



KURULUŞ : OCAK — 1975, YIL : 13, SIRA SAYI : 49-50

T.C.
YARGITAY
KİTAPLIĞI
1987

YARGITAY DERGİSİ



CİLT : 13

OCAK — NİSAN 1987

SAYI : 1-2

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

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

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

Dergide yayımlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüze bağlamaz.

- Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Aksi halde yazar (telif) hakkı ödenmez.
- Dergide yayımlanan yazılar, Yargıtay Dergisi'nden alındığı belirtilerek aktarılabilir.
- Yayımlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT giderleri sahibine aittir. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluğu yoktur.

Gerekli görüldüğünde yazılarda öze değinmeyen dil ve yazım düzeltmeleri yapılabilir.

Derginin sayısı KDV. dahil **630,— TL.**, yıllık abone bedeli **2520,— TL.** dir.

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

Tel : 25 16 32

25 16 49

17 53 80 (20 hat)

17 90 36 (4 hat)

} 2385, 2484, 2486

YAYIN KURULU :

Başkan :	İ. Teoman OZANOĞLU	(10. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	Yavuz İsmet AYER	(3. Ceza Dairesi Üyesi)
Üye :	İhsan ÖZMEN	(8. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	Hakkı YAŞAR	(4. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	S. Necip DEDA	(2. Ceza Dairesi Üyesi)

İÇİNDEKİLER

T.C.
YARGITAY
KİTAPLIĞI

	<u>Sayfa</u>
1 — GENEL KONULAR	
a) Teoman OZANOĞLU : Adli Yargının, Malî Sorunları ve Bunlara Bulunabilecek Adil Çözümler	5-27
b) M. Sabri LİVANELİOĞLU : Yehova Şahitleri	28-44
2 — ANAYASA HUKUKU	
a) İlker Hasan DUMAN : Kanunsuz Emir	45-50
3 — CEZA HUKUKU	
a) Prof. Dr. Faruk EREM : Ehliyetsizlerden Faydalanma Suçu	51-59
b) Şener GÜNGÖR : Toplantı ve Gösteri Yürütüşü Yasasının Eski ve Yeni Düzenlemelerinde Suç ve Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması (I)	60-71
4 — MEDENİ HUKUK	
a) Mithat SANCAR : Cebri Artırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı (II)	72-87
5 — BORÇLAR HUKUKU	
a) Doç. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU : Sorumluluk Açısından Basın Özgürlüğünün Özel Hukuktaki Yeri	88-97
6 — TİCARET HUKUKU	
a) Turgut GÜCÜK : Türk Ticaret Kanunu Değişikliği Üzerine Düşünceler ...	98-103
7 — İCRA VE İFLAS HUKUKU	
a) Talih UYAR : Olumsuz Tesbit Davalarında İsbat Yükü	104-113
8 — İŞ HUKUKU	
a) Yard. Doç. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU : İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünde Bir Yaklaşım (I) ...	114-122

	<u>Sayfa</u>
b) O. Gökhan ANTALYA :	Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği (I) 123 - 141
9 — MÜLKİYET HUKUKU	
a) H. Avni USLUOĞLU :	Sınırlamaya İtiraz Davasına Müdahale Mümkün mü? ... 142 - 147
10 — FİKİR HUKUKU	
a) Nail SUCU :	Birleşik Devletler Antitröst Hukukunda Yeni Gelişmeler : Patent Antitröst Ortak Yüzü (II) ... 148 - 160
11 — FEDERAL MAHKEME KARARLARI	
a) Kemal DAYINLARLI :	Borçlar Hukuku; Tahkim ... 161 - 164
12 — TÜRK HUKUKUNUN YABANCI MAHKEMELERCE UYGULANMASI	
a) Dr. Şeref ÜNAL :	Boşanma ... 165 - 171
13 — KİTAP ELEŞTİRİSİ	
a) Doç. Dr. Sami SELÇUK :	Prof. Dr. Nurullah Kunter'in Soyuyapıtının Son Basısı Üzerine ... 171 - 178
14 — ANI	
a) İ. Zekâi ÖZDİL :	Birinci Başkanımız Sayın Nihat Renda «Ayrılısak da Beraberiz» ... 179 - 181
b) Teoman OZANOĞLU :	Mustafa Çenberci'yi Anarken ... 182 - 183
15 — YARGITAY'DAN HABERLER	
a) Ali Rıza GENİŞ :	Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar; Yasalar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzükler, Yönetmelikler; Yargıtay Yayınları ... 184 - 190

ADLİ YARGININ MALİ SORUNLARI VE BUNLARA BULUNABİLECEK ACİL ÇÖZÜMLER

Teoman OZANOĞLU (*)

● ANLATIM DÜZENİ : A — Genel olarak. B — Yargı organının fonksiyonu ve hâkimlerin durumu. C — Hâkimlerin mali haklarının saptanmasındaki ilkeler. 1 — Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri. 2 — Kuvvetler arasındaki denge ilkesi. 3 — Yüksek mahkemeler arasındaki eşitlik ve denge ilkesi. 4 — Yüksek mahkemelerin kendi bünyelerindeki eşitlik ve denge ilkesi. 5 — Adliye mahkemelerinin ilk ve Yargıtay'ın üst mahkeme olduğu ilkesi. 6 — Hâkim ve savcıların yasal görevlerinden başka görev alamıyacakları ilkesi. 7 — Hâkimlik ve savcılık mesleği içerisindeki dinamik ve statik görevlerin ayrımı ilkesi. 8 — Vergi yükünün adaletli ve dengeli ve eşitlik gözetilerek dağıtılması ilkesi. 9 — Mesleğin yıpratıcılığının emekliliğe yansıtılması ve saygınlığının emeklilikte de sürdürülmesi ilkesi. D — Mali haklar konusunda yapılması gerekli işlemler. 1 — 2802 sayılı Kanun m. 103'ün değiştirilmesi. 2 — 2802 sayılı Kanun m. 106'nın değiştirilmesi. 3 — 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa ek madde eklenmesi. 4 — 241 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 39. maddesinin değiştirilmesi. 5 — 2802 sayılı Kanuna ek maddeler eklenmesi. a — Temsil ödeneği hakkında. b — Kitap yardımı hakkında. 6 — 2802 sayılı Kanun m. 48'in değiştirilmesi. 7 — 2797 sayılı Kanun m. 53'e fıkra eklenmesi. E — Örnekler.

A) GENEL OLARAK

Bilindiği gibi Adli Yargı deyimi, Adalet Mahkemeleri ve üst mahkeme olarak Yargıtay'ı ifade etmektedir. Adli Yargı, genel anlamda Yargı erkinin büyük ve önemli bir kesimini oluşturmaktadır. Zira, yargının, Anayasa, İdari, Askeri ve Mali Yargı kesimlerine kıyasen, Adli Yargıda çalışan hâkim, savcı ve diğer personel sayısı, çok fazla olduğu gibi, uyuşmazlıklarda Adli Yargıda yoğunlaşmaktadır. 1985 yılında 1.311.671 adet ceza, 1.815.610 adet hukuk davası olmak üzere toplam olarak 3.127.289 dava Adalet Mahkemelerine intikal etmiş olup, bu kadar davaya 2800 ilk derece hâkimi bakmış, ayrıca Cumhuriyet Savcılıklarına gelen 1.164.016 adet hazırlık soruşturması ve 816.370 infaz evrakını da yaklaşık 1700 C. Savcısı intaç etmek zorunda kalmıştır. İcra Dairelerine intikal eden dosyalar ise, bu sayıların dışında olup, ayrıca büyük sayılara ulaşmaktadır.

(*) Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi.

Üst mahkeme olan Yargıtay'ın Hukuk ve Ceza Daireleri ile Genel Kurullarında, 1985 yılında, 297,843 adet dosyaya bakılmıştır (1).

Öte yandan Adli Yargı'ya intikâl eden uyuşmazlıklar, günlük hayatta her zaman ve sıklıkla rastlanan türdendir. Öteki Yargı kesimlerine ilişkin uyuşmazlıklar ve konular, kişinin yaşamının sınırlı bir döneminde, yada sınırlı konularda ortaya çıkabilir. Denebilirki, yargının öteki kesimleri, Adli Yargı ve Yargıtay derecesinde ve yoğunluğunda toplumu ilgilendirmez. Yargı denilince, ilk önce, Adli Yargı ve Yargıtay'ın akla gelmesi, bu sebeplerden kaynaklanmaktadır.

B) YARGI ORGANININ FONKSİYONU VE HÂKİMLERİN DURUMU

Bilindiği gibi, Adalet mülkün temelidir. Toplumun birlik ve beraberliğinin, Devletin gücü ve ömrünün, bu temelin sağlamlığıyla doğru orantılı bulunduğu, tarihen sabittir. Ancak, Adaleti sağlam ve güçlü olan devletlerin, tarih sahnesinde, kalıcı izler bırakabildikleri ortadadır.

Adalet, hâkimler eliyle dağıtılır. Ülkenin hukuk kurallarının uygulanmasında ona can veren, geliştiren ve güzelleştiren hâkimlerdir. Hukuk normlarının uygulanmasını, ehil, iyi yetişmiş ve ekonomik bunalmalarla dolu olan çağımızda geçim kavgasına karşı elverişli olanaklarla teçhiz edilmiş olmayan kişiler marifetiyle yürütmeye kalkışmanın, toplum ve devlet hayatında yol açabileceği sakıncalar, sayılamıyacak kadar çok ve korkunçtur.

Bu gerçekler, hâkime, adeta sıradan bir memur gözüyle bakılmıyacağını, ona, yargı fonksiyonunun gereklerine uygun ilginin gösterilmesi ve hakların tanınmasını zorunlu kılar. Unutulmamalıdır ki, «Marifet, iltifata tabidir.»

Bu nedenle, Anayasanın 140. maddesi, yargı mensuplarının aylık ve ödenekleriyle, her türlü mali ve sosyal haklarının **mahkemele- rin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına** göre kanunla düzenlenmesini öngörmüştür.

Eldeki istatistik verilerin varlığına ve durumun 1943 yılından bu yana her adli yıl açış nutkunda Yargıtay Birinci Başkanları tarafından açık ve seçik olarak dile getirilmesine ve sorunların bütün yasama ve yürütme organlarınca bilinmesine rağmen, bugüne kadar yargıçlık mesleğini çekici ve yüceltici hale getirecek, yeterli önlemler alın-

(1) Yargıtay Birinci Başkanının 1986-1987 Adalet Yılı Açış Konuşması, shf. 6-7.

mamıştır (2). Gerçekten 1943 - 1944 Adli yılı açış konuşmasında sayın **Halil Özyörük** (3) «...rağbetsizliğin sebebi malûm. Yargıç genel hükümlere göre yani devlet memurlarının bağlı olduğu aylık ve ödenek hükümlerine göre para alır ve bu paradan başka hiçbir kazancı da yoktur. Çünkü bizzat Anayasa yargıcın genel ve özel hiçbir görev alamıyacağını söylemiştir... mesleğin lâzım gelen çekiciliği kazanmasına biran evvel teşebbüs edileceğine de asla şüphemiz yok...» 1946 - 1947 yılı konuşmasında ise : «...asıl dava yargıçlık mesleğini çekici, arzu edilir, imrenilir bir duruma ulaştırmak davasıdır. Bunun da halli ancak yargıca bahşedilecek maddi ve manevi imkân ve üstünlüklerin sağlanması ile kabil olur...» Sayın **Recai Seçkin** (4) 1962 - 1963 Adli yılı açış konuşmasında : «...şayet hâkim maddi ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek güce sahip, değilse... böyle bir hâkimin kararı büyük ihtimalle doğru olmaz... diğer mesleklerden daha çabuk yıpranıp hastalanıyorlar... Hukuk devleti olma yoluna kesin olarak girmemizden sonra, hâkimin dahi devletin bir memuru bulunması sebebiyle diğer memurlardan farklı bir malî hakkı olamayacağı ve öbür memurların işlerinin dahi hâkimin işi kadar önemli bulunduğu düşüncesine artık değer vermememiz gerekmektedir...»

Sayın **Derviş Turhan** (5) 1982 - 1983 Adalet yılı açış konuşmasında, «...hâkimliğe yararlı gençleri mesleğe çekebilmek, görevde bulunan hâkimleri dış yaşayışın çekiciliğine kapılmadan meslekte tutabilmek için, yeterli ücret düzeyi sağlanmalıdır...» Sayın **Nihat Renda** (6) 1984 - 1985 Adli yılı açış konuşmasında : «...isteksizlik, mesleğin artık hiçbir çekici yönünün kalmayışından kaynaklanmaktadır... Dünyanın hiçbir yerinde adliye ve hâkimler bu kadar kısıtlı olanaklar ve koşullar ile böylesine ağır ve büyük bir iş yükünün dolayısıyla sorumluluğun altında çalışmak zorunda bırakılmamışlardır...» 1985 - 1986 yılı konuşmasında «...isteksizlik mesleğin artık hiçbir çekici yönünün kalmayışından kaynaklanmaktadır. Mesleğin özelliği, diğer kamu görevlerinden farklı olan yapısı gözönüne alınıp maddi ve moral olanaklar yönünden son derece çekici ve özlenir hale sokulmadıkça ... yürürlükteki şart ve olanaklarla ve etkinliğini kısa bir süre içinde kaybedecek önlemlerle, hukukçuların bu mesleğe yönelmelerini ve meslekte olanların da ayrılmamalarını ummak, gerçekleş-

(2) A.g.k. shf : 3

(3) A.g.k. Shf : 8 - 9

(4) A.g.k. shf : 10

(5) 1982 - 1983 Adalet Yılı Açış Konuşması shf : 11

(6) 1984 - 1985 Adalet Yılı Açış Konuşması shf : 9 - 10

1985 - 1986 Adalet Yılı Açış Konuşması shf : 9 - 10

1986 - 1987 Adalet Yılı Açış Konuşması shf : 12

mesi olanağı bulunmayan bir beklentiden öteye geçmeyecektir...» ve 1986 - 1987 adli yılı açış konuşmasında; «...Yargı mesleği yaklaşık yarım yüzyıldan bu yana özelliğini ve çekiciliğini yitirmiştir. Bunun gerçek nedeni, hakların ve özgürlüklerin güvencesi olan yargı hizmetinin lâlettayin bir kamu hizmeti telâkki edilmesidir... Bu hayati sorunun Adalet Bakanlığı'na sunulan öneriler doğrultusunda artık nihâi ve kalıcı bir çözüme ulaştırılması mesleğin geleceği yönünden en içten dileğimizdir...» demişlerdir.

Bütün bu uyarı ve temennilere rağmen, konu henüz çözümlenmemiştir. Adli Yargının 1985 yılı sonu itibari ile durum şöyledir :

Adli Yargı teşkilâtında 4278'i Hâkim ve 2478'i Savcı olmak üzere 6756 adet kadro vardır. Bunlardan 1112'i Hâkim ve 665'i C. Savcısı olarak 1777 adet kadro boştur. Demekki teşkilâtın 1/4'ünden fazlası münhaldir. Stajyer kadrosunda da 449 açık vardır (7). Bugünlerde durumun daha da kötüleştiği söylenebilir. Dolu kadrolarda da deneyimli hâkim ve savcı sayısı hizmetin kalitesini etkileyecek derecede azaldığı gibi meslek içi kadın - erkek dengesi de ileri ülkelerde kıyaslanamayacak ölçüde bozulmuştur. Stajyer hâkim kadroları, çeşitli gazete ilânlarına rağmen doldurulamamakta, sıradan bir memur ve hizmetli kadrosundaki münhâl kadar, ilgi çekmemektedir. Yeterli önlemler alınmadığı takdirde. «mülkün temelindeki çatlakların» toplum ve devlet hayatında büyük tehlikeler yaratacak boyutlara ulaşması kaçınılmaz olacaktır.

C) HÂKİMLERİN MALİ HAKLARININ SAPTANMASINDAKİ İLKELER

Bu ilkeleri aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür :

1 — Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri

Anayasanın 140. maddesi, hâkimlerin mali haklarının belirlenmesinde mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerinin gözönünde tutulacağını açıkça ifade etmiştir.

Biz burada, çok geniş kavramlar olan mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını, açıklayacak değiliz. Sadece, malî haklara ilişkin yönüne değinmekle yetineceğiz. Bilindiği gibi, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı sadece Anayasalara ve Kanunlara, Mahkemelerin bağımsız ve hâkimlerin teminatlı olduklarına ilişkin hükümler konulmakla sağlanamaz. Hâkimlerin aylık ve ödeneklerinden yoksun kılınamayacağını, teminatın bir unsuru olarak yazılma-

(7) 1986 - 1987 Adalet Yılı Açış Konuşması shf : 6

sı da yeterli değildir. Söz konusu ilke, ilk önce, hâkimlere bağımsızlık ve teminat verecek şekil ve derecede, malî haklar tanınmasını gerektirir. Hâkime geçinmesine yetmeyen, yada kısıtlı yeten mali haklar tanınmasıyla iktifa edilmesi, Anayasanın 140. maddesine aykırıdır. Mali hakların kapsamı bağımsızlığı ve teminatı sağlayacak ölçüde olmalıdır.

Bundan başka, Anayasal sistemimize göre, bu haklar kanunla tanınacaktır. O halde söz konusu hakları Yasama Organı, kabul edeceği bir kanunla verecektir. Anayasanın 88. maddesine göre, Bakanlar Kurulu yürütme organı «kanun teklif etme» yetkisi nedeniyle, yada 91. madde çevresinde şimdilerde olduğu gibi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisine istinaden doğrudan, bu konuda rol ve söz sahibi bulunmaktadır. Yasama ve yürütme gücünün, Anayasanın 140. maddesini gözönünde tutarak, bağımsızlık ve teminatı sağlayacak mali hakları, tanımaları lâzımdır.

Nevar ki, 1986 - 1987 Adli yılı açılış nutkunda da vurgulandığı üzere, bu konuda yaklaşık yarım yüzyıldır yeterli bir düzenleme yapılmamıştır. İşte bu olgu dahi, Anayasanın 140. maddesine ters düşmektedir. Bir ülkede, yasama ve yürütme erki, hâkimlere bağımsızlık ve teminat ilkelerine uygun mali hakları, 1943 yılından beri bütün uyarılara rağmen, bir türlü tanımaz ve bugünden yarına mütemediyen ertelerse, ortada Anayasa'nın 140. maddesine uymayan bir davranış var demektir. Bu tutumun, Anayasa! sistemin ve kuvvetler arasındaki ahenk ve dengenin sarsılmasına ve Yargı erkinin yaşamı ve güçlenmesinin, Yasama ve Yürütme erkinin lütfu ihsanına kaldığı kanısının yaygınlaşmasına ve yargının herdem buna muhtaç tutulmak istendiği zannına yol açması ihtimalinden söz edilebilir.

2 — Kuvvetler arasındaki denge ilkesi

Anayasanın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin bir Hukuk Devleti olduğunu vurgulamaktadır.

Anayasanın başlangıç bölümünde, kuvvetler ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasında medeni bir iş bölümü ve iş birliği olduğu belirtilmiştir.

Şu halde, Anayasanın Cumhuriyetin temel organlarını, yasama, yürütme ve yargı şeklinde sıralaması, bunların birinin diğerine üstün olduğu anlamına gelmemektedir.

Bu nedenledir ki, Yasama ve Yürütme organı mensuplarına, Yargı organı mensuplarından daha yüksek mali avantajlar sağlanması, yukarıdaki Anayasal kurullarla bağdaşmamaktadır.

Nevar ki, bu Anayasal zorunluğa rağmen, bizde bir hâkime (yüksek mahkeme hâkimi bile olsa) bir parlementer veya yürütme organı yetkilisine eşit malî haklar tanındığı şimdikiye kadar görülmemiştir.

Ancak, bundan böyle, Yasama ve Yürütme erki yetkililerinin, Anayasayı gözönünde tutarak «kendi kendini sınırlama» ilkesine uya-
cıkları umulmaktadır.

3 — Yüksek mahkemeler arasında eşitlik ve denge ilkesi

Anayasanın 146 - 158. maddelerinde yüksek mahkemelerin (A-F) harfleriyle sıralanmış bulunması, pratik bir yöntem sonucu olup, hiçbir şekilde, bir öncekinin bir sonrakinden daha yüksek olduğunu anlatmak amacını taşımaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin, Yüksek Mahkemeler arasında ilk sırada yer almasının, diğer Yüksek Mahkemelerin üstünde olduğunu göstermediğini, aralarında bir üstlük altlık farkı olmadığını, eşit olduklarını, Anayasa Komisyonu sözcüsü, Danışma Meclisindeki görüşmeler sırasındaki açıkladığı gibi, Anayasa Mahkemesi Başkan ve Üyelerinin aylık ve ödeneklerinin Bakanlarinkinden az olmamak üzere ayrıca tesbitine ilişkin teklife, komisyon katılmamış ve genel kurulda da reddedilmiştir (8). Gerçekten, Yüksek Mahkemelerin hepsi, millet adına kaza hakkını yüksek seviyede kullanmaktadırlar. Aralarında, Anayasal bir eşitlik mevcuttur. Türk Kanun koyucusu, 241 ve 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelere gelinceye kadar, bu anayasal eşitlik kuralına ve ilkesine uyarak, yüksek mahkeme Başkan ve Üyelerinin tümüne eşit haklar tanımaya özen göstermiştir. Önceki dönemde olduğu gibi, 2709 sayılı Anayasadan sonrada, 2802 sayılı Kanununun 103. maddesinde ve 2949 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda, bu eşitlik korunmuştur. Esasen, 2709 sayılı T.C. Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi Başkan ve Üyelerine, Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkan ve Üyelerinden farklı bir gösterge tablosu uygulanmasını, buyuran hiçbir hükme de yer verilmemiştir.

Hiçbir Anayasal ve Yasal zorunluluk bulunmadığı ve doğmadığı halde, 241 ve 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleriyle Anayasa Mahkemesi ve öteki Yüksek Mahkemeler arasında ücret dengesi bozulmuştur.

Çünkü, aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunmayan, eşit durumda olan Yüksek Mahkemelere, farklı ücret rejimi uygulamak, sözü edilen Anayasal eşitlik ilkesine ve Anayasa'nın 55. maddesinde yer alan «eşit işe eşit ücret» prensibine ters düşer.

(8) Danışma Mec. T.D. cilt : 10, yıl : 1, Birleşim : 148, shf : 154 - 155, 181 - 182

Bilindiği gibi, Anayasa'nın 149/3. maddesi, Anayasa Mahkemesinin, Kuruluşu ve yargılama usullerinin Kanunla düzenleneceğini öngörmüş olduğundan, 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı «Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama usulleri hakkında kanun» kabul edilmiştir.

Anayasanın 146/4 ve 2949 sayılı Kanununun 8. maddeleri uyarınca, Anayasa Mahkemesi, asil üyeler arasından bir Başkan bir Başkan Vekili seçer. Anayasanın 158/2 ve 2247 sayılı Kanun m. 2/4'e göre de, asil ve yedek üyeler arasından birisini Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı seçerler.

2949 sayılı Kanunun, Başkan ve Başkan Vekili seçimlerinde, Anayasa Yargısı gibi, özellikle uzmanlık isteyen bir konuda, asil üyelerin, Başkanlık ve Başkan Vekilliğine elverecek derecede, Anayasa Yargısında uzmanlaştıkları ve yeterli mesleki formasyonu kazandıklarını farzetmeye elverişli bir özel kıdem süresi aramamış olması, mevzuatımızın en büyük eksikliklerinden birisi olup, öteki yüksek mahkemeler ile, Anayasa Mahkemesi arasında, 241 ve 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle oluşan eşitsizliğinde kaynağını teşkil etmektedir.

Gerçekten, 2798 sayılı Yargıtay Kanununun 30. maddesine göre, Yargıtay Birinci Başkanı ve Yargıtay C. Başsavcısı seçilebilmek için en az 8 yıl, Birinci Başkanvekili C. Başsavcısı Vekili, Daire Başkanı seçilebilmek için en az 6 yıl, Yargıtay Üyeliği yapmak lâzımdır.

Aynı esas. 2575 sayılı Danıştay Kanununun 10/2. maddesinde de kabul edilmiştir.

Bu düzenlemeler, Birinci Sınıf Hâkimlik derecesine kadar gelmiş olsa da, anılan görevlerin yapılabilmesi için, 6 veya 8 yıllık üyelik kıdemi kazanılmadıkça, o görevlerin yapılamıyacağını, bu kıdem kazanıldıktan sonra ise, yeterli formasyon ve deneyimin kazanılmış sayılacağı, varsayımını vurgulamaktadır.

Anayasa Mahkemesi karma bir bünyeye sahiptir. Bir Anayasa Mahkemesi üyesi, üye seçildiğinin ertesi günü Başkan, Başkan Vekili, ve Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı seçilebilecektir. 15 yıllık bir avukat, vali, büyük elçi, amiral, general, müsteşar yardımcısı, dekan, rektör, YÖK Başkanı, Y. Öğ. K. Üyesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Y. İdare Mah. Sayıştay üyesi, Anayasa Mahkemesi'nde, yeterli süre çalışıp, Anayasa Yargısı konusunda yeterli deneyimden geçmeden, nasıl olup da Başkanlık ve Başkan Vekilliği yapabilecek ve «Adli, İdari, Askeri Yargı mercileri arasındaki görev ve hukuki

uyuşmazlıkları» kesin olarak çözecek bir formasyona erişmiş farzedilecektir?

İşte, bazı mali haklar, öteki yüksek yargı organlarında kıdemle bağlantılı olarak dağıtılırken, Anayasa Mahkemesi'nde bu ilkenin gözden kaçırılmış olması, yüksek yargı organları arasındaki eşitsizlik ve dengesizliğin kaynağını oluşturmuştur.

Bu nedenle 2949 sayılı Kanun m. 8 ve 2247 sayılı Kanun m. 2/4' de değişiklik yapılarak Anayasa Mahkemesi Başkanlığı için 8, Başkan Vekili ve Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı için 6 yıl Anayasa Mahkemesi Üyeliği kıdemi aranmalıdır.

11 asil, 4 yedek üyeden oluşan Anayasa Mahkemesi'nde, 3 Başkan ve Başkan Vekilliği kadrosu için seçilme şansı $15/3=1/5$ 'dir. Oysa 202 kadrolu Yargıtay'da $(15+9=24+5=29)$ $202/29=1/7$ 'ye yakındır. O halde, koşullar elverse de, kadro yetersizliği nedeniyle her üye Başkan olamaz. Bu sebeple, Başkan olabilme yeterliğini kazananlara, Başkanlara ödenen makam tazminatı ödenmelidir. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, Başkan Vekilliği ve Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı için açıklanan biçimde kıdem koşulu getirilir, ve yeterli kıdemi olanlara bu ilke uygulanırsa, eşitsizlik ortadan kalkar.

Bunlar yapılamazsa, Anayasa Mahkemesi üyelerine verilen makam tazminatının tüm Yargıtay Üyelerine de teşmili ve ek gösterge rakamında aynı ölçüde tespiti yoluyla eşitsizlik giderilmelidir.

4 — Yüksek mahkemelerin kendi bünyelerindeki eşitlik ve denge ilkesi

Anayasa ve Yargıtay Kanununa göre, Yargı yetkisinin kullanılması açısından Birinci Başkan ve Vekilleri, C. Savcısı ve Vekili, ve Daire Başkanlarıyla Üyeler arasında hiçbir fark olmadığı gibi, Üyeler arasında kıdemden kaynaklanan bir fark da düşünülemez.

Yargı hakkının kullanılmasında, kıdem ve hiyerarşiden kaynaklanan bir ağırlık mevcut değildir. Bütün sayılanların bir oyu vardır ve aynı güçtedir. Öte yandan, aslolan üyeliktir. 4 sene için seçilen Birinci Başkan ve Vekilleri, C. Başsavcısı ve Vekili ve Daire Başkanlarının, bu sürenin sonunda yeniden seçilmemeleri de mümkündür ve o zaman bunların tümü üyeliğe dönerler.

Bu bakımdan, 241 ve 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile öngörülen ek gösterge ve makam tazminatı gibi ayrımlar, Yargıtay bünyesinde öteden beri var olan, meslek içi dengeyi bozmuştur.

Anayasaya göre eşit durumda olan yüksek mahkemelerin bazılarına ve ayrıca bu mahkeme mensuplarından bir kesimine, yüksek gösterge tablosu uygulamaya ve makam tazminatı ödemeye devletin mali kaynakları elverirken, öteki kesimine aynı olanakların tanınmasına elvermediği, hele bu eşitsizliğin giderilmesi için gerekli ödeneğin birkaç tirilyonluk devlet bütçesi içerisindeki payı, gözönünde tutulduktaki ileri sürülemez. O halde, Yargıtay Üyeleri için tek ek gösterge uygulanmalıdır.

Makam tazminatı yönünden, yukarıda (3) numarada açıklandığı biçimde 2949 sayılı Kanunda tavsiye edilen değişiklik yapılabilecekse, makam tazminatının Birinci Başkan ve C. Başsavcısı seçilebilme koşulları oluşan üyelere 800, Daire Başkanı seçilme koşulu oluşan üyelere 500 gösterge üzerinden uygulanması, değişiklik yapılamıyacaksa, 800 gösterge üzerinden tüm üyelere teşmili eşitsizlik ve dengesizliği giderecektir.

5 — Adliye mahkemelerinin ilk ve Yargıtay'ın üst mahkeme olduğu ilkesi

2797 sayılı Kanununun 1. maddesine göre, Yargıtay Adliye Mahkemelerince verilen karar ve hükümleri inceleyen bir yüksek mahkemedir. Yargıtay üyeliğine sözü edilen Kanununun 29. maddesinde yazılı nitelikleri kazananlar seçilebilirler. Bu nedenle 243 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamede, ilk derece Adliye Mahkemesi hâkimleri ile, Yargıtay Başkan ve Üyeleri arasında, ek gösterge ve makam ödeneği bakımından farklılık gözetilmesi isabetli olmuştur. Yeni düzenlemede de bu farklılık korunmalı ve netleştirilmelidir.

Gerçekten, Yüksek Mahkeme hâkimlerine, bidayet mahkemesi hâkimleriyle aynı malî hakları tanımak, Anayasa! sisteme ters düşer. Nevar ki, Adliye Mahkemesi hâkimlerini mesleğe bağlamak için birinci sınıfa ayrılma tarihinden sonraki süreyi kademelendirmek ve her kademeye ayrı ek gösterge rakamları vermek yararlı olacaktır. Örneğin, Birinci sınıfa ayrılmış, Yargıtay'a seçilme hakkını kazanmış, 5 yıl içinde Yargıtay'a seçilememiş, 10 yıl içinde seçilememiş şeklinde bir kademelendirme mümkündür. Bu sonuncuları Yargıtay üyelerinin durumuna yakınlaştırmak gerekir.

6 — Hâkim ve Savcılarının yasal görevlerinden başka görev alamayacakları ilkesi

Hâkim ve Savcılarının Kanunda belirtilenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamayacakları, Anayasanın 140/5. maddesinde, bu mesleklerin özellikleri gözönünde tutularak, tam bir bağımsızlık

ve rahatlıkla, kendilerini görevlerine verebilmeleri ve hizmeti en iyi bir şekilde üretebilmeleri amacıyla açıkca ifade edilmiştir.

Nevar ki, bu ilkenin, hâkim ve savcılarının mali hakları ile çok yakın ilişkisi vardır. Zira «resmi ve özel hiçbir görev alamama» bu meslek mensuplarının aylıklarından başka hiçbir gelir temin edememeleri sonucunu da doğurmaktadır. Böyle olunca, hâkim ve savcılarının malî hakları belirlenirken, bu ilkenin ve yarattığı sonuçların, gözönünde tutulması zorunludur. Oysa, öteki kamu görevlerinde böyle bir yasaklama yoktur. Herhangi bir üst bürokrata, asıl görevinden başka birkaç yerde görev verildiği, hatta idare meclisi üyeliğine atandığı, yurt içi ve yurt dışı gezilerin büyük mali avantajlar sağladığı, kısaca sadece aylık ödemekle yetinilmediği görülmektedir.

Hâkim ve savcılar için, bu tür mali avantajların Anayasa ile yasaklanması, onları yoksullaştırmayı amaçlamamakta, aksine, malî hakları tanınırken, bu statünün de gözönünde tutulması ve buna göre mali hakların kapsamının öteki kamu görevlerinden farklı ve avantajlı biçimde belirlenmesi anlamını taşımaktadır.

7 — Hâkimlik ve Savcılık mesleği içersindeki dinamik ve statik görevlerin ayırımı ilkesi

Mesleğin kendi içersinde de görevin gereklerinden doğan bazı farklılıklar vardır.

Yargıtay tetkik hâkimleri, C. Başsavcı yardımcıları, Adalet Bakanlığı teşkilâtında çalışan hâkim ve savcılar ve Yargıtay Üyelerinin tümü, görevlerini daire içinde görürler. Bunların görev nedeniyle daire dışına çıkmaları ve Harçlar Kanunu m. 34'den yararlanmaları olanaksızdır. Tabiri caizse bunlar statik biçimde görev yaparlar.

Buna karşın öteki hâkim ve savcılar hizmetin gereği olarak daire dışında da görev yapar ve anılan Yasa maddesinden yararlanırlar. Bu tür görevlere de dinamik görevler diyebiliriz. Bu farklılık, bazen bir Yargıtay tetkik hâkiminin söz konusu 34. maddeden yararlanmak amacıyla kürsü hâkimliğine naklini istemesine yol açan boyutlara varabilmektedir. Yargıtay tetkik hâkimi bulmakta da zorluk çekilmektedir. Bu nedenle, görevin niteliği itibarıyla statik çalışanlara, bir miktar farklı mali avantaj sağlanması, mesleğin değişik kesimleri arasındaki dengeyi temin edecektir.

Aynı konu Yargıtay, C. Başsavcılığı, Adalet Bakanlığı'nda çalışan yardımcı personel içinde varittir. Bunların Harçlar Kanunu m. 34'den yararlanamamalarına karşın, yerel mahkemelerin kalem personeli hizmetin gereği olarak, anılan maddeden yararlanırlar.

8 — Vergi yükünün adaletli ve dengeli ve eşitlik gözetilerek dağıtılması ilkesi

Anayasanın 10 ve 73. maddeleri, vergi yükünün eşitlik ilkesine uygun biçimde, adaletli ve dengeli şekilde dağıtılmasını amirdir.

Hâkimler ve Savcılar dışındaki Kamu hizmeti görevlilerine verilen aylık ve ödeneklerin Anayasal dayanağı Anayasanın 128/2 maddesi olup, burada adı geçenlere sağlanan mali haklar «aylık ve ödenekler» şeklinde ifade edilmektedir. Hâkim ve Savcılara verilen aylık ve ödeneklerin Anayasal dayanağı ise, Anayasanın 140/3. maddesidir ve burada da mali haklar için benzer şekilde «aylık ve ödenekler» sözcükleri kullanılmıştır. Demek ki, Anayasal dayanak aynı mahiyettedir. Anayasal bir mesnede dayanmadıkça kimseye herne ad ile olursa olsun bir ödeme yapılamayacağına göre, aylığın dışında ödenek veya tazminat veya başka ad altında yapılan ödemeler «ödenek» tabirine girer. Bunlardan vergi kesilecekse hepsinden kesilir, kesilmeyecekse hiçbirinden kesilmez. Birinden gelir vergisi kesip, ötekinden kesmemek, Anayasanın 10 ve 73. maddelerine ters düşer.

Bu konuda (hâkim tazminatı = ödeneği) aşağıdaki işlemlere tabi tutulmuştur.

Önceleri, hâkim ödeneği, 485 sayılı Kanun ile muhtelif ödeme sayılarla vergilendirilirken, sonradan vergi kanunlarıyla yapılan değişikliklerle, aylıklarla birleştirilerek müterakki vergiye tabi tutulmuştur. Buna karşın 485 sayılı Kanun döneminde muhtelif ödeme sayılmayan ve müterakki vergiye tabi olan bazı ödemelerle, yeni kabul edilen bazı ödenekler, vergiden bağışık tutulmuştur. Hâkimlik mesleğinin cazip hale getirilmesinin düşünüldüğü bir zamanda, bu aleyhte gelişmeyi anlamak olanaksızdır.

Örneğin, 926 sayılı Kanunun ek 18. maddesinde yazılı makam tazminatı, 2797 sayılı Kanun m. 67/sondaki ilâve net ödeme, 2802 sayılı Kanun m. 106/3'deki özel hizmet tazminatı, 2424 sayılı Kanun m. 1'deki mülki idare amirliği hizmet tazminatı, 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uçuş, paraşüt, dalgıç, denizaltı, kurbağa adam hizmet tazminatı, 241 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m. 35'deki emriyet hizmetleri tazminatı, vs. den gelir vergisi kesilmemektedir. Aynı kuralın, hâkim ödeneğine uygulanmaması, yorumlanması zor bir çelişki oluşturmaktadır. Hâkim ödeneğinden de yukardaki benzerleri gibi damga vergisinden başka vergi kesilmemelidir.

9 — Mesleğin yıpratıcılığının emekliliğe yansıtılması ve saygınlığının emeklilikte de sürdürülmesi ilkesi

Adalet mesleği yıpratıcıdır. Mevcut mevzuat ve içtihat karmaşası içerisinde, çözmek zorunda olduğu uyumsuzluğa uygulanacak kuralları bulmak, ekseri mesai saatleri dışına taşan bir araştırma ve incelemeyi gerektirir. Yukarıda (A) bendinde aktarılan istatistik veriler, iş yükünün nedenli ağır olduğunu kanıtlamaktadır. Sınırlı sosyal yaşantı ve işin mahiyetinden doğan sitresler, bu meslek mensuplarının, vaktinden önce yıpranmaları sonucunu doğurmaktadır. T.C. Emekli Sandığı'ndan emekli maaşı alan hâkim ve savcılarının çok az olduğu, bu ödentilerin dul ve yetim maaşına dönüştüğü ilgililerce ifade edilmektedir. Bu fiili gerçeğe rağmen, pek çok kamu hizmeti görevlisine tanınan «fiili hizmet zammı» her nedense hâkim ve savcılara tanınmamaktadır. Bu hakkın bir an önce teslim edilmesi, her fiili hizmet yılı için 3 ay fiili hizmet zammı tanınması zorunludur.

Öte yandan, 65 yaşına kadar bilfiil çalışarak yaş haddinden emekli olan hâkim ve savcılarının, avukatlık yapmaları, yada resmi ve özel sektörde başka iş kabul etmeleri Anayasanın 140/4. maddesindeki faraziyeyi tekdibettiği gibi, çoğu zaman mesleğin saygınlığıyla da bağdaşmamaktadır. Hele, müesseselerin temsilcisi niteliğinde olanların, bu pozisyona girmeleri, zamanı idarelerinde tavizkâr davrandıkları biçiminde yorumlanabilmektedir. Öte yandan, bağlanan emekli maaşı da, bu gibilerin geçimlerine yetmemektedir. Bu nedenlerle yaş haddinden emekli olup da, resmi ve özel sektörde iş kabul etmeyen ve avukatlık da yapmayanlara, aylık ödenek ve makam tazminatının % 100'ü oranında emekli aylığı bağlanması, mesleğin saygınlığının sürdürülmesi açısından, zorunludur.

Meslekte çalışma gücünün 2/3'ünden fazlasını kaybedecek biçimde hasta, malül kalanlara da aynı hakkın tanınması uygun olur.

İşte, hâkim ve savcılarının mali hakları yeniden düzenlenirken açıklamaya çalıştığımız ilkelerin hep birlikte gözönünde tutulması halinde, tatmin edici bir sonuca ulaşılması mümkün olacaktır.

D) MALİ HAKLAR KONUSUNDA YAPILMASI GEREKLİ İŞLEMLER

● 1 — 24.2.1983 gün ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 241 ve 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle değişik 103. maddesi değiştirilmelidir : Değişiklik ilk önce «birinci derecenin son kademesine eklenecek» «ek gösterge rakamları» konusunda olmalıdır. Burada Anayasa Mahkemesi Üyeleri ile, Yargıtay Üyeleri arasın-

daki gösterge farkı veya Yargıtay Üyeleri arasında 30 yıl fiili hizmet, 6 yıl üyeliği bulunanlar ve bulunmayanlar ayırımı giderilmelidir. Hatta başkanlar için dahi ek gösterge ayırımı yapılmamalıdır.

Ek gösterge rakamı, 243 sayılı Kararnameyle 900 olanlarda 1987 yılında 2700 olarak uygulanacaktır. Bu rakam tavsiye edilen eşitlik sağlanır da Başkanlara tanınan 1100'de karar kılınırsa 1987'de 3300 olarak tatbik edileceğinden günün şartlarına göre 3500'den başlatılabilir. Devletin olanaklarına göre iyileştirme zaman içine yayılarak 1988 - 1992 yılları arasında 3500 rakamına her sene için 500 rakamı eklenerek 1992'de 6000 rakamına ulaşılması öngörülebilir. Adliye Mahkemesi Hâkimlerine ilişkin ek gösterge rakamına da aynı yıllar arasında 200, 300 rakamları eklenerek bir cetvel hazırlanabilir. Bunların csil ek gösterge rakamları da yükseltilmelidir.

● 2 — 2802 sayılı Kanunun 241 ve 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle değişik 106. maddesi değiştirilmelidir :

Halen aylığın % 95'i oranında ödenen ödenek oranı, aylığın % 100'ü oranına çıkarılmalıdır. Yukarıda (8) numarada açıklanan vergi eşitliği ve adaleti ilkesi gereğince bu ödenekten de gelir vergisi kesilmemelidir.

Öte yandan 2802 sayılı Kanun m. 2'de sayılanlara özel hizmet tazminatı verilmesi kabul olunmalıdır.

Yargıtay Daire ve Kurulları ilk derece mahkemelerinin kararlarını temyizen incelerken yargısal denetim yapmaktadırlar. Yargıtay tetkik hâkimleri de C. Başsavcısı Vekil ve yardımcıları görevlerini yaparken bu faaliyete katılmaktadırlar. C. Başsavcı yardımcıları ayrıca siyasi parti hesaplarını da denetlemektedirler. Aynı konu Anayasa Mahkemesi üye ve raportörleri için de sözkonusudur. O halde yargıda da bir tür denetim vardır. Özel hizmet tazminatı daha ziyade denetim görevleri için tanınsa bile, hâkim ve savcılara verilmemesini gerektiren bir neden gösterilemez.

Öte yandan Yargıtay tetkik hâkimlerinin Yargıtay'ın faaliyetlerinde önemli fonksiyonları vardır. Bunların Harçlar Kanunu m. 34'den yararlanma olanaklarının bulunmaması ve Ankara'daki mesken bunalımı nedeniyle, giderek Yargıtay'a tetkik hâkimi bulmak zorlaşmıştır. İleride bu bunalımın daha da artacağı kolaylıkla tahmin edilebilir.

Bu nedenle, tetkik hâkimliği müessesesini cazip hale getirerek rağbeti artırmak mümkün olacaktır.

Bu amaçla 2949 sayılı Kanun m. 16 ile, Anayasa Mahkemesi 2247 sayılı Kanun m. 38 ile Uyuşmazlık Mahkemesi raportörlerine verilmekte olan 250 ek göstergeli ödeneğin, Yargıtay tetkik hâkimlerine verilmesi ve göstergenin günün şartlarına uydurulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Aynı olanağın benzer pozisyonadaki Yargıtay C. Başsavcısı yardımcıları için de öngörülmesi gerekir.

647 sayılı Kanuna göre verilen, işgüçlüğü, iş riski, temininde güçlük zammı gibi yan ödemelerin 2802 sayılı Kanun m. 2'de yazılı kişilere verilmesini engelleyen 106. madde hükmünde değiştirilmesi lâzımdır. Zira hâkim ve savcı temininde karşılaşılan güçlükler, yukarıda açıklandığı gibi ortadadır.

Hâkimin gördüğü iş risklidir. Davanın taraflarından biri daima gayri memnundur. Ülkede, hukuku hâkim kılmaya çalışan yargıçların düşmanı çoktur. Uygulamalarının yarattığı kızgınlıktan ötürü hayatına dahi kastedilen birçok hâkim ve savcı vardır.

Öte yandan, hâkimin gördüğü iş güçtür. Mevzuat ve içtihadın bugünkü karmaşık durumunda hukuku isabetle uygulamanın pek güç bir iş olduğu meydandadır.

Bu nedenlerle, şimdiye kadar bu yan ödemelerden hâkimlerin yararlandırılmamış olması, büyük bir çelişki teşkil etmiştir. 106. maddeye, bunlardan hâkim ve savcılarında yararlanmasını öngören hükümler konulmalıdır.

● 3 — Yukarıda (9) numarada açıklanan ilkenin uygulanması cümlesinden olmak üzere, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa ek bir madde eklenerek, yaş hadinden emekli olan veya yaş haddinden olmamakla beraber, beden gücünün 2/3'ünden fazlasını kaybedecek şekilde malüllük veya hastalık nedeniyle emekli olmak zorunda kalan ve emekliliğinde avukatlık yapmayan ve resmi ve özel iş kabul etmeyenlere, aylık, ödenek ve makam tazminatının % 100'ü üzerinden, emekli aylığı bağlanacağı hükmü konulmalıdır.

Ayrıca bu ek maddeye, her fiili hizmet yılı için 3 ay fiili hizmet zammı verileceği yazılmalıdır.

● 4 — 241 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 39. maddesi değiştirilmelidir :

Yargıtay Kanunu, Daire Başkanı, Birinci Başkan Vekili, C. Başsavcı Vekili seçilebilmek için 6 yıl, Birinci Başkan seçilebilmek için

8 yıl üyelik kıdemi öngörmüştür. Buna karşın yukarıda (3) numarada açıklandığı üzere, Anayasa Mahkemesi'nde Başkan, Başkan Vekili, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı için bu tür zorunlu süreler yoktur. Yargıtay'da makam tazminatı Başkan, Başkan Vekili ve Daire Başkanlarına tanınırken Anayasa Mahkemesi'nde bunlarla birlikte, Anayasa Mahkemesi asil ve yedek üyelerine de tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı veya Başkan Vekilliğinin bir makam olduğunda şüphe yoktur. Fakat, Anayasa Mahkemesi asil ve yedek üyeliği gerçekte bir makam değildir. Nevar ki, Kanun Hükmünde Kararname ile İcra organı bunları da bir makam farzetmiştir. Mümkündür. Kamu sektöründe böyle itibari makam ve hizmetler düşünülebilir. Kabul edilebilir. Ve herhalde bu kabulde, herkesin Başkan veya Başkan Vekili olmasına kadroların müsait olmaması ve üyelerinde bu yoldan tatmin edilerek nimetlerin yaygınlaştırılması, seçimlerde tansiyonun düşürülmesi gibi düşünceler etkili olmuştur.

Buna karşın, Yargıtay Üyeliği makam sayılmamış ve makam tazminatı tanınmamıştır. Oysa Anayasa Mahkemesi Üyeliğini makam sayan mantık, rahatlıkla Yargıtay üyeliğini de makam kabul edebilir. Buna bir engel yoktur. Aksine, aynı gerekçeler fazlasıyla söz konusudur. Yukarıda (3) nodaki ilkenin uygulanması, doğal olarak bu sonuca götüreceği gibi, Yargıtay'da Daire Başkanı seçilme şansı, Anayasa Mahkemesinden daha azdır. Daire Başkanlarıyla üyeler arasında yaratılan bu farklılığın, Yargıtay'da yapılan seçimlerin kalitesini etkileyeceği gözlenmektedir. Öte yandan bu durum, özellikle Yargıtay üyelerinin horlandıkları biçiminde yoruma elverişli bulunmakla, saygınlığı bozucu nitelikte kabul edilmektedir.

İmdi, bu durumun ıslahı için, yukarıda (3) noda değinilen düzenleme yapılabilecekse Daire Başkanı, Birinci Başkan C. Başsavcı Vekili, seçilme hakkını kazanan üyelere Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı Başkan Vekilliği seçilme hakkını kazanan Anayasa Mahkemesi Üyelerine eşdeğer makam tazminat hakkı tanınmalıdır. Bu düzenleme yapılamıyacaksa, Yargıtay Üyeliği de bir makam farzedilerek Yargıtay üyelerinin tümüne Anayasa Mahkemesi üyelerine ödenen makam tazminatı kadar makam tazminatı ödenmesini öngören bir değişiklik gerçekleştirilmelidir.

- 5 — 2802 sayılı Kanuna ek maddeler eklenmelidir :

a) Temsil ödeneği konusunda

Yargıtay Birinci Başkanı Vekileri, C. Başsavcısı ve Vekili ve Daire Başkanlarına maaşlarının belli bir oranında değişik temsil ödeneği ödenmelidir.

Bu oranın Birinci Başkan ve C. Başsavcısı için % 20, Vekilleri ve Daire Başkanları için % 10 olması önerilebilir. Bu amaçla 2802 sayılı Kanuna bir ek madde eklenmelidir.

b) Kitap yardımı konusunda

Hâkimlerin bilimsel yönden yetiştirilebilmesi için yararlı meslekî yayınların kurumlarınca satın alınıp hâkimlere gönderilmesi sağlanmalıdır. Kitap ve dergi fiyatlarındaki aşırı yükselmeler karşısında, hâkimlerin bunları kendi olanaklarıyla edinmeleri hemen hemen mümkün olmamaktadır. Bu amacı gerçekleştirecek bir ek madde 2802 sayılı Kanuna eklenmelidir.

● 6 — 2802 sayılı Kanununun 48/son maddesinin değiştirilmesi

Hâkim ve Savcıların Üniversite ve yüksek okullarda öğretim görevlisi olarak çalışmaları, hizmetin gereklerini ve saygınlığını bozmayacak koşullar altında mümkün görülebilir, yararlı da olabilir.

Buna imkân vermek amacıyla, 2802 sayılı Kanun m. 48/son fıkrası değiştirilmelidir.

● 7 — 2797 sayılı Yargıtay Kanunu m. 53'e fıkra eklenmelidir

Yargıtay Daire, Kurul ve Bürolarında çalışan kalem personeli zor durumdadır. Bunlar Harçlar Kanunu m. 34'den de yararlanmamaktadırlar.

Bunlara aylıklarının en az % 30'u oranında hizmet tazminatı verilmesi zorunludur.

Adalet Bakanlığı'nda çalışanlara da aynı oranda bir tazminat verilmelidir.

Adliye Mahkemeleri ve icra dairelerinde çalışan kalem personelinin Harçlar Kanunu m. 34'den yararlandıkları gözetilerek onlara da aylıklarının % 20'si oranında hizmet tazminatı ödenmesi ve bu ödemelerden damga vergisi dışında vergi kesilmemesi uygun olur.

E) ÖRNEKLER

Bu konuda yapılması gerekenleri örneklemeye çalıştık. **Kuşkusuz metindeki rakamlar misâl kâbilindedir.** Bunların kesin şekilleri yürütme ve yasama organlarının siyasi takdirleri içersindedir. Ancak bir fikir verir ümidiyle metne konulmuştur.

1 — Maddeler

Madde 1 — 24.2.1983 gün ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 241 ve 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle değişik 103. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir :

«Madde : 103 — Bu Kanunun 2. maddesinde belirtilenlerin aylıkları, derece ve kademelerine göre Devlet Memurları Kanunundaki gösterge tablosu esas alınmak üzere belirlenir.

a) Anayasa Mahkemesi Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanları, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başsavcısı ve Vekilleri ile Anayasa Mahkemesi asil ve yedek üyeleri, Yargıtay ve Danıştay Daire Başkanları ve üyelerinin aylık ödemeleri birinci derecenin son kademesine eklenecek 3500 rakamından sonra bulunacak sayının belli kat sayı ile çarpılması sonunda elde edilecek miktar esas alınarak yapılır. 1988-1992 mali yıllarında ek göstergeye her yıl için 500 rakamı eklenir.

b) Hâkim ve Savcıların aylık ödemeleri, 8 inci derecenin kademelerinde bulunanlara o derece ve kademelerin gösterge rakamlarına eklenecek 600, 7 inci derecenin kademelerinde bulunanlara o derece ve kademelerin gösterge rakamlarına eklenecek 700, 6 ıncı derecenin kademelerinde bulunanlara o derece ve kademelerin gösterge rakamlarına eklenecek 800, 5 inci derecenin kademelerinde bulunanlara o derece ve kademelerin gösterge rakamlarına eklenecek 1000, 4 üncü derecenin kademelerinde bulunanlara o derece ve kademelerin gösterge rakamlarına eklenecek 1100, 3 üncü derecenin kademelerinde bulunanlara o derece ve kademelerin gösterge rakamlarına eklenecek 1400, 2 nci derecenin kademelerinde bulunanlara o derece ve kademelerin gösterge rakamlarına eklenecek 1700, 1 inci derecenin kademelerinde bulunanlara o derece ve kademelerin gösterge rakamlarına eklenecek 1900, birinci sınıfa ayrılmış olupta birinci derece aylığını almış olanlara buldukları kademelerin gösterge rakamına eklenecek 2200, bu şartları taşıyanlardan Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçilme hakkını kaybetmemiş ve birinci derecede dört yılını ikmâl etmiş olanların buldukları derece ve kademelerin gösterge rakamına eklenecek 2400, Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçilme hakkını kazandığı tarihten başlayarak koşullarını yitirmeden 5 yıl içinde seçilmeyenlerin buldukları derece ve gösterge rakamına eklenecek 2900, 10 yıl içinde seçilemeyenlerin buldukları derece ve gösterge rakamına eklenecek 3200 rakamından sonra bulunacak sayısının belli katsayı ile çarpılması sonucunda elde edilecek miktar esas alınarak yapılır.

1988-1992 mali yıllarında işbu ek gösterge rakamlarına yapılacak eklenimler ekli cetvele göre belirlenir.

Madde 2 — 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 241 ve 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararnemelerle değişik 106. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

«Madde : 106 — Bu Kanunun 2 nci maddesinde belirtilenlere brüt aylıkları tutarının % 100'ü oranında ödenek verilir.

Ayrıca brüt aylıklarının % 35'i oranında özel hizmet tazminatı ödenir. Adalet Müfettişleri için % 40 oranı uygulanır. 2949 sayılı Kanununun 16. maddesinde yazılı ödenekten Yargıtay Tetkik Hâkimleri ve C. Başsavcı Yardımcıları da yararlandırılırlar.

Bu ödenek ve tazminatlar damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz.

Bu ödenek ve tazminattan yararlananlar 657 sayılı Personel Kanunu ile verilen yan ödemeleri de alırlar.

Hâkim ve Savcı adaylarına brüt aylıklarının % 100'ü oranında ek ödeme yapılır.

Bu maddeye göre yapılacak ödemeler hakkında aylıklara ilişkin hükümler uygulanır.»

Madde 3 — 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

«Ek Madde : 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 2 nci maddesinde belirtilenlerden, resmi ve özel bir iş kabul etmemeleri ve Avukatlık yapmamaları koşuluyla, yaş haddinden veya hastalık ve malüllük nedeniyle beden gücünün 2/3'ünden fazlasını yitirmeleri nedeniyle emekli olanlara, aylık, ödenek ve makam tazminatlarının % 100 oranında emekli aylığı bağlanır. Her fiili hizmet yılı için 3 ay fiili hizmet zammı eklenir. Bu haller dışında işbu ek madde uygulanmaz.»

Madde 4 — 241 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 39. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

«Madde : 39/a — Aşağıda ünvanları yazılı görevlerde bulunanlara hizmetlerinde gösterilen gösterge rakamlarının memur aylıklarına uygulanan kat sayı ile çarpımı sonucu bulunan miktarda makam tazminatı ödenir. Makam tazminatı, damga vergisi hariç, herhangi bir vergiye tabi tutulamaz.

<u>Görev Ünvanı</u>	<u>Göstergesi</u>
Anayasa Mahkemesi Başkanı, Yargıtay, Danıştay Sayıştay Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı ile Yargıtay C. Başsavcısı ve Danıştay Başsavcısı ve bu Başkanlık ve Savcılıklara seçilme koşulları oluşmuş üyeler	800
Başbakanlık Müsteşarı	700
Diyanet İşleri Başkanı, Müsteşar, Yargıtay, Danıştay Birinci Başkan Vekilleri, Yargıtay Başsavcı vekili Anayasa Mahkemesi Üyeleri, Yargıtay, Danıştay Sayıştay Daire Başkanları ve bu vekillikler ile Daire Başkanlığına seçilme koşulları oluşan Yüksek Mahkeme Üyeleri	500

Madde 5 — 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

«Ek Madde : Yargıtay Birinci Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başkanı ve Danıştay Başsavcısı'na brüt aylıklarının % 20'si, vekilleri ile Yargıtay Danıştay Daire Başkanlarına % 10'u oranında temsil ödeneği verilir.

Bu ödenekler damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz.»

Madde 6 — 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

«Ek Madde — Bu Kanunun 2 nci maddesinde belirtilenlere, yararlı görülen meslekî yayınlar Kurumlarınca satın alınarak parasız dağıtılır.»

Madde 7 — 2802 sayılı Kanunun 48. maddesinin son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

«Hâkim ve Savcılar Üniversite ve Yüksek Okullarda öğretim görevlisi olarak da çalışabilirler»

Madde 8 — 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 53. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

«Yargıtay Birinci Başkanlığı, Daireleri ve Kurulları ile Cumhuriyet Başsavcılığı Yazı İşleri bürolarında çalışanlara aylıklarının % 30'u oranında hizmet tazminatı ödenir.

Bu tazminat damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz.»

EK GÖSTERGE TABLOSU

2 — Cetveller :

Sınıf	Derece	Unvan	243 S.K.		TAVSİYE EDİLEN					
			241. S.K. H.K. deki Ek göstergesi	H.K. ile 1987'de verilen	1987	1988	1989	1990	1991	1992
Yargıtay ve Danıştay 1. Başkanları, C. Başsavcıları, 1. Başkanvekilleri, C. Başsavcı Vekilleri, Daire Başkanları ve Üyeler			1100	3300						
			900	2700	3500	4000	4500	5000	5500	6000
			800	2400						

Yargıtay'a seçilme hakkını kazandığı tarihten itibaren 10 yıllık süresini tamamlamış ve seçilme hakkını yitirmemiş Hâkimler, Tetkik Hâkimleri, Mahkeme Başkanları, C. Savcı Yardımcıları, C. Savcı Başyardımcıları, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcıları, C. Savcılığı, Bakanlık Tetkik Hâkimliği, Adalet Müfettişleri

	800	2400	3200	3500	3800	4100	4400	4700
--	-----	------	------	------	------	------	------	------

Yargıtay'a seçilme hakkını kazandığı tarihten itibaren 5 yıllık süresini tamamlamış ve seçilme hakkını yitirmemiş Hâkimler, Tetkik Hâkimleri, Mahkeme Başkanları, C. Savcı Yardımcıları, C. Savcı Başyardımcıları, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcıları, C. Savcılığı, Bakanlık Tetkik Hâkimliği, Adalet Müfettişleri

	800	2400	2900	3100	3300	3500	3700	3900
--	-----	------	------	------	------	------	------	------

<u>Sınıf</u>	<u>Derece</u>	<u>Ünvan</u>	243. S.K. 241. S.K. H.K. deki Ek göstergesi	H.K. ile 1987'de verilen
		Yargıtay'a seçilme hakkını kazanmış Birinci sınıfa ayrıldığı tarihten itibaren 4 yıllık süresini doldurmuş Hâkimler, Tetkik Hâkimleri, Mahkeme Başkanları, C. Savcı Yardımcıları, C. Savcı Başyardımcıları, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcıları, C. Savcılığı, Bakanlık Tetkik Hâkimleri, Adalet Müfettişleri,	800	2400
		1 nci Sınıfa ayrılmış Hâkimler, Yargıtay Tetkik Hâkimleri, Mahkeme Başkanları, C. Savcı Yardımcıları, C. Savcı Başyardımcıları, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcıları, Cumhuriyet Savcıları, Bakanlık Tetkik Hâkimleri, Bakanlık Başmüşavir Tetkik Hâkimleri, Adalet Müfettişleri	650	1950
		2 nci Sınıf 1 nci Derecede Bulunan Hâkimler, Yargıtay Tetkik Hâkimleri, Mahkeme Başkanları, C. Savcı Yardımcıları, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcıları, C. Savcıları, Bakanlık Tetkik Hâkimleri, Adalet Müfettişleri	550	1650

TAVSİYE EDİLEN

TEOMAN ÖZANOĞLU

1987 1988 1989 1990 1991 1992

2700 3000 3300 3600 3900 4200

2200 2400 2600 2800 3000 3200

1900 2100 2300 2500 2700 2900

25

Sınıf	Derece	Ünvan	TAVSİYE EDİLEN							
			241. S.K. H.K. deki Ek göstergesi	243. S.K. H.K. ile 1987'de verilen	1987	1988	1989	1990	1991	1992
2 nci Sınıf	2 nci Derecede	Bulunan Hâkimler, Yargıtay Tetkik Hâkimleri, Mahkeme Başkanları, C. Savcı Yardımcıları, Yargıtay Başsavcı Yardımcıları, Cumhuriyet Savcıları, Bakanlık Tetkik Hâkimleri, Adalet Müfettişleri	500	1500	1700	1900	2100	2300	2500	2700
2 nci Sınıf	3 ncü derecede	bulunan Hâkimler Yargıtay Tetkik Hâkimleri, Mahkeme Başkanları, C. Savcı Yardımcıları, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcıları, Cumhuriyet Savcıları, Bakanlık Tetkik Hâkimleri, Adalet Müfettişleri	400	1200	1400	1600	1800	2000	2200	2400
2 nci Sınıf	4 ncü Derecede	Bulunan Hâkimler, Yargıtay Tetkik Hâkimleri, Mahkeme Başkanları, C. Savcı Yardımcıları, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcıları, Cumhuriyet Savcılığı, Bakanlık Tetkik Hâkimleri, Adalet Müfettişleri	300	900	1100	1300	1500	1700	1900	2100
2 nci Sınıf	5 nci Derecede	Bulunan Hâkimler, Yargıtay Tetkik Hâkimleri, C. Savcı Yardımcıları, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcıları, C. Savcıları, Bakanlık Tetkik Hâkimleri, Adalet Müfettişleri	300	900	1000	1200	1400	1600	1800	2000

<u>Sınıf</u>	<u>Derece</u>	<u>Ünvan</u>	<u>241. S.K. H.K. deki Ek göstergesi</u>	<u>243. S.K. H.K. ile 1987'de verilen</u>
3 ncü Sınıf	6 ncı Derecede	Bulunan Hâkimler, Yargıtay Tetkik Hâkimleri, C. Savcı Yardımcıları, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcıları, C. Savcıları, Bakanlık Tetkik Hâkimleri, Adalet Müfettişleri	200	600
3 ncü Sınıf	7 nci Derecede	bulunan Hâkimler, C. Savcı Yardımcıları	200	600
3 ncü Sınıf	8 nci Derecede	bulunan Hâkimler, C. Savcı Yardımcıları	150	450

TAVSİYE EDİLEN

TEOMAN OZANOĞLU

<u>1987</u>	<u>1988</u>	<u>1989</u>	<u>1990</u>	<u>1991</u>	<u>1992</u>
800	1000	1200	1400	1600	1800
700	900	1100	1300	1500	1700
600	800	1000	1200	1400	1600

YEHOVA ŞAHİTLERİ

M. Sabri LİVANELİOĞLU (*)

● ANLATIM DÜZENİ : 1 — Giriş. 2 — Yehova Şahitleri'nin kuruluşu. 3 — Yehova Şahitleri'nin inanç ve ilkeleri. 4 — Yehova Şahitleri'nin çalışma yöntemleri ve özellikleri. 5 — Yehova Şahitleri'nin yayımları. 6 — Yehova Şahitleri'nin Hıristiyanlık ve Yahudilerle ilişkileri. 7 — Yasalarımıza göre Yehova Şahitleri. 8 — S o n u ç.

1 — GİRİŞ

Yaklaşık 30 - 40 yıl öncesine kadar Türkiye'de Yehova Şahitleri'nin varlığı dahi duyulmamıştı. 1950'li yıllarda bazı kişiler mahkemeye başvurarak nüfus kütüğündeki (Dini - İslâm) kaydının (Dini - Yehova Şahidi) olarak değiştirilmesini istediler. Giderek bu istekler birbirini izledi ve çoğu mahkeme, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın da mütalâasını alarak istek doğrultusunda karar vermek zorunda kaldı. Öte yandan, merkezi New York'ta bulunan Yehova Şahitleri cemiyeti, İstanbul'da paravan bir kuruluş olarak (Mukaddes Kitap Kursları Derneği) adında bir derneği faaliyete geçirdi. Gerek bu derneğin yayımları ve gerekse merkezden görevlendirilen kimselerin yaptıkları vaaz, telkin ve sürekli propagandalar sonunda günden güne sayılarını arttırmaya ve böylece ülkemizde de sorun olmaya başladılar.

Önceleri asıl kimliklerini, yani Yehova Şahidi olduklarını, inanç ve amaçlarını gizlemeye özen gösterdikleri halde, haklarında açılan bazı davaların bereatle sonuçlanmasından ve sayılarının çoğalmasından cesaretlenerek, zamanla bu tedbiri ihmâl eder oldular. Öyle ki, bugün inançlarını ve merkezdeki üst düzey yetkililerinin izin verdikleri ölçüde amaçlarını rahatlıkla açıklamakta, sayıları binleri aşan kitap, dergi, broşür ve kaset - bantlarla propaganda çalışmalarını sürdürmektedirler.

Son yıllarda Yehova Şahitleri hakkındaki haberlerin ülkemizde de ilgi uyandırdığını, basına yansıyan eleştirilerden başka, özel sohbet ve toplantılarda da konunun ele alınıp duyarlılıkla tartışıldığını ve özellikle (yeni bir din) iddiasıyla ortaya çıkmalarının, büyük çoğunluğu

(*) Yargıtay Onursal Birinci Başkanvekili.

Müslüman olan halkımızın tepkisine neden olduğunu görüp iştirmek-
teyiz.

2 — YEHOVA ŞAHİTLERİNİN KURULUŞU

Charles Taze Russell'in 1879'da yayımladığı «**Siyonun Tarassus Kulesi ve Mesih'in Huzurunun Münadisi**» adlı dergi etrafında toplananlarca, 1881'de bir teşkilât kurulmuş ve önceleri «**Russelistler**», «**Ciddi İncil Araştırmacıları**» ve «**Ciddi Hıristiyan Kutsal Kitabı Araştırmacıları**» adlarıyla bir tarikat, bir mezhep olarak tanınmıştı. 1931 yılında yaptıkları kongrede eski ahit (işaya)daki «**Siz Benim Şahitlerimsiniz Der Yehova**» deyimini esas alarak Yehova Şahidi adını aldılar (1).

Yehova Şahitleri, yahudilerin kitabı (Eski Ahit - Tevrat ve hıristiyanların kitabı Yeni Ahit - İncil)i, mukaddes kitaplar olarak tanımlarına ve hükümlerini çoğu kez kendilerine göre değiştirerek de olsa yorumlayıp öğretmeye çalışmalarına rağmen, Yehova Şahitliğinin bağımsız bir din olduğunu öne sürerler. Hıristiyanların bir bölümü ise, bunları esas hıristiyanlıktan sapmış bir tarikat olarak kabul ederler.

Teşkilâtları bir cemiyet statüsündedir. Merkezleri 1909'dan bu yana New York'tur. İlk başkanları cemiyetin kurucusu da sayılan Charles Taze Russel'dir.

1980 yılındaki bilgilere göre, bir başkan yardımcısı ile 18 kişilik bir kurul başkana yardım etmektedir. İdari görev ve sorumluluklar eski başkanlardan oluşan üç üyeli bir heyet ile çalışmalara nezaret eden yedişer üyeli beş heyet arasında paylaşılmaktadır. Bunlardan **Yazı heyeti**, yayımların hazırlanmasına, **Öğretim heyeti**, okullar, toplantı ve kongreler için malzeme hazırlanmasına, **Hizmet heyeti**, va'zetme ve şakirt yetiştirme faaliyetlerine, **Yayımlama heyeti**, matbaacılık ve alım satım işlerine, **Personel heyeti**, tüm görevlilerin özlük işlerine bakmakla görevlidirler (2).

Bu heyetlerden başka Nazır, Nazır yardımcısı, Mukaddes kitap tetkik nazırı, çevre ve bölge nazırları (ki bunların taşra teşkilâtını denetleme yetkileri vardır). Müjdeciler, Öncü misyonerler, dergi yol-tama büroları ve muhabere gibi çok geniş ve gelişmiş büroları vardır (3).

Ayrıca dünyanın her yanında ve kentlerde Bölge hizmetçisi, şube hizmetçisi, mıntika hizmetçisi, çevre hizmetçisi, toplantı hizmet-

(1) İ.F.D., 492

(2) İ.F.D., 495

(3) Y.Ş., 48

çisi adlarıyla şubeler kurulmuştur. Bunlar genel merkezden verilen emir ve talimata göre çalışırlar.

Teşkilâtın «İyi Umurlar Fonu» diye adlandırılan bir şubesi de parasal işleri yürütmektedir, yayımladıkları bazı broşürlere göre, yıllık bütçesi milyarlarca dolara ulaşmaktadır. En alt kademede programcılara kadar bütün çalışanlara giyim, araç vesair masraflar adı altında ücret ödenmektedir.

Görülüyor ki, Yehova Şahitleri, dünyanın her yanına yayılmış, çok geniş ve hiyerarşik düzenle işleyen bir kuruluşa sahiptirler. Bu teşkilât aynı amaç etrafında birleşenlerce kurulan ve şubeleri bütün dünyaya yayılmış bulunan bir cemiyettir.

3 — YEHOVA ŞAHİTLERİNİN İNANÇ VE İLKELERİ

Yehova Şahitleri'nin inanç ve ilkeleri yayımladıkları kitap, broşür ve özellikle «**Tarassut Kulesi**» ve «**Uyanın**» adlı dergilerde açıkça belirlenmiştir. Bu yayımlara göre;

Yehova, güçlü tanrıdır. İsa mesih, tanrı Yehovanın oğlu ve va' dedilmiş dünyanın kralıdır. 1914'te (ki bu tarih önce 1918 ve daha sonra 1925 ve 1975 olarak değiştirilmiştir) milletlerin sonu gelmiş, İsa mesih taç giyerek göklerde Tanrı Yehovanın krallığını başlatmış, şeytan ve yardımcılarını yenerek dünyaya atmıştır. Bu tarihten 70 - 80 yıl sonra İsa, emrindeki 144.000 «**Ruhi İsraili**» ile beraber yer yüzünde şeytanın emrindeki bütün milletlere, devlet ve hükûmetlere karşı açacağı Har - magedon Savaşı'nı kazanacak ve bin yıllık bir eğitim ve denetim devresini başlatacaktır. Har - magedon'dan sağ kurtulacak olan Yehova şahitleriyle onlara tabi olanlar ve yeniden diriltilecek ölümler bin yıllık sürede Tanrı'nın krallığını görüp izleyecek, şeytan ve yandaşları cinler bağlanıp çukura atılacaktır. Bu sürenin sonunda şeytan ve cinler kısa bir süre için saliverilecek, onların tahrikine kapılanlar ikinci ölüme, ateş gölüne atılarak helâk olurlarken diğerleri (yehova şahidi olanlar) cennete dönüşecek olan yeryüzünde ebedi mutluluğa ulaşacaklardır.

Bu krallığı yeryüzünde ilân etme, Yehova Şahitleri'ne ait bir imtiyazdır (4).

Yeryüzündeki bütün siyasi sistemler bir canavardır. Har - magedon Savaşı'nda yok edilecektir. Yehovanın ikazlarına şimdiden kulak verip boyun eğenler ve inanışlarını, davranışlarını bu ilkelere uyduranlar yeryüzünde kurulacak dünya krallığında ebedi mutluluğa ereceklerdir.

[4] A.H.O., 248 - 269, İ.F.D., 493

Yehova Şahitleri milliyetçiliği ve millî duyguları reddeder. Milli sınırları tanımazlar. Askerliğin, savunma sanayiinin ve askere almanların karşısındadırlar. Ulusal egemenlik ve bağımsızlığın sembolü olan bayrağı, sancağı selâmlamayı ve millî marşlara saygıyı reddeder bunu puta tapma olarak görürler. Seçimlere iştirak etmeyi seçmeyi ve seçilmeyi günah sayarlar. Sigara, içki içmek ve heykel yapmak haramdır. Ahirete, ruha, cehenneme inanmazlar.

Kendilerinden olmayanları düşman tanırlar. Yeryüzünde herkesin kendilerine katılmasını ister buna çaba gösterirler.

İnanç ve ilkelerinin tamamı kuşkusuz bundan ibaret değildir. Buraya temel nitelikte olanlar alınmıştır.

Yehova şahitleri ahirete ve dolayısıyla kıyamete de inanmazlar. Yukarıda da açıklandığı gibi, Yehova şahitleri İsa yönetimindeki tanrı krallığının bu dünyada kurulacağına ve yeryüzünün cennete dönüşeceğine, Yehova şahidi olanların ölmeyeceğine, ölmüş olanların da diriltilip ebedi hayata erişeceklerine inanırlar. Bu bakımdan Har - magedon Savaşı'nın kıyamet günü olarak değerlendirilmesi isabetli değildir. Çünkü kıyamet, kâinatın, dünyanın, üzerindeki canlı cansız bütün yaratıklarla birlikte yok olmasıdırki, Yehova Şahitleri bunu kabul etmiyorlar. Yayımlarında açıkca **(İmha edilecek olan yeryüzü değil, insanların yeryüzünde kurdukları şeylerin sistemidir. Tanrının va'dettiği yeni yönetim altında yaşamayı arzu etmeyip şimdiki sistemi destekleyenler yok edileceklerdir)** denilmektedir (5).

4 — YEHOVA ŞAHİTLERİNİN ÇALIŞMA YÖNTEMLERİ VE ÖZELLİKLERİ

Yehova Şahitliği; kendilerinin dediği gibi bağımsız bir din olsa bile inanç ve ibadet açısından diğer dinlerden çok farklıdır. Öyleki, kendilerine has özelliklerine bakarak bu kuruluşu bir din olarak kabullenmek çok zordur.

Din, İnsanın kendisini yaratan ve yaşatan üstün varlığa (Allaha) inanması ve inancına göre şükran borcunu ödemesidir (6). Bütün dinlerde şükran borcu, inanıp iman etmekle, hamdedip şükretmekle onu anıp, ona güvenip, ona dua edip, yalnızca ondan istemekle ve ayrıca her dine değişik biçimde de olsa ona ibadet etmekle, koyduğu yasaklardan sakınmak ve yapılmasını istediği şeyleri onun rızası için yapmakla yerine getirilebilir. Yehova Şahitleri ise; güçlü

(5) İ.F.D., 533, A.E.G., 42

(6) G.M.K., 5

tanrı Yehovaya ve oğlu İsa mesih yönetiminde kurulacak dünya krallığına inanmakla dini ve uhrevi görevin tamamlandığı kanısındadırlar. Eğer ibadet sayılırsa bütün yaptıkları kongre ve toplantılarda kutsal kitap dedikleri İncil'in aslını değilde (ki aslı zaten kaybolmuştur.) kendi inançları doğrultusunda ve Allah böyle diyor diye ona maledilerek yaptıkları yorumları okumaktır. Bunun dışında Tanrıya mali, bedeni hiçbir ibadetleri yoktur. Yehova şahidi olmak için yapılan vaftiz ile hatıra yemeği dedikleri ekmek - şarab yemeğinden başka dini ayin ve törenleri yoktur. Dinlerince sayılı günleri ve bu günlere mahsus törenleri yoktur. Mabetleri yoktur. Beytel de dedikleri krallık salonları gereğine göre değişebilen sıradan bir evdir. Haftada bir gün burada toplanır merkezden gelen emir ve talimatları, kutsal kitap yorumlarını ve dergilerini okurlar.

Din adına asıl faaliyetleri vaaz, telkinde bulunarak, görüşlerini içeren kitap, dergi ve broşürleri dağıtarak başkalarını etkilemek ve böylece inançlarını yaymaktan ibarettir. Kendilerini vaiz ve misyonerler grubu kabul eder «**her yerde inançlarını ilân etmek üzere görevlendirildiklerini**» söylerler (7). Oysa bunun dinle, ibadetle alâkası yoktur. Bu görünümüyle Yehova Şahitliği, inanmak ve inançlarını yaymaktır diye tanımlanabilir.

Yehova şahitleri genel merkezin robotu durumundadırlar. Genel merkezin emir ve talimatına tam bir teslimiyet içinde aynen uyarlar. Aşırı bir disipline tabidirler. Emirlere itiraz etmek, karşı düşünce ileri sürmek yada pasif kalmak mümkün değildir (8).

Her Yehova Şahidi mensup olduğu şube hizmetçisi kanalıyla doğrudan genel merkeze bağlıdır. Yıl içinde kaç kişi ile temas kurduğunu, kimleri ikna edebildiğini ve bulunduğu ülkede Yehova Şahitleri hakkındaki tutum ve davranışı bir rapor halinde genel merkeze bildirmek ve aldığı talimata göre çalışmalarını düzenlemek zorundadır (9).

Amaçları; inanç ve ilkelerini yaymak ve herkese kabul ettirmektir. Bunun için çalışmalarını sürdürür, New York'taki genel merkezin yayımlarını, kutsal kitap yorum ve öğretilerini ev ev dolaşarak sokak ve meydanları izleyerek gözlerine kestirdiklerine vaaz ve telkinle duyurmaya gayret ederler. Bu çalışmalara «**Tarla Hizmeti**» derler. Tam

(7) A.H.O., 224

(8) İ.F.D., 497

(9) A.H.O., 229

gün çalışanlara «Öncüler - Akıncılar», haftada bir gün va'zedenlere ise «Neşriyatçılar» derler (10).

5 — YEHOVA ŞAHİTLERİNİN YAYINLARI

Yehova Şahitleri Cemiyeti 1881'de kuruluşundan bu yana kitap broşür ve dergi olarak binlerce eser yayımlamış ve bunların çoğunu gönderdikleri ülkenin dilinde bastırarak bütün dünyaya dağıtmışlardır. Bazı ülkelerde ise, dernek statüsünde yayinevleri kurmuşlardır. 10.7.1974'de İstanbul'da kurdukları «Mukaddes kitap kursları derneği» de bunlardan biridir. Bu derneğin 1980 yılında yayımladığı 52. kitapta teşkilâtın mukaddes kitap ve yorumları da dahil olmak üzere 4.832.823.111 adet yayını 216 ülke ve adaya dağıttıkları kaydedilmektedir (11).

En fazla önemsenen yayımları, 79 dilde ve ayda iki kez yayımlanan 10 milyon tirajlı «Tarassut Kulesi» ile 33 dilde yayımlanan 9 milyon tirajlı «Uyanın» adlı dergilerdir. Bunlar bütün ülkelere muntazam gönderilmekte ve çoğu parasız dağıtılmaktadır (12).

Bu dergilerden başka Türkiye'de yayımlanmış kitaplardan :

1 — Ebedi Hayata Sevkeden Hakikat	(E.H.S.H.)	1969
2 — Gelmekte Olan Dünya Hükûmeti	(G.O.D.H.)	1980
3 — Allah Hak Olsun	(A.H.O.)	1962
4 — Tanrı Yalan Söylemez	(T.Y.S.)	1971
5 — Mukaddes Kitap Gerçekten Tanrı Sözüdür.	(M.K.G.T.S.)	1975
6 — Hakiki Sulh ve Güvenlik Hangi Kaynaktan	(H.S.G.H.K.)	1978
7 — Tanrı Neden Kötülüğe Müsaade Ediyor	(T.N.K.M.E.)	1978
8 — Yeni Bir Dünyaya İnanmak İçin Esas	(Y.B.D.İ.İ.E.)	1957

broşürlerden ise, (Cesur Olun Milenyum Yakındır), (Tanrıya Uyanlar Olun), (Tanrıya mı Yoksa İnsana mı Güveniyorsunuz), (Tanrısal Bir Vicdan Tarafından Sevkedilmek), (Tanrının İsmi Senin İçin Ne Anlam Taşır), (Gerçekten Ruhi Düşünüşe Sahip bir Şahımsısın), (Maddi Şeylerle İlgili Görüşün Nedir), (Tanrıya Neden İnanılmalı), (Yehovayayı

(10) İ.F.D., 497

(11) İ.F.D., 495

(12) İ.F.D., 495

Tenennüm Edin) ve (Bütün Milletler Allah'ın Kıallığı Altında Birleşince)yi zikredebiliriz.

Yukarıda Yehova Şahitleri'nin özelliklerinden, ilke ve amaçlarından bahsedilmiş, kaynak gösterilmemişti. Şimdi yeri gelmişken kendi yayımları olan kitap ve dergilerdeki yazılara göz gezdirerek, bunlardan pasajlar alarak inanç ve amaçlarının niteliği ve çalışma yöntemleri hakkında bilgi sunmaya çalışacağız.

— «Mukaddes kitabın en büyük doktrini Allah'ın Krallığıdır. Asırların zirvesine ulaşmış bulunuyoruz. Muazzam, cihanşümül hâkimiyet davası bu krallık tarafından kat'i surette halledilmek üzredir. O halde uyanın, bu adil hükümet altında yaşamak isteyen herkese hitab ediliyor, uyanın» (A.H.O. 70, 145. İ.F.D. 514)

— «Yehovanın meshedilmiş şakirtlerinin mütebakisi ve teokratik hükümetinin mesajına karşı bir insanın takındığı tavır Yehovanın tahta geçen kralına karşı durumunu tayin eder. Zalimler, muhalifler ve lakayt olanlar içyüzlerini meydana çıkararak keçi olduklarını gösterirler. Binaenaleyh esedi imhaya mahkûmdurlar. Buna mukabil Yehova Allah'a karşı iyi niyetli olan halim ruhlu insanlar onu başka koyunları ebedi hayat kazanmak yolundadırlar.» (İ.F.D. 515)

— Kralın kat'i zühuru gittikçe yaklaşmaktadır. Sodom ve Gomorayı gölgede bırakacak olan müthiş Har - magedon felâketi kapılara kadar yaklaşmıştır. (İ.F.D. 515)

— Varlığı ebedi olmayan putperest milletler hemen önümüzde olan dünyanın en büyük sıkıntı zamanında yeryüzü sahnesinden kaybolacaklar. (A.g.e. 22, İ.F.D. 516)

— İmparatorluklar, krallıklar, cumhuriyetler ve başka siyasal varlıklar hakkında ne denilmelidir? Bütün bunlar da günleri eski olan bu dünya üzerine ateşli hükmü getirdiği zaman yok edilmelidirler. (G.O.D.H. 100, İ.F.D. 517)

— En mükemmel hükümeti getirmek amacıyla kötü yöneten ve eziyet eden insan yapısı hükümetleri ortadan kaldırmalıdır. (A.g.e. 100)

— Yehova Şahitleri özellikle 1918 yılında 1. dünya savaşının sona ermesinden sonra bu hükümeti yani Tanrının Mesihinin yönetimindeki semavi krallığını ilân etmişlerdir. (M.K.K.D. 34)

— Yehova Şahitleri en yüce Allah'a ve krallığına sadakat taahhüdünde buldukları için mahalli, milli veya milletlerarası seçimlere ve siyasete iştirak edemezler. (A.g.e. 235, İ.F.D. 523)

— İktidarda bulunan insanlar sizden Tanrıya ait olanı istedikleri zaman ne yapacaksınız... Yapılacak doğru şeyin insanlardan ziyade Allah'a itaat etmek olduğunu kim inkâr edebilir? (A.g.e. 150, İ.F.D. 524)

— Zihniniz hür müdür? İkna edilmeye âmâde midir? Yoksa millî irkî veya dinî haksız hükümlerin esaretinde midir? (Y.B.D. İ.İ.E. Broşür)

— Teokratik bir hükûmet olan Allah'ın krallığı altında nasıl siyaset olur? ... İnsanlardan ziyade Allah'a itaat etmek gerekir. Hali hazırda mensup oldukları milleti veya ırkı nazarı itibara almaksızın bugün Allah'ın krallığı altında birleşenlerin birlikte nail olacakları ne kudretli bir tanzim. Kurtuluşumuz için Allah'ın krallığı altında mı birleşeceğiz? (B.M.A.K.A.B. 25 - 28, İ.F.D. 524)

— Milli egemenliklerin dünyayı feci şekilde böldüğü kanaatinde dirler. (A.g.e. 44, İ.F.D. 525)

— Kendini yanlış yere bütün iyi şeylerin kaynağı olarak tanıtan devlet, kendini bir Tanrı haline getiriyor. İster gönüllü, ister zorla olsun devletin bu konudaki siyasetini destekleyenler, canavarın (şeytanın) tapıcıları oluyorlar. Onlar canavarın Tanrıya karşı gösterdiği saygısızlığa ve ona münhasır merbutiyet gösterenlere yaptığı eziyetlere razı oluyorlar.

— Güçlü yedinci dünya kudreti ve birleşmiş milletler teşkilâtının içindeki ve dışındaki bütün diğer milletler şimdi yakın olan büyük sıkıntıda bu yenilmez dünya hükûmeti önünde yenilgiye uğrayarak ortadan kalkacaklar. (G.O.D.H. 116, İ.F.D. 529)

— Yehova Şahitleri krallık mesajını zaten 205 ülkede bildirmektedirler. Kral İsa Mesihin şakirtleri bu ülkelerde faaliyette bulunmaktadırlar. (A.g.e. 159)

— ... Elinden gelen her şeyi yapman gerekir. Yehovanın ismini ve maksadını başkalarına bildir. (E.H.S.H. 113, İ.F.D. 531)

— Hakiki dinin başka bir özelliği de dünyadan ve onun işlerinden uzak durmaktır. (A.g.e. 129, İ.F.D. 532)

— Hem erkekler hem de kadınlar sokaklarda ve kapıdan kapiya tarla hizmetine iştirak etmek imtiyazına mâliktirler. Bir Yehova Şahidi olarak faal bir surette va'zetmeyen bir şahıs teşkilâtla beraber değildir. (A.g.e. 230, İ.F.D. 533)

— Yehova Şahitleri bütün savaşlarda ve hükümetlerin diğer işlerinde tarafsızdırlar. (M.K.K.D.)

— Zor şartlar altında bile toplanacağız. ... Mesihin yönetimindeki tanrısal hükümetini tüm insanlara cesaretle ilân etmeye devam edeceğiz Yehovanın Şahitleri Tanrı ve Mesihe kayıtsız şartsız bağlılık göstermeyi vaad etmişlerdir. (A.g.e. 35, 42)

— Güreşimiz kan ve ete karşı değildir. Siyasetlere karşı, hükümetlere karşı, bu karanlığın dünya hükümdarlarına karşı semaviyatta olan kötülüğün ruhi ordularına karşıdır. (M.K.K.D.)

— 200'den fazla ülkede 2 milyondan fazla sadık tebaası onun hüküm sürme yöntemini gönüllü ve coşkun şekilde beden, zihnen ve maddeten desteklemektedir. Onun Anayasası ve kanunları çok daha etkili bir şekilde küçük birer şehre benzeyen cemaatlar tarafından uygulanmaktadır. (M.K.K.D. 41, İ.F.D. 547)

— Allah'ın görünür teşkilâtına hürmet göster, işbirliği yap ve teokratik talimatları süratle yerine getir ve nasihatları kabul etmeye hazır ol. (T.K. 11, sayı, 170)

— Bu nizamın hareket tarzından uzaklaş ve Allah'ın yeni nizamının prensipleriyle ahenkte olan bir hareket tarzı takip et. (Adil bir yeni nizam ümidiyle yaşamak. 60)

— Yehova Şahitleri ... içinde ikâmet ettikleri milletlerin silâhlı kuvvetlerinde askeri talim ve hizmetten muafiyet talep etmek hakkını haizdirler ... Kendileri İsa Mesihin askeri olarak hizmet gördükleri bir orduda bulunuyor. Başkomutan olan Yehova bu dünyanın cismani harbine iştirak etmek müsaadesini vermez... Mesih İsanın ordusuna mensup bir şahıs bu dünyanın herhangi bir ordusunda hizmet için Yehovanın ordusunu terk ettiği takdirde firar etmiş sayılır. (A.H.O. 235, 237)

— Yehova Şahidi herhangi bir milletin bayrağına selâm verdiği takdirde Yehovanın emrini ihlâl etmiş olur. (A.H.O. 241)

— Yehova Şahitleri bir vaizler cemiyetidir. Bir beden olarak bunlar bir misyoner grubudur. (A.H.O. 224)

Bu örnekleri çoğaltmak kuşkusuz mümkündür. Ama yukarıya aynen alınan pasajların, Yehova Şahitlerinin tanınmasına, inanç ve amaçlarının bilinmesine yeterli olacağı kanisiyle örneklere devam etmiyoruz.

6 — YEHOVA ŞAHİTLERİNİN HİRİSTİYANLIK VE YAHUDİLERLE İLİŞKİLERİ

Yehova Şahitleri; hristiyanlıktan sapmış bir tarikat olarak yapılan tanımlamaya karşı çıkmakta ve kendilerinin apayrı bir dine mensup olduklarını savunmaktadırlar. Oysa inançlarının kaynağı ve kutsal bildikleri iki kitaptan biri olan İncil hristiyanların kitabı, Hz. İsa hristiyanların peygamberidir. Böyle olunca Yehova Şahitlerini bir hristiyan tarikatı saymak pek de yanlış değildir. Zira İncil hükümlerinden bazılarını ihmal edip diğerlerini kendi görüşleri doğrultusunda değiştirerek ve Allah'a mal ederek yorumlamaları ve Hz. İsa'yı peygamberliğinden önce Mesih olarak tanımaları, inançlarının ayrı bir din sayılmasını gerekli kılmaz. Ne varki Yehova Şahitleri bunda ısrarlıdırlar.

Kanımızca ayrı bir din olma iddiasının temelinde yatan asıl neden dinsel olmaktan çok siyasaldır. Çünkü Yehova Şahitleri'nin tek değişmez amacı, kendilerinde açıkladıkları gibi «**Teokratik bir dünya devleti**» kurmaktır. Katolik, protestan, ortodoks gibi hristiyanlığın bir kolu, tarikatı, mezhebi olarak ortaya çıksalardı asırlardan beri mevcut olan bu tarikatların bugünkü durumuna düşer ve hiçbir zaman amaçlarına ulaşamazlardı. Bunun bilincinde olan Yehova Şahitleri, hristiyanlığa ait bazı esasları kabul etmekle beraber bu dini kendi görüşlerine göre kısmen değiştirerek yeni bir din görünümüyle ortaya çıkmayı ve böylece hedeflerine ulaşmayı uygun bulmuşlardır.

Öte yandan Yehova Şahitleri'nin siyonist bir yahudi kuruluşu olduğu da yaygın biçimde ileri sürülmektedir. Bu iddianın incelenbilmesi için Yehova Şahitleriyle Yahudiler arasındaki ilişkilere ve öncelikle Yahudi tarihine kısa da olsa göz atmak yararlı olacaktır.

Dörtbin yıl kadar önce dini inançları yüzünden Mezopotamya'dan ayrılan Hz. İbrahim, ailesi ve kendisine tabi olanlarla birlikte bugün Filistin diye bilinen YUDA Krallığına geldi. Dicle ve Fırat Nehirleri'ni geçerek geldiği için kendisine aşip gelen anlamına (İbri) ve birlikte gelenlere de (İbriler - İbraniler) dediler. Torunu Yakubun bir adıda İsraildi. Bu aileden gelen ve zamanla çoğalan İsraililer bölgede dini ve milli görüşlü İbrani devletini kurdularsa da sürekli

kıtlık nedeniyle Mısıra hicret zorunda kaldılar. Bir süre sonra Hz. Musa öncülüğünde yurtlarına döndüler. Birleşik İbrani krallığını kurdular. Hz. Davut ve Hz. Süleyman dönemlerinde çok güçlendiler. Lâkin Asur ve Babil'le yapılan savaşta yenilince sağ kalanları esir olarak Babil'e götürüldü.

Persler'in Babil'i ortadan kaldırmasına kadar burada yaşadılar ve kendilerini Babil'in zulmünden kurtaran Persler'le iyi ilişkiler kurdular.

Persler Yuda Krallığı'ndan esir olarak getirilenleri (Yahudiler) diye adlandırmışlardı ki ilk kez Persler tarafından kullanılan bu isim tarih boyunca bir Ulusun adı olarak kaldı.

Perslerin ve Zerdüşt Dini'nin etkisinde kalarak Cennet'i, Cehennem'i ve özellikle insanları kurtaracak olan (Sayoşant)ı yani Mesih'i öğrenip acı çekmiş bir millet olarak benimsediler ve Davut soyundan gelecek bir Mesih'in kendilerini kurtaracağına inandılar. Persler'in yardımıyla Filistin'e döndükten bir zaman sonra yurtları bu kez önce Yunan ve Arkasından Roma tarafından işgal edildi. Yahudilerde yurtlarından ayrılıp yer yüzüne dağıldılar. Fakat inanç ve siyasi amaçlarını hiçbir zaman unutmadılar. O günden beri dünyanın her yanında gizli ve aşikâr örgütler kurarak Filistin'de Yahudi devletini yeniden kurmayı amaç edindiler ki, bu örgütler birer siyonist kuruluşlardı (13).

Mesih, İsa Peygamber'e verilen adlardan biridir. Yahudiler arasındaki inanişâ göre Mesih günü gelince gökten inecek, yıkılan Yahudi Devleti'ni, kutsal birliği yeniden kuracak, ezilen Yahudi milletini kurtaracaktır. Mesih ölmemiştir. Yahudi Milleti'ne vaadedilen günü beklemektedir (14).

Tarih boyunca pek çok yalancı mesihler çıktı. Her seferinde Yahudiler umutlandılar. 1666'da geleceği ilân edilen mesih İzmirli Sabutay Zevi de bunlardan biriydi. Hepsisi de boş çıktı, ama Yahudiler umutlarını yitirmediler.

19. yüzyıl sonunda Viyanalı Dr. Teodor Herzl bir kitap yayımladı «Yahudi Devleti» adındaki bu kitabın yayımından bir yıl sonra Dr. Herzl, İsviçre'deki dünya siyonist kongresinde, toplanan Yahudilere 50 yıl içinde İsrail Devletinin yeniden kuruiacağını müjdeledi. Bu kehanet gerçekleşti ve tam 50 yıl sonra Filistin'de İsrail adıyla Yahudi Devleti kuruldu (15).

(13) B.D.V.M.A., 175

(14) M.L.

(15) B.D.V.M.A., 181

Filistin'deki İsraililer, önceleri Yehovayı Filistin ülkesinin tanrısı bilirlerdi. Zamanla ve geçirdikleri olaylar nedeniyle bu düşünceleri değişti ve Yehovanın evreni yaratan tek Tanrı olduğuna ve Musa Peygamberin Yehovadan getirdiği on emirde de denildiği gibi «Yahudilerin, Yehovanın seçtiği millet» olduğuna inandılar.

Görülüyorki, Yehova Şahitleriyle Yahudilerin inanç ve amaçları arasında birbirinden ayrılmaz yakınlıklar, benzerlikler vardır.

Ayrıca Yehova Şahitlerine ait yayınlarda;

a — Yehova, Yahudilerin Tanrısı, Mesih Yahudilerin kurtarıcısıdır. Yehova Tevrat ve İbrani dilinde Yahudilerce Tanrıya verilen ad- dırki başka hiçbir dinde, hiçbir dilde Tanrı bu adla anılmamıştır.

b — Yahudilerin inanışına göre, Hristiyanlığın Peygamberi Hz. İsa, Davut soyundan dolayısıyla İsrail oğullarındandır. Bir Yahudi olarak doğmuş ve daha Tarsuslu Pavlus zamanında Yahudilerce Mesih olarak kabul ve ilân edilmiştir (16).

c — Yehova Şahitlerince kurulacağı bildirilen dünya krallığında Hz. İsa'nın yanında görev yapacak olanlarda (144.000 Ruhi İsraili) dir (17).

d — Yine Yehova Şahitleri yayınlarından A.g.e. de aynen, «İçten İsraili» İçten yahudi olan yahudidir... İsa mesih ile hissedar olanların ruhi yönden İsraili olmaları... Tanrı Mesihin vakfolmuş, vaftiz edilmiş şakirtleri olan hem bedeni yahudileri, hem yahudi olmayanları dünya hükümdarlığına Mesih ile hissedar olmaları için seçerek ruhiyle tevhit eder. Onların tümü ruhi İsraili olurlar... Bugün yahudi olmayan milletlere ait insanlar bedenlen sünnetli İsraililer hiçbir dünya hükümdarlığının yönetimi altına girmeyeceklerdir, bunun yerine bedeni yahudiler dahil olmak üzere bütün milletler yakında Tanrının tayin ettiği zamanda kral İsa Mesih ile birlikte ruhi İsrailin gökteki oniki sıptının dünya hükümdarlığı altına gireceklerdir (18).

e — Yehova Şahitleri Yayınlarından (H.S.G.H.K. 209) da Yahudiler için «Tanrının teşkilâtlanmış kavmi» ve (M.K.K.Y.İ.G. 18) de «Milliyetçi Yahudiler» (M.K.K.D. 17) de «Hristiyan ruhi İsrail milleti.»

f — (M.K.K.D. 18) de de «İsrail ile ilişkilerinde Yehova daima sadık kalmıştır. Kendisi hiçbir zaman sevgisini başka kavimlere vermemiş ve onlarla hiçbir ilişki kurmamıştır.»

(16) B.D.V.M.A., 214

(17) İ.F.D., 508, A.g.e. 116

(18) İ.F.D., 505, A.g.e. 117

g — (M.K.K.D. 15) de, «Yehovanın tapınma merkezi Siyon yada Yerus̄alım'in...»

Deyimleri yer almaktadır. Siyon bilindiği gibi Kudüs (Yerus̄alım) de kutsal sayılan bir dağ ismidir. Hz. Davut'un mezarının bu dağda olduğu söylenir. Kutsallığı nedeniyle Yahudilerin ve Kudüsün simgesi olmuştur. Siyonizm deyim! de bu isimden türetilmiştir. Yehova şahitlerinin temelini oluşturduğu bildirilen ve 1879 tarihinde Charles Taze Russell tarafından yayımlanan «Siyonun Tarassut Kulesi ve Mesihin huzurunun münadisi» adlı dergide Yehova Şahidi - Yahudi ilişkisini açıkça ortaya koymaktadır.

Yine Yehova Şahitleri'nce yayımlanan yıllıkta, cemiyet başkan yardımcısının Arap - İsrail savaşından sonra İsrail'e gelerek zaferi kutladığı bildirilmektedir.

Ayrıca Yehova Şahitleri dünyanın her ülkesinde yoğun çalışmalarını sürdürdükleri halde, İsrail'de bu çalışmaların asgari düzeyde olduğu ve İsrail'de Millet, vatan, bayrak, milli marş, devlet, askerlik, harp sanayii ve savaş aleyhtarlığı gibi kavram ve kuruluşlar aleyhine düşmanlık yapmaktan kesinlikle kaçındıkları gerçeği de oldukça ilginç ve düşündürücüdür.

Bütün bunlar Yahudilerle Yehova Şahitleri arasındaki inanç ve amaç birliğini ortaya koymaktadır. Bunların birer benzetme yada raslantı olması ihtimali oldukça zayıf ve Yehova Şahitlerinin Yahudilere karşı duydukları sempati biçiminde yorumlanması da tevilden öte bir anlam taşımaz. Bu benzerlikler ve kanıtlar, Yehova Şahitliğinin siyonist bir Yahudi kuruluşu olduğu yolundaki iddiaları güçlendirmektedir.

Bu bakımdan hedeflerinin Yehovanın va'dettiği topraklar üzerinde bağımsız bir Yahudi devleti kurmak ve bir daha yıkılmamak üzere yaşamasını ve ideal olarak (Kuşkusuz gerçekleşebilirse) bu devletin bir dünya devletine dönüşmesini sağlamak olduğunu, bunun içinde yer yüzünde engel olarak gördükleri İsrail dışındaki tüm milli sistem ve milli kuruluşların yok edilmesine, en azından zayıflamasına çalıştıklarını ileri süren görüş, dayanaktan yoksun değil, tam tersine hayli güçlü ve iddiayı doğrular niteliktedir.

7 — YASALARIMIZA GÖRE YEHOVA ŞAHİTLERİ

Anayasanın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti; demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlanmış, 24/1. maddesiyle de din ve vicdan hürriyeti güvence altına alınmıştır. Buna göre herkes vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Bu güvence al-

tında bir kimsenin istediği dini görüşü benimsemesine, inandığı dinin gereği olan âyin ve ibadetleri yapmasına ve istediği gibi düşünmesine hiçbir engel yoktur. Dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kimse kınanamaz ve suçlanamaz.

Ama, diğer hürriyetlerde de olduğu gibi din ve vicdan hürriyeti de sınırsız değildir. Bu hürriyetin sınırları ise, yine Anayasanın 14 ve 24/son maddeleriyle çizilmiş ve dinsel hürriyetlerin kötüye kullanılması önlenmiştir.

Anayasanın 14. maddesi :

«Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanamazlar...»

Ve 24/son maddesi de;

«Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.»

Hükümünü içermektedir

Ülkemizde bütün dinlere ve hatta dinsel görüşlere eşit olarak tanınmış bulunan din ve vicdan hürriyetinden kuşkusuz Yehova Şahitleri de yararlanıyorlar. Yehova Şahitleri bu güvence içinde sadece inanmak ve inançlarının gereği olan âyin ve ibadetleri yerine getirmekle yetinselerdi doğal olarak haklarında herhangi bir işlem yapılması düşünülemezdi. Ne varki, inanç ve ilkeleri bakımından bununla yetinmiyorlar. Kanımızca yetinmelerine olanak ta yoktur. Çünkü, yukarıda da açıklandığı gibi onların inançlarıyla amaç ve ilkelerini birbirinden soyutlamak mümkün değildir. Sistem öyle kurulmuş ki, maaş düşüncelemlerle de olsa Yehova Şahidi olmayı kabul eden kimse, milli sistemleri milli değerleri otomatik olarak karşısına almış olur. Hem millî duygu ve değerlere bağlı kalmak, hem de Yehova Şahidi olmak olanağı yoktur.

Aslında sistemin böyle işlemesi, amaçlarının doğal sonucudur. Zira asıl hedefleri olan teokratik dünya devletinin kurulması ancak

yeryüzündeki milli sistem ve değerlerin kaldırılmasıyla gerçekleştirilecektir. Bunun için milliyetçiliği ve millî duyguları reddediyor, milli sınırları tanımıyor, askerliğe ve askere almalara karşı çıkıyor, bayrağı sancağı selâmlamıyor, millî marşa saygı duymuyor, seçme ve seçilmeyi günah sayıyor, kendilerinden olmayanları düşman tanıyor ve daha da kötüsü kendilerini bir vaizler, misyonerler grubu sayarak vaaz, telkin ve dağıttıkları kitap, broşür ve dergilerle devamlı olarak bu konuları işleyip başkalarını etkilemeye ve ilkelerini yaymaya çalışıyorlar. İşte eyleme dönüşen bu davranışlarının tesbiti halinde haklarında yasal işlem yapılması gerekli oluyor.

Yehova Şahitlerinin reddettikleri ve vaaz, telkin, propagandalarına konu yaptıkları hususların hemen hepsi, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklere, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, din ve mezhep ayrılığını yasaklayan hükümlere, askerlik ödevine, seçme ve seçilme özgürlüğüne (ve Bg.) aykırıdır. Yehova Şahitleri'nin yayımlarında yer alan bu ilke ve amaçları, başta Anayasa olmak üzere pek çok Yasa maddesinin ve ayrıca devletin sosyal, siyasal ve hukukî temel düzeninde değiştirilmesine yöneliktir ve TCK. nun 163. maddesi hükümlerine aykırıdır.

TCK. nun 163/1. maddesi, Lâikliğe aykırı olarak devletin temel düzenini kendi dini görüşlerine göre değiştirmek amacıyla cemiyet kurulmasını suçun oluşmasında unsur olarak kabul etmiştir. Yehova Şahitlerinin inanç ve amaçlarının niteliğine göre diğer unsurları açıklamaya ihtiyaç yoktur. Cemiyet teşkiline gelince, her ne kadar Yehova Şahitleri'ne ait teşkilâtın merkezi yurt dışında isede, madde metninde böyle bir koşul bulunmadığından bunun suçun oluşmasına etkisi olamayacağı kanısındayız. Kaldığı, İstanbul'da 1974'de kurulan «Mukaddes Kitap Kursları Derneği» yayımlarıyla cemiyetin bir şubesi gibi faaliyet göstermektedir. Bu bakımdan cemiyeti tesis yada yönetme eylemleri tesbit edilen Yehova Şahitleri hakkında bu fıkra hükümleri uygulanabilir. Bu şekilde kurulmuş cemiyete üye olarak girmenin cezası ise aynı maddenin 2. fıkrasındadır.

Ayrıca maddenin 4. fıkrası: «..... Veya siyasi menfaat veya şahsî nüfuz temin ve tesis eylemek maksadıyla dini veya dini hissiyatı veya dince mukaddes tanınan şeyleri alet ederek her ne suretle olursa olsun propaganda yapmayı veya telkinde bulunmayı yasaklamaktadır ki, bir vaiz ve misyoner grubu olduklarını ve inançlarını her yerde ilân etmek üzere görevlendirildiklerini, buna göre çalıştıklarını ifade eden Yehova Şahitleri'nin eylemleri en azından bu fıkra hükmünü ihlâl niteliğindedir.

Yukarda Yehova Şahitleri'nin bayrağa ve askerliğe karşı olduklarına değinilmişti. Kuşkusuz bayrağa ve askerliğe karşı olmak, bir eyleme dönüşmedikçe herhangi bir suçun konusu olamaz. Ancak, Türk bayrağını veya devletin diğer bir hâkimiyet âlametini tahkire yeltenmeleri yada halkı askerlik hizmetinden soğutmaya yönelik neşriyat ve telkinatta bulunmaları halinde haklarında TCK. nun 145 ve 155. maddelerine göre işlem yapılabilir.

Yehova Şahitleri, 10.7.1974'de «Mukaddes Kitap Kursları Derneği» adıyla İstanbul'da bir dernek kurmuş ve yayımlarından bir kısmını bu dernek aracılığıyla İstanbul'da bastırarak dağıtmışlardır. Derneğin tüzüğünde «Lâiklik ilkesini»nin benimsendiği açıkca kabul edilmiş olmasına karşın, yayımlarında bu ilkeye sadık kalınmadığı ve Yehova Şahitlerinin inançları doğrultusunda lâikliğe aykırı yazılara yer verildiği gözlenmiştir. Sayın Doç. Dr. Günay Tümer'inde isabetle değindiği gibi Yehova Şahidi ve dernek kurucusu olan kimselerin aldatıcı veya noksan beyanat ile ruhsat almış olmaları ihtimali üzerinde durularak gerekli araştırmanın yapılması ve sonucuna göre gereğinin takdiri ve ayrıca TCK. nun 143. maddesinin düşünülmesi ülkenin selâmeti açısından uygun olur.

8 — SONUÇ

Görülüyorki, yaklaşık 100 yıl önce kurulup günden güne genişleyerek bütün dünyaya yayılmış bulunan Yehova Şahitlerinin hedefi, dinsel görünüm ardında teokratik bir Yahudi Devleti kurmak ve bir daha yıkılmamak üzere yaşamasını sağlamaktır. Bugüne kadar dünya politikasına hakim bazı güçlerin de yardımıyla hedeflerinin birinci aşamasına ulaşmış ve Filistin'de bir Yahudi Devleti olan İsrail'in kurulmasını temin etmişlerdir.

Şimdiyse İsrail dışındaki ülkelerde bir yandan milliyetçilik, milli devlet, millî sınır, millî ordu millî savunma gibi milletlerin bağımsız yaşamasını sağlayan değerleri yok etmeye, zayıflatmaya; öte yandan din istismarı ve sürekli propaganda ile üyeleri arasında Yahudilere karşı sempati yaratmaya çalışmaktadırlar. Çünkü, ne kadar güçlü ve zengin olursa olsun devletlerin güçlerini sonsuza değin koruyamayacaklarının bilincindedirler. Gerçekten tarih boyunca nice güçlü devletler, nice güçlü krallık ve imparatorluklar zamanla; yöneticilerinin ihtirasları, birbirleriyle çekişmeleri ve post kavgaları yüzünden önce zayıflamış ve nihayet daha güçlü bir dış müdahaleyle yıkılıp tarih sahnesinden silinmişlerdir. Bu bakımdan bir yandan İsrail sempati-zanlığını yaymaya çalışırken öte yandan İsrail dışında kalan ülkelerdeki milliyetçiliği, milli sistem ve duyguları yok ederek karşılarına

çıkması muhtemel dış güçleri peşinen bertaraf etmeyi plânlamış ve bu plâni var güçleriyle uygulamaya koymuşlardır.

Ayrıca, yeterli parayı temin edemediği için bazı kiliselerin kapanmak zorunda kaldığı bir dönemde, Yehova Şahitleri cemiyetinin milyarlarca doları aşan yıllık bütçelerle yönetilmesi de çok ilginçtir. Her yıl bunca paranın sadece dinî amaçlarla toplandığını düşünmek kuşkusuz safdillik olur. Bu paranın ancak cemiyetin çalışmalarını kendi ideolojisine uygun bulan siyasi toplumlarca sağlandığı kanısındayız.

O halde Yehova Şahitliğinin dinsel bir kuruluş olmaktan ziyade siyasi bir örgüt, siyasi bir cemiyet olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu özelliklerini tesbit eden birçok ülke, bunların faaliyetini yasaklamış ve halkını zararlı propagandalarından korumaya çalışmıştır.

Yehova Şahitleri belki bugün için tehlike verecek boyutta değildir. Ama unutmayalım ki, bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de günden güne sayılarını arttırmaktadırlar. Millî şuuru ve dini inançları, dini kültürü yeterince gelişmemiş gençler üzerindeki olumsuz etkileri de nazara alınarak Yehova Şahitlerinin devlet ve hükûmet düzeyinde ele alınıp duyarlılıkla izlenmesinin ve etkin tedbirler alınmasının yurdumuz ve milletimiz açısından zorunlu olduğu kanısındayız.

KAYNAKLAR

- | | | |
|---|--------------|------|
| 1 — Büyük Dinler Ve Mezhepler Ansiklopedisi. | (B.D.V.M.A.) | 1964 |
| 2 — Kitabı Mukaddes. Eski - Ahit Tevrat, Yeni Ahit İncil. | (K.M.) | 1958 |
| 3 — Meydan Larousse | (M.L.) | |
| 4 — İlahiyat Fakültesi Dergisi. Doç. Dr. Günay Tümer | (İ.F.D.) | 1983 |
| 5 — Yehova Şahitleri. Doç. (Prof.) Dr. Hikmet Tanyu | (Y.Ş.) | 1973 |
| 6 — Yehova Şahitlerine ait yayınlardan bazıları. | | |

KANUNSUZ EMİR

İlker Hasan DUMAN (*)

● ANLATIM DÜZENİ : A — Giriş. B — Koşulları. C — Suç oluşturmayan emir. D — Suç oluşturan emir.

A — GİRİŞ

Kamu yönetiminin hukuk kurallarına göre işleyişinin sağlanması hukuk devletinin gereklerindedir. Kamu görevlilerinin, disiplin kurallarıyla hizmetle ilgili hukuk kurallarını bağdaştırmaları aynı zorunluluğun bir sonucudur. Kamu görevlisi söz konusu bağdaştırma ve gözetme yükümlülüğü ile hukuk kurallarına aykırı buyrukları yerine getirmekten kaçınma hakkına sahip olacaktır. Gerek kamu yönetiminin işleyişinin ve gerekse kamu görevlisinin yükümlülük ve haklarının bir güvenceye bağlanması, bunların hukuk düzeni ile uyumlu bir süreçte işler tutulması konunun Anayasa tarafından düzenlenmesini gerektirmiştir.

1982 Anayasası 137. maddesinde, 1961 Anayasası 125. maddesinde konuyu düzenlemiştir. Her iki düzenleme birbirinin aynıdır. Buna göre :

«Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, yasa veya Anayasa kurallarına aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz.»

«Konusu suç oluşturan emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.»

«Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.»

(*) İstanbul Barosu Avukatlarından.

1924 Anayasası 94. maddesinde konuya şöyle değinmiştir :

«Yasaya aykırı işlerde üstün emrine uymuş olmak memuru sorumluluktan kurtarmaz.»

Yürürlükteki Anayasanın 137. maddesi, suç oluşturan emirler ile suç oluşturmayan emirleri ayrı ayrı düzenlemiştir. Ancak, koşulları ve özellikleri bakımından birçok ortak yanları vardır. Kanunsuz emrin yerine getirilmesinde taşıyabileceği özörlere de yer vermemiz gerekmektedir. Şimdi (Kanunsuz Emrin) yönetsel, hukuksal ve cezai sonuçlar doğurabilmesi için Anayasa tarafından öngörölen koşullara geçelim :

B — KOŞULLARI

1 — Emir veren ve alan kamu görevlisi olmalıdır : Kamu hizmetlerinde «herhangi bir sıfat ve surette» çalışılmış olmalıdır. Kamu hizmetlerinde ast - üst ilişkisi içinde yer alınmalıdır. Bir silsile, bir hiyerarşi bulunmalıdır.

Kamu hizmetlerindeki hiyerarşik düzen içinde yer alınmak zorunlu olduğu için, özel ilişkiler veya özel hukuk ilişkileri içinde verilen buyruklar ve bunların yerine getirilmesi veya yerine getirilmesi madde kapsamının dışındadır.

2 — Emir, Anayasa'ya, yasaya, tüzük ve yönetmeliğe aykırı olmalıdır. Anayasa maddesinde yer almamakla birlikte genelge, sirköler gibi düzenleyici işlemlere uyma zorunluluğu da bulunmaktadır. Dolayısıyla emir, yazılı hukuk kurallarına aykırı düşmemek zorundadır. Bunun dışında yazılı hukuk kuralı durumuna gelmemekle birlikte «adalet», «eşitlik», «kazanılmış haklara dokunmama» vb. genel hukuk kurallarına emrin aykırı düşmeye hakkı olmadığı kanısındayız. Daha açık anlatımla, yazılı hukuk kurallarına uygun düşen bir emir kazanılmış hakları etkiliyorsa astın buna uymama zorunluluğu bulunmaktadır.

3 — Emir veren (üst), astına emir vermeye yetkili olmalıdır. Yetkili üst, emir vermelidir. Yetkisiz üstlerin verdiği emirler madde kapsamının dışındadır.

4 — Emri alan kamu görevlisi, emir gereğini yerine getirmeye görevli olmalıdır. Emri alanın yetkili ve görevli memur olması emrin görev alanına girmesi zorunludur. Aksi halde, yetki ve görev alanına girmeyen bir konuda emir verilmişse Anayasa'nın işlenen maddesi, kapsamına girmez ve amaçlanan koruma sağlanamaz. Çünkü, Anayasa, gerçekte, görevle ilgili olmayan emrin verilmesini mümkün ve muhtemel görmemiştir.

5 — Üstün verdiği bir emir bulunmalıdır. Emir, üstün elindeki kamu gücünü kullanarak bir şeyi astına yaptırmak için yönelttiği iradedir. Bu irade, genel olabileceği gibi, özel de olabilir. Genel irade, bir kamu kurumunda, kurumun başında bulunan kişi tarafından kurumun tüm çalışanlarına yönelik olarak yürürlüğe ve düzene koyduğu irade ve tasarruflardır. Özel irade ise, belli bir kişiye özel olarak verilmiş emirdir. Emir, yazılı veya sözlü olabilir; arasında hiçbir ayırım yoktur.

6 — Türk Yönetimi söz konusu edildiğine göre, emir verenin Türk olması gerekir. Yabancı ülke kamu personelinin Türk Personeline emir verme yetkisi yoktur.

C — SUÇ OLUŞTURMAYAN EMİR

Anayasanın 137/1. maddesi kuralı gereğince, «kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, yasa veya Anayasa kurallarına aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse emir yerine getirilir, bu durumda emri yerine getiren sorumlu olmaz.»

Emrin, hukuksal sonuç doğurabilmesi için taşınması gereken özellikleri az yukarıda açıklamıştık. Suç oluşturmayan emir incelenirken o özelliklerin anımsanması, bulunup bulunmadığının gözönünde tutulması zorunludur.

Hukuka aykırı bir emri alan ast ne yapacaktır? Onun durumunu Anayasa nasıl korumuştur? Onun durumunu korurken kamu yönetiminin özelliklerini ve hizmetin gereklerini koruma konusundaki görüşü nelerdir? Şimdi bunlara değinelim :

1 — Emri alan memur, emrin hukuka aykırı olup olmadığını incelemek zorundadır. Söz konusu inceleme, biçim ve kapsam bakımından emrin hukuka aykırılığını inandırıcı bir gerekçeyle açıklamasını kapsar. Kişisel görüşün ve mantığın emri hukuka aykırı bulması yeterli değildir.

2 — Böyle bir emir yerine getirilmez.

3 — Hukuka aykırı bulunduğu için yerine getirilmeyen emirdeki aykırılık o emri verene bildirilir.

4 — Üst, emrinde ısrar eder ve emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir. Ancak, âmirin ikinci emrini yazılı olarak göndermesi gerekir. Emrinde sözlü olarak ısrar eden âmirin durumu, ilk kez emir veren âmir gibidir.

5 — İsrar edilmiş emir yazılı olarak bildirilince memur, emri yerine getirmek zorundadır. Bu durumda aykırılık savını öne sürerek yerine getirmekten kaçınamaz. Aykırılık nedenli ağır ve açık olursa olsun memur, ısrar edilmiş yazılı emri yerine getirmek zorundadır.

6 — İsrar edilmiş yazılı emrin hukuka aykırılığından doğan sorumluluk, memurun değil, âmirindir.

D — SUÇ OLUŞTURAN EMİR

Konusu suç oluşturan emir, hiçbir biçimde yerine getirilmez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz (Anayasa md. 137/2). Amir ne denli ısrar ederse etsin memur, konusu suç oluşturan emri yerine getirmek zorunda değildir.

Emrin taşınması gereken özellikler yukarıda (B) bölümünde incelenmiştir.

Türk Ceza Yasasının 49/1. maddesinde, yasaya aykırı emirden kaynaklanan suç için verilecek cezanın, emri verene ait olacağı düzenlenmiştir. Yasaya aykırı emri yerine getiren memurun, ceza görüp görmeyeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Türk Ceza Yasasının bu maddesi Anayasanın 137/2. maddesine uygun bir duruma getirilmelidir. Konusu suç oluşturan emrin yerine getirilmesi, yerine getireni sorumluluktan kurtarmaz, çünkü bu emir, görev bakımından yerine getirilmesi zorunlu sayılmaz.

Suç oluşturan emrin aykırı olduğu yasanın Türk Ceza Yasası olması gerekmez. Öbür yasalara aykırı olup olmadığına da bakılır. Tüzükler için de aynı şeyler söylenebilir. Öyle ise, suç oluşturan emrin aykırılığı söz konusu olan yalnız yasalar olamaz. Ceza Yasasının 49. maddesinde kanunsuz emri yerine getirene ceza verileceğine ilişkin açıklama bulunmuyor ise de memurun cezai sorumluluğu kabul edilmelidir. Memur, âmirinin yetkili olup olmadığını incelemek, emrin biçim ve kapsam bakımından hukuka uygunluğunu araştırmak ve incelemek zorundadır.

Ceza sorumluluğunun doğabilmesi için yasaya aykırı bir emrin varlığının zorunlu olduğuna değinmiştik. Eğer emir aslında mevcut değilse yani sahteyse veya başka bir biçimde varlığına inandırılarak infaz ettirilmişse memurun kastı bulunmadığı için ceza sorumluluğu söz konusu edilemez.

Memur, emrin yasaya uygun olduğunu sandığı halde, gerçekte uygun değilse, düştüğü yanılgıdan dolayı sorumlu olabilecek midir? Eğer memurun emrinin yasaya uygun olduğunu kabul etmesi iyi ni-

yetine dayanıyorsa bu iyiniyeti korunmalıdır. Ancak (kanunu bilmemek mazaret sayılmaz) kuralının çizdiği sınırın gözetilmesi gerekir. Bu durumun tersi de olabilir. Yani memur, emrin konusu suç olmadığı halde yanlış takdir ederek suç sayar ve emri yerine getirmemezse âmir, gecikmenin zarar doğurabileceği durumlarda, hizmetin başka bir görevli tarafından yapılmasını sağlar veya gerekirse kendisi yapar. Bu durumda memura disiplin cezası verilemez. Memurun emrin kanuna uygunluğu konusunda düştüğü olumlu ve olumsuz yanlış onun iyiniyetiyle çözümlenebilir.

Memur aynı konuda değişik âmirlerden birbiriyle bağdaşmayan iki ayrı emir alırsa en yakın âmirin emrini yerine getirir. Eğer bağdaştırma olanaklıysa bu konuda gerekli özeni göstermek zorundadır. Eğer birbiriyle bağdaşmayan emirler aynı âmir tarafından verilmişse son (en yeni tarihli) emrin yerine getirilmesi gerekir.

Cezai sorumluluktan söz edildiğine göre kanunsuz emrin yerine getirilmesi gerekir. Yerine getirilmemişse veya yarıda bırakılmışsa suç oluşmaz.

Kanunsuz emrin yerine getirilmesi sırasında Türk Ceza Yasasının 50. maddesinde yazılı olduğu biçimde sınırın aşılmasına özen göstermek memurun görevidir. Eğer memur sınırı kasten aşmış ise cezasında indirim yapılmaz.

Anayasa'nın 137/son maddesinde (askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için yasayla gösterilen istisnalar saklıdır.) kuralı konulmuş, bu kural gereğince memur emrin kanuna aykırılığını inceleme ve geri çevirme hakkından uzak tutulmuştur. Kanuna aykırı emir bu gibi durumlarda bağlayıcıdır, memur onun biçim ve kapsamını inceleyemez.

Konuya ilişkin yargısal görüşler

— Kaçak mal yüklü olarak geçen kamyonun durması hakkında görevli jandarmanın verdiği emre itaat etmeksizin kamyonun jandarma üzerine hızı artırılarak sürülme ve önünden kaçılmak suretiyle fiili mukavemet ve taarruziyle vazife icrasına mümanaat edilmiş olmasına göre Jandarma Teşkilât ve Vazife Nizamnamesinin 270. maddesinin (H) bendi mucibince jandarmanın silâh kullanma selâhiyeti bulunduğu gözetilmeyerek hadisede Ceza Kanununun 49 ve 50. maddelerinin tatbiki mümkün olup olmadığının münakaşasız bırakılması yolsuzdur. (Yargıtay 1. CD. 9.5.1951, 986/972)

— Yönetmelik hükmüne aykırı bir iş yaptırılmak istendiği raporla âmirine bildiren ve ayrıca bu konuda yazılı emir verilmeyen da-

vacıya disiplin cezası verilemez. (Danıştay, Mürettep Daire, 21.11.1978, 7829/3669)

— Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin B bendinin ikinci cümlesi, kanuna TBMM. Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir. Komisyon raporunda bu hükmün gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir :

(Polisin yetkili âmirleri tarafından verilecek emri derhal yerine getirmeleri görevlerinin önemi ve ivediliği noktasından ileri geldiğinden emre ilişkin genel kuralların polis görevlerinde geçerli olamaz. Ancak, polis âmirlerinin vereceği bir emrin sarih ve fahiş bir surette kanunsuzluğu anlaşılabilir hususlardan olmaması pek doğal olup, maddeye ilâve edilen fıkra ile bu kabil açık surette takdiri mümkün olan kanunsuzluklardan dolayı mahza âmirden emir verilmiş diye teveccüh edecek kanuni mesuliyetlerin polisin mutlak surette beri olacağı kastedilmiştir.)

Yetkili âmir tarafından verilecek emirlerin yönetmelik, tüzük veya kanun hükümlerine fahiş surette aykırı olup olmadığının takdiri her zaman kabul olamayacağı gibi, polisi, Memurun Kanununun 40. maddesi hükmünden mutlak surette istisna etmiş olduğundan, konusu suç teşkil eden emirlerin dahi infaz edilmesi gerekeceği hakkında bir anlayışa dahi müsait bulunmaktadır.

Halbuki Anayasa'nın 125. maddesinin ikinci fıkrasıyla konusu suç teşkil eden emirlerin hiç bir suretle, yani âmir, emrini yazılı olarak yenilese dahi, yerine getirilemeyeceği ve yerine getiren memurun âmirinden aldığı yazılı emre dayanmasının kendisini sorumluluktan kurtaramayacağı açıkça belirtilmiştir. (AnM. 8.7.1963, 204/179, AMKD. c : 1, sf : 380 - 381)

— Dava konusu maddelerde emrin suç konusu olması halinin gözönünde tutulmadığı ve bu yüzden ilgililerin konusu suç olan emirleri yerine getirmek zorunda bırakıldıkları iddiasında da durum böyledir. Anayasa 125. maddesinin ikinci fıkrasıyla (konusu suç teşkil eden emrin hiç bir suretle yerine getirilmeyeceği; yerine getiren kimşenin sorumluluktan kurtulamayacağı) temel hukuk kuralını koymuştur. Kaldı ki kanunların genel olarak suç saydığı bir eylemde bulunan kişinin, meselâ askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması durumlarında olduğu gibi, yine kanunda aksine bir sarahat bulunmadıkça, memurun emir aldığı bahanesinden hukuki bir mazeretmişcesine, faydalanması hiç bir zaman düşünülemez. (AnM. 20.5.1963, 174/115, AMKD. c : 2, sf : 3)

EHLİYETSİZLERDEN FAYDALANMA SUÇU

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

● ANLATIM DÜZENİ : 1 — Suçun mahiyeti. 2 — Suçun mağduru. a — Küçükler. b — Mahcurlar. c — Ehil olmayan kimseler. 3 — Suçun manevi unsuru. 4 — İştirak hükümlerinin tatbiki. 5— Tahfif sebebi.

1 — SUÇUN MAHIYETİ

Ehliyetsizlerin korunmasını yalnız hususi hukuk hükümlerine bırakmak istemeyen kanun vazısı, bazı muamelelerde bu kimselerin Ceza Kanununca da himayesini uygun görmüştür. TCK. nun 505. maddesi bu çeşit koruyucu hükümlerdendir.

Ehliyetsizlerden faydalanmak suçu (TCK. 505) dolandırıcılığa çok benzeyen bir suçtur. Çünkü her ikisi de «hile suçu»dur. Dolandırıcılıkla (TCK. 503) başkasının iyi niyetinden istifade ederek onu kandıracak hiyle kullanmak, ehliyetsizden faydalanmakta mağdurun küçüklük, ihtiyaç, tecrübesizliğinden «suistimal» bahis konusudur. O halde «kanun hükümlerinin içtiması»nda (TCK. 79) en ağır cezayı veren hükmün uygulanması gerekir.

Ehliyetsizlerden faydalanmak, niyetiyle hareket edenler akdin hususi hukuk bakımından, muteber sayılmasını temin edecek tedbirleri ihmal etmemektedirler. Bu itibarla senedin hususi hukuk bakımından hükümsüzlüğünü isbat zorunluğunu nazara alan kanun, bu çeşit hareketleri ceza tehdidi ile önlemeyi düşünmüştür. Maddenin vazı sebeplerinden biri de budur. Bu suretle ehliyetsizler için bazen felaket teşkil edebilecek taahhütler ve bazen de ahlaki bakımdan mahzurlu anlaşmalar önlenmiş olacaktır (1). Kaldı ki, küçüklük veya mahcurluk sebebi ile muteber olmasa bile böylece alınan senet ileride şantaj vasıtası olarak da kullanılabilir (2). Muteber olmasa bile senedin, ödeme hususunda manevi bir mükellefiyet yüklemesi veya küçüğün ebeveynine karşı bir tazyik olarak kullanılması da mümkün-

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

(1) Bu hususta bk. Garçon, m. 406, n. 1

(2) Goyet, s. 586, nt. 5

dür (3), Ekseriya raslanan şekil kıymetli eşyanın rehni suretiyle ödünç para alma ve senedin borçtan çok üstün meblağda tanzimi suretiyle murabahacılıktır. Kullanılan hileli şekillerden biri de, küçükten alınan senedin tanzim ve vade tarihinin rüştünü ikmâl ettiği tarihten sonra gösterilmesidir.

Ehliyetsizlerden kötü niyetle faydalanmayı yasaklayan ilk hüküm 1810 Fransız Ceza Kanunu öngörmüştür. Bu Kanunun 406. maddesi ehliyetsizliğin yaptığı muameleleri saymış ve sayılanlar dışında kalan muameleleri müeyyidesiz bırakmıştır. Fransız kanunu ehliyetsizlerden faydalanma suçunu «em niyeti sui istimal»in bir çeşidi telakki etmiştir (4). Belçika Ceza Kanunu (m. 493) da aynı maniyette bir hüküm ihtiva eder. Alman Ceza Kanunu (s. 301) aynı şekilde muameleleri saymış ve suçun takibini şikayete bağlı tutmuştur. Yeni İtalyan Ceza Kanunu (m. 643) yalnız küçükler ve ehliyetsizlere karşı değil, vesayet altına alınmamış olsalar bile kifayetsiz durumda olanlara karşı da (mesela ihtiyarlar) suçun işlenebileceğini kabul etmiştir (5).

Yeni İtalyan Ceza Kanununun 643. maddesi, eski Kanunun 415. maddesinden, bu maddede Fransız Ceza Kanunun (1810) 406. maddesinden mülhem olmuştur (6). 406. madde şu hükmü ihtiva ediyordu: «Bir küçüğün ihtiyaçlarını, zafiyetini, ihtiraslarını suistimal ederek, onun zararına borç, makbuz, tediyeyle ilişkin evrak, ticaret senedi» tanzim ettirse cezalandırılıyordu. Fransız 1810 Kanunundan sonra mehaz kanun maddeyi genişletmiş, Yeni İtalyan Kanunu daha geniş bir formül kabul etmiştir. Böylece suçun mağdurları daha geniş tutulmuş, senet ibaresi yerine «her hangi hukuki netice doğurabilecek tasarruf» ibaresi yasaya alınmıştır. Fransız kanunu bu fiili bir «hiyle suç» olarak öngörmüştü. Türk Ceza Kanunu 505. maddeye mala karşı suçlar bölümünde, dolandırıcılık faslında yer vermiştir. Yeni İtalyan Kanunu da «hile ile mamelek suçları» başlıklı faslında maddeye yer vermiştir.

Mehaz Kanun (m. 415) mağdurların sayılması ve bu sayılanlar dışında kalanların maddeye dahil edilmemesi yönünden tenkit edilmiş, Yeni İtalyan Ceza Kanununa (m. 643) daha geniş bir ibare ilave

(3) Bk. Garraud, IV, n. 2601

(4) Bk. Garçon, m. 406, n. 3

(5) Valentino, m. 643, nt. kşz. Garçon, m. 406, n. 8

(6) Siniscalco (M.), Circostrizione incapaci, Encoclopedia del diritto, VII, s. 45

edilmiştir. Özellikle hacir altına alma kararından evvel yapılan işlemler açısından madde tatbik edilememekte idi (7).

Türk Ceza Kanunu bu suça dolandırıcılık faslında yer vermiş ve takibini şikayete bağlamamıştır. TCK. nun 505. maddesine göre «her kim, kendisinin yahut başkasının menfaatına olarak bir sabi veya mahcurun veya ehil olmayan kimsenin ihtiyaçlarını veya heveslerini veya tecrübesizliğini suistimal ile onlardan birinin veya aharın mazarratına hukukça hükmü havi bir senet alırsa veren şahsın hukuki ehliyeti haiz olmamasından dolayı bu senet hükümsüz sayılmakla beraber fail» cezalandırılır.

Bu hükme nazaran 505. maddedeki suçtan «dolandırıcılık» unsurlarını (TCK. 503) aramak doğru olmaz (8). Bilhassa ehliyetsizin «hile ve sania kullanmak suretile hataya düşürülmesi» ile elinden senet alınması hadiselerinde umumi dolandırıcılık (TCK. 503) hükümleri tatbik olunmalıdır.

2 — SUÇUN MAĞDURU

Kanun suç mağduru olabilecek kimseleri saptamıştır: Küçükler, mahcurlar ve ehliyetsizler. Kanun bu kimseleri tahdidi olarak saymıştır. Kullanılan tabirlerin hepsi hukuki tabirlerdir ve hukuken küçük, mahcur, (veya ehliyetsiz) sayılanlardan başka kimseler, bunlara benzeyen durumlarda bulunsalar dahi, suç teşekkül edemez. Tam sarhoşluk (9) halinde bulunan kimseden hukukça hükmü haiz bir senet alınmış olsa bu madde hükmü tatbik edilemeyecektir. Küçüklük mahcurluk (veya ehliyetsizlik) sıfatlarından biri kendinde bulunmayan «bir şahsın ihtiyaçları, hevesleri, tecrübesizliği suistimal» edilmiş olsa bile (10) böyle hadiselerde 505. madde tatbik edilemez. İsviçre Ceza Kanununda mümkündür.

Kanunumuzun yalnız hukuki manada ehliyetsiz olanları nazara alması bir boşluk yaratmıştır. Zira küçük sayılmasına imkan olmayan, kendisinde hacir sebebi bulunduğu halde henüz hacir altına alınması muameleleri tamamlanmamış olan, yahut akli durumu ne tam, ne tam olmayan akıl malûliyeti derecesine ulaşmamakla beraber hareket, tarzındaki anormallik açıkça görülen pek çok kimseler Ceza Kanunu himayesinden mahrum kalmaktadır. Bazan bilgisizlik, bazan çok kapalı bir hayat sürmekten dolayı tecrübesizlik gibi

(7) Saltelli - Di Falco, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, II, (Torino, 1931) s. 1113, m. 643

(8) Aynı mahiyette Lucchini, m. 415, n. 1

(9) Bk. Erem, *Türk Ceza Hukuku* I (1984), s. 613

(10) Majno, m. 415, n. 1936

durumların, neden Ceza Kanunu himayesine alınmadığını izah imkansızdır. Bu itibarla değildir ki, yeni İtalyan Ceza Kanunu Mevaz Kanundaki tahdidi terk ederek bir küçüğün veya vesayet altına alınmamış olsa bile akli veya ruhi kifayetsizlikte bulunan bir kimsenin ihtiyaç, heves veya tecrübesizliğini suistimal suretile suçun işlenebileceğini kabul etmiştir (11).

Yeni İtalyan Ceza Kanununun 643. maddesi şöyledir «Kendisine veya başkasına bir fayda sağlamak için, bir küçüğün ihtiyaçlarını, tutkularını, tecrübesizliğini veya bir kimsenin akli durumunu, psikolojik yetersizliğini (deficienza psichica) suistimal ederek o kimse veya başkası için zarar verecek her hangi hukuki sonuç doğurabilecek bir tasarrufta bulunmaya sevk eden kimse» cezalandırılır. Görüldüğü üzere bu hüküm mevaz kanundakinden çok farklıdır. Psikolojik yetersizlik anlamak ve istemek olanağının daralması anlamındadır, fakat bu hal istemek ve anlamak halinin kül halinde yok olması demek değildir. Psikolojik yetersizlik patolojik sebepler dışında da meydana gelebilir. Yeni İtalyan Kanunu akıl maluliyetini psikolojik yetersizlikten farklı görmüştür. İleri Yaşlılık psikolojik yetersizliği yalnız başına göstermez, fakat ileri derecede tam sarhoşluk hali psikolojik yetersizlik doğurabilir. Psikolojik yetersizliği tayin ve kabul için ruhsal bir rapora ihtiyaç yoktur (13). «Psikolojik yetersizlik» anlamak ve istemek melekelerinde önemli safiyet bulunması biçiminde tanımlanmaktadır (12). «Psikolojik yetersizlik» akıl maluliyeti demek değildir, akıl malullerini de içine alan daha geniş bir terimdir.

a) Küçükler: «R ü ş t y a ş ı»na ulaşmamış olanlar (MK. 11) «küçük» tabirine girer. «K a z a i r ü ş t» (MK. 12) kararı istihsal etmiş olanlar tabirin dışında kalır.

b) Mahcurlar : Vesayeti müstelzim haller dolayısıyla «h a c i r» altına alınmış olan kimselere (MK. 355 - 360) karşı bu suç işlenmiş olabilir. Bir seneden fazla «h ü r r i y e t i b a ğ l a y ı c ı c e z a»ya (TCK. 11) mahkumiyet sebebiyle hacir halinde (BK. 357) hükümlünün «ihtiyaç»larından istifade (TCK. 505) suretile suçun işlenmesi mümkündür.

Kanun «m a h c u r l a r»dan bahsettiğine göre hakkında vesayet kararı verilmiş olanlar suçun mağduru olabileceklerdir. Zira, fiilin iş-

(11) Yeni İtalyan CK. 643, bu hususta bk. De Marsico, s. 177

(12) İtalyan Yargıtay kararı, 18 Mart 1954, Lattanzi, m. 643, bk. Lattanzi m. 643, Saltelli -Di Falco, s. 1114, İsviçre Ceza Kanunu «akıl zafiyeti» (faiblesse d'esprit) tabirini kullanmıştır. (Loguz, Commentaire du code penal Suisse, Neuchâtel, 1955) m. 157, ss. 182, Siniseolco, s. 49.

lendiği anda mağdur «mahcür» sıfatını iktisap etmiş olmalıdır. Bu itibarla kararın kesinleştiği andan itibaren şahıs «mahcür» sayılır (13). Kanunun maksadı fiili vakianın hâkim tarafından kabulüdür (14). Mahcure karşı bu suçu işlemiş olan kimse «hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıs» (MK. v60) sayılamayacağından «ilan» şartı üzerinde durulmamalıdır (15).

c) Ehil olmayan kimseler: TCK. 505. maddesinde «sabi veya mahcür veya ehil olmayan kimse»den bahsedilmektedir. Bu ibareye göre küçüklük ve hacir halinden gayrı ehliyetsizlik olarak kanun hangi halleri kasdettiği anlaşılmamaktadır. Mevaz Kanununun ilk tercümesinde «sabi veya mahcür veya ehil kimse» tabirleri kullanılmıştır (16). Mevaz Kanununun 415. maddesinde, kullanılan tabir ehliyetsiz kılınmış olmak manasındadır. (17) Mevaz Kanun zamanında mer'î İtalyan Medeni Kanununa göre küçükler, mahcurlar ve ehliyetsiz kılınmış kimseler tefriki yapılmaktaydı. O zamanki Medeni Kanunun 339. maddesine göre hacri gerektirecek derecede vahim olmayan akıl maluliyeti ile israf halinde bulunanların ehliyetsiz kılınmalarına mahkemece karar verilebilirdi.

İtalyan Medeni Kanunu ile Medeni Kanunumuz arasında vesayet hükümleri bakımından ayrılık, Ceza Kanununun 505. maddesinde «Ehil olmayan kimse» tabirinin kullanılmasına sebep olmuştur. Bu tabirin maddeden çıkarılması ve sadece küçüklük ve mahcurluk hallerinin maddede bırakılması doğru olur. Bu çeşit mevzularda kanunlarımızın takip ettiği usûl de budur (meselâ, TK. 15).

Suçun mağdurundan «ihtiyaçlarını veya heveslerini veya tecrübesizliğini suistimal» suretiyle «Hukukça hükmü havi senet» almak maddi unsuru teşkil eder (TCK. 505) «ihtiyaç» ister organik, ister fikri, ister ruhi olsun bunların suistimali bahis konusudur. «Heves»in meşru nitelikte olması şart değildir. Hukuken muteber olmasa bile senedin alınması «rıza»ya müstenittir. Senet «cebir» kullanılmak suretiyle alınmış ise suç vasfı değişir (TCK. 496, 498, 499).

İsviçre Ceza Kanunu (m. 157) «gabin» halini cezalandırmış, Türk Borçlar Kanunu (m. 21) «mutazarrır müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade»yi gabin

(13) Bk. Uslu, vesayet s. 146 No : 74; kanun yollarına gitme hususunda bk. Gök-türk Aile Hukuku, s. 487

(14) Giuriati, s. 302.

(15) Hacir kararının ilânı hakkında bk. Egger. Çernis, s. 240, kşz. Giuriati, s. 302

(16) Ceza Kanunu lâyihası, Adliye Nezareti, (İstanbul 1325), m. 415

(17) Mevaz Kanunu için bk. Giuriati, s. 302

saymıştır. İsviçre Ceza Kanunu hükmü küçükler dahil herkesi kapsamaktadır.

Kanunda kullanılan «suiistimal» (TCK. 505) tabiri küçüğün veya mahcurun, ihtiyaçlarını, heveslerini veya tecrübesizliğini fırsat bilerek onlardan faydalanmak (İstismar etmek) manasındadır. Kısacası, kanunun menetmek istediği şey istismardır (18). Bu itibarla 505. maddede kullanılan «suiistimal» tabirinde «kötü niyet» daima mevcuttur. Kanunda «suiistimal» tabirine giren haller tasrih edilmediğinden Majno «hadisede suiistimalin tesbit ve tayini meselesinin hâkimin takdirine terkedildiği kanaatindedir (19) Garçon ise, mahalli mahkemeler vakıaları müşahade etmekte istiklâle sahip iseler de, tesbit edilen bir vakıanın «suiistimal» teşkil edip etmediği hususunun fiili değil «hukuki mesele» olduğunu ve bu itibarla da Temyiz Mahkemesinin bu hususu murakabe edebileceğini ileri sürmektedir (20).

Kanunumuza göre «bir sabinin, mahcurun, ehil olmayan kimse- nin ihtiyaçlarını, heveslerini, tecrübesizliğini suiistimal» etmek gereklidir. Eğer bunlar suistimal edilmezse suç oluşmayacaktır. Senedin alınması ile faalin fiili arasında «nedensellik bağının bulunması» gereklidir. Her halde mağdur ikna edilmiş olmalıdır (21).

Failin, mağduru araması zaruri değildir. Mağdur faile kendiliğinden müracaat etmiş olsa bile suç husule gelebilir. Fakat kanun mağdurun, ihtiyaçlarını, heveslerini, tecrübesizliğini suiistimal suretiyle senedin alınmasını açıklamıştır. Bu itibarla failin mağduru böyle bir senet vermeye sevketmiş olması lâzım gelir.

İstismar edilen ihtiyacın hakiki veya hayali, heveslerin iyi veya kötü olması arasında fark yoktur (22). İhtiyaçdan, hevesden, faydalanmak yeterlidir, ihtiyacın, hevesin tatmin edilmiş olması gerekli değildir. Failin bu maksatla hareket etmesi yeterlidir. Fakat hadisede her halde istismar mahiyeti mevcut olmalıdır. Küçük veya mahcur kanuni faiziyle ödünç para almış ve hakikaten ihtiyacı olduğu için bunu yapmış ve hatta neticesi de kendisi için hayırlı olmuş ise ortada suç yoktur. Küçük veya mahcur rayiç fiyattan taşınabilir bir mal satın almış ve malın bilahare fiatı yükselmek suretiyle yapılan

(18) Bk. Goyet, s. 585

(19) Majno, m. 415, m. 1936

(20) Garçon, m. 406, n. 27; kşz. Goyet, s. 585, Garraud, V. nt. 16

(21) İtalya Yg. kararı : 4.3.1953 Giust. pen 1953 II, 1115

(22) Manzini, VIII, n. 2640

muamele lehine netice vermiş ise diğer tarafın istismar saikinden bahsedilemez (23).

Kanunda «s e n e t» tabiri kullanıldığına göre (24) sözlü taahhütler maddenin hükmü dışında kalmaktadır. Manzini söze dayanan şeref borçlarının madde dışında kalmasını doğru bulmamaktadır (25). Alman Ceza Kanunu bu hususta ayrı bir hüküm vaz etmiştir (26). Garraud, reddedilmesi daha kolay olduğundan şifahi anlaşmaların daha az tehlikeli olduğu (!) kanaatindedir (27).

Yeni İtalyan Kanununa göre bir belge, evrak, senet şart değildir. Çünkü yazılı metne dayanmayan bir borç da ehliyetsiz için zararlı sonuçlar doğurabilir. Mehz Kanun ve kanunumuz «senet»den söz eder. Elden hibe, borç senetlerinin iadesi gibi hareketler kanunumuzun dışında kalmaktadır.

Senedin, failin veya üçüncü şahsın lehine ve küçüğün mahcurun veya üçüncü şahsın zararına, mameleke müteallik, hukuki netice tevhit edebilecek mahiyette bir senet olması lâzımdır. Borç, borç ikrarı, borçtan kurtulma, davadan vazgeçme, ticari senet üzerine imza gibi muameleleri gerektiren her senet «h u k u k ç a h ü k m ü h a v i» (TCK. 505) sayılmalıdır.

«Hukukça hükmü havi senet» ibaresine «delil olabilecek evrak» dahil sayılmalıdır. Çünkü delil hukuki netice doğurabilir.

Failin kendisine veya başkasına sağladığı «m e n f a a t» ve küçük mahcur veya üçüncü şahsa verdiği (veya verebileceği) «z a r a r» (TCK. 505) mameleke müteallik olmalıdır. Fakat dolayısıyla mameleke tesir edecek muamelelerde de suç işlenmiş sayılmalıdır. Küçük veya mahcura, ayıp bir hareketi işlediklerine dair bir itirafname imza ettirilmiş olması, «senet olmak» manasına gelmezse de «h a k s ı z f i i l» tazminatını gerektirecek itirafnamelerin 505. maddede hükmüne dahil olması lâzımdır (28). Bununla beraber mahkumiyet

[23] Aynı mahiyette, Garçon, m. 406, n. 19

[24] «Mağdurun tecrübesizliğinden istifade ederek hukukî sonuç doğurmaya elverişli belgeleri imzalatmaktan sanık hakkında 505. maddenin uygulanmasına ilişkin uygulama doğrudur» (6 CD., 23.2.1971 789/774), bk. Şanal (Ş.) - Aydınöz (S.) Notlu içtihatlı Türk Ceza Kanunu (İstanbul 1979), m. 505

[25] Manzini, VII, m. 2640

[26] Alman CK. ss. 302

[27] Garraud, V. n. 2604, Lambert (L.), Traite de droit penal special (Paris, 1968), s. 440

[28] Kşz. Manzini, VIII, n. 2642

kararında, fiilin ne şekil ve surette mamelekle alakalı bir menfaat sağlayabileceğinin tasrihi icap eder (29).

Senedin hukuki netice tevliğine elverişli olması kafidir. Zararın fiilen tahakkuku şart değildir. Çünkü suç «zarar suçu» değil, «tehlîke suçu»dur (30).

Bu sebeple de hukuki netice tevliğ edemeyeceği düşünülerek senette hiçbir zaman «izrar kabiliyeti» mevcut bulunamayacağı düşünülebilir. Kanun bunu önlemek için senedi «veren şahsın hukuki ehliyeti haiz olmamasından dolayı senedin hükümsüz sayılacağı»nı ayrıca tasrih etmiştir. (TCK. 505). Ceza Kanununda hususi hukuka ait bir meselenin hükme bağlanması doğru değildir. Kanunun maksadı senedin ehliyetsizlik yüzünden hükümsüz olup olmadığına bakılmaksızın, suçun işlenmiş sayılacağını ifade etmektedir (31). Akdın, küçüklük veya mahcurluk dışında kalan bir sebepten dolayı butlanı (mesela, ahlâka aykırılık BK. 20) halinde, zarar husule gelemeyeceğinden, suçun mevcut olduğu iddia edilemez (32). Esasen bu husus Mehz Kanununun ihzari çalışmaları sırasında ileri sürülmüş ve müzakere sonunda mesele bu şekilde karara bağlanmıştır (33). Bununla beraber küçüklük veya mahcurluktan gayri sebeplerle akit batıl olsa dahi suçun mevcut olması lâzım geldiğini, zira kanun vazınının maksadının esasen batıl olan muameleyi, bu çeşit muameleler, küçükler ve mahcurlar için tehlike arzettiği için cezalandırmaktan ibaret bulunduğunu ileri süren müellifler de vardır (34).

Kanunumuzda «senet olmak»dan bahsedilmektedir. Bu tabirin bir taahhüt altına girmeye münhasır sayılması pek çok halleri madde dışında bırakmaktadır. Mesela bir kimse bir küçük veya mahcurdan çok kıymetli bir eşyayı çok ucuza alır veya değersiz bir malı ona çok pahalıya satarsa veya bir kimse bir küçük veya mahcurun heveslerini istismar ile kendine elden başışlama (BK. 237) yaptırırsa 505. madde tatbik edilecek midir? Böyle halleri yalnız hususi hukuk hükümlerine (mesela, satışta gabin BK. 21) bırakmak doğru değildir. Mehz Kanunun yerine geçen yeni İtalyan Ceza Kanunu (m. 643) «senet almak», «senet imzalamak» tabirlerini değil «hukuki herhangi bir netice tevliğ eden bir muamele yapmak» tarzında bir hükmü ihtiva etmektedir (35).

(29) Aynı mahiyette, Giuriati, ss. 303

(30) İtalyan Yg. kararı, 18.2.1955, Lattanzi, m. 643

(31) Kşz. Manzini, n. 2640

(32) Bu hususta bak. Majno, m. 415, n. 1935 : kşz. Garçon, m. 406, n. 24, 25.

(33) Bk. Giuriati, s. 305.

(34) Bu hususta bk. Garçon, m. 406, n. 24

(35) Eski ve Yeni İtalyan Kanunlarının mukayesesi için bk. De, Marsico, s. 175 Valentino, m. 643, nt. Elden hibe için bk. Goyet s. 586.

Suç «senedin alınması» ile tekemmül eder. Zararın tahakkuk etmiş menfaatin elde edilmiş olması şart değildir. «Maksadın elde edilmiş olması» (kşz. TCK. 504, 505) şiddet sebebi sayılmalıdır. Suçun tekemmülünden sonra iade (veya tazmin) cezayı azaltır (TCK. 523).

3 — SUÇUN MANEVİ UNSURU

Mağdurun durumundan faydalanmak gayesiyle hareket eden fail bu suçtan cezalandırılır. Bu itibarla, kanunda açıkça gösterilmiş olmamakla beraber bu suç muayyen bir «h u s u s i k a s d a»da ihtiyaç gösterir. Genel kasttan gayri özel kasit da aranır. Özel kast, kendisine veya başkasına çıkar sağlamak isteğidir (36). Fail kendisine veya mağdurdan gayri bir şahsa mameleke müteallik haksız bir fayda sağlamak gayesiyle hareket etmiş olmalıdır (37). Bizzat küçük veya mahcure fayda sağlamak için hareket ettiği sabit olursa fail suç işlemiş sayılmaz.

Tatbikatta «h a k s ı z m e n f a a t ı» gizlemek için senet, bir satış akdi şeklinde tanzim edilmekte, halbuki teslim edilmiş bir mal mevcut bulunmamaktadır (38). Böyle olan hadiselerde muvazzayı ispat etmek kolay değildir.

Mağdurdaki küçüklük veya mahcurelik haline failin vakıf olması lüzumu üzerinde de durulmuştur. Mevaz kanunun ilk projelerinde fail bakımından «v u k u f ş a r t ı» açıkça tasrih edilmişti. Böyle bir kayıt, umumi hükümlere göre lüzumsuz görüldüğünden tasarıdan çıkarıldı (39).

4 — İŞTİRAK HÜKÜMLERİNİN TATBİKİ

Failden gayri bir şahsın da iştiraki mümkündür. Bir küçüğe ait olduğunu bildiği senedi iskonto edeceğini senedin tanziminden evvel asli faile taahhüt etmiş ve senedi de iskonto etmiş olan kimse- nin suçta ortaklığına karar verilmiştir (40).

5 — TAHFİF SEBEBİ

Suç konusunun değeri (TCK. 522), iade-tazmin (TCK. 523) hükümleri bu suç hakkında uygulanır. Ayrıca akrabalık dolayısıyla takibat yapılamayacağı hükmü (TCK. 524) dahi tatbik olunur. Maddede kullanılan «her kim» ibaresi aksi anlamı çıkarmaya elverişli değildir.

(36) İtalyan Yg. kararı, 10 Mart 1951, Lattanzi, m. 643

(37) Aynı mahiyette Manzini VIII, n. 2642

(38) Bk. Garçon, m. 406, n. 17

(39) Fransız Tem. kar. (Garçon, m. 406, n. 29)

(40) Bk. Giuriati, s. 303

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ YASASININ ESKİ VE YENİ DÜZENLEMELERİNDE SUÇ VE CEZA KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

(I)

Şener GÜNGÖR (*)

● ANLATIM DÜZENİ : 1 — Amaç. 2 — Giriş. 3 — Tarihçe. 4 — Yasal dayanak ve gerekçe. 5 — Toplantı gösteri yürüyüşü hakkı. 6 — İstisnalar. 7 — Toplantı şekil ve şartları. 8 — Toplantının yapılması ve düzenleme kurulunun görev ve sorumluluğu. 9 — Yasak ve kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri. 10 — Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin dağıtılması. 11 — Çağrı ve propaganda araçları. 12 — Ceza hükümleri. 13 — Usul hükümleri.

1 — AMAÇ

Ülke olarak olağanüstü dönemden geçilip, Anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılmaya başlanması ile, Toplantı ve Gösteri yürüyüşü Kanununun da uygulanma olanağının ortaya çıktığı şu günlerde, gerek idari, gerekse adli mercilerin dikkatlerini çekebilecek ve uygulamaya bir ölçüde ışık tutabilmek amacıyla, 9 Ocak 1984 tarihine kadar yürürlükte kalan 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti hakkında Kanunu değiştirip, yeni ve farklı ilkeler getiren 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanununun karşılaştırması yapılarak, ilkelerinde, tanımlarında, bilhassa Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nin inceleme alanına giren kanunun uygulanmasında suç öğeleri ve yaptırım farklılıklarının neler olduğunun açıklanmasına çalışılacaktır.

2 — GİRİŞ

Toplantı hakkı herkesindir. Bu hakkın kullanılması ile insanlar fikir düşüncelerini başkalarına söyleyebilmekte, tartışabilmekte sosyal ve siyasi hayata karışabilmektedir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek hürriyeti sayesinde ki, kamu oyu oluşabilmekte ve eğilimler ortaya çıkabilmektedir.

Belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak, etkilemek, kamu oyu yaratmak için toplantılar ve yürüyüşler düzenlemek hakkı, insanların temel hak ve hürriyetleri arasında yer almaktadır. Bu hak ve hürriyet Birleşmiş Milletler insan hakları Evrensel Beyannameinde ve Av-

(*) Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi.

rupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınmış ve hemen hemen bütün demokratik anayasalarda benimsenmiştir.

Demokratik rejim, ancak toplanma ve gösteri yürüyüşleri ile fonksiyonunu ifade edebilir ise de, kontrolsüz bırakıldığı veya kötüye kullanıldığı zaman kamu düzenini bozar ve tehlikeye düşürür. Bu nedendenirki, Bütün Anayasalar toplantı ve yürüyüşün silahsız ve saldırsız yapılmasının, bu hakkın ayrılmaz bir ilkesi olduğunu vurgulamışlardır.

3 — TARİHÇE

I — Tarihimizde yasal düzenleme İkinci Meşrutiyet Dönemi'nde başlamıştır. İlk olarak 4 Haziran 1325 (1909) tarihinde kabul edilip 9 Haziran 1909 da neşir ve ilan edilen «İçtimaatı Umumiye Kanunu»

Birinci maddesine göre «Osmanlılar gayri müsellağ olmak üzere umumi icimalar aktinde hürdür. Mevadı âtiyede münderiç ahkâma riayet edilmek şartıyla ruhsat istihsaline hacet yoktur.»

Kanunun diğer maddelerinde yer alan tedbirleri iki grupta incelemek mümkündür.

1 — Hükümetin kontrolüne ait tedbirler

a — Toplantıdan en az 48 saat önce 2 kişi tarafından imzalı ve toplantının günü, saati ve yerini gösteren bir beyannamenin mahallin en büyük mülki amirine verilmelidir.

b — Bu beyanname karşılığında bir ilmuhaber verilmesi,

c — Toplantıda hükümet tarafıyan bir memur bulundurulabilmesi,

2 — Düzenin korunmasına ait tedbirler

a — Devlet reisi sarayı ile toplu buldukları sırada Ayan ve mebusan meclisleri binalarının 3 km. mesafe içinde açık mahallerde,

b — Güneş battıktan doğuncaya kadar içtima akdetmemek,

c — Genel yollar yerinde toplanmamak,

d — Üç kişilik idare heyeti kurulması.

II — Tecemmuat Hakkında Kanunu Muvakkat (3 Mart 1912)

Bu kanun 12. maddeden ibaret olup yeni sınırlamalar ile toplantı ve yürüyüşün dağıtılmasındaki usulleri ve karşılığında verilecek cezalar gösterilmiştir (Bakınız Dr. Duygun Yarsuvat, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyetleri, Say: 87).

III — 1924 Anayasasının yürürlüğünden sonra

6178 sayılı «Vicdan ve Toplanma Hürriyetinin Korunması Hakkında Kanun (29.7.1953 gün, 8470 sayılı Resmi Gazete).»,

IV — 6761 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu

(30.6.1956 gün 9346 sayılı Resmi Gazete).

V — 1961 Anayasasının 28. maddesine dayanılarak çıkarılan 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkında Kanun (18.2.1963 gün 11337 sayılı Resmi Gazete).

Bu kanunda değişiklik getiren kanunlar :

a — 1742 sayılı Kanun (19.6.1973 tarihinde yürürlüğe girmiş, Anayasa Mahkemesi'nin 14.3.1974 tarih 1973/33 esas 1974/9 karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir. 17.6.1974 gün 14918 sayılı Resmi Gazete).

b — 1932 sayılı Kanun (29.1.1976 gün 15483 sayılı Resmi Gazete).

c — 2261 sayılı Kanununun 4. maddesi (19.2.1980 günü kabul edilip 23.2.1980 gün 16909 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir).

4 — YASAL DAYANAK VE GEREKÇE

7 Kasım 1982 tarihinde halkoyu ile kabul edilip 9 Kasım 1982 günlü 17863 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de ilân edilen 2709 sayılı Anayasamızın 34. maddesi;

«Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.»

Şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idari merci, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergahı tesbit edebilir.

Toplantı ve Gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

Kanunun gösterdiği yetkili merci, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya milli güvenlik gereklerinin ihlal edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yoketme amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklayabilir veya iki ay aşmamak üzere erteleyebilir. Kanunun aynı sebeplere dayalı olarak bir il'e bağlı ilçelerde bütün toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanmasını öngördüğü mahallerde bu süre üç ayı geçemez.

Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler.» demektedir.

Bu hükmün ışığı altında; Danışma Meclisi Başkanlığı'na, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi Başkanlığı'nca 22.3.1983 gün, 18/101 - 750/03131 sayılı yazı ekinde İçişleri Bakanlığı'nca hazırlanıp 11.3.1983 tarihinde Bakanlar Kurulunda kabul edilen «Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanun tasarısı» gönderilmiştir.

Bu kanunun genel gerekçesinde özet olarak :

171 sayılı Kanunun uygulanmasında görülen aksaklıklar, boşluklar, ve kötüye kullanmalar kamu düzenini geniş ölçüde ihlal etmiş ve günlük hayatı felce uğratmak suretiyle idareyi ve zabıtaı çok meşgul eylemiş ve yıpratmıştır.

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü düzenleme hakkı 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 34. maddesi ile yeniden düzenlenmiş bulunmaktadır..

Düşünceyi açıklama hürriyetinin icrası niteliğindeki diğer bir hakda kişilerin bir araya gelerek toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyebilmeleri hakkıdır. Bu hürriyetin mevcudiyeti toplantı yahut gösteri yürüyüşünün izin şartına bağlanmamasını gerektirmektedir. Toplantı veya Gösteri Yürüyüşünün silahlı ve saldırsız olması bu hakkın kullanılabilmesinin ilk şartı olduğu gerekçesiyle, maddenin 1. fıkrası; toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına özel sınırlama getirilmesini 2. fıkrası; hakkın kullanılmasının konusunu düzenlemeye bağlanacağını 3 ve 4. fıkraları; dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının söz konusu hakları kullanmalarının kendi amaçları ile sınırlı tutulacağını da 5 fıkrası ile hüküm altına alınmıştır.

Bir taraftan yukarıda belirtilen sakıncaları gidermek ve diğer taraftan Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 13 ve 34. maddesinin öngördüğü ilkeler doğrultusunda düzenleme yapabilmek için yeni bir «Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu» tasarısı hazırlanmıştır (Bakınız, Danışma Meclisi S. Sayısı 450).

5 — TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKI

2911 sayılı Kanunun 3 maddesinin 1. fıkrasında;

«Herkes önceden izin almaksızın, bu kanun hükümlerine göre silahlı saldırsız olarak kanunların suç saymadığı belirli amaçlarla

toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir» denilmekte ise de, bu hükmü 1. madde de gösterilen amaç ve kapsamı ile birlikte düşünmek doğru olacaktır.

Birinci Madde «Bu kanun; toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller ile gerçek ve tüzel kişilerin düzenleyecekleri toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yerini, zamanını, usul ve şartlarını, düzenleme kurulunun görev ve sorumluluklarını, yetkili merciin yasaklama ve erteleme hallerini, güvenlik kuvvetlerinin görev ve yetkileri ile yasakları ve ceza hükümlerini düzenler.

Burada görülmektedir ki, önce yasanın amaç ve kapsamı açıklanarak, çerçeve çizilmiş, 3. maddede toplantı, gösteri ve yürüyüş hakkı tanımlanmıştır.

Önceki 171 sayılı Yasada ise, toplantı gösteri ve yürüyüş hakkı doğrudan 1. maddede gösterilmiş olup, hakkın tanımına yeni metinde ... Kanunların suç saymadığı ... sözcüğü, ilâve edilmiş önceki metindeki «belli maksatla» sonraki metindeki «belirli amaçlarla»nın yorumunu kanunların suç saymadığı amaç olarak açıklayıp vurgulamak suretiyle sınırlama getirmiştir.

Şu hale göre;

Toplantı ve yürüyüş hakkı kullanırken:

a — Kanunlarca suç sayılmayan belirli bir amaca yönelik olması,

b — Toplantı ve yürüyüş için yasada gösterilen şekil - şart ve usullere uyulması gerekmektedir.

6 — İSTİSNALAR

a — Siyasi partilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, sendikaların, vakıfların, derneklerin, ticari ortaklıkların ve diğer tüzel kişilerin özel kanunlarına ve kendi tüzüklerine göre yapacakları kapalı yer toplantıları (Bu hüküm 171 sayılı Yasada da ayrı benimsenmiştir).

b — Kanunlara uymak, kendi kural ve sınırları içinde kalmak şartıyla kanun veya gelenek ve göreneklere göre yapılacak toplantı, Tören, Şenlik karşılama ve uğurlamalar.

Bu fıkraya «kanunlara uymak, kendi kural ve sınırları içinde kalmak şartıyla..» ibaresi ilave edilmiş bulunmaktadır. Bu değişiklik ve ilâvenin amacı teklif gerekçesinde şöyle açıklanmıştır:

(Zaman, zaman ideolojik istismar konusu yapılmış olduğu görülmüş olan cenaze törenleri ile benzerlerinin kötüye kullanılmasını önlemek için maddenin (b) fıkrasında bu istisnaların yalnız kendi kural ve sınırları içerisinde kalmaları esası getirilmiştir).

Ceza uygulaması açısından mahkemeleri ve Yüksek Yargıtay'ı ençok düşündüren, zorlayan olay türünü ideolojik olaylara karışanlar veya siyasi amaçla öldürülenlerin cenazelerinin kaldırılması sırasında gerçekleşenler, olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Burada, dini vecibelerin yerine getirilmesi zorunluğu, bunun içinde bir arada toplu olarak bulunulması, namaz kılınması gereği ve çoğu yerde cenazenin omuzda taşınması alışkanlığı, topluluğun büyük ölçüde acıyı paylaşması nedenleri ile bu tür toplantının gösteriye dönüşmesi olayında yasa dışı toplantı düzenlemekten söz edilememekte, sonucu itibariyle toplantı düzenleme hareketlerine bilerek katılmaktan da bahsedilemediğinden 171 sayılı Kanununun 18. maddesindeki suç oluşmamakta, geriye anılan yasanın 22. maddesinin uygulanabilmesi ihtimali söz konusu olmakta bu maddenin uygulanabilmesi içinde ihtar koşulu bulunduğundan ancak, ihtara rağmen çekilip gitmezlerse bu suç oluşabilmektedir. Halbuki bu tür olaylarda kolluk görevlileri yeni olaylara neden olmamak kaygısı, görevlilerin yeterli olmaması vs. gibi benzeri gerekçelerle topluluğa müdahale etmekten kaçınmakta, izlemekle yetinmekte, suç tutanağı sonradan düzenlenmekte olduğu görülmekte idi.

2911 sayılı Kanunla bu istisna hükmüne açıklık getirilmiş olmakta, ilerde ceza hükümleri kısmında görülebileceği gibi suçun da tanımı kolaylaştırılmış bulunmaktadır.

c — Spor faaliyetleri ile bilimsel, ticari ve ekonomik amaçlarla yapılan toplantılar,

d — Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanların Devlet ve Hükümet işleri hakkındaki toplantı ve konuşmaları ile TBMM. Üyelerinin halk ile yapacakları sohbet niteliğindeki görüşmeler, (Bu hükümler 171 sayılı Yasada da aynen benimsenmiştir).

e — Seçim zamanına ilişkin hükümler,

Yasanın 5. maddesi ile «Seçim zamanlarında yapılacak propaganda toplantıları ile ilgili kanun hükümleri saklıdır (bu hüküm de önceki 171 sayılı Yasada aynen benimsenmiştir).

Gerekçede, **seçimlerin başlangıç tarihlerinden** itibaren yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin seçim mevzuatı ile düzenlenmesi uygun görülmüştür denilmektedir.

Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nin 9.5.1985 gün 1985/2053-2489 sayılı kararında da;

«...Seçim dönemi içerisinde siyasi içerikli toplantı ve yürüyüşlerin 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun kapsamında olup 171 sayılı Kanunun 6. maddesi hükmüne göre Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yasası dışında kaldığının açıkça ifade edilmesine göre... denilmek suretiyle Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 17.7.1984 gün 933 esas 583 sayılı kararına konu edilen 171 sayılı Kanunun 18/1, 1932 sayılı Kanunun 9, 647 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile hükmüden 8 ay hapis 4500 lira ağır para cezasının (bozulmasına) oybirliğiyle karar verilmiştir.»

7 — TOPLANTI ŞEKİL VE ŞARTLARI

A — Toplantı ve yürüyüş zamanı (m. 7)

Toplantı ve yürüyüşün başlama saati aynen benimsenmekle birlikte sona erme zamanı gerek açık ve gerekse kapalı yer toplantıları için birer saat kısaltılmış bulunmaktadır.

B — Düzenleme kurulu (m. 9)

Eski yasada medeni hakları kullanma yetkisini haiz 3 kişilik tertip heyeti ve tertip heyetini oluşturan üyelerden birinin toplantının yapılacağı yerde ikametgâhının bulunması şartı yeterli görülmüş iken, son değişikliklerle;

a — Üç kişi yerine 7 kişinin biraraya gelmiş olması,

b — Bu kişilerin medeni hakları kullanma yetkisi yanında 21 yaşını doldurmuş (seçmen) olmaları,

c — Üç kişiden birinin yerine 7 kişilik düzenleme kurulunun tümünün toplantının yapılacağı yerde sürekli ikametgahlarının bulunması ve bunların belgelenmesi zorunluluğu,

d — Ayrıca bu kişilerin : 1 — Haklarında soruşturma ve koğuşurma yapılabilmesi izne bağlı kimselerden olmaması, 2 — Yasama ve diplomatik dokunulmazlıklarının bulunmaması gerekmektedir.

Bu değişikliklerin gerekçesinde şöyle denilmektedir:

«Toplantının düzen içinde geçmesini ve çıkabilecek olaylarda sorumluların ve sorumluluğun tesbitini sağlamak için düzenleme kurulunun en az 7 kişiden oluşması, medeni hakları kullanma yetkisine ilâveten seçme yeterliliği bulunması ve daimi ikametgâhların o yerde olması öngörülmüş.

Ayrıca, suç işlenmesi halinde toplantı ve yürüyüşün sorumlularının takibsiz kalmaması, kamu düzeninin bu sebeple bozulmaması ve suçüstü hükümlerinin uygulanabilmesi için yasama ve diplomatik dokunulmazlıkları bulunanlarla haklarında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi izne bağlı olan kimselerin düzenleme kuruluna katılmaları uygun görülmemiştir.»

Kanunun gerekçesinde de açıklandığı üzere, 171 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu süre içerisinde yasama dokunulmazlığı olanların tertip ettikleri toplantılardan yasa dışı hale dönüşen bazılarında sorumlular haklarında işlem yapılmadığı, bazende sahte ikamet bildirimleri ile yetinilerek toplantı ve gösteri yürüyüşüne izin alındığı, böyle bir toplantı ve yürüyüşün amacı dışına çıktığında veya yasaya aykırı hale dönüştüğünde ceza kovuşturması için beyanname verenlerin kimliklerinin belirlenemediği, haklarında bu nedenle hiç bir işlem yapılamadığını mahkemelerden geçen çok sayıda dosyalardaki örneklerde tesbit edilmiştir.

Görülüyorki, yasa koyucu son değişiklikle, toplantı ve yürüyüşü düzenleyen, bu işe liderlik yapanları iyice tanımak, kendisine muhatap kabuletmek suretiyle sorumluluğunu açıkca hatırlatmak istemiştir.

C — Bildirim verilmesi (m. 10)

Yürürlükten kaldırılan 171 sayılı Yasada (m. 7) toplantının yapılmasından en az 48 saat önce ve çalışma saati içinde toplantının yapılacağı yerin bağlı bulunduğu en büyük mülki amirliğine üç kişilik tertip heyetinin imzalayacağı bir beyannamenin verilmesini yeterli görmüş iken 2911 sayılı Yasada ilke olarak diğer koşullar benimsenmekle birlikte 48 saat yerine 72 saat önce başvurulmasını ve mülki amirliği de Valilik ve Kaymakamlık olarak sınırlandırmış olmaktadır.

Yasanın gerekçesinde değişikliğin amacının, bildirim alınması üzerine idarece yerine getirilmesi zorunluğu işlerin eksiksiz yapılabilmesi olduğu açıklanmıştır (D. Meclisi S. Sayısı 450 Sz. 3).

8 — TOPLANTININ YAPILMASI VE DÜZENLEME KURULUNUN GÖREV VE SORUMLULUĞU (m. 11 - 12)

Burada üzerinde durulması gereken en önemli değişiklik, yürürlükten kaldırılan yasada tertip heyetinden ayrı olarak toplantı ve yürüyüşü yöneten üç kişinin gösterilmesi şartı getirilmiş olmasına karşın yöneticilerin, tertip heyeti içinden veya dışından da seçilebile-

ceğini belirtmiştir. Aynı konuda yeni yasada ise düzenleme kurulu üyelerinin tamamının toplantının yapıldığı yerde bulunması yükümlülüğünü getirmiş ve bundan hükümet komseri tarafından bir tutanakla kimlikleri belirtmek suretiyle tesbitini öngörmüştür.

Yasanın 12. maddesi ile de (düzenleme kurulunun sorumluluğu, topluluk toplantı yerinden tamamen dağılıncaya kadar sürer» denilmektedir. Böylece düzenleme (Tertip heyeti) ve yönetimi (yöneticiler) tek bir elde birleştirmiş olmaktadır.

Yürürlükten kaldırılan yasadaki, düzenleyen ve yöneten heyetlerin farklı olmasının uygulamada şu sakıncaları ortaya çıkmıştır.

a — Tertip heyeti beyannameyi verip, yöneticilerin de kimler olduğunu ismen bildirdiği hallerin çoğunda, yöneticilerin kendilerinin yasa dışı böyle bir işlemde haberi olduğu kanıtlanamamakta, inkara dayalı savunma büyük ölçüde çürütülememekte,

b — Tertip heyetine yüklenebilecek tek suçlama kalmakta, o da, yöneticileri toplantı yerinde hazır bulunmasını sağlamaktan ibaret olup 18. maddesinin 3. fıkrasındaki suçtan söz edilebilmekte, toplantı ve yürüyüşün kanuna aykırı olduğu işin başlangıcında belli olan hallerde dahi sorumlu bulunamamakta, yasa dışı toplantıyı kasten düzenleme ve yönetme veya düzenleme ve yönetme hareketlerine bilerek katılmaktan söz edilememekte idi.

Bu konuya ışık tutması açısından Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin iki kararının aktarılması yararlı olacaktır.

Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nin 26.4.1983 gün 1983/804-1194 sayılı kararı:

«...Yerel Yönetimce yapılmasına yasal olarak izin verilen toplantı ve yürüyüşün düzenleyicileri olup, aynı zamanda yönetim görevini de üstlenen sanıkların. 171 sayılı Yasanın 8/2. maddesinde gösterilen yükümlülükleri yerine getirmeyerek, amaç dışına çıkan toplantı ve yürüyüşte tedbir almadıkları, zabıtaban yardım istemedikleri gibi, dağıtılması için hükümet komserine de başvurmadıkları anlaşıldığından, mahkemece de sanıklara yüklenilen eylemin bu şekilde açıklanmasına ve gerekçede gösterilmesine karşın, anılan yasanın 18/3. maddesi yerine olayda uygulama yeri bulunmayan 1. fıkrası ile ceza tayini... bozulmasına oybirliğiyle»,

Yargıtay Sekizinci Dairesi'nin 11.11.1983 gün 2196/2520 sayılı kararı:

«...Yerel Yönetimce yapılmasına yasal olarak izin verilen «1 Mayıs Dünya İşçileri Birliği ve Dayanışma Günü» adlı toplantı ve yürüyüşün... amacı dışına çıktığı sabit olmaktadır.

Toplantı tertip heyeti ile yöneticilerin görev ve sorumlulukları 171 sayılı yasanın 8. maddesinde ayrı ayrı tanımlanmış bulunmaktadır. Olayımızda sanıkların anılan yasanın 7. maddesine göre en büyük mülki amire verilen beyannameyi imzalayan 3 kişilik tertip heyeti oluşturdukları anlaşılmakta isede; bu şahısların aynı zamanda yönetim görevini de üstlenip üstlenmedikleri bilinmemektedir. Sanıkların ayrıca yönetim görevini de üstlenmemişlerse, başka bir anlatımla, toplantının yöneticileri ayrıca belirlenip bildirilmiş ise, Tertip heyetinin sorumluluğu sadece yöneticilerin toplantının yapılacağı yer ve zamanında hazır bulundurulmasını teminden ibaret kalmakta, ancak bu görevi yerine getirmezlerse eylemleri suç oluşturmaktadır. Şayet tertip heyeti görevi ile birlikte yönetim görevini de üstlenmişlerse; o zaman anılan yasanın 8/2. maddesinde gösterilen yükümlükleri yerine getirmeyerek, amaç dışına çıkan toplantı ve yürüyüşte tedbir almadıkları, yardım istemedikleri gibi; toplantının dağıtılması için hükümet komserine de başvurmadıklarından eylemlerinin 171 sayılı yasanın 18/3. maddesindeki suçu oluşturacağı düşünülmeyecek, eksik soruşturma ve dosyadaki kanıtlara ters düşen gerekçe ve kabul ile yazılı şekilde hüküm kurulması... bozulmasına»,

NOT : 171 sayılı Kanunun 21/2., 1932 sayılı Kanunun 9. maddeleri uyarınca 8'er ay hapis 2500 lira ağır para cezası ile hükümlendirilmişlerdi.

Son değişiklikle 11 ve 12 maddelere aykırı davranılması eylemi 28. maddenin 3. fıkrası ile (9 ay - 1 yıl 6 ay hapis ve 100.000 - 30.000 bin ağır para cezası) yaptırıma bağlanmıştır.

9 — YASAKLAR VE KANUNA AYKIRI TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞLERİ

A — Amaç dışı toplantı ve gösteri yürüyüşü (m. 21)

«Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler.»

İstisnalar ile ilgili 4. maddenin, (a) bendine paralel olarak düzenlenmiş olup, Anayasanın 33, 52, 135. maddelerindeki ilkeler doğrultusunda ve konuyu düzenleyen 34. maddesinin son fıkrasının yasa aynen aktarılmasından ibaret olduğu açıkça görülmektedir.

B — Yasak yerler (m. 22)

Kanunun 8. maddesinde «Toplantının yapıldığı yer, toplantı süresince umuma açık yer sayılır.» ilkesi ile toplantının gerek hükümetle gerekse herkes tarafından izlenebilmesi için toplantı yerinin umuma açık yerlerden olduğu belirtilmiş, 22. madde ile de nerelerde toplantı yapılamayacağı tadadi olarak gösterilmiştir; Buna göre:

- Genel yollar ile parklarda,
 - Mabetlerde,
 - Kamu hizmeti görülen bina ve tesislerde ve bunların eklentilerinde,
 - Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir kilometre uzaklıktaki alan içinde,
 - Şehirlerarası kara yollarında,
- Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenemez.

C — Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri (m. 23)

Burada Kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşler birer birer sayılmak suretiyle, gerek dağıtma ve gerekse cezai kovuşturma aşamalarında tereddütlere düşülmemesi sağlanmak istendiği maddenin gerekçesinde açıklanmıştır.

a — 9 ve 10. madde hükümlerine uygun biçimde **bildirim verilmeden** veya yürüyüş için belirtilen gün ve saatten **önce** veya **sonra**,

b — Ateşli silâhlar veya patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, boğma teli veya zinciri gibi **bereleyici ve boğucu** araçlar veya **yakıcı - aşındırıcı - yaralayıcı - eczalar** ve diğer her türlü **zehirler** veya her türlü **sis - gaz** ve benzeri maddeler ile kanunların suç saydığı nitelik taşıyan **afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler** taşınarak veya bu nitelikte sloganlar söylenerek veya ses cihazları ile yayınlanarak,

(Bu fıkra, 171 sayılı Kanunun 13. maddesinin aynı, fıkrasına nazaran çok genişletilmiş olduğu açıkça görülmektedir).

c — 7. madde hükmü gözetilmeksizin (güneş doğmadan ve batışından bir saat önceki zaman dışına çıkılması),

d — 6 ve 10. maddeler gereğince belirtilen yerler dışında,

(Vali ve kaymakamlarca önceden belirlenip, alışılmış araçlarca önceden duyurulan yerler ile düzenleme kurulunun bildiriminde gösterilen yerlerin) dışı anlaşılmaktadır.

e — 20. maddedeki yöntem ve şartlara ve 22. maddedeki yasak ve önlemlere uyulmaksızın,

(Gösteri yürüyüşünün şekil ve şartlarına uyulmaksızın veya yasak yerlerde yapılmış olma),

f — 4. madde ile kanun kapsamı dışında bırakılan konularda kendi amaç, kural ve sınırları dışına çıkılarak (istisna hükümlerine uyulmamış olması) (yürürlükten kaldırılan metinde yok),

g — Kanunların suç saydığı maksatlar için,

h — Bildirimde belirtilen amaç dışına çıkılarak (yürürlükten kaldırılan metinde yok),

ı — Toplantı ve yürüyüşün 14, 15, 16, 17 ve 19. maddelerine dayanılarak yasaklanması veya ertelenmesi halinde; tesbit edilen erteleme veya yasaklama süresi sona ermeden,

i — 13. maddenin 3 fıkrasına göre hükümet komiserince toplantının sona erdirildiği halde (yürürlükten kaldırılan metinde yok),

k — 21. madde hükmüne aykırı olarak,

(Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendi konu ve amaçları dışında ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesi (yürürlükten kaldırılan metinde yok),

l — 3. maddenin 2. fıkrası hükmüne uyulmadan (yabancıların İçişleri Bakanlığı'nın iznini almamış olmaları), (yürürlükten kaldırılan metinde yok), yapılan toplantılar veya gösteri yürüyüşleri kanuna aykırı sayılır.

(SÜRECEK)

**CEBRİ ARTIRMA YOLUYLA SATIMLARDA ÖNALIM
HAKKINA İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARI
(II)**

Mithat SANCAR (*)

II — CEBRİ ARTTIRMALAR VE ÖNALIM HAKKI

1 — Cebri Arttırma Kavramı

Cebri arttırma, icra ve iflâs işlerinde icra konusunun paraya çevrilmesinde izlenen bir yoldur. Burada arttırma, mâlikin rızasına bakılmaksızın, resmi makamlar tarafından yapılır.

Borçlunun malının bir borcu için haczedilmiş olması veya rehin olarak verilmiş olması, mal sahibinin iflâs etmiş olması ve mallarının iflâs masasına girmiş olması hallerinde söz konusu mallar, İİK. hükümlerine göre, kural olarak cebri arttırma yoluyla satışa çıkarılır. Eğer mallar, bir kamu alacağının tahsili amacıyla satışa çıkarılıyorsa, yapılacak arttırmaya AATUHK. hükümleri uygulanır.

İcra ve İflâs Hukukunda normal satış usulü açık (cebri) arttırma-
dır. Haczedilen taşınırlar kural olarak (İİK. m. 114/1), taşınmazlar
ise sadece açık arttırma yoluyla satılır (İİK. m. 23). Taşınır malların
istisnai bazı hallerde (İİK. m. 119) pazarlıkla satılması mümkün ol-
duğu halde, taşınmazlar bakımından bu tür istisnalara yer verilme-
miştir.

İflâsta masa mallarının hangi usule göre satılacağı, ikinci ala-
caklılar toplantısı tarafından kararlaştırılır. İkinci alacaklılar top-
lantısı aksine bir karar vermemişse, masa malları açık arttırma yoluyla
satılır (62).

İcra Hukukunda açık arttırma, icra daireleri tarafından yapılır.
Kanunda öngörülen hazırlık işlemleri tamamlandıktan sonra arttır-
ma, icra memuru (veya yardımcısı) tarafından yapılır.

(*) **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim
Dalı Araştırma Görevlisi.**

(62) **Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, 1983, sh. 738.**

Cebri arttırmada satış, arttırma memurunun ihalesiyle tamamlanır (BK. m. 225/1). Burada sürülen en yüksek pey kanunun aradığı şartlara (İİK. m. 115, 119) uygunsa, arttırmayı idare eden memur, en yüksek pey sürene ihaleyi yapmak zorundadır. İhalenin madde hukuk bakımından hükümleri kısmen İİK.'nda (m. 134) kısmen de BK.'nda (m. 225 - 231) düzenlenmiştir (63).

2 — Cebri Arttırma Ve İhalenin Hukuki Niteliği

Cebri arttırma yoluyla satış ve bunu sonuçlandıran ihale kararının hukuki niteliğini belirlemek, konumuz açısından özel bir önem taşır. Bu tür arttırmalarda önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı konusunda varacağımız sonuç, benimsenecek görüşe göre değişecektir. Konunun, ihalenin ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar ve ihalenin feshi açısından da önemi vardır. İhalenin feshi için başvurulacak yargı merciinin, fesih nedenlerinin ve bu konuda uygulanacak hükümlerin saptanması açısından cebri arttırma ve ihalenin hukuki niteliğinin bilinmesi gerekir (64). Bu konuda iki görüş vardır :

a) Satış Sözleşmesi Görüşü

İsviçre Medeni Kanununun kabulünden önceki dönemde, İsviçre İcra ve İflas Kanununda cebri arttırma ve ihalenin hukuki niteliğini belirleyici açık bir kural yoktu. Bu nedenle, ortak hukuktan gelen düşüncelerin etkisiyle, cebri arttırma ve sonunda verilen ihale kararı ile özel hukukun düzenlediği «satım sözleşmesi» nin yapıldığı kabul ediliyordu (65).

Aynı görüş tarzının bugün de bazı yazarlarca savunulduğu görülmektedir. Bu yazarlardan Gücün'e göre, «cebri arttırmalar da ihtiyari arttırmalar gibi, satış işleminden başka bir şey değildir. Cebri icra ile satan yetkili makam, bir borçlunun malını kanun namına satıyor ve satan daire kanunen borçlunun yerine kaim olarak müzayedeyi açmakla teklif yapıyor; pey sürenler bir icapta bulunuyor. Son pey sahibinin icabı, ihale ile kabul edilmiş olarak akit tamam oluyor. İşte bundandır ki, kanun da bu tür satışları satımın türleri arasına koymuştur» (66). BK. nun 225. maddesinde yer alan «cebri müzayedelerde satım müzayedede memurunun ihalesiyle mün'akit olur»

(63) Kuru, sh. 359, dn. 2.

(64) Ramazan Arslan, İcra - İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara, 1984, sh. 52

(65) Arslan, sh. 52

(66) Cevat A. Gücün, Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, II, Menkul Mallar ve Borçlar, İst., 1946, sh. 585 - 586

şeklindeki ifade de bu görüşün dayanaklarından biri olarak kabul edilmektedir (67).

Bu görüş açısından hareket edilirse, ihale ile bir satış sözleşmesi meydana geldiği için, İİK. nda farklı hükümler bulunmadıkça, BK. nun satışa ilişkin hükümleri arttırma sonucu meydana gelen hukuki ilişkiye de uygulanacaktır (68).

Cebri arttırma ve ihale, bir satış sözleşmesi olarak kabul edilirse, burada da önalım hakkının kullanılabilmesi sonucuna varmak gerekecektir. Çünkü, daha önce de belirttiğimiz gibi, ön alım hakkı sadece bir satış sözleşmesinin varlığı halinde kullanılabilir.

b) Cebri İcra Tasarrufu (Kamusal İşlem) Görüşü

Bugün hem Türk hem de İsviçre Hukukunda cebri arttırma ve ihalenin hukuki niteliğinin «satım sözleşmesi» kuramı ile açıklanamayacağı görüşü benimsenmekte ve cebri arttırma yoluyla satımın icra organının kamu gücüne dayanan bir işlemi (kamusal işlemi-cebri icra tasarrufu) olduğu kabul edilmektedir (69).

Cebri arttırma ve ihalenin bir sözleşme olup olmadığını belirlemek için, BK. na göre sözleşme kavramını kısaca incelemek gerekir.

BK. nun 1. maddesine göre, «iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri taktirde akit tamam olur». Bu maddeye göre, bir sözleşmenin meydana gelmesi için;

- 1) Ortada en az iki tarafın bulunması,
- 2) Tarafların karşılıklı olarak iradelerini açıklamaları, yani icap ve kabulde bulunmaları,
- 3) Açıklanan iradelerin birbirine uygun olması gerekir.

Taraflar iradelerini bizzat açıklayabilecekleri gibi, kanunen kendilerini temsile yetkili olan kişiler aracılığıyla da açıklayabilirler.

Sözleşmenin bu unsurlarına göre, cebri arttırmanın bir sözleşme sayılıp sayılmayacağını araştıralım :

(67) Feyzioğlu, Borçlar - Özel, sh. 175

(68) Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 4. Bası, İst., 1984, sh. 268

(69) Bkz. örneğin; Tandoğan, sh. 306; Üstündağ, sh. 268; Tunçomağ, Borçlar - Özel, sh. 356; Feyzioğlu, Borçlar - Özel, sh. 175; Necip Bilge, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ank., 1962, sh. 99-100; Şakir Berkî, Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, Ank., 1973, sh. 45-46; Arslan, sh. 54-58; Sıtkı Akyazan, Cebri İcra ve İhalenin Feshi, İst., 1959, sh. 73-74

Cebri arttırmada, satım sözleşmesinin bir tarafı olan «satıcı» yoktur. Arttırma resmi bir makam tarafından yapıldığından taraflardan biri bu resmi makam, diğeri ise arttırmaya katılarak üzerine ihale yapılan kimsedir. Malı satışa çıkarılan borçlu, kendi isteği ile malını satan «satıcı» olarak kabul edilemeyeceği gibi, istemi üzerine paraya çevirme işlemi yapılan alacaklı da, bir satım sözleşmesinin tarafı durumundaki «satıcı» olarak nitelendirilmez. Kamu görevi yapan icra memurunun da malını satan «satıcı» olarak nitelendirilmesi sözkonusu değildir. Çünkü, icra memuru, cebri icra işlemi yapıp borçlunun malını bir başkasına ihale ederken Devletin zor kullanma gücünün bir uygulamasını ortaya koymaktadır; icra memuru, ne satılan malın mâliki ne de borçlunun temsilcisidir (70).

Bundan başka, mâlikin yani borçlunun ihalede rızası da sözkonusu değildir. Şu halde, sözleşmenin oluşması için gerekli olan iki taraf unsuru cebri arttırma mevcut olmadığı gibi, tarafların karşılıklı olarak iradelerini açıklamaları şartı da mevcut bulunmamaktadır(71).

Arttırmaya katılıp kendisine ihale yapılan kimse, serbestçe en son ve en yüksek teklifi yapmak suretiyle, arttırmaya konan malı satın alma konusundaki iradesini açıkladığı halde, malın sahibi olan borçlunun bu konuda iradesi eklenmemiş, sadece arttırmayı yöneten memur daha fazla arttıran olmadığını ve kanun hükümlerine göre ihaleye bir engel bulunmadığını tesbit ederek ihaleyi yapmıştır. Memur, mal sahibi olmadığı gibi, ihaleyi yapmak şeklindeki işlemi de , sözleşmede esaslı bir unsur olan alıcının iradesine uygun karşılıklı bir irade beyanı olmayıp, belki kanuni ve resmi bir tasarruftan ibarettir (72).

Satım sözleşmesinde taraflar, sözleşmenin kapsamı ve hükümlerini serbestçe belirleyebilirler. Cebri arttırmada ise, arttırma ve ihale, icra memurunun icra ve iflas hukuku kurallarına göre yapacağı hazırlık işlemlerine uygun olarak yapılmak zorundadır. Bu hazırlık işlemleri, bir satım sözleşmesinin ön görüşmeleri değil, icra takip işlemleridir (73).

Cebri arttırmada taşınır veya taşınmaz malın mülkiyeti, ihale kararı ile birlikte ihale edilene (alıcıya) geçer (BK. m. 231; MK. m. 633; İİK. m. 134). Buna karşılık, satım sözleşmesinde taşınırın

[70] Arslan, sh. 54 - 55; ayrıca bkz. Akyazan, sh. 73

[71] Akyazan, sh. 73

[72] Akyazan, sh. 73 - 74

[73] Arslan, sh. 55

mülkiyeti zilyetliğin devrinden, taşınmaz malın mülkiyeti ise tapu siciline tescilden sonra alıcıya geçer (MK. m. 687).

Yukarıda belirtilen nedenlerle, İİK. nun 114 ve 115. maddelerinde «satış», «satılığa çıkarılan mal»; 130, 131 ve 134. maddelerde «alıcı» ve «satış bedeli»; BK. nun 225. maddesinde «satım ihale ile mün'akit olur» denmesine rağmen, cebri arttırma ve ihale bir «satım sözleşmesi»nin yapılması değildir (74). Bu sonuç, bir İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde açıkça belirtilmiştir (75).

Tarihsel gelişimin etkisiyle İİK. ve BK. nun anılan maddelerinde borçlar hukukunun düzenlediği satım sözleşmesi terimlerinin kullanılmış olması, cebri arttırma ve ihalenin niteliğini belirleyici bir unsur olarak kabul edilemez. Bu özellikler, cebri arttırma ve ihalenin icra memurunun yaptığı, icra takibinin amacına ulaşmasını sağlayan bir cebri icra tasarrufu (kamusal işlem) olarak nitelendirilmesini gerekli kılar(76).

3 — Cebri Arttırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkının Kullanılıp Kullanılmayacağı

Daha önce de belirtildiği gibi önalım hakkı, sadece önalım yükümlüsünün, hakkın konusu şeye ilişkin olarak üçüncü bir kişiyle bir satım sözleşmesi yapması halinde kullanılabilir. Şeyin temlikine yönelik, fakat satım sözleşmesi niteliği taşımayan işlemlerde önalım hakkı kullanılamaz. Şeyin temlik sonucunu doğuran fakat bir satım sözleşmesi değil, «aynı zamanda özel hukuka giren sonuçlar da doğuran kamusal bir işlem» (77) olan cebri arttırmalarda önalım hakkı kullanılamaz.

Bu teorik neden yanında, pratik düşünceler de cebri arttırmalarda önalım hakkının kullanılmayacağı ilkesinin kabulünü zorunlu kılar.

Bir defa arttırmanın amacı, taşınmazın mümkün olduğu kadar yüksek fiyatla ve herhalde satılmasıdır. Bu amaç, satışın göreceği ilgi ile gerçekleştirilebilir. Arttırmaya konan malın önalım tehdidi altın-

(74) Arslan, sh. 56 - 57

(75) Yargıtay İçt. Bir. Kar. 24.6.1953 T., 14 E., 6 K. : «...Nazariyatta hakim olan telakkiye göre, cebri ihale BK. nun 225. m. sindeki tavsife rağmen, bey (satım) akdi, hatta hususi hukukun bir hukuki muamelesi olmayıp, bilakis bir amme tasarrufudur...» [RG. 24.8.1953, s. 8489].

(76) Arslan, sh. 57

(77) Tandoğan, sh. 306

da bulunması, arttırmaya katılma oranını azaltacaktır. Arttırmaya katılan herkes satın almak istediği şeyin, arttırma bittikten sonra elinden geri alınacağı tehlikesine mâruz kalacaksa, yapılan arttırma istenen sonucu vermeyecektir (78).

Diğer taraftan, cebri arttırmalarda esasen önalım hakkı sahibi gereği gibi korunmuştur. Çünkü, satış cebri de olsa alenidir. Arttırmadan önce yapılan ilan, diğer ilgililer yanında önalım hakkı sahibinin de satışı öğrenmesini sağlayacaktır. Önalım hakkı sahibi de, şartlarını yerine getirmek suretiyle arttırmaya katılabilir ve satışa konan malı elde etme imkanına kavuşabilir (79).

Yargıtay, 1940 yılına kadar verdiği kararlarda, cebri arttırmalarda da önalım hakkının kullanılabilceğini kabul ediyordu (80). Yargıtay'ı tereddüde düşüren husus, HUMK. m. 571 ve 572'de yer alan hükümlerin MK. ve İİK. hükümleriyle bağdaştırılamayıdır.

Sözü edilen 571. madde «menkul ve gayrimenkul malların müzayedesi İcra Kanununa tevfikân (göre) yapılı» demişken, onu izleyen 572. maddenin «şuf'a hakkının, nihayet ilk ilân tarihinden itibaren bir ay zarfında kullanılması gereği» ne işaret etmesi, cebri arttırmalarda dahi önalım hakkının işleyebileceği kanısını uyandırmıştır. Yargıtay'ın 4.5.1940 T., 57/17 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararından sonra sorun, pratik bir çözüm tarzına bağlanmış, 572. maddenin cebri arttırmalarda önalım hakkının işleyeceğini ifade eden ve Medeni Kanunu değiştiren bir madde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Ülkemizde uygulama, Yargıtay'ın içtihatları doğrultusunda, cebri dışında kalan açık arttırmalar için konulmuştur. Haczedilen veya iflas masasına giren malların paraya çevrilmesine ilişkin arttırmaların İİK. na göre yapılması gerektiğini belirtmek gereksiz olurdu. Çünkü, bu gibi arttırmalar doğrudan doğruya İİK. nun konusu içindedir. Kanunlar abesle işgal etmez. Açıktır ki, bu madde borç için haczedilmiş veya iflas masasına girmiş malların arttırılmalarını amaçlamamıştır.

Söz konusu maddeyi izleyen 572. madde ise, birincisine bağlı olarak ve ancak onun yönelik olduğu arttırmalardan taşınmazlara ilişkin olanlara mahsustur. Bu hüküm, şuf'a hakkında esasen müsait

(78) Küley, sh. 33; Feyzioğlu, sh. 253

(79) Küley, sh. 33; Feyzioğlu, sh. 253

(80) Bkz. örneğin, 24.2.1932 T., 1-9/5 sayılı İçt. Bir. Kar., III. HD. nin 4.8.1937 tarihli içtihadı, (Küley, sh. 34)

olmayan İİK. nun meşgul bulunduğu taşınmaz satışlarını kapsayacak şekilde genişletilemez» (81).

Böylece Yargıtay, 572. maddenin icra ve iflas işlemleri dışında kalan açık arttırmalar için konulmuş olan 571. maddenin amaçladığı arttırmalardan, taşınmazlara ilişkin olanlara mahsus olduğu sonucuna varmıştır.

Yargıtay'ın bu kararından sonra bazı yazarlar, bu kararı destekleyerek 572. maddenin uygulama alanı kalmadığını ileri sürmüşlerdir (82).

Buna karşılık Belgesay (83) ve Küley (84) 572. maddenin sözü edilen karara rağmen uygulanabileceği durumlar bulunduğu görüşündedirler. Küley'e göre, mâlik şeyi kendi isteği ile bir üçüncü kişiye satmış fakat önalıcı, henüz hakkını kullanmadan ve hatta kullandıktan sonra bile, yeni müktesibin borçlarından dolayı taşınmaz cebri arttırmayla bir diğer kişiye satılmış olursa, 572. maddenin bu halde de uygulanmayacağını söylemek, yani böyle bir cebri arttırma sonunda da önalım hakkının artık kullanılamayacağını ileri sürmek doğru olmaz. Zira taşınmaz, önceki malikin elinden satış yoluyla çıkınca, önalıcının hakkı, bu satışı öğrenmesi ile sabit olur. HUMK. m. 572'de de esasen «sabit olan şuf'a hakları»ndan söz edilmektedir. İşte 572. madde bu halde uygulanacaktır. Buna göre, önalıcı önceki mâlikin taşınmazı sattığını, nihayet taşınmazın alıcıdayken cebri arttırmaya konduğuna ilişkin ilan ile öğrenmiş varsayılarak, bu tarihten itibaren bir ay geçtikten sonra ön alım hakkının düşeceği sonucuna varılacaktır (85).

Feyzioğlu'nun belirttiği gibi, bütün bu düşüncelerde «mevcut bir hükmü ihmal değil, imal gayreti»nin izleri bulunduğu açıktır. Bu hükmün, uygulama alanını zorlayarak yaratmak yerine ilgası, karışıklıkları önlemek bakımından daha yararlı olacaktır (86). Zaten Yargıtay, cebri arttırmaların hepsinde (yani Küley'in yaptığı ayırma bakmaksızın) önalım hakkının kullanılamayacağı içtihadını, haklı olarak bugün de korumaktadır.

(81) Karar için bkz. Olgaç, sh. 292 - 293

(82) Bkz. örneğin, C. A. Gücün, a.g.e., C. I, sh. 164; Reşat Atabek, «Şuf'a Hakkı», İst. Baro Mec., 1940, sh. 732

(83) M. Reşit Belgesay, Mahkeme İctihatları, İst., 1939, sh. 91 - 92

(84) Küley, sh. 35

(85) Küley, sh. 35 - 36

(86) Feyzioğlu, sh. 256.

Ülkemizde uygulama, Yargıtayın içtihatları doğrultusunda, cebri arttırmalarda önalım hakkının kullanılamayacağı yönünde istikrar kazanmışken, İsviçre'de yasal düzeyde yapılan değişikliklerle cebri arttırmalarda önalım hakkının kullanılmasına imkân tanınmıştır. VZG m. 30/a'ya eklenen ve 1976 yılında yürürlüğe giren 4. bende göre, İsv. MK. nun 682/1 - 2. maddesi uyarınca kanuni önalım hakkı olanlara da (taşınmazın cebri arttırma yoluyla satışında) tebligat yapılacaktır. Bu tebligatta, hak sahibine bu hakkını arttırmada nasıl kullanabileceği (ileri sürebileceği) de bildirilecektir (87).

Bu konuda son olarak Türk Medeni Kanunu Öntasarısına değinmek istiyoruz. Öntasarıda, önalım hakkına ayrılan üç maddeden biri olan 653. maddenin III. fıkrasında açıkça, cebri arttırma yoluyla satışlarda önalım hakkının kullanılamayacağı belirtilmiştir. Öntasarı bu şekliyle kesinleşirse, teorik ve pratik gerekçelerini yukarıda açıklamaya çalıştığımız cebri arttırmalarda önalım hakkının kullanılamayacağı ilkesi yasal dayanak kazanmış olacak, konuyla ilgili tartışmalar da son bulacaktır. Aslında öntasarının konuya yeni bir boyut kattığı söylenemez. Çünkü, zaten uygulama, 1940 yılından beri Yargıtay içtihatları ile bu yönde gelişmiş ve istikrar kazanmıştır. Öntasarının bu konu bakımından önemi, biraz önce belirttiğimiz gibi, uygulamada beliren esaslara yasal dayanak kazandırarak kuvvetlendirmesinde ortaya çıkar.

Ş 4. İNCELEME KONUSU OLAYDA TARAFLARIN HUKUKİ DURUMU

İncelediğimiz olayda davacı taraf, önalım hakkını kullanmış olan paydaştır. Davalı ise, ihale sonucu taşınmaz payının mülkiyetini kazanmış ve bu nedenle önalım hakkının muhatabı durumuna girmiş olan şirkettir. Burada önce davacının, sonra (çok kısa da olsa davalının) hukuki durumu ele alınacaktır.

I — DAVACININ HUKUKİ DURUMU

1 — Davacının Önalım Hakkına Sahip Olup Olmadığı

Olayımızda, birden fazla kişi aynı taşınmaz üzerinde birlikte mülkiyet hakkına sahiptirler. Bu durum, toplu mülkiyet olarak adlandırılır.

Toplu mülkiyetin en önemli iki şekli, müşterek mülkiyet ile iştirak halinde mülkiyettir.

(87) Arslan, sh. 92, dn. 66'dan naklen.

Müşterek mülkiyet, bir eşyaya birden fazla kişinin toplu halde, birlikte malik olmasıdır. O suretle ki, hepsine birden toplu olarak ait bulunan mülkiyet hakkından doğan bölünmeye elverişli hak ve ödevler, 1/3, 1/2, 1/4 gibi bir oranla bu kişilerden her birine tek tek ait olur. Başka bir deyişle, müşterek maliklerden her biri bu yetki ve ödevlere belli bir oran dahilinde sahip bulunur (88).

Buna karşılık iştirak halinde mülkiyet ilişkisinde ortakların, ortaklık mameleki ve dolayısıyla mülkiyet hakkı üzerinde bölünmüş payları yoktur. Sadece ortaklığa vücut veren kişisel ilişkiden doğan hakları vardır (89).

Olayımızda, taşınmaza birlikte malik olanlar arasındaki ilişkinin, müşterek mülkiyet ilişkisi olduğu, kararda kullanılan (3/5 paya birlikte sahip olma...) gibi ibarelerden anlaşılmaktadır.

Önalım hakkının, sözleşmeden doğan ve kanuni olmak üzere ikiye ayrıldığı, kanuni önalımın sadece müşterek mülkiyet ilişkisinde söz konusu olduğu daha önce belirtildi. Kanuni önalım hakkı, bir taşınmaz üzerinde müşterek mülkiyet ilişkisi kurulmasıyla birlikte kendiliğinden, kanun gereği doğar.

Olayda önalım hakkını kullanan davacının, müşterek maliklerden biri olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacı, önalım hakkına sahip bulunmaktadır. Üstelik bu hakkı, kararda söylediği gibi payın satılması ile değil, taşınmaz üzerinde müşterek mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğmuştur. Payın satılması önalım hakkının doğması bakımından değil, daha önce doğmuş olan bu hakkın kullanılabilmesi bakımından önemlidir.

2 — Hakkın Kullanılması İçin Gereken Şartların Olayda Gerçekleşip Gerçekleşmediği

Önalım hakkının kullanılmasının en önemli şartı, bir paydaşın taşınmaz maldaki payını, serbest iradesiyle bir üçüncü kişiye satmasıdır. Başka bir deyişle önalım hakkı ancak, payın satışı halinde kullanılabilir. Payın temlikine yönelik olan fakat satış niteliği taşımayan diğer hallerde önalım hakkı kullanılamaz.

Olayımızda, yapılan icra takibinin kesinleşmesi üzerine haczedilen taşınmaz payı cebri arttırmayla satılmıştır. Cebri arttırmaların bir satış sözleşmesi olmadığı, bunların kamusal bir işlem olduğu, ilgili bölümde ayrıntılı olarak incelendi.

[88] Akipek, sh. 21

[89] Akipek, sh. 48

Doktrinde de büyük çoğunluk, cebri arttırmaların satış sözleşmesi niteliği taşımadığı görüşündedir. Yargıtayın kararda yollama yaptığı Alfred Marten'e göre, «hakikatte cebri arttırma ile satış bir akit değildir. Çünkü mülkiyetten iskat olunan mâlikin rızası la-hik olmamıştır (90)... Arttırmalar cebri ise, satım akdi yoktur. Çünkü satış, mâlikin rızası olmaksızın yapılmıştır. 229/225. maddenin cebri arttırmalarda satım akdi ibaresini kullanması yanlıştır (91).

Yargıtay incelediğimiz kararda doktrindeki eğilime uygun olarak, önalım hakkının ancak satış halinde kullanılabilceğini, cebri arttırmalarda satım sözleşmesi niteliği görmenin mümkün olmadığını, bu nedenle cebri arttırmalarda önalım hakkının kullanılmayacağını belirtmiştir. Yargıtayın 1940 yılından beri, istikrar kazanmış içtihadı da bu yöndedir.

Özetle olayımızda, önalım hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan şartlar mevcut değildir. Müşterek mâlik sıfatıyla kanuni önalım hakkına sahip olan davacı paydaş, önalım hakkını kullanmış olmasına rağmen, bu kullanma, gerekli şartlar mevcut olmadığı için, önalım hakkına bağlanan sonuçları meydana getirmeye elverişli değildir. İlk derece mahkemesi ve Yargıtay, davayı reddetmekte haklıdır.

3 — Davacının Muvazaaya İlişkin İddialarının Geçerliliği

Olayda davacı, satışın muvazaaya olduğu iddiasındadır. Yargıtay ise, muvazaaya ilişkin iddiaların incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir ki, bunda haklıdır. Çünkü, cebri arttırma ve ihalenin özellikleri, muvazaanın tanımı ve şartları ile karşılaştırıldığında cebri arttırmalarda muvazaanın sözkonusu olamayacağı görülür.

Muvazaaya, tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları, fakat görünürdeki bu işlemin kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceği hususunda anlaşmalarıdır. Muvazaada taraflar, iç irade ile açıklanan irade arasında bilerek ve isteyerek uygunsuzluk meydana getirirler (92).

Muvazaanın, mutlak ve nisbi olmak üzere iki türü vardır. Mutlak muvazaada taraflar, aralarında geçerli bir hukuki işlem yapmak istemedikleri halde, üçüncü kişilere aralarında bir hukuki işlem var gibi görünmek için işlem yaparlar. Nisbi muvazaada ise, taraflar,

(90) Alfred Marten, Borçlar Kanunu Şerhi, Çev. Ahmet Cevat, Ankara, 1936, sh. 298, no. 1

(91) Marten, sh. 298,

(92) Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, C. I, Ankara, 1971, sh. 48

aralarında yaptıkları ve iradelerine uygun bir hukuki işlemi, arzu etmedikleri bir işlemin arkasına gizlemek için anlaşılır (93).

Nisbi muvazaada taraflar, muvazaalı işlem ile, ya sözleşmenin niteliğini gizlerler (örneğin, başışlama sözleşmesini satış sözleşmesi şeklinde gösterirler) veya sözleşmenin bazı şartlarını gizlemeyi öngörürler (örneğin, kararlaştırılan bedel, daha düşük veya daha yüksek gösterilir) veya sözleşmeden gerçekte yararlanan kişiyi gizleyerek, onun yerine bir başkası sözleşmenin tarafı imiş gibi gösterirler (94).

Cebri açık arttırma, resmi makamlar tarafından İİK. hükümlerine göre yapılır. Satış talebini alan icra dairesi, bir taraftan arttırmanın şartlarını tespit ederken, diğer taraftan arttırmayı ilân eder. Arttırma yoluyla satılacak taşınmazın hangi şartlara göre iktisap edileceği, icra dairesi tarafından hazırlanan arttırma şartnamesinde gösterilir. Taşınmazı açık arttırmada satın alan kimse onu arttırma şartnamesine göre iktisap eder (95).

Arttırma sonunda ihalenin hangi şartlarla yapılabileceği de İİK. da (m. 129) gösterilmiştir. İhalenin yapılabilmesi için bu şartların gerçekleşmesi gerekir. Böylece ihalenin en az hangi bedel ile yapılabileceği kanun tarafından önceden belirlenmiş olmaktadır.

Görüldüğü gibi, arttırma yoluyla yapılacak satışın, bedel dahil olmak üzere şartları önceden ve İİK. hükümlerine göre belirlenmektedir. Bu şartların ihalede değiştirilmesi veya gizlenmesi imkanı kalmamaktadır. Bunun gibi, ihalenin başka bir işlemi gizlemek amacıyla yapılması da sözkonusu olamaz. Çünkü ihalenin ne gibi sonuçlar doğuracağı kanun tarafından (İİK. m. 134, BK. m. 231) belirlenmiş olup, bu sonuçlar ihale kararı ile birlikte kendiliğinden meydana gelir.

Diğer yandan cebri arttırma ve ihale bir sözleşme, arttırmayı yöneten memur da sözleşmenin bir tarafı değildir. Oysa muvazaa, ancak iki taraflı hukuki işlemlerde (özellikle sözleşmelerde) sözkonusu olabilir. Daha önce de belirtildiği gibi, cebri arttırmalarda, sözleşmenin önemli bir unsuru olan «iki taraf» unsuru mevcut değildir. Bu durumda muvazaalı işlemin kimler arasında yapılacağı sorusu ortaya çıkar. Arttırmayı yöneten memur ile alıcı arasında muva-

(93) Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku - Genel Hükümler; Ankara, 1979, sh. 179

(94) Bkz. İnan, sh. 180 - 181

(95) Kuru, sh. 375, 378

zaadakinе benzer anlaşmalar yapılabileceği düşünülse dahi, bunun adı muvazaa değil, cebri arttırma ve ihaleye ilişkin İİK. hükümlerini ihlâl etmek olur. Bu ise, ihalenin feshini gerektiren nedenlerden birini oluşturur.

Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı, cebri arttırma ve ihalede muvazaa sözkonusu olmaz. Yargıtay, davacının muvazaaya ilişkin iddialarını inceleme konusu yapmamakta haklıdır.

İncelediğimiz kararda Yargıtay, davacının, şartları varsa İİK. nda yazılı ihalenin feshi yoluna gidebileceğini, buna karşılık BK. nun adı satışa ilişkin hükümlerine gidemeyeceğini isabetle belirtmiştir. Çünkü, sık sık belirttiğimiz gibi, cebri arttırma ve ihale borçlar hukuku anlamında bir sözleşme değildir. İhalenin hangi nedenlerle ve ne şekilde feshedilebileceği, İİK. da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, BK. nun sözleşmelere ilişkin hükümlerinden oldukça farklıdır.

İİK. nun 134. maddesi incelendiğinde, fesih nedenlerinin dört grupta toplanabileceği görülür. Bunlar, kanuna ve ahlaka aykırı tertiplerle arttırmaya fesat karıştırılması, İİK. m. 124 - 128'de düzenlenmiş bulunan arttırmaya hazırlık işlemlerinin kanunun öngördüğü şekilde yapılmamış olması, ihalenin ne şekilde yapılacağını düzenleyen İİK. hükümlerine uyulmamış olması ve alıcının taşınmazın esaslı niteliklerinde hataya düşürülmüş olmasıdır (96).

Yukarıdaki nedenlerden biri veya bir kaçı varsa, davacı ihalenin feshi yoluna gidebilir. Yalnız bunu, mahkemeden değil, icra tetkik merciinden şikayet yoluyla ve ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde istemesi gerekir (İİK. m. 134, karş. BK. m. 226).

II — DAVALININ HUKUKİ DURUMU

Buraya kadar yapılan açıklamalar, davacının iddialarında haksız olduğunu ortaya çıkartmıştır. Dolayısıyla davalı, davada haklı durumda bulunmaktadır. Buna göre, davalıya karşı kullanılan önalım hakkı, gerekli şartlar mevcut bulunmadığından hüküm ve sonuç doğurmayacak, davalı şirket ihale sonucu mülkiyetini kazandığı taşınmaz payının mâliki olarak kalmakta devam edecektir.

SONUÇ

Ülkemizde geniş bir uygulama alanı bulunmasına rağmen (özellikle kanuni) önalım hakkı, MK. da yeterli bir düzenlemeye sahip ol-

mamış, mevcut hükümler de ihtiyaca cevap vermekten uzak kalmıştır. Bu durum, kurum ile ilgili bir çok konuda değişik görüşler ortaya atılmasına ve çok sayıda Yargıtay içtihadı verilmesine neden olmuştur. Doktrin ve uygulamadaki bu faaliyet, kurumun esaslarının belirlenmesinde önemli rol oynamıştır.

İncelediğimiz kararın çözümünde önemli yer tutan önalım hakkının hangi hallerde kullanılabileceği konusu da doktrin ve Yargıtay'ın çalışmaları ile açıklığa kavuşmuş, önalım hakkının sadece satış halinde kullanılabileceği sonucuna varılmıştır.

Cebri arttırma yoluyla satımların bir satım sözleşmesi olarak nitelendirilememesi ve diğer pratik gerekçeler, bu tür arttırmalarda önalım hakkının kullanılamayacağı ilkesinin kabulünü gerekli kılar. Aynı ilke, bugün doktrin ve Yargıtay tarafından kabul görmekte ve uygulanmaktadır.

Önalım hakkı ile ilgili ilke ve esasların, yapılacak kanun değişikliğinde açıklığa kavuşturulması temenniye değer bir husustur. Türk Medeni Kanunu Öntasarısında bu ihtiyacın giderilmesi konusunda gözlenen çabanın sevindirici olduğunu da eklemek isteriz.

YARARLANILAN KAYNAKLAR (*)

- AKİPEK, Jale G.** : Türk Eşya Hukuku - Aynı Haklar, İkinci Kitap, Mülkiyet, 2. Bası, Ankara, 1973
- AKYAZAN, Sıtkı** : Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, İstanbul, 1959
- ARSLAN, Ramazan** : İcra - İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara, 1984
- ATABEK, Reşat** : «Şuf'a Hakkı», İstanbul Barosu Mecmuası, 1940
- BELGESAY, Mustafa R.** : Mahkeme İctihatları, İstanbul, 1939
- BERKİ, Şakir** : Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, Ankara, 1973
- BİLGE, Necip** : Borçlar Hukuku - Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1962
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, C. I, Ankara, 1985
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.** : Borçlar Hukuku - Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, 4. Bası, İstanbul, 1980 (Feyzioğlu, Borçlar - Özel)
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.** : Şuf'a Hakkı, İstanbul, 1959 (Feyzioğlu)
- GÜCÜN, Cevat A.** : Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, II, Menkul Mallar ve Borçlar, İstanbul, 1946
- GÜRSOY/EREN/CANSEL** : Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, Ankara, 1984
- İNAN, Ali Naim** : Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, Ders Kitabı, Ankara, 1979
- KARAHASAN, Mustafa R.** : Türk Medeni Kanunu - Eşya Hukuku, C. II, Ankara, 1977
- KURU, Baki** : İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 1983
- KÜLEY, Muin M.** : Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şuf'a Hakkı, İstanbul, 1950
- MARTEN, Alfred** : Borçlar Kanunu Şerhi (Çev. Ahmet Cevat), Ankara, 1936
- OLGAÇ, Senai** : Borçlar Hukuku - Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, İstanbul, 1967 (Olgaç, Borçlar - Özel)

(*) Bazı eserlerin sonunda parentez içerisinde yollamada kullanılan kısaltmaları gösterilmiştir.

- OLGAÇ, Senai** : Şuf'a, Vef'a, İştira Hakları, Ankara, 1978 (Olgaç)
- OĞUZMAN — SELİÇİ** : Eşya Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 1982
- OĞUZMAN, Kemal** : «Medeni Kanununun Boşluklarının Yargıtay Kararları İle Doldurulduğu Bir Müessesese : Şuf'a», Medeni Kanunun 50. Yılı, Bilimsel Hafta : 15, 17 Nisan 1976, Ankara, 1977
- ÖNEN, Ergun** : İnşai Dava, Ankara, 1982
- ÖZENLİ, Soysal** : Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları, Ankara 1984
- REİSOĞLU, Safa** : Borçlar Hukuku, C. I, Ankara, 1971
- SEBÛK, Tahir** : Şuf'a, Vef'a, İştira Hakları, İstanbul, 1951
- TANDOĞAN, Halûk** : Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 3. Bası, Ankara, 1984
- TEKİNAY, Selahattin S.** : Borçlar Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 1979
- TEKİNAY, Selahattin S.** : Eşya Hukuku, İstanbul, 1970 - 71
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, I, Genel Hükümler, İstanbul, 1976
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977 (Tunçomağ, Borçlar - Özel)
- ÜSTÜNDAĞ, Saim** : İcra Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul, 1984

KISALTMALAR

AATUHK	: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
b	: Bend
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
dn	: Dipnot
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İçt. Bir. Kar.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İst. Baro Mec.	: İstanbul Barosu Mecmuası
İsv. MK	: İsviçre Medeni Kanunu
K	: Karar :
Karş.	: Karşılaştırınız
m	: Madde
MK	: Medeni Kanun
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayı
sh.	: Sahife
T	: Tarih
TK	: Ticaret Kanunu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
VZG	: Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken

**SORUMLULUK AÇISINDAN BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN
ÖZEL HUKUKTAKİ YERİ**

Doç. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU (*)

● **ANLATIM DÜZENİ :** I — Basın yoluyla yapılan açıklamalarda yarar çatışmaları. II — Basın açıklamasına ilişkin yarar olarak basın özgürlüğü. A — Kavram. B — Kapsamı. 1 — Maddi anlamda basın özgürlüğü. 2 — Şekli anlamda basın özgürlüğü. C — Özel Hukuktaki yeri. D — Basın özgürlüğünün hukuksal sorumluluk açısından basına bir ayrıcalık sağlamaması. E — Basın özgürlüğünün sınırları. III — Uygun amaç. A — Kamu yararı. B — Basının görevi. IV — Uygun araç.

**I) BASIN YOLUYLA YAPILAN AÇIKLAMALARDA YARAR
ÇATIŞMALARI**

Her hukuksal varlığın ihlâlinde olduğu basın açıklamalarıyla şeref, haysiyet veya özel yaşamın ihlâlinde de çatışan iki yarar bulunmaktadır. Bunlardan birisi Anayasa'da teminat altına alınmış olan düşünce (md.25) ve bunun bir şekli olan basın özgürlüğüne (md. 28) ilişkin yarardır. Burada düşünce açıklama özgürlüğüne ilişkin kişisel varlığın korunması yararı söz konusudur. Zira düşünce açıklama özgürlüğü de bir kişisel varlıktır (1). Düşüncelerin basın yoluyla açıklanmasına ilişkin yarar karşısında saldırıya uğrayan kişinin şeref, haysiyet veya özel yaşamına ilişkin yararı yer alır. Buna göre basın yoluyla düşünce açıklama özgürlüğüne ilişkin kişisel varlık ile şeref haysiyet veya özel yaşama ilişkin kişisel varlık arasında bir çatışma doğmaktadır. Bunlardan hangisinin korunması, bir başka ifadeyle üstün sayılması gerektiği konusunda yararların tartılması yoluna gidilecektir. Basın yoluyla şeref haysiyet veya özel yaşamı ihlal eden açıklama uygun bir amaca (richtiger Zweck) ulaşmak için uygun bir araç (richtiges Mittel) ise feridin kişisel varlığına ilişkin yararına nazaran üstün tartılacak ve hukuka uygun olarak değerlendirilecektir. Bir kimsenin şeref haysiyet veya özel yaşamını ihlâl

(*) Ankara Barosu Avukatlarından (A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Eski Öğretim Üyesi).

1) Egger, Art. 28 ZGB Nr. 28; Oftinger, K. : Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, SJZ 37 (1940/41) sh. 226 vd.

eden bir basın açıklaması kamu yararına yönelik uygun bir araç olarak kullanılmışsa hukuka uygun olarak değerlendirilecek ve bu açıklamadan dolayı herhangi bir hukuksal sorumluluk doğmayacaktır. O halde burada kamu yararı uygun bir amaç, bu amaca hizmet eden ve bu amacın sınırları içerisinde kalan basın açıklaması da uygun bir araç olmaktadır. Ancak burada kişilik haklarının korunmasına ilişkin yarar tartılırken, basının açıklamada bulunmaya ilişkin yararı açısından basın özgürlüğü ile ilgili hükümler gözönünde tutulmalıdır. Bu açıdan burada kısaca basın özgürlüğü üzerinde durmak gerekir.

II) BASIN AÇIKLAMASINA İLİŞKİN YARAR OLARAK BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ

A) Kavram

Anayasa'nın 28. maddesi «Basın hürriyeti» kenar başlığı altında «Basın hürdür; sansür edilemez» hükmünü getirmiştir (2). Benzer bir hükümde Basın Kanunu'nun 1. maddesinde «Basın serbesttir» şeklinde yer almaktadır (3).

Basın özgürlüğünü öngören Anayasa'da ve Basın Kanunu'nda bu özgürlüğün bir tanımı verilmemiştir. Öğretide (4) basın özgürlüğü düşüncelerin basın yoluyla serbestçe açıklanabilme özgürlüğü olarak tanımlanmaktadır.

Basın özgürlüğü, düşüncelerin söz, yazı, resim veya başka herhangi bir yolla serbestçe açıklanabileceğine ve yayılabileceğine ilişkin Anayasa'nın 26. maddesinin bir tamamlayıcısıdır. Basın, düşüncelerin yazı ve resimle açıklanma araçlarından birisidir. Basın özgürlüğü de düşüncelerin basın yoluyla serbestçe açıklanabilme özgürlüğüdür. Bu niteliği dolayısıyla basın özgürlüğü düşünce açıklama özgürlüğünün bir şeklidir.

-
- 2) Benzer hükümler için bkz. : İsviçre Anayasası md. 55; Alman Anayasası md. 5
 - 3) Anayasa'da basın özgürlüğüne ilişkin hüküm varken, Basın Kanununa böyle bir hükmün konulmaması gerek komisyonda gerek Meclis Genel Kurulunda teklif edilmişse de bu teklif kabul edilmemiştir (Erman-Özek, İzahlı Basın Kanunu, sh. 5)
 - 4) Dogtoglou, P. : Wesen und Grenzen der Pressefreiheit, Stuttgart 1963
Rehbinder, M. : Schweizerisches Presserecht, Bern 1976, 18, 21; Landwehr, W. : Das Recht am eigenen Bild, Diss., Zürich 1955, sh. 106; Kaneti, S. : Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk MHE, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, Ankara 15-16 Aralık 1978, İst. 1981, sh. 153; Müderrisoğlu, Onar Armağanı, İst. 1977, sh. 486; BGE 98 I a 73, 8 D.

Basına tanınan özgürlük haber konusu olayları araştırıp bulma, haber ve düşünceleri kamu oyuna açıklama hususunda geniş bir serbesti temin eder. Bu özgürlük sayesinde basın, özellikle devlet müdahalesinden uzak serbestçe faaliyette bulunma olanağını elde etmiştir (5). Basına böyle bir özgürlüğün tanınması kendisine düşen görevleri serbestçe yerine getirmesinde kamu yararı bulunmasından kaynaklanmaktadır. Zira demokratik toplumlarda basına halkı yasama, yürütme ve yargı gibi devlet faaliyetleriyle, sosyal ve ekonomik alandaki oluşum ve gelişmelerden bilgi sahibi yapmak, bu alandaki aksaklık ve yolsuzlukları ortaya koymak hususunda büyük bir görev düşmektedir (6). Ancak özgür olan bir basın kendisine düşen bu görevleri yerine getirebilir. Basın özgürlüğü basının kendisine düşen bu görevleri yerine getirebilmesinin bir güvencesi olmaktadır (7). Ancak basın bu güvenceye bir kamu görevi yaptığından dolayı ve bu görevin sınırları içinde kaldığı sürece sahip olabilir (8).

B) Kapsamı

Basın özgürlüğü düşüncelerin basılmış eserler yoluyla açıklanması özgürlüğüdür (9). Burada düşünce açıklaması geniş anlamda kullanılmakta ve olay açıklamalarını olduğu kadar değer yargılarını da içermektedir (10).

-
- 5) Ammann, K. : Pressefreiheit und Pressenotrecht in Schwei. Zentralblatt für Staats-und Gemeindeverwaltung 1944, 45 Jhg., sh. 73 vd., 74.; Specker, K. : Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht., Diss Aarau 1910, sh. 316; BGE; 80 II 26 vd. (Kararın kritiği için bkz. : Jäggi, Fall Seelig sh. 353 vd.) Giacometti, Z. : Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich sh. 365; Flückiger, sh. 35; Verhältnisse, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit, Diss., Freiburg 1960, sh. 6061; Dural, M. : Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, İst. 1977, sh. 134).
 - 6) Journalistisches Berufsgeheimnis, St Galler Tagblatt, 30 April 1969
 - 7) Müller, J.P.: Zur Bedeutung der Pressfreiheit beim Privat-und Strafrechtlichen Ehrenschtz, ZSR 86 (1967) sh. mm5-146, sh. 127.
 - 8) Brosset, G. : Schutz der Persönlichkeit, SJK Nr. 1168, sh. 5 vd.; Feldmann, M.: sh. 47.; BGE 37 I 378
 - 9) Buna göre basın özgürlüğü yazılı basın için tanınmış olup, sözlü basın (radyo, televizyon gibi) bu özgürlük dışında bırakılmıştır. Nitekim basın özgürlüğü Anayasa'nın «Kişinin hakları ve ödevleri» arasında düzenlenmişken, radyo-televizyon ve haber ajansları «idare» ile ilgili kısımda yer almaktadır.
 - 10) Rehbinder, sh. 20; Benzer yönde : 4 HD. 8.7.1977 E. 3518, K. 7947 ABD. 1978, s. 3, sh. 521-524; 4 HD. 26.4.1978, E. 8415, K. 5584 (yayımlanmamıştır); 4 HD. 14.3.1980 E. 979/12715, K. 980/3333 ABD. 1980/2, sh. 267 vd.

Basın özgürlüğü düşüncelerin hem maddi hem de şekli anlamda serbestçe açıklanma özgürlüğünü kapsar. Bu nedenle bu özgürlüğü iki açıdan ele almak gerekir :

1) Maddi anlamda basın özgürlüğü

Maddî veya müsbet anlamda basın özgürlüğü basın yoluyla düşüncelerin serbestçe açıklanması, yayılması ve bilgi edinme haklarını içerir (11). Basın yoluyla düşüncelerin serbestçe açıklanması haber verme, eleştiri ve inceleme haklarını ifade eder. Bir başka ifadeyle bu anlamda basın özgürlüğü haber, düşünce ve görüşleri açıklamak, yorumlamak, analiz edebilmek ve eleştirebilmek haklarıdır (12).

Maddi anlamda basın özgürlüğü düşüncelerin basın yoluyla yayılması serbestisini de içerir (13). Burada olayların ve değerlendirmelerin serbestçe basılması ve yayımı özgürlüğü söz konusudur.

Nihayet maddi anlamda basın özgürlüğünün kapsamına bilgi edinme özgürlüğü de girer (14). Buna göre basın değişik kaynaklardan serbestçe faydalanarak haber ve bilgi toplamak, bunları değerlendirmek hakkına sahiptir. Bu hak basına, vatandaşlara özellikle devlet işlerinin nasıl yürütüldüğünün (15), toplumun genel gidişatının ne olduğunun açıklanmasında kamu yararı bulunduğu için tanınmıştır.

2) Şekli anlamda basın özgürlüğü

Şekli veya menfi anlamda basın özgürlüğü, basın yoluyla düşünceleri her türlü engel ve yasaklardan uzak olarak açıklanabilmesi serbestisini ifade eder (16). Burada basının devletten gelen engellere karşı korunması söz konusudur. Basın yoluyla düşüncelerin açıklanmasının belirli organları izin ve denetimine bağlı olması, serbestçe yayım faaliyetinde bulunulması, sansür yasağının

-
- 11) Löffler, M. : Presserecht, Komm., zum Reichsgesetz über Presse und zum Presserecht der Länder sowie zu den sonstigen die Presse betreffenden Vorschriften, München und Berlin, 1955, sh. 82 Nr. 24 vd.
 - 12) Dönmezer, S. : Basın ve Hukuku, İst. 1976 sh. 95; Abadan, N. : Basın ve Haberleşme Hürriyeti, Türkiye'de İnsan Hakları Semineri, Ankara 1970, sh. 100
 - 13) Löffler, M. : Presserecht, Komm. 2. Auf 1. Bd. 1, Allgemeine Grundlagen Verfassung und Bundesrecht, München 1969, sh. 84
 - 14) Löffler, aynı eser sh. 86; Nef, H. : Pressfreiheit I, SJK Nr. 321 Genf 1942, sh. 7
 - 15) Dönmezer, Basın ve Hukuku, sh. 94-95
 - 16) Löffler, dip not 11'deki eser sh. 72, Nr. 43

konmaması, yayınları halka serbestçe ulaştırılabilmesi şekli anlamda basın özgürlüğünü oluşturur (17).

C) Özel Hukuktaki yeri

Basın özgürlüğü esas itibariyle basının devlet müdahalelerinden uzak serbestçe faaliyette bulunmasını temin eder. Bununla birlikte basın özgürlüğüne ilişkin hüküm basınla kişiler arasındaki ilişkilerde de gözönünde tutulması gereken bir norm niteliğini taşır. Basın yoluyla kişilik haklarının ihlâlinde bir yanda basın yoluyla serbestçe açıklamada bulunmaya ilişkin yarar diğer yanda ise ferdin kişilik haklarının korunmasına ilişkin yarar yer alır. Bu yararların çatışmasında basın yoluyla düşünce açıklamasına ilişkin yarar tartılırken basının özgür olduğu hususu da gözönünde tutulacaktır. Esasen basın yoluyla kişilik haklarının ihlâli halinde açıklamanın hukuka uygun olup olmadığı özel hukuk ilkeleri içerisinde değerlendirilir. Ancak bu değerlendirme yapılırken kanun koyucunun basını nasıl değerlendirdiğinin ve basının özel durumunun da gözönünde tutulması gerekir. Zira kamu hukuku kurallarının ve özgürlük haklarının özel hukuk alanında da etkili olduğu kabul edilmektedir (18). Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan «Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır» şeklindeki hüküm de bu görüşü desteklemektedir. Bunun sonucu olarak anayasal birer hak olarak tanınmış olan özgürlükler kişilerin sadece devletle olan ilişkilerinde değil, diğer kişilerle olan ilişkilerinde de nazara alınacaktır. Yargıç, basın yoluyla kişilik haklarının ihlâlinde açıklamanın hukuka uygun olup olmadığını değerlendirirken kanun koyucunun basını nasıl değerlendirdiğini ve basının özel durumunu yani basın özgürlüğünü gözönünde tutmak zorundadır (19). Hatta bu yüzden ba-

17) Rehbinder, dip not 4'deki eser sh. 28-30

18) Lüchinger, A. : Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedien, SJZ 70 (1974) Heft 2, sh. 325; Oftinger, K. : Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsrecht, SJZ 37. (1940/41) sh. 229 vd. Plückiger, K. : Die zivilrechtliche Haftung des verantwortlichen Redaktors nach schweizerischem Recht, Diss., Bern 1938 sh. 31 vd.; Jäggi, P. : Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit ZSR 79 (960) sh. 218a-221a; Tanğan, H. : Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması AÜHFD 1963 cXX s. 1-4 sh. 11a-18a; Hatemi, H. : Hukuku ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, (özellikle BK. 65 kuralı) İstanbul 1976, sh. 25 not : 20;

19) Müller, J.P. : Zur Bedeutung der Pressefreiheit beim Privat- und Strafrechtlichen Ehrenschatz, ZSR 96 (1967) sh. 137; Lüchinger, age., 325; Flückiger, sh. 38; Schumacher, sh. 60 vd.; BGE 55 II 97; 60 II 406; 71 II 192 80 II 41 Erw. 6 b; 91 II 408; 95 II 492; BGHZ 39 124 (132).

zı hukukçular (20) basın özgürlüğünü basın yoluyla kişilik haklarının ihlâlinde bir mazeret sebebi olarak değerlendirmektedirler.

D) Basın özgürlüğünün hukuksal sorumluluk açısından basına bir ayrıcalık sağlamaması

Basın özgürlüğü özel hukuk uyumsuzluklarında basına tanınmış bir ayrıcalık olarak değerlendirilemez. Basın özgürlüğü bu tür uyumsuzluklarda özel hukukun sınırları içinde kullanılabilir. Böyle bir özgürlüğün tanınmış olması özel hukukun hukuka aykırılık ve sorumluluk ilkelerinin basın için uygulanmasını engellemez. Bunun sonucu olarak şeref haysiyet veya özel yaşamı ihlal eden basın açıklamasının hukuka uygun olarak değerlendirilebilmesi için sadece basın özgürlüğünün Anayasal bir hak olarak tanınmış olması yetmez. Böyle bir açıklamanın hukuka uygunluğu ancak kamu yararı amacıyla yönelik bir araç olarak kullanılması halinde söz konusu olabilir. Ancak yargıç, açıklamadaki amacın uygun ve haklı olup olmadığını tartarken yasa koyucunun basını nasıl değerlendirdiğini, yani basın özgürlüğünü gözönünde tutmak zorundadır. Yargıca tanınan bu takdir hakkı basına bir ayrıcalık tanımayı gerektirmeyecek kadar geniştir. Bundan daha ileri gidilerek basın özgürlüğünün özel hukukun sorumluluğa ilişkin genel kurallarını sınırlandırması kabul edilemez (21).

E) Basın özgürlüğünün sınırları

Basın özgürlüğü basına kamusal bir görevi icra ettiği için tanınmıştır. Ancak her özgürlük gibi basın özgürlüğünün de sınırları vardır.

Anayasa md. 28 f. 1'de basın özgürlüğü ilkesi konulduktan sonra f. 4'de bu özgürlüğün sınırlanmasında 26 ve 27. maddelerdeki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Yeni Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrası karşısında basın özgürlüğünün kullanılmasının sınırlarından biri olarak başkalarının «şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının... korunması» gelmektedir (22). Bu hükümden kişinin

20) Flückiger, sh. 12; Jahns, W. J. : Die Rechtfertigung der Verletzung von Persönlichkeitsrechten in der Press, Diss Köln 1968

21) BGE 68 II 131

22) Alman Anayasasının 5. maddesinin 2. fıkrasında basın özgürlüğünün sınırları, genel kanunlar, gençliğin korunmasına ilişkin kanun hükümleri ve kişisel şeref ve haysiyetin korunması şeklinde belirtilmiştir. İsviçre Anayasasının 55. maddesinin 2. fıkrası basın özgürlüğünü sınırlayan kanunlar çıkarma yetkisini kantonlara bırakmıştır.

şeref haysiyet ve haklarının korunmasının basın özgürlüğü için önemli bir sınır oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Bütün demokratik ülke anayasalarında düşünce açıklama özgürlüğü hangi amaçla kullanılırsa kullanılsın kimseye kişilik haklarına saldırı hakkını vermemektedir. Kişilik hakları özel hukuk bakımından basın özgürlüğü için önemli bir sınırdır (23). Düşüncelerin basın yoluyla açıklanması özgürlüğünün tanınması amacı bu özgürlüğün kişilik haklarına saldırı aracı olarak kullanılmasıyla bağdaşmaz. Basın yoluyla düşünce açıklama hakkı kişiliğin korunması söz konusu olduğunda geri çekilmek zorundadır. Burada basın özgürlüğünün kişilik haklarını koruyan MK. md. 24 ve BK. md. 49 ile sınırlandırılması söz konusudur (24). Ancak burada söz konusu olan, basın yoluyla kişilik haklarına dokunulamayacağına ilişkin kural mutlak ve istisnasız değildir. Kişiliği koruyan hükümler basın özgürlüğünü sınırlar. Ancak bununla basın özgürlüğünün kişilik haklarında son bulduğu sonucuna varılamaz. Üstün bir kamu yararının icrası amacıyla uygun bir araç olarak kişiliği ihlâl eden basın açıklamaları hukuka uygunluk sebebinden yararlanırlar. Burada kamu yararına dayanan basın açıklaması ile kişilik hakları çatışmasında açıklamaya ilişkin yararın üstün tutulması söz konusudur.

III) UYGUN AMAC

A) Kamu yararı

Şeref haysiyet veya özel yaşamı ihlâl eden bir basın açıklaması üstün bir kamu yararına hizmet etmekteyse hukuka uygun olarak değerlendirilebilecektir (25). Kamu yararına yönelik açıklamalar bireysel amaç ve yararlar değil, toplum yararına hizmet eden açıklamalardır.

Kişilik haklarına saldırı halinde kamu yararının fert yararından üstün tutulduğu hallere pozitif hukukumuzda yer veren hükümlere rastlamak mümkündür. Hakaret cürümleriyle ilgili olarak TCK.

-
- 23) Löfller, age sh. 113 Nr. 113; Reh binder, age, 44; Dönmezer, age sh. 93; Özek, Ç. : Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978 sh. 141 vd.; Özsunay, E. : Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1978, sh. 120.
- 24) 4HD. 12.7.1971, E. 5298, K. 6927; 22.11.1973, E. 970/9724, K. 9474 Yayınlanmamıştır. HGK. 14.11.1973 E. 971/4-750, K. 875 İKİD 1974 sh. 2888; 4HD. 29.4.1975 E. 974/3526, K. 5591 Yayınlanmamıştır. 4HD, 8.7.1977 E. 1976/3518, K. 1978/7947 ABD. 1978 sh. 521, 524; HGK. 2.7.1980 E. 1978/4-187, K. 1980/2107 YKD. 1980 s. 11, sh. 1458
- 25) Nitekim İsviçre Öntasarısı md. 28a (yeni) b. 4'de üstün bir kamu yararının hal ve şartlara göre kişilik haklarının ihlalinde bir hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul edilmektedir

md. 481 f. 3'e göre hakaret teşkil eden olayın ispatında kamu yararı varsa mahkeme bunun ispatına karar verebilir. Olayın ispatı halinde fail sorumlu tutulmayacaktır (26). Bu hüküm basın yoluyla şeref ve haysiyetin ihlâli halinde de geçerlidir. Böylece şeref ve haysiyeti olay açıklamalarıyla ihlâl eden basın açıklamaları bakımından kamu yararının fert yararından üstün tutulabildiği bir yasa hükmüyle açıkça benimsenmiş bulunmaktadır.

Bir basın açıklamasında kamu yararı bulunup bulunmadığı her somut olayın koşullarına göre tayin ve takdir edilecektir. Yargıç, yasama, yürütme ve yargı gibi devlet faaliyeti alanlarında, bilim-edebiyat, sanat gibi kültürel - sosyal faaliyetler ve olaylar alanında, ekonomi, ticaret ve çalışma yaşamı gibi alanlarda yapılan basın açıklamasında kamu yararı olup olmadığını araştırırken bu açıklamanın basının görev alanına girip girmediği konusu üzerinde durmalıdır.

B) Basının görevi

Bir basın açıklamasının kamu yararı bulunması nedeniyle hukuka uygunluk sebebinden yararlanması bu açıklamanın basının görev alanına girmesini ifade eder. Bir başka ifadeyle basının görev alanına giren açıklamalarda kamu yararı vardır ve hukuka uygunluk sebebinden yararlanırlar.

Gerek öğretide gerekse mahkeme kararlarından basının bir «kamu görevi» icra ettiği kabul edilmektedir. Almanya'da bazı eyalet basın kanunlarında (27) bu husus açıkça hükme bağlanmıştır. Basının kamu görevi, basının bir kişiyi veya kişi grubunu değil, az veya çok geniş bir topluluğu ilgilendiren bir görevi yerine getirmesini ifade eder. Bu görevin içine nelerin girdiğini tek tek tesbit etmek mümkün değildir. Bu konuda ancak bazı genel kurullar konabilir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konuda verdiği eski tarihli bir kararı (28) bugün halen öğreti ve mahkeme kararlarında benimsenmektedir. Bu kararda basının görevi şöyle özetlenmektedir :

-
- 26) TCK. md. 481 f. 1 memur ve kamu hizmeti gören kişilere yönelik ve görevleriyle bağlılık içinde olan isnatlarda da faile ispat hakkı tanımaktadır. Bu ispat hakkının da temelinde kamu yararının bulunması yatmaktadır. Böyle bir yarar aynı maddenin 2. bendinde isnat edilen fiil hakkında kovuşturma açılması hali için de kabul edilmektedir.
- 27) Örneğin Maden-Würtenber, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen Basın Kanunları gibi.
- 28) BGE 37 I 377 : Bu kararda yer alan görüşler sonraki kararlarda da aynen benimsenmiştir. : Örneğin : BGE 38 I 36; 39 I 364; 42 I 91; 44; 49 I 261; 50 I 204; 52 I 265; 64 I 180; 71 II 192; 95 II 481.

«Okuyucuya herkesi ilgilendiren belirli olaylar hakkında bilgi vermek; onu siyasî, ekonomik, bilimsel, edebî ve sanat olayları hakkında bilgi sahibi yapmak; genel çıkarlara ilişkin sorunlarda görüş alışverişinde bulunmaya teşvik etmek; kamuyu ilgilendiren herhangi bir sorun hakkında pratik çözüm yolları göstermek; devlet idaresi ve özellikle kamu paralarının kullanılmasında hesap sormak ve suistimalleri ortaya koymak».

Bizde Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin sonraki tarihli kararlarıyla da benimsenen bir kararında basının görevi, genel hatlarıyla şu şekilde özetlenmektedir (29): «Basın görevi, toplumu daha doğru bir deyimle genel yararları ilgilendiren yada ilgilendirmesi gereken tüm olaylar hakkında, halkı objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde aydınlatmak, çeşitli sorunlarda kamu oyunu düşünmeye sevkedecek tarzda tartışmalar açmak; onu toplumsal ve siyasal oluşumlar üzerinde doğru ve gerçeğe uygun bilgilerle donatmak, yöneticileri eleştirmek, ve uyararak ve bireyleri, içinde yaşadığı toplumun ve tüm insanlığın sorunları bakımından bilinçlendirmektir. O halde basın halka ulaştırılmasında kamu yararı bulunan haberleri zamanında ve gereken ayrıntıları ile ve doğru olarak toplayıp topluma ulaştırdığı, böylece kamu oyunun serbestçe oluşumunu sağladığı (Anayasa 26) ve önemli olarak da kamu gücünü elinde tutanlar üzerinde toplumun denetimine aracı olduğu sürece bir kamu görevi niteliğindeki fonksiyonunu eksiksiz yerine getirmiş olacaktır».

IV) UYGUN ARAÇ

Kişilik haklarının ihlâl eden bir basın açıklamasında kamu yararının bulunması bu açıklamanın hukuka uygun olarak değerlendirilebilmesi için yeterli değildir. Açıklamanın aynı zamanda kamu yararı amacının gerçekleşmesine uygun bir araç olarak kullanılması da gerekir. Açıklamanın uygun bir araç olduğundan söz edebilmek için herşeyden önce gerçeğe uygun olması gerekir. Buna basın açıklamalarında gerçeklik ilkesi denebilir. Gerçek dışı açıklamalar hiçbir zaman kamu yararına yönelik değildir ve hukuka uygunluk sebebinden yararlanamazlar. Bu nedenle açıklamada bulunan kişi bu açıklamanın gerçeğe uygun olup olmadığını hal ve şartların gerektirdiği özenle araştırmak zorundadır. Ancak burada basının okuyucuya süratle haber ulaştırma ihtiyacı gözönünde tutularak bu özen borcu tayin edilmelidir. Bu anlamda olmak üzere basın bir açıklamayı devletin resmî organlarından alarak vermişse, sonradan bunun gerçek dışı olması basına sorumluluk yükleyemez.

Kamu yararına yönelik bir açıklamanın bu amaca uygun bir araç olup olmadığı sadece açıklamanın gerçeğe uygunluğu açısından değil, açıklamanın okuyucuya sunulmuş şekli bakımından da ele alınmalıdır. Burada haberin yer aldığı sayfa, haberle birlikte resim kullanılıp kullanılmaması, kullanılan ifadeler özellikle büyük önem taşır. Öneminin üzerinde abartılarak hiç gerek yokken, gazetenin ilk sayfasında büyük puntolarla veya gereksiz yere kırıcı ifadelerle yapılan açıklamalar kamu yararı bulunsa bile hukuka uygunluk sebebinden yararlanamazlar. Bu tür açıklamalar kamu yararından çok subjektif, yani sansasyon, sürüm, kişisel düşmanlık, siyasî üstünlük sağlama gibi amaçlara hizmet ederler.

TÜRK TİCARET KANUNU DEĞİŞİKLİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Turgut GÜCÜK (*)

- ANLATIM DÜZENİ : 1 — Giriş. 2 — Temel İlkeler. 3 — S o n u ç.

1 — GİRİŞ

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 29.6.1956 tarihli oturumunda kabul edilerek 1.1.1957 tarihinde yürürlüğe giren, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu içinde bulunduğumuz yıl sonunda 30. yılını tamamlamış olacaktır.

Medeni Kanun ve Borçlar Hukukunun genel nitelik taşıyan hükümlerinden farklı olarak ticaret hukuku çabuk gelişen ve devamlı bir değişiklik içinde bulunan hükümleri içermektedir.

1850 tarihli KANUNAME-İ ticaretin yerine 1926 yılında 865 sayılı Ticaret Kanunu konulmuştur. Bu yasa günümüz sosyal, ekonomik ve hukuki ihtiyaçlarına cevap vermediğinden, yeni Ticaret Kanunu çalışmalarına İkinci Dünya Harbi'nin bittiği ilk yıllarda başlanmış, tasarı uzun süre komisyonlarda bekledikten sonra 1956 yılında kanunlaşmıştır.

Kanunun yürürlüğe girmesinden bu yana geçen 30 yıl içinde meydana gelen gelişmelere ayak uydurabilmek, özellikle sosyal ve hukuksal alanda meydana gelen boşlukları doldurabilmek için genel tanımlamaların ışığı altında özel bir takım çözümler aranması gereken bir noktaya gelindiğinde kuşku yoktur.

2 — TEMEL İLKELER

Türkiye'de Ticaret Kanunu hükümlerini yeniden düzenlemek için getirilmesi gereken önerilerin tartışması yapılırken, mesele bir bütün oluşturacak düzeyde ele alınarak, kısa dönemde ve iyi bir araştırma ile aşağıda sıralayacağımız ilkeler temel olarak alınmalıdır.

(*) Yargıtay Onbirinci Hukuk (Ticaret) Dairesi Üyesi.

- Türk Ticaret Kanunu temel bir yasa olup, 10 maddelik bir başlıktan sonra; ticari işletme, ticaret şirketleri, kıymetli evrak, deniz ticareti ve sigortalar olmak üzere beş kitaptan oluşmaktadır. Kanun hükümlerinin günümüzün değişen koşullarına göre değiştirilmesi için her bir kitap için ayrı grup yapılmak suretiyle, konuların kurumlar aracılığı ile yürütülmesi ve olabildiğince geniş çevrelerden görüş alınması,

- Türk Ticaret Kanunu bazı hükümlerinin çabuklukla değiştirilmesi gerektiğinden bu konudaki çalışmaların; kısa, orta ve uzun vadeli olarak düzenlenmesi ve özellikle uzun vadeli çalışmalarda, önümüzdeki yıllardaki gelişmelerinde gözönünde bulundurulması,

- Yürürlükte bulunan Ticaret Kanunu yerine yeni bir Ticaret Kanunu hazırlanırken, yasa iskeletinin ayakta tutularak, ancak aksayan yönlerin değiştirilmesi yoluna gidilmesi,

- Yasa değişiklikleri yapılırken Ticaret Kanunundaki hükümlerin; Medeni, Borçlar, İcra ve İflas Kanunlarına uygun olarak tertiplenmesinin ön plânda tutulması,

- Temel Kanundan ayrı olarak düzenlenen özel kanunlar ile (Kooperatifler Kanunu Sermaye Piyasası Kanunu, Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun, çekle ödemelerin düzenlenmesi ve çek hamillerinin korunması hakkındaki Kanunlar gibi...) Ticaret Kanunu hükümleri arasında uyum sağlanması,

- Günümüz koşullarında uygulanmayan hükümlerin kaldırılması ve Tercüme hatalarının düzeltilerek, yanlış anlam vermeye yol açan cümlelerin değiştirilmesi,

- Eskiye kanun hükümleri ve ticari kurallar yerine, modern yabancı kanunlardan ve uluslararası anlaşmalardan, sosyal, ekonomik ve hukuksal yapımıza uygun düşen hükümlerin alınması,

- Değişen sosyal yapı ve gelişen sanayi kollarına paralel olarak Ticaret Kanununun 30 yıllık uygulaması da gözönünde bulundurulmak suretiyle, yasanın aksayan ve noksan yönlerinin düzenlenecek toplantı ve seminerlerde tartışmaya açılması,

Çabuklukla Değiştirilmesi Gereken Hükümler

Beş kitaptan oluşan Ticaret Kanununda değişiklik yapılırken öncelikle ele alınması gereken konuları özet olarak aşağıdaki noktalarda toplamak mümkündür.

1 — «Ticari İşletme» kavramı açıklığa kavuşturulmalı ve tacir olmanın hükümlerini genel olarak düzenleyen Ticaret Kanununun 20. maddesi; günümüzde bir çok tartışmalara yol açan, «özel banka ve şirketlere dışarıdan devlet desteği sağlanmasını» önleyecek bir biçimde düzenlenmelidir. Bu düzenleme yapılırken, her tacirin «basiretli» bir iş adamı gibi hareket etmeye mecbur olduğu ve sebep olacağı riskleri gene kendisinin karşılayacağı yönleri maddede açıkça belirtilmelidir.

2 — Ticari işlerin özelliği nedeniyle faiz oranı özel kanunla düzenlenen orandan daha yüksek tutulmalı ve gecikme faizinin, banka iskonto miktarına göre istenebileceği hükmünü içeren 1461. madde açıklığa kavuşturulmalı, bunun yanında; hızlı enflasyon nedeniyle paranın satın alma gücünde meydana gelen düşmelerden doğan, faizi aşan zararların da ayrıca tazmin ettirilebileceği yönü üzerinde önemle durulmalıdır.

3 — Ticari satışları düzenleyen maddeler yeniden gözden geçirilerek «malların ayıplı» olmasına dayanılarak açılacak davalarda zamanaşımı süreleri Borçlar Kanunu hükümlerine gönderme yapılmadan müstakil olarak düzenlenmeli ve ticari hayatta geçerli olan satış türlerinin tanımı yapılarak, kapsadıkları unsurlar ayrı ayrı açıklanmak suretiyle uygulamadaki aksaklıklar giderilmelidir.

4 — Acentelerle ilgili bulunan 117 ve 119. maddeler değiştirilerek davada taraf olabilen acentelerden «her yıl Bakanlar Kurulu'na belirlenecek oranda» hükmolünacak dava konusu paraların da alınabileceği hükmünün konulması suretiyle, mahkeme ilâmlarına işlerlik kazandırılmalı ve bu konudaki ilâmların fazla masraf yapılmadan çabuklukla infası sağlanmalıdır.

5 — Gerek Borçlar Kanununda, gerekse Ticaret Kanunumuzda teminat mektupları ile ilgili bir hüküm bulunmadığından, yeni değişiklikte bu yön gözönünde bulundurulmalı ve banka teminat mektupları kavramı açıklığa kavuşturularak ayrı bir bölüm halinde düzenlenmelidir.

6 — Ticaret Kanununun 1463. maddesindeki tacir - esnaf kavramı kesin çizgilerle ayrılmalı, tacir ve esnafların tutacakları ticari defterler teker teker belirlenmelidir.

7 — Ticari defterlerin yayii halinde ticari işletmenin bulunduğu yer mahkemesinde açılacak dava süresi 15 günden bir aya çıkarılmalı ve âfet doğuran durumlar iyice belirlenerek, âfet halini

alan hırsızlık ve yağmacılık olayları da madde kaysamına alınmalıdır.

8 — Eski yasanın yürürlüğe girdiği 1956 yılından sonra ülkemizde umulanın dışında gelişmeler olmuş ve anonim şirket sayısı 32.000 rakamına ulaşmış bulunmaktadır. Halka açık şirketlerle aile şirketi olarak kurulan anonim şirketlerin sorunları birbirinden farklı olduğundan, yeni düzenlemeler yapılırken bu iki tür ortaklığın değişik hükümlere tabi tutulmalı, ayrıca; yürürlükteki kanun, ticaret şirketlerinin hangi şartlar altında diğer bir şirketle birleşebileceği konusunda hiçbir hüküm taşımadığından kanuna bir hüküm eklenecek «şirketlerin nev'i değiştirmeleri» yolunun açılması günümüz şartlarına uygun düşecektir.

9 — Ananim şirketlerde yönetim kurulu kararlarının Yasa, ana sözleşme ve objektif iyi niyet kurallarına aykırı olması halinde dava açılabilmesine ilişkin bir yasa hükmü mevcut olmadığından yeni düzenlemede bu yön gözönünde bulundurulmalıdır.

10 — Anonim şirketlerde sermaye artırımına ilişkin hükümler yeniden gözden geçirilmeli, özellikle sermaye artırımını için gerekli «karar nisabını» belirleyen 388. maddeye açıklık getirilmeli ve bu konuda uyumlu bir yaklaşım sağlanmalıdır.

11 — Süreli olarak kurulan anonim ortaklıklarda Ticaret Bakanlığı tarafından gereken denetim yapılmalı ve sürenin bitmesinden önce gönderilecek «uyarı» yazısına rağmen anasözleşmelerini değiştirmeyen anonim şirketler, ayrıca bir dava açılmasına gerek kalmadan sona ermiş sayılmalıdır.

12 — Türk Hukukunda «Holding ortaklık» düzenlenmediğinden, ticari hayatımızda ekonomik bir deyim olmaktan öteye geçmeyen Holdinglerin hangi temel kurallara göre çalışacakları tesbit edilerek gerekli yasa değişiklikleri derhal yürürlüğe konulmalıdır.

13 — Çekle ödemelerin düzenlenmesi hakkındaki 3167 sayılı Yasanın Ticaret Kanununun çekle ilgili hükümleriyle birleştirilerek, temel kanun içinde düzenlenmesi yasa bütünlüğünü sağlaması bakımından yararlı olacaktır. Ayrıca kötü niyete prim verilmemesi bakımından yasada yazılı bulunan bütün unsurların çek metnine sıra takip edecek şekilde yazılması ve ticari hayatta çokça görülen ileri tarihli çeklere açıklık getirilmesi de çabuklukla ele alınması gereken hükümler arasında bulunmaktadır.

14 — Deniz ticaret hukuku yönünden konişmento ve avarya hükümleri yeniden gözden geçirilmeli, deniz kazalarının ve nükleer

artıkların deniz dibinde ve çevrede yaptığı zararlarla, canlılar ile çevre arasındaki yakın ilişkiyi içeren «çevre kirlenmesi» kavramları Yasada düzenlenmediğinden, gemi donatanlarının bu yüzden doğacak zararlardan da sorumlu tutulmaları hakkında kanuna yeni hükümler konulmalı, ayrıca; deniz kazaları konusunda özel ihtisas mahkemeleri kurulmalıdır.

15 — Yürürlükte bulunan Yasanın sigortaya ilişkin hükümleri kanun gerekçesinde yazılı olduğu gibi «geçici» bir nitelik taşımakta ve büyük ölçüde eski ticaret kanununun yetersiz hükümlerine dayandırılmış bulunmaktadır. Bu nedenle sigorta hükümleri yeniden gözden geçirilmeli, yeni yasal düzenlemeler yapılırken, yabancı sigorta kanunlarındaki yeniliklerle, ortak pazar topluluğu içinde «Sigorta Hukukunun birleştirilmesi» yolundaki çalışmalardan da yararlanılmalıdır.

Deniz sigortaları, deniz ticaret hukuku ile çok yakın bir bağlantı içinde olduğundan «deniz sigortası hükümlerinin» deniz ticaretine ilişkin hükümlerle birlikte düzenlenmesi işin niteliğine uygun düşecek ve bu yolla yasa bütünlüğü de sağlanmış olunacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, «karada ve iç sularda taşıma rizikolarına karşı sigorta» hükümlerini düzenleyen, TK. nun 1311. maddesinde: «Bu kısımda hüküm bulunmayan hallerde denizcilik rizikolarına karşı sigortalara müteallik hükümler tatbik olunur» kuralı yer almaktadır. Kara sigortaları rizikonun mahiyeti bakımından deniz sigortalarına göre büyük farklılıklar gösterdiğinden, özellikle 1311. maddenin yollama yaptığı, «sigortacı yönünden istisnaları düzenleyen» 1380. maddenin bu açıdan ele alınarak, karada ve iç sularda, sigortacının tazminle yükümlü olmadığı zararların sözü edilen maddeye yollama yapılmadan, kara taşımacılığının özelliklerine göre ayrı bir madde halinde düzenlenmesi, kara nakliyatına ilişkin sigorta poliçeleri tanzimini kolaylaştıracağı gibi, bu yaklaşımla; bir çok dava ve ihtilâfın önlenmesi de mümkün olabilecektir.

3 — SONUÇ

1956 yılında kabul edilen ve 30 yılını tamamlamak üzere bulunan ticaret yasamızın bir çok hükümleri eskimiştir. Özellikle son yıllarda plânlı bir ekonomik ve sosyal uygulamaya girmiş bulunan ülkemizde yeni gelişmelerin doğuracağı ihtiyaçlara cevap vermek üzere bu konudaki çalışmaların hemen başlatılması gerekmektedir.

Öte yandan, Türkiye'nin bir sanayi ülkesi olarak dışa açılmak istediği ve ortak - üye statüsü ile bağlı bulunduğu AET, içinde tam-

üye olduğu zaman karşılaşacağı ortaklık sorunları bakımından da kanun değişikliği büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle diğer ortak pazar ülkelerinin bu konuda ne gibi yasa değişiklikleri yaptıkları dikkatle izlenmeli ve meydana getireceği sonuçlar önceden saptanmalıdır.

Ticaret Yasamızda değişiklik ihtiyacını doğurucu noksan ve sorunların tartışılması için 29 - 30 Mayıs 1986 tarihinde İstanbul Ticaret Odası ile Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin işbirliği çerçevesi içinde bir panel düzenlenmiş ve bu konuda ilk adım atılmış bulunmaktadır. Bu toplantıyı diğer çalışmaların izlemesini ve sonuçta; Ülkemizin ekonomik ve sosyal koşullarına en iyi uyum sağlayacak, kara ve deniz ticareti ile sigortacılık hükümlerinin en kısa zamanda uygulama alanına sokulmasını yürekten dilemekteyiz.

OLUMSUZ TESBİT DAVALARINDA İSBAT YÜKÜ

Talih UYAR (*)

Her davada olduğu gibi, «olumsuz tesbit davaları»nda da isbat yükü büyük önem taşır. Çünkü, kendisine isbat yükü düşen taraf bunu yerine getirmese, açtığı (ya da aleyhine açılan) davayı kaybeder.

Uygulamada, genellikle mahkemeler -«dava dilekçesi»nin ve verilmişse «cevap dilekçesi»nin (ve «cevaba cevap dilekçeleri»nin (-«replik» ve «düplik»lerin) okunmasından sonra- taraflara -isbat yükünün kime düştüğünü araştırmadan- «iddia ve savunmalarına ilişkin tüm delillerini bildirmeleri için» süre vermekte ve taraflar da, bu süre içinde, karşılıklı olarak «delilleri»ni mahkemeye sunmaktadırlar...

Her iki tarafın da -isbat yükünün karşı tarafa düştüğünü ileri sürmeden- gösterdikleri deliller ile dava konusu uyuşmazlık tam olarak aydınlanmış ise, hâkim -isbat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmadan- edindiği kaniya göre davayı sonuçlandırır. Eğer, tarafların karşılıklı olarak gösterdikleri deliller uyuşmazlığı tam olarak aydınlatmaz ve hâkime davayı sonuçlandıracak bir kanaat vermezse, o zaman «isbat yükünün kime (hangi tarafa) düştüğü»nün tesbiti gerekir. Çünkü, hâkimin kendisine isbat yükü düştüğünü bildirdiği taraf, uyuşmazlık konusu olayı isbat edemezse -karşı tarafa yemin teklifi olanağı tanındıktan sonra (HUMK. mad. 344 vd.)-dava onun aleyhine sonuçlandırılacaktır. O taraf «davacı» ise davası reddedilecek, «davalı» ise, mahkum edilecektir (1).

İsbat yükünün hangi tarafa düştüğünü belirten MY. 6 gereğince; «yasada aksi öngörülmüş olmadıkça, iki taraftan her biri iddiasını isbatla yükümlü» olduğundan ve bu hüküm -kaynak İsviçre Medeni Yasasındaki gibi- «bir vâkıadan (olaydan) kendi lehine hak-

(*) Manisa Barosu Avukatlarından.

(1) KURU, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü C : 2, sh : 1358

lar çıkararak taraf, o vâkiayı (olayı) isbat etmelidir» şeklinde anlaşılması gerektiğinden (2) -özellikle; «olumsuz tesbit davaları»nda ispat yükünün tarafların rolü ile bir ilgisi yoktur. Yani, ispat yükü, davacıya düşebileceği gibi davalıya da düşebilir (3).

Yüksek Mahkeme, bazı içtihatlarında -olumsuz tesbit davalarında-«..... MY. 6 gereğince ispat yükünün davacıya düştüğünü» (4) belirtmekte ise de, böyle bir niteleme (değerlendirme) hatalıdır. Çünkü, MY. 6'daki genel kural «ispat yükünün mutlaka davacı tarafta olduğunu» belirtmemektedir. Bu nedenle, Yüksek Mahkemenin; -olumsuz tesbit davalarında- «ispat yükünün iddianın dayandığı nedenlerin niteliğine göre değişeceğini» belirten görüşü (5) daha tutarlıdır. Çünkü, bizzat yüksek mahkeme, bazı olumsuz tesbit davalarında ispat yükünün davacıya düştüğünü belirtirken, bazı olumsuz tesbit davalarında ispat yükünün davalıya düşeceğini kabul etmiştir.

a) Davacı - borçlu; «dava konusu borcun hiç doğmadığını» -örneğin; senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığını, senette tahrifat (değişiklik) yapılmış olduğunu- ileri sürüyorsa, borcun (alacağı) varlığını kanıtlamak (yani; ispat yükü) davalı durumunda olmasına rağmen alacaklıya düşer (6) (7).

Yüksek mahkeme;

— «Yapılacak reklam karşılığında verilen senetlere ilişkin olarak -«karşılıksız kaldığı» gerekçesiyle- açılan olumsuz tesbit davasının reddedilebilmesi için, reklamın gerektiği şekilde yapılmış olduğunun» (8),

— «Borçlu tarafından dava konusu senetli borç için yapıldığı ileri sürülen dükkândaki hisse devrinin, başka bir borç için yapılmış olduğunun» (9).

(2) UMAR, B. İsbat Yükü, sh : 52 vd - UMAR, B./YILMAZ, E. İsbat yükü sh : 86 vd - KURU, B. a.g.e. sh : 1358

(3) KURU, B. a.g.e. sh : 1359

(4) Bknz : 11. HD. 28.1.1983 T. 5865/291 - 15.3.1982 T. 1096/1044

(5) Bknz : 11. HD. 12.5.1977 T. 1966/2520 - 4. HD. 9.2.1973 T. 6096/1189

(6) Bknz : 4. HD. 9.2.1973 T. 6096/1189

(7) Aynı görüşte : KURU, B. a.g.e. sh : 1362 vd; İcra ve İflas hukuku, sh : 234 vd - UMAR, B./YILMAZ, E. a.g.e. sh : 132 - POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku, sh : 261 vd. - BERKİN, N. İcra Hukuku Rehberi, sh : 137

(8) Bknz : 11. HD. 3.5.1984 T. 1751/2584

(9) Bknz : 11. HD. 26.4.1984 T. 1604/2429

— «Borçlunun yaptığı ödemelerin dava konusu borç dışındaki başka bir borçla ilgili olduğunun» (10).

— «Dava konusu bononun -iddianın aksine- taraflar arasındaki protokolde öngörülen bono olmadığının» (11),

— «Dava konusu senetlerin, davacının iddia ettiği (ve kanıtladığı) ilişkin (oto alım - satımı) dışında, başka bir ilişkiden dolayı düzenlenmiş olduğunun» (12),

— «Keşide yeri ve lehtar ismini içermediği için «çek» ve «hava- le emri» niteliğinde bulunmayan belge hakkında, borçlu tarafından açılan olumsuz tesbit davasında (elinde bulunan) bu belgeye dayanarak alacaklı olduğunun» (13),

— «Dava konusu 1500'er liralık bonoların davacı - «borçlunun onayı ile» 11.500'er liralık bonolar haline dönüştürülmüş olduğunun» (14),

— «Senetteki tahrifatın, senet düzenlendiği sırada borçlu tarafından yapılmış olduğunun» (15),

— «Dava konusu senedin, davacı - borçlunun lehtarı bulunduğu bononun ibraz edilmeden ödenmesi nedeniyle ve sözkonusu senedin geri verilmesini sağlamak amacı ile düzenlendiğinin» (16),

— «Açığa imza atılmak suretiyle teminat olarak bırakılan senede dayanılarak, ne kadar alacaklı olunduğunun» (17),

b) Davacı - borçlu; borcun varlığını (doğduğunu) kabul etmekle beraber, bunun başka bir hukuki nedenle «geçersiz olduğunu ve-

[10] Bknz : 11. HD. 19.3.1984 T. 1099/1516 - 31.10.1983 T. 4598/4642 - 3.5.1983 T. 2114/2304 - 18.11.1982 T. 4363/4744 - 27.10.1981 T. 4504/4503 - 12.10.1982 T. 3972/3840 - 15.5.1981 T. 2401/2431 - 27.4.1981 T. 2116/2024 - 14.4.1981 T. 1423/1735 - 3.5.1979 T. 1871/2448

[11] Bknz : 11. HD. 17.1.1984 T. 5856/49

[12] Bknz : 11. HD. 28.11.1983 T. 5283/5281

[13] Bknz : 11. HD. 10.11.1983 T. 4741/4939 - 10.10.1983 T. 4202/4432 - 30.3.1982 T. 1277/1363

[14] Bknz : 11. HD. 4.1.1983 T. 47/160 - Aynı doğrultuda; 11. HD. 17.3.1983 T. 1320/1268

[15] Bknz : 11. HD. 29.6.1982 T. 3057/3188

[16] Bknz : 11. HD. 3.6.1982 T. 2097/2672

[17] Bknz : 11. HD. 13.12.1974 T. 4061/3612

ya son bulunduğunu» ileri sürüyorsa, isbat yükü davacıya düşer (18) (19).

Örneğin;

— Senedin «hata» (20), «hile» (21), «ikrah» (22) nedeniyle gersiz olduğunu,

— Senedin «karşılıksız» (23) olduğunu,

— Senedin «hatır senedi» (24) olduğunu,

— Senetteki borcun «ödeme» (25), «ibra» (26), «takas» (27) gibi bir nedenle son bulunduğunu,

— Senedin «Kumar» (28) veya «Bahis» (29) borcu olduğunu

(18) Bknz : 4. HD. 9.2.1973 T. 6096/1189

(19) Aynı görüşte : KURU, B. Usul, sh : 1367; İcra sh : 234 vd - UMAR, B./YILMAZ, E. a.g.e. sh : 132 - POSTACIOĞLU, İ. a.g.e. sh : 261 vd. - BERKİN, N. a.g.e. sh : 137

(20) Bknz : 11. HD. 13.9.1982 T. 3618/3470 - HGK. 17.4.1968 T. E : 1966/1769, K : 255

(21) Bknz : 11. HD. 19.4.1984 T. 1539/2249 - 9.4.1984 T. 1896/2008 - 19.3.1984 T. 1275/1532 - 22.12.1983 T. 5275/5832 - 8.11.1983 T. 4267/4887 - 20.10.1983 T. 4050/4411 - 16.6.1983 T. 2942/3127 - 2.6.1983 T. 2750/2876 - 17.5.1983 T. 2385/2613 - 29.4.1982 T. 1962/2015 - 29.9.1981 T. 4181/4092 - 3.3.1981 T. 308/907

(22) Bknz : 11. HD. 12.4.1984 T. 1377/2086 - 9.3.1981 T. 80/1599 - 19.4.1984 T. 1544/2248 - 19.12.1983 T. 5620/5731 - 12.5.1983 T. 2079/2487 - 25.4.1983 T. 2031/2157 - 21.12.1983 T. 671/800 - 9.7.1982 T. 3147/3375

(23) Bknz : 11. HD. 30.4.1984 T. 2460/2548 vd. - 8.3.1984 T. 1019/1345 - 5.4.1983 T. 1648/1722 - 22.2.1983 T. 859/819 - 10.12.1983 T. 412/560 - 6.12.1982 T. 5249/5153 - 14.2.1984 T. 729/763 vb.

(24) Bknz : 11. HD. 3.5.1984 T. 2526/2593 - 7.10.1983 T. 3719/4103 - 13.9.1983 T. 356/3759 - 10.3.1983 T. 684/1130 - 14.10.1982 T. 3559/3888 - 9.6.1983 T. 2775/3002

(25) Bknz : 11. HD. 21.6.1982 T. 3019/2963 - 12.4.1982 T. 1661/1675 - 24.5.1983 T. 2547/2707 - 5.4.1984 T. 1289/1935 - 9.2.1984 T. 440/655 - 20.1.1984 T. 5853/186 - 13.12.1983 T. 5478/5675 - 14.3.1983 T. 1032/1192 - 3.3.1983 T. 883/1010

(26) Bknz : 11. HD. 21.2.1983 T. 595/806 - 4.5.1984 T. 2258/2615

(27) Bknz : 11. HD. 24.11.1975 T. 5197/6702

(28) Bknz : 12.1.1982 T. 5448/6 - 3.3.1981 T. 736/904 - 7.12.1978 T. 5360/5463 - 12. HD. 3.3.1980 T. 527/1943 - 11. HD. 23.1.1984 T. 31/206 - 16.1.1984 T. 5846/26 - 23.11.1983 T., 5037/5173 - 15.9.1983 T. 3094/3799 - 1.4.1983 T. 1607/1617 - 29.6.1982 T. 3154/3163 - 9.4.1982 T. 1585/1587 vb.

(29) Bknz : 11. HD. 17.10.1978 T. 3864/4510 - 25.10.1978 T. 2574/2764 - 10.11.1977 T. 4605/4971 - 5.3.1971 T. 4217/1699

ya da «kumar veya bahis için verilen ödünç (avans) (30)» karşılığı olduğunu,

— Senedin «başlık parası» karşılığı olduğunu (31).

— Ekonomik işlevi açısından bir 'ödeme aracı' olan çekin «ödemeden başka bir amaçla» -örneğin; ödünç olarak- verilmiş olduğunu (32) (33),

— Senedin «hava parası» karşılığında düzenlenmiş olduğunu (34),

— Senedin, «ihaleye katılmayı önlemek» amacı ile -yani «ihaleye fesat karıştırılması sonucu»- düzenlenmiş olduğunu (35),

— Senedin «ahlâka aykırı bir amaç için» verilmiş olduğunu (36),

— Senedin «temyiz kudretine sahip bulunulmadığı sırada» düzenlenmiş olduğunu (37),

— Senedin, «evlenmek üzere eş bulmak amacı ile» düzenlenmiş olduğunu (38),

— Senedin «anlaşmaya aykırı olarak» doldurulmuş olduğunu (39),

(30) Bknz : 11. HD. 10.2.1984 T. 585/665 - 7.3.1983 T. 971/1099 - 3.4.1981 T. 1343/1475 - 11.2.1980 T. 617/597

(31) Bknz : 11. HD. 11.2.1980 T. 620/620 - 15.11.1976 T. 4887/4912 - 13.10.1983 T. 3471/4248

(32) Bknz : 11. HD. 16.5.1983 T. 2434/2572

(33) Bu görüşün eleştirisi için bknz : İNAN, N. Çek Rizikolarından Doğan İktisadi Niteliği (BATİDER, 1969, C : V, S : 1, sh : 95 vd.)

(34) Bknz : 11. HD. 28.2.1984 T. 616/890 - HGK. 29.1.1982 T. E : 1980/13 - 2479, K : 63

(35) Bknz : 11. HD. 24.4.1984 T. 1594/2305 - 28.2.1980 T. 895/943 - 18.1.1984 T. 5898/108 - 10.6.1967 T. 2333/1577

(36) Bknz : 11. HD. 17.3.1983 T. 10416/2930 - 31.5.1982 T. 2731/2633

(37) Bknz : 11. HD. 23.2.1981 T. 915/771

(38) Bknz : 11. HD. 19.2.1981 T. 354/674

(39) Bknz : 11. HD. 3.5.1984 T. 2545/2591 - 3.2.1984 T. 323/526 - 3.2.1984 T. 406/490 - 7.11.1983 T. 4803/4818 - 4.4.1983 T. 1589/1654 - 1.4.1983 T. 1622/1639 - 7.10.1982 T. 3466/3698 - 1.11.1982 T. 3595/3890 - 10.9.1982 T. 3453/3434 - 24.11.1983 T. 4806/5244 - 23.2.1981 T. 851/736 - 26.4.1984 T. 2412/2439 - 5.4.1984 T. 1920/1965 - 13.3.1984 T. 1185/1421 - 28.2.1984 T. 858/1079 - 18.9.1983 T. 3676/3875 - 15. HD. 6.6.1981 T. 1724/1584 - 11. HD. 12.11.1982 T. 4135/4607 - 9.6.1981 T. 2883/2930 - 18.5.1981 T. 2570/2457 - 27.1.1981 T. 482/303

— Davalı -senet hamilinin kötüniyetli- yani; senedi iktisap ederken, bile bile borçlunun zararına hareket etmiş- olduğunu (40), ileri süren davacı -borçlunun, «bu iddiasını isbatla yükümlü olduğunu», Yüksek Mahkeme çeşitli içtihatlarında vurgulamıştır.

— Borçlunun, hakkında kesinleşen ve bir belgeye dayanmayan -yani; senetsiz olarak yapılan- ilâmsiz icra takibi hakkında açtığı «borçlu bulunmadığını» tesbite yönelik davada, alacağın (borcun) varlığını kime isbat edecektir? Başka bir deyişle, alacaklı, borçlu hakkında senetsiz olarak icra takibi yapmış ve borçlu ödeme emrini aldıktan sonra süresi 7 gün içinde (İLY. mad. 62) ödeme emrine itiraz etmemiş ve borçlu hakkındaki takip kesinleşmişse, borçlu bundan sonra «alacaklıya, gerçekte borcu bulunmadığını» -«bilgisizliği nedeniyle ödeme emrine itiraz etmemiş olduğunu» «ödeme emrine itiraz etmiş olmakla beraber tebliğ giderini vermemiş olduğu için itirazının geçersiz sayıldığını» vb. bildirerek- tesbit için bir «olumsuz tesbit davası» açarsa, bu davada «alacağın bulunduğunu» alacaklı mı yoksa «borçlu olmadığını» borçlu mu isbat edecektir? Yargıtay (41) tüm bu durumlarda hiçbir ayırım yapmadan, «olumsuz bir olayın isbatının hemen hemen olanaksız olduğu» gerekçesiyle; «hiçbir belgeye dayanmadan icra takibi yapan davalı -alacaklının, alacağın varlığını isbat etmesi gerektiğini» belirtmiştir. Doktrinde (42), Yargıtay'ın bu görüşü eleştirilerek; «senetsiz olarak yapılan icra takibinde, borçlunun hiçbir mazerete (engele) dayanmadan, geçersiz olsa bile, ödeme emrine itiraz etmemesi nedeniyle, ilâmsiz icra takibinin kesinleşmesinden sonra, olumsuz tesbit davası açması halinde, isbat yükünün davacı-borçluya ait olması gerektiğini» belirtmiştir. Yani, borçlunun senetsiz olarak yapılan ilâmsiz takibe «süresinden sonra itiraz etmesi» ya da «itiraz ederken tebliğ pulunu vermemiş olması» nedeniyle itirazının geçersiz olduğu durumlarda açılan olumsuz tesbit davalarında, alacağın varlığını davalı alacaklının isbat etmesi gerektiğini, buna karşın, borçlunun senetsiz olarak yapılan ilâmsiz takibe hiç itiraz etmemesi nedeniyle takip kesinleştikten sonra açılan olumsuz tesbit davalarında -«borçlunun

[40] Bkz : 11. HD. 9.5.1984 T. 2520/2722 - 6.2.1984 T. 491/539 - 20.12.1983 T. 5622/5853 - 25.10.1983 T. 4119/4548 - 4.10.1983 T. 2914/4039 - 17.5.1983 T. 2421/2616 - 28.4.1983 T. 1569/2197 - 25.4.1983 T. 2093/2111 - 18.11.1982 T. 4691/4775 - 26.10.1982 T. 3973/4176 - 29.6.1982 T. 2996/3189 - 11.3.1982 T. 673/1017 - 13.5.1982 T. 1781/2264 - 28.9.1981 T. 4221/4052

[41] Bkz : 11. HD. 15.3.1983 T. 1056/1260 - 13. HD. 20.10.1981 T. 4869/6574 - 25.2.1981 T. 470/1276 - 9.10.1979 T. 4440/4988 - 18.1.1979 T. 5630/95 - 11. HD. 15.12.1977 T. 5606/5592

[42] KURU, B. Usul, sh : 1364 vd; İcra, sh : 234 vd.

Ödeme emrine itiraz etmemesinin, borcu olduğunu ikrar ettiğine karine sayılacağı» gerekçesiyle- borcun mevcut olmadığını (doğmadığını) davacı - borçlunun isbat etmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanımızca, doktrindeki bu eleştiri yerindedir. Yargıtay'ın görüşü benimsenirse, sattığı mal nedeniyle müşterisinden senet almak gereğini duymamış olan alacaklılar - özellikle, kendisi ile alışveriş yapmanın kendisi gibi tacir olmaması halinde, ticari defter kayıtlarına dayanamayacağı için (TY. mad. 82/1)- HUMY. mad. 288 hükmü nedeniyle alacaklarını kanıtlamakta çok zorluk çekecekler ve bu konuda sadece karşı tarafa «yemin teklif etmekle» (HUMY. mad. 354) yetinmek zorunda kalacaklardır.

— «Malen» kaydını taşıyan bir senet hakkında -«karşılıksız kaldığı» gerekçesiyle- açılan iptal (olumsuz tesbit) davasında, satıcının «malların gönderildiğini (teslim edildiğini)», alıcının ise «malların gönderilmediğini (teslim edilmediğini)» ileri sürmesi halinde, isbat yükü hangi tarafa düşer? Yüksek Mahkemenin bu konudaki içtihatlarının tutarlı olmadığını görüyoruz. Gerçekten, Yüksek Mahkeme bazı içtihatlarında: «... metninde malen kaydı bulunan bir bonoyu imzalayan borçlu, bu suretle yazılı bir belge ile alacaklıdan mal aldığını beyan ve kabul etmiş durumdadır. Senet alacaklısı, bu durum karşısında artık mal verdiğini veya cinsini isbat etmek zorunda değildir...» (43), «..... senedin ihdas sebebi (malen) kaydını deline karşılık verilmiş olduğunun anlaşılmasına göre, davacı senet borçlusu. 12.4.1983 gün ve 30/6 sayılı İct. Bir. Kararında belirtildiği veçhile, senette yazılı malın verilmemesi halinde isbat etmesi gerekmesine... göre...» (44) şeklindeki gerekçe ile, «malın gönderilmediği (teslim edilmediği) nin» davacı - borçlu tarafından -birinci içtihatla «yazılı delil» ile, ikinci içtihatla «tanık»la (45)- isbat edilmesi gerektiğini belirtmişken (46), bazı içtihatlarında; «..... davalılar, davacı tarafından iddia olunan ödemeleri kabul edip karşılığında mal gönderdiklerini beyan ettiklerine göre, davacının ikrarı dışında kalan ve dava edilen para mukabilinde de mal verildiğini isbat külfetinin davalı tarafa ait bulunmasına göre ... » (47),«... davalıya «malı teslim ettiği» yolundaki savunmasını kanıtlıyabilmesi ko-

(43) Bknz : 11. HD. 18.5.1981 T. 2580/2493

(44) Bknz : 11. HD. 26.4.1982 T. 1967/1928

(45) Bu görüşün eleştirisi için bknz : UYAR, T. İcra Hukukunda Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları (2. bas.) sh : 621

(46) Aynı doğrultuda : Bknz : 11. HD. 19.10.1983 T. 4212/4386

(47) Bknz : 11. HD. 26.11.1982 T. 3932/4959

nusunda delilleri sorulup varsa ibraz ve ikame etmesi için kendisine olanak tanınması ...» (48), «... davalı vekili, malın bir kısmının değil, tamamının davacıya teslim edildiğini savunduğuna göre, satıcı davalının kendisine düşen edayı (teslim vecibesini) yerine getirdiğini kanıtlaması gerekir...» (49), «... mal teslimi keyfiyetinin maddi bir vakiya dayanması itibariyle bu hususun isbatı için davalı tarafça gösterilen tanıkların da dinlenerek sonucuna göre bir hüküm tesisi gerekir...» (50) şeklindeki gerekçe ile «malın gönderildiği (teslim edildiği)»nin davalı - alacaklı tarafından isbat edilmesi gerektiğini belirtmiştir... (51).

Kanımızca, sadece teslim edenler, teslim alan arasında kalmayıp, üçüncü kişilerin de bu teslim işlemine katıldıkları -bir kamyon demirin, çimento nun, kitabın, kumaşın vb. tesliminde olduğu gibi- durumlarda (51a) «malın gönderilmediği (teslim olunmadığı)» iddiası, olumsuz bir olaya ilişkin olduğundan, tarihsel kökenini Roma hukukunda bulan (52) «olumsuz olan isbat olunamaz» kuralı gereğince, «malın gönderilmediği (teslim olunmadığı)»nın davacı-borçlu tarafından değil, «malın gönderildiği (teslim olunduğu)»nun davalı - alacaklı tarafından isbat edilmesi yani isbat yükünün olumsuz olayı ileri sürene değil, bunun aksi olan olumlu olayı ileri sürene düşmesi gerekir. Çünkü, davacı - borçlunun; verdiği senetler karşılığında gönderilmesi gereken malların davalı - alacaklı tarafından gönderilmemiş olduğunu -bazı içtihatlar göre, hem de yazılı delille (!) (53)- kanıtlaması hemen hemen imkânsızdır. Nitekim, bu gerekçe ile açılan tüm davalar uygulama -maalesef- red ile sonuçlanmaktadır...

Biz aynı gerekçe ile, Yüksek Mahkemenin «hizmet karşılığı düzenlendiği uyumsuzluk konusu olmayan senedin, kararlaştırılan hizmetin -davalı - alacaklı tarafından- yerine getirilmediğinin davacı - borçlu tarafından isbat edilmesi gerektiğine» (54) ilişkin içtihadındaki görüşe de katılamıyoruz...

(48) Bknz : 11. HD. 2.11.1982 T. 4169/4339

(49) Bknz : 11. HD. 18.1.1982 T. 185/79

(50) Bknz : 11. HD. 23.2.1981 T. 872/729

(51) Aynı doğrultuda : Bknz : 11. HD. 28.2.1983 T. 726/900

(51a) Bknz : UYAR, T. a.g.e. sh : 621

(52) UMAR, B./YILMAZ, E. a.g.e. sh : 39

(53) Bknz : yuk. dipn. 45 civarı.

(54) Bknz : 11. HD. 6.11.1973 T. 3935/4158 - TD. 15.4.1969 T. E : 1875

Buraya kadar, MY. mad. 6'daki «genel kural» gereğince, isbat yükünün kime (hangi tarafa) düşeceğini belirttik. Olumsuz tesbit davasına konu olan bazı uyuşmazlıklarda, taraflardan biri bir «fiili veya kanuni karine»den yararlanıyor olabilir. Bu takdirde, «fiili karine» veya «kanuni karine» lehine olan taraf, o hususu (olayı) isbat etmiş sayılır.

Eğer bir taraf, bir «fiili karine» (55) den yararlanıyorsa, yani bir taraf lehine bir «fiili karine» var ise; o taraf, o hususu (olayı) isbat etmiş sayılır ancak karşı taraf, fiili karinenin aksini isbat edebilir. Örneğin; çek, bir ödeme vasıtası olduğundan, çeki düzenleyen keşidecinin, mevcut borcu için çeki düzenlediği kabul edilir ve çekin bu amaç dışında -örneğin, lehtara «borç para» vermek için- düzenlediğini ileri süren borçlunun bu iddiasını isbat etmesi gerekir (56). Çünkü, ekonomik işlevleri açısından «poliçe» ve «bono» bir kredi aracı olduğu halde, «çek» bir ödeme aracıdır (57). Bu nedenle, çeki «borcunu ödeme»den başka bir amaçla -örneğin, -ödünç olarak- vermiş olan kimsenin, bu iddiasını isbat etmesi gerekir. Yargıtay'ın genel eğilimi de bu doğrultudadır (58) (59).

Eğer bir taraf bir «adi kanuni karine (60) den yararlanıyorsa, yani bir taraf lehine bir «adi kanuni karine» varsa, o taraf, o hususu (olayı) isbat etmiş sayılır, ancak, karşı taraf, karinenin aksini isbat edebilir. Örneğin; asıl olan iyiniyettir (MY. mad. 3/1). Davalı -hamilin kötüniyetli olduğunu ileri süren davacının (borçlunun) bu iddiasını isbat etmesi gerekir (61). Aynı şekilde, bir faturayı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, içeriği hakkında bir

[55] «Fiili karine»; belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için hâkim tarafından çıkarılan sonuçtur (Ayrıntılı bilgi için bkz : KURU, B. Usul, C : 2, sh : 1380 vd.)

[56] Aynı görüşte; UMAR, B./YILMAZ, E. a.g.e. sh : 115 - KURU, B. Usul, sh : 1381

[57] ÖZTAN, F. Kıymetli Evrak Hukuku, sh : 157 - DOMANIÇ, H. Kıymetli Evrak Hukuku, sh : 127 - İNAN, N. Çek Rizikolarından Doğan Hukuki Sorumluluk, sh : 1 - TEKİL, F. Kıymetli Evrak Hukuku, sh : 170 - POROY, R. Kıymetli Evrak Hukuku, sh : 246

[58] Bknz : 11. HD. 23.9.1976 T. 3852/3866 - 13. HD. 1.2.1979 T. 167/369 - HGK. 10.4.1968 T. E : 1967/İc - 79. K : 238 - Ayrıca bkz : 11. HD. 16.5.1983 T. 2434/2572 - 31.3.1983 T. 1391/1591

[59] Bu görüşün eleştirisi için bkz : İNAN, N. a.g.e. sh : 4; İstirdat Davasında İsbat Yükü - Çekin İktisadi Niteliği (BATİDER, 1969, C : V, S : 1, sh : 95 vd.)

[60] «Adi kanuni karine»; belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için kanun tarafından çıkarılan —ve aksi isbat edilebilen— sonuçlardır (Ayrıntılı bilgi için bkz : KURU - B. a.g.e. C : 2, sh : 1382 vd.)

[61] Bknz : yuk. dipn. 40'daki içtihatlar.

itirazda bulunmazsa, o faturanın içeriğini kabul etmiş sayılır (TY. mad. 23/II) (62) (63).

İsbat yükünün kime düştüğü konusuna son vermeden önce, uygulamadaki önemli nedeni ile ayrıca belirtelim ki, kendisine isbat yükü düşmeyen taraf, isbat yükü kendisine düşen tarafın iddiasını isbat etmesini beklemeden «onun iddiasının aksini isbat için» karşı delil gösterebilir (HUMY. mad. 239). Fakat, isbat yükü kendisinde olmayan taraf, bu şekilde «karşı delil» göstermekle, isbat yükünü kendi üzerine almış olmaz... Karşı delile rağmen, durum aydınlanmamışsa, o zaman, hâkim; isbat yükü kendisine düşen tarafı belirleyip, bu tarafa, «iddiasını isbat etmesi gerektiğini» bildirmelidir. Bu taraf, iddiasını isbat edemezse, -ve kendisine «karşı tarafa yemin teklifinde bulunabileceği» hatırlatıldıktan sonra- dava aleyhine sonuçlandırılmalıdır (64).

(62) Bknz : 11. HD. 7.4.1983 T. 1686/1796

(63) Ayrıntılı bilgi için bknz : DOĞANAY, İ. a.g.e. c. 1, sh : 143 vd.

(64) KURU, B. Usul, sh : 1389

İŞ HUKUKUNDA İŞÇİNİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU VE SINIRLANDIRILMASI YÖNÜNDEN BİR YAKLAŞIM

(I)

Yard. Doç. Dr.

Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (*)

● ANLATIM DÜZENİ : Giriş. I — İşçinin sözleşmeden doğan sorumluluğu. A — Sorumlulukta anahtar bir kavram; işçinin özen borcu (diligentia). B — Sorumluluğun temeli; iradenin özen eksikliği (kusur). 1 — İşçi her türlü kusurundan sorumludur (omnis culpa). 2 — Hafif kusurdan doğan sorumluluktan kurtulma. C — İşçinin sözleşmeden doğan sorumluluğunun hükümleri. 1 — Tazminat. 2 — Sözleşmenin feshi. II — İşçinin sözleşmeden doğan sorumluluğunun sınırlandırılması. A — İşçinin sözleşmeden doğan sorumluluğunu sınırlandırmayı haklı kılan neden. 1 — İşçinin sözleşmeden doğan sorumluluğunu sınırlandırmayı haklı kılan bir neden olarak bağımlılık (subordination) kavramı. 2 — Bağımlılık kavramının niteliği ve özelliği. B — İşçinin sözleşmeden doğan sorumluluğunun ağır kusurla sınırlandırılması. C — Sözleşmeden doğan borçlar bakımından sorumluluğunun sınırlandırılması.
S o n u ç.

GİRİŞ

Hizmet ilişkisine uygulanan kuralların diğer hukukî ilişkilere uygulanan kurallarla karşılaştırıldığında nitelik ve hacim bakımından daha hızlı değişikliğe uğradığı, hemen her ülkede özel düzenlemelerin konusu olduğu görülmektedir (1). Kanun koyucunun işçiyi koruyucu tutumundan kaynaklanan bu değişim İş Hukukunu bağımsız bir hukuk dalı haline getirirken ona giderek Kamu Hukuku karakteri de kazandırmaktadır. Bununla birlikte hizmet ilişkisi akdî niteliğini korumaya devam etmektedir. Hizmet sözleşmesi bu ilişkinin temelini teşkil etmekte, bir özel hukuk sözleşmesi olması hasebiyle de bu hukukun «sözleşenlerin eşitliği» fikrinden hareket eden çözümleri İş Hukukunda geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Oysa İş Hukukunun hareket noktası hatta varlık nedeni «sözleşenlerin eşitsizliği» fikridir. İş Hukukunda hiçbir kural taraflar arasında

(*) Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Berenstein Alexandre. «Le Contrat de Travail; Un Siècle d'Evolution Législative», Mélanges le Centenaire du Code des Obligations, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1982, s. 227.

karşılıklılık gözetilerek konulmaz ve uygulanmaz (2). Bu nedenle özel hukuka has çözümlerin İş Hukuku alanında uygulanması bir «adaptasyon»u daha açık bir ifadeyle bir «tashihi» zorunlu kılar. Aksi halde varılacak sonuç İş Hukukunun «tashihi edici» (corrective) esprisinden medet uman işçi için ağır olur. Nitekim olmaktadır da. Bunun en çarpıcı örneklerinden birisini kanaatimizce işçinin sözleşmeden doğan sorumluluğu alanında görmekteyiz; işçinin sözleşmeden doğan sorumluluğunu düzenleyen kural Borçlar Kanunumuzda yer alır ve bu kural bütün sözleşme borçlularına uygulanan ve borçluyu her türlü kusurundan sorumlu tutan genel bir kuralın hizmet sözleşmesinde tekrarlanmasından ibarettir (3). Bu tür bir düzenleme, işçiyi «herhangi bir borçlu» olarak gören Borçlar Kanununun mantığı açısından yerinde kabul edilebilirse de İş Hukuku bakımından aynı şey söylenemez. Zira İş Hukukuna göre işçi «herhangi bir borçlu» değildir. Onun sorumluluğu zayıf mal varlığının yanında çoğu kez istihdam güvenliğini de ilgilendirmektedir. Bu itibarla sorumluluğunu düzenleyen kuralların «tashihi» edilmesi gerekir.

İş Hukukunda işçinin sorumluluğunun sınırlandırılması suretiyle böyle bir «tashihi»i öngören güçlü bir akım mevcuttur. Bu akım kendisini özellikle kusur kavramını modern sorumluluk hukukuna mal eden Fransız Hukukunda daha net göstermektedir.

Bu kısa ve iddiasız çalışmamızla İş Hukukunun esprisine çok uygun bulduğumuz bu akımın perspektifinden hareket ederek Türk İş Hukukunda işçinin sözleşmeden doğan sorumluluğunu düzenleyen kuralları kritik etmek istiyoruz. Şöyle ki önce işçinin sözleşmeden doğan sorumluluğunun pozitif hukukumuzdaki düzenlenişine değinecek daha sonra bizim hukukumuz açısından delege ferenda bir yaklaşımla sınırlandırılması üzerinde duracağız.

Şunu hemen belirtelim ki çalışmamızı işçinin işverene doğrudan verdiği zarardan doğan sorumluluğuyla daraltıyor, üçüncü kişiye verdiği zarar nedeniyle sorumluluğunu dışarda bırakıyoruz.

I — İŞÇİNİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

İşçinin sözleşmeden doğan sorumluluğunun Borçlar Kanununda düzenlendiğini söylemiştik. Konu İş Kanununda sadese hizmet sözleşmesinin feshi bakımından birkaç hükümle geçiştirilmiştir. Bu

(2) Camerlynck G.H./Lyon - Caen G, Droit du Travail. Précis Dalloz, 1979, s. 18.

(3) Reisoğlu Seza, Hizmet Akdi, Ankara, 1968, s. 153; Tunçomağ Kenan, İş Hukuku, Cilt I, İstanbul, 1984, s. 181.

nedenle Borçlar Kanunundaki düzenleme İş Kanununa tabi olan işçilere de uygulanır (4).

A — Sorumlulukta anahtar bir kavram; işçinin özen borcu (diligentia)

İşçinin sözleşme sorumluluğunu düzenleyen kural «ihtimam mecburiyeti» başlığını taşıyan B.K. md. 321 içinde yer alır. Bu maddenin 1. fıkrasında «işçi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur.» denilmektedir.

Özen borcu (ihtimam mecburiyeti) işçinin hizmet sözleşmesinden doğan temel edim yükümü olan iş ifasında kendisinden beklenen bütün dikkati göstermesini, meslekî bilgisini, fikrî ve bedenî kabiliyetlerini gerektiği şekilde kullanmasını öngörür (5).

Bu borç işçiye işi ifa için bırakılan makinaları, iş alet ve edevatını, teknik tesisatı kurallara uygun olarak kullanmayı empoze eder (6). Özen borcu işçinin iş ifası borcu yanında sözleşmeden doğan diğer borçları için de söz gelimi sadakat borcunda da geçerlidir (7).

Bu kısa açıklamalar göstermektedir ki özen borcu sözleşmeyle yüklenen borçların sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesini sağlayacak bir şekilde ifasını öngören, bu sonuca yönelik bir borç olmaktadır. Bu itibarla başlı başına varlığı olmayan, ancak asıl borç ilişkisiyle anlam kazanan, talî bir mükelefiyet niteliğini haizdir (8). Bu nedenle özen borcunun ihlâli asıl borç ilişkisinin ihlâli olarak tezahür edebilir.

Özen borcunun kapsamı her somut olaya göre değişiklik gösterir (9). Fakat bu borcun nisbî olması kapsamının subjektif kriterlere bağlandığı anlamına gelmez. Nitekim md. 321/III özen borcunun derecesinin işçinin «... o iş için muktazi olup iş sahibinin malûmu olan veya olması icap eden malûmatı ve meslekî vukufu ve

(4) Yargıtay HGK. nun E. 848, K. 598 sayılı ve 30.9.1964 tarihli kararı (Olgaç S, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt II, Ankara, 1969, s. 590).

(5) Ekonomi Münir, İş Hukuku, Cilt I, İstanbul, 1984, s. 121.

(6) Vischer Frank, Le Contrat de Travail, Traité de Droit Privé Suisse, Vol. VII, t. 1-2, Ed. Universitaires Fdibourg Suisse, 1982, s. 75.

(7) Ertaş Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara, 1982, s. 29.

(8) Erdoğan İhsan, «İşçinin Özen Borcu», G.Ü. İk. İd. Bil. Fak. Dergisi, Cilt I, Sayı : 1-2, 1985, s. 137.

(9) Reisoğlu, ibid, s. 154; Ekonomi, ibid, s. 123.

kezalık istidat ve evsafının...» gözetilerek sözleşmeyle belirleneceği hükmüyle objektif kriterler getirmektedir (10).

İşte yukarıda belirtilen faktörler dikkate alınarak her hizmet ilişkisinde kapsamı farklı bir şekilde çizilen işbu özen borcu ile işçinin sözleşmeden doğan sorumluluğu arasında md. 321'in kurduğu ilgi tesadüfî değildir.

B — Sorumluluğun temeli; iradenin özen eksikliği (kusur)

Teknolojik gelişmeler sonucu modern toplumun karşılaştığı yeni tehlike türleri kusursuz sorumluluğun alanını sürekli bir şekilde genişletmekle beraber (11) hukukî sorumluluğun temel şartlarından biri olarak kusur (culpa) sorumluluk hukukundaki yerini ve önemini korumaktadır. Kusur prensibi sözleşme dışı sorumlulukta ne ise sözleşmeden doğan sorumlulukta da odur. Diğer bir ifadeyle haksız fiil kusuruyla (faute délictuelle sözleşme kusuru (faute contractuelle-Vertragswidriges) arasında mahiyet ve fonksiyon bakımından hiçbir fark yoktur (12). Fark sadece ihlâl edilen kuralın niteliğinden doğmaktadır. Sorumluluğun subjektif şartı olan kusur kavramı, biri objektif (genel hukuk kuralına veya sözleşmeye aykırı davranış fait illicite) diğeri subjektif (genel hukuk kuralına veya sözleşmeye aykırı davranışta bulunabilme kapasitesi-imputabilité) olmak üzere iki unsurdan meydana gelir (13). Daha açık ifadeyle genel, objektif bir kurala veya sözleşme kuralına aykırılık yanında bu aykırılığın bilincinde ve serbestisi içinde olmak kusurun varlığı için zaruridir (14). İşte bu unsurlardan meydana gelen kusur iradenin hukuk düzeninin veya sözleşmelerin empoze ettiği yükümlülöklere uymada özen eksikliğinden ibarettir. Kısacası kusur iradeye bağlanan özen eksik-

(10) Bu fıkra hükmü sadece işçinin değil bütün sözleşme borçlularının özen borcuna uygulanacak tarzda formüle edilmiştir (Gauch P/Schluep W/Tercier P, Partie Générale du Droit des Obligations, t. II, Ed. Schulthesse, Zurich, 1979, s. 70).

(11) Tercler P, «Cent ans de la Responsabilité Civile en Droit Suisse», Mélanges le Centenaire du Code des Obligations, Ed. Universitaires Fribourg, s. 203.

(12) Gauch / Schluep / Tercier, ibid. s. 69 Bununla beraber kusurun ispatı bakımından aralarında önemli fark mevcuttur. Haksız fiilde kusurun varlığını ispat mağdura düşer. Oysa sözleşme kusurunda alacaklı kusur karinesinden yararlanır; borçlu kusursuzluğunu ispat etmedikçe doğan zarardan sorumludur. Kusur karinesi Fransız Hukukunda sadece netice borçlarında (obligations de résultat) kabul edilmektedir (Carbonnier J, Théorie des Obligations, Thémis, pufo, 1963, s. 272).

(13) Malinvaud Philippe, Les Mécanismes Juridiques des Relations Economiques, 3 éd. Paris, 1979, s. 165 vd.

(14) Malinvaud, ibid,

liği (15) gereken özenin uygulanmamasıdır (16). İşçinin sözleşmeden doğan sorumluluğunu düzenleyen kural bu nedenle özen borcuna ilişkin md. 321 içinde yer almakta ve esasen bu nedendir ki sözleşme sorumluluğunun temelini teşkil eden BK. md. 96 (İBK. md. 97) de öngörülen «kanunî eda vecibesi ihtimam vecibesine münhasır...» olmaktadır (17).

İradenin özen eksikliği olan kusur, özen borcunun niteliği gereği, sözleşmenin mevzuu işin ya hiç ifa edilmemiş ya da gerektiği gibi ifa edilmemiş olmasıyla kendini gösterebilir. Sözleşme sorumluluğunun genel kuralı (md. 96) bu hususu «alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde...» ifadesiyle belirtmektedir (18). Sözleşme sorumluluğunda tek başına bu hususun (borcun hiç ifa edilmemesi veya gerektiği şekilde ifa edilmemesi) mevcudiyeti kusurun varsayımı ve dolayısıyla sorumluluğun doğumu için yeterlidir. Zira md. 96'daki genel kural «...borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur» demek suretiyle bir kusur karinesi getirmektedir. Borçlu bu karineyi ancak bir mücbir sebebe (force majeure) veya beklenmeyen hale (cas fortui) dayanarak çürütebilir. Aksi halde her türlü kusurundan sorumludur (BK. md. 98/1).

1 — İşçi her türlü kusurundan sorumludur (omnis culpa)

BK. md. 321/II. fıkrasına göre işçi «kasıt ve ihmal ve dikkatsizlikle iş sahibine iras ettiği zarardan mes'uldür.»

Daha önce de belirttiğimiz gibi bu hüküm bütün sözleşme borçlularına uygulanan ve borçluyu umumiyet itibariyle her türlü kusurundan sorumlu tutan genel kuralın (md. 98) detaylı bir tekrarıdır (19). Bu nedenle md. 98'e ilişkin doktrinal ve jürisprüdansiyel yaklaşımlar md. 321/II içinde geçerlidir (20).

(15) Deschenaux H/Tercier P, La Responsabilité Civile, 2. éd. Précis de Droit Staempfli, Berne, 1982, s. 83.

(16) Becker H, İsviçre Medenî Kanunu (Bern) Şerhi, (Çev. Osman Tolun), Cilt VI, I. Kısım, Fas. III, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri, Sayı : 8, Ankara, 1969, s. 563.

(17) Becker, ibid, s. 544.

(18) BK. md. 96 (İBK. md. 97) borçlunun kusuru nedeniyle ifanın imkânsızlaştığı hali öngörmekle beraber doktrin ve jürisprüdans tarafından sözleşmenin pozitif ihlâli (violation positive du contrat positive vertrasverletzung) haline de teşmil edilmiş, dolayısıyla zararın sözleşmenin ihlâl sonucu doğduğu bütün durumlara uygulanır olmuştur (Gauche/Schluep/Tercier, ibid, s. 64).

(19) Erdoğan, ibid, s. 149.

(20) Tunçomağ, ibid,

Sorumluluk hukukunda kusur ağırlık derecesine göre ağır kusur (faute grave-grobes Verschulden) ve hafif kusur (faute léggère-leichtes Verschulden) olmak üzere ikiye ayrılır. Kast (dolus) her zaman bir ağır kusur teşkil ederken bir ihmal de bu dereceye yükselbilir (ağır ihmal). Ağır kusur iradenin affedilmez mutlak eksikliğidir; «olmaması gerekir» (Keller). Hafif kusur ise iradenin yine affedilmez ancak özellikle kınanabilir nitelikte olmayan eksikliğidir; «vukubulabilir» (Keller) (21). Kusurun ağırlığında yapılan bu ayırım soyut modellere dayanır; herkesten beklenebilecek bir özenin gösterilmemesi halinde ağır kusurdan (culpa lata non intellegre id quod ommen inteilugnt), tedbirli bir insanın göstereceği özenin (bonus pater familias) gösterilmemesi halinde hafif kusurdan bahsedilir (22). Sözleşme borçlusundan beklenen işte bu soyut modele (bonus pater familias) uygun davranıştır (23).

İşçiden beklenen özenin md. 321/III'de sayılan objektif kriterlerle dayanılarak belirleneceğini söylemiştik. Özenin objektif bir kriterle dayandırılması (... aynı durumda bulunan dikkatli bir işçinin alacağı önlemlerin gözönünde tutulması demektir.) (24). Şu halde işçiden tedbirli bir meslektaşından beklenen özen ne ise o beklenecek kusurun takdirine gidilecektir. Tabiatıyla «tedbirli meslektaş» objektif bir model olarak «bonus pater familias»tır. Bu nedenle işçinin herhangi bir kusuru takdir edilirken bazen bu «tedbirli meslektaş»ın da işinde ihmal gösterebileceğine yer verilmeyecektir (25).

Kısacası işçi md. 321/II'deki düzenleme karşısında kastından, ağır ihmalinden ve hafif ihmalinden sorumlu olduğu gibi pek hafif kusurundan (culpa levissima) da sorumludur. Bu itibarla sorumluluğun doğumu bakımından kusurun ağırlığı halledilmesi gereken bir problem değildir. Kusurun ağırlığı sadece tazminat miktarının tesbitinde önem kazanır (26). Fakat hafif kusurdan doğan sorumluluğun önceden ekarte edilmesi imkânı mevcuttur.

2 — Hafif kusurdan doğan sorumluluktan kurtulma

BK. md. 99/III hükmü, borçlunun hafif kusurundan doğan sorumluluğunun tarafların anlaşmasıyla önceden kaldırılabilirliğini

(21) Deschenaux/Tercier, ibid, s. 85 - 86.

(22) Carbonnier, ibid, s. 273.

(23) Carbonnier, ibid.

(24) Tunçomağ, ibid.

(25) Tunçomağ, ibid, s. 182.

(26) Guhl Théo, Le Droit Fédérale des Obligations, (traduit par René des Gouttes), Ed. Polygraphiques, Zurich, 1947, s. 68.

prensip olarak kabul etmektedir. Böyle bir düzenleme kaynağını borçlunun sözleşmeyi ihlâlde kusur derecesinin yalnızca hafif kusurdan ibaret olabileceği düşüncesinden alır (27).

Borçluyu hafif kusurundan doğan sorumluluğundan önceden kurtaran anlaşma (sorumsuzluk anlaşması - Wegbedingung der Haftung) bir görüşe göre tazminat ödeme yükümüne yöneliktir; borçlunun asli edim yükümü, edimin gereği gibi ifası için göstermesi zorunlu özen üzerinde sorumsuzluk anlaşmasının tesiri yoktur (28).

Hizmet sözleşmelerinde özenin ölçüsü kanunen belirlendiğinden sorumsuzluk anlaşmasıyla işçinin hafif kusurundan doğan sorumluluğunun kaldırılamayacağı ileri sürülmekle beraber, Türk - İsviçre Hukukunda hizmet edimini içeren borç ilişkilerinde de sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği hakim görüştür (29). Hizmet sözleşmesinde sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı yolundaki fikre katılmakla birlikte bu anlaşmanın özen borcunu etkilemediğini varsaymak bize çelişkili gelmektedir.

Borçlunun kast ve ağır ihmalden doğan sorumluluğunun tarafların anlaşmasıyla kaldırılması mümkün değildir; böyle bir anlaşma batıldır (md. 99/1). Ayrıca sorumsuzluk anlaşması borçluyu ispat yükünden kurtarmaz. Borçlu kusurunun hafif olduğunu ispat etmedikçe sorumluluğu devam eder (30).

C — İŞÇİNİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN HÜKÜMLERİ

1 — Tazminat

Sözleşmeden doğan sorumluluk (Responsabilité Contractuelle - Vertragshaftung) «akdî bir borcun ihlâlinden doğan zararı tazmin borcudur» (31). Borçlunun kusuru nedeniyle ifanın imkânsızlaşması veya gerektiği şekilde ifa edilmemesi halinde sözleşmeyle öngörülen borcun yerine yeni bir borç ikâme edilmektedir; tazmin borcu (32). Zira sözleşmenin pozitif ihlâli yanında borcun sadece ifa edilmemiş olması da alacaklı bakımından —çoğu kez müspet olan— bir zararı ifade eder (33).

(27) Akman Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s. 55.

(28) Akman, ibid, s. 9.

(29) Akman, ibid, s. 10.

(30) Akman, ibid, s. 56.

(31) Deschenaux/Tercier, ibid s. 269.

(32) Guhl, ibid, s. 167.

(33) Carbonnier, ibid, s. 269

BK. md. 98/II'deki yollama nedeniyle zararın ve tazminatın miktarının tesbitinde haksız fiil sorumluluğunda zarar ve tazminatın tesbitine ilişkin md. 42, 43'de yer alan hükümler uygulanır. Bir sözleşme borçlusu olan işçinin tazminat yükümüne de uygulanacak bu hükümlere kısaca değinelim; zararın miktarını ispat alacaklıya düşer (md. 42/1). Bu miktar alacaklının talep edebileceği maksimum tazminatı teşkil eder (34). Zararın miktarını tesbit mümkün değilse, o zaman hâkim işlerin normal gidişini ve alacaklının aldığı tedbirleri değerlendirerek zararın miktarını ex acquo et bono tayin eder (md. 42/II). Borçlu mutlaka zararın tümüne denk düşen bir tazminat ödeme borcu altına girmez (35); hâkim, kusurun ağırlığı, alacaklının müterafik kusuru, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını dikkate alarak tazminat miktarını belirler (md. 43, 44).

İş Kanununda işçinin tazminat yükümüyle doğrudan ilgili hüküm yer almaz. Sadece «zarar karşılığı kesinti» başlığını taşıyan 31. maddesine göre hizmet sözleşmesiyle işveren, işçinin on günlük ücreti tutarından fazla olmamak ve on haftada eşit taksitlerle kesilmek üzere bir miktarı muhtemel zararı için alıkoyabilir ve zarar halinde bu miktardan mahsup edebilir. Mahsup edilen miktar kadar yeneden kesinti mümkündür.

2 — Sözleşmenin feshi

1475 sayılı İş Kanunumuzun işverene hizmet sözleşmesini haklı nedenlerle derhal fesih imkânı veren 17. maddesinin bent II/h fıkrasına göre;

«İşçinin kendi isteği veya savaşması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işverenin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makinaları, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri on günlük ücretinin tutarı ile ödeyemeyecek derecede hasara veya kayba uğratması, «bir haklı fesih nedenidir (36).

(34) Gauch/Schlupe/Tercier, ibid. s. 60.

(35) Guhl, ibid, s. 60.

(36) 1936 tarih ve 3008 sayılı İş Kanununun yukardaki fıkraya tekabül eden md. 16/bent II, fıkrasında «işçinin kendi kastı veya ağır ihmâl yüzünden...» sebep olduğu ve on günlük ücretiyle ödeyemeyeceği zarar sözleşmenin derhal feshinde haklı sebep olarak kabul ediliyordu. Böylece işçinin hafif ihmâlinde doğan zarar on günlük ücretini aşmış olsa dahi haklı sebep teşkil etmiyordu. 1475 sayılı İş Kanununun md. 17/bent II, h fıkrasıyla, tazminat borcu bakımından işçiyi her türlü kusurundan sorumlu tutan kuralla sözleşmeyi derhal fesih hakkının kullanılması arasında paralellik sağlanmış oldu. Fakat bu düzenlemenin İş Hukuku bakımından kabul edilemez olduğu kanaatindeyiz. 1475 sayılı İş Kanunu bu noktada 3008 sayılı İş Kanununun gerisinde kalmıştır.

Şu halde işçinin hizmet sözleşmesini kusurlu ihlâli bir zarara yol açmışsa sadece tazminat yükümü sözkonusu olmamakta, zarar belli bir miktarı aştığında sözleşmeyi derhal feshe imkân veren haklı bir sebep de olmaktadır. Diğer bir ifadeyle özen borcunda kusurlu eksiklik aynı zamanda bir haklı fesih sebebidir (37).

(SÜRECEK)

(37) Tunçomağ, ibid, s. 183.

HİZMET AKDİNİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

(1)

O. Gökhan ANTALYA (*)

● ANLATIM DÜZENİ : § 1 — Giriş. I — Genel olarak. II — Hizmet Akdinin Türk Hukuk Sistemi içindeki yeri. III — Hizmet akdi - iş akdi. IV — Hizmet akdi ve hizmet ilişkisi. 1 — Genel olarak. 2 — Akit teorisi. 3 — Katılma teorisi. 4 — Türk hukukunda hizmet akdi ve hizmet ilişkisi. § 2 — Hizmet akdi. I — Hizmet akdi kavramı ve unsurları. 1 — Kavram. 2 — Unsurları. A — İş unsuru. B — Ücret unsuru. C — Bağımlılık unsuru. a — Genel olarak. b — Ekonomik bağımlılık. c — Hukuki bağımlılık. aa — İstisna akdinden. bb — Vekâlet akdinden. d — Bağımlılık unsurunun ayırıcı kriteri. aa — İstisna akdinden. bb — Vekâlet akdinden. II — Hizmet akdinin hukuki nitelikleri. 1 — Özel hukuk akdi olması. 2 — İşçinin şahsına bağlı olması. 3 — Tam iki tarafça borç yüklemesi. § 3 — S o n u ç.

§ 1 — GİRİŞ

I. GENEL OLARAK

İşçi işveren ilişkileri, klâsik modellerden uzaklaşıp sosyolojik, teknolojik ve ekonomik sebeplerle, yeni ihtiyaçlar karşısında, bambaşka bir görünüm almaktadır. Hizmet ilişkisi günümüzde grup hizmet ilişkisi, çifte hizmet ilişkisi, ödünç hizmet ilişkisi, zincirleme hizmet ilişkisi, dolaylı hizmet ilişkisi ve benzeri hizmet ilişkileri şekillerinde karşımıza çıkmaktadır (1).

Yeni çalışma şekillerine (yedek çalışma, gizli çalışma, kısmi çalışma, değişik işlerde çalışma, ikâmetgâhta çalışma, tele çalışma.. gibi) (2) alışagelmış klâsik hizmet akdi çerçevesinde görmek ve değerlendirmek imkânsız olduğundan, yeni formüllere başvurulmaktadır.

İşte yeni problemleri tayin ve tespit edip, çözebilmemiz için iş-görme akidlerinden olan hizmet akdinin, diğer benzer konulu akidlerden (özellikle istisna akdinden ve vekâlet akdinden) ayrılabilmesi

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

(1) PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Aufl., München, 1984, s. 611, s. 591. Bkz. s. 8

(2) ELBİR, Sosyal ve Ekonomik Sebeplerle Klasik Hizmet Sözleşmesinden Uzaklaşma Temayülleri, İÜHF. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1982 Yılı Konferansları, İstanbul, 1983, s. 21 - 25

hizmet akdinin kavram ve unsurlarının incelenmesini gerektirmektedir.

Hizmet akdinin incelenmesi, benzer sözleşmelerden ayrılması için önemli olduğu kadar, hem Borçlar Kanununda, hem de İş Kanunlarında düzenlenen hizmet akdinin uygulama alanının belirlenmesi için önemlidir.

1475 sayılı İş Kanununa göre işçi ve işverenin tanımıyla, 2821 sayılı Sendikalar Kanununa göre sendikaları kurabilecek ve kurulmuş olan sendikalara üye olabileceklerin tayininde hizmet akdi kıstasına başvurulur. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin hizmet akdi olarak nitelendirilmesi halinde, taraflar 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olduklarından ve de 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 3953 sayılı Basın İş Kanunu ile 2089 sayılı Çırak, Kalfa ve Ustalık Kanunu hükümlerinin, uygulama alanlarının belirlenmesi açısından hizmet akdi bir önem taşır.

Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği Başlıklı araştırmamız üç ana paragrafta incelenecektir. Paragraflar sırasıyla, Giriş, Hizmet Akdi, Sonuç bölümlerini ihtiva edecektir. Giriş bölümünde, genel olarak bir giriş yapıldıktan sonra hizmet akdinin Türk Hukuk sistemi içindeki yeri, Hizmet Akdi - İş Akdi kavramları, hizmet akdi ve hizmet ilişkisi münasebeti ortaya konulacaktır. Hizmet akdi bölümü ikiye ayrılacak, birinci kısımda hizmet akdi ve unsurları (hizmet unsuru, ücret unsuru, bağımlılık unsuru, devamlılık unsuru) ikinci kısımda hizmet aktinin hukuki nitelikleri incelenecek ve son paragraf olarak da varılması gerekli sonuç ortaya konulacaktır.

II. HİZMET AKDİNİN TÜRK HUKUK SİSTEMİ İÇİNDEKİ YERİ

Hizmet akdi genel olarak Borçlar Kanunumuzun 10 uncu babında iş görme akidleri arasında, 313'den 354'e kadar olan maddelerde düzenlenmiştir (3). Özel hukuk kurumu olan hizmet akdinin, İş Kanunlarına konu olması İş Hukukunun doğuş ve gelişimi ile izah edilebilir.

(3) Borçlar Kanununda, 10. babın dışında hizmet akdi ile ilgili özel hükümler TBK. M. 123/III (ücretin, işçinin ve ailesinin yaşesi için mutlak surette zaruri olan kısmı takas edilmemesi), TBK. m. 126/III (işçilerin ücretlerinin zamanaşımına uğraması), TBK. m. 132 b. 4 (zamanaşımının durması), TBK. m. 157 (ücretin tevkifi), TBK. m. 409 (tellallığın hizmet akdi imkânını hazırlaması) rastlanmaktadır.

İnsan emeği çok eski devrin hukuklarında meselâ, Babil Devrinde ve özellikle Roma Hukukunda bir hizmet kirası «Locatio Conductio Operatum» olarak düzenlenmiştir.

Roma Hukukunda Locatio Operatum, bir işin ivaz mukabilinde yerine getirilmesi hakkındaki akiddir, bu akid hizmetlerin kiralanması anlamına gelmektedir. Hizmet akdinde hizmeti üzerine alan «Lactor»dur, işi veren ve ücreti ödeyecek olan «Conductor» durumundadır (4). Bu akdin Roma Hukukunda önemi hizmet kirasının konusunun «Operae» (5) olmasından yani el ile yapılan işlere insar etmesinden doğmaktadır.

Roma'da, işlerin kölelere gördürülmesi sebebiyle hizmet kirasına önem verilmemiş ve bugünkü hukuklara göre ikinci derecede kalmıştır. Bunun iki sebebi vardır. Köleler kişi değil, mal sayıldığından bunlara bir ücret ödenmesi ve bunlarla bir akid yapılması söz konusu değildi. Öte yandan hizmet akdinin konusu olan işler «Operae Iliberales» denilen aşağı hizmetlerdi. Fikri çalışma ise yüksek hizmet «Operae Liberales» kabul edildiğinden bir hizmet akdi sayılmazdı. Bu tür akidler vekâlet (Mandatum) akdine konu olurlardı (6).

Roma Hukukunun etkisiyle insan emeğinin tıpkı diğer mallar gibi kiraya verileceği Fransız Medeni Kanununda (Code Civil) § 1779' da düzenlenmiştir. Bu maddede düzenlenen üç kira çeşidinden biri olarak, bir kimsenin hizmetinde olmayı taahhüt eden işçinin işi ifası, eser ve sınai kirası olarak kabul edilmiştir.

İnsan emeğinin kira akdine konu teşkil etmesi hakkındaki görüş, Mecelle'yede yansımış ve Mecelle'de bu konudaki hükümler dördüncü fasılda düzenlenmiştir (7). İşçi (Ecir), «nefsini kiraya veren kimse» olarak tanımlanmıştır (8).

-
- (4) KOSCHAKER, (AYİTER), Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1977, s. 240 - RADO, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1982, s. 134
- (5) «Operae : Muayyen bir zaman içinde yapılacak olan iş veya hizmet faaliyeti. Paraya muadil, müstakil bir mal telakki edilmekte ve hukuki muamele mevzuu olabilmektedir. Operae borcu bir yapmak «facere» değil, bir vermek «dare» borcu sayılmakta idi. «UMUR, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1983, s. 146
- (6) KOSCHAKER, (AYİTER), age., s. 240 - RADO, age., s. 136 - TEKİL, İş Hukuku, İstanbul, 1981, s. 8
- (7) Mecellenin (İcarata) dair olan ikinci kitabının (Faslırabi)ji, (İcaret Ademi) adını taşımaktadır. (m. 413 - 421)
- (8) TEKİL - age., s. 17 - BAŞGİL, Türk İşçi Hukukuna Giriş, Ankara, 1936, s. 5 - SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s. 47 - Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984, s. 8 ve aynı yazar, İş Hukuku, I, Genel Bilgiler, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, 1971, s. 11

Ancak bugünkü anlamda hizmet ilişkisi, tarihi gelişimi içinde 18 inci yüzyılın sonlarında, sanayileşme ile ortaya çıkmış ve kanuni düzenlemeye tabi tutulmaya başlanmıştır.

İş Hukuku, herşeyden önce işçilerin özel hukuku niteliği taşıdığından (9) modern makina ve fabrikalarda seri üretime geçilmesi, ilerleyen tekniğe bağlı olarak gittikçe artan işçilerin ortaya çıkması, devrin ferdiyetçi - liberal hukuk görüşünün ortaya koyduğu «bırakınız, yapsınlar; bırakınız, geçsinler» kuralı ve bunun sonucu serbest rekabet ilkesinin uygulanması karşısında da işçilerin korunması için tedbirler alınması, bu tedbirlerin bir düzene bağlanmasıyla modern iş hukukunun oluşumu sağlanmıştır.

Akid serbestisi ilkesinin uygulanması, topluma zarar verecek dengesizlikler, çatışmalar ve sömürlere yol açması, devletin çalışma hayatına müdahalesine, çalışan ve çalıştıranların aralarında birleşerek kendi kendilerine yardım hareketi içinde kuruluşlarını kurmalarına, milletlerarası girişimlere yol açmıştır (10). Böylece hizmet akdi Borçlar Kanununun dışında İş Kanunları ile de düzenlenmiştir.

Hizmet akdi ile ilgili hükümler zaten Borçlar Kanununda mevcut bulunduğundan, hizmet akdi ile ilgili hükümlerden, işverene yüklenen ve devletin kontrol ettiği mükellefiyetlere ait hükümlerin, ayrı bir iş kanununda düzenlenmesi, fakat bunların haricindeki hükümlerin tümünün Borçlar Kanununda toplanması gerektiği savunulmuştur. Bir başka görüşe göre ise, hizmet ilişkilerinin tamamının hizmet akdi de dahil olmak üzere tek bir iş kanununda toplanması gerektiği ileri sürülmüştür (11).

Günümüzde, işçi - işveren arasındaki ilişki özel hukukunun işlem ve ilkelerine bağlı olarak kurulmakta ve yürütülmektedir (12). Borçlar Hukukunun genel prensipleri iş hukukuna aykırı düşmedikçe uygulanmakta, hatta Medeni Kanunlarda yer alan iyiniyet, hakkın kötüye kullanılması, ehliyet, kişiliğin korunması ve özellikle sendikalar bakımından tüzel kişiliğe ve derneklere ilişkin hükümler önem kazanmaktadır (13).

(9) ÇELİK, age. (Dersleri), s. 2

(10) TALAS, Sosyal Politika, I, Sosyal Politikaya Giriş ve Tahsil Gelişim, 3. b. bası, Ankara, 1967, s. 14 vd. - TUNA, Sosyal Siyaset, Giriş, İstanbul, 1966, s. 131 vd. - EKONOMİ, İş Hukuku, I, Ferdi İş Hukuku, 3. bası, İstanbul, 1984 s. 3 vd.

(11) REİSOĞLU, Hizmet Akdi. Mahiyeti - Unsurları - Hükümleri, Ankara, 1969, s. 10 - 12

(12) EKONOMİ, age., (İş Hukuku), s. 21

(13) ESENER, İş Hukuku, 3. bası, Ankara, 1978, s. 4

Sendikalar, bir yönden topluma ilişkin görevleri de bulunmasına rağmen özel hukuk kuruluşu olma niteliğine sahiptirler. Hatta toplu iş sözleşmeleri farklı özelliklerine rağmen bir özel hukuk akdi niteliğindedirler (14). Herşeyden önce İş Hukuku, işçilerin özel hukuku şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak İş Hukukunda, devlet işçi - işveren ilişkilerinin düzenlendiği ve işvereni cezaî müeyyidelere bağlı yükümlülükler konulduğu durumlar mevcuttur.

Doktrinin kabul ettiği üzere Borçlar Kanunu ancak İş Kanununa tabi olmayan hizmet akidlerine tamamen, diğerlerine ise sadece iş mevzuatında boşluk bulunduğu yerde, özel karakterine uygun düştüğü ölçüde ve iş hukukunun toplumsal yanı elverdiği oranda uygulanabilmektedir (15). Ancak iş kanunlarındaki düzenlemenin Borçlar Kanunundan farklılığı İş Kanunları ile işçiler lehine koruyucu hükümler getirilmiş olmasıdır (16).

İş hukuku ülkemizde olduğu gibi, yabancı ülkelerde de gelişme içinde bulunmaktadır. Almanya'da ve İsviçre'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda tanzim edilen hizmet akdi hükümleri yanında, çeşitli iş kanunlarına rastlanmaktadır. Aynı görünüm ülkemiz içinde söz konusudur.

Mehaz kanunda olduğu gibi Borçlar Kanunumuzun hizmet akdi maddelerinin tamamı revizyona tabi tutulmalı, kamu yararı ile ilgili olarak işçi - işverenin devlete karşı olan yükümlülükleri, işçinin korunmasıyla ilgili getirilecek idari ve cezai hükümlerin ise iş kanununda düzenlenmesi temenni edilebilir (17).

Bu çözüm, 1926'dan zamanımıza kadar hiçbir değişikliğe uğramamış ve günümüzün gelişmelerinin gerisinde kalmış olan Borçlar Kanunundaki hizmet akdi hükümlerinin uygulanmasından doğan işçiler arasındaki haksızlık ve eşitsizliği gidererek, farklılığı ortadan kaldıracaktır. Ayrıca değişik İş Kanunları açısından bir hizmet kodu yaratılmış olunacaktır.

[14] EKONOMİ, age. (İş Hukuku), s. 21

[15] TOLGA, İş Hukuku, 3 bası, İstanbul, 1958, s. 121 - OĞUZMAN, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s. 28 - TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977, s. 809 - SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s. 58 - ESENER, age., s. 129 - REİSOĞLU, age. (Hizmet Akdi), s. 36-37 - ÇELİK, age. (Dersleri), s. 17 - ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, 5. bası, Ankara, 1984, s. 68

[16] ESENER, age., s. 129

[17] Karşılaştırınız : ÇELİK, age. (Dersleri), s. 16-21

Bu düzenlemede, 1971 yılında mehz İsviçre Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin 10. babında yapılan değişikliklerin temel alınması önerilebilir (18).

III. HİZMET AKDİ - İŞ AKDİ

İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin dayanağı sözleşme, 3008 sayılı İş Kanununda «iş akdi» olarak adlandırılması, iş akdinin hizmet akdinden nitelikte farklı sözleşme olduğu iddiasının atılmasına neden olarak tartışmalara sebep olmuştur.

Bu görüşü savunanlar, Alman Hukukundaki İş Akdi - Hizmet Akdi ayırımından esinlenerek (19), 3008 sayılı Kanunda «iş akdi» deyiminin kullanılmış olması ve kanunun fikir işçilerini dışarda bırakan düzenlenmesi karşısında, iş akdini ayrı bir düzenlemeye tabi tutmuş özel çeşit olarak kabul etmişlerdir (20). Yada tamamen farklı olduğunu iddia etmişlerdir (21). Bununla beraber o dönemde dahi baskın görüş (22), iş akdinin hizmet akdinden farklı bir kavram ol-

-
- (18) TANDOĞAN, Yürürlüğe Girişinin 50. Yılında Borçlar Kanunu Hakkında Genel Değerlendirme, İÜME., Medeni Kanunun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul, 1978, s. 138 vd. Diğer Görüşler için bkz. REİSOĞLU (Hizmet) Akdi Yönünden Borçlar Kanunu ile İş Kanunu Arasındaki Münasebetler, BATIDER, 1965, sa : 1, s. 60 vd.
- (19) Alman Hukukundaki, iş akdi, üst kavram olan hizmet akdinin en önemli bir alt çeşidi (türü) olduğu konusundaki ayırımın Türk İş Hukuku açısından benimsenmemesi gerektiği konusunda bkz. EKONOMİ, age., (İş Hukuku), s. 76 vd.
- (20) TOLGA, Muhteva ve Şekil Bakımından İş ve Hizmet Akitleri Arasındaki Esaslı Farklar, İBD. 1984, sa. : 11, s. 681-683 ve Aynı Yazar, age., (İş Hukuku), s. 117 vd. - KANGAL, İş Akdinin Tarifi ve Unsurları Üzerine Bir Döneme, İBD., 1953, sa. : 11, s. 608 vd. - AKGÜN, Hizmet Akdi, Ad. D., 1953, sa. : 10, s. 1141 vd. - MİMAROĞLU, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, 2. bası, Ankara, 1965, s. 45
- (21) ÇELİK, age., (Ferdî İş Hukuku), s. 116 ve Aynı Yazar, Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi, İstanbul, 1966, s. 49 vd. - ÇENBERCİ, age., (İş Şerhi), s. 53-54 - UYGUR, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Yargılama, Ankara, 1980, s. 4 - SELÇUKİ, İlmi ve Kazai İçtihatlarla İş Kanunu Şerhi. 3. bası İstanbul, 1973, s. 52 - ARÇAK, İş Akdi, Hizmet Akdinin Türkçesi midir? Ad. D., 1952, sa. : 3, sa. 392
- (22) SAYMEN, age., s. 404 - ESEN, Türk İş Hukuku, Ankara, 1944, s. 35 - ERMAN, İş Davaları ve Tatbikatı, Ankara, 1956, s. 142 - ATABEK, İş Akdinin Feshi, İstanbul, 1938 - SIZMAZOĞLU, İş Akdinin Feshi ve Kıdem İkramesi, İstanbul, 1953, s. 36 - REİSOĞLU, age., (Hizmet Akdi), s. 3 ve Aynı yazar, age., (Münasebetler), s. 15 - BİLGE, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, 2. bası, Ankara, 1971, s. 207, s. 207 - OĞUZMAN, İş Akdi - Hizmet Akdi, İBD., 1954, sa. : 9, s. 467 - TEKİL, age., s. 104 - TUNÇOMAĞ, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 811 - ESENER, age., s. 138, - EKONOMİ, age., (İş Hukuku), s. 75 -

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararında (23) «Borçlar Kanunu (hizmet akdi) ile İş Kanunundaki (iş akdi) arasındaki terim farkının hükümde ayrılığa ve bu bakımdan ihtirazi bir mahiyeti olmayıp İş Kanununun muahhar bir tesis olması sebebiyle hizmet yerine Türkçe karşılığı olan iş sözünün tercih ve intihap edilmiş bulunmasından ibaret bulunduğu aşikâr» olduğu belirtilmiştir.

931 sayılı ve onun yerine çıkarılan 1475 sayılı Kanunlarda beden ve fikir işçisi ayrımı kaldırılması ve daha sonra yürürlüğe konan kanunlar (24) «hizmet akdi» deyiminin özellikle kullanılmış bulunması, madığı, aralarında sadece deyim farklılığı bulunduğu, iş akdi deyiminin daha Türkçe karşılığından ibaret olduğu savunulmuştur. hizmet akdi ile iş akdinin birbirinden ayrı akitler olmadığını ve aralarında hiçbir nitelik farkı bulunmadığı kanun koyucu tarafından benimsenmiştir (25).

Bugün TBK'ndaki hizmet akdi ile tüm iş kanunlarındaki hizmet akitlerinin hepsi aynı kavramı ifade etmektedir. Sadece hizmet akdinin iş kanunlarına tabi olanları ve olmayanları vardır (26).

IV — HİZMET AKDİ VE HİZMET İLİŞKİSİ

1 — GENEL OLARAK

Alman doktrininin ortaya koyduğu ve oluşturduğu hizmet ilişkisi (27) ile hizmet akdi kavramlarının anlamlarının kısaca ortaya konulmasında fayda vardır.

TUNCAY, İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul, 1975, s. 128 - SÜZEK, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976, s. 2 - 3

[23] 1.12.1949 T. 202/273 (RG. 1.2.1950, sa. : 7421)

[24] Basın İş Kanununda halen «İş Akdi» deyiminin yer alması, sadece deyim farklılığından ibaret bulunmaktadır. - EKONOMİ, age., (İş Hukuku), b. 75

[25] Bkz. MMGKR, 21.6.1965, E. 1/693-2/263, K. 2 [MMTD., D. : 1, C. : 13, T. : 4, B. 146. 15.7.1965, s. sayısı : 1030, s. 18 - MMTD., D. : 15, T. : 2, B. : 72, 13.3.1967, s. 157]

[26] OĞUZMAN, age., (Hizmet Akdi), s. 482. Ancak ÇELİK, age., (Dersleri), s. 80' de «İş Kanunu» iş akdi yerine «Hizmet Akdi» deyimine yer vermekte ise de, İş Kanununa giren hizmet akdi ile Borçlar Kanununa giren hizmet akdine, her iki kanunun farklılığı nedeniyle yine değişik hükümler uygulanacağından, bu deyim değişikliğinin eskiden beri yapılmakta olan tartışmaları temelinden etkileyeceği düşünülemez.» demektedir.

[27] Türk İş Hukuku doktrinde «Arbeitsverhältnis-Relation de Travail» kavramının karşılığı olarak «Hizmet İlişkisi» terimi kullanılmaktadır. ESENER, age., s. 140 - ÇELİK, age. (Ferdî İş Hukuku), s. 101, aynı yazar, age. (dersleri), s. 72 - TUNÇOMAĞ, age. (İş Hukuku), s. 92, aynı yazar, age. (Sosyal Sigortalar), s. 116 - GÜZEL, İşverenin Değişmesi ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul,

Bu incelemenin teorik olduğu kadar pratik önemi vardır. Zira ilişkinin dayandığı görüşe göre farklı çözümlere varılabilecektir. Özellikle batıl veya iptal edilmiş geçersiz bir hizmet sözleşmesine dayanarak çalışanların haklarının kaybolması hizmet ilişkisine dayanılarak çözüleceği ileri sürülmüştür (28). Ayrıca işyerinin herhangi bir sebeple el değiştirmesi halinde, yeni işverenin işçileri çalıştırmak zorunda olup olmadığını belirlemek açısından da ayrı bir önemi bulunmaktadır (29).

Günümüz iş hukuklarındaki hizmet akdinin değer ve işlevinin yepyeni bir açıdan incelenmesinde, hizmet ilişkisi kavramı bu değerlendirmeye büyük ölçüde ışık tutacaktır. Zira hizmet akdi ekonomik değeri olan bir görünüm aldığı gibi belirli bir işyeri esas alınarak yapılmaktadır.

Hizmet ilişkisi işçiye, işverenin işini yapma borcu yükleyen hukuki bir ilişki olarak tanımlandığından, bu kavram işverenin işçiyi çalıştırmasına dayanan fiili bir ilişki (das faktische Arbeitsverhältnis) olarak da anlaşılmaktadır. Bu görüşlere uygun olarak, konumuz yönünden hizmet akdi, hizmet ilişkisini doğuran ve düzenleyen veya işçiye işverenin hizmetine girme yükümünü yükleyen bir anlaşma olarak nitelendirilmektedir (30).

Baskın ve Alman Federal İş Mahkemesinin benimsediği görüşe göre : «Hizmet ilişkisi, işçi veya işvereni diğerine karşı bir eda da bulunmakla yükümlü tutan, bir hukuki bağıdır. Hizmet akdi ile de işçi işverenin hizmetinde çalışmayı taahhüt etmektedir» (31).

Hizmet ilişkisi aşağıda belirttiğimiz çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilir (32) :

1982, s. 109'da farklı olarak hizmet ilişkisi kavramıyla işçinin işverenin otoritesi altında yaptığı «çalışma» yada «iş» dolayısıyla ortaya çıkan ilişkiler ifade edilmek istendiği belirtilerek iş ilişkisi yada çalışma ilişkisi deyiminin kullanılmasının daha doğru olacağını ileri sürmektedir. Bir yerleşmiş bir kavram olarak özellikle farklı anlamlara yer vermemek amacıyla «hizmet ilişkisi» deyimini kullandık.

- (28) ÇELİK, age. (Ferdî İş Hukuku), s. 101, aynı yazar age. (Dersleri), s. 72 - TUNÇOMAĞ, age. (İş Hukuku), s. 92, aynı yazar, age. (Sosyal Sigortalar), s. 116, aynı yazar, Borçlar Kanunu ve İş Kanununa göre Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlük İHD. 1969/2, s. 128. Aksi görüş : GÜZEL, age., s. 127'de bu sorunların akid teorisine göre çözümlenebileceği görüşündedir.
- (29) GÜZEL, age., s. 108 - TAŞKENT, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981, s. 21
- (30) ÇELİK, age. (Dersleri), s. 73
- (31) ESENER, age., s. 143 - GÜZEL, age., s. 128
- (32) PALANDT, age., s. 593 - 594

a) Gerçek Hizmet İlişkisi : Eğer işçi akid olmaksızın yada geçerli bir akid olmaksızın bir iş yapması yani hizmet akdi tarafları arasında fiili bir ilişki bulunması halidir.

b) Dolaylı Hizmet İlişkisi : Bir işçi hizmet ilişkisini bir aracı (alt işveren) vasıtasıyla işverenle kurmakta, hak ve yükümlülükleri doğrudan doğruya bu işverene karşı onun bilgisi altında yerine getiriyorsa, dolaylı hizmet ilişkisi mevcuttur (meselâ, bir konfeksiyon mağazasına evde iş yapanlar, orkestra da çalışanların şeflerinin aracılığıyla buldukları hizmetin ifasını yapmaları).

c) Grup (Takım) Hizmet İlişkisi : Birçok işçi bir hizmet edimini yerine getirmek amacıyla aynı veya farklı ücretlere tabi olarak işverenin yanında, aynı zamandan ve aynı ilişkiyle bağımlı bulunmaları halidir.

Grup hizmet ilişkisi, yurt (ev) idaresi için bir çiftin çalışması halinde olduğu gibi, ortak bir akid ile bağımsız grup olarak karşımıza çıkabilir veya elektronik ve paketleme sanayiinde birden çok işçinin birlikte çalışmasını gerektirecek şekilde işletme grubu olarak da karşımıza çıkabilir.

d) Çifte Hizmet İlişkisi : İşçi çeşitli (birden fazla) işverenin yanında bu hizmet ilişkilerinde bulunuyorsa çifte iş ilişkisi vardır.

e) Ödünç Hizmet İlişkisi : Bir işverenin bir işçiyi sınırlı bir süre için bir işin görülmesi amacıyla ödünç vermeyi iş edinerek veya geçici ve rasgele olarak başka bir işverene bırakması halidir.

f) Zincirleme Hizmet İlişkisi : Aynı işverenle işçi arasında süre bakımından sınırlı birden çok hizmet ilişkisi, birbiri ardına kuruluysa zincirleme hizmet ilişkisi vardır.

Genel olarak, hizmet ilişkisi işçi ve işveren arasında kurulan sürekli bir borç ilişkisi olarak ifade edilebilir (33). Söz konusu kavramlar günümüzde birbirine çok yaklaşmış iki teori ile açıklanabilir.

2 — AKİT TEORİSİ

Akit Teorisine (Vertragstheorie - Theorie Contractuelle) göre hukuki bir ilişki olan hizmet ilişkisi hizmet akdinin inikadıyla kurulur. Hizmet akdinin oluşumu için sözleşmenin yapılması gerekli ve yeterlidir. Bu akde dayanarak işçinin işyerine katılması ve işverene karşı

(33) PALANDT, age., s. 591

ortaya çıkan hak ve borçlar hizmet sözleşmesinin basit sonuçlarıdır (34).

Bu teori, sözleşme özgürlüğü ilkesinden hareketle, iki tarafın (işçi ve işverenin) özgür iradeleri ile haklar edinip, borçlar yüklenmek üzere akid yapılması sırasında, işçinin işveren tarafından kendisine yapılan icabı kabul ettiğini varsaymaktadır.

Bu teoriyi eleştirenler; hizmet akdinin yapılması, ifası ve sona ermesi dikkate alındığında bu akidin farazi bir düşünceden başka birşey olmadığını (örneğin işe alınmanın bir akde dayandığını belirginleştiren hiçbir veri bulunmadığını), akdin kapsamı açısından da çalışma koşulları tek yanlı olarak işveren tarafından saptanmakta işçinin bu konuda fazla etkisi bulunmadığını, işçiyi korumak amacıyla devletin işçi - işveren ilişkilerine emredici kurallarla müdahalesi (örneğin, ücret, çalışma süreleri, iş güvenliği gibi) ve kollektif pazarlık düzeninin, hizmet akdinin önemini kaybettiğini iddia etmişlerdir (35).

Statü hukukundan yada idarî bir organın işlemi sonucu ortaya çıkan hizmet ilişkileri herhangi bir sözleşmeden kaynaklanmamaktadır (36). İşte sözleşmeden kaynaklanmayan iş ilişkilerinin varlığı ve bir takım sorunlara (örneğin, geçersiz bir hizmet akitlerinin sonucunda, işçi ücret ve diğer haklarını talep edebilecek midir) cevap vermemesi (37) akid teorisinin önemini yitirdiğinin savunulmasına neden olmuştur.

3 — KATILMA TEORİSİ

Alman Medeni Kanununun ilk tasarısıyla hizmet ilişkisi kavramı ortaya çıkmış ve hizmet akdinin doğurduğu borçlar, verme ve yapma borçlarından farklı olduğu, zira insan faaliyeti olup, işçinin kişiliğini yükümlülük altına soktuğu ileri sürülmüştür. Hatta daha ileri giderek hizmet akdi kavramı, hizmet ilişkisi kavramından tamamen ayrılması gerektiği de savunulmuştur (38).

İş ilişkisi kavramı, işyerine bağlılık esasına dayandırılmıştır. İşyerine bağlılıkta, işyeri topluluğuna katılma ve çalışma topluluğuna katılma olarak iki ayrı şekilde ifa edilmeye çalışılmıştır.

(34) ESENER, age., s. 143 - GÜZEL, age., s. 128 - ÇELİK, age., (Dersleri), s. 73 aynı yazar, age., (Ferdî İş Hukuku), s. 102

(35) GÜZEL, age., s. 110 - 112

(36) İşçi - memur ayrımı sorunu ve bugüne kadar ki çözümü konusunda bkz. ÇELİK, (Dersleri), s. 41 vd. ve s. 42. Dipnot : 12'de belirtilen yazarlar.

(37) Bkz. s. (11), dipnot : (44)'de belirtilen yazarlar.

(38) Bkz. GÜZEL, age., s. 112 - 118

Bazı hukukçular özellikle uygulamacılar, hizmet ilişkisini basit fiili bir ilişki olarak görmekte ve bunun hizmet ifa edilmeye başlanmasıyla oluşacağını savunmaktadırlar. Diğer görüşe göre ise, işverenin işçiyi işe alması ve işçinin de işgücünü işverenin emrine koymasıyla iş ilişkisi doğmaktadır (39). İşte bu görüşler katılma teorisini (Eingliederungstheorie - Théorie de l'intégration) ortaya koymuştur (40).

Akit Teorisine göre, hizmet ilişkisi hizmet akdinin yapılması ile doğmasına karşılık, katılma teorisi, hizmet ilişkisinin doğumunu, işçinin fiilen iş çevresine katılması yani fiilin işe başlamasına bağlamaktadır. Katılma teorisine göre, işçinin işyeri çevresine katılmasıyla, işverenin hâkimiyet alanına girmesiyle işçi ile işverenin arasında bir iş ilişkisi meydana gelir (41). Hizmet akdi basit bir borç olarak görüldüğünden hizmet ilişkisinin meydana gelmesi için hizmet akdinin kurulması yeterli değildir. İşçinin işe alınması, iş ilişkisini doğuran gerçek işlem olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, hizmet akdi hizmet ilişkisi yaratmayıp sadece işverene işçiyi işe alma, işçiye de işverenin hizmetine girme borcu yükler. Yani bu teoriye göre, akdin işçiye yüklediği borç işi yapma değil işe girme borcudur. Şu halde taraflar karşılık borçlarının ifasını talep edemeyecekler, sadece akde aykırılık nedeniyle tazminat talep edeceklerdir (42).

Katılma teorisi, bu teoriyi savunanların bile görüş birliği sağlamadığı iş ilişkisi kavramının birbirinden farklı anlamlara sahip olması ve kavramın dayandığı kavramlardaki belirsizlik, kanuni dayanağının bulunmaması, sosyolojik açıdan işçi ile işveren çıkarları arasında bir birlik mevcut olmaması, işçinin işyeri topluluğuna katılması olgusunun gerçeği yansıtmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir (43). Bu bakış açısı, işyerinin kurum olarak nitelendirilmesi, akdin bazı hükümlerinin genişletilmesi ve yeni boyutların belirlenmesinde bir ölçü olarak hukuksal bir değere sahip bulunmaktadır. Uygulamada işçi-

(39) ESENER, age., s. 141 GÜZEL, age., 117

(40) Katılma teorisinin uygulama şekli, hukukumuzda somut kanun hükmü olarak İş K. m. 10/III'de takım sözleşmesinde rastlamaktayız. Zira Takım Sözleşmesinde isimleri yazılı olan işçilerden her birinin işe başlamasıyla, bu sözleşme o işçi ile işveren arasında doğrudan yapılmış sayılmaktadır.

(41) SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985, s. 183

(42) ESENER, age., s. 142 - 143, ÇELİK, age., (Ferdî İş Hukuku), s. 101 - 102 aynı yazar, age., (Dersleri), s. 72 - TUNÇOMAĞ, age., (İş Hukuku), s. 92, aynı yazar, age., (Sosyal Sigortalar), s. 116 - GÜZEL, age., 118 - EKONOMİ, age., (İş Hukuku), s. 147 dipnot : 310. Bu iki teori açıklamak için verilen örnek için bkz.: ESENER, age., s. 143 veya ÇELİK, age. (Ferdî İş Hukuku), s. 103

(43) GÜZEL, age., s. 126

nin işyerine katılması, bağımlılık ilişkisinde kriter olma sadakat borcu ve işverenin yönetim hakkında karşımıza çıkabilecektir.

4 — TÜRK HUKUKUNDA HİZMET AKDİ VE HİZMET İLİŞKİSİ

İş Hukukumuz yönünden, hizmet akdinin işçi - işveren arasında hukuki anlamda bir ilişkinin meydana gelmesi, böyle bir ilişkinin doğması için gerekli ve yeterli olduğu söylenebilir (44). Hizmet ilişkisinin en çok tartışıldığı ülkelerde bile baskın görüş sözleşme teorisi olup, işçi - işveren arasındaki beyin hizmet akdine dayandığı kabul edilmektedir (45). Kanun yada toplu sözleşmelerle, işçi işveren arasındaki ilişkilerin kapsamının önceden saptanabilmesi, hizmet akdinin hizmet ilişkisinin tek başına kaynağı olmadığını göstermektedir. Ancak hizmet akdi olmadan, sadece toplu sözleşmelerle düzenlenebilecek bir ilişkide bulunmamaktadır (46). Kanun koyucu diğer sözleşme türlerine de müdahale etmektedir. Bu yüzden bu müdahale hizmet akdinin kabul edilmemesine dayanak olamaz. Son bir YHGK. kararında (47) belirtildiği gibi, taraflar arasındaki ilişki hizmet akdine değil, statü hukukuna dayanması halinde bu ilişkinin iş hukukumuz kapsamı dışında kaldığı belirtildiğinden, statü hukukundan doğan ilişkileri hizmet ilişkisi olarak niteliyemeyiz. Hizmet akdinin akitten kaynaklanmayan ilişkilerinde yetersiz kaldığı görüşü verilen klâsikleşmiş örneğin, hizmet akdinin batıl ve iptal edilmiş olduğu hallerde artık sözleşme hukukuna ilişkin kurallardan (TBK, m. 20) hareketle, işçinin çalıştığı süreye ilişkin ücret talep edememesidir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, «...belli bir işte çalışması yaşı veya kadın olması itibarıyla veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerden yasak olan bir kimsenin (velevli hilesiyle durumu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebinin taraflardan biri ileri sürüncüye kadar işçi sayılmasının ve işçiliğin sağladığı, hak ve selâhiyetlerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve İşçi Sigortaları Kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun ve bunun aksine olan düşüncenin kanunun gayesine aykırı olacağı ve iş akdinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin akdin hükümsüz sayılması ile korun-

(44) ÇELİK, (Dersleri) age., s. 74, aynı yazar, age., (Ferdî İş Hukuku), s. 104 - ESENER age., s. 144, ÇENBERCİ., age., s. 83, TUNÇOMAĞ, age. (İş Hukuku), s. 92 - GÜZEL, age., s. 128

(45) ESENER, age., s. 143, ÇELİK, age. (Ferdî İş Hukuku), s. 103

(46) GÜZEL, age., s. 133

(47) YHGK, 16.4.1984 T., 1981 - 9 - 629/257 (YKD., C : XI, sa. : 3, Mart - 1985, s. 315 - 319)

mak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek tatbikinin kanununun gayesine uygun lâzım geldiği yollu hukuk kaidesine aykırı düşeceğine ve 225 sayılı tefsir kararı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi batıl olan iş akdinin muteber bir akit gibi lehine hukuki neticeler doğurması gerekeceğini kabul etmiş olmasına göre Ticaret Dairesinin içtihadı kanunun ruhuna uygun ve doğrudur...» (48).

Yargıtay'ımız İçt. Bir. K. ile vardığı sonuç doktrinde benimsemiştir (49). Bu çözümün hizmet ilişkisi ve bundan hareketle katılma teorisine dayandırılmasının daha doğru olacağı ileri sürülmüştür. Ancak bu sorunun her iki teoriyi birbirine yaklaştırdığı (50) ve varılan sonuçlarında aynı olduğunu belirlemişlerdir (51). Bu görüş ile batıl ve iptal edilmiş bir hizmet sözleşmesine dayanarak çalışanların işçi saymanın mümkün olacağından akdin başlangıcından itibaren hükümsüz sayılmanında sakıncaları giderilmiş olacaktır.

İş görme aktlerinden biri olan hizmet akdinin ortaya koyduğu ilişkinin «sürekli nitelik» taşıdığı ittifakla kabul edilmektedir (52). Bu tür akidlerde hizmet bir defa icra edildikten sonra, geri verilme imkânı yoktur. Bir kere icra safhasına geçildikten sonra, akdin geçersizliği dolayısı ile ilişki hukuki sebepten yoksun görülürse, görülen

- (48) Y. İçt. Bir. K. 13.6.1958 T., 20/9 (RG. 30.9.1958, sa. : 10020), aynı nitelikte başka bir kararında «...İş Hukuku alanında yasaklayıcı kamu kuralına dayanan geçersizlik, ilke olarak önceye etkili olmayıp, geleceğe yönelir ve herhalde sonradan durum kanunileşmişse, artık sözleşmenin geçersizliğinden söz edilemez. Olayda ölü işçi (İ)'nin ölümle sonuçlanan iş kazası tarihinde 18 yaşını doldurmuş olmasına göre, artık bu yönden iş sözleşmesinin geçersizliğinden söz edilemez (Y. 9. HD., 9.4.1970 T., 1555 E., 3438 K., (ÇENBERCİ, age., (İş Şerhi), s. 64, dn. 68)
- (49) SAYMEN, İşçi Sıfatı - Batıl İş Akdi - Sigortalı Olma (Karar İncelemesi), İHFMD. XXIV, sa. : 1 - 4, s. 489 vd. - ÇELİK, age., (Ferdî İş Hukuku), s. 144 vd., aynı yazar, age., (Dersleri), s. 104 - ÇENBERCİ, age., (İş Şerhi), s. 63 vd. - UYGUR, s. 21 vd. - TUNÇOMAĞ, age., (İş Hukuku), s. 160 - 161, aynı yazar, age., (Sosyal Sigortalar), s. 117 vd. - EKONOMİ, age., (İş Hukuku), s. 160 vd. - ESENER, age., s. 140 vd. - GÜZEL, age., s. 133 vd. - ERKUL, age., Türk İş Hukuku Dersleri, Ankara, 1974, s. 166 vd. - SELİÇİ, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmelerden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s. 39 vd.
- (50) ÇELİK, age., (Dersleri), s. 74, aynı yazar, age., (Ferdî İş Hukuku), s. 104 - REİSOĞLU, age., 135 vd.
- (51) TUNÇOMAĞ, age. (İş Hukuku), s. 92 - 93. Aynı yazar, age. (Makale), s. 128 vd. savunduğu akid teorisini «...sözleşme geçersiz olduğuna göre, hizmet ilişkisi bu sözleşmeye değil de, aksine o kimsenin işverenin bilgisi altında çalışması olayına dayandığı açıktır.» diyerek eleştirmiş ve «Bu yüzden, sonuç, her ikisi açısından da aynı olmakla birlikte katılma (fiili hizmet ilişkisi) görüşünü» benimsemiştir.
- (52) Bkz. s. 46 dn. 198'de belirtilen yazarlar.

hizmetin aynen iadesi mümkün olamayacaktır. Ayrıca yalnız değişen edimlerin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre verilmesi de birçok imkânsızlığı da beraberinde getirmektedir (53).

Zira işçi ve işveren arasında doğmuş kişisel edimlerin özellik- le sadakat ve yönetim borcunun geri verilmesi söz konusu olamaya- cağı gibi, işçinin gördüğü emek edimi de iade edilemez. Borçlar Ka- nunumuzun geçersiz sözleşmelere bağladığı para ile olan değerinin, sonuç olarak değişen edimlerden emeğin sebepsiz zenginleşmeyle verilme yoluna gidilse bile tam karşılık sağlanamaz. Emeğin para değerinin tespiti imkânsızlık derecesinde zordur.

Günümüz İş Hukuklarında, işçinin korunması amacını güden hü- kümler ve uygulamalar işçinin işyerinde çalışması dolayısıyla tabii ol- auğu mevzuat hükümlerine göre sağlanan hakların, başlangıçtan iti- baren haksız iktisap kuralları ve basit tazminat talepleri ile kaldırıl- masının mümkün olmadığını, icra edilmiş borç ilişkisinin varlığının korunmasını ve işçiye ödenmesi gerektiğini ortaya çıkarmıştır.

Sürekli ve kişisel bir ilişki kuran hizmet akdinde, akdin yürürlü- ğe girmesinden özellikle icra safhasına geçilmesinden sonra, geçer- sizlik hükümlerinin, geçmişe etkili olarak hüküm doğurmayacağı, an- cak ileriye etkili olacağı Alman ve Fransız hukuklarında (54) olduğu gibi bizim hukukumuz açısından da benimsenmiştir (55).

Türk hukukunda SELİÇİ, fiili bir vakayı normatif geçerlilik tanı- namayacağından hareketle, fiili olanın geçerli olması gerekeceği yö- nünden değil, sorunun geçersiz sözleşmenin doğuracağı sonuçların sürekli borç yükselişinde menfaatler dengesi yönünden incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten Borçlar Kanununun geçersiz söz- leşmelere getirdiği hukuki sonuçlar düzenlenirken sadece âni edim- li borç ilişkileri gözönünde tutulmuştur. Aynı hukuki sonuçlar sürekl- li özellikle, kişisel ilişkiler doğuran borç ilişkilerine uygulanamaz. Bu konuda bir düzenleme boşluğu sözkonusu bulunmaktadır. Bu boşluk- ta menfaatler dengesi gözönünde tutularak, geçersizlik sebebi mey-

(53) SELİÇİ, age., 46, 63 - SAYMEN, age. (Makale), s. 492 - EKONOMİ, age., (İş Hukuku) s. 160 - 161 - GÜZEL, age., s. 134 - 136, Yargıtayımız hatalı olarak «...geçersiz sözleşmeye dayanarak icrasına başlanan hizmet ilişkisine se- bepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına» cevaz vermiştir. YHGK., 16.11.1964 T., 1284/9 - 739 (OLGAÇ, Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara, 1976, s. 389 - 390)

(54) Alman Hukuku için bkz. EKONOMİ, age., (İş Hukuku) s. 160 - Fransız Hukuku için bkz. GÜZEL, age., s. 136, dn. 65

(55) SELİÇİ, age., s. 62 - 63 - EKONOMİ, age., (İş Hukuku) s. 160 - 161 - GÜZEL, age., s. 134 - 136. TEKİL, age., s. 135

dana çıkıncaya kadar geçen sürede borç ilişkisi hukuken tanınmasıyla doldurulabilir (56).

Bu görüşten hareketle, akit teorisi çerçevesinde kalarak icra edilen yani sürekli edimin yerine getirilmesiyle bir hizmet akdinin geçersizliği, ancak geleceğe ait olmak üzere etkisini gösterir, sözleşme düzenine tabi olarak geçerli bir hizmet akdi hükümlerini doğurur. Bu etki mutlak olarak kabul edilemez. Akdin konusunun ahlâka aykırı olması veya ceza hukukunun koyduğu yasağa karşı çıkması halinde geçersizliğin geçmişe etkili olacağı kabul edilemez (57). Her halükarda bu sonuca sözleşme akdinin inikadı değil, icraya başlaması esas alınmalıdır.

Nitekim uygulamada, hizmet ilişkisinin fiilen doğmasıyla geçerli bir hizmet sözleşmesi ortaya çıkacağı belirtilmiştir (58). Anayasamızın 48. maddesine göre «Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahiptir.» Temel bir özel hukuk akdi olan hizmet akdi için sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanan TBK. m. 19/1 hükmü geçerlidir. Akit yapma serbestisi kanun hükümleri (işten çıkarılanları yeniden işe alınmaları (İş K. m. 24), sakat ve eski hükümlü işçi çalıştırma (İş K. m. 25), malûliyeti sona eren işçileri çalıştırma (İş K. m. 25), Askerlik veya kanuni ödevi bitenlerin yeniden işe alınmaları (İş K. m. 27 son f.), işçi kuruluşlarında görevleri bitenlerin yeniden işe alınmaları (SK. m. 29/3) ve toplu iş sözleşmeleri ile sınırlandırılmıştır (59).

İşveren için öngörülen bu zorunluluk taraflar arasında hizmet akdinin yapılmasına engel olmayıp, hizmet akdinin yapılmış olduğunu gösterir (60). Bu hallerde akdin yapılabilmesi için, işçinin bir icapta bulunması gerekir. İşverenin kanuni yükümlülüklerini yerine getir-

(56) SELİÇİ, age., s. 96-57

(57) Y. 10. HD. 8.11.1974 T., 5122 E. 6530 kararında Eczacının yaptığı işin toplum sağlığı ile ilgili hayati önemi belli bir nedene dayalı olduğu gerekçesiyle, eczane sahibinin başka bir işte çalışmak üzere yaptığı hizmet akdini baştan itibaren geçersiz kabul etmiştir. Konulan yasaklara karşı yabancılarla yapılan sözleşmeler başından itibaren geçersiz olduğu hk. Bkz. Y. 4. HD. 11.8.1958 T., 7336 E., 5560 K., (ORHANER, Türk İş Hukuku Yargıtay Kararları, Ankara, 1966, s. 364-365.) Y. 9. HD. 9.4.1965 T., 2940 E., 3376 K. (ORHANER, age., s. 363-364 - ÇENBERCİ, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1977, s. 893)

(58) Bu konuda ayrıntılı bilgi ve kaynaklar için bkz. EKONOMİ, Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu, İstanbul, 1969, s. 122 vd.

(59) GÜNNAY, Açıklamalı İçtihatlı İş Kanunları ve ilgili mevzuat, Ankara, 1984 s. 40

(60) ESENER, age., s. 144

mesine karşılık, işçi herhangi bir icapta bulunmazsa, akdin kurulması sözkonusu olmayacaktır (61).

İşverenin akit yapma zorunluluğu içinde bulunması sonucunda hizmet ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için akdin yapılması gerekir.

Bugün için hizmet akdi sözkonusu olmaksızın, işe başlamanın mümkün olamayacağı gerçeğinden hareket edilirse, bugün için her iki teori arasında pek bir fark kalmamıştır (62).

Akdin geçersizliği, aktin ifa edilmediği döneme kadar yukarıda açıklandığı üzere geçerli kılınabilir. Peki geçersizlik geleceğe yani ileriye dönük olarakta geçerli hale gelemes mi? Doktrinde geçersizliği gerektiren hükümler olmaksızın dahi hizmet akdinin yapılmayaacağı ispatlansa bile, hizmet akdinin BK. m. 20/II'e rağmen geçersiz sayılmaması, Anayasa ve iş mevzuatının koruyucu hükümleriyle dürüstlük kuralının gereği olduğu savunulmaktadır (63). Kanımızca batıl olan kısım akdin esaslı noktalarından olmaması şartıyla işgörme edimiyle mükellef olan tarafa sözleşmenin geçerli sayılmasında menfaati bulunması halinde, geçersizliğin ileri sürülmesi kanunun tanıdığı sınırlar içinde olmakla beraber, hakkın kanunun amacından saptırılarak kullanılması söz konusuysa özellikle başkasına zarar verme dolayısıyla kazanç elde etme kasdı bulunan hallerde geçerliliğin ileriye dönük olarak hüküm doğuracağı kabul edilebilir.

İş Kanununun 1. maddesindeki «bir hizmet akdine dayanarak çalışma» kavramında hareket ederek kural olarak, hizmet ilişkisinin hizmet akdinin yapılıp yürürlüğe girmesiyle başlayacağı söylenebilir (64). Ancak İş K. bazı sürelerin işlenmesi işçinin fiilen çalışmasına bağlamıştır (65).

Sonuç olarak ÇELİK'in belirttiği üzere «doktrinde de kabul edildiği gibi uygulamada olayların devamlı olarak bu teorilerden birine

(61) GÜZEL, age., s. 138

(62) ÇELİK, age., (Ferdî İş Hukuku), s. 103

(63) TUNÇOMAĞ, age., (makale), s. 168 - SEROZAN, (Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s. 445 - TANDOĞAN, La nolltè, L'annulation et La résiliation partielles des contrats, Geréne, 1952, s. 86 - SÜZEK, İş Güvenliği Hukuk

(64) ÇENBERCİ, age., (İş Şerhi), s. 83 - SAYMEN, age., (İş Hukuku), s. 58 - UYGUR, age., s. 48 - ÇELİK, age., (Ferdî İş Hukuku), s. 105 - İZVEREN, Türk İş Hukuku, Ankara, 1984, s. 58. Bu açıdan belirli süresi bir yıl veya daha uzun olan sürekli hizmet akidlerinde İş K. m. 9/5'deki yazılı yapılması şartı kabul görüşüne göre ispat koşuludur.

(65) Kıdem tazminatının hesaplanmasında işçinin işe başlaması (İş K. m. 14/1) Yıllık ücretli izin hakkının kazanılmasında dolması gerekli bir yıllık süre işçinin işyerine girdiği günden hesaplanması (İş K. m. 49/1) esas alınmıştır.

uyularak, çözümlenmesi yerine her olayın özellikleri gözönünde tutularak, yürürlükteki hukuk kuralları ve ilkelerine göre, bu teorilerden olaya uygun olanın seçimi hâkimin kararına yardımcı olacaktır» (66).

Her hizmet ilişkisi geçerli bir hizmet akdiyle kurulur. Ancak geçersiz veya sona ermiş bir hizmet akdinin hizmet ilişkisi kurabileceği de kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay'ımız (67) hizmet akdinin haklı bir sebeple feshinden sonra bildirim işçinin işyeri ile ilişkisinin herhangi bir nedenle örneğin, verilmiş yıllık izin sebebiyle izin sonuna kadar uzaması halinde fesih kararından sonraki bildirim yapıldığı ana kadar olan ilişkiyi hizmet ilişkisi olarak nitelemiştir.

§ 2 — HİZMET AKDİ

1 — HİZMET AKDİ KAVRAMI VE UNSURLARI

1. KAVRAM

Türk İş Hukukundaki büyük önemine karşılık, hizmet akdi TBK, dışında İş K., Deniz K. ve Basın İş K. nda da düzenlenmiş olmasına rağmen, ne SK'nda ne de diğer iş kanunlarında tanımlanmış değildir.

TBK'nun 313. maddesinde verilen tanıma göre «Hizmet akdi, bir mukaveledir, onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder.»

Hizmet akdini düzenleyen genel kanun Borçlar Kanunu olduğuna göre (68) ve iş kanunları da belli şartlara haiz bulunan hizmet akitlerine göre uygulama alanı bulduklarından, akdin diğer iş kanunlarında tarifine kanun koyucu ayrıca ihtiyaç duymamıştır.

İş Kanunlarında hizmet akdi tanımlanmamakla beraber, İşK., DenizK. ve Basın İşK.nda hizmet akdi kavramı işçi, gemi adamı ve gazeteci kavramlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır (69). Nitekim İşK.nun 1. maddesine göre işçi şöyle tanımlanmıştır : «Bir hizmet

(66) ÇELİK, (Ferdî İş Hukuku), s. 103. Yazarın bu konuda verdiği örnek için bkz. aynı yer.

(67) Y. 9. HD. 23.12.1980 T., 38 E., 14001 K., (H.K. ELBİR'in incelemesi, (İHU., İş K. m. 13, No : 13)

(68) OĞUZMAN, age., (Hizmet Akdi), s. 26 - REİSOĞLU, age., (Hizmet Akdi), s. 36 - TUNCAY, age., (İşçi Üyeliği), s. 126

(69) BASIN İŞK'na göre de «Bu kanunun kapsamına giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir.» (m. 1/II), Deniz İş Kanunundaki gemi adamı tanımında ise ücret unsuru yer almamaktadır.

akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiye işçi denir». Bu tanımla hizmet akdi kavramını oluşturan çalışma ve ücret unsurlarına yer verilmiştir.

SSK'nun 2. maddesine göre, sigortalı terimi İşK. daki işçi terimini karşılamaktadır. Her iki kanunun verdiği tanım açısından fark yoktur. Şu kadar ki SSK'nda her hizmet ilişkisi ücrete dayandığı varsayılmıştır. Geçici 2. maddesinde iş kanunları kapsamına alınmış herkesin SSK. kapsamına dahil olduğunu belirtmiştir (70). 2821 sayılı Sendikalar Kanununda işçi kavramı geniş tutulmuştur (71). Bu kanuna göre de işçi niteliği yönünden hizmet akdi esas alınmakta ve İşK. m. 1/1 deki ücret ve hizmet unsurlarına yer verilmeden «işçi, hizmet akdine dayanarak çalışanlara denilir» hükmü yer almıştır (m. 2/a).

Sosyal Sigortalar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamına da sadece hizmet akdi ile çalışanlar sokulmuş, buna uygun olarak da 2822 sayılı kanuna göre toplu sözleşme ve grev hakları da sadece hizmet akdi ile çalışan işçilere tanınmıştır.

Bu nedenle işçi kavramı için hizmet akdine dayanarak çalışanlar denilmesi hukuken yeterlidir. İş Kanunlarında işçi kavramına açıklık kazandırmak için konulan diğer unsurlara yer vermeksizin, işçi tanımı sadece hizmet akdine dayandırılması daha uygun olurdu (72).

TBK'nun verdiği tanım yeterli değildir, görüldüğü gibi hizmet akdinin «bağımlılık (bağlılık)» unsuruna yer vermemiştir (73).

İsviçre BK'nun, hizmet akdini tanımlayan Borçlar Kanunumuzun 313. maddesine tekabül eden, tüm 10. babını değiştiren 25 Haziran 1971 tarihli Federal Kanun ile değişik 319'uncu maddesine göre «Tek İş Sözleşmesi ile işçi belirli veya belirsiz bir süre için işveren hizme-

(70) SSK'nın hizmet akdi dışında, memur niteliğinde koruma bekçileri (m. 2/2) ücretsiz çalışanlar (m. 3/IB, 78/2), çıkarlar (m. 3/II B) ve diğer bazı kişiler sigorta kapsamına alınmıştır. Bkz. ayrıntılı bilgi ve kaynaklar için -ÇENBERCİ, age., (Sigortalar Şerhi), s. 95 -UYGUR, age., s. 140 -TUNÇOMAĞ, age., (Sosyal Sigortalar), s. 114 -TUNCA Y, (Sosyal Güvenlik Dersleri) 2. bası, İstanbul, s. 114

(71) SSK'nın hizmet aktinden başka bedenen çalışması konu olan nakliye, nesir, adi şirket akitlerine göre çalışmalarında, bu kanunun uygulanmasında işçi sayılması kabul edilmiştir. (2/1, II)

(72) EKONOMİ, age., (İş Hukuku), s. 41

(73) SAYMEN, age., (İş Hukuku), s. 395 - 397 - OĞUZMAN, age., (İş Akdi), s. 480 dn. 80 aynı yazar Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, 2. bası, İstanbul, 1967, s. 3 - ESENER, age., s. 126 - UYGUR, age., s. 3 - REİSOĞLU, age., (Hizmet Akdi), s. 38 - ÇELİK, age., (Dersleri), s. 71

tinde iş ifasını ve işverende zamana veya yapılan işe göre bir ücret ödemeyi taahhüt eder.»

1971 değişikliğiyle OR'in 10. babı iş akdi «Der Arbeitsvertrag» olarak değiştirilerek, bu babı 3 kısma ayırmıştır. 1. kısım TBK'nin hizmet akdi babını karşılayan münferit iş akdine «Der Einzelarbeitsvertrag» (319 - 343) ayrılmış, 2. kısım, özel tek iş akdi «Besondere Einzelarbeitsverträge» başlığında, çıraklık akdi «Der Lehvertrag» (344 - 346a), Ticari seyahat edenin akdi «Der Handelsreisendenvertrag» (347 - 350a), ev hizmet akdi «Der Heimarbeitsvertrag» (351 - 354) düzenlemiş, 3. kısımda ise Toplu İş Sözleşmesi ve Normal İş Sözleşmesi «Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag» (356 - 360) düzenlenmiştir.

OR. 319'daki değişiklikle «hizmet akdi» deyimini yerine «tek (münferit) hizmet akdi» deyimine yer verilmiş. Hükümdeki «işveren hizmetinde iş ifasını» ifadesiyle bağlılık unsuruna açıkça yer vermiştir.

Bağımlılık unsurunu dikkate alarak, hizmet akdi şöyle tanımlanabilir : Hizmet akdi, taraflardan biri bağımlı olarak bir iş görmeyi, diğer tarafında ücret ödemeyi taahhüt etmesinden doğan süreli bir akittir (74).

Bu tanımda görüldüğü gibi hizmet akdi : 1. İş unsuru, 2. Ücret unsuru, 3. Bağlılık unsuru, 4. Devamlılık unsuru, olmak üzere dört unsurdan oluşmaktadır.

Anayasa Mahkememiz bir kararında belirtildiği gibi (75) «...hizmet sözleşmesi, bir kimsenin ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir süre için hizmet görmeyi, hizmetini iş sahibinin elinde bulundurmamayı ve iş sahibininde ona ücret vermeyi üstüne almasıdır. Hizmet sözleşmesi, iş, ücret ve bağımlılık olmak üzere üç unsuru kapsar.» Anayasa Mahkemesinin akdin devamlılık unsurunu saymamış olması büyük bir ihtimal ile bu unsuru iş unsuru içinde mütalaa etmesinden ileri gelmektedir.

(SÜRECEK)

(74) EKONOMİ - age., (İş Hukuku). s. 72 - SAYMEN, (Makale), s. 392 - OĞUZMAN, age., (Grev - Lokavt), s. 25, aynı yazar, Hukuki Yönden İş ve İşveren İlişkileri, 3. bastı, İstanbul, 1984 - UYGUR, age., s. 3 - REİSOĞLU - (Hizmet Akdi), s. 38

(75) Anayasa Mahkemesi 26 - 27/9/1967 T., 1963/336 E., 1967/29 K., 16/6 - 47 D. (RG. 19, 10, 1968, sa. : 13031)

SINIRLAMAYA İTİRAZ DAVASINA MÜDAHALE MÜMKÜN MÜ

H. Avni USLUOĞLU (*)

Orman sınırlamasına itiraz davası ancak, bunu düzenleyen Yasanın belirlediği süre içinde açılabilir. Bu süre içinde bu dava açılmamış veya açılmış olupta bilinen nedenlerle açılmamış sayılmış ise, dava açma hakkı düşer. Artık bu haktan bir daha yararlanılmaz. Yani bu süre **hak düşürücü** süredir.

Konuyu düzenleyen ilk yasa 3116 sayılı Orman Yasasıdır. Bu Yasanın 7. maddesi : Resmî Gazete'de yayınlanacak tahdit mazbatası hülâsalarının askı suretiyle ilânına ve bunun şahsan yapılan tebliğ hükmünde olduğuna değindikten sonra, aynen: «Zabıt münderecatına razı olmayanlar, tâlik tarihinden itibaren üç ay içinde mahalli mahkemelerine müracaatla itiraz edebilirler. Bu müddet içinde itiraz vuku bulmazsa komisyon kararı kat'ileşir» demekte idi.

Bu üç aylık süre 6831 sayılı Orman Yasasının 11. maddesinin 2. fıkrasının «Zabıt münderecatına razı olmayanlar, asılış tarihinden itibaren bir sene içinde salahiyetli mahkemelere müracaatla itiraz edebilirler. Bu karar aleyhine yapılacak itirazlar her türlü harç ve resimden muaftır. Bu müddet içinde itiraz vuku bulmaz ise komisyon kararı kat'ileşir» diyen hükmü ile «bir sene»ye çıkarılmıştır.

Birinci fıkranın son cümlesi hükmü ile de «Bu askı şahsan yapılan tebliğ hükmündedir » yönü tekrarlanmıştır.

Bu yasanın bazı hükümlerini değiştiren 1744 sayılı Yasada, son olarak aynı amaçla yürürlüğe konulan 2896 sayılı Yasada, getirdiği usule dönük bazı değişikliklere karşın, mahkemeye itiraz davası açılmasına ilişkin olan bu bir yıllık sürede değişiklik yapmamıştır (1).

«11. maddedeki altı aylık süre **hak düşürücü süredir**, re'sen gözetilmek gerekir» diyen 15.3.1972 gün ve 1968/1 - 274 E., 175 K.

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

(1) Ancak, 3302 sayılı Yasa, bu süreyi 6 aya indirmiştir.

sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının da açıkça belirttiği gibi, orman sınırlamasına itiraz davasının, açılması mümkün yasal süre içinde açılmış olup olmadığının hak düşürücü süre olduğu için, mahkemece re'sen gözönünde bulundurulması, itiraz davası süresinde açılmamışsa başka bir yönün incelenmesine gerek duyulmadan davanın bu nedenle, «Tahdidin kesinleşmesinden bir yıl geçmesinden sonra davalılar aleyhine Orman İdaresi tarafından açılan tahdide itiraz davasının hak düşüren sürenin geçtiğinden bahsiyle red edilmesi doğrudur.» diyen Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi'nin 29.1.1976 gün ve E. 844, K. 791 sayılı kararı gibi, reddedilmesi zorunludur.

Hak düşürücü sürenin zamanaşımından farklı olduğu malûmdur. İtiraz - def'i gibi nedenler olmadan da mahkemece re'sen nazarı dikkate alınır.

Konuya kısaca değindikten sonra, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi'nin 23.1.1985 günlü, E. 1984/2741, K. 1985/679 sayılı ilamının bozma nedeninden birini buraya aynen alacağım, daha sonra da bu kararın konumuz ile karşılaştırılması suretiyle yazımın amacına yöneleceğim.

Bu bozma ilamında deniliyor ki :

«İtirazı tapulama komisyonunca reddedilen (E) aleyhindeki komisyon kararına karşı 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 28. maddesinde öngörülen **kanuni süre içerisinde** dava açmamış ve komisyon kararı aleyhine kesinleşmiştir. Bu durumda (E.E.)'nin Tapulama Kanununun 48/c. maddesi hükmünden yararlanarak davaya katılması olanaksızdır. Mahkemece bu yönler gözönünde tutularak (E.E.)'in davası yönünden Tapulama Kanununun 31 ve 52. maddeleri hükmünce mahkemenin görevsizliğine... karar verilmek gerekirken».

Demek ki, 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 28. maddesi hükmü gereğince, tapulamada, itiraz tutanaklarını tetkik etmekle görevli Tapulama Komisyonu, incelemesini yaparak işi karara bağlayacak, bu karar Tapulama Müdürlüğünce itiraz eden ile lehine tapulama tespiti yapılabilecek tebliğ olunacak, alâkadarlar tebliğ tarihinden itibaren (30) gün içinde tapulama mahkemesine **dava açtıkları takdirde** tapulama tutanağı ve ilişkileri Tapulama Hâkimi tarafından celbedilecek ve çekişme (ihtilâf) —Yasanın 6. bölümündeki— hükümler dairesinde çözülecektir.

İşte bu (30) günlük yasal süre içerisinde bu itiraz davası açılmamış ve komisyon kararı, itiraz davası açmak hakkına sahip ki-

şi aleyhine **kesinleşmiş** ise, bu durumda, bu itiraz davasını açmamış olan da, bu kişinin halefi durumundakiler de Tapulama Kanunu'nun (48/c) maddesi hükmünden yararlanamayacaklardır. Ayrıca, bu itiraz davasını o yer için yasal sürede açmış bir başkasının **görülmekte olan** davasına da **katılamayacaktır** (müdahil sıfatını alamayacaktır).

Bu (48). maddenin 2. fıkra (c) bendini de buraya aynen alıyorum. «Zaman Bakımından Görev» başlığını taşıyan bu madde aynen :

«Tapulama mahkemesinin görevi her gayrimenkul hakkında tapulama tutanağının düzenlendiği tarihte başlar. Bu mahkeme:

a)

b)

c) Tapulama mahkemesinde **görülmekte olan** dava konusu gayrimenkuller hakkında davanın derdest bulunduğu süre içinde yapılacak diğer itirazları,

İnceler ve çözer demektedir.

28. Maddede öngörülen yasal süre içerisinde itiraz davası açmamış olan ve bu nedenle kendisi yönünden komisyon kararı kesinleşmiş bulunan kişinin bu defa (48/c) maddesi hükmünden yararlanarak **görülmekte olan** davaya katılamayacağını bu Yargıtay kararı açıkça belirtmektedir. Düşmüş bir hakkın dolaylı olarak kullanılması elbette mümkün olamaz.

Şimdi bu örnekten hareketle tekrar orman sınırlamasına itiraz davalarına dönüyorum.

Yukarıda değindim. Orman Kadastro Komisyonunun yeri Devlet ormanı olarak sınırlamasına ilişkin kararını belirten tutanağın, şahsan yapılan tebliğ hükmündeki usule uygun ilânını müteakip, itiraz davasını açmaya ilişkin yasanın belirlediği süre içinde bu itiraz davası açılmamış ise, bu davayı açabilme hakkı düşmüş olduğundan ve bu yön mahkemece re'sen nazarı dikkate alınacağından, sürenin dolmasından sonra artık bu itiraz davası açılmayacaktır. Çünkü hak düşmüştür. Dayanılacak bir hak kalmamıştır.

Bir başka ilgili o yer için süresinde bu itiraz davasını açmış ise, dava hakkı düşmüş bulunan kişi **görülmekte olan** davaya **katılabilir mi?** Yanıtlayalım :

Tapulama mahkemesinde, adeta buna imkân verir gibi görünen Tapulama Kanunu'nun (48/c) maddesinin (ki imkân vermediğini gördük) benzeri bir yol dahi orman sınırlamasında yok iken, sadece Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun **katılmaya** (müdahaleye) ilişkin (53 - 58). maddelerine dayanılarak, orman sınırlamasına itiraz davasına **katılma** (müdahale) olası değildir. Dava hakkı olmayanın katılma hakkı da yoktur; çok azı da içerir. Demek ki bu yol, tapulamada olduğu gibi orman sınırlamasında da kapalıdır.

Hele hele, orman sınırlamasına ait tutanak, bu kişinin, orman sınırlama çalışmaları sırasında bu yerle ilgilendiğini, başvuruları olduğunu, bu yere ilişkin isteğini açıkladığını, sınırlama tutanağına bunların yansıdığını ve yasal hiçbir hakkı saptanamadığı için reddildiğini belgeliyor ise, bu red karşısında, buna rıza göstermiş, yasal süre içinde mahkemeye itiraz davası açmamış, böylece orman sınırlaması kendisi yönünden kesinleşmiş kişinin bundan sonra o yere bir başkasının açtığı itiraz davası sebebiyle mevcut davaya **katılması** (müdahalesi) ve bu talebinin mahkemece kabulü kanımızca mümkün değildir.

Buna karşın, böyle katılma istekleri olmakta ve bazı mahkemelerde bu katılma talepleri sadece HUMK. nun müdahaleye ilişkin hükmünün buna imkân verdiği görüşü ile kabul edilmekte, Yargıtayımızca da yine kanımızca re'sen dikkate alınacak bir husus iken yadırganmamaktadır.

HUMK.nun (53 - 58). maddelerinde düzenlenen davaya müdahale genel olarak «Hakkı veya borcu bir davanın neticesine bağlı olan üçüncü şahıs»lar içindir ve taraflardan birine iltihak ile veya dava harcı yatırılıp asli müdahil sıfatıyla olur. Verilecek hüküm de, asli müdahalede asli müdahil lehine, diğer müdahalede «İltihak olunan tarafa muzaf olarak verilir.»

Özetlersek, açıkladığımız nedenlerden dolayı orman sınırlamasına itiraz davalarına müdahale **hak düşürücü süre geçmiş**, dava hakkı bu yüzden düşmüş ise mümkün değildir.

Buna karşın yukarıda değindiğimiz gibi bazı mahkemelerde müdahale istekleri —itiraz da edildiği halde— kabul edilmektedir.

Bu müdahale, itiraz davasını, yerin orman sayılan yer olmadığı veya Devlet ormanı değil özel orman olduğu, bu yolda tahdidin iptal veya düzeltilmesi talebiyle, Orman Genel Müdürlüğü aleyhine açmış olan tarafa iltihak halinde:

Müdahil, **davaya konu yerin müşterek mâliklerinden birisi ise**, süresinde itiraz davasını açmamış bulunması, yani hak düşürücü süre sebebinin varlığı yüzünden bu yolda bir dava açamayacağı gibi, açılmış davaya da müdahale edemeyecektir. Ancak, müşterek maliklerden her hangi birisinin Medeni Kanunun 625. maddesindeki diğer hissedarları **temsil** salâhiyetine dayanarak açacağı davada, 21.6.1944 gün ve 24 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında «Müşterek gayrimenkule başka bir şahıs tarafından vuku bulan müdahalenin men'i hakkında hissedarlardan biri tarafından açılacak dava neticesinde verilecek hükmün müşterek şeyin tamamına şamil olacağı» şeklinde belirtildiği gibi karar verileceğinden, yani taşınmazın **tamamına**, orman sınırlaması biçiminde vaki müdahalenin men'ine, **sınırlamanın da iptaline** karar verileceğinden, bu davayı açamamış hissedarın hiç bir kaybı olmayacaktır.

Bu İçtihadı Birleştirme kararından önce benzer bazı olaylarda her ne kadar hissesi oranında müdahalenin men'i ile **sınırlamanın** tümüyle iptaline karar verildiği de olmuşsa da, sonucu itibariyle, hem sınırlamanın bütünüyle iptal edilmiş bulunması sebebiyle, hem de, bu davacının hissesi taşınmazın belli bir yerinde değil, yerin tamamına sari ve şâyi (yaygın) bulunduğundan, her zerresinde mevcut olduğundan tamamına vaki müdahalenin men'i şeklinde infaz zorunluğu vardı, uygulamada böyleydi ve sonucu itibariyle **durumda İçtihadı Birleştirme kararından önceye göre de yine aynilik - benzerlik mevcuttu.**

Böyle bir hissedarın bu davaya, **davacı yanında** katılması ve taşınmazın Devlete ait olmadığını kanıtlamaya katkısı, bu davanın sonucuna bağlı hakkı yönünden yararınadır denilebilir diye dahi müdahale talebini mümkün görmek hak düşürücü süre yüzünden yasaya uymaz. Buna karşın orman sınırlaması iptal edilirse taşınmazdaki hissesi aynen devam eder ve ölümden, yok olmadan kurtulmuş olur.

Fakat, bir kişi, hem de orman sınırlaması tutanağında isteğinin reddine yönelik gerekçeler mevcut iken bu itiraz davasına katılmak ister, talebi de uygun görülür ve davacı yanında yer alırsa, katıldığı taraf yararına verilecek karardan onun da yararlanması olası değildir. Dayandığı hak düşmüştür, kullanılamazlaşmıştır.

Bu kişi taraflardan davalı yanında yani Orman Genel Müdürlüğü yanında yer alabilir mi? Bunun anlamı, orman sınırlaması doğrudur demektir. Önce bana ait dedin, isteğın komisyonda reddedildi, şimdi Devletin diyorsun, davanın neticesindeki yararın nedir? sorusu cevapsız kalır.

İşte bu talebe dayanan müdahale isteğinin mahkemece reddi gerekirken kabul edilir ise bunun yasalarla bağdaşır yanı düşünülemez. Yasallığı savunulamaz.

Mahkemenin nihai kararı aleyhine olan Orman Genel Müdürlüğü kararı **duruşma istemeden** temyiz etmiş ise, bu davalı İdare yanında yer alması sözü edilen müdahilin temyiz talebi, aslında müdahaleye yasal hakkı olmayan kişinin temyiz talebidir ve sonuç doğurmaması, yok farzedilmesi, incelenmemesi gerekir.

Buna karşın, Orman Genel Müdürlüğü davalının da kullanmadığı, davacı tarafın cevabı ile de istenmemiş olan **duruşma** talebiyle müdahil bu kararı temyiz etmiş ise, **katıldığı tarafın kullanmadığı hakkı** müdahilin kullanımına usul hükümleri engeldir denilerek bu talebin nazarı itibara alınmaması icabeder.

Ne varki, böyle bir talebin kabul edildiği, Yargıtay incelemesinin sadece müdahilin isteği üzerine, inceliği gözden kaçarak duruşmalı yapıldığı da olagelmektedir.

Hatta, tarafları duruşmaya çağırılan müdahil lehine ; duruşma vekâlet ücreti dahi hükmedildiği olmaktadır.

Bunun, HUMK.nun (420). maddesi hükmüne uyup uymadığı da konunun bir diğer yanıdır.

Benzer olaylarda ve karar düzeltme istemleri safhalarında konunun :

Müdahale talebinin kabulü mümkün mü?

Katıldığı tarafın kullanmadığı duruşma isteme hakkını kullanabilir mi?

Bu istek üzerine duruşma yapılabilir mi?

Tarafları Yargıtay'da duruşmaya çağırılmış olan müdahil yararına duruşma vekâlet ücreti hükmedilebilir mi?

Yönlerin ele alınmasında, oturmuşluk kazanmasında, **ülke düzeyinde uygulamaya birliği sağlanmasında ve bu uygulamanın yasalara uyumundaki kuşkunun ortadan kaldırılmasında**, hukukumuzun gelişmesine katkı yönünden sayısız yararlar vardır.

BİRLEŞİK DEVLETLER ANTİTRÖST HUKUKUNDA
YENİ GELİŞMELER
PATENT ANTİTRÖST ORTAK YÜZÜ
(II)

Yazan
Glen E. WESTON (*)

Çeviren
Nail SUCU (**)

IV — DOKUZ «HAYIRLAR»

1981 Kasımı'nda Sayın Baxter'in Başhukuk Müşavir Yardımcısı Sayın Abbott Lipsky, Amerikan Baro Birliği Antitröst Bölümü'nde konuştu. 9 Hayırları, doğrudan çok, yanlış içerdiğinden kabul etmedi.

Sayın Lipsky, şubenin öncelikle yapıda dikey ve ufkî olan lisans kısıtlamaları arasında temel ayırım yapacağına işaret etti. Eğer lisans sahibi, lisans verene esasen rekabetçi olmayan dağıtıcılık tipi ilişkide ise kısıtlama dikey olarak mütalâa edilecek ve toleranslı karşılanacaktır. Ancak lisans veren ve lisans sahibi esasen fiili rekabetçiler veya rekabetçi olmaları çok yakın ihtimal içinde olanlar iseler kısıtlamalar daha sertçe karşılanacaktır.

Ben şimdi iyi bakılmayan «Dokuz Hayırları» kısaca gözden geçireceğim ve değişik Adli Şube tutumuna işaretlerle, eğer yasalaşmazsa, nihayet olacaklara ilişkin tahminlerimi vermeye çalışacağım.

1 — Bağımlı - Şartlı - Satışlar (Tie - İns) : İlk «Hayır», lisans sahibinin lisans verenden patentsiz mallar almasını gerektiren bağlantılı satışı. Sayın Lipsky bunun, mevcut hukukta geçerli açıklama (beyan) olabileceğini ancak olması gereken hukuk yönünden

Yargıtay Dergisi, Cilt : 12, Sayı : 4, Temmuz - 1986, Sayfa : 493 - 505'den devam.

(*) The George Washington Üniversitesi Antitröst ve Ticaret Hukuku Profesörü.

(**) Yargıtay Tetkik Hâkimi.

KAYNAK : IIC International Review of Industrial Property and Copyright Law (Fikri Mülkiyet - Telif Hukuku Uluslararası Dergisi, 1984/3 - 15, Sayfa : 269.

«saçma» olduğunu açıkladı. Bağlantılı satış için iki geçerli neden vardır : (a) Bağlantılı satış patent sahibinin lisans sahiplerinden, lisansın her lisans sahibi için değeri üzerinden ücret istemesine izin verir. (Verimli —etkin— ölçme aleti Tartışması) (b) bağlantılı satış lisans sahibine, patentli kalemle patentsiz girdileri tam oranda kullanarak patenti uygulaması için teşvik sağlar.

Benim tahminim : Kendiliğinden (bizatihi) yasayı ihlal kuralının yavaş yavaş yıpranması olacak ancak mahkemeler sözde bağlı kalacaklar ve patent bağlı satışına katı davranacaklar. Sonuçta yaklaşık on yıllık bir dönem sonu onun kendiliğinden (bizatihi) yasayı ihlal kuralı olarak bertaraf edilmesi olasıdır (muhtemeldir).

2 — Tahsisin Geri Verilmesi Veya Özel Lisans : İkinci Hayır, ruhsat sahiplerinin belli ruhsat sahibi tarafından geliştirilmiş Know - How veya ıslah patenti gereğince lisans verene ya tam tahsis veya özel bir lisansı geri vermeyi zorunlu kılmaya karşı önerilen bir yasaktı. Sayın Baxter açıkça görülüyorki, saik hak kuralına bağlanmayı seçiyor. Olaylar ve unsurlar, buluşçu faaliyetlerine girişmelerine ruhsat sahiplerini teşvik eden şeyleri azaltacak yeterli bir eğilim (temayül) olup olmadığını belirleme yönünden tartışmalıdır. **Benim tahminim** : Temyiz mahkemesinin 1947 Trans Wrap kararı uyarınca belli kural olduğundan Baxter'in Saik kuralı izlenecektir.

3 — Alıcının Patentli Mahsulü Tekrar Satmasını Kısıtlama : Üçüncü «Hayır» alıcının patentli mamülünü tekrar satışını kısıtlayan bir lisansı yasaklar. Mutad mamülün satışıyla patentin sona ermesi prensibi uyarınca bu tür bir girişim çoktandır hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülür.

Ancak Baxter yaklaşımı böyle bir kayıtlamayı yapımcı - lisans veren tarafından dağıtımda verimliliğe ulaşmak için yararlanılacak, dağıtımdaki dikey bir kısıtlama olarak mütalaa eder. Bu nedenle Adliye Şubesi, GTE - Sylvania Saik kuralını hem patentli hem patentsiz mamüllerin tekrar satışı üzerine kısıtlamalara uygulamak için mahkemeleri iknaya çalışacaktır. **Benim tahminim** : Bu bir yasa değişikliğini ifade eder ancak GTE - SYLVANIA'yla tam uyumludur ve ihtimalki başarılı olacaktır. Çelişen kararlar olmakla beraber bazı alt mahkeme kararları bu görüşü zaten kabul ettiler.

4 — Tekelden (inhisari) Ticaret : Dördüncü «Hayır» lisans sahibinin patent kapsamında olmayan hizmet ve mamüllerle uğraşmasını kısıtlayan tekelden (inhisari) ticaret anlaşmalarını ele aldı.

Alt Federal mahkemeler bunun patent suistimali olduğuna hükmetti. Ancak Baxter yaklaşımı bu lisansların fiili veya muhtemel rakipler arasında ufki veya esasında dağıtımsal tipte dikey anlaşmalar olup olmadığını tayin etmeye çalışır. Eğer dikeyse genelde izin verilmeli, yok ufkiyse onlar Saik Kuralı uyarınca dikkatlice incelenmelidir. **Benim tahminim** : Saik Kuralı sonuçta bütün bu tür anlaşmalara uygulanacaktır. Düşüncem 1961'deki Temyiz Mahkemesi Tampa Electric kararından beri tekelden (inhisari) ticarete yönelik, genelde değişen tutuma dayanmaktadır.

5 — Lisans Sahibi Vetosu : Beşinci «Hayır», lisans sahibinin veto koşulu diye anılan ilk lisans sahibinin rızası olmadan daha fazla lisans vermemeyi kabul eden lisans vericisine yöneliktir. Yeni Adli Şube analizi, yasaklayıcı bir kuralın bazen zararlı olabileceğini gösteriyor. Lisans sahibinin patenti uygulamak için bağlanmış sermaye geliri oranını etkileyebilecek diğer lisansların nitelik ve sayısında hayati yararı vardır. **Benim tahminim** : Yasaklayıcı kural iyi yerleşmiş olmadığından ve açık (bariz) ekonomik mantığı olmadığından bu ancak sonuçta başarılı olacaktır.

6 — Mandater (emri) Paket İzin : Altıncı «Hayır» mandater paket izindi. Bu lisans sahibinin istenen patent altında bir lisans almanın şartı olarak iki veya daha fazla patent altında lisansları kabul etmesi gereğini ifade ediyor.

Teknolojik olarak ilgili paket patentler lisansı Baxter tarafından patent sahibine sadece lisans sahiplerine herbirine farklı değer verdiği iki patentin net ücretini en üst düzeye çıkarmasına olanak veren etkin bir vasıta olarak düşünülüyor. Paketleme, her lisans sahibinin her bir patente vereceği değeri öğrenme uğraşısındaki bilgi toplama maliyetinde tasarrufa ve farklı lisans şartlarını müzakere de muamele —faaliyet— masraflarından tasarrufa olanak sağlar. Benim tahminim Bu kuralı, değiştirme girişimi başarılı olmayacak. Kural geçenki Yargıtay kararıyla iyice yerleşmiştir ve Baxterin dayandığı Profesör Stigler'in ekonomik mantığı —temeli— çok komplekstir.

7 — Mandater (emri) Toplam Satış Telif Hakkı Ücreti : Şube geçmişte patent kullanılarak yapılmış olsun olmasın benzer mamulâtın toplam (mecmu) satımında berat ücreti gibi bir lisans verenin patentsiz mamüllerde berat ücreti ödemesini zorunlu kılmasını kendiliğinden (bizatihi) yasa dışı, (haksız olarak) mütalâa etti. Yeni yaklaşım lisan veren ve lisan alan arasındaki bağlantının esasında dikey dağıtımsal bağ olup olmadığını belirlemeye çalışıyor. Eğer öy-

leyse bu tip koşul —madde— uygundur. Eğer bağ ufki rekabetçi türden ise Saik Kuralı yine de uygulanmalı, zira patentsiz şeylere dayalı patent ücretleri tesbiti bazı hallerde haklı «değerlendirme —ölçüm—» vasıtası olabilir, fakat diğer durumlarda değil. Benim tahminim : Mandater (emri, buyurucu) toplam satışlar telif ücreti koşullarının yasa dışı oluşu kuralı kompleks müteaddit patent durumlarındaki isteğe bağlı uygun durum ve zamanlı toplam satışlar telif ücreti anlaşmalarının aksine yakın geçmişteki yargıtay tartışmalarına konu olmuştur ve değişmeksizin kalması olasıdır (muhtemeldir)

8 — Patentli İmalâtla yapılan patentsiz Mamüllerin Satışına Kısıtlamalar : Sekizinci «Hayır», imalat patent lisansörünün —lisans sahibinin— patentli imalatla yapılan patentsiz mamüllerin satışları üzerine kısıtlamalar koyma girişimini yasadışı olarak düşündü. Yeni Adli Şube yaklaşımı Saik Kuralını uygulayacak. Yasadaki bu değişiklik, gariptir, görünüşe göre adli şubenin itirazı üzerine zaten yakın geçmişte Studiengesellschaft Kohle davasındaki Birleşik Devletler Üst Mahkemesi kararında yapılmıştı. Başhukuk Müşaviri Baxter kararı onaylıyor.

9 — Fiyat Sınırlamaları : Sayın Baxter esasında dikey dağıtım anlaşmaları ve ufki rekabetsel bağlantıları oluşturan lisanslar arasında ayırım yapmayı ister.

Dikey bağlantılardaki fiyat tesbiti temelde ikinci satış fiyatına müdahale gibidir ve izin verilmelidir. Eğer bağlantı ufki ise kartel kontrolü artabilir böylece onlar yasaklanmalıdır. Benim tahminim : Dikey fiyat tesbiti yasaklaması kendiliğinden (bizatihi) yasa ihlali kuralı olarak iyice yerleşmiştir ve devlet ikinci satış idame kurallarına antitröst ayrıcalıkların 1975 iptalinde kongre onayını kazanmıştır.

V — PATENT BİTİMİNDEN SONRA BERAT ÜCRETİ İSTEME

Sayın Baxter, Brulotte v. Thuys (1964) da patent sona erdikten sonra ihtira ücreti istemenin hakkın suistimali olduğuna hükmeden Yargıtayın düşüncesini bertaraf etmeye uğraşacak. O, lisans sahiplerinin daha uzun ödeme dönemine karşılık patent dönemi sırasında daha düşük berat ücreti pazarlığı yapabileceğini öne sürer. Bu patent periyodunda randımanı artıracaktır ve bu tüketiciler için daha düşük fiyat ödemektir. Benim tahminim : Özellikle itinalı, ölçülü lisans tasarısı patent döneminde hasıl olan berat ücretlerinin vadeli ödenmesi sonucunu sağlayabileceğinden Brulotte davası yakın gelecekte bertaraf edilme ihtimali yönünden çok yeni.

VI — PATENT LİSANSLARINDA BÖLGESEL KISALTMALAR

Birleşik Devletler Mamül patenti ve diğer milletlerdeki karşılıklı muahede patentleri sahibinin tek yanlı veya bağımsız olarak her milletteki farklı lisans sahiplerine ayrı lisanslar çıkarmayı kararlaştırması genelde tamamiyle yasal olarak düşünülmüştür. 1970'lerde Adli Şube konferansları uygulamayı kuşkuyla karşıladı. Ancak 1977 Adli Şube Antitröst ve Uluslararası İşletmeler Rehberi Yabancı lisans sahibinin ithalini önlemek için Birleşik Devletler patentlerinden yararlanmaya izin veren kuralı teyid etti. Diğer yandan bir kısım daha önceki Uluslararası cartel davalarında rekabet eden yanlar —rakipler— arasındaki dünya pazarlarını yöresel teknoloji ve patent ruhsatına ayıran ufki anlaşmaların Sherman Yasasını ihlal ettiğine hükmedildi. Yakın geçmişteki Westinghouse —Mitsubishi davasında, adli şube, dünya pazarlarını patent ve Know - How karşılıklı —çapraz— izin anlaşmalarıyla bölmek için dolaylı (zımni) bir anlaşmayı kanıtlamaya çalıştı. Westinghouse, Mitsubishiye, Birleşik Devletler ve Kanada patentleri altında lisansları vermemişti ve Mitsubishi Westinghouse'a Japonyada lisansları vermemişti. Mahkeme, belli pazarlarda lisans vermemek için her birinin tek yanlı kararlarından fazla birşey olduğuna dair yeterli kanıt olmadığına karar verdi. Dokuzuncu Kaza Bölgesi, karar tek yanlı olmak koşuluyla patentler sahibinin bazı milletlerde lisanslar vermek, bazılarında onları vermemek suretiyle kendi pazarını korumaya çalışmasının Birleşik Devletler Yasası uyarınca tamamiyle yasal olduğuna karar verdi.

VII — PARALEL İTHALLERE KARŞI AÇIK YASAKLAMALAR

Lisansörün bir adım daha ileri gittiğini ve Birleşik Devletler Pazarına ihraç yapan diğerbir milletteki lisans sahibine karşı açık yasaklama koyduğunu farzedelim. Bu konuda karar verilen davaların çoğu ticareti men ve kısıtlamayı onayladı. Ancak Adli Şube ara ara bu kararları onaylamadığına ilişkin açıklamalar yaptı.

Onlar bunun Birleşik Devletler Patenti geçerliliğine karşı çıkmayı önlemek için sözleşmesel çare sağlama girişimi olduğu ve patent sahibinin olanaklarının ihlâli ithalleri önlemek için Uluslararası Ticaret Komisyonu işlemleri veya ihlal davalarıyla sınırlandırılması gerektiğini öne sürdüler. Ancak en katı kurallar empoze etmeye uğraşan eski Adli Şube Müşaviri sayın Richard Steern, geçenki bir Avrupa Fikri Haklar Dergisi makalesinde, mahkemeler ihtimalki daha ileri ufki anlaşmaların ya da kanıtlanabilir monopolistik etkilerin yokluğunda böyle kısıtlamaları onaylayacakları görüşünü ifade

etti. Eğer Birleşik Devletler patentini uygulamak için verilmiş bir lisans, mamülün diğer milletlere ihracına karşı bir yasaklamayı içerirse, o karşılık patentlerin olmadığı bir ülkeyi kapsadığında intimal-ki geçersiz kabul edilecektir.

VIII — KNOW - HOW İZNI

Genel olarak, Birleşik Devletler İctihat Hukuku Know - How lisans kısıtlamalarının geçerliliğini «belirlemede yardımcı (tâli) ticareti men ve kısıtlama» diye bilinen doktrini uyguladı.

Bu doktrin uyarınca, eğer kısıtlama yasal belli —ana— bir amacı içeren anlaşmanın bir parçasıysa ve gayeye ulaşmak için haklı olarak gerekliyse rasyonel —makûl— kısıtlama olarak kabul edilecektir. Eğer izin verilen Know - How gerçekten değerli ve gizliyse yasal ana amaçlar vardır zira lisans kartel anlaşmasını gizlemek için yapmacık bir şey, kılıf değildir.

Bir Birleşik Devletler ilgisinin Know - How dan yararlanarak yapılan mamulleri lisans sahibine Birleşik Devletler pazarına ihraç etmesini yasaklayarak lisansörün yerli pazarını korumak için tasarlanmış bölgesel kısıtlamalı olarak yabancı bir ilgiliye Know - Howa izin vermesi yasal mıdır? Veya alternatifleriyle diğer bir milletteki bir ilgili Birleşik Devletlerden mamülleri ihracına karşı kısıtlamayla bir Birleşik Devletler ilgisine Know - How izni verebilir mi?

Birleşik Devletler Antitröst davaları seyreklerdir. Onların çoğu dünyayı lisans kısıtlamalarının gerçekten yardımcı (tâli) olmadığı pazarlara bölen ağır kartel anlaşmalarını içermektedir. Birkaç alt federal mahkeme kararları Know - How lisanslarındaki böyle bölgesel kısıtlamaları onayladı.

1977'de Adli Şube Uluslararası Antitröst Rehberi çıkardı. Bu Cumhuriyetçi Ford yönetiminde hazırlandı ancak Başkan Carter görevi aldıktan sonra çıkarıldı. Rehberde müzakere edilen hipotez işlemler Know - How lisanslarını ilgilendiriyor. Rehber Know - How iznindeki bölgesel kısıtlamaların geçerliliğinin yardımcı (tâli - fer'i) kısıtlamalar doktrinine dayandığını ve pek tabii diğer bir milletteki ilgiliye lisansın, Birleşik Devletler antitröstü uygulamadan Birleşik Devletler ihraç ve ithalleri üzerine esaslı ve gözle görülür etkiyi içermesi gerektiğini açıklar.

Hipotez olayların üçü (E F. ve H. davaları) lisans sahibinin lisanslı Know - How kullanılarak yapılmış mamülleri Birleşik Devletler pazarına ihracına karşı bölgesel kısıtlamaları içerirdi. Biri yirmi yıl ve biri ortak bir yatırıma, diğeri devlet malı girişime ait olan diğeri ikisi sürekliliydi.

Adli şube 20 yıl vâdenin muhtemelen çok uzun ve sürekli kısıtlamaların mutlaka çok uzun olduğu görüşünü ifade etti. Rehber yardımcısı (tâli - fer'i) men ve yasaklamalar doktrinini uygulamada belli bir kriter önerdi :

- 1 — Bölgesel kısıtlama lisansörün lisans sahibine empoze ettiği tek taraflı olmalı,
- 2 — Karşılık bölgesel kısıtlamalar olmamalı,
- 3 — Know - How özel, esaslı, değerli ve gizli olmalı,
- 4 — Bölgesel kısıtlama makul zaman periyoduna sınırlandırılmalı.

Bu, aksi teknoloji düzenlemesi için gerekli veya tarafların gerekli olduğunu kanıtlayacakları diğer bir zaman periyodunu geçmemeli.

Rehber, bölgesel kısıtlamalar süresinin, aksi teknolojiyi sınırlandırma girişimi için esaslı biçimde eleştirildi. Bu görüldüğü gibi lisans sahibinin, alenen pazarladıktan sonra mamül analizinden Know - How'ı geliştirmesi için geçecek zaman periyodunu ifade eder. Böyle değişik bir düzenleme periyodu ne kadardır? Bilinmez fakat bazıları çok Know - How'ın 3 - 5 yıl içinde değişik düzenlenebileceğini önerdi, eleştirmenler değişik düzenleme periyodunun fazla belirsiz değişken ve lisans sahibinin maharetine dayandığını ve değişik düzenlenemeyecek mamül hasil eden makine veya gizli imalat için bir rehberi sağlayamadığını iddia ettiler. Bir kaç alt federal mahkeme Know - How'daki bölgesel kısıtlamanın sınırsız olarak ticari sır sürüsünce geçerli olduğuna yani genel olarak bilininceye kadar geçerli olduğuna hükmetti.

Özellikle Yargıtayın Quick Point Pencil kararının ışığında Birleşik Devletler Mahkemelerinin 3-5 yıldan daha uzun periyodları sürdürmesinin muhtemel olduğunu zannederim.

IX — İMALAT PATENTLERİ

İmalat patenti sahibinin patentsiz imalat mahsulü üzerinde kontrol hakkını kullanabilme derecesi Birleşik Devletler'de uzun süre tartışma konusu olmuştur. Yıllarca patentli imalat sahibinin patentsiz mahsulün satımını kullanım sahasını veya yöresini, fiyatını kontrol hakkına sahip olmadığına hükmedildi. Zannederim D. C. bölgesi Birleşik Devletler Üst Mahkemesi'nin geçenki kararı birkaç nedenle Max - Planck Enstitüsü'nü özellikle ilgilendirir. Bu Birleşik

Devletler V. Studiengesellschaft Kohle, m. b. h dır. Mahkeme Birleşik Devletler imalat patentlerine sahip olan Alman Firması'nın Birleşik Devletler firmasına patentli imalatla yapılmış patentsiz mahsulü satması için özel lisans verebileceğine ve diğer Birleşik Devletler lisans sahiplerinin satmak için değil sadece kendilerinin kullanımı için mahsulü yapmalarıyla sınırlanabileceğine hükmetti. Adli Şube patentsiz mahsulün satımı üstüne konan bu kısıtlamaların imalat üzerine tekeli, patentsiz mahsule teşmil etme girişimi olarak «kendiliğinden —bizatihi—» yasa dışı —haksız— olduğunu öne sürdü. O ayrıca mamulün yapımının, patenti sona erdirdiğini ve patentsiz mahsul satımını kontrol girişiminin kendiliğinden (bizatihi) illegal olduğunu öne sürdü. Mahkeme Mamûlat Patenti ile imalat patenti arasındaki ayırımın Yargıtayın GTE - Sylvania davasında reddettiği formalistik bir sınır çizme olduğunu öne sürerek bu iddiaları reddetti. Mahkeme buradaki men ve kısıtlamanın patentin verdiği yetki sahası içinde olduğuna işaret etti. Tek bir lisans sahibine özel lisans kuşkusuzki geçerlidir, ve burada ilave lisansla bazı talepleri karşılayacak ilave rekabet yarattı. Mahkeme, bir noktada, bu diğer vasıtalarla rekabetli biçimde yapılamıyacak benzersiz bir mahsul olmakla cenerik —aynı cins— mahsulleri içerenler gibi diğer bazı olayları ayırdı.

Fakat patentli imalat vasıtasıyla kartelleştirme teşvik ve çabası olmadığı sürece mahkemenin gerekçesi her iki mahsule uygulanabilir görünüyor.

X — REAGAN YÖNETİMİ YENİLİĞİ TEŞVİK YASASI TEKLİFİ

1983 Eylülünde Reagan yönetimi teklif ettiği Ulusal Prodaktivite ve Yenilik yasasını ortaya attı. Bu önde kongre liderleri ve Kabineler, Adli Şube ve ticaret şubesi arasındaki uzun konferanslardan sonra taslaklandı. Kongrenin onayı muhtemel görülmediğinden daha önceki antitröst yasaların daha geniş bir revizyonu plâni bir kenara bırakıldı, revizyonu, ortak araştırma ve fikri mülkiyet sahalarına sınırlandırarak yönetim tasarısı işsizliği azaltmak ve ihracatı artırmak için yeniliği teşvik ve prodiktiviteyi artırma gereksinimiyle ilgili birkaç Demokratik Kongre üyeleriyle cevabi uyum sağladı.

Reagan Yönetimi Tasarısı 4 esas kuralı içerir :

1 — Ortak Araştırma Yatırımları (girişimleri) için yeni antitröst kurallar

Tasarı, antitröst üç kat zarar sorumluluğunu azaltarak şirket grupları arasında ortak yatırım girişimlerini teşvik etmeyi önerir. Bu amaca ulaşmak için tasarı ortak araştırma ve geliştirme programlarına antitröst yasalar uyarınca herhangi bir davada «kendiliğinden

den —bizatihi— illegal diye ele alınamayacağını temin edecek. Bu böylece tam bir «Hak - Saik» «kuralı» araştırmasını ve rekabeti önleyici etkilerin muhtemel rekabet lehine, nimetlere, yararlılara ağır bastığına dair bulguyu gerektirecektir.

İkinci koşul, ortak araştırma ve geliştirme girişimine katılmayı planlayan firmalara Adli Şube ve Federal Ticaret Komisyonuna ihbar yetkisi veriyor. Böylece bildirilen ortak araştırma ve geliştirme girişimine katılanlar bu tür katılma nedeniyle antitröst üç kat tazminattan sorumlu olmayacak ancak gerçek tek zararlar sorumlu tutulabileceklerdir.

2 — Fikri Mülkiyet İzni için yeni Antitröst Kurallar

Reagan tasarısı ayrıca bu tür lisansa izne ilişkin «hakkı kötüye kullanma» ve antitröst yasasını reforme etmek ve esaslı biçimde açıklığa kavuşturmak suretiyle fikri mülkiyet lisansını teşvik etme çabasıdır. Tasarı yararlanma, kullanma haklarının nakli anlaşmaları veya ikinci derece patentli buluşlar, telif hakları ticari sırlar, Know - How veya diğer fikri mülkiyet hakkının antitröst yasalar uyarınca davalarda «Kendiliğinden —bizatihi—» illegal sayılacağını belirtecektir. Bu ayrıca böyle davalarda tam bir «Saik - Hak Kuralı» araştırmasını gerektirecektir.

İkinci önerilen antitröst reform fikri mülkiyet izni davalarında antitröst zarar tazminatını tek tazminatla sınırlandıracaktı.

XI — KÖTÜYE KULLANMA DOKTRİNİ REFORMLARI

Patenti «kötüye kullanma» doktrini, patent yasaları veya antitröst yasaların kamu politikasını ihlal eder biçimde patenti kullanan patent sahibine, ihlale karşı mahkemenin «yapmama emri» yardımını reddeden, içtihatlarla yaratılmış eski bir kusurluluk şartının uygulanmasıdır. O sert bir yoldur ve Başhukuk müşavir yardımcısı Baxter bunu çok eleştirmiştir. O, hakkın suistimalinin antirekabetçi etkisinin kanıtlanmasının zorunlu olmadığına ve def'ye —savunmaya— başvuranın hakkın suistimaliyle zarara uğramasının gerektiğini belirtti. O, onun antitröst yasalardan daha fazla yeniliğe engel olabileceğini belirtti.

Yönetim tasarısı, bu nedenle hakkın kötüye kullanılması olarak ileri sürülen tavrı hareketin antitröst yasaları ihlâl edeceği kanıtlanmaksızın patent veya telif hukuku olaylarında mahkemeleri hakkın kötüye kullanılması doktrinini uygulamaktan menetmeyi önerir. Tasarı antitröst yasaların ihlal edildiği kanıtlanmadan hakkın suistimali olarak altı tavrı hareket türünü belirler :

1 — Patent mütalebe haklarının —patentin sağladığı hakların— kapsamı dışında ticareti etkileyen koşullar altında patente izin,

2 — Bir lisans sahibini patentli mamül satışında veya patentli imalatla yapılan mamülün satımında kısıtlama,

3 — Aşırılık iddia edilen, telif hakkı yüklemde (tahmilde) veya telif hakkı oranlarında ayırım,

4 — Lisans sahibinin patentli imalatla yapılmış bir mamül veya patentli mamüllerin satımıyla ilgili olmayan tutarlarda telif ücretleri isteme,

5 — İddia edildiği gibi rekabeti bastırmak için herhangi kimseye patent izni vermemek veya patenti başka türlü kullanmak,

XII — İMALÂT PATENT KORUMASININ GELİŞTİRİLMESİ

Tasarı ayrıca yönetimin verimi artırma teknolojilerinde yatırım teşvikini kıran imalat patentlerine ilişkin bugünkü Birleşik Devletler Patent hukukundaki «kaçamak - açık kapı» dediği şeyi kapama çabasında. O, patentli imalat sahiplerine ayrıca patentli imalatla yapılan bir mahsulün ithalini, satım ve kullanımını önleme olanağı verecektir.

XIII — YASALAŞIRSA REAGAN YÖNETİMİ TASARISININ ETKİSİ

Tasarı yasalışırsa patent antitröst hukuku ve hakkın kötüye kullanılması üzerine etkisi derin olacaktır. Saik - Hak Kuralı bütün fikri mülkiyet izni durumlarında uygulanabilecek ve Şikago Okulu müritleri ve Baxter tarafından öne sürülen rekabet yanlı gerekçeler ve ekonomik teorilerin hüküm süreceği çok muhtemel.

Kuvvetli bir büyük antirekabetçi etki görünümünün var olduğu ve bunu aynı kuvvette karşılayacak yararlı etkisine bir kanıtın olmadığı durum dışında özellikle bağımlı —şartlı— satışlar, teknolojik bağlantılı patentler paket izni, telif hakkı ücreti oranı ayırımı, telif ücreti oranı baz'ı olarak patentsiz mamüllerin kullanımı, telif hakkı yükümlülüklerini patent dönemi ötesine yayma —uzatma—, lisans sahibinin sattığı bölge veya müşterileri veya yapımcı lisans sahibinin birinci satış fiyatını kontrol ve tam tahsis geri verme koşulları gibi uygulamalar muhtemelen onaylanacak. Bu nedenle böyle yasa koyma ihtimalki, patent lisans hukuku reformunu, alternatifi yavaş, oylardan olaya yaklaşımdan daha büyük daha süratli biçimde başarakacaktır.

XIV — REAGAN YÖNETİMİ TASARISI GENEL GÖRÜNÜMÜ

Bu yazı sırasında Reagan öncülüğündeki tasarının kabulü ile yürürlüğe girmesi yönünden genel görünüm oldukça belirsiz. Ortak araştırma girişimlerine ilişkin önerilere çok kuvvetli destek var ancak bir kaç askıda —karara bağlanmamış— alternatif tasarılar var. Bazı Kongre mensupları ortak girişim araştırma sonuçları için zorunlu izin kuralı öneriyorlar, ancak Reagan yönetimi buna kuvvetle karşı koyuyor.

İhtimali Patent hukuku birlikleri, henüz teklifleri incelemelerini tamamlamadığından ve onlara karşı bir tavır takınmadığından fikri mülkiyet izni için daha az destek görünüyor. Kongrede fikri mülkiyet izni antitröst davalarında üç kat tazminatın bertaraf edilmesine oldukça önemli ölçüde karşı koyma (muhalefet) var. Bir kısım toplantılar yapıldı ancak 1984 ün ilk yıllarında öneriler üzerinde son çalışma olmayacağı benzer. Ayrıca tasarının ortak araştırma maddelerinin ayrılacağı ve fikri mülkiyet maddeleri üzerinde son çalışmadan çok daha önce yasalaşacağı ihtimali var.

SONUÇ

Reagan yönetim infaz politikası ve ekonomik teorideki bu değişimler, teknolojinin lisans sahiplerine ve lisansörlerine ne ifade eder?

Teknoloji transferini içeren en çok davalar özel davalar olarak doğduğundan ve bu davalara sayın Baxter veya Başkan Miler değil mahkemeler karar vereceğinden hükümet infaz politikasının gevşetildiği yerde bile ihtiyat gerekir. Adli Şube Rehberi mahkemeleri bağlayıcı değildir. Mahkemeler antitröst kuralları değiştirmeye ikna etmek çok yıllar alır. Adli Şube rehberi veya açıklamalarıyla yanlış yola sevkedilseler bile izin kurallarını yanlış yorumlayanları Birleşik Devletler Patent hakkını suistimal doktrini uyarınca patentleri uygulama hakkını kaybetme ve üç kat tazminat gibi katı sert yasal yollar bekliyor.

Cevabı gerçekten zor sual, antitröstün yorum ve uygulamasındaki Şikago Okulu teorisinin kabulüne yönelik bugünkü eyilimin sürekli bir değişim olup olmadığıdır? Veya O, esasında geçici bir hevesmidir? Kuşkusuz Birleşik Devletler antitröstü geçmişteki yorum ve uygulamalardaki heveslerden payını almıştır.

Örneğin, 1 — Fiyat ayırımı —farklı fiyat—: 1950 ve 1960'ların ilk yıllarında Federal Ticaret Komisyonu her yıl yüzlerce dava açtı. Şimdi çok az açıyor. 2 — Özel Ticaret : 1950'lerde hem Adli Şube hem Federal Ticaret Komisyonu her yıl bir çok olayda dava açtı; şimdi çok az dava getiriyorlar. 3 — Karşılıklılık (mütekabiliyet)

1960'ların sonlarında ve 1970'lerin başlarında her iki şubece bu bir uygulama merakıydı. Şimdi davalar hiçte sık değil. 4 — Dikey Birleşmeler : 1960'larda her iki ajans çok davalar açtı; şimdi davalar ender. 5 — Kümelenme Birleşmeleri : Hükümet 1970'lerin ilk yılları bir çok yasaklamalara başvurdu ancak şimdi nadiren karşı koyuyor. 6 — Ortaklı Tekeller : Carter yönetimi Adli şubesi ve Federal Ticaret Komisyonu ortaklı bir tekel örneği belirlemeye çalıştı. Şimdi kavram bir kenara bırakılmış görünüyor. Bu kayıtlara karşın (rağmen) bütün değılsede bazı Şikago Okulu teorileri sürekli değışmeler oluşturacaktır. Öngördüğüm devamlı değışme sahaları :

1 — Fiyat ayırımı kurallarının esaslı gevşemesi 2 — Dikey ve kümeleme birleşmelerindeki birleşme kurallarının esaslı gevşemesi 3 — Fiatlardışı dikey kısıtlamalar, GTE - Sylvania hükmü uyarınca gevşemeye devam edecek 4 — Katımalı —ortaklı— tekel teorileri sönük kalacak 5 — Bağlı —şartlı— Satışlar : Kurallar daha esnek ve yumuşama olacak ancak genel bir husumet tutumunun terki olmayacak 6 — Sonuçta nakzedilen Topco davasıyla ortak girişim kuralları Saik Kuralı esasıyla daha gevşek olacaktır.

Bu değışmelerin olacağına inanmamın nedeni şu : Bunlar Şikagolular'ın, üzerinde Harvird Okulu teorisyenlerini tümüyle ya da kısmen değıştirdikleri konulardır.

Teorik olaylar basittir ve değışmeleri destekleyen deneysel araştırmalar artıyor.

Diğer yandan, bazı Şikago okulu hayranlarının tekeller ve kartellerin kendi kendine düzeltici (tashih edici) olduğu yolundaki aşırı görüşü kabul edilmeyecek ve esas Birleşik Devletler antitröst politikası güçlü kalacaktır. İkinci satış fiyatına müdahaleye izin verme hareketi ihtimalki hüküm sürmeyecek. Dağıtım —çözme— programları karma bir torba olacak. Bazı dağıtımlar —çözmeler— işleyerek diğer örneklerde yeni bir düzenleme olacak. En önemli, galebe çalan şey önümüzdeki birkaç yıllık yolda bu konular önüne geldiğinde Yargıtayın tertibidir. Başkan Reagan'ın en azından 2-3 hâkim atama fırsatı bulması muhtemel. Eğer Birleşik Devletler ekonomisi 1984 den evvel doyurucu biçimde yeniden canlanırsa tekrar adaylığa karar verebilir veya George Bush yenilmesi güç aday olacak.

Bir kaç hakim 70'lerin ortasında olduklarından ve birkaçının sağlık durumu iyi olmadığından bazı atamalar muhtemeldir. Eğer ekonomi doyurucu biçimde canlanmazsa Başkan Reagan ihtimal ki

yeni seçime girmeyecek ancak çok muhtemel ki iki veya daha fazla hakim Regan'a haleflerini seçme olanağı vermek için emekli olabilir. Bu hakimlerin senato onayı gerekli olmakla senatonun cumhuriyetçi kontrolünün elde tutulmasının büyük önem taşımasının nedeni budur. Zannedirim gelecek bir kaç yıl için daha tutucu (muhafazakâr) mahkeme için görünüm çok güçlü.

Avrupa antitröstüne etkiye gelince; Yavaş fakat sonunda temelli yayılma olacağına inanıyorum. Bu teorilerin bazılarını, muhtemel ki onlar EEC'ye ve Avrupa mahkemesine sunulacak kanıtlarla reddetmek (cerhelmek) güç olacak.

Diğer yandan,, Avrupa antitröstü, zaten bir bakıma Birleşik Devletler antitröstünden daha yeniliğe kolay uyabilir olmakla değişiklikler özlü, önemli olmayacak. Alman kartel hukuku, ancak daha önceki Birleşik Devletler ekonomik teoriden adapte edilen daha fazla, küçük iş korumacılığını içerir görünüyor. Onun Şikago Okulu teorileri üzerine kurulu nihai değişim için daha önemli hedef olması ihtimâli var.

BORÇLAR HUKUKU

Çeviren

Kemal DAYINLARLI (*)

*(B) nin, vârisleri (L) ye karşı açtığı dâvada
Federal Mahkeme 1. Hukuk dairesinin 6 Ocak 1986 tarihinde
aldığı kararın özeti (Karar düzeltme müracaatı).*

İdarî bir işlemde, bir inşaat ruhsatının verilmesine muhalefet eden üçüncü şahsa karşı sorumluluk dâvası. Karar düzeltme talebinin kabul edilebilirliği, sorunun çözümünün Kanton Kanununda düzenlenmemesi ve Kanton Mahkemesi tarafından Federal Medeni Hukukun uygulanması (Gerekçe 1 a).

İdarî veya cezâî bir usul çerçevesinde bir hakkı kullanan kimse, ilke olarak ancak hile ile veya ağır ihmâl ile hareket ettiği zaman medenî sorumluluk altına girer (Gerekçe 2 a).

Sion Belediyesi'nde bir parselin mâliki olan (B), dört dairesel bir villâ için inşaat ruhsatı talep etmiştir. Proje 10 Şubat 1978'de incelemeye alınmıştır. Bitişik parselin müşterek mâlikleri olan mirasçılar (L), inşaatla dair muhtelif belediye nizamlarının hükümlerini bu projenin ihlâl ettiğini ve estetikten uzak olduğunu öne sürerek karşı çıkmışlardır. Kanton İnşaat Komisyonu 29 Ağustos 1978 tarihinde inşaat ruhsatı verdiği için buna karşı Devlet Şûrasına müracaat ettiler ve inşaatın askıya alınmasını sağladılar. 12 Aralık 1979'da müracaatlarını reddeden Devlet Şûrası kararına karşı İdarî Mahkemede temyiz talebinde bulundular. Bunu müteakiben bu taleplerini geri çektiler ve 10 Eylül 1980'de mahkeme defterinden dâva kaydı silindi. Mart 1981'de başlayan inşaat Şubat 1982'de bina dışı düzenlemeler hariç olmak üzere bitirildi. (B), (L) mirasçılarına karşı 1 Ocak 1982 den itibaren yürütülmek üzere % 5 faizi ile birlikte 260.720 FF'nın ödenmesini talep etti. İnşaatın başlamasını 3 yıl geciktirmiş ol-

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

dukları hususunda onlara husumet yönetiyor ve inşaat maliyetinin artmasına tekabül eden maddî tazminat ile, ayrıca 25.000 FF lık manevî tazminat talep ediyordu.

Valais Kanton Mahkemesi 7 Aralık 1984'de verdiği hükümle talebi reddetti.

Federal Mahkeme, dâvacının karar düzeltme istemini reddedip, temyiz edilen kararı onadı.

Gerekçelerin Özeti

1 — a) Karar düzeltme müracaatı ancak ihtilâf Adli Teşkilât Kanununun 43. maddesi anlamında bir hukuk itirazı olduğu zaman yapılır.

Temyiz edilen hükümde Kanton Mahkemesi, Federal Medeni Hukukla ilgili, Borçlar Kanununun 41. maddesini uygularken, İdarî usul çerçevesinde, bir inşaat ruhsatının verilmesine karşı çıkan üçüncü şahsın sorumluluğunun Kanton Usul Hukuku tarafından yönetilmesini istemiştir. Bir hukuk dâvası ve Federal Mahkeme nezdinde kamu hukuku müracaatı çerçevesinde haksız olarak tedbir aldırın kişinin sorumluluğu ile paralellik görür (ATF 91 II 144).

Karar düzeltme müracaatının başlaması Kanton Mahkemesi tarafından uygulanan şekle değil, objektif olarak nitelendirilen ihtilâfın tabiatına bağlıdır (ATF 110 II 14, 94 Gerekçe 3, 109 II 76 vd, 108 II 334 vd., 495).

Karar düzeltmesi müracaatı ancak ihtilâf, Federal Medeni Hukuktan meydana geldiği zaman kabule şayanıdır. İhtilâf eğer Kanton Usul Hukukundan doğarsa kabule şayan değildir. Bu iki alanın sınırını çizmek için içtihat sadece ihtilâfın hukukî tabiatına ilişkin soyut telâkkilere dayanmayıp zarar gören tarafı teminat altına alacak yeterli bir koruma vasıtası ile de ilgilenir. Böylece, hukuk dâvasında, dâvadan daha önceki faaliyet döneminde karşı tarafın avukatının masraflarını ödemenin mahkeme masrafı çerçevesinde, onu temin ettiği zaman, Kanton Usul Hukukundan doğduğunu, aksi halde, bu zararın tazmininin Medenî Hukukun yetkisine girdiğini kabul eder (ATF 97 II 267). Oysa. İchtihat bunu başka şekilde kabul etmiştir. Dâva dilekçesine istinaden alınan, ve fakat daha sonra dâvayı kaybetmeyi müteakip isbat edilemeyen, geçici tedbirlerin sorumluluğu ilke olarak Kanton Usulünden doğmaktadır. Fakat burada kanton hukukuna ilişkin dâva yerine veya onun yanında BK. madde 41 ve müteakip maddelerine dayanan zararın tazmini medenî hukuktan da do-

ğan bir dâvadır (ATF 93 II 183, 88 II 279; karşılaştırınız GULDENER, in RDS 1961 II 60 ve VOYAME, RDS 1961 II 109 169). Bir kamu hukuku ihtilâfı çerçevesinden Adlî Teşkilât Kanununun 94. maddesi gereğince alınmış olan geçici tedbirler için sorumluluk söz konusu olduğunda, Adlî Teşkilât Kanununun 40. maddesinin atıf.a bulunmasıyla PCF madde 84'de yer alan sebebiyet verme ilkesine göre, zararın tazminine karar vermiştir (ATF 91 II 144). İdarî bir ihtilâfta verilmiş olsa bile ispat edilemeyen geçici tedbirler nedeniyle sorumluluk Kanton Usul Hukukunda düzenlenmemiş ise ve Federal Hukukta mevcut özel hükümler saklı olmak üzere, Federal Medenî Hukuk alanına girer.

Olayımızda, talep edilen zararın tazminini bu hukukun düzenlemediğine dair ilk mahkeme hâkimlerince kanton hukukunun uygulamasının itiraz görmediği anlaşılmaktadır. O halde, temyiz edilen hüküm haklı olarak federal hukuku uygulamıştır ve artık Federal Mahkeme tarafından yeniden görülemez.

b) (Dosyadaki tüm belgelere dayanan dâvanın yeniden görülmesi için, Federal Mahkemeyi davet eden herhangi bir iddia kabule şayan değildir).

2 — a) Federal Mahkemenin içtihadına göre, idarî (ATF 34 II 475) veya cezaî (ATF 91 I 454, 44 II 452, 41 II 353, 39 II 222, 33 II 617), usul hukukuna dair bir hakkını kullanan kimsenin fiili, ilke olarak, ancak o fiili ika eden kişi hile ve ağır ihmal ile hareket ettiği zaman sorumluluk yükler.

O halde, dâvacı tarafından dâvalıların itirazının sadece yetkili idarî makamlar —Sion Belediyesi, Kanton İnşaat Komisyonu ve Devlet Şûrası— tarafından kabul edilmemiş olması ve itirazlarını geri almış olması olayından doğan tutumunu, haksız fiil olarak nitelemek doğru olmaz.

b) — d) Dâvada hile ve ağır ihmalin bulunmaması, yapılacak inşaatın ortaya koyduğu hukukî problemlerin karmaşıklığı karşısında ve itiraza mesnet olarak ileri sürülen gerekçeleri dikkate alarak başlangıçta itiraz edenlerin kazanma şanslarının mevcut olduğuna karar verdi. Binnetice, manevî tazminat talebi de reddedilmiştir.

TAHKİM

KARAR ÖZETİ

Hakemlerin müzakeresi - Şekil - Usul dışı yapılan müzakereye karşı iptal müracaatı - Kantonlararası Tahkim Anlaşması (CIA)'nın madde 31, fıkra 1 ve madde 36, (d) bendi.

Kantonlararası Tahkim Anlaşmasının 31. maddesinin 1. fıkrasından bu anlaşmanın 1. maddesi ile irtibat halinde bir çelişki meydana gelmektedir. Anlaşma, hakemlerin müzakerelerini ve onların kararını mutlaka özel bir usule tâbi kılmaz. Genel olarak, «gaipler arasında» yazılı olduğu kadar, tüm hakemlerin huzurunda —genelde sözlü olarak— karar alınmasına da müsaade eder. Bu konuda, (CIA madde 1, fıkra 2) tahkim mukavelesi bir hüküm içerebilir. Böyle bir hükmün bulunmaması ve tahkim sözleşmesinin sessiz kalması halinde takip edilecek usul CIA'nın 24. maddesinden esinlenmek zorundadır. Taraflar arasında mutabakatın bulunmaması halinde, hakem mahkemesi, belirlenecek bir usule göre «gaipler arasında» müzakere ve oylanma yapılmasına karar verebilir. Aksi takdirde, oybirliği durumu hariç, karar tüm hakemlerin huzurunda verilmiş kabul edilmelidir. İmza için dolaştırılmak suretiyle alınan hakem kararına göre, hakemlerin usule dair aldığı karar, özel bir şekle tâbi olmasa bile, konusuna ilişkin bir şüpheye yer vermemelidir.

Bu durumda, taraflar arasında, hakem mahkemesinin müzakerelerinin şekline ve kararlarına ilişkin hiçbir anlaşma yoktur. Mahkeme, bizzat böyle bir usul kuralı kabul etmemiştir. O halde, önceki bir kararla çelişki halinde hiç toplantı yapmaksızın, hakemlerin oy çokluğu ile yazılı olarak karar tesis etmesi CIA'nın 31. maddesinin 1. fıkrasını açıkça ihlâl etmiştir.

CIA'nın 36. maddesinin (d) bendi kıyas yolu ile CIA'nın 31. maddesinin 1. fıkrasına uygulanabilir. Bu hükmün emredici niteliği böyle bir çözümü haklı kılar. Buradan çıkan sonuca göre, bu dâvada olduğu gibi, gerçeğin böyle bir tezahürü, iptal dâvasına konu teşkil edebilir.

Federal Mahkeme 1. Hukuk Dairesi, - Soci t  S.c. Soci t  K., 23 Ekim 1985; RO III no 58 (Fransızca olarak kaleme alınan karar.)

● TÜRK HUKUKUNUN YABANCI
MAHKEMELERCE UYGULANMASI

BOŞANMA

Çeviren
Dr. Şeref ÜNAL (*)

● ANLATIM DÜZENİ : Olay. Gerekçe. Karar tahlili. A — Yetkili mahkeme bakımından. B — Uygulanacak hukuk bakımından.

Frankfurt Am Main Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararı

Davacı : G. Ö
Davalı : S. Ö
Dava konusu : Aile Hukuku
Karar tarihi : 29.10.1985 - 4 UF 208/84

Frankfurt Am Main Eyalet Yüksek Mahkemesi, davalı kocanın istinaf talebi üzerine :

1. Wiesbaden Sulh Mahkemesi'nin 4.7.1984 tarihli kararıyla konulmuş olan bir yıllık evlenme yasağı süresinin kaldırılmasına.
2. Mücevherat ve ev eşyasının iadesi hususundaki talebinin ise reddiyle, bu konudaki bidayet mahkemesi hükmünün onaylanmasına,
3. Dava masraflarının tarafların uhdesinde kalmasına karar vermiştir.

OLAY

Taraflar Türk vatandaşı olup, 15.10.1981 tarihinde Türkiye'de Üçbaş Evlendirme Memurluğu'nda evlenmişlerdir. Bu evlilikten çocuk olmamıştır. Kadın çalışmaktadır. Koca ise, Almanya'da çalışma müsaadesine sahip değildir. Tarafların son müşterek ikametgâhları Wiesbaden olmuştur ve 11.11.1983 tarihinden beri de ayrı yaşamaktadırlar. Davacı kadın 11.11.1983 tarihli dilekçesiyle mahkemeye başvurarak, boşanmalarına karar verilmesini talep etmiş ve eşinin kendisini defalarca dövmesini ve ölümle tehdit etmesini de gerekçe olarak göstermiştir.

(*) Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri.

Davalı koca da aynı şekilde boşanmalarına karar verilmesini istemiş, davacıyı dövdüğü veya ona kötü muamelede bulunduğu iddialarını reddederek tehdit de etmediğini bildirmiş, kadının mücevherat ve hediyeleri iade etmesini talep etmiştir.

Temyiz edilen kararda sulh mahkemesi tarafların boşanmalarını kararlaştırmış ve geçimsizlikte davalı kocayı kusurlu bularak kendisine bir yıl evlenme yasağı cezası vermiştir. Davacı kadın ise, elinde bulunan altı altın bilezikle bir renkli televizyon ve elektrik süpürgesini iade edecektir.

Sulh Mahkemesinin bu kararı istinaf yoluyla davalı koca tarafından temyiz edilmiştir. Davalı dilekçesinde, boşanmaya sebebiyet veren olaylarda tek kusurlunun davacı karısı olduğunu belirterek bir yıllık evlenme yasağının kaldırılmasını talep etmiştir.

Davacı kadın ise cevap dilekçesinde, bidayet mahkemesi kararını kabul ederek hükmün yalnızca mücevherat ve ev eşyasının iadesi açısından bozulmasını istemiştir.

Mahkememiz, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Verilmesine Dair 7.7.1968 tarihli Avrupa Sözleşmesinin öngördüğü şekilde Türkiye Adalet Bakanlığı'ndan bilgi istemiş ve açılan Bakanlık 14.8.1985 tarih ve 31439 sayılı yazısıyla hukukî mütalâasını bildirmiştir.

— 1 —

GEREKÇE

Tarafların temyiz talepleri süresi içinde usulüne uygun şekilde yapılmış olup, yerindedir.

1. Davada mahkememizin milletlerarası yetkisi vardır. Taraflar Türk vatandaşı olup mutad meskenleri Almanya'dadır. Ayrıca, Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun yürürlüğe girdiği 22.11.1982 tarihinden beri, anılan kanunun 38/b, c ve 42 nci maddesindeki şartlar tahakkuk etmişse, Alman mahkemelerince kişilerin statülerine ilişkin olarak verilmiş olan kararlar, artık Türkiye'de tanınmaktadır. Söz konusu kanunun 28 inci maddesine göre, Türkiye'de ikametgâhi bulunmayan Türk vatandaşları ikâmet ettikleri ülke mahkemelerinde boşanma davası açabilirler.

2. Davada Türk Kanunu uygulanacaktır. Taraflar aynı vatan-daşlıkta bulduklarından ve kadında kocanın vatandaşlığına sahip olduğundan, davaya Meriyet Kanununun 17/1 maddesi gereğince kocanın kanunun uygulanması, herhangi bir değişiklik yaratmaz ve bu durum Anayasanın 3/2 maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.

3. Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda Boşanma ve ayrılık konusunda atıf yoktur. Anılan Kanunun 13/1 maddesine göre, ayrılık ve boşanmanın sebep ve sonuçları, eşler aynı uyruklukta iseler, müşterek milli hukukuna tabidir. Bu sebeple bidayet mahkemesinin olayda Türk MK. nun 134. maddesini uygulayarak hüküm tesis etmesi isabetlidir. Bu hükme göre, müşterek hayat çekilmez hale gelmişse eşlerden herbiri boşanmayı talep edebilir. Olayda taraflar 28.3.1983'den beri ayrı yaşamaktadırlar. Bu sebeple eşler birbirlerine o kadar yabancılaşmışlardır ki, artık müşterek hayatın tekrar kurulmasını beklemek mümkün değildir. Bidayet mahkemesinin bulgusuna göre, davalı koca eşini ölümle tehdit etmiştir. Tehdit konusu iki tanığın inandırıcı beyanlarıyla kanıtlanmıştır. Keza mahkememiz de bu tanıkların beyanlarından şüphe etmemektedir. Bu sebeple dairesimiz geçimsizliğe esas olarak davalı kocanın sebebiyet verdiği kanısındadır.

4. Meriyet Kanununun 17/4 maddesine göre, yabancı hukuka göre bir boşanma kararı verilebilmesi için, boşanmanın hem yabancı hukuka hem de Alman Hukukuna göre caiz olunması gereklidir. Olayda Alman Medenî Kanununun 1565 ve onu izleyen maddelerindeki şartlar var olduğu için, bu husus gerçekleşmiştir.

5. Bununla beraber, davalı kocanın talebi üzerine boşanma kararı vermek mümkün değildir. Zira Türk Medenî Kanununun 134/2 maddesine göre, eşlerden biri geçimsizlikte kusurluysa, boşanmayı talep yetkisi diğer tarafa yani, kusursuz eşe aittir. Davalı koca keza 132 nci maddeye de dayanamaz. Bu hükme göre, eşlerden biri evlilik yükümlülüklerinden kaçınmak amacıyla müşterek hayata son verdiği takdirde, diğer eşin boşanmayı talep hakkı vardır. Olayda ise davacı kadın müşterek hayata bu maksatla değil, dövüldüğü ve tehdit edildiği için son vermiştir. Bu nedenle kendisinden müşterek hayatın tekrar kurulması için yapılan bir davete icabet etmesi beklenemez.

6. Davada, bidayet mahkemesi Türk Hukukunda boşanmanın halâ kusur prensibine dayalı olduğunu isabetli bir şekilde tesbit etmiştir. Bu sebeple davada, boşanmada kusurun kimde olduğu araştırılmalıdır. Bu husus Alman kamu düzenine aykırı değildir. Zira kusur boşanma talebinin temel direğini teşkil etmekte olup bu husus araştırılmaksızın boşanmaya karar vermek mümkün değildir. Ayrıca, Türk Medenî Kanununun 144. maddesine göre nafaka talebi de kusura dayandırılmış olup, ancak kusursuz eş boşanmadan sonra bir yıl süreyle nafaka isteyebilir. Bu bakımdan kusurun kimde olduğunun tesbitinde davalı kadının hukuken himaye edilebilir bir menfaati

bulunmaktadır. Alman boşanma hukukunda ise kusur prensibi kaldırılmıştır. Bununla beraber, kusurun tesbiti davanın en esaslı bir unsuru olduğu için, Lex fori'ye bağlı olarak Alman hukukuna tabi olacaktır.

7. Davalı kocanın temyiz talebi de, kendisine verilmiş olan bir yıllık evlenme yasağı açısından haklıdır. Çünkü bidayet mahkemesinin böyle bir tedbir almasına gerek yoktur. Gerçi bidayet mahkemesinin de isabetli bir şekilde tesbit ettiği üzere, Türk Medenî Kanununun 142 nci maddesi, kusurlu eşe bir yıldan az iki yıldan çok olmamak üzere evlenme yasağı konulmasını öngörmektedir. Ancak bu hükmün uygulanması, Meriyet Kanununun 30 uncu maddesi anlamında, Alman kamu düzeni açısından düşündürücüdür. Keza, somut bir olayda yabancı hukukun uygulanması da, Anayasadaki temel haklar açısından değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, Anayasanın 6 ncı maddesi evlenme hürriyetini de kapsadığı ve himaye ettiği için, dairemizin de katıldığı, hakim olan görüşe göre, Alman mahkemesi tarafından evlenme yasağı cezası verilemez.

8. Türk Medenî Kanununun 142 nci maddesinin uygulanmamış olması, Alman mahkemesinin milletlerarası yetkisini etkilemez. Keza, evlenme yasağı cezası verilmemesi, kararın Türkiye'de tanınmasına da engel değildir. Dairemiz, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Alınması Hakkındaki 7.7.1968 tarihli sözleşmeye dayanarak bu konuda hukukî mütalâa almıştır. Türkiye Adalet Bakanlığı'nın konuya ilişkin 14.8.1985 tarihli mütalâasına göre, evlenme yasağı cezası verip vermemek tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştır. Böylece, evlenme cezası verilmemiş olması kararın tanınmasına engel teşkil etmeyecektir.

— II —

Davalı kadının, mücevherat ve ev eşyasının iadesine ilişkin bidayet mahkemesi kararına itirazı ise yerindedir.

1. Meriyet Kanununun 15/1 maddesi gereğince karı koca arasındaki mal rejimi eşlerin müşterek milli hukuklarına tabidir. Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 14 üncü maddesine göre, eşler mal rejimlerine müşterek ikametgâh hukukunun veya evlenme anındaki müşterek milli hukuklarından birisinin uygulanmasını kararlaştırabilirler. Böyle bir seçim yapmamışlarsa, mal rejimlerine evlenme anındaki müşterek milli hukukları uygulanır. Ortada bu konuda tarafların müşterek ikametgâh hukukunu seçtiklerine dair bir işaret yoktur. Taraflar arasında yapılmış olan «özel sözleşme» ise, yalnız-

ca mevcut olan mücevherat ve ev eşyasını ihtiva etmektedir. Sözleşmeden bu mallarının mülkiyetinin kime ait olduğunu anlamak mümkün değildir. Bu durumda, bu konuda eşlerin müşterek milli hukuku uygulanacaktır. Dairemizce Türkiye Adalet Bakanlığından alınan hukukî mütalâaya göre, Türk hukukunda ev eşyasının taksimi konusunda özel bir düzenleme yoktur.

2. Türk Medenî Kanununun 146 ncı maddesine göre, eşler hangi mal rejimini kabul ederlerse etsinler, boşanma halinde herkes kendi malını geri alır. Davalı koca, kendisinde kalan ev eşyaları dışında televizyon ve elektrik süpürgesinin de kendisine ait olduğunu öne sürmüştür. Davacı kadın ise bu iddiayı kabul etmemiş, söz konusu malların ailenin müşterek kazancıyla tedarik edildiğini bildirmiştir. Davalının bu malları Hogfeld KG den aldığını gösteren, 17.4.1984 tarihli fatura, bunların kendisine ait olduğu hususunda bir delil teşkil etmez. Belgeden, malların tarafların evlenmelerinden sonra satın alındığı anlaşılmakla beraber, bunların hangi imkânlarla alındığı belli değildir. Davalı koca, bu malların hakkaniyet düşüncesiyle kendisine verilmesini de talep etmediğine göre, söz konusu malların davacı kadında kalması gerekir.

3. Davalı koca keza 6 adet 22 ayar bileziğin iadesini de talep edemez. Hatta, davacı kadının kabul etmemesine rağmen, bu bilezikleri bizzat kendisi de almış olsa dahi, iade yükümlülüğü yine yoktur. Adalet Bakanlığından alınan hukukî mülâhazaya göre, kadın kocasından veya onun akrabalarından evlenme dolayısıyla aldığı mutad hediyeleri boşanma halinde iade etmek zorunda değildir. Davalı koca 5.500 Mark değerinde olan bu bilezikleri, ihtiyaç halinde bozcürmak üzere satın aldığını da isbat edememiştir.

— III —

Karar Tahlili

Yukarıda tam çevirisini verdiğimiz Alman mahkemesinin bu kararını aşağıdaki şekilde tahlil etmek mümkündür :

A. Yetkili mahkeme bakımından

Kararda da açıkca belirtildiği üzere Alman mahkemesi kendisini milletlerarası alanda yetkili görerek davaya bakmıştır. Gerçekten 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 28 inci maddesine göre, Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan Türk vatandaşları kişi hallerine ilişkin davaları ikamet ettikleri ülke mahkemelerinde açabilirler. Somut olayda eşler Almanya'da yaşadıkları için mutad meskenleri bu ülkede bulunmakta ve dolayısıyla

Alman mahkemesinin yargı yetkisi, gerek Alman iç hukuku ve gerekse Türk milletlerarası usul hukuku kuralları tarafından kabul edilmektedir.

B. Uygulanacak hukuk bakımından

Somut olayda bidayet mahkemesi ve istinaf mahkemesi, dava-ya isabetli bir şekilde Türk Hukukunu uygulamışlardır. Boşanma davalarında uygulanacak kanunlar ihtilaf kuralları, 1 Eylül 1986 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olan Alman Medenî Kanununa Giriş Kanununun 17/1 maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, boşanma davalarında, davanın açıldığı anda kocanın mensup olduğu Devlet hukuku uygulanır. Bu hüküm Anayasamızın 3 üncü maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu için Alman Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin bu kararı sadece Alman vatandaşları açısından bağlayıcı olduğundan yabancılar karar kapsamında mütalâa edilmemektedir. Kaldı ki, karar da da işaret edildiği gibi, somut davada eşlerin her ikisi de Türk vatan-dışı olduklarından, davaya kocanın hukuku olan Türk hukukunun uygulanması durumunda esasen bir değişiklik yaratmaz.

Boşanma davalarında uygulanacak Türk kanunları ihtilâfı kuralları MÖHUK'un 13/1. maddesinde belirtilmiştir. Bu hükme göre, çirlik ve boşanmanın sebep ve sonuçları, eşlerin müşterek milli hukuklarına tabidir. Alman mahkemesi de somut davada bu hükümden hareketle, eşlerin müşterek milli hukuku olarak Türk Medenî Kanununun 134 üncü maddesini uygulamıştır. Ancak Alman mahkemesinin yabancı hukuka göre boşanmaya karar verebilmesi için Mer'iyet Kanununun 17/4 üncü maddesine göre, yabancı hukukun öngördüğü boşanma şartlarının Alman hukukuna göre de gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Alman hukukunda Türk hukukunun aksine boşanmada artık kusur prensibi aranmamaktadır. Bununla beraber Alman mahkemesi, olayda Alman Medenî Kanununun 1565 inci maddesindeki boşanma şartlarının varlığını tesbit ederek boşanma şartlarının hem Türk ve hem de Alman Medenî Kanunlarına göre gerçekleştiğini belirlemiştir.

Alman İstinaf mahkemesi, bidayet mahkemesinin Türk Medenî Kanununun 142 nci maddesini uygulayarak davalı kocaya bir yıllık evlenme yasağı koymuş olmasını Alman kamu düzenine aykırı bularak kararı bu yönden bozmuştur. Kamu düzeni kavramı, her ülkenin ekonomik, sosyal ve hukuk yapısına göre değişiklik arzeden subjektif bir kavramdır. Hangi hallerin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini önceden belirlemek mümkün değildir. Bu konuda hâkime

çok geniş bir takdir yetkisi tanınmış olup, hâkim, ülkenin ekonomik, sosyal, din, ahlâk ve hukuk değerlerine göre, bir olayın kamu düzenine aykırı olup olmadığını kendisi tesbit edecektir. Somut olayda Türk Medenî Kanununun 142 nci maddesinin öngördüğü şekilde davalı kocaya verilen evlenme yasağı bir ceza niteliğindedir. Türk hukukunda boşanma sebepleri genel olarak kusura dayandırıldığı için, boşanmada kusurlu olan eşe bu tür ceza uygulamak, tabii ve mantıklı bir sonuçtur. Ancak Alman hukukunda boşanma tamamen objektif bir vakiyaya fiili ayrılığa dayandırılmış olup artık kusur aranmamaktadır. Boşanmaya karar verilebilmesi için, eşlerin bir yıldan üç yıla kadar ayrı yaşamaları ve evlilik birliğinin bir daha kurulamamış olması yeterlidir. Fiili ayrılık gibi objektif bir sebepten hareket edildiği halinde, artık boşanmada kimin kusurlu olduğunu araştırmaya ve buna dayanarak kusurlu eşe evlenme yasağı cezası vermeye gerek kalmadığından istinaf mahkemesi, somut olayda bu hususu Alman kamu düzeniyle bağdaştırmakta güçlük çekmiş ve bidayet mahkemesi kararını bu yönden bozmuştur. İstinaf mahkemesi bu konuda, Alman Anayasasının 6 nci maddesine işaretleyerek, bu hükmün evlenme hürriyetini de himaye ettiğini ifadeyle doktrindeki hakim görüşe katılarak, Alman mahkemesince evlenme yasağı cezası verilemeyeceğini belirtmektedir. İstinaf mahkemesi ayrıca T.C. Adalet Bakanlığı'nın görüşüne de dayanarak evlenme yasağı cezası verilmesinin tamamen hâkimin takdiri ve bağlı bir husus olduğunu tesbitle, bidayet mahkemesince verilmiş olan bu cezayı kaldırmıştır. Mahkemenin de belirttiği üzere, boşanmada kusurlu olan eşe evlenme yasağı cezası verilmemiş olması, kararın sırf bu yüzden Türkiye'de tanınmasına bir engel teşkil etmemelidir.

İstinaf mahkemesinin üzerinde durduğu diğer bir konu da, davacı eşin elinde bulunan mücevherat ve ev eşyasının iade edilip edilmeyeceği hususu olmuştur. Mahkeme bu konuda da T.C. Adalet Bakanlığı'ndan hukukî görüş almıştır. Bakanlık bu görüşünde, evli kadının evlenme dolayısıyla eşi veya onun akrabalarından aldığı mutad hediyeleri boşanma halinde iade etmek zorunda olmadığını bildirmiştir. İstinaf mahkemesi bu görüşü aynen kabul ederek, davalı kadının elinde bulunan mücevherat ve eş eşyasının muhafazasını kararlaştırmış ve bidayet mahkemesi kararı bu yönden bozmuştur.

Sonuç olarak, istinaf mahkemesinin söz konusu kararın, usul ve esas yönünden, MÖHUK'nun 38 ve 42 nci maddesinde öngörülen şartların taşıdığını ifade etmek mümkündür.

**PROFESÖR DOKTOR NURULLAH KUNTER'İN
SOYYAPITININ SON BASISI ÜZERİNE**

Doç. Dr. Sami SELÇUK (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : Giriş. I — Dil ve terimler. II — Sistematik çatı. III — Kimi görüşlerin değerlendirilmesi. IV — S o n u ç.

GİRİŞ

Sayın Prof. Dr. Nurullah KUNTER'in hukukumuzu biçimlendiren soyyapıtının yenileştirilmiş ve geliştirilmiş sekizinci basısını (1), yargısal araverme sırasında, dinlencede yeni baştan okuduk.

Sayın Kunter, yapıtının her basısında görüşlerini yeniden gözden geçiriyor, gerektiğinde değiştiriyor, geliştiriyor. O nedenle «Kunter şu görüşte» diyeceklerin, son basıya yollama yapmalarını istiyor. Eski basıların «tarih olduğunu» söylüyor. Haklı ve ona yakışan bir istek bu. Zira 11.12.1981'deki veda dersinde (2), sorunların çözümünün ilk temel koşulunun, toplumda ne denli yaygın olursa olsun, çözüm olarak ileri sürülen düşünceyi kuşkuyla karşılamak ve karşı-düşünceleri kesinlikle gözönünde tutmak, varılan yargının da başkaları için düşünce olduğunu unutmamak ve yanılgıyı hemen düzeltmek; ikinci koşulunun da, ivenessizlik göstermeyip çok iyi hazırlanarak sonuca varmak olduğunu söylemiştir ve yaşamı boyunca da söylediği gibi davranmıştır.

I — DİL VE TERİMLER

Sayın Kunter, dil ve terimler konusunda son derece titizdir. Bize yolladığı özel bir mektubunda, hukuk dilinin özleşmesinden yana olduğunu, ancak, kendisinin dilci değil, hukukçu bir bilim adamı sorumluluğunu taşıdığını; yeterli olmayan karışıklıklardan kaçındığını yazmıştır.

(*) **Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Üyesi.**

(1) Muhakeme hukuku dalı olarak ceza muhakemesini hukuku, Kazancı Yay., 1986, İstanbul.

(2) Kunter, «Hukuk», «Muhakeme hukuku» ve «Ceza muhakemesi hukuku», İÜHF. XLV - XLVII, ayrı basım, 1982, S. 807.

Ceza ve yargılama hukukumuzun terim dağarcığının gelişmesinde onun katkıları büyüktür. Kavramları imbikten geçirerek süzmekteki, yerleşmiş ve yabancı dillerden çevrilmiş terimleri yeniden gözden geçirmekteki özeni yadsınamaz. Kitabının ilk yaprağının başına, sözcüklerin değerini vurgulayan Carnelutti'nin sözlerini koyması bir rastlantı değildir. Prof. Kunter, Konfüçyüs gibi, uyuşmazlıkların çoğunun aynı sözcüğe ayrı anlamlar vermekten kaynaklandığının ve J.P. Sartre gibi, adlandırmanın kimileyin kişileri koşullandırarak gerçeğin bu adlandırmaya kurban edildiğinin bilincindedir (3). Nitekim, ilkin işe verdiği dersin adından başlamıştır. Haklı olarak, «Ceza usul hukuku» teriminin salt biçim olarak benimsendiği dönemler için geçerli; fakat ceza yargılamasının maddî içeriği olan ve bir oluşu ve hukuklaşmayı sergileyen çağdaş anlayış ve bilim açısından geçersiz ve yetersiz olduğunu ileri sürmüştü ve sürmektedir. Prof. Kunter'e göre, «adli hukuk : droit judiciaire» terimi de yetersizdir. Doğrusu, «muhakeme hukukudur».

Prof. Kunter, Fransızların biçim anlamındaki «procédure» sözcüğünü de doğru bulmamakta, «préjudiciel» sözcüğünden esinlenerek «droit judiciaire, (İtalyanca, diritto giudiziale)» demelerini önermektedir. Nitekim, Prof. Bouzat armağanına yazdığı bir yazıda bu öneriyi Fransızca'nın gündemine getirmiştir (4).

Sayın Profesör, yargılama terimini, yargılama, iddia ve savunmayı içeren muhakeme terimine göre daha dar anlamda kullandığından, Türkçesi bulununcaya değin, «muhakeme» sözcüğünü kullanmayı sürdürüleceğini belirtmektedir. Biz yargılamanın bu sözcüğü karşılayacağı; dar anlamda yargılamanın da üç etkiniikten birini anlatabileceği kanısındayız.

Yapıtı okuyanlar, Prof. Kunter'in terimler konusunda ne denli çirpindiğini kuşkusuz göreceklerdir.

II — SİSTEMATİK ÇATI

Sayın Profesör, ceza muhakemesi hukukunu; bu hukukun hukuk düşüncesindeki yerini, araç olmadığını, bir oluşu sergilediğini, gerçeğin araştırılması amacını taşıdığını girişte (Rz. 2 - 16) açıkladıktan sonra, üç boyut içinde irdelemektedir.

(3) Kunter, «Hukuk», S. 799.

(4) Kunter, Le droit «judiciel» et une nouvelle approche de la classification des branches pénales du droit, Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat, Editions A. Pedone, Paris, 1980, PA 175 - 177, (167 - 177).

Birinci kısımda; Ceza muhakemesinin görevi işlenmiştir. Hükümün ortaklaşa verililişi, muhakeme makamları, ceza muhakemesi koşulu incelendikten sonra, Ceza yargılaması bölümüne yargılanmasının etkin bir tanımıyla girilmektedir. Ceza yargılamasının görevi, yargılama birliği, ceza yargılaması makamları bu bölümün başlıca konularıdır. Üçüncü bölüm, ceza iddiasına ayrılmıştır. Ceza iddiası ve koğuşurma, devletin, bireyin ve bunların birlikte koğuşurmalarıyla bu bölüm tamamlanmaktadır. Birinci kısmın son bölümü savunmaya ayrılmıştır.

Ceza muhakemesinin ikinci boyutu, ceza muhakemesinin yapısı başlığı altında incelenmiştir (n. 133 - 403). Birinci bölüm, ceza muhakemesinin hukuklaşmasında çığır açan, ceza muhakemesi hukuku ilişkisine ayrılmıştır. Yargılanacak cezai uyumsuzluk (regiudicanda), bölümünde yargılanacak ve yargılanmış uyumsuzluk, bağlantı incelenmiştir. Ceza muhakemesi süljelerinin yer aldığı üçüncü bölümde; muhakeme ilişkisi süljeliği, kişi yönünden taraf süljeliği, yargıç ve çeşitli açılardan yetkileri; savcı kişisel davacı, katılan, sanık ve savunman (müdafı) konuları işlenmiştir.

Uygulamada sık sık terimsel yanlışlara düşülen ceza muhakemesi işlemleri dördüncü bölümdedir. Bu bölümün başlıca başlıkları şunlardır : Hukuki işlem ve ceza muhakemesi işlemi, ceza yargıcı işlemleri, savcı işlemleri, ceza muhakemesi işlemlerinin belgelenmesi, ceza muhakemesi işlemlerinin bildirilmesi, ceza muhakemesi işlemlerinin muhakeme hukuku müeyyideleri, ceza muhakemesi işlemlerindeki aykırılıkların giderilmesi. Beşinci bölümde, ceza muhakemesinin üç temel amacı olan normlar, kanıtlar ve koruma önlemleri ele alınmıştır. Muhakeme hukuku bakımından normların görevi, norm kaynakları, normların uygulanabilirlikleri incelendikten sonra, kanıtların görevine, çeşitlerine, sübut hükmündeki konumlarına değinilmiştir. Koruma önlemleri de kanıtlar gibi işlenmişlerdir.

Yapıtın son ve üçüncü bölümü ceza muhakemesi morfolojisine (n. 404 - 573) özgülenmiştir. Sayın Kunter, bu kısımda morfolojik ilkelere (organiklik, gelişme ve uygunluk gibi) göre ceza muhakemesinin nasıl yürüdüğünü açıklamaktadır. Birinci bölümde bu ilkelere değinildikten sonra, ikinci bölümde işlediği dar anlamda ceza muhakemesini önsoruşturma ve sonsoruşturma evreleri diye ikiye ayırdıktan sonra; önsoruşturmayı, başlangıç, kısa ve ilksoruşturma devrelerine ayırmaktadır. Sayın Kunter, haklı olarak 1985 değışikliğinde ilksoruşturmanın kaldırılmasıyla muhakememizin nasıl yoksullaştığını, kaldırma gerekçesinin tutarsızlığını ve yanlışlığını uzun uzun sergi-

lemekte (n. 445); bu acı çılgılığı kitabının birçok yerinde sık sık yinelemektedir (s. 686, 767, 773, 813, 815, 816, 833, 834 gibi). Son soruşturma evresi ise, duruşma hazırlığı, duruşma ve sonuç çıkarma devrelerine ayrılarak incelenmiştir. Güvenlik önlemleri muhakemesinin incelendiği üçüncü bölümden sonra, dar anlamda ikincil ceza muhakemesi bölümünün ana başlıkları şunlardır : hadise muhakemesi, infaz muhakemeleri. Beşinci bölüm, olağan ve olağanüstü yasa-yolları muhakemesine ayrılmıştır. İtiraz, istinaf ve temyiz olağan; muhakemesinin yenilenmesi, muhakemenin dirilmesi, muhakemenin yenilenmesi, karardüzeltilme, olağanüstü itiraz, olağanüstü temyiz ve olağanüstü yasa-yolu olarak incelenmektedir. Bu bölümde getirilen en büyük yenilik, sanık aleyhine temyiz davası açılmasından sonra verilecek sonkararda aleyhe temyiz kararının aşılması gerektiği görüşüdür (n. 550/V - 4). Bu görüşün uygulamada değerlendirileceğini umuyoruz.

III — KİMİ GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sayın Kunter, kitabının 193. paragrafında, madde yönünden (ratione materiae) yetkisiz yargıcın işlemlerinin yaptırımını incelerken, yalnız madde yönünden yetkili yargıcın yapacağı işlemler söz konusu ise, bunların yeniden yapılmasını ve iptale gerek kalmadan yok sayılmalarını, kimi istisnalarla önermekte; bizim de bir zamanlar savunduğumuz (5) ve ikinci duruşmayı ilkinin devamı sayan görüşü eleştirmektedir. Yargıtay'ın da benimsediği (6) bu görüşü, yargılamanın özünü diyalektikte (7) ve bu görüşü de diyalektiği sağlayan kurallara aykırı gördüğümüzden, biz de bir yana itmiş bulunuyoruz. Yanılgımızı düzelttiği ve bize de bunu açıklama fırsatı verdiği için sayın Kunter'e gönül borcumuzu ödemek isteriz.

Sayın Kunter, halkın yargılamaya katılması ilkesinin, demokrasinin zorunlu sonucu olmadığını, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde böyle bir koşula yer verilmediğini, meslekten olmayan yargıçların yargılamaya katılmamalarını, jüri denemesinin İsviçre'de başarılı olmadığından yetkilerinin daraltıldığını ileri sürmektedir. Biz bu görüşte değiliz Bir olayın saptanılması için hukuk öğrenimine gerek

(5) Selçuk, Ceza yargılamasında görev kuralına esneklik getiren olanaklar. Yargıtay Dergisi, 1979, s. 761.

(6) 1. CD. 14.4.1864, 2. CD. 8.3.1973.

(7) Selçuk, Ceza adaletinde bunalım ve Ceza yargılaması diyalektiğinin kurulması. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezinde 15.11.1985'te yapılan konuşma. Yasa Hukuk Dergisi, Ekim 1985, s. 1373 - 1389.

görmemekteyiz ve sağduyulu herkesin bunu yapabileceği inancındayız. Üstelik ömründe bir kez jüri üyesi olan kişilerin meslekî kanıksamaları duyarlılıklarını yitirmediklerini unutmamak gerekir. Bu uygulamanın uygar ülkelerde bırakılmadığını, üstelik kimilerinde halktan yargıçların yetkilerinin artırıldığını da belirtmek isteriz. Örneğin, Fransa'da halktan yargıçlar, cinayet mahkemelerinde, 1958 tarihli Ceza Yargılaması yasanınca, yalnızca olayı saptamamakta, cezayı ve sorumluluk derecesini de belirlemektedir. Ayrıca çevirisini yaptığımız André Gide'in yapıtı (8), yalnızca jüri üyelerinin değil, yargılamaya katılan meslekten yargıç ve tarafların da açmazlarını sergilemektedir.

C. Yargılama Yasasının 385. maddesini açıklamak amacıyla 466. sayfanın 64 numaralı dipnotunda şu örnek verilmektedir : Örneğin, mahkeme başkanı kasten adam öldürmeden, bir üye taksirle adam öldürmeden mahkûmiyet, başka bir üye de beraat kararı verilmesi hükmüne varmışsa, mahkeme çoğunlukla taksirle adam öldürmeden mahkûmiyet kararı verecektir (1. CD., 9.10.1857). Oysa doğru açıklama bizce şudur : Eğer mahkemede, ilk oylama isnat edilen eylemin ya da bu eylemi failin işlediğinin sabit olmamasından ise ilk oylamada bir beraat iki mahkûmiyet oyu var demektir. Bu Ceza Yargılama Yasasının 385. maddesine girmez. Ancak, iki mahkûmiyet çoğunluğu karşısında, yeni oylamaya geçilecek, bu kez, beraat yanlısı başkan ya da üye azınlıkta kaldığını ileri sürerek, yeni oylamaya katılmaktan kaçınamayacaktır (md. 384). Eğer yeni oylamada bir üye ya da başkan, bu kez suçun öğelerinden birinin eksikliği nedeniyle beraat yanlısı olursa, o zaman dipnottaki örnek gerçekleşecektir. Görülüyor ki, oylamadaki beraat oyunun dayanağı önemlidir ve böyle bir açıklamayı zorunlu kılmaktadır.

Kavramlara ve terimlere bunca özen gösteren Sayın Kunter'in, mantık bilimine karşın, yerleşik bir yanlışı düzeltmesini ve «analogie» karşılığı kıyas değil, benzeşim (temsil) demesini beklerdik (S. 538, 556). Çünkü, mantıkta, analogi, bir çıkarım ya da akıl yürütme yolu olarak iki şey arasındaki benzerliğe dayanıp, birisi hakkında verilen yargıyı öbürü hakkında da vermektir. Zihnin özelden özele yürüyüşü, akışıdır. Örneğin: «yer gezegeninin atmosferi vardır ve üzerinde canlılar yaşar» gibi. Buna karşılık kıyas (tasım, sylogisme), verilmiş iki önermeden, bu önermelerin içerdiğini içinde bulunduran bir üçüncü önermeyi, zorunlu sonucu çıkarma işlemidir. Örneğin, «Bütün insanlar ölümlüdür. Ahmet insandır. Ahmet de ölümlüdür.»

gibi (9). Hukukun mantıktan ödünç aldığı bu terimleri, yerinde ve doğru kullanması gerektiği inancındayız.

Sayın Kunter, duruşma hazırlığında yargılama makamının dosyayı baştan aşağı inceleyerek eksiklikleri tamamlamasını istemektedir (S. 823). Gerçekten Türk yargılaması dosyayı tamamlamakla görevli ilksoruşturmanın kaldırılmasıyla oldukça güç bir durumda kalmıştır. Dosya incelenmesi, eksiklikler duruşmada mahkemenin karşısına çıkacak, ayrıntılı olarak incelense, hüküm öncesi bir önyargı oluşması tehlikesiyle karşılaşılacaktır. Çünkü, mahkeme diyalektik kuralları uyarınca yapılan, duruşmadan edindiği izlenime göre karar vermek durumundadır (C.Y.Y. md. 254). Bu yüzden, örneğin Fransa'da, dosya inceleme yasağı konulmuştur (Fr. C.Y.Y. md. 347). O nedenle, dosyanın önsoruşturmada ayrıntılarıyla tamamlanması ve iddianamede, sonsoruşturmaya yol açan kanıtların bir bir sayılması, mahkemenin de bu belgeye göre duruşma hazırlığını yapması, dosyayı bütünüyle incelememesi bizce daha uygundur.

C. Yargılama Yasasının 325. maddesinde bozmanın temyiz etmeyenlere etkisi, «davasız yargılama olmaz» ilkesinin istisnası olarak yer almıştır. Bu kuralın öbür yasalarda örneğin, itirazda da uygulanması görüşü (s. 941), bizce istisnanın genişletilmesi olup, yorum kurallarına aykırıdır.

Sayın Kunter, cezanın ertelenme muhakemesinin sonsoruşturma evresinin duruşma (tartışma) bölümünde yapılmasını ve tarafların bu aşamada erteleme isteyeceklerini belirtmektedir. Bu haklı düşünce temyiz dilekçesinde «ertelemenin düşünülmemesini» bozma nedeni olarak istenmiş ve fakat başka nedenle bozulmuşsa, bu istek bozmadan sonraki duruşmada dile getirilmelidir» biçiminde Ceza Genelkurulunca da benimsenmişti (7.2.1977 - 53045). Sözlülük ve doğrudanlık ilkesinin ve davanın merciinde açılmasının gereği de böyleyken, Yüksek Mahkeme daha sonra bu düşüncesinden vazgeçmiştir. Bunu açıklamak gereğini duymaktayız. Oysa sonsoruşturmada okunmayan ve söylenmeyen söylenmemiş sayılır ve doğrudanlık ilkesi gereğince duruşmaya getirilmemiş, ortaklaşalığı gerçekleştirilmemiş konular, hükümde gözetilmezler. Nitekim, Almanya'da, Yargıtay, dosyada bulunan ve fakat duruşmada ele alınmamış verilere dayanarak karar vermemektedir (Kunter, s. 965, dipnot : 107).

Sayın Kunter, tahrikin ağırlık derecesini deneyim kuralına göre Yargıtayın denetleyebileceğini belirtmektedir (n. 528). Bizce Yargıtay, dosyada yansıyan bilgilere göre tahrikin ağır ya da hafif takdi-

(9) Akarsu, Felsefe terimleri sözlüğü, Ankara, 1975. S. 28.160 : Grünberg - Onart, Mantık terimleri sözlüğü, Ankara 1976. S. 124 - 125.

rinde deneyim kuralına ters düşen duruma mahkemenin dikkatini çekmekle yetinmelidir. Çünkü, dosyadan tahrike temel olan olay öğrenilebilir. Oysa, tahrikte gözetilen; olaydan çok, olayın failde yarattığı psikolojik bunalımdır ve bunun da derecesini saptamak ve takdir etmek olay mahkemesine aittir. Kazuistik bir yöntemle ve önceden (a priori) olayları ağır ya da hafif tahrikten birine sokmak, tahrikin temelinde aykırıdır.

Sayın Profesör, beraat yerine aklanma denmesini bozma nedeni yapan Yargıtayın görüşü hakkında bir değerlendirme yapmamaktadır (S. 867, dipnot; 354). Bizce, Yargıtay C. Yargılama Yasasının 308. maddesinde öngörülenler dışında, yargılama yasasına aykırılığı bozma nedeni yapamaz. Ancak ve ancak, yasaya aykırılık yapılmıyaydı karar başka türlü sonuçlanabilir idiyse, yani aykırılıkla sonuç arasında nedensellik bağı varsa, o zaman bozma yapılmak gerekir. Oysa beraat yerine aklanma denilmesinde, böyle bir nedensellik bağı bulunmamaktadır. Sayın Kunter'in, bu açıdan dipnotunda bir değerlendirme yapması yerinde olurdu.

IV — SONUÇ

Sayın Prof. Dr. Kunter, 1946 yılından 1981 yılı sonuna değin İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ceza yargılaması hukuku dersleri vermiş, yapıtının ilk basısını 1961'de gerçekleştirmiştir. Kitap gittikçe genişlemiş ve 1986'daki sekizinci basısının metin kısmı 1063 sayfaya ulaşmıştır. Kitaba, kaynakça, kavramsal abecesel cetvel, yasalara göre cetvel, İctihat Birleştirme kararları, Avrupa İnsan Hakları mahkemesi kararları ve içindekiler bölümünden başka ceza yargılama hukukunun hukuk içinde yeri ve bölümleriyle bu hukukun yürüyüşünü insan yaşamıyla karşılaştıran, deyim yerindeyse morfolojik bir çizelge de eklenmiştir.

Sayın Profesörün soyuyapıtını tanıtmaya ve başlıca eleştirilerimizi özetlemeye çalıştık. Bir meslektaşının dediği gibi (10), onun düşüncelerinden kimilerini paylaşmayabiliriz. Ancak, onun yapıtının yüzyıllardır tartışılan konulara ışık tuttuğu ve herkesi düşünmeye zorladığı bir gerçektir.

O yüzden ki, hukuku, ceza yargılamasını ve tek sözcükle adaleti sevenler, Kunter'i mutlaka okumalı ve bu yapıta kitaplıklarının onur köşesinde yer vermelidirler.



[10] Dönmezer, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (Droit judiciaire pénal en tant que branche du droit judiciaire), par Nurullah Kunter, publication de la Faculté de droit d'Istanbul, n. 562, 6e 1978, XVI, 870 pages, Revue de science crimielle et de droit pénal comparé, 1979, p. 717.

BİRİNCİ BAŞKANIMIZ SAYIN NİHAT RENDA «AYRILSAK DA BERABERİZ»

İ. Zekâi ÖZDİL (*)



Onüç yıl öncenin bir günü. Hukuk Genel Kurulu'nun hararetli müzakerelerine katılmıştık. Hukuki sorun çıkmazda gibiydi. Uzayan tartışmalar sırasında, tok ve vakur olduğu kadar tevazu ve nezaket ifade eden bir ses duyuldu. Bu ses öylesine aydınlatıcı, öylesine hukuk doluydu ki, Kurulu peşinden sürükledi. Sorunun üstündeki düğümü rahatlıkla çözdü. İlk kez tanıdığımız bu sesin sahibi olan Sn. Nihat Renda'ya hemen gönül bağı kurmuştuk. Düşüncelerindeki berraklık, sözlerindeki inandırıcılık, hitabetindeki ustalık, davranışlarında kendine güvenirlilik onun altın gibi bir kalbe, sağlam bir hukuk kültürüne, kadife kadar yumuşak bir iç yapıya sahip olduğunu belirtiyordu. Keskin ve cevval zekâsının türlü tezahürlerini hayranlıkla izliyorduk.

Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanlığı'na seçilmesi gündeme geldiği zaman, tebessümleriyle aydınlanan yüzündeki, tevazu pırıltılarını hiç unutmadık. Mecelle'nin tarif ettiği hâkim portresi onun fotoğrafıydı sanki, Daire Başkanlığında ve Birinci Başkanlıkta ideal hâkimliğin örneği olarak başarılarını sürdürüp gitti. Genel Kurulda olduğu gibi idareciliği döneminde de olayları iyi ve kötü tüm alternatifleriyle ele alış objektivizmini, muhataplarını, hatta kendisini eleştirenleri sabır ve dikkatle dinleyişini, Devlet adamlarıyla tanıklık ettiğimiz konuşmalarını, olayları önleme yolundaki girişimlerini unutamayız.

(*) Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Başkanı.

Sayısı artan yıllar insan hayatından pek çok şey alır götürür amma, o kadar da tecrübe ve bilgi birikimleri bırakır. Türk hukuku, **Renda'nın** birikim hazinesinden, engin bilgisinden, hiç azalmayan çalışkanlığından, içtihat yaratma yolundaki güçlü yeteneğinden oldukça yararlanmıştı. Borçlar Hukuku ve Orman Yasası ile ilgili eserleri hukukçular için kaynak (=mehaz) kitaplar olmaya devam edecektir.

Renda'nın mesleğinde doruk noktaya gelmesi, salt mesleki bilgi, deneyim ve çabalarından değil onun çok yönlü bir entellektüel oluşundan da kaynaklanmaktadır.

Birinci Başkanlığa, adliyenin sorunlarına doğru teşhisler koyarak gelmiş, meseleleri sağlam zeminlere oturtmasını bilmiş, plânlı, sistemli bir biçimde idarecilik görevini yürütmüştür. Kucakladığı sorunlara, ciddiyet ve medeni cesaretle yaklaşmasını bilmiş, Hâkimlik vakarından, Başkanlık otoritesinden ve temsil yetkisinden hiç bir taviz vermeden «sessizliği» yırtmış, yargının sesini duyurmakta başarılı olmuştur.

Bilindiği gibi Sn. **Renda**, «yargı» ile «yürütme gücü» arasındaki diyalog kopukluğundan şikâyetçi idi. Gerçekten de yakınmalara neden olan bu husus adliyeye şimdiye kadar çok şeyler kaybettirmiştir.

Sn. **Renda**, biliyordu ve inanmıştı ki, «Yargı» ile «Yürütme» bir birine zıt, birbirini yok edecek iki güç değildir. Bir birinin yanında, fakat birbirinden bağımsız, ülkenin mutluluğu amacı ile uyum içinde çalışması gereken güçlerdir. O halde protokol dışında bu ilgisizlik, bu sessizlik nedendir? anlamı var mıdır? Kendinden emin bir Hâkimin İdare ile diyaloga geçmesi, çok iyi münasebetler içerisinde olması «kuvvetler ayrılığı» ilkesini mi yıkar? «Hâkim, İdareciye yüzvermez» zihniyeti artık çağın ve demokrasinin dışında kalmış köhne bir düşüncedir. Hâkim, vakarından, tarafsızlığından, yetkilerinden taviz vermeden yürütme gücü ile ölçülü, anlamlı, hatta zorunlu diyaloga girmelidir.

Sn. **Renda** bu konuda çok başarılı olmuş, Hükümet yetkililerine adliyenin sorunlarının önemini, ağırlığını kabul ettirmiş, onların sevgi ve saygısını kazanmıştır.

Bakın ilk olumlu sonuç ne oldu? Yargıtay'ın bütçesinde para yokken, bir gün karanlık ve hüznü dolu koridorlarda büyük tamirat, ilkel tuvaletlerde inşaat gürültüleri işitilmeye başladı. Siyahlaşan kapıların, tavanlardan gelişigüzel sarken neon lambalarının, parçalanan marleylerin, kasvetli merdivenlerin yazgisına el mi atılıyordu?

Isıtmayan kalorifer radyotörleri sökülüyor, kazanları değiştiriliyor, ilâveler yapılıyordu. Acaba paltosuz çalışabilecek miydik? Sinirlerimizi bozan balyoz sesleri arasında masalarımızın üzerinde biriken toz tabakalarını soğuk soğuk seyrediyorduk. 1986 kışını böylece geçirdik. Adalet durmadı. Binlerce dosyanın her birinde yine adalet çiçeğimiz açıyor, yoksulluğumuz, sıkıntımız bir tarafa itiliyor, adaleti bulma sevinci yararına umutla bakan yorgun gözlerimizin ışığını yakıyordu.

Baharla birlikte, koridorlar, merdivenler mermerlerin «mehabet» «metanet» güzellik ifade eden aydınlığı ile dolmaya, tuvaletler modern bir görünüş kazanmaya, kapı ve duvarlardaki boyalar insan yüzüne gülmeye başladı. Sayın **Renda**'nın çalışma plânındaki gayretler sürüyordu. Bir yakın mesai arkadaşının dediği gibi «yaptığı şeylerin sevincini değil, yapamadıklarının üzüntüsünü beraberinde götürüyor»du.

Çünkü, adalete ne kadar hizmet edilse az, geleceğini, adalete ve adalet dağıtanlara gerekli saygı ve önemi göstermenin, onları yaptıkları o yüce göreve uygun şartlara kavuşturmanın zorunluğunu biliyor, Hukuk Devletini ayakta tutacak temel taşın (adalet) olduğunu her yerde söylüyordu, yazıyordu...

Geçmiş Başkanlarımızın ve Sn. **Renda**'nın yaptıklarına artık Yargıtay kanaat etmiyor. Zaten kendisi de etmedi.

Yargıtay'ın vefasından kuşku duyulmaz amma, kanaatındaki eski sınır kalmamıştır. Gelecek Başkanlarımızın (**Nihat Renda**) imzalarını sonsuza dek çoğaltmaları önlenemeyecek olan bir istekdir.

Sn. Başkanım!

Düşünceleriniz belediğimizde, sevginiz, saygınız, kalbimizde, eserleriniz gözümüzün önünde iken «ayrılığınızın» bize ulaştığı söylenebilir mi hiç?

MUSTAFA ÇENBERCİ'Yİ ANARKEN

Teoman OZANOĞLU (*)

Büyük hukukçu **Mustafa Çenberci**, Yargıtay çatısı altından ayrılalı, 13.12.1985 tarihinde bir yıl doldu. 13.12.1985 tarihinde isteğiyle emekliye ayrılmıştı. Meğer, bu ayrılış, dünyadan göçmesinin de öncüsüymüş. Bu bir yıl içinde, 19.9.1986 günü vefat etti. Emekli olurken de, dünyadan göçerken de, sanki bir Karadenizli telaşı içersindeydi. Tanrı rahmet eylesin.

Hâkimler, genellikle fazla yaşamıyor. Onlara uzun süre emekli maaşı almak, emekliliğin tadını çıkarmak, kısmet olmuyor. Emekli maaşı, kısa zamanda, dul ve yetim maaşına dönüşüyor. Rahmetli **Çenberci** için de böyle oldu. Emekliliğinde düşlediklerinin çoğunu, gerçekleştiremedi. Özenle satın alıp dekore ettiği yazihanesinde, sağlıklı yeni eserler yaratmak nasip olmadı. Gerçekten, şu fâni dünyayı şöyle bir hayal edince, kimsenin felekten tam murat almadığı görülmüyor mu?

«Göçenler dünyadan hiçbir şey almazlar» ama, toprak ana neleri, nicelerini yutuyor. Baki kalan bu kubbede bir hoş sadadır. Kişiler gider, eseri kalır. Göçenler çabuk unutuluyor. İnsan hafızası da unutmaya yatkın bir yapı taşıyor. Ne var ki, dünyada nadir insanlar unutulmaktan kurtulurlar. Onları yaşatan, eserleridir. Sayın **Çenberci**'de, kendisini unutulmaktan kurtaracak güçte eserler bıraktı. İş Mahkemeleri Kanunu, İş Kanunu, Sosyal Sigortalar Kanunu, Bağ - Kur Kanunu Şerhi, Gayrimenkul Satış Vaadi, isimli eserleri ve çeşitli bilimsel makaleleri, onu unutulmazlar arasına katmıştır. Bu kitaplar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun vazgeçilmez nazari ve tatbiki kaynağını teşkil etmiş, Türkiye'de, bu konuların öğrenciler, avukatlar, yargıçlar ve diğer ilgililer tarafından öğrenilmesine ve iyi uygulanır hale gelmesine katkıda bulunmuştur. O, ayrıca Yargıtay'da Üye ve Daire Başkanı olarak, çalıştığı 22 yılı aşkın zaman içersinde, uygulamanın biçimlenmesi ve içtihatların yaratılmasında etkili olmuştur.

(*) Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi.

Kimbilir adaleti gerçekleştiren ve isabetle kurulan kaç kararın altında imzası vardır. Diyelim ki, onun bu katkısı, sadece İş ve Sosyal Güvenlik konularıyla da sınırlı değildir. O, hemen hemen hukukun her dalında isabetli sonuçlara varılmasına yardım etmiştir.

Rahmetli'nin, Dairesi, adeta bir mektepti. Onunla çalışanlar, kendisinden feyzalmışlardır. Bu satırların yazarı da rahmetliyle yaklaşık 6 yıl birlikte çalışmak ve feyzalmak mutluluğuna erişmiştir. Umarım, öğrencileri de onu unutmayacak, aziz hatırasının yaşatılmasına çalışacaklardır.

Rahmetli **Çenberci** bu sonuçlara, aşırı, adeta kendini kaybedercesine çalışmasıyla ulaştı. Giden çağların ele geçmeyeceğini düşünmediği, ömrünün kıymetini bilmediği söylenebilir. Saygılı, sevecen, alçak gönüllü, vefalı bir kişiliği vardı. Çevresinden de vefa beklerdi. Vefasını beklediklerinden vefa göremediği zaman mahvolurdu. Uzun süre bu durumun tesirinden kurtulamazdı.

Artık bir yıldır Yargıtay'ın Daire ve Kurullarında **Çenberci** yok. 23 yıl önce, Yargıtay kubbesinde bir yıldız doğmuştu. Bir yıldır o yıldız kaydı, göçtü, gitti. Ama, yaydığı ışıklar daha yıllarca aydınlatmaya devam edecektir. Nur içinde yatsın.

YENİ SEÇİLENLER EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Ali Rıza GENİŞ (*)

YENİ SEÇİLENLER



● AHMET COŞAR

1924'de Çumra'da dünyaya gelen Coşar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1945 yılında bitirdikten sonra, 1948 Eylül'ünde Vezirköprü Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini; Seydişehir C. Savcı Yardımcılığı, Konya Sulh ve Asliye Hukuk Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

18 Eylül 1967 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve çeşitli meslek dergileri ile günlük gazetelerde güncel yazıları yayımlanan Ahmet Coşar, Birinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yaparken, aynı dairenin başkanlığına 14.9.1979 günü ilk kez, 22.9.1983 günü de ikinci kez seçilmiştir. Birinci Hukuk Dairesi başkanlığı görevini sürdürürken de Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 11.11.1986 günü Yargıtay Birinci Başkanlığına seçilmiştir.

● İ. ZEKÂİ ÖZDİL

1925 yılında Kayseri'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1946'da bitirdikten sonra, 1949 tarihinde Bergama Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve sırasıyla Kızılcahamam Sorgu Hâkimliği, Konya Tapulama Hâkimliği ile Adalet Bakanlığı Müfettişliği görevlerinde bulunmuştur.

18 Eylül 1973 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyeliği de yapan Zekâi Özdil, Birinci Hukuk Dairesi Üyesi iken, aynı dairenin başkanlığına 17.11.1986 günü seçilmiştir.

● İSMAİL OĞUZ

Darende 1928 doğumlu Oğuz, 1950 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 29.11.1953 günü Rize Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş ve sırasıyla; Reşadiye Hâkimliği, Sivas C. Savcılığı, Tokat C. Savcılığı ve C. Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

17.9.1973'de Yargıtay Üyeliğine seçilen İsmail Oğuz, Sekizinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görev sürdürdüğü sırada, 22.12.1986 günü aynı dairenin başkanlığına seçilmiştir.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

● NİHAT RENDA



1921 yılında Yanya'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirdikten sonra, 1946 senesinin Nisan Ayı'nda İğdir Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini sırasıyla; Lüleburgaz Ceza Hâkimliği ile Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü yaparak sürdürmüştür.

21 Aralık 1964 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Nihat Renda, Dördüncü Hukuk Dairesi üyeliği ile aynı dairenin başkanlığı görevlerinde de bulunmuştur. Hukuk alanında yayımlanmış «Borçlar Hukuku» ve «Orman Kanunu» adlı ortaklaşa yapıtları ile meslek dergilerinde güncel konulu yazıları yayımlanan Renda, Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanı bulunduğu sırada 10.7.1981'de Yargıtay Birinci Başkanvekilliğine, bu görevini sürdürürken de Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 17.9.1984

gününde Yargıtay Birinci Başkanlığına seçilmiş ve bu görevden de 1.11.1986 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● YAHYA SAIM GÖKÇEDAĞ

Buldan 1921 doğumlu Gökçedağ, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra, 1946'da Sarayköy Sorgu Hâkimi olarak mesleğe başlamış ve sırasıyla; Keçiözü, Urla C. Savcılığı, İzmir C. Savcı Yardımcılığı ve Başyardımcılığı, İzmir Üçüncü Asliye Ceza Hâkimliği, İzmir Birinci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ile İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde de bulunmuştur.

28.4.1975 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve ortaklaşa yayımladığı «Kaçakçılık Mevzuatı ve Tatbikatı» adlı yapıtı bulunan Yahya Saim Gökçedağ, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyeliği de yapmıştır. Yedinci Ceza Dairesi Üyesi iken Sekizinci Ceza Dairesi Başkanlığına 18.4.1983 günü seçilmiş ve bu görevinden de 15.12.1986 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● MÜBECCEL ÖZER

1932 yılında Gediz'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1966'da bitirdikten sonra, bir süre avukatlık yapmıştır. Daha sonra Yargıtay Raportörlüğüne atanan Özer, İkinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden 18.11.1986 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

Yeni seçilen; COŞAR, ÖZDİL ile OĞUZ'a yeni görevlerinde başarılar; emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan; RENDA, GÖKÇEDAĞ ve ÖZER'e de yaşam boyu sağlık ve mutluluklar dileriz.

● **YASALAR, KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER,
TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER**

● **YASALAR**

Tarihi:	Resmî Gazete No:	Sayfa:	Yasanın Adı:
14.10.1986	19251	1	Kanun No : 3311 Kabul Tarihi : 7.10.1986 Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.
14.10.1986	19251	1	Kanun No : 3312 Kabul Tarihi : 7.10.1986 Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
11.11.1986	19278	1	Kanun No : 3316 Kabul Tarihi : 5.11.1986 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
11.11.1986	19278	2	Kanun No : 3318 Kabul Tarihi : 5.11.1986 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
11.11.1986	19278	2	Kanun No : 3319 Kabul Tarihi : 5.11.1986 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
15.11.1986	19282	1	Kanun No : 3315 Kabul Tarihi : 4.11.1986 Lastik Tekerlekli Traktörlerin Tescili İçin Süre Verilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulüne Dair Kanun.
22.11.1986	19289	1	Kanun No : 3320 Kabul Tarihi : 11.11.1986 Memurlar ve İşçiler ile Bunların Emeklilerine Konut Edindirme Yardımı Yapılması Hakkında Kanun.
22.11.1986	19289	4	Kanun No : 3321 Kabul Tarihi : 18.11.1986 13.10.1983 Tarih ve 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun 65'inci Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.

26.11.1986	19293	1	Kanun No : 3322 Kabul Tarihi : 19.11.1986 Bayındırlık ve İskân Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameler İle Ulaştırma Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında 182 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
3.12.1986	19300	1	Kanun No : 3323 Kabul Tarihi : 26.11.1986 6136 Sayılı Atesli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 7 nci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

● **KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER**

Tarihi:	Resmî Gazete No:	Sayfa:	Kararnamenin Adı:
22. 9. 1986	19229	1	Karar Sayısı : KHK/261 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
15.10.1986	19252	1	Karar Sayısı : KHK/262 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname.
1.12.1986	19298	1	Karar Sayısı : KHK/263 Öğretmenlere Eğitim ve Öğretim Tazminatı Ödenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
29.12.1986	19326	1	Karar Sayısı : KHK/266 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına ve 243 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 56 ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname.

● **TÜZÜKLER**

Tarihi:	Resmî Gazete No:	Sayfa:	Tüzüğün Adı:
16.10.1986	19253	15	Karar Sayısı : 86/11071 Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Eserlerden Faydalanma Usul ve Esasları Hakkında Tüzük.
16.11.1986	19283	2	Karar Sayısı : 86/10982 Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Tüzüğü.

● YÖNETMELİKLER

Tarihi:	Resmî Gazete No:	Sayfa:	Yönetmeliğin Adı:
24.9.1986	19231	3	Orman Emvalinin İstihsaline Ait Yönetmelik. Karar Sayısı : 86/11017
16.10.1986	19253	20	Sakatların Devlet Memurluğuna Alınma Şartları ile Hangi İşlerde Çalıştırılacakları Hakkında Yönetmelik'in Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik.
6.11.1986	19273	1	Çıraklık ve Mesleki Eğitim Kurulları Yönetmeliği. Karar Sayısı : 86/11220
11.12.1986	19308	4	Devlet Memurları Yiyecek Yardımı Yönetmeliği.
16.12.1986	19313	4	Çıraklık Eğitimi Yönetmeliği.

YARGITAY YAYINLARI

- **Ord. Prof. Dr. H. Veldet Velidedeoğlu - Refet Özdemir**
«TÜRK BORÇLAR KANUNU ŞERHİ»
Genel - Özel Hükümler Basılıyor
- **Prof. Dr. Karl Oftinger «BORÇLAR KANUNUNUN GENEL KISMINA İLİŞKİN FEDERAL MAHKEME İÇTİHA TLARI» Çeviren Avukat Kemal Dayınları**
Üç renkli kapak, 408 sayfa 1100.— Lira
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU**
Cilt : 1 - 7, Yıl : 1975 - 1981, Üç renkli gofre kapak 880.— Lira
- **YARGITAY KANUNU — HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KANUNU HÂKİMLER VE SAVCILAR KANUNU — İLGİLİ YÖNETMELİKLER**
Plastik kapak, Birinci hamur kağıt Tükendi
- **Andreas von Tuhr «BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI» Çeviren Avukat Cevat Edege**
Cilt : 1 - 2, Lüks ciltli, 1128 sayfa 1650.— Lira
- **YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI (Ofset ikinci basım)**
Hukuk Bölümü
Cilt : 1 Yıl : 1926 - 1941, Lüks ciltli 2200.— Lira
Cilt : 2 Yıl : 1942 - 1944, Lüks ciltli 1650.— Lira
Cilt : 3 Yıl : 1945 - 1947, Lüks ciltli 2475.— Lira
Cilt : 4 Yıl : 1948 - 1956, Lüks ciltli 2200.— Lira
Cilt : 5 Yıl : 1957 - 1980, Lüks ciltli 2475.— Lira
- Ceza Bölümü**
Cilt : 1 Yıl : 1927 - 1940, Lüks ciltli 2750.— Lira
Cilt : 2 Yıl : 1941 - 1946, Lüks ciltli 2750.— Lira
Cilt : 3 Yıl : 1947 - 1980, Lüks ciltli 2750.— Lira
- **Majno «CEZA KANUNU ŞERHİ»**
Cilt : 4 Lüks ciltli 715.— Lira
(Birinci, ikinci ve üçüncü ciltler tükendi)

● **YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ YARGI YILI KONUŞMALARI (1943 - 1978)**

Üç renkli kapak, 375 sayfa 275.— Lira

● **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**

Cilt : 1 Yıl : 1975 Sayı : 1 - 12 660.— Lira
 Cilt : 4 Yıl : 1978 Sayı : 3 - 12 (Birinci ve ikinci sayılar tükendi) 550.— Lira
 Cilt : 6 Yıl : 1980 Sayı : 1 - 12 1320.— Lira
 Cilt : 7 Yıl : 1981 Sayı : 1 - 12 1980.— Lira
 Cilt : 8 Yıl : 1982 Sayı : 1 - 12 2640.— Lira
 Cilt : 11 Yıl : 1985 Sayı : 1 - 12 3960.— Lira
 Cilt : 12 Yıl : 1986 Sayı : 1 - 12 5940.— Lira
 Cilt : 13 Yıl : 1987 Sayı : 1 - 12 7560.— Lira
 (İkinci, üçüncü, beşinci, dokuzuncu ve onuncu ciltler tükendi)

● **YARGITAY DERGİSİ**

Cilt : 1 Yıl : 1975 Sayı : 1, 3, 4 (İkinci sayı tükendi) 165.— Lira
 Cilt : 2 Yıl : 1976 Sayı : 1, 2, 3 (Dördüncü sayı tükendi) 165.— Lira
 Cilt : 4 Yıl : 1978 Sayı : 1 - 4 220.— Lira
 Cilt : 5 Yıl : 1979 Sayı : 1 - 4 220.— Lira
 Cilt : 6 Yıl : 1980 Sayı : 1 - 4 440.— Lira
 Cilt : 7 Yıl : 1981 Sayı : 1 - 4 660.— Lira
 Cilt : 8 Yıl : 1982 Sayı : 1 - 4 770.— Lira
 Cilt : 9 Yıl : 1983 Sayı : 1 - 4 880.— Lira
 Cilt : 10 Yıl : 1984 Sayı : 1 - 4 880.— Lira
 Cilt : 11 Yıl : 1985 Sayı : 1 - 4 1320.— Lira
 Cilt : 12 Yıl : 1986 Sayı : 1 - 4 1980.— Lira
 Cilt : 13 Yıl : 1987 Sayı : 1 - 4 2520.— Lira
 (Üçüncü cilt tükendi)

● **Hesap Numaralarımız** : 1 — T.C. Ziraat Bankası Kızılay/Ankara Şubesi 304 - 110
 2 — Posta Çekleri Merkezi 92932

● **Adres** : Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (06658) Bakanlıklar/ANKARA

● **Açıklama** : 1 — Yayın bedellerine Katma Değer Vergisi dahildir.
 2 — Abone bedeli gönderilirken açık adres belirtilmeli, adres değişikliği en kısa sürede bildirilmelidir.
 3 — Gönderilen bedelin hangi yayına ilişkin olduğu açıklanmalıdır.
 4 — Temsilcimiz yoktur. Ödemeli gönderilmez.



