

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA İLİŞKİN YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARININ UYGULAMADAKİ YÖNLENDİRİCİ ETKİLERİ (*)

Doç. Dr. Tankut CENTEL (**)

● ANLATIM DÜZENİ : I — Genel Olarak. II — Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Bağlayıcılığı. 1 — İçtihadı Birleştirme Kararlarının Niteliği. 2 — İçtihadı Birleştirme Kararlarının Bağlayıcı Gücü. III — Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Önemi. 1 — İçtihadı Birleştirme Kararlarının İş Yargısı İle Sosyal Yargı İçerisindeki Yeri. a — İş Hukukuna Ait İçtihadı Birleştirme Kararları. b — Sosyal Güvenlik Hukukuna Ait İçtihadı Birleştirme Kararları. 2 — İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Etkileri. a — Yönlendirici Etki. aa — Adli Yargı Organlarının Yönlendirici Etki. aaa — İçtihat Birliğini Sağlama. bbb — Mevzuata Açıklık Kazandırma. bb — Yasakoyucuyu Esinlendirici Etki. b — Sosyal Etki. IV — Değerlendirme ve S o n u ç .

I. GENEL OLARAK

Yargıtay'ın en önemli görevlerinden birisi, ülkemizde adli yargı alanındaki içtihad birliğini gerçekleştirmektir. Nitekim, mahkemelerin aynı nitelikteki olaylar hakkında verdikleri kararlar arasında çelişki yaratılmadığında, yasa önünde eşitlik ilkesi (Ay. m. 10) sarsılacak ve toplum içindeki adalet duygusu incinecektir. Bu itibarla, böyle bir durumun önüne geçilmek üzere; Yargıtay dairelerinin (veya kurullarının) kendi kararları arasında veya kendi kararları ile diğer Yargıtay daireleri ve kurullarının kararları arasında uyumsuzluk ortaya çıktığında, içtihatların birleştirilmesi yoluna başvurulur (1).

İçtihatların birleştirilmesi usulü, iş yargısı ve sosyal yargı bakımından, ayrı bir önem taşır. Şöyle ki; gerek iş hukuku ve gerekse sosyal güvenlik hukuku, diğer hukuk dallarına oranla yeni olmaları ve toplumsal gelişmelerden büyük ölçüde etkilenmeleri nedeniyle, hızlı bir değişme içerisinde. Nitekim, bu anlamda iş hukukunun, bir «föyvolan varlık» olduğundan sözedilir (2). İşte, böylesine bir hızlı değişkenlik ortamından,

(*) 3.6.1988 günü, Yargıtay'ın Kuruluşunun 120. Yılı Sempozyumunda Sunulan Bildiri.

(**) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) B. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü IV, Ankara 1984, 3497-3498.

(2) B. Rütters (çev. T. Centel), «Değişen Sanayi Toplumunda İş Hukuku», Sosyal Siyaset Konferansları XXXII-XXXIII, 247.

Yargıtay kararlarının da etkilenmeyeceği söylenemez. Ancak, iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin Yargıtay kararlarının değişkenlik ortamından etkilenip aralarında zamanla uyumsuzluğa yolaçmaları, esas itibariyle toplumsal gelişmelerden kaynaklanmaları nedeniyle, temelde olumlu olup ileriye yöneliktir.

İş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin içtihadı birleştirme kararlarının uygulamadaki yönlendirici etkilerinin nelerden ibaret olduğunun bilinebilmesi için, öncelikle, içtihadı birleştirme kararlarının niteliğinin ve bağlayıcı gücünün irdelenmesi gerekecektir. Çünkü, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı gücünün sınırları iyice belirlenmediğinde, bunların uygulama üzerindeki yönlendirici etkilerinin saptanması mümkün olmamaktadır. Bu itibarla, aşağıda önce, genel çizgileriyle bağlayıcı güç üzerinde durulacak ve sonra da, yönlendirici etkilerin ne olduğu, somut örneklerle açıklanmaya çalışılacaktır.

II. YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

1. İçtihadı birleştirme kararlarının niteliği

Yargıtay Kanunu'nun «İçtihadı birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar» (m. 45/V) diyen hükmü karşısında, içtihadı birleştirme kararlarının «ilke kararı» niteliğinde oldukları söylenebilir. Bu anlamda, ilke kararı niteliğindeki içtihadı birleştirme kararlarının, «yeni bir yasa kuralı» koyucu nitelikte olup olmadıkları, irdelenmek gerekir.

Buna ilişkin yüksek yargı organlarının görüşleri, aynı doğrultuda değildir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi; bir kararında, «..İçtihadı birleştirme kararı, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak ereği ile değil, ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya nesnel (objektif) nitelikte olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağını saptamak için verilir..» (3) anlatımına yer vererek, ilke kararı niteliğindeki içtihadı birleştirme kararlarının yeni bir hukuk kuralı koyma özelliğine sahip olmadığını kabul etmektedir. Buna karşılık, Yargıtay, «.. bir konunun içtihadı birleştirme kararıyla aydınlanması, ameli sonuç bakımından, o konuda yeni bir yasa (kanun) çıkarılması anlamına gelmektedir ..» (4) görüşünü belirterek, içtihadı birleştirme kararlarının uygulamada yeni bir hukuk kuralı getirme özelliğine sahip oldukları esasını benimsemektedir.

(3) **AyM.**, 12.6.1969-38/34-RG. 29.1.1970, No. 13412.

(4) **YHGK.**, 20.2.1963-4-71/21-Adalet Dergisi, 5 (Mayıs 1963), 776-777.

İş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin içtihadı birleştirme kararlarının, uygulamada «yeni bir hukuk kuralı» niteliğini taşımadıkları ve mevcut uygulamaları bir esasta toplamadan öteye gitmedikleri görülür. Nitekim, bunlar, aşağıda gösterileceği üzere (5), verildikleri tarihten sonra yasakoyucuyu etkileyebilmekte ve yasakoyucu da, daha önce verilmiş içtihadı birleştirme kararlarından esinlenerek bunları yasa hükmü haline getirebilmektedir. Eğer daha önce içtihadı birleştirme kararı «yeni bir yasa çıkarılması» anlamını taşısaydı, ileride yasakoyucunun bunu iş mevzuatı ile sosyal mevzuat içine katması sözkonusu olmazdı. Bu bakımdan, iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında içtihadı birleştirme kararlarının, yürürlükteki hukuk kurallarının anlamını saptayıcı niteliğe sahib oldukları; söylenmek gerekir. Kaldı ki, içtihadı birleştirme kararlarına yeni bir yasa hükmü niteliğinin tanınması da, Ay. m. 7 hükmüne ters düşmektedir (6).

2. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARININ BAĞLAYICI GÜCÜ

Yargıtay Kanunu'nun emredici nitelikteki m. 45/V hükmü karşısında, Yargıtay daireleri ve kurulları ile adliye mahkemelerinin, mevcut içtihadı birleştirme kararlarının tersine bir doğrultuda karar vermeleri, hukuken sözkonusu değildir. Bu anlamda, Yargıtay daireleri ve kurulları ile adliye mahkemeleri, mevcut içtihadı birleştirme kararları değiştirilmediği veya kaldırılmadığı (Yargıtay Kanunu m. 45/III) sürece, bunlarla bağlı olup uygulamayı bunlar doğrultusunda sürdürmekle yükümlüdür. Böylece, özellikle iş yargısı ile sosyal yargı içerisinde yer alan Yargıtay Doku-zuncu ve Onuncu Hukuk Daireleri ile iş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemeleri ve iş mahkemeleri, içtihadı birleştirme kararlarıyla uygulamada bağlı olup, bunlarda saptanan esaslardan ayrılamayacaktır (7).

III. YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARININ UYGULAMADAKİ ÖNEMİ

1. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARININ İŞ YARGISI İLE SOSYAL YARGI İÇERİSİNDEKİ YERİ

a. İş hukukuna ait içtihadı birleştirme kararları

Doğrudan iş hukukunu ilgilendiren Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, kronolojik olarak, aşağıdaki kararlardan ibarettir :

(5) Bak. aşağıda III 2 a bb.

(6) Bak. aşağıda III 2 a bb.

(7) Bağlayıcı güç konusunda ayrıca ayrıntılı bilgi için bak. **Kuru**, 3508 vd.

- 3.11.1948-11/7;
- 15.5.1957-1956-13/10 (RG. 14.8.1957, No. 9681);
- 27.5.1958-1957-15/5 (RG. 26.9.1958, No. 10017);
- 18.6.1958-1957-20/9 (RG. 30.9.1958, No. 10020);
- 18.2.1959-1958-28/17 (RG. 23.6.1959, No. 10234);
- 24.6.1959-1958-31/26 (RG. 5.8.1959, No. 10271);
- 29.6.1960-13/15 (RG. 5.10.1960, No. 10621);
- 8.4.1972-4/6 (RG. 8.6.1972, No. 14209);
- 24.12.1973-4/6 (RG. 15.2.1974, No. 14800);
- 6.6.1975-6/8 (RG. 18.7.1975, No. 15299);
- 21.1.1979-1978-6/1 (RG. 17.3.1979, No. 16581);
- 20.1.1986-1985-6/1 (RG. 10.3.1986, No. 19043).

b. Sosyal güvenlik hukukuna ait içtihadî birleştirme kararları

Sosyal güvenlik hukukunu doğrudan ilgilendiren Yargıtay içtihadî birleştirme kararları, kronolojik olarak, aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- 31.3.1954-17/10;
- 31.3.1954-18/11;
- 10.5.1974-3/4 (RG. 7.7.1974, No. 14938);
- 24.5.1974-2/6 (RG. 27.6.1974, No. 14928);
- 3.3.1975-2/3 (RG. 5.5.1975, No. 15227);
- 28.6.1976-6/4 (RG. 26.7.1976, No. 15658);
- 9.3.1983-1/1 (RG. 23.6.1983, No. 18086);
- 29.3.1985-1984-3/2 (RG. 17.5.1985, No. 18757);
- 15.4.1985-1984-4/3 (RG. 12.6.1985, No. 18782).

2. İçtihadî birleştirme kararlarının uygulamadaki etkileri

a. Yönlendirici etki

aa. Adli yargı organlarını yönlendirici etki

aaa. İçtihat birliğini sağlama

Yargıtay içtihadî birleştirme kararlarının en önemli işlevlerinden birisi, daha önce (8) belirtildiği üzere, ülkede içtihat birliğini sağlamaktır. Böylece, ülke içerisindeki mevcut uygulamalar, tek bir esasta toplanmış olmaktadır. Bu anlamda, Yargıtay içtihadî birleştirme kararları, içtihat uyumsuzluğunu ortadan kaldırmaya yaramaktadır.

İş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin içtihadî birleştirme kararlarına bakıldığında; bunların, genelde daha çok, özel daire veya daireler ka-

(8) Bak. yukarıda I.

rarları ile genel kurul kararı arasında veya özel dairelerin karşılıklı kararları içinde ortaya çıkan uyumsuzluklardan kaynaklandığı görülmektedir. Buna karşılık, özel dairenin önceki içtihadından dönmesi anlamına gelen «özel dairenin kendi kararları içinde uyumsuzluk durumu»na, daha az rastlanmaktadır.

Belirtilen durum, Yargıtay içtihatlarının istikrarının ülkemizde sağlanması açısından, son derece önemlidir. Gerçekten, iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin içtihatlarda birlik sağlanması, ayrı ve özel bir anlam taşır. Çünkü, özel olarak Yargıtay Dokuzuncu ve Onuncu Hukuk Dairelerinin kararları, işçiler (sigortalılar) ile işverenler ve bunların kurdukları sendikaların iş ve sosyal uyumsuzluklarına ilişkin bulunduğu için, geniş bir çıkar çevresinde yankı uyandırır. Bu nedenledir ki; sözkonusu özel dairelerin kararları, işçi ve işveren mesleki kuruluşları eliyle sürekli ve düzenli bir biçimde kamuoyuna yansır. Belirtilen yönüyle Yargıtay Dokuzuncu ve Onuncu Hukuk Dairelerinin gördükleri işler, diğer Yargıtay özel dairelerinin görevlerinden daha zordur. İşte, böylesine ağır bir ortam içerisinde sözkonusu özel dairelerin kararları, diğerlerine oranla daha güçlü bir istikrarı gerçekleştirmek durumundadır.

Geçmişte iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin özel daire kararlarında kısa aralıklı uyumsuzluklar görülmüş ve öğretilerde (9) bu durum, haklı olarak eleştirilmiştir. Ancak, günümüzde artık özel daire kararlarının, birçok konuda yavaş yavaş yerleşmeye başladığı görülmektedir. Nitekim, Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarına yolaçan esas nedenin, belirtilen özel dairelerin kendi kararları içerisinde ortaya çıkan uyumsuzluklar olmayışı da, bu olumlu gelişmeyi sergilemektedir.

Buna karşılık, Yargıtay Dokuzuncu ve Onuncu Hukuk Dairelerinin kararlarının kendi içlerinde oturmaya başlaması, içtihat birliğini sağlama bakımından sorunu çözmeye yeterli olmayacaktır. Çünkü, sözkonusu özel daireler arasında veya bunlar ile genel kurul arasında görüş ayrılığı olabilir ve de olmaktadır. Nitekim, bilindiği kadariyle sözgelimi, maddi tazminat hesabında gelecek yıl kazançlarının artırılacak yüzde oranı ile iskonto hesap oranları konusunda, anılan özel daireler arasında önemli görüş ayrılığı mevcuttur (10). Bu çeşit uyumsuzluklar, yani bir anlamda görüş ayrılıkları, kesinlikle iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin Yargı-

(9) Sözgelimi bak. **G. Esen**, «Beş Günlük Çalışma Sistemi İle İlgili İki Zıt Yargıtay Kararı Dolayısıyla», İşveren IX, 9 (Haziran 1971), 31-34; **K. Tunçomağ**, «Referandum ve Yargıtay Kararları», İBD. IXL, 9-10 (Eylül-Ekim 1975)'den ayrı bası, İstanbul 1976, 20.

(10) Bak. **T. Centel**, «Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1986 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi», (yayınlanmamış tebliğ).

tay içtihatlarının istikrarsızlığı anlamını taşımaz. Çünkü, sözkonusu uyumsuzlukların, içtihatların birleştirilmesi usulüyle giderilmesi, her zaman için mümkündür. Ancak, bu durumda da, içtihatların birleştirilmesi usulünün geciktirilmeksizin işletilmesi gerekir. Aksi takdirde, belirtilen özel dairelerin kendi aralarında veya kendileriyle genel kurul arasında görüş ayrılığı yaratıp bunu uzunca bir zaman sürdürmeleri, ülkede hukuka ve adalete duyulan saygıyı ve giderek, hukuk devleti güvencesini sarsabilir.

bbb. Mevzuata açıklık kazandırma

Yargıtay içtihadı birleştirme kararları; daha önce (11) belirtildiği üzere, yeni bir hukuk kuralı olmamakla birlikte, mevzuat hükümlerinin hangi anlamda uygulanacağını saptayarak bunlara açıklık kazandırır. Ancak, bu durum, yasakoyucunun içtihadı birleştirme kararlarından esinlenerek açık mevzuat hükmü koymasını hiçbir zaman engellemez (12).

İçtihadı birleştirme kararlarının mevzuata açıklık kazandırma işlevi, iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında ayrı ve özel bir anlam taşır. Gerçekten, her iki hukuk dalı da, hızlı bir gelişme ve değişme içerisindedir. Nitekim, iş hukukunun föyvolan varlığı, bu hızlı gelişmeyi ve değişmeyi açıkça sergiler. Bunun gibi, I. Dünya Savaşı'ndan sonra sosyal siyaset gelişmeleri içinde pek az alan, sosyal güvenlik kadar hızlı bir gelişme gösterebilmiştir. Bu itibarla da, sosyal güvenliğin bir hukuk dalı olmaktan çok bir sistem olduğu ileri sürülmüştür (13). İşte, böylesine hızlı bir gelişme ve değişme ortamı içerisinde herşeyin yasakoyucudan beklenmesi yerine, içtihadı birleştirme kararlarıyla boşluklara ve kapalı mevzuat hükümlerine (metinlerine) açıklık getirilmesi, daha uygun düşecektir. Bu anlamda, Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, iş ve sosyal güvenlik hukuku bakımından, «yargıç hukuku»nun bütünleyici parçası olma durumundadır.

Bütün bu söylenenleri, geçmiş içtihadı birleştirme kararlarından bazılarıyla örnekleyecek olursak; Yargıtay Hukuk Bölümü İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu (YHBİBGK.), 9.3.1983 günlü ve 1/1 sayılı kararında, «kanunla kurulu emekli sandığı» (SSK. m. 3/bent 1 F) açıklık getirerek, SSK. geç. m. 20'de öngörülen sandıklardan yaşlılık aylığı bağlanmış kimselerin, sonradan SSK. hükümlerinden de yararlanıp yaşlılık aylığı alamayacağını belirtmiştir. Artık burada, görüleceği üzere, yeni bir hukuk kuralının getirilişi değil, «kanunla kurulu emekli sandığı» kavramını içeren bir hükme açıklık kazandırılması sözkonusudur. Bunun gibi,

(11) Bak. yukarıda II 1.

(12) Bak. aşağıda III 2 a bb.

(13) Bak. A. C. Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 1988, 4-5.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu (YİBBGK.), 3.3.1975 günlü ve 2/3 sayılı kararında, SSK. m. 126'daki «harç» kavramına açıklık getirerek, sözkonusu hükümdeki bağışıklığın yargılama harçlarını içermeyeceğini öngörmüştür. Aynı şekilde, YHBİBGK.; 24.5.1974 günlü ve 2/6 sayılı kararında, yemek verilmeyen sigortalılara ödenen yemek paralarını, ücrete katılacak ödemeler içerisinde görmeyerek, SSK. m. 77'deki sigorta primine matrah olacak ödemelerin kapsamına açıklık kazandırmıştır. Bunların dışında, iş mahkemelerinin görevi konusuna açıklık kazandıran ve iş mahkemelerini görevli kılan içtihadı birleştirme kararları da, mevcut iş mevzuatı uygulamasına açıklık getirici nitelikte görülme gerekir (14).

bb. Yasakoyucuyu esinlendirici etki

Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, Yargıtay K. m. 45/V uyarınca bağlayıcı güce sahip olmakla birlikte, yasa hükmünde değildir. Esasen, Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının böyle bir hükme sahip olmasının kabulü de, Anayasaya aykırı düşer. Çünkü, böyle bir durum, Yargıtay K. m. 45/V bakımından yasama yetkisinin devri (delegasyonu) yasağı (Ay. m. 7/cümle 2) içine girer ve YİBBGK. ile YHBİBGK.'nin kararlarına yasa hükmünü tanımaları da, münhasıran TBMM.'ne ait yasama yetkisinin (Ay. m. 7/cümle 1) bunlar tarafından kullanılması anlamını taşıyıp hukuken mümkün değildir.

Bu bakımdan, içtihadı birleştirme kararlarını da, hukuken yeni bir hukuk kuralı koyucu nitelikte görmemek gerekir (15). Ancak, hiçbir zaman bu durum, yasakoyucunun daha önceki içtihadı birleştirme kararlarıyla benimsenen esaslardan esinlenmeyeceği anlamını taşımaz. Nitekim, yasakoyucu, Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarında varılan sonuçları, yasa hükmü haline getirebilir. İçtihadı birleştirme kararlarında varılan sonuçlar uygulamada toplum düzeni ile toplumun gereksinmelerine ve adalete uygun düştüğü ölçüde de, yasakoyucunun böyle bir yola başvurmada yarar vardır.

İş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarında, yasakoyucuya esin kaynağı olma özelliğine sıkça rastlandığı söylenemez. Bunun da nedeni, olsa olsa, iş ve sosyal güvenlik hukukunun föyvolan kimliğe sahip bulunmasında aramak gerekir. Gerçekten, durmadan gelişen ve değişen hukuk dallarında yasakoyucunun, esasen daha önce benimsenmiş esasları aynen kabul etmesi, ender düşünülecek bir olaydır. Böyle olmakla birlikte, yine de yasakoyucunun, bazı içtihadı birleş-

(14) Örnek olarak bak. YİBK., 29.6.1960-13/15 (RG. 5.10.1960, No. 10621; 20.1.1986-1985-6/1 (RG. 10.3.1986, No. 19043).

(15) Ayrıca bak. yukarıda II 1.

tirme kararlarından esinlenmiş olduğunu görmek mümkündür. Nitekim, sözgelimi, 3008 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce geçen sürelerin kıdem tazminatının hesabında gözönünde bulundurulacak süreye katılmasını öngören 3.11.1948 günlü ve 11/7 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı, dolaylı olarak 931 sayılı İş Kanunu ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 109 uncu maddelerine geçmiştir. Bunun gibi; gıda, konut, sağlık, yakacak ve aydınlatma gibi zorunlu gereksinmelerini karşılamak üzere iş karşılığında kişiye para veya eşya olarak sürekli ödenen miktarlar ile özel bir hizmet nedeniyle verilen prim ve ikramiyelerin kıdem tazminatının hesabına esas olan ücret kavramına katılmasını öngören 15.5.1957 günlü ve 13/10 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı, 931 sayılı İş Kanunu m. 26/II ile 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/XI'de yasa hükmü haline gelmiştir. Aynı şekilde, toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı yoluyla yararlanmak için ilgili işçi kuruluşunun yazılı muvafakatının aranmayacağını öngören 21.1.1979 günlü ve 1978-6/1 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 9/III'le yasa hükmüne bürünmüştür. Nihayet, sigortalının askerlik borçlanması için Kuruma başvurmadan önce ve sigortalı işte çalışırken ölmesi halinde, haksahiplerinin askerlik borçlanmasından yararlanabileceğine ilişkin 15.4.1985 günlü ve 1984-4/3 sayılı içtihadı birleştirme kararının vardığı sonuç, 3279 sayılı Yasayla yapılan değişiklikten sonra SSK. m. 60/bent F'ye yasa hükmü olarak geçmiştir.

b. Sosyal etki

İş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, genelde çalışan kesimi yakından ilgilendirir. Bu anlamda, içtihadı birleştirme kararlarında varılan sonuçlar, sadece tek tek kişilere değil, bunların ait oldukları işçi veya işveren kesimlerine ve de bunların örgütlenmiş topluluklarına ait kararlar olarak görünür. İşte, toplumda böylesine geniş bir topluluğu ilgilendirmeleri nedeniyle, içtihadı birleştirme kararlarının sosyal etkisinden söz edilmek gerekir.

Diğer yandan, içtihadı birleştirme kararlarının sosyal etkisi, iş ve sosyal güvenlik hukukunun işçiyi koruyucu niteliğini de yansıtır. Gerçekten, iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin içtihadı birleştirme kararları, etkiledikleri kesim itibarıyla, koruyucu niteliktedir. Söz konusu sosyal niteliğe, özellikle 18.6.1958 günlü ve 20/9 sayılı içtihadı birleştirme kararında rastlanmaktadır. Nitekim, anılan kararda «.. İş Kanunlarının ve İşçi Sigortaları Kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına.. Türkiye Büyük Millet Meclisi dahi bâtil olan iş akdinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukukî neticeler doğurması gerekeceğini kabul etmiş olmasına göre..» denilerek, yaşı veya kadın oluşu gibi nedenlerle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçinin yasağa rağmen

men çalıştırılmış olması halinde işçi sayılacağına ve bu nedenle, sosyal sigorta yasalarının işçilere tanıdığı haklardan yararlanacağına karar verilmiştir. Aslında, açık olmamakla birlikte sözkonusu karar, fiili hizmet ilişkisi kavramını kabul eden «katılma görüşü»nüün verdiği sonuçları benimsemiştir. Bu konuda, anılan karar; sonuç itibariyle, uygulamada yasa aykırı olarak çalıştırılan çocuk ve kadın işçileri korumakta ve onları iş yasalarının güvencesi altına sokmaktadır.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının, son değerlendirmede genel olarak, ülkede himayeye muhtaç kesimin ihtiyaçlarını olumlu yönde etkilediği söylenebilir. Bu anlamda, sözkonusu içtihadı birleştirme kararlarının sosyal etkisinin, toplum içerisinde önemli ölçüde duyulduğu görülmektedir.

Diğer yandan, iş ve sosyal güvenlik hukukunun ilgilendiği içtihadı birleştirme kararlarının nisbeten çok sayıda olmayışına ve mevcut kararların da, daha çok, özel dairelerin kendi kararları içerisindeki uyumsuzluklardan kaynaklanmayışına dikkat edildiğinde; bunların, ülkede içtihat birliğinin sağlanması bakımından, olumlu yönde etkide bulunduğu göze çarpmaktadır.

Ancak, iş ve sosyal güvenlik hukukunun sürekli gelişen ve değişen bir hukuk dalı olduğu, gözden uzak tutulmamalıdır. Bu dalın gelişmeye ve değişmeye açık oluşu ise, her zaman için, uygulamada farklı görüşlerin yer almasına yolaçacaktır. İşte, bütün bu farklılıkları giderip onları tek bir esasta toplayacak olan etken de, içtihatların birleştirilmesi usulü olmaktadır. Üstelik, iyi incelenmeden yapılacak yasa değişikliklerinin yararlı sonuçlar vermesi düşünülmemeyeceğine göre; uygulamanın yönlendirilmesinde en kısa ve pratik yol, içtihadı birleştirme usulüne başvurmaktır. Bununla birlikte, içtihatların birleştirilmesi yolunun hukuki gelişmeyi önleyip hukuku kalıplaştırdığı ve içtihat kapısını kapatabileceği de, belirtilmesi gereken bir endişedir. Gelişme ve değişmeye son derece açık birer hukuk dalı olan iş ve sosyal güvenlik hukuku dallarının ise, bu anlamda içtihatların birleştirilmesi yoluyla çelişip çatıyacağı açıktır. Ancak, beslenen bu endişenin yenilmesi, her zaman için mümkündür. Nitekim, içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi yolu gereği gibi işletildiğinde, belirtilen endişe ortadan kaybolabilecektir. Oysa, bugüne kadar içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi yerine, daha çok kararların birleştirilmesi yolu işletilebilmiştir (16). Bu bakımdan, içtihatların birleştirilmesi kadar bunların değiştirilmesi yolunun da gereği gibi işletilmesinde, iş ve sosyal hukukunun özü bakımından yarar bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır.



GENEL GÖRÜŞME

TEBLİĞLERİN KONUSU : «Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarına Göre Türk Medeni Kanununun Yorumlanması».

«Elbirliği (İştirak Halinde) Mülkiyetin Ne Oduğu Ve Elbirliği İlkesinin Yaşamsal Gücü».

«Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil Ve Hakkın Kötüye Kullanılması».

«Mirasçının Muvazza Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır?»

«Fikri Hukukta İktibas Serbestisi, Sınırları Ve Yargıtay'ın 18.2.1981 Günlü, Esas 1980/1, Karar 1981/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Hukuk Bölümü Kararının İncelenmesi Ve Tenkidi».

«İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri».

OTURUM BAŞKANI : İsmet OCAKÇIOĞLU
Yargıtay Birinci Başkanvekili.

TEBLİĞ SAHİPLERİ : Prof. Dr. Selim KANETİ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Doç. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN

Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma
Enstitüsü Müdürü.

Doç. Dr. Şafak N. EREL

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler
Fakültesi Ve Basın - Yayın Yüksek
Okulu Öğretim Üyesi.

Doç. Dr. Tankut CENTEL

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi.

Resul ASLANKÖYLÜ : — Yirmi yıla yakın hukuk hâkimliği yaptım. İlk günden Yargıtay'a intisap ettiğim güne kadar uygulamada yüreğimi sızlatan iki önemli olayla karşılaştım. Bunlardan birisi, mirasçıların diğer mirasçıların muvafakatı olmadan terekeye ait bir mal hakkında dava açamaması, öbürü de, 612. maddeyle ilgili husus. Gerçekten önüme gelen olaylarda bu madde ile ilgili içtihatı birleştirme kararı kabul edilinceye kadar çok büyük hak-sızlıklar oldu. Takriben altmış yıla yakın bir süre içerisinde mirasçının terekeye ait bir mal üzerinde tasarruf edememesi topluma tamamen ters gelmiştir. Şöyle ki; bugün Türk toplumu ve Türk insanı her malda, her taşınmazda miras hakkının ve miras payının olduğuna yürekten inanır ve bu payı öbür mirasçıya devrettiği zaman kendi kafasında Medeni Kanunda yer alan iştirak halindeki mülk ile müşterek mülkiyet kavramlarının yerleşmemesi nedeniyle mülkiyetin devredildiğine inanır. Esasen iştirak halinde mülk ve müşterek mülk kavramları arasındaki ayırımı, bugün bırakın vatandaşlarımızı, birçok hukukçumuz dahi zor izah edebilir. Şimdi toplum, mülkiyetin geçtiğine inanarak bu tasarrufları yaptığına göre hakikaten toplumun gereksinmeleri, adalet duygusu gözönünde tutulduğunda 612. madde ile ilgili 1975 tarihli içtihadı birleştirme kararı çok yerinde olmuştur. İçtihadı birleştirme gündeme geldiği zaman bir araştırmaya girdim. Gerçekten Türk doktrininde tüm bilim adamlarımızın hepside muayyen malda tasarrufun caiz olmadığı görüşünde birleşmişlerdir. Kuşkuya düşmüştüm. Acaba ben mi yanlış düşünüyorum diye? Zira, genel kurulda bu tevhide içtihadın o doğrultuda çıkmasını yürekten savunanlardan biriyim, rahmetli Çenberci dahi aynı görüşü savunmuştur. Şimdi efendim deniyor ki, biz buna imkan verirsek «muayyen malda» tasarrufa Medeni Kanunun sistemini bozarız. Dört celse bu içtihadı birleştirme genel kurulda görüşüldü. Herkesin üzerinde ittifak ettiği bir husus var. Hakikaten muayyen bir malda tasarruf edememe adalete de aykırı, hukuka da aykırı, gereksinmelere de aykırı. Çok yanlış, çok hak-sız ama ne yapalım ki Medeni Kanunun iştirak halindeki mülk sistemini bozmuş oluruz. Sanki Medeni Kanun, bizim çerçeveleyip duvarımıza asmamız gereken bir metaymış gibi. Halbuki kanunlar bir araçtır. Bütün hukukçuların üzerinde birleştiği bir konu. Aslanan toplumun mutluluğudur. Adalete erişmektir. Yasalar sadece bir araçtır. Esasen 612. maddede açıklık yok. Yani muayyen malda tasarruf edilemez gibi bir açıklık yok. Ülke gerçeklerini ve toplumun gereksinmelerini bilim adamlarımızın hiç biri tartışmamış. Konuyu enine boyuna inceledim. Hemen hemen başta sayın hocamız Hıfzı Veldet Velidedeoğlu olmak üzere tüm bilim adamlarımız düşünce-

lerini, görüşlerini yarım satır halinde muayyen malda tasarruf caiz değildir şeklinde kısaca bildirmişlerdir. Ama dört oturum, büyük genel kurulda uzun uzun tartışıldı tek malda tasarrufun caiz olması gerektiği hak ve adalet duygusunun bunu gerektirdiği dile getirildiği öğretilerde bunların hiçbirisi. Bugün en mutlu günüm. Şunun için ifade ediyorum. Değerli bir bilim adamımız hakikaten bizim görüşümüze ve çoğunluk görüşüne katıldı. Ve gerçekten doktrinde biz azınlıktayız ama inanıyorum ki bizim kararımız doğru. Rahmetli Çenberci sanıyorum şu açıdan aktarmıştı. Eğer bir somut olayda vardığını sandığımız sonuç hakka, adalete, hukuka uymuyorsa, pardon eğer uygulama, varmış olduğunu sandığı sonuç, adalete uymuyorsa o zaman uygulama yanlıştır. Eğer doktrinin vardığını sandığı sonuç adalete hakka uymuyorsa o zaman öğreti yanlıştır. Burda Sayın Sungurbey'i dinledikten sonra şu kanaate vardım ki, bu içtihadı birleştirmede hakikaten bizim, öğretimizdeki görüşlere katılmak mümkün değil. Ülkemizin gerçeklerine de aykırı. Hakka da, hukuka da aykırı. Gene sayın hocamız, 1974 yılı Yasa Dergisi'nde 612'le ilgili bir makalelerinde aynı görüşe yer veriyor. Sanıyorum Schwarz'dan nakletmişlerdi. Orda gene aynı konuyu Schwarz söz veriyor. «Somut bir olayla diyor, vardığını sandığımız sonuç adalete aykırıysa siz hukuka kabahat bulmayın hukukçuluğunuza kabahat bulun.» Sayın hocamızın makalesinde bu geçiyor. Şimdi hal böyle olunca, bu 612. maddede geniş şekilde amacını hocamız anlattı. Gerçekten mirasçıyı taksime kadar yoksulluğa bırakmamak. Amaçlardan biri bu. Yani, varlık içinde yokluk çekmemek. Taksime kadar onun ihtiyaçlarını karşılamak. Peki, mirasçı babasından kalan malları hatıra olarak saklamak isteyebilir. Yani, tüm malları devretme ihtiyacı içinde değildir. Sadece birtek malı devretmek ihtiyacındadır. O malı öbür mirasçıya devrettiği takdirde ihtiyacını karşılayacaktır. Peki, amaç bu. Bunu yalnız azınlık görüşteki arkadaşlar da kabul ediyor, doktrin de kabul ediyor. Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla kabul edildiğini ileri sürüyor. O halde niye bütün malların elinden çıkmasına cevaz verelim. Bu bakımdan içtihadı birleştirme kararını savunduğu için sayın hocamıza saygılarımızı sunuyoruz. Teşekkür ederim.

Şükrü ÖZDEMİR : — Bendeniz de hocama teşekkür etmekle başlayacağım. Gerçekten bu içtihadı birleştirme kararı çıktığı zaman hazırlık safhasında hocamızın görüşlerinden yararlanmıştık. O zaman da aynı şeyi savunuyorlardı. Gerçekten değerli bir bilim adamı. Bu içtihadı birleştirme kararı, hocamın da belirttikleri gibi ülke gerçeklerine uygun bir karar. Yani, Medeni Kanununun 612. mad-

desinin ülke gerçeklerine, ihtiyaca cevap verebilecek şekilde yorumlanmasından meydana gelen bir karar. Böyle bir kurum haline getirilmiştir. Önceki inanış şöyleydi: Hocamın da belirttikleri gibi tereke bir bütündür. Mirasçılardan birisinin payı terekenin tümüne saridir. Belli bir taşınmazda, veya belli bir malda miras payı, söz konusu olmaz, deniliyordu. Yargıtay gayet güzel bir yorum yaptı. Belli bir malda dahi miras hakkının devrinin mümkün olacağı sonucuna vardı. Ancak, yine hocamın açıkladıkları gibi devir olan üçüncü şahıs olmayacak, bir mirasçı olacaktır. Hocam, karşı görüşten bahsederken devrin, tapu sicilinde gösterilip gösterilemeyeceği hususuna değindiler. Amaçlarının ne olduğunu anlayamamış olabirim. Kadastro Kanunundan da söz etmek suretiyle, tapuda payların gösterilebileceğinden söz ettiler. Gerçekten de paylar gösterilmiş ise mülkiyet müşterek şeklindedir. Mirasçıları a, b, c, diye düşünelim. Teorik olarak tapu sicilinde görülmeyen hisseler $1/3$ şeklindedir. Miras hissesinin devrinde iştirak hali bozulmaz. Bu muhafaza edilir. Yani (a) hissesini (b) ye devretmişse, tereke (b) ile (c) arasında yine iştirak halinde kalır. Zannederim Tapu Sicil Nizamnamesinde devredilen hissenin bir oran dahilinde gösterileceğine dair bir hüküm yoktur. Bu, uzun uzun içtihadı birleştirme görüşmelerinde de tartışma konusu oldu. A,b,c'nin payları teorik olarak düşündüğümüzde $1/3$, $1/3$, $1/3$ olur. C, b'ye hissesini devretti. Bunun hissesi tapu sicilinde $2/3$ olarak gösterilemez. Böyle gösterildiği takdirde iştirak hali bozulmuş sayılır. Miras hissesini diğer mirasçıya devreden kimse, miras ortaklığından çıkmış sayılır. Miras hissesini devretmiş, miras ortaklığından ayrılmıştır. Mülkiyet; yine belli bir gayrimenkulde, belli bir parselde, belli bir taşınmazda, belli bir malda. Yalnız (a) nın, miras hissesini (b) ye devretmiş olduğu tapuda gösterilir. Yoksa pratik sonuç açısından devredilen pay rakam şeklinde gösterilirse o zaman karşımıza bir sorun çıkar. İştirak hali bozulmuş denilebilir. Müşterek mülkiyet şeklinde görülebilir. Böyle bir düşünceye meydan vermemek için miras hissesinin bir mirasçı tarafından diğerine devredildiğinin gösterilmesi ve bunun tapuda açıklanması yeterlidir. Bendeniz bu kanıdayım. Yani bir rakam şeklinde, bir payda şeklinde gösterilmesinden ziyade teorik olarak bir payın diğerine geçtiğinin gösterilmesi kâfidir. Devir rakam şeklinde gösterildiği takdirde, iştirak hali zeval olmuş sayılır, ortadan kalkar. Mirasçının hissesini diğer bir mirasçıya devri diğerlerinin muvafakatına bağlı olmadığı halde, iştirak halinin bozulup müşterek mülkiyete dönüştürülmemesi, mirasçıların tümünün sözbirliğine bağlıdır. Saygılar sunarım.

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY : — Efendim, iştirak mülkiyet paylarının özellikle mirasçılarının miras paylarının belli bir taşınmazda tapu kütüğünde gösterilmemesi, deminde arzettiğim gibi 1897 tarihli Alman Tapu Kütüğü Tüzüğüne dayanmaktadır. Bu tüzük yapıldığı zaman 1897 tarihinde Prusya Yüksek Mahkemesi'nin, Prusya Yargıtay'ının temsil ettiği belli bir taşınmazda miras payı yoktur düşüncesi hâkimdi. Onun için böyle bir hükme yer verdiler. Fakat bu görüş, deminde arzettiğim gibi en az yetmiş yıldan beri, 1920'lerden beri aşılmış ve bugün mirasçılarının belli bir taşınmazda da miras payları ve gerçek bir mülkiyet hakkı niteliğinde olmak üzere, eşya hukuku anlamında olmak üzere, gerçek mülkiyet payları bulunduğu kabul edilmiştir. Ama bu hiç bir zaman müşterek mülkiyetteki şayi hisse anlamında değil. Üzerinde tasarruf edilebilen şayi hisse anlamında değil. Bu, elbirliği mülkiyet payı, iştirak halinde mülkiyet payı anlamında olarak, belli taşınmazlarda da mirasçılarının miras payları olduğu kabul edilmiştir. Bundan dolayı, bu payların iştirak halinde mülkiyet payı olarak tapu kütüğünde gösterilmesinde hiç bir sakınca yoktur. Ve Allah razı olsun, yeni Kadastro Yasamız bu yetmiş yıldan beri aşılmış görüşün kalıntısı olan bu tabuyu yıkmıştır. Bu bir tabudur. Korkuyorduk bundan. Aman gösterirsek iştirak halinde mülkiyet bozular. Niye bozulsun? Nitekim, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğümüz haklı. Bunların evvel ve ahirini gösteriyor zaten. Ne yapıyor? Mirasçılar bir kere veraset ilamı alıyorlar. Veraset ilamında hepsinin hissesi gösteriliyor. İştirak bozuluyor mu bunun için? Yoo... Ne alâkası var! Önemli olan, bunun müşterek mülkiyet payı diye tescil edilmemesidir. Ancak o zaman iştirak halinde mülkiyet ilişkisi bozular. Şimdi, demek ki devirden önce bir kere paylarda mükemmel gösteriyoruz bu memlekette. Ve bu çok doğru. Devirden sonra niye göstermeyelim? Birinin payını çizeceğiz, hepsi üçte birer paya sahipken biri üçtebirde kalacak, öbürü üçte ikiye çıkacak. Ama bu, hiçbir zaman üzerinde tasarruf edilebilen, devredilebilen bir müşterek mülkiyet hissesi anlamında değil. Zaten orada mirasçılar ortaklığı, X'in mirasçılar ortaklığı diye yazdı mı, kendiliğinden anlaşılır ki bu, müşterek mülkiyetteki şayi hisse değildir. Üzerinde tasarruf edilebilen, yabancılara devredilebilen bir şayi hisse değildir. Ya nedir? Üçüncü kişilere devredilemeyen iştirak halinde mülkiyet payıdır. Mesele budur efendim. Zaten yazmasanız da belli..... hepsi ittifakla biz bu iştirak halinde mülkiyeti ortadan kaldırdık. Bunu müşteriye çevirdik diye resmi senet yaparlarsa o zaman iştirak hadise var. Arzım budur efendim. Rakamla elbet efendim başka türlü gösteremezsiniz. Tevhidi içtihat kararı yazıyor. Gerek şimdiye kadar uy-

gulama, gerekse Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün mütalâası, paylar gösterilecek doğrudur. Ama bu şayi hisse, müşterek mülkiyetteki şayi hisse değil. Mesele budur efendim.

Teoman OZANOĞLU : — Efendim, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi Teoman Ozanoğlu. Sayın dinleyiciler, ben de bu tevhibi içtihad kararına karşı oy yazarlardan birisi olduğum için kısa bir maruzatta bulunmak lüzumunu hissettim. Sayın hocamızın açıklamalarını gerçekten büyük bir zevkle dinledik ve aydınlandık. Yalnız; gerçekten İsviçre'de, Türk doktrininde, Türk yargısının örnek bir kararı hattâ Ankara tezi olarak taktiminin uygun olacağı lütfunda buldukları tevhibi içtihad kararımızda şimdi burada arzettikleri, açıkladıkları gerekçelerin çoğu yoktur. Bunu kendileri bir makaleyle tamamlarlarsa, ikisinin birlikte taktimi belki etkin bir durum yaratır. Şimdi bu tevhibi içtihat kararını incelersek, bendeniz, evvela buna bir defa yöntemi bakımından karşı çıkmıştım. 612. maddede, miras hissesinin hem mirasçıya hem de üçüncü şahsa devri mümkündür. Elimize gelen ilamlarda miras hissesinin hissedara devri sözkonusu idi sadece. Üçüncü şahıslara ilişkin bir temlik ve dava sözkonusu olmadığı halde, genel kurul kapsamı tayin ederken 612. maddenin tümüyle incelenmesini kararlaştırmıştı. Ama, sonunda hüküm tesis ederken adeta, hani neticeyi talebi tam karşılamaz biçimde bu seferde bütünü şahıslara ilişkin işlemler hakkında hiçbir hüküm kurmamıştı. Bu bir çelişki idi. O itibarla başlangıçta ona değinmiştim. Şimdi bu tevhibi içtihat kararında gerekçe olarak, çoğun içinde az da vardır kuralına dayanılmıştır ve sadece mademki efendim, miras hissesini temlik edebiliyor o halde muayyen maldaki hissesini de temlik edebilir, görüşü çevresinde sonuca varılmıştır. Tabii bu sonuç memleket gerçeklerine uygun düşmüş olabilir. Muvafık düşmüş olabilir. Ama bizim anlayışımıza göre o zamanki mer'i mevzuata uygun düşmüyordu. Sayın hocamız işaret buyurdular. Tapulama Kanunu 67'de çıktı. Gerçekten mevzuatın tüm işlemlerde aynı şekilde yorumlanması mümkün olsaydı bu tevhibi içtihat kararı da yürürlükte olduğuna göre, o zaman tabiatıyla Tapulama Kanununda o denli özel hükümlerin miras payının muayyen maldaki hissenin dahi devrine cevaz veren hükümlerin konulması fazla bir işlem olarak yorumlanabilir. Şimdi burada, zaten muhalefet şerhinde bazı ayrımlar var. Sayın hocamız muhalefet şerhlerinin tümünü potaya koyarak değerlendirdiler. Ben o bakımdan buna değinmek istiyorum. Şimdi efendim, biz mirasa dahil bir malda şerikin, özellikle ben tabii ki bunu böyle ifade ediyorum, mülkiyet hakkı yoktur demedik. Burada bir komünal mül-

kiyet vardır. Tabiatıyla taksimden sonra da bu müşahhas mülkiyete inkılap edecektir. Bu müessesenin getirilmesindeki gerekçe şudur diye yazmıştım. Efendim, terekeyi taksime kadar salimen ulaştırmak. Terekeyi gerek mirasçıların, gerek üçüncü şahısların doğru veya yanlış tecavüzlerinden korumak ve bir emrivaki yaratmaksızın birliğiyle, bütünlüğüyle taksim aşamasına ulaştırmaktır. Bunun için mirasçının muayyen bir maldaki hissesini satması mümkün değildir. Çünkü, henüz muayyen malda tasarruf 630. maddenin 2. fıkrasına göre de mümkün değildir demiştik. Sayın hocamız bu 630. maddenin ayrı bir konu olduğunu açıkladılar. Bendeniz kendilerinin talebesiyim. 630. maddede, gerçekten muayyen malda tasarrufun ancak ittifakla mümkün olduğunu söylüyor. İttifak ta burada yok. İştirak halinin bulunduğu da kesin. Bu miras münasebetidir. İştirak halinde mülkiyetin tipik örneklerinden birisi. Bunda hiç bir kuşku yok. Diğer şeriklerin ittifakı da yok, buna izni de yok. Ama mirasçı kendisine komünal mülkiyetin tasfiyesinden sonra düşmesi mutasavver ve ferdi mülkiyet hakkının doğması düşünülen malı bir diğerine satıyor. Şimdi ben, bunun sakıncasını muhalefet serhinde şu şekilde ifade etmiştim. Efendim, falancağız tarladaki veya bahçedeki hissesini sattı. Şimdi taksimde bahçe veya tarla bir başka hissedara düşerse ne olacak. Şimdi, alan bu bahçeyi aldı, satan da o bahçeyi sattı. Ama fiilen o bahçe üzerinde bir tasarruf hakkı taksime kadar bir tasarruf hakkı yoktur. Bu büyük bir sakınca doğurabilir. Yeni problemlere yol açabilir diye düşünmüştük. O bakımdan karşı çıkmıştık. Hocamız bu bakımdan da bizleri aydınlatırlarsa memnun oluruz. Kendilerine şimdiden teşekkür ederim efendim.

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY : — Teoman Beyin sorduğu soruların bir kısmını konuşmam sırasında anlatma fırsatını bulabildim. Bir kısmını ise vakit darlığı dolayısıyla bu sayfalarda kaldı. İlkini şunu söyleyeyim, yöntem meselesine diyecek yok. Yani, tüümüyle 612. maddeyi ele alalım demişler. Yalnız mirasçıya değil. Eksik kalmıştır. Ne yapalım? Tamamı elde edilemeyen şeyin geri kalanı da terk edilemez vecizesince bu kadarına da şükür. Ama merak ediyorsan bunu iki yıl, üç yıl evvel Yasa Hukuk Dergisi'nde yazdım. Kasım 84 sayısında, üçüncü kişiye devir meselesini.

Teoman OZANOĞLU : — Tevhidi içtihatındaki eksikliğe değinmiştim.

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY : — Şimdi efendim, bu gerekçelerin burda olmadığı, benim gösterdiğim kanıtların burda olma-

dığı konusuna gelince. Elbet bu bir içtihadı birleştirme kararıdır. Bir ilmi makale, bilimsel makale değildir. O bakımdan birçok kanıtlar burda olmayabilir. Ama çok önemli bir kanıtı koyuyor. Diyor ki, efendim niye bir mirasçının öbür mirasçıya miras payını veya üçüncü kişiye satabilmesi şu veya bu anlamda imkân tanınmış. Çünkü, paraya ihtiyacı olur, izaleyi şuyuya kadar. O gereksinmesini karşılar. Bu ihtiyaç ise, ancak belli bir konudaki payını satarak yetinmesi ile kemaliyle giderilebilir diyor. Yani, şunu kastediyor: Öbür yol, ya hep ya hiç yolu. Hem baba ocağını satacağsın, hem tarlanı satacağsın. Canım niye? Gerekçesi yok. Niye ben baba ocağımı satayım? Tarla işime yaramıyor, oradaki payımı satarım. Bir milyona ihtiyacım vardır, işimi görürüm. Karşı oy görüşüne göre buna imkân yok. Niye? Çünkü orada bir pay yok efendim ancak terekede pay var, tümüyle terekedekini satacağım. Bu yanlış görüş, yetmiş yıldan beri aşılmış görüşün sonucudur. Bunu arzetmek istedim. Benim kastettiğim 766 sayılı Tapulama Yasası değil. Tevhidi içtihat kararından iki yıl sonra çıkan. Binaenaleyh orada bu tabu yıkılmıştır dedim.

Teoman OZANOĞLU : — Demek ki mevzuata yeni gelmiştir.

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY : — Hayır, onu öyle değerlendirmemek lâzım. Onu bu yasada tevhidi içtihatın haklılığını doğrulamıştır diye değerlendirmek lazım bence.

Efendim, mülkiyet hakkı, belli bir taşınmazda mülkiyet hakkı yoktur diyorlar. Sen demiyorsun ama, ötekilerin hepsi diyor. Mirastan alıyor. Bütün eşya hukuku kitaplarını açın, bütün miras kitaplarını açın, belli bir taşınmazda mirasçıların miras payları yoktur diyor. Belki sen demiyorsun, fakat burayı açarsam şimdi üç sayfa oldu. Burada var hepsi. Ben tevhidi içtihattan aldım, cımbızla. Evet. Bunda belli bir taşınmazda Resul Bey arkadaşımız söylediler. Hangi ders kitabını açsan terekedeki belli bir taşınmazda mirasçıların miras payları yoktur. Efendim gelim şeye. Burada o çoğun içinde az da vardır kuralı. Şimdi onlar, 612. maddede 1. fıkrada, mirasçı terekedeki miras payını öbür mirasçıya devredebilir diyor. Şimdi çoğunluk görüş de diyor ki, tüm terekedeki miras payını devredebileceğine göre, belli bir taşınmazdaki miras payını da çoğun içinde az da vardır «maire minus» ilkesince devredebilmelidir. Onlar diyor ki; bu kanıtlama, bu kıyas yanlıştır. Çünkü terekede miras payı varsa da, terekeye dahil taşınmazda miras payı yoktur diyor. Neden? 1909'dan beri ileri sürüp benimsediği Prusya Yargıtay'ının görüşüne saplanıp kalmışlar da ondan. Ama, doğru görüş

şü kabul edersek bugün Almanya'da en az yetmiş yıldan beri benimsenen, yani taşınmazda da miras payı vardır görüşünü kabul edersek çoğun içinde az da vardır ilkesi elbette burda da tatbik yeri bulur. Efendim, son olarak senin dayandığın tanık, ona arkadaşımız Necip Kocayusufpaşaoğlu'da dayanmıştı. Arkadaşlar bu mesele ilkin bizde medeniyeciler toplantısı oluyor. Medeniye kürsüsü mü diyelim. Kürsü mürsü kalmadıya, hepsinin yerinde yeller esiyor. Toplanıyoruz, böyle ilmî meseleleri konuşuyoruz. İdari mesele yasak. Efendim işte bir tevhibi içtihat kararı. Girdim içeri, hepsi karşı çıktı bu tevhibi içtihatı. Durun arkadaşlar, ne oluyorsunuz ve ben karşı tezi savundum. O arada, Necip Kocayusufpaşaoğlu arkadaşımız da bunu savundu, yanlış hatırlamıyorsam. Yani, terekede belli bir taşınmazdaki miras payını devrediyor ama, dur bakalım bu taşınmaz ileride izalei şuyu ve taksim sırasında, devredene düşecek mi? Bu sorun. Senin eleştirin o. Bu eleştiri, Yargıtay'ımızın Mecelle'den beri sürdürdüğü kısmeti tefrik vardır, caizdir, kazaen kısmeti cemi yasaktır, ilkesini bilmemekten ileri geliyor. Özür dilerim. O da şu, Mecelle'ye göre yargıç malları bölerek dağıtabilir. Bir tarlayı ortadan böler dağıtabilir. Yoksa tarlayı ona, evi ona veremez. Buna «kısmeti cemi» derler. Bu yasaktır ve Yargıtay aynı içtihadı sürdürmektedir. Onun için, sizin bu eleştiriniz konusuzdur, Yargıtay'ın bu içtihadı karşısında. Kaldı ki ona düşme de. Ona düşmemesi ne demek? Satılacak, parası ele geçecek, paranın o kısmı verilecek. Efendim, cevaplarım bundan ibaret, inşallah tatmin etmiştir, dilerim.

İsmet OCAKÇIOĞLU (Başkan) : — Sayın Ozanoğlu, lütfen cevaba cevap yoktur efendim. Yalnız bir hususu arzetmek istiyorum. Yargıtay Kanununa ve İç Yönetmeliğine göre, içtihadı birleştirme kurullarının, gerek genel kurul olsun, gerek hukuk ve ceza genel kurulları olsun doğrudan doğruya içtihadı birleştirme konusunu genişletmeye veya değiştirmeye yetkileri yoktur. Problem önlerine nasıl gelmişse, o problemleri çözümlenmek zorundadırlar. Sayın Ozanoğlu Beyefendinin belirttikleri içtihadı birleştirmede de, kararın yazılışında da vardır. Genel kurul işin esasına girmeden bir sınırlandırma getirmiştir, yasalara uygun olarak. O itibarla, içtihadı birleştirme kararında veya yazılışında herhangi bir eksiklik söz konusu değil. Efendim, Sayın Bilal Kartal. Yargıtay 16. Hukuk Dairesi Üyesi.

Bilal KARTAL : — Hocam Sungurbey, üniversitede benim de hocalığı yapımıştır. O mutluluğu taşıyanlardan birisiyim. Gerçekten dört yıllık hocalığına da doymadım. Orada da derslerini böyle

birtakım neticelerle pekiştirmek suretiyle beyinlerimize yerleştirdi. Biz, yaşamdaki gücümüzü onlardan aldık. Kendilerine içten teşekkürlerimi, saygılarımı arz ediyorum. Benim söz almam yine bir soru şeklinde olacak. Diğer konuşmacılar gibi bir tamamlayıcı yönü olmayacak. Bu nedenlerle öğrenciliğimi halen sürdürüyorum. Şimdi birinci soru, Medeni Kanunun 612. maddesinde mirasçılardan birinin diğerine payını devretmesi halinde devralan kişinin Medeni Kanunun 642. maddesine değil de 933'e dayanabileceği. Şimdi acaba burada satın alan kişi yine bir kişisel hakka dayandığına göre dayanak ne olacaktır? Yani tapunun iptalini isterken yine bu kişisel haktan dolayı 642'ye dayanması gerekmeyecek midir? Çünkü, 612. maddede yazılı biçim koşulu öngörülmüştür. Bu da resmi bir biçim olmadığına göre bu yazıyla satın alan kişi tapuya gittiği zaman herhalde diğer paydaşın payını kendi adına intikalini tapucu yapmayacaktır. Mutlaka ondan bir karar isteyecektir. Bu kararda bir dava yoluyla alınacaktır ve dayanağı da zannediyorum yine bir genel hüküm olan 642 olmayacak mıdır?

Diğer bir husus, iştirak halinde mülkiyetin bölünmemesini ön gören yasanın sistemi. Bu sistem mirasçılar arasındaki devir işlemini kabul etmiştir ve burada iştirak durumu bozulmamaktadır. Dolayısıyla gerek iştirakçiler ve gerekse terekeden alacaklı olan üçüncü kişiler korunmaktadır. Belki konu değil ama acaba üçüncü kişiler devrıldığı zaman bunların hakları nasıl korunacaktır? Eğer yani, muhakkak ki terekedeki iştirak mülkiyeti müşterek mülkiyete geçinceye kadar satın alan kişinin, üçüncü kişinin talep hakkı olmayacaktır. Bu talep hakkı kişisel olarak mevcut. Bir senet, bir kişisel sözleşme yapılmıştır. Fakat bu sözleşmenin ifa olanağı yoktur. Doğrudur. Ama bu ilanihayetli satın alan kişi ne zamana kadar bekleyecektir? Acaba bu durumda bir zamanaşımı söz konusu olabilir mi? Veyahutta başka bir çözümü kendileri düşünebiliyorlar mı? Bunu da zaten kendileri üçüncü kişiye devrini de gerektiğini vurgulamaktadırlar. Bu devir iştirak halindeki mülkiyet bozulmadan yani müşterek mülkiyete geçmeden ifa olanağı doğmayacağından üçüncü kişiye talep hakkı, dava hakkı sağlamadığına göre bunun korunması nasıl olacaktır? Kendilerine teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY : — Efendim, burada Yargıtay üyelerinin hocası olduğumuz, dolayısıyla yaşımız da ortaya çıkıyor. Yargıtay'ın 120. kuruluş yıldönümüyle birlikte mutlu bir rastlantı benim de 40. hocalık yılım, bu yıl. Ben onu da kendi kendime kutluyorum tabii. Bilâl'de benim öğrencimdi ve çok parlak bir öğren-

cimdi. Muhterem eşi de öğrencilerimizdendir. Onun için onur duyuyorum. Efendim, çok ilginç noktalara değindi arkadaşımız. Birincisi, birinci sorusunun yanıtı şu: Mirasçı, payını ya tasarruf harcama işlemi niteliğinde olmak üzere doğrudan doğruya geçirir. Tarafların amacı budur. Bu durumda gelip tapuya devrini yapmazsa, kendisine karşı açılacak dava 933. maddeye göre çizim, yani, terkin davasıdır. Bir de, başka bir anlamda taraflar anlaşma yapabilirler. O da daha parasını almıştır. Örneğin, parayı verince payımı devrediyorum diyecektir. Bu artık borçlanma, taahhüt işlemi niteliğindedir. İşte o zaman ancak 642. madde gündeme girer.

İkinci soru da çok enteresan. Ama benim yazımı okumadığın anlaşılıyor. Tabii işlerin çok ağır. Yasa Hukuk Dergisi'nin Kasım 84 sayısında, bu sorunu inceledim. Miras payının üçüncü kişiye devri. Demin arzettim. Alman Medeni Yasası 233. paragrafının birinci fıkrasında, burda doğrudan doğruya elbirliğiyle mülkiyet payının devrine cevaz veriyor. Yani mirasçılar ortaklığına başka biri sokulabiliyor. Bütün yönetim, yararlanma yetkilerine sahip olabiliyor. Bizde böyle değil. Harcama işlemi niteliğinde, tasarruf işlemi niteliğinde bir devre cevaz vermemiş. Daha muhafazakâr bir yol tutmuş İsviçre Medeni Yasası. Elbirliği ilkesinin ruhuna daha uygun. Yabancı sokulamaz diyor, mirasçılar ortaklığı arasına. Ya ne yapılabilir yabancıya? İleride bu iş tasfiye edilip bana her ne düşücekse, ben onu sana verme borcuna girebilirim. Tasfiyedeki payımı verme borcuna girebilirim. Böyle anlaşmalar çok uygulamada. Gördüğüm için söylüyorsun. Ben de görüyorum. Burada çare ne? Bizim doktrin lâfı dolandırıp duruyor. İşte temsil yetkisi verilirse, Medeni Yasanın 2. maddesi falan. Değil! Bunun çaresini, Borçlar Yasamızın 97. maddesi göstermiş. Bu bir yapma borcu. Diyecek ki, arkadaş aç şu izalei şuyu davasını. Sana her ne düşücekse onu bana devret. Bunu yapmazsa yargıçtan yetki alacak. Nitekim Medeni Yasanın 588. maddesinde de bu yol gösterilmiştir. Yargıçtan yetki isteyecek. Davayı kendi açacak. Fakat o davaya giremeyecek. Çünkü taksime katılamaz üçüncü kişi bizim hukuk sistemimizde. Sulh hâkiminin taksimde o satan mirasçı yerine kaim olarak, taksime katılmasını isteyecek. Neden? Burada bir «troybender» güvenilirkişi durumunda sulh hâkimi. Eğer o satan mirasçı girerse az da verseler ona ne, çok da verseler ona ne. Ne olsa, ona düşecek pay kime verilecek. Alıcısına verilecek. İşte onun için, 588. madde burda sulh hâkiminin taksime katılmasını öngörüyor. Bunun da cevabı budur. Kâfi mi? Tatmin etti. Burda ayrıntısı var.

Doç. Dr. Ramazan ARSLAN : — Efendim ben, maddi hukuk açısından yapılan açıklamalardan çok yararlandım ama bu konuda bir görüş bildirmek durumunda değilim. Şunu belirtmek için söz aldım. İçtihadı birleştirme kararında varılan sonuç. Özellikle yapılan işlemin geçerli kabul edilerek, tapuda işlem yapılmasını bu sonucun sağlıyacağına ilişkin sonuç usul hukuku açısından da birçok yararlar sağlamıştır. Bilindiği üzere, elbirliği ortaklığına konu olan bir mal üzerinde, malla ilgili olarak dava açıldığı zaman, mirasçılar tarafından veya onlara karşı dava açıldığı zaman, davacı veya davalı olarak mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Mirasçılar, hepsi birlikte ancak taraf ehliyetine sahiptir. Hepsi birlikte işin özünün karara bağlanması açısından taraf sıfatına sahiptir. Bunlardan birinin eksikliği halinde, ya usulden davanın baştan taraf ehliyeti yokluğundan reddi gerekecek. Eğer tamamlanma fırsatı verilmezse, dahil edilmez diğer mirasçının eğer davaya dahil edilme fırsatı verilmezse. Yargıtayımız genellikle, davanın açıldığı anda dava şartları kontrol edilir, o andaki duruma göre karara bağlanır, görüşünü benimsemektedir. İşte bu nedenle açılan davalarda gerçekten mirasçı kimdir? O malla ilgili olarak kim elbirliği ortaklığına dahildir, sorunuyla karşı karşıya kalınmakta idi. Payını devreden, devrettiği inancında olduğu için, bir hak iddiasında olmadığı için mirasçı olmadığını, dolayısıyla o malla ilgili olarak taraf içinde gösterilmemesi, mirasçılar arasında gösterilmemesi gerektiğini ileri sürüyordu. Diğer de, ispat edemiyordu çoğu zaman. En azından, bu konu karara bağlanana kadar dava geri kalıyordu, gecikiyordu. Tapuya bu işlem kaydedilince, içtihadı birleştirme kararı gereğince artık davacı, özellikle mirasçılara karşı açacak olan, kimlere karşı dava açması gerektiğini baştan bilebilecek ve bu zorunlu dava arkadaşlığının hükümleri dolayısıyla ortaya çıkan tereddütler, davaların veya taraf ehliyeti yokluğundan davanın reddi, hatta işlemin varlığının ispatlanamaması dolayısıyla gerçekten bir devir olmasına rağmen taraf sıfatı yokluğu nedeniyle davanın, o devreden veya devralan açısından reddi sorunları veya ihtimalleri ortadan kalkmış olmaktadır. Bu açıdan da içtihadı birleştirme kararı ve vardığı sonuç yararlı olmuştur sanıyorum.

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY : — Efendim, Sayın Doçent Dr. Ramazan Arslan'a teşekkür ederiz. Benim aklıma gelmeyen bir noktayı burda dile getirdiler. O da şu: Bu payların, özellikle devredilen payın tescili ne işe yarayacak? İşte burada, bir somut örneğini gördük. Davaların uzamasının önüne geçecek. İkinci bir örnek te şu: Burda söylemek fırsatını bulamadım. Şimdi mirasçı bu taşın-

mazdaki malını devrediyor ve doğrudan doğruya ötekinin payını çoğaltıyor. Bu tapuya yansımazsa ne olur? Şu olur: Bu taşınmaza üçüncü bir kişi girer ve orda yirmi yıl malik gibi zilyet olur. O, devralan kimsenin payını tapu kütüğü göstermemektedir. Göstermediği için de, üçüncü kişi tarafından zamanaşımıyla kazanılabilir. Demek ki devralan kimsenin gerçek durumu, tapuya tescil ettirmesinin çok önemli hayati bir menfaati vardır. Çünkü kazandırıcı zamanaşımına karşı mülkiyet hakkını ya da mülkiyet payını ancak tapu kütüğüne tescil zırhı koruyabilir. İşte bu da bizim yeni Kadastro Yasamızdaki bu hükmün ne kadar yerinde olduğunu, ne kadar yararlı olduğunu ortaya koyan ikinci bir kanıttır. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Tahir ÇAĞA : — Bildiriye büyük bir zevkle, ilgiyle ben de dinledim. Meseleyi şahsen incelemiş değilim. Tevhidi içtihat kararını da okumadım. Bizim ihtisasımızdan oldukça uzak. İhtisasımızın dışına da çıkıyor. Biz denizciyiz denize daldık. Oradan bir türlü çıkamıyoruz. İsterdim ki, öğretim üyelerinden miras hukuku ve aynı haklar uzmanları da söz alsınlar, izahat versinler. Ama galiba pek olmadı. Yalnız, İsmet Sungurbey'in ileri sürdüğü argümanlar inandırıcı gözüküyor ama bir pozisyon alamıyorum. Onu da ifade edeyim. İncelemem lâzım. Yalnız bir sözleri, ben onun hakkında konuşacağım. Dendiki, iştirak halinde mülkiyet, yahut iştirak halinde ortaklık, yahut elbirliği ortaklığı, elbirliği münasebeti. Elbirliği ilişkisi, münasebeti diye çevrilebilir. Çünkü bunun konusu her zaman mülkiyet değil. Mülkiyet olmayan haklar da bunu teşkil ediyor. Şimdi gerek doktrinde, gerek tatbikatta zaman zaman varılan sonuçların, çözümlerin, buna iştirak halinde mülkiyet diyelim, kısacası mahiyetine ve oynadığı, yerine getirdiği fonksiyona nüfuz etmekte gecikilmiş olmasından ileri geldiğini söylediler ki, tamamen katılıyorum. Doğrudur. Hattâ aynı sebepten ötürü memlekette bu müessese deyin ama dediğimize katılıyorum. İlkeye karşı bir tutum aşağı yukarı yerleşti diyebilirim. Eğer kulağıma gelen doğru ise, yeni hazırlanan Medeni Kanun tasarısında da çıkarıldığı söyleniyor. Kulağıma öyle geldi. Bu da garip. Nedense Bakanlık bu tasarımı sır olarak saklıyor. Hazırlayan komisyondaki meslektaşımıza başvurdum. Son devrede başkanlık eden Kemal Oğuzman dedi ki, hoca biz Bakanlığa gönderdik. Bakanlık ta yeniden incelenmiş. Bazı rötuşlar yapıldığını duyuyoruz. İstedik Bakanlıktan. Bana dahi vermediler dedi. Onun için bende görmedim. Böyle geldi kulağıma. Nüfuz edilemiyor. Nüfuz etmekte geciktik. Bu ilkenin mahiyetine bilhassa Sungurbey tarafından izah edilen mirastaki

fonksiyonuna. Bu nereden geliyor acaba? Bunun sebebini söylemediler. Ben arz edeceğim size. Biliyorsunuz, bu bilhassa Alman hukukundaki, İsviçre hukukunun da me hazıdır. İsviçre, hatta Fransız da öyle. Hukuk sistemlerinin kaynakları Roma Hukuku ve Cermen Hukukudur. Bunun bilincinde olan batı üniversiteleri ezcümle benim devam ettiğim Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde bu iki derse büyük önem verilir. Orda der ki, bitirme imtihanına gireceğiniz zaman evvela Roma Hukukundan gel bakalım derler. Yazılı imtihan yaparlar. «Clausu prüfung» dedikleri. Bunu başaramazsanız ileri geçemezsiniz. Bundan geçtikten sonra, gel bakalım bir de sözlü imtihan edeceğiz derler. Gene Roma Hukukundan. Başaramazsanız gene ileri geçemezsiniz. Kaydınızı silerler fakülteden. Cermen Hukukunda tek imtihan var ama büyük ehemmiyet atfederler. Sebebi bu, medeni hukukun ana kaynaklarından biri olduğu için. Kanımca Medeni Kanunun birçok bahsi ve bu arada miras hukukunu Cermen Hukukunu bilmeksizin layikiyle anlamak imkânsızdır demeyin ama çok zordur. Fevkalade müşküldür. Bu gerçek böyle olduğu halde, bugüne kadar üniversitelerimiz bu hakikatin de farkına varamamışlardır. Cermen Hukuku da, hâlâ hiçbir fakültede okutulmaz. Bahsettiğimiz hukukun temel kaynaklarından biri olduğu halde Cermen Hukuku bildiğim kadarıyla hiçbir fakültemizde okutulmuyor. İşte kökeni Cermen Hukuku olan ilke ve müesseseleri korumakta zorluk çekilmesinin sebebi budur. Onun için sadece adalet cihazı şöyledir, Yargıtay böyledir diye değil, üniversiteyi de yeri geldiği zaman bu şekilde, hiç acımaksızın eleştirmek, tenkid etmek lâzım. Bunu söylüyorum. Şimdi bir iki söz daha söyleyecektim ama...

— Tekrar mı söz alayım? Yoksa burada söyleyeyim mi?

İsmet OCAKÇIOĞLU (Başkan) : — Onları ayrı konuşacağız efendim. Öyle plânlamıştık.

Prof. Dr. Tahir ÇAĞA : — Peki öyleyse. Benim maruzatım burada bitiyor. Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY : — Kökeni hâkimlikten gelen bir akademisyendir. Gerek hâkim olarak, ticaret mahkemesi reisi olarak, gerekse akademisyen olarak fevkâlade seçkin bir hocamızdır. Burada savunduğum görüşün, esas itibariyle kendileri tarafından da tasvip görmesi beni fevkâlade kıvançlandırmıştır. Buyurdular ki, eşya hukuku ve miras hukuku hocaları da burda olsalardı da onların da görüşlerini dinleseydik. Örneğin, bizi buraya davet eden mukayeseli hukuk enstitüsü başkanı Sayın Profesör Necip

Kocayusufpaşaoğlu'nun herhalde burda bulunması gerekirdi. Çünkü, birkaç miras hukuku kitabından birinin yazarı da kendisidir. Ama muhterem hocamız, gerçek şudur: Değerli meslektaşımız Yargıtay Üyesi Sayın Resul Bey söylediler. Bütün kitapları tarayın, hepsinde..... Medeni Kanunun yürürlüğünden önce yazdığı ve 1909 yılında yayınladığı Prusya Yargıtayı'nın terekede miras payı vardır. Belli konularda miras payı yoktur vesselam. Bu görüş temcit pilâvı gibi tekrar edilegelmektedir. 1984'te çıkan Sayın Profesör Gürsoy ve arkadaşlarının kitabında da en son odur. Gene aynı şey tekrarlanmaktadır. Bu bizim medeniyeciler toplantısında da gene aynı şeyi tekrarladılar. Gene aynı nakarat. Miras böyle böyle diyor. Mesele budur. Herhalde bu seçkin hocamızın, bu toplantıya katılması ve görüşlerini açıklaması hepimizi çok sevindirmiştir. Tekrar kendilerine teşekkürlerimi arz ediyorum. Cermen hukuku gerçekten de okutulmalı. Şunun için: Öyle müesseseler var ki doğrudan doğruya Cermen hukukundan gelmiş. İşte bir tanesi, bu iştirak halinde mülkiyet. Çok daha aynı derecede önemlisi zilyetlik. Roma hukuku. Örneğin, Roma hukukuna bakarsanız kiracıyı, hırsız zilyet saymıyor. Çünkü ençok, malik sıfatıyla bir mal elinde tutanları zilyet sayıyor. Tabii sosyal nedenleri de var. Orda büyük kiralık mülkleri olan zengin bir tabaka var. Efendim onun için kiracılar zilyet bile değildir. Possessör değildir, dedentordur demiş çıkmış. Cermen hukuku öyle değil. Sonra Roma hukuku, bir mal üzerinde aynı anda birden çok kişinin, böyle iştirak halindeki mülkiyetteki gibi mülkiyetini tanımıyor, zilyetliğini tanımıyor. Halbuki Cermen hukuku, aynı anda iki kişinin zilyetliğini de tanıyor. Asli zilyet, ferî zilyet. O bakımdan okutulmasına hak veririm. Fakat üniversitemizde o kadar büyük bir kan kaybı vardır ki, bugün Medeni Hukuk okutacak adam bile kalmamışken Cermen hukukunu okutacak babayiğiti nereden bulacağız? Sorun budur. Yoksa çok haklıdır muhterem hoca. Çok güzel, sık sık tekrarlamaktan hoşlandığı bir dörtlük vardı. Müsadenizle arz etmek isterim :

«Etme ar
Öğren, oku ehlinden
Herşeyin ilmi güzel cehlinden.»

Herşeyi bilmek, bilmemekten daha iyidir.

İsmet OCAKÇIOĞLU (Başkan) : — Sayın hocamızın 40. hocalık yıldönümünü birlikte kutlamamız bize de ayrıca onur vermiş bulunuyor. Şimdi efendim Sayın Prof. Dr. Selim Kaneti Beyefendi hocamızın tebliğleri hakkında söz almak isteyenler. Sayın hocam sizi

kaydediyorum, efendim zatı alinizi. Evet Sayın İsmail Doğanay. Programda bazı değişiklikler yapmaya yöneltiyor. Bundan sonraki içtihadı birleştirme Sayın Doç. Dr. Ahmet Kılıçoğlu tarafından sunulacak. Bu içtihadı birleştirmenin bizim için ayrı bir özel önemi var. Aynı konu içtihadı birleştirme gündemine alınmış bulunuyor. Şimdi bu içtihadı birleştirmeyi öğleden sonra saat 14.00'deki toplantımıza alalım. Şimdi sayın hocamızın tebliği üzerinde tartışmaya geçelim. Sayın hocam, buyurunuz efendim.

Prof. Dr. Tahir ÇAĞA : — Cevher söyleyecek değilim. Azda olsa olur. Efendim biz yaşlandığımız için başka bir görevimiz daha var. Eskiden karşılaştığımız olaylar, başımızdan geçen hadiseler önemli ise, yeni kuşağa yani bizden sonra gelenlere aktarmak zorundayız. İşte ben bunun için söz aldım. Son derece enterasan idi, zevkle dinledim. Konuları da güzel seçmişler ve tevhide içtihatlardan da hepsine katılıyorum, doğru. Bakınız, şimdi bir olayı zikre-deceğim sizlere. 1959 senesinde Lüksemburg'ta bir beynelminel kongre yapıldı. Ama bu kongrenin ağırlığını Türk ve İsviçre hukukçuları teşkil ediyor idi. Konu da, İsviçre Medeni Kanununun Türkiye'de iktibası. Ama başka memleketlerden de hukukçular geldi. Hat-tâ buna itiraz edenler de oldu. Mesela Rus delegesi, hiç unutmuyorum, enternasyonal kongrede böyle bir konunun ne ilgisi var dedi. İsviçre Medeni Kanunu Türkiye'de iktibas edilmiş, şöyle olmuş böyle olmuş bize ne dedi. Son derece mühim problemler var, uzay hukuku var, şu var bu var, onlar olmalıydı diye sert bir eleştiride dahi bulundu. Şimdi, Türk konuşmacılar, bendeniz de vardım orada, konuları seçerken bir konuya itina gösterdik. O da şu idi: Aynı kanun hükmü ama içtihat farklı. Aynı maddeyi, aynı hukuk kuralını İsviçre Federal Mahkemesi şöyle anlamış, bizim Yargıtay böyle anlamış. Bunu tebarüz ettirelim dedik. Nitekim bunlardan bir tanesi de Kaneti'nin biraz evvel bahsettiği tevhide içtihat kararlarından bir tanesi. Yalnız o zaman tevhide içtihat kararı var mıydı yoksa umumi heyet kararı mıydı sadece bilemiyorum. Demek ki daha evvel, ya bir daire veya umumi heyet kararı olacak. Bu izah edildi. Büyük ana babaların torunlarla şahsi münasebet ilişkisi yoktur. Cevaz vermiyor Federal Mahkeme. Bizim Yargıtay, hakları vardır, bunları talep edebilirler diyor. Nitekim, sonra tevhide içtihatla da bağlanmış. Bir başka konuda zannediyorum, yanılmıyorsam boşanma davası ikamesi şahsa bağlı bir haktır. Binaenaleyh bir akıl hastası eş var ise, vasi, efendim onu temsilen boşanma davası açamaz. Niçin? Çünkü şahsa bağlı bir haktır. Vasi bunu kullanamaz. Bizim Yargıtay'ın içtihadı aksinedir. Değişmedi ise bugüne kadar.

Efendim..... doğrudur. Çünkü, ne demektir yani şahsa bağlı hak? Diyor ki, bu eşin şahsına bağlı bir haktır. Binaenaleyh evlilik münasebeti devam etsin mi, etmesin mi bunun hakkında ancak o karar verebilir. Onun iradesi hâkimdir bu işe. Bu demek. Ama diğer taraftan da diyoruz ki; o akıl hastası, onun iradesi hukuken hiç bir şey, hüküm ifade etmez. Yani doğmatik açıdan giderseniz bir çözüm bulmak mümkün değil. Başkası da olur. İki eş de tesadüfen olabilir. Diyeceksiniz ki, öbür eş açsın. İki eş de akıl hastası olabilir. Teorikman mümkün, pratikte de olabilir. O zaman ne olacak? O iki eş hasta çocuk yapmakta devam edecek. Toplum da ona uzaktan seyirci bakacak. İşte bunu doğru bulmadığı için Yargıtay vasiye bu hakkı tanımıştır.

Biliyorsunuz mirasta bir kanunî mirasçılık sistemi var. Birde ölüme bağlı tasarrufla tesis edilen intikali var. İradî miras sistemi. Ben vasiyetle yahut miras mukavelesiyle, mirasımı şuna bırakırım buna bırakırım vs. Bu iki sistem arasındaki rölyasyon nedir? Hangisi asıl hangisi kaidedir? Tabii bu problemi çözmenin pratikte bir takım neticeleri var. Bunlara değinmeyeceğim orada. İsviçre’de, öteden beri kanunî miras sistemi kaide, ötekisi istisnadır. Halbuki tebliğde, orada aksi savunuldu. Dendi ki, hayır, iradî miras sistemi kaide öteki istisnadır. Niçin? Çünkü ölüme bağlı tasarrufla tereke üzerinde tasarruf etmek vasiyet suretiyle vs. mülkiyet hakkının verdiği bir yetkidir. Hayatta malikin malı üzerinde tasarruf istisnadır diye bir görüş yok. Eskiden var idi Cermen hukuk sisteminde. Ama gelişme neticesinde bu kaybolmuştur. Aynı yetki ha hayatta tasarruf etmişiz ha ölüme bağlı. Aynı yetkinin kullanılmasıdır. Birinde öyle birinde böyle olamaz. Doğrusu budur diye bu tezde savunuldu. Neticede, sonuna doğru, Güney Amerika’lı profesör var, gayet zeki ve espirili bir katılımcı kongrede. O söz aldı. Dedi ki, beyler işte dinledik tebliğleri. İsviçre’lileri de dinledik, Türk hukukçuları da dinledik, sonunda edindiğim kanaat şudur dedi. İsviçreli delegasyon heyetine dönerek dedi ki; beyler bilirsiniz kanun sizin ama, Türk Yargıtay’ı sizden daha iyi uyguluyor bunu dedi. Türk Yargıtay’ının tatbikatı ve içtihatları çok daha hukuk espirisine ve ilmi esaslara uygundur bunu bilirsiniz dedi. Tabii biz gurur duyduk Türk hukukçusu olarak orada. İsviçre’lilerin biraz canı sıkıldı, ama birşey de söyleyemediler. Profesör Jung gayet değerli hocalardan biriydi vefat etmiştir o da. Jung kalktı, bu mirasta hangi sistem asıl, hangisi istisnadır. Dedi ki, biz kanunî miras sistemi istisnadır diyoruz ama, burda aksi tez savunuldu. Aksi tezin ileri sürdüğü argümanları ilmen çürütmek mümkün değildir

dedi. O halde, niçin biz ısrar ediyoruz? Kırk seneden beri alışık olduğumuz için. Kırk sene evvel bu fikir ortaya atılmış, benimsenmiş, gerek doktrin gerekse Federal Mahkeme içtihadınca artık bunu bırakamıyoruz. Bir alışkanlık meydana getirmiştir dedi. Binaenaleyh Sungurbey'in tebliğ konusunun tabii bir makale şekline getirilerek İsviçre'de yayınlanması çok faydalı olur. Yalnız münferit bazı hukukçuların bu görüşe katılmaları tabii mümkün. Ama İsviçre'deki baskın görüşü, bunun değiştirilebileceğini pek zannetmiyorum. Çünkü İsviçre hukukunda mahkeme içtihatları, vs. böyle bir taassup mevcuttur. Kolay kolay yerleşmiş içtihatlarından pek vazgeçmezler. Efendim, dinlediğinizden dolayı çok teşekkür ederim.

İsmail DOĞANAY : — Sayın Prof. Selim Kaneti'nin itina ile seçtiği ve çok güzel yorumladığı tefsirlerle ilgili içtihatları zevkle dinledik. Ben kendisinden bu tebliğle ilgili hususlarla birşey soracak değilim. Ancak, bir husustaki fikrini sempozyum zabıtlarına geçmesi bakımından rica edeceğim. Şimdi; tetkik buyurdıkları tevhidî içtihatlar, aşağı yukarı kırk yılı aşkın bir tevhidî içtihadı taramak suretiyle elde edilmiş tevhidî içtihatlar. Malumualiniz bu salonda Medeni Kanunun hazırlanmasıyla ilgili ve şimdi salonda hazır olan iki arkadaşımızın bu komisyonda görev aldığını biliyorum, katıldılar. Burada duruyorlar şu anda. Bir sempozyum düzenlendi. Bu sempozyumun lehinde, aleyhinde yazılar çıktı. Sayın İsmet Sungurbey, Cumhuriyet'te geniş, iki gün devam eden bir makale yazdı. Bendeniz, bu salondaki sempozyumu ele alarak, «sempozyumun ortaya çıkardığı gerçekler» diye Cumhuriyet'te bir makale yazdım. Aradan beş, altı ay geçtikten sonra bu tasarı Büyük Millet Meclisi'ne sevk edildiği zaman «tasarı geri çekilmesi lâzımdır» diye ikinci bir makale yazdım. Tasarı geri çekildi. Benim öğrenmek istediğim Sayın Kaneti'den ve zapta geçmesini istediğim husus şu: Şimdi; Medeni Kanun Komisyonu, Medeni Kanunun tümünü değiştirmek suretiyle yeni millî bir kanun yapma iddiasıyla ortaya çıktılar. Bu, kırkbeş veya altmış yıllık birikinti, içtihat birikintisi, monografiler, kitaplar; bu kanun yürürlüğe girdiği taktirde, bütün bunlar, çöp sepetine atılır bir duruma girecek. Medeni Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrası; hâkimlerin yani mahkemelerin ilmî içtihatlardan esinlenerek karar vereceklerini öngörüyor. Acaba bir medeni hukukçu olarak Sayın Selim Kaneti, bu Medeni Kanunun tümünün değiştirilmesi fikrinde mi, değil mi? Bu, zabıtlara geçmesi bakımından, bu kanun, belli olmaz. Demin Sayın İsmet Sungurbey çöp sepetine gitti, öldü, mütevaffa oldu dedi ama belli olmaz. Çünkü kanun tasarısı duruyor Bakanlıkta. Günün birinde pat der çıkar. Ama kendisi bir me-

deniyeci, bu husustaki fikirlerini, evet ben tümünün değişmesine taraftarım. Bu altmış yıllık içtihatlar da bir tarafa atılsın, monografiler bir tarafa atılsın. Bu fikrî birikinti atılsın diyebiliyorlar mı ben onu öğrenmek istiyorum. Sırf bunun için söz aldım. Teşekkür ederim.

Şükrü ÖZDEMİR : — Değerli başkan, saygıdeğer arkadaşlarım. Değerli hocamız Selim Kaneti'nin çok değerli bildirisini dinledik. İçtihadı birleştirme kararlarına hâkim olan unsur nedir? Kaynak kanunun yorumu, kaynak kanununa gidiş ve ülke gerçekleri hakkında örnekler verdiler. Gerçekten Medeni Kanun, karakter itibariyle bir devrim kanunudur. Atatürk'ün getirdiği en büyük hukuk devrimlerinden birisidir. Medeni Kanunda öyle hükümler vardır ki tamamen maddi hukuk kurallarına ilişkindir. Bunların yorumunda içtihadı birleştirmelerde kaynak hukukuna müracaat edilebilir. Fakat bazı hükümleri vardır ki tamamen devrimle ilgilidir. Açıkladılar hocam, Mesela, nikâhın resmi memur huzurunda yapılması. Yoruma giderken başka bir şekilde düşünmeğe imkân yok. Yorum burada kısıtlı olmalıdır. Çünkü bunlar bizim koruduğumuz inkılâp esaslarıdır. Atatürk'ün getirdiği devrim hükümleridir. Bu itibarladır ki teokratik düzenden ayrılmış, medeni bir memlekete ait olan kanun olduğu gibi getirilmiş, Türk toplumuna armağan edilmiştir. Bunu böyle kabul etmek gerekir. Atatürk bunu getirirken toplumun ileriye doğru bir atılım yapmasını istemiştir. Bu itibarla, yoruma giderken inkılâp hükümlerinden fedekârlık yapmamız mümkün değildir. Yani, bir tevhide içtihat düzenlenirken yoruma gitmeye gerek yok. Nikâh, hoca huzurunda değil, en önemli bir inkılâp hükmü resmi memur huzurunda yapılacaktır. Ama, bunu da ülke gerçeklerini, aile düzenini korumak bakımından Yargıtay gayet güzel işlemiş. Gayet güzel imar etmiş. İnkılâp ilkelerine ilişkin hükümlerin Anayasaya aykırılığı dahi iddia edilemez. Medeni Kanundaki bazı hükümler birer Anayasa normu gibidir. Hocam bir tevhide içtihattan bahsettiler, 1985 tarihli tevhide içtihat. Meselâ bir köy muhtarını düşünelim, nikâh memuru olarak başka bir köyde nikâh kıymış olması. Bu görünüşte kurallara aykırı. Yani nikâh memurunun, mülki sınırlarda belli olan yetkisi değişik bir ilçe çevresinde geçerli midir? Bunu da Yargıtay gayet güzel bir şekilde yorumlamak suretiyle devrim esaslarından, devrim kurallarından da fedakârlık etmemek suretiyle yorumlamıştır. Yani aile düzeni bakımından eğer muhtar, yahut nikâh memuru mülki sınırlarını aşarak başka bir yerde nikâh yapmışsa bunu da geçerli saymıştır. Medeni Kanunun bazı hükümleri vardır ki, mehzaz kanuna göre çözümlenmesi gerekiyor. Medeni Kanunun 15. maddesi. Ho-

cam açıkladılar. Daha önceki içtihadı birleştirme kararlarında mümeyyiz olmayan bir kimsenin yaptığı muamele, hukukî işlem geçersiz sayılmıştır. Ama, Yargıtay'ın bu geçersizlik yorumu mümeyyiz olmayan lehine bir geçersizliktir. Aslında kural olarak mümeyyiz olmayan bir kimsenin yaptığı bir işlem mutlak batıldır. Batıl yani akıl malulü olan bir kimsenin yaptığı işlem şüphesiz yok işlem sayılır. Geçersizdir. Ama Yargıtay şöyle bir yorum yapmıştır. Eğer bu muamele, bu işlem mümeyyiz olmayan kimsenin lehine yapılmış ise o taktirde karşı tarafın, bu muamelenin batıl olduğunu ileri sürmesi Medeni Kanununun 2. maddesi hükümlerine göre iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Aslında yorum o kadar güzel ki. Çünkü mümeyyiz olmayan bir kimsenin yaptığı işlem hukuken geçersizdir, normal olarak. Ama derler ki sayın hocamız, sonunda Yargıtay bu görüşünden döndü. 1955 tarihli 22/2 sayılı kararlar bankanın mümeyyiz olmayan kimseye verdiği kredide yaptığı ipotek muamelesini banka lehine geçerli saydı. Daha doğrusu burada mümeyyiz olmayan kimsenin dayandığı def'i yani bâtıl olma def'i mümeyyiz olmanın ileri sürülmesi Medeni Kanununun 2. maddesine aykırı olarak görüldü. Bunu demek isterler sanıyorum. Gerçekten bu bir sapma. Bu kararda, yani olayın özelliği nazarı itibare alınmış olabilir. Ama bu tevhibi içtihat kararının bence olayına özgü bir içtihadı birleştirme olarak kabul etmek lâzım. Yoksa normal olarak asıl kural ki mehaza kaynağa gitmek suretiyle yapılan yorum, burada mümeyyiz olmayan lehine yapılan muamele eğer mümeyyiz olmayan aleyhine değil ise, karşı taraf yani muameleye iştirak eden karşı taraf bunun batıl olduğunu ileri süremez. İleri sürdüğü taktirde kendi lehine sonuç çıkarmak istiyor demektir. Bu, Medeni Kanununun ikinci maddesine aykırı sonuç doğurur. Bu bakımdan Medeni Kanununun 2. maddesini, mümeyyiz olmayan kimseyle muamele yapan kimse lehine kullanmak mümkün değildir. Yargıtay'daki baskın görüş böyle olmak gerekir, böyledir sanıyorum. Yine Yargıtay ülke gerçeklerine uygun olarak yorumlar yapmıştır. Açıkladıkları gibi, 1946 tarihinde tapusuz gayrimenkullerin zilyetliğinin devri suretiyle mülkiyetinin geçirileceği öngörülmüştür. Gerçekten mehaz kanuna gittiğimiz taktirde, tapusuz gayrimenkullerden söz etmeye imkân yok. Mehaz kanuna gidilemiyor. Burda hocamızında açıkladıkları, gayet güzel belirttikleri gibi ülke gerçekleri gözönünde tutulmuştur. Gayrimenkul fiyatlarında yükselme olunca mukavele yapanlar satanlar geri dönmek istemişlerdi. Kesin kural şu, yani İsviçre Medeni Kanunu bizim hükümler, ondan aldığımız hükümlere göre gayrimenkul resmi şekilde yapılan bir muameleyle devrolunur. Aksi taktirde muamele geçerli ol-

maz. Medeni Kanununun 634. maddesi, Borçlar Kanununun 213., Tapu Kanununun 26. maddesi bu hükümleri göstermektedir. Ama tapusuz gayrimenkullerde elden ele devri, artık Yargıtay ülkenin gerçeklerine göre fiyatları yükseldiği taktirde dönülmesini normal ahlâk kurallarına uygun görmemiş. Bu sebeple ülke gerçeklerine uygun olarak bir yorum getirmiş. İsviçre mehz kanununda böyle bir hüküm olmadığı halde, tapusuz gayrimenkul söz konusu olmadığı halde bizim kendi bünyemize uygun olarak gayet güzel yeni bir hüküm getirilmiş, yoruma gidilmiştir. Yani memleketimiz de yeni yeni kadastro yapıyoruz. Teorik olarak İsviçre'de tapusuz gayrimenkul söz konusu değil. İsviçre'de bütün gayrimenkullerin muamelesi, devri mülkiyetin geçirilmesi, şekle tabi tutulmuştur. Geçerli olabilmesi için işlem şekle tabi tutulmuştur. Onlar bu meselelerini daha evvel halletmişlerdir. Belki yenileme vardır. Eski hükmünü kaybeden veyahut ölçüm hatası gösteren kayıtlar vardır. Ama bizdeki gibi böyle %60 oranında tapusuz gayrimenkuller yoktur. Yani hiçbir ülkede böyle bir durum söz konusu değildir. Onun için İsviçre böyle bir içtihadı birleştirme kararına gitmeye, gerek duymamıştır. Hocanın söylediği şeylerden birisi de Medeni Kanununun 917. maddesi. Eşya hukuku alanında yine Medeni Kanununun yorumu meselesi. Hakikaten eski tapu kayıtları Medeni Kanun 1926 yılında yürürlüğe girmiştir. Eski tapu kayıtlarında Medeni Kanununun 917. maddesi uygulanabilir mi? Gayet güzel belirttikleri gibi uygulanabilir. Uygulanmaması için bir sebep yok. Yani eski kayıtlarda da devletin sorumluluğunu kabul etmek icap eder. Sonuç olarak şunu arzetmek istiyorum. Yargıtay, içtihadı birleştirmeye giderken zaman zaman mehz kanununa başvurmuştur. Zaman zaman hocanın da verdiği örneklerden ve içtihadı birleştirmelerden de gördüğümüz gibi, ülke gerçeklerini dikkate almıştır. Ama fedakârlık etmediği bir nokta vardır. O da devrim hükümleri. Atatürk'ün getirdiği devrim hükümleri. Atatürk'ün getirdiği inkılâba ilişkin hükümlerden hiçbir zaman için fedakârlık yapmamıştır. Ondan sarsıcı bir yoruma gitmemiştir. Bu bakımdan Yargıtay hakikaten içtihadı birleştirme kararlarıyla bilimsel çevrelere de ışık tutacak şekilde, onlara kaynak olacak şekilde gayet güzel içtihadı birleştirme kararları almıştır. Teşekkür ederim. Saygılar.

Prof. Dr. Tahir ÇAĞA : — Biraz evvel bahsettim, 1959 İstanbul Kongresi'nde Sungurbey'de vardı hatırladığıma göre. Bizden bir tebliğ sahibi arkadaş kimdi bilemiyorum. Bu konuyu anlatırken dedi, bizde gayrimenkul, tapusuz gayrimenkul pek çok. Onun için büyük problemler çıkıyor. Sizde hiç olmadığı için bunlar size ya-

bancı diye bir beyanda bulundu. Akabinde hemen bir İsviçre'li profesör söz aldı. Dedi ki, bizde de çok. Niçin çok? Dedi ki, Medeni Kanunun bahsettiği tapu sicili kadastroya dayanan tapu sicilidir. Bizim kantonlarda da hepsinde var tapu sicili ama hepsi kadastroya dayanmıyor. Yapıyorsun diyelim. İki federal İsviçre federasyonunda tapu kadastro ölçümleri yapılıyor. Ama daha uzun sürecek, belki bugünlerde bitmiştir, bu senelerde. Binaenaleyh kadastroya dayanmayan kantonlardaki tapu sicilleri Medeni Kanun anlamında tapu sicili değildir. O sicillere kayıtlı gayrimenkuller de, Medeni Kanun anlamında tapuda kaydı olmayan gayrimenkullerdir diye izahat verdi. Yani İsviçre'deki durum budur. Ben çok özür dilerim, İsviçre'de böyle bir şey yoktur, dendiği için bu izahatı vermek mecburiyetini hissettim. Çok teşekkür ederim efendim.

Doç. Dr. Nisim FRANKO : — Efendim, muhterem hocama çok teşekkür ederim. Üzerinde durduğu meseleler hakikaten çok mühim problemler. Bazı noktalara temas etmek imkânını buldum, onları arzedeceğim.

Birincisi tevhidî içtihat yahut içtihadı birleştirme kararı temyiz kudretinden mahrumiyetle alâkalı olan bir durum. Temyiz kudretinden mahrum olan bir kimseyle yapılan muamelenin eğer o şahıs temyiz kudretini haiz olmamış olsaydı, eğer bu muameleyi tekrar yapacak olsaydı muteber olarak düşünülebiliyordu idi. İkinci mesele, bunun üzerine karşı tarafın temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi himaye etmek için konmuş olan bir normun aksini ileri sürmesinin bir hakkın suistimali olduğu şeklindeydi. Şimdi şöyle bir mesele var. Malumunuz hukukî muamelenin mesnedi iradedir. Ben, muayyen bir irademi beyan ettiğim taktirde, ona muayyen bir hukukî netice bağlanıyorsa bir hukukî muamele vardır. Temyiz kabiliyetinden mahrum olan bir kimsenin iradesi mevzubahis olamayacağına göre, ortada hukukî muamele yoktur. Hukukî muamele olmayınca da bu hukukî muamele şu şekilde sıhate kavuşabilirdi. Yahutta o hukukî muamelenin bulunmadığı hususunun ileri sürülmesi hakkın suistimalidir demek bence pek ters bir neticedir. Filhakika hukuk, Medeni Kanunun ikinci maddesine istinat etmek mümkün. Ama Medeni Kanunun ikinci maddesine istinat edilmek için evvela ortada bir hukuk probleminin, bir hukukî meselenin bulunması gerekir. Yani, bir hukukî iradenin meydana gelmesi. Bu yurdular ki «contra legen» bir neticeye varılmıştır ve yerindedir. di efendim, örf ve âdet hukuku, malumunuz bir hukuk kaynağı. Şimdi efendim, örf ve âdet hukuku, malumunuz bir hukuk kaynağı.

olması ve bunun böyle olacağı hususunda, efendim cemiyette bir oporten necessat'e ortaya çıkmış olması. Mesela, bizim memleketimizde imam nikâhı meselesi hakikaten bir örf-âdet. Ama «contra legen» bir örf-âdet. Bunu kabul etmiyoruz. Bu itibarla bu noktada pek iştirak edemiyorum, muhterem hocamın ifadelerine.

İkinci mesele şu oluyor efendim. Sağ kalan eşin seçecek olduğu intifa hakkı yahutta sağ kalan eşe tenfiz edilen kanunî intifa hakkı meselesi üzerinde durdular. Dediler ki, burada intifa hakkı sahibi olan kimsenin tereke borçlarından mesul olup olmadığı meselesi ortaya çıkmaktadır. Şimdi, kanun bu hususta bir sistem kabul etmiş. Eğer mirasçılar mülkiyeti yani eğer mirasçılar terekeden mülkiyet sahibi iseler, zaten otomatik olarak terekenin borçlarından mesuldürler. Eğer terekenin içinde, veresenin içinde intifa hakkı sahipleri varsa zaten onlar bu borçlardan mesul addedilmemektedirler. Bu kendilerine, ister bir leg olarak düşünölsün, ister düşünölmessin. Eğer bu ikinci yolu tercih ettiğimiz taktirde o zaman kanunun koyduğu tefriğin hikmeti vücudu kalmaz. Ben, eğer malik olduğum taktirde borçlardan mesulsem intifa hakkını haiz olduğum taktirde de borçlardan mesulsem, kanunun böyle bir tefriki getirmesine, verese içinde bazı mirasçılar mülkiyet sahibi, bazı mirasçılar da intifa hakkı sahibi yapmakta hiçbir mânâ olmamak gerekirdi. Onu arzetmek istedim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Erden KUNTALP : — Sayın Prof. Kaneti'yi, tebliğle tartışmaya getirmiş olduğu konuyu sunuş şekli olarak ve içeriği açısından da gerçekten kutlamak isterim. Esasında Türk hukuk uygulamasında tartışılması gereken en önemli konulardan bir tanesi bu oluyor. Hepimizin bildiği gibi, Medeni Kanunumuz bir devrim kanunudur. Bunun ifade ettiği anlam Türk toplumunun kendi kültür yapısından kaynaklanmış, kendi kültür birikiminden oluşmuş bir eser niteliğinde, bir sonuç niteliğinde olamadığıdır. Bu, bir başka kültürün Türkiye'ye getirilmiş olması ve Sayın Kaneti'nin de ifade ettiği gibi Türk toplumunun Medeni Kanunun öngördüğü düzen içinde örgütlenmesi istenildiği bir kanundur. Bu, yapısı itibarıyla da gerçekten devrimci bir kanundur. Ancak, Medeni Kanunumuzun çok çok büyük bir özelliği de var. Medeni Kanunumuz hukuk kurallarının genel ve soyut niteliğinin doğurabileceği adaletsizlikleri veyahut biçimsel adaletin doğurabileceği adaletsizlikleri giderebilmek için fevkalâde ilginç kurumlar getirmiş. Bunlardan bir tanesi doğruluk kuralı, diğeri de yargıcın taktir yetkisi. Doğruluk kuralının gereği olarak yargıç, tabii aynı zamanda taktir yetkisinin gereği olarak belli bir konuda karar verirken somut olayın

özelliklerini gözönüne almak ve böylece biçimsel adaletin getirmiş olduğu da adaletsizliği giderebilmek silahlarıyla donatılmış. Ancak burada, karşımıza çok önemli bir sorun çıkıyor. Somut olayın özellikleri, toplumsal gereksinmeleri çoğu kez ifade eder. Bu toplumsal gereksinmeler, toplumun kültür düzeyi ile ortaya çıkar, kültür biçimiyle ortaya çıkar. Acaba somut olayın özelliklerini gözönüne alırken yargıç Medeni Kanunun devrimci niteliğini ihmâl edecek midir, etmeyecek midir? Nasıl bunun sınırlarını saptayacaktır sorunu bugün için gerçekten çok önemli bir sorunumuz. Medeni Kanunun devrimci niteliğini saptırmadan, somut olayın özellikleri içinde nasıl doğru bir sonuca ulaşabiliriz? Adil bir sonuca ulaşabiliriz sorunu, Türk hukuk uygulayıcısını hatta öğreticisini yakından ilgilendiren bir konu. Sayın Kaneti tebliğinde bu konuyu dile getiriyor. Bu konuyu dile getirirken gayet açık ve seçik bir tarzda Medeni Kanunun uygulanmasında, devrimci niteliğinden inkılapçı niteliğinden taviz verilmemesi gerektiğini, ancak toplumsal gereksinmelerin bu niteliğine ters düşmediği ölçüde gözönüne alınması gerektiğini Yargıtay'ın çeşitli tarihlerde vermiş olduğu içtihatları birleştirme kararlarıyla da uygulamaya özen gösteriyor. Bu konuda gerçekten kendisine teşekkür etmem gerekiyor. Şahsım olarak teşekkür etmem gerekiyor. Çünkü, fevkâlade önemli bir konuyu dile getirmiş oldu. Hatta bu, 120. kuruluş yıldönümünde, Yargıtay'ın tartışılan önemli konuların odak noktasından bir tanesini de benim kanaatimce bu oluşturuyor. Sayın Sungurbey hocamızın biraz önce vermiş olduğu tebliğ. Sayın Ahmet Kılıçoğlu arkadaşımın daha sonra vereceği tebliğ ve Yargıtay'ı bu günlerde yakından ilgilendiren içtihatları birleştirme konusu gerçekten çözüm noktası bana göre burada toplanıyor. Zira, Medeni Kanunun temel ilkelerinden vereceğimiz her türlü ödün veyahut esnek bir uygulamayla, esnek bir yorumla ondan yapacağımız her türlü uzaklaşma bizi Medeni Kanunun devrimci yapısından, devrimci özelliğinden uzaklaştırabilir. O halde bunun sınırı nedir? Herhalde bunu zaman içerisinde Yargıtay uygulamalarıyla, bilim adamları araştırmalarıyla göstereceklerdir. Ben, Kaneti'ye tekrar teşekkür ederim.

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY : — Efendim, ben arkadaşımın konuşmasına yetişemedim. Fakat buradaki görüşmelerde mazhar olduğu taktirler şüphesiz çok yerindedir. Bu konuşmalar sırasında, ki değinilen bir noktaya ben de, bir nokta üzerinde durmak istiyorum. Buyurdular ki, Medeni Yasada tapusuz taşınmazlar hakkında bir hüküm yoktur. Arkadaşımız öyle söyledi. Yargıtay bunu tapusuz taşınmazların devri, zilyetliğin devri niteliğindedir diye çöz-

müştür. Hakikaten de öyle, hep biliyoruz. 1946 içtihadı birleştirme kararına göre, tapusuz taşınmazlarda ancak zilyetlik söz konusu olabilir. Zilyetliğin devrini ise yasa hiçbir geçerlilik biçimine bağlı tutmamıştır. Öyleyse tapusuz taşınmazın zilyetliği devredildi mi taşınmaz da devredilmiş olur, gider vesselâm! Tevhidi içtihat budur. Şimdi bu, biraz yüzeysel bir bakış soruna. Sebebi şu: Memleketimizdeki taşınmazların yarısından çoğu tapuda kayıtlı değil. Ama bunlar üzerinde tasarruf süregeliyor, dededen toruna kadar. Peki, acaba bunlar üzerinde mülkiyet hakkı yok muydu? Öyle bildiğimiz bir zaman sınırı içinde, belki yüzyıldan, yüzelli yıldan beri köylü Anadolu'da tapusuz toprağını dededen toruna kullanıp gidiyor. Peki bunların üzerindeki hak sadece zilyetlik miydi acaba? Bunu soruyorum? Burda bir ayırım yapmak lâzım. O da şu: Eğer tapusuz taşınmazda öyle üç-beş senelik bir zilyetliği varsa, buradaki hakkı elbet bir zilyetlik hakkından ibarettir. Zayıf bir haktır. Bunun devri vaadini ise Medeni Yasamız hiç bir şekilde tabii tutmamıştır. Efendim, zilyetlik devredildi mi bundaki bütün haklar da olup biten zaten bir kaç senelik hak gider. Ama iş böyle değil. Olmayпта benim dediğim gibi, eski hukuk döneminden gelen tasarruf hakları varsa bunlar acaba zilyetlikten mi ibarettir? Beyane sene-diyle olsun, irs yoluyla olsun. Ne şekilde olursa olsun. Şimdi bir kere Arazi Kanunnamesi, arazi-i miriyedeki yani Anadolu ve Rumeli'deki tarımsal topraklardaki tasarruf hakkı bulunduğunu kabul etti. Köylülerin bu topraklarda tasarruf hakkı var demişti. Bu tasarruf hakkı 3. Selim, Sarı Selim zamanından beri mirasçıya da kalıyor. Burada biz, sağlar arası hukuk dediğimiz «internasyonale sprivate» dediğimiz geçiş hukukunun, 19. yüzyılda daha Savigny'den ünlü Alman hukukçusu Savigny'den beri kabul edile gelen çok önemli bir prensibiyle karşılaşılıyor. O da şu: Eski hukuktan gelen haklar, eski hukukta kendilerine verilen adlara göre değil de, verdikleri yetkilere yani gerçek özlerine göre nitelendirilmek gerekir. Geçiş hukukunun en temel ilkesi budur. Eski hukuktan gelen bu tasarruf hakkı başkasına ferağ akti dediğimiz akitle devredilebiliyordu. Mirasçıya da kalabiliyordu. İntikal deniyordu buna. İşte böyle bir yararlanma hakkı eğer başkasına devredilebiliyorsa ve mirasçıya da kalabiliyorsa, ona eski hukukta istendiği kadar kira hakkı densin, yeni hukuk açısından biz ona mülkiyet hakkı deriz. Öyleyse, eski hukuktan gelen arazi-i miriyedeki, yani tarımsal topraklardaki bu haklar düpedüz mülkiyet hakkı niteliğindedir ve Medeni Yasanın 634. maddesindeki resmî senet zorunluluğuna bağlıdır. Bu kadar güçlü bir hakkı, başkasına dededen kalan tarlanın, bir çiftliğin mül-

kiyetini başkasına devir borcuna girmek, Medeni Yasamızın 634. maddesindeki ilkeye ve Tapu Yasası 26'ya göre mutlaka resmî biçimde düzenlenecek senede bağlıdır. O bakımdan bu noktada önemli bir atlama var. Şimdi, ikinci aşamaya geçiyorum. Farzedelim ki, köy kahvesinde, böyle bir çift sözle sattım, gidip alabilirsin demiş. Bu, aynı zamanda Medeni Yasanın 890. maddesindeki zilyetlik sözleşmesi niteliğindedir. Gider tarlaya girer. Zilyetlikle geçmiştir, her şey bitmiştir. Fakat böyle olmayıp da, bu adam onun içine girmiş efendim, az çok uzun bir süreden beri de orayı işliyor. Ondan sonra emlak fiyatları artmış, gayrimenkul fiyatları artmış. Satan da uyanmış, şekil eksikliğine dayanarak onu geri almaya kalkarsa o zaman Medenî Yasanın 2. maddesinin 2. fıkrasındaki dürüstlük kuralları gereğince onun bu davranışı çelişkili davranış sayılır. Geri alma davasının reddedilmesi gerekir. Bu sorunun doğru çözümü budur. Teşekkür ederim.

Şeref ÜNAL : — Adalet Bakanlığı'ndan Şeref Ünal. Bakanlık resmi temsilcisi olarak değil. Yarı resmi olarak kabul edelim, burada bulunma durumumu. Ben maalesef Sayın Kaneti'nin tebliğine yetişemedim, idari görevlerim dolayısıyla. Fakat zengin muhteva dolayısıyla kendilerini tebrik etmek isterim. Burada, aslında Sayın Doğanay tarafından tevcih edilmiş bir şeyi, suali kısmen cevaplandırmak için söz almış bulunuyorum. Şimdi, tabii Kaneti kendi şahsi fikirlerini de bilâhare beyan edeceklerdir bu konuda. Medeni Kanun 1926 yılında alındı. Sayın Fikret Eren'in belirttiği gibi, devrim kanunu niteliğinde bir kanun. Bunu gözden uzak tutmamak lazım. Hattâ, devrimci niteliğinin muhafaza arzusu, daha sonra çıkarılmış kanunlarda, özellikle Anayasalarda dahi belirtilmiş. 1961 Anayasası'nda vardı. Nikâh şeklinin, medeni nikâh şeklinin değiştirilemeyeceği hususu 1982 Anayasası'nda da zannediyorum son maddelerden biri. 75. maddede bu husus teyid ediliyor ve vurgulanıyor. Şimdi burada, bir hatıramı kısaca nakletmek istiyorum. Bundan sekiz, on yıl kadar önce, Sayın Doğanay bana Hirsch'in bir yazısını vermişlerdi tercüme edilmek üzere. Bu yazıda bir olay anlatılıyor. Almanya'da ve Türk hukuk sistemiyle batı hukuk sistemi karşılaştırılıyor. Büyük yetenek sahibi, bu konuda uzman büyük hukukçu Hirsch tarafından. Konu şu: Bir işçi vatandaşımız karısını Türkiye'de bırakmış. Başka bir Türk kadınıyla Almanya'da fiilen beraber yaşıyorlar. Kadın hastanede doğum yapıyor. İşçi sigortalı tabii. Hastahane masrafları eşinin tabi olduğu sigortadan karşılanacak. Hastahane idaresi doğum belgesini sigortaya gönderiyor. Fakat, sigorta idaresi bakıyor ki doğumu yapan kadın başka, belgede ismi

olan kadın başka. Adam hakkında sahtekârlık suçuyla dava açılıyor. Adam savunmasında diyor ki, siz diyor ne diyorsunuz? Bizdeki hukukî durum budur. Daha önce bu kadın iki defa doğum yaptı. Gene aynı şeyi yaptık. Efendim, Türkiye'deki kadının üzerine kaydoldu. Şimdi, buradan devrimci niteliğe geliyorum. Gerçekten o ânâ, Medeni Kanunun resepsiyonu kabulü ânınâ kadar başka kültür ve düşünce tarzlarıyla, başka tasavvurlarla yaşayan bir ülkede, birden bire başka bir kültürün mahsulü olan bir kanunu getiriyoruz ve ağaç gibi ortaya dikiyoruz. Kökleri yukarda, dalları aşağıda. Şimdi, aradan geçen 70 yıllık süre içerisinde, fiili şartlarla, ülkedeki hayat tarzıyla, yaşama tarzıyla, pozitif hukuk arasında korkunç bir çelişkili durum devam etmiştir. Daha, halen de sürmektedir. Nitekim, kanunkoyucu bazı hallerde teslim olmuştur, kamuoyunun bu iradesine ve arzusuna. Bunun örnekleri, negatif tedbir olarak çıkarılan af kanunları, çocukların evlilik dışı çocukların, nüfusa tescili konusunda. Tabii köklü bir çözüm değil. Şimdi ülkemizde, 70 yıllık süre zarfında, gerek doktrinde değerli hukukçular, gerek mahkemelerimizde, özellikle yüksek mahkememizde bu konularda çok esaslı, köke inen, ülke şartlarına uygun içtihatlar yerleşmiş. Tabii bunları, yani yeni kuşak, ikinci kuşak, üçüncü kuşak hukukçu yerleştirmiştir. O zaman ihtiyaç dolayısıyla bu resepsiyon, olduğu gibi tercüme suretiyle alınan bu kanunda gerekli değişiklikleri yapmak yeteneğinde olan hukukçu zümresi hiç şüphesiz yetiştirilmiştir. Burdaki tartışmalar, burdaki ileri sürülen fikirlerin düzeyi bunu belli etmektedir. Bu bakımdan Medeni Kanunda değişiklik yapmak kaçınılmaz hale gelmiştir. İsviçre'de 1907 tarihli, 11 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Kanunda 15'e yakın değişiklik yapılmıştır. En son 86'da mal rejimlerini değiştirdiler. Tabii taklit etmek değil ama, bakılır, işe yarayan varsa alınır. Nitekim bunların birçoğu alınmamıştır. Şimdi, Medeni Kanundaki değişiklik ihtiyacı bildiğiniz gibi 1952'lere kadar geriye gidiyor. 71'de ön tasarısı hazırlanıyor. Ondan sonra 75'de tekrar çalışmalara başlandı. Ben, 75'de yapılan çalışmalar sırasında Bakanlıktaydım. Bana da teklif edildi komisyon üyeliği. Fakat benim şahsi fikrim, bu şekilde total revizyon dediğimiz kanunun tümünün değiştirilmesi şeklindeki yaklaşıma karşı idi. Bu sebeple ben, bu çalışmanın yapılamayacağını çünkü büyük kodifikasyon hareketleri artık çok gerilerde kalmıştır çağımızda. Bin maddelik, ikibin maddelik, üçbin maddelik kanunlar yapılamamaktadır. Yapılsa dahi bunları parlamentodan geçirmek çok zamana, yıllarca sürecektir zamana ihtiyaç gösterecektir. Bu bakımdan ben bu komisyona girmedim, fakat 82 yılın-

daki daha sonra toplanan komisyonda görev aldım. Günün şartlarında belki süratli bir şekilde geçirmek mümkün olabilir düşüncesiyle ve bu tasarı hazırlanmıştır. Tasarı hazırlanırken, mahkemelerimizin içtihatları, özellikle içtihadı birleştirme kararları toplum yapısına, ülkenin şartlarına uyduğu ölçüde gözönüne alınmıştır. Bu, oldukça büyük bir yenileme hareketi sayılabilir. Fakat öyle görülüyor ki, Bakanlıkta görüştüğümüz üst düzey yetkililerinin fikirleri de bu. Artık, büyük kodifikasyon hareketleri yapılamadığı için, Alman Kanunu 1899'dan kalma, Fransız Kanunu 1804 tarihli, Avusturya Kanunu 1867 tarihli ve geçtiğimiz asırların kanunları bunlar. Böyle kodifikasyon hareketleri artık geçti. Onun için kısa, reform şeklinde, mesela aile hukuku reformu, miras hukuku reformu. İhtiyaç nerdeyse bu konuda kısmi değişiklik yapmak fikri galiba üst düzeyimizde, Bakanlıkta hâkim oldu. Bunun somut örnekleri de geçtiğimiz günlerde görüldü. Medeni Kanunun boşanma hükümlerini değiştiren tasarı kabul edildi. Ülkeye uygun veya değil. Tartışılabilir. Şahsın hukukunda belli değişiklikler yapıldı. Dolayısıyla bu sözlerimle, açıklamalarımın sayın Doğanay'a cevap vermiş oluyorum ben bir ölçüde yarı resmî de olsa. Yani, kısmi değişiklik eğilimi Bakanlıkta hâkimdir. Bunda hangi etap sözkonusu olacaktır zaman gösterir. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Selim KANETİ : — Sayın başkanım, değerli meslektaşlarım. Benim amacım, özellikle Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarında uygulanan yorum yöntemlerini ve bu yorum yöntemlerinin uygulanması yoluyla hangi sonuçlara varıldığını vurgulamak ve böylece Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarında bir düzen, bir yol, bir yöntem, birbiriyle ilişkili olma durumu bulunduğunu vurgulamaktı. Bu bakımdan, kararların içeriği konusunda özellikle bir tutum almadım. Onlar hakkında, isabet yönünden bir derleme yapmadım. Bunu özellikle belirtmek istiyorum. Sayın hocam Prof. Çağa'ya, özellikle katkılarından dolayı teşekkür ederim. Lüksemburg kongresini hatırlatması, gerçekten benim verdiğim açıklamalara tamamlayıcı bir yararı oldu. Sayın Doğanay'ın sorusunu şu şekilde yanıtlamak isterim. Bu şekilde, bir bakıma Sayın Şeref Ünal'ı da yanıtlamış oluyorum. Benim düşünceme göre, Medeni Kanunun tümünü değiştirmek hiç bir şekilde gerekli değildir. Yalnızca bazı bölümlerini gözden geçirmek gerekir. Bu gözden geçirme sırasında gözönünde tutulacak olan hususlar; İsviçre'de yapılan değişiklikler, Batıda meydana gelen yeni gelişmeler ve memleketimizin ihtiyaçları ve gerekleridir. Bu açıdan Medeni Kanun değiştirilirken, yani bazı bölümlerine gerekli eklemeler yapılırken,

kesinlikle eski madde düzenine dokunulmaması gerektiğini ve madde düzeninin muhafaza edilmesinin gerekli olduğuna inanıyorum. Sayın Özdemir, Yargıtay'ın tutumu hakkında, devrim ilkeleri ile memleket gerçekleri arasında duyarlı bir denge kurmaya çalıştığını belirtti. Benim de düşüncem bu yöneydi. O bakımdan kendisine teşekkür ederim. Sayın Franko, bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararındaki çözümü benimsemediğini ileri sürdü. O da şu: 1955 tarihli içtihadı birleştirme kararının gerekçesinde, Yargıtay temyiz kudretinden yoksun olan kimsenin işleminin bu nedenle geçersiz olduğu yolundaki iddiasının, gereğinde Medeni Kanununun 2. maddesinin hükmüyle sınırlanabileceğini vurgulamıştır. Burada Yargıtay'ın demek istediği, işlemin geçerli olacağı değil, fakat geçersizlik iddiasının dürüstlük kuralına aykırı olacağı ve bu bakımdan gereğinde dürüstlük kuralının uygulanması sonucunda geçerli imişcesine kendisine sonuçlar bağlanabileceğidir. Bu düşünceyi ben benimsiyorum, çünkü dürüstlük kuralına aykırılığın sonuçları yine hâkimin taktirine bırakılmıştır. Kimi zaman dürüstlük kuralına aykırılık, zararın giderilmesi borcunu yükler. Kimi zaman aynen ifa taleplerine de yol açabilir yani gereğinde dürüstlük kuralının işlemesi, geçersiz bir işlemin geçerli imişcesine işlem görmesini yaratabilir. Ben, bu şekilde konuyu algılıyorum. Sayın Kuntalp' in görüşlerime katılması beni çok sevindirdi. Kendisine teşekkür ederim. Şu noktada özellikle görüşlerime güç verdi. Medeni Kanunun devrimci niteliğinden hiç bir şekilde ödün vermemek zorunludur. Sayın hocam Profesör Sungurbey'e yürekten teşekkür ederim. Ben 1946 tarihli içtihadı birleştirme kararının çözümünü, gerekçelerini, amaçladığı boşluk doldurma yönünü ortaya koydum. Fakat üzerinde mülkiyet hakkı bulunan taşınmazların özelliği bulunduğunu, bu bakımdan bunların 1946 tarihli içtihadı birleştirme kararının dışında düşünülmesi gerektiği yolundaki görüşe katılıyorum. Yalnız, şunu da belirtiyim ki, 1946 tarihli içtihadı birleştirme kararında varılan çözüm, üzerinde mülkiyet hakkı bulunan tapusuz taşınmazlar hakkında değişik bir düşüncenin üretilmesine, değişik bir düşüncenin uygulanmasına engel değildir. Sonuç olarak, gösterdiğiniz ilgi için yürekten teşekkürlerimi sunar ve sizleri saygıyla selamlarım.

İsmet OCAKÇIOĞLU (Başkan) : — Efendim, 6. oturumun 2. tebliğini saat 14.00'de görüşmek üzere yemek arası veriyoruz.

İsmail DOĞANAY : — Bu güne kadar Yargıtay İçtihadı Birleştirme gündeminde iki defa görüşülmesine rağmen «karar yeter sayı» oluşamadığı için üçüncü kez görüşülmek üzere «gün tayini»ni

bekleyen tartışmalı bir konuyu sayın Ahmet Kılıçoğlu'nun «tebliğ konusu» yapmış bulunması takdire şayan bir davranıştır. Kanaatımca, içtihadı birleştirme konusu ile «tebliğ» konusunun aynı olması hali, üçüncü müzakereden önce, bu mesele üzerinde bir «hukukcu kamuoyu» oluşturulması gayesi güdülmesi de, isabetli bir harekettir. Belki, «tebliğ» ile birlikte böyle bir gayenin güdülmüş olmasını yadırgayan arkadaşlar çıkabilir, fakat geçmişde bunun emsâli var. Belki, bir kısmınız hatırlar, 1979 yılında, Danıştay tarafından verilen «yürütmenin durdurulması» kararlarını müteakip, lehlerine, böyle bir karar alan yüksek düzey kamu görevlileri, kendilerini görevden alan bakan veya müsteşarlar aleyhine hemen adliye hukuk mahkemelerinde maddî ve mânevî tazminat davaları açıyorlar ve bu davanın davacıları olan o kamu görevlileri, -Danıştay'da açtıkları görevden alma kararı henüz sonuçlanmadan önce- adliye mahkemelerine açtıkları tazminat davalarının, açılan, esas idarî dava sonucu beklenmeden, hemen, davanın açıldığı hukuk mahkemesinin lehlerine tazminata karar vermelerini istiyorlar ve bu suretle de adliye hukuk mahkemelerini bir nevi «tasdik merci» diğer bir deyişle ve tâbir caiz ise «turnike mahkeme» haline sokmak istiyorlardı. Bu görüşün aksine olarak Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, (...tazminat davasının davalısı olan bakan aleyhine tazminata hüküm tesis edilebilmesi için Danıştay'a açılan idarî davanın sonucunun beklenmesi gerekir...), meâlindeki kararı, Danıştay mensupları tarafından tam bir «boy hedefi» haline sokularak tenkit konusu yapılmıştı. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararı ile adı geçen özel dairesinin kararı arasında meydana çıkan bir «içtihat ihtilafı» nedeniyle mesele o günlerde Yargıtay'da içtihadı birleştirme gündemine alınmıştı, işte tam o günlerde ve içtihadı birleştirme görüşmelerinin başlamasından çok kısa bir süre önce, bu konu, Danıştay tarafından bir «sempozyum» konusu yapılarak -İstanbul ve Ankara Hukuk Fakülteleri'nin tanınmış hocaları ile diğer hukukcuların da katılması suretiyle- Danıştay konferans salonunda, iki gün, bu konu enine-boyuna tartışıldı ve hemen arkasından da Yargıtay'da içtihadı birleştirme müzakeresi yapıldı. O zamanki içtihadı birleştirme müzakeresi sırasında da söyledim, -benim de tartışmacı olarak katıldığım Danıştay'daki sempozyum- kanaatımca, Yargıtay'daki içtihadı birleştirme müzakereleri için bir «hukukcu kamuoyu» oluşturma gayesi taşımakta idi. Şayet hafızam beni yanıltmıyorsa, söz konusu içtihadı birleştirme müzakerelerini, o dönemin Yargıtay Birinci Başkanı Cevdet Mentеш yönetiyor ve tevhibi içtihat raportörlüğünü de o tarihlerde Yargıtay 13. Hu-

kuk Dairesi Başkanı ve âhiren Birinci Başkan olan Derviş Turhan yapıyordu.

Yayınlanan içtihadı birleştirme kararının altında da görüleceği üzere, ben, o zaman, hukuk mahkemesine açılan tazminat davasının karara bağlanması için, Danıştay'a açılan esas idarî davanın sonucunu beklemeye gerek yoktur, şeklinde çıkan Yargıtay içtihadı birleştirme kararına karşı- «muhalefet şerhi» yazmıştım ve bilahare 12/Eylül/1980 döneminden sonra bu içtihadı birleştirme kararı özel bir kanunla ve benim görüşüm doğrultusunda uygulanamaz hale sokuldu. Ben, o zaman kararın altına yazdığım muhalefet şerhinde dedim ki, kendisine, bakan aleyhine tazminat davası açılmış olan adliye hukuk mahkemesi, mutlaka, Danıştay'a açılmış olan esas idarî davanın sonucunu beklemek zorundadır, aksi halde hukuk mahkemesi Danıştay'ın -her ne pahasına olursa olsun- itibarını koruyan sadece bir «tasdik» ve «formalite» mahkemesi derekesine düşer. Git, Danıştay'dan «yürütmenin durdurulması kararını al», daha sonra da hukuk mahkemesine gel, buradan da asıl davanın sonucunu beklemeden «maddî ve mânevî» tazminatı al, git!.. Bu olacak iş değil. Böyle bir kararın doğuracağı sonuçlar bakımından, Borçlar Kanununun 63 üncü maddesi hükmünü misal olarak zikretmiştim. Danıştay'a açılan dava sonunda bu davayı açan o kamu görevlisi, o açtığı idarî davayı kaybettiği zaman, elbette, yürütmenin durdurulması kararına istinaden kendisini görevden uzaklaştıran bakan aleyhine hukuk mahkemesi kararına istinaden aldığı tazminatı aynen bakana iâde etmesi gerekecek ve fakat BK.nun 63 üncü maddesine göre ancak o iâde zamanında elinde ne kalmıyorsa sadece o miktarda iade zorunda olduğu için, şayet o kamu görevlisi, bakandan hükmen tahsil ettiği tazminatın tamamını daha önce hüsnüniyetle sarf etmiş ise, o zaman, elinde iâde edebileceği hiçbir para kalmamış olacağı için, «aldığı tazminatı geri verme» borcundan da kurtulmuş olacak. Bu «iâde» durumunu izah etmek için, o kamu görevlisinin oğlunun tahsil için Londraya gönderilmiş olmasını ve kızının da evlenme masrafları için aldığı tazminatı sarf ederek elden çıkarmasını «hüsnüniyetli» sarfiyat için misal olarak zikretmiştim. Şimdi bu eski misali niçin arz ediyorum, bazı Yargıtay mensubu arkadaşlarım, içtihadı birleştirme gündeminde olan ve yakında da üçüncü müzakeresi yapılacak olan çok önemli ve o derecede de kritik bir oylama kompozisyonu bulunan bir mesele- nin sayın Ahmet Kılıçoğlu'na «tebliğ» konusu yaptırılmasının uygun olmadığı yolunda «kulis» te beyanda bulduklarını şahsen duyduğum için, şimdi burada, bu eski misali sizlere arz ediyorum.

Bu girişten sonra, şimdi, sayın Ahmet Kılıçoğlu'nun tebliği ile ilgili görüşlerimi arz'edeceğim :

Hepinizce de müşahade buyrulduğu üzere, sayın Ahmet Kılıçoğlu konuyu fevkalâde derinlemesine incelemiş ve meseleye bihâkin vakıf olarak da burada tebliğlerini sundular. Şayet ben yanlış anlamamış isem, kendilerinin kişisel görüşleri, Medeni Kanununun 634 ve Borçlar Kanunu'nun 213 üncü maddeleri hükümlerindeki «şekil» şartı, Medeni Kanununun ikinci maddesi hükmündeki «objektif iyi'niyet kuralı» karşısında yeterli ve geçerli olmadığı noktasında toplanmaktadır. Anlıyabildiğim kadariyle tebliğin «özü» bu, belki, ben yanlış anlamış olabilirim. Sayın Kılıçoğlu kişisel görüşlerini teyit için İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına da değindi ve hatta konuşmasının son kısımlarında köylüler arasında senet alıp vermenin mutad bir muâmele olmadığını ve senet istenmesi halinin «itimatsızlık» ve hatta «hakaret» telâkki edildiğini ve bu nedenle de Medeni Kanununun ikinci maddesi hükmü karşısında HUMK.nun senet ve yazılı belge ile ilgili 288 inci maddesi hükmü şartlarının dahi aranmaması gerektiğini, beyan buyurdular. Kanaatımca, HUMK.nun 288 inci maddesi hükmü meriyetini muhafaza ettiği sürece, hiçbir hakim, köylüler senet istenmesini kendilerine bir «hakaret telakkî ediyorlar» diyerek senet alınmadı düşüncesiyle bu madde hükmü gereğini yerine getirmemezlik edemez ve bu türlü bir hareket tarzı mümkün değildir.

Şimdi işin esası hakkındaki görüşümü arz'ediyorum :

Sayın Kılıçoğlu tebliğlerini sunarken benim Yargıtay'da bulunduğum süre içinde çıkmış ve fakat «muhalafet şerhi» yazdığım bir kararı da görüşlerini teyit etmek için açıkladılar. Şayet hafızam beni yanıltmıyorsa, o karar bundan 9 sene kadar önce çıkmış bir karar. Ankara'nın «Karşıyaka» mezarlığına giderken yol üzerinde «Demetevler» diye bir mahalle veya semt var ve burada o tarihlerde pek çok satılık bina yapıyordu ve hatta benim Kırkağaç'ta hâkim olduğum zaman kâtibim olan ve sonradan Ankara'ya gelen bir kâtibim de orada inşaat yapan bir müteahhitten «adi senetle» bir daire satın almış ve müteâhhit daha sonra enflasyonu ileri sürerek «fark» istemişti ve bir miktar daha fark vererek tapu almıştı. Benim söz konusu «muhalafet şerhim» işte oradaki bir inşaat'tan kaynaklanan ihtilâfla ilgili. Aradan geçen uzun zaman içinde, elbette, insanların görüşlerinde de -içinde bulunduğu zamana göre- bazı değişiklikler olabiliyor, bu değişiklikleri normal kabul etmek icap eder.

Kılıçoğlu arkadaşımız Ankara Hukuk Fakültesi'nin en değerli hocalarından birisi, her ne kadar kendisi bir süre fakülte dışında kalmışsa da, bu kalışın hiç önemi yok ve tekrar geri döndü ve bu dışta kalış'ta o günlerin şartlarından ileri geldi ve haklılığı açtığı davayı kazanması ile teşçil edilmiş oldu. Şimdiki başarısından dolayı kendisini candan kutlarım. Tebliğ'lerini çok iyi hazırlamışlar.

Malumunuz, tapulu bir gayrimenkulün «alım ve satımı», Medeni Kanunun 634 ve Borçlar Kanunu'nun 213 üncü maddeleri hükümlerine göre «resmî şekle» tâbi tutulmuş bulunuyor. Hafızalarınızı tazelemek için bu iki madde hükmünü okumak istiyorum :

M.K.nun 634 üncü maddesi hükmünde, «Mülkiyeti nakleden akidler resmî şekilde yapılmadıkca muteber olmazlar», denildiği gibi, B.K.nun 213 üncü maddesi hükmünde de aynen, «Gayrimenkul satımı muteber olmak için resmî senede râptedilmesi şarttır.», denilmektedir. Her iki hüküm, birbirine paralel bir mahiyet taşıyor.

Her ne kadar sayın Kılıçoğlu, «akit serbesti»nden bahsederken B.K.nun 11 inci maddesi hükmüne dayanmışlarsa da, benim kanaatımcıca, «akit serbestisi» ile ilgili hüküm kendisinin değindiği B.K.nun 11 inci maddesi hükmü değil, aynı kanunun 19 uncu maddesi hükmüdür.

B.K.nun 11 inci maddesi hükmü, akdin sıhhati kanunda öngörülen şekle riayet edilmeyen yapılmışsa, o zaman, o akit bu şekle riayet olunmadan yapıldığı için «sahih» olmaz, demektedir.

Kendileri de temas buyurdular, 10/7/1940 gün ve 2/77 sayılı içtihadı birleştirme kararı gereğince -tapulu gayrimenkuller için ortada geçerli bir alım ve satım sözleşmesi yoksa yani bu «alım-satım» harici senetle yapılmışsa, herkes verdiğini geri almak imkânına sahip bulunmaktadır.

M.K.nun 634 ve B.K.nun 213 üncü maddelerinde yer alan «resmî senet» ten maksat, herkesin bildiği üzere, tapu sicil muhafızı veya memuru ve bir de Noterlik Kanununun 60 ve 89 uncu maddelerine göre noterlerdir, bunların dışında hiçbir memur veya makam tapulu bir gayrimenkulün «alım-satımı» için işlem yapamaz.

Bence, sayın Kılıçoğlu'nun iddia ettiği ve tevhidi içtihat isteği ile ilgili dosyadaki yazılarda da benimsendiği gibi, «geçersiz bir sözleşmeden dönülmesi» halinde, ne alıcı ve ne de satıcı, herhangi bir zarara uğramaz. Çünkü, o zaman bu yüzden bir zarara uğradığını

iddia eden alıcı, B.K.nun 98 inci maddesi hükmünün atfı nedeniyle aynı kanunun 41/f.2 hükmüne göre, sözleşmenin geçersizliği sonucu uğradığı «müsbet-menfi» zararını satıcıdan istemek imkânına sahiptir. Esasen, biraz önce değindiğim 10/7/1940 tarihli içtihadı birleştirme kararı da bu görüşü teyit etmektedir.

Kanunkoyucu, gayrimenkul «alım-satım» işlerinde şekil şartına çok önem vermiştir. Tapulu bir gayrimenkulün haricen alım ve satımının geçerliliği için, Tapu Kanununun 26 ıncı maddesinde özel bir hüküm sevketmiş ve bu hükme göre köy sınırları içerisinde kalan bir gayrimenkulü «harici bir senetle» yani M.K.nun 634 ve B.K.nun 213 üncü maddeleri hükümleri dışında satın alan kişiye, bu satın aldığı gayrimenkulü on sene süre ile malik sıfatıyla zilyed olması kayıt ve şartıyla ancak on senenin sonunda satıcıyı ferağa icbar edebileceğini öngörmüş bulunmaktadır. Kanunkoyucu bu hükme sevkederken, köylünün, rençberlik işini bırakarak tapuda veya noterde muâmele yapması için zaman kaybetmesini ve şehre gidip-gelmesini ve mevsim şartlarını nazarı itibare alarak, bu istisnâî mülkiyet devri şeklini benimsemiştir. Kanunkoyucunun, tapuda kayıtlı gayrimenkuller için bu derece titiz davranıp mülkiyetin devrini şartlara bağlarken, bizim şimdi, bu şekil şartlarını bir kenara atarak tapulu bir gayrimenkulün mülkiyetini devre imkân veren «sözlü» veya «harici senetli» bir satışı müteber saymaya kalkışmamız, çok büyük haksızlıkların ve kargaşaların ortaya çıkmasına sebep olur.

Sayın Kılıçoğlu tebliğlerini sunarlarken kanunkoyucunun benimsediği diğer «istisnâî» hallere de temas buyurdu. Ben de, onun temas buyurdularının dışında kalan bazı istisnâî hallere değineceğim. Meselâ, B.K.nun 238 inci maddesi hükmüne tevfikân «bağışlama» taâhhüdünün geçerli olabilmesi için yazılı olması şarttır, ancak, bağışlama hali gerçekleşmiş ise, o zaman, «şekil» noksanlığı eksikliği ortadan kalkar. Diğer taraftan, M.K.nun 611/f. 2 hükmüne göre de «taksim mukavelesi, yazılı olmadıkça müteber olmaz», ancak mirascılar -yazılı taksim mukavelesi yapmadıkları halde- mirası kendi aralarında «fiilî olarak» taksim etmişler ve her mirasçı bu fiilî taksim üzerine kendisine düşen gayrimenkulü işlemeye veya kullanmaya başlamışsa, sonradan, bu taksimi tanımayan mirasçı için, diğer mirascılar, M.K.nun 2 inci maddesindeki «iyi'niyet kuralı» nı ileri sürebilirler.

Memleketimizin yapısı ve hukuk mahkemelerinde cereyan eden davaların büyük kısmının gayrimenkul hukuku ile ilgili olması ba-

kımmıdan, bizim, kanunlarımızın gayrimenkuller için riâyetini zorunluğu gördüğü «şekil şartı»na harfiyen uymamız gerektiği kanaatındayım. Bizim, M.K.nun 2 inci maddesi hükmünü ele alarak, M.K.nun 634 ve B.K.nun 213 üncü maddeleri hükümlerini işlemez hale sokmaya hakkımız yok. Çünkü konuşmamda da arz'ettim. Son senelerde çıkan içtihadı birleştirme kararlarında, -o konuda kanunda açık seçik özel hüküm varken, bir genel hüküm mahiyetinde olan, M.K.nun ikinci maddesi hükmünün uygulanması mümkün değilken- gereksiz yere M.K.nun 2 inci maddesi hükmü ile işin içinden sıyrılmaya kalkmak ve bütün sorumluluğu mahallî hâkimin üzerine bırakmak, asla, tasvip edilebilecek bir davranış biçimi değildir. Çünkü gün, benden sonra söz alan sayın Tahir Çağa bu kürsüden aşağı inerken, benim, özel hüküm varken, genel hüküm uygulanamaz, şeklindeki görüşüme cevaben, (...onun aksi de var!..), dedi ve fakat bu görüşünü açıklamadan kürsüden aşağıya indi ve kuliste de yan yana gelip konuştuğumuz halde, orada da, bu cevabına bir açıklık getirmede. Belki'de bu gün, bir vesileyle anlatır. Amma ben yine aynı fikirdeyim. Ben diyorum ki, bir mesele hakkında kanunda açık hüküm varken asla genel hüküm uygulanamaz, o meseleye o özel hüküm uygulanır. Bu fikrimi muhafaza ediyorum. İstisna akitleri için B.K.nun 358, 360, ve 365/f. 2 hükümleri varken, bu hükümleri bir kenara iterek uyuşmazlığı M.K.nun 2 inci maddesi hükmü ile halletmek mümkün değildir.

Belki sizler, bir «fantazi» telâkki edersiniz, ben, ortada bir mesele halli için açık seçik özel hüküm mevcut iken, o meseleyi M.K.nun 2 inci maddesi hükmü ile halletmeye kalkmayı, anahtar dururken, kapıyı «maymuncuk» la açma olarak, kabul ediyorum. Anahtar elimizde dururken ve o anahtarla o kapıyı kolaylıkla hemen açmamız mümkün iken kapıyı maymuncukla açmaya zorlamıyalım, aksi halde kapının kilidini bozarız, diyorum. Kapıyı anahtarla açabilecek durumda isek, ortada mesele yok, demektir. Şayet kapıyı elimizdeki anahtarla açamıyorsak yani o anahtar o kapının anahtarı değilse, işte o zaman, ancak, maymuncuk'la o kapıyı açmaya çalışalım. Binaenaleyh, her meselede M.K.nun ikinci maddesindeki «iyi'niyet» kuralına sarılmayı ve onu uygulayıp işin içinden çıkmayı, uygun bulmuyorum.

Tevhidi içtihatla ilgili dosyayı, -bir arkadaşımın alarak- iyice inceledim. O dosya içerisinde yer alan bir kısım daire başkanları ile birinci başkan vekilinin mütalaâlarında, hem M.K. nun 2 inci maddesi hükmüne ve hem de aynı kanunun 650 inci maddesi hükmüne dayanmışlar. M.K. nun 650 inci maddesi hükmünün bu olay-

da uygulanması mümkün değildir. Söz konusu madde hükmünde ne deniyor :

«Binanın kıymeti açıkca arsanın kıymetinden ziyade ise hüsnüniyetle hareket eden levazım sahibi muhik bir tazminat mukabilinde mecmu'unun mülkiyetinin kendisine verilmesini istiyebilir.» Bu madde hükmünün gayrimenkul mülkiyetinin «alım-satım» yoluyla devri ile ilgili «şekil şartı» bakımından her hangi bir ilgisi olduğu kanısında değilim. M.K.nun 650 inci maddesi hükmünde esas olan, «hüsnüniyetle hareket etme» ana unsuru yer almış bulunmakta. Tasavvur edelim ki, sizin, deniz kenarında ve hele hele son senelerde siyasilerin, san'atkârların ve hatta askerlerin çok itibar ettikleri Bodrum'da bir arsanız var, birisi geldi sizin haberiniz olmadan o arsa üzerine dublex bir «köşk» inşa etti. İnşa edilen köşk'ün, arsaya nazaran, daha değerli olduğunda hiç şüphe yok!.. Fakat sizin arsanız üzerine böyle bir köşk'ü inşa eden o açık göz kişide «hüsnüniyet» olduğunu kabul etmek hiç mümkün mü?.. Elbette mümkün değil, hâdiseleri, her olayın kendi bazı içerisinde değerlendirmemiz icap eder.

Şimdi yine, sayın Birinci Başkan Ahmet Coşar, şu anda, aramızda yok. Yargıtay mensubu sayın arkadaşlarımdan rica ediyorum, dün de söyledim, ben bu müessesede 30 yılını geçirmiş bir kişiyim ,müzakere gündemindeki içtihadı birleştirme kararı şu veya bu şekilde çıkar, o başka mesele ve bence bu çıkış şekil ve sonucunun hiç önemi yok, önemli olan husus, çıkacak içtihadı birleştirme kararı müzakerelerinin 13/7/1975 tarihli Resmî Gazete ile yayınlanmış olan «Yargıtay Başkanlar Kurulu İlke Kararı» doğrultusunda «Teyp'le» bantlara geçirilerek ve daha sonra bantların çözülmesi suretiyle konuşmaların alınacak kararlar birlikte aynen yayınlaması, şeklidir. Aksi halde, -daha önceki içtihadı birleştirme kararlarında olduğu gibi- yine M.K.nun 2 inci maddesi hükmüne dayanılacak ve fakat bu dayanmanın nedenleri «açık-seçik» bir şekilde karar yerinde belirtilmeyecek ve böylece çıkacak karar daha peşinen bütün şüphe ve tereddütleri kendi bünyesinde taşıyacak ve mânevî sorumluluğu da mahallî mahkeme hâkimlerine bırakarak işin içinden sıyrılacak, bu düşünce biçimi son derece mahzurlu. Yargıtay Başkanlar Kurulu «ilke kararı» nın aynen uygulanmasını isteme hakkı, o kurula katılan, başkan ve üyelerin hepsinin hakkı ve hele Çetin Aşçıoğlu arkadaşımız bu işlerde son derece titiz bir arkadaşımız. Ben Yargıtay'dan -emeklilik suretiyle- ayrıldıktan sonra neden dolayı benim bu yoldaki eski mücadelelerimi sürdürmedi ve bu yolda herhangi bir girişimde bulunmadı, merak

ediyorum?... Dünkü tebliğlerinde gördük, pek çok aksaklıkları ve yanlış tutumları, açık yüreklilikle, dile getirmiş olmasına rağmen, tebliğlerinde benim şimdi burada değindiğim hususa ilişkin bir şey yoktu. Ben, bütün Yargıtay başkan ve üyelerinden çok rica ediyorum; söz konusu başkanlar kurulu «ilke kararı» ya yeni bir kararla ortadan kaldırılsın veya o karara saygı gösterilerek uygulanması yoluna gidilsin. Hiç şüphesiz ki, o «ilke kararı» ortadan kaldırılsa, o zaman, Yargıtay Kanunu'nun 45 inci maddesi hükmü ile bu kanunun uygulanması ile ilgili «Yargıtay İç Yönetmeliği» nin 16 ncı maddeleri hükümleri «ilga» edilmiş olur, şayet, Yargıtay bu yola giderek 1975 tarihli «ilke kararı» ndan -o karardan yeni bir kararla- dönemiyorsa, o zaman, eskiden alınmış olan o çok isabetli karara karşı saygılı olup onu uygulamadan geri kalmıyalım.

Şu anda, içerisinde bulunduğumuz «Yargıtay Konferans Salonu» nun yan duvarlarında resimleri asılı ve hemen hemen hepsi de öbür Dünya'ya göç'etmiş bulunan seleflerimiz, -o eski senelerin bütün teknik imkânsızlıklarına rağmen TBMM.sinde görev yapan «steno» memurlarını getirmek suretiyle, içtihadı birleştirme müzakerelerini aynen zabitlara geçirerek 1926 yılından 1956 yılı sonuna kadar yayınlamış bulunmaktadırlar. Hepsinin o aziz rûhları şâd'olsun. Şayet, bu günün Yargıtay başkan ve yöneticileri, seleflerimizin o eski tutumlarını ve vazife anlayışlarını kendilerine «örnek» alırlarsa, elbette o zaman, çıkacak içtihadı birleştirme kararlarının müzakere zabitlerini okumak suretiyle, çıkan kararın, hangi hukukî görüş doğrultusunda çıktığını ve diğer bir deyişle çıkan kararın «gerekçesi» nin ne olduğunu anlamak mümkün olur. Benim, en içten temenni ve maruzatım bu!.. Belki bir kısmınızın hatırlayacağı üzere, istisna akitleri ile ilgili olarak 25/1/1984 tarihinde çıkan 3/I sayılı içtihadı birleştirme kararı altına, -sırf kararın Yargıtay Başkanlar Kurulu İlke Kararı doğrultusunda yazılmamış olması nedeniyle- ağır bir «muhâlefet şerhi» yazmış ve o içtihatle ilgili müzakerelerin yapıldığı oturumlarda da oturumu yöneten Birinci Başkan Derviş Turhan ile bu nedenle tartışmamız olmuş idi. Söz konusu «muhâlefet şerhi», hem, -ıçtihadı birleştirme kararı ile birlikte ve fakat altında- Resmî Gazete'de ve hem de o içtihadın yayınlandığı «Yargıtay Kararları Dergisi»nde çıktı.

Sayın Ahmet Kılıçoğlu «arsa karşılığı inşaat» yapma sözleşmelerinden bahsetti ve inşaatın devamı sırasında dairelerin Ali'ye Veli'ye satıldıklarını ve bu şekildeki «harici» satışların geçerli sayılması gerektiğini ileri sürdüler. Tıpkı içtihadı birleştirme kararı raportörünün «sevk yazısında» olduğu gibi gayrimenkul «alım-sa-

tım» sözleşmelerini ikiye ayırdılar ve şayet harici satış Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre yapılan bir gayrimenkule ait ise, bu nevi bir satış için M.K.nun 634 ve B.K.nun 213 üncü maddesindeki şekil şartının aranmasına gerek olmadığı görüşünü ileri sürdüler, şayet ben yanlış anlamamış isem. Benim kanaatimca, tapulu bir gayrimenkulün «alım-satım» sözleşmesini iki kısma ayırmak doğru değil ve ayrıca bir inşaatın başlangıcında o inşa edilen binanın kat mülkiyetine tâbi olarak yapılıp yapılmadığını önceden bilmek de mümkün değil, çünkü, İmar mevzuatında bunu önceden bildirme diye bir zorunlu hal yok. Bu şekilde bir «ayırım şekli» ileride pek çok karışıklıklara ve haksızlıklara neden olur.

Yakınlarda bir uyuşmazlığa muttâli oldum. Avukatın birisi, bir inşaat müteâhhidinden «harici» adi senetle bir apartman dairesi satın almış. Neden bu avukat -hukukî sonucunu bildiği veya bilmesi gerektiği halde- apartman dairesini «harici adi senetle» satın alıyor?.. Sebebini ben size söyleyeyim, şunun için alıyor :

B.K.nun 213 üncü maddesi hükmü ile Noterlik Kanunu'nun 60 ve 89 uncu maddelerine göre «resmî senet» yapmış olsa, o zaman, noter harç ve masrafı olarak, belki, yüzbin veya biraz daha fazla -satılan dairenin satış bedeline nazaran- harç ve masraf ödeyecek, böyle bir masrafa girmemek ve satışı masrafsız olarak kapatabilmek için bu laübâli yola tevessül ederek bir nevi «vergi ve harç» kaçırma yolunu tercih ediyor, kimin aleyhine, Devletin yani Hazine'nin aleyhine!.. Biz de şimdi böyle bir adamın lehine olarak içtihadı birleştirme kararı çıkarmak istiyoruz, bence çok hatalı yoldayız. Şayet, bu içtihadı birleştirme kararı ile, M.K.nun 634 ve B.K.nun 213 üncü maddeleri hükümlerini -kat mülkiyetine tâbi olarak yapılan inşaatlardan bağımsız bölüm yani daire satın alan kişiler lehine. işlemez hale sokacak olursak, çok büyük haksızlıkların çıkmasına neden oluruz. Şimdi hatırıma geldi, meselâ, Almanya'da işçi olarak çalışan bir kişi, orada kazandığı paralarla memleketinde bir ev satın almış ve bu evi de birisine kiraya vermiş olsun. Mal sahibi bir gün kiracısına bir mektup yazarak, aylık kiralara mahsuben, yıllık «Emlâk Vergisi» ile Kat Mülkiyeti Kanununa göre mal sahibinin ödemesi gereken «ortak yerlerin» onarım masrafının kendisi adına ödenmesini istemiş ve kiracının da, bu durumu fırsat bilerek makbuzları mal sahibi adına değil, de kendi adına düzenlettirmiş olsun. Bu ödeme şeklinin yıllarca devam ettiğini ve günün birinde Almanya'daki mal sahibinin «kesin dönüş» nedeniyle yurda dönüp kiracıyı evden çıkarmak istediğini düşünelim. Şayet, tartışma konusu içtihadı birleştirme kararı bundan sonraki üçün-

cü toplantıda bizim görüşümüz hilâfına, -kat mülkiyetine tâbi gayrimenkullerden bağımsız bölümü yani apartman dairesi alım ve satımı M.K.nun 634 ve B.K.nun 213 üncü maddelerindeki «şekil şartı» aranmaksızın harici senetle veya sözlü olarak satışlar geçerlidir- şeklinde çıktığı takdirde, biraz önce söz konusu ettiğim kiracının elindeki «Emlâk Vergisi» makbuzu ile «ortak masraflar avans» makbuzlarına dayanarak, o daireyi, haricen satın aldığını iddia etmesi mümkün ve muhtemel olduğu gibi, mahkemenin de, kiracı lehine «satış akdi vardır» şeklinde, hüküm tesis etmesi, büyük ihtimal dahilindedir. İşte, tapulu bir gayrimenkulün alım ve satımı ile ilgili şekil şartını ortadan kaldırırsanız, bu gibi haksızlıklara da daha peşinen zemin yaratmış olursunuz. Geliniz, yerleşmiş sistemi bozmayalım, aksi takdirde son derece tehlikeli sonuçların doğmasına neden oluruz.

Tekrar arz'ediyorum. Her kesin Ay'a gidip geldiği ve yıldızlar savaşının devam ettiği bir devirde, içtihadı birleştirme müzakerelelerini, elektro-manyetik âletlerle yani «Teyp'le» bantlara geçirip aynen yayınlayalım. Resimleri şu duvarlarda asılı eski Yargıtay yöneticilerini zamanı idarelerinin imkânsızlıkları içerisinde, T.B. Millet Meclisi «steno» memurlarından yararlanarak içtihadı birleştirme müzakere zabıtlarını aynen yayınladıkları için- saygı ile anar ve rûhlarının bir defa daha şâd'olmasını temenni ederim. Maruzatım bu kadar.

İsmet OCAKÇIOĞLU (Başkan) : — Usul ve yasalara tamamen uygun şekilde cereyan etmektedir. Teyp bantlarıyla bütün müzakereler arkadaşlarımızın gözleri önünde tespit edilmektedir. Biz, gerektiği zaman, karar yazılınca teyp bantlarını icabında dinlemek suretiyle tereddüt hâsıl olan konularda sonuca varmaktayız. Gerçek böyledir efendim. Sayın hocam.

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY : — Önce arkadaşımıza, bu değerli çalışmalarından dolayı teşekkürlerimizi sunarız. Yalnız kendileri, Sayın Doç. Dr.'in Almanya'da yayınladığı doktora tezinin başlığının etkisinde kalmışlar. O, «Über Windung», aşılma sözünü kullanmıştır. Burada aşılma maşılma yok. Yani, bir şekil kuralı varsa biz onu aşmak için çabalıyacağız. Değil. Şekil kuralının sınırı nerde başlar, nerede biter, sınırlandırılması, Uygulama alanının saptanması, zorunludur. Yoksa bir şekil kuralı var da, biz onu hababam engelli koşuda atlar gibi aşıyoruz, zorluyoruz diye bir durum yok. Bunun dürüstlük kuralıyla sınırlandırılması,

daha doğrusu gerçek kapsamının sınırının belirtilmesi. Birinci mü-lâhazam bu efendim.

İkincisi; Şair ne demiş? «Şeb-i yeldayı müneccimle muvakkit ne bilir / Müptelâyı aşka sor kim geceler kaç saattir». Bugünkü dile tercümesi: Eskiden müneccimler var, muvakkitler var, maaşlı, görevli. Vakitleri hesaplıyorlar. Bilhassa namaz saatleri, Ramazan'ın başlangıcı, hitamı için çok önemli. Bunlar diyor, gecelerin kaç saat olduğunu ne bilir. Aşk hastasına sor ki geceler kaç saattir. Bitip tükenmiyor. Bizimki de o hesap. Bunu bana sorun ki gecelerin kaç saat olduğunu ben söyleyeyim. Değerli arkadaşımız benim iki incelememi gözden kaçırmış. Onları okusalardı belki daha kolay olurdu meselenin çözümü. Vardıkları sonuç çok doğru, aynen katılıyorum. Birinci incelemem, 1984 yılında «Medeni Hukuk Sorunları» adlı eserimin 5. cildinde yayınlanmıştır. Orada, Hukuk Genel Kurulunun bir kararı, 1979 tarihli bir kararı, Türk hukuk tarihine altın harfler ile yazılması gereken bir karar diye nitelenmiştir.

İkinci incelemem, Cumhuriyet Gazetesi'nde iki yıl kadar önce çıkmıştır. Onun da adı «Halkın Güveni ve Bir Adaletsizlik» başlığını taşımaktadır. Şimdi, öyle eski kararlara ve doktrine atıf yapılar ki, bugün, Allah rahmet etsin Feyzioğlu'nu mezarından çıkar-sak, o da bu görüşe karşı çıkar. Yani, aşılmış görüş. Türkan Şoray, 20 sene önce, televizyonda, çevirdiği filimler oynarken, aman bunları oynatmayın ben bile benimsemiyorum falan diyor. Öyle görüşler, o kararlardaki. 79 kararıyla bu çok aşıldı. Şimdi gelelim meselenin özüne. Yap-satçı müteahhitler, taşınmazın bir bölümünün mülkiyetini kendi üstüne geçirmiyor. Çünkü o, tapu harçları falan verecek. Doğrudan doğruya adi, tabii tapu da, hisse tapusu da olmadığı için notere gidip noter senediyle de satamıyor. Adi senetle satıyor. Hep böyle cereyan ediyor bu iş. Hatta, bir ticaret reisi arkadaşım var, İstanbul'da o da aynı şekilde almış. Aman hoca dedi, bu karşı karar olaydı biz yanmıştık dedi. Derdli sade vatandaş değil. Onlar da alıyorlar. Ondan sonra, yüzbin liraya sattıysa, bir sene sonra on misli, yirmi misli arttığını görünce müteahhit hemen mızıkçılık yoluna sapıyor. Al yüzbin lirayı diyor, ver benim katı geri diyor. Geçersizdir, bu adi senetle yapılmıştır. Artık o parayla, o vatandaş ev değil, kümes bile alamaz. Şimdi bunu önlemek lâzım. Buna hangimizin vicdanı, hukuk duygusu, böyle bir şeye, üç kâğıtçılığa cevaz verebilir. Bu nasıl önlenebilir? Bunu, hukuk tarihi boyunca ecdadımız önlemiştir. Örneğin, Mecelle'nin küllî kaidelerinden 100. madde var. Şöyle diyor: «Her kim ki kendi tarafından itmam olunan şeyi nakzetzemeye yani her kim ki kendinin

yaptığı şeyi bozmaya say eyleser, çaba gösterirse, sayi merduttur, reddedilir.» Bunun bugünkü doktrinindeki karşılığı «Venire contro pactum protium»dur. Yani, çelişkili davranış yasağı diye çevrebiliriz. Bir kimsenin kendi yaptığı işin tersini yapmaya çalışması. Arkadaş, sen bu malı sattın mı? Müteahhitsin, bu işlerde tecrübelisin. Karşılık olarak istediğin parayı da aldın mı? Bu adam dışından tırnağından arttırarak yarısını peşin, yarısını taksitle ödedi mi? Ödedi. Ondan sonra da altı ay, bir sene taksitler ödeninceye kadar paraları alırken iyiydi. Hiç ses çıkarmadı. Paraları aldıktan sonra baktı ki emlak fiyatları on kat, yirmi kat, yüz kat arttı. Ondan sonra al parayı ver yüz kat değer kazanmış olan malı. Buna bir hukuk düzeni, dünyanın hiç bir hukuk sistemi cevaz vermez. Ve vermemiştir. Ben bilmiyorum veren bir hukuk olduğunu. Bilen varsa söylesin. Şimdi, bu altın harflerle yazılması gereken karardan sonraki, aynı bu «Venire contro pactum protium» kuralını dile getiriyor. Bu konuda kısa bir şey yaptık. Bu kural, Medeni Yasamızın 2. maddesinin 2. fıkrasındaki hakkın kötüye kullanılması ilkesinin özel bir uygulama alanı. Arkadaşımızın değerli tebliğinde katılmadığım bir noktada burası. Şimdi hakkın kötüye kullanılması, ben derim ki hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Siz dersiniz ki değil. İşte buna karşı bu şey var daima. Bu ihtimal var. Buna karşı hukuk doktrinini ve mahkeme içtihatları, bu kuralı yani hakkın kötüye kullanılmasının başlıca somut durumlarını saptamak için uzun yıllardan beri çaba gösteriyor ve birtakım gurupları tespit etmiş durumda, somut durumları. Bahsettiler, bunlardan biri de çelişkili davranış durumudur. Çelişkili davranış varsa artık orda hakkın kötüye kullanılması vardır. Bu da, olayımız da çelişkili davranışın ta kendisidir. Bundan hiç kuşku yok. Bu şeyden sonra efendim, o yanlış karar çıkıyor, bildiğiniz 80'den sonraki genel kurul kararı. Tam tersine, onun üzerinde duracağım. Bu kararda, tam tersi bir çözüm kabul ediliyor. Bu karara göre, biraz misali abartalım şöyle: Müteahhit satmış, aradan üç, beş, on, hatta müteahhit ölmüş; oğlu, oğlu da ölmüş, torunu yetmişbeş sene sonra bile o satılan katı geri alabilir. Buna hiç engel yoktur. Çünkü, 639. maddemize göre Medeni Yasamızın, tapu kütüğüne kayıtlı olan taşınmazlarda zamanaşımı yürümez. Binaenaleyh, biz yetmiş senedir burda, nasıl alıyorsun diyemeyecekler. Hayır efendim, satış geçersiz, tapuda benim üstümde, sen burayı da zamanaşımıyla da kazanamazsın, adına yolsuz tescil yok. 638'de olmaz, 639'da olmaz. Bu olacak iş mi? İşte arkadaşlar, burada modern hukukta zamanaşımı kurumunun ister kazandırıcı olsun, ister alacak zamanaşımı ol-

sun yetersizliği karşısında getirilmiş bir kurumla karşılaşıyoruz ki, bu kuruma da Almanca'da, Alman ve İsviçre hukuk doktrininde «Verwirkungfrist» yani hak düşümü kurumu diyoruz. Bu, şu demektir. Bir kimse hakkının ihlaline uzun süre ses çıkarmayarak yani hakkını dava etmeyerek; o adam da, artık bu adam bana karşı dava açmaz diye haklı bir güven yarattıktan sonra, hakkını kullanmaya kalkarsa, onun hakkı, hak düşümüne uğramış sayılır. İşte bu da, çelişkili davranış durumunun daha özel bir durumudur. Burada da, olayımızda da, tevhide içtihat konusu olan olayda da durum budur. Bir sene, iki, üç sene hiç ses çıkarmıyor. Adamcağız da dışından tırnağından artırmış, yerleşmiş, parasını ödemiş. Üç, beş sene sonra böyle bir davayla karşılaşıyor. Hadisenin bünyesi, yetmiş sene sonra bile böyle bir tehlikeyle karşılaşmaya müsait. Onun için kaynağımız olan İsviçre ve Alman hukuklarında henüz alacak zamanlaşımı, kazandırıcı zamanlaşımı gerçekleşmemiş olsa bile, yani; on yıllık, beş yıllık, yirmi yıllık süreler geçmemiş olsa bile böyle bir durumda hakkın, hak düşümüne uğradığı kabul edilmektedir. İşte o altın harflerle yazılması gerek dediğim hukuk genel kurul kararı, doğru karar, 79 kararı bu düşünceyi çok güzel dile getirmiştir. Arkadaşımız demin okudular ondan pasaj. Bir kimse diyor, işte karşı tarafta böyle haklı bir güvence uyandırdıktan sonra bilmem ne yapmaya kalkarsa diye, aynen demin konuşmamda söylediğim gibi, yani kendiliğinden bulmuş. Belki arkadaşlarımız bir Almanca kitap falan okumamış, kendiliğinden bu hukukî düşünceyi üretmişler, yaratmışlar. Onun için dedim, altın harflerle yazılmalıdır. Ondan sonra efendim, bildiğiniz yanlış karar verildi. Bu karara karşı değerli arkadaşlarımız Çetin Aşçıoğlu, Gönen Eriş ve müzakerede bulunamadığı için sanıyorum, gene çok değerli arkadaşım İsmet Arslan karşı oy yazıları yazdılar. Dürüstlük kuralının ve onun tamamlayıcısı olan bu söylediğim ilkelerin Medeni Yasanın zorunlu bir tamamlayıcısı olduğu, yalnız genel kurullarda değil özel kuralların da uygulanmasında zorunlu bir tamamlayıcısı olduğunu çok güzel dile getirdiler. Cumhuriyet Gazetesi'ndeki yazımda belirttim, değerlendirdim, pasajlar aldım. Ek olarak, bu karşı görüş için, yani ikinci genel kurulu kararı için de şu eleştirileri yaptım. Neden dolayı bu yanlışlığa düşmüş arkadaşlarımız Hukuk Genel Kurulu'ndaki ikinci kararda. Şundan dolayı bu yanlışlığa düşmüşler: Diyorlar ki, resmi şekle bağlanmamışsa o işlem, o sözleşme, neyse yoktur. Burda şeklin yokluğuyla birbirine uygun iradelerin yokluğunu açıkça birbirine karıştırmışlar. Evet, resmi şekil yok ama, birbirine uygun iradeler var. Hani biri bayram haftası deyip, öbü-

rü mangal tahtası anlar da, irade uyumsuzluğu o zaman işlem yok olur. Burda öyle yok. Sattın mı, sattım. Binaenaleyh hukuksal işlem vardır diyor. Fakat biçim eksikliğinden geçersizdir. Yanılgıları bu. Bu şeyde resmi biçime uymama durumunda, işlem nasıl bir geçersizliğe uğrayacak. Bu konuda da hukuk tarihi boyunca üç dereceli bir geçersizlik tespit edilmiştir. Bunlardan birincisi, genel kurul kararının yanlışlıkla benimsediği yokluk görüşü. Bu, 19. yüzyılda Fransız hukukçuları tarafından ortaya atılmış. Fakat bunu ileri sürenler de kendi görüşlerinden dönmüşler. Hani Nasrettin Hoca'nın kar elmasını ben icat ettim ama, ben de beğenmedim tadını demesi gibi. Aman demişler tövbe. Yanılgılarını anlamışlar. Binaenaleyh, daha 19. yüzyılda reddedilmiş bir görüştür, yokluk görüşü. Biçime uygun olan, olmayan işlemin yok olduğu görüşü. Hattâ, ünlü bir Fransız hukukçusu bununla şöyle alay etmiş: Bu görüş demiş, yıldırımları def edecekken, bilâkis başımıza toplayan paratonere benzeyen bir görüştür. Bir sürü yanlışla yol açan bir görüştür diye. Alaylı bir eleştiri de yapmıştır. İşte bu görüşü, bu çağ dışı görüşü benimsedikleri için Yargıtay Genel Kurul kararında bu yanılgılara düşmüşler. İfalar, mifalar düzelmez, çünkü ortada işlem yok demişler. Bir işlem olacak ki, geçersiz de olsa düzelsin. Burda işlem yok demişler. Yani, şeklin yokluğuyla iradelerin yokluğunu birbirine karıştırmışlar. İkinci, daha hafif bir geçersizlik sonucu doğuran görüş. Alman Medeni Yasasının kabul ettiği görüştür. 313. madde mutlak görüşü, yani yargıç görevinden ötürü re'sen nazara alır. Üçüncü kişiler de ileri sürebilir falan. Bu görüşü İsviçre Medeni Yasası, Borçlar Yasasının ilkte.....aktarmışlar İsviçre hukukuna. Halbuki kazın ayağı öyle değil. BGB, şekle uymayan akit bâtıldır diyor. Bizim kanunu açın, okuyun. 11. maddeyi, 634. maddeyi okuyun. Sadece muteber değildir der. Bundan şu sonuç çıkıyor: Bu görüş, Avusturya Medeni Yasasının tabii hukuk doktrininden esinlenen Avusturya Medeni Hukuk Yasasının kabul ettiği görüştür. Bu çok hafif bir geçersizlik görüşüdür ve amaç için de yeterlidir. O da şu: Eğer resmi şekle uyulmamışsa, bundan hangi taraf zarar görüyorsa, bu eksiklikten, onu ancak o dile getirmelidir. Hâkime o sunmalıdır. Onun için buna def'i görüşü diyorum ben, yada bozucu yenilik doğuran hak görüşü diyorum. Çünkü, o tarafın irade açıklamasına bırakılmış işlemin bozulmasını ya da geçersizliğini ileri sürülmesini. Bu, bizim Borçlar Yasamızın kabul ettiği görüş budur ve gerek İsviçre doktrininde, gerek Türk doktrinini, aşağı yukarı yeni doktrinler de tam bir görüş birliğiyle bu görüşü kabul etmemektedirler. İşte bu görüşü kabul edersek o zaman ne olacak?

Satıcı borcunu, teslim borcunu yerine getirmişse bundan da bir zarar görmemişse bu artık düzelmiştir. Nitekim, Alman Medeni Yasasında ifayla düzelir diyor resmi biçim eksikliği. Avusturya Medeni Yasası daha güzel bir terim kullanıyor. Bize kaynak olan ve geçersizdir sözünü diyor ki, resmî bir senet bulunmadan yapılan sözleşmede tabii borç doğar diyor. «Oligasyo Naturalis» yani dava edilemez ama, kendi gönül rızasıyla ifade edilirse bu ifa, ifa olarak geçerlidir. Bağışlama değildir. Demek ki, geçersizdir kuralı Avusturya'dan alındığına göre, buna uymamanın sonucunda da tabii borç görüşünü benimsemek uygun olur. Şimdi efendim, burda söyleyeceklerim bu. Onun için, hangisine dava açmayacağım diye yani evi teslim ediyor, katı teslim ediyor, içine oturtuyor. Uzun yıllarda parasını da alıyor tabii. İşte o adamı, ordan artık çıkartmayacağız. Uzun yılı, söyleyim size modern hukukta zamanaşımı ve hak düşümmü süreleri çok kısa olarak kabul ediliyor. Yani, Almanya'yı alırsak fikri haklarda iki ayrı 6 aydır. İki ayrı 6 aylık bir güven yeterlidir. Biz de, taksitlerin ödenmesi süresini kabul edebiliriz.

İhsan ÖZMEN (16. Hukuk Dairesi Başkanı) : — Değerli hocalarımız konu hakkında açıklamalarda bulundular. Ben isterdim ki, MK. nun 2. maddesindeki objektif iyi niyet kuralını tapulu taşınmazların tapu dışı satımlarında da uyguladığımız zaman ne gibi sonuçlar meydana getireceği tartışma konusu yapılmadı. Değerli hocalarımız İsviçre hukukuna atıfta bulunarak açıklamalar yaptılar. Zannedersem İsviçre'de taşınmazlara ilişkin şekil kuralı 1912 yılında, bizde ise 1263 yılında, yani 140 yıl önce padişahın çıkardığı bir ferman ile tapu dışı yapılan sözleşmelerin hükümsüz olduğu kabul edildi. Demek ki İsviçre'den önce, bizde tapulu taşınmaz satımlarında şekil şartı kuralına yer verilmiştir. O halde, konunun çözümünü İsviçre uygulamasında değil, Türkiye'nin gerçeklerinde ve Osmanlı İmparatorluğu'ndan süre gelen toprak hukukumuzun içinde aramamız gerekir. 1263 tarihli iradeden sonra yine tapu dışı satışlar yapıldığı için bir kaç sefer af mahiyetinde iradeler çıkarılarak daha önce yapılan tapu dışı satışlara geçerlilik tanındı. Fakat yine bu işin sonu alınmadığı için tapulu taşınmazların tapu dışı satımlarına devam olundu ve hepimizin bildiği «senetsiz tasarruf» dönemi başladı. MK. nun 1926 yılında yürürlüğe girdiği zaman MK. nun 2. maddesinde öngörülen objektif iyi niyet kuralını taşınmazlara da uygulanmaması için 1515 sayılı Kanunu yürürlüğe konuldu. Sayın hocalarımız bu Kanuna ve bu Kanunun çıkarılış amacına hiç değinmediler. Nedir 1515 sayılı Kanun? MK. yürürlüğe girmeden önce tapulu taşınmazların harici satımlarına, satım tarihin-

den itibaren emlakta 15, arazide 10 yıl süre ile zilyet bulunulması halinde geçerlilik tanındı. Görülüyor ki; sözü edilen Kanunda tapu dışı satışlarda MK. nun 2. maddesinin uygulanmasına yer verilmiş, bu satışın geçerli hale dönüşmesi için belirli bir süre öngörülmüştür. Bundan sonra 1934 yılında 2613 sayılı Kanun yürürlüğe girdi, burada da yine 1515 sayılı Kanun ilkeleri gözönünde bulunduruldu. Türkiye'mizde objektif iyi niyet kuralının taşınmazlara da uygulanması 1950 yılında yürürlüğe giren ve bir nev'i tasfiye Kanunu olan 5602 sayılı Kanunda düzenlendi. Bu Kanununun 13. maddesinin (c) fıkrasında tapulu taşınmazların tapu dışı satışlarında hakkaniyete göre hüküm verileceği öngörülmüştü. Bu madde MK. nun ilkelerine ters düştüğü ileri sürülerek çok eleştiriye uğradı ve uygulamada da olumlu sonuç alınmadığı için 766 sayılı Tapulama Kanunu ile yürürlükten kaldırıldı. 766 sayılı Tapulama Kanununun 32 nci maddesinde tapulu taşınmazların harici satışların geçerliliği özel bir hükme yer verildi. Görülüyorki daha önce 5602 sayılı Tapulama Kanunun'da, tapulu taşınmazlar içinde uygulamaya konulan MK. nun 2. maddesindeki objektif iyi niyet kuralı sakıncalı görüldüğü için bu uygulamaya 766 sayılı Tapulama Kanununun 32. maddesiyle son verildi. Borçlar Kanununu ilgilendiren konular çok değişik olduğu için her olayda objektif iyi niyet var mıdır, yok mudur? Tartışması yapılabilir. Ancak; tapulu taşınmazlarda olayda birlik vardır. Yani her tapulu taşınmazın satımında satım bedeli alınmış, tapulu taşınmaz da alıcıya devredilmiştir. Başka bir söyleyişle olayda birlik vardır. Taşınmazların tapu dışı satışlarında MK. nun 2. maddesinde öngörülen objektif iyi niyet kuralını uyguladığımız zaman MK. nun 634., Borçlar Kanununun 213., ve Tapu Kanununun 26. maddelerini ortadan kaldırmış oluruz. Yukarda sözü edilen maddelere aykırı olmakla beraber, 766 sayılı Tapulama Kanununun 32., ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 13. maddelerinde «tapu dışı satışlarda alıcı en az 10 yıl süreyle taşınmaza çekilmesiz, aralıksız ve malik sıfatıyla zilyet olduğunu kanıtlarsa zilyet adına teşçili» öngörülmüştür. Bu hüküm Belediye hudutları içinde de uygulanacak; bir taraftan 10 yıllık süreyi arayacağız, diğer yandan da objektif iyi niyet kuralını süre aramadan uygulayacağız, burada bir çelişki, bir eşitsizlik meydana gelmez mi? Konumuzla ilgili İçtihadı Birleştirme isteminden anlaşıldığı gibi MK. nun 2. maddesindeki objektif iyi niyet kuralı üzerinde inşaat bulunmayan, yani tarla ve arsa vasfındaki yerlere uygulanmayacak. Tapulu taşınmazlar arasında böylesi bir ayırım yapmak eşitlik kuralına aykırıdır. Konuşmamız beş dakika ile sınırlı olduğu için ancak bu ka-

dar açıklamada bulunabildim. Beni dinleme lûtfunda bulunduğunuz için teşekkürlerimi bildirir saygılar sunarım.

Bilal KARTAL : — Ben, Bilal Kartal, Yargıtay Üyesi. Ahmet Kılıçoğlu dostum, arkadaşımıdır. Bu değerli tebliğinden dolayı çok teşekkür ederim.

Şimdi, hemen acele olarak söyleyeceğim. Niçin şu 2. madde gündeme geldi? Nedeni, Türkiye'nin koşulları, ekonomik durum bizi buraya getirmiştir. Başka bir nedeni yoktur. Köyden kente olan akım nedeniyle belli bölgelerde toplanma, mesken yapımı bunu zorlamıştır. Bunun başka bir nedeni yoktur. Efendim, 1515 sayılı Kanun, 3402 sayılı Kanun ve 766 sayılı Kanunda bunlar düzenlenmemiştir, yahut tersi düzenleme getirilmiştir. Burada bunlar yoktur. Bunlar tasfiye kanunlarıdır. Ömürleri geçicidir, o amaçlara hizmet edilir. O amaçları bittiği zaman, bu kanunların da ömürleri biter. Genel birer kanun değildir. Şimdi, 2. madde, acaba MK. da yer almamış olsaydı, bu 2. maddeyi biz, yine önümüze olaylar geldiği zaman böyle bir ilkeyi uygulamayacak mıydık? Mutlaka uygulayacaktık bu ilkeyi. Çünkü hukuk neyi düzenlemektedir? Bir hak dengesini getirmektedir. Bir haksızlığa uğrayan kişinin korunmasını nasıl sağlayacaktık biz? Siz oturmuşsunuz, bir kişi ile sözleşme yapmışsınız, karşılıklı edimler ifa edilmiştir, karşı tarafa, hatta birbirine güven verilmiştir. Aradan zaman geçmiştir. Türkiye'nin ekonomik durumu artık 100 katı, belki 200 katı olan taşınmazdaki değer artışı ile ben onu size vermiyorum diyeceğiz. Peki diyeceğiz, biz bunu kabul ediyoruz, buyrun siz gidin. Siz bununla artık bir yemek yiyin ve ondan sonra da üzerine bir su için. Allah razı olsun diyeceksiniz.

Şimdi; Sayın Ahmet Kılıçoğlu, İsviçre'de bu madde önceden uygulanıyordu, sonra 2. maddenin uygulanması kabul edilmemiştir diyor. Yani, önce hakkın kötüye kullanılması denilmiştir, sonra dönülmüştür diyor. İsviçre'de olmayabilir. Biz Türkiye'de yaşıyoruz. İsviçre'nin para değeri hızla düşmüyor. Enflasyon %2 veya 3'e çıktığı zaman bütün halk ayağa kalkıyor. Ama bizde, %100, %70. Biz bunu nasıl uygulamayacağız o zaman. Şimdi ben, arkadaşına şöyle bir soru yönelteceğim. Ben eğer yanlış anlamadıysam dedi ki, hakkın kötüye kullanılması kamu düzeni ile ilgilidir, gibi bir cümle sarfedildi. Acaba bununla, yani kamu düzeni ile ilgili olmaktan ziyade hâkim hakkın kötüye kullanılması varsa taraflar ileri sürmese dahi re'sen nazara alacak mıdır, diye mi ifade etmek istediler? Yoksa, hakkın kötüye kullanılması kamu düzeni ile ilgilidir

şeklindeki bir düşünce, yahutta açıklama pek hukuka uygun gelmediği gibi geldi bana. Bendeniz başından beri bu içtihadı birleştirmenin konusu olan böyle bir olayın içtihadı birleştirmeye konu edilemeyeceğini, hukukun sınırlandırılacağını, 2. maddenin uygulanmasını durduracağını söylemiştim. Burada tekrar ediyorum. Sayın İsmet Sungurbey gibi, ben sözleşmenin kurulduğuna inanıyorum. Yani sözleşmenin taraflarının iradeleri birleşmiştir diyorum. Tarafların iradesi birleştikten sonra sözleşme kurulmuştur. Bu sözleşmenin kurucu unsuru ile ilgilidir diyorum iradeler. Ama sözleşmenin geçersizliği sonuçları ile ilgili bir husustur diyorum. Bunun için sözleşme kurulduğuna göre, o zaman sözleşmeye aykırı davranan, ahlâka aykırı davranan kişiye 41/2'ye göre, MK.nun yani 634, efendim 213'ü de zorlamadan. 41/2 gibi bir düşünce biçimi daha uygun gelmez miydi? Veya MK.nun 650. maddesinin uygulanması gerekmez miydi? Zaman çok kısa. Gerçekten bunlara çok açıklık getirmek isterdim. Fakat mümkün değil. Bunlara da yanıt verirse çok teşekkür ederim. Saygılar sunarım.

Prof. Dr. Selim KANETİ : — Sayın başkanım, değerli meslekdaşlarım. Önce MK.nun 2. maddesinin anlam ve kapsamı üzerinde kısaca durmak istiyorum. MK.nun 2. maddesi genel bir kural niteliğindedir ve tüm diğer yasa kurallarını sınırlar. Bir diğer deyişle tüm yasa kurallarının amaçlarından saptırılmalarını önler. Tüm yasa kurallarının hedef tuttıkları amacın dışında kullanılmasını önler. Bu bakımdan şekil kuralı da MK.nun 2. maddesinin etki alanı dışında değildir. MK.nun 2. maddesi şekil kuralını da etkiler. 2. madde şekil kuralını nasıl etkileyecektir? Eğer şekle aykırılığın sonuçları, şeklin hizmet ettiği amaçlardan saptırılarak kullanılıyorsa, taraflardan biri şekle aykırılığın sonuçlarından şeklin hizmet ettiği menfaatler dışında yararlanmak istiyorsa hakkını kötüye kullanmış olur. Hangi durumlarda şekil kuralı amacından saptırılmıştır? Bunu ön koşullu olarak söylemek mümkün değildir. Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her somut olayın bütün özel hâl ve şartları değerlendirilerek sonuca varılır. O bakımdan ön koşullu olarak, şu olaylarda hakkın kötüye kullanılması söz konusudur, şunlarda değildir demek mümkün değildir. Somut olay hangi hâl ve şartlarla ortaya çıkmışsa o hâl ve şartlara göre değerlendirilerek sonuca ulaşılması gerekir. Sözleşmenin karşılıklı ifa edilmiş olması, hakkın kötüye ve sonradan geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasının bir belirtisidir. Fakat, kesin ve sonuçlandırıcı değildir. İfa edilmiş olsa bile şekil kuralının hizmet ettiği amaç yine ortada ise geçersizlik ileri sürülebilir. Buna karşılık sözleşme-

nin henüz ifa edilmemiş olması da dürüstlük kuralı ile şekle aykırılığın sonuçların sınırlanmasına engel değildir. Eğer, somut olayın hâl ve şartlara kısmen yada tamamen ifa yoksa bile şekil kuralının dürüstlük kuralı ile sınırlanmasını gerektiriyorsa, örneğin, taraflardan biri kendi eylemi ile şekle eksikliği yaratmışsa ve karşı taraf ta şekle aykırılığa rağmen sözleşmenin yerine getirileceği konusunda kesin bir güven yaratmışsa sözleşme yerine getirilmemiş olsa bile dürüstlük kuralına aykırılık söz konusu olacaktır. Acaba dürüstlük kuralına aykırılığın yaptırımı nedir? Dürüstlük kuralına aykırılığın sonucu bazen olumlu, bazen de olumsuzdur. Dürüstlük kuralına aykırılığın sonucu yalnızca olumsuz olabilir. Bir tarafın dürüstlük kuralına aykırılığın yarattığı hukuka aykırılıktan ötürü uğradığı zararın tazminini talep etmesine yol açabilir. Fakat, hâl ve şartlara göre hukuka aykırılığın giderilmesi olumlu bir talep hakkının tanınması ile bağlanacaksa hâl ve şartlara göre dürüstlük kuralı kişiye olumlu bir talep hakkı tanınmasına yani şekle aykırılığa rağmen sözleşmenin yerine getirilmesini talep hakkını verebilir. Fakat bu konuda ön koşullu olarak şu olayda şöyle olacaktır, bu olayda böyle olacaktır denemez. Denilebilecek tek şey, somut olayın ortaya çıktığı bütün hâl ve şartları, bütün özel olayları değerlendiren hâkimin konuyu çözüme bağlayacağıdır. Bu bakımdan bu sınırlamalar içinde, bu açıklamalar içinde sayın Kılıçoğlu'nun görüşlerine katılıyorum. Teşekkür ederim.

Turgut UYGUR : — Turgut Uygur, 4. Hukuk Dairesi Başkanı. Sayın Kılıçoğlu'na ciddi bir incelemenin ürünü olan tebliği için candan teşekkür ederim.

Efendim, bu konuyu hukuksal bir mozaik olarak görüyorum. Bu mozaığın bir parçası hakikaten taraflar arasında haricen yapılmış satış akti. Ama bu mozaığı yakından incelerseniz, o mozaığın içinde öyle güzel unsurlar var ki, bu güzel unsurları bir tarafa iterek sonuca gidersek sağlıklı bir sonuca varamayız. Onun için bence, kısa da olsa bu mozaığı oluşturan diğer parçaların da incelenmesinde büyük yarar vardır, eğer doğru bir sonuca ulaşmak istiyorsak. Şimdi, vakit dar olduğu için sayın konuşmacı ile birleştiğim noktaları tekrar etmek istemiyorum. Meselâ, şekilde genelleme yapmanın doğru olmadığı konusunda sayın konuşmacıya aynen iştirak ediyorum. Burada genelleme yapamayız. Çünkü, Türk Medeni Kanununun 932 ve 933. maddeleri, gayrimenkullerin mülkiyetini intikalinde illilik prensibini kabul etmiştir. Illilik hukuken gerek muhteva bakımından, gerekse şekil bakımından geçerli bir aktin varlığını gerektirir. Eğer geçerli bir akit yoksa şekil bakımından

bir eksiklik varsa, bu eksiklik Türk Medeni Kanununun 933. maddesi gereğince tescil yapılmış olsa dahi, tescilin iptalini gerektiren bir nedendir. O halde Türk Medeni Kanunu böyle bir sistem kabul etmişken, tescil, yani ifa olan hallerde dahi iptal imkânı varken, MK.nun 2. maddesine dayanarak harici satışlara geçerlik tanıyamayız.

Efendim, sorun; gayrimenkulleri, menkul hükmüne getirecek miyiz, yoksa getirmeyecek miyiz sorunudur. MK.nun 687. maddesi, taşınmazlar için mülkiyetin naklinde zilyetliğin devrini öngörmüştür, ama gayrimenkullerde bundan ayrılmıştır. Eğer biz, değerli konuşmacının vardığı sonucu kabul edersek, bence 687'nin 2. fıkrasını şu şekilde düzenleyip sorunu halletmek lâzımdır. Bir kimse, bir menkulu veya gayrimenkulu hüsnüniyetle mâlik olmak üzere tesellüm etmekle mülkiyeti iktisap etmiş olur. Sonuç buna varmaktadır. Çünkü, eğer bu görüş mutlak olarak kabul edilirse, zilyetliğin devri, bilimsel eserlerdeki görüşlere ve bence kanunun amacına aykırı olarak, ifa olarak kabul edilirse, gayrimenkulün mülkiyetinin tescilinde o zaman gayrimenkulleri menkul hükmüne indirgemiş oluyoruz. Çünkü, bu yasal engellere rağmen toplumumuz tapuda işlem yapmayarak mülkiyetin intikalini menkul hükümlerine tabi tutmaktadır. Böyle tevhidî içtihad kabul edildiği takdirde, hiç kimse resmi şekil aramayacak ve gayrimenkulleri menkul haline getirecektir.

Efendim, sorun sadece MK.nun sistemi bakımından kabul edilemez değildir. Ayrıca diğer hukuklar bakımından da kabul edilme olanağı yoktur. Çünkü sorunu bir tasfiye Kanunu olan 3402 sayılı Yasa bakımından da incelersek geçersiz bir aktin geçerliliğini, ancak zilyetliğin devrinden 10 yıl geçmesine bağladığı tasfiye kanununun amacı taşınmazları tapuya bağlama olduğu halde, siz tapulu bir taşınmazı bu şartları dahi aramadan adi bir senetle ve zilyetliğin devri ile geçerliliğini kabul ederseniz Anayasanın 10. maddesine göre eşitlik ilkesine aykırı davranırsınız. Tapulama ve Kadastro Kanununun uygulandığı yerlerde gerek şehir kadastrosu, gerek tapulama olsun 10 yılı arayacaksınız, ama diğer yerlerde bu 10 yılı aramayacaksınız, zilyetliğin devrini kâfi göreceksiniz. Bu bence hukuksal eşitliğe de, anayasa eşitliğine de aykırı olur. Efendim, sorun sadece bununla kalmıyor. Sorun Vergi Hukuku bakımından da önemlidir. Şimdi bir taşınmaz mâlikinin vergisini ödeyip ödemediği tapudaki mâliklere göre tespit edilmektedir. Sorun, Germen Hukukunda 10. yüzyılda ihtiyaç duyulan taşınmazın tapuya bağlanması ilkesinin bugün reddedilip edilmemesi ile ilgilidir. Germen

Hukukunda gayrimenkuller, menkullerden 10. yüzyılda ayırma ihtiyacı duyulmuş, tapuya bağlanma ilkesi getirilmiştir. Bununla, ayrıca Türk Medeni Kanununun 917. maddesini de zedelemiş olursunuz, 931. maddesini zedelemiş olursunuz, 933. maddesini zedelemiş olursunuz. Ayrıca Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki 30 sayılı Karara da ters düşersiniz. Bu kararda devlet, taşınmazların yabancılara geçmemesi bakımından bazı önlemler getirmiştir. Satış bedelinin depo edilmesi öngörülmüştür. Eğer siz bu yolu açarsanız, bunu takipte büyük engeller getirirsiniz. Bu icra hukuku bakımından da büyük engeller getirir. Bu sonuç, bu çözüm, uygulamada öyle sorunlar getirir ki. Bence sonuca varırken kısa vadedeki sonuçları değil, uzun vadedeki sonuçları düşünmemiz gerekir. Ben, vaktin kısalığı sebebiyle konuşmamı burada kesiyorum. İleri sürülen görüşleri yanlış olarak değerlendirmiyorum, ama şahsen iştirak etme olanağımı bulamıyorum. Saygılar sunarım.

Prof. Dr. Tahir ÇAĞA : — Ben, iki noktaya dokunacağım kısaca. Bu dokunacağım iki nokta da, tevhidi içtihad konusu olan meselelerin esasına ilişkin değil. Daha umumi çerçevede. Birincisi, MK.nun 2. maddesi. İkincisi de, özel norm-genel norm münasebeti. Bilhassa Sayın Doğanay o münasebetle bendenize sataştı diyeceğim. Onun hakkında maruzatta bulunacağım.

Şimdi, MK.nun 2. maddesindeki kural yalnız bu tevhidi içtihad konusu meselede değil, bir çok yerde söz konusu oluyor, uygulanıyor. Bu bir genel prensip ve gerçekten de birçok normun bütünü normların değil- ben ona katılmıyorum birçok normun da sınırını teşkil ediyor.

Benim şimdi size bu noktada söyleyeceğim şu: Bir olayı nakledeceğim. Heidemann diye çok mağrur, tanınmış bir Alman hukukçusu vardır. Juilus Heidemann. Bunun bir yazısından nakledeceğim. Diyor ki, malumualiniz Alman MK., 1.1.1900 tarihinde yürürlüğe girdi. Ondan birkaç sene evvelde kabul edildi. Ya 1896, ya da 1898'dir. Öyle bir şeydir. Kanun kabul edildikten sonra heyecanla buna sarılındı, konferanslar verildi, yazılar yazıldı vs. hazırlık olmak üzere. Ben de diyor, bir konferans verdim. Konu olarak da bu maddeyi seçtim. «Treu und Glauben», yani iyi niyet, dürüstlük kuralı ve bu paragrafa bir de isim takıldı diyor. «Königenparagraph». Yani MK.nun kraliçe paragrafı. Çıktık, anlattım diyor. İşte bunu göklere çıkardık, her türlü derde devadır, şudur, budur uzun boylu anlattıktan sonra bitti diyor konferansım. Aşağıya indikten sonra omuzuma biri dokundu diyor. Baktım, yaşlı bir zat. Ben hâkimim

demiş. Şu kadar senelik hâkimim. Birkaç söz söylemek istiyorum size. Demiş ki, biliyorsunuz bu prensip Roma hukukundan gelen «bona fides». Romalılar'ın bunu ne zaman uyguladıklarını hiç incelediniz mi dedi bana diyor. Valla demiş, pek üzerinde durmadım. Lütfen inceleyin demiş. Sonra 1870'de kurulmuştur biliyorsunuz Almanya konfederasyonu MK. evelden de Roma hukukunun iktibas dolayısıyla «bona fides»'le prensibi cari. Ne kadar uygulanmıştır? Ona da baktınız mı? Hayır. Ona da bakın dedi, diyor. Size şunu söyleyeyim; bu, kesin sınırı olmayan bir meseledir «bona fides» veyahut dürüstlük kaidesi. Size göre dürüstlük kaidesine aykırıdır, bana göre değildir. Bugün aykırıdır, yarın değildir veya tersi tamamen şahsa, zamana, telâkkiye bağlıdır. Rölâtif bir şeydir. Başka tabirle keyfilikle arasındaki sınır kıl payıdır demiş. Dikkat ediniz, kolayca keyfilige düşersiniz. Binaenaleyh çok dikkatli olmak lâzımdır dedi, beni uyardı diyor. Sonra Romalı'lar son derece nadir uygulamışlar. Binaenaleyh mühim bir prensiptir ve yerinde uygulamak lâzımdır ama çok dikkatli olmak gerekir. Gerek tevhibi içtihad konusu mesele, veyahut başka meselelerde MK.nun 2. maddesi ile çözüme gitmek isteyen hukukçulara, Heidemann'a uyarıda bulunan yaşlı hâkimin sözlerini hatırlamalarını tavsiye ederim.

İkinci meseleye gelince : Özel norm-genel norm. Özel kanun varken genel hukuk uygulanmaz. Bu son derece yaygın bir görüştür. Hemen açarsınız, kitapların onda 9'unda, 9,5'uğunda bu böyle yazar. Mahkeme kararlarında böyle görürsünüz. Ama, biraz meseleye eğildiğiniz zaman bunun da böyle olmadığını kolaylıkla tespit edersiniz. Bir kere özel kural, özel kanun yahut özel hüküm ve genel hüküm, bunlar sınırları tespit edilmiş belli kavramlardır. Ve ikisi de nisbî kavramdır. Tek başına genel norm yahut tek başına özel norm yoktur. Bir norm özeldir dersek, kime ne zararı var? Hangi norm? Yani mutlaka özel dediniz de onun genel bir normu olması lâzımdır. Nedir mefhum? O da şu: Kanun, bir hükümle düzenlemiştir bir meseleyi. Yahut meseleler silsilesini apostori olduğu için zorunlu olarak hukuk normları birden çok hadiseyi kapsar diyorsunuz. Sonradan kanunvaz'ı bunlar içinden özellikle arzeden iki kategori için ayrı hüküm vazetmiştir. İşte özel norm bu. Ölçüsü şudur: Bir hükmün diğerine özel normun özel norm olması için, özel normun kapsamına giren her olay mutlak surette genel normun kapsamına da girmelidir. Biliyorsunuz, hukuk normları iki kısımdan mürekkep. Bir olgu kısmı ve bir de hukukî netice kısmı var. Şöyle şöyle olursa böyle olur, diyoruz. Şöyle şöyle olursa kısmı, olduğu kısmı onlar arasındaki roalisyondur. Özel normun şartlarını

gerçekleştiren olay mutlaka genel norma girmelidir. Ancak bu takdirde iki norm arasında özel-genel norm münasebeti vardır. Şimdi bu varsa acaba daima özel norm mu uygulanır? Hayır. Özel normla genel norm arasında üç türlü münasebet var hukukî netice bakımından. Bazen ikisi aynı zamanda uygulanır. Bazen alternatif uygulanır. Biri ya da diğeri uygulanır. Bazen bir özel norm, yani, yalnız o uygulanır, genel norm uygulanmaz. Binaenaleyh, özel norm varken genel norm uygulanmaz diye umumî olarak konan kaide yahut ifade isabetli değildir. Bu üç ihtimal vardır. Oradakini söyleyeceğim sizlere. Gayet basit. Biliyorsunuz, Borçlar Kanununda ayıplı mal teslim etmek kanuna, satım aktine aykırıdır. Orada özel norm var. Diyor ki ya bedelin tenzilini dava eder veya hutta akdi fesheder diye bir tayin eder. Pekâlâ, alıcı bunu bıraksa, akitlerin ademi ifasına yahut gereği gibi ifa edilmemesini düzenleyen 96 ve müteakip veyahut 107, onlar genel normdur işte. Onlara müsteniden hak ileri sürmez mi? Sürer. İttifak var bugün doktrinde ve tatbikatta. Yani, özel norm varken genel norm uygulanmıyordu. Hayır uygulanır. İşte onun içindir ki ben, özel norm varken genel norm uygulanmaz, bu umumi kaidedir, kesindir diyen arkadaşlara bunun böyle olmadığı yolunda itiraz ettim bu sebepten. Teşekkür ederim.

Şükrü ÖZDEMİR : — Biz Yargıtay'da somut olaylar üzerinde duruyoruz. Yani olayları çözümlüyoruz. Tabii bu olayları çözümlerken değerli hocalarımızın fikirlerinden, eserlerinden yararlanıyoruz ama biz daha çok meseleyi uygulama açısından ele alıyoruz. Ama bunu yaparken bir takım kurallara dayanmak istiyoruz. Şimdi, MK. 634, BK. 213, BK.nun 11. maddesini ve şekille ilgili Tapu Kanununun 26. maddesini ele alalım. Bu hükümler kamu düzenine ilişkindir. Neden kamu düzeni ile ilgilidir? Hem tarafların iyice düşünmelerini temin eden, hem de tapu siciline güveni sağlayan hükümlerdir. Devletin güvenliği altında tutulan sicilleri ilgilendiren kayıtlarda yapılacak değişiklikler olduğu için kamu düzeni ile ilgilidir diyorum. Binaenaleyh kamu düzeni ile ilgili bir meselede hâkim ileri sürülme bile bu yönü re'sen yani kendiliğinden nazara almak durumundadır. Yargıtay'ın muhtelif kararlarında, hak düşürücü süre ile ilgili hadiselerde hâkimin hak düşürücü süreyi taraflar ileri sürmeseler bile kendiliğinden nazara almak mecburiyetinde olduğu belirtilmiştir. Buradaki şekil noksanlığı, şekil yokluğu da hak düşürücü süre gibi kamu düzeni ile ilgilidir. Taraflar ileri sürmeseler bile hâkim nazara almak zorundadır. Buradaki şekil şartı ile usuldeki ispat şartı ile ilgili şekil şartını birbirine ka-

rıştırmamak gerekir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 287, 288. maddelerindeki 5000 TL. den yukarı bir alacağın senede bağlanması meselesi ispat hukuku ile ilgilidir. 5000 liradan yukarı bir alacağa ait davada davalı, «evet bu kadar borçluyum» derse, bu açıklama bir ikrar sayılacağından davalıyı bağlar. Davacının alacağını mutlaka senetle ispatı gerekmez. Ancak tapulu bir taşınmazı haricen satan kimse ikrarı ile bağlı değildir. Şekil şartı yerine gelmemişse hâkim ikrarı nazara almaz. Gayrimenkulün haricen satışında, satıcı, ben sattım ama şekle uygun değildir, şekilsizdir dediği zaman, hâkim bu ikrarı bir vakıa olarak kabul edip ona göre karar veremez. Bu mümkün değil. Dediğim gibi iş kamu düzeni ile ilgilidir. MK. nun 2. maddesinin ileri sürülmesi veya sürülmemesi meselesi kamu düzeni ile ilgili olur da, resmi şekil meselesi kamu düzeni ile ilgili olmaz mı? Somut olaylarla cevap vermek istiyorum. Demin gene arkadaşım Cemil Beyefendinin sorduğu soruları ele alalım. Şimdi üç kişiye haricen satmıştır. Daireyi, araziyi, neyse. Fakat birisine teslim etmiş diyelim. Alan içerisinde oturuyor. Fakat ikinci kişiye gitmiş mal sahibi tapuda satmıştır. Alanın önceki harici satıştan haberi yok. Şehirde oturan bir kimse. Birinci kişiye teslim edildiği halde ikinci kişinin durumu ne olacaktır? MK.nun 931. maddesini kim için uygulayacağız? Hocam derler ki, içerisinde oturan kimse hak sahibidir, kime teslim edilmişse hak onundur. Bu durumda tapu sicilini nasıl savunacağız? Tapu siciline güven prensibini nasıl koruyacağız? İllilik prensibi ne olacak? Denilebilir ki, bu şekil eksikliğine rağmen devir tapuya kaydedilmiş ise artık satıcı bu şekil eksikliğini ileri süremez. Yani ifa halinde tapu sicilinde ifa şeklinde gözüken tescil ile bir menkulün teslimine ilişkin ifa arasında çok büyük fark vardır. Yani ifa bize göre (MK.nun 633. maddesi) tescil ile olur, gayrimenkulün mülkiyetinin doğması tescille olur. Bunun dışında bir ifa söz konusu olamaz. Yoksa, bu karmaşaya sebebiyet verir. Şimdi kiracı olarak bir dairede oturuyorsunuz. Efendim adamla haricen hiç de kira mukavelesi yapmadınız. Kiracı diyecek ki, daire haricen bana satıldı. İki tane de şahit. Buyrun, nasıl çıkacaksınız işin içinden. Evet bunun içinden nasıl çıkabilirsiniz? İstisna akitleriyle tapulu taşınmazın satışı da aynı şeylerdir. Şimdi müteahhitle arsa sahibi arasındaki münasebetler istisna akitlerine vücut verir. Bunlarda resmî şekil aranmaz. Biz istisna akitlerine giren hadiselerde zaten Yargıtay olarak esnek davranıyoruz. Benim maruzatım bundan ibarettir teşekkür ederim.

Şeref ÜNAL : — Teşekkür ederim sayın başkan. Aslında ben, bu konuda uzun bir konuşma yapmak istiyordum. Fakat, zaman çok kısıtlı. Benden önceki konuşmacılar, benim değineceğim birçok konulara değindiler. Bildiğiniz gibi bu konuda ben bir araştırma da yapmışım. Onun için oldukça konu hakkında vukufum var. Şunu memnuniyetle ifade etmek isterim ki, sayın Kılıçoğlu ile aynı sonuca varmış bulunuyoruz. Bunu memnuniyetle tesbit etmiş bulunuyorum. Şimdi konunun teknik ayrıntılarına girmeden kısaca hakkın kötüye kullanılması müessesesi üzerinde bir kaç söz söylemek istiyorum. MK.nun 2. maddesi bir davranış normu ortaya koymaktadır. Buna göre herkes; dürüst, haysiyetli ve şerefli bir insanın tutum ve davranışını işlerinde ve haklarının kullanılmasında göstermek durumundadır. Bunu yapmadığı takdirde müeyyidesi 2. fıkrada belirtilmiştir. Hukuk, bu tür davranışı himaye etmeyecektir. Aslında bu hukukun genel bir prensibidir. Burada yazılı olsun olmasın, MK.nun 2. maddesinde yer alsa da almasa da, bu kuralın hukukun daha kodifiye edilmediği çağlardan beri uygulanan ve herkesten beklenen bir davranış normu olmak itibariyle mutlaka gözönüne alınması gerekir. Bırakınız somut olayda olduğu gibi şahsî ve aynı bir hakkın kullanılmasında hüsnüniyet kurallarına uymayı, bu kuralın temel hak hürriyetlerin kullanılmasında da uygulanması söz konusudur. Nitekim, Anayasamızda, zannediyorum başlangıcında, 15. madde civarında bir yerde temel hak ve hürriyetlerin hiçbir şekilde kötüye kullanılmayacağı kuralı öngörülmüştür. Temel hak ve hürriyetler kişinin vazgeçilmez hak ve hürriyetleridir. Bunlar hakkında da böyle bir kısıtlama sözkonusu olduğuna göre, şahsî bir hakkın kısıtlanması veya aynı bir hakkın kısıtlanması, somut olayda olduğu gibi evleviyetle söz konusu olmak gerekir. İsviçre'de MK.nun 2. maddesi çok yaygın bir uygulama alanı bulmuştur. Bizde ise son derece çekingen bir tutum var, mahkemelerimizde bu konuda. Aslında bundan çekinmemek gerekir. İsviçre'de bu o kadar esaslı bir şekilde incelenmiş ki, sayın Kılıçoğlu tebliğlerinde belirttiler. Profesör Maerz gerçekten İsviçre'nin en namlı hususi hukukçularından birisiydi. Hasbelkader benim hocam da olmuştu kendisi. Maerz'in 2. madde üzerinde aşağı yukarı 500 sayfalık bir şerhi vardır. Burada, belli davranış şekillerinin, hangi hallerde hakkın kötüye kullanılması halini teşkil edeceği kronolojik olarak, tipik bir şekilde belirtilmiştir. Sayın hocam Sungurbey'de bahsettiler. En bariz misallerinden birisi çelişkili davranış göstermektir. Bunun dışında Maerz, Şerhi'nde kazuistik bir metodla, MK.nun başından sonuna kadar ve BK.nun

başından sonuna kadar, hangi maddenin uygulanmasında hak sahibinin hangi tür tutum ve davranışının hangi hallerde hakkın kötüye kullanılması halini teşkil edeceğini çok ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Şimdi, geçen yıllarda von Tuhr'un çevirisi yapıldı. Yargıtay'ımız bastırdı. Hiç şüphesiz von Tuhr çok büyük bir klâsik. Çok faydalı olmuştur. Hatta yeni bir baskısı var, yardımcı olurduk, onu çevirmek belki daha iyi olabilirdi. Ama von Tuhr, hiç bir şekilde eskimez. O bakımdan o da bir hizmettir. Gönül isterki, Maerz'in 2. madde ile ilgili şerhini Yargıtay'ımız veya imkân olursa Bakanlığımız bastırsın ve değerli meslekdaşlarımızın istifadesine arz etsin. Gene bu konuyla ilgili olarak son bir şey daha ifade edeyim, söz Maerz'den açılmışken. Maerz, şimdi 85, 90 yaşlarındadır. 73 yılında emekli olmuştur kendisi. 980 yıllarında bir karşılaşmamızda, Medeni Kanundan memnun olup olmadığımızı, uygulamanın nasıl seyir takip ettiğini sordu. Ben de «iyi gidiyor. Yalnız komisyon kurduk. Değiştiriyoruz dedim». «Aman genç dostum» dedi; O zaman biraz daha gençtik tabii; «2. maddeye dokunmayın» dedi. «Hepsini değiştirin, hepsini atın, fakat 2. maddeye dokunmayın» dedi. Bunu da hatıra olarak nakletmek istiyorum. Teşekkür ederim.

Hakkı Süha TERZİBAŞIOĞLU (Yargıtay Üyesi) : — Sayın Başkan, Sayın Meslektaşlar; 987/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun konusunda, birinci ve ikinci müzakerelerin birer oy farkla sonuca bağlanamıyarak üçüncü ve son müzakereye kaldığı safhada buraya getirilen bilimsel bir sempozyumda Sayın Ahmet Kılıçoğlu'nun «iyiniyet kurallarının geçerli olduğu» görüşünü taşıdığını raportör üye Sayın Cahit Keskin'in raporunda yer alan 'mütalâası' sebebiyle bilmekte idik ve meçhulümüz değildi. Şayet sempozyum programında karşı görüşlere de yer verilse ve o şekilde bir çalışma yapılsaydı bu bilimsel toplantı daha dengeli bir ağırlık kazanmış olurdu. Nitekim sayın Sungurbey'in görüşleri de biliyorduu...

Böyle bir girizgâha lüzum duyduktan sonra şu kayıtlı beş dakikalık zaman içinde özetle ve peşinen söylemek isterim ki gayrimenkullerin iktisabında MK. 634; gayrimenkullerin satımında BK. 213 ve ayrıca Noterlik Kanunu, Tapu Kanunu gibi mevzuatta açık hükümler ayakta dururken 'iyi niyet' kuralından hareketle ve bazı yorumlarla, resmî şekil dışında yapılmış olan tapulu gayrimenkul satışlarına geçerlik tanımayı kabul edemiyorum. Medenî Kanun'un 2. maddesi hakların kullanılması ve 3. maddesi de hakların

iktisabı ile ilgilidir. Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada elbette ki iyi niyet kurallarına uymakla mükelleftir. Ancak, unutulmaması gereken bir husus, 3. maddede belirtilen, kendinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimsenin hüsnüniyet iddiasında bulunamayacağıdır. Madde 3 bir kenara itilerek sadece madde 2 ile bir sonuca varmak mümkün değildir. Kanunun resmî şekle bağladığı ve bâtil olduğu sayın Kılıçoğlu tarafından da kabul edilen bir akti, bambaşka bir şekilde tavsif ederek buna 'kendine özgü geçersizlik' ismini takmak, başka işlemlere de istenilen isimlerin takılabilmesine ve öylece yorumlanmasına cevaz vermek olur.

Doktrinde von Tuhr gibi pek çok sayılı hukuk adamının sayın konuşmacının aksi fikrinde olduklarını biliyoruz. Sayın Kılıçoğlu da, İsviçre doktrininin «şekil şartları dışına çıkılamıyacağı» görüşünden yana olduğunu vurgulamakla beraber Türk doktrinde de -aksi tez olarak- sayın Doğanay'ın muhalefet şerhini belirttiler. «Muhalefet şerhi» nin, ilmî bir «eser» mertebesinde olmaması itibariyle bilimsel çapta bir görüş olarak kabul edilemeyeceği muhakkaktır ve kaldı ki sayın Doğanay konuşmacı ile aksi görüşte olduğunu belirtmişlerdir. Gene sayın Aşçıoğlu'nun bir gazetede ki makalesi de «doktriner» görüş olarak sunuldu...

Türk halkının şekle karşı olduğu, «senede sepete» aldırış etmediği gibi bir görüş Türk Medenî Kanunu'nun devrimci ruhuna ve getiriliş amacına aykırıdır.

Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU : — Sayın Doğanay, herhalde bir yanlış anlaşılma var; Köylüler, kentliler ayırımı yapmadım. Köylüler arasında senet alınması Medeni Yasanın 2. maddesi kapsamına girer. Bu nedenle, borç ilişkileri içinde artık senede ihtiyaç yok. Benim bir makalem var. Genel Kurul kararı ile ilgili. 6.6.1979 tarihli HGK. Bir yanlış anlaşılmamız var. Ben şunu ifade etmek istiyorum. Hukuk kuralları uygulanırken toplumun değer yargılarını gözardı edemeyiz. Türk toplumu genellikle söze senetten daha fazla değer veren bir anlayışa sahiptir. Bu nedenle şunu ifade etmek istedim. Anadolu'da bir kişi bir başkasına borç verir. Fakat kendisinden senet istendiğinde bunu kendisine hakaret kabul eder belki kendisinden senet isteyen şahısla ilişkilerini de kesebilir. Bununla şunu ifade etmek istiyorum. Toplumumuz senet alışkanlığına, hukuksal işlemlerde şekil alışkanlığına fazla alışık olmayan bir toplumdur. Bu nedenle şekle aykırılık halinde kim korunmalıdır? Hak-

kın kötüye kullanılması var mıdır, yok mudur? Hukuk kuralı uygulanırken toplumun bu yapısını düşünmek suretiyle Medeni Yasanın 2. maddesi bizde, İsviçre'den daha fazla bir uygulama alanı bulmalıdır; yoksa, köylerden senet alındığında Medeni Yasanın 2. maddesi uygulanır şeklinde bir sonuç çıkarmak doğru değil. Zaten HUMY.'da senet alınması teamülden değilse her türlü delille kanıtlanır. O bu konu ile ilgili değil gibi. O konuda belki bir yanlış anlaşılma oldu. Aşma sözcüğünü şekle aykırılık halinde kullandım. Bu aykırılığın hakkın kötüye kullanılması yasağıyla aşılmanın karşılığı olarak. Bu tamamen bir terminoloji meselesi, tartışılabilir. Şekle aykırılık halinde, şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması yasağı ile nasıl aşılabilir? Bu sorun nasıl halledilebilir? Sayın Sungurbey «aşılma» sözcüğünü beğenmediler, sorun bir terminoloji sorunudur. Bir başka sözcük kullanılabilir. Bu tamamen bir takdir meselesi. Hocamın iki eserinden yararlanamamış olmam bir şanssızlık. Bu konuda yazdıklarım bilimsel bir eser niteliğindedir. Bu tür eleştirilerde gözönünde tutulmak suretiyle eserimiz olgunlaştırılacak ve basıya verildiğinde de eksiklikler muhakkak telâfi edilecektir.

Feyzioğlu'nun güncelliğini yitirmiş olduğu ileri sürülen görüşüne yer vermiş olmam eleştiri konusu oldu. Kendileri rahmetli olmuştur; değerli bir bilim adamıdır ve iddia edilenin aksine olan bir görüşüne rastlayamadım. Bu nedenle Feyzioğlu'nun görüşünü aktarmak zorunda kaldım. Bilim adamının da değeri de zaten burada anlaşılır, öldükten sonra eseri kalıcı kalır. Bilim adamı ile film sanatkârını birbirinden ayıran özellik budur zaten.

Sayın İhsan Özmen'in 3402 sayılı Yasa ile getirilmiş 10 yıllık sınırlama karşısında artık Medeni Yasa 2. maddesi uygulanacak ve bu yasa gözardı edilecek gibi bir endişeye gerek yok. 3402 sayılı Yasanın getirmiş olduğu kural zilyetlikle iktisaptır. Zilyetlikle iktibasın şartları var ise 3402 sayılı Yasa uygulanacaktır. Ama Medeni Yasanın 2. maddesinin koşulları gerçekleşmiş ise 3402 sayılı Yasaya gitmeksizin alıcı Medeni Yasanın 2. maddesinden yararlanmak suretiyle tescili sağlayabilecektir. Yani birisinde zilyetliğe dayanan iktisap ,diğer halde MK.nun 2. maddesinin koşulları somut olayda gerçekleşmiş midir? Sorusuna yanıt aranacaktır ve ortada hukukun var mı? korunmaya değer bir hak olacak ve bu hak hukuka aykırı olarak, aşıkârca kötüye kullanılmış olmalıdır. Bunlar araştırılabilir. Kötü niyet şart değil orada, 3402 sayılı Yasada hüsnüniyetli olsun, iyi niyetli olsun, işte 3402 iktisap hükmü olarak ge-

tirmiştir. Zilyetlikle iktisabın koşulları var ise özellikle MK.nun 2. maddesini ortadan kaldıran bir hüküm değil.

Medeni Yasanın 2. maddesinin kamu düzeni ile ilgili olmasının anlamı şu. Taraflar hukuka uygun bir sözleşme aralarında yapmışlarsa hakkın kötüye kullanılması kuralı taraflar arasında da uygulanmayacaktır, biz hakkını kötüye kullanan kişi Medeni Yasanın 2. maddesinden yararlanamaz. Böyle bir anlaşma mümkün değil. Kamu düzeni ile ilgili olmasının birinci sonucu, İkincisi yargıç somut olayda hak kötüye kullanılmışsa re'sen nazara alacaktır taraflar hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürmeseler bile.

Sayın Terzibaşoğlu'nun sorusuna yanıt vermek istiyorum. Bir defa gazete makalesi, eğer doyurucu bilimsel gerçeklere dayanan bir makale ise bundan biz yararlanırız. Yani, gazete makalesinden yararlanılmaz, bilimsel çalışmalarda gazete makalesine yer yoktur şeklinde bir genelleme, bir şartlanma mümkün değil. Öyle gazete makaleleri var ki, çok değerli olduğu ileri sürülen bilimsel eserlerden daha değerli içeriklere sahiptir. Yani öyle bir sınırlandırmayı nereden getirebiliyoruz? Nitekim İsmet Sungurbey hocam beni eleştirdi. Benim Cumhuriyet'te çıkan şu yazım vardı. Almadığım için bana kızdı. Alacağım, onu da telâfi edeceğim, Yani öyle bir genelleme yapmak mümkün değil. Gazete makalesini peşin yargı ile Çetin Aşçıoğlu'nun yararlandığı muhalefet şerhindeki görüşü gazete makalesi değil, önümde efendim. Not ediyor musunuz efendim? 29.1.1986 tarih, 1984/14-849 E. ve 1986/57 sayılı HGK. kararına muhalefet şerhinden alınmıştır. Bizde, rahmetli Tandoğan, 1. Cildin I. Kısımında, sayfa 231'de, sayın Fikret Eren, sayın Bilal Kartal'ın değerli üç makalesinde, sayın Doğanay'ın bir Hukuk Genel Kuruluna muhalefet şerhinde kabul edilen bir görüş. Kendisine özgü hükümsüzlük görüşü. Bana ait değil. Ben de bu görüşü destekledim. Mutlak butlan görüşü karşısında kendisine özgü hükümsüzlük görüşü bana daha uygun geldi. Şüphesiz siz aksî görüştesiniz, saygıyla karşılarım. Zaman dar efendim. Ben bu kadar cevap vereceğim.

Prof. Dr. Selim KANETİ : — Sözü, 1974 tarihli içtihadı birleştirme kararına getirmek istiyorum. Bu karar ne diyor? Miras bırakan yaptığı bağış işlemi satış gibi göstermişse, tapuda bağış yerine satış resmi senedi düzenlemişse, bu işlemin geçersizliğini ve bu işleme dayalı tescilin terkinini, miras payları bu işlemle zedelenmiş olan mirasçılar isteyebilirler. 1974 tarihli içtihadı birleştirme kararının dediği bu. Konuya, önce şu yönden bakmak gerekir.

Acaba miras bırakan, sağlığında bu işlemin geçersizliğini ileri sürüp, tapu kütüğünün çizimini isteyebilir miydi? Tescilin çizimini isteyebilir miydi? Bu soruya verilecek yanıt olumsuz. Çünkü iki yönden olumsuz. Bir değil, iki işlem yerine getirilmiştir. Değilmi ki tescil yapılmıştır, artık dönüp işlemin muvazaaya nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmesi ve terkin talebinde bulunması dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Üstelik böyle bir işlemin, değerli bir satış işleminin muvazaalı olduğunu ispat edebilmesi için yazılı delile de dayanması gerekirdi. Çünkü, muvazaaya iddialarının yazılı sözleşmelere karşı, muvazaaya iddialarının da yazılı delille ispat edilmesi gerektiği Usul Yasasının gereğidir. Şimdi mirasçıya bu hak tanınıyor. Mirasçıya bu hak tanınabilir mi? Mirasçı, miras bırakanın halefidir. Onun yerine geçiyor. Miras bırakanın hakları ne ise mirasçının hakları ondan ibarettir. İşte bu nedenle ben 1974 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına katılmıyorum. Çünkü mirasçılara, miras bırakanın sahip olduğu hakların ötesinde bir hak geçmez. Mirasçılar saklı paylı ise durum değişir mi? Değişir. Şu bakımdan değişir. Saklı paylı mirasçılara, miras bırakanın dahi dokunamayacağı haklar tanınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla saklı paylı mirasçılar miras bırakanın saklı paylarını zedeleyen işlemleri karşısında üçüncü kişi durumundadırlar. Fakat onların bu haklarını koruyan dava, yani onların üçüncü kişi konumunda oldukları dava, yapılan işlemin iptali davası değil, yalnız tenkis davasıdır ve tenkis davasında da iddialarını yazılı delille ispat etmeleri gerekmez. Çünkü, miras bırakanın saklı payı zedelemeye yönelik işlemi karşısında onlar üçüncü kişi konumundadırlar ve yazılı delile karşı yazılı delille ispat zorunluluğu saklı pay bakımından onlara uygulanmaz. Bu nedenlerle; mirasçılara, tüm mirasçılara saklı paylı olup olmadıkları ayırt edilmeksizin, tüm mirasçılara işlemin gerçekte satış değil bağışlama olduğunu iddia ederek işlemin iptalini ve tapuya yapılan tescilin terkinini talep hakkını veren 1974 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının sonucuna katılmadığımı belirtmek isterim ve bu kararın da öğretide eleştirildiğini de açıklamak istiyorum. Sayın Karahasan ve Sayın Esat Şener, kitaplarında bu karar konusunda çok ayrıntılı eleştirilere yer vermiş bulunmaktadırlar. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY : — Değerli hukukçu Karayalçın'a, değerli tebliğinden dolayı teşekkür ederiz, kutlarınız. Önemli bir sorunu, hem teorik bakımdan hem pratik bakımdan dile getirdiler. Ve haklı olarak bu iki içtihadı birleştirme kararının vardığı sonuca karşı çıktılar. Burada kendilerini teyiden bir iki noktayı

arz etmek istiyorum. Buyurdular ki, bu sorun en iyi Postacıoğlu tarafından 1945'deki «Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti» adlı kitabında dile getirilmiştir. Halbuki öyle değil. Bu konuda Postacıoğlu, Fransız hukukundaki görüşü savunmuştur. Fransız hukuku bu gibi durumlarda şu düşünceden hareket ediyor: Bağışlamayı satış gibi gösterdiklerine göre, taraflar o kadar şeytanca düşünmüşlerdir ki, artık onları ayrıca resmî şeklin himayesinden yararlandırmaya gerek yoktur. Onun için gizli akit geçerlidir. Dediği budur Postacıoğlu'nun. Bunun sonucu ne olacak? İfa olmasa bile ifa davası açmak hakkı tanınacak bağışlanan kimseye. O bakımdan biz bu görüşe katılmıyoruz. İsviçre hukukuna gelince; İsviçre-Türk hukukunda biri 53 tarihli tevhidî içtihat kararında, biri bahis buyurduğunuz 74 tarihli sanıyorum, tarihler yanlış olabilir, tevhidî içtihat kararında aynen şu formül kullanılıyor. Satış gibi gösterilen bağış, resmî şekle uymadığı için bătıldır. Satış ise resmî şekilde gösterilmiştir ama taraflarca istenmediği için bătıldır. Bundan dolayı devreden kişiye tapu iptali davası açmak gerekir. İsviçre'de de böyle olduğundan falan. Ben bu iki karara «La Takribüs Salate» kararları derim derslerimde. Yani «namaza yaklaşmayın» ama arkası var «her zaman sarhoş iseniz». Bir âyet bu. Başını söylüyor, arkasını söylemiyor. von Tuhr'u açın, buyurduğunuz gibi işte bătıldır. Ama ifa edilmişse, gerçekte bağışlanan kimse adına tescil edilmiş ise, artık Medeni Yasanın 2. maddesine göre çelişkili davranış olduğundan tapu iptali davası açılmaz. 53 tarihli tevhidî içtihat kararı ve 74 tarihli onu tekrarlayan. Başını alıyor, sonunu almıyor. Bektaşiyi bir gün yakalamışlar. Ramazan'da namaz kılmıyormuş. Gel bakalım baba efendi, niye namaz kılmıyorsun? Erenler demiş: Ayet var ya. «La Takribüs Salate». «Namaza sakın yaklaşmayın». Ama baba efendi, bunun arkası var. «Her ne zaman ki sarhoş iseniz».

Şimdi bu tevhidî içtihat kararları da öyle. Gerçeği tam yansıtmıyor. O bakımdan çok isabetsiz kararlar ve o da bu sosyal komplikasyonlar doğuran sonuca yol açmıştır. Değerli meslektaşım, doktorinde bu yazılmadı dediler. Bendeniz bunu, 1956'da çıkan «İktibas Müruruzamanı» adlı kitabımda ve 1957'de çıkan «Borç İkrarı» adlı kitabımda yazdım ve eleştirdim. Ama kendileri ticaret hukuku otoritesi, görmemiş olabilirler. Mazur görüyorum. Bu gerçeği, çok değerli öğrencim ve meslektaşım sayın Teoman Ozanoğlu muhalefet serhinde çok güçlü bir şekilde dile getirmişler. Kararı haklı olarak eleştirmişlerdir. Şimdi yine sayın Teoman Ozanoğlu'nun son tevhidî içtihat kararı dolayısıyla değindikleri çok önemli bir nokta daha

var. O da, yine bizim maymuncuk diye küçümşenen, Medeni Yasa-
nın 2. maddesindeki dürüstlük kurallarından çıkan çelişkili dav-
ranış ve hak düşümü. «Verwirkungfrist» sorunu. Bu adam ne yap-
mış? Bana malı bağışlamış. Satış gibi gösterilmiş. Muris ifa etmiş.
Aslında, muris mezarından çıksa benden geri alamaz. Bu, tutmuş
tapu iptali davası, bu tutmuş önceden tenkis davası açmış. Sadece
ve işte tenkis davasıyla bir kısmını elimden almış. Ondan sonra se-
neler geçmiş. Ben artık diyorum ki, mahkûm olduk, bu kadar gü-
veniyorum. Artık bana karşı bir dava açmayacak diye. Son tevhibi
içtihat kararıyla hayır! Bir dava daha açar, senin elinde ne kal-
mıssa geridekileri de alır. Bu, vatandaşı çok güç duruma koydur-
mak, çok acı bir çorba içirtmektir ona, şaşırtıcı bir sürprizle kar-
şılaştırmaktır. Onun için bu karar, eski kararlara rahmet okutmuş-
tur. Çok can yakıcı bir karar olmuştur. Maruzatım bundan ibaret.
Tekrar tebrik ederim.

Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN : — Birinci nokta değerli mes-
lektaşlarım sayın Kaneti ve sayın Sungurbey, bu konuda bazı çalış-
maların bulunduğunu söylediler. Sayın Karahasan'ın kitabına bak-
mak aklıma gelmedi doğrusu. Fakat, sayın Şener'in kitabına bak-
tım, fakat bulamadım. Orada belki vardır. Konular çok değişik bir
sistematik içinde sunulduğu için o kitapta ben bulamadım. Değer-
li meslektaşım Sungurbey'in çalışmalarına gelince, Sungurbey'e
şöhret yapmış olan o kitap, şüphe yok İsmet beyin en mükemmel
kitapları arasında yer almıştır. Fakat sayın meslektaşlarım, miras
hukuku benim akademik sorumluluğum altında bulunan bir alan
değil. Fakat, miras hukuku ve borçlar hukuku ile ilgili kitaplara
baktım. Sayın İmre'nin kitabına bakıyorum, o meşhur içtihadı bir-
leştirme kararına temas dahi edilmemiş. Borçlar hukuku ve miras
hukukuyla ilgili kitaplar hakkında isim zikretmek istemiyorum.
Tebliğimde, 5 numaralı dipnotta yer alan kitaplara bakıyorum, iç-
tihadı birleştirme kararı zikredilmiş, fakat miras hukuku açısından
tenkit edilmemiş, değerlendirilmemiş. Benim vazifem, görevim prob-
lemi olduğu gibi ortaya koymak, tartışılmasını sağlamaktır. Haki-
katen Türk hukuku ve uygulama bakımından çok önemli olan mi-
ras hukuku ile ilgili bu hatadan dönülmesi için bana düşen görevi
-sayın Ozanoğlu'ya katılarak- yerine getirmeye çalışmış bulunuyor-
um. İkinci nokta : Açıklamamda kısaca temas ettim. Ben tabii bu
saatte uzun uzun anlatma imkânını bulamadım, zaten çok yorgun-
sunuz. Bu durumda ayrıntılara girmek doğru değildi. Fakat konu
kanaatimce Borçlar Kanununun 18. maddesiyle ve muvazaayla il-
gili değildir. Konu; şekil meselesi, şekil dolayısıyla geçersizlik me-

selesiyle ilgilidir. Değerli arkadaşım Jale Güral Akipek hükümsüzlükle ilgili tezinde problemi ortaya koymuş, klâsik nazariyenin tenkidini yapmıştır. Bence o görüşü geliştirmek ve hakikaten âdil, ihtiyaca cevap veren, doğru çözümler aramak lazım. Diğer bir nokta: Bu konunun tabii usul hukukuyla ilgili yönleri de var. Sayın Ozanoğlu muhalefet şerhinde ona da temas etmiştir. Zaten geçen sene alınan karar daha ziyade usul hukukuyla ilgilidir. Sayın Ozanoğlu'nun belirttiği gibi usul hukukuyla ilgilidir ama onun arkasında maddi hukuk bakımından hatalı olan ve değiştirilmesi gereken bir içtihadı birleştirme kararı vardır. Ben şimdiye kadar 39 üyenin muhalefetiyle verilmiş olan bir içtihadı birleştirme kararı olduğunu tespit edemedim. Muhalefet şerhi vermiş olan veya muhalif kaldığı kararda belirtilmiş olan çok değerli hukukçuların bulunduğu bu içtihadı birleştirme kararının bir an evvel ele alınması gerektiği kanaatindeyim. Mahfuz hissesi ihlâl edilmediği takdirde mirasçıya iptal davası açmak, geçersizlik davası açmak hakkını tanımaya kanaatimce Türk hukuku müsait değildir; ayrıca bu çözüm doğru ve âdilde değildir. Hata burada başlamıştır ve devam etmemesi lâzımdır. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Nisim FRANKO : — Beyefendinin tebliği hakkında bir iki söz söylemek istiyorum. Bununla bilhassa iki sebepten alâkadar oldum. Çünkü mevzubahis tebliğde iki mütevazi çalışmamla alâkalı mesele geçmiştir. Yalnız, özür diliyorum kendilerinden. Telefon meselesi dolayısıyla bir kaç kere girdim, çıktım. Üzerinde durmak istediğim birinci mesele şu: Bir eserin ne demek olduğu, fikri haklar bakımından hakikaten gayet isabetli olarak iki usulle tespit edildiğini beyan buyurdular. Biri objektif usul, biri subjektif usul. Objektif usulün pek revaçta olmadığını da belirttiler, konu asıl subjektif usuldür. Subjektif usule göre bir eser, o eseri meydana getiren kimsenin şahsiyetini ve orijinalitesini ifade eder. Bir de bunun yanında, bir de bahsederken tevhide içtihadın bilhassa manevi tazminatla alâkalı olan meselede 49. maddeden ziyade ya da 49. maddenin çalıştırılmasının bir haksız rekabetle, rekabet bakımından o optikten gördüğünde belirtilen Fakat şunu unutmamalı, ki bir fikir eseri dolayısıyla manevi zarar tazmini haksız rekabetin dışında da büsbütün başka sebeplerden dolayı doğabilir. Çünkü bir eser, o kimsenin şahsiyetinin tecessüm etmiş tarzıdır, uzantısıdır. Yalnız benim üzerinde durmak istediğim bir mesele var. Kendileri cevap verirlerse müteşekkîr kalacağım. Buyurdular ki, eserin üzerindeki şahsî haklar, şahsiyet hakları ve manevi haklar diye bir tefrik yaptılar eğer yanılıyorsam ve birisi hak-

kında 70. madde daha ziyade efendim fikri haklarla alâkadar olan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 70. maddesiyle alâkadar olan hükmü mevzubahistir dediler. Çünkü dediler, bir manevi hak başkadır, bir şahsiyet hakkı başkadır. Bazı hususi karakteristikleri vardır. En başta gelenler, şahsiyet hakkı ölümle bitmektedir ve nakledilmemektedir. Doğru. Yalnız şu var ki, manevi hak, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki manevi hak peşin bir şahsiyet hakkıdır. Ama onu kanunvaz'ı, hususi bir kisve içinde ileri sürmüştür. Ondan dolayıdır ki bir manevi hak evvelâ şahsiyet hakkıdır, sonra bir manevi haktır. Bu itibarla bunların arasında, eğer hukukun tatbiki bakımından, efendim 70. madde yalnız manevi haklarla alâkalı bulunmakta. Çünkü, manevi haklar intikâl edebilen haklardır. Şahsiyet hakkı meselesi ancak 49. madde ile tazip edilmekte ve bu şartlarla bir manevi tazminat talebine yol açmaktadır diyebilmek, belki biraz mütereddid davranmayı gerektiren bir düşünce tarzı. Onu arz etmek istedim. Teşekkür ederim.

Teoman OZANOĞLU (10. Hukuk Dairesi Üyesi) : — İlk önce, sayın Tankut Centel beyefendiye tebliği için teşekkürlerimi arz ederim. Ben, kendilerinin tebliği hakkında konuşacağım. Gerçekten İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku alanında tevhide içtihad kararlarının yasakoyucuyu ve toplumu etkilemesi konusunda sayın tebliğ sahibi ilginç düşünceler ileri sürmüş bulunuyor. Kendilerinin de tebliğinde belirttikleri gibi iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku çok hızlı gelişen ve daha doğrusu henüz oluşum safhasında olan ve her an tekamül etmeye müheyya hukuk olarak karşımıza çıkıyor ve burada konan hukukî kuralların zaman içerisinde toplumun ve bu çalışan kesimin ihtiyaçlarına cevap veremez duruma geldiği anda değişmesi zorunluluğu hâsıl oluyor. Toplum, buna mecbur ediyor yasakoyucuyu ve yasayı yorumlayan hukukçuları da aynı istikamette işlem yapmaya zorluyor. Şimdi, bizim tevhide içtihad kararları iş hukuk ve sosyal güvenlik hukuku alanında gerçekten fazla sayıda değildir, diğer hukuk branşlarına nazaran. Ve bir de arkadaşımızın gerçekten isabetle belirttikleri gibi çoğu Daire içi çelişkilere ilişkin bulunmamaktadır. Genel kurullarda veya başka Dairelerin herhangi bir vesile ile ilgisi olan konularda bu uyuşmazlıklar çıkmıştır. Onlar içtihadı birleştirmeye yol açmıştır. Ama bazen de Daire içinde bazı anlaşmazlıklar olmuştur. Bir Daireyi oluşturan sayın üyeler meselâ, ben hatırlıyorum, bir askerlik borçlanmasını, hatta uyuşmazlığı bililtizam yaratarak tevhide içtihadtan geçmesini arzuladık ve bundan amacımız biran önce daha bağlayıcı, daha objektif, daha güçlü hukuk kurallarına kavuşabil-

mek endişesi idi. Bu tevhide içtihad kararlarında, tabii Daireler sosyal güvenliğin isteklerine ne kadar isabetle ve hızlı cevap verirlerse o kadar çelişkili karara veya karar değişikliğine lüzum kalmaz. Hatırlıyorum. Sayın Cahit Kadılar arkadaşım da iyi hatırlarlar. Kendileri ile birlikte o muhalefet şerhlerini yazmıştık ve büyük gayret sarfetmiştik. Olmadı. Bazen olmuyor. Yani Daire içinde bir çözüm bulabilirsiniz veya olmadı mı Yargıtay Büyük Genel Kurulları'nda Tevhidi İçtihad Kurulu'nda bir çözüm bulabilirsiniz. Bizim önerdiğimiz çözüm tarzı, sayın arkadaşımın sonunda kanunkoyucu tarafından aşağı yukarı kabul edildi ama şunun için söylemek istiyorum bunu. O tevhide içtihad çıktığı zaman, o tür bir yoruma ulaşılabilmiş olsaydı, zaten bu zaman kaybedilmeyecekti. Daha hızlı bir biçimde sonuca ulaşılabilecekti ve ihtiyaçlara cevap verebilecekti. Şimdi sosyal güvenlik alanında tevhide içtihad kararlarının hukuku dondurmasına da hiç imkân yok. Bir defa bu tehlikenin hiç söz konusu olmadığını söylemeliyim. Kanun buna imkân vermiş ve tevhide içtihad kararı bir tebdili içtihad müessesesi ile anında değiştirilebilir ama bizim alanımızda bu kararlar yasakoyucuyu etkiliyor. Yasakoyucu ne yapıyor? Bir kanun metni haline getiriyor onu, ama sosyal güvenlik hukuku ve iş hukuku alanında yasa metinleri dahi uzun ömürlü değildir. Onlar da toplumun zorlamasıyla bir gün oluyor aynı şekilde hızla değişiyorlar. Bu suretle bir karşılıklı ve hızlı etkileme süreci içerisinde bu düzen bu şekilde cereyan edip gidiyor. Tabii burada en üzerinde durulması lâzım gelen konu, toplumun ihtiyaçlarına cevap verecek yorum tarzlarına ulaşmaktır. Bu yorum tarzlarına hızlı bir biçimde ulaşmaktır ve bu yorum tarzlarının doğru olması lâzımdır. Bunun yapılabildiği ölçüde zaten ne kararların donmasından, ne yasaların donmasından söz etmek mümkün olmaz ve her şey daha iyi bir biçimde yürüyebilir kanısındayım. Tekrar teşekkür ederim. Saygılar sunarım.

Doç. Dr. Şafak N. EREL : — Efendim, sayın Franko'nun hakkındaki teveccühlerine teşekkür ederim. Şimdi kendileri, fikri hukukun en ziyade ihtilâflı olan hususlarından birine temas buyurdular. Çok kısa arz edeyim. Eser üzerinde malumualiniz manevi haklar ve malî haklar olmak üzere iki kategori hak bulunuyor. Manevi haklar ile şahsiyet hakları uzun zaman birbirine karıştırılmıştır. Bunların birbirinden ayırt edilmesi ancak yakın tarihteki fikri hukuk nazariyatında mümkün olabilmıştır. Bugün dahi, yapılan bu ayırım kesin değildir. Sebebini de takdir buyurursunuz, yani bir eser vücuda getirmiş olanlar bilirler. O eser insanın kendi öz evlâdı gibidir, kendinin adeta kanı canı gibidir. Çünkü nice uykusuz

gecelelerin, nice didinmenin efendim imali, zikretmenin ürünüdür. O, kolay bir şey değildir, onu vücuda getirmek. Bu yüzden, eserin bir defa yaratıcısının şahsiyetini ilgilendiren bir yönü bulunduğu hiç şüphesizdir. Eser üzerinde manevi hakların zaten kabulü başında bu gerekçe gelmektedir. Bununla birlikte hukuk tekniğinden doğan bazı zaruretler sonucu manevi haklar ile şahsiyet hakları birbirinden ayırt edilmiştir. Şimdi, iki tane örnek arz edeceğim. Burada sizler takdir buyurun. Acaba şahsiyet hakları ihlâl edilmiş midir edilmemiş midir? Manevi hakların açıkça ihlâl edilmiş olmasına rağmen. Efendim, birinci örnek şöyle akla geliyor. Malumualiniz eserin kamuya sunulma zamanını ve tarzını tayin etme hususunda eser sahibinin münhasır takdir yetkisi vardır. Bu, manevi haklardan bir tanesidir. En önemlilerinden biridir. Şimdi, eser sahibinin rızası hilâfına, yahut onun o şekilde yapmayı düşünmediği tarzda bir eser kamuya sunulmuşsa, buna rağmen fevkâlâde büyük takdir görmüşse, kamuoyu tarafından fevkalâde tasvip görmüşse, çok benimsenmişse, eser sahibi göklere çıkarılmışsa, burada şimdi şahsiyet hakkı acaba bu zatın zedelenmiş midir, zedelenmemiş midir? Manevi hakkının zedelenmesine hiç şüphe yoktur. Çünkü ne için eseri kamuya sunma hususundaki açık münhasır yetkisi ihlâl edilmiştir. Diğer bir örnek arzedeyim. Eserde değişiklik yapılmasını yasaklamaya, eserin bütünlüğünü, tamlığını koruma hususundaki manevi hak. Gene en önemli manevi haklardan bir tanesidir. Şimdi öyle bir eser düşününüz ki, çok mühim ve hatta vahim denebilecek ilmi yanlışlıklar ihtiva ediyor. Şimdi; böyle bir eser, bir diğer şahıs tarafından iktibas olursa ve fakat iktibasdaki temel kaideye aykırı davranılsa, yani kaynak belirtilmemiş olsa bu durum acaba eser sahibinin hakkını ihlâl mi etmiştir, yoksa aksine onu korumuş mudur? Zira, şayet kaynak belirtilmiş olsaydı, eser sahibinin adı zikredilmiş olsaydı o zat belki de piyasadan toplamayı, çekmeyi düşündüğü bir eserin büsbütün şüyu suretiyle daha rezil olacak idi. Burada manevi hakkı adamın açıktır, ihlâl edilmiştir. Çünkü isim belirtilmemiştir. Buna rağmen şahsiyet hakkı kanaatimce korunmuş bulunmaktadır. Bunun gibi örnekleri bulmak ve uzatmak mümkün ama ben bu kadarla iktifa ediyorum. Ümit ederim, sayın meslekdaşımı tatmin edebildim. Teşekkür ederim efendim.

Doç. Dr. Tankut CENTEL : — Ben burada bir tek cümle söylemek istiyorum. Sayın Ozanoğlu son derece isabetle belirttiler. Yargıtay diyor, toplumun ihtiyaçlarına cevap verecek kararlar, çö-

zümmler vermeli diyor. Ben, bunun altını çizerek hepinize teşekkürlerimi sunuyorum.

İsmet OCAKÇIOĞLU (Başkan): — Çalışmalarımızın sonuna gelmiş bulunuyoruz. **Yargıtay'ın Kuruluşunun 120. Yıldönümü** dolayısıyla hazırlanan bu sempozyum için çok değerli ve yararlı bu tebliğleri sunan, hazırlayan ve ayrıca tartışmalarda görüşlerini belirtmek suretiyle büyük ölçüde katkıda bulunan çok değerli meslektaş ve bilim adamlarımıza, görüşmeleri büyük bir ilgi ile izleyen sizlere şükranlarımızı sunuyoruz. Hepinizi saygıyla selamlarken sempozyumu kapıyorum.

—oOo—

DEĞERLİ KONUKLAR,

Kısa ve özlü bir niteleme ile çalışanların hukuku diye isimlendirebileceğimiz iş hukukunun toplumsal boyutu, bireysel boyutundan daha geniştir. Zira, toplumsal ve ekonomik gereksinmelerin yaratıp, geliştirdiği hukukun bu çok özel ve özgün birimi sadece toplumun bir kesimini ilgilendirmekle kalmamakta aynı zamanda ve daha çok toplumun bütününe kucaklamaktadır. Sosyal politikadan geniş ölçüde esinlenen iş hukukunun görevi, sosyal politikanın amacına ve konusuna uygun olarak çalışanları korumak, buna koşut olarak kamu düzenini ve toplumsal barışı sağlamak, işçi-işveren ilişkilerinde hakça bir dengeyi kurmaktır. Ülkemizdeki diğer özel hukuk dallarına göre çok daha genç bir yaşa sahip olmasına karşın, iş hukukunun çok kısa sayılabilecek bir zaman dilimi içinde aldığı mesafe ve kazandığı özel önem azımsanmayacak bir değerdedir. Hiç kuşku yok ki, iş hukukunun böylesine kısa bir süreç içerisinde zenginleşmesini, çağdaşlaşıp, gelişmesini ve dinamik bir yapıya kavuşmasını sağlayan temel etken, yargı kararları ile öğretisel çalışmalardır. Bunu özellikle vurgulamak ve bu konuda çok değerli katkılarda bulunan yargıçlarımıza, bilim adamlarımıza dahası, avukat meslektaşlarıma teşekkürlerimi sunmak isterim. Yine öğreti ile uygulamanın birbirlerinden ayrılmaz bir bütünü oluşturdukları, karşılıklı bir etkileşim içinde oldukları, birbirlerini sürekli besleyip zenginleştirdikleri bilinen bir olgudur. Bu çerçevede, tez ile antitezin karşılaşması sonucu bir senteze varılabileceği yönünde bilimin öngördüğü bir gerçektir. Bunları böylece saptadıktan sonra, gerek öğreti ile uygulamanın birbirini etkileyip izlemesine ve bir oluşturmaya ve de zenginleşmesine yardımcı olmak gerekse, tez ile antitezin karşı karşıya getirilip, sağlıklı sentezlere ulaşılabilmesine katkıda bulunmak yönünden, herşeyden önce, özgür bir tartışma ortamına gereksinme vardır.

Ben düzenlenen ve benzeri nitelikteki sempozyumların, az önce vurguladığım ölçüler içerisinde özgür bir tartışma ortamı yaratan dahası çok yararlı, çok işlevli ve çok yapıcı sonuçlar üreten akademik bir çalışma olarak görüyor ve öyle değerlendiriyorum. Ve inanıyorum ki, seminer süresince öğreti ve uygulamanın içinden gelen ve içinde olan pek çok değerli arkadaşlarımızın sunacağı seçkin, özgün ve nitelikli bildirimleri zevkle ve yararlanarak dinleyeceğiz. Yine özenle seçilmiş pekçok yargı kararının eleştirisini, bu eleştirilerin ortaya getireceği düzeyli, nitelikli ve akademik

Yargıtay Birinci Başkanı Sayın Ahmet COŞAR'ın, Yargıtay'ın Kuruluşunun 120. Yıldönümü Nedeniyle 6-7 Ekim 1988 Günlerinde Düzenlenen Semineri Açılış Konuşması.

ağırlıklı tartışmaları izleyeceğiz. Buna içtenlikle inandığımı belirtmek isterim.

Genelde diğer bilimlerde ve yaşamda, özellikle hukuk alanında söylenmiş, yazılmış, çizilmiş çok güzel sözler, eğitici ve öğretici yapıtlar, sarsıcı buluşlar, hepimize çok coşku veren ulaşılmış hedefler vardır. Ama gerçek odur ki, daha bilimin ve insanoğlunun ulaşamadığı, elde edemediği, ortaya koyamadığı pek çok amacı ve daha söyleyecekleri mevcuttur. İnsanın araştıran kafası bitmeyen bir enerji, sarsılmayan bir inançla sürekli daha iyiyi, daha güzeli yakalamak ve yaratmak peşindedir. Zira bilim yaşamın zorunu değil, sadece insanoğlunun yarattığı yüce değerlerden birisidir. O nedenle; bu seminerin, bu seminer süresince sunulacak tebliğlerin ve yapılacak eleştirilerin ülkemize ve hukukumuza yeni ufuklar, ışıklar ve sesler getireceğine ve bizleri geçmişten daha önde olacak bir yeni aşamaya ulaştıracağına içtenlikle inanıyor, bütün arkadaşlarıma çalışmalarında başarılar dileyerek hepinizi, en derin saygılarımla selamlıyorum.

SAYIN BAŞKAN, DEĞERLİ KONUKLAR

İŞ Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi olarak, Yargıtayın Kuruluşunun 120. yıldönümü münasebetiyle Ankara'da bu semineri düzenlemiş olmaktan büyük bir kıvanç duyuyoruz.

Esasen Millî Komitemiz, kuruluşundan bu yana on yılı aşan bir süredir Yargıtay ile yakın bir işbirliğini sürdürmekte, her yıl İstanbul'da Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin bir yıl önceki kararlarının değerlendirildiği seminerler düzenlemekte ve bu seminerlere yüksek mahkememizin ilgi dairelerinin başkan veya yeleri de katılmaktadırlar. Sözü geçen seminerlerin gerek doktrine, gerek uygulamaya ışık tuttuğu, yardımcı olduğu, genellikle ifade edilmektedir.

Ankara'da düzenlediğimiz bu defaki seminer her yıl düzenlediğimiz seminerlerin bir tekrarı değerildir. Sadece son 10 yıllık bir süre değeril, Türk İş Hukukunun 50 yıllık gelişme süresi dikkate alınacak, fakat sadece bazı önemli konular üzerinde durulacak ve Yargıtay Kararlarının bu konulardaki etkisi belirlenmeye çalışılacaktır.

Görülecektir ki Yargıtay Kararları, Türk İş Hukukunun gelişmesinde sadece uygulamaya yn vermekle kalmamış, kanun değerlikleri yapılırken kanun koyucunun, evvelce Yargıtay Kararları ile benimsenmiş bazı esaslara yeni kanunlarda yer vermesine de yol açmıştır.

Şüphesiz ki Yargıtay Kararlarında benimsenen esasların tasviple karŐılananları yanında eleştiriye konu olanları da vardır.

Seminerde ilk üzerinde durulacak konu, ferdî iş ilişkilerinde 3008 sayılı İş Kanunundan beri üzerine dikkatleri çeken hizmet akdinin feshi ve feshe karşı korunmadır.

İkinci konu, Sendikalar bakımından en hayati konulardan biri olan Sendika zgrlğnn korunmasıdır.

Millî Komite Başkanı Sayın Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'ın, «Türk İş Hukukunun Gelişmesinde Yargıtay Kararının Etkisi Semineri'ni Açış Konuşması. 6.10.1988.

Üçüncü konu, Toplu İş Sözleşmesinin yapılması ve uygulanması, dördüncü konu ise toplu iş uyuşmazlıklarıdır. Böylece, toplu iş ilişkileri alanını ilgilendiren bazı önemli sorunlar üzerinde durulacaktır.

Nihayet beşinci konu, iş kazasından doğan sorumluluk gibi hem teori hem uygulama açısından farklı görüşlerin yer aldığı bir konudur.

Bu konularda Yargıtay Kararları ile ortaya çıkan çözümlerin, İş Hukukumuzun gelişmesine etkisi değerli meslektaşlarım tarafından tebliğleri ile açıklanacaktır. Her tebliğden sonra da sizlerin fikirlerinizi açıklamaya imkân verecek genel görüşme yapılacaktır.

Bize bu seminer imkânını sağlayan sayın Yargıtay Birinci Başkanlığı ile, seminerin düzenlenmesinde ve tebliğlerin hazırlanmasında emeği geçenlere teşekkürlerimi burada da ifade eder, saygılar sunarım.

HİZMET AKDİNİN FESHİ VE FESHE KARŞI KORUNMA AÇISINDAN YARGITAY KARARLARININ ETKİSİ (*)

Prof. Dr. Münir EKONOMİ (**)

● ANLATIM DÜZENİ : I — Hizmet Akdinin Feshi. 1 — Fesih Kavramı. 2 — Fesih Bildiriminin Şekli. 3 — Fesih Türleri. a — Bildirimli Fesih. aa — Zincirleme Hizmet Akitleri ve Fesih. bb — Bildirim Sürelerinin Sözleşmeler İle Artırılması. cc — Bildirim Süresine Ait Ücretin Peşin Ödenmesi Suretiyle Fesih. dd — İhbar Tazminatı. ee — İhbar Tazminatının Kötüniyet Tazminatı İle Birleşmesi. b — Bildirimsiz (Derhal) Fesih. aa — Özellikleri. bb — Fesih Sebepleri. cc — Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi. II — Feshe Karşı Korunma. 1 — Kanundaki Düzenleme Boşluğunun Doldurulması. 2 — Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri İle Feshe Karşı Korunmanın Sağlanması. 3 — Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması.

I. HİZMET AKDİNİN FESHİ

1. Fesih Kavramı

Yargıtay, uzun yıllar içersinde fesih kavramını açıklayan kararlar vermiş ve bu açıdan İş Hukukunun gelişmesine katkıda bulunmuş olmakla beraber, bazı kararlarında fesih kavramı ile bağdaştırılması mümkün olmayan görüşlerin temsil edildiği de görülmektedir.

Fesih, hizmet akdini belirli bir sürenin geçmesinden sonra veya derhal sona erdiren, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanıdır. Fesih, hizmet akdini «bir sürenin geçmesinden sonra» veya «derhal» sona erdiren tek taraflı bir işlem olduğu halde, yüksek mahkeme son yıllarda verdiği bazı kararlarında türlerine göre feshin sonuçlarını doğurmasındaki farklılığı dikkate almadan ve genel olarak feshin akdi derhal sona erdiren bir irade beyanı olduğu şeklinde bir görüş getirmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 1984 tarihli bir kararında şöyle denilmektedir : «Hizmet akdinin bozulması yolundaki irade açıklaması bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan

(*) 6.10.1988 günü, Yargıtay'ın Kuruluşunun 120. Yılı Nedeniyle Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiri.

(**) İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi Öğretim Üyesi.

açıklanmasıyla hukuki sonuçlar derhal doğar ve sözleşme bozulmuş sayılır ve ihbar süresi hizmet süresine eklenmez» (1).

Bozucu yenilik doğuran bir hak olan fesih, derhal fesih türünde iradenin karşı tarafa yöneltilmesiyle hukuki sonuçlarını derhal doğurur ve akit sona erer (2). Buna karşılık belirsiz süreli hizmet akdinin bildirimli feshinde iradenin açıklanmasıyla derhal değil, bir sürenin geçmesinden sonra hukuki sonuçlarını doğurur, yani bildirim süresinin sonunda akit sona ermiş olur. Ne var ki, yüksek mahkeme bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin verilmesi suretiyle akdin feshinde isabetli olmayan bir görüşle akdin fesih beyanının yapılmasıyla derhal sona ereceğini benimseyince, bu görüşünü desteklemek üzere genel olarak fesih kavramını da bir yana itmekte, feshin belirli bir süre sonra hizmet akdini sona erdirmek üzere hüküm doğuracağını tamamen ihmal etmektedir. Çoğunluk oyları verilen bu karara iki üyenin koydukları karşı oy yazısında İşK'nun 13. maddesindeki açık düzenlemeler gözönünde tutulmak ve bildirimli fesih türüne dayalı olmak üzere feshin bir sürenin geçmesinden sonra akdi bozucu sonuç doğuracağı belirtilmiştir (3). İki üyenin bu görüşü fesih kavramı ve bildirimli feshin hukuki sonuçlarını doğurması yönünden olumlu bir gelişme ve hukuka uygun bir değişikliğin başlangıcı olarak görmekteyiz.

Yüksek mahkemece belirtildiği gibi fesih, bozucu yenilik doğuran haklardandır (4). Yenilik doğuran bir hak olarak diğer tarafın bağlı bulunduğu bir hukuki ilişkiyi etkilediğinden, bu husustaki bildirim açık ve belirgin olması gerekir. Bununla beraber taraflardan birinin davranışı irade beyanını belirgin şekilde ortaya koymakta ise, örneğin bir Yargıtay kararına da konu olduğu üzere işçi işi terkedip gitmişse, fesih yapılmış sayılır, ancak şartlarına uyulmadığı için haksız fesih olur (5).

-
- (1) Yarg. 9. HD., 24.2.1984, E. 1984/1061, K. 1984/1906, karar ve F. Üçışık'ın incelemesi, İHU, İşK. 13 (No. 23); aynı görüş Yarg. 9.HD., 6.6.1984, E. 1984/5411, K. 1984/6172, İşveren D., Mart 1985, sh. 11-12.
 - (2) Bu anlamda bak. Yarg. 9.HD., 23.12.1980, E. 1980/8838, K. 1980/14001, karar ve Elbir'in incelemesi, İHU, İşK. 13 (No. 13).
 - (3) Bak. dipnot (1).
 - (4) Yarg. 4.HD., 25.4.1961, E. 960/8033, K. 3893, B. Orhaner, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1966, sh. 427; Yarg. 9.HD., 13.6.1977, E. 77/6449, K. 77/9189, karar ve Narmanlıoğlu'nun incelemesi, İHU, İşK. 17 (No. 7); 23.12.1980, E. 1980/8838, K. 1980/14001, karar ve Elbir'in incelemesi, İHU, İşK. 13 (No. 3); 14.11.1983, E. 1983/6963, K. 9260, İşgören D., Mart 1984, sh. 45; Dipnot (1)'deki kararlar.
 - (5) Yarg. 9.HD., 31.5.1965, E. 4563, K. 4727, Orhaner, sh. 356; 14.1.1977, E. 76/21537, K. 77/963.

Keza yüksek mahkeme mevsimlik işlerde üst üste çalıştırılması dolayısıyla iş ilişkisi belirsiz süreli hizmet akdine dönüşen işçinin, yeni iş mevsimi başlamasına rağmen işe davet edilmemesini, işverenin yeni mevsimde hizmet akdini devam ettirmek istemediği ve feshettiği anlamından sayılacağını kabul etmiştir (6).

Yargıtay kararlarında açıklandığı üzere karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanı olan fesih, o tarafa «ulaştığı» anda hüküm ifade eder (7). Ancak bir kararda fesih bozucu yenilik doğuran bir hak olup kullanılmasıyla hukuki sonuçlarını meydana getirir denildikten sonra «bu irade beyanının karşı tarafa ulaşması gerekmez» şeklinde feshin niteliğine ters düşen bir ifadeye yer verilmiştir (8). Bu görüşün tekrarlanmayacağını ümit etmekteyiz.

2. Fesih Bildiriminin Şekli

İşK'nun 7. maddesinde düzenlenen ve bu kanunda öngörülen bildirimlerin yazılı olarak yapılmasına ilişkin hükmü yorumlayan yüksek mahkeme sözü edilen şeklin «geçerlilik» değil, «ispat» şartı olduğunu bildirmiş ve buna dayanarak da «feshin muteber olması için fesih hakkındaki irade beyanının işçiye yazı ile bildirilmesinin» şart olmadığına karar vermiştir (9).

3. Fesih Türleri

a) Bildirimli Fesih

aa) Zincirleme Hizmet Akitleri ve Fesih

Bildirimli fesih, hizmet akdini belirli bir sürenin geçmesi üzerine sona erdiren bir irade beyanıdır. Bu tür fesih, kural olarak belirsiz süreli hizmet akitleri ayırımının sonuçlarından biridir. Gerek BK'nda ve gerek iş kanunlarında akit serbestisi ilkesi gereğince, akdin türünü seçmekte kural olarak tarafların iradelerine bırakılmış olmakla beraber akdin süreye bağlanması hakkı ve serbestisi kötüye kullanılamaz. Böyle bir kötüye kullanma genellikle zincirleme hizmet akitlerinde kendini göster-

(6) Yarg. 9.HD., 17.5.1984, E. 984/3484, K. 984/5541, Tekstil İşveren D., Ocak 1985, sh. 15-16; 15.12.1983, E. 1983/9113, K. 1983/10663, İşveren D., Haziran 1984, sh. 14-15.

(7) Bak. Dipnot (4).

(8) Yarg. 9.HD., 7.5.1982, E. 1982/3588, K. 1982/4599, karar ve M. Ekonomi'nin incelemesi, İHU, İşK. 13 (No. 19).

(9) Yarg. İBK, 18.2.1959, E. 28, K. 17; Yarg. HGK., 10.1.1962, E. 4/31, K. 1, S. Selçukî, İlmî-Kazaî İçtihatlarla İş Kanunu, 3. bası. İstanbul 1973, sh. 175; Yarg. 9.HD., 28.5.1985, E. 1985/2971, K. 1985/5867.

mektedir. İşçi, birbirini izler şekilde yapılan belirli süreli hizmet akitleri sonucu, belirsiz süreli hizmet akitlerinde uygulanan bildirimli fesih ve buna bağlı tüm koruyucu imkanları kaybetmektedir. Yargıtay yerleşmiş içtihadıyla işverenin birbirini izler şekilde belirli süreli hizmet akdini kurmakla akit yapma hakkını (akit serbestisini) kötüye kullandığını ve böyle bir durumda ayrı ayrı belirli süreli hizmet akitleri değil, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli bir hizmet akdinin bulunduğunu kabul etmekte ve bu akdin sona erdirilmesinde bildirimli feshin tüm sonuçlarıyla uygulanacağını belirtmektedir (10). Akdin türünü seçme serbestisinin sınırını belirleyen ve işçinin korunmasını temel alan bu görüş, İş Hukuku açısından önemli bir gelişmedir.

bb) Bildirim Sürelerinin Sözleşmeler İle Artırılması

Belirsiz süreli hizmet akdinin feshi için kanunda öngörülen bildirim sürelerinin sözleşmeler ile artırılmasının işçi ve işveren yönünden hangi sonuçlar doğuracağına ilişkin yüksek mahkemenin görüşünü paylaşmak güçtür. Yargıtaya göre «İş Kanununun 13'üncü maddesinde akdin feshinde öngörülen önellerin artırılabilceği yönü açıktır. Ancak bu artırma işveren için söz konusu olup işçi yönünden geçerli olmaz» (11).

İş Kanunu m. 13/A'da belirsiz süreli hizmet akdinin feshinde uyulması gereken bildirim süreleri, işçi ve işveren yönünden bir ayırım yapılmadan 2-8 hafta olarak belirlenmiştir. Aynı maddenin B bendinde de «öneller asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir» hükmü getirilmiştir. Bildirim sürelerinin sözleşmeler ile artırılabilceğine dair kuralın nispi emredici nitelikte olduğundan bir kuşku yoktur. Ancak bildirim sürelerinin

(10) Yarg. TD., 6.1.1955, E. 9091, K. 62, O. Başarı-N. Tezmen, Notlu ve İzahlı İş Hukuku ve Sosyal Sigorta Mevzuatı, İstanbul 1967, sh. 68; Yarg. HGK., 26.12.1962, E. 4/193, K. 116, Orhaner, sh. 346; Yarg. 9.HD., 28.12.1964, E. 9428, K. 9438, T. Uygur-İ. Dönmez-B. Kars, konularına Göre İş Davaları, İstanbul 1974, sh. 205; Yarg. 9.HD., 12.11.1965, E. 9024, K. 9141, Orhaner, sh. 348; Yarg. 9.HD., 24.11.1966, E. 11653, K. 11041, B.-S. Orhaner, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1969, sh. 34; Yarg. 9.HD., 15.4.1968, E. 12436, K. 3048, E. Egemen, İş Mevzuatı ile İlgili Örnek Kararlar 1966-1968, İstanbul 1968, sh. 168; Yarg. 9.HD., 26.9.1968, E. 9127, K. 11140, B.-S. Orhaner, sh. 10; Yarg. 9.HD., 20.4.1970, E. 1884, K. 3858; 4.5.1977, E. 988, K. 7302; 24.5.1977, E. 3519, K. 8713, T. Uygur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar-Yargılama, Ankara 1980, sh. 65; Yarg. HGK., 20.4.1977, E. 38, K. 400, M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 5. bası, Ankara 1984, sh. 213.

(11) Yarg. 9.HD., 14.1.1977, E. 76/21537, K. 77/963; 7.10.1985, E. 1985/6513, K. 1985/3139, karar ve M. Ekonomi'nin incelemesi, İHU, İşK. 13 (No. 25).

asgari olmasının ve sözleşmeler ile artırılma imkanının diğer nispi emredici kurallardan farklı şekilde değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Bilindiği üzere genellikle işçiyi korumaya yönelik olarak çalışma şartlarını asgari düzeyde belirleyen nispi emredici kurallar sözleşmeler ile işçi aleyhine değiştirilemezler; fakat işçi yararına değiştirilmeleri mümkündür. İş Kanununda asgari şart olarak belirlenen bildirim süreleri ise sadece işçiyi değil, işvereni de dikkate almak suretiyle konulmuşlar ve bu açıdan diğer nispi emredici kurallardan bir farklılığı vardır. Gerçekten İşK m. 13/A'da bildirim süreleri hem işçi ve hem de işveren için eşit olarak düzenlenmekte ve her iki tarafa aynı hak sağlanmaktadır. Başka bir deyişle İşK m. 13/A'da öngörülen süreler, (B) bendindeki «öneller asgari olup» hükmüyle de teyid edildiği üzere, işçi ve işveren yönünden bildirim sürelerinin asgari sınırını koymakta, bu sürelerin altına inilmesine imkan vermemektedir. Tarafların eşitliğine göre belirlenen asgari bildirim süreleri sadece işveren değil, işçi tarafından yapılacak fesihler için de uyulması zorunlu nitelik taşımakta, bu sürelerin sözleşmelerle kaldırılması veya kısaltılması söz konusu olmamaktadır (12).

İşK m. 13/A'da düzenlenen bildirim sürelerinin sözleşmeler ile artırılması konusunda, asgari süreler yönünden olduğu gibi işçi ve işveren eşitliğinin esas olup olmadığı ve eşitliğin hangi anlamda kabul edileceği önem kazanmaktadır. Öncelikle şu hususu belirtelim ki İşK m. 13/B'de kanuni sürelerin asgari sınırı işçi ve işverenin eşitliğine göre tespit edilirken, bu sürelerin sözleşmeler ile artırılabilmesi konusunda her iki tarafın dikkate alınmadığını, sadece işveren için sürelerin uzatılabilmesi görüşünü isabetli bulmak mümkün değildir. İşK m. 13/B'de «öneller asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir» denilmekle bildirim sürelerinin asgari olması kadar sözleşmeler artırılmasında da her iki tarafın amaçlandığında bir kuşku yoktur. Bildirim sürelerinin artırılmasının sadece işvereni bağlayacağı işçi yönünden geçerliliği olmayacağı yolundaki Yargıtay görüşü, bugüne kadar ne doktrinde ve ne de uygulamada ileri sürülmüştür. Aksine toplu iş sözleşmelerinin bir çoğunda bildirim sürelerinin uzatıldı-

(12) Bak. Yarg. HGK., 29.5.1963, E. 4/39, K. 59; 8.4.1964, E. D-4/930, K. 307, Orhaner, sh. 352-353 ve 343-344.

BK. m. 341'in birinci fıkrasında belirsiz süreli hizmet akdi bir yıldan fazla devam ettiği takdirde, akdin işçi veya işveren tarafından iki haftalık bildirim süresine uyularak feshedileceği bildirilmekte, ikinci fıkrasında ise bu sürelerin sözleşmelerle bir haftadan az olmamak üzere değiştirilebileceği, yani işçi aleyhine olarak dahi sürelerin indirilebileceği belirtilmektedir. İşK'na tab hizmet akitlerinde 13. maddede yer alan özel düzenleme karşısında BK'nun 341'inci maddesinin uygulanma olanağı yoktur.

ğı ve uzatılan sürelerin işçi ve işveren yönünden bir ayırım yapılmadan tespit edildiği görülmektedir. Görüşümüze göre bu tür düzenlemeler, Yargıtayın görüşünün aksine, her iki taraf için de geçerlidir. Bazı sözleşmelerde ise bildirim süreleri artırılmakta, ancak işverenin uyması gereken süreler daha uzun tutulmaktadır. Böyle bir düzenlemenin geçerli olup olmayacağı, başka bir deyişle sürelerin artırılmasında tarafların eşitliğinin mutlak şekilde kabul edilip edilmeyeceği doktrinde görüş ayrılıkları yaratmıştır.

İşK m. 13/B uyarınca bildirim sürelerinin artırılmasının işçi ve işveren için değişik olmayacağını ileri süren görüş, bu hususta BK. m. 340/3 hükmünü dayanak almaktadır. Sözü edilen hükme göre «iş sahipleri ve işçiler için muhtelif ihbar müddetleri mukavele edilmesi caiz değildir». Bu hükmü mutlak-şekli eşitlik olarak değerlendiren görüşe göre, İşK'nda öngörülen asgari bildirim süreleri taraflar yönünden aynı olmak üzere artırılabilir, işçi ve işveren için değişik şekilde artırıldığında, böyle bir anlaşma geçersizdir, yerine kanun hükümleri uygulanır (13). Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre İşK m. 13/B hükmü gereğince sözleşmeler ile bildirim sürelerinin artırılmasında tarafların mutlak-şekli eşitliği değil, İş Hukukuna hakim olan işçinin korunması ilkesine dayalı olarak işçi yararına farklılığa cevap veren anlamda maddi eşitlik şeklinde kabul edilmelidir. Bu açıdan bildirim süreleri işçi ve işveren için aynı uzunlukta artırılabilir gibi, işçi yararına olmak üzere işverenin uyacağı sürelerin daha fazla artırılması yahut işçi için kanundaki süreler benimsenirken işveren hakkında bildirim sürelerinin artırılması mümkün bulunmaktadır (14). Nitekim İsviçre Hukukunda BK m. 340/3'e kaynak olan İsviçre Borçlar Kanunu hükmü yürürlükte iken aynı şekilde yorumlanmıştı. O dönemde İsviçre Hukukunda kabul edilen görüşe göre, Borçlar Hukukunda yer alan işçi ve işveren için değişik bildirim süreleri kararlaştırılamayacağına dair hükümde eşitlik mutlak-şekli anlamda olmayıp, işçinin bildirim süresi yönünden korunarak durumunun işverene nazaran kötüleşmesini önlemek amacını gütmektedir. Buna göre işçiye karşı işverenin uyması gereken bildirim süresi, işçinin uyacağı sürelerden daha az kararlaştırılamaz. Aksi yönde bir anlaşma yapıldığında her iki taraf için daha uzun olan süre uygulanır, yani işveren de kararlaştırılan daha uzun süreye uymakla yükümlü olur. Buna karşılık sözleşmede işveren için işçiye nazaran daha uzun bir süre kararlaştırıldığında, bu süre geçerliliğini ko-

(13) F. H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, sh. 557-558; K. Oğuzman, Hizmet «İş» Akdinin Feshi, İstanbul 1955, sh. 191-192.

(14) N. Çelik, İş Hukuku, C. I, İstanbul 1971, sh. 230-231; aynı yazar, İş Hukuku Dersleri, 9. bası, İstanbul 1988, sh. 163; Çenberci, sh. 243.

rur (15). Ekleyelim ki İsviçre Borçlar Kanununda daha sonra yapılan değişiklikte bildirim sürelerinin sözleşmelerle artırılmasında tarafların mutlak eşitliği temel alınmış, işçi ve işveren için farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılması halinde bu sürelerin geçersizliği değil, her iki taraf için de uzun olan sürenin uygulanacağı kabul edilmiştir (16).

Görüldüğü üzere Yargıtay İşK'nun 13. maddesinde öngörülen bildirim sürelerinin sözleşmelerle artırılmasının işveren için söz konusu olabileceği, işçi yönünden sürelerin artırılmasının geçerli sayılmayacağına ilişkin kararı ne kanuni düzenlemeler ve ne de bu düzenlemelere temel olan ilkeler yönünden isabetlidir. Yüksek mahkeme kanunen belirlenen asgari bildirim sürelerinin işçi ve işveren yönünden bir ayırım yapılmaksızın her ikisinin karşılıklı olarak menfaatlerini dikkate alan bir düzenleme olduğunu, bu sürelerin artırılmasında eşitliğin korunduğunu, ancak sürelerin artırılmasındaki eşitliğin anlamında işçinin korunması ilkesinin taraflara göre farklı etki doğurabileceği hususunu tamamen gözden kaçırmaktadır. O kadar ki BK m. 340/3'deki genel hükmü hiç bir şekilde irdelemek yoluna dahi gitmemiştir. Temennimiz yüksek mahkemenin isabetli olmayan görüşünü değiştirmesidir. Daha önce açıklandığı gibi İşK m. 13/B hükmü, işçi ve işveren yönünden hiç bir ayırım yapmadan eşit şekilde bildirim sürelerinin artırılmasına imkan vermektedir. Ancak sürelerin artırılmasında mutlak-şekli eşitlik değil, işçinin korunmasını amaçlayan maddi anlamda eşitlik esas tutulacaktır. Öyle ki, süreler her iki taraf için aynı uzunlukta kabul edilebileceği gibi, işverenin uyması gereken süreler işçiye nazaran daha uzun tespit edilebilir. Bildirim süreleri sadece işçinin uyacağı süreler olarak artırıldığında, böyle bir sözleşme hükmü geçerli olmaz, işçi için de kanuni süreler uygulanır. Buna karşılık işçi yönünden kanuni sürelerle uyulması benimsenip işveren için bildirim sürelerinin sözleşme ile artırılması mümkündür. Süreler hem işçi ve hem de işveren yönünden artırılmış olmakla beraber işverenin uyacağı süre daha uzun tutulmuş olduğu takdirde, bu düzenleme geçerliliğini korur; işçinin uyması gereken sürenin işveren için öngörülen süreyle aynı sayılması söz konusu olamaz (17). Süreler artırıldığında işveren için belirlenen süre işçininine nazaran daha kısa tutulmuş olursa, o takdirde işveren için kısa değil işçi için tespit edilen daha uzun süre geçerli olur.

(15) Bak. E. Schweingruber, Kommentarzum Dientsvertrag, 3. Aufl, Bern 1960, sh. 113-114.

(16) Bak. E. Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, z. Aufl. Bern 1976, sh. 224, 230.

(17) Aynı görüş Çelik, I sh. 230-231; aksi görüş Çenberci, sh. 243.

cc) Bildirim Süresine Ait Ücretin Peşin Ödenmesi Suretiyle Fesih

Yargıtayın 1970'li yıllarda başlattığı ve halen devam ettirdiği bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenerek hizmet akdinin feshi ile ilgili içtihat, fesih yönünden olumsuz gelişmelerden biridir. Bu görüşe göre belirli süreli hizmet akdinin işveren tarafından bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenerek feshedilmesi halinde akit fesih bildirimiminin yapıldığı anda sona erer, bu nedenle bildirim süresinin işçinin hizmet süresine (kıdemine) eklenmesi ve dolayısıyla bildirim süresi içinde doğacak haklardan yararlanması söz konusu olamaz (18). Yüksek mahkemenin İşK'nun 13. maddesine ve bildirimli feshin niteliğine aykırı düşen bu görüşe katılmak mümkün değildir (19).

İşK m. 13/A'da belirtildiği üzere bildirimli fesihte belirsiz süreli hizmet akdi, bildirim karşı tarafa yapılmasından başlayarak 2-8 «hafta sonra feshedilmiş olur». Hizmet akdinin bildirim süresinin bitiminde sona ermesi, bildirimli feshin hukuki sonucudur. İşverene bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle tanınan fesih yetkisinin, bildirim süresinin hükümlerini kaldıracağı ve dolayısıyla işçiyi bu sürelerle ilişkin kıdeminden ve gerçekleşecek diğer haklarından yoksun bırakacağı kabul

- (18) Yarg. 9.HD., 19.11.1974, E. 74/29983, K. 74/25452; 27.2.1975, E. 1974/28135, K. 1975/13479; 13.11.1975, E. 75/25903, K. 49709, İHU İşK. 13 (No. 1, 2, 6); 21.12.1977, E. 1977/16243, K. 1977/1750, Yasa Hukuk D., Şubat 1978, sh. 300-301; 19.11.1979, E. 79/10099, K. 79/13883, Tütis D., C. 4, Sayı 1-2, sh. 18-19; Yarg. HGK., 24.4.1981, E. 1979/9-166, K. 307; Yarg. 9.HD., 13.5.1981, E. 1981/4177, K. 1981/6845, Tütis D., C. 5, Sayı 4, sh. 25; Yarg. HGK., 19.2.1982, E. 1981/9-1200, K. 1982/132, İHU, İşK. 13 (No. 18); HGK., 19.2.1982, E. 1981/9-1203, K. 1982/135, Tekstil İşveren D., Sayı 70, sh. 15; Yarg. 9.HD., 24.12.1982, E. 1982/9330, K. 1982/10207, İşveren D., C. XXI, sayı 8, sh. 15-16; Yarg. HGK., 16.3.1983, E. 1975, K. 231; Yarg. 9.HD., 24.2.1984, E. 1984/1061, K. 1984/1906, Yargıtay Kararları D., C. X, sayı 8, sh. 1199-1200; Yarg. 9.HD., 6.6.1984, E. 1984/5411, K. 1984/6172, İşveren D., Mart 1985, sh. 12; 24.2.1984, E. 1984/1061, K. 1984/1906, İHU, İşK. 13 (No. 23); Yarg. HGK., 11.5.1984, E. 1982/9-392, K. 1984/549, İşveren D., Mart 1985, sh. 19-20.
- (19) Geniş açıklama için bak. M. Ekonomi, İş Hukuku, C. I, 3. bası, İstanbul 1984, sh. 177 vd.; aynı görüş Çelik, İş Hukuku Dersleri, sh. 163 vd.; Ü. Narmanlıoğlu, İHU, İşK. 13 (No. 6); K. Oğuzman, İHU, İşK. 13 (No. 2); D. Ulucan, İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, İstanbul 1985, sh. 26-27; aynı yazar, İHU, İşK. 13 (No. 18); Ö. Eyrenci, İHU, İşK. 26 (No. 3); aksi görüş Çenberci, sh. 259; E. İnce, İHU, İşK. 13 (No. 1); karşı. F. Üçışık, İHU, İşK. 13 (No. 23); Tunçomağ, İş Hukuku, C. I, 4. bası İstanbul 1986, sh. 358-359.

edilemez. Aksi halde işverene, asıl yükümlülüğü olan ve işçiye daha geniş haklar sağlayan bildirimli feshin hükümlerinden, maktu bir para ödeyerek kurtulmak üzere seçimlik bir yetki verilmiş olur ki, böyle bir sonuç kanunun amacı ve İş Hukukunun ilkeleri ile bağdaşmaz. Bu düşünce yüksek mahkemenin 1963 tarihli bir kararında ve yine bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenerek hizmet akdinin feshinde, akdin bildirim sürelerinin bitiminde sona ermesine ilişkin hukuki sonuçların hiç bir suretle kaldırılamayacağını, işçinin bildirim süreleri içinde sağlanacak bütün haklardan yararlanacağını savunduğu dönemde şöyle dile getirilmiştir: «Haklı bir sebebe dayanmadan ve kanuni önellerin geçmesini beklemeyerek akdi derhal bozan tarafın, bu davranışından az bile olsa faydalanabilmesine elverişli bir hukuki görüşü seçmek adalet ve kamu düzeni ilkeleri ile bağdaşması mümkün olmayan bir çelişme içine düşmek olacaktır» (20). Yüksek mahkemenin bu düşüncüyü terkederek tam aksi yönde bir görüşe sahip çıkması, olumsuz bir gelişmeyi açıkça ortaya koymaktadır. Daha önce değinildiği gibi, Yargıtay isabetli olmayan sonraki görüşüne dayanak ararken fesih kavramını dahi tek yönlü bir niteliğe büründürmüş bildirimli feshi bir tarafa iterek genel olarak feshi, bu husustaki iradenin açıklanmasıyla derhal hukuki sonuçlarını doğuran bir hukuki işlem şeklinde tanımlamıştır. Genel olarak fesih, hizmet akdini fesih bildiriminin açıklanmasıyla derhal sona erdiren bir işlem olmadığı gibi, bildirim sürelerini ve hükümlerini kaldıracak şekilde derhal fesih olarak yorumlanamaz. Bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenerek feshinde belirsiz süreli hizmet akdinin önceden bildirilmek suretiyle feshedilmesine dayalı bütün hukuki sonuçları doğurmak üzere, işverene bildirim süreleri içinde işçiyi çalıştırmayarak ilişkiye fiilen son vermek yetkisi tanınmıştır. Bu yetki de hukuki yönden derhal fesih olmayıp, bildirim sürelerine uyularak yapılan feshin özel bir uygulama şeklidir.

dd) İhbar Tazminatı

İhbar tazminatının şartları ile ilgili uyumsuzluklarda genelde isabetli kararlar veren ve uygulamaya ışık tutan yüksek mahkemenin ihbar tazminatının niteliği ve kötüniyet tazminatı ile ilişkisine dair görüşlerine katılmak güçtür. Son konuya aşağıda ayrıca değinilecektir.

Yargıtayın belirttiği gibi, İşK'nun 13. maddesine göre bildirim süresi belirsiz süreli hizmet akitleri için öngörölmüş olup, sürenin geçmesiyle kendiliğinden sona eren belirli süreli hizmet akitlerinde ihbar tazminatı

(20) Yarg. HGK., 29.5.1963, E. 3/39, K. 59, Orhaner, sh. 252-253.

istenemez (21). Ancak zincirleme olarak yapılan belirli süreli hizmet akitleri, belirsiz süreli hizmet akdi sayılacaklarından bunlarda bildirim sürelerine uyulması gerekir, aksi halde ihbar tazminatı talep edilebilir (22). İhbar tazminatı bildirim şartına uymayan taraf, hem işveren ve hem de işçi için öngörülmüştür. Taraflardan birinin karşı tarafa hiç bir süre tanımadan (23) fesihde bulunması hali gibi, bu süreler eksik olarak tanıdığı (24) zaman da tazminatın ödenmesi gereklidir.

İhbar tazminatının hesabında asıl (temel, çıplak) ücrete ek olarak işçiye sözleşme veya kanun gereğince sağlanmış bulunan para ve para ile ölçülmesi mümkün menfaatler de dikkate alınacaktır. İşverence bildirim şartına uyulmadan ilişkiye son verildiğinde hükmedilecek bildirim sürelerine ait ücret tutarındaki tazminata, işçiye bu süreler içinde verilmesi gereken iş arama izni ücreti de dahil olduğundan, işçi ihbar tazminatı dışında bu hususta bir istekte bulunamaz (25). Yargıtay bir kararında ihbar tazminatı miktarının İşK'nun 13. maddesinde işçinin hizmet süresine göre değişken biçimde düzenlendiğini belirttiikten sonra, madde hükmünün kamu düzeni ile ilgili olmasından dolayı tensikat nedeniyle işten çıkarılan işçilere ihbar tazminatının % 20 oranında zamlı ödeneceğine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmünün geçersiz olduğunu bildirmiş tir (26). Yüksek mahkemenin dayandığı gerekçeyi yeterli ve vardığı sonucu isabetli bulmak mümkün değildir. «Madde hükmü kamu düzeni ile ilgilidir» gerekçesi toplu iş sözleşmesi hükmünün geçersizliği sonucu doğuracak bir anlam taşımaktadır. Zira İş Hukukunda devletin işçi ve işveren ilişkilerine müdahalesine dayalı bütün kurallar, bu arada 13. maddenin diğer hükümleri de kamu düzeni ile ilgilidir. Yüksek mahkemenin İş Hukuku yönünden üzerinde durması gereken husus ihbar tazminatını düzenleyen hükümlerin mutlak veya nispi emredici nitelikte olup olmadıklarıydı. Kararda varılan sonuç, ihbar tazminatı hükümlerinin mutlak

-
- (21) Yarg. 9.HD., 13.9.1977, E. 77/10272, K. 77/12560, karar ve D. Ulucan'ın incelemesi, İHU, İşK. 13 (No. 10); Yarg. HGK., 27.12.1978, E. 1978/9-597, K. 1978/1242.
- (22) Bak. dipnot (10).
- (23) Yarg. 9.HD., 28.6.1966, E. 6651, K. 6614, Egemen, 1968, sh. 174; 20.6.1968, E. 4946, K. 8997, B.-S. Orhaner, sh. 38; 10.7.1970, E. 6898, K. 7808, Egemen, 1972, sh. 123; 28.2.1978, E. 77/15693, K. 78/3379, İHU, İşK. 14 (No. 15); 7.5.1982, E. 1982/3966, K. 1982/4587, karar ve M. Ekonomi'nin incelemesi, İHU, İşK. 13 (No. 20).
- (24) Yarg. 9.HD., 12.9.1966, E. 7696, K. 8100, B.-S. Orhaner, sh. 27; 17.6.1967, E. 2864, K. 5604, Egemen, 1968, sh. 169.
- (25) Yarg. 9.HD., 9.10.1969, E. 5527, K. 9644, Selçukî, sh. 449-450.
- (26) Yarg. 9.HD., 12.1.1981, E. 1980/15645, K. 1981/63, karar ve A. Güzel'in haklı eleştirileri kapsayan incelemesi, İHU, İşK. 13 (No. 12).

emredici nitelikte görüldüğünü göstermektedir ki, bu görüşü paylaşmak güçtür. Görüşümüze göre İşK m. 13/C hükmü nispi emredici niteliktedir. Bildirim sürelerinin artırılmasını sözleşmelerle kararlaştırarak tazminat miktarını yükseltmek imkanına sahip olan tarafların, doğrudan doğruya tazminat miktarını artırabileceklerinde bir kuşku olmamak gerekir.

Yargıtay, dayanakları hakkında ayrıntılı bir açıklamaya girmeksizin «ihbar tazminatı bir işsizlik tazminatıdır» görüşünü temsil etmektedir (27). İhbar tazminatının niteliği konusunda yüksek mahkemeden farklı düşünmekteyiz. Öncelikle şu hususa değinelim ki, ihbar tazminatı hukuki niteliği itibarıyla bir ücret değil, bir Hukuk Genel Kurul kararında da belirtildiği üzere, tarafların «ihbar süresine saygı şartını emredici bir kural olarak» koyan hükme aykırı davranışın hukuki bir müeyyidesidir (28). İşveren veya işçinin, bu husustaki hükümlere uymaksızın akdi fesih yoluna gittiklerinde, kusurlu davranışta buldukları açıktır. Böyle bir haksız fesih dolayısıyla karşı taraf için bir zarar da söz konusu olabilir. Fakat İşK m. 13/C'de ihbar tazminatı, teknik ve genel hükümlerde olduğu gibi herhalde bir zarar karşılığı olarak kabul edilmemiş, bildirim şartına gerektiği gibi uyulmasını sağlamak amacı ile birlikte, diğer taraf için bir zarar doğabileceği de dikkate alınacak konu da karşılayacak, çift karakterli özel bir tazminat olarak kabul edilmiştir (29). Çift amaca yönelik olmasının sonucu, bildirim sürelerine uyulmadan yapılan fesihde karşı taraf bir zarar görmese, örneğin işverenin önceden bildirimde bulunmayarak işten çıkardığı işçi hemen veya bir kaç gün sonra iş bulsa dahi, işverenden ihbar tazminatı istemek hakkı vardır. Aynı şekilde işçi de bildirim süresine uymaksızın işini terkederse işveren onun yerini doldursa ve bir zararı bulunmasa dahi, işçiden bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında tazminat isteyebilir. Tazminata hükmedilmesi için bildirim sürelerine uyulmaksızın ilişkiye son verildiğini yahut bu sürelerin tamamen kullandırılmadığının ispatı yeterlidir; ayrıca zararın ispatı yükümlülüğü yoktur. Zira, kanun zararla bağlı olmaksızın maktu bir şekilde verilecek tazminat miktarını belirlemiştir.

ee) İhbar Tazminatının Kötüniyet Tazminatı İle Birleşmesi

İşK'nun 13. maddesinde bildirim şartına uyulmadan fesih (m. 13/C

(27) Yarg. 9.HD., 23.5.1966, E. 8555, K. 8535, Orhaner, sh. 48-49; 31.12.1965, E. 10575, K. 10295; 27.6.1974, E. 33069, K. 13683, Çenberci, sh. 255; ayrıca bak. dipnot (31).

(28) Bak. dipnot (20).

(29) İhbar tazminatının hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında bak. Saymen, sh. 606; Çenberci, sh. 253 vd.; T. Esener, İş Hukuku, 3. bası, Ankara 1978, sh. 229 vd.

f.1) ile fesih hakkının kötüye kullanılması (m. 13/C f. 3) ayrı ayrı düzenlenmiş ve hukuki müeyyidelere bağlanmıştır. Bu nedenle fesih hakkının kötüye kullanıldığı iddia ve ispat edildiği durumda, ayrıca bildirim sürelerine uyulmaması da söz konusu ise, ayrı amaçlara yönelik ve nitelikleri birbirinden farklı müeyyideler olarak hem feshin kötüye kullanılması karşılığı tazminat ve hem de ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekir (30). Yargıtay ise kötüniet tazminatı hukuki niteliği itibariyle ihbar tazminatının vasıflı şeklinden ibarettir ve ihbar tazminatı kötüniet tazminatının içindedir; bu nedenle kötüniet tazminatına hükmedildiği halde ihbar tazminatına karar verilemez görüşündedir (31).

Yüksek mahkemenin görüşü ihbar tazminatını ve kötüniet tazminatını ayrı fıkralarda, amaç ve nitelikleri itibariyle birbirinden bağımsız şekilde düzenleyen İşK'na ters düşmektedir. İhbar tazminatı tarafların belirsiz süreli hizmet akdinin bildirimli feshi için öngörülen şartlara gerektiği şekilde uyulmasını sağlamak amacıyla getirilen bir müeyyide iken, kötüniet tazminatı özellikle işverenin fesih hakkını sosyal amacından saptırılmak suretiyle veya karşı tarafa zarar vermek kastıyla kullanılmasının bir müeyyidesidir. Bildirim şartına uyulmadan hizmet akdi fesih edilirken, bu hak ayrıca kötüye de kullanılmış olabilir; fakat fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olmadan da bildirim şartına uymaksızın akdin feshi yoluna gidilebilir. Bu durumlar kötüniet tazminatı ile ihbar tazminatının aynı amaç ve nitelikte olmadıklarını açıkça ortaya koymaktadır. Aksi halde, yani bu tazminatlar aynı nitelikte ise, bildirim şartına uyulduğu hallerde ya kötüniet tazminatının da verilmeyeceği veya bildirim süreleri tutarının kötüniet tazminatından indirilmesi gerekeceği bir sonuca da götürür ki, bu sonucun kabulü hiç bir suretle düşünülemez. Ne var ki ihbar ve kıdem tazminatını aynı nitelikte gören ve bunların birleşmeyeceği görüşünden hareket eden yüksek mahkeme, belirtilen konuda da olumsuz bir adım atmıştır. Yüksek mahkemeye göre

(30) Aynı görüş Saymen, sh. 609; Tunçomağ, sh. 361; Çelik, İş Hukuku dersleri, sh. 168; Selçukî, İHU, İşK. 13 (No. 3); Eyrenci, İHU, İşK. 13 (No. 11); Ulucan, İHU, Sen. K. 19 (No. 3); Oğuzman, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, genel görüşme, İstanbul 1985, sh. 56.

(31) Yarg. 9.HD., 8.2.1973, E. 25120, K. 1727, İHU, İşK. 13 (No. 3); Yarg. HGK., 24.1.1979, E. 1978/9-586, K. 1979/55, İHU, İşK. 13 (No. 13); Yarg. 9.HD., 11.12.1980, E. 12472, K. 13257; 3.3.1981, E. 84, K. 2993, Çenberci, sh. 267-268; Yarg. 9.HD., 15.2.1984, E. 1984/705, K. 1984/1250, İHU, İşK. 13 (No. 21); 16.3.1984, E. 1984/2194, K. 1984/2844, İşveren D., Kasım 1984, sh. 15; aynı görüş Çenberci, sh. 261 vd.; Ü. Narmanlıoğlu, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, sh. 21; S. Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, sh. 163 vd.

kötüniyet tazminatı ihbar tazminatını da içerdiğinden ödenmiş olan ihbar tazminatının kötüniyet tazminatından indirilmesi gerekir (32); davacı işçiye ihbar tazminatı ödendiğinde ayrıca ihbar tazminatının iki misli kötüniyet tazminatı verilmesi gerekir (33).

Diğer yandan Yargıtayın ayrı amaçlara yönelik ve nitelikleri birbirinden farklı iki ayrı tazminatı, sun'î şekilde aynı niteliğe bağlı tutması, doğrudan ihbar tazminatının niteliğine dair kararlarına ters düşmekte ve açık bir gelişkiyi ortaya koymaktadır. Gerçekten ihbar tazminatını bir işsizlik tazminatı niteliğinde kabul eden yüksek mahkemenin kötüniyet tazminatını da bir işsizlik tazminatı olarak gördüğü veya kendi ifadesiyle «kötüniyet tazminatı işsizlik tazminatının vasıflı şeklini» oluşturur sonucuna götürmektedir ki, böyle gelişkili bir nitelendirmeyi ne kanun hükümleri ve ne de hukuki kurumlar açısından kabul etmek mümkündür. Medeni Kanununun 2. maddesindeki genel kuralın fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin özel bir düzenlemesine dayalı olan kötüniyet tazminatının tamamen başka bir amaçla getirilen ihbar tazminatı ile bir ilişkisi yoktur.

Ayrıca Yargıtayın kötüniyet tazminatına hükmedildiği takdirde ihbar tazminatının kötüniyet tazminatının içinde olduğuna dair görüşünün ayrı amaçlara yönelik kuralların varlığını ve işlerliğini olumsuz yönde etkileyeceği de bir gerçektir. Örneğin, fesih hakkını kötüye kullanan işveren bildirim süresine uygun hareket ettiğinde, bildirim sürelerinin üç katı tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olurken, kötüniyet yanında bildirim şartına da uymayan işveren aynı miktarda tazminata mahkum edilecektir. Durum böyle olunca bir yandan kötüniyetle hareket edenlere bildirim şartına dahi uymamayı özendiren bir yol açılmakta; diğer yandan kötüniyet tazminatının miktarı da bildirim sürelerinin üç katı yerine iki katına indirilmekte, yaptırım gücü zayıflatılmakta ve bir bakıma kötüniyetli kişilerin korunması sağlanmış olmaktadır.

Ekleyelim ki, yüksek mahkemenin kanuna ve her iki tazminatın amaçlarına uygun düşen kararları da vardır. Bunlar işçinin sendikal faaliyette bulunması sebebiyle hizmet akdinin feshedildiği hallere ilişkin olup, yüksek mahkeme kötüniyet tazminatını daha güçlü bir müeyyide altına alan SenK'ndaki (274 sayılı Kanun m. 19, 2821 sayılı Kanun m. 31) en az bir yıllık ücret tutarındaki tazminat dışında bildirim sürelerine uyul-

(32) Yarg. 9.HD., 18.4.1972, E. 8018, K. 11748, Çenberci, sh. 268.

(33) Yarg. HGK., 28.5.1982, E. 385, K. 531, Çenberci, sh. 268.

mamasının yaptırımı olan ihbar tazminatının da ayrıca istenebileceğine karar vermiştir (34). Bu kararlar isabetlidir.

b) Bildirimsiz (Derhal) Fesih

aa) Özellikleri

Feshin diğer bir türü olan bildirimsiz fesih, hizmet akdinin haklı bir sebebe dayanarak derhal sona erdirilmesidir. Bu tür fesihte feshin bir süreye bağlı olarak önceden bildirilmesi gerekmemekte, irade beyanının karşı tarafa ulaşması üzerine bir sürenin geçmesi beklenilmeksizin akit derhal sona ermektedir.

Bildirimli fesihte tarafların belirli bir sebep göstermeleri zorunlu olmadığı halde, hem belirli ve hem de belirsiz süreli hizmet akitlerinde uygulanan derhal fesihte kanunen belirlenen sebeplerden birinin varlığı şarttır. Böyle bir sebebe dayanılmaksızın derhal fesih hakkı kullanılamaz. Hizmet akdini sona erdirmek üzere irade açıklamasında, haklı sebebe dayanıldığına açıkça belirtilmesi gerekir. Bununla beraber sebebin bildirilmesinin yahut somut bir olay gösterilmesinin gerekip gerekmediği üzerinde durulması gereken bir konudur. Yargıtay esas itibarıyla sebebin karşı tarafa bildirilmesi zorunluluğuna işaret etmekte (35), bir kararında ise dayanılan bir sebebin bulunmasının yeterli görüldüğü, bunun bildirilmesinin gerekli olmadığı anlamı çıkarılmaktadır (36). Yüksek mahkemenin bu husustaki görüşünü daha açık şekilde ortaya koyması uygun olacaktır. Görüşümüz, doktrinde hakim olan görüşle (37) birlikte, fesih bildiriminde haklı sebebe dayanıldığına belirtilmesinin gerektiği, fakat somut olarak bir sebebin veya olayın gösterilmesinin şart olmadığı yolundadır. Ancak fesihte bulunan taraf, uyumsuzluk halinde fesih anında haklı bir sebebin varlığını ispat ile yükümlüdür. Hizmet akdinin derhal feshedildiği halde sebep bildirilmemişse, karşı taraf sorduğunda sebebin bildirilmesi gerekir (38) ve sonradan bildirilen sebep, fesihte dayanılan haklı sebep

(34) Yarg. 9.HD., 18.4.1968, E. 13332, K. 1388, B.-S. Orhaner, sh. 555-556; 28.1.1969, E. 15497, K. 596; Yarg. HGK., 19.11.1969, E. 969/9-832, K. 832, Egemen, 1972, sh. 87-93.

(35) Yarg. HGK., 14.8.1962, E. 4/25, K. 27; Yarg. 4.HD., 12.6.1965, E. 1080, K. 3096, Çenberci, sh. 357-358 dipnot 4 ve 5.

(36) Yarg. 9.HD., 21.2.1974, E. 5351, K. 3955; ayrıca bak. Yarg. 9.HD., 21.2.1978, E. 77/15323, K. 78/2703, karar ve T. Çögenli'nin incelemesi, İHU, İşK. 17 (No. 2).

(37) Oğuzman, sh. 121 ve dipnot 20; Çenberci, sh. 358; R. Atabek, İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938, sh. 123-124.

(38) Oğuzman, sh. 121; Atabek, sh. 124.

olarak kabul edilir. Fakat karşı taraf bunun aksini, örneğin, bildirilen sebebe dayanılmadığını yahut böyle bir sebebin bulunmadığını ispat edebilir (39).

Haklı sebep ister fesih anında ister sonradan bildirilmiş olsun, fesih bulunan taraf bu sebeple bağlıdır. Sonradan ortaya çıkan veya daha önce mevcut olan ve bilinen başka bir sebebe dayanılmaz (40). Ancak, sonradan ortaya çıkan haklı bir sebebe dayanılarak yeniden fesih hakkı kullanılabilir. Yine yüksek mahkemenin kararları ile belirlendiği üzere, belirli sebep veya sebeplerle hizmet akdi feshedildiği halde, gerçekte böyle bir sebep bulunmamakta yahut ileri sürülen sebebin varlığı ispatlanamaz ise, bu takdirde fesih geçersiz değil, fakat haksız fesih olur. Öyle ki, taraflar arasındaki akit belirsiz süreli bir hizmet akdi ise, akdi sona erdirmek hususundaki irade beyanı bildirimli fesih türünde bir fesih olarak kabul edilmekte, ancak sürelerine göre önceden bildirimde bulunulmadığı için de, bildirim sürelerine uyulmaksızın yapılan feshede (haksız fesih) ilişkin bütün hükümlerin uygulanması gerekmektedir (41). Sona erdirilmek istenilen belirli süreli bir hizmet akdi olduğunda, akit kararlaştırılan sürenin bitiminden önce haksız surette bozulmuş sayılarak, buna ilişkin sonuçlar doğacaktır.

Belirsiz süreli hizmet akdinin haklı bir sebep olmadan derhal feshedilmesi, feshin bildirim sürelerine uyulmadan haksız olarak feshini oluşturduğu için ihbar tazminatının ödeneceği açıktır. Ancak uygulamada belirsiz süreli hizmet akdini haklı sebebe dayanarak derhal fesheden işçinin de ihbar tazminatı isteğinde bulunduğu görülmektedir. Yüksek mahkeme isabetli ve hukuka uygun olarak bu istekleri reddetmektedir (42).

bb) Fesih Sebepleri

Derhal fesih hakkının doğumu, haklı sebeplerden birinin varlığına bağlıdır ve Türk İş Hukukunda bu sebepler kanunda gösterilmiştir. İşK'

(39) Oğuzman, aynı yer; Çenberci, sh. 358.

(40) Yarg. 9.HD., 4.5.1967, E. 2979, K. 3812, Egemen, 1968, sh. 185, 186; 6.11.1970, E. 7068, K. 11985, Egemen, 1972, sh. 148; 25.2.1981, E. 1981/282, K. 1981/2820, karar ve M. Ekonomi'nin incelemesi, İHU, İşK. 16 (No. 5).

(41) Yarg. 9.HD., 18.4.1966, E. 2858, K. 3145, B.-S. Orhaner, sh. 69; 8.12.1969, E. 8329, K. 11423; 13.10.1970, E. 809, K. 10709; 16.2.1971, E. 15232, K. 1906, Egemen, 1972, sh. 145, 147, 149.

(42) Yarg. 9.HD., 2.6.1966, E. 4952, K. 4703, Selçukî, sh. 281; 10.11.1970, E. 7320, K. 12114; İHU, İşK. 16 (No. 1); 3.5.1973, E. 1972/26166, K. 1973/14350, İHU, İşK. 16 (No. 2); 14.2.1978, E. 1977/15149, K. 1978/2304, Yasa Hukuk D., Mart 1978, sh. 492-493; 19.2.1980, E. 1979/12599, K. 1980/1320, Tütis D., C. 4, sayı 3-4, sh. 11.

nda hem işçi ve hem de işveren yönünden derhal fesih sebepleri, «sağlık sebepleri», «ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri» ve «zorlayıcı sebepler» olarak üç grupta toplanmıştır. Her grup içinde haklı sebepler sayılırken, özellikle ahlak ve iyiniyet kurallarının saptanmasında kesin bir sınırlamaya gidilmemiş, kanunda gösterilenlerin «benzeri» olan hallerde de fesih hakkının kullanılacağı bildirilmiştir. Yüksek mahkeme bu durumu kararları ile doğrulamıştır (43).

Kanunda belirtilen sebepler bazı şartlara tabi tutulmuş, şartların bir kısmı kesin tanımlamaya ve sınırlamaya gidilmeksizin çalışma hayatının gereklerine ve değişen ihtiyaçlarına göre yoruma açık ve esnek bırakılmış, bir kısım sebepler ise örnek olarak verilerek «gibi» sözü ile diğer hallerin de bunlara dahil bulunduğu bildirilmiştir. Bunun sonucu haklı bir sebebe dayanıldığında, öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediği yahut ileri sürülen olayın benzer bir hal olarak kanunda gösterilen nitelikte haklı bir sebep sayılıp sayılmayacağı konusunda uyumsuzluk çıkması beklenirdi ve yüksek mahkemeye intikal eden çok sayıda uyumsuzluk da çıkmıştır. Sözü edilen kararlar, bu tebliğin sınırları içinde incelenemeyeceği gibi, tebliğ konusunun dışında da kalmaktadırlar. Ancak genel bir değerlendirilmeye tabi tutulduklarında yüksek mahkemenin değinilen kararlarıyla, bazı sapmalar dışında fesih sebeplerine açıklık kazandırılmış ve uygulamanın ihtiyaç duyduğu boşluklar doldurulmuştur. Bu arada fesih sebeplerinin ilgili bulunduğu ve İş Hukuku Mevzuatında açıkça düzenlenmeyen bazı genel kavramlar ve içerikleri hakkında da önemli prensip kararları verildiği görülmektedir. Bunlardan biri İşK m. 16/II-e'de yer alan «iş şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa» sebebiyle bağlantılı olarak işverenin işçinin işini ve çalıştığı işyerini değiştirme yetkisinin bulunup bulunmadığı ve hangi hallerde işverence sözü edilen değişikliğin yapılabileceği konusunun önemli ölçüde bir çözüme bağlanmış olmasıdır. Bilindiği gibi Yargıtay işverenin talimat verme, diğer bir deyişle dar anlamda yönetim hakkının işverene işçinin hizmet akdi ile belirlenen işini veya çalıştığı işyerini değiştirme yetkisi vermediğini isabetli şekilde belirtmiş, aksi yönde, yani işçinin muvafakatı olmaksızın yapılacak bir işlemin iş şartlarının esaslı bir tarzda değiştirilmesi anlamında haklı bir sebep oluşturacağını ve işçinin hizmet akdini derhal fesih edebileceğini kabul etmiştir (44). Ancak Yar-

(43) Yarg. 9.HD., 4.10.1966, E. 9321, K. 9195, Selçukî sh. 419-420; Yarg. HGK., 9.12.1970, E. 1152, K. 671; Yarg. 9.HD., 6.4.1968, E. 13055, K. 4050, Çenberci, 4. bası, Ankara 1978, sh. 1150-1151.

(44) Yarg. 9.HD., 3.5.1973, E. 1972/26166, K. 1973/14350, İHU, İşK. 16 (No. 2); 22.3.1982, E. 1982/1037, K. 1982/2931, Tütis D., C. 6, sayı 4, sh. 17-18;

gıtay belirli şartlar altında işçinin rızası alınmaksızın işinin veya işyerinin değiştirilebileceğini belirtmek suretiyle işverenin bu husustaki yetki alanını çizmiştir. Yüksek mahkemeye göre, özel bilgi ve tecrübe istemeyen işlerde çalışan vasıfsız işçiyi işveren gördüğü lüzum üzerine diğer bir işe verebilir. Ancak yeni işin şartları önceki işe nazaran daha ağır ise, işverene aynı yetkinin tanınması mümkün değildir. Yeni işin şartlarının daha ağır olup olmadığının bilirkişiye incelettirilmesi gerekir (45). Yüksek mahkeme bu esası aynı tür ve değerdeki işler için de tekrarlamakta ve daha ağır şartları olmayan «aynı kısımda görülen ve aynı nitelik taşıyan» diğer bir işe verilen işçinin böyle bir işi kabul etmek zorunda bulunduğunu kabul etmektedir (46). Nihayet aynı görüşü Yargıtay isabetli olarak, işçinin daha yüksek değerde bir işe getirilmesi halinde de uygulamakta, işverence daha yüksek değerdeki bir iş verilmek suretiyle iş değişikliği yapıldığında kendi yararına olan böyle bir değişikliği işçinin kabul etmesinin iyiniyet kuralının bir gereği olduğunu ve bu durumda da iş şartlarının ağırlaşmış ağırlaşmadığının gözönünde tutulması gerektiğini bildirmektedir (47).

Yüksek mahkeme aynı düşüncüyü işyerinin kurulu bulunduğu mahallin değiştirilmesi açısından da dile getirmektedir. İşveren işyerinin kurulu bulunduğu mahalli değiştirerek faaliyetini aynı il sınırları içinde başka bir yere naklederse uzaklık fazla olmadığı ve işçinin durumunu ağırlaştırmadığı (48) ve bu arada ikamet ettiği yer itibariyle bir güçlük yaratmadığı (49) takdirde işçi yeni işyerinde işini görmekle yükümlüdür. Bu haller işçiyi İşK m. 16/e'ye dayalı haklı sebeple derhal fesih hakkı vermez.

Yargıtayın fesih sebeplerine ilişkin kararlarında bazı sapmalar olduğunu, getirilen görüşlerin kanun hükümlerine uygun düşmediğini belirtmiştik. Bu hususta da bir örnek vermek suretiyle konuyu tamamlarken,

9.11.1979, E. 79/12834, K. 79/13520; Yarg. HGK., 23.6.1982, E. 1980/9-1229, K. 1982/719, kararlar ve P. Soyer'in incelemeleri, İHU, İşK. 17 (No. 17, 18); Yarg. 9. HD., 17.6.1983, E. 1983/3622, K. 1983/5568, Tütis D., C. 7, sayı 6, sh. 7; 21.10.1983, E. 983/6227, K. 983/8480, karar ve M. Ekonomi'nin incelemesi, İHU, İşK. 16 (No. 6).

- (45) Yarg. 9.HD., 25.3.1971, E. 14123, K. 4889, İşveren D., C. IX, sayı 12, sh. 15.
 (46) Yarg. 9.HD., 14.9.1979, E. 79/1744, K. 79/2130, karar ve S. Taşkent'in incelemesi, İHU, İşK. 17 (No. 11).
 (47) Yarg. HGK., 3.5.1975, E. 1972/9-76, K. 1974/475, İşveren D., C. XIV, sayı 6, sh. 23-24; Yarg. 9.HD., 14.9.1979, E. 79/1744, K. 79/2130, karar ve S. Taşkent'in incelemesi, İHU, İşK. 17 (No. 11).
 (48) Yarg. 9.HD., 16.11.1971, E. 18063, K. 22622, Uygur-Dönmez-Kars, sh. 183-184.
 (49) Yarg. 9.HD., 11.12.1970, E. 14537, K. 14082, Uygur-Dönmez-Kars, sh. 183.

yüksek mahkemenin bu hüsusta ileri adımlar atacağını da beklemekteyiz. Bilindiği gibi yüksek mahkeme son yıllarda verdiği kararlarında işçinin işyeri ile ilgili olmayan bir suçlama dolayısıyla tutuklanması ve bu suretle işe devamsızlığını işçinin şahsına bağlı zorlayıcı (mücbir) bir sebep olarak nitelendirerek böyle bir durumda işverenin hizmet akdini İşK m. 17/III uyarınca derhal feshedebileceğini kabul etmektedir (50). Yüksek mahkemenin kararlarında tutuklamanın haklı veya haksız olması yönünden bir ayırımı ve gerekçeye rastlanmamaktadır. Eğer tutuklama haklı ise, bu sebeple işçinin işe devamsızlığını İşK m. 17/III'de düzenlenen zorlayıcı sebebe dayandırmak imkanı yoktur. Zira zorlayıcı neden sayılacak olayda kusurun söz konusu olmaması gerekir. Yargıtay tutuklamanın haklı veya haksız olması ayırımı üzerinde durmadıktan başka, hüküm giymiş bir işçinin işe devamsızlık halini dahi İşK m. 17/III'e giren bir sebep olarak değerlendirmiştir ki, bu görüşe katılmak güçtür (51). İşK m. 17/III uyarınca işçiyi bir haftadan fazla süreyle çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı sebep, unsurları itibarıyla ancak kusurdan uzak bir olay niteliğinde olabilir. «Mahkumiyetin infazı sebebiyle devamsızlığın» zorlayıcı sebep olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından, böyle bir durumda İşK m. 17/III kapsamına giren bir sebepten söz edilemez; işveren hizmet akdini İşK m. 17/III-d şartlarını oluşturan devamsızlık sebebiyle hizmet akdini feshedebilir.

cc) Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi

İşK m. 18/1'de ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar sebebiyle hizmet akdinin sona erdirilmesi yönünden fesih hakkının kullanılması belirli süre ile sınırlanmıştır. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi ve işveren için tanınmış olan fesih hakkı, iki tarafın birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten sonra ve her halde fiilin vukuundan itibaren bir yıl sonra kullanılamaz.

- (50) Yarg. 9.HD., E. 983/1869, K. 983/3189, Tekstil İşveren D., Ağustos 1983, sh. 18; 16.5.1983, E. 983/2514, K. 983/4752, Tekstil İşveren D., Ekim 1983, sh. 15; 4.7.1983, E. 1983/4180, K. 1983/6130, Tütis D., Kasım 1983, sh. 17; 29.5.1984, E. 1984/514, K. 1984/5948, Tekstil İşveren D., Ocak 1985, sh. 17-18.
- (51) Yarg. 9.HD., 6.2.1984, E. 983/10525, K. 984/989, Tekstil İşveren D., Temmuz 1985, sh. 16-17. Kararda şöyle denilmektedir: «Davacının hizmet akdi işyeri ile alakası bulunmayan bir suçtan dolayı mahkumiyetinin infazı sebebiyle devamsızlıktan işveren tarafından bozulmuştur. Mahkumiyetin infazında devamsızlık davacının şahsına bağlı zorunlu bir sebep olarak nitelendiğinde işverenin ihbarsız fesih hakkı bulunduğundan ihbar tazminatına hükmedilmesi ve İş Yasasının 13. maddesine aykırıdır».

Yargıtay altı iş günlük sürenin başlangıcı yönünden dikkate alınması gereken esaslar yönünden gerek bu tür feshin ve gerek fesih süresinin özelliklerine uygun kararlar vermek suretiyle konuyu açıklığa kavuşturmuştur. Yüksek mahkemece isabetli olarak belirtildiği üzere, altı iş günlük sürenin başlangıcı yönünden hizmet akdini feshetmeye yetkili kişinin veya organın öğrenmesi esas alınır (52). Diğer yandan ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı ve böyle bir eylemde bulunan kişiyi öğrenme yönünden bir soruşturmanın gerekli bulunduğu hallerde, altı iş günlük süre, soruşturmanın bitiminden itibaren başlar. Soruşturma süresi, durumun gereğine göre objektif olarak belirlenecek bir zaman olabilir (53). Bir kararda da belirtildiği gibi altı iş günlük sürenin başlangıcı ve hesabı yönünden öğrenme tarihinin ertesi günü gözönünde tutulur (54).

II. FESHE KARŞI KORUNMA

1. Kanundaki Düzenleme Boşluğunun Doldurulması

Zamanımızda İş Hukukunun en önemli konularından biri işçinin feshe karşı korunmasıdır. Ülkemizde ise gerçek anlamda feshe karşı sadece işyeri sendika temsilcileri için getirilmiş bulunmaktadır. İşçinin feshe karşı korunması düşüncesiyle kanun koyucu bir müdahalede bulunmuş ve 1927 sayılı kanun ile İşK'nun 24. maddesinde değişiklik yapılarak yeni düzenlemeler getirilmiştir. Ne var ki bu düzenlemeler işverenin fesih hakkını doğrudan doğruya sınırlayan, ezcümle İşK m. 13'e göre yapılacak fesihleri belirli ve geçerli nedenlere bağlayan ve bunların varlığını yargı denetimine tabi tutan nitelikte hükümler değildir. İşveren yine serbestçe ve bütün sonuçlarını doğurmak üzere fesih hakkını kullanabilir. Ancak belirli şartlar altında işveren işten çıkarılan işçileri tekrar işe almakla yükümlü tutulmuştur. Fesih hakkının kullanılmasında dolaylı bir etki yapabilecek olan bu düzenlemelerden gerçek bir feshe karşı korunma, diğer bir deyişle, «iş güvencesi» olarak söz edilemez.

İşK. m. 24'e göre hizmet akdinin işveren tarafından 13. maddeye göre (tek veya toplu olarak) bildirimli yahut madde 17/1b ve III uyarınca bildirimsiz feshinde, işçi tarafından da madde 16/III gereğince bil-

(52) Yarg. 9.HD., 7.11.1967, E. 8253, K. 10303, Selçukî, sh. 442-443; 30.4.1973, E. 24456; K. 14208, İHU, İşK. 18 (No. 1); 13.6.1977, E. 77/6449, K. 77/9189 karar ve Ü. Narmanlıoğlu'nun incelemesi, İHU, İşK. 17 (No. 7); 21.2.1978, E. 77/15323, K. 78/2703, karar ve T. Çögenli'nin incelemesi, İHU, İşK. 17 (No. 9).

(53) Dipnot (52)'deki 30.4.1973 tarihli karar.

(54) Yarg. 9.HD., 13.3.1979, E. 1979/2732, K. 1979/3884, karar ve T. Esener'in incelemesi, İHU, İşK. 18 (No. 2).

dirimsiz feshi halinde, işveren hizmet akdi sona eren işçilerin yerine, çıkarma veya çıkma tarihinden itibaren altı ay içinde başka işçi alamaz. Bu süre içinde işyerine aynı işler için yeniden işçi almak ihtiyacı doğarsa, işveren yapacağı duyuru üzerine işten çıkarılan veya çıkan işçilerden onbeş gün içinde başvuranları işe almakla, onlarla yeni bir hizmet akdi yapmakla yükümlüdür. Hemen belirtelim ki İş Kanunları ve SenK.'nda işveren için öngörülen hizmet akdi yapma zorunluluğuna ilişkin diğer haller gibi bu halde de işverenin akit yapma yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde uygulanacak hukuki müeyyide açıkça gösterilmemiştir. Ancak bunun yeterli olmadığı ve yalnız cezai müeyyidenin işvereni bu yükümlülüğe uymaya zorlayıcı nitelikte bulunmadığı açıktır. Yargıtay işçi kuruluşu yöneticilerinin tekrar işe alınma zorunluluğu (274 sayılı Kanun m. 20, 2821 sayılı Kanun m. 29) ile ilgili uyuşmazlık dolayısıyla bu konuda 1981 yılında verdiği bir kararda ilk defa görüşünü açıklamış ve kanunda arınan şartlara göre başvuru halinde «işe alınmamış olmanın cezasal yaptırım yanında hukuki sorumluluğunda işe alınmamak suretiyle işsiz kalan işçinin tekrar bir iş bulabileceği süre içerisindeki ücret alacağı karşılığı tazminat almak gerekir» sonucuna varmıştır (55). Ne var ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi daha sonra bu görüşünü değiştirmiştir. Yine işçi kuruluşu yöneticiliğinden ayrılan bir işçinin tekrar işe alınması için açtığı davada iş mahkemesi -gereğesi bilinmemekle beraber- isabetli olarak işe alınma yolunda karar vermesi üzerine Yargıtay iş mahkemesi kararını, kanunda belirli şartlara tabi olarak işverenin «işe alma zorunda olduğu yazılı ise de, işverenin bu zorunluluğa riayet etmemesi halinde mahkemece işe alınmasına karar verileceğine dair bir hüküm yer almıştır. İşe iade hususu ancak temsilciler için söz konusudur. Bunun dışında iade müessesesi yoktur. Böyle durumlarda işçi ancak işe alınması sonucu kanundan ve sözleşmelerden doğan haklarını isteyebilir» gerekçesiyle iş mahkemesi kararını bozmuştur (56). Yüksek mahkemenin bu kararında feshin geçersiz sayılarak işe iade ile işçinin tekrar işe alınması amacıyla yeni bir hizmet akdi yapılması zorunluluğu karıştırıldığı gibi, işe alınmama sonucu işçi «kanundan doğan haklarını isteyebilir» sözcükleri ile neyi amaçladığı, bu arada önceki kararında yer alan işçinin işsiz kaldığı süreye ilişkin ücret tutarındaki tazminatı mı anlatmak istediği de açık değildir. Bu karardan kısa bir süre sonra ise, ilk görüşünde açıkça değişiklik yaparak işe alınmak için başvuran işçinin işe alınma-

(55) Yarg. 9.HD., 22.9.1981, E. 1981/7380, K. 1981/10691, karar ve Ö. Eyrenci'nin incelemesi, İHU, SenK. 20 (No. 15).

(56) Yarg. 9.HD., 28.5.1987, E. 1987/5169, K. 1987/5347, Yargıtay Kararları D., Nisan 1988, sh. 504-505; ayrıca bak. Yarg. 9.HD., 10.2.1986, E. 986/1343, K. 986/1346, Tekstil İşveren D., Ağustos 1986, sh. 17-18.

ması dolayısıyla boşta geçen sürelerle ilişkin bir tazminat talep edemeyeceğini bildirmiştir. Hukuki müeyyide yönünden boşluğu doldurmaya yönelik çözüm yolunu bir tarafa iten yüksek mahkeme bu kez «ilgili maddeler ve kural olarak akit yapma serbestisi ilkesi ile birlikte ele alınıp mütalaa olunduğunda kanunun hukuki bir müeyyide getirmediği, aynen ifayı içermediği, işe alınmama halinde sadece cezai müeyyide yeterli bulunduğuna» görüşünü açıklamış, taraflar arasında bir ilişki kurulmadığından BK m. 325 uyarınca boşta geçen süreler için bir tazminat talep edilemeyeceğini ve ayrıca haksız fiile dayanarak da bir tazminatın söz konusu olamayacağını belirterek işçinin işe alınmamasından dolayı işsiz kaldığı süreye ilişkin tazminat isteğinin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir (57). Benzer bir olayda, yine sendika yöneticiliğinden ayrılan ve eski işyerine başvuran işçinin başvuru tarihinden dört ay sonra işe alınması üzerine, aradaki süreye ilişkin ücret ve sosyal hakları isteğiyle açılan davada iş mahkemesi isteği hüküm altına almış, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, biraz önce açıklanan gerekçeyle kararı bozmuş ve iş mahkemesinin direnmesi üzerine konu Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna intikal etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, isabetli olarak şu temel düşünceyi getirmektedir : ... Uyuşmazlığın çözümü açısından 29. madde ile getirilen teminatın niteliği üzerinde durulması gerekir... Diğer taraftan sadece bu (cezai) yaptırım yasa koyucunun istediği teminatın uygulamada işlemini sağlayacak nitelikte sayılamaz. Zira cezai yaptırımın niteliğini kendi menfaat dengesi açısından değerlendiren işveren bu ceza yaptırımına razı olarak işçiyi işine almayabilir. Yasa koyucu bir hususu güvence altına alma amacını güdüyorsa o güvencenin tam anlamıyla işlemini sağlayacak düzenlemeyi de getirmek istediğini gözeterek yasa hükümlerini yorumlamak gerekir. Öyleyse teminatın tam işlerliği için cezai yaptırımın yanında hukuki yaptırımının da öngörüldüğünün kabulü zorunluluğu doğmaktadır» (58). Bu gerekçelerden hareket eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, çoğunlukla işverence işe alma yükümlülüğüne» aykırı hareket halinde parasal hukuki yaptırıma hükmedileceği sonucuna» varmış ve direnmeyi bu yönden haklı bulmuştur.

Hukuki açıdan çözüm yolunu bir tazminat ödemekle yükümlü tutmaktan çok, işvereni kanunun amacına da uygun şekilde hizmet akdi yapmaya zorlamakta aramak daha isabetli olacaktır. Görüşümüze göre böyle bir hukuki yol mevcuttur (59). Öncelikle şu hususu belirtelim ki, iş-

(57) Yarg. 9.HD., 7.12.1987, E. 1987/10483, K. 1987/10747.

(58) Yarg. HGK., 14.10.1987, E. 1987/9-313, K. 1987/723.

(59) Geniş bilgi için bak. Ekonomi, sh. 109 vd.

çiyi işe alma zorunluluğu koyan hükümlerde kanun koyucunun, esas itibariyle hizmet akdinin yapılmasının, diğer bir deyişle işverene ait yükümlülüğün aynen ifa edilmesi amacını güttüğünde bir kuşku yoktur. Gerçi işveren bir cebri icra yolu ile işçiyi çalıştırmaya zorlayamaz, fakat burada işçinin fiilen çalıştırılması değil, bir irade beyanında bulunulması söz konusudur. Bir irade beyanında bulunma borcunun dava yolu ile takip ve icra ettirilmesine hiç bir suretle cevap verilmediği ileri sürülemez; zira hâkimin akdin yapılmış sayılacağına karar vermesi mümkündür. Hizmet akdi yapma zorunluluğu, işverenin kanundan doğan irade beyanında bulunma (yapma) borcudur. Yapma borçlarının ve bu arada irade beyanında bulunma borçlarının borcun ifası imkansız hale gelmedikçe, aynen ifası talep edilebilir ve bunun için bir eda davası açılabilir. Bir irade beyanında bulunma zorunluluğu söz konusu olduğunda, bu irade yerine hâkimin iradesinin (hükümün) ikame edilmesi Türk Hukukunda da kabul edildiğine göre (60), aynı sonucun İş Hukukunda ve işverenin irade beyanında bulunma yükümlülüğü için de uygulanacağına kuşku olamaz. İşçi işe alınmak üzere istekte bulunduğu halde yükümlülüğünü yerine getirmek irade beyanında bulunmayan işverene karşı aynen ifa davası açılabilir. Açılan davada verilecek «hüküm», işverenin irade beyanı yerine geçtikten başka, hizmet akdinin de yerini tutar (61).

Bu çözüm yolu, yani hizmet akdinin herhalde meydana geleceği, işvereni diğer yollara saptırmaktan alıkoyacak hatta çoğu zaman yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayacaktır. Gerçi bu halde de işveren işçiyi işverinde fiilen çalıştırması için zor yoluna başvuramaz. Ancak işçi ile işveren arasında bir akdin kurulmuş bulunması istediği gibi davranmak imkanını vermeyecektir. Her şeyden önce işveren işçiye iş vermekle temerrüd ederse, işçi çalışmaksızın ücrete hak kazanacaktır. Diğer yandan işveren yeni kurulan hizmet akdini fesih yoluna gidecek olursa, feshin sırf işçinin dava yoluna başvurduğu, işvereni yükümlüğe uymaya zorladığı gibi sebepler ile yapıldığı da kuşku bırakmayacağından, işveren ayrıca feshin kötüye kullanılması müeyyidesiyle de karşı karşıya kalacaktır.

2. Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri ile Feshe Karşı Korumanın Sağlanması

Yukarıda değinildiği üzere kanun hükümleriyle işçinin feshe karşı korunmasını sağlayacak bir düzen getirilmemiştir. Ülkemizde toplu iş sözleşmesi sistemine geçildikten sonra, bu sözleşmeler ile işverenin fesih hak-

(60) Bak. Dipnot (59).

(61) Bak. dipnot (59).

kının sınırlandırılması yoluyla işçinin korunmasını gerçekleştirecek hükümler getirilmeye başlanmıştır.

Başlangıçta Yargıtay, toplu iş sözleşmeleri fesih hakkının sınırlandırılmayacağı şeklinde bir görüş açıklamış (62); ancak, kısa bir süre bu görüşünü değiştirmiş ve kanunlarda fesih hakkına ilişkin nispi emredici amacın hükümlerin işçi yararına değiştirilebileceğini isabetli olarak kabul etmiştir (63). Bununla beraber Yargıtay bu görüşünü tutarlı şekilde sürdürmemiştir. Toplu iş sözleşmesinde işverenin haklı sebeple derhal (bildirimsiz) fesih hakkını kullanabilmesi için disiplin kurulu kararının alınması öngörüldüğü halde, bu karar alınmadan hizmet akdinin feshini Yargıtay önce haksız fesih olarak kabul etmiş ve fesih için haklı bir sebep bulursa dahi, sırf sözleşme hükmüne aykırı olarak hareket edildiğinden işverenin haksız fesih sonuçlarına katlanması gerektiğini bildirmiştir (64). Bu görüş tamamen isabetlidir. Ancak daha sonraki kararlarında, toplu iş sözleşmesinde disiplin kurulu kararı olmadıkça hizmet akdinin İşK m. 17/II'deki sebeplere dayanılarak feshedilemeyeceği öngörüldüğü halde, işverenin kurul kararı olmaksızın hizmet akdini feshetmesi karşısında feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığının araştırılmasını ve buna göre bir sonuca varılmasını belirtmiştir (65). Bu görüş fesih hakkı ile ilgili olarak getirilen ve feshine karşı korunma yönünden önem taşıyan sınırlamanın hukuki etkisini sonuçlarını kaldırmakta ve işverene, sözleşmede fesih için kurul kararının alınmasını öngören hükme rağmen, eğer haklı bir sebep varsa, akdi bildirimsiz feshetmek imkanını tanımaktadır. Yüksek mahkeme, paylaşılması güç olan bu görüşünü bir süre sonra değiştirdiği izlenimi bırakan ve hukuken uygun olan bir karar vermiştir. Bu karara göre toplu iş sözleşmesinde hizmet akdinin feshinde disiplin kurulu kararının alınması zorunluluğunun getirilmesi ve karar alınmadığında iki yıllık ücret tutarında tazminat ödeneceğinin öngörülmesinde hukuka aykırılık yoktur. İşçiye iş güvencesi sağlamaya yönelik bu tür dü-

(62) Yarg. 9.HD.'nin 25.9.1969 tarihli ve E. 5871, K. 9083 sayılı kararı ile onaylanan İstanbul 13. İş Mahkemesinin 6.5.1969 tarihli ve E. 969/805, K. 969/913 sayılı kararı, İş Hukuku Dergisi, C. I, sayı 9, sh. 789.

(63) Yarg. 9.HD., 10.4.1970, E. 101, K. 3487, Egemen, 1972, sh. 120-121; Yarg. HGK., 16.9.1981, E. 1981/9-453, K. 1981/596, karar ve A. Güzel'in incelemesi, İHU, İşK. 13 (No. 15).

(64) Yarg. 9.HD., 30.3.1975, E. 20976, K. 7162, karar ve D. Ulucan'ın incelemesi, İHU, TSGLK. 1 (No. 1).

(65) Yarg. 9. HD., 2.2.1976, E. 1975/34766, K. 1976/3987; 28.2.1977, E. 77/1095, K. 77/3903, karar ve T. Akunal'ın incelemesi, İHU, TSGLK. 1 (No. 11); 9.5.1978, E. 1978/6675, K. 1978/7255, Yasa Hukuk D., sh. 1079-1080.

zenlemelerde işverenin İş Kanununun 13. maddesine göre yapacağı fesihlerde de disiplin kurulu kararı alınmasını gerekli tutan sözleşme hükümleri, feshin sebebini açıkça bildirmeye zorlayıcı niteliktedir. Hangi tür fesih olursa olsun, disiplin kurulu kararı ve karara dayanak yapılan sebepler yargı denetimine tabidir. Ancak yargı denetiminin varlığı işverene, toplu iş sözleşmesinde öngörülen disiplin kurulu kararını almadan hizmet akdini feshetme imkanı vermez, aksi halde haksız fesih olur (66). Ne var ki bu olumlu gelişme devam ettirilmemiş, daha sonra haklı sebeple derhal fesih için disiplin kurulu kararının alınmasının öngörüldüğü hallerde, kurul kararı alınmaksızın fesih yoluna gidildiğinde haklı sebebin varlığını yeterli görmüştür (67). Görülüyor ki, yüksek mahkeme, tarafların toplu iş sözleşmesiyle gerçekleştirmeyi amaçladıkları feshe karşı korunmanın ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi hükümlerinin etkinliğini kaldırmakta, tercihini fesih serbestisini hakim kılmaya yönelik şekilde kullanmaktadır.

3. Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması

Genel olarak gerçek anlamda feshe karşı korumanın kabul edilmediği ülkemizde fesih serbestisi, fesih hakkının kötüye kullanıldığına tespit edildiği durumlarda bir tazminat ödenmesi öngörülmek suretiyle sınırlandırılmıştır. Ayrıca fesih hakkının kötüye kullanılması işçi sendikası üyelik teminatı çerçevesinde de özel bir uygulanma alanı bulmaktadır. Yargıtayın fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin içtihadının da kanuna tamamen ters düşen bir nitelik taşıdığı ve öngörülen yaptırımların gücünü zayıflattığı söylenebilecektir. Bunlardan biri, daha önce incelediğimiz gibi, işveren tarafından belirsiz süreli hizmet akdi bildirim şartına uyulmadan feshedildiği ve aynı zamanda fesih hakkı da kötüye kullanıldığında, bildirim sürelerinin üç katı tutarında hükmedilecek kötüniyet tazminatına ihbar tazminatının da dahil olduğuna ve ayrıca ihbar tazminatı ödenmesinin söz konusu olmayacağına dair görüştür (68). İkincisi, işçinin sendikaya üye olması dolayısıyla işten çıkarılması halinde, üye olmayı sendikal faaliyet dışında tutan ve bu durumda SenK m. 31'deki (274 sayılı kanun m. 19) bir yıllık ücretten az olmamak üzere tazminatın değil, İşK m. 13/C f. 3'deki kötüniyet tazminatının ödenmesini bildiren görüştür (69). Bu arada ikinci hal için ilginç bir gelişme olmuş, kanun

(66) Yarg. 9.HD., 14.11.1980, E. 1980/6513, K. 1980/11749, karar ve M. Ekonomi'nin incelemesi, İHU, TSGLK. 1 (No. 16).

(67) Yarg. 9.HD., 9.3.1984, E. 984/2019, K. 984/2532, Tekstil İşveren D., Haziran 1984, sh. 19.

(68) Bak. dipnot (31).

(69) Ayrıntılı bilgi için bak. Ekonomi, sh. 189 vd.

koyucu Yargıtay içtihatının kanunun sözüne ve amacına uygun olmadığı, işçiye getirilen üyelik teminatının, sendikal faaliyet kavramının da daraltılmak suretiyle zayıflatıldığı gerekçesiyle SenK m. 31'e sendika üye olma veya olmama sebebiyle işten çıkarılan işçiye bu madde hükümlerinde öngörülen tazminatın ödeneceğini bir kez daha vurgulayan bir hükmü anılan maddeyi 3449 sayılı kanunla değiştirerek eklemiştir. Yargıtayın böyle bir müdahaleye imkan hazırlamaması beklenirdi.

GENEL GÖRÜŞME

TEBLİĞİN KONUSU : «Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı
Korunma Açısından Yargıtay Kararları».

OTURUM BAŞKANI : İsmet OCAKÇIOĞLU
Yargıtay Birinci Başkanvekili.

TEBLİĞ SAHİBİ : Prof. Dr. Münir EKONOMİ
İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme
Fakültesi Öğretim Üyesi.

BAŞKAN : — Buyurun, 9. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Çubukçu.

Erdoğan ÇUBUKÇU

— Sayın başkan, Yüksek Mahkemelerinin sayın başkanları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Başkanı sayın Prof. Dr. Kemal Oğuzman, tebliğ sahibi değerli bilim adamları, sayın davetliler. Sizleri şahsım ve dairemiz adına saygıyla selamlar, böyle bir seminer tertip edip iştirak etmenizden dolayı teşekkürlerimi sunarım. Değerli hocamız, sayın Prof. Dr. Münir Ekonomi'nin bu tebliğlerinde ele aldıkları konular gerçekten, bugünkü Türk iş hukukunun temel prensipleridir. Bu nedenle çok önemlidir. Hizmet aktinin feshi ve feshe karşı korunma açısından Yargıtay kararlarının etkisinde, Yargıtay kararları olarak dairemizin bazı kararlarının olumlu yönde etki yarattığından söz edilirken, bazı kararların olumsuzluğundan da söz edilmekte ve özellikle kararlarımızda bazı hukukî kavramların yerinde kullanılmadığı belirtilmektedir. Faydalı olacak bu eleştirilerden dolayı kendilerine ayrıca teşekkürlerimi bir borç bilirim. Gerçekten hatalı kararlarımız vardır. Fakat bunları verilen tebliğler ve bilimsel eleştirilerin ışığı altında gidermeye çalışacağız. Efendim, hukuk kavramlar ve kurullarla mümeyyizdir. Bu kavramlar ve kurulların kullanılmasında ve uygulanmasında elbette gerekli dikkat ve ihtimamın gösterilmesi gerekmektedir. Ancak bu kavram ve kurullar düz hukuk mantığına ve muhakemesine dayanır. Bu nedenle kararlarımızda kullandığımız bu kavram ve hukuk terimlerinin kendini yaratan mantık ve muhakeme denilen düşünce sistemine uyumluluk göstermesi gerekir. Aksi takdirde amaç hasıl olmaz. Bir kararda ne kadar güzel kelimeler, ifadeler kullanılırsa kullanılsın, olayda sağlıklı çözüm getirilmesine yararı olmamışsa, sadece mantık da yeterli değildir. Hukuk kurallarının uygulanmasında ülke ve toplum çıkarlarının da gözetilmesi gerekir. Ülke ve toplum yararına olmayan bir hukuk kuralı yaşayamaz. Zira hukuk kuralları, ülke ve toplum çıkarıdır. İşte biz, birçok eleştirilere rağmen, işyeri ile ilgili olmayan bir suçtan dolayı tutuklanması nedeniyle iş akti devamsızlıktan feshedilen işçinin kıdem tazminatından yoksun bırakılmasını içtihat ederken, bunun hukuk kuralları yanında uygar bir toplum için yarar sağlayan suni bir davranış olduğu inancındayız. Yine sendikaya girmesi nedeniyle hizmet akti feshedilen işçi hakkında, İş Kanununun 13. maddesindeki kötüniyet tazminatı mı yoksa sendikalar kanununun 31. maddesi hükümü mü uygulanacağı konusunda kabul edilen çözüm yollarımızda da aynı ilkeleri gözet-

miş bulunmaktayız. Ekonomi tebliğinde fesih kavramı üzerinde durdular. Gerçekten, bildirimli fesihlere feshin, hizmet aktini irade beyanının karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğuran hukukî bir işlem olduğu meydandadır. Buna zaten biz de katılıyoruz. Ancak öyle sanıyoruz ki belirsiz süreli hizmet akitlerinde feshin hizmet aktini belirli bir sürenin geçmesinden sonra sona erdireceği yolundaki görüşleri, İş Kanununun 13. maddesinin tümünü kapsamaktadır. Yani 13. maddeye A bendinde yer alan bildirimli fesihlerle ondan sonra gelen C bendindeki fesihleri de içermektedir. Oysa biz şu görüşteyiz. 13. maddenin başlığı aktin feshinde bildirimdir. Bildirim öngörüyor. Ancak bu madde içinde çeşitli fesh halleri düzenlenmiştir. A bendi bildirim öngörüyor, C bendinde ise özellikle C bendinin ikinci fıkrasında işveren işçinin ihbar öneline ait ücretini peşin vermek suretiyle hizmet aktini fesh edebilir, deniyor ki burada işverene önceden bildirim yapmadan fesih yetkisi verilmiş oluyor. Şimdi bunları somutlaştıracak olursak sonunda şu çıkıyor: Bildirim öneli verilmese dahi verilmiş sayıldığında sonuçları ne olacaktır? İş akdi fesh edilen işçinin hizmetine C bendinin 2. fıkrasına göre ihbar süreleri ilave edilecek, kıdem tazminatı ona göre hesaplanacak, yıllık ücretli izin hakkı ona göre hesap edilirken diğer bütün işçilik hakları o süre içerisinde gerçekleşenler yerilecektir, anlamını taşıyor. Şimdi bunun sonucu ne olur? Birincisi İş Kanunumuzda, yasada yıllık ücretli izin hakkının gerçekleşmesinde 51. madde var. Burada çalışılmış gibi sayılan haller gösterilmiştir. Bunlar arasında verilmeyen ihbar önelinin çalışılmış gibi sayılan hallerden olacağına dair bir açıklama yoktur. Öte yandan, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda bunu içeren bir hüküm yoktur. Burada zaten verilen ücret dediğimiz ihbar önellerine ait ödenmiş ücret olunca sigorta primine tabi olmalıdır. Şimdi bu süreler için sigorta primi verilmekte midir? 506 sayılı kanunun çalışma haliyle ilgilidir. O halde çalışılmayan sürenin primi nerededir. Bu bakımdan bir çelişki doğmaktadır. İkinci hal iş akti bu fıkraya göre feshedilen bir işçi ertesi gün başka bir işyerinde işe girdiği ve oradan daha sonra ayrıldığında hem önceki işyerinde hem de sonraki işyerinde aynı süre kıdemden sayılacaktır. O halde aynı süre kıdem tazminatında iki defa değerlendirilmiş olacaktır. Halbuki 14. madde buna manidir. Üçüncüsü BK'nun 325. maddesi var. Mesela belirli süreli hizmet akitlerinde süre sona ermeden önce hizmet akti feshedilirse bakiye süre için ücretlerini isteyebilirsiniz. Ama bu bakiye süre hizmetinden sayılır mı? Mesela 2 senelik yapıldı. 1. yılın sonunda feshedildi kalan ikinci yıl için ücretlerini haklarını istiyor ve bunu alabiliyor. Bu halde ikinci yıl kıdem sü-

resinden sayılabiliyor mu? İşte bu da biraz önceki C bendinin 2. fıkrasındaki hale benziyor. Yani ihbar öneli verilmeden fesih haline benziyor. Bundan başka en önemli noktası şu: 13. maddenin C bendinin ikinci fıkrasına göre bildirim şartına uymayan taraf yukarıda yazılı önellere ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır. İşveren A bendi uyarınca bildirim şartına uymadan akdi feshettiğinde ihbar öneline ait ücreti ödeyecek, bu ödeme ücret değil tazminattır. Çünkü usulüne uygun bir bildirim yapılmadığı için bu aykırılık, hukuka aykırılık, tazminatı ifade eder. O halde bunun için tazminat ifadesi kullanılmıştır. İkinci fıkraya geliyoruz, işverene verilen yetki, aynı anlamda değil mi? Öyle mi görülüyor acaba? İşveren işçinin ihbar öneline ait ücretini peşin vermek suretiyle hizmet aktini feshedebilir. Siz bir düşünün, işveren işçinin iş aktini feshetti ihbar tazminatını peşin olarak ödedi. Bunu şimdi C'nin 1. mi 2. fıkrasına göre fesih mi sayacağız. Çünkü nasıl tefrik edeceğiz arada bir fark olması lazım. Bize göre fark şu C'nin birine göre bildirim şartına uymayan yani aslında bildirim süresi vermesi gerekirken müsait buna işyerinin durumu vermeyen işveren tazminat ödeyecektir. İkinci fıkraya göre ise işçiye bildirim süresi vermesine imkan kalmayan buna gerek de olmayan lüzum duyulmayan haller için mesela işyerine kapattı işveren tamamen, işçilerine son verdi. Şimdi bu hallerde biz tazminat ödeyecek miyiz? Eğer C'nin 2. fıkrası olmasaydı, bunu öder demekte güçlük çekecektik. 3008 sayılı kanundan önce böyleydi. Bu hüküm zaten sonradan girdi. Bir ihtiyaca cevap veriyor, diyor ki; Bir işçi işinde başarı gösteremiyor. İşçi bütün iyiniyetine rağmen çalışıyor çaballıyor fakat yeteneği yok, tehlike yaratacak. İşte kanun diyor ki buna, peşin ver ve çıkar çünkü çalıştıramazsın diyor. Çalıştıramazsın dediği bir süreyi hizmet süresine ekleyebilir miyiz? Yahutta işçi azaltma yoluna gidiyor işveren. İş hacmini daraltıyor, ekonomik teknik sebeplerle. 50 işçi olan yerde 20'sini çıkaracak. Çıkardığı zaman ihbar tazminatı verebilecek mi? Herhalde C'nin ikisi olmasaydı vermeyecekti. Bu hüküm getirilmekle ihbar tazminatı verilecektir. Yani ihbar öneline ait ücretini ödeyecektir. Şimdi diyebilir miyiz ki, işçi azaltmasıyla iş hacmi daraldı, bu işçilerin çalışacak iş yeri yok. Bunlara diyebilir miyiz ki, hayır işverene, çalışmayacak ama sen bunlara yine de bir bildirimde bulun bakalım. Bir iki ay daha çalıştır diyebilir miyiz? İşyeri yok. İşte olmayan bir süreyi, yani hayali bir süreyi hizmet akdine ilave etmiş olmaz mıyız? Bu bakımdan biz sayın hocamızın, Prof. Dr. Münir Ekonomi'nin fikirlerine iştirak edemiyoruz.

Efendim, ikinci; kıdem tazminatı ile kötüniet tazminatı birleşir mi? birleşmez mi? Gerçekten birleşmez. Bizim kararlarımız hatalı, ifadesi hatalı. Biz diyoruz ki orada, kötüniet tazminatı ihbar tazminatından fazla, ihbar tazminatı kötüniet tazminatının içindedir. O halde kötüniet tazminatı verildiğine göre ihbar tazminatı gerekmez veyahut ihbar tazminatı verilmişse bunun mahsubu gerekir. Bu ifade tarzı yanlış. Aslında mesela işveren, bildirim şartına uymadan iş akdini feshettiğinde ihbar tazminatı verecektir. Ama işveren ayrıca kötünietli ise, artık C'nin 1'i değil, o bitti, C'nin sonndan bir önceki kötüniet tazminatı ile ilgili hükmünü uygulayacağız. Hem C'nin 1'ini hem kötünieti uygulama olanağı yoktur. Bir olaya iki fıkra hükmünü ayrı ayrı uygulamak mümkün değildir. Deniliyor ki tebliğlerinde hocamın; bildirim şartına uydu, bildirimde bulundu. Fesih iki ay sonra gerçekleşecektir. Ama kötünietli şimdi bu bildirim süresine ait ücretleri kötüniet tazminatından mahsup mu edeceğiz? Faydası yoktur elbette edilmez. Çünkü bildirimli fesihle kötüniet hali birleşmez. Biri müspettir, biri menfidir. İkisinin birleşmesi mümkün değildir. O halde ne olacak? Bildirim süresi geçersizdir. Verdi iki aylık süreyi fakat sonunda iş akti feshedildi. Kötüniet gerçekleşti. O zaman ne diyeceğiz, işverene sen sadık değilsin, sen bildirim öneline uydum diyorsun ama uymamışsın, fesih bunun sonunda kötünietli olarak gerçekleşti. Görünüşte vermişsin sen bu süreyi, o halde diyoruz, yani kötüniet varsa, sonndan bir önceki fıkra uygulanacaktır. O da ihbar önelinin 3 misli tutarında tazminattır. Eğer kötüniet yoksa, burada C'nin biri uygulanacaktır.

Efendim kısaca değinmek istediğim bir konuda feshin hükümlerini doğurabilmesi için bu husustaki irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıdır. Biz bunun aksini söylemiyoruz. Fakat bir, iki kaçak kararımız var gerçekten. Ama o kaçak kararda özellikler olduğunu sanıyorum. Şu şekilde meselâ işçi bırakmış işini gitmiş, aylarca, senelerce yok, işveren kendine göre bir fesih sebebi bulmuş devamsızlıktan. Bunu tebliğ edemiyor. Arıyor, arıyor yok. Sonunda işçi ortaya çıkıyor, geliyor efendim işveren diyor ki, iş akdini feshettim. Yapacak birşey yok burada. Biz diyoruz ki burada, fesih iradesi açıklanmıştır zamanında, artık diyoruz tebliğ gerekmez. Yani özelliği olan bir haldir.

Bundan başka efendim, İş Kanunu 13. maddedeki kötüniet tazminatı ile Sendikalar Kanunu 31. maddedeki tazminat ilişkisi üzerinde kısaca durmak istiyorum. İş Kanununun 13. maddesinde, işçi sendikaya üye olursa, şeklinde açık ifade vardır. Buna karşılık

eski 19, şimdi 31'de böyle bir açıklık yoktur. Olmayınca hangi kanunu uygulayacağız biz. Aslında Sendikalar Kanunundaki hüküm, dikkat edilirse, bu sendikaya üye olduktan sonraki faaliyetleri içeriyor. Biz o kanaate vardık. Bundan başka zaten bizi zorlayan başka sebepler de vardır. Çünkü toplu sözleşmelerle öyle hükümler getiriliyordu ki, bir yıllık tazminatın 2 misli, 3 misli şeklinde bunları görüyorduk. O halde bunlar tabii yalnız işveren değil toplum yararına olarak maddeleri yorumluyorduk yani bunlar dönemine göre özelliğiyle çıkan kararlardandır. Efendim disiplin kurulu ile ilgili kararlara bakınca bunlar gerçekten zamanında böyle çıkmıştır. Biz şimdi o görüşleri uygulamıyoruz, disiplin kurulu kararlarına uyulmaması halinde getirilen müeyyideleri tatbik ediyoruz.

Efendim, tutukluluk hali bunun da özellikleri vardı. Bunu da yine sosyal açıdan ele aldık ve tutukluluk hali dışarıdan olan bir suçu işçinin işlediği bir şeyi işyerine intikal ettirmek istemedik, onun dışında tutmak istedik bunda tabii ayırım yapmadık. Çünkü işçinin dışındadır Bir iki nokta daha vardı, ancak daha fazla uzatmadan burada sözlerime son veriyorum.

BAŞKAN : — Teşekkür ederiz. Efendim 10. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Ozanoğlu.

Teoman OZANOĞLU

— Sayın başkan, yüksek mahkemenin sayın başkan ve üyeleri ve sayın konuklar, ilk önce böyle bir toplantının tertip edilmesinden dolayı sayın komite başkan ve üyelerine teşekkürlerimizi sunarız. Gerçekten bu toplantılar Sayın Oğuzman hocamızın da açıkca ifade buyurduğu gibi İş Hukukuna ilişkin konularda bilgi transferini, deneyim transferini sağlaması ve karşılıklı çabalarla hukuksal problemlerin iyi bir sonuca bağlanması ve doğruya ulaşılmasında büyük katkısı itibariyle gerçekten büyük önem taşıyor. Şimdi sayın Ekonomi hocamıza da lütfen buyurdıkları tebliğ için teşekkürlerimi sunmak isterim. Bendeniz sözü uzatmamak için sayın hocamızın Yargıtay'ın çalışmalarından bahis buyurdıkları konulara değinmiyorum, adeta o konuda bir ittifak hasıl olmuş bulunuyor. Yalnız satır başlarıyla katılmadıkları ve eleştirdikleri ve eğer doğru ise uygulamanın o yolda düzeltilmesine değindikleri konulara işaret etmekle yetineceğim.

Şimdi tebliği okudum ve konuşmayı da dikkatle dinledim. Bunları satırbaşı olarak şöyle özetlemek mümkün olacak. Bir defa birinci konu bozucu yenilik doğuran bir irade beyanı olan fe-

sih iradesinin karşı tarafa ulaştığı veya karşı tarafça öğrenildiği tarihte hüküm ifade edeceği hukukî bir zorunluluk iken, yüksek dairenin bazı kararlarında, karşı tarafa ulaşması gerekmez, derhal hüküm ifade eder demiş olması meselesi.

Gerçekten sayın daire başkanı Erdoğan beyefendi de onun bir yanlıgı olduğunu burada açıkca ifade buyurdular. Burada Sayın Ekonomi hocamızın eleştirisi gayet yerindedir. Bu irade beyanının karşı tarafa ulaşması, hiç değilse öğrenilmesi anından itibaren hüküm ifade edeceğinin kararlarda yer alması zannederim hukuksal açıdan daha isabetli olur.

İkinci konu bildirim süresine ilişkin ücretin peşin verilmesi yoluyla iş aktinin fesih halinde fesih beyanının yapılmasıyla değil, bu iradenin karşı tarafa ulaşması hiç değilse öğrenmesiyle fesih beyanı oluşacağı ve hüküm ifade edeceği ve ayrıca 13. maddenin A bendinin açıklığına göre belirli süreler de geçtikten sonra hizmet akti feshedilmiş sayılacağı halde fesih iradesi yapıldığı anda hüküm ifade eder mantığının sonucu olarak ihbar süresinin hizmet sürelerine eklenmemesi ve tabi bunun yankıları olarak özellikle kıdem tazminatı hesabına katılmaması veya o sürede yürürlüğe giren toplu sözleşmeden veya kanundan doğan işçilik haklarından işçinin yararlandırılması gerekip gerekmediği konusu. Herhalde bu şekilde ifade buyurdunuz bunu amaçlıyorsunuz.

Şimdi bu konuda gerçekten sayın Ekonomi hocamıza hak vermemek imkanı yok. Kanunun açık hükmü de zaten o öneller geçtikten sonra hizmet akti sona erer diyor. Bunu içtihat yoluyla daha önceye almak imkanı yoktur. Efendim bu konuda Yargıtay kararları eleştirilirken, İstanbul'da yapılan toplantılarda da buna değinilmişti. Zannediyorum orada bir işveren temsilcisi bunun bir kargaşa yaratacağını, mükerrer kıdem tazminatı alınmasına yol açacağını söylemişti ve oradaki bazı konuşmacıları da etkilemişti zannediyorum. Bu mükerrer kıdem tazminatı alma meselesi de kanunun açık hükmüyle engellenmiştir. Gerçekten 14. maddenin 8. fıkrasının açıklığı karşısında yani, aynı sürenin iki defa kıdem tazminatına esas tutulamayacağı karşısında böyle bir endişe de varit değildir. O halde, aktin sona ermesinin orada yazılı önellerin geçmesinden sonra vaki olacağı yolunda içtihadın düzeltilmesi ve tabi ona bağlı olarak bu sürenin kıdem tazminatına katılması ve hesabın ona göre yapılması ve bu arada tabi bir toplu iş sözleşmesi de yürürlüğe girmişse ondan doğan hakların verilmesi veya yasadan doğan hakların verilmesi şeklinde uygulanmanın biçimlendirilmesi

zannediyorum daha uygun olur ve benzeniz bu konuda da Sayın Ekonomi hocamıza hak veriyorum.

Şimdi üçüncü bir uyuşmazlık konusu, uygulama ile sayın hocamızın görüşleri arasında şöyle belirlenebiliyor: İş Kanununun 13. maddesinin A bendindeki aktin feshinde öngörülen önellerin işveren yönünden artırılabilmesi, işçi yönünden artırılmayacağına ilişkin bazı daire kararları var. Bunları hatalı buluyorlar. Şimdi hocamız burada pek açık değinmediler ama tebliğlerinde teferruatıyla değinmişler, 13. maddenin B bendinde yer alan kuralın nisbi emredici kural olma niteliğinin de bir özel halinin bulunduğu yolundaki yorumudur. Buyuruyorlar ki, bildirim sürelerinin hem işçi, hem işveren yönünden bulunduğu açıktır, burada eşit bir düzenleme yapılmıştır, eşit haklar sağlanmıştır, yasa metninden de bu şekilde anlaşılıyor. Bu nedenle önel artırımını hem işçi yönünden, hem işveren yönünden yapılabilir. Bir defa bu artırımların ilkesi bakımından bu böyledir. Ancak nisbi emrediciliğin gereği olarak, işte yorumun özelliği burada kendini gösteriyor, artırımın işçi yararına farklı olabileceği kabul edilebilir. Mesela, işveren için bir toplu sözleşmeyle 15 hafta kabul edilebilir, işçi için 10 hafta kabul edilebilir. Böyle birşey varsa gelen uyuşmazlıkta, bunun geçerli sayılması ve zati uyuşmazlığın buna göre halledilmesi gerekir buyuruyorlar. Bu görüşe de benzeniz katılıyorum.

Dördüncü bir konu, işyerinde işçi tensikati nedeniyle işten çıkarılan işçilere ihbar tazminatının belirli bir oranda zamlı ödenmesine ilişkin toplu sözleşmenin hükmünün geçersiz sayılmasına dair bazı daire kararları İş Kanununun 13. maddesinin C bendi hükmünde burada nisbi emredici bir kural olarak kabul edilmelidir. İhbar tazminatı azaltılmıyor, ama bu nisbi emrediciliği gereği olarak artırılabilir. Bu itibarla uygulamanında bu yönde biçimlendirilmesinde isabet düşünülebilir.

Diğer bir konu, ihbar tazminatının hukukî mahiyeti konusunda çıkan tartışmadır. Yüksek daire bunun bir işsizlik tazminatı olduğunu açıklamış bulunuyor. Bu görüş eleştirilebilir. Gerçekten, ihbar tazminatı, bildirim şartlarına iş aktinin taraflarının uymaması halinin bir yaptırımı olarak kabul edilmelidir. Parasal yaptırımını öngören sui generis bir tazminat. İhbar tazminatının koşulları oluşunca işverence de hak edebileceğine göre ve işveren için işsizlikten, işsiz kalmaktan söz edilemeyeceğine göre, o genel gerekçe hele işverenin böyle bir dava açması konusunda büsbütün açıkta kalır. Bu itibarla o gerekçenin de değiştirilmesinde isabet müta-laa edilir.

Diğer bir uyuşmazlık konusu, ihbar tazminatının kötüniet tazminatının içinde olup olmadığı meselesidir. Bu çoktan beri tartışılan bir konudur. Şimdi şöyle oluyor, Yargıtay kararlarında kötüniet tazminatı ihbar tazminatının vasıflı şeklidir denilince, bu görüş ile bağlantı olarak da tabi kötüniet tazminatına hükmedilmişse, ihbar tazminatına hükmedilemez veya ihbar tazminatına daha önce hükmedilmişse, kötüniet tazminatı davası daha sonra açılmışsa ondan mahsup edilir, sonuçlarına varılmaktadır. Halbuki belirtilen tazminatlar, hukuksal bünye itibariyle farklıdır. Sayın Erdoğan bey kardeşimiz bir eyleme iki müeyyide uygulanmasından bahis buyuruyorlar ama burada eylem bir değil, bence iki eylem vardır. Birinci eylem, ihbar tazminatının bildirim şartlarına uyulmaması meselesi; onun müeyyidesi maddenin bir özel fıkrasında, 13/C-1'de açıkça yazılmıştır. Bir de fesih işleminin kötünietle yapılmış olması meselesi, o da 13. maddenin C bendinin 3. fıkrasında yazılmıştır. Şimdi gerçekten Sayın Ekonomi, tebliğlerinde de değinmişler, Efendim işveren iş akdini bildirim sürelerine uyararak feshedebilir ama kötüniet vardır. Bu taktirde, birbirinin içindedir mantığının bir geçerliliği olmaz. Değinilen hallerde bir eylemin kabulü mümkün değildir. Burada aslında iki eylem vardır. Kanunun bir maddesinin iki fıkrasının ayrı ayrı ihlali söz konusu olabilir. O taktirde ayrı ayrı bu tazminatları vermekte isabetli olabilir diye düşünürüm.

Şimdi bu 17. maddenin 3. fıkrasındaki zorlayıcı sebep sayma konusuna da kısaca değinmek istiyorum. Gerçekten orada zorlayıcı sebep meselesinin unsurunun tespit edilmesi için, işçinin kusurlu bulunmaması lâzım geliyor. Eğer işçi kusurluysa, hiç kimsenin kusurundan yararlanamayacağı şeklindeki genel kural evvela, yüksek dairenin yaptığı bu şekilde bir yoruma engel olacaktır kanaatindeyim ve onun da o şekilde düzeltilmesi uygun olur.

Şimdi işçinin feshe karşı korunması konusu çok önemli. Bu konudaki kanun boşluğunun Alman usul hukukundan esinlenerek Sayın Ekonomi hocamızın değindiği gibi doldurulması tabi bu gerçekten mümkün olabilir ama çok cesaretli bir içtihatla doldurulmasını mümkün görürüm. Yasakoyucu bu kadar teferruat meselesi üzerinde çok süratle kanun çıkarabilirken böyle bir konuda da kolaylıkla kanun çıkartsa daha iyi olur onu yeğlemek isterim, efendim ilginiz için teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Teşekkür ederiz Sayın Ozanoğlu. Efendim, 16. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Bilâl Kartal.

Bilâl KARTAL

— Efendim, Sayın hocamız Ekonomi'ye değerli tebliğinden dolayı teşekkür ederim. Gerçi, İş Hukukçuları arasında hiçbir bilgisi olmayan bir kişinin söz alması biraz yadırganır ama ben belkide İş Hukukuna olan merakımdan dolayı bir konuda sadece hocamızdan bilgi almak istiyorum.

İş Kanununun 24. maddesinde, işçinin işten çıkarılması halinde 6 ay içerisinde tekrar işyerine yeniden işçi alınması durumunda işveren işçiye bir bildirimde bulunacaktır, şimdi tabii bu bildirimde bulunmayacak, ya uygulamadaki durumu arz etmek istiyorum, herhangi bir bildirimde bulunmadan başka bir işçi alacaktır. Böylece yasanın o hükmünü bu şekilde ihlal etmiş olacaktır. Bu durumda işçi ne yapabilecektir? Yani işveren işyerini haksız olarak alması gereken işçi yerine başkasını alıp doldurdu. Acaba bizim işçimiz onu işten çıkarmak için hangi yaptırıma başvuracaktır. Tabii bu işçiyi işten çıkarması için yapacağı herhangi bir hukukî dayanak yoktur. Ya da kendisinin işe alınmasını isteyebilecektir.

Şimdi işçimiz kendisinin işe alınması için bir dava yoluna başvuracaktır. Sayın hocamız Ekonomi bunu, yanlış anlamadıysam Alman Hukukunu dikkate alarak bizde de böyle bir yola başvurulabileceğini taşınmazların satış vaadinde, satış vaadinde bulunan kişinin MK. 642'ye göre ferağa icbar edilmesi suretiyle hüküm tesis edilebileceğini, bunun aynı zamanda İş Hukukunda da uygulanmak suretiyle işverenin iradesinin yerine geçebilecek bir hüküm alınması yoluyla işçinin işe alınabilme imkanı doğabileceğini ileri sürüyorlar. Ben buna katılamıyorum. Çünkü taşınmaz mülkiyetindeki satış vaadinde öngörülen zorlayıcı sistemin sürekli edim yükümlülüğü doğuran hizmet aktinde uygulanması mümkün değildir. Ancak belirtilen hallerde işe alma zorunluluğuna uygun hareket etmeyen işveren için bir tazminat söz konusu olabilir. 9. Daire bunu zamanında kabul etmişler fakat daha sonra bir talihsizlik olarak bu görüşten tekrar vazgeçmişler. Fakat bu tazminat içerisinde, benim kanaatimce, acaba ücreti dışında onun sosyal haklarının da alınması düşünülebilir mi? Çünkü işçi, o süre içerisinde ücretinin dışında, işe alınmak suretiyle bir takım sosyal hakları, bunlar içerisinde işte kıdem tazminatı süreden sayılacak, efendim fazla mesai eğer yapılıyorsa o işyerinde bunların da alınması yoluyla bir tazminat talebi mümkün olabilir. Ben bunun dava yoluyla istenmesinde, zorunluluk görüyorum. Yoksa bunun dışında, İş Hukukundaki işverene bir yasada öngörülen cüzi bir ceza yaptırımıyla

işvereni bu hukuka, yani demin gördüğümüz maddeye uymayan eyleminden dolayı onu alıkoymak mümkün olmayacaktır. Bir de saym Ozanoğlu ile birlikte ben de bir konuyu tekrar etmek istiyorum. O da şu: İşverenin ihbar önellerine ait ücreti peşin ödemek suretiyle hizmet akdine son verilmesinde işçi alacağıının sadece ücrete hasredilmesi o sürenin kıdem tazminatına yansımamasını hiçbir zaman hukuka uygun görmüyorum. Çünkü zaten İş Hukukunun temelinde, çatısında, oluşumunda işçiyi korumaya yönelik bir neden yatıyor. Şimdi burada bir işçi zaten iki ay çalışacak, oradan bir ücret alacak. İşveren bu sürede işçiyi çalıştırmıyorum dediğinde o süreye ilişkin kıdem tazminatlarını ve diğer sosyal haklarını vermemesi, işçinin haklarını zedeleyeceğinden bunu da uygun görmediğimi belirtmek isterim. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Teşekkür ederiz sayın Kartal. 4. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Çetin Aşçıoğlu.

Çetin AŞÇIOĞLU

— Sayın başkan, değerli konuklar. Türk hukuk alanında gidecek bir kavram, belki hukukçuların özde istemeyerek, yerleştiğini görmekteyiz. Bu kavram -ben yaptım oldu- inancı veya düşüncesi'dir. Bu yalnız kanunkoyucusuna has değil, yüksek mahkemelerin yorumlarında da esas alındığını görmekteyiz. Bunun bir örneğini, Sayın Prof. Dr. Ekonomi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ve Hukuk Genel Kurulunun verdiği kararlarda açıkladılar. Bu, işçinin iş dışı bir eyleminden dolayı tutuklanması veya mahkûmiyeti halinde, işçi lehine Yargıtay'ın yaptığı bir yorumdan meydana geliyor. Hepimiz biliyoruz ki, Sayın Ozanoğlu'da biraz evvel değindiler. Kimse kendi kusurundan yararlanamaz. Şimdi bunlar, bu özleyişler de temel hukuk kuralı. Biz yorumlarımızı yaparken, tabiatıyla kanun vaazı da kurallar getirirken işte bu temel hukuk kuralı dediğimiz özleyişleri de dikkate almak mecburiyetindedir. Şimdi olayımızda, Yargıtay'ın yaptığı yorumda, bu kural gözetilmemiştir. Eğer bir kimseye, kendi kusurundan dolayı bir hak sağlanacak olursa, bu işte, tamamen adaletsiz, -ben yaptım, oldu- inancından başka birşey değildir. Yalnız Yargıtay'ın bu yorumunu eleştirirken şu hususu da belirtmekte yarar var. Niye Yargıtay bu konuya gelmiştir, bu düzeye gelmiştir. Tabii bir takım nedenler bulunmaktadır, özellikle işçilerin davalar açıldığı sırada, davaların, ceza davalarının sonuçlanmaması veya tutuklanan veya mahkûm olan işçinin zaten emeklilik hakkını kazanmış örneğin, 20-25 yılını doldurmuş bir işçinin tutuklanmasıyla aktin bu şekilde feshedilmesinde bir adalet-

sizlik olduğu da ortaya çıkıyordu. Yalnız sayın hocamızın da belirttiği gibi burada bir ayırım yapılmak, özellikle haksız tutuklanmalarda bu yolu açmakta yarar var. Bunu tutuklamanın haklı mı, haksız mı olduğunun belirlenmesi için, tabiatıyla ceza mahkemesinin sonucunun, koğuşturmanın sonucunun beklenmesinde yarar var. Bunun beklenmesiyle sonuçta bu tutuklama haklı değil, ortada mücbir sebep vardır diye söyleyebiliriz.

Diğer yandan Sayın Ekonomi'nin getirdiği önerisinin yanında acaba şunu da söyleyebilir miyiz? İşçi haklı olarak tutuklanmış ve mahkûm olmuş ise, fakat bu sırada, tutuklandığı sırada emeklilik hakkını kazanmış durumda ve kendi zaten iş aktini feshedip te bir takım tazminatları almaya hak kazandığı durumlarda acaba ayrı daha geniş bir yoruma varmak mümkün müdür? Bu hususta Sayın hocamızın düşüncesi nedir?

İkincisi husus, yine genel hukuk kavramlarıyla ilgili. Ben Yargıtay'da 6 senedir üyelik yapıyorum, uzun süre de tetkik hâkimliği yaptım. Bana sorsalar siz Yargıtay kararlarında kamu düzeni diyorsunuz acaba bunun dayanağı nedir deseler ve bunun dayanağını gösterin deseler ben gösteremeyeceğim. Hiç bir Yargıtay kararında kamu düzeni nedir tanımlanmamıştır. Şimdi kamu düzeni tanımlanmamış bir kavram, bunu tanımlamadan yorum yaparsanız devamlı hataya düşmek mecburiyetindedesiniz.

İsviçre Federal Mahkemesi kamu düzeni kavramını işlerken önce geniş yorumlamış, fakat daha sonra daraltmış ve memleketin temel hukuk anlayışı ve kavramları ile ilgili hususları kamu düzeni kabul etmiştir. Kamu düzeni kavramını, deyimini kullanırken veya yorumlarken kanımca özel hukuk ve kamu hukuku açısından da ayrı ayrı değerlendirilmeler yapmakta yarar var kanısındayım. Şimdi Sayın hocamız İş Hukuku kuralları kamu düzeniyle ilgilidir derken benim yine biraz aklım karıştı. Hocamız İş Hukuku kuralları kamu düzeniyle ilgilidir dedi ve ondan sonra, alt kısımda ki bana göre düzenli bir pozisyonudur, bunları nisbi emredici kurallar, mutlak emredici kurallar şeklinde ayırdı. Şimdi emredici kurallar ele alınırsa bunların iki kaynağı oluyor: Bir tanesi kamu düzeni nedeniyle getirilmiş kurallar emredici kurallar, işte herhalde sayın hocamızın mutlak emredici kural dediği bu kurallar olsa gerek. Nisbi emredici kurallar da zayıfları korumak için getirilmiş. Örneğin, işçileri korumak için getirilmiş kurallardır. Buradan hareket ettiğimiz zaman, öyleyse, şunu söyleyebiliriz. İş Hukukunun bütün kuralları emredici nitelikte kurallardır. Ama hepsi kamu

düzeniyle ilgili değildir. Acaba benim bu tanımlamam doğru mudur? Eğer hocamız aydınlatırsa memnun olacağım. Bitiriyorum efendim son bir duruma geldik, ben genellikle İş Hukuku alanında değil de Yargıtay'da da kullanılan kavramlar üzerinde durdum. Şimdi bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasında fesih sebebinin bildirilmesi gerekli mi, değil midir, bunun açıklanmasını rica ediyorum. Ayrıca Ekonomi, fesih sebebi bildirilmişse bundan dönülmez dediler. Acaba bunun dayanağı nedir? Medenî Kanunun ikinci maddesi midir? Çelişik davranış kuralı yasağından mı kaynaklanıyor? Öyleyse yalnız çelişkili davranış yeter mi? Yoksa bunun da bir sonucu mu olması gerekir. Onu anlamak istiyorum. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Sayın Osman Önal.

Osman ÖNAL

— Efendim, böyle değerli bir toplantıyı tertiplelediği için milli komiteye ve yüksek mahkemenin sayın mensuplarına teşekkür ediyorum.

Değerli başkan, sayın konuklar; tebliğ sahibi sayın Ekonomi beyefendiye teşekkürü borç bilirim. Efendim burada bir kaç hususa değinmek istiyorum. Birinci husus hizmet aktinin feshi konusu ile de bağlantılı olarak zincirleme hizmet akitlerinin yapılması Yargıtay kararları ile engellenmiştir ki gayet isabetlidir. Ancak başka bir husus var ki belirli bir süre akdediliyor iki taraf arasında ve bu süre farzedelim ki iki yıl, beş yıl ve taraflar bunu peşinen biliyorlar. Bunun sonunda Yargıtay'ın son kararlarında sürenin bitimiyle taraflardan biri daha ziyade çalışan tarafı hizmet aktini yenilemek istemediği takdirde kıdem tazminatı ödeneceği yönünde görüşler var bu konuya değinmek istiyorum. Efendim 14. maddede hangi hallerde kıdem tazminatının ödeneceği konusu, yanlış hatırlamıyorsam yüksek mahkememiz kararlarında da belirtildiği üzere sınırlayıcı olarak sayılmıştır. Şimdi fesih sebeplerine baktığımızda bir hal hariç gerisi tamamen ya işçi tarafından ya işveren tarafından fesih ile hizmet akdinin sona ermesini kapsıyor. Öbür istisna ilan hal ölüm halidir ki burada fesih yok, kendiliğinden sona erme söz konusu. Belirli süreli hizmet aktinin sona ermesi bir kendiliğinden sona erme hali olduğuna ve burada herhangi bir şekilde taraflardan birinin fesih ihbar etmesi söz konusu olmadığına göre 14. madde hükümleri uyarınca böyle bir halde kıdem tazminatı ödeme sonucu nasıl bağlanabiliyor?

Bir diğer konu 16. maddenin ikinci bendi (e) fıkrasındaki işçinin iş şartlarının önemli tarzda değiştirilmesi meselesinde şayet işçi bu değiştirilen işe gitmez ise, iradesini hizmet aktini bozma yönünde kullanmıştır şeklinde son şu bir kaç ay içerisinde bir karara rastladım. Acaba bu bozucu yenilik doğuran haklardan olan fesih hakkının karşı tarafa yöneltilmesi gerekiyor ve karşı tarafın öğrenmesi gerekiyor ilkesini gözönüne aldığımızda acaba ne şekilde bağdaşabilir?

Diğer bir konu mahkûmiyetin zorlayıcı hal sayılması meselesi, burada sayın Ekonomi Beyefendiye, sayın Ozanoğlu Beyefendiye ve sayın Aşçıoğlu Beyefendiye yürekten katılıyorum. Efendim şimdi, yaşanmış olaylar var. Mahkûmiyetin, özellikle de mahkûmiyetle sonuçlanan tutuklamanın zorlayıcı hal sayılmasından sonra işyerlerinde değişik temayüller ortaya çıktı. Yaşanmış bir olaydır: Komşusunun bir malını canlı bir hayvanını çalıyor işçi tam satacağı sırada yakalanıyor ve neticede mahkûm oluyor. Bu kişi kıdem tazminatını istiyor kararlar var diyor ve açtığı davayı kazanarak tazminatını alıyor. Ondan sonra gelen işçiler aynen şu şekilde hitap ediyorlar, işyeri yetkilisine, şu veya bu sebeple tazminatımı istiyorum. Hayır alamazsın denildiğinde yani bizde bi gidip komşunun malını çalalım da tazminatımızı alabilelim. Veya danışıklı dövüş yapıp bir başkasını yaralayayım, ondan sonra mı kıdem tazminatı vereceksiniz şeklinde sözler ediliyor. Bu tabii kamu düzenini suça temayül yönünden etkileyecektir.

Yine bir konu; sendika yöneticilerinin işyerinden ayrılması sonucu tekrar işe alınmaması halinde acaba alınmaması demeyim de herhangi bir şekilde işe başlamaması halinde, işe başlamadan kıdem tazminatı talep hakkı var mıdır, yok mudur? Buradaki geçmiş kıdem tazminatları saklıdır cümlesini ne şekilde yorumlamamız gerekir? Sayın hocamıza bunu sormak istiyorum. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Sayın Prof. Dr. Kemal Oğuzman.

Kemal OĞUZMAN

— Teşekkür ederim. Sayın başkan enteresan bir çok konu var olmakla beraber zamanınızı fazla almamak için hepsi hakkındaki görüşlerimi açıklayacak değilim. Önemli saydığım, söylenenlerden biraz farklı acaba bir şey söylenebilirmiyeye örnek teşkil etmek bakımından bazı noktalar üzerinde duracağım.

Evvela birinci farklı nokta doktrinde büyük çoğunlukla kabul edilen sadece İş Hukukunda değil, Medenî hukukta da özel Hukukta da bozucu yenilik doğuran hakların veya tüm yenilik doğuran hakların karşı tarafa ulaşmakla hatta öğrenmekle hüküm ifade edeceği görüşü hakim bulunmaktadır. Bendeniz bu görüşün isabetli olmadığını, bundan otuz seneden daha evvel savunmuş idim ve hâlâ da haklılığına inanıyorum. Kullanılan yenilik doğuran hakkın kabullenildiği ilişkide himaye edilmesi gereken kim ise çözüm ona göre değişir. Eğer himaye edilecek kimse beyanda bulunan ise yenilik doğuran hak, beyanın karşı tarafa yöneltilmesi ile hüküm ifade eder. Ondan sonrası alâkadar etmez. Eğer karşı tarafın korunması söz konusu ise ulaşmak dahi yetmez. Onun, karşı tarafın beyanını öğrenmesi gerekir. Eğer iki tarafın menfaati dengede ise, o zaman sadece karşı tarafa beyanın ulaşması yeter, öğrenmesini aramak gerekmez. Üç tane örnek verirsem ne demek istediğimi daha kolay anlatırım. Feshi ihbar ile fesihle korunması gereken kimdir? Karşı taraftır. Çünkü fesih ihbar önelinin işlediğini bilmesi gerekmektedir. Binaenaleyh fesih ihbarla fesihle, bildirim önelli fesihle, fesih beyanı, ancak karşı tarafın öğrenmesinden sonra hüküm ifade eder. Ulaşması da yetmez. Ama buna mukabil, haklı sebeple fesih söz konusu ise beyanın karşı tarafa yöneltilmesi yeter. Ulaşıp ulaşmaması artık önem taşımaz. Neden? Çünkü burada hukuk düzeninin korumak istediği, haklı sebebe dayanan kimsedir. Karşı taraf değildir. Ama üçüncü ihtimal dengede olması meselesi; bir akdin inikadı iki tarafın menfaatinin dengede olduğu haldir. Bu hal için de Borçlar Kanunu beyanın ulaşmasını, ama usul gönderilmesi anından itibaren hüküm ifade etmesini kabul etmiştir. Binaenaleyh bu bir denge meselesidir ve bunun İş Hukukunda da dikkate alınması ve problemin çözümünde ona göre hareket edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyim. Bunu farklı bir görüşü ifade etmiş olmak için, buradaki zevatın bir kısmının bunu daha evvel duymamış olması ihtimalini düşünerek ifade ettim. Ama bunun çoğunluk tarafından benimsenen bir görüş olmadığını da hemen ifade edeyim.

İkinci nokta ilk defa bugün sorunu ortaya atıyorum. Daha evvel bir yerde ortaya atıldığına da rastlamadım. Belki atıldı, ben görmedim. Yargıtay kararlarına göre zincirleme olarak süreli hizmet akitleri yapılmış ise Sayın Ekonomi'de burada değindiler, bunun başlangıçtan itibaren müddetsiz bir akit olarak hüküm ifade edeceği yerleşmiş, doktrinde de benimsenmiş, kabul edilmiş olan bir düşünce tarzıdır. Bendeniz de daha evvelki seminerlerde bu çö-

züme taraftar olduğumu da ifade etmiştim. Hâlâ da geçerli ama bir kaydı itirazıyla. Bunun bir noktada büyük bir sakıncası var. Şöyleki; iki senelik hizmet akdi yapılmış, feshedilmediği için bir sene uzamış, daha doğrusu ilişki kopmadığı için yenilenerek devam edip gidiyor. Şu anda yürürlükte olan bir yıllık bir hizmet akti var. Yargıtay işçiyi korumak için diyor ki, sürenin bitiminde, sürenin bitmesiyle bu iş kopmuş olmaz, mutlaka feshi ihbar öneline riayet edilmesi gerekir. Çünkü bu müddetsiz akittir. Tamam ama böyle değil de işveren son bir yıllık sürenin 2. ayında, daha 10 ay var, akti feshi ihbarla feshedebilir mi, feshedemez mi? Eğer zincirleme akitle müddetsiz akde dönüştüğünü kabul edersek, işverenin iki haftalık, dört haftalık, altı haftalık, sekiz haftalık feshi ihbar öneline riayet ederek daha 10 ayı bulunan bu hizmet akdini feshedebileceği sonucuna varmamız gerekir ki, kanaatin başlangıcındaki işçiyi koruma düşüncesine yüzde yüz ters bir sonuca ulaşmış oluruz. Bir olay sebebiyle konu bana intikal etti. O vesileyle üzerinde düşündüm. Sonra bunu burada ortaya atmak istedim ki, sizler de üzerinde fikir beyan edersiniz ama belki bu konunun üzerinde başkası durmuştur. Ben farkında olamayabilirim. Bu noktada da Sayın Ekonomi'nin görüşünü öğrenmekten ayrıca memnun oluruz.

Değişik bir fikir olarak, ihbar öneli ücreti peşin olarak öden-
diği zaman akdin hangi tarihte sona ermiş sayılacağı konusunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin muhakeme tarzını benimsemek mümkün -başlangıç için, hareket noktası için-, yani peşin olarak ihbar öneli ücreti ödeniyor ise, artık akit o tarihte feshedilmiştir denilebilir. Ancak bu durumda kanunun munzam bir imkan tanıdığı da kabul edilecektir. İşveren ihbar öneli ücretini peşin ödemek suretiyle ilişkiye hemen son verebilir. Yalnız espiride, kanun hükmünün temelinde yatan bir fikir var: Evet işveren istisnai olarak böyle bir hakka sahiptir ama işçi, bu tarzdaki fesihden bir zarar görmemelidir. Feshi ihbar öneline riayet edilse idi, durumu ne olacak ise, bu fesihde de durumu o olmalıdır. Eğer bu görüşü kabul ederseniz bu belki tevhit edici bir görüş, birleştirici bir görüş, işçinin hakkı korunacak ama aktin feshinin, ücretin peşin ödenerek fesih tarzında yapılmasında, başlangıçta sona erdiği de savunulabilecektir. Bunu da bir değişik ses olarak ifade etmek istedim.

Evet şimdi ortaya atmak istediğim bir soru da şu: Sayın Prof. Ekonomi arkadaşım pek haklı ve güzel olarak ifade ettiler. Dediler ki, 17/2'ye göre yapılan fesihlerde, ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hareketler yüzünden yapılan fesihlerde, feshin 18. maddede-

ki sürede yapılması gerekir ve oradaki 6 iş günlük süre de öğrenme tarihinden itibaren başlar. Ayrıca işverenin veya feshe yetkili olan kimsenin öğrenmesi olarak kabul etmek lazımdır dedi. İlk nazarda çok tutarlı bir çözüm olarak gözükyor. Ama acaba o kadar isabetli midir konusunda benim tereddütüm var. Şöyle ki, bir işçi kusurlu şekilde arka arkaya 3 gün, 4 gün, işe devam etmemiştir. Bu husus işyerindeki kayıtlarda bellidir. Yalnız bu kaydı, kapıdaki kapıcı tutmaktadır veya postabaşı bilmektedir. Fakat bu husus işverene intikal ettirilmemiştir veya fesihte yetkili olan fabrika müdürü işveren vekiline intikal ettirilmemiştir. İşveren bunu bir hafta sonra öğrenmiştir. Acaba 6 günlük süre, işyeri kayıtları ile devamsızlığın anlaşıldığı andan itibaren mi öğrenilmiş sayılarak 6 günlük süre işleyecektir? Yoksa işveren vekilinin, yani feshe yetkili işveren vekilinin veya işverenin öğrendiği tarihten mi? Bana ikinci çözüm tarzının, çok isabetli olduğu hususunda bir hayli tereddütlerim bulunduğunu ifade etmek istiyorum.

Evet efendim, diğer hususlarda vaktinizi almamak için çok teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Teşekkür ederiz sayın başkan. Efendim, buyrun Profesör Dr. Seza Reisoğlu.

Seza REİSOĞLU

— Çok kısa olarak sayın başkan, ilk önce sayın meslektaşına teşekkür ederim. Bir kaç noktaya çok kısa olarak değinmek istiyorum.

Bir tanesi, bildirimsiz fesih dediğimiz haklı sebeple fesih ile ilgili olup Yargıtay kararları istikametinde zannediyorum görüş bildirildi. Bildirimsiz fesih Sayın Ekonomi belirtti, hem süreli hizmet akitleri hem de süresiz hizmet akitlerinde uygulanmaktadır. Süresiz hizmet akitlerinde bildirimsiz fesih olursa derhal sona eriyor. Ama haklı sebep yoksa ne olacak? Yargıtay süresiz hizmet akitlerinde çok haklı olarak bunun süreli, 13. maddeye göre bir fesih sayılacağını yani 2-8 hafta sonra sona ereceğini kabul ediyor. Ama süreli hizmet akitlerinde kabul ettiği çözüme katılmıyorum. Yani süreli hizmet akitlerinde, haklı sebeple fesih yoksa, bu bir haksız fesih midir? Benim görüşüme göre burada fesih söz konusu değildir. Çünkü süreli bir hizmet akdi ancak sürenin sonunda ortadan kaldırılabilir. Eğer haklı sebep yoksa, fesih imkanı da yoktur. Hizmet akdi, bir Borçlar Hukuku akdidir. Karşılıklı borç yüklemektedir. Hangi halde kimin fesih hakkı olduğunu Borçlar Ka-

nunu belirlemiştir. Öyleyse burada haksız bir fesih vardır ve haksız fesih sonuçları vardır demek mümkün değildir. Sayın Ekonomi'den görüşünü açıklamasını rica edeceğim. Bu 3 senelik bir hizmet akdi ise, haklı sebep yok ise feshedilmemiştir. Üç sene süreyle devam edecektir. İşverenin fesih hakkı yoktur. Haksız fesih hali de yoktur.

İkincisi, karşı tarafa tebliğ konusu. Kuşkusuz Yargıtay belki bazı konularda sıkıntıya düşüyor. Gerçekten işçiye haber verme imkânı bazı hallerde sorun yaratabiliyor. İşçi işyerine gelmiyorsa, haklı fesih nedeni zaten devam etmektedir. Yani işyerine geldiği anda bu fesih karşı tarafa bildirilebilecektir. Burada 6 iş günü süre fevkalade kısıtlıdır. Yasa öğrenildiği günden başlayarak 6 işgününden sonra fesih hakkı kullanılamaz, diyor. Peki kullanmak ne demektir? Karşı tarafa vasıl olmak dediğimiz anda karşı tarafa varma imkanı tebligat hükümlerinin güçlüğü nedeniyle zorluk yaratmaktadır. İşçi için de Yargıtay kararlarında bu tebligat aranmamaktadır çok defa. Yani işçi işini terketmektedir, gitmektedir, işverene bildirmemektedir ama burada haklı bir fesih sebebi vardır işçinin Yargıtay burada da işçinin işverene tebligatını pek çok kararında aramamaktadır. Bu bir sorun olarak devam etmektedir.

Burada 18. maddenin bir yıllık süresi üzerinde de kısaca durmak istiyorum. Bu fiilin vukuundan itibaren bir yıl geçtikten sonra hak düşürücü süredir, çok doğru. Ancak, uygulamada 2 yıl sonra işçinin işvereni dolandırdığı ortaya çıkıyor. Sahtekârlık olayı iki yıl sonunda ortaya çıkıyor. Ancak işverenin işçiyi bu sebeple işten çıkarma hakkı bir yıllık süre nedeniyle ortadan kalkmaktadır. Hele toplu sözleşmelerle, işçinin 13. maddeye göre hizmet aktinin feshi olanağı da yoksa bu bir yıllık süre uygulamada sorun yaratmaktadır. Kuşkusuz işçi lehine İş Hukuku kuralları uygulanır. Ama dolandırıcılık yapmış bir işçinin bir yıl geçmesinden iki ay sonra, bu maddeye dayanarak hizmet aktini feshedememe de hukukun bir sorunudur. Yargıtay'ın bir kararında zannediyorum burda hakkın kötüye kullanılması üzerinde durulmuştu, yani Yargıtay, hatırımda kaldığına göre demiştir ki, böyle bir davada hak düşürücü süredir ama bu hakkın işçi tarafından ileri sürülmesi bir hakkın kötüye kullanılmasıdır. Tabi hak düşürücü süre olduğu için mahkeme re'sen dikkate alacağından karşı tarafın bir hakkın kötüye kullanılması sorununu ortaya atması mümkün müdür? Bilmiyorum. Sayın Başkan, son bir konuda Sayın Ekonomi'ye katılmadığımı belirtmek istiyorum. Toplu iş sözleşmesinde haklı sebeplerin bulunup bulunmadığını, disiplin komisyonlarının tespit etme-

si şeklindeki kural, bana göre geçersizdir. Çünkü haklı sebebin varlığı halinde işverenin iş aktini feshetmesi, mutlak bir hakkıdır. Bu hakkın toplu sözleşmelerle bir madde halinde, işveren dışında oluşacak disiplin kurullarına bırakılması mümkün değildir. Özellikle pekçok toplu iş sözleşmesinde 3 işçi 3 işveren temsilcisinin bulunduğu bir sözleşmede haklı sebep var mıdır, yok mudur, bu tartışmayı disiplin komisyonu yapamaz, bu hak işverenin elinden alınmaz. Ben burda Yargıtayın kararına şu gerekçeyle katılıyorum; bu hükümler geçersiz olduğu için işverenin haklı sebep varsa fesih hakkı vardır. Bunu mahkeme değerlendirecektir. Yoksa komisyonla ilgili hüküm geçerlidir, ama bu komisyon kararı olmasa dahi işveren akdi feshedebilir şeklindeki gerekçenin yerine, toplu sözleşmesindeki bu tür hükümlerin geçersiz olduğunu söylemek gerekir zannediyorum. Sayın Ekonomi'de görüşünü açıklarsa sevinirim. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Teşekkür ederim. Eleştirileri cevaplamak için zamanımız çok kısıtlı. Zaten süreyi aştık. Eğer zorunluluk yoksa beyefendi.

— Bir husus vardı efendim. Onu arz etmek istiyordum. Bu emekli olan kişilerin,

BAŞKAN : — Bir dakika isminiz?

— Abdülkadir Yıldırım efendim. Avukat Abdülkadir Yıldırım.

BAŞKAN : — Buyrun efendim, ama çok kısa 2 dakikayı aşmamak üzere.

Abdülkadir YILDIRIM

— Sayın başkanım, Sayın Ekonomi'nin tebliğinden dolayı teşekkür ederim. Yalnız burada şöyle bir hal var. 9. Hukuk Dairesi Sayın başkanımız da tebliğde olmadığı için sanıyorum değinmediler. Şimdi emekli olan bir kişinin tekrar çalışmasına bugünkü yasalar elvermektedir. Bu kişi yeniden çalıştığı zaman bir daha ne zaman emekli olacak ve kıdem tazminatına hak kazanacak sorusu sürekli olarak kafamı meşgul etmektedir. İşyeri sürekli ise fani olan insanın yaşamı da kısıtlı olduğuna göre bu adam bir daha kıdem tazminatı hak edecek şekilde işten nasıl ayrılacaktır. Bu hususun Sayın Ekonomi tarafından tebliğine eklenerek bu konuda açıklık getirilmesini istirham ediyorum. Çünkü sayın Yargıtay bu konuda menfii karar verdi. Bir uygulamacı olarak

— Anlatıldı efendim.

— İkinci husus da şu efendim. Tutuklanmanın zorlayıcı sebep sayılma hali. Burada Sayın Ekonomi tebliğinde buyurdular ki, sebebe girilmeli. Sebebe girildiği zaman tutuklamanın kökeninde kusur oluşturan suç halleri olabilir. Bunların içerisinde ağır tahrik hali olabilir. Bu ağır tahrik hali nasıl değerlendirilecek? Bu fiili işleyen kişi hakkında kıdem tazminatının değerlendirilmesine girerken, burada işlenen suçun müeyyidesi kanunda belirtilmiştir. Bu müeyyidenin dışına çıkarak onun sosyal ve ekonomik hakkı, hatta ailesine çoluk ve çocuğunun ekonomik haklarına kadar etki yapan kıdem tazminatını da bertaraf edici bir yöne gitmesine nasıl imkan verebileceğiz. Kanunda yeri olmayan bir müeyyideyi ona nasıl götürebileceğiz. 9. Hukuk Dairesi'nin sosyal amaçlı olarak getirmiş olduğu bu içtihadın son yıllarda getirilmiş en büyük ve fevkalade büyük bir içtihat olduğu inancındayım. Bu nedenle kanunsuz suç ve ceza olmayacağına göre burada konunun o fiille tutuklama fiiline öngördüğü cezanın dışında bir de onun kıdem tazminatını bertaraf etme hakkını ceza hâkimi dışında hukuk hâkimine nasıl verebileceğiz tebliğde bunun açıklanmasını rica ediyorum.

BAŞKAN : — Teşekkür ederim. Sayın hocam buyrun.

Münir EKONOMİ

— Teşekkür ederim Sayın Başkan. Tebliğim ile ilgili olarak söz alanlara değerli katkıları, belirli konularda getirdikleri ve tartışmaya açtıkları görüşler ile sordukları ilginç sorular için teşekkür ederim. Zamanın darlığını dikkate alarak sorulara ortak cevaplar vermeye çalışacağım.

Sayın Ozanoğlu'nun eleştirdiğimiz ve hukuka uygunluk yahut hukukun geliştirilmesi açısından değiştirilmesini gerekli gördüğümüz Yargıtay kararlarına ilişkin görüşlerimizi paylaştıklarını memnuniyetle öğrenmiş bulunuyoruz. Kendilerine ortak görüşlerimiz hakkında ekledikleri gerekçeler için de teşekkür ederim.

Sayın Çubukçu özellikle kavramlar yönünden yaptığımız eleştirilerin haklı yönleri bulunduğunu kabul etmekle beraber, belirli temel konularda Yargıtay görüşlerini savunmaktadır. Sayın Çubukçu ile görüş ayrılıklarımız devam etmektedir. Bu konulara ilişkin ayrıntılı bilgiler tebliğimizde mevcut olduğu ve açıklamalarımız sırasında da dile getirildiği için, bunların tekrarını gerekli görmemekteyiz. Esasen Milli Komite'nin her yıl yaptığı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Seminerlerinde yıllardan beri aynı konular tartışılmış, ancak yüksek mahkemenin olumlu yönde bir giriş-

mi görülmemiştir. Bu konuların başlıcaları belirsiz süreli hizmet akdinin bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin ödenmesi suretiyle feshinde akdin hangi anda sona ermiş sayılacağı ve işçinin bu sürelerde bağlantılı hakları, bildirim sürelerinin sözleşmeler ile artırılması, ihbar ve kötüniyet tazminatının birleşmesi, sendikaya üye olma sebebiyle hizmet akdinin feshinde uygulanacak tazminat, fesih hakkının sözleşmeler ile sınırlandırılmasının sonuçları, tutukluluk ve mahkûmiyet halinde İş Kanununun madde 17/III'ün uygulanması ve işverenin akit yapma yükümlülüğüne uymamasının hukukî yaptırımlarıdır.

Sayın Çubukçu burada Yargıtay görüşlerini savunurken bazı dayanaklar ileri sürdüler; bu dayanakların hukukî yönden güçlü olmadıklarını hemen ifade edelim. Sayın Ozanoğlu bu dayanakların bir kısmının geçerli olamayacaklarını belirttiler, Ozanoğlu'nun görüşlerine katılmaktayım. Sayın Çubukçu'nun görüşlerine zorlama ile yeni dayanaklar bulmaya çalışırken bazı kavramlar ve kuramlar yönünden karışıklıkları da birlikte getirdikleri bir gerçektir. Bunların bazılarını kısaca değinmek yerinde olacaktır.

Hizmet akdinin bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenerek feshinde, bu sürelerin yıllık izin hakkı yönünden de çalışılmış gibi sayılmasını, Sayın Çubukçu İş Kanununun 51. maddesiyle bağdaşır nitelikte görmemektedir. Sayın Çubukçu yıllık ücretli izin hakkı yönünden çalışılmış gibi sayılan halleri düzenleyen 51. maddede, bu hususta bir düzenleme getirilmediğine dikkati çekmektedir. Görüşümüze göre konu 51. madde dışında ve doğrudan hizmet akdinin sona ermesine dayalı hukukî bir sonuçtur. Bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenerek feshi, Yargıtay'ın yorumladığı gibi derhal fesih türü değildir; burada bildirim sürelerine uyularak yapılan feshin özel bir uygulanma şekli söz konusudur ve bildirim sürelerine ilişkin bütün sonuçlar meydana gelir. Öyle ki bildirim süreleri sadece yıllık izin hakkı değil, kıdem tazminatı ve işçinin hizmet süresine bağlı tutulan haklardan faydalanmada çalıştığı süreler gibi gözönünde tutulur.

Sayın Çubukçu 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödendiği hallerde bu sürelerin çalışılmış gibi sayılacağına dair bir hüküm bulunmadığını belirttiikten sonra, yanlış anlamadıysam, 506 sayılı Kanuna göre primlerin fiilen çalışma karşılığı kazançlardan kesileceği gibi bir görüşte getirmektedir. Her şeyden önce İş Hukuku ve ezcümle İş Kanunu kurallarına göre işçinin çalıştığı süreye bağlı tutulan haklarında

esas tutulan fiilen çalışılan süreden ve çalışılmış gibi sayılan süreler ile Sosyal Sigortalar Kanununa göre sigortalılık süresi veya prim ödenen günler birbirlerinden tamamen farklıdır ve bunların karıştırılmaması gerekir. Nitekim böyle bir karışıklık Yargıtay'ın işçinin sosyal güvenlik açısından borçlanması halinde muvazzaf askerlik süresinin kıdem tazminatında dikkate alınacağına karar vermesinde ortaya çıkmıştır ve böyle bir görüşe katılmak güçtür. İş Hukuku açısından çalışılmış gibi dikkate alınacak sürelerle ilişkin bir hukukî dayanağı 506 sayılı Kanunun sisteminde aramak isabetli olmaz. Kaldı ki, 506 sayılı Kanun çerçevesinde fiilen çalışılmadığı halde ödenen bildirim sürelerine ait ücretin bir yeri vardır. Gerçekten 506 sayılı Kanunun 77. maddesine göre prim hesabı ve kesinde esas alınacak kazançlarda sigortalının iş karşılığı olsun veya olmasın hak ettiği ücretleri, iş karşılığı olmayan ek ödemeleri ve sözü edilen maddede sayılan istisnalar dışındaki sosyal yardımları da gözönünde tutulur. İşveren bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödeyerek hizmet akdini feshettiğinde işçiye ödenen ücret, bildirim sürelerine uyulmaması halinde öngörülen tazminat (ihbar tazminatı) niteliğinde olmadığı için, bu hususta ücrete ilişkin hükümlere tabi olacaktır (zamanaşımı, vergi gibi) ve bundan sosyal sigorta primi de kesilmesi gerekecektir.

Yargıtay ise, Sayın Çubukçu'nun da biraz önce açıkladıkları gibi, peşin ödenen bildirim sürelerine ait ücreti adeta peşin ödenen bir ihbar tazminatı gibi görmektedir. Bize göre İş Kanununun 13. maddesinin C bendinin birinci fıkrasında düzenlenen bildirim şartına uymayan işçi veya işveren için hukukî bir yaptırım olarak öngörülen ihbar tazminatı ile aynı bendin ikinci fıkrasında sadece işverene tanınan bir yetki olan ve akdi bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödemek suretiyle feshetmek imkanının verildiği hal birbirinden farklı iki ayrı düzenlemedir; birinde her iki taraf için öngörülen tazminat, diğerinde sadece işveren için 'söz konusu olan bildirim sürelerine ilişkin ödenecek ücret nitelikleri itibariyle farklı hükümlere tabidirler.

Sayın Çubukçu, İş Kanununun 13. maddesinde, kendi ifadelerinden aldığım notu tekrar ediyorum «çeşitli fesih halleri» düzenlenmiştir görüşünü açıkladılar. Eğer çeşitli fesih hallerinden, ayrı fesih türleri, yani bildirimli ve bildirimsiz -derhal- fesih kastedilmekte ise, bu görüşe katılmak mümkün değildir. İş Kanununun 13. maddesinde tek bir fesih türü düzenlenmiştir o da bildirimli fesih-tir. Bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin ödenmesi suretiyle hizmet akdinin feshi, akdi derhal sona erdiren ayrı bir fesih türü de-

ğil, bildirimli feshin özel bir uygulama şeklidir. Bu halde işverene verilen yetki belirsiz süreli hizmet akdini önceden bildirilerek feshedilmesi esasına ait bütün hukukî sonuçları doğurmak üzere işçi işyerinde çalıştırmayarak ilişkiyi fiilen sona erdirmektir. Hemen ekleyelim bildirim sürelerine ait ücreti ödeyerek fesih Sayın Çubukçu'nun belirttikleri gibi, işyerinde işçi azaltılması ve benzeri durumlarda uygulanan bir hal değildir; tek işçinin işten çıkarıldığı çoğu hallerde dahi bu hükme dayanılarak hizmet akdi sona erdirilmektedir.

Sayın Oğuzman, bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle feshinde akdin son bulacağı an ve işçinin hakları yönünden ortalama bir yol diyebileceğimiz bir yorum getirdiler. Buna göre, belirtilen şekilde fesih halinde, akit fesih bildirimini yapıldığı anda son bulur; ancak işveren işçiye ücretinden başka bildirim süresinde çalıştırılmış olsaydı elde edeceği bütün hakları da vermekle yükümlü olacaktır. Bildirimli feshin sonuçlarını da kapsayan bu çözüm yolunu yüksek mahkeme gözden geçirebilir.

Bildirimli fesihde işçinin hakları yönünden son bir konuya değinmek istiyorum. İşveren bildirim süresine uymadan hizmet akdini feshettiğinde, işveren bildirim süresine ilişkin bir tazminat ödemekle yükümlüdür, ancak bu halde dahi bildirim şartına uysaydı işçinin alacağı haklardan onu, tazminat ödeme karşılığında yoksun bırakamaz. Nitekim Yargıtay 1959 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararında işveren bildirim süresine uymaksızın ilişkiye son verdiğinde kanuna uygun bir bildirim sonuçlarının aynen tanınması gerektiğini, bu açıdan işçiye sadece bildirim süresine ait ücret tutarında tazminatı değil, bu sürede hak kazandığı prim ve ikramiye gibi ödemelerin yapılması gerektiğini de bildirmiştir.

Üzerinde durulan konulardan biri de, işçinin işyeri ile ilgili olmayan bir suçtan dolayı tutuklanması ve bu sebeple işe devamsızlığının İş Kanunu madde 17/III kapsamına girebilmesi için, tutuklamanın haksız olması şarttır. Eğer tutuklama haklı, yani işçinin kusuruna dayanmakta ise, bu hali «zorlayıcı sebep» olarak nitelendirmek asla mümkün değildir. Bu husustaki görüşümüze, Sayın Ozanoğlu, Sayın Aşçıoğlu ve Sayın Kartal'da katıldılar. Sayın Çubukçu, işlediği suçtan dolayı tutuklanan, hatta mahkum olan işçiye, 17/III'e giren bir fesih hali olarak suni bir zorlama ve hukukî kavramlara ters düşen bir görüş ile kıdem tazminatı verilmesini «soylu ve adil bir davranış» şeklinde gerekçeye bağlamaktadır.

Hizmet akdinin feshinde ihbar tazminatı ve kötüniyet tazminatı ayrı amaçlara yönelik, ayrı nitelikte hukukî müeyyideler ola-

rak düzenlenmişlerdir. Yüksek mahkemenin ve Sayın Çubukçu'nun bunların bir fesih olayında birleşmesinin sözkonusu olamayacağı yolundaki görüşlerini isabetli ve kanuna uygun bulmak mümkün değildir.

İşçinin sendikaya üye olması sebebiyle işten çıkarılması halinde, bir hususta özel kanun hükmü olarak 274 sayılı Kanunun 19. ve 2821 sayılı Kanunun 31. maddesinde öngörülen tazminatın uygulanacağına bir kuşku yoktur. Bu hususta ayrıntıya girmek istemiyoruz. Ancak Sayın Çubukçu'nun görüşünün aksine, gerek 274 sayılı Kanun madde 19 ve gerek 2821 sayılı Kanun madde 31'de çok açık şekilde ve lafzen sendika üye olmadan söz edilmektedir. Diğer yandan her iki Kanun hükmünde sendikal faaliyetin üyelikten sonraki faaliyetler olarak düzenlendiğini ileri sürmek hiç bir suretle mümkün değildir; sendikal faaliyetin başında bir sendikaya üye olmak veya üye olmamak gelmektedir. Kaldı ki her iki maddede işçinin sendikaya üye olmadan da sendikal faaliyette bulunabileceği ve bu sebeple işten çıkarılırsa, yine sözü edilen kanunlardaki tazminattan yararlanacağı kabul edilmiştir. İlginç olan yön, Yargıtay'ın işçiye tanınan tazminatı daraltan yorumunun isabetli olmadığını 3449 sayılı Kanunun gerekçesinde zikredilmesi ve 31. maddede sendikaya üye olma veya olmamayı kapsayan yeni bir hüküm daha eklenmesidir.

Sayın Oğuzman'ın zincirleme hizmet akitlerinde, akdin belirsiz süreli hizmet akdine ne zaman dönüşmüş, sayılacakları konusundaki sorusuna cevabımız şöyle olacaktır : Belirli süreli bir hizmet akdi yapıp, bunun sona ermesini takiben ikinci belirli süreli hizmet akti meydana getirildiğinde, eğer ikinci ve bunu takip edecek diğer akitlerin belirli süreli olmalarını haklı gösterecek bir neden yoksa, akitler başlangıçtan itibaren belirsiz süreli hizmet akdi sayılır.

Burada hemen bağlantılı olarak Sayın Önal'ın sorusuna geçiyorum : Sayın Önal'ın verdiği örnekte işçi ile birbirini izler şekilde belirli süreli hizmet akitleri yapıldığı halde, bu akitlerin belirsiz süreli hizmet akdine dönüşmeleri söz konusu olmamaktadır. Gerçekten, biraz önce açıklandığı gibi, işverenin belirli süreli hizmet akitlerini zincirleme olarak yapılmasını haklı kılan bir sebep bulunması halinde, akitler belirli süreli olarak geçerliliklerini korurlar. Bunun Yargıtay'a intikal etmiş bir örneği 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa tabi öğretmenler ile ilgili bulunmaktadır. Sözü edilen kanun özel okullarda öğretmenlerin en az bir yıl-

lık belirli süreli hizmet akitleriyle çalıştırılmalarını zorunlu tutmaktadır. Bu zorunluluk karşısında işverenin zincirleme akitler ile akit yapma hakkını kötüye kullandığı ileri sürülemez ve kanunun hükmü gereği haklı bir sebep olarak belirli süreli hizmet akitleri varlığını sürdürürler. Yargıtay bu değerlendirmeyi yapmakla birlikte öğretmenin örneğin on kez belirli süreli hizmet akdini yaptıktan sonra, akdi yenilememesi halinde kıdem tazminatına hak kazanabileceğine karar vermesi tutarlı olmadığı gibi, İş Kanununun madde 14. hükümlerine de uygun düşmemektedir. Zira zincirleme akitler geçerliliğini koruduğu durumlarda, yenileme sözkonusu olmadığında son belirli süreli akit süresinin bitimiyle kendiliğinden sona erer ve böyle bir sona erme hali kıdem tazminatına hak kazandırmaz.

Sayın Reisoğlu ile iki konuda görüş ayrılığımız bulunmaktadır. Bunlardan birincisi belirli süreli bir hizmet akdinin süresinin bitiminden önce ve haklı bir sebep bulunmadan fesih edilemeyeceğidir. Yargıtay, böyle bir durumda belirli süreli hizmet akdinin feshedildiğini, ancak haksız fesih olduğunu ve burada Borçlar Kanunu madde 325 uyarınca bir tazminat ödeneceğini bildirmektedir. Biz de bu görüşü paylaşmaktayız. Sayın Reisoğlu ise, akit belirli süreli olduğundan haklı bir sebep bulunmadıkça akdin feshinin sözkonusu olamayacağı görüşündedir; doktrinde bu görüşe katılanlar bulunmaktadır.

İkinci bir konu Reisoğlu işverenin haklı sebebe dayanarak hizmet akdini derhal fesih hakkının toplu iş sözleşmeleri ile sınırlandırılmayacağı ve bu hususta sözleşmelere konulan hükümlerin geçersiz olduğu görüşündedir; Reisoğlu'nun doktrinde azınlıkta kalan bu görüşüne katılmadığımızı tekrar belirtelim. Bu arada Sayın Çubukçu, toplu iş sözleşmelerinde fesih hakkının disiplin kurulu kararına bağlı tutulup, buna uyulmaması halinde öngörülen hukukî yaptırımları kabul ettiklerini ve Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarında bir gelişme olduğunu belirttiler; bu gelişmeleri olumlu karşıladığımızı ifa edelim.

Sayın Aşcıoğlu, Yargıtay'ın bugüne kadar verdiği kararlarda «kamu düzeni» kavramını yeterince açıklığa kavuşturmadığını ve bu kavramın uygun şekilde kullanılmadığını belirttiler. Bunun bir örneği de tebliğimde üzerinde durduğumuz ihbar tazminatının artırılması ile ilgili karardır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, toplu iş sözleşmesinde belirli haller için ihbar tazminatı miktarını artıran hükmü, İş Kanununun 13. madde hükümleri kamu düzeni ile ilgili ol-

duğu gerekçesine dayanarak geçersiz olduğunu belirtmiştir. Burada geçersizlik nedeni olarak kamu düzeninin gösterilmesi isabetli değildir, zira İş Hukukunda devlet müdahalesine dayalı bütün kurallar kamu düzeni ile ilgilidir. Yüksek mahkemenin üzerinde durması gereken husus, 13. maddede ihbar süreleri ve tazminatı ile ilgili hükümlerin mutlak emredici mi, yoksa nispi emredici mi olduğudur. İş Hukukunda mutlak veya nispi emredici kurallar kamu düzeni ile ilgilidirler.

Sayın Kartal'ın 24. maddeye ilişkin sorusu önemlidir. İşveren 13. maddeye göre veya tekrar işe almakla yükümleri bulunduğu iş ilişkisinin diğer sona erme hallerinde, altı ay içinde aynı iş için işçiye ihtiyaç duyarsa, işten çıkardığı işçiye gerekli duyuruda bulunarak, başvurduğu takdirde o işçiye işe alacaktır. Sayın Kartal uygulamadan örnek vererek işverenin işten çıkardığı işçiye bildirimde bulunmadığını ve onun yerine başka işçiye işe aldığı anda durumun önem kazanacağını bildirmektedir. İşveren, işten çıkardığı işçinin yerine altı ay içinde başka bir işçi ile hizmet akdi yaparak iş ilişkisi kurduğunda, yapılan bu hizmet akdi geçerliliğini korur. Ancak bu durum, işverenin işten çıkardığı işçi ile akit yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Diğer yandan yeni işçi ile yapılan hizmet akdi geçerliliği korumakla birlikte, işveren altı aylık süre içinde yeni işçi aldığı için hakkında cezai müeyyide de uygulanacaktır.

Sayın Başkan, sürenin tamamlandığını hatırlatmanıza teşekkür ederim. Aldığım notlara göre iki veya üç konuya çok kısa olarak değinmek istiyorum.

Sayın Yıldırım emekli aylığının bağlanması amacıyla hizmet akdini fesheden ve kıdem tazminatı alan bir işçinin, daha sonra çalışmaya devam etmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağını sordular. Sözü edilen işçi, yeniden bir hizmet akdi yaparak çalışmaya devam ettiğinde, bu akdin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek bir hale dayalı olarak sona ermesinde, diğer şartlar da mevcut ise, kıdem tazminatı alabilecektir.

Açıklama yapmam istenilen bir konu da, haklı sebebe dayanarak derhal fesihde, fesih beyanında bulunan tarafın dayanılan olayı somut olarak açıklaması gerekip gerekmediğidir. Herşeyden önce işçi veya işveren haklı sebebe dayanarak akdi feshettiklerini bildireceklerdir; örneğin işveren hizmet akdini 17. maddenin ikinci bendi uyarınca feshettiğini açıkladığında, bu beyan yeterlidir, ayrıca sebebin ne olduğunu göstermesi şart değildir. Ancak karşı ta-

raf, verdiğimiz örnekte işçi talep ederse, işveren sebebin ne olduğunu, hangi olaya bağlı bulunduğunu bildirmekle yükümlüdür.

İşverenin İş Kanunu ve diğer kanunlardan doğan hizmet akdi yapma yükümlülüğüne uymaması halinde, hukukî yaptırım yönünden mevcut boşluğun amaca uygun olarak doldurulması gereklidir, sadece cezai yaptırım ile yetinilmesi sözkonusu olamaz. Bizim eskiden beri savunduğumuz görüş, işverenin dava yoluyla zorlanabileceği ve mahkeme hükmünün işverenin iradesi yerine geçerek hizmet akdinin meydana getirileceğidir.

Yüksek mahkemelerimizin değerli mensupları, sayın misafirlerimiz, Başkan'ın süre yönünden ikinci ihtarından sonra gösterdikleri anlayışı kötüye kullanmak istemiyorum; cevaplarda noksan bıraktığım konuları daha sonra tamamlamak ümidiyle, gösterilen ilgiye teşekkür ediyor ve sözlerime son veriyorum. Teşekkür ederim Sayın Başkan.

—oOo—

«SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASI» AÇISINDAN YARGITAY'IN TÜRK İŞ HUKUKUNUN GELİŞMESİNE ETKİLERİ (*)

Prof. Dr. Metin KUTAL (**)

● ANLATIM DÜZENİ : Giriş. 1 — Hizmet Sözleşmesinin Yapılması Sırasında Sendika Özgürlüğünün Korunması. 2 — Çalışma Koşullarının Eşit Uygulanması Sırasında Sendika Özgürlüğünün Korunması. 3 — Hizmet Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Sendika Özgürlüğünün Korunması. A — Sendika Özgürlüğü Bakımından İşçinin Feshe Karşı Korunması. a — Sendikaya Üyelik - Sendikal Faaliyet Ayrımı. b — Yargıtay'a Göre Sendikal Faaliyetin Kapsamı. c — Sendikal Faaliyet Sayılmayan Bazı Durumlar. d — Uyuşmazlık Halinde İspat Yükümlülüğü. B — Sendika Özgürlüğünün Güvencesi. 4 — Sendika Özgürlüğü Bakımından Özel Olarak Korunanlar. A — İşyeri Sendika Temsilcisinin Hizmet Sözleşmesinin Feshi. a — Toplu İş Sözleşmesinde Özel Hüküm Bulunmayan Haller. b — Toplu İş Sözleşmesinde Temsilci Yararına Özel Hükümlerin Bulunması. B — İşyeri Sendika Temsilcisinin İşyerinin Değiştirilmesi. S o n u ç .

GİRİŞ

Günümüzde sendika özgürlüğü çoğulcu demokratik düzenin bir parçası, vazgeçilmez unsurlarından biridir. Çağdaş anayasalarda açıkça ifade edilen bu özgürlük, son kırk yıl içinde birçok uluslararası belgede açıklanmış ve güvence altına alınmıştır.

Gerçekte sendika özgürlüğü birbirini tamamlayan bir özgürlükler bütünüdür ve içeriği de uluslararası belgelerle belirlenmiştir. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi; Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Sözleşmesi (1950) ve Avrupa Sosyal Yasası (1961) yanında özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün çok sayıda sözleşme ve tavsiyeleri sendika özgürlüğünün hem içeriğini belirlemiş, hem de bunu güvence altına almıştır. Uluslararası bu sözleşmelerin bir kısmı, Türkiye Cumhuriyeti tarafından da onaylanmış, böylece ulusal hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.

Sendika özgürlüğü başta bireysel bir özgürlük olarak kişilerin hiçbir baskı altında kalmadan sendikaya üye olma veya olmama hakkını içermektedir. Bunun gibi kişinin, dilediği zaman üye bulunduğu sendikadan,

(*) 6.10.1988 günü, Yargıtay'ın Kuruluşunun 120. Yılı Nedeniyle Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiri.

(**) İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Öğretim Üyesi.

hiçbir baskı altında kalmadan, çekilme hakkı vardır. Ancak sendika özgürlüğünün kamu özgürlükleri ile ilgili yönleri de vardır. Bunların başında sendikaların idari makamların iznine tabi olmadan serbestçe kurulabilmesi, sendikaların kendi aralarında üye sıfatıyla biraraya gelerek ulusal ve uluslararası düzeyde üst kuruluşlar oluşturulabilmeleri veya bunlara serbestçe üye olabilmeleri, faaliyet programlarını ve iş işleyişlerini serbestçe düzenleyebilmeleri gelmektedir.

Sendika özgürlüğü kavramı, Türk iş hukukuna 1947'de Sendikalar Yasası ile girmiştir. Ülkemizde sendikaları diğer tüzel kişilerden ayrı olarak düzenliyen bu yasaya göre (No: 5018) «sendikaların kurulması ihtiyaridir. Hiçbir kimse herhangi bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya veyahut üyelikten çekilmeye veya çekilmemeye zorlanamaz».

Sendika özgürlüğünün uluslararası belgelere henüz yeni yeni girmeye başladığı bu yıllarda Türk yasa koyucusunun sendikalarla ilgili özel bir yasa çıkarmasını ve sendika özgürlüğüne açıkça yer vermesini önemli bir gelişme olarak kaydetmek lâzımdır.

Türk İş Yasasında 1950 yılında yapılan değişiklik sırasında (25.1.1950, Yasa no: 5518) 13. maddeye eklenen bir fıkra ile «işçinin sendikaya üye olması... gibi sebeplerle işinden çıkartılması» hallerinde daha yüksek bir tazminatın öngörülmesi de o dönem için önemli bir gelişmedir. Zira bu sayede kişisel sendika özgürlüğü hukukî güvenceye kavuşturulmuş oluyordu.

Türk hukukunda sendika özgürlüğü 1961 Anayasası ile en üst düzeyde ifadesini bulmuş ve güvence altına alınmıştır. 274 sayılı Yasa, bu özgürlüğe çağdaş bir içerik kazandırmış, hukukî ve cezaî yaptırımlarla korumuştur.

1982 T.C. Anayasası'nda da sendika özgürlüğü ayrıntılı biçimde ifade edilmiş, bu arada genel bazı sınırlamalar da aynı Anayasada yer almıştır.

1983 tarihli yeni yasalarda da sendika özgürlüğü ilkesine açıkça yer verilmiş, ancak bu özgürlüğe sendikaların iç işleyişleri bakımından bazı sınırlamalar konulmuştur.

Sendika özgürlüğü, siyasal çoğulcu demokrasinin vazgeçilmez kurumlarından biri olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Nitekim her ülkede olduğu gibi, ülkemizde de demokrasiye açılış dönemlerinde sendika özgürlüğünün yasal dayanak ve güvencelere kavuşturulduğu görülmüştür.

Öte yandan çoğulcu demokrasilerin beşiği sayılan Batı ülkelerinde sendika özgürlüğünün gelişip yerleşmesinde yargı organları çok önemli roller oynamışlar, yasama organları ise ortaya çıkan fiili durumu hukuk

kurallarına bağlamak suretiyle toplumdaki gelişmeleri hızlandırmışlardır. Örneğin Fransız yargı organları işçinin sendikaya üye olması nedeniyle işten çıkarılmasını fesih hakkının kötüye kullanılması olarak yorumlamışlar ve bunun bir tazminata yol açacağına 1929 yılında karar vermişlerdir. Bunun gibi sendikaya üye olması nedeniyle işten çıkarılan işçinin tazminat talebi yanında ilgili sendikanın da tazminat istiyebileceğine dair 1938 tarihli yargı kararları vardır.

Sendika özgürlüğünün korunması açısından Türk Yargıtayı'nın yorumları neler olmuştur? Bu kararlar Türk İş Hukukunun gelişmesine ne gibi etkilerde bulunmuştur? Tebliğimiz, ana hatları ile bu sorunların cevaplarını bulmaya çalışacaktır.

Önce şu hususu belirtelim ki Batı ülkelerinde olduğu gibi Türkiye'de de yargı organları daha çok bireysel sendika özgürlüğü üzerinde durmuşlardır. İş uyuşmazlıklarının daha çok bu alanda ortaya çıkmasının bir sonucu olan bu durumu doğal karşılamak gerekir. Biz de Türk Yargıtayı'nın kararlarını bu yönden inceleyeceğiz.

1 — Hizmet Sözleşmesinin Yapılması Sırasında Sendika Özgürlüğünün Korunması

İşçinin işe alınırken sendika üyeliği bakımından herhangi bir ayırımı tabi tutulmaması gerekmektedir. 1982 T.C. Anayasasının 51. maddesinde de açıklandığı üzere «sendikalara üye olmak» serbest olduğu gibi, «hiç kimse sendikaya üye olmaya, üye kalmaya, üyelikten ayrılmaya zorlanamaz» (m. 51/III, IV). Bu anayasal ilkelerin kişi işe alınırken de geçerli olduğu kuşkusuzdur.

Esasen 1956 Fransız yasasından esinlenerek önce 274 sayılı Yasanın 19. maddesine, daha sonra da 2821 sayılı Yasanın 31. maddesine konulan hükümler bu hususta somut güvenceler getirmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre, «işçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz» (m. 31/1). Bu hükme aykırı kayıtların toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine de konulamıyacağını da belirten yasa koyucu, aykırı davranışları suç saymış ve cezai yaptırım öngörülmüştür (m. 59/III).

Ayrıca 1982 Anayasası, «herhangi bir işyerinde çalışabilmek, işçi sendikasına üye olmak veya olmamak şartına bağlanamaz» (m. 51/VI) hükmünü getirmek suretiyle bazı Avrupa ve Amerika ülkelerindeki uygulamaları kesinlikle önlemiş, sendika özgürlüğünü bu açıdan da güvence altına almıştır.

Kuşkusuz Türk Anayasa ve yasalarındaki bu hükümlerin kaynağı Batı ülkelerinde yaşanan uzun deneyimlerdir. Bu konuda yargı organlarının kararları da çok önemli roller oynamışlardır. Örneğin XX. yüzyılın başlarında Avrupa ülkelerinde yargı organları işverenlerin işçileri işe aldıkları sırada diledikleri gibi adaylar arasında seçim yapabileceklerine karar vermişlerdir (1). Bugün artık sendika üyeliği bakımından yapılan böyle bir ayırımın yargı kararlarında yeri kalmamıştır. Hatta sendikaya üye olması nedeniyle işçinin işe alınmaması işverenin sadece cezai yaptırımla karşılaşması sonucunu doğurmamakta, Batı ülkelerinde işçi sendikasının işverenden tazminat isteme hakkına da sahip olduğu yargı organlarının kabul edilmektedir. Örneğin, Fransız yargı organları, bir işverenin işe aldığı işçilere işe giriş bildiriminde sorduğu «sendikaya üye misiniz?» sorusunu veya sendikaya üye olduğundan dolayı işverenin hizmet sözleşmesini yenilememesini işverenin hukukî sorumluluğu için yeterli görmüşlerdir.

Türk hukukunda 1963 yılından beri böyle bir ayırımın yapılmasının Yasaya aykırı olduğu açıkça öngörülmesine rağmen bu hususta yargı kararlarına rastlanmamaktadır. Bunun nedeni 2821 sayılı Yasanın 31. maddesinin ilk fıkrasına aykırı bir davranış içine giren işverenin hukukî bir yaptırıma tabi olmaması gösterilebilir. Nitekim doktrinde de, 274 sayılı Yasa dönemindeki daha kapsamlı 19. madde hükmüne rağmen bu hususta işvereni hukukî bir sorumluluğa tabi tutmanın zorluğuna işaret edilmiştir (2).

Halen yürürlükte olan 2821 sayılı Yasa ise, doktrindeki bu görüşlerin etkisi ile açık bir düzenleme getirmiş ve sendikal tazminatı 31. maddenin ilk fıkrası için öngörmemiştir. Kuşkusuz böyle bir tazminatın 31. maddede öngörülmemiş olması genel hukuk kurallarına göre işverenin bir tazminata mahkûm edilmesine engel teşkil etmemektedir. Gerçekten anayasal bir hakkını kullandığından dolayı iş bulma olanağını kaybeden işçinin uğradığı zararın tazminine Borçlar Yasası çerçevesinde hükmedilmesi mümkün olduğu gibi, bu üyeliğin gerçekleşmemesi nedeniyle sendikanın uğradığı zararın tazminine de mahkemelerin genel hükümler çerçevesinde karar vermelerinde kanımızca bir engel bulunmamaktadır. Kuşkusuz bu hususta işverenin kötüniyete dayalı bir ayırım yaptığının kanıtlanması gerekmektedir. Bunun ise, yabancı doktrinde de işaret edildiği gibi, her zaman açık şekilde ortaya konulması kolay değildir.

2821 sayılı Yasanın 31. maddesinin ilk fıkrasının cezai bir yaptırıma bağlandığına yukarıda işaret etmiştik. Şu hususu da belirtmeliyiz ki Sen-

-
- (1) Fransız Yargıtayının 9 Mart 1915 tarihli kararı için bkz. Camerlynck - G. Lyon - Caen, Droit du Travail, 1975, p. 474.
(2) N. Çelik, Kollektif İş Hukuku, Sendikalar, İstanbul, 1979. sh. 128.

dikalar Yasasının 59. maddesinde öngörülen onbin liradan ellibin liraya kadar ağır para cezasının yeterli olduğu söylenemez. Nitekim aynı hükümün Fransız İş Kodundaki cezası 2000 F. tan 5000 F.'a kadar para cezası, tekerrür halinde iki aydan bir yıla kadar hapis ve 4000 F.'tan 10.000 F.'a kadar para cezasıdır. Para cezalarını resmi kurdan hesapladığımızda en az yarım milyon liralık bir ceza olduğu anlaşılmaktadır.

2 — Çalışma Koşullarının Eşit Uygulanmaması Sırasında Sendika Özgürlüğünün Korunması.

27 Mart 1956 tarihli Fransız Yasasındaki esaslar Türk mevzuatında önce 274 sayılı Yasanın 19. maddesine, daha sonra da 2821 sayılı Yasanın 31. maddesine aktarılırken çalışma koşulları bakımından da sendika özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Gerçekten hemen hemen tercüme edilmek suretiyle Türk mevzuatına geçirilen Fransız Yasasının 412-2. maddesine göre işverenlerin işin sevk ve dağıtımında, meslekî eğitim ve meslekî ilerlemede, ücret ve sosyal içerikli yan ödemelerde, disiplin hükümlerinin uygulanmasında işçinin sendikaya üyeliğini veya sendikal faaliyetini dikkate almaları yasaktır.

Aynı hüküm, 2821 sayılı Yasanın 31. maddesinin III. fıkrasında da ifade edilmiş, ayrıca bu hükme aykırı davranan işverenlerin işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere tazminata mahkûm edilecekleri öngörülmüştür (m. 31/VI).

Yasa koyucunun amacı, fesih dışında da sendika özgürlüğünü korumak olduğu açıktır. Gerçekten işveren sendikalaşma hareketinde öncülük yapan işçileri, işten çıkarmamakla beraber, meslekî ilerlemelerine olanak vermez, sık sık disiplin cezasına çarptırır, ağır işlerde çalıştırır, bu durum sendikalaşmak isteyenleri etkiliyecek, hatta caydırabilecektir.

Nitekim Yargıtay çeşitli kararlarında bu durumda da işverenin işçiye bir yıllık ücret tutarında tazminat ödemesi gerektiğini kabul etmiştir (Yargıtay 9.H.D.'nin 19.11.1968 tarih ve Esas 1079, K. 4398; aynı dairesinin 15.4.1969 tarih ve Esas 4398, K. 16546 kararları ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29.4.1970 tarih ve Esas 1968/9-753, Karar No: 225).

Ancak Türk Yargıtayı, işverenin sendikal faaliyet nedeniyle işçinin iş pozisyonunu değiştirmesini sendikal tazminat kapsamında görmemiştir. Oy çokluğu ile iş mahkemesi kararını onaylayan Yüksek Mahkemenin vardığı sonuç haklı olarak doktrinde eleştirilmiştir. Gerçekten bir maden işletmesinde on yıla yakın bir süreden beri büro personeli olarak çalışan işçiye belirli bir sendikadan istifade etmemesi üzerine yeraltı kazmacılığı görevi verilmiştir. İş mahkemesi bu durumda hizmet sözleşmesinin feshi gerçekleşmediğinden davanın reddine karar vermiş, Yüksek

Mahkeme de usul ve yasaya uygun bulduğu bu kararı onaylamıştır (Yargıtay 9. H.D., 21.6.1978, E. 1978/6961, Karar 1978/8767).

Halbuki 31. maddenin III. fıkrasında sadece hizmet sözleşmesinin, sendika üyeliği nedeniyle sona erdirilmesinden değil, sözleşmenin uygulanması sırasında da işçi aleyhine bir ayırım yapılamıyacağı açıkça öngörülmüş ve bu konuda açıklayıcı hükümler konulmuştur. Örneğin, «işin sevk ve dağılımında», «işçinin meslekî ilerlemesinde», «ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde» sendikaya üye olan işçilerle üye olmayanlar arasında ayırım yapılmaması ilkesi benimsenmiş, hatta çalışma koşulları ile ilgili «diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanmasında» da aynı kuralın geçerli olduğu açıklanmıştır.

Yukarıda da açıklandığı gibi Fransız Yasasından Türk mevzuatına aktarılan bu hükmün işçinin çalıştığı sırada sendika özgürlüğünü korumayı amaçladığı kuşkusuzdur.

Sendika özgürlüğünün güvencesini daraltıcı bu karar paralelinde işyeri sendika temsilcilerini ilgilendiren başka bir karara aşağıda ayrıca işaret edilecektir.

3 — Hizmet Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Sendika Özgürlüğünün Korunması

Bireysel sendika özgürlüğünün korunması en fazla hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesinde önem kazanmaktadır. Türk hukukunda da işçinin sendika üyeliğini, sendikal faaliyetlerin yapılmasını istemiyen bazı işverenlerin bir kısım işçiyi işten çıkarmak eğilimi içine girmektedirler. Bir yanda anayasal bir hakkın kullanılması, öte yanda buna engel olan işverenlerin olumsuz tutumu çağdaş yasalara bu konuda özel hükümlerin konulmasına neden olmuştur. Uygulamada oldukça değişik biçimlerde ortaya çıkan bu durum yargı organlarını yakından ilgilendirmekte, sonuçta zengin bir içtihadın teşekkül etmesine neden olmaktadır. Türk hukukunda da durum aynıdır. Üstelik yasal hükümlerin zaman zaman iç içe girmesi ülkemizde yargı kararları ile bilimsel görüşler arasındaki farklılığı artırmıştır.

2821 sayılı Sendikalar Yasasının 31. maddesinin III. fıkrasında «işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında ...çalıştırılmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz». Öte yandan 1950'li yıllarda İş Yasasının 13. maddesine eklenen bir fıkra uyarınca «işçinin sendikaya üye olması...» nedeniyle işinden çıkarılması fesih hakkının kötüye kullanılması sayıldığından ihbar tazminatının üç katı tutarında tazminat ödenmesini gerektirmektedir.

Bu yasal çerçeveye içinde önce yasalarla güvence altına alınan sendika özgürlüğünün geçerli olduğu alanı saptamak, daha sonra da işe son verilmesinin ne gibi sonuçlar doğuracağını incelemek yararlı olacaktır.

A — SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN İŞÇİNİN FESHE KARŞI KORUNMASI

Türk hukukunda işçileri feshe karşı koruyan genel hükümlerin bulunmadığı bilinmektedir. Haklı bir nedene dayanmayan feshin iptal edilerek işçinin işyerine iadesi sadece işyeri sendika temsilcilerine özgü bir haktır (2821, m. 30). Böyle olunca sendikacılık faaliyeti nedeniyle işine son verilen işçilerin dahi yargı kararı ile işyerine dönme olanağı Türk hukukunda açıkça ifade edilmemiştir. Kuşkusuz yargı organları bu eksikliği genel hukuk kurallarından ve Anayasadan esinlenerek doldurabilirler ve böylece yasa koyucunun bu alanda çağdaş gelişmelere uygun adımlar atmasını kolaylaştırabilirler. Ancak bu konuda Yüksek Mahkemenin şimdiye kadar herhangi bir kararına rastlamış değiliz. Aksine Türk Yargıtayı sendikal faaliyeti, özellikle 1985'lerden sonra, nisbeten dar bir yoruma tabi tuttuğu görülmektedir.

a — Sendikaya Üyelik - Sendikal Faaliyet Ayırımı

Yargıtay, işçinin sendikaya üye olması ile sendikal faaliyeti birbirinden ayırmakta ve ayrı yasalardaki hükümlerin, duruma göre, uygulanacağını kabul etmektedir.

Yüksek Mahkemenin süreklilik kazanan görüşüne göre işçinin sendikaya üye olması nedeniyle işten çıkarılması halinde uygulanacak olan yasa, İş Yasasıdır (m. 13/c/11). İşçi, sendikaya üye olduktan sonra sendikal bir faaliyet nedeniyle işten çıkarılacak olursa Sendikalar Yasasının 31. maddesinden yararlanabilecektir.

Bu iki yasada öngörülen tazminatlar arasında büyük bir farkın bulunması uygulamada sorunun önem kazanmasına neden olmuştur.

Gerçi Yargıtay 1980 yılında, doktrindeki görüşe çok yaklaşan iki karar vermiştir (Yargıtay 9.H.D. 13.10.1980 E. 11355, K. 10653; Yargıtay Hükuk Genel Kurulu, 10.10.1980, E. 1979-9-211, K. 2296). Buna göre işçinin sendikaya üye olması nedeniyle işten çıkarılması halinde de kendisine bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat ödemesi gerekecektir.

Ancak bu kararlar süreklilik kazanamamış, Yüksek Mahkeme çok sayıdaki kararları ile eski ayırımına dönmüş ve bu görüş istikrar kazanmıştır (Bu kararlardan bazıları için bkz. Yargıtay 9.H.D. 2.12.1975, E. 19727, K. 51578; Yargıtay 9.H.D. 31.5.1976, E. 11232, K. 14488; Yargıtay

9.H.D. 17.1.1978, E. 97, K. 495; Yargıtay 9.H.D. 29.11.1979, E. 14498, K. 15244; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.12.1975, Esas 1974-9-813, Karar 1960).

Türk Yargıtayı'nın işçinin sendikaya üye olmasını sendikal bir faaliyet saymaması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Fazla ayrıntıya girmeden belirtmeliyiz ki 31. maddenin gerek başlığı, gerek içeriği böyle bir ayırıma elverişli olmadığı gibi, Batı ülkeleri doktrininde ve yargı kararlarında da buna rastlanmamaktadır. Buna karşın Türk hukukunda İş Yasasının 13. maddesindeki hükmün bulunduğunu ileri sürmek de kanımızca doyurucu bir gerekçe değildir. İş Yasasına bu hükmün giriş tarihi ve nedeni düşünüldüğünde, sendika özgürlüğünü özel olarak güvence altına alan 274 sayılı Yasadan sonra artık bu genel hükmün uygulama olanağı kalmadığı sonucuna varılabilir.

Yargıtayın yaptığı bu ayırım ülkemizde sendika özgürlüğü açısından ciddi endişelerin doğmasına neden olmuştur. Gerçekten işyerine yeni giren bir işçinin, sendikaya üye olması nedeniyle, işine son veren işverenin Yargıtay'a göre ödemesi gereken tazminat sadece 6 haftalık ücret tutarındadır. İşveren, sendikaya üye olduktan sonra sendikal bir faaliyet nedeniyle aynı işçiyi işten çıkarırsa en az bir yıllık ücret tutarında tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Bu durumda işverenin birinci yolu seçmesinin sendika özgürlüğü açısından ne kadar tehlikeli olduğunu izaha gerek yoktur.

b — Yargıtay'a Göre Sendikal Faaliyetin Kapsamı

Sendikaya üye olmayı sendikal faaliyet saymayan Yüksek Mahkeme, acaba sendikal faaliyet kavramını nasıl yorumlamaktadır?

Türk Yargıtayı'nın sendikal faaliyet kavramını yeterince açıklığa kavuşturduğu maalesef söylenemez. Sendikaya üyelik gibi sendikal faaliyetin en açık ve belirgin olanı bu kavramın dışında tutulunca, doğal olarak, sendikal faaliyetin içeriğini belirlemek güçleşmektedir.

Yargıtay bazı kararlarında bu konuda Sendikalar Yasasında sendikalara tanınan faaliyetlerle ilgili maddelere yollama yapmaktadır. Örneğin, 13.4.1977 tarihli kararında (Yargıtay 9.H.D. E. 4050, K. 5894) davacı işçinin hareketinin sendikaya üye kaydetmek olduğu; bunun ise 274 sayılı Yasanın 14. maddesinde sayılan faaliyetlerden olmadığından sendikal tazminata hükmedilmesine gerek olmadığı açıklanmıştır.

Aynı gerekçe yakın tarihlerde işyeri sendika temsilcileri ile ilgili bir kararda da kullanılmıştır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 26.5.1987, E. 4801, K. 5265).

Buna karşılık işyerinde bildiri dağıtan bir işçinin tazminat talebini reddederken bununun 14. maddede yer alan bir faaliyet olmadığı gerekçesine dayanılmamış, davacının iddiasını ispat edemediği gerekçesi ileri sürülmüştür (Yargıtay 9.H.D. 20.5.1977 tarihli kararı).

Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 5.5.1982 tarihli (E. 1980-9-38, K. 1980/459) kararında da sendikal faaliyetin, o zamanki 274 sayılı Yasanın 14. maddesi ile sınırlı olduğu görüşü benimsenmiştir.

Kuşkusuz Yargıtay'ın 274 sayılı Yasanın 14. maddesini, bugünkü 2821 sayılı Yasanın 32 ve 33. maddelerini sendikal faaliyet bakımından esas alması somut bir ölçü olma bakımından yararlı olduğu düşünülebilir. Ancak sendikal faaliyet açısından haklı bir ölçü olduğu kanımızca söylenemez.

Gerçekten sendikalarla ilgili yasalarda tüzel kişi olarak bu kuruluşlara tanınan faaliyetlerle, bireyin sendikal faaliyetini birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Zira sendikalara tanınan faaliyetler her zaman bireysel sendikacılık faaliyetini kapsamamaktadır. Örneğin işyerinde üye kaydetmek sendika tüzel kişilerine tanınan faaliyetler arasında sayılmamıştır diye, bunu sendikal faaliyet saymayacak mıyız? Sendikanın yayın organına yazı yazan, toplantılarına katılan işçinin faaliyetini sendikal faaliyet saymamak mümkün müdür? Hatta bu kişinin sendika üyesi olması da zorunlu değildir. Örneğin, sendikanın başlattığı yasal bir greve katıldığından dolayı sendikasız olsa bile işçinin işten çıkarılması 31. madde anlamında tazminatı gerektiren haksız bir fiil değil midir?

Bu hususta kanımızca 31. maddenin V. fıkrası yeterince açıktır. Şu halde başta sendikaya üye olma işlemi olmak üzere işçi sendikası ile maddi ve manevi her türlü dayanışma ve işbirliği kurarak kişinin «çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek» amacıyla yaptığı faaliyetleri sendikal faaliyet olarak kabul etmek gerekir. Türk Yargıtayı'nın bu konuda sürekli bir arayış içinde olmasına rağmen, sendikal faaliyet kavramını giderek daralttığını görmekteyiz.

Yargı kararları ile doktrin arasında, özellikle sendikaya üyelik nedeniyle sözleşmenin feshinde ödenmesi gereken tazminat bakımından ortaya çıkan görüş ayrılığı, bilindiği gibi 2821 sayılı yasa 3449 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sırasında bir çözüme kavuşturulmuştur 25.5.1988 tarihli bu değişikliğe göre (R.G., 2.6.1988, No: 19830) işçiler, «sendikaya üye olmaları veya olmamaları» bakımından işten çıkarılamayacak veya «herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi» tutulamıyacaklardır (m. 31/V). Kanımızca böyle bir sonuca varabilmek, değişiklikten önceki metin ile de mümkündü.

c — Sendikal Faaliyet Sayılmayan Bazı Durumlar

Kuşkusuz her hak gibi sendika üyeliğinin güvencesinin de amacına uygun biçimde kullanılması gerekmektedir. Bu genel kural işyeri sendika temsilcileri bakımından da geçerlidir.

Nitekim Yargıtay 23.9.1968 tarihli bir kararında (E. 717, K. 1367), posta başlıkların işveren tarafından değiştirilmesini protesto amacıyla görevleri başında bir süre iş yapmadan oturmaları sonucu hizmet sözleşmeleri feshedilen işçilerin işverenden tazminat isteme hakları bulunmadığına karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme 30.3.1971 tarihli başka bir kararında da (E. 15007, K. 7714) hizmet sözleşmesinin işçinin itaatsizliği ve disiplinsiz davranışları nedeniyle bozulduğunun saptanması halinde sendikal tazminata hükmedilemeyeceği açıklanmıştır.

Bunun gibi hizmet sözleşmesinin feshinin tensikat zaruretinden ileri gelmesi (Yargıtay 9.H.D., 8.6.1971, E. 4062, K. 13527), işyerine hammadde sağlanamaması nedeniyle bir kısım işçinin işine son verilmesi zorunluluğunun (Yargıtay 9.H.D., 6.4.1971, E. 7407, K. 6817) ortaya çıkması Yüksek Mahkemeye göre sendikal tazminatı gerektirmeyecektir.

Şu halde her somut olayda işverenin fesih sırasındaki gerçek amacının araştırılması ve bu işlemin işçinin sendikal haklarına yönelik olduğuna yargıcın vicdanî kanaat getirmesi gerekmektedir.

Yüksek Mahkemenin bu konudaki kararlarına katılmamak mümkün değildir. Ancak sorun bu husustaki ispat yükümlülüğü ile yakından ilgili olduğundan o konuya da kısaca değinme zorunluluğu vardır.

d — Uyuşmazlık Halinde İspat Yükümlülüğü

Türk hukukunda istihdam güvencesi henüz yasal düzenlemelere kavuşturulamamıştır. Yukarıda da işaret edildiği gibi sendika özgürlüğü açısından bile işçinin ispat yükü ve işine iade edilememesi çağdaş gelişmelerin gerisinde kalmaktadır.

Kanımızca bu konularda yüksek yargı organlarına çok önemli görevler düşmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi yargı kararları yasama organına yol göstermekte, böylece sosyal gelişmeler hız kazanmaktadır.

Türk Yargıtayı ispat yükü açısından genellikle usul hukukunun klasik kurallarını benimsemiş ve işçinin sendikal faaliyet nedeniyle işten çıkarıldığını yeterince kanıtlaması şartını aramıştır. «Sendikal nedenin kesinlikle saptanamamış olması» gerekçesine birçok kararda rastlanmıştır:

(Yargıtay 9.H.D. 8.11.1978, E. 13621, K. 14016; aynı Dairenin 24.1.1978, E. 743, K. 832 ve 17.1.1978, E. 12345, K. 523).

Bununla beraber Yargıtay'ın zaman zaman klasik ispat teorisinden ayrılarak iş hukukunun özelliklerini dikkate alma eğilimi içinde bulunduğu da gözlenmektedir. Kanımızca isabetli olanı da budur. Örneğin, 29.6.1967 tarihli bir kararında (E. 4417, K. 5985) Yüksek Mahkeme, «dinlenmiş tanık sözlerinin doğruluğunun anlaşılması bakımından bütün delillerin birlikte ele alınması ve tanık sözlerinin olabildiği ölçüde, diğer delil ve karinelerle karşılaştırılıp denetlenmesi zorunluluğuna» işaret edilmiştir.

Bunun gibi Yüksek Mahkeme 18.12.1978 tarili kararında da Yargıtay 9.H.D. E. 15516, K. 16030) işveren şirketin elindeki stok fazlalığı (ekonomik zorunluluk) nedeniyle tensikat yoluna gittiğine dair savunmasının «icabında işyeri kayıt ve belgeleri incelenmek ve şahit beyanları buna göre değerlendirilmek» gerektiği açıklanmıştır.

Şayet işçi yapılan feshin sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığına dair bazı karineler ortaya koymuşsa yargıcın ispat yükünü tersine çevirerek feshin sendikal bir nedene dayanmadığını kanıtlama yükünü işverene yüklemesi kanımızca doğru olanıdır. Örneğin tensikata tabi tutulan işçilerin münhasıran başka bir sendikaya geçen işçiler olması halinde artık işverenin ekonomik şartları ileri sürmesi yeterli sayılmamalıdır. Olayların kronolojik sırası da bu arada önemli bir karine teşkil edebilir.

Sendika özgürlüğünün anayasal dayanaklara sahip olması yargı organlarının klasik usul hükümlerini bu hususta gözden geçirmeleri için ciddi bir sebeptir. Herhalde istihdam güvencesi alanında atılacak adımların sendika özgürlüğü ile başlaması en mantıklı olanıdır.

B — SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCESİ

Sendika özgürlüğünün özel hükümlerle güvence altına alınması uygulamada önem taşımaktadır. Nitekim 1947 Sendikalar Yasasında düzenlenen bu özgürlüğe 1950 yılında hukukî bir güvence getirilmiş bu amaçla 13. maddeye özel hüküm konulmuştur.

274 sayılı Yasa (1963) bu konuda daha duyarlı bir tutum içine girmiş, Batılı yasalardan esinlenerek ayrı bir tazminat hükmü getirmiş, ayrıca cezai yaptırım öngörmüştür. Bu özel düzenleme karşısında artık İş Yasası hükmünün uygulanmaması gerekirken, yukarıda da açıklandığı gibi, Yargıtay sendikaya üyelikle, sendikal faaliyet arasında bir ayırım yaparak her iki yasa hükmünün ayrı ayrı uygulanabileceği sonucuna varmıştır. Bu ayırımın sendika özgürlüğünün güvencesi açısından taşıdığı

sakıncaya yukarıda değinmiştik. 2821 sayılı Yasada 3449 sayılı Yasa ile yapılan son değişiklikten sonra bu ayırımın artık yapılamıyacağı kanısındayız. Başka bir deyimle sendikaya üyelik dahil her türlü sendikal faaliyetin hukukî yaptırımı en az bir yıllık ücret tutarındaki tazminat olacaktır. Kuşkusuz Yüksek Mahkeme sendikal faaliyet kavramını sendikalara tanınan faaliyetlerle (m. 32, 33) sınırlı gördüğü sürece sendika özgürlüğü tam bir güvenceye kavuşamayacaktır.

2821 sayılı Yasanın 31. maddesinde öngörülen tazminatın sadece hizmet sözleşmesinin feshinde değil, sözleşmenin uygulanması sırasında işverenin farklı işlemde bulunması hallerinde de uygulanacağı kuşkusuzdur. 31. maddenin son fıkrasında yollama yapılan III. fıkra hükmü bu bakımdan yeterince açıktır. Nitekim Yüksek Mahkeme de birçok kararında bu hususu kabul etmiştir: (Yargıtay 9.H.D. 19.11.1968, E. 1079, K. 4398; aynı Dairenin 15.4.1968, E. 4398, K. 16546; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.4.1970, E. 1968-9-753, K. 225).

Öte yandan sendikal tazminata hükmedilmesi halinde diğer yasalardan doğan işçi hakları saklı olmakla beraber, İş Yasasının 13. maddesinde öngörülen kötüniyet (haksız fesih) tazminatına ayrıca hükmedilmiyecektir. Yargıtay'ın da öteden beri aynı görüşte olduğu bilinmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23.2.1967 tarih ve E. 217, K. 613; 23.10.1971 tarih ve E. 1970-9-299, K. 608; 10.10.1980 tarih ve E. 1979-9-211, K. 2296). 31. madde metnine konulan açık hüküm bu konudaki duraksamaları gidermiştir. Böylece Yargıtay bu konuda yasakoyucuya yol göstermiş, doktrininin de katkısı ile yasal düzenleme yapılmıştır.

Kötüniyet tazminatı dışında kalan işçilik hakları ise istenilebilecektir. Bunların başında gerekli koşullar varsa ihbar ve kıdem tazminatları gelmektedir. Bu hususta Yüksek Mahkemenin değişik kararlarına rastlanmaktadır. Özellikle sendikal tazminatın bağımsız bir tazminat olup olmadığı, başka bir deyimle bu tazminattan yararlanabilmek için İş Yasası ve diğer yasalarda öngörülen hakların istenmiş olması koşuluna bağlı olup olmadığı farklı görüşlerin ortaya konulmasına neden olmuştur. Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 7.12.1968 tarihli kararında (E. 1968-9-540, K. 814) sendikal tazminatın bağımsız bir tazminat olduğu belirtilmiş ve işçinin kötüniyet tazminatı dışında diğer haklarının da saklı bulunduğu sonucuna varılmıştır. Doktrinde baskın olan görüş de bu doğrultudadır.

Yargıtay, 7.4.1972 tarihli kararında ise E. 25814, K. 9443 sendikal tazminatın kötüniyet tazminatı ile birlikte ihbar tazminatını da kapsadığı görüşünü ortaya koymuştur. Herhalde gerekli diğer koşullar varsa iş-

çinin diğer haklarını ve bu arada kıdem tazminatını isteyebileceği kesindir.

Sendikal tazminatın 31. maddeye göre işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmaması gerekir. Yargıç, sendika özgürlüğünün ihlâl edilmesinde işverenin davranışını dikkate alarak ve bu hususta haklı gerekçeler göstererek bu tazminatı artırabilecektir. Uygulamada bir yıllık ücret tutarındaki tazminat yargıçlar tarafından yeterli görülmektedir.

Toplu iş sözleşmesi ile tazminat tutarının artırılması da mümkündür. Nitekim Yüksek Mahkeme bu tazminatın işçi yararına açılabileceğini kabul etmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22.12.1969 tarih ve (E. 10072, K. 11806). Doktrinde de aynı görüş açıklanmıştır.

Bir yıllık ücret tutarından az olmayan bu tazminatın hesabında çıplak ücret esas alınacaktır. Kıdem ve ihbar tazminatlarının hesabında para ve para ile ölçülmesi mümkün yasal ve sözleşmeden doğan hakların eklenmesini öngören İş Yasası hükmü kuşkusuz istisnaidir ve burada uygulama olanağı yoktur.

Nihayet bu tazminatın hesabında işçinin brüt ücretinin esas alınacağı da Yargıtay kararlarında ifade edilmiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19.6.1968, E. 305, K. 470). Gerçekten aksi belirtilmedikçe ücret miktarından çıplak ve brüt ücret anlaşılmalıdır. Yüksek Mahkeme de aynı esasları benimsemiştir.

Sendika özgürlüğüne aykırı davranışların cezai bir yaptırıma kavuşturulması da düşünülmüştür. Nitekim Fransız yasasında yeterince caydırıcı güce sahip ağır para cezası ile tekerrür halinde hapis cezası öngörülmüştür.

274 sayılı eski Yasada 19. madde hükümlerine aykırı hareket eden işverenler için ağır para cezası öngörülmüş iken, 2821 sayılı yeni Yasa m. 59/3) sadece 31. maddenin birinci fıkrasına aykırı hareket eden işverene onbin liradan ellibin liraya kadar ağır para cezasını kabul etmiştir. Şu halde yeni yasaya göre suç olan sadece işçilerin işe alınmaları (hizmet sözleşmesinin yapılması) sırasında sendika özgürlüklerinin ihlâl edilmesidir.

Kuşkusuz iş hukukunda amaç işvereni cezalandırmak değildir. Ancak sendika özgürlüğü gibi anayasal bir hakkın ihlâl edilmesinde cezai yaptırımların devreye sokulmasının yararı inkâr edilemez. Özellikle hizmet sözleşmesinin feshinde sendika özgürlüğünün ihlâl edilmesinin bir suç olmaktan çıkarılmasını haklı bir nedene bağlamak güçtür. İstihdam güvencesinin özel yasalarla sağlandığı ülkelerde dahi cezai yaptırımlar sendika özgürlüğünü bütünü ile kapsamaktadır. İşçinin feshe karşı korun-

madığı ülkemizde ise cezai yaptırımlara daha fazla ihtiyaç bulunduğu kanısındayız.

2821 sayılı Yasa hükümlerinde bir değişiklik yapmadan yargı kararları ile işverenlerin cezai sorumluluklarını artırmak ise doğal olarak mümkün değildir.

4 — Sendika Özgürlüğü Bakımından Özel Olarak Korunanlar

Sendika özgürlüğünün korunmasında bazı işçilerin durumu özellik taşımaktadır. Bütün ülkelerde işverenler karşısında işçileri temsil eden kişilere sendika özgürlüğü bakımından özel güvenceler sağlanmıştır. Örneğin, işçi temsilcileri, işletme komitesi üyeleri, işçilik sıfatı devam eden sendika yöneticileri, işyeri sendika temsilcileri görevleri nedeniyle daha çabuk işverenle sürtüşmeye girebilirler ve bu yüzden farklı bir işleme tabi tutulabilirler veya işten çıkarılabilirler.

Türk hukukunda yukarıda sayılan işçilerden sadece işyeri temsilcilerine özel güvenceler sağlanmıştır. Esasen işçi temsilciliği 1963 yılında yerini işyeri sendika temsilciliğine bırakmış, işletme komitelerini yasal bir düzenlemeye hiçbir zaman konu olamamıştır. Amatör sendika yöneticileri de yetkili bir yargı organının kararı ile işe iade edilme hakkından 1970 yılında yoksun bırakılmışlardır (Yasa No: 1317). Böylece sendikal faaliyetleri nedeniyle işten çıkarılan işçilerden istihdam güvencesine sahip olan tek işçi zümresi, Türk hukukunda, işyeri sendika temsilcileridir diyebiliriz.

İstihdam güvencesinin en önemli fonksiyonlarından birinin sendika özgürlüğünü korumak olduğu hatırlanırsa konunun önemi daha açık olarak anlaşılır. Gerçekten sendikal faaliyeti nedeniyle işini kaybeden işçinin sadece bir miktar tazminatla yetinmesi yeterli bir güvence olarak kabul edilemez. Böylece Batı ülkelerinde tüm işçilerle ilgili olarak yasalarla sağlanan istihdam güvencesinin Türk hukukunda en azından sendikal faaliyetler nedeniyle işten çıkarılan işçilere tanınmasında sayısız yarırlar vardır. Halbuki bugün bu haktan amatör sendika yöneticileri dahi yoksun bulunmaktadır. Yüksek yargı organlarının bu alanda yasakoyucuya yol gösterici bazı yorumlara gitmesinin kanımızca zamanı gelmiştir. Özellikle toplu iş sözleşmelerine bu hususta konulan hükümlerin yorumunda Yüksek Mahkemenin farklı bir tutum içine girmesinin mümkün olabileceğini düşünmekteyiz.

Sendika özgürlüğü bakımından özel olarak korunanlar Türk hukukunda işyeri sendika temsilcileri olduğuna göre biz de sadece bu temsilcilerle ilgili Yargıtay kararlarına değineceğiz.

İşyeri sendika temsilciliğinin sadece sendika özgürlüğü bakımından korunması üzerinde duracağımız kuşkusuzdur.

A — İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİNİN HİZMET SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

2821 sayılı Yasanın 30. maddesine göre «işveren, işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akitlerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez». Bu hükmün sendikal faaliyetler dışında da, haklı sebepler dışında, temsilciye istihdam güvencesi sağladığı gerek Yargıtayca, gerek doktrinde kabul edilmiştir (Yargıtay 9.H.D., 20.12.1978 tarih ve E. 12263, K. 16174). Kuşkusuz temsilcilik faaliyeti nedeniyle iş ilişkisi sona erdirilen temsilci de bu güvenceden aynen yararlanacaktır.

Mahkemecé işe iade edilen temsilcinin işe alınmaması halinde ne gibi hukukî sonuçlar doğacaktır?

Önce belirtmeliyiz ki 2821 sayılı Yasada bu durum cezai bir yaptırıma bağlanmadığından işveren bakımından herhangi bir suç sayılmıyacaktır. Feshin geçersizliğine karar verildiğinden temsilci ile yeni bir hizmet sözleşmesi yapmaktan çekinen işverenin durumunun 2821 sayılı Yasanın 31. maddesinin ilk fıkrası içine sokmak da kanımızca mümkün değildir.

Bu durumda temsilci iş gördürülmemiş olsa bile işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca «ücretini ve diğer bütün haklarını» işverenden isteyebilecektir. Ancak temsilcinin bu haklarını alması yeterli bir güvence midir?

Sendikalar bu hususta temsilcilerini daha etkili biçimde koruyabilmek için toplu iş sözleşmelerine hüküm koymaya çalışmaktadırlar. Dolayısı ile bu hususu düzenliyen ayrıca bir toplu sözleşme hükmü olup olmasına göre yargı kararlarını incelemekte yarar vardır.

a — Toplu İş Sözleşmesinde Özel Hüküm Bulunmayan Haller

Yargıtay oldukça yeni bir kararında (Yargıtay 9.H.D. 26.5.1987 tarih ve E. 4801, K. 5265) temsilcilik göreviyle uğraştığından dolayı hizmet sözleşmesinin feshinde, temsilcinin ücret ve haklarından ayrı olarak İş Yasasının 13. maddesinin sondan bir önceki fıkrası uyarınca kötünyet tazminatı isteyebileceği sonucuna varmıştır.

Yüksek Mahkemeye göre bu durum 2821 sayılı Yasanın 31. maddenin VI. fıkrasındaki sendikal faaliyet nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshi olarak da düşünülebilecektir. Ancak «sendikal faaliyetler aynı) yasanın 32 ve 33. maddelerinde» sayıldığı ve temsilcilik faaliyetinin de bunlardan farklı olduğu dikkate alınırsa İş Yasasındaki tazminata hükmedilmesi Yargıtaya göre isabetli olacaktır.

Yukarıda işçilerin sendikal faaliyetini incelerken Yüksek Mahkemenin aynı ölçüyü kullandığını belirtmiş ve bu husustaki görüşlerimizi açıklamıştık. Aynı eleştirilerin, daha güçlü olarak, işyeri sendika temsilcileri hakkında geçerli olacağı kanısındayız. Sendika tüzel kişilerine tanınan faaliyetleri düzenleyen 32 ve 33. maddelerin bireysel sendikal faaliyet alanını sınırlıyamayacağını bir kez daha hatırlatmakla yetinelim. Kaldı ki, 2821 sayılı Yasa «Sendika ve Konfederasyonların Faaliyetleri» başlığı altında (III. Kısım, I. Bölüm) işyeri sendika temsilcilerinin görevlerini de düzenlemiştir m. 35). Bu hüküm olmasa idi kanımızca sonuç değişmiyecekti. Mademki temsilcinin hizmet sözleşmesi temsilcilik görevlerini yaptığından dolayı feshedildiği yargılama sırasında sabit olmuştur, artık bunu İş Yasasındaki kötüniyet tazminatı ile karşılamanın isabetli olacağı inancında değiliz. Kaldı ki Yüksek Mahkeme, daha önce açıkladığımız gibi 13. maddedeki tazminata işçinin sendikaya üye olması halinde daha çok başvurmaktadır. Şayet fesih hakkının kötüye kullanıldığı tüm durumlarda 13. madde uygulanacaksa o zaman 31. maddedeki tazminatın uygulanma alanı ne olacaktır?

Sırası gelmişken hatırlatalım ki temsilcilik sıfatı sona erer ermez işçinin işten çıkarılmasında da uygulanması gereken yasa İş Yasası değil Sendikalar Yasasıdır. İşverene böyle bir durumda sözleşmeyi fesihte işçinin sendikal faaliyetlerini dikkate almadığını ispat yükü yüklenmeli ve ancak bu suretle tazminat ödemekten kurtulabileceği kabul edilmelidir.

b — Toplu İş Sözleşmesinde Temsilci Yararına Özel Hükümlerin Bulunması

İşyeri sendika temsilcisinin işe iade kararına rağmen işe alınmama- ları halinde işverenin temsilciye ayrıca bir tazminat ödiyeceğine dair hükümler toplu sözleşmelere konulabilmektedir. Böyle bir düzenlemenin toplu sözleşme özerkliği içinde geçerli olacağı kuşkusuzdur.

Yargıtay 9.H.D. 15.2.1979 tarihli E. 1518, K. 2122) kararında önce temsilcinin işine iade kararı ile feshin gerçekleşmemiş olacağı, bu nedenle toplu iş sözleşmesindeki bir yıllık ücret tutarındaki tazminattan işçinin yararlanamayacağı sonucuna varılmıştır.

Aynı Dairenin 6.7.1979 tarihli (E. 8923, K. 10398) kararında ise Sendikalar Yasasındaki temsilcilerin güvencesi ile ilgili prosedürün öncelikle işletilmesinin zorunlu olduğu açıklanmıştır. Başka bir deyimle toplu sözleşmede öngörülen tazminatın yasal güvence yerine kaim olmasını Yüksek Mahkeme kabul etmemiştir. Aynı kararda yasal prosedüre başvurulmak koşulu ile toplu iş sözleşmesinde temsilci yararına ayrıca bir tazminat öngörülmüşse, temsilcilerin bundan da yararlanabileceği kabul edilmiştir.

B — İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİNİN İŞYERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Temsilcinin hizmet sözleşmesinin feshi Sendikalar Yasasında özel hükümlerle önlenmeye çalışılmıştır. Özellikle işe iade bu hususta işverenleri, istemedikleri temsilcilerle birlikte çalışmaya, mecbur bırakmaktadır.

Bu hükümlerden kurtulabilmek için acaba temsilciyi işveren kendisine ait başka bir işyerinde görevlendirebilir mi?

Hemen belirtmeliyiz ki böyle bir durumda İş Yasası m. 16/11'deki gerekli şartlar varsa temsilci hizmet sözleşmesini 18. maddedeki süreye uyarak feshetmek ve kıdem tazminatını istemek hakkına sahiptir. Öte yandan işyeri değiştirilen temsilcinin bu sıfatını devam ettirmesi hukuken de, fiilen de mümkün değildir. 2821 sayılı Yasada temsilcinin işyerinde çalışan üyeler arasından seçilmesi esası m. 34), başka işyerinde görevlendirilen kişinin artık temsilcilik sıfatının devamına imkân vermemektedir. Gerçi bu durumda toplu sözleşmenin tarafı olan sendika yeni bir temsilci tayin edebilecektir. Ancak bizim konumuz eski temsilcinin sendika özgürlüğünün korunmasıdır.

Yargıtay, çeşitli kararlarında, bu durumda hizmet sözleşmesinin feshedilmediği gerekçesi ile eski işyerine iade işleminin yapılamıyacağını kabul etmiştir.

Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 9.7.1979 tarihli (E. 8153, K. 10403) kararında yasanın sadece işe son vermeye ilişkin bulunduğunu kabul etmiştir.

Yüksek Mahkeme daha yeni bir kararında da (Yargıtay 9.H.D. 1.10.1984 tarih ve E. 7271, K. 8431) temsilcinin işyerinin değiştirilmesine karşı yargı organlarına başvurarak sataşmanın önlenmesinin istenemeyeceğine, bu işlemin işverenlere ait bir yönetim yetkisi olduğuna karar vermiştir. Bu olayda işyeri sendika temsilcisinin başka bir işyerine nakledilemeyeceğine dair toplu sözleşme hükmü de bulunmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre bu naklin toplu sözleşme hükmüne aykırılığının tespiti ile yetinilmeli, «işverenin tasarrufuna müdahale eder şekilde tayin işleminin iptaline» karar verilmemelidir.

Oy çokluğu ile alınan bu karara katılmayan üye tarafından yazılan karşı oy yazısında ise «...fesih için güvence getiren yasanın yine işyerindeki temsilciliği sona erdirecek olan başka yere nakil için güvence getirmediği düşünülemez» görüşü savunulmuştur.

Doktrinde de bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür. Genellikle temsilcilik güvencesini dolaylı biçimde etkisiz hale düşürmenin hukukun

temel kavramları ile bağdaşmadığı ileri sürülmüş ve sözü geçen karar eleştirilmiştir. Olayın özelliğini dikkate alan bazı yazarlar ise işveren toplu iş sözleşmesi uyarınca yönetim yetkisini kendiliğinden sınırladığını hatırlatarak Yargıtayın vardığı sonucu eleştirmektedirler.

Ortada yasa hükmünden kaynaklanan bir yetersizlik olduğu açıktır. Yasakoyucu işyeri sendika temsilcilerinin en fazla karşılaşılabilecekleri fesih konusunu ayrı bir madde içinde ele almış ve düzenlemiştir. Ancak asıl amacın sendika temsilcilerinin işverenler karşısında korunmaları olduğu unutulmamalıdır. Dolaylı olarak temsilciyi işveren karşısında etkisiz hale getirecek her türlü davranışın iyiniyet kurallarına aykırı olduğu kabul edilmeli ve temsilcilere gerekli yasal güvence verilmelidir. Bu itibarla karşı oy yazısındaki görüşlere katıldığımızı ifade etmeliyiz.

SONUÇ

Sendika özgürlüğünün korunması açısından Yargıtay'ın Türk iş hukukunun gelişmesini genel bir değerlendirmeye tabi tuttuğumuzda iki nokta, bize göre açıkça ortaya çıkmaktadır.

Birincisi Türk Yargıtayının bazı Batı ülkelerinde olduğu gibi sendika özgürlüğünün genişlemesinde yasama organına yol gösterici nitelikte yorumlar yapmamasıdır. Yüksek Mahkeme, daha çok mevcut yasa hükümlerini yorumlayarak sonuçlara ulaşmış, sendika özgürlüğünü bir bütün olarak kabul ederek, amaca uygun yorumlara pek başvurmamıştır.

Ülkemizde çoğulcu demokrasi ile birlikte sendika özgürlüğü de toplumsal değer yargıları arasına girdiği ölçüde yargı kararlarında da bu hususta ciddi gelişmeler kaydedilebilecektir. Kuşkusuz yargı kararları da toplumsal bu gelişmede önemli bir rol oynayacaklardır.

İkincisi, ki birinci gözlemin bir sonucu olarak, Yargıtayın dar yorumlarının zaman zaman yasama organının müdahalesine neden oluşudur. Böylece yargı organlarının yasama organına yol göstermesi yerine yasama organı yerleşmiş yargı kararlarını önleyebilmek, bu özgürlüğü genişletebilmek için yeni düzenlemeler getirmektedir. Kuşkusuz sağlıklı olanı yargı organlarının yol göstermesidir.

GENEL GÖRÜŞME

TEBLİĞİN KONUSU : «Sendika Özgürlüğünün Korunması Açısından Yargıtay'ın Türk İş Hukukunun Gelişmesine Etkileri».

OTURUM BAŞKANI : Mehmet UYGUN
Yargıtay Birinci Başkanvekili.

TEBLİĞ SAHİBİ : Prof. Dr. Metin KUTAL
İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi
Öğretim Üyesi.

BAŞKAN : — Buyurun Sayın Teoman Ozanoğlu.

Teoman OZANOĞLU : — Bu teminat, 2821 sayılı Kanununun 30. maddesi ile sendika temsilcileri bakımından bir nebze gerçekleştirilmiştir. Bunun yaygınlaştırılması yolundaki temenni, işçinin feshe karşı korunması, Türk hukukunda ihtiyaç hissedilen çok aktüel bir manzara kazanmış oluyor. Bu korumayı temin etmek için tabiatıyla çeşitli yollar var. Bunlardan birisi ceza müeyyidesi. Bu ceza müeyyidesi konulmuştur ama ceza yetmiyor, tek başına müeyyide olarak. Bir de cezanın miktarı yetmiyor zaten. O bakımdan bu ceza müeyyidesinden hareketle işçinin feshe karşı korunmasının gerçekleştirildiğini söylemek imkanı yoktur.

İkincisi, akla gelebilecek önlem, tazminat meselesidir. Bir tazminat hakkı tanımak, Sayın Ekonomi'nin tebliği dolayısıyla da konuya temas edildi. Gerçekten hukuk genel kurulunun tasvip edilen bir kararı niteliğinde hiç olmazsa açıkta kaldığı süreler için genel hükümlere göre saptanabilecek bir tazminatın verilmesi mümkün görülebilir. Ama bu da yetmiyor. Çünkü bu genel hükümlerin işçinin bu konuda uğrayacağı mağduriyeti ve müşkülâtları karşılama gücü yok. Şimdi Sayın hocamız da bir nebze değindiler, gerçekten burada ayrıca ispat gücü bakımından bir kolaylık öngörülebilir. Fakat herşeyden önce bir defa gerçekten genel İş Kanunu ve diğer özel İş Kanunları ve burada Sendikalar Kanununun 31. maddesi dışında kalan konuları da kapsayacak biçimde bir özel tazminat hükmünün bence getirilmesi şart. Bu tazminat hükmünü getirmek te yetmez. Gerçekten burada iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortalarına daha ulaşmadan iş kazası ve meslek hastalığı olaylarına karşı işçinin korunmasının tarihi seyrini gözönüne getirdiğimiz zaman orada da zararın ispatı ve kusurun ispatı konusunda ispat yükünün ters çevrilerek bu kusursuzluğun ispatının işverene yüklenmesi fikrinden hareketle burada da bu tazminatların verilmesinde feshin yasal olduğunun ispatının işverene yükletilmesi şeklinde özel bir tazminat hükmü gerçekten koruyucu bir hüküm olarak karşımıza çıkar. Bu tazminat ta böylece gerçekleştirilse o da yetersiz kalabilir benim görüşüme göre. Ceza da tazminat ta böyle gerçekleştirilse dahi yetersiz kalınabilir. Bir de hukukî müeyyidenin bir kolu olan bu tazminattan başka statü, konum iadesi şeklindeki bir önlemin de ayrıca öngörülmesi lâzım geliyor. Sayın Ekonomi hocamızın tebliği dolayısıyla temas etmiş bulundum. Orada Alman hukukundan esinlenerek boşluğun doldurulmasını Sayın hocamız önermişti, ama bu düzenleme yapılacaksa bu boşluğun yasa ile açık seçik doldurulması daha tercihe şayan bir yoldur diye

düşünüyorum. Gerçekten Türk hukukunda dolaylı ve belkide dolambaçlı denilebilecek bir takım hükümlerin pek işe yaramadığı görülüyor. Onun için mevzuatın gerekli açıklıkta ve kolaylık sağlayıcı seçik bir manzarayı ifade etmesi gerekir. Şimdi, bu genel konudan sonra diğer konu, işverenin sendikal faaliyet nedeniyle işçinin iş pozisyonunu değiştirmesi halinde bu eylemin Sendikalar Kanununun 31. maddesinin son fıkrasındaki sendikal tazminat kapsamına girip girmeyeceği konusu. Gerçekten bir müşahhas olay olmuş. Bir büro işçisi, yeraltı kazmacılığına atanmış. Tabii Zonguldak koşullarını bilenler bunu iyi bilir. Bir büro işçisiyle yeraltı kazmacılığı işi arasında iş koşullarının özü bakımından kıyaslanamayacak kadar büyük farklılıklar vardır. Şimdi böyle bir olayda Sayın Dairenin, fesih olgusu bu olayda yoktur, binaenaleyh bu sendikal tazminata girmez şeklindeki kararını gerçekten sayın hocamız bence de isabetle eleştirdiler. Çünkü 31. maddenin 3. fıkrasında iş koşullarının değiştirilmesinin de maddeye aykırılık teşkil ettiği açıkça yazılmasına ve 31. maddenin 3. fıkrasına aykırı eylemin müeyyidesinin de son fıkrası olmasına göre artık orada böyle bir sendikal tazminatı işçinin hakettiğine karar vermek gerekirdi. Bu bakımdan da eleştirilerine katılıyorum. Sabrınız için teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Sayın Osman Önal.

Osman ÖNAL : — Sayın Başkan, sayın konuklar, sayın Kutal hocamın çok değerli tebliğinden dolayı teşekkür ediyorum.

Efendim, sendikal özgürlük konusunda işlenen konu, devamlı bireyin işverene karşı olan özgürlüğü. Ben bir başka açıdan meseleye değinmek istiyorum. Özellikle 3449 sayılı Yasayla 61. maddenin değiştirilmesinden sonra sendikanın yazılı talebiyle, yani yetki kesinleştikten sonra sendikanın yazılı talebiyle dayanışma aidatının ve aidatın kesilmesi meselesi, Burada tabiki işçi sendikaları kendi açılarından haklı olarak dayanışma aidatına talip olmayacaklardır. Özellikle kendi aidatlarını üyelik aidatlarını isteyeceklerdir. Yetkinin uzun sürmüş olması ve sözleşme müzakeresinin uzun sürmüş olması neticesi, sendikasız olan işçinin sendikaya üye olmama özgürlüğü ne şekilde korunacaktır? Acaba bu kanun değişikliği ile işçi talep eder ise sendikasız işçi ödeyebilecek midir? Bu konuda sayın hocamın görüşünü, eğer görüş lütfederlerse memnun olacağım. Buradaki kanun değişikliğiyle 2822 sayılı Yasanın 31. maddesi arasında paralellik gözüküyor. Öyle ki, Yargıtayımızın yerleşmiş kararlarında mutlaka dayanışma aidatı için toplu iş söz-

leşmesinin imzalanmış olması şartı aranmaktadır. Tabii bu şart arandığında geriye dönük olan sözleşmenin başlangıcıyla imza tarihi arasında geçecek olan sürenin menfaatlerinden sendikasız işçi, dayanışma aidatıyla yararlanmak isteyen işçi, yararlanamayacaktır. Bu da Anayasanın üye olup olmama özgürlüğünü teminat altına alması meselesini bertaraf edici bir tesir ortaya koyabilmektedir. Ayrıca bu konuda özellikle iş yerlerinde, işçi sendikasının gerek temsilcileri gerek mahalli yetkilileri bu kararları işçi üzerinde bir baskı unsuru olarak kullanmakta. Demektedirler ki, üye olun, üye olmazsanız geriye dönük olan menfaatler işte buyrun Genel Kurul kararı, yararlanamayacaksınız. İşverenin de şu veya bu şekilde bu menfaatî ödemesi söz konusu olmadığına göre bu bireysel sendika özgürlüğüyle ne derece bağdaşır. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Sayın Mehmet Er.

Mehmet ER : — Sayın Başkan, Yargıtayımızın değerli üyeleri, değerli misafirler; ben iki konuda konuşmak istiyorum. Bunlardan birincisi temsilcilerin işe iadesi konusu.

Bidayet mahkemeleri tarafından temsilcilerin işe iade konuları kesin olarak karara bağlandığı için Yargıtayın konuyla ilgili emsal kararları ve bu konuda ne tür olaylar olmaktadır, ancak işin içinde olan bizzat uğraşan sendikacılar bilmektedir. Benim şahsen temsilcilerin işe iadesi konusunda üç tane başımdan olay geçti avukat olarak. Bunlardan birisi çözüme kavuşturuldu ve bu mahkeme kesin olarak işe iadesine karar verdi. Ancak kanundaki ibare, 5 gün içerisinde işçi gelip müracaat etmezse bu hakkını kaybeder ve işçi müracaat ettiğinde işveren bunu almıyor. Dolayısıyla avukatımı çağırıyor, avukatıyla beraber gidip tutanak tutuluyor, tanzim ediliyor. İşte; işe iade edilmemiştir veya notere götürülüyor ve burada işe iade edilmediği için, etmediği günlerin sürekli maaşını talep etmek veyahutta bu esnada da işverenle anlaşıp parayı almak tercih edilmektedir. Benim burada sormak istediğim şu, kanun burada beş günlük bir süre getirmiş. İcra İflas Kanununda ilamlı para alacaklarının dışındaki ilamların infazını düzenlemiştir. Söz konusu ilamlar icraya verildiğinde icra memuru bir icra emri gönderiyor bu süre içerisinde işte engellememesini, engellerse zorla yaptırılacağı şeklinde beyanlar bulunmaktadır. İşçi işe iadesi yönünde verilen bu kararı, 5 günlük süre içinde icra dairesine müracaat etmesi halinde bu kanunun aramış olduğu şekilde bir müracaat mıdır? Bu kabul edilecek mi? yani burada kendisinden beklenen işi yerine getirmiş midir? Benim hocamdan öğrenmek istediğim birinci husus

bu. Yani temsilcinin mahkeme kararıyla işe iade edilmesinde işe başlamak üzere kendisine tanınan süre bu konuda doktrinde, başlama değil, müracaatı kâfi görmektedir. Bunun icra dairesine müracaat etmesi halinde buradaki müracaat kanunda istenen müracaat olur mu?

İkinci husus da, 9. Hukuk Dairesi'nin genelde gerek Sendikalar Kanunundaki eğer bir kuralın müeyyidesi ceza olarak belirtilmişse bunun ceza kanunu tarafından müeyyidesi belirtilmiştir. Dolayısıyla hukuk davası açmada hukukî yarar yoktur diye reddediyorlardı. Yalnız istisnai bir kararda hocamın tebliğde belirttiğinin dışında Dok Gemi İş Sendikası'nın grevde çalışan işçilerin kaçak işçilere mani olması yönündeki açmış olduğu dava ve bidayet mahkemesi tarafından reddi üzerine temyiz mahkemesi, kanunun cezai müeyyideye bağlamış olduğu bir hususu, hukukî müeyyideden yoksun kalması düşünülemez şeklindeki ibare tam olarak aklımda değil, bu şekilde bozdu ve gönderdi. Halen de uygulamada kaçak işçiler konusunda Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karar doğrultusunda nisbeten uygulama alanı işlerlik kazanmış bulunmakta

BAŞKAN : — Toparlamışsınız lütfen.

Mehmet ER : — Efendim bitiriyorum. Ancak 9. Daire bu konuda bu şekildeki aynı kural cezaya bağlanmıştır. Gerek 24. madde gerekse diğer maddelerdeki sırf ceza, para cezası vardır veya sembolik bir ceza vardır diye, efendim cezaya bağlanmıştır, hukukî müeyyidesi yoktur demesi bir çelişki olarak kabul edilir mi? Aradaki farkı ben anlayamadım. Bunu hocamdan açıklamasını istedim.

BAŞKAN : — Sayın Mesut Gülmez.

Mesut GÜLMEZ : — Efendim, önce sayın başkana teşekkür ederim. Çünkü sonra söz almaya karar verdim. O bakımdan soruna uluslararası boyutuyla, bir başka yönüyle eğilmek üzere söz aldım. Sendika özgürlüğünün korunması alanında Yargıtay kararları ile ilgili olarak.

Bildiğiniz gibi ülkemizin onayladığı 98 sayılı sözleşme var. Bu sözleşme işçiyi işverenden gelebilecek her türlü ayrımcı eylem ve işleme karşı korumuştur ve bu koruma sözleşmenin onaylanarak meclisten geçirilen ve Resmî Gazete'de yayınlanan metninde tam bir himaye biçiminde dile getirilmiştir, ifade edilmiştir ve tam bir himayeden de ne anlaşılması gerektiğini uluslararası çalışma örgütünün denetim organları başta uzmanlar komisyonu ve sendika özgürlüğü komitesi çok çeşitli kararlarında 35 yıldan beri net

bir biçimde açıklığa kavuşturmuştur. Öte yandan yine bildiğiniz gibi usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmeler Anayasamıza göre kanun hükmündedir. Kanun hükmünde olduğu için yürütmeyi ve yargı organlarını bağlar, dolayısıyla 98 sayılı sözleşmenin öngördüğü ayırıcı işlemlere karşı işçilere sağladığı eksiksiz ve tam güvenliğin sanıyorum yargı organlarımızca da gözönüne alınması gerekir. Bu tam himayenin kapsamında hocamın değindiği kanıtlama yükümlülüğünün işverene düşmesi kadar, onun dışında ve ayrıca, artı olarak, işe geri dönme olanağının da işçiye sağlanması gerektiğini denetim organları çok net bir şekilde dile getirmişlerdir. İşe geri dönme olanağı sağlanmadıkça sözleşmede sözü edilen tam himayenin, eksiksiz korumanın gerçekleşmemiş sayılacağını, yarım kalacağını dile getirmiştir. Bu konuda ve özellikle sözleşmenin yargı organlarımızca gözönüne alınarak iş hukukumuzun sözleşme doğrultusunda geliştirilmesi konusunda hocamın görüşlerini öğrenmek için söz aldım. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Konuşmacıları cevaplandırmak, eksik kalan yönleri tamamlamak için Sayın Kutal'a tekrar sözveriyorum.

Metin KUTAL : — Teşekkür ederim sayın başkan. Tebliğimi sunduğum sırada söyleyemediklerimi belki bu fırsattan yararlanarak ifade etme imkanını bulacağım. Fakat daha önce gerçekten zamanın bir hayli ilerlediğini farkederek mümkün olduğu kadar sizi sıkmamaya gayret edeceğim.

Sayın Ozanoğlu ile aynı görüşleri paylaşmaktan ben de değerli meslektaşım Ekonomi gibi büyük bir kıvanç duydum. Huzurunuzda ifade etmek isterim. Gerçekten kendisi gayet güzel bir biçimde 24. maddede yapılan değişiklikten yani işverene bir ceza müeyyidesinin uygulanmasından sonuç alınmadığını ifade ettiler. Doğrudur. Sayın Ekonomi'de kısaca değindi. 24. madde sadece ceza hükmü bakımından değil, tüm içeriği bakımından maalesef Türk hukukunda başarısız bir madde olmuştur. Başarısız bir madde olarak ortaya çıkmıştır. Burada yasakoyucuya da bazı eleştiriler yöneltmek zannediyorum ki yararlı olacaktır. O da şu: İşçi-işveren ilişkilerini düzenleyen bizim bilim dalımızda yüzyılı aşan bir süreden beri batı ülkelerinde elde edilmiş olan birikim var, deneyim var. Bütün bunları bizden önce yaşamışlar. Bilimin, hukuk biliminin süzgecinden geçirmişler, çözüm yolları bulmaya çalışmışlar ve bir takım kurallara bağlamışlar. Uluslararası sözleşmeler de bunları uluslararası düzeyde kodifiye etmiş. Gelin görün ki, bizim yasama organımız bu uluslararası deneyimlerden elde edilen sonuçlardan

yararlanacağı yerde zaman zaman kendine özgü çözümlerle sorunlara yaklaşmayı tercih etmektedir. Bunun belki en ilgi çekici örneği kıdem tazminatı müessesesidir. İşsizlik sigortasını çıkartmaz, kıdem tazminatı var, bu o ihtiyacı karşılar; İşçinin feshe karşı korunmasına gerek yok bu bir nevi istihdam güvencesi işte kıdem tazminatı bu ihtiyacı da karşılıyor; İşsizlik sigortasına da ihtiyaç yok. Böylece sınırları belirsiz şekilde geliştirilen bir müessese Türk endüstriyel ilişkiler sisteminde sorunların önemli bir kaynağı haline dönüşmüştür. Tabii son yıllarda bu konuda aksine bir tepki ortaya çıkmış ve bunu yine iş hukukunun temel kurallarına aykırı bir biçimde sınırlama, birtakım cezalar, yasaklamalar, hapisler vs. gibi kurullarla yani kendi yaptığı hatayı yine hukuka aykırı birtakım yollarla çözme gayreti içine girmiştir. Bundan dolayı zaman kaybedilmiş, türlü tartışmalar ortaya çıkmıştır. İşte bunlardan birisi de 24. madde. Çıkarıldığı sırada, 1975 yılında işçinin feshe karşı korunmasıyla ilgili, dünyada çok önemli gelişmeler cereyan ediyordu. Türkiye'de de buna çok ihtiyaç vardı. İşsizliğin hat safhaya vardığı, işsizlik sigortasının bulunmadığı bir ülkede buna mutlaka ihtiyaç vardı. Birşeyler yapalım, ne yapalım? İşte işveren işçiyi işten çıkartırsa 6 ay süre ile bunun yerine başka işçi alamayacaktır, almaya kalkarsa şu prosedüre tabi olacaktır vs. Kanun çıktığı zamanda, hemen o ay bu konudaki yazdığımız makalede bunun bir işe yarayamayacağını açıkça ifade ettik. İşten çıkartmak istediği işçinin yerine işveren bir gün önceden başka işçileri alarak bir gün sonra o işçileri işten çıkartırsa ne olur? 24. madde işlemez. Bunun gibi işveren işten çıkarttığı bir işçinin yerine başka bir servisteki işçiyi alıp onun yerine ikame ederse ve o servise yeni işçi alırsa ne olur? Yine işlemez. Acaba Çalışma Bakanlığı elindeki bir avuç müfettiş ile binlerce işçinin girip çıktığı böyle bir sirkülasyonun devam ettiği bir dönemde işe alınan işçinin, çıkan işçinin yerine mi alındığını, yoksa başka bir servisteki işçinin yerine alınmak suretiyle kanuna karşı bir hile mi yapıldığını nasıl saptayacaktır? Sayın Ozanoğlu'nun da belirttiği gibi ceza hükmünü nasıl uygulayacaktır? İşte ölü doğmuş olan bir madde. Nitekim değerli meslektaşlarımız hatırlarlar, Bu maddelerin ilk kabul edildiği yıllarda işveren kuruluşlarıyla yaptığımız toplantılarda da bunun bir işe yarayamayacağını belirttik ve kendilerine 1 yıl sonra bu maddeden ötürü işten çıkartmaktan vazgeçtiğiniz işçi varmı diye sordüğümüzde, hayır böyle bir durumla karşılaşmadık diye itirafta bulunmuşlardı. Dolayısıyla 24. madde bir işe yaramıyor. Bunun çözümünü batı ülkeleri ve uluslararası sözleşmeler işçinin feshe karşı korunmasında yargı yolunu açmakta bulmuşlar. Başka bir çözüm yok. Neden

yani İngiltere'deki de, İsveç'teki, İtalya'daki yasalar genel hatlarıyla aynı? Aynı ilkelerden esinleniyor, aynı ilkeleri kabul ediyor. Nihayet uluslararası çalışma sözleşmesinde bu konuda sözleşme kabul ediyor. Dolayısıyla tazminat yetersiz, ceza yetersiz. Bir adım daha atalım. Tazminat, bu da yetersiz. Tamamen aynı görüşteyim. Ve tabiiyle işe iade edilme müessesesini getirme zorunluluğu var.

İşçinin iş pozisyonunu değiştirme konusunda da görüş birliğimiz var. Bu konuda fazla bir açıklamaya, zannediyorum ki gerek yok. Tabiiyle iş pozisyonunu değiştirmede kötüninietin olması esas. Tabii başka örnekler de var ki, orada kötüniniet yok. İşçiyi başka bir yerde daha iyi koşullarla çalıştırmak üzere işveren iş pozisyonunu değiştirmişse, elbette ki buna dayanması mümkün değil. Kötüninietle işçinin sendikal faaliyetini önlemek amacıyla bunun yapılması gerekir. Örnek olayda görüldüğü gibi.

Sayın Osman Önal'ın sorduğu iki soruya gelince: 61. maddede yapılan değişiklik şu. İşyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasının -burası yeni- toplu iş sözleşmesi yapılmamışsa veya sona ermişse yetki alan işçi sendikasının yazılı talebi ve aidatı kesilecek işçilerin listesini vermesi üzerine işveren, sendika tüzüğüünün öngördüğü sendika aidatını ve dayanışma aidatını Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu uyarınca işçilerin ücretinden keserek sendikaya göndermek zorundadır. Bunun neden bir ihtiyaç olarak doğduğu ve neden böyle yeni bir hükmün yasaya konulduğu zannediyorum hepimizce malum. Uygulamada toplu iş sözleşmesi ile chech of'dan yararlanma hakkını elde eden sendika toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ile bu hakkını zayı ediyordu. Halbuki toplu sözleşme sona erdikten sonra ikinci toplu sözleşme yapılıncaya kadar sendikanın gelire muhtaç olduğu, sağlam bir gelir kaynağına muhtaç olduğu bir dönem vardı. Burada bazı kötüninietli işverenler, özellikle bu dönemde sendikanın check-off talebini reddediyorlardı ve bunu da yasanın bir maddesine oturtuyorlardı. Diyordular ki, işçilerden birisi çıkarak hangi hakla benim ücretimden üyelik aidatını kesiyorsunuz diye sorsa buna verecek cevabım yok. Hakikaten hukukî bir dayanaktan yoksun. Yasakoyucu bunu yaparken tabiiyle şu görüşten hareket etmişti. Öyle bir sistem kuralım ki, toplu iş sözleşmeleri arasında boşluk kalmasin, toplu sözleşmeler birbirine bitişsin ve böylece bu bir sorun olmasın. Bu sorun olmadığı gibi, temsilcinin temsilcilik sıfatının sona ermesi de bir sorun olmasın. Bunun için işte 120 gün önceden yetki için başvurabilme imkanı getirildi. Toplu görüşmenin süresi 60 günle sınırlandırıldı vs. Fakat gelin görün ki

uygulama, tahmin edildiği gibi olmadı. En başta yetki tesbitinde sarf edilen zamanlar, kaybedilen zamanlar, yetki uyuşmazlığında kaybedilen zamanlar vs. ve uyuşmazlık zamanında kaybedilen zamanlar ile iki sözleşme arasında birtakım boşluklar ortaya çıktı. Boşluk ortaya çıkınca, 61. madde yetersiz kaldı. İşte yeni değişiklik bu ihtiyacı karşılamak amacıyla, sendikalar yararına getirilmiş olan, kanımca isabetli, bir düzenlemedir. Bu dönemde dayanışma aidatı ne olacaktır?

Mehmet ER : — Bir açıklama getirebilir miyim efendim? Burada daha ziyade sona erenler değilde ben zaten o iş şahıs olarak devam edecektir kanaatindeyim. Ancak ileride imzalanacak, yapılacak sözleşmeden yararlanma bakımından, çünkü ortada sözleşme yok, ileride imzalandığı zaman imzasından ileriye doğru yararlanacak mı?

Metin KUTAL : — Ben onu sorunuzun ikinci kısmı olarak kabul ediyorum. Nitekim iki sorunuz var demiştim. İkinci sorunuza geçeyim o zaman. Dayanışma aidatının geriye dönük toplu sözleşmeden yararlanma hakkını verip vermediği konusunda Yargıtay'ın verdiği kararı zannediyorum burada gündeme getirmek istiyorsunuz. Şimdi bu tabiiyle Türkiye'de bir hayli tartışma konusu yapılmış, Hukuk Genel Kuruluna intikal etmiş önemli bir konudur. Benim kişisel kanaatim şudur: Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu karar isabetlidir. Şöyle ki, Yargıtay haklı olarak diyor ki, toplu sözleşmenin imza tarihinden sonra sendikaya üye olmuş kişiler dahi, toplu sözleşmenin yürürlük tarihinden itibaren bu sözleşmeden yararlanamıyorlar. Bunlar, üyeliklerinin sendikaca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanıyorlar, 2822'in 9. maddesi uyarınca. Şimdi, sendika üyesinin dahi imzadan sonraki yararlanma koşulları böyle iken, sendikaya üye olmayan bir kişinin, daha ortada hukuken doğmuş bir sözleşme yokken, ben dayanışma aidatı ödemek istiyorum diye beyanda bulunması ona o tarih itibariyle toplu sözleşmeden yararlanma hakkını vermez. Bunun gerekçesi de şudur: bir kere hukuken bir toplu sözleşme doğmamıştır; imza ile toplu sözleşme doğar. Bu toplu sözleşme günün birinde doğacaktır diyebilir miyiz? Toplu pazarlığın devam ettiği süreç içerisinde, yine bizim 2822 sayılı Yasada öyle birtakım durumlar ortaya çıkabilir ki, sendika bu toplu sözleşmeyi imzalama imkanını bulamaz, yetkisi düşer. Mesela işçiler grev oylaması talebinde bulunur, grev oylamasını sendika kaybeder 15 gün içinde de Yüksek Hakeme gitmez, gitmediğinden dolayı yetkisi düşer. Dolayısıyla toplu pazarlık süreci içerisinde mutlaka ve mutlaka bunun bir toplu iş sözleşmesiyle sonuçlanacağına dair kesin bir kıstas elimizde yoktur. Dola-

yısıyla doğmamış, hukuken doğmamış olan böyle bir toplu sözleşmeden sendika üyesi olmayan işçinin başvuru tarihinden itibaren toplu sözleşmeden yararlandırılmasını ben kişisel olarak doğru bulmamaktayım, bu konuda da Yargıtay'ın vermiş olduğu karara katılmaktayım. Tabii burada sendika özgürlüğü ile sendika güvenliği kavramları çatışmaktadır. Sendika özgürlüğünün burada ben büyük ölçüde zedelendiği kanaatinde değilim, biraz evvel ileri sürdüğüm gerekçelerden dolayı. Ama aksine bir görüş Yargıtay'ca benimsenecek olursa sendika güvenliği büyük ölçüde tehlikeye girecektir. Kimse sendikaya girme ihtiyacını duymayacaktır. Nasıl olsa yürürlük tarihinden itibaren bu toplu sözleşmeden yararlanabileceğimiz gibi bir peşin hüküm işçi sendikacılığı bakımından fevkalade tehlikeli sonuçlar doğurur.

Sayın Mehmet Er'in işyeri sendika temsilcisinin işe başlamasıyla ilgili tereddüdünü ben icra hukuku açısından yorumlayabilecek durumda değilim. Ancak yasada gayet açık bir hüküm var. İşe başlamadan söz ediyor. İşe iade kararı verilen işçi 6 işgünü içinde işe başlamak zorundadır. Tabii burada işe başlamak zorundadır derken işverene başvurarak işe başlamak istediğini bildirmek, bu konuda irade beyanında bulunmak -hazırım, emeğimi arzetmeye hazırım. demesi gerekmektedir. Ama buna rağmen işveren ona iş vermezse onun çözümü yine 30. maddenin içerisinde var. İşvermek mecburiyeti yok ama işyerinde onun temsilciliğini kabullenmek mecburiyeti vardır.

Sayın Gülmez'in biraz yorum niteliğindeki açıklamalarına teşekkür ederim. Gerçekten 98 sayılı sözleşmede işçilerin ayırım bakımından tam bir himayeden yararlanacakları açıklanmıştır. Ayrıca, sözleşmeler yasa hükmündedir, onda hiçbir tereddüdümüz yok. İşe iade gerçekleşmedikçe, tam bir himaye olmaz görüşüne gelince, keşke yargı organlarımız bu görüşü benimseseler. Ben buna memnuniyetle katılırım. Benim kanımca da yargı organları sendika özgürlüğü konusunda birtakım hukukî dayanaklar bulmak isterlerse 98 sayılı sözleşmeden yararlanabilirler. Benim burada not edebildiğim kadarıyla sorular bunlardan ibaretti. Bu kadar uzun iki tebliği dinleyerek yorulduğunuzun farkındayım hepimize saygılar sunuyorum. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Sabrınız ve ilginiz için sizlere, katılımları için sayın konuşmacılara, değerli tebliği ve açıklamaları için Sayın Kutal'a teşekkür ediyorum. Saat 15.15'de üçüncü oturumda buluşmak üzere afiyet olsun.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI VE UYGULANMASINDA YARGITAY KARARLARININ ETKİSİ (*)

Prof. Dr. Nuri ÇELİK (**)

● ANLATIM DÜZENİ: I — Genel Olarak, II — Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasında Yargıtay Kararlarının Etkisi. 1 — Bir Toplu İş Sözleşmesi Varken İkinci Bir Sözleşmenin Yapılamaması. 2 — Kamu Kesiminde Yapılan İşletme Sözleşmesinin Kapsamı. 3 — Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi. a — Yetkinin Kazanılmasında Çoğunluğun Tespiti, III — Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanmasında Yargıtay Kararlarının Etkisi. 1 — Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri. a — Sözleşmenin Normatif Hükümlerinin Niteliği ve Yorumu. b — Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Hükmü. c — Eski ve Yeni Toplu İş Sözleşmeleri Arasındaki İlişki. 2 — Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler İtibariyle Uygulama Alanı. a — Üye Olmayanların Dayanışma Aidatı Ödeyerek Sözleşmeden Yararlanmaları. b — Sözleşmenin Kapsamı Dışında Bırakılanların Durumu. 3 — Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlük Başlangıcının Geriye Götürülebilmesi. a — Yasal Düzenlemenin Eski Yargıtay Kararlarına Uygunluğu. b — Yürürlüğün Geriye Götürülmesinden Yararlanabilecek Olanlar. aa — Hizmet Akdi Sürmekte Olan Üyeler. bb — Hizmet Akdi Sona Ermiş Olanların Durumu. c — Yürürlüğü Geriye Götürülen Sözleşmenin Bazı Hükümlerinin Uygulanamaması.

I. GENEL OLARAK

Toplu iş hukuku alanında 1983 yılında çıkarılan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda, 1963 yılında çıkarılıp 1983'e kadar yürürlükte kalan 274 ve 275 sayılı Kanunlardan daha ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Hemen belirtelim ki, 1983 yılında yapılan yasal düzenlemeler, temelde 1963'de yapılmış olanlardan farklı olarak, onyediy yıllık bir uygulama döneminde karşılaşılan aksaklıkların giderilmesi amacına yönelik bulunmaktaydı. Bu amacın ne ölçüde gerçekleştirilebilmiş olduğu ayrı bir tartışma konusudur. Ancak, inceleme konumuzla ilgili olarak ifade edelim ki, 2821 ve 2822 sayılı Kanunların hazırlanmasında geçmiş dönemdeki deneyimlerden, ortaya konulan mahkeme kararlarından ve bilimsel görüşlerden yararlanmak olanağı vardı. Nitekim, inceleme konumuzu oluşturan 2822 sayılı Kanunun

(*) 6.10.1988 günü, Yargıtay'ın Kuruluşunun 120. Yılı Nedeniyle Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiri.

(**) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

toplu iş sözleşmesine ilişkin bölümlerinin hazırlanmasında yer yer bilimsel kaynaklardan ve Yargıtay'ca varılan bazı sonuçlardan yararlanılmıştır. Ayrıca, ayrıntılı yeni yasal düzenlemelerle uygulama ihtiyaçlarının tümüyle karşılanması amaçlanmış olmakla birlikte, mahkeme kararlarının önemini korumuş olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten, kanunkoyucunun bu yoldaki bütün çabalarına karşın, özellikle toplu iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin konularda öngörülen sistem değişikliği gereği olarak, uygulaması olmadan getirilen yeni hükümler dolayısıyla, tıpkı 1963 yılından itibaren başlayan dönemde görüldüğü gibi, aynı ölçüde olmasa da, yer yer kanun boşlukları ve duraksamalar ortaya çıkmıştır. Bunun sonucu olarak, mahkemeler ve Yargıtay bu sorunları çözümlenmek üzere 1983 yılından sonra da önemli bazı kararlar vermek zorunda kalmıştır. Bundan başka vurgulanması gereken bir nokta daha vardır. O da, eski kanundaki bazı düzenlemelere 2822 sayılı Kanunda da yer verilmesi veya her ikisinde bazı boşlukların bulunması durumları ile ilgili olarak, Yargıtay'ca eskiden verilmiş olan kararların 1983 sonrası için de değer taşımakta olduklarıdır. Bu konularda Yargıtay'ın eski görüşlerini sürdürdüğü yeni kararlarına da rastlanmaktadır.

Yukarıda belirtilen açıklamalara uygun olarak, bu incelemede, bir yandan, 2822 sayılı Kanunun hazırlanmasında konumuzla ilgili olarak kanunkoyucuyu etkileyen, öte yandan, uygulamada kanunun yürürlüğe konulmasından sonra veya eski kanun ile yeni kanunun ortak düzenlemelerine ilişkin olarak eski dönemde ortaya çıkmış olan boşlukların doldurulması ve duraksamaların giderilmesi amacıyla verilen Yargıtay'ın önemli kararları ele alınıp değerlendirilecektir. Hemen belirtelim ki, Yargıtay'ca 1983 öncesinde ortaya konulan ve kanunkoyucuyu etkileyen kararlar ile diğer kararlara aşağıda ayrı iki bölümde değil, konuya uygun bir sistematik çerçevesinde hazırlanan bölümlerde karışık olarak yer verilecektir.

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASINDA YARGITAY KARARLARININ ETKİSİ

1. Bir toplu iş sözleşmesi varken ikinci bir sözleşmenin yapılamaması

Anayasada yer alan ve 2822 sayılı Kanunda da tekrarlanan bir hükme göre, bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz (AY, m. 53/III; TSGLK, m. 3/son).

Eski 1961 Anayasası'nda ve 275 sayılı Kanunda böyle bir düzenleme bulunmadığı halde, bir toplu iş sözleşmesi varken aynı düzeyde ikin-

ci bir sözleşmenin yapılması Yargıtayca 1965 yılından itibaren verilen kararlarla esasen engellenmiş bulunmaktaydı. Yürürlükteki 1982 Anayasası ile 2822 sayılı Kanuna getirilen ve yukarıda belirtilen hükümler Yargıtayca eskiden varılan sonucu doğrulamış ve kesinleştirmiş olmaktadır. Ayrıca, söz konusu hükmün Anayasaya konulması, ileride değişik düzeyde sözleşmelerin yapılabilmesi sistemi kanunla kabul edilse bile, Anayasa değişmedikçe, bunların aynı dönem için yapılmasını da önlemektedir.

Yargıtay'ın 1963 yılında başlayan ilk toplu sözleşme döneminden itibaren ortaya koyduğu görüş ve buna uygun olarak 1982 Anayasası ile 2822 sayılı Kanuna getirilen esas, toplu sözleşme düzeninin istikrar ilkesine uygundur. Gerçekten, Yargıtay'ca isabetle öne sürülmüş olduğu gibi, kanunkoyucu toplu sözleşme düzeninin yürürlüğü süresince bozulmaması amacını güttüğünden, işyerinde çoğunluğu temsil eden her sendika dilettiği zaman toplu iş sözleşmesi yapmaya, konulmuş olan bir düzeni bozmaya kalkışamaz. Aksi halde, kanun koyucunun korumak istediği düzen ve denge, toplu iş sözleşmesi ile kurulmak istenen emek ve sermaye arasındaki barış bozulacaktır (Yarg. 9.HD'nin ilki 17.6.1965 t. ve E. 4612, K. 5416 sayılı kararı olmak üzere, 1978 yılına kadar vermiş olduğu diğer kararları ve HGK'nun kararı için bkz. Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 5. Bası, İstanbul 1980, sh. 375 dn. 4).

2. Kamu kesiminde yapılan işletme sözleşmesinin kapsamı

2822 sayılı Kanunun 3. maddesinin işletme sözleşmesine ilişkin ikinci fıkrasında 1986 yılında 3299 sayılı Kanunla bir değişiklik yapılmış ve fıkraya bir hüküm eklenmiştir (RG 19 Haziran 1986, 18139). Konumuzla ilgili olan ve söz konusu fıkraya getirilen ek hüküm, kamu kurum ve kuruluşlarında yapılacak bir işletme sözleşmesinin kapsamını genişletici niteliktedir. Kanunun 1986 öncesindeki hükmünde, işletme sözleşmesinin bir gerçek veya tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayacağı belirtilmiş iken, fıkraya getirilen ek hükümle, kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzel kişiliğe sahip olsalar bile, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme sözleşmesinin yapılması öngörülmüştür. Bu hükmün getirilmesinden önce ortaya çıkan bir uyumsuzluk ile ilgili olarak verdiği bir kararda Yargıtay, Türkiye Çimento ve Toprak Sanayii Kurumunu «işletme» ve kurum içinde yer alan beş müesseseyi de «işyerleri» olarak kabul etmiş ve olayda işletme sözleşmesinin yapılabileceği sonucuna varmıştır (Yarg. 9.HD, 13.6.1984 E. 1984/5769 K. 1984/6561 ve K. Oğuzman'ın incelemesi, İHU, TSGLK. 3, No. 1). Haklı bir ihtiyaç düşüncesinden hareket etmiş olsa bile, Yargıtayca verilen kararın mevcut yasal düzenlemelere ters düşmemesi gerekirdi. Oysa, 1983 yılında çıkarılan 2929 sayılı İktisadi

Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında Kanuna göre, müesseseler de ayrı tüzel kişiliğe sahip olduklarından (m. 16) ve 2822 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan hükmü (m. 3/II) uyarınca işletme sözleşmesinde her tüzel kişiliğin ayrı işletme olarak düşünülmesi gerektiğinden, Yargıtay kararının yerinde olmadığı kuşkusuzdu (**Oğuzman**, anılan inceleme). Ne var ki, Yargıtayca varılan bu sonuç, 3299 sayılı Kanunun çıkarılmasından önceki yasal düzenlemelere uymamakla birlikte, kanunkoyucu tarafından da kamu işverenleri için genel bir ihtiyaç olarak kabul edilmiş ve yasal düzenleme bu sonuca uygun bir biçime getirilmiştir.

3. Toplu iş sözleşmesi yetkisi

a) Yetkinin kazanılmasında çoğunluğun tespiti

2822 sayılı Kanuna göre, işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yetkisini elde edebilmesi için, sendikanın, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu üye kaydetmiş olması ve her işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının kendi üyesi bulunması gerekir. Ancak, işletme sözleşmesi için işyerleri bütün olarak gözönüne alınıp yarısından fazla çoğunluk buna göre hesaplanır (m. 12/1). Görüldüğü gibi, bu hükümde yüzde onun veya çoğunluğun tespitinde, işyerlerinde kısmi süreli hizmet akdiyle çalışanların veya işyerine bağlı olmakla birlikte işyeri dışında görev yapanların gözönüne alınıp alınmayacağı açıkça belirtilmiş değildir. Bu konularda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, Yargıtay, isabetli kararlar vermiştir. Yargıtay'a göre, Kanunda işyerinde çalışan işçilerden söz edilmesi karşısında, avukat gibi kısmi süreli hizmet akdiyle çalışanlar da çoğunluğun tespitinde hesaba katılacaklar (Yarg. 9.HD, 12.5.1986 E. 4206 K. 4952, Tekstil İşv. D, Ocak 1987, sh. 19-20), «işyerine bağlı olarak merkezde veya işyeri dışında satış elemanı veya propagandist olarak çalışanlar» ve Sendikalar Kanununa göre işveren vekili sayılanların dışında kalan diğer işçiler gerek yüzde onun gerek çoğunluğun tespitinde gözönüne alınacaklardır (Yarg. 9.HD, 30.3.1987, E. 1987/3006, K. 1987/3382, Tekstil İşv. D., Mayıs 1987, sh. 20).

b) Yetkisizlik tespitine karşı dava yolu

2822 sayılı Kanunun 13 ve 14. maddelerinde, toplu iş sözleşmesi yetkisinin tespiti için yapılacak başvurunun Bakanlıkça uygun görülmemesi üzerine, durumun sadece başvuruyu yapana bildirilmesi öngörülmüş olup 15. maddede de buna karşı bir itiraz yoluna yer verilmiş değildir. Ancak, bu konudaki boşluk Yargıtay tarafından isabetli bir şekilde doldurulmuştur. Yargıtayca kabul edildiği ve doktrinde de açıklığa kavuşturulduğu gibi (Yarg. 9.HD, 26.3.1985, E. 1985/3320, K. 1985/3222 ve K. **Oğuzman**'ın

incelemesi İHU, TSGLK. 13, No. 1), yetki tespiti için başvuruda bulunan bir işçi sendikası Bakanlığın yetkisizlik bildirimine karşı, genel hükümler uyarınca, iş mahkemesinde tespit davası açabilecektir. Bu davanın sonucu sadece davanın tarafları olan işçi sendikası ile Bakanlığa bağlayacaktır. Sendikanın davasında haklı görülmesi halinde Bakanlık yetki tespiti yazısı düzenlemek ve bunu 13. madde uyarınca başvuruda bulunan davacı sendika ile diğer işçi ve işveren sendikalarına veya sendika üyesi olmayan işverene vermek zorundadır. Bunun üzerine 15. madde uyarınca tespite itiraz edilebileceği açıktır.

III. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASINDA YARGITAY KARARLARININ ETKİSİ

1. Toplu iş sözleşmesinin hükümleri

a) Sözleşmenin normatif hükümlerinin niteliği ve yorumu

2822 sayılı Kanunun 6. maddesinin ilk fıkrasını oluşturan ve 275 sayılı Kanundan (m. 3/1, I ve II) aynen alınan hükümlere göre «toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini, toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır». Hemen belirtelim ki, Alman Toplu Sözleşme Kanununda, normatif hükümlerin etkisi belirtilirken, bu etkinin doğrudan doğruya ve emredici nitelikte olduğunun açıkça ifade edilmesine (TVG § 4) ve kanunumuzun yukarıya aktarılan hükümlerinin kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanununda da normatif hükümlerin doğrudan doğruya etkisinin açıkça belirtilmesine (OR, m. 371/1, eski m. 323/1) karşılık, kanunumuzda sadece «aykırı olamaz» sözüne yer verilmiştir (m. 6/1). Bu hükümler, 2822 sayılı Kanunun 2. maddesindeki, toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin, yani normatif hükümlerinin etkilerini düzenlemektedir. O halde, Anayasanın toplu iş sözleşmesi taraflarına tanıdığı kanunkoyucu gibi emredici hukuk kuralları koyabilme özerkliğine uygun olarak, toplu iş sözleşmesinin normatif kısmının hizmet akitlerini doğrudan doğruya ve emredici olarak etkileyeceğini ifade ettiği sonucuna varılacaktır. Yargıtay da, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin «objektif hukuk kuralları» ve «maddi anlamda yasa hükümleri» niteliğinde olduklarını kabul etmiş bulunmaktadır (Yarg. 9.HD, 9.4.1968, E. 157, K. 4628, **Selçuki**, Sabih: İlmi Kazai İttihatlarla İş Kanunu, 3. Bası, İstanbul 1973, sh. 1008-1009; Yarg. HGK, 21.2.1975 E. 9-1040, K. 227, İKİD, Temmuz 1975, sh. 3634-3635; Yarg. 9.HD, 8.2.1977, E. 77/85, K. 77/2680 ve H. K. **Elbir**'in incelemesi, İHU 1977, TSGLK. 1, No. 10 ve 20.4.1987, E. 1987/3816, K. 1987/3991, Kamu-İş, Temmuz 1987, sh. 55-56).

Toplu iş sözleşmesindeki normatif hükümlerin maddi anlamda kanun hükümleri nitelikte olduğunun Yargıtayca isabetli bir şekilde açıklanması, Alman ve İsviçre kanunlarındaki esaslara paralel bir sonucun ülkemiz uygulamasında da kabul edilmiş olduğunu ortaya koymaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu aynı görüşten hareketle, Borçlar Kanununun borç doğurucu (vecıbevi) hükümler için uygulama alanı bulan 18. maddesindeki yorum esasının, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri için geçerli olamayacağı ve toplu iş sözleşmelerinin «zaman içerisinde» uygulanacakları sonucuna varmış bulunmaktadır (Yarg. HGK'nun anılan kararı). Bu karardaki, toplu iş sözleşmelerinin «zaman içerisinde» uygulanacakları sözü ile herhalde kanunların değişen ekonomik ve sosyal koşullara göre yorumlanması esasının toplu sözleşmenin normatif hükümleri için de gözönünde tutulabileceği anlatılmak istenmiştir (**Çelik**, Nuri: Toplu İş Sözleşmesi Açısından Yargıtay'ın 1975 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi tarafından düzenlenen Yargıtay'ın 1975 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliği, Eskişehir 1976, sh. 184; bu konudaki tartışmalar için bkz., anılan seminer yayını, genel görüşme, sh. 201 vd., 217 vd.). Ancak bunun kabulü ile, kararda ortaya konulanın tersine, tarafların gerçek iradelerine yer veren Borçlar Kanununun 18. maddesindeki yorum esasının bir kenara itileceği de düşünülmemelidir (karş. **Elbir**, Halid Kemal: İş Hukukunda Yorum, İş Hukuku Dergisi, Ocak 1969, sh. 29 vd.; ayrıca, aynı yazar, anılan seminer, genel görüşme, sh. 201-202). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, toplu iş sözleşmesinin hükümleri yorumlanırken kural olarak, tarafların sözleşmenin yapılması sırasındaki gerçek irade beyanlarının araştırılması gerekeceğini kabul etmiştir (Yarg. 9.HD, 9.12.1975, E. 75/19493, K. 75/52321 ve 18.11.1981, E. 1981/10655, K. 1981/13806, TÜTİS, Ocak 1982, sh. 22). Doktrinde de aynı görüş yaygın olarak kabul edilmiş bulunmaktadır ve tarafların gerçek iradelerinin tespitinde dürüstlük kuralına dayanan güven ilkesinin dikkate alınması gerektiği öne sürülmektedir (**Elbir**, Yorum, sh. 29; aynı yazar, anılan karar incelemesi; **Esener**, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1978, sh. 535; **Oğuzman**, Kemal: Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Cilt 1, 4. Bası, İstanbul 1987, sh. 88; **Ekonomi**, Münir: Toplu İş Sözleşmesinin Niteliği, Hükümleri, Uygulanma Alanı ve Sona Ermesi Konularında Önceki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi tarafından düzenlenen Toplu İş İlişkilerini Düzenleyen Yeni Kanunlar Karşısında Önceki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi seminerine sunulan tebliğ, Ankara 1984, sh. 58-59; **Tunçomağ**, Kenan: İş Hukuku, Cilt II, 2. Bası, İstanbul 1985, sh. 223; hukukumuzda genel olarak güven teorisinin hakim olduğu konusunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, sh. 17).

Yargıtayca varılan sonuç isabetli olup Alman Hukukundakine de uygun bulunmaktadır. Gerçekten, Borçlar Kanununun 18. maddesine uygunluk gösteren Alman Medeni Kanunu hükmünü (BGB § 133) yorum konusunda temel alan Alman Hukukunda da, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin yorumunda, ekonomik ve sosyal amacın da gözönünde tutulması yanında, tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerektiği üzerinde durulmakta ve bunun kanunun yorumu ile akdin yorumu arasında ortak bir esas olduğu kabul edilmektedir (**Hueck-Nipperdey**, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II. Band Erster Halbband (II/1), Berlin und Frankfurt a.M. 1966-1967, sh. 358, 360; **Wiedemann-Stumpf**, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, München 1977, sh. 299, 301).

b) Sona eren toplu iş sözleşmesinin hükmü

Toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar, hizmet akdi hükmü olarak devam edeceği yolundaki yasal düzenleme (TSGLK, m. 6/son) de, Yargıtay'ca Alman Hukukunda kabul edildiği gibi, sözleşmenin normatif ve borç doğurucu hükümleri ayırımı içinde değerlendirilmiş bulunmaktadır. Gerçekten, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında, olayda uyuşmazlık konusu olan kıdem tazminatına ilişkin düzenlemenin sözleşmenin normatif hükümleri arasında yer aldığı ve ayrıca, yeni sözleşmenin yapılmasına kadar yürürlükte kalacak sözleşme hükümlerinin normatif niteliktekiler olduğu isabetli bir şekilde belirtilmiştir (Yarg. HGK, 21.2.1975, E. 9-1040, K. 227, İKİD. Temmuz 197 sh. 3634-3635).

c) Eski ve yeni toplu iş sözleşmeleri arasındaki ilişki

275 sayılı Kanunda olduğu gibi, 2822 sayılı Kanunda da, eski ve yeni toplu iş sözleşmeleri arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir hükme yer verilmiş değildir. Kısaca belirtelim ki, Türk Hukukunda bu konuda da ana çizgileri itibariyle Alman Hukukundakine benzer bir gelişme kendisini göstermiştir. Her yeni toplu iş sözleşmesinin eskisinden ayrı olarak ele alınması yolunda günümüz Alman Hukukunda dayanakları tartışmalı (bu konuda bkz. **Çelik**, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 1988, sh. 401) olmakla birlikte, artık yaygın hale gelmiş olan görüşe göre, eski sözleşme ile belirli bir süre için kabul edilen düzen yeni sözleşme ile yerini yenisine terketmektedir. Değişen koşulların gerektirdiği yeni düzeni oluşturan hükümler, bunların eski sözleşmeye göre işçi yararına olup olmadığına bakılmaksızın, tümüyle uygulamaya konulacaktır. Bu sonucun hukukumuz için de benimsenebilir nitelikte olduğunu kabul etmek gerekir (**Çelik**, Nuri: Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi, İstanbul 1966, sh. 79-80; Ö. **Eyrenci**, İHU 1976, TSGLK. 3, No. 2; C. **Tuncay**, aşağıda belirtilen inceleme; **Esener**,

sh. 528; **Tunçomağ**, sh. 122). Kanundaki işçi yararına şart ilkesine ilişkin hükmün (TSGLK, m. 6/II) sadece toplu iş sözleşmesi ile hizmet akdi arasındaki ilişkilerde uygulanacağı kuşkusuzdur. Açık bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte, Kanunun, yeni sözleşmenin yürürlüğe girmesine kadar eski sözleşmenin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin devam edeceği yolundaki hükmü (m. 6/son) de, yeni sözleşme yürürlüğe girdiğinde eskisinin artık geçersiz sayılacağı sonucuna varmayı kolaylaştırmaktadır. Yargıtay'a göre de, düzen ilkesi uyarınca, toplu iş sözleşmeleri ile bazı ödemelerde azaltma veya değişiklik yapılması mümkün olup kazanılmış hak ilkesi düşüncesiyle davacı, sonraki toplu iş sözleşmesinde öngörülmemeyen veya azaltılan hakları veya fark tutarlarını isteyemez (Yarg. 9.HD, 27.3.1985, E. 1985/2859, K. 1985/3284, YKD, Kasım 1985, sh. 1647-1648 ve 30.9.1985, E. 1985/6189, K. 1985/8750, TÜHİS, Ocak 1986, sh. 23-24).

Açıklanan nedenlerle, bugünkü yasal durumun aynı olduğu eski dönemle ilgili olarak Yargıtay kararlarında yer almış bulunan, tarafların karşılıklı rızası ile ayakkabı verilmesine ilişkin toplu sözleşme hükmünün yenisinde madde metninden çıkarılması karşısında yeni dönemde yapılan ayakkabı talebinin reddi, eski sözleşmede tatil günü olarak kabul edilen Cumartesi gününün yenisinde tatil günü olmaktan çıkarılması halinde Cumartesi günü çalışan işçinin ancak normal gündeliğini isteyebileceği yolundaki sonuçlar bugün için de yerindedir (Yarg. 9.HD, 7.2.1975, E. 75/8086, K. 75/28426 ve C. **Tuncay**'ın incelemesi, İHU 1976, TSGLK. 3, No. 3 ile 13.4.1984, E. 84/3415, K. 84/4248 ve Ü. **Narmanlıoğlu**'nun incelemesi, İHU, TSGLK. 6, No. 2). Ne var ki, yeni sözleşmeye konulan ve eski uygulamanın devam edeceğini belirten hüküm de kuşkusuz geçerli olacaktır. Ancak, bu konuda mahkemenin olumlu yolda bir karar verebilmesi için, Yargıtay'ca belirtildiği gibi, eski uygulamanın ne yolda olduğunun tespiti gerekir (Yargıtay'ın anılan 7.2.1975 tarihli kararı).

2. Toplu iş sözleşmesinin kişiler itibariyle uygulanma alanı

a) Üye olmayanların dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanmaları

275 sayılı eski Kanunda olduğu gibi, 2822 sayılı Kanunda da, toplu iş sözleşmesine taraf sendikaya üye olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanabilmelerine ilişkin hükme yer verilmiştir. Ancak, eskisinden farklı olarak, dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmeden yararlanmada taraf işçi sendikasının muvafakatının aranmayaacağı hususu kanunda açıkça belirtilmiştir m. 9/III).

Bu açıklığın bulunmadığı 275 sayılı eski Kanunun uygulandığı sırada Yargıtay, 274 sayılı eski Sendikalar Kanununda, bir meslekî teşekkülün

üyelerine sağladığı hak ve menfaatlerin üye olmayanlara uygulanabilmesi için teşekkülün yazılı muvafakatının alınmasının öngörülmüş olması (m. 21) karşısında, duraksama göstermiş ve uzun yıllar 274 ve 275 sayılı kanunların bütünlüğüne ve sistemine uymayan kararlar vermişti (Bu yoldaki Yargıtay kararları ile Anayasa Mahkemesinin isabetli kararı ve doktrindeki bu karara uygun baskın görüş için bkz. **Çelik**, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul 1979, sh. 391). Nihayet, Yargıtay Hukuk Bölümünün 1979 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararı ile toplu sözleşmeye taraf sendikaya üye olmayan işçinin dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanmak istemesi halinde sendikanın yazılı muvafakatına gerek olmadığı sonucuna varılabiliyordu (Yargıtay Hukuk Bölümü İctihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 21.1.1979 tarihli ve E. 1978/6, K. 1978/1 sayılı kararı, RG., 17 Mart 1979, 16581). Bu sonuç kanunkoyucu tarafından benimsenmiş ve 2822 sayılı Kanuna geçirilerek son hukukî duruma kesinlik kazandırılmıştır (bkz., 2822 sayılı Kanuna ilişkin Komisyon Gerekçesi, **Mis-Özsoy**, sh. 38). Bunun olumlu bir gelişme olduğu kuşkusuzdur.

b) Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılanların durumu

Toplu iş sözleşmelerinde, ilk toplu sözleşme döneminden beri, işçi sendikasına üye olabilecek müdürler, şefler, mühendisler gibi bazı işçilerin ve hatta bütün büro personelinin sözleşmenin kapsamı dışında bırakıldığı ve böylece akit serbestisi alanına terk edildiği görülmektedir. Bu konuda 2822 sayılı Kanunla herhangi bir düzenleme getirilmediği için, eski kanun döneminde ortaya çıkan mahkeme kararları ve bilimsel görüşler değerini günümüzde de korumaktadır.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçiyi kapsam dışı bırakan sözleşme hükmünün geçerli sayılıp sayılmayacağı konusunda kanunda bir düzenlemenin olmamasından, bizce, tarafların bu konuda serbestçe bir kararlaştırma yapabilecekleri sonucu çıkarılamaz. Bazı kişilerin kapsam dışı bırakılmasını öngören bir toplu iş sözleşmesi kararlaştırmasının, Sendikalar Kanunundaki, sendikanın faaliyetlerinde üyeleri arasında eşitlik sağlamasına ilişkin esasa (m. 33/son) ve Anayasadaki tüm işçilere toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkını tanıyan 53. maddeye aykırılık nedeniyle hükümsüz sayılması gerektiği görüşünderiz (aynı görüş **Esen**, Güven: Sendikalar Hukuku, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsangücü Yönetimi, Cilt 3, Toplu İş Hukuku, Cilt 1, İstanbul 1985, sh. 89; farklı gerekçe ile **Tuncay**, Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, doçentlik tezi, İstanbul 1982, sh. 172-173; karşı **Esener** sh. 482; **Oğuzman**, sh. 79). Ne var ki, Yargıtay, toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılan sendika üyelerinin sözleşmeden yararlanamayacaklarını kabul etmiş-

tir (Yarg. 9.HD, 6.5.1974, E. 1973/2460, K. 1974/8465 ve D. **Ulucan**'ın incelemesi, İHU, TSGLK. 6, No. 1; 12.1.1976, E. 1975/31395, K. 1976/1000, YKD, Nisan 1976, sh. 490-491; 16.2.1976, E. 1976/1704, K. 1976/5689 ve M. **Ekonomi**'nin incelemesi, İHU, TSGLK. 37, No. 2). Yargıtay, 2821 ve 2822 sayılı Kanunlarla ilgili uygulamada da görüşünü sürdürmektedir (Yarg. 9.HD, 20.5.1985, E. 1985/2546, K. 1985/5437, İşv. D., Temmuz 1985, sh. 17-19; Yarg. HGK, 25.4.1986, E. 1985/9-835, K. 1986/449, Tekstil İşv. D., Şubat 1987, sh. 22).

Yargıtay'ın görüşünü paylaşanlar, toplu iş sözleşmesinin kapsamına kimlerin gireceği konusunun tarafların takdir ve yetkisine bırakıldığını, taraflara tanınan toplu sözleşme özerkliği sonucu olarak, kapsam dışı bırakılanların, sendika üyesi olsalar bile sendika üyesi olmayanlar gibi sözleşmeden yararlanamayacaklarını ve sadece kanun hükümleri ile bağlı kalacaklarını öne sürmektedirler (**Reisoğlu**, Seza: 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, sh. 43 vd.; **Ulucan**, anılan inceleme; **Ekonomi**, anılan inceleme; **İnce**, Ergun: Toplu İş Hukuku İstanbul 1983, sh. 36; değişik görüş **Elbir**, Halid Kemal: İş Hukuku, 9. Bası, İstanbul 1987, sh. 186). Toplu sözleşme özerkliğine dayandırılan bu görüş kanımızca isabetli değildir. Toplu sözleşme taraflarına tanınan özerkliğin içeriği ve alanı Anayasa ve kanunlar ile belirlenmiş bulunmaktadır. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda çözüme bağlanmayan bu konuda Sendikalar Kanunundaki eşitlik ilkesine ve Anayasaya uyulması gerekir. Yukarıda açıklandığı gibi, sendika üyesi olanların kapsam dışı bırakılması, üyeler arasında eşitliğin gözetilmesine ilişkin yasal düzenlemeye (SK, m. 33/son) ve ayrıca Anayasa ile sağlanan, toplu iş sözleşmesi haklarından aynı durumdaki bütün işçilerin yararlanabilmesi ilkesine ters düşecektir. Aksi takdirde, toplu iş sözleşmesi taraflarının anlaşmasıyla bazı işçiler sözleşme ile getirilen haklardan yararlanamayacaklardır. Toplu sözleşme sistemimizde kapsam dışı bırakılanlara ayrı bir toplu iş sözleşmesi yapma hakkı da tanınmadığından bu işçilerin kapsam dışı bırakılabileceklerinin kabulü halinde, anayasal haklardan da yoksun bırakılmış olacakları iddiasına haklı bir cevap bulunamayacaktır.

3. Toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülebilmesi

a) Yasal düzenlemenin eski Yargıtay kararlarına uygunluğu

275 sayılı eski Kanunda, sadece toplu iş sözleşmesinin süresi ile ilgili düzenlemeler yapılmış, yürürlük başlangıcı konusuna yer verilmemiştir. Toplu iş sözleşmesinin esas itibariyle geleceğe yönelik olarak yürürlüğe konulabileceği açıktır. Buna karşılık, yürürlük başlangıcının geriye götürülüp götürülemeyeceği tartışılabilir nitelikteydi. Bu konu uygulamada

büyük önem kazanmıştı. Çünkü, geçmiş dönemlerde, toplu iş sözleşmelerinin özellikle yeniden yapılmalarında ortaya çıkan gecikmeler yüzünden sözleşmelerin yürürlüğü imza tarihinden geriye götürülmüştü. Kanunda bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, bu uygulama Yargıtay'ca da geçerli sayılmıştı. Gerçekten, Yargıtay, tarafların anlaşması halinde, sözleşmenin yürürlük başlangıcının geriye götürülebileceğini, önceleri işçilerin bundan yararlanma koşullarını, akdin feshi, ölüm, işten çıkma gibi olaylar karşısında saptamaya çalışmakla dolaylı olarak, sonra da açık bir şekilde, kabul etmiş bulunmaktaydı (Yarg. 9.HD, 23.10.1969, E. 9985, K. 10121, **Selçuki**, sh. 21-22 ve 19.10.1970, E. 8665, K. 1084, İŞv. D., Aralık 1970, sh. 1029; Yarg. HGK, 1.12.1971, E. 1970/9-511, K. 707, **Selçuki**, 1030-1031; Yarg. 9.HD, 25.12.1973, E. 1973/16098, K. 1973/35573, İHU 1975, TSGLK. 1, No. 3; Yarg. HGK, 12.2.1975, E. 1974/505, K. 194, İKİD, Ağustos 1975, sh. 3686-3687; Yarg. 9.HD, 26.11.1979, E. 79/13980, K. 79/14325, İHU, TSGLK. 1, No. 14 ve 10.6.1981, E. 1981/6993, K. 1981/8227, İHU, TSGLK. 1, No. 17).

Eski dönemde olduğu gibi, 2822 sayılı Kanunun uygulanmasında da, sözleşmenin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi ihtiyacı doğmuş bulunmaktadır. Gerçi, bu Kanuna getirilen bir hükümlerle (m. 7/son), toplu iş sözleşmesinin süresinin bitmesinden önceki yirmi gün içinde yeni sözleşme için yetki işlemlerine başlanabileceğinden, yeni sözleşmenin eskisinin bitimi tarihini çoğu zaman aşmayacağı düşünülebilir. Ne var ki, yetkinin kazanılmasına ve toplu iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin yasal prosedürün uygulamada genellikle uzun sürdüğü görülmektedir. Hele grev ve lokavta başvuru durumlarında sözleşmenin yapılması daha da çok zaman almaktadır. Bu durumlarda taraflar sözleşmenin yürürlük başlangıcını geriye götürme konusunda anlaşmaya varmaktadır. 2822 sayılı Kanunda da, eskisinde olduğu gibi, böyle bir anlaşmayı hükümsüz kılacak bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Hatta, bu kanuna, 275 sayılı eski Kanundan farklı olarak, Yargıtay'ca bu konuda varılan olumlu sonucu destekleyici nitelikte bir hüküm getirilmiştir. Gerçekten, 2822 sayılı Kanundaki, toplu iş sözleşmesinin imzası tarihinde taraf sendikaya üye olanların yürürlük tarihinden, imzadan sonra üye olanların ise üyeliklerinin işverene bildirildiği tarihten itibaren sözleşmeden yararlanacaklarına ilişkin hükümlerle (m. 9/II), dolaylı da olsa, yürürlük başlangıcının imza tarihinden önceye götürülebileceği kabul edilmiş olmaktadır (aynı görüş **Ekonomi**, Münir: Toplu İş Sözleşmeleri İle İlgili Yeni Yasal Düzenlemeler, TÜTİS tarafından düzenlenen Çalışma Hayatı İle İlgili Yeni Yasal Düzenlemeler Seminerine sunulan tebliğ, Ankara 1984, sh. 59; değişik görüş **Oğuzman**, sh. 81-82).

Bu konudaki Yargıtay kararları ve bunlara uygun olarak 2822 sayılı Kanunda yapılan düzenleme ile olumlu bir gelişmenin sağlanmış olduğu görülmektedir.

b) Yürürlüğün geriye götürülmesinden yararlanabilecek olanlar

aa) Hizmet akdi sürmekte olan üyeler

Yürürlük başlangıcı geriye götürülen toplu iş sözleşmesinden sözleşmenin yapıldığı sırada hizmet akdi sürmekte olanların yararlanmaları konusunda 2822 sayılı Kanunda, taraf sendikaya üye olanlar ile üye olmamakla birlikte dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyenler arasında bir ayırım yapılmış bulunmaktadır. Gerçekten, Kanuna göre, sözleşmenin imzası sırasında taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden (m. 9/II), buna karşılık, bu tarihte üye olmayıp dayanışma aidatı ödeyeceklerini bildirenler sözleşmeden ancak talep tarihinden itibaren (m. 9/III) yararlanabileceklerdir.

2822 sayılı Kanundaki bu düzenleme Yargıtay'ın önceki dönemde verdiği kararlarda ortaya koyduğu görüşler esas alınarak yapılmıştır. Bu husus kanunun hazırlanması sırasında Komisyonun Gerekçesinde açıkça belirtilmiştir (**Mis-Özsoy**, sh. 38). Gerçekten, Yargıtay'ın 1980 yılından itibaren verdiği kararlarda, sendika üyesi olmayanların dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanabilecekleri, ancak yararlanmanın geçmişe değil, geleceğe yönelik olabileceği sonucuna varılmıştı (Yarg. 9.HD, 21.4.1980, E. 1980/4205, K. 1980/3655, 28.7.1980, E. 1980/8560, K. 1980/8357, 4.12.1980, E. 1980/11523, K. 1980/12757, İHU, TSGLK. 7, No. 7-9; Yarg. HGK, 10.12.1980, E. 1980/9-2543-2651, K. 1980/2647-2755, TÜTİS, Kasım 1981, sh. 13-14; Yarg. 9.HD, 11.8.1981, E. 1981/8864, K. 1981/9591, 19.8.1981, E. 1981/9583, K. 1981/9796, TÜTİS, Kasım 1981, sh. 15 vd.). Ayrıca, Yargıtay'ın bir kararında da, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanmak için yapılan başvuru üzerine, bunun, sözleşmenin yapılmasından sonraki dönem için söz konusu olabileceği açıkça ifade edilmişti (Yarg. 9.HD, 1.12.1981, E. 1981/12408, K. 1981/14192, kanun yararına bozma kararı, RG. 10 Mayıs 1982, 17690).

2822 sayılı Kanundaki, toplu iş sözleşmesinin geçmişe yönelik olarak sağladığı haklardan yararlanabilme konusunda imza tarihinde taraf sendikaya üye olanlarla dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyenler arasında yapılan ayırım, kanımızca, sendikaya üye olmaya zorlanamama yolunda Anayasadaki (m. 51/IV) ve Sendikalar Kanunundaki (m. 22/1) ilkeye ters düşmektedir. 2822 sayılı Kanunun 9. maddesine ilişkin Gerekçede, yukarıda belirtildiği gibi yargı kararlarına uygun olarak söz

konusu ayırımın getirildiği belirtilmekte, başka bir açıklama ise yapılmamaktadır. Yargıtay'ın bu ayırımı esas alan kararlarının gerekçesi bir kararda şöyle açıklanmıştır: «Bu kabul şekli sendika güvenliği ve sendikaya üye olma özgürlüklerinin dengeli bir düzeyde tutulmaları yolundaki düşüncenin doğal bir sonucudur» (Yargıtay'ın anılan 4.12.1980 tarihli kararı). Yargıtay, 2822 sayılı Kanunun uygulamasında da aynı gerekçeyi kullanmaktadır (Yarg. 9.HD, 16.4.1985, E. 1985/2154, K. 1985/4167, YKD, Haziran 1985, sh. 829-831). Yargıtay görüşünün ve buna uygun olarak 2822 sayılı Kanunda yapılan düzenlemenin yerinde olmadığı kanısındayız. Kanundaki hüküm karşısında, toplu iş sözleşmesinin geçmişe ilişkin haklarından yararlanabilmek için sendikaya üye olmak istemeyen işçiler sözleşmenin imzalanması tarihinde sendikaya üye olmak zorunda kalacaklardır. Bu durumun Anayasa ile açıkça ortaya konulan ve yukarıda dayanakları gösterilen sendikaya üye olmaya zorlanamama ilkesine, yani negatif sendika özgürlüğüne ters düştüğü görüşündeyiz. Buna karşı öne sürülen, gerek yasal düzenlemeler gerek içtihat yolu ile işçiye dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı sendika üyeliğine tercih ettirmenin Anayasanın kollektif sendika özgürlüğünü zedeleyeceği yolundaki görüş de (Ö. **Eyrenci**, Yarg. 9.HD'nin anılan 28.7.1980 tarihli kararına ilişkin inceleme, İHU, TSGLK. 7, No. 8) bizce kabul edilemez. Zira, işçilerin güçlü sendikada örgütlenmeleri zorlama ile değil gönüllü olmalıdır. Ayrıca, negatif sendika özgürlüğüne aykırı düşen bir kollektif sendika özgürlüğünden de söz edilemeyeceğini eklemek gerekir. Kanımızca, 2822 sayılı Kanunda yapılacak bir değişiklikle, sözleşmenin imzalanması tarihinde dayanışma aidatı ödemeyi kabul edenlerin de, üyeler gibi, yürürlük başlangıcından itibaren sözleşmeden yararlanmaları sağlanmalıdır. Böyle bir düzenleme, sendika özgürlüğüne uygun bir şekilde, işçiye dilediği sendikayı serbestçe seçme olanağını verecektir.

bb) Hizmet akdi sona ermiş olanların durumu

275 sayılı eski Kanun döneminde olduğu gibi, günümüzde de, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce ve fakat yürürlük başlangıcından sonra hizmet akdi sona ermiş olanların sözleşmeden yararlanıp yararlanamayacakları sorusu ile karşılaşılmaktadır. Eski Kanunda bu konuda boşluk bulunmaktaydı. 2822 sayılı Kanunun 9. maddesi ile getirilen yeni düzenlemelerin de bu sorunu çözümlendiği söylenemez. Bu maddede, sırf imza tarihinde sözleşmeye taraf sendikaya üye olanlarla ilgili yararlanma hükümlerine yer verilmiş olmasından, yürürlük başlangıcı ile imza tarihi arasında hizmet akdi son bulmuş olanların sözleşmeden yararlanamayacakları sonucunu çıkarmak bizce mümkün değildir (aksi görüş **Ekonomi**, Yeni Yasal Düzenlemeler, sh. 59; **Oğuzman**, sh. 83). Yapılan yeni düzenlemenin (m. 9/II) sadece uygulamanın ve Yargıtay kararlarının en önemli

konularından biri olan, sözleşmenin imza tarihinde işyerinde çalışan taraf sendika üyelerinin sözleşmeden yararlanma durumlarının ortaya konulmasına yönelik olduğu açıktır. Bunun ötesinde, uygulamada, sözleşmenin imza tarihinden önce hizmet akdi son bulmuş olanlarla ilgili bir yasal düzenlemenin yapılması ihtiyacı ortaya çıkmış ve düşünülmüş de değildir (bu konuda bkz. 9. maddeye ilişkin Komisyon Gerekçesi, **Mis-Özsoy**, sh. 38). Kanunkoyucunun, 275 sayılı Kanunda olduğu gibi, bu konuda herhangi bir hükme yer vermeyerek taraflara kararlaştırma yapma serbestisini tanımış olduğu kabul edilmelidir. 2822 sayılı Kanunun çıkarılmasından sonraki yeni dönemde yapılan toplu iş sözleşmelerinde de, taraflar, sözleşmenin imza tarihinden önce, özellikle emeklilik veya askerlik yahut ölüm nedeniyle hizmet akdi son bulmuş olanlarla ölenlerin mirasçılarına sözleşmenin maddi haklarından yararlanabileceklerine ilişkin kararlaştırmalar yapmaktadırlar. O halde eskiden kabul edildiği gibi (Yarg. 9.HD, 23.12.1976, E. 1976/4853, K. 1976/6817, YKD., Ekim 1976, sh. 1437-1438), hizmet akdi imza tarihinden önce sona ermiş olanlarla ilgili olarak toplu iş sözleşmesinde herhangi bir hükme yer verilmişse, taraflara tanınan toplu sözleşme özerkliği çerçevesinde bu hüküm geçerli sayılmalıdır. Bu konuda taraflarca herhangi bir kararlaştırmanın yapılmamış olması halinde bunun yorumu önem kazanmaktadır. Sözleşme yürürlüğünün geriye götürülmesi, tarafların geçmiş döneme ilişkin hakları vermek yolundaki iradelerini ortaya koymaktadır. Tarafların, hizmet akitleri yürürlük başlangıcından sonra sona ermiş olanlar hakkında aynı istekte olmadıklarını kabul etmek için bir neden yoktur (bkz. ve karşı. **Hueck-Nipperdey II/1**, sh. 464; **Wiedemann-Stumpf**, sh. 492, Rnr. 134-135). Şu halde, taraflarca sözleşmede imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında işyerinden ayrılmış olanların durumuna ilişkin bir hükme yer verilmişse, o dönemde işyerinde çalışmış sendika üyesi olan işçilerin de sözleşmeden yararlanabilecekleri kabul edilmelidir. Eski Kanun döneminde Yargıtay da bu sonuca varmış bulunmaktaydı (Yarg. 9.HD, 19.10.1970, E. 8665, K. 10884, İşv. D., Aralık 1970, sh. 21-22; Yarg. HGK, 1.12.1971, E. 1970/9-511, K. 707 ve Ş. **Akyol**'un incelemesi, İHU, TSGLK. 1, No. 6). 2822 sayılı Kanunun 9. maddesinin uygulanmasında ise Yargıtay aksi görüşü benimsemiştir (Yarg. 9.HD, 25.12.1986, E. 1986/10424, K. 1986/11743, YKD., Haziran 1987, sh. 895-896). Yukarıda açıklanan nedenlerle, Yargıtay'ın bu görüşünü isabetsiz olarak görmekteyiz.

c) Yürürlüğü geriye götürülen sözleşmenin bazı hükümlerinin uygulanamaması

Alman Hukukunda ortaya konulduğu gibi, toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi sonucu geçmişi etkilemesi, sözleşmenin sadece normatif hükümleri için değil, borç doğurucu hüküm-

leri için de geçerli olabilecek, bunlardan birinin tümüyle bu etkinin dışında bırakılması söz konusu olamayacaktır (**Hueck-Nipperdey II/1**, sh. 461; **Wiedemann-Stumpf**, sh. 494, Rnr. 141 vd). Ancak, yürürlük başlangıcı geriye götürülen sözleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için, getirilen yükümlülüklerin «ifa edilebilir» nitelikte olması gerekir (**Hueck-Nipperdey II/1**, sh. 465).

Yargıtay'ımızın da verdiği kararlarda, geçmişe etkili kılınan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin «ifa edilebilir» nitelikte olup olmadığı noktası üzerinde durduğu ve böylece aynı ölçütü esas aldığı görülmektedir. Yargıtay kararlarında bu ölçüt negatif yönüyle ele alınarak, «fiili hal», «fiili durum» veya «fiili uygulama olanaksızlığı» gibi sözlerle ifade edilmektedir. Gerçekten, Yargıtay'ın bir kararında bu ölçüte dayanılarak isabetli bir şekilde açıklandığı gibi, toplu iş sözleşmesinde sözleşme hükümlerinin imza tarihinden önceki bir tarihte yürürlüğe gireceğini bildirir bir kayıt olsa bile, bunun işçileri taşıma gibi fiili hallere uygulanması düşünülemez. Geleceğe ait fiili bir işin taahhüt edilmesi halinde bunun geçmiş zaman için yerine getirilmesine olanak yoktur (Yarg. 9.HD, 25.12.1973, E. 1973/16098, K. 1973/35573 ve N. **Çelik**'in incelemesi, İHU 1975, TSGLK. 1, No. 3). Bunun gibi, söz konusu ölçütün olaya uygulanması tartışılabilir nitelikte (bkz. **Çelik**, age., 9. Bası, sh. 410) gözükken başka bir davada, Yargıtay aynı esası kullanarak, sözleşmenin yürürlük tarihi geriye götürülse de, imza tarihinden önceki fazla çalışma gibi fiili durumla ilgili açık bir hüküm konulmadıkça, imza tarihinin geçerli olacağı sonucuna varmıştır (Yarg. 9.HD, 19.9.1978, E. 1978/9353, K. 1978/10612 ve D. **Ulucan**'ın incelemesi, İHU 1981/1, TSGLK. 1, No. 15). Yargıtay, başka bir kararında da, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce işten çıkarılan işçiler hakkında geriye etkili kılınan sözleşmenin işten çıkarmaya ilişkin hükümlerinin fiili uygulama olanaksızlığı nedeniyle etki doğurmayacağını isabetli bir şekilde ortaya koymuştur (Yarg. 9.HD, 26.11.1979, E. 1979/13980, K. 1979/14325 ve D. **Ulucan**'ın incelemesi, İHU 1981/1, TSGLK. 1, No. 14). Bu kararları günümüzde de değer taşıdığı kuşkusuzdur.

GENEL GÖRÜŞME

TEBLİĞİN KONUSU : «Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması ve Uygulanmasında Yargıtay Kararlarının Etkisi».

OTURUM BAŞKANI : Esat ŞENER
Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı.

TEBLİĞ SAHİBİ : Prof. Dr. Nuri ÇELİK
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi.

BAŞKAN : — Buyurun Sayın Sami Uslu.

Sami USLU : — Sendikacıyım. Hak-İş Genel Eğitim Sekreteri-yim.

Sayın başkan, değerli konuklar, Yargıtayımızın 120. Kuruluş yıldönümü münasebetiyle,

BAŞKAN : — Hemen şunu ifade edeyim 1, 2, 3, 4, 5 kişi var. 40 dakikamız var, 8 dakika düşüyor, 8 dakika konuşma süreniz var.

Sami USLU : — En çok israf ettiğimiz zaman. Bu tür toplantılarda ne hikmetse en çok ihtiyaç olan şey de yine zaman. Yargıtay'ın 120. kuruluş yıldönümü nedeniyle iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku Türk Milli Komitesi'nce düzenlenen toplantının düzenleyenlere ve katılanlara teşekkürlerimle teşkilatım adına saygılarımı sunuyorum. Sabahtan beri izledik, son derece müstefit olduğumuzu ifade etmek isterim. Ayrıca bizim, uygulamalarda en çok sıkıntı çeken insanlar olarak çoğu zaman yutkunupta bir türlü söyleyemediğimiz bir çok husus ta burada memnuniyetle görüyoruz ki ifade edildi. Özellikle bizim çoğu zamanda ifade etmeye çalıştığımız Türk iş hukukundaki gerek 2821, gerek 2822 ve 1475 sayılı Yasalardaki uluslararası normlara aykırı olduğu şeklindeki iddialar bugün bir kısım uygulamalarla burada bizatihi tespit edilmiş oldu. Bunun da tespit edilmiş olması şahsen bizi ayrıca memnun etti. Çünkü yetkili kişilerin ağzından böyle bir tespitin yayılmış olması öyle zannediyorumki çalışma hayatında giderek büyük huzursuzluklara neden olan uygulamaların şimdiden, erkenden düzenlenmesi için bir uyarı olacaktır, düşüncesinde ve temennisindeyim. Tabii çok değerli hocalarımız konuşmalarında, tebliğlerinde, gerek sendika üyeliği özgürlüğünden gerekse hizmet aktinin feshi ve feshe karşı korunma kanunundaki etkilerden bahsettiler. Biz burada tabii sendika üye olma özgürlüğünün ötesinde uygulamada çektiğimiz sıkıntılardan biliyoruz ve huzurunuzda diyorum ki sadece sendikaya üye olma özgürlüğündeki kısıtlılıklar bir yana, sendika kurma, yaşatma ve hatta yönetici olma özgürlüğünde de son derece büyük sıkıntılarımız mevcuttur. Dilerdim ki bunlar da bugün burada ifade edilmiş olsun. Efendim, benim hocama sormak istediğim bir çok soru var. Zamanın darlığı dolayısıyla ben özellikle çok enteresan olması nedeniyle bir tanesini sormak istiyorum. O da şudur: Bildiğiniz gibi 2822 sayılı Yasanın 3. maddesindeki işletme tanımı henüz yeni uygulama alanı bulmaktadır. Son birkaç yıldır uygulanıyor ve 2822 sayılı Yasanın 3. maddesine göre işletme yetkisi alan sendikalar toplu iş sözleşmesi yaptıktan sonra, işletmeye sonradan

işyerleri katılmaktadır. Yeni katılan işyerlerinin toplu iş sözleşmesi var ise bu sözleşme işyerinde mevcut olan işletme sözleşmesinden daha önce bitmesi halinde bu işyerinde çalışan arkadaşlarımız işletmede var olan toplu iş sözleşmesi bitinceye kadar yeni bir toplu iş sözleşmesi yapma özgürlüğünden yoksun kalmaktadırlar. Ayrıca, bir de bu olayı tersinden düşündüğünüz zaman zannediyorum uygulamalarda ve yargı kararlarında da sabit olmuştur ki, işletmede bir toplu iş sözleşmesi varsa bu sözleşme bitinceye kadar, işletmeye sonradan katılan işyerine toplu iş sözleşmesi yetkisi alınmamaktadır. Hal böyle olunca, bir işletmeye sonradan katılan işyerindeki işçiler iki yıla yakın süre ile belkide toplu iş sözleşmesinden yoksun kaldıkları halde buradaki işçilerin mevcut sözleşmeden de istifade edemediklerini görüyoruz. Olayın bir başka yönü de şudur. Bazı kötüniyetli ve uyanık işverenler kendince kendi işletmelerinde toplu iş sözleşmesi yokta eğer bir sendika yetki mücadelesine girmişse hemen iki yıl süreli toplu iş sözleşmesi bulunan bir küçük işletmeyi kendi iş kollarında satın almak suretiyle, devralmak suretiyle mevcut büyük işletmelerle iki yıl süreyle hemen hemen iki yıl süreyle veya şu kadar ay süreyle toplu iş sözleşmesi yapılmasını engellemektedirler ve maalesef hâlâ böylesine suistimale müsait bir konu, şu kadar yıllık işletme toplu iş sözleşmesi yapmış olmamıza rağmen açıklığa kavuşmuş değildir. Başka sorularım olmasına rağmen ben zamanı daha işgal etmemek için teşekkürlerimle huzurunuzdan ayrılıyorum.

BASKAN : — Zaman kazandırdığınız için teşekkür ederim. Buyurun Sayın Çetin Aşçıoğlu.

Çetin AŞÇIOĞLU : — Değerli Profesör Çelik'in de ifade ettiği gibi özellikle karşılaştırmalı hukukta süresi sona eren toplu sözleşmelerin yenisi yapıncaya kadar yürürlükte kalacağı kural olarak kabul edilmektedir. Ve bu hususu bizim ilk 963 tarihli toplu iş sözleşmesi kanununda da, tasarısında da mevcut iken mecliste komisyonlarda görüşülmesi sırasında hem toplu iş sözleşmesinin süresi bitecek hem de bunun devam etmesi çelişkili bir anlatımı ifade eden gerekçesiyle değiştirilmiş ve şu şekilde kabul edilmiş, şimdiki durumu aynen var, «Süresi sona eren toplu sözleşmedeki normatif kurallar bireysel iş sözleşmesi olarak devam ederler» hükmü getirilmiş. Şimdi burada ortaya bir sorumuz çıkıyor. Bu toplu sözleşmelerdeki mevcut normatif kurallarla sağlanan bir hak henüz toplu sözleşme devam ederken kazanılmamış ise ne olacaktır? Yani bu kural, normatif kural bireysel iş sözleşmesinde aynen geçecek midir? Yoksa nazarı dikkate alınmayacak mıdır? Nitekim

bu Yargıtay'da 9. Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu arasında uyumsuzluk yaratmış, nitekim geçen gün yine vardı, tevhid-i içtihadı kadar geldi'dan geriye döndü mesele. Şimdi kanımızca 9. Hukuk Dairesi burada şöyle demektedir. Bu toplu sözleşmedeki mevcut herhangi bir normatif kural eğer işçiye yürürlükte bulunduğu sürece bir hak sağlamamışsa artık bunlar uygulanmaz. Bunlar bireysel sözleşmede bir hüküm ifade etmezler. Hukuk Genel Kurulu'nda gerekçesi tartışılmakla beraber bunların da devam edebileceğini kabul etmektedir. Bu somut olay şöyle. Toplu sözleşmelerde bir hüküm getiriliyor, deniliyor ki, asgari ücretler arttıkça bunlar işçi ücretlerine yansır. Belli bir şekilde. Bu şekilde hükümler toplu sözleşme süresi bittikten sonra asgari ücretlerde bir artış meydana geliyor. Şimdi burada bu toplu sözleşmedeki hüküm, toplu sözleşme sona erdikten sonra bireysel iş sözleşmesi olarak devam edebilecek midir? Yani işi somutlaştırdık, böyle bir durum. 9. Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu arasında içtihat aykırılığı da devam etmektedir. Acaba sayın hocamızın bu husustaki görüşü nedir? Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Ben de teşekkür ederim. Sayın Mehmet Er.

Mehmet ER : — Sayın başkan, Yargıtayımızın değerli başkan ve üyeleri, sayın konuklar. Ben hocama vaktim olursa üç soru, yoksa iki soru tevcih etmek istiyorum. Birincisi şu: Kendileri açıkladılar, menfiî tespit ilgili sendikaya verilmesi halinde sendika başkanlığı hasım göstererek ve bu konuda çoğunluk olduğu tespit ederek daha önceki uygulamada kesin yetki belgesi alıyordu. Bilâhare sayın Münir Ekonomi hocayla Oğuzman hocamızın verdiği görüş doğrultusunda Yargıtay görüşünü ortaya koydu ve dedi ki, sadece taraflar için bağlayıcıdır, bu kesin hüküm değildir. Diğer sendikalar açısından kesin hüküm ifade etmemekte ve sonra itiraz etme hakları vardır. Mahkeme inceleyecektir. Bilâhare 9. Hukuk Dairesi bu konuda birkaç tane isabetli kararlar vermiş, şu şekilde, menfiî tespit verilmesi halinde sendikanın itirazı üzerine verilen bu karar kesin hüküm değildir. Bakanlık tespit gönderir ve uygulama bu şekilde bakanlık tarafından yapılmaktadır. Ancak uygulamanın bir mahkeme safhası vardır. Menfiî tespit verilen sendika mahkemeye gidiyor. Bu konuda karşısında da başka sendika durumdan haberdar olmaması halinde kendi belgeleriyle çoğunlukta olduğunu tespit ediyor ve bakanlıktan tespit ve bakanlığa itiraz üzerine sendikanın da mahkeme daha önce kesin hüküm vardır diye olduğu gibi onaylamaktadır. Özellikle tek mahkeme olan yerlerde bazen büyük şehirlerimizde aynen uygulanmakta. Yargıtay'ın bazı kararları göz-

den kaçınmakta, bazıları da biraz önce dediğimiz gerekçe ile bu kesin hüküm değildir. İşin esasına girip netice vermez. Benim hocamdan sormak istediğim soru şu: Acaba diyorum, ilgili sendika, menfiî tespit çıkan sendika bakanlığı hasım olarak gösterdiği dava açtığı anda bakanlık iş kolundaki diğer sendikalarla bir yazı ile bildirdiği takdirde efendim, böyle böyle itiraz var, bu konuda eğer sizin menfiî bir şeyiniz var mı? Bir hakkınız var mı? Bir hakkınız varsa buyrun mahkemeye ibraz edin. Bu şekliyle taraflar açısından mahkemenin vereceği şey davaya müdahale etme veya itiraza muttali olması nedeniyle bu konuda hem iki sefer işlem yapmasını önlemesi açısından hem de mahkemelerin bu şekildeki bir işlemi yapma imkanı ortadan kaldırılması mümkün müdür? Hocamızın bu konudaki görüşünü almak istiyorum.

İkinci sorum da şu; 9. maddedeki üye olanlarla, olmayanlar arasındaki konu ki hocam bu konuda ben de sendikacılığın müddetince onu savundum. Anayasayla ilgili hükümlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini bu da sendikasız işçinin yani bir sendikaya zorla icbar edilmesinin Anayasadaki olumsuzluğu ortadan kaldırdığını ancak bu kanun, iptali iddia edilemeyecek kanunlardan olduğu için kanun bu şekliyle durmamakta ve Hukuk Genel Kurulunda 9. Dairenin yerleşmiş kararları da vardır. Ancak, son olarak 3449 sayılı Yasa 61. maddede bir değişiklik yaptı. Bu değişiklikte de aidat kesmek için sendikaya sözleşme yapmış olacak veyahutta yetki belgesi almış olacak. Burada da ayırım yapmamıştır. Yani yetki belgesi alan bir sendika hem üyelerinden üyelik aidatı alabilecek, kısmen dağıtım yaparak üyesi olmayanlardan da dayanışma aidatı kesebilecek. Acaba diyorum, çok muğlak olmakla beraber kanunda meydana getirilen bu değişiklikte böylece mesela yetki belgesi almış olan bir sendika bir işçi müracaat edip kanunu bu hükümüne dayanarak ben dayanışma aidatı ödemek istiyorum ve dayanışma aidatı kestirilirse bu konudaki 9. madde katı bir şekilde düşünülecek midir, yoksa yapılan bu değişiklikte nisbeten bunun yararlanma imkanı doğabilecek mi, bu konudaki hocamın görüşünü. Eğer vaktim varsa bir sorum daha vardır.

BAŞKAN : — Sorun değil tabi.

Mehmet ER : — Efendim, uygulamadan doğan bir sorun ki benim de karşıma geldi. Malum olduğu üzere % 10 barajı aşamayan bir sendika hem itiraz etme hakkı hem de toplu sözleşme hakkı yok. Ve bakanlık istatistikler yayınlıyor, 15 günde itiraz edilmezse kesinleşiyor. Bu tabii sendikal rekabetler neticesinde sendikalar

buradaki %10 barajına itiraz ediyorlar ve hatta 87'nin itirazları mevcut. Yani henüz Ankara iş mahkemelerinde karara bağlanmamış 87'nin itirazları var. Ankara dışındaki mahkemelerde işyerlerindeki çoğunluk incelemesi yapıyor ve iki tane şeyle karşılaştım. Mahkeme, mahalli mahkeme diyor ki, ben diyor Ankara'daki %10 barajı neticesini beklemek durumundayım ki benim anladığım kadarıyla idari bir karardır ki bununla ilgili zaten 15. maddede özel hüküm getirilmiştir ki, itiraz üzerine diğer işlemler durdurulur. Böyle bir hüküm 12. maddede olmadığına göre diğer işlemler yatıyor. Diğer tüm mahkemeler buna uymasına rağmen ben bekletici mesele yapacağım dedi ve takriben 2000'e yakın insan oradaki bekletici meseleyi bekliyor ki bu şekliyle 2 seneye yakın devam edecektir. Benim hocamdan, bu konuda diğer mahkemelerin bekletici mesele yapabilmesi mümkün olabilir mi? Hocamın kanaatini öğrenmek istiyorum. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Ben teşekkür ederim. Sayın Çubukçu buyrun.

Erdoğan ÇUBUKÇU : — Sayın başkan, değerli hocalarımıza çok teşekkür ederiz. Şimdi ben bir şeye sonra cevap vereceğim. Evvela Sayın Aşçıoğlu'nun temas ettikleri konuda. Bu Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 6. maddesiyle ilgili. Tabii orada diyor ki, bizim kanunumuzda. Bir toplu iş sözleşmesi sona erdiğinde hizmet akti olarak devam eder. Fakat öğreniyoruz ki, bu hizmet akti olarak devam eder değil, normatif hükümler aynen uygulanır, şeklinde yenisi yapılmaya kadar. Şimdi tabii, onun 6. maddenin bizim başlangıç tarafında normatif sözleri yok. Son fıkrasında da yok normatif sözleri. Fakat Alman Kanununda olduğunu söylemeliyiz. Normatif hüküm, gene biliyoruz ki, doğrudan ve zorlayıcı etkiye sahip. Hizmet akitleri diyoruz dışarıdan etkiler. Zorunlu olarak. Toplu iş sözleşmesi bitince bu etki zail oluyor ve hizmet akti olarak devam ediyor. Ama Alman Kanununda hizmet akti olarak değil normatif hüküm olarak devam ediyor. Şimdi normatif hüküm olarak devam ettiğine göre acaba sözleşme bittikten sonra normatif etkisi devam ediyor mu? Bizdeki hizmet akti olarak normatif etkiden sıyrıldığına göre şimdi Alman hukukunda bu tabir normatif hüküm bu etkilerini de sürdürüyor mu? Çünkü eğer bunları sürdürüyorsa belki toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin devamı anlamını taşıyacak belki de ve ikisi arasında (anlaşılmıyor) olacaktır. Buna bir cevap istiyorum. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Teşekkür ederim. Buyrun Sayın Oğuzman.

Kemal OĞUZMAN : — Teşekkür ederim sayın başkan. Bir iki noktada görüş açıklamak istediğim için söz aldım. Onlar da şu noktalar: Bir tanesi, Yargıtay'ın, Sayın Çelik'in de belirttiği gibi 275 sayılı Kanunun yürürlüğünden bu yana müstakar içtihadı ile evvela zımnem, uygulamayı kabullenerek, açıkca bir şey söylemeksizin, ama 2822 sayılı Kanundan sonra açıkca kabul ettiği çözüm, kapsam dışı personel düzenlemesinin geçerli olduğudur. Bunda hiçbir sapma yok. Bu konuda kararları çok kesin. Öyle zannediyorum ki böyle bir yol Anayasanın, işçilerin toplu iş sözleşme hakkından yararlanmasına engel olur. Bu yorumda kapsam dışı personelin toplu sözleşme hakkından yararlanması mümkün değildir. Neden mümkün değildir? Başka bir sendika kurarak toplu sözleşme yapamazlar çünkü çoğunluğu ele geçirmeleri söz konusu değildir. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu sözleşmeden yararlanamazlar. Kapsam dışı kimse toplu sözleşmeden yararlanamaz. Toplu sözleşmeyi yapan sendikaya üye olsalar bile toplu sözleşmeden yine yararlanamazlar. Binaenaleyh, bu kimselerin toplu iş sözleşmesi, Anayasa teminatı altındaki toplu iş sözleşmesi hakkı işverenle sendikanın anlaşmasıyla ellerinden alınmaktadır. Hiç değilse buna muvafakatlarının olup olmadığının sorulması, bir muvafakat vermelerinin aranması en azından gereklidir. Bir kimsenin kendi rızası olmaksızın, bir Anayasa hakkının sendika ile işveren anlaşması diye elinden alınmasını ben tasvip etmiyorum. Ve Yargıtay içtihadına ilk günden beri de karşıyım.

İkinci konu, Sayın Çelik'de işaret ettiler, toplu iş sözleşmesinin geriye yürütmesi meselesi. Bu noktada da ben 275 sayılı Kanunun zamanından beri bir toplu iş sözleşmesinin, tarafların biz bunu geriye yürüttük demeleriyle, mevcut olmadığı bir tarihten itibaren yürürlüğe giremeyeceği kanaatindeyim. Binaenaleyh, toplu iş sözleşmelerinin tıpkı yasalar gibi normatif hükümler getirilebilmeleri, bunların açıkça hüküm olduğu takdirde geriye yürüyebilecekleri anlamına gelmez. Zaten ihtiyaç da bunların geriye yürütmesinde değil, arada geçen süredeki zamanda alacakları bir takım haklardan mahrum kalmamalarıdır. Eski toplu sözleşme bitmiş yeni toplu sözleşme 4 ay sonra imzalanmış arada geçen 4 aylık sürenin bir takım mali haklarından istifade edebilmeleridir. Bu toplu iş sözleşmesini geriye yürütmek suretiyle değil, toplu sözleşme 4 aylık, 4 ayı bir çarpma unsuru olarak almak, bu kimselere toplu sözleşmenin imzalanması ve imzalandığı tarihte yürürlüğe girmesinden

itibaren şu kadar zaman içinde 1 ay, 2 ay, içinde, 4 aylık tutarında şu, şu haklar ödenecektir dendiği takdirde aynı sonuç elde edilir ve Yargıtay'ın hem geriye yürürlüğü kabul edip hem de efendim o fiili durumdur orda uygulanmaz; efendim fesihle uygulanmaz; taşımada uygulanmaz, daha aklınıza ne gelirse uygulanmaz, demesine gerek kalmaz. Burada Sayın Çelik arkadaşım, gayet tabii dedi taşıma söz konusu olmayacak. İmkansızlık vardır dedi. Tamamen kendisine katılıyorum. Ama imkansızlık bulunan hallerde, imkansızlaştırılmış olan hakkın yerine tazminat ödenir. Binaenaleyh eğer, geriye yürüme varsa, taşıma da imkansız olduğuna göre, işveren, taşınmamış olmanın meydana getirdiği zararı tazmin etmekle mükelleftir. Binaenaleyh, bundan da kurtulmak artık herhalde mümkün olmayacaktır. Ama eğer benim düşündüğüm gibi düşünür de toplu iş sözleşmesinin zaten geriye yürüyemeyeceğini, ancak, toplu iş sözleşmesi yapılırken açıkça öngörülen bir takım hakların hesaplanarak ödeneceğini kabul ederseniz böyle bir soruyla da karşılaşmazsınız. Eğer işveren taşımayı tazmin etmeyi düşünüyorsa hesabında bunu da ilave eder, bunu da ödeyeceğim der. Ama hiç aklının kenarından taşımayı geçirmiyorsa, bu hesabın içinde yer almaz ve ödenmesi de söz konusu olmaz.

Diğer bir nokta, burada Sayın Mehmet Er'di galiba, sabahki toplantıda dile getirdi, şimdi de dile getirdi. Dayanışma aidatı ödeyenlerle ilgili durum.

Bir defa, Sayın Çelik tahmin ederim, değinecek ama eğer müsaade ederse ben değineyim. Sayın Er'in sonunda vardığı noktalar da belki hemfikir olduğumu ifade edeceğim ama hareket noktalarında bir yanlışlık olduğunu zannediyorum. Buna işaret etmek isterim. O da bir toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, sendikanın yetki almasından sonra hizmet akti olarak eski sözleşme devam ederken bir dayanışma aidatı ödenmesi söz konusu değildir. Sendikaya üyelerin ödedikleri üyelik aidatının toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile bir alâkası yoktur. Onlar üyelik aidatını üye olmaya devam ettikleri için ödemektedirler. Ve 61. maddede yapılan değişikliğin tek getirdiği çözüm, yetki alındıktan sonra da çek-off'un uygulanabilmesidir, onun dışında başka bir şey getirmemiştir bu kanun. Eskiden kaynakta tevkifin toplu sözleşmenin imzalanmasından sonra söz konusu olmasına mukabil şimdi, yetkinin alınmasından itibaren de kaynakta tevkif, çek-off usulünün uygulanacağı kabul edilmiştir. Yoksa bu dönem için bir dayanışma aidatı ödenmesi söz konusu değildir. Binaenaleyh, bu tamamen ayrı bir konudur. Ama ikinci bir konu var: Yeni toplu sözleşme yapıldı,

eskinin bittiği tarihte yürürlüğe girdi, yetki alındığı tarihte yürürlüğe sokuldu -geriye yürümeyi kabul edenler açısından söylüyorum- veya onlardan sonraki bir tarihte yürürlüğe konuldu. Şimdi, Yargıtay'dan anlamadığım devamlı kararlarında yer alan bir husus: Efendim, toplu sözleşme imzalanmadan önce bir talepte bulunulamaz. Acaba, merak ediyorum, gerekçesi nedir? Bir kimse dilekçe veriyor. Diyor ki, ileride şu toplu iş sözleşmesi imzalandığı taktirde, imzalandığı tarihten itibaren talebimi yürürlüğe koymanızı rica ederim diye. Böyle bir dilekçenin toplu iş sözleşmesinin imzalandığı gün işleme konulmasını hukukta önleyen bir kuralı, bendeniz bilmiyorum. Varsa, hatırlatırlarsa memnun olurum. Binaenaleyh, böyle bir talepte bulunmak herhalde mümkündür. Böyle bir talepte bulundu veya toplu iş sözleşmesinin imzalandığı gün bir işçi «ben dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak istiyorum» dedi. Binaenaleyh o tarihteki toplu iş sözleşmesinden yararlanacaktır. Yararlanacağı toplu iş sözleşmesi 62 maddeden ibaret. 61. maddede toplu iş sözleşmesinin 3 ay evvelden yürürlüğe konulduğuna ilişkin bir madde var. E, bu toplu iş sözleşmesinden imza tarihinde -ki talep de aynı tarihe rastlıyor.- yararlanacak olan bu kimse neden toplu iş sözleşmesinin altmış maddesinden yararlanacak ta 61. maddesinden yararlanmayacak. Yani geriye yararlanma hükmünü uygulamayacağız. Bunun kanunla bertaraf edildiği kanaatine katılmıyorum.

Efendim, bir de yine Sayın Çelik herhalde cevaplandırarak ama, müsaade ederse ben de, cevabında belki bir faydası dokunur, lehte veya aleyhte fikir beyan etmesi bakımından diye Sayın Çetin Aşçıoğlu'nun ortaya koyduğu sorunla ilgili bir hususu belirtmek istiyorum. Eğer daha sonraki kararlar, görmediğim kararlarda bir farklılık yoksa Yargıtay'ın birbirine zıt gibi gözüken bu asgari ücretle ilgili kararlarında yahut hiç değilse benim gördüğüm ve üzerinde durduğum kararlarda içtihadı birleştirmeyi gerektirecek bir zıtlık yoktur. Neden yoktur? Sebebi şu: Kararlardan bir tanesine konu teşkil eden toplu iş sözleşmesinde diyor ki, benim aklımda öyle kaldı; lütfen 9. Hukuk Dairesi üyeleri düzeltebilirler, aklımda yanlış kalmışsa. Toplu iş sözleşmesinde diyorki, bu toplu iş sözleşmesi süresi içerisinde asgari ücrete yapılacak zamlar şöyle in'ikas ettirilecektir. Birisinde böyle. İkinci toplu sözleşmede bu tarzda değil. Belki aynı amaçla düşünülmüş ama yazılan metin böyle değil. Orda diyorki, asgari ücrete yapılan zamlardan işçiler yararlanırlar. Şimdi, birisinde, bu toplu iş sözleşmesi süresi içerisinde yapılan zamlardan, öbüründe, böyle bir kısıtlama yok. Şimdi

hiç şüphesizki toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra, normatif hükümleri deyin, isterseniz hizmet aktine ilişkin hükümleri deyin, hizmet akti olarak devam edecektir. Devam edici hükümlerden bir tanesi de, asgari ücrete yapılacak olan zamlardan işçilerin yararlanacaklarına dairdir. Bu hüküm, toplu iş sözleşmesi süresi bittikten sonra da etkisini sürdürmeye devam edecektir, hizmet akti hükmü olarak. Ama buna mukabil toplu iş sözleşmesi süresi içerisinde asgari ücrete yapılacak zamlar dediğiniz zaman artık hizmet akti hükmü olarak devam etmesi mümkün değil. Mesela dediği toplu iş sözleşmesi, bu toplu iş sözleşmesinin ikinci senesi Kurban Bayramında şu kadar ikramiye verilecektir, bu toplu sözleşme de sona erdikten sonra bu hükmün hizmet akti olarak devamının anlamı yok. Çünkü bu ancak toplu iş sözleşmesinin süresi içinde bir defaya mahsus olarak uygulanabilen bir hüküm. Tıpkı toplu iş sözleşmesinin süresi içinde asgari ücrete yapılacak zam hükmü gibi. Bu bakımdan eğer başka kararlarda tezat yoksa şu kararlardaki tezat var iddiasıyla içtihadı birleştirmeye gidilmesinin isabetli olmayacağını zannediyorum. Ama başka kararlar da varsa tabii ona bir diyeceğim yok.

Evet efendim, benim üzerinde durmak istediğim bunlardı. Teşekkür ederim.

Erdoğan ÇUBUKÇU : — Sayın başkanım, bir dairemizin kararının yanlış anlaşılması bakımından bir şey açıklayabilir miyim?

BAŞKAN : — Buyrun buradan, zapta geçsin.

Erdoğan ÇUBUKÇU : — Efendim, toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında kalanlar için arzetmek istiyorum. Gerçekten böyle hükümler getiriliyor.

BAŞKAN : — Yani lütfen söyleyin de birbirine karışmasın.

Erdoğan ÇUBUKÇU : — Bu şekilde hükümler var fakat bize gelen olaylar böyledir. Yani kapsam dışı kalan personel gelip te bize demiyor ki, ben sendikaya üyeyim, bana toplu iş sözleşmesinden noksan haklar veriliyor. Bana toplu iş sözleşmesini aynen uygulayın. Şeklinde gelmiyorlar. Onlar da inanmışlar kapsam dışında kaldıklarına. Şu şekilde geliyorlar genellikle, efendim diyorlar, bize işçilere verilen haklardan daha azı veriliyor. Onlara yakacak veriliyor, bize verilmiyor. Onlara ikramiye veriliyor, bize verilmiyor. Biz bunları inceliyoruz. Eğer sözleşmesinde, ferdi sözleşmesinde onu geçen haklar varsa, toplamını geçen haklar, diyoruz ki, zaten sen bunun üzerinde almışsın artık gerek yok. Toplu iş sözleşmesinde-

ki hakları tekrar isteyemezsin. Yoksa kapsam dışı kalan personel de işçidir ve bizim de görüşümüz bu. Aslında bunlar sendika üyesi olabilirler. Eğer (anlaşılmıyor) altında haklar getiriliyorsa toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyebilirler. Ve bunu inceleyebiliriz. Benim kişisel görüşüm de budur. Diyebiliriz ki, bunlar toplu iş sözleşmesinin altında veriliyor. Yakacak ikramiye şu bu hakları bunları da bu düzeye getirin diyebiliriz. Fakat bize bu şekilde intikal etmiyor davalar. Yani kendileri de inanmışlar kapsam dışı kaldıklarına. Başka haklarla, başka yöntemlerle geliyorlar. Bunu açıklamak istedim.

BAŞKAN : — Teşekkür ederim. Efendim tam dakikası dakikasına konuşmalar bitmiş oldu. 20 dakikanız var, ama on dakika daha uzatabilirsiniz.

Nuri ÇELİK : — Teşekkür ederim, sayın başkan. Günün bu saatinden sonra fazla vaktinizi almayayım. Asıl konuşmamı uzatarak süreye tecavüzde bulunduğum için bu kere kısa konuşmak üzere söze başlıyorum. Efendim, önce söz alan azdı, sonra çoğaldı. Fırsat bulursam bu süre içerisinde cevap vermeye çalışacağım. Sayın Sami Uslu arkadaşımız, işletme yetkisi alınan ve işletme kapsamında olan işyerlerine, toplu sözleşmenin yapılmasından sonra yeni işyerlerinin katıldığını ve sözleşmenin süresinin bitimine kadar bu yeni işyerlerinin sözleşmesiz kalacağını, işçilerin de bundan mağdur olacağını söyledi. Şüphesiz şunu kabul edelim: Bu noktada bir boşluk var. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu bu konuyla ilgili açık bir düzenleme yapmamıştır. Doktrinde de yaygın görüş olarak kabul edildiği gibi yeni sözleşmenin yapılması, süre itibariyle bütün işyerleri aynı tarihe rastlayacağından, eski sözleşme bitmeden önce onlar için ayrı bir toplu sözleşme yapma imkanı yoktur. Bunu açıkca kabul etmemiz gerekiyor. Tabii bu noktada bir haksızlık da var. Bu nasıl giderilebilir? Yine doktrinde farklı görüşler ortaya atılıyor. Yeni katılan işyerlerindeki işçilerin, toplu sözleşmeden, belki kanunu zorlayarak yararlanma şartlarının yerine getirilmesiyle yararlanmalarının söz konusu olacağı öne sürülebilir. Ama kanunun sistemi itibariyle, kural olarak yeni bir sözleşme yapılıncaya kadar bu işyerleri için sözleşme yapılamayacağı gibi, yapılmış toplu sözleşmeden yararlanmanın da zor olacağını kabul etmemiz gerekiyor.

İkinci bir nokta da, Sayın Uslu'ya pek katılamıyorum. Yani işverenin bir iki işyerini daha devren alayım ve bu işyerlerini işletme kapsamına sokayım ve sürenin sonuna kadar da bunlar top-

lu iş sözleşmesiz kalsın, şeklinde bir düşünce ile kanunu kötüye kullanması bana ekonomik bakımdan zor bir iş gibi geliyor. Sırf işçileri toplu iş sözleşmesiz bırakıp bundan yararlanmak için sadece bir dönemliğine iki işyeri almak biraz bana ters düşüyor. Bilmiyorum inşallah durum abartmalı değildir. Öyle bir kötüye kullanma varsa bile, kötüye kullanılacak diye varılacak sonuçlardan vazgeçmek zaten mümkün olamayacaktır. Patolojik bir durumu düşünerek sağlıklı olarak varılacak sonuçlardan vazgeçmenin herhalde bir anlamı olmasa gerekir. Belki bir yerde çok küçük, bir kaç kişilik bir işyeri için düşünülebilir ama ekonomik bir yatırım olarak bir işyerinin devren alınması ve işletmeye dahil edilmesi, toplu sözleşme düzeninin ötesinde ekonomik kararlara bağlı, verimlilikle ilgili ve oldukça uzun süreli bir karardır. O bakımdan ciddi olması gerekir bu kararın. Ama uygulamada bir iki kötüye kullanma varsa buna da bu çerçevede ve genel kurallara göre çare aranır, diye düşünüyorum.

Sayın Çetin Aşçıoğlu önemli bir sorunu ortaya attı. Ben tam olarak konuyu anlayamamıştım. Fakat sayın hocamız açıkladıktan sonra o kararı hatırlar gibi oldum. Gerçekten farklı düşünmeye imkan yok o şekliyle. Yani toplu iş sözleşmesinin süresi içine rastlayan, ister asgari ücret olur ister başka birşey olur hiç önemi yok, eğer süresi içinde kaydı varsa ve bu ücret veya zam sözleşme süresinin dışında kalıyorsa, bunlardan yararlanma bakımından yapılacak birşey yoktur. Bu konuda ciddi bir görüş ayrılığı da olmaması da gerekir varsa tabii o istikamette giderilmesi gerekir, diye düşünüyorum. Daha fazla da üzerinde durmuyorum. Sayın hocamız gerçekten iyi hatırlattılar, bu şekliyle ve bu kayıt ve şartlarla, başka sonuca varmak mümkün değil. Bu sonuç ve çözüm, sayın Çubukçu'nun dolaylı olarak 6. maddenin yorumu konusundaki sorusuyla da ilgili olup ona da çözüm getiriyor. Adına ne dersiniz deyin, ister Alman hukukundaki gibi normatif hüküm deyin, isterse hizmet aktine ilişkin hüküm deyin bizim Alman hukukundan farkımız, orada normatif hüküm tabirinin benimsenmiş, fakat bizde aynı anlama gelen başka söze yer verilmiş olmasıdır. Kanunda açıkça normatif hüküm diye bir deyimlendirme yok. Yabancı bir kelime olan normatif hüküm deyiminden biz zaten hizmet aktine ilişkin hükümleri anlıyoruz. Deyimlendirme nedeniyle anlamda herhangi bir farklılık düşünülemez. Binaenaleyh, sözleşmenin hizmet aktine ilişkin hükümleri hizmet akti hükmü olarak devam eder. Yalnız düzenlemenin hizmet akti hükmü olarak devam edeceğine ilişkin kısmında Alman hukukunda bir ayrılık vardır. Orada pekalâ bu başka bir

hukukî düzenlemeye de dönüştürülebiliyor, bizdekinden farklı olarak. Bizde açıkca bunun hizmet akti hükmü olarak devam edeceği hükme bağlanmıştır. Bu, uygulamada ne kadar fark yaratır, üzerinde düşünölmeye değer bir husustur. Ancak, yine Sayın Aşçioğlu'nun ortaya attığı soruyla ilgili olarak, bunun şöyle veya böyle olmasının da, Sayın Oğuzman'ın görüşüne katılarak arz ediyorum, herhangi bir fark yaratmayacağımlı huzurunuzda arz etmek istiyorum.

Başka üç nokta Sayın Mehmet Er tarafından ortaya atıldı. Bunlardan bir tanesi sabahleyin Sayın Kutal arkadaşımıza da sorulan sorunun tekrarından ibaretti. Onun üzerinde Sayın Oğuzman da durdular. Ona fazla girmeyeceğim. Konuşmacının asıl üzerinde durduğu, Çalışma Bakanlığı'nın yetkisizlik kararına karşı tespit davasının açılmasıyla ilgili konu ile başlayacağım. Benim bilemediğim, belki tam izleyemediğim bir uygulama var orda. Sayın Mehmet Er olayda öyle olabilir. Ama benim bu olay içinde görebildiğim kabul ediyor ve sonraki aşamada anlayabildiğim kadarıyla arz ediyorum, 15. maddeye göre yapılan itiraza da, artık itiraz edilen iş mahkemesi farklı bir düşünce getirmiyor. Belki rastlantı olarak bu olayda öyle olabilir. Ama benim bu olay içinde görebildiğim kadarıyla tespit davasıyla varılan sonuç sadece tarafları bağlayacaktır. Artık ondan sonra buna uygun olarak Çalışma Bakanlığı'nın vereceği karar eğer yetki tespitiyle ilgiliyse bu tespit yazısı zaten ilgililere tebliğ edilecektir. Böylece olay iki taraf arasından çıkmış ve bütün ilgililere teşmil edilmiş olacaktır. İster rakip sendika ister işveren olsun, bu kez ilgililer kanunun öngördüğü 15. madde prosedürü içerisinde itirazın mahkemeye başvuruabileceklerdir. Orada yeni deliller ileri sürebiliyorlarsa, hâkimi farklı sonuca vardırabilecek şekilde davalarını savunabiliyorlarsa, pekâlâ tespitten farklı bir sonuç ortaya çıkabilir. Bir olay da, tespit kararı ile 15. maddeye göre karar veren mahkemenin kararı arasında farklılık yoksa, ondan sonrakilerde de aynı sonuç çıkacaktır, diye bir görüşe varmamak gerekir. Eğer ben farklı anladıysam Sayın Er bunu açıklasınlar. Ben bu şekilde anladım. Doğru mu efendim?

— Doğru hocam.

— Duyabildiğim kadarıyla, söylemek istediğiniz mahkemenin etki altında kalmış olmasıdır. Aslında şunu hemen arz edeyim. Genellikle taraflar arasındaki davada getirilen deliller sonraki itirazı da etkileyecektir. Çok önemli yeni bir delil getirilmedikçe, büyük bir ihtimalle bir tespit davasında varılan sonuç nihai uyuşmazlık

sonucu haline gelebilecektir. Bu eşyanın tabiatından doğan bir durum olup onu değiştirmek imkanı çoğu olayda yoktur, diye düşünüyorum. Şimdi çok kısa olarak yine 61. maddeye değinelim. Sabahleyin Sayın Kutsal arkadaşımız da değindi, Sayın Oğuzman da konunun bir noktasına yine Kutsal gibi cevap verdi. Bir kere, üyelik aidatını isterken dayanışma aidatı ödemek isteyenlerle ilgili bir liste tanzimi sadece toplu sözleşmenin yürürlüğü süresi içinde söz konusudur. Kanundaki ifadeden, her iki aidatı kapsamak üzere tek cümle kullanıldığı için, sanki dayanışma aidatı yetki alan sendikaya ödenecekmiş gibi bir düşünce ilk bakışta akla gelebilir. Ama bu yanlıştır. Kesinlikle meslektaşlarımın görüşüne katılıyorum. Bir toplu sözleşmenin sadece yürürlük süresi içerisinde dayanışma aidatı ödenmesi söz konusudur. Yürürlük süresi bittikten sonra dayanışma aidatı ödenmesi söz konusu değildir. Sadece yetki alan sendika üyelerinin aidatları için çek-off imkanı yeni kanunla sağlanmıştır. Eskiden beri ortaya konulan eleştirileri kabul eden yasa koyucu bu düzenlemeyi yapmıştır. Bir başka nokta da Sayın Er'i tam olarak anlayamadığımı itiraf edeyim. %10'u aşamayan sendikaya yetkiye ilişkin itiraz hakkı tanınmayacağına dair, biliyorsunuz, 2821 sayılı Kanunda bir değişiklik yapıldı. O değişikliği, hemen arzedeyim, ben benimsemiyorum. Bu değişiklik haksız bir değişikliktir. Ona hiç şüphe yok. Ama bu değişiklikten sonra %10 meselesiyle ilgili bekletici mesele konusunda mahkemelerin nasıl karar verdiklerini okumadım, görmedim. O bakımdan fazla bir açıklamada bulunamayacağım, beni mazur görsünler.

Sayın Oğuzman'ın görüşlerine geliyorum. Kapsam dışı personel konusundaki görüşüne tamamen katılıyorum, bir noktası hariç. Onu tam somut hale getiremediğim için şu anda birşey söylemek imkanına sahip değilim. Sanıyorum, son kitabımda da aynı konu var, muvafakatın aranması meselesi. Ama zaten muvafakat olmayan noktada itirazlar doğuyor. O noktadaki itirazlar uyuşmazlık haline geldiği için teorik olarak belki katılınabilecek bir görüş ama, itiraz edildiğine göre kapsam dışı bırakılan kişi yönünden herhangi bir muvafakat sözkonusu olmuyor. Ancak temelde Sayın Oğuzman'ın görüşünü paylaşıyorum. Tebliğimde uzun olarak üzerinde durmadım, ama aksi yoldaki görüş genelde anayasaya da, üye olanlar için, Sendikalar Kanununa da aykırıdır. Oğuzman'ın öne sürdüğü ve tebliğimde yer almakta olduğu gibi, bunlara başka bir şans tanınmaması, bunların başka bir sendikaya girememesi, girse bile o sendikanın o yerdeki sözleşmenin süresi sona ermeden başka bir toplu sözleşme yapamaması esası karşısında, bunları top-

lu sözleşme haklarından yoksun bırakmanın ne kanunla, ne Anayasayla bağdaşır bir yanı vardır. Belki bazı arkadaşlarımız Alman hukukunu gözönünde tutarak, orada değişik kategorideki işçiler için ayrı toplu sözleşme yapma imkanları olduğu için kabul edilebilen böyle bir esasın, toplu sözleşme özerkliğine dayanarak, Türkiye için de kabul edilebileceğini savunuyorlar. Ama Türk hukukunda bir işyerinde birden çok toplu iş sözleşmesi yapılamadığı için böyle bir görüşü karşılaştırmalı hukuk bakımından Alman hukukundan yararlanarak ülkemiz bakımından kabul etmek kanımızca mümkün değildir. Bu açıdan Oğuzman'la aynı görüşü paylaşmış oluyoruz. Toplu iş sözleşmesinin geriye yürümesi konusundaki açıklama için vaktimiz çok daraldı. Bu konu bütün seminerlerde, Yargıtay kararlarını değerlendirme seminerlerinde çok tartışılmış bulunuyor. Bu konuda hocamızla devamlı bir görüş ayrılığı içindeyiz. Burada tekrar aynı görüşleri getirerek aynı tartışmayı yürütmek istemiyorum. Ancak, burada şunu kısaca söyleyeyim ki, zorluklar vardır, sorun vardır diye bu imkan reddedilemez. Tarafların toplu sözleşme özerkliği içerisinde, kanunlara aykırı olmadan, kanunun müsaade ettiği ölçüler içerisinde, toplu sözleşmenin yürürlük başlangıcını geriye götürmelerinde hem pratik yarar vardır, hem de zorunluluk vardır. Bu toplu sözleşme düzeni içerisinde 4 ay öncesinden işlemlere başlanması, Sayın Kutal da sabahleyin biraz değindi, hiç bir şeyi halletmiyor. Dört ayda çoğu zaman toplu sözleşme bitirilemiyor ve hocamız da kabul ederler, yasal bir takım hakların kullanılmasıyla, özellikle sendikaların grev hakkını kullanmasıyla bu süre genellikle aşılabiliyor ve yetmiyor. Grevin olmadığı yerlerde bile bu işin 4 ayda bitmediği çoğu zaman görülüyor. Sözleşme yetkisine ilişkin uyuşmazlıklarda daha pratik sonuçlar elde olunur ve üyelikler yeni getirilen esaslara uygun olarak noter tasdikiyle kesinleşip hepsi belirgin hale gelirse, o zaman bu sorunun önemi azalabilecektir. Ancak yürürlük başlangıcı yalnız bizde değil, Avrupa'da da geriye götürülmektedir. Bu ihtiyaç, Almanya'da ve İsviçre'de de vardır. Bulunan çözüm oralarda da aynıdır. Başka çözüm bulma imkanı yoktur. Aksi takdirde, eski tartışmalarda söylediğim gibi, imza tarihi itibarıyla bir sözleşme yapacağız, eğer karşı görüşü kabul edersek bazı haklar bakımından geriye gitmeyi kabul edeceğiz, ama sözleşmenin yürürlük süresi imza tarihinden geleceğe doğru olacak. Yani, Batının ve bizim kabul ettiğimiz, bir sözleşme eskisinin bitim tarihinde başlar ve aralıksız bir toplu sözleşmeler manzumesi oluşturur, görüşü kesinlikle ortadan kalkmış olacak. Bu takdirde, imza tarihi itibarıyla ondan sonraki iki yıl veya üç yıl veya bir yıl için yapılan, ama orada kopukluklar

olan bir sözleşmeler düzeninden bahsetmemiz gerekecektir ki, ben bu sonucu kabul edemiyorum. Ama görüşlerine karşı büyük saygım var. Siz de istediğiniz görüşü benimseyebilirsiniz. Ben kendi görüşümü aynı zaman çerçevesi içerisinde açıklamakta yarar gördüm ve bu konuda Yargıtay'ın görüşüne de tamamen, eskiden olduğu gibi bugün de, katıldığımı belirtmek istedim. Bununla ilgili olarak uygulamadaki «ifa edilebilirlik» meselesi üzerinde tekrar durmuyorum. Zorluklar olduğu için elbette sorunun çözümlenmesi için bazı ölçütlerin kullanılması kaçınılmaz oluyor.

Böylece, sanıyorum cevap vermediğim bir soru kalmadı, Sayın başkanım. Bu sefer vaktinden evvel bitiriyorum telafi etmek bakımından. Tecavüz ettiğim 5 dakikayı size aynen iade etmiş oluyorum, borcum kalmadı. Sabırla dinlediğiniz için, önce sayın başkana müsamahaları için, sonra sizlere teşekkür ediyorum.

—oOo—

TOPLU İŞ UYUŞMAZLIKLARI ALANINDA YARGITAY KARARLARININ ETKİSİ (*)

Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN (**)

● ANLATIM DÜZENİ : I — Giriş. II — Yargıtay Kararları İle Benimsenen Esaslardan Kanun Hükmü Halini Alanlar. 1 — Bir Grevin Kanun Dışı Olup Olmadığının Tesbiti Davası. 2 — Grevin Mahkemenin İhtiyati Tedbir Kararı İle Durdurulması. 3 — Grev Kararının Noter Vasıtasıyla Tebliği. 4 — Kanuni Grevde Geçen Sürenin Kıdeme Dahil Edilmemesi. III — Yargıtay Kararlarında Yer Alan Esaslardan Uygulamaya Açıklık Sağlayanlar. 1 — Tek İşçi Çalıştırılan İşyerlerinde Grev Yapılamaması. 2 — Cumartesi Günü'nün İşgünü Sayılıp Sayılmaması. 3 — Kanun Dışı Grev Sebebiyle Hizmet Akdinin Feshi Hakkının Kullanılabileceği Süre. 4 — Ücret Ödenmemesi Gerekeşiyle Direnişte Bulunma. IV — Yargıtay Kararlarında Yer Alan Esaslardan Eleştirebileceklerimiz. 1 — Grevi Uygulama Tarihi. 2 — Resmi Arabulucunun Kararının Temyiz Edilmesi. 3 — Grev ve Lokavt Yasağına Tabi Olmayan Bir Yer İçin Yüksek Hakem Kurulundan Alınan Karar. 4 — Grevin Uygulama Tarihinin Noterce Geç Tebliği Edilmesi Halinde Yeni Tarih Tebliği. V — S o n u ç .

I. GİRİŞ

Türkiye'de İş Hukukunun gelişmesinde Yargıtay'ın en fazla etkili olduğu alanlardan biri de toplu iş uyuşmazlıkları alanıdır.

Bu alanı ilgilendiren Yargıtay Kararları sadece uygulamaya yön vermekle kalmamış, kanun değişiklikleri yapılırken kanunkoyucunun, evvelce Yargıtay Kararları ile benimsenmiş bazı esaslara yeni kanunda yer vermesine de yol açmıştır.

Şüphesiz ki, diğer alanlarda olduğu gibi toplu iş uyuşmazlıkları alanında da Yargıtay Kararlarında benimsenen esasların tasviple karşılanmaları yanında eleştiriye konu teşkil edenleri de vardır.

Bu tebliğimizde önce Yargıtay Kararlarında benimsenen çözümlerden kanun hükmü haline gelenleri belirteceğiz. Bunu takiben de, Yargıtay Kararları ile benimsenen diğer esasların içinde tasviple karşıladıklarımızdan ve eleştiriye konu olanlardan bazı önemli örnekler üzerinde duracağız.

(*) 7.10.1988 günü, Yargıtay'ın Kuruluşunun 120. Yılı Nedeniyle Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiri.

(**) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

II. YARGITAY KARARLARI İLE BENİMSENEN ESASLARDAN KANUN HÜKMÜ HALİNİ ALANLAR

1 — Bir grevin kanun dışı olup olmadığının tesbiti davası

Karar verilen veya uygulanmakta olan bir grevin kanun dışı olup olmadığının yargı yolu ile tesbitinde, işveren, işçi teşekkülü ve greve katılacak işçiler açısından menfaat bulunduğu şüphesizdir.

275 sayılı Kanun döneminde, bir grevin kanun dışı olduğunun tesbiti hususunda dava açılıp açılmıyacağı tartışma konusu olmuş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1965 yılında verdiği bir kararda (Yarg. HGK., 17.3.1965, 9-656/120) bir grevin kanun dışı olup olmadığı hususunda tesbit davası açılabileceğini ifade etmişti. Yargıtay'ın daha sonraki kararlarında da bu esasa sadık kalınmıştır.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu yapılırken, kanunkoyucu, 46. maddeye tesbit davasına ilişkin şu hükmü koymuştur. «Karar verilen veya uygulanmakta olan bir grev ve lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespitini, uyuşmazlığın tarafı olanlardan her biri 15 inci maddeye göre yetkili iş mahkemesinden her zaman talep edebilir. Mahkeme bir ay içinde karar verir. Verilecek karar, tarafları ve işçi ve işveren sendikasının mensuplarını bağlar ve ceza davaları için de kesin delil teşkil eder».

Ayrıca işaret edelim ki, 2822 sayılı Kanun döneminde verilen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir Kararına göre, uygulamaya konulmamış veya sona ermiş bir grevin kanun dışı olduğunun tesbitini istemekte işverenin hukukî yararı yoktur (Yarg. 9.HD. 18.11.1986, 9465/10291). Kararın geniş kapsamlı ifadesi ancak kısmen isabetlidir. Zira, uygulanmadan önceki dönemde de bir grev kararının kanuna aykırı olduğunun tesbitinde yarar olabilir. Diğer bir ifade ile tesbit davası, grev kararının alınmasından itibaren grev uygulandığı sürece açılabilir. Şayet grev sona ermişse artık tesbit davası açılamaz; isteyen eda davası açabilir. Meselâ uygulanmış olan grevin kanun dışı olduğu kanaatinde olan işveren, bu grev yüzünden uğradığı zararın tazmini için tazminat davası açabilir. Bu durumda tesbit davası açılmasını kabul etmenin anlamı yoktur. Keza anlaşmaya varıldığı ya da kanundaki süreler geçtiği için grev kararını uygulama imkânı kalmamışsa tesbit davası açılamaz. Zira dava için gerekli menfaat unsuru kalmamıştır.

2 — Grevin mahkemenin ihtiyatî tedbir kararı ile durdurulması

275 sayılı Kanun, tesbit davasını öngörmediği gibi, böyle bir dava da ihtiyatî tedbir olarak grevin durdurulmasını da öngörmüş değildir. Yar-

gıtay 9. Hukuk Dairesi önceleri buna imkân görmemişse de daha sonraki bir kararında (Yarg. 9.HD. 21.9.1978, 10532/11350), tesbit davasında tesbit kararının kesinleşmesine kadar olan ve grevin kanunî olup olmadığına şüpheli bulunduğu devrede ihtiyatî tedbir olarak mahkemenin grevin durdurulmasına karar verebileceğini kabul etmişti.

Bu esas da 2822 sayılı Kanun yapılırken 46. maddenin 2. fıkrasına konulmuştur. Bu hükme göre: «Hâkim, tesbit kararının kesinleşmesine kadar, dava konusu grev veya lokavtın ihtiyatî tedbir olarak durdurulmasına karar verebileceği gibi, konulmuş tedbiri her zaman kaldırabilir».

3 — Grev kararının noter vasıtasıyla tebliği

İşçi sendikasının aldığı grev kararını karşı tarafa bildirme yükümlülüğü 275 sayılı Kanunda da mevcuttu. Fakat bu kanun sadece bildirinin yazılı olmasını öngörmüş, noter vasıtasıyla gönderilmesini zorunlu kılmamıştı. Buna rağmen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bildirinin 7201 sayılı Tebligat Kanununa göre veya noter vasıtasıyla yapılmasının mutad olduğunu kabul etmiş (Yarg. 9.HD., 25.6.1974, 13783/13537), Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu görüşü tasvip etmişti. Noter vasıtasıyla tebliğ esas 2822 sayılı Kanun yapılırken 28. maddeye konulmuştur.

4 — Kanunî grevde geçen sürenin kıdeme dahil edilmemesi

Kanunî grevde geçen sürenin, kıdem tazminatı hesaplanırken işçinin kıdemine dahil edilip edilmeyeceği 275 sayılı Kanun döneminde tartışma konusu olmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi grev süresinin kıdeme sayılmıyacağını kabul etmişti (Yarg. 9.HD., 10.5.1978, 6403/7379; 6.4.1978, 5578/6220).

2822 sayılı Kanun yapılırken, bu esas 42. maddenin 5. fıkrasına konulmuştur. Bu hükme göre «Grev ve Lokavt süresince hizmet akitleri aşkıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardım ödenemez, bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamaz».

III. YARGITAY KARARLARINDA YER ALAN ESASLARDAN UYGULAMAYA AÇIKLIK SAĞLAYANLAR

Kanun hükmü halini almış olmasa da Yargıtay Kararlarında yer alan bazı esaslar Kanunun uygulanmasında yol gösterici bir rol oynamaktadır. Bunlardan önemli saydığım birkaç esasa yer vereceğim.

1 — Tek işçi çalıştırılan işyerlerinde grev yapılamaması

Gerek 275 sayılı Kanunda gerek 2822 sayılı Kanunda, işi bırakmanın grev sayılması, bunun, işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işyerinde

faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamları için verdiği karara uyarak yapılmasına bağlıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu tarifi gözönünde tutarak bir apartımanda çalışan kapıcı için alınan grev kararının yasal olmadığını tesbitine karar vermiştir (Yarg. 9.HD. 31.5.1976, 10702/14402). Bu karar tek işçi çalıştırılan işyerlerinde grev yapılamıyacağı anlamını taşımakta ve uygulamaya ışık tutmaktadır. Kanaatimce de, tek işçi çalışan bir işyerinde, işçilerin anlaşarak işi bırakmaları şartının gerçekleşmesi söz konusu olamayacağı gibi, bir kuruluşun topluca çalışmama için karar verme şartı da gerçekleşemez.

2 — Cumartesi gününün işgünü sayılıp sayılmaması

İş Mevzuatını ilgilendiren çeşitli kanunlarda olduğu gibi, 275 sayılı Kanunda da, 2822 sayılı Kanunda da toplu iş uyuşmazlıklarını ilgilendiren çeşitli süreler «işgünü» olarak belirtilmiştir.

Uygulamada, Cumartesi gününün işgünü olup olmadığı sorunu ortaya çıkmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1977 yılında verdiği bir kararda, (Yarg. 9.HD. 21.3.1977, 2905/4984) «Cumartesi günü İş Mevzuatına göre işgünüdür» tarzında genel bir gerekçeye dayanarak 275 sayılı Kanun döneminde grev kararının uygulanması için beklenmesi gereken sürede Cumartesi gününün işgünü olarak hesaba katılması gerektiğini kabul etmiştir. Bu genel ifadeyi isabetli bulmak güçtü. Nitekim mahkemenin ısrar kararı üzerine konuyu inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1979 yılında verdiği bir kararda (Yarg. HGK. 30.11.1979, 9-230/1418) olayda «işyerinde Cumartesi günü çalışılmadığı için Cumartesi gününün işgünü sayılamıyacağını» kabul etmiştir. Esasen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1978 tarihli bir kararında (Yarg. HGK., 16.6.1978, 9-252/669), yetki itirazı için Mahkemeye başvurma süresi bakımından Cumartesi gününün işgünü olmadığı sonucuna varmıştı.

2822 sayılı Kanun döneminde de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1984 yılında verdiği bir kararda (Yarg. 9. HD., 20.6.1984, 6206/6745), yetki tesbitine itiraz bakımından uyulması gereken sürede Cumartesi gününün işgünü sayılamıyacağını belirtmiş, 1985 yılında verdiği bir kararda da (Yarg. 9.HD., 22.1.1985, 596/331) aynı konuda genel nitelikte şu ifadeye vermiştir: «2822 sayılı Kanundaki işgünü kavramını yapılacak işin muhatabına göre değerlendirmek ve o yerde o işlemin yapılabildiği gün olarak anlamak gerekecektir».

Tarafımızdan 1967 yılından beri savunulan görüşü benimseyen ve uygulamaya ışık tutan bu kararları tasvipte karşılıyoruz.

3 — Kanun dışı grev sebebiyle hizmet akdinin feshi hakkının kullanılabilceği süre

275 sayılı Kanun gibi 2822 sayılı Kanun da «kanun dışı grev yapılması halinde, böyle bir grevin yapılması kararına katılan, böyle bir grevin yapılmasını teşvik eden, böyle bir greve katılan veya böyle bir greve katılmayı «veya devamı teşvik eden işçilerin hizmet akitlerini» işveren, feshi ihbar önellerine riayete mecbur olmaksızın, ihbar tazminatı, takdir tazminatı ve kıdem tazminatı ödemeksizin feshedilmesi esasına yer vermiştir (m. 45).

Kanunda belirtilen bu fesih, İş Kanununun 17. maddesinin II. bendinde düzenlenen, işçinin ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışı yüzünden hizmet akdinin haklı sebeple feshi niteliğindedir. İş Kanununun 18. maddesine göre, bu nitelikteki feshe ilişkin hakkını, işveren, işçinin davranışını öğrendiği günden başlayarak altı işgünü içinde kullanmalıdır. Aksi halde fesih hakkı düşer. Acaba bu esasa 2822 sayılı Kanunun 45. maddesine dayanılarak yapılacak fesihle de uyulacak mıdır?

Bu hususta 275 sayılı Kanunda olduğu gibi 2822 sayılı Kanunda da bir açıklık yoktur. Yarg. 9. Hukuk Dairesi 1982 yılında verdiği bir kararda (Yarg. 9.HD., 11.5.1982, 3349/4704) kanun dışı greve katılma sebebiyle fesihle İş Kanununun 18. maddesindeki süreye uyulması gerektiğini kabul etmiştir. Fakat gene Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin çeşitli kararlarında olduğu gibi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da 1982 tarihli bir kararında (Yarg. HGK., 26.5.1982, 9-449/515) belirttiği üzere, kanun dışı greve katılma fiili devam ederken, feshe ilişkin altı işgünlük hak düşürücü süre işlemez.

Görüldüğü üzere bu konuda da Yargıtay Kararları uygulamaya ışık tutmaktadır.

4 — Ücret ödenmemesi gerekçesiyle direnişte bulunma

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 275 sayılı Kanun döneminde, ücretin zamanında ödenmemesi sebebiyle de olsa işçilerin topluca işi bırakmalarının kanun dışı grev teşkil edeceğini açıkca ifade etmiştir (Yarg. 9.HD., 5.3.1979, 2613/3196, ve Yarg. 9.HD., 16.12.1981, 12688/15059). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 1980 yılında verdiği bir kararda (Yarg. HGK. 16.1.1980, 9-1585/63) iş uyuşmazlıklarında fiilî durumlarla çözüm yolları aramanın hukuken himaye edilmeyeceğini belirtmiştir.

Her ne kadar Alman Hukukundaki bazı görüşlerin etkisi ile bazı yazarlar ücretin zamanında ödenmemesi sebebiyle işçilerin toplu olarak işi bırakmalarının kanun dışı grev sayılamıyacağı düşüncesiyle Yargıtay'ın bu

konudaki kararlarını eleştirmişlerse de, eleştirileri yanlış bir hareket noktasına dayanmaktadır. Alman Hukukunda grevi düzenleyen bir kanun bulunmadığı için sözkonusu görüş orada savunulabilir. Fakat bu görüşü grevi düzenleyen 275 ve 2822 sayılı Kanunlardaki esaslarla bağdaştırmak mümkün değildir. Şöyle ki:

Ücretlerini alamayan işçilerin, ücretleri ödenmedikçe iş görmekten teker teker kaçınmaları Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca ödemelik def'i (exceptio non adimpleti contractus) sayılarak haklı bir davranış teşkil edebilirse de, işçilerin bu amaçla aralarında anlaşarak topluca iş görmekten kaçınmaları grev teşkil eder. Bu grev hak grevidir. 275 sayılı Kanun böyle bir greve ancak bazı kurallara (m. 19/II) uymak şartıyla cevaz vermişti. Bu kurallara uyulmadığı takdirde grev kanun dışı olurdu. Bugün ise 2822 sayılı Kanun hak grevine hiç cevaz vermemiştir.

Bu sebeptendir ki, Yargıtay'ın bu konudaki kararları da uygulamaya ışık tutucu niteliktedir.

IV. YARGITAY KARARLARINDA YER ALAN ESASLARDAN ELEŞTİREBİLECEKLERİMİZ

1. Grevi uygulama tarihi

Usulüne uygun surette alınıp karşı tarafa tebliğ edilen bir grev kararının ne zaman uygulanabileceği, 275 sayılı Kanun döneminde görüş ayrılıklarına yol açmış bir konudur ve maalesef bu konuda verilen Yargıtay kararları isabetli ve tatminkâr olamamıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin sonunda 1976 yılında verdiği bir kararda «makul süre içinde uygulama» gibi bir formülü benimsemesi ise hiç isabetli olmamıştır. Zira hangi sürenin makul sayılacağını bilememek grev uygulamasını tamamen kararsızlığa itecek bir unsurdur.

Yargıtay Kararları ile ortaya çıkan aksaklık 2822 sayılı Kanun yapılırken kanunkoyucu tarafından giderilmiş, bu hususta kanunun 37. maddesine şu hüküm konulmuştur: «Grev ve lokavt kararı, karşı tarafa tebliğinden itibaren altmış gün içinde ve karşı tarafa noter aracılığı ile altı işgünü önce bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir».

2. Resmî arabulucunun kararının temyiz edilmesi

Toplu iş sözleşmesi müzakerelerinde anlaşmaya varılamaması üzerine 2822 sayılı Kanunun 22. maddesi uyarınca cereyan edecek olan resmî arabuluculuğu yürütecek arabulucu, ilgili Bölge Müdürlüğünün başvurusu üzerine mahkemece resmî listeden tayin edilmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 1987 yılında verdiği bir kararda (Yarg. 9.HD., 18.2.1987, 2077/

2138), hâkimin resmî listeden arabulucu tayin eden kararının temyiz edilebileceği kabul edilmiştir. Bu kararı isabetli bulmuyoruz. Zira, hâkimin sözkonusu kararı kazaî karar niteliğinde değildir. Hatta nizasız kaza dahi sözkonusu değildir. Sadece hâkimin görevlendirildiği bir idarî işlem den söz edilebilir. İdarî işlem niteliğindeki kararların temyiz edilmesi sözkonusu olamaz.

3. Grev ve lokavt yasağına tabi olmayan bir yer için Yüksek Hakem Kurulundan alınan karar

Bilindiği üzere 275 sayılı Kanun gibi 2822 sayılı Kanunda da grev ve lokavt yasağı bulunan yerler için cereyan eden toplu sözleşme müzakerelerinde anlaşmaya varılamayıp, arabuluculukta da anlaşma sağlanamayınca taraflardan her birine Yüksek Hakem Kurulu'na başvurma imkânı tanınmıştır. Yüksek Hakem Kurulu'nun kararı toplu iş sözleşmesi niteliği taşıyacaktır.

Bir işin veya işyerinin grev ve lokavt yasağına tâbi olup olmadığı konusunda uyuşmazlık varsa, bu uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu'nda değil, iş mahkemesinde çözülmek gerekir. Ancak grev ve lokavt yasağı bulunduğu hususunda uyuşmazlık yoksa veya yasağın varlığı mahkemece tesbit edilmiş ise Yüksek Hakem Kurulu, toplu iş sözleşmesi bakımından uyuşmazlık bulunan konuları karara bağlar. Yüksek Hakem Kurulu'nun yetkisi dışına çıkarak bir işin veya işyerinin grev ve lokavt yasağına tâbi olduğu veya olmadığı konusunda vereceği bir karar bağlayıcı değildir. Grev ve lokavt yasağı sözkonusu değilken Yüksek Hakem Kurulu'nun toplu iş sözleşmesi niteliğinde olmak üzere aldığı karar geçersizdir, bağlayıcı olmaz. Bu husus mahkemede her zaman ileri sürülebilir. İlgililerin bu hususta bir tesbit davası açmakta yararları bulunduğu şüphesizdir.

Halbuki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 1986 yılında aldığı bir kararda (Yarg. 9.HD., 18.11.1986, 9463/10289), bu noktalar üzerinde hiç durmaksızın, aksi yönde verilmiş bir mahkeme kararını onadığı, karara eklenen karşı oy yazısı ile ayrıca yayınlanan iş mahkemesi kararından anlaşılmaktadır.

Bu kararı da isabetli bulmadığımı belirtmek isterim.

Yayınlanan İş Mahkemesi Kararından anlaşıldığına göre, davalı İşveren sendikasının üyesi bir işverene ait işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi bulunan davacı işçi sendikası, toplu görüşme ve resmî arabuluculuk safhalarında anlaşmaya varılamaması üzerine grev kararı almış ve usulüne uygun olarak tebliğ ve ilân etmiştir. Bunun üzerine işveren sendikası, işyerinde yapılan işin grev yasağına tabi bir iş olduğu gerekçesiyle Yüksek Hakem Kurulu'na başvurmuştur. Yüksek Hakem Kurulu

da bu başvuru üzerine verdiği kararlar iki yıl süreli bir toplu iş sözleşmesini oluşturmuştur.

İşçi sendikası ise, gerçekte işyerinde görülen işin grev yasağına tabi olmadığı gerekçesiyle, Yüksek Hakem Kurulu Kararı ile oluşturulan toplu iş sözleşmesinin iptaline karar verilmesi talebiyle İş Mahkemesinde dava açmıştır.

Mahkeme, Yüksek Hakem Kurulunun bir işyerinde görülen işin grev yasağına tabi olup olmadığına karar verip veremeyeceği sorunu üzerinde hiç durmaksızın davayı red etmiş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de gene yukarıdaki sorun üzerinde durmaksızın kısa bir kararlar İş Mahkemesinin kararını onamıştır.

Halbuki, İş Mahkemesinin ve Yargıtay'ın gerçekte iş yerinde yapılan işin grev yasağına tabi olup olmadığını incelemesi ve sözkonusu işin grev yasağı kapsamına girmediği sonucuna varırsa, Yüksek Hakem Kurulu Kararı ile oluşan toplu iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu kabul etmesi gerekirdi.

4. Grevin uygulama tarihinin noterce geç tebliğ edilmesi halinde yeni tarih tebliği

2822 sayılı Kanuna göre, kanuna uygun şekilde grev kararı alıp tebliğ etmiş olan işçi sendikası, grev kararının tebliğinden itibaren altmış gün içinde grevi uygulamak ve uygulama tarihini de karşı tarafa altı iş günü içinde noter aracılığı ile tebliğ etmek zorundadır (m. 37).

Şayet noter tebliği yapmakta geciktiği için tebliğ tarihi ile uygulama tarihi arasında altı iş gününden daha az bir zaman kalırsa işçi sendikası o tarihte grevi uygulayamayacaktır. Böyle bir durumda sendikanın yeni bir uygulama tarihi tesbit edip altı iş günü önce yeni bir tebliğ yaptırdığı yapılamayacağı ihtilaf konusu olmuş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1986 yılında verdiği bir kararda (Yarg. 9.HD., 15.7.1986, 6635/7255) bunun mümkün bulunmadığını kabul etmiştir.

Bu karar da isabetli bulmuyorum. Kanaatimce, 60 günlük süre içinde kalmak şartıyla, sendikanın yeni bir uygulama tarihi tesbit edip altı iş günü önce tebliğ etmesine cevaz vermemek için bir sebep yoktur.

V. SONUÇ

Görüldüğü üzere Yargıtay, toplu iş uyuşmazlıkları konusunda İş Hukukunun gelişmesine önemli katkılarda bulunmaktadır. Verdiği kararların bir kısmının kanunkoyucuyu etkilemesi yanında, kararların uygulamaya ışık tutması ayrı bir önem taşımaktadır. Bazı kararların tartışma konusu olması da işin bünyesi icabıdır.

GENEL GÖRÜŞME

TEBLİĞİN KONUSU : «Toplu İş Uyuşmazlıkları Alanında
Yargıtay Kararlarının Etkisi».

OTURUM BAŞKANI : **Erdoğan ÇUBUKÇU**
Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi
Başkanı.

TEBLİĞ SAHİBİ : **Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN**
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi.

BAŞKAN : — Buyurun Sayın Yusuf Yılbaş.

Yusuf YILBAŞ : — Efendim, işveren işçinin ücretini ödemezse ve işçiler de greve giderse bu grevin gayri kanunî olduğunun kabulü gerekir denildi ve Yargıtay'ın kararlarında bunlar var. Şimdi, işveren ücreti ne sebeple ödemediği veya ödeyemediği araştırılması gerekir. Yani düz olarak, işveren işçiye ücreti ödemedi işçi greve gidemez bu yüzden. Şimdi, işverenin kasasında parası var. Şu veya bu sebeple kasıtlı olarak ödemiyor. E, o zaman işçinin greve gitme hakkı olmalı, o greve de gayri kanunî dememeli. Ama işyerinde bir sel felaketi olmuş, yangın olmuş veya işverenin kendi kusurundan sadır olmayan, ithalatta ham madde getirecek şu veya bu sebepten dolayı getirememiş, iş yerinde faaliyet durmuş, kasasında para yok. Bundan dolayı eğer ücretlerim ödenmiyor diyerek işçi greve giderse bu grevin gayri kanunî olduğunun kabulü gerekir. Ancak, tatbikatta hatırımda kalan bir olay vardır. Belediye işçilerine ücretlerini ödemedi. Muhtelif girişimler oldu ve dedi ki, param yok ödeyemiyorum dedi. Muzayaka halindeyim dedi ve işçiler sonunda greve gittiler. Mahkeme bu grevin kanunî olduğuna karar verdi. Daire, hiçbir araştırma yapmadan Belediyenin muzayaka halinde olup olmadığına bakmadan bu grev gayri kanunîdir dendi. Şimdi belediye masraflarını yaparken evvela işçi ücretlerini öne almalıdır. Giderlerini ona göre hesaplamalıdır. Ben muzayaka halindeyim diyerek işçinin ücretlerini ödeyemiyorum, ödeyemiyorum demesi bence kafi değildir. İkincisi, işçi beklemiş, 1 ay beklemiş, 2 ay beklemiş, 3 ay beklemiş, 4 ay beklemiş hala ücretlerini alamamış. İşçi diyor ki, ben mahallemde muayyen bir bakkaldan alıyorum. Bana yumurta 6 kuruşken 10 kuruş diyor. Çünkü başka param yok başka bakkaldan alamıyorum ben. Bana 6 kuruşluk malı 10 kuruşa satıyor, mecburen o bakkaldan alıyorum bu yüzden pek çok zararım var diyor. 3 ay, 4 ay, işçi ücreti ödenmemişse, bundan sonra greve giderse, işveren ben muzayaka halindeyim ödeyemiyorum diye savunmaya yeltenmemeli, böyle bir savunma da nazara alınmamalı. Yani demek istediğim şudur. İşverenin iyiniyeti varsa, ben bu işçi ücretlerini ödeyemiyorum onun için bedellerini ödeyemedim, o zaman gayri kanunî olduğunun kabulü gerekir. Ama böyle bir, özellikle kamu kuruluşlarında işçi ücretlerini öne alması gerekirken ben muzayaka halindeyim, ben bu ücretleri ödeyemiyorum onun için işçinin greve gitmesi gayri kanunîdir dememesi lazım.

İkincisi, işyerinin greve tabi olup olmadığı. Evet, iş mahkemeleri tarafından karara bağlanıyor. Ama hocamdan bir konuyu şey

yapmak isterdim. Özel sektörde acaba işyeri grevine tabi midir, değil midir? Çünkü Yargıtay'ın kararı vardır. Mesela elektrik, su, havagazı gibi, kamu kuruluşlarıdır. Ama elektrik, su, havagazı tevzi eden özel kuruluşlar da greve tabi midir? Özel kuruluşlarında greve tabi olacağına dair yüksek 9. hukuk dairesinin kararı vardır. Buna değinilmedi. Acaba bu hususta bir izahat olabilir mi? Söyleyeceğim bundan ibaret.

BAŞKAN : — Sayın Polat Soyer.

Polat SOYER : — Efendim, sayın hocama değerli tebliğleri için çok teşekkür ederim. Ücretlerin ödenmemesi dolayısıyla işçilerin ister bireysel, ister kollektif olarak iş görmekten kaçınmalarının bir grev teşkil edip etmeyeceği konusunda Sayın hocamla ta 1979 yılına dayanan aramızda bir görüş ayrılığı vardır. Sayın hocamın görüşlerini tabiki saygıyla karşılıyorum ama, hemen şunuda ifade edeyim ki ben görüşümü, yeni kanuna rağmen muhafaza ediyorum. Görüşümün gerekçelerini burada tekrar ayrıntılı olarak ele alacak değilim görüşüm İHU-İş Kanunu 26 No. 1'de ayrıntılı olarak yayınlanmıştır. Ve 79 yılında ileri sürdüğüm bu düşünceyi halen de muhafaza etmekteyim. Kanımca burada, o incelemede üzerinde durmadığım bir başka hususa da değinmek yerinde olacaktır ve bu münasebetle Sayın hocamın da görüşünü almak istiyorum. İşçilerin aralarında anlaşmak suretiyle işi bıraktıkları her eylemi grev olarak tanımlamak acaba ne derece isabetli bir davranış olur, şöyleki, işverenin işyerinde işçinin yaşamı ve sağlığı açısından tehlike teşkil edebilecek her türlü durumu ortadan kaldırması gerekmektedir. İşverenin gözetim borcu uyarınca işçinin yaşamı ve sağlığı için gerekli olan bütün önlemleri alması gerekmektedir. Ve bugün öğretilerde kabul edilmektedir ki, işçi ancak yaşamı ve sağlığı açısından herhangi bir tehlike bulunmayan işyerinde çalışmaya mecburdur. Buna işverenin gözetim borcu diyoruz. Diyelim ki işçiler birgün işyerine geliyorlar topluca, bu bir maden ocağı da olabilir ve görüyorlarki orada hayatları açısından büyük bir tehlike teşkil edebilecek bir durum mevcut. Ve işçiler anlaşarak burada çalışmak istemiyorlar. Ve diyorlar ki, işveren burada güvenlik önlemlerini almaya kadar biz madene inmeyeceğiz. Şimdi Sayın hocamın, bu konuda acaba ne düşünüyorlar? Bu bir grev midir? Grevse yasa dışı grev midir? Grev değilse bunun ücretlerin ödenmemesi halinde iş görmekten kaçınmaktan farkı nedir? Sonuç olarak işçilerin ister bireysel isterse topluca olsun, çalışmadıkları her hali ben, grev olarak nitelendirmenin pek isabetli olmayacağı kanısındayım. Hemen bu konudaki görüşümü de belirteyim. İşveren eğer güvenlik önlem-

lerini almadıysa ve işçi bu nedenle çalışmıyorsa işveren işi kabulde temerrüde düşmüş sayılır. İşveren işi kabulde temerrüde düştüğü takdirde bu durum tek, tek işçiler açısından da söz konusu olabilir. İşçiler topluluğu açısından da söz konusu olabilir ve bu durumu bir grev olarak nitelendirmenin doğru olmayacağı kanaatindeyim.

Erkan ŞENER : — Efendim, Sayın Soyer'e verilecek olan cevap, benim sorumun da cevabı olacaktır.

BAŞKAN : — Öyle mi, peki, Sayın Sami Uslu.

Sami USLU : — Teşekkür ederim, sayın başkan.

Efendim bu toplu iş sözleşmesi uyuşmazlıklarından önümüze gelen sorunlardan bir tanesi, işçi sendikası olarak bizi zora sokan sorunlardan bir tanesi. Grup toplu iş sözleşmelerinde tek resmi arabulucu tayiniyle karşı karşıya kalmamızdır. Tek resmi arabulucu tayin edilmesi halinde de sözleşme görüşmesi devam eden, birden çok işyeriyle ilgili olarak işverenle toplu iş sözleşmesi masasında grup sözleşmesi yapılması için herhangi bir anlaşma yapılmamış olmasına rağmen, bazı mahkemelerin verdiği kararlarda tek resmi arabulucu tayin edilip grup toplu iş sözleşmesi adeta fiilen başlatılmış gibi olmaktadır. Benim sorum, birden çok işyeri için tek resmi arabulucu üzerine grup toplu iş sözleşmesi için anlaşma yapılmamışsa mahkemelerin tek resmi arabulucu tayin etmesi isabetli midir? Bunu öğrenmek istiyorum.

İkinci bir husus bir işyerinde grev kararı alıyorsunuz. İşveren çeşitli baskılarla işçileri, daha çok bu küçük işyerlerinde olmaktadır. İşçileri sendikalardan istifa ettiriyor. Ve işçilerin 3 aylık daha üyelikleri, sendika üyelikleri devam ederken biz mahkemelerin istifaları henüz yapılmış istifaları üç aylık süre geçmeden üyelikleri düşmüş kabul ederek grev kararını kaldırdığını görüyoruz. Sayın hocamın bu konudaki düşüncesi nedir? Bunu da öğrenmek istiyorum.

Efendim, bir diğer husus da benden önceki sayın konuşmacının konusuyla ilgiliydi. Ben bu konuda hatta döküman da getirmiştım. İşyerlerimizden bir tanesinde bir işçimiz, çok yakın bir zamanda, geçen hafta içerisinde ayaklarını plazona kaptırmak kaybettiler. Bu işçimiz düz işçidir. Ve işveren kendisine kendi sevk ve idare hakkına ve yetkisine dayanarak, vasıflı ve tecrübeli işçilerin yapması gereken işi yaptırıyor. Aynı işveren başka işyerlerinde de benzer şeyler yaptırıyor. Panoculuk, tornacılık, kaynakçılık gibi belli tecrü-

be ve meslek öğrenimi gerektiren işler yaptırıyor, dolayısıyla buralarda biz işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından son derece zor durumda kalıyoruz. Acaba bu gibi yerlerde sendikaların işçilerle birlikte işi bırakma eylemleri, bir hayatîyet söz konusudur,, grev, kanunsuz grev sayılacak mıdır?

Bir başka ve son öğrenmek istediğim husus ta şudur: Bir işyerinde toplu iş sözleşmesi yapıyorsunuz, yaptığınız toplu iş sözleşmesi şu veya bu nedenle kamu sektörüdür, tam beşbuçuk ay uygulanmıyor.

Kemal OĞUZMAN : — Tekrar eder misiniz? Anlayamadım.

Sami USLU : — Bir işyerinde bir kamu işyerinde toplu iş sözleşmesi yapıyorsunuz. Yaptığımız toplu iş sözleşmesi hangi makamdan verildiği bilinmeyen bir talimatla 5,5 ay süreyle uygulanmıyor. Toplu iş sözleşmesi. Ve biz eda davası açmak zorunda kalıyoruz. Açtığımız eda davası uzun süre mahkemelerde devam ettiği halde 5,5 ay işçilerimiz mağdur kalıyor. Acaba bu durumda da işçilerimizin yapacağı işi bırakma eylemi Borçlar Kanununun 82. maddesinde bahsedilen husustaki gibi kanunî bir hak mıdır? Yoksa topluca kanunsuz bir direniş sayılacak mıdır? Öğrenmek istediğim hususlar bunlar. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Sayın Sadi Yüksel.

Sadi YÜKSEL : — Sayın başkan, sayın hocam teşekkür ederim. Benim size, ama uygulama yönünden önemli olan bir sorum olacak. 275 sayılı Yasa zamanında da söz konusu olmuştu halen 45. madde uygulaması yönünde de söz konusu olabilecektir. Sendika grev kararı alır. Grevin kanunî ya da gayri kanunî olduğu taraflar arasında ihtilaflıdır, ve mahkemeye gider konu. Mahkemece grevin gayri kanunî olduğu belirlenince daha kesinleşmeden kişiler işverene başvurarak çalışmak istediklerini bildirirler. Şimdi işveren bu durumda yine 45. maddeye göre tazminatsız, ihbarsız fesih hakkını kullanabilecek midir? Geçen dönem zamanında da

Kemal OĞUZMAN : — Evvela greve katılıp sonra mı vazgeçmişler?

Sadi YÜKSEL : — Efendim şimdi grev kararı alınıyor. Grevin kanunî ya da gayri kanunî olduğu sendikayla işveren arasında ihtilaflı. Dava biter bitmez mahkemece karara bağlanır bağlanmaz daha kesinleşmeden işçiler işin vehametini görünce çalışmak iste-

diklerini işverene bildiriyorlar. Bu durumda yine 45. maddeye göre işverenin durumu. Teşekkür ederim.

Erdoğan ÇUBUKÇU (Başkan) : — Arzetmek istediklerim şunlar, duydunuz ki resmi arabuluculuk haline dair karar temyiz edilemez, idarî işlemdir. Ne nizalı kaza, ne de nizasız kazadır. Şimdi, biz şöyle düşünüyoruz verdiğimiz kararda. Temyiz edilebilir olarak gördük bunu. Eskiden hakem tayin edilirdi. Hakem kararları temyizi kabul edildi ve halen de öyledir. Ve öyle olurdu ki hakem kararlarında işverenin çok yakını veyahutta onun avukatı tayin edilmiş olurdu. Bunlar mümkün değil derdik o bakımdan bozardık kararı. Şimdi bunun resmi bir sebep olması ile mahkemenin dışarıdan seçmesi arasında ne fark var. Resmîyet istesekte yine bir kimse işverenin veya ilgili sendikanın çok yakını olabilir. Onun avukatı olabilir tarafsızlığı söz konusu edilebilir. Bu açıdan incelenmesi gerektiği görüşünderiz. Bunu bu şekilde belirtmek isterim.

İkincisi, efendim grev yasağı bulunan yerler, bulunup bulunmadığına dair uyuşmazlıkların yüksek hakem kurulunda çözülemeyeceği bir gerçek. Elbette mahkemeler tarafından karara bağlanması gerekir. Bize böyle bir olay geldi. Yüksek Hakem Kurulu'na. Ancak bunun grev yasağına girip girmediğine dair bir delil yoktu. Dendiki, bu grev yasağına girmez iddia edildi. İddia eden taraf daha önce mahkemeye bu konuda dava açmıştı. Orada bilir kişi raporu almıştı. Fakat toplu sözleşmeyi akletmişler davayı takip etmemiş, müracaata bırakmışlar. Ve elde bu konuda herhangi bir karar yoktu. Yüksek Hakem Kurulu'na geliyor, bunlar biliyoruz ki, süreye tabidir. Kısa sürelidir. Biz Yüksek Hakem Kurulu bir karar veremeyiz dediğimiz takdirde o süreler geçecek yetki belgesi düşecektir. Sözleşme yapamayacaklar. O bakımdan Yüksek Hakem Kurulu bunu karara bağlamak zorunda ve karar verdi ondan sonra sanıyorum bununla ilgili olarak iş mahkemesine dava açıldı. Bu toplu sözleşmenin iptali için. Mahkeme isteği reddetmiş. Bizim dairede iştirakim olmadan onandı. Ben bu onanmanın doğru olduğu kanaatindeyim. Şu bakımdan, bu bir ispat delil konusu. Burada taraf, iddia eden taraf Yüksek Hakem Kurulu'na gelmeden önce davasını müracaata bırakmış. Elinde bir delil yoktu. Halbuki o ana kadar biliyordu böyle bir iddianın olabileceğini. Bir karar tevdi etmesi lazımdı yetki alıncaya kadar alamadığına göre artık mahkemeye gelip ben bunu alamadım ama şimdi ispatlayacağım demesini haklı ve doğru bulmadım. Yoksa bunu elbette yüksek hakem değil iş mahkemelerinin karara bağlaması gerekir.

Üçüncü olarak efendim toplu iş sözleşmesi kanunu 37. maddesiyle ilgili, Değerli hocam buyurdular ki, burda grev ve lokavt kararı noterlikçe karşı tarafa tebliğ edildikten sonra diğer bunu tebliğ ettiren taraf artık orada belirttiği grev kararını uygulama tarihini biz değiştiremez diyoruz fakat değiştirebilir görüşümler. Böyle bir konu geldi, biz değiştiremeyeceğine karar verdik. Neden? Gerçi 60 günlük bir süre var, ancak bunu diyelim sendika işverene tebliğ ettirdi. İrade beyanı ulaştı. Artık bu iradenin ulaşmasıyla onun sonuçları doğurdu. Sonuçları ne olacak? O tarihten itibaren belirtilen günde grev uygulamasına geçilecek. İkinci fıkrasını okuyorum. Aksi takdirde ne olur? O günü geçirmekle karşı tarafa tebliğ edilmek üzere süresi içinde notere veya görevli makama tebliğ edilmeyen grev ve lokavt kararları uygulanamaz. Belirtilen günde başlamayan grev hakkı veya lokavt düşer. O günde başlamadığı takdirde bu hak düşecektir. Bu kamu düzeniyle ilgilidir, tek taraflı olarak sendika bunu geri alamaz. Hatta hatta iki taraf buna razı olursa yine de alamaması gerekir kanaatindeyiz, kanısındayız.

BAŞKAN : — Sayın Kemal Oğuzman.

Kemal OĞUZMAN : — Efendim söz alan bütün konuşmacılara teşekkür ederim. Bazı noktaların biraz daha açıklanmasına veya görüş farklılıklarında yeni bazı noktalar üzerinde durulmasına imkan vermiş oluyorlar. Öyle zannediyorum ki, Sayın Yusuf Yılbaş beyefendinin üzerinde durduğu bütün meseleler 275 sayılı Kanun döneminin meseleleri. 2822 sayılı Kanun, bana yönelttikleri soruların cevaplarını kanunda vermiş bulunuyor. Onu kısaca hatırlatmakla yetineyim. 275 sayılı Kanunun 19. maddesinin ikinci bendinde belirli bir prosedüre uymak suretiyle kanunî bir hak grevi yapılmaması imkanını öngörmüştü. Ücretlerin ödenmemesi ve sair hususlarda o prosedüre riayet etmek, şartıyla kanunî grev yapılabilirdi. Hatta ben kendilerinden biraz daha ileriye gideyim ki, o kararlara değinmedim, çünkü bunlar geride kaldı, bunların bugün uygulanması bahis konusu değil müzayaka halinde olmak, işçinin hakkını yerine getirememeyi haklı gösterecek hususlardan da değildir. Ve 19. maddenin 2. bendine uygun bir grev yapılmasına o dönemde de mani olmazdı. Yani sizinkinden biraz daha da ileriye gidiyorum.

İkincisi, elektriğin kamu tarafından üretilip dağıtılması halinde grev yaşağı varken özelde olmamasının özellikle zaturalinizin hâkimlik yaptığını öğrendiğim Adana'da problemin ayrı birde önemi

var. Çünkü orada özel bir elektrik şirketi söz konusu. Çukurova. 275 sayılı Kanun döneminde bu dışarıda kalır gözükiyor idi. İsa-
betli olup olmadığı da doktrinde tartışma konusuydu. Ama 2822
sayılı Kanun buna da cevap getirmiş, kamu tarafından yerine ge-
tirilmesi şartını kanundan kaldırmıştır. Artık Yargıtay kararıyla
çözümü bağlanması gereken bir nokta da kalmamıştır.

Sayın meslektaşım Polat Soyer'in değindiği noktalara gelince,
tabii söylediği hareket noktası olarak doğru. Her anlaşmayla iş bı-
rakma grev midir? Hayır her anlaşmayla iş bırakma grev değildir.
Bir şartı daha var. Onun üzerinde durmadım. Çünkü tartışma ko-
nusu değil diye. Şimdi belirteyim, anlaşarak işi bırakmak, işi dur-
durmamak veya önemli ölçüde aksatmak emeline yönelik olursa grev
teşkil eder. Eğer başka amaca yönelik olursa, verdiği örnek çok en-
teresan, hayatlarını tehlikeden korumak amacıyla iş yapmazlarsa
orada ön planda işi aksatmak veya durdurmak değil kendi hayatını
korumak söz konusu. Binaenaleyh orada, ikinci şart gerçekleşme-
diği için grev bahis konusu olmaz. Ama ücretini alamadığı için ça-
lışmayan kimseler için, çalışmamak suretiyle ücreti almak diye
birşey bahis konusu değil. Öbüründe hayatını koruması söz konu-
su. Ama ücretimi alamıyorum, ben de senin işini aksatırım, ben de
senin işini durdururum, bu faktör önem taşıyor. Bu sebeple de bu,
grev tarifine tamamen girer. Grev tarifine girer, grev tarifine gir-
dikten sonra kanuni midir? kanunsuz mudur? tartışmasına gelin-
ce; 275 sayılı Kanun döneminde 19. maddenin 2. bendine riayet
edilmişse kanunî grevdi. Ama bugün bu imkan olmadığı için her
halükarda, kanunsuz grev teşkil edecektir. Bunun isabetli olup ol-
madığı, uygun olup olmadığı, hak grevinin tanınıp tanınmamasını
tartışmıyorum. Tartışılabilir ama, bugünkü konumuzun dışında kal-
dığı için ama 2822 sayılı Kanun düzeninde hiç kimsenin, fiili durum
yaratmak suretiyle karşı tarafı, hakkını yerine getirmeye zorlama-
sı imkanı kabul edilmemiştir. Hemen ifade edeyim ki, Borçlar Ka-
nunununun 81. maddesi probleminde eski kanun ve yeni kanunla bu
noktada hiçbir fark yok. Yalnız eski kanundaki tek fark 19. mad-
denin 2. bendine göre hak grevi yapma imkanının varlığındadır.
Onun dışında 81. madde açısından 275'le 2822 arasında hiçbir fark
yoktur.

Sami Uslu beyefendinin sorularına gelince, cevap vereyim ama
hemen bir noktayı ifade edeyim. Buradaki tebliğin tartışılması söz
konusu ve bu da Yargıtay kararlarının belirli incelemesi bakımın-
dan. Zatiyaliniz karşılaştığımız bazı soruların cevaplandırılmasını is-
tiyorsunuz. Vaktimiz olduğu için kısaca cevap vereceğim. Ama as-

linda mutadımız değil yani tebliğin çerçevesi içinde kalınması zorunluluğu var. Efendim, eğer toplu sözleşme müzakerelerine grup sözleşmesi yapmak üzere oturmuşsanız tek zabıt tutmuş iseniz, müzakerelerin sonunda anlaşmaya varılmazsa tek arabulucuya gitmek durumundasınız. Ama başlangıçta grup sözleşmesi için oturmak mecburiyetinde değilsiniz. Böyle bir mecburiyetiniz yok. Eğer başlangıçta grup sözleşmesi yapmak üzere 22 işyeri için tek müzakere yürütmemişseniz 22 tane ayrı müzakere yürütmüşsünüz ama bunlar beş aşağı beş yukarı aynı tarzda ise o zaman tek arabulucu söz konusu değil, 22 tane arabulucunun gelmesi gerekecektir. Binaenaleyh bu işçi sendikasının başlangıçta neyi kabul ederek müzakereye başladığıyla ilgili bir konu.

İşçilerin istifa etmesi meselesine gelince hiç şüphesizki yorumu müsait ama ben kendi görüşümü ifade edeceğim size ve kanunu okuyorum birlikte takip edelim. 51. madde. Grevi uygulayan sendikanın bu grevin uygulandığı işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde. Şimdi bu iki şekilde anlaşılabilir. Ayrılma hususunda beyanlarının varlığının tesbiti halinde, bir de, bunların ayrılmasının kesinleşmesinden sonra. Şimdi benim yorumum, isabetli olup olmadığı fevkalade tartışmaya müsait çünkü çok yoruma müsait. Benim yorumum; ayrılma beyanının gönderilmiş olmasıdır. Maddenin gelmesinin bir amacı var. Bu amaç da şu, biliyorsunuz ki, bir işyerinde grev kararı alınıp uygulamaya başladıktan sonra işçilerin büyük çoğunluğu grevden vazgeçse, yahu ben grev yapmıyorum bu grev bize zararlı diye düşünse -isabetli veya değil- ve grevi bıraksa, 8 kişi greve devam etse orada yapılan hareket kanunî grev olmaya devam etmektedir. Şimdi böyle bir durumda işçilere de bu grevi sona erdirebilme imkanını getirmek için kanuna bu hüküm konmuştur. Diyor ki, senin grevden vazgeçmen yetmez, sen ancak grev kararı alan sendikadan ayrılmak iradesi açıklamışsan ben o zaman bu greve müdahale etmeyi düşünürüm. Tekrar ediyorum, aksi yöndeki yoruma da kanun müsaittir. Bu bakımdan Yargıtayın tutumu ileride vereceği kararlar belirli bir istikameti tayin edecektir.

İşçi sağlığıyla ilgili olarak Sayın Soyer'e verdiğim cevap size de verilmiş oluyor. 5,5 ay uygulamama hikayesine gelince,

— Orada noksan bilgi verildi muhterem hocam.

Kemal OĞUZMAN : — Bir dakika bitireyim. Zati aliniz o zaman

— Hayır noksan bilgi verildiği için mutlaka yanlış beyanda bulunulacak. Biz kamunun temsilcisi olarak...

Kemal OĞUZMAN : — Lütfen buraya teşrif edin, zapta geçmesi lazım buyrun.

— Kamuya laf atıldı. Kamu temsilcisi bir şey söylemek zorunda. Ben, Türk Kamu Sendikası Genel Sekreteri Av. Metin Yılmaz.

Metin YILMAZ : — Muhterem heyeti saygıyla selamlıyorum. Aslında bu seminerde hiç söz almamak için iyi bir izleyici, iyi öğrenci olmaya çalıştım. Çok değerli dostumuz, arkadaşımız burada bir konuyu dile getirdiler Sayın Uslu. Yalnız noksan bilgi verdiler, yanlış demiyorum noksan bilgi verdiler. Bir kamu işvereni bir kamu işveren sendikasının üyesi toplu sözleşme görüşmeleri başlamış, bu arada o kamu işvereni, o kamu işveren sendikasından ayrılmış ve toplu sözleşme bu arada imzalanmış. Şu tereddüt geçirildi, muhterem Çalışma Bakanlığının değerli temsilcileri de burada, şu tereddüt geçirildi. Bu toplu iş sözleşmesi 3 ay geçmeden geçerli midir hukukî açıdan çünkü kanun diyor ki 3 ay üyelik devam ediyor. Bu konu incelendi ve 3 ay geçtikten sonra da yine de işçi lehine muhterem Çalışma Bakanlığımızın güzel bir yorumuyla yine de işçi lehine yorumlanarak toplu sözleşme o yorumla uygulandı. Yani o 3 aylık süre içinde imzalanmış olmasına rağmen, toplu iş sözleşmesi bize göre hukuken geçerli olmadığı halde, Çalışma Bakanlığımızın işçi lehine yorumuyla uygulanmıştır. Yoksa kamuda bir toplu sözleşme imzalsın 5,5 ay uygulanmasın, bu görülecek hadise değildir. Bunu arzetmek isterim.

Kemal OĞUZMAN : — Ben, tabii olayın içinde olmadığım için 5,5 ay uygulandı, uygulanmadı, uygulanmaması şöyle oldu diye fikir beyan edecek değilim. Ama hemen işaret edeyim Sayın Uslu, bir toplu iş sözleşmesinin değil 5,5 ay uygulanmamasına, 5,5 gün dahi uygulanmamasına tahammül etmemenizi tavsiye ederim. Kanun açıkca belirli bir gün filan geçmesini aramamış, toplu sözleşme imzalanıp hele makale şamil veya en azından imzalandığı tarihte yürürlüğe girdikten sonra bütün parasal hükümlerini bırakın toplu sözleşmenin içinde hemen uygulanması gereken bazı hükümler varsa işveren bunu uygulamıyorsa hemen 60. maddeye dayanarak davanızı açınız. Bu davanın uzaması da söz konusu değil. Kanun engeç 2 ay içinde karar verilmesini söz konusu ediyor. Binaenaleyh sendikanın 5,5 ay bekleyeceğine 1 ayın geçmesi üzerine işverenin -haklı veya haksız tartışmıyorum. O konuda fikir beyan etmem mümkün değil- toplu sözleşmeyi uygulamadığı ve bunda haksız olduğu kanısında ise davasını açsaydı, 2 ay sonunda neticeyi alırdı ve ayrıca da burada görülen diğer müeyyidelerin uygulan-

ması imkanı da ortaya çıkmış olurdu. 61. maddede. Hem de ne diyor? Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkum edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren, bankalara uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye mahkum edilir. Binaenaleyh işverene, 5,5 ay gecikmesinin faturasını çok ağır çıkarmak dahi mümkündü. Eski kanunda bu imkanlar yoktu. Bu imkanlar hak grevinin kalkmasının sakıncalarını belirli nispette önlemek için getirilmiş olan hükümler. Ama sendikalarımız bu hükümlerden zamanında ve gerekli şekilde yararlanma yoluna gitmedilerse bundan kanunu veya çözümü kabahatli bulmalarının çok haklı olmayacağını zannediyorum.

Sadi Bey'in sorusu. Diyorlar ki, işçiler greve başlıyorlar, ben öyle anladım, çünkü bu grev yapmaları devam ederken grevin kanun dışı olup olmadığını tespit etmekle uğraşan mahkeme kanun dışı olduğunu tespit edince bırakıyorlar. Burada yaptıkları grevin kanun dışılığıının ortadan kalkması söz konusu değil, müeyyideyle karşı karşıya kalacaklardır sonradan pişmanlık duymuş olmaları bunu ortadan kaldırmaz. Binaenaleyh, orada da yapılacak iş, grev kararı alındığı zaman böyle bir tartışma varsa, grevin uygulanmasına başlamadan evvel mahkemeye başvurarak grevin kanuna uygun olduğunun tesbiti davası açılması da mümkün. Mutlaka grevin kanun dışı olduğunun tesbiti davasını beklemeye de gerek yok. Başka türlü bir çözüm tarzı ilerde büyük problemleri de beraberinde getirebilir.

Sayın Çubukçu'nun benim eleştirilerime verdikleri cevaplara gelince, kendileri beni mazur görsünler cevaplarının beni tatmin etmediğini ifade etmek mecburiyetindeyim. Resmî listeden arabulucu tayin edilirken, liste düzenlenirken çok titiz dayanılması gerektiği hususuna ben de katılırım. Yani ileride, taraflıydı, tarafsızdı tartışmalarına yer verecek bir takım isimlerin bu listelere girmemesi gerekir, bu ayrı problem. Ama bir resmî liste düzenlenmişse artık o listedekilerin, efendim taraflıydı tarafsızdı tartışmasının o kadar kolaylıkla yapılması söz konusu olamaz. Belki red hususunun cereyan edip etmeyeceği, bu hususta mahkemeye başvurulup vurulmayacağı ve bunu inceleyen mahkeme kararının temyiz edilip edilemeyeceği söz konusu olur ama hâkimin, resmî listeden Ahmet beyi arabulucu tayin ettim dediği kararının efendim biz bu arabulucu tayini kararını temyiz ediyoruz denmesinin gerek usul hukukuyla gerek maddî hukukla bağdaşır bir yönü olmadığına hâlâ kana bulunuyorum. Yani bu da benim kanaatim. Gayet tabii bu kanaatler çarpışacaktır.

İkinci noktada verilen cevap da beni tatmin etmedi. Çünkü, bir yerin grev yasağına tabi olup olmadığı ispatla ilgili bir konu değil. Bir mesleğin değerlendirilmesiyle, ilgili bunu yapacak olan da hâkim ve Yargıtay, bunun için delil ibrazı bahis konusu değil. Meselenin incelenmesi ama bir takım vesikalar, belgeler getirterek incelenme söz konusu olabilir ama delille ilgili değil, mahkemenin değerlendirmesiyle. Efendim diyorlar eğer biz öyle yapmasaydık, bir defa ifade ettiler toplu iş sözleşmesi aktedilmiş dediler hemen düzeltiyim, toplu iş sözleşmesi aktedilmiş falan değil. Toplu iş sözleşmesi yetkisiz olarak yüksek hakem kurulu tarafından empoze edilmiş. Yani sendikayı sanki koruyoruz, efendim yetkisi düşerdi, toplu sözleşmeyi imzalayamazdı onun için kabul ettik gerekçesi asla varit olamaz. Sendikanın beğenmediği, istemediği ve Yüksek Hakem Kurulu'nun grev yasağı bulunduğunu yanlış olarak değerlendirerek bir karar aldığını iddia ederek ortaya çıktığı toplu iş sözleşmesiyle süresi sonuna kadar bu sendikayı bağlı tutmaya ne mahkemenin ne Yargıtay'ın hakkı olmaması gerekir. Binaenaleyh, eğer süreler geçer, yetkisi biterse tekrar müracaat eder, yetkisini alır ve söke söke imkanını kullanmak suretiyle, kendisi istediği toplu sözleşmeyi yapma imkanına kavuşur. Yoksa tepeden inme gelen toplu sözleşmeyi bu tarzda kabul ettirmenin ben şahsen isabetli bir çözüm olduğuna kani değilim. Kanaatimi bu noktada da muhafaza etmekteyim.

Kanun grev kararının uygulanması için 60 günlük bir süre ve bunun içinde de 6 işgünü önce bildirilmesi suretiyle işverenin belli olmayan bir tarihte sürpriz bir grevle karşılaşmasını önlemek amacını gütmüştür. Şimdi bu amaçlar çerçevesi içinde kanunun hükmünün yorumlanması lazım. Binaenaleyh 60 günlük süre bitmemiş ise, bir evvelki grev kararı noterdeki gecikme yüzünden geç tebliğ edilmiş uygulama kabiliyetini kaybetmiş ise İşveren grevin yapılacağı tarihi bilecektir. Bunu önlemenin kanunun amacıyla bağdaşıp bağdaşmadığını gayet tabi yüksek mahkememiz taktir edecektir. Belki bundan sonraki durumlarda bir nebze bu eleştirileri de gözönünde tutmak imkanı bulunabilir. Zaten bu toplantının amacı da karşılıklı görüş alışverişini sağlamaktır, tekrar teşekkür ediyorum.

BAŞKAN : — Efendim, değerli hocamız Sayın Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın tebliğleri, konuşmaları, cevapları burada bitmiştir. Teşekkür ederiz.

İŞKAZASINDAN DOĞAN SORUMLULUK VE YARGITAY KARARLARI (*)

Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ (**)

● ANLATIM DÜZENİ : I — İşkazasından Doğan Sorumluluk. 1 — İşkazasından Doğan Sorumluluğun Muhatapları. a — İşveren. b — Üçüncü Kişiler. c — Sosyal Sigortalar Kurumu. 2 — İşkazasından Doğan Sorumluluğun Muhatapları Arasındaki Sıra İlişkisi. II — İşkazası Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu Ve Yargıtay Kararları. 1 — İşverenin Sorumluluğunun Hukuki Mahiyeti Ve Yargıtay Kararları. a — İşverenin Doğrudan Sorumluluğunun Hukuki Mahiyeti, b — Yargıtay Kararlarına Göre İşverenin Sorumluluğunun Hukuki Mahiyeti. 2 — İşverenin Ödeyeceği Maddî Tazminat Miktarının Belirlenmesi. 3 — İşçinin Manevi Tazminat İsteme Hakkı Ve Özellikleri. III — İşkazası Nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumunun Sorumluluğu. 1 — Sosyal Sigortalar Kurumunun İşkazasına Uğrayan İşçi ve Yakınları Karşısındaki Sorumluluğu. 2 — İşverenin İşçiye Ödeme Yapan Kurum Karşısındaki Sorumluluğu. a — Kurumun İşverene Başvurması (Rücu Davası). b — Kurumun Rücu Davasının Kapsamı. IV — İşkazası Nedeniyle Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu. 1 — Üçüncü Kişilerin İşçi Karşısındaki Sorumluluğu. 2 — Üçüncü Kişilerin İşçiye Ödeme Yapan Kurum Karşısındaki Sorumluluğu (Rücu Davası).

I. İŞKAZASINDAN DOĞAN SORUMLULUK

1. İşkazasından doğan sorumluluğun muhatapları

a. İşveren

İşkazasından doğan sorumluluğu düzenleyen hükümler Türk Hukukunda çok sayıda yasa, tüzük ve yönetmelikler içine dağıtılmıştır. Bu hükümlerden bazıları özel hukuk ve diğer bazıları ise kamu hukuku niteliği taşırlar. Özel hukuk niteliği taşıyan hükümlere aykırılık halinde kazaya uğrayan işçi, işverene yönelir ve ondan zararını tazmin etmesini (tazminat ödemesini) ister. Şu halde, bu türden hükümler, işkazası nedeniyle işveren ile işçi (ve işçi ölmüşse, haksahipleri) arasında bir tazminat ilişkisi meydana getirirler. İşte bu türden hükümler Borçlar Kanununun 332. maddesi ile, tazminata ilişkin diğer maddeleri içinde yeral-

(*) 7.10.1988 günü, Yargıtay'ın Kuruluşunun 120. Yılı Nedeniyle Düzenlenen Seminerde Sunulan Bildiri.

(**) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü.

mıdır (1). Şu halde, işkazasına uğrayan işçi (ve ölmüşse, haksahipleri), hizmet sözleşmesine dayanarak işverenden maddi ve manevi tazminat isteyebilirler.

b. Üçüncü kişiler

İşkazasına uğrayan işçi (ölmüşse, haksahipleri), işkazasını meydana getiren üçüncü kişilerden de tazminat isteyebilirler. Bu üçüncü kişiler, işverenin Borçlar Kanununun 55 veya 100. maddesi anlamında yardımcı kişisi olabilirler. Eğer bu kişiler aynı zamanda işveren vekili iseler kendilerinin yolaçtıkları zarardan işveren sorumlu tutulur. Ancak bu üçüncü kişiler işveren vekili niteliği taşıyamıyorsa, o zaman bunlar kasden veya ihmalleri sonucu işkazasına yolaçtıkları zararlardan şahsen veya işveren yanında sorumlu tutulabilirler (2). Hiç kuşkusuz, işveren veya (Sosyal Sigortalar Kurumu), işçiye ödedikleri tazminat için, zarara yolaçan bu üçüncü kişilere de başvurabilir, yani, rücu edebilirler. İşte zarara yolaçan ve işveren vekili niteliği taşımayan bu üçüncü kişilerin, işçi (ölmüşse, haksahipleri) karşısındaki doğrudan sorumluluğu ve dolaylı sorumluluğu (işveren veya Kurumun rücu hakkı) da Borçlar Kanunu hükümlerine tabi bulunmaktadır (3).

c. Sosyal Sigortalar Kurumu

İşkazasından (ve meslek hastalığından) doğan zararlardan sorumlu tutulabilenler arasında Sosyal Sigortalar Kurumu (kısaca, Kurum) da vardır. Sosyal Sigortalar Kurumunu, işkazası (veya meslek hastalığı) halinde sigortalı (yani, işçi) veya ölmüşse, haksahiplerine sağlık yardımı ve para yardımı yapmaya zorlayan yasa, Sosyal Sigortalar Kanunudur. İşte bu Sosyal Sigortalar Kanunu ve buna dayanılarak çıkarılmış tüzük ve yönetmelikler, kamu hukuku niteliği taşıyan mevzuat düzenlemeleridir. İşkazasına ilişkin hükümler içeren ve kamu hukuku niteliği taşıyan başka yasalar da vardır. Örneğin, Anayasa başta olmak üzere İş Kanunu (73/82), Umumi Hıfzısıhha Kanunu (173/180) bu arada sayılabilir. Bütün bu yasa, tüzük ve yönetmelikler işvereni devlet karşısında işçileri koruyucu önlemler almaya zorlamakta ve gerekli önlemleri olmayan işverenleri özel hukuk müeyyideleri (tazminat) ile birlikte veya ayrı olarak, kamu hukuku müeyyidelerine (örneğin, para cezası, hapis cezası, işyerini kapatma müeyyidelerine) maruz bırakmaktadırlar (4).

-
- (1) Bk. **Tunçomağ**, İşkazalarıyla İlgili Yasal Çerçeve (Kısaca, Yasal Çerçeve), Millî Prodüktivite Merkezi Yayını, Ankara 1982, 34-35.
 - (2) **Tunçomağ**, İşkazasından Doğan İşveren Sorumluluğunun Özellikleri İBĐ 1987/4-5-6, 221.
 - (3) **Tunçomağ**, İşkazasından Doğan İşveren Sorumluluğunun Özellikleri 220-221.
 - (4) **Tunçomağ**, Yasal Çerçeve 35.

2. İşkazasından doğan sorumluluğun muhatapları arasındaki sıra ilişkisi

İşkazasından doğan sorumluluğun muhatapları arasında herhangi bir sıra ilişkisi yoktur. Bu yüzden, işkazasına uğrayan işçi (ölmüşse, haksahipleri) doğrudan işvereni dava edip tazminat isteyebilirler. Hatta yasada belirtilmiş süre içinde Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurmayan ve bu yüzden Kuruma başvurma hakkını yitiren işçinin de işvereni dava hakkı vardır (5). Bu husus, Hukuk Genel Kurulunun bir kararında açıkça ve isabetle belirtilmiştir. Gerçekten adigeçen karara göre, «...uğranılan zararların zarara sebebiyet verene ödettilmesi genel hukuk kuralıdır. Olayda zarar gören işçinin müşterek kusuru bulunup bulunmadığına göre gerçek zararın tamamının tazmini kazanın sorumlusu davalı idareye düşer. Üçüncü kişi mevkiinde olan Sosyal Sigortalar Kurumu davacıya bir ödeme yapmamıştır. O yolda bir ödeme yapılmamış olması mağdur işçinin tam tazminat isteğine engel olamaz. Sosyal Sigortalar Kurumunun davacıya bir ödeme yapmamış olması, süresinde başvurulmamasından ileri geldiği mahkemece kabul olunmuştur. Sigorta kurumunun davacıya bir ödeme yapmış olması halinde davalıya rücu edecektir. Her halde zararın tamamını davalı ödeyecektir. Davacının zararı kısmen Kurum tarafından ödenmediğine nazaran davacının bunun tamamını davalıdan istemek yetkisi vardır...» (6).

Sonra, işçi (ölmüşse, haksahipleri) işkazasına sebebiyet veren üçüncü kişiyi de dava edebilirler. Eğer bu üçüncü kişi, işverenin BK. 55 veya 100. maddesi anlamında yardımcı kişisi ve aynı zamanda işveren vekili ise, işçi tazminat davasını işverene yöneltmek zorundadır. Eğer üçüncü kişi işveren vekili olmamakla birlikte onun fiili, sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil niteliği taşıyorsa, o zaman kusurlu bulunması koşuluyla, doğrudan kendisine karşı da dava açılacaktır. Ancak bu halde işçi, BK. 55 veya 100'deki koşullar gerçekleşmişse, üçüncü kişi ile birlikte (veya yalnız) işverene de başvurabilir.

Nihayet, işçi (ölmüşse, haksahipleri) doğrudan Sosyal Sigortalar Kurumuna da başvurabilirler. Hatta çok zaman işçi veya haksahipleri ilk sırada Sosyal Sigortalar Kurumuna başvururlar. Çünkü Kurumdan sağlık yardımı ve para yardımı görmek çok daha kolay ve çabuktur. Bu yüzden, işkazasına uğrayan işçi veya işçi ölmüşse, haksahipleri, ancak Kurumdan karşılayamadıkları zararları için işverene başvururlar (7).

(5) **Tunçomağ**, İş Hukuku, Cilt I: Genel Kavramlar - Hizmet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul 1986, 275.

(6) **YHGK**, 18.1.1969-1967-9-111/49-RKI) 1969/8, 287.

(7) **Bk. Tunçomağ**, İşkazasından Doğan İşveren Sorumluluğunun Özellikleri İBD 1987/4,5,6 220.

3. İşkazasından doğan sorumluluğun farklı hukukî temellere dayanması

İşkazasına uğrayan işçi (ve ölmüşse, haksahipleri) işveren, üçüncü kişi veya Sosyal Sigortalar Kurumundan dilediğine başvurabilir. Tazminat ödemekle yükümlü bulunan bu kişiler arasında bir sıra ilişkisi yoktur. Ancak bu husus, maddi olayın işveren, üçüncü kişi ve Sosyal Sigortalar Kurumunun sorumluluk unsurlarını içermesi halinde geçerlidir. Çünkü işverenin sorumluluğu için, BK. 332; üçüncü kişinin sorumluluğu için BK. 41, 55 ve 100; Kurumun sorumlu tutulabilmesi için de SSK. 11, 26 vd. maddelerindeki unsurların gerçekleşmiş olmasına ihtiyaç vardır. Eğer bir olay SS. Kanunu 11 anlamında işkazası niteliğini taşımıyorsa veya işkazası niteliği taşımakla birlikte, işçi süresi içinde (SSK. 85) Kuruma başvurmamışsa, Kurumun sorumluluğundan sözedilemez. Aynı şekilde, BK. 332 veya SSK. 26/II'deki koşullar gerçekleşmemişse, işveren meydana gelmiş işkazasının sonuçlarından sorumlu tutulamaz. Nihayet üçüncü kişi de, BK. 41 ve SSK. 26/II'de sözü edilen koşullar gerçekleşmediği takdirde, doğmuş bir işkazasından sorumlu değildir. Şu halde önemli olan, işkazasından sorumlu bulunan kişilerden herbiri açısından sorumluluğun yasal unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaktır.

Aşağıda kısaca üzerinde durulan Yargıtay kararlarında, davacı ile davalı arasındaki hukukî ilişkiye tam açıklık getirilemediği için, tatmin-kâr bir sonuca ulaşılamamıştır. Bu Yargıtay kararlarının dayandığı maddi olay şöyle saptanabilir: Davacı şöför, davalı şirkete ait kamyonla satsuma götürürken Havran yakınlarında aracı park edip, şöför mahallinde içki alemi yaptığı sırada, aynı araçta muavinlik yapan çocuğa sarkıntılık yapmış ve çocukta buna tepki olarak şöförün başına sert bir cisimle vurmuş ve bunun sonucu yaralanan şöför % 89 oranında sürekli işgöremez hale düşmüştür. Açılan dava tesbit davasıdır ve karardan anlaşıldığına göre dava, şirkete (ve belki de onunla birlikte Kuruma) karşı açılmıştır. **Yargıtay 10. Hukuk Dairesi** 29.5.1986 gün ve 3223/3378 sayılı kararı ile, olayın bir işkazası olduğunu tesbit ederek, İzmir 2. İş Mahkemesi'nin aksi yöndeki kararını bozmuştur. 10. Hukuk Dairesi, araçların işyerinden sayıldığını (SSK. 5/II) ve yaralama olayının (sigorta olayının) kamyonun şöför mahallinde meydana geldiğini gözönünde tutarak SSK. 11/A-a uyarınca, olayı bir işkazası olarak nitelemiştir. Sosyal Sigortalar Kanunu açısından 10. Hukuk Dairesi'nin kararı tamamen isabetlidir.

Hukuk Genel Kurulu ise, 10. Hukuk Dairesi'nin kararını bozarak olayın işkazası olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Genel Kurulün gerekçesi iki cümledir ve şöyledir: «...yasakoyucunun amacı, olayın vukubulduğu yer ve zaman ile davacının davranışı hep birlikte değerlendirildiğinde dava-

lıların sorumluluk koşullarının gerçekleştiğinden sözedilemez. Bu nedenlerle mahkemenin bu olayı bir işkazası olarak görmeyen direnme kararı yasaya...» uygundur. Karar yeterli derecede açık değildir. Eğer Hukuk Genel Kurulu, olayı Sosyal Sigortalar Kanunu açısından değerlendirmişse, kararı doğru değildir. Çünkü bu olayın Sosyal Sigortalar Kanunu açısından bir işkazası sayılması gerekir kanısındayım. Yok eğer Genel Kurul, olayı Borçlar Kanunu açısından değerlendirmiş ve davalılar, davacının işvereni olan şirket ve olayın fâili ise, Genel Kurul kararı doğrudur. Çünkü bu olay, Borçlar Kanunu açısından kaza sayılamaz. Gerçekten Borçlar Hukukunda kaza terimi, borçlunun fiillerinden bağımsız, önceden görülmesi ve kendisinden kaçınılması imkânsız bir olayı anlatır. Kısaca kaza, işçinin doğumunda kusurlu olmadığı, dıştan gelen ve kaçınılmaz bir olaydır (8). Olayımızda ise, davacı şöför kusurludur ve muavinine tecavüze kalkışması sonucu, muavininin kafasına vurduğu sert bir cisimle yaralanmıştır. Şu halde, olayın Borçlar Kanunu anlamında «kaza» ile bir ilişkisi yoktur. Öte yandan, bu olay nedeniyle, fail BK. 41 uyarınca tazminat ödemekle yükümlü tutulamaz. Çünkü şöför muavini (yani, fâil), meşru müdafaa halinde mütecevize zarar vermiştir. Meşru müdafaa ise fiildeki haksızlığı ortadan kaldırır (9). Kaldı ki, olay, birlikte kusur (müterafik kusur) açısından değerlendirildiği takdirde de aynı sonuca; fakat değişik bir hukukî nedenle varmak mümkündür. Çünkü şöför kendisinin haksız ve ağır kusurlu davranışı nedeniyle muavin tarafından yaralanmasına sebebiyet vermiştir. Bu durumda yaralanmaya yolaçan şöför muavininin BK. 44/1'e göre tazminat ödeme yükümü yoktur. Borçlar Hukuku açısından davacı şöförün, işverenin de bir sorumluluğu yoktur. Çünkü şöför, davalı şirketin işçidir ve yapmaya yüklendiği işle uğradığı zarar arasında işverenin sorumluluğunu gerektiren bir uygun illiyet bağı yoktur. Bu yüzden, Hukuk Genel Kurulu kararında, Borçlar Hukukuna ilişkin hiçbir açıklama yapılmadan olayda işkazasının bulunmadığının ifade edilmesi isabetli olmamıştır, görüşümdedir.

-
- (8) Bk. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku Cilt I: Genel Hükümler 6. Bası, İstanbul 1976, 815 vd. ve Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar 4. Bası, İstanbul 1988, 292.
- (9) Bk. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku Cilt I: Genel Hükümler 6. Bası, İstanbul 1976.

II. İŞKAZASI NEDENİYLE İŞVERENİN SORUMLULUĞU VE YARGITAY KARARLARI

1. İşverenin sorumluluğunun hukukî mahiyeti ve Yargıtay kararları.

a. İşverenin doğrudan sorumluluğunun hukukî mahiyeti

İşverenin işçiye karşı doğrudan sorumluluğu BK. 332'ye dayanır. Ancak bu maddede sorumluluğun hukukî niteliğini belirten açık bir hüküm yoktur. Fakat buna rağmen, bu maddenin «**kusura dayanan sorumluluk**» koyduğunun kabulü isabetli olur. Çünkü birçok hukuklarda olduğu gibi, Türk Hukukunda da kusursuz sorumluluk halleri, kusura dayanan sorumluluk ile karşılaştırıldığında istisnaidirler. Bu itibarla, bir kusursuz sorumluluk olayının gerçekleşmediği her yerde sorumluluğun zorunlu koşulu kusurdur. Değişik bir söyleyişle, **Türk/İsviçre/Alman Hukuklarında** kusursuz sorumluluk istisnai olup, sadece bazı özel durumlar için kabul edilmişken; kusura dayanan sorumluluk kuraldır ve geneldir (10). Ancak işverenin işkazasından sorumluluğu sadece Borçlar Kanunu 332 değil; fakat İşK. 73 ile birlikte ele alındığı takdirde durum değişebilir. Çünkü kamu hukuku niteliği taşıyan İşK. 73'de genel bir ifade kullanılmış «işveren işgüvenliği açısından gerekli olan her türlü tedbirleri almak» ve «gerekli olan koşulları ve araçları eksiksiz bulundurmak» ile yükümlü tutulmuş; fakat kusurdan sözedilmiş değildir. Bu yüzden İş Hukukuna tâbi hizmet sözleşmelerinde işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak kabulü düşünülebilir (11).

b. Yargıtay kararlarına göre işverenin sorumluluğunun hukukî mahiyeti

aa. Yargıtay birçok kararlarında işverenin işkazasından doğan sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak nitelemiştir, (Örneğin, bakınız **Y9HD. 17.3.1972 - 7236/6909 - TİK 1972, Cilt 1, 415-416**); **8.7.1985-6725/7403 (-Yasa HD. 1986/Kasım 1554-1556)**; **YHGK. 2.7.1969-452/655 (-TİK 1970 Cilt 1 435)**; **25.11.1979-864/650 (-Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 5. Bası 711)** ve **18.3.1987-986-9-722/203 (-YKD 1988/5, 598-603)**. Yargıtayımız bu kararlarında ve özellikle 18.3.1987 günlü Genel Kurul kararında kusursuz sorumluluğu kabul ediş nedenini şu sözlerle ifade etmektedir: «Hukukumuzda asıl olan kusur şartına dayalı sorumluluktur. Ancak teknolojinin gelişmesi ve bu gelişen teknolojinin sanayimize uygulanması sonucu meydana gelen bazı tehlikelerin doğurduğu zararların tazmininde kusur şartının aranması her zaman adaleti ve toplumsal düşünceyi tatmin et-

(10) Bk. **Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku I, 6. Bası ve orada gösterilmiş yazarlar.**

(11) Bk. **Tunçomağ, İş Hukuku I, 4. Bası, 268.**

mediğinden doğal hukuk görüşü ile Anayasalarda anlatımını bulan temel hak ve ilkelere yaklaşımı sağlayan tehlike sorumluluğu kuralı geliştirilmiştir...»

bb. Ancak Yargıtayımız, kararlarında kusursuz sorumluluğu sert olarak uygulamaktan sürekli biçimde kaçınmış ve kusursuz sorumluluk esasını hakkaniyet (hak ve nisfet) kuralı ile yumuşatmıştır. Hukuk Genel Kurulu'nun 2.7.1969 gün ve 452/655 sayılı kararının ifadesiyle, «...dava konusu olayda davacı tamamiyle kusursuz olmakla beraber, davalı tarafın da hiç kusuru olmadığı gözönünde tutularak, Borçlar Kanununun 43. maddesi gereğince hak ve nasafet kuralları çevresinde tazminatın miktarının hal ve mevkiin icabına göre tayin ve takdir olunma gerekir». **9. Hukuk Dairesi'nin** aynı konuya ilişkin bir kararında da (bk. Y9HD, 29.12.1981-11284/15904-Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 5. Bası s. 724-725, N. 68a), aynı görüş, «...işkazalarında temel ilke, işverenin, kazalı işçisinin kendi kusuru dışındaki zararlandırıcı olaylarından sorumlu olacağıdır. Ancak kaçınılmaz olaylarda, işverenin ödemekle yükümlü olduğu zararın tesbitinde BK. 43'ün gözönünde tutulması gerekir...». Nihayet Yargıtay'ın bazı kararlarında ise, işkazasının tamamen kaçınılmaz etkenler sonucu meydana geldiği durumlarda, sosyal düşünceden kaynaklanan tehlike sorumluluğu ilkesi uyarınca, işverenin işini görürken uğranılan bu zararın **hakkaniyet ölçüsünde** bir kısmının işverene yükletilmesi gerektiği belirtilmiştir (12).

cc. Yargıtay kararlarında ifade edildiği şekliyle işverenin sorumluluğunu **risk tehlike sorumluluğu** olarak değil; **hakkaniyet esasını yumuşatılmış tehlike sorumluluğu** olarak nitelemek daha doğrudur. Çünkü Yargıtay, kusursuz işvereni, işçi de kusursuz olduğu durumlarda, işkazasından doğan zararın tümünden sorumlu tutmamakta; zararı, hakkaniyet ilkesine dayanarak işçi ve işveren arasında dağıtmaktadır. Öte yandan, Yargıtay önceki kararlarında, kusursuz işverenin zararın tümünden sorumlu tutulamıyacağı görüşünü ifade ederken BK. 43'ü temel almışken; sonraki kararlarında, daha isabetli olarak görüşünü hakkaniyet esasına dayandırmıştır. BK. 43, kusura dayanan sorumlulukta tazminatın tayinini düzenleyen bir hüküm olduğu için, kusursuz sorumlulukta hakkaniyet ilkesine (BK. 54/1) dayanılmasının daha isabetli olacağı kuşkusuzdur. Zaten Yüksek Mahkememiz de eski kararlarının bazılarında, BK. 43 ile birlikte hak ve nasafet esasını da zikretmişti.

dd. Yargıtay'ın kararlarında, işverenin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak nitelemesi ve fakat işkazasının doğurduğu zararları, iş-

veren ve işçinin kusursuz bulunduğu durumlarda, hakkaniyet kuralı gereğince taraflar arasında bölüştürmesi isabetlidir. Ancak bu esas uygulanırken, kararlarda kullanılan bazı ifadeler, kusursuz sorumluluk kavramını kanımca belirsizliğe itmektedir. Örneğin, **Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında** (13) «...öteki sorumluluk hallerinde olduğu gibi, tehlike sorumluluğunda da üçüncü (doğrusu üç) halde illiyet bağı kesilebilir. Bunlar mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurudur... Üçüncü kişinin kusuru ile zarar meydana gelmişse, illiyet bağının kesileceğinde kuşku yoktur...». Bu kararda açıklanan ana fikre katılıyorum. Gerçekten illiyet bağı ve illiyet bağının kesilmesi kusura dayanan sorumlulukta olduğu gibi, kusursuz sorumlulukta (tehlike sorumluluğunda) da sözkonusu olur (14). Ancak, illiyet bağı mücbir sebep ile kesilir ise de, zarar görenin müterafik kusuru veya üçüncü kişinin kusuru ile kesilmez. Çünkü illiyet bağı zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru ile değil, fakat fiilleri ile kesilebilir. Öte yandan, **aynı kararda**, «işverence sosyal yardım amacı ile sağlanmış araca binerek işyerine gitmekte olan işçinin karşıdan gelen başka bir aracın kusurlu çarpması sonucu ölümü ile sonuçlanan olayda» Hukuk Genel Kurulu'nun, «olay üçüncü kişinin yüzde yüz kusurlu davranışıyla meydana geldiğine göre illiyet bağı kesilmiştir» sonucuna varması isabetli değildir. Çünkü bu olayda «illiyet bağının kesilmesi» yoktur. Çünkü illiyetin kesilmesinde, bir kimsenin eyleminin yolaçabileceği zarar, gerçekte başka bir olaydan meydana gelmektedir. Örneğin, bir kimsenin öldürücü bir şekilde yaralayıp yol kenarına bıraktığı kişiyi; yoldan geçen bir kamyonun ezerek derhal öldürmesinde gördüğümüz budur (14a). Olayımızda böyle bir durum yoktur. Çünkü olayımızda işverenin sosyal yardım amacıyla sağladığı araca işyerine gitmek üzere işçinin binmesi ve bu araca başka bir aracın kusurlu olarak çarpması sonucu işçinin ölümü arasında uygun illiyet bağı yoktur. Bu yüzden, işveren sorumlu değildir. Aynı müphem ifadelerle **9. Hukuk Dairesi'nin** kararlarında da rastlanmaktadır (15).

2 — İşverenin ödeyeceği maddi tazminat miktarının belirlenmesi

a) İşkazasından doğan maddi tazminat miktarı belirlenirken yargıcın dayanabileceği kesin bilgiler yoktur. Bu, öncelikle işçinin ölümü halinde haksahiplerinin isteyebileceği maddi tazminat da açıkça görülür. Gerçekten ölüm nedeniyle maddi tazminat davasında, yargıç, ölen işçinin

(13) **YHGK**, 18.3.1987-986-9-722/203 - YKD. 1988/5, 602.

(14) **Bk. Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku Cilt I: Genel Hükümler 6. Bası, 484.

(14a) **Bk. Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I: Genel Hükümler 6. Bası, 452 ve orada gösterilmiş yazarlar.

(15) **Bk. Y9HD**, 5.3.1987 - 2181/2655 - Tekstil İşveren 1988/Haziran, 20.

yaşam süresi ile çalışma süresini, işçinin yakınlarının (yani, hak sahiplerinin) yaşam süreleri ile yardıma muhtaç olma sürelerini kesin verilerle saptayabilme olanağına sahip değildir; bu konularda geniş ölçüde ölüm tablolarına ve bilirkişi incelemelerine dayanmak zorundadır.

b) İşçinin haksahiplerine ödenecek maddi tazminat miktarının belirlenmesinde üzerinde durulacak bir başka husus, ölen işçinin kazancının saptanmasıdır. Ölen işçinin kazancı saptanırken de, işçinin muhtemel yaşam ve çalışma süresi içinde ücretinin her yıl ne oranda artacağı hesaplanmak gerekir. Bugüne kadar bu oran, her yıl için sabit % 5 olarak uygulanmıştır. Fakat ülkemizdeki enflasyon oranındaki büyük artışlar ve Türk parasının büyük değer kaybı karşısında ücret artışında % 5 oranına bağlı kalmanın adaletli bir çözüm olduğu söylenemez. Bu yüzden, mahkeme kararlarında, bilirkişi raporlarına dayanılarak, bu oran % 10, hatta % 15'e kadar yükseltilmiştir. Yargıtayımız, % 5 oranının, bu yüksek enflasyon dönemi için yeterli olmadığını kabul etmekle birlikte; bu konuda bir ölçü verebilmiş değildir.

c) Ölen kişinin kazancının saptanmasındaki belirsizlik sadece işçi ücretinin muhtemel yaşama ve çalışma süresi içindeki artış oranını saptayabilme güçlüğünden kaynaklanmamıştır. Aynı zamanda haksahiplerine tazminatın toptan sermaye şeklinde ödenmesi durumunda, sermayeden peşin ödeme nedeniyle yapılacak iskonto oranının miktarını belirleyebilmek de son derece güçtür. Ülkemizde, tazminatın toptan ve peşin ödenmesi nedeniyle uygulanacak iskonto miktarının ne olacağı konusu da mahkeme kararlarında, açıklığa kavuşturulabilmiş değildir. Aynı durum, bilimsel yayınlar için de sözkonusudur. Yargıtay kararlarından, şu sonuç çıkarılabilir kanısındayım. Yargıtay, açıkça ifade etmemiş olmakla birlikte, bilinmeyen yıllara ilişkin ücret artış oranının eskiden olduğu gibi, belirli ve kesin bir oran olarak alınmasını bugünkü ekonomik ve sosyal ortamda adalete uygun bulmamaktadır. Yüksek Mahkememiz, işçinin ücret artış oranı belirlenirken, her olayın özellikleri de gözönünde tutulmak koşuluyla, ekonomik durum, enflasyon, iskonto faiz oranları, toplu iş sözleşmeleri gibi güvenilir kaynaklara (ölçülere) dayanılmasını ve bu hususun bilirkişilerce belirlenmesini aramaktadır.

d) Yargıtay'ın «ücretin yıllık artış oranı» ve «peşin ödenen tazminata uygulanan iskonto oranı» na ilişkin kararlarından bazı esaslar çıkarılabilir. Bu konuda kabul edilmiş birinci esas, ücret artış oranının, iskonto oranından daha yüksek olamayacağına dair olanıdır. Bu yüzden, **4. Hukuk Dairesi**, ücret artış oranını % 10 ve iskonto oranını ise % 5

olarak kabul eden bir mahkeme kararını bozduğu gibi (16); **9. Hukuk Dairesi** de, ücret artış oranını % 10 ve iskonto oranını da % 7,5 olarak kabul eden mahkeme kararını bozmuştur (17). Ancak kanımca ücret artış oranı ile iskonto oranı arasında mutlak eşitlik yerine ve olayına göre bazan takribi eşitliğin yeter sayılması doğru olur. İkinci esas, **4. Hukuk Dairesi'nin adigeçen kararına göre**, «...mahkemece yapılacak iş, Türkiye genelinde gerek geçmiş, gerek şimdiki, gerekse gelecekteki ücret artışları ve iskonto haddi hususunda yetkili resmi mercilerden bilgi almak ve bundan sonra, iskonto haddi hususunda, bunun ücret artışlarını hiçbir zaman geçmeyeceği de dikkate alınarak, bu verilerle birlikte uzman kişilere başvurup gerekçeli rapor almak...» ve hatır yolculuğu varsa, BK. 43 uyarınca indirim yapmaktır. **10. Hukuk Dairesi'nde bir kararında** (18), ücret artış oranı saptanırken, enflasyon payı, terfi ve tefeyyüz unsurlarının; iskonto oranının saptanmasında ise, salt mevduat faizinin gözönünde tutulması gerektiğini belirtmiştir; ayrıca kazanç ve iskonto faiz oranlarının, ekonomik durum, enflasyon, sermaye piyasası ve bunlara etkili sosyal, siyasal ve tarihi unsurlar sağlam, bilimsel, güvenilir kaynaklara dayanılarak uzman bilirkişilerce belirlenmesi, gerektiği belirtilmiştir. Nihayet **10. Hukuk Dairesi'nin başka bir kararında** (19), daha açık bir ifade ile, bilinmeyen yıllara ilişkin ücret artış oranının saptanmasında ekonomik konjonktür, iş hayatındaki toplu sözleşme ve pazarlık düzeni, işçinin zamanla uzmanlaşma ve meslekte ilerleme olasılığı, işçi ücretlerinin henüz milletlerarası normların altında olması, ülke gerçekleri, milli gelirdeki artış ve bu artışlardan çalışanlara ayrılabilen pay oranları gibi unsurların gözönünde tutulması emredilmiştir.

3 — İşçinin manevi tazminat isteme hakkı ve özellikleri

İşkazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçi; ölmüşse, haksahipleri, maddi tazminat dışında, manevi tazminat da isteyebilirler. İşçinin isteyebileceği manevi tazminat konusunda, Yargıtay kararlarında iki eğilim belirmiştir.

a — Yargıtay'ın bazı kararlarında beliren yeni eğilimlerden birincisi, manevi tazminat isteme hakkını işkazasına uğrayan işçi dışındaki kişilere de yayma eğilimidir. Gerçi bazı kişiler arasındaki bağlar kuvvetli ve sıkıdır; bu yönden onlardan birinin vücut tamlığına yapılmış bir tecavüz; diğerlerinde de (yakınlarında da) keder ve üzüntülere yolaçabilir. Örneğin çocuğu yaralanmış veya sakat kalmış ana-baba'nın duyduğu derin ızdırapta gördüğümüz budur. Ancak **İsviçre/Türk Hukuk Sistemlerinin bu**

(17) **Y9HD**, 11.6.1987-5668/5816-YKD. 1987/Kasım, 1665. Anah.

(18) **Y10HD**, 18.5.1987-2924/2991-İKİD 1987/Eylül, 521.

(19) **Y10HD**, 1.12.1987-6344/6665-Yasa HD 1988/Temmuz, 1043.

konudaki çözümü şöyledir. Kişinin cismani zarara uğraması halinde sadece o kişi manevi tazminat isteyebilir; yakınlarının, duydukları acı ne olursa olsun, manevi tazminat isteyebilme hakları yoktur. Eğer kazaya uğrayan kişi ölmüşse, o zaman yakınlarının BK. 47 uyarınca manevi tazminat isteme hakları elbette ki vardır; zira bu halde yakınları, kişinin ölümünden doğrudan doğruya duydukları acı nedeniyle ve kendi haklarına dayanarak manevi tazminat isterler (20).

Yargıtay bazı kararlarında bu esastan ayrılmış görünmektedir. Gerçekten **4. Hukuk Dairesi'nin** 23.9.1966 gün ve 965/6734-4349 sayılı bir kararında, akıl hastanesine yatırdığı karısını beş ay süreyle aramayan ve buna makul bir gerekçe de göstermeyen kocanın, karısına tecavüz edilmesi nedeniyle manevi tazminat isteyebilmesi kabul edilmiştir. Buna karşılık, **9. Hukuk Dairesi** 11.3.1981 gün ve 511/3090 sayılı kararında, kocası olan işçinin işkazası sonucu malül kalıp seks gücünü yitirdiğini öne sürerek manevi tazminat isteyen kadının bu istemini reddetmiştir. Ancak **Hukuk Genel Kurulu**, 23.9.1987 gün ve 9-183/655 sayılı kararı ile, **9. Hukuk Dairesi'nin** kararını bozarak, kadının manevi tazminat istemini kabul etmiştir.

Yargıtay'ın bazı yeni kararlarında da bu eğilimin sürdüğünü görmek mümkündür. Öncelikle Hukuk Genel Kurulu ve **4. Hukuk Dairesi'nin** kararlarında bedensel zarara uğrayanın yakınlarına da BK. 47 uyarınca manevi tazminat isteme hakkı tanınmıştır. Gerçekten **Hukuk Genel Kurulunun bir kararında** (21), «...olay sebebiyle doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan çocuğun babasının ruhsal sağlığı ağır şekilde bozularak şok geçirip tedavi olmak zorunda kalmışsa, illiyet bağı gerçekleşmiş sayılacağından BK. 47'ye dayanarak manevi tazminat...» isteyebilmesini kabul etmiştir. **4. Hukuk Dairesi de, bir kararında** (22), ağır kusurla bir gözü kör edilen küçük çocuk için, ana-baba yararına manevi tazminat istenebilmesi kabul edildiği gibi; **başka bir kararında da** (23), «...çocuğa karşı işlenmiş olan haksız eylem aynı zamanda cismani tamamıyeti ihlâl edilen kişinin yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğramasına neden olmuşsa, o takdirde yakınlarının da manevi tazminat istemeleri mümkündür. Çünkü bu takdirde eylemle uygun neden-sonuç bağı var demektir. Örneğin bir çocuğun beden bütünlüğünün ihlâlî sonucu, bu olayın etkisiyle ana yada baba veya kardeşleri v.s. asabi bir buhran, bir ruhi sarsıntı

(20) Ayrıntılı bilgi için bk. **Tunçomağ, Hizmet İlişkisinden Doğan Manevi Tazminat İstekleri ve Yargıtay Kararları**, Tütis 1984/2,5 6-7.

(21) **YHGK**, 2.12.1987 - 987-4-214/984-YKD 1988/Nisan, 463-464.

(22) **Y4HD**, 30.4.1987 - 3075/3367 - Yasa HD 1987 Ekim.

(23) **Y4HD**, 29.3.1983 - 2065/3423 - Yasa HD 1983/Mayıs, 735-736.

geçirir; bu yüzden hastalanır ve böylece ruh sağlığını geçici ya da devamlı olarak kaybederse, bu kişinin de manevi tazminat isteme hakkı vardır. Çünkü BK. 46'daki cismani zarar kavramına ruhi tamamîyetin ihlâli, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği genellikle kabul edilir...»

Buna karşılık, **9. Hukuk Dairesi** haklı olarak bu eğilime karşı çıkmaktadır. Gerçekten 9. Hukuk Dairesi bir kararında (24), «...cismani zarara uğrayan kimse BK. 47'ye göre ancak kendisi için manevi tazminat isteyebilir. Bu durumlarda yakınları manevi tazminat isteyemez. Bu yüzden, kocanın işkazası sonucu malûliyeti sebebiyle eşin manevi tazminat hakkı yoktur...» dediği gibi; **başka bir kararında da** (25), «...kocasını işkazası sonucu cismani zarara uğramış, fakat ölüm vuku bulmamışsa, karısı manevi tazminat isteyemez...» sonucuna varmıştır.

Kanımızca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 4. Hukuk Dairesi'nin kararlarında savunulan ve zarara uğrayanın yakınlarına BK. 47 uyarınca manevi tazminat hakkı tanıyan görüş isabetli sayılamaz. Çünkü BK. 47 çok açık bir ifade ile, manevi tazminat hakkını sadece «**cismani zarara duçar olan kimseye**» yahut «**adam öldüğü takdirde ölünün ailesine**» tanımıştır. Bu yüzden, yansıma suretiyle gerçekleşmiş bir zarardan sözedilerken cismani zarara uğrayanın yakınlarına da manevi tazminat hakkı verilemez. Olay bir illiyet sorunu değildir. Çünkü illiyet, haksız fiil ile meydana gelmiş zarar arasındaki ilişkiyi ifade eder. Bu anlamda illiyet failin fiili ile meydana gelen cismani (ve hatta ruhi) zarar arasında vardır; yoksa haksız fiil ile cismani zarara uğrayanların yakınlarının elem ve ızdırapları arasında uygun illiyet yoktur. Öte yandan, BK. 46 anlamında cismani zarar içine ruhi tamliğin bozulmasının da sokulabilmesi, cismani zarara doğrudan doğruya uğramış kişiyi ilgilendirir; onun yakınlarını değil. Bu yüzden, bazı Yargıtay kararlarındaki bu yeni eğilimin BK. 47'ye aykırı olduğu söylenebilir, kanısındayım. Öte yandan, cismani zarara uğrayanın yakınları tazminat isteklerini BK. 49'a da dayandıramazlar. Çünkü BK. 49'a göre tazminat isteyebilme hakkı da sadece kişilik hakkı doğrudan tecavüze uğrayan kişiye tanınmıştır. Üstelik ister BK. 47, ister BK. 49 konusu olsun, haksız fiil veya kusurlu sözleşmeye aykırılık zarara uğrayana karşı yapılmıştır; onun yakınlarına karşı değil.

b) Yargıtay kararlarında görünen ikinci eğilim, mümeyyiz olmayan kişilere de manevi tazminat hakkı tanınması yolundadır. Aslında manevi tazminat isteme hakkı, «**münhasıran kişiye bağlı hak**»tır. Bu yüzden mağdur temyiz gücünden yoksunsa, onun yerine yasal temsilcinin dava aç-

(24) **Y9HD**, 23.2.1987 - 2104/2357 - Yasa HD 1987/Mayıs, 751.

(25) **Y9HD**, 10.9.1986 - 6426/7855 - Yasa HD 1986/Kasım, 1564. Aynı anlamda : **Y9HD**, 4.6.1986 - 4764/5773 - Yasa HD 1986/Eylül, 1250.

mayacağı iddia edilebilir. Karşıt görüşte olanlar da vardır. Aslında münhasıran kişiye bağlı hakların tümünü aynı hükümlere tabi tutmak isabetli olmaz. Bu yüzden, temyiz gücü bulunmayan kişiye, yasal temsilcisi eliyle manevi tazminat davası açabilme hakkının tanınması daha doğru olur (26).

Yargıtay da bazı kararlarında, iki veya üç yaşındaki çocuklar ve hatta sağ doğmaları koşulu ile, ceninler için yasal temsilcilerin manevi tazminat davası açabilmesini kabul etmiştir. Gerçekten **4. Hukuk Dairesi bir kararında** (27), trafik kazasında ölen çocuğun küçük kardeşlerinin de manevi tazminat isteyebilmesini kabul etmiş ve manevi tazminatın sadece çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşı da takdir olunacağını; bu yüzden, sağ doğmak şartıyla ana rahmine düşmüş çocukların da manevi tazminat isteyebileceklerini kabul etmiştir. **4. Hukuk Dairesi'nin başka bir kararına göre de** (28), manevi tazminat yalnız olay sırasında duyulan değil, bütün hayat boyu duyulacak ve çekilecek olan elem ve acıya karşılık olarak takdir edilen bir paradır. O halde (N)'nin olay sırasında babasının ölümünü duyamayacak kadar küçük yaşta olması manevi tazminat hükmedilmesine engel teşkil etmez. Aksine ve kuşkusuz ilerde akli ermeye ve kendisine hissetmeye başladığında her insan gibi başkasının yokluğunu ve özellikle de babasını tam anlamıyla görüp tanıyamaması, onu hatırlayamaması, baba şefkatinden böyle yoksun kalması yüzünden yaşam boyu belki de diğer kardeşlerinden çok daha fazla elem ve acısını duyacaktır. Esasen, yakınlarının ölümü nedeniyle sağ doğmak şartıyla ana rahminde olanlara, küçüklere ve akıl zayıflığı halinde bulunanlara dahi manevi tazminat verilmesi gerektiği Yargıtay uygulaması ile benimsenmiştir, (bak. **4.HD**, 16.2.1977-1955/1692; **15.HD**, 28.10.1974-809/1267; **9.HD**, 6.7.1968-6080/9754 sayılı ilâmları). Bu yüzden, küçük yaştaki N'nin de manevi tazminat isteyebilme hakkı vardır.

III. İŞKAZASI NEDENİYLE SOSYAL SİGORTALAR KURUMUNUN SORUMLULUĞU

1 — Sosyal Sigortalar Kurumunun işkazasına uğrayan işçi (ve yakınları) karşısındaki sorumluluğu

a — İşkazası sonucu yaralanan veya meslek hastalığına tutulan işçi (ve işçinin ölümü halinde yakınları) karşısında sorumlu bulunan sadece

(26) Bk. **Tunçomağ**, Hizmet İlişkisinden Doğan Manevi Tazminat İstekleri ve Yargıtay Kararları. Tütis 1984/2, 10.

(27) **Y4HD**, 12.10.1983-7784/8331 - YKD 1983/Aralık, 1750-1751.

(28) **Y4HD**, 19.3.1981-1989/3442 - Yasa HD 1981/Nisan, 519. **Y9HD**'nin kararları da aynı yöndedir, bakınız: **Y9HD**, 30.6.1970-2600/735 - Çenberci, İş Kanunu Şerhi 1976, 809.

işveren değildir; onun yanında, Sosyal Sigortalar Kanununun aradığı koşullar gerçekleşmişse, Sosyal Sigortalar Kurumu (kısaca, Kurum) da sorumlu tutulur. Hatta işçi veya yakınları işkazası halinde önce Kuruma başvururlar. Çünkü Kurumdan para yardımı ve sağlık yardımı sağlamak açılacak dava sonucu işverenden para alma ile karşılaştırıldığında çok daha kolaydır. Bu nedenle, işkazası halinde işçi veya yakınları, ancak Kurumdan karşılayamadıkları zararlar için işverene başvururlar (29).

b — Kurumun işkazasına uğrayan işçi (veya ölmüşse, yakınları) karşısındaki sorumluluğu Sosyal Sigortalar Kanununun 11 vd. maddelerine emredici biçimde düzenlenmiştir. Kurum bu maddeler uyarınca işçiye «**iyileşmesi için gerekli bütün (araç ve gereç) ve hizmetleri sağlamak**» zorundadır. Şu halde, Kurumun işçiye yapacağı sağlık yardımları, para olarak değil; fakat eşya ve hizmet olarak sunulur, Sosyal Sigortalar Kanunu 13/II, 33/II. Hatta Kurum, kendi kusurlu davranışı ile işkazasına uğramış sigortalıya bile sağlık yardımı yapmak zorundadır, Sosyal Sigortalar Kanunu 110. Değişik bir söyleyişle, sigortalının (işçinin) kendi kusuru ile zarara uğramış olması, yapılacak sağlık yardımlarında hiçbir fark yapamaz. Şu halde, işkazasına uğramada hafif kusuru, kasdi, suç sayılır hareketi veya bağışlanmaz kusuru bulunsa da, sigortalıya Kurum tarafından sağlık yardımı yapılır (30).

Öte yandan, kusuru ile işkazasına uğramış bulunan işçiye (sigortalıya) Kurum tarafından para yardımı da yapılır. Ancak para yardımı yapılabilmesi için işçinin kusurunun ağır olmaması gerekir. Çünkü **kasdi veya suç sayılır bir hareketi yüzünden işkazasına uğrayan işçiye** geçici iş göremezlik ödeneği ile sürekli iş göremezlik geliri ödenmez, Sosyal Sigortalar Kanunu 110/I. Buna karşılık, **bağışlanmaz kusuru nedeniyle işkazasına uğrayan işçiye**, kusuru oranına göre hesaplanacak geçici işgöremezlik ödeneği veya sürekli iş göremezlik geliri ödenir. Fakat **bağışlanmaz kusuru bulunan işçiye** yapılacak ödemelerde Kurumun uygulayacağı bu indirim % 50'den de çok olamaz, Sosyal Sigortalar Kanunu 111. Örneğin, Kurum Yönetim Kurulu'da, 19.4.1968 gün ve 2552 sayılı kararı ile trafik suçu işleyerek işkazasına uğrayan işçinin bağışlanmaz kusuru bulunduğunu ve bu yüzden, kendisine bağlanacak gelir veya ödenekten belli oranda indirim yapılmasını kabul etmiştir (31).

(29) Bk. **Tunçomağ**, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 4. Bası, 322-323.

(30) Bk. **Tunçomağ**, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 4. Bası, 311.

(31) Bk. **Tunçomağ**, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 4. Bası, 312.

c) Yukarıda yapılan kısa açıklamaların gösterdiği gibi, Kurumun işkazasına uğrayan işçi karşısındaki sorumluluğu, **kamu hukukundan kaynaklanan bir sorumluluktur**. Bu yüzden, işkazasının doğmasında Kurumun bir kusuru olup olmadığı üzerinde durulmaz. Kurum, işkazasının doğduğu zararı yapacağı sağlık yardımı ve para yardımı ile karşılamak zorundadır. Bu yüzden, Kurumun işkazasına uğrayan işçi karşısındaki sorumluluğu **kusursuz sorumluluk**'tur. Hatta Sosyal Sigortalar Kanunu, Kurumun, kendi kusuru ile zarara uğrayan işçi karşısında da sorumlu bulunduğunu; bu durumdaki işçiye de her türlü sağlık yardımı ve para yardımı yapmak zorunda bulunduğunu; ancak işçi (sigortalı) kasdi veya suç sayılır hareketi sonucu zarara uğramışsa, para yardımı (gelir ve irat) istemeyeceğini; başlanmaz kusuru halinde ise, para yardımında (% 50'yi aşmayan) bir indirim yapılacağını kabul etmiştir. Şu halde ve kısaca, işkazasına uğrayan işçi karşısında Kurumun sorumluluğu kusursuz sorumluluktur ve hatta işçinin birlikte (müterafik) kusuru bulursa da bu sorumluluk, para yardımı açısından hafifletilerek, devam eder.

2. İşverenin İşçiye Ödeme Yapan Kurum Karşısındaki Sorumluluğu

a. Kurumun İşverene Başvurması (rücu davası).

Sigortalının (işçinin) işkazasına uğraması halinde, işçi Kuruma başvurur; Kurum da kendisine gerekli bütün yardımları yapar; Kural budur. Ancak Kurumun işkazası nedeniyle işçiye (sigortalıya) veya haksahiplerine yaptığı veya ileride yapacağı her türlü giderler için, belli koşullar gerçekleştiği zaman işverene başvurma (rücu), hakkı vardır, Sosyal Sigortalar Kanunu 26/II. Kurumun böyle bir hakkı, Sosyal Sigortalar Kanununun 10, 15, 27, 28, 39 ve 41. maddelerinin düzenlediği durumlarda da vardır. Acaba Kurumun adigeçen maddeler uyarınca işveren karşısında sahip bulunduğu bu başvurma (rücu) hakkının hukukî niteliği nedir? S.S. Kanununun adigeçen maddelerinde bu hakkın niteliğine işaret eden bir açıklama yoktur. Kurumun sahip bulunduğu bu hakkı, alelâde bir başvurma (rücu) hakkı biçiminde yorumlayan yazarlar vardır (32). Kanımca, Sosyal Sigortalar Kurumunun, Sosyal Sigortalar Kanunu 26 ve diğer maddelere dayanan hakkını bir halefiyet (alacaklı yerine geçme) olarak yorumlama daha isabetlidir. Çünkü Sosyal Sigortalar Kurumunun sigortalıya yaptığı ödeme bir yasa hükmüne dayanmaktadır ve yasa, bu ödeme nedeniyle Kurumun işverene (ve üçüncü kişilere) başvurabilmesini açıkca kabul etmiştir. Bu başvurma hakkının etkili kılınması isteniyorsa, bunun bir halefiyet hakkı olarak kabulü doğru olur. Çünkü aksi halde, Kurumun

(32) R. Atabek, Sigorta ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet, IHD, İstanbul 1969/3, 264 A. Kılıçoğlu, Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet, AHFM, c. XXXI, sy. 1/4, Ankara 1974, 428.

başvurma hakkının vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme kuralına dayandığını söylemek gerekecektir (33), oysa yasakoyucunun amacı, bu olamaz.

Yargıtay da, Sosyal Sigortalar Kurumun Kanunu 26'ya (ve 4772 sayılı Yasaya) dayanan başvurma hakkını, halefiyet olarak nitelemiştir. Gerçekten Yargıtay üç İçtihadı Birleştirme Kararında açıkladığı bu görüşünü, yeni kararlarında da sürdürmektedir (34). Öte yandan, Sosyal Sigortalar Kanununun 26. maddesinin Anayasaya aykırılığı öne sürülmüştür. Fakat Anayasa Mahkemesi, Sosyal Sigortalar Kanunu 26'nın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir (35).

b. Kurumun rücu davasının kapsamı

İşkazası (veya meslek hastalığı) işverenin (veya işveren vekilinin) kasdı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi yahut suç sayılır bir eylemi sonucunda doğmuşsa, Kurum, sigortalı veya hak sahipleri için yaptığı giderleri işverenden isteyebilir, Sosyal Sigortalar Kanunu 26/1. Kurumun bu durumda işverenden isteyebilecekleri, sigortalıya veya haksahiplerine yapılan ve ilerde yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile; gelir bağlamışsa, bu gelirin Sosyal Sigortalar Kanunu 22 uyarınca hesaplanacak sermaye değerinin toplamından ibarettir.

Ancak Kurumun sigortalıya veya hak sahiplerine yaptığı ödemeler nedeniyle işverene başvurabilmesi için, Sosyal Sigortalar Kanunu 26'da sözü edilen üç halden birinin gerçekleşmesi zorunludur. Birinci hal, **işverenin kasdıdır**: sadece ihmal, hatta ağır ihmal yetiştir. İkincisi **işverenin suç sayılır bir hareketidir**. Burada sözkonusu olan, Ceza Kanunlarının suç saydığı bir fiilin yapılmış olmasıdır. Bu suçun da kabahat türünden değil; fakat cürüm türünden bir suç olmasını aramak, maddenin amacına uygun düşer, kanısındayım (36).

Üçüncüsü, **işverenin işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliğine ilişkin mevzuata aykırı hareketidir**. Maddenin bu konudaki anlatımı oldukça geniştir. Bu yüzden, anılan mevzuata aykırı hareketin kasden veya ihmalen yapılmış olması bir fark yaratmaz, denebilir. Öte yandan, işkazasının veya

(33) Alelâde başvurma (rücu) ve halefiyet için bk. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, 727 vd.

(34) **YİBK**, 31.III.1954-17/10; 17.1.1972-2/1 ve 29.VI.1980-**Çenberci**, Yeni Bası, 206 vd.

(35) **AYMK**, 23.5.1972-RG 21.XI.1972.

(36) Aynı görüş: **R. Atabek**, İşkazası ve Sigortası, İstanbul 1978, 376/377. Karş. **Çenberci**, S.S. Kanunu Şerhi, 309.

meslek hastalığının önlenmesi için alınacak güvenlik tedbirlerinin alınıp alınmadığı ve bu tedbirlerin işkazası veya meslek hastalığını önleme derecesinin bilirkişilere incelettirilmesi uygun olur (37).

İşverenin bu tedbirleri almış sayılabilmesi için, sadece yasada açıkça belirlenmiş tedbirleri almış olması yetiştir mi? Teknik ilerlemeler yeni tedbirler gerektirmişse, ne olacaktır? Bazılarına göre, işveren, işkazası (ve meslek hastalığı)na engel olmak için gerekli her tedbiri, bu tedbir yasa, tüzük veya yönetmelikte belirtilmemiş olsa da almak zorundadır (38).

10.HD'nin aynı görüşü yansıtan ve gerekçeli bir kararı şöyledir :
«İşveren meslek hastalığının işgüvenliğiyle ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucunda meydana gelmesi halinde dahi zarardan sorumludur. Hiç şüphesiz anılan «mevzuat hükümleri» çevresinde İş Kanunu'nun «İşçi Sağlığı ve Güvenliği başlığını taşıyan (beşinci bölümü)nde yer almış hükümler de öncelikle girmektedir. Anılan bölümün ilk maddesi olan 73 üncü maddesinde ise, «işveren işçilerinin sağlığını ve işgüvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları araçları noksansız bulundurmakla yükümlü» tutulmuştur. Demek ki işveren bu yön, sağlık ve güvenlik tedbiri olarak mevzuatta belirtilmemiş bulunsa dahi, şayet bu yolda bir tedbirin alınması gerekiyorsa, bu tedbiri almak zorundadır. Bu konuda olanakların yetersizliği, özellikle tedbirin gereksindirdiği parasal fedakârlıkların ağırlığı, süregelen kötü alışkanlıklar ve iş gelenekleri tedbir alma yükümünü ortadan kaldırmaz. Kişilerin kutsal olan can ve sağlığının en önemli bir ödev olarak Anayasakoyucu tarafından devlete verilmiş bulunması bu yönü yeterince açıklar ve Sosyal Sigortalar Kanununun sözü edilen 26. maddesinin bu amaca yönelik niteliğini belirgin olarak ortaya koyar. Bununla birlikte, işverenin sadece anılan durumlardan birinin varlığı takdirinde sorumlu bulunduğu yönü de gözden uzak tutulmamalıdır. Yasadaki bu düzenleme aynı zamanda, sorumluluğun sınırlandırılması anlamını dahi taşır. Zira işveren, ancak belli ve sayılı durumların gerçekleşmesiyle sorumlu tutulabilirken, onu kendi dışında kalan nedenlerden ötürü sorumlu tutmak açık çelişki olurdu. Bu bakımdan, uygulamada çokça kullanılan söyleyişle kaçınılmaz olaylardan işveren sorumlu tutulamaz. Bundan başka, Sosyal Sigortalar Kanunu madde 26 fık.1'in Anayasa'ya aykırı bulunmadığı, Anayasa Mahkemesi'nce çözüme bağlanmıştır. Nihayet bu tür davalarda faizin, yapılmış giderler için ödeme ta-

(37) Bk. **Tunçomağ**, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar 4. Bası, 329.

(38) Bk. **Çenberci**, 307; Karş. **Atabek**, 380.

rihinde; bağlanmış gelirler içinde «tahsis» tarihinden yürütülmesi; oturmuş ve yerleşmiş Yargıtay İçtihadının bir gereğidir (39).

İşçi (veya yakınlarına) ödemede bulunan Kurumun işverene başvurması, Sosyal Sigortalar Kanunu 26/1'deki koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu yüzden, işverenin, işçiye ödemede bulunan Kurum karşısındaki sorumluluğunun kusura dayandığı söylenebilir. Ancak Yargıtay, işverenin Sosyal Sigortalar Kanunu 26/1'den kaynaklanan kusura dayanan sorumluluğunu bir anlamda kusursuz sorumluluğa yaklaştırmıştır. Gerçekten Yargıtay Kararlarında, işverenin işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği tedbirlerini alma borcunu çok genişletmiş; işverenin işkazasına engel olmak için gerekli her önlemi almakla yükümlü bulunduğunu ifade etmiştir. Böylece işverenin Sosyal Sigortalar Kanunu 26/1'den doğan sorumluluğu adeta kusursuz sorumluluk sınırına çok yaklaşmıştır.

IV. İŞKAZASI NEDENİYLE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN SORUMLULUĞU

1. Üçüncü kişilerin işçi karşısındaki sorumluluğu.

İşkazası üçüncü kişinin fiili ile meydana gelmişse, işçi, bu üçüncü kişiye karşı haksız fiil hükümlerine (BK. 41 vd.) göre maddi ve manevi tazminat davası açabilir. Eğer üçüncü kişinin bir işvereni varsa, yani üçüncü kişi yardımcı kişi niteliğini taşıyorsa, işçinin, BK. 55 veya 100. madde hükümlerine göre üçüncü kişinin işverenine karşı da dava açabilme hakkı vardır. Bu üçüncü kişi, işveren vekili niteliği taşıyorsa, o zaman zarardan, kural olarak, doğrudan işveren sorumlu tutulacaktır.

3. Üçüncü kişilerin işçiye ödeme yapan Kurum karşısındaki sorumluluğu (rücu davası)

İşkazası (veya meslek hastalığı) üçüncü kişinin kusurlu fiili ile meydana gelmişse, Kurum, sigortalıya yaptığı bütün yardımlar için, zararı yapan üçüncü kişilere ve kusuru varsa, bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre başvurabilir, Sosyal Sigortalar Kanunu 26/II. Burada sözü edilen üçüncü kişiler, kanımca işverenin BK. 55 veya 100 anlamında yardımcısı olan, fakat işveren vekili sayılmayan kişilerdir. İşte böyle bir üçüncü kişi kasden veya ihmal ile sigortalının bir işkazası veya meslek hastalığına uğramasına neden olmuşsa, sigortalıya ödemede bulunan S.S. Kurumu, yaptığı bu ödemeler nedeniyle üçüncü kişiye de başvurabilir. Kurumun ayrıca üçüncü kişinin kusurlu işverenine de başvurma yetkisi vardır (40). Çünkü burada sorumluluk, BK. 26/II; yani Borçlar Kanunu hükümlerinden kaynaklanmaktadır.

9.HD'nin bir kararına göre de, «...Topraksu 8'inci Bölge Müdürlüğünde şöför olarak çalışan sigortalı Arif, yine bu teşkilâtın işçilerini 8.12.1965 günü kamyonu ile birlikte götürmekte iken meydana gelen trafik kazasında ölmüştür. Kaza, İş Kanununun 40. maddesine göre işçilerin birlikte götürdükleri sırada meydana geldiği için 506 sayılı Kanunun 26/2 inci maddesine uygun bir işkazasıdır. Anılan Kanunun 26/2 inci maddesine işkazası 3. bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuş ise, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan üçüncü kişiden ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edebilir denilmektedir. O halde kazayı yapan üçüncü kişi şöför Mehmet'i çalıştıran diğer davalı Şükrü'nün Kurumca yapılan yardımlardan sorumlu tutulması için kazanın meydana gelişinde kusurlu olduğunun sübutuna bağlıdır...» (41).

Sosyal Sigortalar Kanunu 26/11'deki «kasıt veya kusur» sözlerinin «kasıt veya ihmal» olarak anlaşılması doğru olur. Çünkü sigortalının işkazasına uğramasına (veya meslek hastalığına tutulmasına) neden olan üçüncü kişiler sigortalının işvereni gibi prim ödemedikleri için ayrıca korunmaları gereği de yoktur, kanısındayım. Burada da uygulanacak hükümler Borçlar Kanunu hükümleridir.

(40) **Tunçomağ**, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 4. Bası, 335.
 (41) **Y9HD**, 1.XII.1976-9680/11363. Aynı anlamda: **Y9HD**, 19.11.1973-29831/2264-Ozanoğlu/Yalnızoğlu/Tümer I, N. 393.

GENEL GÖRÜŞME

TEBLİĞİN KONUSU : «İşkazasından Doğan Sorumluluk ve Yargıtay Kararları».

OTURUM BAŞKANI : İsmet OCAKÇIOĞLU
Yargıtay Birinci Başkanvekili.

TEBLİĞ SAHİBİ : Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku
Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü.

BAŞKAN : — Buyurun Aşçıoğlu.

Çetin AŞÇIOĞLU : — Sayın Prof. Tunçomağ'ın bu tebliğinde bazı konulara ilâve yapmak, bazı konular hakkında görüşlerimi bildirmek istiyorum. Onlar da şöyle: Özellikle uygun illiyet bağı üzerinde durdular. Tabiatıyla kusursuz sorumluluk hallerinde de uygun illiyet bağı önem kazanır. Şimdi burada uygun illiyet bağını nasıl tespit edeceğiz? Özellikle uygun illiyet bağının kesilmesi nasıl olacak? Şimdi uygun illiyet bağının uzun tanımını yapmak istemiyorum. Ancak kısaca şunu demek istiyorum. Bugün Türk ve İsviçre hukukunda belirlenmiş uygun illiyet bağı tanımını tamamen ihtimaller esasına göre yapılır. Eğer bir davranış, bir sonucun meydana gelmesi ihtimalini artırmışsa bunda uygun illiyet bağı vardır. Kısaca bunu bu şekilde belirtiyorum. Şimdi, kendileri misal verdiler. Dediler ki, anarşistlerin, işverene ait bir aracı silahla taraması sonunda burada uygun illiyet bağı yoktur. Hakikaten burada yoktur. Çünkü niye? Burada tehlikelilik ihtimali yani somut olayda tehlikelilik ihtimali artırılmamıştır. Niye artırılmamıştır? Çünkü motorlu aracın karayollarında sevki onun anarşistler tarafından silahla taranması ihtimalini artırmamıştır. Bu nedenle uygun illiyet bağı yoktur. Ancak eğer bir işverene ait aracın karayolunda seyri sebebiyle bir trafik kazası olmuş ve bu trafik kazasında 3. şahsa ait bir araç % 100 kusurluysa bu durumda uygun illiyet bağı var mı, yok mu? Bu durumda var. Çünkü niye var? Uygun illiyet bağı, ihtimali artırma nazariyesi olduğuna göre, şimdi burada karayolunda her motorlu aracın karayoluna çıkması trafik açısından, trafik kazası açısından tehlike ihtimalini artırır, daima tehlike vardır. Bu nedenle, uygun illiyet bağı vardır. Yanlız, işte geliyoruz burada geliyoruz, ne diyoruz? Üçüncü şahsın ağır kusuru veya hocam, eylemi dediler, bunu keser. Yanlız şunu belirtmek istiyorum? Uygulamada bunu böyle tanımlıyoruz, uygun illiyet bağı vardır. 3. şahsın kusuru veya eylemi keser. Yanlız doktrinde bunu daha kısaltıp ta, burada illiyet bağı yoktur da diyebiliriz diyenler de vardır, onu da açıklamak istiyorum. Yoksa kesin kez burada illiyet bağı kesmez, yani bu gibi olaylarda 3. şahsın ağır kusuru illiyet bağını kesmez diyemeyiz. Kesiyor bunu. İlliyet bağı vardır, sonucunda kesilecek.

Destek tazminatlarının hesabına gelince bu aslında çok uzun bir konu. Aslında ben şunu öneriyorum, bu toplantıyı tertip edenlere. Diyorum ki, bu destek tazminatları ve diğer bütün tazminat şekilleri artık bir karmaşa haline gelmiştir. Bilirkişilerin oyuncağı haline gelmiştir yargı. Bunu noktalyalım. Binaenaleyh bunun daha

iyi raya oturması için genişbir sempozyum yapılmasında iyi hazırlıklı sempozyum yapılmasında yüzde yüz yarar vardır. Bakın ben şimdi bunun bir örneğini vereceğim. Türkiye'deki sistemin bilirkişilerin esiri olduğunu, yozlaştırıldığını tespit ettim. Uzun uzadıya İsviçre'deki bir hâkime mektup yazdım, dedimki sizde destek tazminatları nasıl hesap ediliyor? Bana mektup geldi, bizde destek tazminatları tamamen hâkimler tarafından hesap edilir. Nasıl hesap edilir? Çünkü hocam da işaret ettiler, hemen hemen bütün konular, taktire kalmış konular. Mesela diyelim ki, tahmine, taktire, ölenin ilerideki gelirine hesap koyabilirsiniz ne oran koyabilirsiniz? Hiçbirşey koyamazsınız. Bunlar tamamen hâkimin takdirine dahildir, bunları hâkim tayin ediyor İsviçre'de. Ettikten sonra ellerinde iki cetvel var. Bu cetvele göre, bir yaşama tablosundaki bulunacak ölçülere göre, bir çarpma işlemiyle, bakın hâkimin teşvik ettiği geliri, örneğin, 100 Frank diyelim veya bizim Türkiye çapında diyelimki 100.000 lira çarpı o katsayı. O cetvellerdeki katsayıyla çarpıyor ve sonuca varıyor. Bu kadar iş basit. Bütün bunların, diğerlerinde de vardır üzerinde durulması gerekli. Manevi tazminatlar yönünden de vardır. Binaenaleyh bu kısmın bir sempozyumda incelenmesinde ben şahsen çok büyük yarar görmekteyim, özellikle bu Yargıtay'ın 9., 10., 11., 3., 4., Hukuk Dairesini de geniş kapsamlı olarak ilgilendirir. İnşallah gerçekleşir. Buna fazla değinmeyeceğim, yalnız bu hususu, aksayan hususu belirtmek istedim.

İkinci duruma gelince, sayın hocam doğrudan doğruya ve dolayısıyla zarar kavramı üzerinde durdular. Gerçi bu kavram Türk-İsviçre hukukunda terkedilmiş, artık kullanılmıyor ama bir konuyu izah etmek için bunu söylemek mecburiyetindeyiz. Şimdi, dolayısıyla zararlar, zarara uğrayan kişi manevi tazminat isteyebilecek midir istemeyecek midir?

Şimdi konuyu çarpıcı örneğiyle hocam da verdiler, Hukuk Genel Kurulundan da geçti. Hocam herhalde takip etmemiş veyahutta ben atlamış olabilirim. 9. Hukuk Dairesi'nin o kararı Hukuk Genel Kurulundan aksi çıktı, manevi tazminat ister şeklinde. Yani erkeklik organını kaybeden veyahutta gücünü kaybeden kişinin eşi bu nedenle manevi tazminat isteyebiliyor. Genel kurulun kararı bu. Dayanağı nedir? Aslında bu konu Türk-İsviçre hukukunda tartışmalıydı ve halen de tartışmalı. Fakat İsviçre mahkemesinin önüne gelen bir olayda da, bundan 3 veya 4 sene evvel yine böyle bir olayda, dolaylı zararlar, örneğin çocuğunun çok ağır şekilde yaralanmasından dolayı babanın, Borçlar Kanununun 49. maddesine göre tazminat isteyeceği kabul edildi. Federal Mahkemenin

iki kararı var, en son 3 veya 4 sene içerisinde. Onu da tercüme ettirdik bir arkadaşımıza, Yargıtay Dergisi'nde yayımlatmayı temin edeceğiz. Şimdi bu nereden kaynaklanıyor. Dolaylı zararda İsviçre'nin dediği gibi 49. maddeyi almış Federal Mahkeme. Şuradan kaynaklanıyor efendim, bir manevi tazminata hükmedebilmek için herşeyden evvel kişinin, kişilik hakkı tarafından korunan manevi değerlerinden, maddi ve manevi değerlerinden bir tanesinin zarar görmesi lazım. Şimdi böyle bir somut olay geldiğinde, zarar gören manevi değer nedir. İlk defa onu tespit etmemiz lâzım. O da şu şekilde tespit edilecek, İşte hangi manevi değerler bunlar kanunda belirtilmemiş. Doktrinde, yargı kararlarında bunlar tespit edilecek. Federal Mahkeme 49. maddeden giderken aile birliği, aile bütünlüğü, ana babanın çocuk sevgisini kişisel değerler arasında kabul etmiş ve bu nedenle de 49. maddeden bir sonuca varmış. Şimdi bizim olayımızda erkeğin erkeklik gücünü kaybetmesini ele alalım. Şimdi aile birliğinin kurulmasındaki temel nedir? Bu sosyolojik olarak ortada. Kadın ve erkeğin tabii diğer sebepler de var yalnız bunun üzerinde duracağım, kadın ve erkeğin cinsi arzuları da aile birliğini temin etmiştir sosyolojik yapıda. Öyle ise bu da kadın olsun, erkek olsun cinsi arzuları da kişilik hakkıdır. Bu kişilik hakları işte bu şekilde ihlâl edilince Borçlar Kanununun 49. maddesine göre durum ortaya çıkıyor burada işte. Gerçi bizim Yargıtay kararında bu şekilde açık bir yoruma gidilmemiştir ama Federal Mahkemenin kararında tabii olay ayrıdır oradaki, başka türlü yoruma gidilmiştir ama yine 49. maddede kişisel değerleri bakımından. Şimdi cenin bakımından dediler, manevi tazminat cenin ister. Bizim 960 tarihli kararımızı söyledi Sayın Tunçomağ. Fakat biz, sonraki kararlarımızda, sağ doğmak kaydıyla ceninin de manevi tazminat isteyeceğini kabul ediyoruz. Bunu da anti-parantez söyleyeyim.

Bir husus hakkında, bu işverenin sorumluluğunda son olarak bir görüşümü açıklamak istiyorum ve sayın hocam bu hususta veya diğer tartışmacılar bu hususta bir şey söyleyebilirse ve katkıda bulunabilirse memnun olacağım. Şimdi işverenin motorlu araçla taşıdığı işçiler ve motorlu araç sürücüsünün bir trafik kazasında yaralanması ve ölmesi sebebiyle sorumluluğu İş Kanununa göre vardır. Bunu prensip olarak kabul ediyoruz. Bunun yanında Karayolları Trafik Kanununda vardır. Karayolları Trafik Kanununda da işletenin yani işverenin, motorlu aracı olursa işleten sıfatı bu kez geliyor, işletenin de sorumluluğu vardır. Hele yeni Trafik Kanununa göre işleten yalnız motorlu araçta taşınan kişiler için değil, motorlu aracı süren kişiye karşı da yine

Kara Taşıt Kanununa göre tehlike sorumluluğuyla sorumludur. Şimdi iki sorumluluk çıktı. Hakların yarışması söz konusu burada. Şimdi burada ne diyeceğiz? Bunların telahuku mu vardır, yarışması mı vardır, yoksa teklik mi söz konusudur. Eğer yarışması dersek başka sonuca varacağız. Trafik Kanununun İş Kanununa göre daha özel bir kanun olduğu tartışmasız kabul edilmesi gerekir. Daha özeldir daha dar bir alanı, İş Kanununa göre özeldir. İkisinin de özel olduğunu kabul etsek, yeni Trafik Kanunu sonradan yürürlüğe girmiştir, bunun hükümlerinin uygulanması gerekir. Şimdi bana göre, kişisel kanıma göre ki şu konuyu basit olarak inceledim. Sayın Prof. Dr. Fikret Eren'de aynı konuyu incelemiş, o da burada, teklik söz konusudur. Burada işverenin, İş Kanununa göre sorumluluğu değil, Kara Taşıt Kanununa göre tehlike sorumluluğunun uygulanması gerekir, özel hüküm olması sebebiyle. Bunu, bu fikrimizi perçinlemek için başka bir örnek de veriyorum. Kamuya ait kara taşıt araçlarında kamu personelinin taşınması, kamu görevlisinin taşınması ve aracı kamu görevlisinin sürmesi durumunda dahi yine kamu hukuku kuralları değil de ne uygulanıyor? Yine kara taşıt kanunu uygulanıyor ve görev de adli yargı mahkemelerinden oluyor. Çünkü bu özel bir hüküm, özel bir düzenleme. Hele son kanun, gerçi son kanunda daha açık bir hüküm getirildi kamu taşıt araçları için ama bu bizim görüşümüzde duraksama yaratmaz. O halde diyorum ki ben, işverene ait işleten sıfatıyla araçta bulunan işçinin çalıştırdığı adamın ve sürücüsünün zarar görmesi halinde artık işverenin iş kanununa göre değil de işleten olarak kara taşıt kanununa göre sorumluluğu söz konusudur ve bu durum karşısında iş mahkemelerinin değil de asliye hukuk mahkemelerinin görevli, hukuk mahkemelerinin görevli olması gerektiği kanısındayım.

Sayın hocam bir de hukuka aykırılıktan, kusursuz sorumlulukta hukuka aykırılıktan mutlak olarak edilen hukuka aykırılık kusursuz sorumlulukta vardır. Evet ancak bazı yönleri bunun tartışmalı, yani doktrinde de var. Bazı kusursuz sorumluluk hallerinde, yani Yargıtay kararlarında açıkça incelenmemiş, belki bir Federal Mahkeme şimdi tabi konuyu daha evvelden tebliğ dağıtılmadığı için hazırlıksız geldim belki yanılırim bir Federal Mahkeme kararında hatırlıyorum fakat doktrinde bazı durumlarda özellikle 661. maddede, Medeni Kanunun 661. maddesinde hukuka aykırılığın unsurunun bulunması gerekmediğini de savunanlar vardır. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Teşekkür ederiz. Sayın Teoman Ozanoğlu.

Teoman OZANOĞLU : — Sayın başkan, sayın üyeler. Efendim ben bir konuya öncelikle değinmek isteyeceğim, tabi bazen öğren-ciler de hocalarını eleştirir, başışlarsınız. Biz bu tebliği daha önce-den alamadık. O itibarla değinilen konuları azami incelemek ola-nağını da bulamadık. Şimdi hocamızı dikkatle dinledik, saptaya-bildiğimiz kadarıyla konulara temas edeceğiz. Bir kusurumuz olur-sa başışlarsınız.

Şimdi efendim evvela iş kazasından doğan sorumluluk alanın-daki etkiye temas ederken Sayın hocamız, işverene karşı yöneltil-ecek destekten yoksunluk ve iş göremezlik tazminatı davalarının hu-kukî mahiyetine temas ettiler. Yalnız bu davalarda kusur mesele-sinin de bir taraftan da bunun dolaylı olarak risk nazariyesine da-yandırıldığını ifade buyurdular. Gerçekten bu konu Yargıtay uygu-laması bakımından aşağı yukarı açıklığa kavuşmuştur. İş Kanunu-nun 73. maddesinin etkisiyle özellikle artık burada bir kanundan doğan mesuliyet ve tehlike mesuliyetinin mevcut olduğu kabul edil-miştir. Ama bu taraftan da kusur araştırmaları yapılıyor. Bu ta-biatıyla tazminatın kusura ilişkin koşulu var mıdır, yok mudur di-ye saptamak için yapılmıyor. Tazminat borçlar kanununa göre ta-yin edilecektir. Hakkaniyetin gerektirdiği hallerde tabiatıyla Borç-lar Kanununun 43. maddesinin 44. maddesinin uygulanması söz ko-nusu olabilir. Tabiatıyla bu da gene kusura ilişkin yönün davalar sırasında araştırılmasıyla ortaya çıkabilir. Bu bakımdan, kusurun da araştırılması bence bir çelişki teşkil etmiyor ve o davaların esa-sında bir tehlike sorumluluğu felsefesiyle yürütülmesi kuralını boz-muyor. Şimdi bu tazminatların hesabı meselesi gerçekten büyük önem taşıyor. Efendim bu tazminat hesabı meselesi bizim uygula-mamızda bilirkişiler marifetiyle yaptırılıyor. Bunda tabi bir zorun-luluk var. Yalnız, bilirkişi mütalâalarının değerlendirilmesi her za-man hâkimlerin yetkisi içerisindedir. Kabule değer görülmeyen bir bilirkişi raporu kabul edilmez ve tekrar yenisi alınabilir. Şimdi Sa-ym Çetin beyefendi buyurdular ki, hâkim yapsın demeye getirdiler. Zannediyorum, İsviçre'deki hâkimin mektubundan esinlendiklerini söylediler. Şimdi bunun hâkim tarafından yapılması bence pek mümkün değil. Yalnız bilirkişi müteâlalarının isabetli olabilmesi için Türkiye'de bazı ön işlemlerin yapılması lazım. Malumualiniz bu muhtemel ömür meselesi bizde halen P.M.F. cetveline göre saptanmaktadır. İsviçre'de bildiğimiz gibi ştofer cetveli var, picord cetveli var ama maalesef Türkiye'de, Türkiye'nin koşullarına uygun

bir cetvel yoktur. Aslında bu mesele çok önemlidir. Türkiye'de bu konuda bir cetvel yapmaya elverişli demokratik etüdlerin tam anlamıyla yapılması lazım geliyor. Ondan sonra da, hatta bölgelere göre, ülkenin tümüne göre değil, bölgelere göre her mıntıkada yaşama yaşı nedir diye böyle bir takım önemli etüdlere dayanan neşriyatın yapılması lazım geliyor. Tabi bunlar olursa sayın bilirkişiler bundan yararlanırlar. Tabiatıyla bunları değerlendirecek hâkimler de yararlanırlar ve bu yaşama yaşının muhtemel ömrün tesbitinde doğruya daha yaklaşılr ve isabetli sonuçlar elde edilir. Ama maalesef hele şu iş kazasına dayanan davaların benim hatırladığım kadarıyla 30 seneyi müteceviz bir ömrü olmasına rağmen bizden hiçbir bilim adamı bu denli bir takım demokratik etüdler ve picord gibi, ştofer gibi, P. M. F. cetveli gibi bazı cetveller yaratmak için heves etmemiştir veya yaratmışsa ben bilmiyorum, ben görmedim. Bir zaman Devlet İstatistik Enstitüsüyle bir Anayasa Mahkemesindeki dava vesilesiyle temas etmiştim. Orada bazı ufak çalışmaların yapıldığı görülüyordu. Ama ondan sonra hayli zaman geçti, bir sonuç alınmadı. Demek isterimki, bir defa böyle etüdler bu raporların, hesapların tam olması için, bu tür memlekete özgü etüdlerin yapılması lâzım gelir.

Şimdi ikinci unsur bu kazancın tesbiti meselesidir. Burada da biz 60 yaşa kadar aktif çalışır, ondan sonra pasif çalışır diyoruz. Yargıtay bunu içtihatlarıyla böyle söylemiştir ama bunun da aslında bir dayanağının olduğunu, bendeniz söyleyemeyeceğim. Bu adeta bir çeşit teamüle dayanıyor. Aslında bu konuda da bir takım çalışma etüdlerinin yapılması lazım gelir. Bu memlekette insanlar, her meslek grubuna göre ne kadar çalışabiliyorlar, aktif ömürleri nedir? Bunun da gene inandırıcı cetvellerle saptanması lazım. Ben bizim meslekten misal vereyim. 65 yaşında emekli olan hâkimlerin çoğu 1-2 sene sonra ölüyor veya 65 yaşına ulaşamıyor. Şimdi, bu bakımdan, her meslek grubu için, her mesleğin riskini içeren bir takım cetvellerin yapılması lazımdır ki, efendim bu 60'a kadar çalışır, aktif çalışır ondan sonrada pasif çalışır demede bir takım isabetli dayanaklara ulaşılabilin.

Şimdi diğer bir önemli konuya değindi Sayın Hocamız. Bir ücret artışı ne olacak meselesi. Gerçekten efendim bu da çok önemli bir mesele. Ücret artışı ne olacak? Bunun için de bu memleketteki terfi sistemlerinin, ücrete etkili bütün unsurların ve hele enflasyonun ve bir de ekonominin makro tahminlerinin çok inandırıcı belgelerle ele alınması, yayınlanması lazım geliyor. Bu konuda da bir

çabaya rastlamıyoruz. Ben hatırlarım rahmetli Çenberci'nin öncülüğünde şu %5 rakamı yetersizdir diye ilk kararı Yargıtay'da bizim dairemiz verdi ve buna bağlı olarak tabii iskonta haddi de %5 olarak yanlıştır diye bir takım kararlar verdik. Sizin de isabet buyduğunuz gibi efendim, bu %5'in yetersiz olduğu aşikâr. Bu, hukuk genel kurulundan da birkaç defa geçti. Artık bir genel yargı kanaati haline geldi ama %5 olmayacaktır da ne olacaktır? Bunu biz söyleyemiyoruz. Şimdi söylememizin zorluğuna da değindiniz. Çok haklısınız. Ben de size katılıyorum. Gerçekten bu %5 olmayacaktır ne olacak diyebilmek için, kesin bir rakam verebilmek için biraz önce değindiğim bilimsel etüdlerin yapılması lâzım geliyor ve bu bilimsel etüdlere yapmak bize düşüyor efendim. Bu konudaki uzman bilim adamlarına düşüyor. Onların o etüdlere biz de kanaatlerimizde ve yargularımızda yararlanabiliriz. Henüz bunlar yapılamadığı için de kesin bir rakam verme olanağı ve içtihadı birleştirme imkanı henüz bulunmadı. Şimdi Sosyal Sigortalar Kurumunun sorumluluğu meselesine gelince, gerçekten Sosyal Sigortalar Kurumunun sorumluluğunun hukuksal dayanağının işverene karşı yöneltilen davalarda olduğu gibi, bir risk nazariyesine dayanmadığını sayın hocam bence de büyük isabetle buyurdular. Gerçekten birçok kararımızda geçtiği üzere bu temelde rücu hakkı bulunan haleflik esasına dayanmaktadır. Bazı rücu davaları yönünden. Ama kusur aranmaktadır. Kusurun bazı nev'ilerini kanun açıkça yazmıştır. Mesela kast veya suçluluk. Asıl hocamızın değindiği, işçi sağlığı ve güvenliğine aykırı davranış, bu tabii çok kapsamlı bir tabirdir ve bizde de bu işçi sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuat o kadar kazüistik olarak hergün genişlemekte ve çıkarılmaktadır. Fakat bir yönüyle bunların bir kısmı suç kapsamına alınmıştır. Yani bir önceki suç tabiri içerisinde girdiklerinden orada bir çakışma da vardır. Aslında tabii bu işçi sağlığı ve güvenliğine aykırı davranışlar, suç teşkil etmeyenler olmak lazım gelir, o zaman ve onların da tabiatıyla bir kusur sorumluluğu esasına bağlı olarak bilirkişilerce saptanması gerekiyor. Ve bunlara dayanıyor. Şimdi bu sorumluluğu biz biraz genişlettik, hocamızın isabetle belirttikleri gibi. Birtakım idari tedbirlere uyulmamasını da yani henüz bir işçi sağlığı tüzüğü haline gelmemiştir veya kendi işkolundaki bir tüzük veya yönetmelik haline gelmemiştir ama bilimsel neşriyatlarla artık aklın mantığın gereğiyle ve iş hayatındaki uygulamalarla bunun da alınması lazım geliyor ama tüzükte yazılı bulunmuyor. Bu da diyoruz bir kusurdur. Mademki bunun temelinde kusur mesuliyeti var o itibarla, sırf tüzükte yazılı olmamış olması, bunun kusur sayılma-

masını, binaenaleyh işverenin, rücu tazminatının sorumluluğundan kurtulmasını gerektirmez diye düşünmekteyiz.

Şimdi toparlayayım efendim, ben yalnız burada bir iki konuya da sayın hocamın değinmesini isterim. İnşallah bir dahaki tebliğlerinde bunu kendilerinden bekleriz. Şimdi Yargıtay kararlarının bu yasakoyucuya etkisi konusunu özellikle incelediğimize ve sempozyumun da esas amacı bu olduğuna göre ve özellikle iş kazası bakımından bu böyle tebliğin konusu olduğuna göre orada şimdi 3395 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanunda yapılan 26. maddede yapılan değişiklik ile 3396 sayılı Kanun ile Bağ-Kur Kanununun 63. maddesinde yapılan değişikliklerde büyük önem taşıyordu ve hatta bir bakıma kendi içeriğinde de bir çelişki taşıdığı da ileri sürülebilir. Çünkü zarar artışı, daha doğrusu bağlanan gelirlerin artışı dolayısıyla açılan rücu davalarının ilanihaye açılıp açılmayacağı meselesi, Bağ-Kur'da 3396 sayılı Kanunla bir noktada kesildi, ama bunun dışında bilindiği gibi sigorta kanunu bakımından ve özellikle üçüncü şahısların mesuliyetleri bakımından bu devam ediyor. İnşallah onu da bir başka toplantıda görüşürüz.

Şimdi Çetin Beyefendi'nin dediği konuya da kısaca temas edeyim. Efendim bizim bilhassa sosyal sigorta sorumluluğu açısından, son trafik kanunu yani iş kazası şeklinde oluşması halinde son trafik kanununun efendim iş kanunu veya onu açıkca söylemedi arkadaşımız ama sosyal sigorta kanununu değiştirdiği kanaatinde değiliz. Bu fevkalâde yanlış bir tenkit olur. Çünkü 506 sayılı Kanunda istihdam edenin mesuliyeti ilkesi yoktur. O itibarla öbür kanundaki istihdam edenin mesuliyetine getirilen hükmün son çıkan kanun olduğundan bahisle özel bir kanun olan bizim kanunumuzu değiştirdiği görüşü bence ileri sürülemez. Bu bakımdan biz gene 506 sayılı Kanunda düzenleme nasıl ise veya Bağ-Kur Kanununda düzenleme nasıl ise, bu gibi meseleler karşımıza çıktığında o çerçevede halli mesele ederiz. Teşekkür ederim.

— Teşekkür ederiz.

BAŞKAN : — Sayın İsmail Bayer.

İsmail BAYER : — Ben iki konuyu da sayın hocamızın açıklamalarıyla aydınlanmak için seçtim. Birincisi, manevi tazminat konusunda. İş kazası sonucu ölenin kardeşleri ve çocukları arasında manevi tazminata hükmolunurken aynı ölçüde verilen bir kararı Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bozarken çocukların daha fazla manevi

tazminat alabileceğini, kardeşlerinin ise yani ölenin kardeşlerinin daha az tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozup buna dayalı hüküm tesisini istiyor. Bu karara katılmakla birlikte buradaki hâkimin taktirindeki oranlar çok değişik olabilmekte. Burada eş, kardeş ve çocuklara manevi tazminata hükmedilirken, bir oranın alt ve üst sınırı konusunda bir tespite yönelinebilir mi?

İkinci konu, özellikle Sayın Aşçıoğlu'nun da üzerinde durdukları konu, manevi tazminat konusunda. Kadının dava açıp açamayacağı konusu bu yaklaşık 10 yıla yaklaşan bir süredir Yargıtay'ın gündeminde olan bir konu. Sayın Oğuzman Hocamız da hatırlarlar. Bu milli komitenin kararlarında da dile getirilmişti. Daha önce hukuk mahkemesinde açılan bir dava 4. Hukuk Dairesi'ne gelip asliye hukuk mahkemesinin bakamayacağı sonra iş davasının açılması gerektiği belirtilip, 9. Daire de, 70'li yılların sonlarında bu konuyu reddetmişti. Ancak geçtiğimiz yıl, sanıyorum bu aylarda 5. İş Mahkemesinin verdiği ve Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesi'nin reddettiği eşin manevi tazminat isteğine ilişkin kararı, 5. İş Mahkemesinin direnmesi sonucu Hukuk Genel Kurulunda görüşülüp ve yerel mahkemenin direnme kararı doğrultusunda 9. Daire'nin kararı bozulmuştu. Bu nedenle, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu görüşü Hukuk Genel Kurulunca kabul edilmeyip ilk defa eşin de manevi tazminat davası açabileceğine ilişkin bir karar verilmiştir. Ancak yanlış bilgilenmediysem 9. Hukuk Dairesi bu konudaki görüşünü devam ettirmekte. Ayrıca Yargıtay Genel Kurulunun kararında, 9. Hukuk Dairesi üyelerinin karşı oy yazıları bulunmaktadır. Yine yanlış hatırlamıyorsam Sayın Özkul'un karşı oy yazılarında özellikle İsviçre hukukundan da örnekler verilmekteydi. Bu durumda 9. Daire'nin görüşü aynıysa, Hukuk Genel Kurulunun bu yeni görüşü doğrultusunda uygulamada bir karmaşa doğmakta. Acaba bu konuda Yargıtay içinde 9. Daire ile Hukuk Genel Kurulu arasında bir görüş birliği oluşabildi mi? Sayın Hocamızın bu konudaki, yani son karara değinmedikleri için, görüşünü almanın yanısıra eğer bu konuda siz de bir açıklama lütfederseniz sevinirim. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Efendim, 16. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Bilal Kartal.

Bilal KARTAL : — Efendim ben destekten yoksun kalma tazminatı ile ilgili söz alacaktım. Sayın Aşçıoğlu ve Ozanoğlu geniş

bir şekilde dokundular. Zannediyorum hocam açıklamada bulunacaklardır, vazgeçiyorum.

BAŞKAN : — Peki efendim. 4. Hukuk Dairesi Başkanı sayın Turgut Uygur. Fakat efendim önce şu konuda bir hususu açıklamak istiyorum. Eşin cinsel gücünü kaybetmesi sebebiyle kadının manevi tazminat isteyebilip isteyemeyeceği hususu önce 9. Hukuk Dairesi'nde incelenmiş. 9. Hukuk Dairesi mahkemenin, davanın kabulüne ilişkin kararını bozmuş, bunun üzerine mahalli mahkeme kararda ısrar etmiştir. Hukuk Genel Kurulu gerekçeli bir kararla ayrıntılı bir şekilde bu gibi olaylarda manevi tazminat istenebileceği sonucuna varmıştır. Bu iş bu şekilde kapanmış, daha sonra aynı konuda ikinci bir dava Hukuk Genel Kuruluna intikal ettiği zaman Hukuk Genel Kurulu, bu tür davaların genel mahkemelerde görülebileceği iş mahkemelerinde görülemeyeceği gerekçesiyle, dindenme kararını bu defa görev noktasından bozmuş işin esasına girmemiştir. Durum bundan ibarettir.

Turgut UYGUR : — Sayın başkan, saygı değer konuklar, öncelikle iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku Türk Millî Komitesi'ne Yargıtay Başkanlığıyla birlikte bu derecede seviyeli bir seminer hazırladıkları için kendilerini candan kutlarım. Benim kökenimde az da olsa biraz iş hukuku olduğu için bu toplantıları büyük bir mutlulukla izledim. Tahmin ederim, aynı zevki siz de almışsınızdır.

Efendim cidden Türkiye'nin özgün hukukçularından olan Sayın konuşmacı Tunçomağ, görev yaptığım daireyle ilgili bazı konulara da değindiği için söz almak ihtiyacını duydum. Şimdi sayın konuşmacının değindiği konulardan birisi uygun illiyet bağı konusu. Biz dairemizde, daire uygulamamızda karşı tarafın veya 3. şahsın kastı veya ağır kusuru veya mücbir sebep halinde tehlike sorumluluğunda ek bir kusur yoksa illiyet bağını kesmiş kabul ediyoruz. Yalnız burada tek kusur unsurunu özellikle gözönünde bulundurmak gerekir. Nitekim dairemizde çok kısa bir süre önce bir hemzemin geçidinde tren kazasında verilen bilirkişi raporu, makinistin kusursuz olduğunu çarpma olayına karışan otobüsün 8/8 kusurlu olduğunu belirtmesine rağmen, dairemiz şehir hudutları içerisinde kalan meskun hudutlar içerisinde bulunan hemzemin geçitte devlet demir yolu işletmesini bu işletmeden yarar sağlayan bir kurum olarak bir önlem alması gerekir miydi, gerekmez miydi konusunun ek kusur teşkil edip etmeyeceği konusunda bozma yaptık. Yani eğer işletme burada teh-

like kusuruyla sorumlu olduğu halde hiçbir kusuru olmasa da bir ek kusur tespit edilirse, o hemzemin geçide bariyer yapması hususu gerekli görülüyorsa işletmeyi sorumlu tutma olanağını gözönünde bulundururuz.

Efendim, diğer konu, destek tazminatıyla ilgili. Cidden destek tazminatıyla ilgili konularda, Yargıtay'ın kesin bir tavır aldığını söylemek güç. Bu konu şahsen beni de büyük ölçüde rahatsız etmiştir. Hatta kişisel olarak bu davalara bakan 9. Hukuk Dairesi, 10. Hukuk Dairesi, 11. Hukuk Dairesi başkan ve üyelerini ziyaret ederek konuya açıklık getirilmesini, Yargıtay olarak bir ilkeye varmamızı istedim. Değerli arkadaşlarımla belirttikleri gibi bu konuda ciddi araştırmalara gerek var ama, görüyoruz ki ciddi araştırmalar bugüne kadar maalesef ihmâl edilmiştir. Onun ikmalini beklemek kanımca uygulamada istikrarsızlığa neden olmaktadır. Bazı bilirkişiler ücret artışı ve iskonta miktarını %35'lere %40'lara vardırılmakta, bazıları hâlâ %5 artış, %5 iskonto oranını uygulamakta ve maalesef itiraf etmek lazım ki bu çeşitli kararlar onanma imkânını da bulmaktadır. Yargıtay genel kuruluna da intikal eden bir olayda bu husus tekrar gündeme getirildi. Fakat tazminat miktarının azlığı nedeniyle konuya eğilmek imkanı bulunamadı. Yalnız biz 4. Hukuk Dairesi olarak %5 artışla %5 iskontoyu kesinlikle kabul etmiyoruz. Ve buna ilişkin raporları iptal ediyoruz. Bizim dairemizin uygulaması, ücret artışının %10, iskontonun %10 kabul edildiği durumlarda tazminat miktarına ilişkin raporları hükme esas olabilecek nitelikte görüyoruz. Tabii bunlar da kesin bir miktar değil, hepsi varsayıma dayanan miktarlar. Sonra iskontonun niteliği gözönünde tutulursa, iskontonun ilerdeki yıllarda alınacak bir kazancın peşin ödemesi olduğu ve bugünde bankaya para yatırıldığı takdirde bunun %58 oranında net bir gelir getirdiği nazarı itibare alınırsa, bu %5 iskontonun az olduğu açıktır. Sayın konuşmacının bahsettiği rapor bizim Dairemizle ilgiliydi. Hatta ben bir örnek alma ihtiyacını da duydum, kişisel dosyamda saklıyorum. Ama orada ücret artışıyla iskontoda muntazamlığın olmaması görüşü, az da olsa bir fark getirmesi görüşü vardı. Şimdiye kadar Yargıtay'ın bütün uygulaması % 5 artış % 5 iskonto doğrultusunda olduğu için teklik kuralı bakımından herhangi böyle bir ayrıma gitmemeyi gerek ücret artışının %10, iskontonun %10 olmasını uygun bulduk. Benim kanımca bu konu, teknik bir konudur. Sayın Prof. Kenan Tunçomağ'ın bir gazetede çıkan makalesinde de belirttiği gibi bunların hâkim tarafından re'sen tespit edilmesi kanımca olanak dahilinde değildir. Bu bir uzmanlık

işidir, hesap işidir, yine bilirkişiye gidilecektir; ama bilirkişilerin raporları bence titizlikle incelemeye tabi tutulmak, kontrol edilmek gerekir. Ve bence Yargıtay'ın da uygulamaya bir yön vermesi ve açıklık getirmesi lazımdır.

Efendim manevi tazminata gelince, şimdi Borçlar Kanunumuzun 47. maddesinin bugünkü düzenlemesi karşısında, yansıma suretiyle zarar görenlere manevi tazminat verilmesi mümkün değildir. Ve yine bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında belirtildiği gibi burada bir yasa boşluğu yoktur. Bizim dairemizin uygulaması ve bundan tahmin ederim, daha 15 gün olmadı, genel kuruldan 33'e karşı 2 oyla geçen bir kararla yararlanmak suretiyle zarar görenin ana ve babasının doğrudan doğruya zarardan etkilenmesi söz konusu değilse, manevi tazminat talep etmeyeceği hususu kararlaştırılmıştır. O şekilde karar çıkmıştır. Bizim dairemizin uygulaması, eskiden beri, eğer doğrudan doğruya bir zarar görme varsa ancak o zaman tazminat istenebilir. Bunun ispatı da davacıya aittir. Ama doğrudan doğruya zarar görme yoksa, 47. madde ayakta durdukça, manevi tazminat tanıma hakkı mümkün görülmemektedir.

Efendim, değerli konuşmacı bir de ceninin manevi tazminat isteyip istemeyeceği hususundaki dairemizin 965 yılındaki içtihadına dayanmaktadır. O içtihat geçerliliğini yitirmiştir, çok eski bir içtihatdır. Dairemizin şimdiki görüşü: Sağ doğmak şartıyla ceninin de medeni haklardan istifade edebileceği esastan hareketle, manevi tazminat istenebileceği görüşü hâkimdir. Çok teşekkür ederim efendim.

BAŞKAN : — Teşekkür ederim. Efendim sayın Hocamıza eleştirileri cevaplamak üzere söz vermeden evvel ben de Hukuk Genel Kurulundan illiyet bağı ile ilgili olarak geçen enteresan bir olayı zikretmek istiyorum. Hem de düşüncelerini de lütfederlerse.

Şimdi efendim olay, 4. Hukuk Dairesi'nden geçiyor dava. Dairede zannediyorum Sayın Aşçıoğlu beyefendinin muhalefetiyle; genel kuruldan da benim de muhalefete katılmam suretiyle geçiyor. Bir otomobil trafik kurallarına aykırı olarak yaya kaldırımına park ediyor. İhtiyar bir kişi kaldırımda yürürken onu gören kaldırımdan geçen birisi herhangi bir olay olmasın diye ihtiyarı uyarıyor. İhtiyar bundan telâşa kapılıyor. Kaçarken düşüyor, başını vuruyor bir tarafa ve ölüm meydana geliyor. Şimdi acaba burada trafik kurallarına aykırı davranan kişiden hak sahipleri tazminat isteyebilirler mi, isteyemezler mi? 4. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu

illiyet bağı mevcut değildir şeklinde kabul ederek uyuşmazlığı çözdür. Bu konuda da fikrinizi lütfederseniz, illiyet bağı konusunda.

Kenan TUNÇOMAĞ : — Evet sadece bir ilâve. Olayımızda, arabanın hareket etmesi söz konusu değil, daha yerinde duruyor değil mi?

BAŞKAN : — Evet çalışırken dedim, arabayı çalıştırırken evet evet.

Kenan TUNÇOMAĞ : — Şimdi olayı tekrar edeceğim. Birisi trafik kurallarına aykırı olarak arabasını bir yere park etmiş.

BAŞKAN : — Yaya kaldırımına.

Kenan TUNÇOMAĞ : — Ve motoru çalıştırmış. Değil mi? Motoru çalıştırmış. O sırada bir ihtiyar oradan geçerken dışarıdan birisi müdahale ediyor ve diyor ki, aman dikkat et çarpacak. Onun üzerine telâşa kapılan yaşlı kişi, düşüyor ve başını taşa çarpıyor ve ölüyor.

— Korna sesi var mıydı efendim? Zannediyorum korna sesi de yoktu.

BAŞKAN : — Hayır, korna sesi yok. Sadece uyarma.

Kenan TUNÇOMAĞ : — Şimdi Hukuk Genel Kurulu burada illiyet yok diyor. Siz aksi görüşü savundunuz. Bu olayda zarar var, fiil var, hukuka aykırı fiil de var. Hukuka aykırı fiil, hukuka aykırı park etme şeklinde sadece.

BAŞKAN : — Sayın Tunçomağ sizin ilk aldığımız misale müsabih bir durum.

Kenan TUNÇOMAĞ : — Müsade edin. Aracın sahibi sadece motorunu çalıştırıyor ve araba hemen hareket etmiyor. Fakat dışarıdaki bir kişinin bağırmasıyla; dikkat demesiyle bu olay oluyor. Yani şimdi burada bir illiyet bağı düşünülebilir. Yani yaşlı bir kimseyi, böyle bir sözün ürkütebilmesi ve kişinin ürkmesi sonucu düşüp ölmesi.

BAŞKAN : — Davalı araç maliki efendim. Araç sürücüsü.

Kenan TUNÇOMAĞ : — Bir dakika. O zaman durum değişir. Çünkü araçlar hareket ederken Trafik Kanununa tabidirler; buradaki araçta ise hareket söz konusu değildir. Çünkü Eski Trafik K.'na göre hareket halinde olmayan araçlar bina, yani inşa eseri

olarak kabul edilir ve bu durumda Borçlar Kanunu 58 uygulanırdı. (Not: Yeni Trafik K. işletilme halinde olmayan araçlardan doğan zarardan işleteni kusurlu ise sorumlu tutmaktadır). Kaldı ki, olaya ister Trafik K., ister Borçlar K. 58 uygulansın, aracın çalıştırılması ile kişinin ölümü arasında uygun illiyet yoktur.

— Hayır, hayır değil efendim.

Kenan TUNÇOMAĞ : — Bir dakika, bir dakika, ben anlatayım, sonra siz de konuşursunuz. Hareket halinde olmayan; duran vasıtalar için Trafik Kanunu uygulanmaz. Benim görüşüm böyle. Siz başka görüşte olabilirsiniz. Yeni Trafik Kanununda durum tartışmalıdır. Burada araba sürücüsünün değil, belki dışarıdan müdahale eden kişinin fiiliyle olay arasında uygun illiyet bulunur. Niye bulunur? Çünkü kişi yaşlı bir kişi ve birinin onu ürkütecek şekilde bağırması sonucu yaşlı kişinin şaşırması ve düşmesi mümkündür. Şimdi bu kişinin sorumluluğu olabilir; ama bu kişi de o kadar iyi niyetle hareket etmiştir ki, sonunda tazminata hükmedemezsiniz. Yahutta adalet ve şey esaslarına göre tazminat ödetemezsiniz.

— 43. madde, hakkaniyet.

— Evet adalet ve hakkaniyet.

— Onun hakkında dava yoktu zaten efendim.

Kenan TUNÇOMAĞ : — O zaman durum başkadır. Çünkü Trafik Kanununa göre olay incelenemez. Zaten olayda uygun illiyet de yoktur. Hukukta, özellikle borçlar hukukunda müesseseler bugünün müessesesi değildirler. Bunlar ta Roma hukukundan beri gelen esaslardır. Biz müesseseye yeni bir şekil veremeyiz. Bunlar bütün modern hukuklarda böyle uygulanır. Demek ki, belli müesseseler nasıl iseler, öyle kalırlar. Zaman içinde müesseselerde değişme hiç olmaz mı? Olabilir. Ama müesseseyi nasıl ise öyle bilmek lâzımdır. O müesseseden o haliyle sonuç çıkarmak gerekir.

Şimdi uygun illiyet kavramı bellidir. Bugün uygun illiyetin üzerinde bir ihtilâf yoktur; olmaması lazımdır. Her olay bir başka olayın sonucu olarak kafamızda idrak olunur. Biz her olayı, her sonucu bir başka olaya bağlarız; kafamızın işleyiş tarzı böyledir. Bu mantıki illiyettir. Her olayın, her hareketin, her zararlı sonucun bir nedeni olması gerekir. Borçlar Hukukundan bir kürsü örneği verilebilir. Örneğin, bir kimse uçak bileti almış, uçakla seyahat edecek. Seyahata çıkmadan bir lokantaya giriyor, lokantada yemek yerken garson üstüne çorbayı döküyor. Çorbayı döktüğü

için gidiyor evinde elbisesini değiştiriyor. Uçağı kaçırıyor. Ondan sonraki uçağı biniyor ve bindiğı uçak düşüyor ve adam ölüyor. Şimdi hiç şüphesiz, garson o çorbayı üstüne dökmeseydi o kişi birinci uçakla gidecek ve ölmeyecekti. Burada çorba dökülmesi ile uçağın düşmesi sonucu ölen arasında mantıki illiyet vardır. Ama uygun illiyette var mıdır? Hukuk düzeni açısından tazmini gereken bir illiyet var mıdır? Elbetteki yoktur. Peki olan nedir? Olan şudur. Bu kişi yani garson sadece elbiseyi yağlatması kirletmesi nedeniyle doğan zarardan sorumlu tutulur. Yoksa, kişinin ölmesi nedeniyle mirasçuları, yakınları karşısında garsonun bir sorumluluğı yoktur. Sorumluluğı bu kadar yaydığınız zaman toplum hayatı olmaz. Onun içindir ki, hukukta mantıki illiyet değilde uygun illiyet esaslı kabul edilmiştir. Şu halde bir fiilin normal olan sonuçları ancak uygun illiyet bağı içinde düşünülebilir. Fiil, verdiğim örnekte olduğu gibi beklenmeyen; rastlanmayan bir zarar veya nadiren rastlanan bir sonuç doğurursa, mantıki illiyet vardır; ama uygun illiyet yoktur. Bu yüzden uygun illiyetin olmadığı yerlerde bir tazminat söz edilemez.

Sayın Çetin Aşçıoğlu, 3. kişinin % 100 kusuruyla yani, giden bir trafik aracına birisinin % 100 kusurlu olarak çarpması ve içindeki işçinin ölmesi halinde illiyetin kesilmesi vardır dedi. Ben anlattım illiyetin kesilmesini nasıl anladığımızı. Biz öyle anlıyoruz. Burada illiyetin kesilmesi olayı söz konusu değildir. O fiille doğan sonuç arasında doğrudan doğruya uygun illiyetin bulunmadığı görüşündeyim.

İsviçre'de destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin hesapların daha açık ve seçik olduğuna ilişkin bir beyanda bulundular. Bir kere İsviçre'de olay, Türkiye'dekinden çok farklıdır. İsviçre'de hâlâ enflasyon % 3'tür, % 4'tür. Bazen belki bunun da altındadır. Türkiye'de enflasyon % 80-90'lara gitmektedir. Zaten bu yüksek enflasyon, Türkiye'de sadece ekonomik düzeni değil, hukuk düzenini de tahrip ediyor. Hiçbir hukukî müessese bu enflasyona karşı dayanamaz, her müessese kendisini bırakıyor, bırakmak zorunda ve herkes de meselesini fiilen çözme yoluna yöneliyor. Boşuna mı senet mafyaları görülüyor. Alacaklı olanın hakkını alabilmesi mümkün değil, enflasyon böyle oldukça. Şu halde İsviçre'deki bir halin Türkiye'ye uygulanması son derece güçtür. Orada tazminat hesapları %5, %5 olarak yapılıyor. Belkide %4, %4'dür. O noktada tam kesin değilim, ama % 5'in üstünde olmadığına tartışma yok. Ama orda zaten enflasyon % 3'lerde % 4'lerde. Orda bir problem yok.

Orda ölüm tabloları da var ve sıhhatli. Tablolarla iş hallediliyor. Bizde ne tablo var; ne bilirkişiler bunu sağlam hesaplayacak durumda; ne enflasyon müsait. Bu şartlar altında tatmin edici bir sonuca Yargıtay'ın varabilmesi elbetteki son derece güçtür.

Manevi tazminat konusuna başlarken, Yargıtay'ın kararlarından yeni bazı eğilimler çıkıyor dedim ve bu eğilimleri tespit ederken iki nokta üzerinde durdum. Önce manevi tazminatın kazaya uğrayan işçi dışındaki kişilere de yapılması üzerinde durdum. Bir kere İsviçre/Türk hukuku sistemlerinin bir çözümü var, yıllardan beri bu böyledir. Kişinin cismani zarara uğraması halinde sadece o kişi manevi tazminat isteyebilir. Yakınlarının duydukları acı ne olursa olsun manevi tazminat isteme hakları yoktur. Ama kişi ölmüşse yakınları 47. madde uyarınca bunu isteyebilir. Kural budur. Şimdi Yargıtay bu kuraldan ayrılmış görünüyor. Ben sadece elimde bulunan 9. Hukuk Dairesi'nin kararını söyledim. Şimdi açıklamalardan da anlaşılıyor, Hukuk Genel Kurulu işçinin işkazası sonucu malûl kalıp seks gücünü yitirdiğini öne süren ve manevi tazminat isteyen kadının bu talebini kabul ediyor. Bunu yeni bir eğilim olarak ifade ettim ve bu konuda herhangi birşey de söylemedim; yanlışır demedim, doğrudur da demedim. Sadece şimdiye kadarki esaslar dışına çıkan ve Yargıtay'ın yeni bir eğilimini dile getiren karardır dedim.

İkinci nokta, mümeyyiz olmayan kişilere de manevi tazminat hakkının tanınmasıdır. Yargıtay'ın bu yönde de yeni bir eğilimi var. Ve ben bu eğilimin açıkca isabetli olduğunu ifade etmiştim.

Şimdi bana yöneltilen soru şu; İşçinin bir vasıta içinde kazaya uğraması halinde yeni Trafik Kanunu mu uygulanacaktır? Yoksa işverenin sorumluluğuna ilişkin Borçlar Kanunundaki esaslar mı uygulanacaktır? Buydu değil mi soru?

— Borçlar Kanunu değil, İş Kanunu.

Kenan TUNÇOMAĞ : — Evet şimdi siz Trafik Kanununun yeni bir kanun olması nedeniyle ve de duruma da daha uygun düşmesi nedeniyle onun uygulanması gerektiği düşüncesini savundunuz. Ben aksi görüşteyim. Çünkü İş Kanunu olsun, Borçlar Kanunu olsun işverenin sorumluluğunu açık ve seçik düzenlemiştir. Trafik Kanunu çok özel bir alan için çıkarılmış bir kanundur. Kaldı ki, bunun şöyle bir tehlikesi de var. Bu kazada yılanma süresi, zaman aşımı süresi 10 yıldır. Yani hizmet sözleşmesine, İş Kanununa, Borçlar Kanununa dayandırdığımız zaman 10 yıldır. Trafik Kanununa dayandırdığımız zaman 2 yıldır.

— Suç şimdi, eylemin suç olması kabul ediliyor. Genişlemiş, 5 yıl.

— 5 yıl olsun, öbürü 10 yıl. Şimdi sizin yorumunuz zarara uğrayan kişinin hakkını da sınırlayıcı bir yorum oluyor; Yani özü itibarıyla katılmadığım bir görüş. Bir de ortaya, zamanaşımı açısından baktığınız zaman, bir başka sakınca da ortaya çıkıyor. Bu yönden ben bu görüşü.

— Burada yarışma var mı hocam. Bilhassa yarışma var mı yani davacı, karayolları.

Kenan TUNÇOMAĞ : — Yok bunlar yarışmıyor. İki ayrı yerde duruyor benim görüşüme göre, bu olaya işçi işveren ilişkisi açısından bakıyorsak, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir.

— Sayın Teoman Ozanoğlu, değerli öğrencilerimden biridir, hep hocam der. Beni de mutlu kılar. Çünkü böylelikle öğrencilerimizden birinin Yargıtay'da bulunması ve orada iyi bir isim yapmış olması beni ayrıca mutlu kılıyor.

Sizlere tebliğimin bir suretini dağıtamadım. Aslında bu toplantıya geleliyordum. Çünkü olaylar öyle gelişti ki, benim gelmem mümkün değildi. Ama söz namustur kuralına bağlı kaldığım için, tebliğimi yazılı olarak dağıtmasam da, toplantıya katılayım, tebliğimi vereyim diye düşündüm. Sizlere tebliğimin birer suretini veremediğim için özür dilerim.

Aslında iş kazasından doğan sorumluluk belki burada bir hafta sürecek bir çalışma ister. Sizlerde o kadar vakit var mı bilmem? Bizlerde de o kadar vaktin olduğu şüpheli. Onun için sayın Teoman Ozanoğlu'nun söyledikleri içinde bir noktaya sadece dokunmak istiyorum. Türkiye'de emeklilik yaşı bugün erkekler için 55'dir. Oysa hesaplamada 60 yaş temel alınır. Bir de 60'dan sonrası için de aktif olmayan dönem için de para hesap edilir idi. Tabii Türkiye'de 55 yaşın emeklilik yaşı olması normal bir olay değil. 1990'dan itibaren bu 60'a çıkacak. Yani düşünün bir ülkede emeklilik yaşını siz faal dönemin bitişi olarak kabul etmiyorsunuz. Niye? Çünkü iyi tespit edilmiş bir yaş değil; ama bu bir tezat da ortaya çıkarıyor. Sonra, 60 yaşından sonra da gayri faal dönem diye, o dönem için de bir hesap yapılıyor; ama şimdi hangi mahkemenin kararı bilmiyorum, 1987 yılına ait yasa dergisinde çıkan bir karar gördüm yoldayken. Öyle tahmin ediyorum. Bu kararda, 60 yaşın-

dan sonrası, tazminat için hesaba katılmaz deniyordu. Yanılmış olabilirim.

İsmail Bayar'ın sözlerine gelince, kanımca manevi tazminatta ölenin yakınlarından herbirine verilebilecek tazminat konusunda kesin bir oran saptanamaz. Çünkü manevi tazminatı biz böyle anlıyoruz. Herhangi bir fiilin bir kimsede doğurduğu üzüntü, ızdırıp bu ızdırabın şiddeti sadece yakınlık derecesi değil, ama bu yakınlık derecesine ek olarak, aradaki ilişki nedeniyle duyulan üzüntünün yoğunluğu da gözönünde tutuluyor. Yani kardeş, her durumda böyle değil. Çok bağlı olan bir kardeş için daha farklı birşey de tespit edilebilir. Kaldı ki bizde manevi tazminat üzerinde fazla konuşacak birşey de yok. Çünkü manevi tazminat olarak tespit edilen miktarlar yeterli değil; kişinin kardeşi ölüyor; oğlu ölüyor birkaç milyon paraya hükmediliyor. Bunlar manevi zararı telâfi edecek miktarlar değildir. Yani manevi tazminat müessesesi özü itibarıyla, affedersiniz ama, bizde çalışmıyor. Çünkü miktarlar çok düşük olarak tespit ediliyor. Bunların mutlaka olayına göre yüksek tutulması gerekir.

İşkazası sonucu seks gücünü kaybeden işçinin karısının dava açması konusunda 9. Hukuk Dairesinin ve Hukuk Genel Kurulunun kararları var. Bunlar birbirine uymuyor. İçtihadı birleştirme kararı dahi söz konusu olabilecektir. Ancak o sayede bu tezadın düzeltilmesi mümkün olabilir. Sayın Turgut Uygur'a herhangi birşey söyleyecek değilim. Çünkü söylediklerine genel olarak katılıyorum. Zaten benim söylediklerimle kendisinin ifade ettikleri arasında herhangi bir fark da yoktur.

Sayın dinleyiciler sizi bu saatlere kadar tuttuğum için üzgünüm. Ama programa göre ben sadece 5 dakika aşmış bulunuyorum. Teşekkür ederim.

BAŞKAN : — Efendim seminer çalışmalarını kapatırken, Yargıtay'ın 120. Kuruluş Yıldönümünü kutlama çalışmalarını çerçevesinde bu semineri Yargıtay 1. Başkanlığıyla teşrik-i mesai ederek düzenleyen İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi'ne ve ayrıca uygulamada gerçekten büyük yararlar ve yararlı sonuçlar doğuracağına inandığım bu tebliğleri hazırlayan çok değerli hocalarımıza, tartışmalara katılan, katkıda bulunan konuklarımıza ve iki gün devam eden bu müzakereleri büyük bir alâkayla takip eden siz konuklarımıza şükranlarımızı teyiden tekrar sunarım. Saygılarımla.

● GENEL KONULAR

ADALETE SAYGI

Cahit NALBANTOĞLU (*)

● ANLATIM DÜZENİ: 1 — Giriş. 2 — Adaletin Yeri. 3 — Adaleti Et-kileyen Nedenler. 4 — S o n u ç .

1 — GİRİŞ

İlgili yada ilgisiz bir çok kurum ve kuruluşun göze çarpan yerlerinde «**Adalet Mülkün Temelidir**» deyimine rastlarız. Bunun gerçek anlamını yeterince kavrayıp uygulayabildiğimiz ölçüde bu temelın sağlam tutulabileceği kuşkusuzdur. Nevar ki, çoğu zaman bu değerli ve özlü tümceyi duvarlara yazmakla yetinmekte, esasına inmeyi umursamaz görünmekteyiz.

Her yapıda olduğu gibi, en büyük yapı olan Devlet yapısında da «**Temel**» in ne derece önem taşıdığı tartışma götürmeyecek kadar açıktır. Bu temelın «**Adalet**» üzerine kurulu olduğu savını benimsemeyecekler bulunabilir mi? Öncelikle bu soruyu cevaplamak gereğini duymaktayım. Çünkü bu cevabı belirlemeden temeli sağlam tutmak olanağını bulmak güç olacaktır.

Bugüne değin sözünü ettiğimiz ilkeye karşı çıkan ve «Hayır, Devletin temelini oluşturan Adalet değildir, falanca şeydir» diyene rastlamadım. Belki ben rastlamadım ama, rastlayanı da görmüş ya da duymuş değilim. Bu tümcenin içeriğini doğru bulmayan, karşı çıkan varsa, bunu açıkça ortaya koymalı ki, temelın gerçekte ne olduğu hususu tartışılmalı ve sonuca varılmalıdır. Karşı çıkmadan, başka bir görüş ortaya atmadan bu ilkeyi kabullenmiş gibi görüldükten sonra tutum ve davranışlarla ilkeye ters düşen uygulamalara girmek, içtensizlik ve tutarsızlık olarak nitelendirilebilir. Özellikle, görevli ve sorumlu yerlerde bulunanlar açısından böylesine bir davranış, salt tutarsızlıkla kalmayıp, üzerine oturduğu temeli inkar eden bir sorumsuzluğa kadar uzanabilir. Böyle bir sorumsuzluğu kimseye yakıştırmak niyetinde değilim.

Bu durumda, en azından kendi açımdan bu sözdeki gerçeği varsayıyor ve temeli buna göre oluşturmanın doğru olduğu düşüncesinden yola çıkmakta sakınca görmüyorum.

(*) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi.

2 — ADALETİN YERİ

Bazı düşünürlerin de benimsediği gibi, toplum ve devlet düzenini bir güneş sistemi benzetmesiyle örneklemek gerekirse, Adaleti güneşe ve diğer kurumları onun etrafında dönen gezegenlere kıyaslamak herhalde yanlış olmaz. Bu benzetme, çoğu kez tartışma konusu yapılan, hangi gücün daha üstün yada daha önemli bir yer tuttuğu sorununu gündeme getirme amacını gütmemektedir. Demokrasilerde yer alan klasikleşmiş kuvvetler ayrılığı ilkesi esasen böyle bir tartışmayı gereksiz kılar. Nevar ki, en azından işlev sırası bakımından diğer güçleri temsil eden kurumların iş ve işlemleri, sonuçta adalete intikal edeceğinden son söz adaletin olmaktadır.

İşte, Devletin temelini adaletin oluşturması bu nedene ve işlevin son halkası olmasına dayanmaktadır. Bindiğimiz dalı kesmemek ve temeli sağlam tutmak niyetinde isek, kim olursak olalım, ister sade vatandaş, ister en yüce görevlerde bulunan kimse olarak, adalet duygusuna olan saygımızı yitirmemek ve onun gereğini yerine getirecek imkanları araştırmak ve o yolda çaba harcamak zorunda olduğumuzu düşünmeliyiz.

Bu nasıl sağlanabilir? Bu konuda da bir özdeyişten yararlanarak değerlendirme yapılabilir: **«İğneyi kendine, çuvaldızı başkasına batır..»** demişler. Kişi olarak kendimize karşı yapılmasını istemediğimiz bir şeyi başkalarına yapmaktan kaçınmalıyız. Hak ve adalet duygusu böyle gerçekleşebilir. Bunu sade vatandaş olarak düşündüğümüz zaman, anlaşmazlıkları büyük ölçüde azaltmamız olasıdır. Görevli ve sorumlu yerlerde bulunanlar için ise, bu düşünce daha da önem kazanır. Anlaşmazlıklara çözüm getirmekle görevli olanlar, bu kavrama sade vatandaştan daha çok özen göstermelidirler. Vatandaş onlara güvenle yada en azından çaresiz kaldığı için yaklaşmıştır. Kimin haklı olduğunu saptayacak olan görevli, yasaya uygun biçimde ve haklıyı ortaya çıkaracak bir duyarlılık ve tarafsızlıkla konuya eğilebilirse, amaca ulaşılmış olur. Aksi halde haksızlık ve adaletsizlik daha da büyük boyutlar kazanabilir. Bunun sonucu olarak ta Devletin Temeli gerçekten zarar görme noktasına gelebilir.

3 — ADALETİ ETKİLEYEN NEDENLER

Burada adalete yardımcı güçlerin işlevlerinden söz etmek gereğine işaret etmek istiyorum. Doğrudan yada dolaylı yoldan adaleti etkileyen bir kısım görev ve işlemlere değinmek, konuya açıklık kazandıracaktır.

a) Bunların başında kolluk kuvvetleri gelmektedir. Vatandaş herhangi bir haksız davranış karşısında, ilk aşamada kolluk kuvvetlerine başvurma alışkanlığındadır. CMUK., Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Jan. Teş. Gör. ve Yet. Kanunu hükümleri açısından polis ve jandarmanın

gerek doğrudan, gerekse C. Savcısının yardımcısı olarak görev yaptığı durumlarda, yetersiz yada yasaya ve işin gereğine uymayan davranışlar içerisinde olması, adalet cihazının çalışmasını olumsuz yönde etkileyecek sonuçlara götürür. Böylesine olumsuz sonuçları önlemenin çaresi, bilgili, deneyimli, yasalara ve kişi haklarına saygılı olduğu kadar, yukarı bölümde işaret ettiğimiz özdeyişe uygun bir düşünce yapısına sahip ve bu nitelikleri itibariyle vatandaşın güven duyduğu görevlileri devreye sokabilmektir. Aksi halde, adaleti yanılıcı sonuçlarla karşılaşmamız kaçınılmazdır. Kolluk görevlileri yeterince bilgi ve deneyim sahibi olmazlarsa suç ve zanlıyı saptamakta güçlük çekecekleri gibi, olayın kanıtlarını toplamakta da yarılgılara düşeceklerdir. Bunun sonucu olarak asıl fail yerine ilgisi olmayan kişileri ve kanıtları toplayarak adalet önüne getirecektir. Kamu oyunda zaman zaman, işin gerçek yönü bilinmeden söylenen «**Zabıta yakalayıp getiriyor, adliye onları serbest bırakıyor**» şeklindeki bilinçsiz, yanılıcı ve bazen de kasıtlı olarak ifade edilen görüşler ortaya atılabilmektedir.

Yasa hükümlerine ve kişi haklarına saygılı olmayan görevlilerin adalet adına olan davranışları çok daha olumsuz ve tehlikeli boyutlara ulaşabilmektedir. Kolluk kuvvetlerinin gerek suç işlenmesini önleme, gerekse işlendikten sonra failini yakalama, kanıtları toplama aşamasındaki çalışmalarını yasa hükümleri dışına taşarsa, vatandaşın güvenini de yitiren bir davranış içine girmiş olurlar. İş bununla da kalmayabilir. Uygulamada zaman zaman görüldüğü gibi, vatandaşın da Devlet otoritesine karşı gelmesine ve dolayısıyla suç sayısının artmasına neden olur. Çoğu zaman da belli bir suça mutlaka bir fail bulmak çabasının sonucu olarak ilgisiz kimseler zanlı, hatta, -yasaya aykırı olarak- suçlu sıfatıyla adalet önüne gönderilir. Daha çarpıcı ve güncel konulardan biri olan «**İşkence Sorunu**» da, görevlilerin yasa hükümleri ve insan hakları açısından şiddetle kınanacak ve Devletin temelini gerçekten sarsacak nitelikteki olumsuz davranışlardır.

Bu sorun, üzerinde titizlikle durulması, toplumsal, psikolojik ve hukuksal yönlerden ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulması, önleme çarelerinin içtenlikle araştırılması gereken büyük bir sorun olması itibariyle bu yazının kapsamı içerisine sığdırılmasına olanak yoktur. Nevar ki, hukukun temelini bu derece sarsan olgu hakkında birkaç söz etmeden geçmeye gönlüm razı olmadı.

Görevlilerin işkence yoluna başvurmalarının nedenleri arasında akla gelebilen şunlar olmaktadır :

— Bunlardan bir bölümü, akli dengeleri yerinde olmayanlardır. Çünkü bu dengeye yeterince sahip olanlardan, hemcinslerine karşı böylesine bir davranış beklenemez.

— Yada, sadist, canavar ruhlu kimselerdir. Eziyetten, işkenceden zevk almaktadırlar. Her iki halde de kişilerin ruhsal yapılarında olağan-dışı bir özellik var demektir ki, böylelerinin görevde kalmaları olası değildir.

— Üstlerinden aldıkları emir gereği bunu yapmaktadırlar. Emirle bunu yapabilen kimse, daha başka suçları da işleyebilecek demektir ki, görevde kalması herhalde sakıncalı olacaktır.

— Yukarıdaki olasılıklardan ayrı olarak, görevli tarafından suçlu olduğuna inanılan kişiye bu suçu kabul ettirmek için başvuru olan olağan bir yoldur.

Bu sonucusu, belki de en masumane şekilde yapılan işkencedir. Nevar ki, yapanın sorumsuzluğu ve zavallılığı burada da kendini göstermektedir.

Bu olasılıkları dile getirmemin nedeni, yine iğne ve çuvaldız özdeyişine bu görevlilerin dikkatini çekmek amacını vurgulamaktır. Gerçekten, suçlu olan bir kimseyi söyletmek için başvuru olan durumlarda dahi, işkence gören kimse kendisi olduğu takdirde ne hissedeceğini düşünebilen görevli, herhalde böyle bir davranıştan kaçınacaktır. Buna bir tür oto-kontrol sistemi diyebiliriz. Bence en önemli kontrol bu olmalıdır. İşkencenin affedilmez bir insanlık suçu olduğu söylenmektedir. Bana göre bu söz yeterli değil, hatta hatalıdır. İşkenceye insanlık suçu demek doğru olamaz. Belki, «**insanlık dışı bir davranış**» demek daha doğru olur. Zira işkencenin insan davranışı olduğunu söylemek oldukça zordur. Bu yola başvuranlar amansız bir şekilde izlenerek bu tür suçlar cezasız bırakılmazsa, hangi türden olursa olsun, işkenceciler çekinecek ve bu yoldan geri döneceklerdir. Yeter ki, bunu içtenlikle benimseyebilelim.

b) Gelelim, adaleti etkileyen diğer işlemlere.. Adalet oluşturulurken, gerek hazırlık sırasında, gerekse yargılama aşamasında bazı bilgi ve belgelerin toplanması gerekmektedir. Örneğin, bir nüfus kaydı, bir tapu kaydı, bir vergi kaydı yada başka dairelerde bulunan herhangi bir belge yada bilgi davanın sonuçlanması açısından gerekli olabilir. Bu bilgi ve belgelerin hem çabuk hem de doğru olarak ilgili adalet yerine ulaştırılması, o işin gereğine uygun şekilde sonuçlandırılabilmesi için vazgeçilmez hizmetler arasındadır. Bunun gibi, PTT hizmetleri de önemi küçümsemeyecek sonuçlar doğurur. Temeli sağlam tutmak istediğimiz zaman bu hizmetlerin aksatılmaması gerekir. Bunlar, işin adalet önüne getirilmesi aşamasından sonraki işlemlerdir.

c) Daha önemlisi ise, bazı konuların adalet önüne getirilmesinden kaçınılması yada oraya getirilmesine engel olucu davranışlarla karşılaşıl-

masıdır. Kanımca, bu sonucusu, temelin sarsılmasında en önemli etkenlerden biri olmak niteliğindedir. Zira adalet gerçekleşmez, gerçekler ortaya çıkmazsa, Devlet temelini oluşturan yapı, kuşku, haksızlık, öfke, kin, intikam, belki kendiliğinden hak alma gibi olumsuz duygu ve eğilimlerin etkisiyle yavaş yavaş çürümeye ve zamanla yıkılmaya mahkûm duruma gelir.

4 — SONUÇ

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında şöyle bir sonuç değerlendirmesi yapmak mümkün olacaktır :

- Sorumlu ve yetkili yerlerde bulunanların, Atatürkçü, lâik, adalete saygılı olduklarını dile getirmelerine karşın, davranışlarıyla bunun tam tersini uyguladıkları ve uygulanmasına göz yumdukları,
- Anayasal kuruluşların ve işlevlerinin bazı kimseleri rahatsız ettiği,
- Yasaya aykırı ve keyfi davranışlarını yüzüne vuran yargı kararları karşısında yakışsız sözler sarfetmek cüretini gösterebilen sorumluların bulunduğu ve onlar hakkında herhangi bir işlemin yapılmadığı,
- Yolsuzlukların açığa çıkarılması yerine, örtbas edilmesi gayretleri sonucu, kamuoyunda bu yolsuzlukların gerçek olduğu izlenimlerinin yerleşmesine neden olduğu ve buna rağmen, yolsuzlukla suçlanan görevlilerin büyük bir pişkinlikle koltuklarına yapışmakta direndikleri,
- Yaygınlaşan, görevi kötüye kullanma, rüşvet, zimmet, hırsızlık ve sahtecilik eylemlerinin güncel olaylar gibi görülüp kanıksanmaya başlandığı,
- Bir kez Anayasa'ya aykırı davranmanın sakınca doğurmayacağı düşüncesinin savunulabildiği ve aykırı davranışların sık sık pervasızca tekrarlanabildiği,
- Temel hak ve özgürlüklerin bazı cahil, beceriksiz ve kötü niyetli görevliler elinde oyuncak haline getirildiği,
- Yasal düzenin koruyucusu olması gereken kolluk kuvvetleri mensuplarından bazılarının, bilgisiz, bilinçsiz, kaba ve yasalarla bağdaşmayan davranışları sonucu, vatandaşların kamu gücüne karşı güvenlerini yitirmelerine neden oldukları,
- Bazı örgütsel suçlarla, özelliği olan kimi saldırıların faillerinin yakalanması konusunda belirgin beceriksizliklerin, ihmallerin ve hatta saptırmaların gözlenebildiği,

● Yasal işlemlerin uygulanmasında hukuk kurallarının değil, iktidara yakın olmanın ve adam kayırma ölçülerinin egemen olduğu,

● Ziya Paşa'nın dediği gibi, milyonla (günümüzde milyarlar) çalanın elüstünde tutulduğu ve sadece birkaç bin lira çalmak zorunda kalanlara yüklenilmekle yetinildiği,

Yerler olursa, orada adaletten ve adalete saygının varlığından söz etmek kolay değildir.

Dileğimiz, ülkemizin bu olumsuzluklardan uzak kalmasıdır.

ADLİYECİ

O. Kadri KESKİN (*)

Kuruluşunun 120. yılını kutladığımız Yüce Yargıtay; adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adlî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii, bazı davalarda da ilk ve son derece mahkemesidir.

Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından seçilmektedir.

Bu şartlardan öte, Yargıtay üyeliği için aranılan vasıflar aslında tüm adliyecilerde olması gereken özelliklerdir.

Her müessesede insan unsuru en önde gelen faktördür. Yüce Yargıtay da, 120 yıldan bu yana kıymetli adliyecilerin omuzlarında yücelmiş, adaletin son mercii olarak haklının ve mazlumun ilticagâhı olmuştur. Kuşkusuz bundan sonra da bu yüce görev lâıykıyla ifa edilecek, adalet meş'alesi söndürülmeyecektir.

Yargıtay üyeleri de hâkimdir, savcıdır; kısaca adliyecidir.

O halde kimdir adliyecisi?...

Asırlardır denildiği gibi «adalet mülkün temeli» ise, **adliyecisi de temel taşıdır.**

İddia makamında C. Savcısı, savunma makamında avukat ve karar merciinde hâkim üçlüsü ile adliye bir kül; yardımcı personeli ile de bir bütündür.

Adliyecisi, hakkın ve haklının zafere ulaşmasını gaye edinmiş, kanunlar ölçüsünde adaletin gerçekleştirilmesi gayretindeki kişidir.

Adliyecisi her zaman bîtaraf (tarafsız); ama Devletin bekâsı, milletin yücelmesi, kanun hakimiyetinin sağlanması bakımından haktan ve haklıdan yana bir taraf olan kişidir.

(*) Yargıtay İkinci Ceza Dairesi Üyesi.

Zalim de merhametli de olmayan; ama insafı hiç elden bırakmayan munsif kişidir adliyeci.

O, geciken adaletin adaletsizlik, en azından tatsızlık olduğunun bilincindedir.

O, her türlü resmî ve kişisel davranışının herkesten önce halk tarafından değerlendirilmekte olduğunu bilir. Bunun içindir ki, «adil olmak kadar, adil olduğuna inandırmak da önemlidir» sözünün idrakindedir.

Çalışan, okuyan; kanunda yazılandan öte, onun gerçek adalete uygunluğunu sağlamaya gayret eden kişidir, o...

Ayrılıkçı değil, birleştirci, sadece içe değil dışa da dönük ama dengeli münasebetleriyle, «öz»ü zedelemeyen sosyal faaliyetleri ile, ülke kalkınmasına katkıda bulunmak için gösterdiği gayretleri ile örnek olan kişidir, o...

Korkmayan değil, korkuyu aklına bile getirmeyen; sadece kanunun ve vicdanının emrindeki kişidir, o...

Adliyeci süratli ve doğru görev yapmada gayretkâr, mesaiye riayetkârdır. Mesleğinin özelliği ve yüceliği gereği, çalışmalarında çoğu kez mesai saatlerini de aşar. Çünkü o, maddiyatı hep ikinci plana atıp, duyduğu manevi hazla tatmin olan kişidir. Çünkü o, bir saatlik adaletin bin yıllık nafile ibadetten hayırlı olduğunun idrakindedir.

Nihayet adliyeci, Mecelle'nin 1792. maddesindeki edebî ifade ile «hakîm (yüksek ahlaklı, üstün zekalı), fehîm (anlayışlı, kavrayışlı), müstakîm (iffetli, namuslu) ve emîn (emniyet olunabilen), mekin (vekar ve iktidar sahibi), metîn (dayanıklı, tesir altında kalarak fikrinden caymaz)» olmalıdır.

Bakınız, 1328 sene önce verdiği tarihî emrinde Hz. Ali, adliyeci için neler diyor : «Halk arasında hüküm vermek için öyle bir kimse seç ki, sence onların en değerlisi bulunsun, işten sıkılmasın; murafaaya gelenlerden sinirlenerek inada kalkışmasın, hatasında ısrar etmesin; hakkı gördüğü an döneceği yerde dili tutulup kalmasın; hiç bir zaman tamah ettiği bir menfaatin kaybolacağı gibi bir endişeye düşmesin; meseleyi kühüne kadar anlamadıkça, hemen hasıl ettiği kanaatı kâfi görmesin.

Şüphelerde en çok durur; delillere en ziyade sarılır; hasmın mürcaatından en az usanır durumların açıklığa kavuşmasını en ziyade; bekler; heyecanla eğilip bükülmez olsun...

Aslında böyle kimseler de pek nâdirdir.

Kendilerine zaruretlerini giderecek, halktan ihtiyaçlarını kesecek kadar bezleyle (istemedikleri kadar ihsanda bulun). Hem onlara öyle bir mevki ver ki, sana yakın olanlardan hiç birisi, o mevkiye göz dikemesin...»

Belirtelim ki; adalet, hak ve hürriyetlerin teminatı olduğu kadar, hürriyetlerin kamu menfaatleri dışında kullanılmasının da teminatıdır.

Hukuk Devleti'nin ve hukukun en önemli unsuru «mutlak» oluşudur. Bunun için de, hukuk kurallarının herkese geciktirilmeden uygulandığı inancının topluma yerleştirilmesi şarttır. Aksi halde tedirginlik, huzursuzluk ve güvensizlik tarif edilemez boyutlara ulaşır. Bu da hukukun üstünlüğünü zedeler, hukuk ve adalet düzenini kökünden sarsar. Adalet çökünce de, çökmeyecek yoktur.

Bunun içindir ki :

Atatürk ilkelerine güç ve işlerlik kazandırılmış; insan hak ve hürriyetlerine saygılı; millî dayanışmayı ön plâna alan, sosyal adaletin gerçekleştirilmesini sağlayan, ferdin ve toplumun huzur, güven ve refahına önem veren; hürriyetçi, demokratik, lâik, sosyal hukuk kurallarına dayalı, Anayasa'da ifadesini bulan milliyetçiliğe bağlı, millî değerlerine sahip hukuk devleti, yukarıda belirttiğimiz vasıfları taşıyan adliyecilerin sağlam omuzlarında yükselecek, yücelecektir. Yüce Yargıtay ve Yüksek Mahkemenin kıymetli üyeleri de 120 yıldır olduğu gibi bundan sonra da kendilerine düşeni, büyük bir liyakatla ve şerefle yerine getireceklerdir.

Ne mutlu, bu vasıfları taşıyan adliyecilere...



ANAYASA MAHKEMESİ VE KİMİ SORUNLAR

Doç. Dr. YILMAZ ALİFENDİOĞLU (*)

● ANLATIM DÜZENİ: I — Giriş. II — Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Görevleri. 1 — Kuruluşu. 2 — Görevleri. III — Anayasa Mahkemesi'nin İş Durumu. IV — Anayasa Mahkemesi Kararları. V — Anayasa Mahkemesi'nin Karar Verme İşlevinde Karşılaştığı Kimi Güçlükler. VI — Sonuç.

I. GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi, 1924 Anayasası döneminde parlamento çoğunluğuna dayanılarak zaman zaman oluşan otoriter yönetim eğilimlerine karşı duyulan bir tepkinin ve bu mahkemenin demokratik hukuk devletin etkili bir aracı olacağına olan inancın ürünüdür. 1924 Anayasası, Anayasaya uygunluğu sağlayacak bir kuruluşun kurulmasını öngörmemiştir. Her ne kadar 103. maddesinde «Teşkilatı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal ve tadil olunamaz. Hiçbir Kanun Teşkilatı Esasiye Kanununa münafi olamaz» (1) denilmekte ise de, özellikle Yargıtay'ın, mahkemelerin Anayasaya aykırılık itirazlarını incelemeye yetkili olduklarını kabul etmemesi (2), mahkemelere, Anayasaya aykırı buldukları yasaları uygulamaktan kaçınma olanağı tanımamıştır.

1961 Anayasası, 1924 Anayasası'nın öngördüğü, Egemenlik hakkının Millet adına yalnız TBMM. tarafından kullanılacağı ilkesini (3), «Millet, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanılır.» (4) biçiminde değişiklikle kabul ederken, yasama yetkisini

(*) Anayasa Mahkemesi Üyesi.

- (1) 1924 Anayasasının, 4695 sayılı ve 10.1.1945 günlü metninde 103. madde «Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile savsaklanamaz ve işlerlikten alakonamaz. Hiçbir Kanun Anayasaya aykırı olamaz.» biçimindedir. 10.1.1945 tarihli 4695 sayılı Anayasa, 24.12.1952 günlü «491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun Tekrar Mer'iyete Konulması Hakkında Kanun» ile yürürlükten kalkmıştır.
- (2) YHGK'nun 3.12.1952 günlü, E. 209/96, K. 140 sayılı kararı. Danıştay Davası Daireleri Genel Kurulu, 1950 yılında verdiği ilk kararda yargı denetimini kabul etmemekle beraber, ikinci kararında Anayasal yargı denetimini benimsemiştir: DDDGK'nun 28.1.1950 günlü, E. 1949/318, K. 1950/22 DDDGK'nun 30.3.1950 günlü, E. 1949/320, K. 1950/128.
- (3) 1924 Anayasası Mad. 4
- (4) 1961 Anayasası Mad. 4

frölemek istemiştir. 1961 Anayasası bu işi siyasal açıdan bir ikinci meclis'in (Senato); yargı yoluyla ise, Anayasa Mahkemesinin kurulmasını öngörmek suretiyle yapmıştır.

1961 Anayasası, yasaların Anayasaya uygunluğunun yargısal yolla sağlanması işini, genel mahkemeler yerine, özellikle bu amaçla kurulacak özel bir mahkemeye (Anayasa Mahkemesine) vermiştir.

1961 Anayasası'na göre, genel mahkemeler dahi kimi koşullarla görülmekte olan davada uygulanacak belirli bir kuralın Anayasaya aykırılık savını kendi kanılarına göre çözümlyerek davayı yürütmekle yetkili idiler (5). Ancak bu yetki Mahkemelerce hemen hiç kullanılmamıştır. Çünkü, Anayasaya göre, Anayasa Mahkemesinin kararı esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, Mahkemeler buna uymak zorundadırlar.

Anayasaya uygunluk yönünden genel mahkemelere verilen bu sınırlı yetki, 1982 Anayasasıyla kaldırılmıştır (6).

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'na oranla bazı sınırlamalar getirmekle beraber Anayasa Yargısını esasta aynen kabul etmiş ve bu yargının Anayasa Mahkemesi'nce kullanılması kuralını korumuştur.

1982 Anayasası'nın, Anayasa Yargısı açısından 1961 Anayasası'na göre getirdiği değişiklikler özetle şunlardır :

1. Sıkıyönetim, savaş hallerinde ve olağanüstü hallerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnemelerin biçim ve esas yönünden Anayasaya aykırılıkları savıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacaktır (m. 148). Kuruluş Yasası ile bu hükme «ve mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez.» kuralı da eklenerek, olağanüstü dönemlerde, olağanüstü koşullarda çıkarılan KHK'lere karşı itiraz yolu da kapalı tutulmuştur.

2. Anayasa değişikliklerine karşı şekil yönünden yapılacak denetim, «teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülmemeye» koşuluna uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur (m. 148).

3. Yasaların şekil bakımından denetimi sadece «son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı»yla sınırlıdır. Ayrıca 1982 Ana-

(5) 1961 Anayasası 151. madde «...Anayasa Mahkemesi için kendisine gelişinden başlamak üzere altı ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümlyerek davayı yürütür».

(6) 1982 Anayasası Mad. 152 «.....süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır.»

yasası'na göre def'i yoluyla yasaların şekil açısından Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecektir.

4. Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı yasa hükmünün Anayasaya aykırılığı savıyla tekrar başvuruda bulunulamiyacaktır.

5. İptal davası açmaya yetkili olanlar yönünden de 1982 Anayasası kapsamı daha sınırlamıştır. 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açabilme hakkını, Cumhurbaşkanına, iktidar ve anamuhalefet partisi meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelerine tanımıştır (m. 150, K. K. m. 20). 1961 Anayasası'na göre ise, Cumhurbaşkanından başka, Yasama Meclislerindeki siyasi parti grupları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunan siyasi partiler ile son milletvekili genel seçimlerinde geçerli oy sayısının en az yüzde onunu almış olmak kaydıyla tüm siyasi partileri, yasama meclislerinden birinin üye tam sayısının en az altıda biri tutarındaki üyeleri; kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda Yüksek Hâkimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Üniversiteler iptal davası açabiliyordu.

6. Anayasa Mahkemesi bir yasa veya Kanun Hükmünde Kararnenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, Yasakoyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemeyecektir (m. 153).

7. 1961 Anayasası'yla, Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelere bazı koşullarla tanınan Anayasa'ya uygunluk denetimi yapabilme yetkisi, 1982 Anayasası'yla kaldırılmış ve itiraz yoluyla gelen işlerde Anayasa Mahkemesi'nin inceleme ve karar süresi beş aya indirilmiştir.

8. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, öteki mahkemelerden itiraz yoluyla gelen işlerde, «olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı» nitelikte karar veremeyecektir.

9. 1961 Anayasası zamanında 90 gün olan iptal davası açma süresi 1982 Anayasası'nda altmış gün olmuştur. Şekil bozukluğuna dayalı davalarda bu süre 10 gün ile sınırlandırılmıştır.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU VE GÖREVLERİ

1. Kuruluşu

Anayasa Mahkemesi onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur (7). Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay'dan; iki asıl bir ye-

(7) AYM, 1961 Anayasasına göre onbeş asıl, beş yedek üyeyle kurulmaktaydı.

dek üyeyi Danıştay'dan, birer asıl üyeyi Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Sayıştay'dan ve Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK)'ün kendi üyesi olmayan yüksek öğretim kurumları öğretim üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üç aday arasından seçer.

Cumhurbaşkanı, ayrıca, üç asıl bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ve avukatlar arasından seçer (m. 146).

Bu arada Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşundaki bir ikilemden kısaca söz etmek istiyorum. Anayasa Mahkemesi asıl ve yedek üyelerle kurulmaktadır. Bu kural 1961 Anayasası'yla getirilmiş, 1982 Anayasası'yla da aynen korunmuştur. Anayasa ve Kuruluş Yasasına göre, asıl ve yedek üyeler aralarında hiç bir ayırım yapılmadan aynı koşullarda ve aynı kaynaklardan seçilmektedirler. Seçildikleri anda her iyi grup da Anayasa Mahkemesi Üyesi olmakta ve seçim tarihlerine göre kıdem kazanmaktadırlar. Ancak Anayasaya göre, yedek üye olarak seçilenler Mahkemenin başkanı ve başkanvekili olamamaktadırlar. Kanımca, Anayasaya aykırı düşmekle beraber Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş yasasına göre (10.11.1983 günlü, 2949 sayılı Yasa m. 8) Mahkemenin başkan ve başkanvekili seçimine yedek üyeler katılamamaktadırlar.

Yedek üyeler Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı ve Başkanvekili seçilebilmelerine karşın, bu seçimlere katılıp oy verememektedirler. Yedek üyeler, asıl üyelerin özürleri halinde kurula katılmaktadırlar.

Anayasa Mahkemesi'ndeki 25 yıllık uygulamada, asıl-yedek üye ayırımının yararlı sonuç vermediği görülmüştür. Yedek üyeler hangi toplantıya girip, hangisine girmeyeceklerini çoğunlukla son ana kadar bilmektedirler. Bu durum, toplantılara yeterince hazırlıklı katılmalarını engellemektedir. Yedek üyelerin, asıl üye olamamaları uygulamanın getirdiği sakıncaları sürekli kılmıştır.

Bir günlük asıl üye, pek çok karara katılmış, pek çok karar yazmış 10 yıllık bir yedek üyeye göre toplantılara katılmada öncelik kazanmaktadır. Yedek üyeler, asıl üyeler gibi, Anayasa ve yasa gereği resmi veya özel hiç bir görev alamamaları nedeniyle «asıl görevi» bulunmayan üye durumundadırlar.

Avusturya dışında Avrupa Anayasa Mahkemelerinin hiç birinde yedek üyelik bulunmamaktadır (8).

Hiç bir yararı bulunmayan bu ayırım kaldırılmalıdır.

(8) Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, Amme İdare Der., Cilt: 18, Sayı: 3.

2. Görevleri

Anayasa Mahkemesi, yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM. İÇTÜZÜĞÜ'nün şekil ve esas bakımından, Anayasa değışikliklerinin ise sadece şekil yönünden Anayasaya uygunluklarını denetler. Anayasa Mahkemesi ayrıca siyasi partilerin kapatılması hakkındaki davalara bakar (m. 69) ve siyasi partilerin mali denetimini yapar (m. 69); TBMM. üyelerinin ve TBMM. üyesi olmayan bakanların yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya üyeliğın düşmesine ilişkin kararların iptali istemiyle açılan davalara bakar (m. 85, 112) Yüce Divan sıfatıyla Yargılama yapar (m. 148); Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Başkanını ve Başkanvekili kendi üyeleri arasından görevlendirir (m. 158).

Anayasa Mahkemesinin esas görevi, Anayasaya uygunluk denetimi yapmaktır. Bu işi iki yolla yapar :

- a) İptal davası
- b) İtiraz yolu

İptal davasından amaç, Anayasaya aykırı yasa ya da yasa hükümlerini iptal ederek aykırılığın gidermek olduğu halde, itiraz yoluyla yapılan başvurularda amaç, Anayasaya aykırı hükümlerin uygulanmamasıdır (9).

Yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM. İÇTÜZÜĞÜ'nün şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığın iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılabilir.

İtiraz yolu ise, bir mahkemenin bakmakta olduğu dava sırasında, uygulanacak kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükmünü anayasaya aykırı görmesi ya da taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması suretiyle yapılan denetimdir (10).

Uygulanacak hükmü Anayasaya aykırı gören ya da taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varan mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümlerle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mah-

(9) AYM'nin 11.2.1971 gün, E. 1971/3, K. 1971/17 sayılı kararı «Anayasa, Anayasaya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması, başka bir deyişle ayıklanması için «iptal davası» müessesesini kurmuştur.» AYMKD, Sayı: 9, Sh. 305-306.

(10) Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı 1, 1984.

keme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır (m. 152).

Anayasa Mahkemesi, Başkan ve on üye ile toplanır, salt çoğunluk ile karar verir. Anayasa değişikliklerinde iptale karar verebilmesi için üçte iki oy çoğunluğu şarttır. Şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları öncelikle incelenip karara bağlanır. Mahkemenin kuruluşu ve yargılama usulleri kanunla; çalışma esasları ve üyeleri arasındaki iş bölümü kendi yapacağı içtüzükle düzenlenir.

Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir (m. 149).

1961 ve 1982 Anayasaları, bazı ülkelerde bulunan, temel hakları sayıya veya bir yönetsel işlemle ihlâl edilen kişilerin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilme haklarını içeren «Anayasa Şikayeti (Constitutional Complaint)» uygulamasına yer vermemiştir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesine, devlet organları arasında çıkabilecek bir görev uyumsuzluğunu çözümlemek yetkisi de verilmemiştir (11).

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN İŞ DURUMU

1961 Anayasası zamanında Anayasa Mahkemesi'ne yapılan 1753 başvurunun 1746'sı karara bağlanmış, yedisi 1983 yılına devredilmiştir (12).

Bu dönemde siyasi partiler ve milletvekilleri tarafından açılan davaların %35,4'dü (95 adedi) iptalle; 39,4'ü (106 adedi) ret ile sonuçlanmıştır. Mahkemelerden itiraz yoluyla yapılan toplam 895 başvurunun % 9,6'sı (86 adedi) iptalle; % 41,1'i (368 adedi) ret ile sonuçlanmış; % 25,3'ünün (227 adedi) nin noksanlığı sebebiyle geri çevrilmesine ka-

(11) Bu uyumsuzlukların federal devlet sisteminde ortaya çıkabilecek türlerinin bizde söz konusu olmayacağı açıktır. Ancak bunun dışında da, özellikle kuvvetler ayırımı ilkesine önem veren sistemlerde bu tür uyumsuzluklar ortaya çıkabilir. Bizde, 1982 Anayasası döneminde özellikle, yürütmenin iki organı görünümünde olan Cumhurbaşkanı ile Başbakan arasında görev uyumsuzluğu çıkabilir. Örneğin, Anayasanın 104. maddesine göre «Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek», Cumhurbaşkanı'nın görevidir. Başbakanın bu yöndeki teklifleri Cumhurbaşkanı'nca kabul edilmezse ve Anayasadaki bu yetkiler değişik yorumlanırsa çözümü nasıl olacaktır?

(12) Ayrıntılı bilgi için bkz. Amme İdaresi Dergisi Cilt: 19, Sayı: 1, Mart 1986, Yılmaz ALİFENDİOĞLU, Sahife: 25-54.

rar verilmiş; % 24 (214 adedi) hakkında ise karar verilmesine yer bulunmamıştır. Cumhurbaşkanı, Yüksek Mahkemeler ve Üniversiteler tarafından açılan toplam 132 davanın % 51.9'u (68 adedi) iptalle; % 31.6'sı (42 adedi) retle sonuçlanmış, 22 adedi noksanlıkları sebebiyle iade edilmiş ya da haklarında karara yer bulunmamıştır.

Bu dönemde, toplam olarak, 306 iptal davasının 159 (% 52)'u hakkında esas veya biçim yönünden iptal; 147 adedi (% 48) için ret kararı verilmiştir.

İtiraz yoluyla yapılan 453 başvurunun 86'sı (% 19) iptalle, 367 adedi (% 81) ret ile sonuçlanmıştır (13).

1961 Anayasası döneminde dava ve itiraz yoluyla yapılan başvuruların en büyük bölümü, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmuş (toplam 146), bunun % 69.9'u ret, % 30.1'i iptalle sonuçlanmıştır (14). Sosyal ve iktisadi haklarla ilgili başvurulan ikinci sırada yer almış, bu konudaki başvuruların % 75.8'li reddedilirken, % 24.2'si iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu dönemde, iptal kararlarının % 12.5'inde, ya yalnız başına ya da hukuk devleti ilkesiyle birlikte eşitlik ilkesine dayanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde (15.3.1988 tarihine kadar) itiraz yoluyla usulüne uygun bir şekilde yapılan 34 başvurunun 29'unda (% 85.2) ret, 5'inde (% 14.8) iptal kararı verirken; 22 iptal davasının 10'unda ret (% 45.4), 8'inde iptal (% 36.3), 4'ünde kimi maddeler yönünden iptal, kimi hükümler yönünden ret (% 18.3) kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası dönemindeki iptal kararlarında eşitlik, hukuk devleti, lâiklik ilkeleri yanında, yasama yetkisinin devredilmezliğine, kıyılardan yararlanmaya, çevrenin korunmasına, kamu hizmeti görevlilerine, bütçenin hazırlanması ve uygulanmasına ilişkin kuraları oldukça sık bir biçimde referans norm olarak kullanmıştır.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesi kararları kesindir. Resmi Gazete'de yayımlanır. Yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar (m. 153). Yasa, kanun hükmünde kararname ve TBMM. İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Anayasa Mahkemesi, gereken hal-

(13) Daha fazla bilgi için bkz. İbid.

(14) Daha fazla bilgi için bkz. İbid.

lerde, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu süre bir yılı geçmez. İptal kararları geriye yürümez.

Burada tartışılacak bir konu, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesinin bağlayıcı olup olmadığıdır.

Genellikle Anayasa Mahkemesi kararlarındaki gerekçenin bağlayıcı olmaktan çok, açıklayıcı ve yol gösterici nitelikte olduğu söylenir. Bu görüşe karşı olanlar, Anayasa, bir ayırım yapmadan, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğunu söylediğine, bir mahkeme kararı gerekçe ve hüküm fıkrasıyla bütün olduğuna göre, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki gerekçe de bağlayıcıdır, demektedirler.

Anayasa Mahkemesi'nin kendi kararlarıyla bağlı olup olmadığı da tartışılacak bir başka sorundur :

Anayasa Mahkemesi, işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı yasa hükmünü inceleyememekte, dolayısıyla bu süre içerisinde verdiği ret kararıyla bağlı kalmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasaya uygunluk denetimi sırasında incelediği bir konu nedeniyle Anayasanın ilke ve kurallarına verdiği anlam, daha sonraki incelemeleri sırasında aynı ilke ve kuralların değerlendirilmesinde bağlayıcı değildir. Ancak, Anayasa Mahkemesi uygulamada, Anayasa ve genel hukuk ilkelerine ve kurallarına verdiği anlamı değiştirmeye, insan haklarına saygıyı esas alarak, demokratik hukuk devleti ilkelerine uygun yorum getirmeye özen göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi, hukuk devletiyle ilgili kararlarında Demokratik hukuk devleti düzenini; «...insan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmek ve teminat altına almak...» (15) biçimindeki nitelikleriyle belirlemiştir;

Başka bir kararında, hukuk devletini «... insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyan, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlet...» (16) olarak tanımlamıştır; hukuk devletinde, devletin bütün iş ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi olması gerektiği görüşü benimsenmiştir (17).

(15) AYM'nin 5.3.1965 günlü, E. 63/1, K. 65/13 sayılı kararı, AMKD, sayı: 3, Sh. 89.

(16) AYM'nin 11.10.1963 günlü, E. 1963/124, K. 1963/243 sayılı kararı, AMKD, Sayı: 1, Sh. 429.

(17) AYM'nin 29.11.1966 günlü, E. 1966/11, K. 1966/44 sayılı kararı, AMKD, Sayı: 5, Sh. 3-25.

Sosyal Hukuk devletini;

«... güçsüzleri, güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla görevli devlet...» olarak tanımlamış (18); sosyal devlet kavramını, «devletin insanın mad-di, manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlama, çalışanları koruma, sosyal sigortalar ve sosyal yardım teşkilatı kurmak ve kurdurmak, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesi ve tıbbi bakım görmesini sağlama yükümleri...» (19) biçiminde sosyal adalet ve sosyal güvenliği içerir niteliğiyle benimsemiştir.

Ancak, AYM'nin 1982 Anayasası döneminde, Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunu incelerken yaptığı sosyal hukuk devleti tanımında «herkese eğitim, öğretim, sağlık, sosyal güvenlik gibi haklara» yer vermediği gözlenmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, sosyal güvenlikten amaç, sosyal riskler nedeniyle karşılaşılan zararın sosyal sigorta yoluyla asgari ölçüde karşılanmasıdır. Sosyal güvenlik kavramı; «sosyal devlet ilkesinin dayanaklarından biri olup, toplumda yoksul ve muhtaç insanlara Devletçe yardım edilerek, onlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlıyarak sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamı yaratır.» (19a).

Düşünce Özgürlüğüyle İlgili Kararlarında

Düşünce özgürlüğünün, her türlü sorumsuz davranışa cevap veren mutlak ve sınırsız bir anlamda olduğunu kabul etmeyerek, toplumsal yaşamla dengeli olması gerektiği belirtilmiştir (20).

Eşitlik İlkesiyle İlgili Kararlarında

Eşitlik ilkesini, herkesin aynı hakka sahip olacağı yolunda doğal eşitlik olarak değil, Yasa önünde eşitlik anlamında almıştır. Bu kararında, eşitlik ilkesini, «... herkesin her yönden aynı yasa hükümlerine bağlı olacağı anlamında ele alınamaz. Bu ilke ile güdülen amaç aynı koşullar için-

(18) AYM'nin 25.2.1975 günlü, E. 1973/38, K. 1975/23 sayılı kararı, AMKD, Sayı: 3, Sh. 214-294.

(19) AYM'nin 8.5.1973 günlü, E. 1972/24, K. 1973/21 sayılı kararı, AMKD, Sayı: 11, Sh. 244, RG., 31.12.1973, Sayı: 14759.

(19a) AYM'nin 26.10.1988 günlü, E. 1988/19, K. 1988/33 sayılı kararı, RG: 11.12.1988, sayı 20016).

(20) AYM'nin 8.4.1963 günlü, E. 63/16, K. 63/83 sayılı kararı, AMKD, sayı 1, s. 199.

de bulunan özdeş nitelikteki durumların yasalarca aynı işleme bağlı tutulmasını sağlamaktır.» (21) biçiminde tanımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesiyle ilgili kararlarında «haklı neden» ölçütünü de zaman zaman kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre «... kimi yurttaşlar için haklı nedene dayanılarak...» ayrı kurallar konulması halinde eşitlik ilkesinin zedelenmesinden söz edilemez.» (22).

Kazanılmış haklarla ilgili bir kararında «... kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın ya da borcun yeni yasadın önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir» (23) denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, babasının kimliği kesin olarak belirlenmemiş olan evlilik dışı çocukla, babalığa bütün neticeleri ile hükmedilmiş evlilik dışı çocuk arasında bir ayırım yapılması ve bunların tümünün birlikte mirasçı olduklarında nesebi sahih olan çocuğa göre mirastan hiç pay almamalarını ya da yarım pay almalarını öngören Medeni Kanunun 443. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile aynı maddenin ikinci fıkrasını Anayasanın eşitlik ilkesine, miras hakkını düzenleyen 35. ve Ailenin korunmasıyla ilgili 41. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir (23a).

Kişi Dokunulmazlığıyla İlgili Kararlarında

Tutukluların demire vurulabilmesine izin veren hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş (24), öte yandan ölüm cezasını Anayasaya aykırı bulmamıştır (25). Anayasa Mahkemesi, ölüm cezasının Anayasaya aykırı olmadığına ilişkin kararında; 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin) 2. maddesindeki «Kanunun ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bir cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez» hükmünü referans norm olarak kullanmıştır.

Ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesini, «cezaların yalnız suç işleyenlerle ortakları hakkında uygulanması, başka bir deyişle, herkesin an-

(21) AYM'nin 11.12.1980 günlü, E. 1980/63, K. 1980/68 sayılı kararı, AMKD, sayı 18, sh. 388-396; 11.3.86 gün, E. 985/32, K. 86/9 sayılı kararı aynı yöndedir. R.G. 9.5.1986, 19102.

(22) AYM'nin E. 976/3, K. 976/23 AMKD S. 14, sh. 161 ve E. 979/8, K. 979/35 AMKD Sayı 17, sh. 276.

(23) AYM'nin 3.7.1986 günlü, E. 986/3, K. 986/15 sayılı karar RG: 10.12.1986, 19307.

(23a) AYM'nin 11.9.1987 günlü, E. 1987/1, K. 1987/18 sayılı kararı.

(24) AYM'nin 15.6.1967 günlü, E. 966/34, K. 967/18, AMKD S. 5, sh. 129-133.

(25) AYM'nin 7.11.1963 günlü, E. 963/207, K. 63/175, AMKD S. 1, sh. 363.

çak kendi eyleminden sorumlu tutulması ve suç işlenmedikçe veya işlenmesine kalkışmadıkça kimseye ceza sorumu yükletilemeyeceği» (26) biçiminde tanımlamış;

Aynı kararda, hâkimin vicdanî kanaatiyle ilgili olarak da, «Hâkim, hangi suça hangi cezanın verileceğini saptarken vicdanî kanaatinden önce Anayasaya, yasa ve hukuk kurallarıyla bağlıdır. Hâkimin vicdanî kanaati ancak delillerin takdirine ve nesnel kuralların yorumunda ve bunların öznel durumlara uygulanmasında rol oynar» demek suretiyle hâkimin vicdanî kanısına bırakılan alanı belirlemiştir.

İnsan haysiyeti kavramını, «İnsanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerini tanımasını ve sayılmasını anlatır...» (27) biçimiyle belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi, «masumluk» karinesinin tanımında, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne gönderme yapmıştır. Anayasa Mahkemesi «İnsanın, içinde yaşadığı ulusun bireyi olması kadar, aynı zamanda insanlığın da üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan Anayasanın Başlangıç ve 2. maddesi hükümleri gereği olarak «İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi» ile «İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi»ni de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur.» demek suretiyle uluslararası sözleşmeleri Anayasa kurallarını destekleyici ilke olarak kullanmıştır.

Mahkeme aynı kararda, «Masumluk karinesi, sanığın hükümlülük kararı verilinceye kadar suçsuz sayılmasını gerektirmektedir» dedikten sonra İnsan Hakları Evrensel Bildirgesindeki ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki masumluk karinesinin tanımını açıklayarak bu tanımları benimsediğini ve bu tanımlara uyulması gerektiğini söylemiştir.

Anayasa Mahkemesi, bir başka kararında, «kanunlarımızın, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerce kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır.» (28) demek suretiyle hukukun genel prensiplerini de ölçü norm olarak kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın uygulanmasına geçildiğinde bazı konuları «önsorun» olarak incelemek ve karara bağlamak durumunda kalmıştır.

(26) AYM'nin 11.12.1980 günlü, E. 80/63, K. 80/68, AMKD S. 18, sh. 388.

(27) AYM'nin 27.12.1965 günlü, E. 1963/57, K. 1965/65 sayılı K. AMKD Sayı. 4, sh. 3.

(28) AYM'nin 22.12.1964 günlü, E. 63/166, K. 64/76 sayılı Kararı, AMKD Sayı. 2, sh. 291.

İlk sorun, eski Anayasa zamanında meydana gelen olaylara uygulanacak yasanın Anayasaya uygunluk denetiminin hangi Anayasaya göre yapılacağı konusu idi. Konu, özellikle, ilk Anayasa'ya aykırı yasanın daha sonra yürürlüğe giren Anayasaya uygun düşmesi durumunda önem arz ediyordu. Anayasa Mahkemesi bu konuda, Anayasaya uygunluk denetiminin işin ele alındığı tarihteki Anayasaya göre yapılması gerektiğini karara bağlamıştır (29).

İkinci sorun, 1982 Anayasası'ndaki, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı yasa hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulmaz, (m. 152) hükmünden kaynaklanıyordu.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası'na göre işin esasına girerek verdiği «ret» kararından sonra, aynı konunun 1982 Anayasası'na göre tekrar Anayasa Mahkemesi'ne getirilebilmesi için on sene beklemeye gerek olup olmadığı konusunu tartışmış, on senelik sınırlayıcı sürenin sadece 1982 Anayasası'na göre, işin esasına girilerek verilen ret kararları için geçerli olduğu sonucuna varmıştır (30).

Anayasa Mahkemesi;

Siyasi Partiler, Seçme ve Seçilme Hakkıyla İlgili Kararlarında

Mahalli İdareler Seçim Yasasıyla, Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkındaki Yasayla getirilen onda birlik indirimli baraj uygulaması sistemini Anayasaya uygun bulmuştur (31). Aynı kararda, mahalli idareler ile mahalle muhtarlıkları ve ihtiyar heyetleri seçimlerine katılan siyasi partilere «radyo ve televizyon yolu ile propaganda yasası getirilmesini»; Büyük Şehir yönetiminin hukuksal statüsünün kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesini ve başka bir KHK için çıkarılmış yetki yasasına gönderme yapılmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır.

«Siyasi Partilerin seçime katılabilmeleri için illerin en az yarısında, ilçelerin en az üçte birinde örgütlenmiş olmaları» koşulunu Anayasaya aykırı görmemiştir. Öte yandan seçim gününün TBMM kararıyla saptanmasını Anayasaya aykırı bulmuş; Büyükşehir belediyesi kurulmuş olan yerlerde Büyükşehir belediye başkan adayları ile Büyükşehirbe bağlı ilçe belediye başkan adaylarının ortak oy pusulalarında birlikte gösterilemele-

(29) AYM'nin 7.6.1983 günlü, E. 82/1, K. 83/10 sayılı kararı, RG. 15.4.1984.

(30) AYM'nin 26.4.1984 günlü, E. 83/1, K. 83/5 sayılı kararı, RG. 15.4.1984 Sayı: 18373.

rini serbest oy ilkesiyle bağdaşmaz ve seçme ve seçilme özgürlüğünü zede-ler nitelikte kabul etmiştir (31a).

Haklarında görevleriyle ilgili soruşturma veya kovuşturma açılması nedeniyle İçişleri Bakanı tarafından görevlerinden geçici olarak uzaklaştırılan belediye başkanı yerine, aynı bakanlıkça meclis üyeleri arasından geçici bir başkan görevlendirilmesini demokratik hukuk devleti ilkesiyle ve devletin demokrasiyi koruma amacıyla bağdaşmaz bulmuştur (31b).

Parlamentar, demokratik çoğulcu sistemi benimseyen sosyalist parti-nin kurulmasını Anayasaya aykırı görmemiştir. Anayasa Mahkemesine göre sınıf partisi kurulabilir. Anayasaya aykırı düşen bir sınıfın, diğer sınıflar üzerinde «sınıf egemenliğini» kurması ve öteki sınıfları tam bir baskı altında tutarak diktatörlüğe gitmesidir (31c).

Mali ve Ekonomik Konularla İlgili Kararlarında

Tasarufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Yasa-sına karşı açılan davayı, kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşek-küllerine ait tesisler için «gelir ortaklığı senedi» ile kamu iktisadi kuru-luşları ve iktisadi devlet teşekkülleri için «hisse senedi» çıkarılması ve işletme hakkı verilmesine ilişkin hüküm ile bunlardan sağlanacak gelirle-rin TC. Merkez Bankası'nda kurulacak Kamu Ortaklığı Fonu'nda toplan-masını Anayasaya aykırı görmiyerek reddetmiştir (32).

Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Yasaya karşı açılan davayı reddetmiştir (33). Anayasa Mahkemesi bu kararında Dış Ticaretin Dü-zenlenmesi Hakkındaki Yasayla getirilen, ithalat, ihracat veya dış ticaret işlemleri üzerine konulan ek mali yükümlülüklerin, nevi, miktarı, tahsili, takibi, iadesi, gerektiğinde bütçeye irat kaydedilmesi, bir fonda toplan-ması ve fonun kullanılması esaslarının Bakanlar Kurulu kararında göste-rileceğine ilişkin hükmü Anayasa'ya aykırı görmemiştir;

Tapu ve Köy Kanunlarına Birer Fıkra Eklenmesine İlişkin 21.6.1984 günlü, 3029 sayılı Yasayı, «... ülkede yabancıların arazi ve emlak edinme-

(31) AYM'nin 1.3.1984 günlü, E. 84/1, K. 84/2 sayılı kararı, RG. 1.5.1984, S. 18388.

(31a) AYM'nin 14.6.1988 günlü, E. 1988/14, K. 1988/18 sayılı kararı, RG: 14.7.1988, sayı 19872.

(31b) AYM'nin 13.6.1988 günlü, E. 1987/22, K. 1988/19 sayılı kararı, RG: 15.7.1988, sayı 19873.

(31c) AYM'nin 8.12.1988 günlü, E. 1988/2 (kapatma), K. 1988/1 sayılı kararı.

(32) AYMK'nin 18.2.1985 günlü, E. 84/9, K. 85/4 kararı RG. 26.6.1985 S. 18793.

(33) AYMK'nin 11.1.1985 günlü, E. 84/6, K. 85/1 kararı RG. 17.6.1985 S. 18787.

si salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir;

Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esaslı uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır...» gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir (34).

Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde Kamu Hizmeti, Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkındaki Yasaya karşı açılan davayı da, devletleştirme ile ilgili olarak Anayasa'nın 47. maddesiyle yasaya bıraktığı düzenleme alanının «gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri» ile sınırlı bulunmadığı görüşüyle Anayasa'ya aykırı bulmayarak reddetmiştir (35).

AYM, Serbest Bölgeler Yasasıyla ilgili kararında «Bir devletin kendi üzerinde bazı yasaların uygulanmadığı yabancı ya da yerli girişimcilere çeşitli kolaylıkların gösterildiği, hatta kimi bağımsızlıkların tanındığı bölgeler kurması, devletin ülkenin o bölümünde egemenliğinden vazgeçtiği anlamıyla yorumlanamaz (36) demiş;

Aynı kararda «kamusal çıkar nedeniyle yasakoyucunun ülke düzeyinde çok sınırlı bir alanda grev, lokavt ve arabuluculuk gibi işçi ve işveren haklarının kullanılmasını belirli bir süre askıya almış olmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişebileceği söylenemez» görüşünü savunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, böylece daha önceki bir çok (bu arada haşhaş ekimiyle ilgili) kararında ifade etmiş olduğu «... yasayla temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının topluma sağlayacağı yararın, kişiler için getireceği zarara göre ağır basması durumunda, kamu yararının varlığı kabul edilmelidir (37) biçimindeki görüşünü yinelemiştir.

AYM, sermayenin yarısından fazlası Devlete ait olan tüm kuruluşlar, TBMM'nin denetimine tâbi olurken, yabancıların ortak oldukları kuruluşların denetim dışı bırakılmasını eşitlik ilkesine aykırı görmüştür. Aynı kararda, yasalarla veya yasaların verdiği yetkiye dayanarak kurulmuş olan fonların, Anayasanın 165. maddesinin öngördüğü anlam ve kapsamında

(34) AYM'nin 13.6.1985 günlü, E. 84/4, K. 85/7 sayılı kararı RG. 21.2.1985 S. 18673.

(35) AYM'nin 27.9.1985 günlü, E. 85/2, K. 85/16 sayılı kararı, RG. 5.12.1985 S. 18949.

(36) AYM'nin 6.10.1986 günlü, E. 85/21, K. 86/23 sayılı kararı RG. 14.3.1987 S. 19400.

(37) AYM'nin 8.2.1979 günlü, E. 978/54, K. 1979/9 sayılı kararı, AYMKD S. 17, sh. 62.

TBMM denetimine tabi kılınmalarını Anayasaya aykırı bulmuştur. (37a).

Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Çalışma Haklarıyla İlgili Kararlarında

Avukatlık Yasasında, avukatların haklarında kamu davası açılmasıyla işten yasaklanmalarına ilişkin değişikliği, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmaz bulmuştur (38).

Anayasa Mahkemesi, Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkındaki Yasayla ilgili kararında Anayasanın yasaya bıraktığı konuların bir makamca ya da yönetmelikle düzenlenmesini «yasma yetkisinin devri» niteliğinde görmüştür (39).

Anayasa Mahkemesi, bu kararında eski kararlara da gönderme yaparak «Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir» biçimindeki kuralın «Yasakoyucu belli konularda gerekli kurallar koyarak, çerçeveyi çizerek, eğer uygun veya zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare ancak, o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere birtakım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.» anlamına geleceğini belirlemiştir.

AYM'nin yakın tarihte aynı doğrultuda verdiği başka bir kararda, «yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi; idarenin kanuniliği ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Yasalarca düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin, subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır (40) denilmektedir.

AYM, dinleri ve inanç sahiplerini «semavi dinler ve onlara inananlar ile semavi olmayan dinler ve onlara inananlar» olarak ikiye ayırmanın semavi dinleri ve bunlara inananları saldırılara karşı korurken, semavi olmayan dini inançları himaye dışı bırakmanın, kişileri inançlarına göre farklı işlemlere tabi tutmak anlamına geleceğini ve lâiklik niteliğiyle bağdaşmayacağını hükme bağlamıştır. Aynı kararda, Devletin kendisine ait

(37a) AYM'nin 28.1.1988 günlü, E. 1987/2, K. 1988/3 sayılı kararı, RG: 7.10.1988, sayı 19952.

(38) AYM'nin 1.3.985 günlü, E. 984/12, K. 985/6 sayılı kararı RG. 17.5.985.

(39) AYM'nin 18.6.985 günlü, E. 985/3, K: 985/8 sayılı kararı RG. 18.11.985 Sayı: 18902.

(40) AYM'nin 9.10.1986 günlü, E. 986/18, K. 986/24 sayılı kararı, RG. 31.1.987 Sayı: 19358.

cezalandırma hakkını kullanırken bireyler arasında inançlarına göre ayırım yapılmasını Anayasa'ya aykırı görmüştür (41).

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında belirtildiği gibi, din özgürlüğüne karşı işlenen suçlar cezalandırılırken korunan dinin kendisi değil, kişinin dinsel inancıdır.

Yasama ihmalleri ve eksik düzenleme

Anayasa Mahkemesi, genellikle, yasama ihmallerini ya da yasamanın eksik düzenlemelerini kendi görev alanı içinde görmemektedir. Yasama ihmalleri, Anayasa'nın yapılmasını emrettiği bir düzenlemenin yasama organınca yapılmaması, eksik düzenleme ise bu yasanın işi bir yönüyle ele alması durumunda ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi, yasadaki eksikliğin Anayasal bir kuralı ihlâl edici nitelikte görmesi halinde Anayasaya aykırı bulabilmektedir. Nitekim, AYM yakın bir tarihte kıyı yasasıyla ilgili olarak verdiği kararında, yasada Anayasanın öngördüğü ilkelere uygun bir düzenleme yapılmamasını «... Anayasal zorunluğu ortadan kaldıran ve öngörülen amaçların sağlanmasını engelleyen nitelikteki bu eksiklikler Anayasaya aykırılığı oluşturmaktadır» (42) gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

V. ANAYASA MAHKEMESİNİN KARAR VERME İŞLEVİNDE KARŞILAŞTIĞI KİMİ GÜÇLÜKLER

1. İlk sorun, iptal kararlarının, gerekçesi yazılmadan açıklanmasından kaynaklanmaktadır. Konuyu birkaç olaydan kısaca söz ederek ortaya koymak isterim.

Olay 1

1972 yılında bazı sanıkların (43) haklarında mahkemece verilerek kesinleşen ölüm cezasının yerine getirilmesine TBMM.'nce karar verilmiş, bu yasaya karşı Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi verdiği kararla ölüm cezasının yerine getirilmesine ilişkin yasayı

(41) AYM'nin 4.11.1986 günlü, E. 986/11, K. 986/26 sayılı kararı, RG. 22.2.1987, Sayı: 19380.

(42) AYM'nin 27.11.1986 günlü, E. 1985/1, K. 1986/4 sayılı kararı RG. 10.7.1986 günlü, Sayı. 19160.

AYM'nin 27.9.1988 günlü, E. 1988/7, K. 1988/27 sayılı kararı, RG: 26.12.1988, sayı 20031.

(43) Deniz Gezmiş ve Arkadaşları.

biçim yönünden iptal etmiştir (44). Ancak, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'daki kural nedeniyle iptal kararını hemen açıklayamamaktadır. Gerekçeli kararın yazılıp yayımlanması zaman alacaktır. Bu arada ölüm cezası yerine getirilirse, infazın, şeklen de olsa, Anayasa'ya aykırı bulunan TBMM kararına göre yapılması söz konusu olabilecekti.

Olay 2

Hatırlanacağı gibi, gayrimenkullerin yabancılara satışına yetki veren yasanın iptali için dava açılmıştı. Anayasa Mahkemesi, bu yasa'yı Anayasa'ya aykırı bularak 13.6.1985 tarihinde iptal etmiştir (45). Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının basında duyulmasına karşın, yayımlandığı 24.8.1985 tarihine kadar satışlar devam etmiştir. Çünkü, Anayasa'ya göre gerekçeli iptal kararının yayımına kadar, yasa yürürlüktedir.

Olay 3

Konu iptal kararının yayımıyla bitmemiştir. Aynı konuda yeni bir yasa daha çıkarılmıştır. Yeni yasanın da, iptal edilen yasadaki aynı esaslara dayandığı, iptal kararının dikkate alınmadığı ileri sürülerek iptali istenmiştir. Bu yasanın Anayasa Mahkemesi'nde incelenmesi aşamasında, hatta iptali ile yayımı arasındaki sürede satışlar devam etmiştir.

Bu örnekler, Türk Anayasa yargısındaki bu eksikliğin nasıl giderilebileceği sorusunu beraberinde getirmektedir.

İki çözüm yolu düşünülebilir :

İlk akla gelen, iptal kararının karar tarihinde yürürlüğe girmesidir. Bu durum, iptal tarihinden sonraki Anayasaya aykırı uygulamayı önlerse de, davanın açıldığı tarihteki ilk incelemede hemen göze çarpan, beklenmesinde büyük sakıncalar doğurabilecek Anayasa'ya aykırılık taşıyan yasaların yürürlükte kalmasını önleyemez. 1961 Anayasası'nın ilk metninde, «iptal kararlarının verildikleri tarihte yürürlüğe girmesi» esası kabul edilmişti. O tarihlerde bu kurala karşı, kanımca esasta haklı sayılabilecek, «iptal kararının verildiği tarihte gerekçe açıklanmadığından iptal sebepleri bilinmemekte ve parlamento Anayasa'ya uygun yeni bir yasa'yı hemen çıkaramamaktadır. Böylece hukuksal bir boşluk oluşmaktadır» görüşü ileri sürülmekteydi. 1971 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri sırasında Anayasa'da bu görüş doğrultusunda değişiklik yapılarak «iptal kararı, gerekçesi yazılmadan açıklanamaz. Resmi Gazete'de yayımlandığı

(44) AYM'nin 6.4.1972 günlü, E. 1972/13, K. 1972/18 sayılı kararı, AYMK Sayı 10, S. 273, 293.

(45) AYM'nin 13.6.1985 günlü, E. 1984/14, K. 1985/7 sayılı kararı RG. 24.3.1985 S. 18852.

tarihte yürürlüğe girer» ilkesi benimsendi. 1982 Anayasa'sı da bu kuralı devam ettirdi.

İkinci çözüm, AYM'ne, bazı koşullarla, ilk incelemede ve iptal kararının verildiği anda ayrıca yürütmeyi durdurma kararı verebilme yetkisinin verilmesidir.

Her iki çözüm, Anayasa'da bu yolda bir değişiklik yapılmasını gerektirir.

Anayasa Mahkemesi'nin kendisine Anayasa ve kuruluş yasasıyla açıkça verilmeyen yürütmeyi durdurma yetkisini kendi kararlarıyla kazanıp kazanmayacağı, başka bir deyişle anayasal yargıdaki bu boşluğun içtihatla doldurulup doldurulamayacağı konusu tartışılabilir.

Konu, Türk Anayasa Mahkemesi'nin önüne iki kez gelmiştir. AYM'si «Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılan bir kanunun denetim sonuçlanıncaya kadar, yürürlüğünün yüksek Mahkemece durdurulması çok ağır ve önemli sonuçlar doğuran bir durumdur. Bu nedenle, yüksek Mahkemenin böyle bir karar verebilmesi ancak Anayasa ile bu yetkinin kendisine açıkça tanınmış olması ile mümkündür» (46) gerekçesiyle yürütmenin durdurulma istemini reddetmiştir.

Ancak, Anayasa'ya göre, kanunlar Anayasa'ya aykırı olamazlar. Anayasa Mahkemesinin esas görevi yargı denetimi yoluyla Anayasa'ya uygunluğu sağlamaktır. Anayasa'ya aykırı yasaları iptal etmeye yetkili olan mahkemenin, Anayasa'ya aykırı yasaların yürürlüğünü geçici bir süre için durdurmaya da yetkili olduğu kabul edilmelidir. Bu yetki Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamı içindedir ve bir usul işlemidir. Anayasa'da ya da kuruluş yasasında bu yönde açık bir hüküm bulunmasa dahi, bazı durumlarda ve bazı koşullarla yürütmenin durdurulması kararı verebilmelidir. Kaldı ki, henüz yayımlanmamış olsa da AYM, iptal kararını, verirken söyleyeceğini söylemiştir. Karar açıklanamasa da, kendisi yönünden kesinlik kazanmıştır» biçimindeki görüşünde aynı güçle savunulabileceği kanısındayım.

2. Bir başka sorun da, Anayasa Mahkemesi'nin, zaman zaman, kural koyucu nitelikte karar verdiği, yasama organının takdir yetkisine karıştığı ve böylece yetkilerini genişlettiği savlarıyla karşılaşmasıdır. Bu tartışmaların en önemlisi 1968 yılında yapılan mahalli idareler ve Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde ortaya çıktı. Bu seçimlerde uygulanacak yasa «barajlı d'Hondt» sistemini getirmişti. Anayasa Mahkemesi, yasadaki «ba-

(46) AYM'nin 1.8.1985 günlü, K. 1985/4 müteferrik karar RG. 18.10.1985, Sayı: 18902, AYM'nin 6.4.1972 günlü, E. 1972/13, K. 1972/18 sayılı kararı.

raj»la ilgili kuralları Anayasanın «demokratik devlet» ilkelerine aykırı bularak iptal etti (47). Böylece seçimler, «barajsız d'Hondt» sistemine göre yapıldı. Başka bir deyişle, parlamento, seçimlerde «barajlı d'Hondt» sistemini düşünmüşken, iptal kararından sonra kalan hükümlere göre «barajsız d'Hondt» sistemi uygulandı. Olayda ilk bakışta, Anayasa Mahkemesinin kural koyduğu izlenimi doğmakta ise de, gerçekte Anayasa Mahkemesi yasanın Anayasa'ya aykırı gördüğü bölümünü iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, daha sonraki bir kararında, «Kanunkoyucu, ülkesinin siyasi ve sosyal koşullarına, gerçeklerine, yasalarına uygun göreceği bir seçim sistemini tayin etme hakkını haizdir» (48) demek suretiyle seçim sistemindeki isabeti araştırmanın yerindelik denetimine gireceğini belirtmiştir (Judicial self-restraint).

Benzer tartışmalar, 15.5.1974 günlü, 1803 sayılı Af Yasasının bazı madde, fıkra ve bentlerinin biçim yönünden iptali sırasında da çıkmıştır.

VI — SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin kararları, şöyle ya da böyle eleştirilebilir, tartışılabilir. Ancak AYM'nin birçok hukuksal kavrama Anayasa doğrultusunda tanımlar getirdiği, temel hak ve özgürlükler konusunda, yıllara göre değişmekle beraber, uluslararası sözleşmelere de dayanarak belirli bir standardı korumaya çalıştığı yadsınamaz. Özellikle 1970-1980 arasında kararlarında kullandığı dil ve yazım yöntemiyle, öteki mahkemeleri ve kamu kuruluşlarını etkilediği, hukuk dilinin Osmanlıca ve yabancı sözcük ve deyimlerden arındırılmasına öncülük ettiği açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin, düşünce özgürlüğünü bazı sınırlarla ve kimi yasaklamaları Anayasa'ya uygun bularak benimsediği söylenebilirse de; kararlarında, sosyal yapıyı ve ülkenin içinde bulunduğu koşulları gözönünde bulundurarak toplumsal yaşamla denge kurmaya çalıştığı gözlenmektedir. Anayasa Mahkemesi, uluslararası sözleşmelere gönderme yaparak, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan öte, uluslararası bir anlam ve içerikle ele almaya çalışmış ve Anayasaya uygunluk denetimi yaparken birçok başvuruda, eşitlik, demokratik devlet ve sosyal hukuk devleti, demokratik toplum düzeninin gerekleri gibi temel kurallara dayanmıştır.

Kanımca, Anayasa Mahkemesi'nin, Cumhuriyetin niteliklerini oluşturarı, lâik, demokratik ve sosyal hukuk devleti kavramlarının, Atatürk mil-

(47) AYM'nin 3.4. ve 6.5.1968 günlü, E. 1968/15, K. 1968/13 sayılı kararı

(48) AYM'nin 1.3.1984 günlü, E. 1984/1, K. 1984/2 sayılı kararı, RG: 1.5.1984 Sayı 18388.

liyetçiliğine bağlılığın ve insan haklarına saygının uygulamada benimsenmesi ve yaşama mal edilmesi yönünde ulaşacağı başarı, Anayasayla yüklediği görevini yerine getirmesinin onurlu kanıtı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi Başkanı Mahmut C. **Cuhruk**'un, Anayasa Mahkemesi'nin 26. Kuruluş Günü nedeniyle düzenlenen törende yaptığı konuşmada söylediği şu sözler Anayasa Mahkemesi'nin konumunu ve işlevini veciz bir biçimde belirler niteliktedir :

«Anayasa Mahkemeleri demokratik hukuk devletinin temel taşlarından biri ve insan haklarının en üst düzeyde koruyucusudur. Hukuk devleti, ancak anayasa yargısı ile işlevsel yapısını tamamlamış olur.

1961 Anayasası gibi, 1982 Anayasası da, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesini sadece teorik düzeyde ifade ile yetinmemiş bu ilkenin güvencesi olarak Anayasa Yargısını getirmiş ve bu denetimi sisteminin temel ögesi yapmıştır.»

TIBBİ BİLİRKİŞİLİK

Prof. Dr. İbrahim TUNALI (*)

Yrd. Doç. Dr. Cahit ZENTÜRK (**)

Bilirkişiliğin tarihi gözden geçirildiğinde, «Tıbbi Bilirkişi bilirkişiliğın nüvesini teşkil eder» diyebiliriz. Zira, Roma Hukukunda bugünkü anlamı ile bir bilirkişilik mefhumu yoktu. Roma'nın imparatorluk devrinde ceza hâkimlerine, yine kendilerinden teşekkül eden, istişare heyeti bilirkişiliğe ihtiyaç duyulan hallerde yardım etmekte idi. Ancak akıl hastalığı ve müessir fiil gibi olaylarda, olayın aydınlatılmasında ve failerin işledikleri fiil anında hareket serbestisini tesbit etmek üzere, resmen görevlendirilmiş hekimler bugünkü manasındaki bilirkişilik fonksiyonunu ifa etmekte idiler. Şu anda resmi bilirkişilik mefhumu da, menşeiini tıbbi bilirkişilikten almış ve halen de resmi bilirkişilik pek nadir alanlar haricinde tıbbi bilirkişiliğın dışına çıkmamıştır. Bu gün bir çok memleketlerde tatbik olunmakta olan resmi bilirkişilik tabiri, daha ziyade hekimlerin adalet alanındaki Adlî Tıp'la ilgili görevlerini içermektedir. Ancak pek nadir hallerde hekim olmayan resmi bilirkişilere yer verilmiştir. Ülkemizde de darphane ile ilgili resmi bilirkişilik müessesesi yakın zamana kadar mevcut olduğu halde, halen bu müessese kaldırılmış durumdadır. Bugün Ülkemizde tıbbi konular haricinde mütalâa verecek olan bir resmi bilirkişilik müessesesi mevcut değildir.

Ceza Hukukunda Kanunu Şer'inin uygulandığı sırada kadıların bilirkişi mütalâasından istifade edildiğine dair bir kayda rastlamıyoruz. Keza Ülkemizde ilk kabul edilen 1840 tarihli Ceza Kanunu Humayununda yaralama, ırz ve namusa saldırılar ve adam öldürme gibi suçlara yer verilmiş ise de, imparatorluğın her tarafında cari herhangi bir tıbbi bilirkişilik mevzuatı mevcut değildi. Bu kanunun uygulanmasını temin için çıkarılan kararnamede Dersaadet'te (İstanbul'da) kaza sonucu veya yaralama sonucu ölenlerin şer'memurları tarafından keşfi esnasında, ölüm sebebi hakkında mütalâa verecek mutemet ve hazik bir hekimin de celbolunacağı belirtilmiş ise de, bu hekimin yemininden bahis olunmadığına göre, yapılan görevin bir bilirkişilik olup olmadığı hakkında kesin bir şey söylenemez. Zira özel bir kanun ile kurulmuş resmi bir bilirkişilik müessesesi olmadığı takdirde bütün bilirkişilerin yemin mecburiyeti mevcuttur.

(*) Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanı ve Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanı.

(**) Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Onbir yıllık bir tatbiki müteakip bu kanunun ihtiyacı karşılamadığı anlaşıldığından, 1851 senesinde bu kanunu tamamlamak üzere çıkarılan Kanunu Cedid'de de kız kaçırma, sarkıntılık, sarhoşluk ve sahtekârlık gibi fiillere yer verilmiş ve bu fiillerin her birinin tıbbi bilirkişiliği gerektirmiş olmasına rağmen tıbbi bilirkişilik alanında mevzuatta bir terakkiye rastlanmamaktadır. Bu konuda da bugünkü manasıyla tıbbi bilirkişinin görevlerinden bahis olunmamaktadır.

1858 tarihinde neşrolunan Ceza Kanunu Humayununda işten kalma, hastalanma müddeti, uzuv fonksiyonlarını kaybetme, uzuv zaafı ve uzuv tatili gibi mefhumlara yer verilmiş olması ve bu mefhumların halli için tıbbi ekspertise kati ihtiyaç hissedildiği halde mevzuata henüz bilirkişilik tabiri girmemiştir. Bilirkişilik ve tıbbi bilirkişilikten kanunda bahis edilmiş olmamakla beraber mahkemeler, hâkimler ve savcılar, hekimlerin ve sağlık personelinin mütalâalarına müracaat etmeye başlamışlardır. Tıbbi meselelerde sivil ve askeri hekimlerin ve hatta sağlık memurları ve ebelerin bilgilerine müracaat ediliyor ve fakat bunlar bilirkişi sıfatı ile dinlenmiyordu. Bu ihtiyacın kendisini göstermesi sebebi ile 1839 senesinde kurulan Mektebi Tıbbiye-i Şahane'nin 5 ve 6. sınıflarına Tıbbi Kanuni dersleri konulmuştur. Tıbbiye-i Şahane kurulduktan sonra İstanbul'da artık hekimlerin ve bu okulun adlî olaylarda mütalâasına müracaat etmeye başlamışlardır. Ancak Sultan İkinci Beyazıt'ın saltanatına rastlayan 1496'da mezar açma için yapılan bir müracaat üzerine zamanın şeyhülislamından fetva istenmesi üzerine ve verilen fetvada müslüman cemaatin cesetleri üzerinde müdahale yapacakların kâfir olacakları fetvasının tesiri devam ettiğinden, Müslüman halka otopsi ameliyesi yapılmıyor, ancak bugünkü ölü muayenesinin yerine kaim olmak üzere ceset üzerinde keşif yapılabiliyordu. Otopsi ameliyesi sadece gayri müslim Osmanlı Tebası ve yabancılar üzerinde yapılabiliyordu.

Mevzuatımızda «bilirkişilik» tabirine 84 sayılı Ceza Usulü Kanunu Muvakkatasında rastlamaktayız. Bu kanunun 40. maddesinde savcılarının görevleri belirtilirken «müddei umumi, bir cünha ve cinayetin mahiyet ve ahvalinin temyizi bazı fen ve sınaate tevaffuk ettiği hallerde, erbabından bir iki kişi intihab ile ehli hibre tayin edecektir» denilmiştir. Yine aynı kanunun 41. maddesinde celbolunacak bilirkişinin mütalâalarını vicdanı sahih üzerine vereceklerine dair yemin mecburiyeti getirilmiştir. Bilirkişilik mevzuatında yemin mecburiyeti olması, ancak yeminli bilirkişi mütalâasının adaletçe makbul olabileceği gözönünde bulundurulursa, Ülkemizdeki tıbbi bilirkişiliğin hakiki başlangıç tarihini 1879 olarak kabul edebiliriz.

Halbuki Almanya'da 1507 senesinde Coda Banebergenezis denen kanunlarda «tıbbi ekspertiz-bilirkişilik» tabiri kullanılmıştır. Halen hiçbir kanunumuzda «tıbbi bilirkişilik» tabiri geçmemekte olup, C.M.U.K. da «hekim» tabiri kullanıldığına göre, tıbbi bilirkişiliğin C.M.U.K.nun kabulü ile mevzuatımıza girmiş olduğunu kabul edebiliriz.

Ülkemizde tıbbi bilirkişiliğin organizasyonu zımında 1879 tarihli muhakematı cezai kanuni müvakhatasının yukarıda belirtilen açık hükümleri karşısında, tıbbi bilirkişilik müessesesinin organizasyonu ihtiyacı ortaya çıktığında, ilk olarak İstanbul'da zabıta nezaretine bağlı olarak Adlî Tıp işleri ile meşgul olmak üzere «Zabıta Tababeti Adliyesi» kurulmuştur.

Her yerde Zabıta Tababeti Adliyesi ihdas edilmediğinden, diğer vilayetlerde bu işleri gelenek ve daha önceki mevzuata göre sivil ve askeri tabibler ve bunların bulunmadığı yerlerde sağlık memurları ve ebeler yapmakta idiler. Bugün dahi Ülkemizin nahiyelerine varıncaya kadar hekim bulunmasına rağmen bu mevzuatın kalıntılarına rastlanılmaktadır. Ebeler ve sağlık memurlarının adlî olaylarda tanzim ettikleri ilmühaller fenne uygun olmak şartı ile makbul addedilmektedir.

Zabıta Tababeti Adliyesinin kurulması, bugünkü Adlî Tabiblik Teşkilatının bir nüvesi olması itibarıyla, Adlî Tabipliğin başlangıcı olarak düşünülebilse de Adlî Tabiplik tabirine ancak 1953 tarihli 6119 Nolu Adlî Tıp Müessesesi ve Meclisi Kanununda rastlıyoruz. 1908 senesine kadar Adlî Tababet alanında sistematik bir organizasyon mevcut değildi. Ancak bu arada İdare-i Tıbbi-i Mülki yerine kurulan Sağlık Müdürlüğü uhdesinde, «Tababeti Adliye Şubesi» kurulmuş ise de, bu şubenin görevleri ancak muayyen hususlara inhisar ediyor ve direkt olarak tıbbi bilirkişilikle ilgisi bulunmuyordu. Bilâhâre, Bakanlığa bağlı olarak kurulan Yüksek Sağlık Şûrasının kendi aralarından seçtikleri üç kişilik bir encümen, Adlî Tıp olaylarında biri birine mukayin raporlar hakkında mütalâa vermeye başlamışlardır. Ülkenin batılılaşma ihtiyacını hissetmesi ve Ceza Kanununun tatbikinin doğurduğu ihtiyaçlar sonucu önce 1908 senesinde Morg İdaresi, yine aynı sene içerisinde Kimyahane İdaresi kurulmak suretiyle Adlî Tıp organizasyonu idaresinde bir ilerleme görülmüştür.

1912 yılında 84 sayılı geçici bir kanunla Sağlık Bakanlığı görevini yapmakta olan Umuru Tıbbiye-i Mülkiye kaldırılarak yerine Dahiliye Nezaretine bağlı olarak Sıhhiye Müdüriyeti Umumiyesi kurulmuştur. Bu Umum Müdürlük içerisinde Tababeti Adliye Şubesi ihdas olunmuş ve 1908 yılında kurulan Morg ve Kimyahane İdareleri bu şubeye bağlanmıştır. 1915 yılında 326 sayılı Kanunla Sağlık İşleri Dahiliye nezaretinden ayrılarak müstakil bir idare haline gelmiştir.

Bu nezaretin merkez teşkilatında Tababeti Adliye Şubesi ihdas olunmuştur. Bu şube bir tabip müdür, bir tabip muavin ve kaleminden müteşekkildir. Bilâhâre 1917 senesinde 225 sayılı Kanunun 3. maddesi ile Tababeti Adliye Encümeni «Meclis Tıbbi Adlî ve Tıbbi Adlî Müessesesi» adı ile Adalet Bakanlığına bağlanmıştır. Bu tarihlerde henüz mevcut Ceza Mahkemeleri Usul Kanunu Adlî Tıp alanında gerekli hususları ihtiva etmediğinden, 1920 senesinde 38 sayılı «Tababeti Adliye Kanunu» neşrolunmuştur. Halen yürürlükte olan bu kanunun 4 ve 5. maddeleri aşağı yukarı halihazırdaki Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunumuzda mevcut hükümlerin aynısı olması sebebi ile, Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu hükümleri bu son iki madde yerine kaim olmuştur. 1., 2., ve 3. maddeleri ise Adlî Bilirkişilik yapacak olan hekimlerin çalışmalarını tanzim etmesi itibariyle önem arz etmektedir.

Bundan sonra Adlî Tıp Müessesesi ve Meclisi Kanunu, müteaddid defalar kaldırılarak yenisi ihdas olunmuş ve doğan ihtiyaçlar karşısında teşkilatta genişleme yapılmıştır.

Tıbbi Bilirkişiliğin mahiyeti, bugünkü mevzuat dahilinde dahi, tam manasıyla açıklığa kavuşmamıştır. 1926 yılında Ceza Kanunumuz ve Medeni Kanunumuz yürürlüğe girdikten sonra bu konuların mehazı olan İtalya ve İsviçre Devletleri'nin tıbbi bilirkişilik mevzuatı gözönünde bulundurulmadığından, resmi bilirkişilik mevzuatı tam olarak anlaşılammıştır. Söz konusu devletlerin tıbbi bilirkişilik mevzuatıyla Ülkemiz tıbbi bilirkişilik mevzuatı arasında farklılıklar mevcuttur.

Ülkemizde Tıp Fakültesinden mezun ve T.C. Tabiyetinde olan her hekimin Adlî olaylarda rapor tanzim etme hakkı mevcut olup ve bazı kanunlarla da hekimlere bu görev verilmiştir. Ancak bu hekimlerin görevlerinin bilirkişilik mi yoksa eksperlik mi olduğu henüz tam açıklığa kavuşmamıştır. C.M.U.K.muzun mehaz olan Alman C.M.U.K.nunda resmi bilirkişilikten bahis olunmakla beraber yeminsiz olarak bir hekimin bilirkişilik yapması mümkün değildir. Bunların yaptıkları tıbbi bir ekspertiz olup Almanca tabir ile Gutachter olarak adlandırılırlar ve adlî alanda rapor tanzim ederler. Bilirkişi hekim, tehirinde mazarrat umulan hallerde savcılar tarafından yemin ettirilmek suretiyle seçilir ve Almanca olarak «Sachverständige» olarak adlandırılırlar.

Mevzuatımızdaki resmi bilirkişilik tabirinden ne kastedildiği vazih olarak anlaşılammıştır. Adlî Tıp kitaplarında ocak hekimlerinden tam teşkilâtli hastaneye varıncaya kadar bütün sağlık müesseselerinin resmi bilirkişilik müessesesi olduğu belirtilmektedir. Bu sağlık tesislerine bu görevin hangi mevzuat ile yüklenildiği hakkında da açıklık yoktur. Gerek

Ceza ve gerek Medeni Kanunumuzda bilirkişinin seçilme şekli gayet açık ve ceza alanında yemin mecburiyeti de olduğuna göre hükmi şahısların yemin etme imkanları da bulunmadığına göre bunların bilirkişilikleri özel bir kanuna dayanmadığına göre yaptıklarına görev yeri vermiş oldukları tıbbi mütalâada bir bilirkişi mütalâası mı yoksa bir ekspertis iş-lemi midir? Bu hususun açıklığı kavuşması gerekir.

Özel kanunlarla kurulmuş olan resmi bilirkişilik müesseseleri yemin ettirilmeden bilirkişilik yapıp yapamayacakları tamamiyle hukukî bir mesele olması ve bu hususta yeteri kadar bilgimiz olmadığından tartışma-sına geçmiyoruz. Ancak Kanunlarımızda şu anda yapılmakta olan reform-lar esnasında bu hususların açıklığı kavuşturulmasında isabet olduğunu düşünmekteyiz.

Adlî Tıp İhtisası Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun neşrinden daha önce mevcut olduğuna göre 79. maddesindeki 2. fıkrasındaki «Adlî Tabip» tabirinden Adlî Tıp Mütihassısı olabileceği istidlâl olunabilir.

Nitekim C.M.U.K.muzun 79. maddesinde yapılan son tadilde veya pa-tolog tabiri kullanıldığına ve patolog unvanı alınması için bir ihtisası ge-rek olduğuna göre Adlî Tabip tabirinden de Adlî Tıp Uzmanı anlaşılması gerekir.

Ancak Ülkemizdeki Adlî Tıp Mütihassıslarının adedi pek az olduğu gibi bugüne kadar birkaç büyük şehrimiz haricinde, hiçbir yerde Adlî Tıp Mütihassısı bulunmamaktadır. C.M.U.K.muzun iktibas edildiği Almanya'da Baviera Eyaletinden başka 1970 senesine kadar Adlî Tıp İhtisası mev-cut değildi. Ancak Hükümet Tabibi olarak atanan hekimlerin Hükümet Tabibi alınma sırasında yapılan sınavda Adlî Tıp sorularına ağırlık ve-rilmek suretiyle ifa edilecek bu tıbbi bilirkişilik görevine ehil bilirkişiler yetiştirme imkanı temin edilmiştir.

Ülkemizdeki Tıp Fakültelerinden 5 adedi haricindekilerde Adlî Tıp eğitimi Adlî Tıp ihtisası olmayan diğer öğretim üyeleri tarafından tedvir edilmesi gözönünde bulundurulduğunda Adalet ve Sağlık Bakanlıkları ile Üniversite Tıp Fakültelerinin işbirliği yapmak suretiyle tıbbi bilirkişiliğini daha rasyonel bir hale getirilmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz.

ÖZET

Bu makalede Türk Hukuk sistemi içinde; kurumsal açıdan Medi-ko-legal uzmanlık ve yeri üzerinde durulmuştur.

Konunun; Türkiye'deki yasalar, yönetmeliklerin geriye dönük ele alınması bu yoldaki kavram gelişmesinin oldukça yavaş olduğunu göster-

mektedir. Yazarlar konunun mevcut durumuyla ilgili yorumların yanısıra gereksinim duyulan bazı gelişmelerle ilgili yasal değişiklik önerilerinde bulunmuşlardır.

SUMMARY

The concept of medico-legal expertize and its place as an institution in Turkish jurisdiction is studied in this article.

A retrospective review of the subject in Turkish Laws and regulations shows that the evolution of the concept has been rather slow. The authors have made some comments on the actual situation of the subject and propose some improvements in regulations which are needed even today.

LİTERATÜR

- 1 — **Aykaç**, Mehmet: Adli Tıp Ders kitabı, Çeliker Matbaacılık, İstanbul, 1987, Sayfa: 10-19.
- 2 — **Dettling J., Schönberg S., Schwarz F.**: Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin verlag Von S. Karger in Basel (Schwein) 1951. Sayfa: 2-11.
- 3 — **Glaister**, John: Medical Jurisprudence and toxicology, E. ve S. Livingstone Ltd, Edinburg and London. 1957. Sayfa: 47-50.
- 4 — **Gürelî**, Nevzat: Türk Ceza Mahkemesi Hukukunda Bilirkişilik. Cezaevi Matbaası. 1967. Sayfa: 7-13.
- 5 — **Kamay**, Behçet Tahsin: Adli Tıp, Güzel İstanbul Matbaası. 1959. Sayfa: 84-105, 689-714.
- 6 — **Marx**, H. H.: Gutachten-Fibel Georg Thieme Verlag-Stuttgart. 1969. Sayfa: 7-23.
- 7 — **Mueller**, Berthold, **Gerichtliche**, Medizin, Springer Verlag: Berlin. Göttingen. Heidelberg. 1953. Sayfa: 5-10.
- 8 — **Özen**, Cahit - **Sözen**, Hayri: Adli Tıp ve Toksikoloji, Sermet Matbaası, İstanbul, 1971, Sayfa: 5-17.
- 9 — **Özen**, Cahit - **Şehsuvaroğlu**, N. Bedii: Dünyada ve Yurdumuzda Adli Tıbbın Tarihçesi ve Gelişimi, Sermet Matbaası, İstanbul. 1974, Sayfa: 9-25.
- 10 — **Öztürel**, Adnan: Adli Tıp, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983. Sayfa: 10-29.
- 11 — **Ponsold**, Albert: Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, Georg Thieme Verlag. Stuttgart. 1967. Sayfa: 589-608.
- 12 — **Wyrsh**, J.: Gerichtliche Psychiatrie Verlag Paul Haupt Bern. 1955. Sayfa: 331-338.

İSVEÇ, DANİMARKA VE HOLLANDA'DA SAVCILIK KURUMU

Dr. Mustafa T. YÜCEL (*)

Ceza adaleti sisteminde süzgeç işlevini gören Savcılık kurumunun yapısı; savcılık ile kolluk, mahkemeler ve savunma avukatları arasındaki karşılıklı ilişkiler; Savcıların Kolluk Görevlileri ve savunma avukatları ile birlikte çalışma yöntemleri; kolluk görevlilerin denetiminde ortaya çıkan sorunların çözümündeki yaklaşım biçimleri her ülkenin normatif düzenlemesinden kaynaklanan farklılıklar içermektedir. Bu evrede önemli olan görev, soruşturmanın sağlıklı, eksiksiz, kanunlara uyarlı ve objektif olarak yapılmasını sağlamaktır. Savcıların bu soruşturmayı bizzat aktif olarak yürütmesi veya soruşturmaya nezaret etmesi yanında her ikisinin karmasına yer veren ülke sistemlerine tanık olunmaktadır.

Hiç kuşkusuz, soruşturmanın savcıların aktif katılımı ile yürütülmesi veya soruşturmaya nezaret edilmesinin ortaya çıkarabileceği kendisine özgü sorunları ve gerilimleri olabilir. Bu durum, özellikle farklı çatı altındaki birimler arasında koordinasyonun yeterli olmadığı sistemlerde rol ve işlev çatışmasından kaynaklanarak birimlerin birbirini suçlamasına kadar götürebilir.

Yukarda değinilen hususlar gözönüne alındığında Avrupaya özgü tek bir ceza usulü sistemi olmadığı gibi mevcut sistemlerin hiçbiri de tam anlamı ile **Tahkik Sistemi** (inquisitorial) değildir. İsveç, Danimarka ve Hollanda'daki savcılık yapısı ayrıntıları itibariyle birbirinden oldukça farklılık göstermektedir.

Müşterek olarak görülen unsurlar şunlardır: Kamu davası açma tekelinin kariyer Cumhuriyet Savcılarında olması ile savunma açısından yürütülen usul işlemlerinin nispeten açık olmasıdır.

Danimarka'da ayrıca merkezi olarak tesis edilmiş Savcılık Teşkilatı yer almaktadır. Bu merkezi Savcılık Teşkilatınca ciddi davaların muhakemesi takip edilmektedir. Bölge Savcıları da özel davaların kendisine intikalini isteyebilmektedir. Danimarka'da her mahalli polis bölgesinde avukat olan polis amiri bulunmaktadır. Bu polis avukatlar ehemmiyetsiz suçlar yanında suçunu itiraf etmiş bulunan sanıkların ciddi suçlarını takibinde Savcıyı bidayet aşamasında temsil etmektedirler.

(*) Adalet Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanı.

İsveç ve Hollanda'da kamu davası kolluktan ayrı ve onların üstünde yer alan kariyer savcılarca açılmaktadır. Danimarka dışında, İsveç ve Hollanda'da kolluk ve Savcıların soruşturma için zanlıları nezarete alma yetkisi vardır. Kolluktaki nezaret süresi değişik olup; Hollanda'daki süre en uzunudur. Savcı, hâkim rol ve işlevinde tutuklamaya karar verebilmektedir. Yalnız, ilk 48 saatlik nezaret süresinin uzatımı sorgu hâkiminin kararına bağlı bulunmaktadır. İsveç'te süre uzatımı mahkeme kararı ile olmaktadır.

Her üç sistemde de, ufak işlerde nezaret tedbirine başvurulmaması ve bu tür işlerin mahkemeye intikal ettirilmemesi üzerinde önemle durulmaktadır.

Hollanda'da ayrıca idari olarak geliştirilmiş rehber ilkelerle kolluğa müdahalenin gereksiz olduğu hal ve durumlar işaret edilmiştir. Her ülke bakımından kolluğun tatbikatta **de facto** olarak müdahale etmediği veya müdahale ettiği hususlardan bazıları hakkında soruşturmada vazgeçtiği olağan olduğundan bu tür uygulamaların ülke çapında objektif olarak yapılmasını sağlamak-kollukta süzgeçleme işlevine hizmet etmek üzere ulusal düzeyde geçerli rehber ilkeler oldukça yararlı olacaktır.

Danimarka'da polis trafik suçları için para cezası kesmekte ve mağazalardan yapılan hırsızlıklarda (shoplifting) mahallinde «ihtar» uygulaması yapabilmektedir. Bu ülkede kamu davası açılmak bakımından «yeterli delil» ölçütü geçerlidir. Ve kural olarak yeterli delil olduğunda kamu davası açılmaktadır. Ne varki, sınırlı ölçüde de olsa bu kuraldan inhirafa önemsiz suçlarda izin verilmektedir. İsveç'te aile içindeki ihtilâflar ile aile bireyleri arasındaki şiddet suçları hakkında soruşturma yapılmak yerine bunların sosyal hizmet bürolarına havale edildiği görülmektedir. Her üç sistemde de, zanlının akıl hastası olması veya kendisinin başka vasıtalarla daha iyi rehabilite edilebileceği hallerde takipsizlik kararı verilmektedir.

Savcılıkta tutulmakta olan dosyaların gizliliği söz konusu değildir. Savunma avukatları, her üçünde de, dosyaları etraflıca inceleyebilmektedirler. Hiçbirinde, soruşturmanın başlatılması bakımından savcılığın aktif bir rol oynadığı söylenemez. Savcılık sistemde alıcı durumunda olup; soruşturma dosyaları kendilerine intikal ettirilmiştir. Yalnız, bu görünüm, savcıların soruşturmanın yönlendirilmesi işlevinde etkili olmadıkları anlamında değerlendirilmemelidir. Bu işlevi yapan savcılarının başarılı bir kamu davası için nelerin ispat edilmesi gerektiği konu veya konularında soruşturmayı yürüten kolluk görevlilerine devamlı uyarıda bulunmaları oldukça olağandır.

Yukarda değinildiği gibi «dosyalar» gizli olmadığından, savunma avukatı savcılık dosyasını değerlendirme imkânına sahiptir. Bu usulu tedbir kamu davalarının gereksiz yere açılmasına karşı önemli bir güvence olarak işlev görmektedir. Bu ülkelerde, Fransa ve Almanya Federal Cumhuriyeti sistemlerinde olduğu gibi dosya, sanıklara açıklanmakta; ve sanık devletin adli imkânlarından yararlanabilmektedir. Dosyayı hazırlıkta inceleyebilen savunma avukatlarının Hollanda'da soruşturma ve rapor için yaptıkları makul taleplerin tümü kabul edilmektedir. Bu işbirliği sonucu ilerde haksızlık yapıldığı yolundaki şikayetler ve karşılıklı ithamlarla yargılamada zaman kaybı önlenabilmektedir. Menfaat çatışmasının var olduğu bu ilişkilerde, sorunsuz bir uygulamanın her zaman için varit olacağı belirtilemez.

Her sistem için geçerli olan bir husus ta, avukatların müvekkillerinin yargılama öncesi salıverilmesini sağlamada gösterdikleri çabadır. Hollanda'da zanlıların kollukça ifadesinin alınması genelde hoş karşılanmamakta; zanlıların sukut etme hakları olmasına karşılık bunu pek idrâk edemedikleri görülmektedir. Yalnız, sistemde gizliliğe yer verilmemesi şu hususlar için bir teminat oluşturmaktadır:

1 — Dosyanın oluşması, zanlının kendi bilgisi dışında olmadığı için sürpriz bir ithamla karşılaşmanın söz konusu olmadığı;

2 — Soruşturmanın yürütülmesinde söz konusu olabilecek yanlı tutum ve davranışın çok erken bir safhada saptanabildiği.

Bu sistemlerde zanlı ve tutukluların insanî işlem görmesi üzerinde de önemle durulmaktadır. İsveç'te savcılar ekseriya sosyal hizmet uzmanı olarak görev yapmakta; Hollanda'da zanlı ve sanıkların ilerde yeniden sosyalleştirilmesi için verilecek uğraşları zorlaştıracak nitelikte toplumdandan kopma ve yabancılaşmalarına yer olmadığı Savcılık aşamasında egemen bir düşüncedir. Bunun sonucunda sistem girdisinde zanlı ile ilgilenen sosyal hizmet uzmanı, kişiyi yargılama sürecinde takip etmekte; hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet halinde kişiyle ilgisi devam ettiği gibi infaz sonrası yardım ve rehberlik hizmetide imkânlar ölçüsünde aynı sosyal hizmet uzmanı tarafından yürütülmektedir.

Savcılık kurumunun yapılaşmasında ekonomik suçlarla mücadele bakımından İngiltere, Belçika ve Almanya Federal Cumhuriyeti'nde uzmanlaşmış kadrolara tanık olunmaktadır. Almanya'nın bazı eyaletlerinde Adalet Bakanlığı bünyesinde özel savcılık büroları vardır. Bu bürolarda görev alan kişiler, özel olarak eğitim görmüş Savcılar, Kolluk görevlileri, İşletme Yöneticileri ve ekonomistlerdir. Bunlar ticari suçları kavuşturmak ve duruşmaya hazırlamakla yetkilidirler. Bu kişilerin mali belgeleri ince-

lemek, firmaların muhasebe kayıtları ve defterlerini mahallinde incelemeye almak gibi geniş yetki ile donatıldıkları görülmektedir. Batı Almanya örneğinin ilginç bir yanı da uzman kişiler arasında tim çalışmasının geliştirilmiş olmasıdır. Bu çerçevede, sonuç olarak davaların hazırlanması ve takibi bu amaç için özel eğitilmiş bir veya birkaç görevliye verilmektedir. Özet olarak, Almanya'da önemli bir dolandırıcılık davasının, ticari ve işletmecilik konularında kapsamlı bir eğitim görmemiş bir kişi tarafından hazırlanması ve mahkemeye intikali düşünülememektedir.

Nitekim, Türkiye'de ekonomik suçların giriftleşen niteliğinin soruşturması ve yargılaması özel bir uzmanlığı gerektirmesi nedeniyle uzman kişiler ile C. Savcıları ve hâkimler arasında anlamlı bir iletişimin tesisi bakımından ekonomik suçların çok görüldüğü merkezlerden başlamak suretiyle mali hukuk, işletme ve ekonomi dallarında eğitim kursları verilmesi Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planının 1988 yılı Programında bir tedbir olarak yer almıştır. Bu eğitim yanında uzman personelin sözleşmeli personel statüsünde Cumhuriyet Savcılıklarında istihdam edilmesi konuya pratik ve etkili çözüm getirmek bakımından yerinde olacaktır. Türk sisteminde artan bir oranda uygulamaya başlanılan «ön ödemenin» bu ülkelerde de yaygın ölçüde kullanıldığına tanık olunmaktadır. Türkiye'de 1986 yılı itibariyle ön ödeme uygulamasının % 25 olması ceza adaleti sistem girdisinde ekonomik bir azalma sağlamıştır. Gelecek yıllarda bu orandaki iş yükünün Cumhuriyet Savcılıkları aşamasında süratle kottarılması için kırtasiyeciliği asgariye indirici nitelikte ön ödeme düzenlemesine ve Savcılık kadrosunun yardımcı personel açısından desteklenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu ülkelerdeki sistem ve uygulamaların dikkate alınacak yanları bakımından şunlar belirtilebilir :

1 — Duruşma öncesi yer alan hazırlık soruşturması aşamasında dikkatli bir ayıklama ve tartışma ortamı sağlanmış olduğundan yargılama sürecinde davanın maddi kısmına ilişkin tartışma çok ender olarak yer almaktadır.

2 — Elde mevcut deliller açısından şüpheli görülen davalar ile ehemmiyetsiz nitelikteki işler yargılama aşamasına intikal ettirilmemektedir. 1986 yılı değerleri itibariyle Türk Ceza adaleti uygulamasında beraat ve düşme oranı Ağır Ceza Mahkemelerinde % 43, Asliye Ceza Mahkemelerinde % 49 ve Sulh Ceza Mahkemelerinde % 15 olmasına karşılık, Fransa'da bu oranların sırasıyla % 8, % 5 ve % 4 olması C. Savcıların Türkiye'de takipsizlik kararı verme konusunda gerektiği gibi işlev görmediklerini belgelemektedir. Öteyandan, eksik soruşturma ile açılan kamu

davaları sonucu ceza mahkemeleri delil takdir etmek işlevi yerine delil toplamaya ağırlık vermekte ve yargılama süreci uzamaktadır.

Türk sisteminde, hazırlık soruşturması sonunda, kamu davasının açılması için **yeterli delil bulunmaması** veya **keyfiyetin takibe değer görülmemesi** halinde «takipsizlik kararı» verilmesi (CMUK md. 164) normuna istenilen ölçüde uygulama sağlanarak itham yüzdesinin makûl sayılabilecek bir düzeye getirilmesi sistemin etkinliği açısından oldukça önemlidir. Bu usul takip edildiğinde, dosyanın mahkeme öncesi ikmal edilmesi sonucu yargılama sürecinin makul bir sürede sonuçlandırılması mümkün olacaktır.

3 — Avrupa sistemlerinde, hazırlık aşamasındaki «açıklık» ilkesi, sanık ve avukatlarının bir sürpriz veya haksız bir taktikle karşılaşmasını belirgin bir biçimde bertaraf etmektedir. Savunmaca Savcılık dosyası bilindiğinden savunmanın çok erken bir safhada müdahale etmesi sonucu çok az sayıda dava açılmaktadır. Ek olarak, kollukça davaya daha az gizlilik içeren bir tutumla eğinildiğinden delillere ilişkin gerçek tartışma alanları veya benimsenecek çözüm biçimleri asgariye indirilebilmekte ve ihtilâfların dozu azaltılabilmektedir.

S O N U Ç

İlke olarak gizlilik içermeyen «işbirlikçi» yöntemle hazırlık soruşturmasının yürütülmesi çerçevesinde elde edilen deliller muvacehesinde davanın sağlam olduğu kuşku götürmez bir nitelik kazandığında kamu davası açılması kuramının benimsenmesi ekonomik olduğu kadar «masum insanı» korumayı ön plana alan bir sistem tablosu gösterecektir. Kişi, bu sistem uygulaması ile uzun süre suç isnadı altında kalarak beraat etmek yerine Savcılıkça «takipsizlik kararı» verilerek sonlandırma veya tekammül etmiş iyi bir dosya ile yargılamanın kısa sürede sonuçlandırılması: sonucu demokratik toplumun gerekleri somutlaştırılacaktır.

● MEDENİ HUKUK

MEDENİ KANUNDA VE MEDENİ KANUN ÖNTASARISINDA NAFAKA

Demet ÇELİKTAŞ (*)

● ANLATIM DÜZENİ: Giriş. B i r i n c i B ö l ü m : Nafaka Kavramı, Tarihi Gelişim, Türleri ve Nitelikleri. § 1 — Genel Olarak Nafaka Kavramı. § 2 — Nafaka Mükellefiyetinin Kısa Tarihi Gelişimi. § 3 — Nafaka Türleri ve Nitelikleri. I — Genel Olarak. II — Bakım Nafakası ve Nitelikleri. III — Yardım Nafakası ve Nitelikleri. İ k i n c i B ö l ü m : Bakım ve Yardım Nafakası, Farkları, Öncelik Sırası. § 4 — Evlilik ve Doğum Sonucu Ortaya Çıkan Bakım Nafakası. I — Bakım Nafakası Kavramı. II — Bakım Nafakasının Kaynakları. A — Medeni Kanundan Doğan Bakım Nafakasının Türleri. 1 — Tedbir ve Siyanet Nafakası. a — Kavram. b — Evlilik Birliğinin Çeşitli Aşamalarında Eşlerin Birbirlerine Karşı Tedbir ve Siyanet Nafakası. aa — Boşanma yada Ayrılık Davası Açılmadan Önceki Dönemde Tedbir ve Siyanet Nafakası. bb — Boşanma Yada Ayrılık Davası Açıldıktan sonraki Dönemde Tedbir Nafakası. cc — Evliliğin İptali Davası Sırasında Tedbir Nafakası. 2 — Yoksulluk Nafakası. a — Kavram. b — Yoksulluk Nafakası İstenmesinin Şartları. aa — Nafaka Talep Edilmeli. bb — Nafaka Talep Eden Eşin Kusursuz Olması. cc — Kusursuz Eşin Boşanma Sonucu Büyük Bir Yoksulluğa Düşecek Olması. dd — Nafaka Ödeyicisinin Kusurlu Olup Olmaması Önem Taşımaz. ee — Nafaka Miktarının Diğer Eşin Malî Kudreti İle Orantılı Olması. ff — Yoksulluk Nafakasının Süresi. 3 — Çocuklar İçin Bakım ve İştirak Nafakası. a — Kavram. b — Ana-Baba ve Bunlar Dışındakilerin Çocuk Lehine Nafaka Mükellefiyeti. aa — Genel Olarak Ana-Babamın Çocuk Lehine Nafaka Mükellefiyeti. aaa — Sahih Nesepli Çocuklar Lehine Nafaka Mükellefiyeti. bbb — Gayrisahih Nesepli Çocuklar İçin Nafaka Mükellefiyeti. ccc — Tabii Neseplî Bağı Halinde Bakım ve İştirak Nafakası. bb — Ana-Baba Dışındaki Kişilerin Çocuğa Karşı Bakım Nafakası Mükellefiyetlerinin Olup Olmadığı Sorunu. aaa — Hısımların Bakım Nafakası Mükellefiyeti Olup Olmadığı Sorunu. bbb — Tüzel Kişi ve Kurumların, Özellikle Devletin Bu Konudaki Mükellefiyeti. B — Sözleşmeden Doğan Bakım Nafakası. § 5 — (Hısımlararası Hukuktan Doğan) Yardım Nafakası. I — Kavram. II — Yardım Nafakasının İstenme Şartları. A — Nafaka Alacaklısı Bakımından. 1 — Zaruret Hali Şartı. 2 — Talepte Bulunma Şartı. B — Nafaka Borçlusu Bakımından. 1 — Usul-Fürü Nafakasında Ödeme Olanığı (Tediye Kabiliyeti). 2 — Kardeş Nafakasında Ödeme Olanığına Etki Eden Ek Unsur (Refah Hali). III — Yardım Nafakasında Sıra. § 6 — Bakım ve Yardım Nafakasının Farkları. § 7 — Bakım ve Yardım Nafakasının Öncelik Sırası. I — Bakım Nafakasının Kendi İçinde Öncelik Sırası. II — Yardım Nafakasının Kendi İçinde Öncelik Sırası. III — Bakım ve Yardım Nafakasında Öncelik Sırası. Ü ç ü n c ü B ö l ü m : Nafakanın Miktarı, Artırılması, Azaltılması, Başlangıcı ve Sona Ermesi. § 8 — Nafakanın Miktarının Tesbiti, Artırılması ve Azaltılması. I — Nafakanın Miktarının Tespiti. A — Bakım Nafakasında Miktarın Tespiti.

(*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

B — Yardım Nafakasında Miktarın Tespiti. II — Nafakanın Artırılması ve Azaltılması. A — Bakım Nafakasının Artırılması ve Azaltılması. B — Yardım Nafakasının Artırılması ve Azaltılması. § 9 — Nafaka Mükellefiyetinin Başlangıcı ve Sona Ermesi. I — Nafaka Mükellefiyetinin Başlangıcı. II — Nafaka Mükellefiyetinin Sona Ermesi. D ö r d ü n c ü B ö l ü m : Nafaka Davalarında Yetkili ve Görevli Mahkeme, Kanunlar İhtilâfı. § 10 — Nafaka Davalarında Yetkili ve Görevli Mahkeme. I — Bakım Nafakasında Yetkili ve Görevli Mahkeme. II — Yardım Nafakasında Yetkili ve Görevli Mahkeme. III — Nafakanın Artırılması, Azaltılması ve Kaldırılması Halinde Yetkili ve Görevli Mahkeme. § 11 — Nafaka Davalarında Kanunlar İhtilâfı. S o n u ç .

GİRİŞ

Nafaka; türlerinin çokluğu ve özellikle Medenî Kanun'da dağınık (çok çeşitli maddelerde) düzenlenmesi nedeniyle, karıştırılmaya yahut zor anlaşılmaya elverişli bir konudur. Bu nedenle ve Medenî Kanun'da yapılan değişikliklerle ilgili Öntasarı nedeniyle, nafakanın tekrar ele alınıp incelenmesi gerekir.

«Mevzuat ve Medenî Kanun Öntasarısında Nafaka» adını taşıyan bu çalışmada nafaka konusu dört bölümde incelenmiştir.

«**Birinci Bölüm**» de genel olarak nafaka kavramı, nafaka mükellefiyetinin kısa tarihî gelişimi, nafaka türleri ve nitelikleri ele alınmıştır.

«**İkinci Bölüm**» de evlilik ve doğum sonucu ortaya çıkan bakım nafakası ile hısımlararası hukuktan doğan yardım nafakası iki ana bölüm halinde incelenmiştir. Bakım nafakası da kaynaklarına göre, Medenî Kanun'dan ve sözleşmeden doğan bakım nafakası olarak ikiye ayrılmıştır. Medenî Kanun'dan doğan bakım nafakasından; eşler lehine bakım nafakası olarak, tedbir ve siyanet, yoksulluk nafakaları ile çocuklar lehine iştirak nafakası çeşitli ihtimallere (boşanma veya ayrılıktan önce-sonra, nesep türlerine -sahih, gayrisahih...-) göre incelenmiştir. Yine bu bölümde, yardım nafakası, bakım ve yardım nafakasının şartları, çeşitli sorunlar ortaya çıkarabilecek bir konu olan bakım ve yardım nafakasının öncelik sırası incelenmiştir.

«**Üçüncü Bölüm**» de nafakanın miktarı, arttırılması, azaltılması, nafaka mükellefiyetinin başlangıcı ve sona ermesi sorunlarına değinilmiştir.

«**Dördüncü Bölüm**» de nafaka davalarında yetkili ve görevli mahkeme ile nafaka davalarında kanunlar ihtilâfına kısaca değinilmiştir.

Tüm çalışma sırasında Medenî Kanun ile Ö n t a s a r ı karşılaştırılmış ve Öntasarı'daki değişiklikler olumlu ve olumsuz yönleri ile sunulmaya çalışılmıştır.

«S o n u ç» bölümüne gelince; burada mevzuat, özellikle Medenî Kanun ve Öntasarının (Doktrindeki görüşlerle ve Yargıtay Kararlarıyla) incelenmesinden sonra varılan sonuçlar özetlenmiştir. Burada belirtilmesi gereken bir husus da, tüm çalışma boyunca Medenî Kanun ve özellikle Öntasarı'daki nafakayla ilgili hükümlere ağırlık verildiği, diğer ilgili hususlarda ayrıntılı bilgi için gerekli eserlere atıf yapıldığıdır.

Birinci Bölüm

NAFAKA KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİM, TÜRLERİ VE NİTELİKLERİ

§ 1. GENEL OLARAK NAFKA KAVRAMI

Nafaka, kelime anlamı olarak «geçim için gerekli para» demektir (1). Uygulamada, «aylık nafaka»dan maksat; bir kimsenin, bir aylık geçimini (yeme-içme, mesken edinme vs.) sağlayacak paradır (2).

§ 2. NAFKA MÜKELLEFİYETİNİN KISA TARİHİ GELİŞİMİ

Nafaka, ilk önceleri dinî ve ahlâkî düşüncelerden ortaya çıkmış bir kurumdur. Geçirdiği tarihî seyir içinde, özellikle klan devrinde, kan hısmılığı, en uzak derecelere kadar şâmil olup bir çok kimseleri infak etmekle (geçindirmekle) yükümlü kılmıştır (3). Tarihî devirlerin devamınca ekonomik, ahlâkî ve sosyal değişmeler nedeniyle aile klan devrindeki geniş anlamıyla değil, dar anlamıyla anılmaya başlanılmış, bu surette kapsamı bugünkü şekline ulaşmıştır (4).

Eski Atina'da tabîî babanın kendi meşru çocukları üzerinde velâyet hakkı, mutlâk bir hakimiyetten daha ziyade bir himaye mahiyetinde idi. Salon kanunları ile, o zamana kadar carî bulunan, babaların kendi çocuklarını öldürmek ya da esir olmak üzere bir başkasına satmak hakları tamamen ortadan kaldırılmıştı (5). Bu durum karşısında, ana ve babanın

-
- (1) TÜRKÇAPAR, T., «Nafaka ve Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri», AD, C. 64, S. 11, 1973, s. 1002; ÖZCAN, H., Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 1980, s. 528.
 - (2) TÜRKÇAPAR, s. 1002.
 - (3) İNAL, N., Uygulamada Nafaka ve Boşanma Davaları, İlgili Yasalar, Türkçe Sözlük, Yargıtay Kararları, Açıklamalar, B. 2, Ankara 1975, s. 1.
 - (4) İNAL, N. «Nafaka Hukuku», AD. C. 61, S. 5, 1970, s. 298; FEYZİOĞLU, F.N., Aile Hukuku, 3. B., İstanbul 1986, s. 2 vd.
 - (5) DOĞANAY, İ., Nazarî ve Tatbikî Muhtelif Nafaka Davaları, Ankara 1961, Ayyıldız Matb., s. 10.

bakım mükellefiyetinin varlığı ve ne derece olduğu şüphe ile karşılanmalıdır.

Çocuklar babalarını infâk ve iâşe ile mükelleftiler. Çocukların bu nafaka mükellefiyetinden berî olabilmeleri için ancak; birinci olarak, babası kendisine hiç bir sanat öğretmemiş; ikinci olarak, gayri meşrû birleşme sonucu doğan bir çocuk olması şarttı.

Eski Atina'da karı-kocanın birbirinden boşanmaları caizdi. Bu boşanmada karının hiçbir kabahati yoksa, koca karısına nafaka ödemekle mükellefti (6).

Nafaka yükümlülüğü devlet şekillerinin gelişimiyle ekonomik, sosyal, teknik ve hukuk sahalarında devletin takip etmiş olduğu politikanın değişmesine uygun olarak değişiklikler arz etmiştir. Böylece, yardım yükümlünün toplulukların gelişmeleriyle dar bir sahaya inhisar etmesi neticesinde devletin sosyal yardım teşkilatları genişlemiş, hayırsever kişiler tarafından çeşitli dernekler meydana getirilmiştir.

Bugün sosyal devlet anlayışı, kişilerin yardıma ihtiyaç durumlarını sosyal bir sorun olarak kabul etmekte, çeşitli önlemler almaktadır. Fakat, bu yardım da devletin zenginliğine bağlı bir husustur.

Kısacası, bugünkü yardımlaşmanın esası, dini, ahlâkî ve örfî olmayıp, devletin uyulmasını otorite altına aldığı kaidelerden, hukuktan ve kanundan doğmaktadır (7).

Ş 3. NAFKA TÜRLERİ VE NİTELİKLERİ

I — GENEL OLARAK

Medenî hukuk sisteminde, bazı kimselere diğer şahısların iâşe ve bakımını temin borcu yükleyen veya bunları, zaruret içinde bulunan hısımlarına yardımda bulunmaya zorlayan müesseselere genel olarak nafaka müessesesi denilmektedir.

Aile hukukunun çeşitli hükümlerinden doğan bu yükümlülükler, genel olarak bakım ve yardım nafakası olmak üzere iki grup altında incelenebilir (8).

(6) DOĞANAY, s. 11.

(7) İNAL, s. 299; İNAL, (AD), s. 3; Ayrıca, MK.nundan önceki Türk Aile Hukukuna ilişkin düzenlemeler için bkz. ÜNAL, M., «Medenî Kanununun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1971 Tarihli Hukukî Aile Kararnamesi» AÜHFD. C. 34, S. 1-4, 1977, s. 195-233.

(8) ERGENEKON, Y., Türk Medenî Hukukunda Yardım Nafakaları, Ankara 1966, s. 1.

Bakım nafakası, evlilik ve doğum sonucu ortaya çıkan (daha) dar (MK. 241, 314) anlamda «aile», yani, karı-koca ve çocuklar arasında söz konusu olur. Yardım nafakası ise (daha) geniş anlamda (MK. 315, 317, 18, 257) «aile» yani, karı-koca ve çocuklardan başka, kan ya da hukukî bağlarla birbirine bağlı kimseler arasında söz konusu olur (9).

Bakım mükellefiyetleri (nafakaları) için, «l'obligation d'entretien», yardım mükellefiyetleri (nafakaları) için, «la dette alimentaire» veya «l'obligation alimentaire» olarak ifade olunan fransızca terimler bu ayırımı daha iyi ifade eder (10).

Gerek bakım, gerek yardım nafakası mükellefiyeti sınırlı bir mükellefiyettir. Şöyle ki; kanun, nafaka ile yükümlü olanları sınırlı bir şekilde sayarak, karı-koca, çocuklarla, reşit olan fürûğ, ana, baba ve kardeşler arasında bazı şartlarla nafaka verilmesini kabul etmiştir (11).

Bakım ve yardım nafakasının özel niteliklerine geçmeden önce, her iki nafaka türünde de ortak olan nitelikler belirtilmelidir. Buna göre; nafaka alacağı, içine düşülen ve düşülmek üzere olan zaruret halinin giderilmesi amacıyla hükme bağlanmış bir alacaktır. Bu nedenle nafaka alacaklısının şahsına bağlı haklardandır. Çünkü, onun zaruret halinin giderilmesi söz konusudur (12).

Yardım nafakasının, bu ve diğer nedenlere bağlı niteliklerine gelince (13); nafaka taraflar arasında devamlı bir borç ilişkisi meydana getirir; takas edilemez; haczedilemez (İİK. 83); nafaka isteği kamu düzeni ile ilgilidir, taraflar yabancı bile olsalar, Türk mahkemeleri böyle bir davaya bakmaya zorunludurlar (14); nafaka hakkından feragat edilemez; nafaka mükellefiyeti karşılıklıdır, fakat müteselsil değildir. Nitekim, Medenî Kanun Öntasarısı'nın 298 inci maddesinin III'üncü fıkrasına göre (Medenî Kanunda olmayan bir madde):

«Nafakanın (yardım) yükümlülerin sadece bir veya birkaçından istenmesi hakkaniyete aykırı görülüyorsa hâkim, onların nafaka yükümlülüğünü hafifletebilir veya kaldırabilir.»

-
- (9) KARADENİZ-ÖZCAN, Ç., Roma Hukuku, 3.B., Ankara 1982, s. 156.
 (10) ERGENEKON, s. 1.
 (11) İNAL, s. 4.
 (12) FEYZİOĞLU, s. 572.
 (13) ERGENEKON, s. 31-42; ÖZTAN, B., Aile Hukuku, 2.B, Ankara 1983, s. 449 FEYZİOĞLU, s. 572-574; İNAL, (AD), s. 3-13, 17-19.
 (14) ÖZTAN, s. 449; HGK., 22.11.1967, E. 804/K. 553 (Naklen, YAZICI/ATA-SOY, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952-1970, Ankara 1970, nr. 1184, s. 674).

Bu hüküm de nafaka yükümlüleri (mükellefleri) arasında gerçek anlamda bir müteselsil sorumluluk olmadığını göstermektedir.

Nafakaya ait sebeplerin hükmen sabit olduğunun anlaşılmasına rağmen lehine nafaka hükmedilen kimse fazla nafaka almakta devam etmiş ise, nafaka yükümlüsü bu nafakanın geri alınmasını (sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre) talep ve dava edebilir (15) (BK. 61 vd.). İade hem bakım, hem de yardım nafakası için olmak gerekir. Tasarının 257'inci maddesinde de iadeyi düzenleyen bir hüküm bulunmaktadır.

II — BAKIM NAFKASI VE NİTELİKLERİ

Bakım nafakası, evlenme ve doğum gibi olaylar sonucunda ortaya çıkar. Medenî Kanun'un 152'inci maddesi vd., birinci plânda koca ve bazı hallerde kariya, aynı kanunun 257, 261 vd., 306 vd. maddeleri ana-baba veya evlât edinene bir takım mükellefiyetler yüklemektedir.

Bakım mükellefiyeti, Medenî Kanun'un 152'inci maddesine göre; kural olarak koca veya babaya aittir. Fakat, Medenî Kanun'un 151'inci maddesinin III'üncü fıkrasına göre, karı da kocasına yardım ve müzaheretle (dayanışma ile) mükelleftir. (MK. 152/II'de aynı şekilde karı, koca ve çocuklara karşı bakımla mükelleftir) (16).

Öntasarıda ise, (MK. 152/II'yi ve 153/II'yi karşılayan) 149'uncu maddede, bakım mükellefiyeti hem karı, hem de kocaya (kural olarak da olsa, bir öncelik sırası olmaksızın) güçleri oranında yüklenmiştir.

Medenî Kanun'un 257'inci maddesinde evlât edinene yüklenen bakım borcu ise, Öntasarı'nın 243'üncü maddesinde aynen devam etmektedir.

Yine, Medenî Kanun'un 261 vd. maddeleri ile çocuk için anababaya, düşen bakım borcu, Öntasarı'nın 247 vd. maddelerinde aynı şekilde devam etmektedir. Medenî Kanun'un 306'ıncı maddesindeki babalık davası sonucu çocuk lehine hükmedilen nafaka da yine, Öntasarı'nın 293'üncü maddesinin III'üncü fıkrasına göre istenebilecektir. Ancak, Öntasarı'da, Medenî Kanun'da olmayan bir husus öngörülmüş ve babalık davası reddedilirse ödenen nafaka sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmek gerekir, denmiştir (Önt. 293/III).

Bakım mükellefiyeti, genel olarak yapma (aynen ifa) borcudur. Alacaklısı olan şahsın maddî ve manevî ihtiyaçlarının mükellef tarafından temin edilmesi ve onun yetiştirilmesi şeklinde ortaya çıkar (17).

(15) İNAL, s. 19. Burada, BK. 62/I'den farklı olarak, borçlu olmadığı şeyi ihtiyarjyle verme durumu yoktur (Nafakayla ilgili BK. 62'ye misal olarak bkz: 2.HD., 9.5.1978, E. 2193/K. 3760, YKD., 1979, S. 5, s. 620).

(16) ERGENEKON, s. 3, 6; İNAL, s. 2.

(17) ERGENEKON, s. 6.

III — YARDIM NAFKASI VE NİTELİKLERİ

Nafaka, özellikle yardım nafakası, aile içindeki dayanışma ve yardımlaşma fikrinden doğar. Kanunkoyucu aile fertlerinin birbirine yardım etmelerini sadece ahlâk kurallarına bırakmakla da yetinmemiş, bunu kanunî bir ödev haline getirmiştir (18).

Yardım nafakası kanunun sınırlı olarak saydığı hısımlar arasında mevcut bir nafakadır (MK. 315, Önt. 297).

İ k i n c i B ö l ü m

BAKIM VE YARDIM NAFKASI, FARKLARI, ÖNCELİK SIRASI

§ 4. (Evlilik ve doğum sonucu ortaya çıkan) BAKIM NAFKASI

I — BAKIM NAFKASI KAVRAMI

Evlenme, doğum, evlât edinme gibi tabiî veya hukukî olaylar sonucu, karı ve kocaya birbirlerine karşı ya da ana-babaya çocuklara karşı düşen bakma, gözetme, maddî ve manevî ihtiyaçlarını¹ (1), (meselâ, gıda, elbise, tedavi masraflarını karşılama, maddî ihtiyaç; yetiştirilmeleri, bedenî ve fikrî kabiliyetlerine uygun meslek edinmelerini sağlamak manevî ihtiyaçlardandır) karşılamaya yönelik nafakaya bakım nafakası denir.

II — BAKIM NAFKASININ KAYNAKLARI

Bakım nafakası ya Medenî Kanun'da düzenlenişine göre, ya da taraflar arasında sözleşme ile kararlaştırılış şekline ve miktarına göre istenir. Bu iki durum aşağıda inceleneceği üzere bazı özellikler ve farklar arzeder.

A) Medenî Kanun'dan doğan bakım nafakasının türleri

Medenî Kanun ve Öntasarı'da bakım nafakası; tedbir ve siyanet, iş-tirak ve yoksulluk nafakası olarak üç tür olarak düzenlenmiştir.

1 — Tedbir ve siyanet nafakası

a) Kavram

Siyanet; koruma ve esirgeme demektir (2). Buradan, siyanet nafakasının evliliğin devamını sağlama ve korumaya yani, bakıma yönelmiş nafaka demek olduğu anlaşılır.

(18) ÖZTAN, s. 442.

(1) ERGENEKON, s. 5.

Tedbir nafakası ise, Medenî Kanun'un 162'inci maddesinin III'üncü fıkrasında ve 137'inci maddesinde (Önt. 133'de) hükme bağlanmıştır. Bu nafaka, ayrılık veya evliliğin tatili halinde evlilik birliğini kurtarmak amacıyla malî bir destek olarak düzenlenmiştir (3).

Tedbir nafakası ayrılık ve boşanma halinde (sırasında), sadece karı-kocanın değil, çocukların da bakımına yönelik bir nafaka türüdür (Önt. 133) (MK. 137). Boşanma veya ayrılık davasının açılmasını müteakip mahkemece tedbir niteliğinde olmak üzere takdir edilecek olan nafakanın ne miktarının anaya ve ne miktarının da çocuklara ayrılıp tahsis olunduğunun kararda «hisse» olarak açıklanması gerekir (4).

b) Evlilik birliğinin çeşitli aşamalarında eşlerin birbirlerine karşı tedbir ve siyanet nafakası

Tedbir ve siyanet nafakasından siyanet nafakası, boşanma ya da ayrılık davası açılmadan önce; karı ve kocaya, yani eşlerin birbirlerine karşı, yahutta ana-babanın çocuklarına karşıdır. Siyanet nafakasına, evlilik birliğinin devamını sağlamaya yönelmiş genel bakım nafakası da denebilir.

Çocuklara karşı olan nafaka yükümü ayrıntılı olarak iştirak nafakası kısmında inceleneceği için, burada esas olarak eşlerin birbirlerine karşı olan bakım yükümlülüğü incelenecektir. Bu inceleme de, boşanma ya da ayrılık davası açılmadan önceki dönemde tedbir ve siyanet nafakası, boşanma ya da ayrılık davası açıldıktan sonraki dönemde tedbir nafakası ve evliliğin iptali davası sırasında tedbir nafakası olarak üç başlık altında incelenecektir.

aa — Boşanma ya da ayrılık dâvası açılmadan önceki dönemde tedbir ve siyanet nafakası

Medenî Kanun'un çeşitli maddelerinde, evlilik birliğinin devamını ve korunmasını sağlamaya yönelik hükümler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Bunlardan, Medenî Kanun'un 152'inci maddesinin II'inci fıkrasında kocaya, eşin ve çocukların bakımı borcu yüklenmiştir (5). Bu hususta karının mükellefiyeti ikinci derecede düzenlenmiştir (6). Kadın, evlilik birliğinin mutluluğunu temin hususunda gücü yettiği kadar kocanın yardımcı ve danışmanıdır (MK. 153/II). Yine, eşler birbirlerine karşı bu

(2) ÖZCAN, s. 632.

(3) ÖZTAN, s. 442, dn. 2.

(4) DOĞANAY, s. 138.

(5) İNAL, s. 221.

(6) YÜCE, T. «Evlilik Hukukunda Nafaka», AD. 1951, No: 12, s. 1825.

birliğin mutluluğunu sağlamak ve çocukların bakım ve eğitimine birlikte özen göstermek yükümü altında oldukları gibi, birbirlerine karşı sadakat ve yardım ile de yükümlüdürler (MK. 151/II, III).

Medenî Kanun'un 151'inci maddesinin II'inci fıkrası ile 152'inci maddenin II'inci fıkrası telif edildiğinde ortaya şu sonuç çıkar (7) :

151'inci maddenin II'inci fıkrasıyla karı kocanın iâşe ve terbiye konusunda beraberce özen ve ilgileri düzenlenirken, 152'inci maddede bu hükmün aksine, karı ve çocukların münasip surette iâşesinin münhasıran kocaya ait bir görev olduğu belirtilmektedir. 151'inci maddenin son fıkrası gereğince karı, koca birbirine sadakat ve müzaheretle mükellef ve bu müzaheret maddî muavenete de şamil ise de 152'inci maddedekine nazaran karının kocasına maddeten müzaheret (yardımı) ancak kocanın aciz ve ıztırarı ile sınırlıdır.

Yargıtay 2.HD. de 22.1.1987 tarihli bir kararında (7a) şöyle demektedir :

«Kadının iâşesi kocaya aittir. Kadının çalışması ve hattâ kocadan daha fazla kazanç sağlaması kocanın nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu yön ancak nafaka miktarının belirlenmesinde etken olabilir.»

Görüldüğü gibi, kadının bakım yükümlülüğü ikinci derecede kalmaktadır. Bakım yükümlülüğü (mükellefiyeti) esas itibariyle kocaya yüklenmiştir (8). Aynı evde yaşayan karı-koca ayrı odalarda kalsalar bile, koca kariya bakmak zorundadır (8a). Fakat, askerde bulunan koca (veya nafaka yükümlüsü) ayrıca kişisel gelire sahip değilse nafaka vermekle yükümlü değildir (8b) (Diğer mükellef akrabalara karşı yardım nafakası hükümleri saklıdır).

Medenî Kanun'un 161'inci maddesine göre, koca aile vazifelerini ihmal eder, bakım borcunu yerine getirmese hâkimin müdahalesi sonucu (8c), hâkimin ihtarı semeresiz kalırsa (8d), karı ve çocuklar lehine na-

(7) TUĞSAVUL, M., «Usul Hukuku Bakımından Siyanet Nafakası», AD, 1953, No: 11, s. 32-33.

(7a) 2.HD. 22.1.1987, E. 11157/K. 239 (Yayınlanmamış).

(8) ÖZTAN, s. 120.

(8a) 2.HD., 20.12.1977, E. 8679/K. 8806, YKD., C. 11, 1985, S. 12, s. 1777 vd.

(8b) «Askerde bulunanlar, kişisel geliri yok ise nafaka vermekle yükümlü değildir. (12.12.1966 gün ve 5/11 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı).», 2.HD., 3.2.1987, E. 11958/K. 712 (Yayınlanmamış).

(8c) DOĞANAY, s. 33.

(8d) TUĞSAVUL, s. 38-41.

fakaya hükmedildiğinde, karının geliri de nafakanın takdirinde gözönüne alınır (9).

Çünkü, aksine mütalâa çalışan -karı-kocalar için kadına nafaka takdiri hallerinde, eşlerin nafaka takdirinden sonraki gelirlerinin mukayese-sinde kadının hayat seviyesinin, kocaya nispeten çok yükseltilmesi ve kocanın haklı bir sebebe dayanılmadan zor duruma (müzayakaya) düşürülmesini icap ettirmektedir (ki, hâkimi bu neticeye sürükleyecek Medenî Kanun'da hiçbir âmir hüküm mevcut değildir) (10).

Aslında, evlilik birliğinin devam ettiği hallerde, eşler ve küçük çocuklar için nafaka hükmedilmesine gerektiğine dair Medenî Kanun'da pek açık hükümler yoktur ve Medenî Kanun'un 151, 152, 161 ve 162'inci maddelerinde nafaka tabirinden bahsedilmemektedir. Buna rağmen, evlilik birliği sırasındaki bakım borcunu temine yönelik bu davalara uygulamada nafaka davası denilmektedir (11) ve evlilik birliğinin siyaneti için alınacak tedbirleri açıklayan 161 ve 162'inci maddelere dayanılarak, bu gibi davalar halledilmekte (12), eşler lehine tedbir nafakasına hükmedilmektedir (13).

Burada şöyle ilginç bir durum da ortaya çıkabilir: Eğer bir erkek iki kadınla evlenmişse, ikinci evliliğin butlanı kararına kadar, koca her iki eşe de bakmakla yükümlüdür (13a).

Bakım yükümlülüğünün (mükellefiyetinin) varlığı için, geçerli bir evlilik aranacaktır. Mutlak butlan ile malûl olan evlenmeler dahi butlan kararına kadar bakım mükellefiyetini gerektirir (MK. 124/II) (13b).

Ö n t a s a r ı 'da bakım yükümlülüğü ve bakım nafakasının nasıl düzenlendiğine gelince, bu konuda şunlar söylenebilir :

- (9) YHGK. 15.11.1961, E. 2/14, K. 45 (Naklen, AKSOY, N.A., «Nafaka Takdir Edilirken Kadının Geliri Nazara Alınmalı mıdır?», ABD. 1962, Y. 19, S. 2, s. 137-AD. Y. 53, 1962, S. 3-4, s. 137); FINDIKGİL, Y., «Nafaka Davasında Karının Malî Durumunun Tesiri», İBM, 1952, XXVI, No: 2, s. 88; İNAL, s. 224.
- (10) AKSOY, s. 135.
- (11) TUĞSAVUL, s. 41.
- (12) AKSOY, N.A., «Siyanet Tedbiri Olarak Hükmedilen Nafakalar İle Bunun Çoğaltılması Azaltılması ve Kaldırılması Davalarında Vazifeli Mahkeme», AD., Y. 53, S. 9-10, s. 940.
- (13) AYYILDIZ, H., «Nafaka Davalarında Görevli Mahkeme Hususunda Bir İnceleme», ABD., 1969, S. 1, s. 39; YÜCE, s. 1824; ÜYEGİL, N.F., «Nafaka Davaları ve Uygulama», AD. 1953, No. 2, s. 205.
- (13a) ÖZTAN, B., «Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu», AÜHFD., 1969, C. XXVI, S. 1-2, s. 212. (Batıl).
- (13b) AKSOY, s. 12; ÖZTAN, s. 204.

Öntasarı'nın 147'inci maddesinde (MK. 151'i karşılıyor), yine, eşlerin evlilik birliğinin saadetini elbirliği ile sağlayacakları Medenî Kanun'daki gibi, aynı şekilde düzenlenmiştir. Öntasarı'nın 149'uncu maddesinde ise, Medenî Kanun'un 152'inci maddesinin 11'inci ve 153'üncü maddesinin 11'inci fıkrasından farklı olarak, eşlerin aile ihtiyaçlarının karşılanmasına güçleri oranında katkıda bulunacakları belirtilmiştir. Böylece, Medenî Kanun'daki esas olarak, birinci derecede kocaya yüklenen bakım borcu kaldırılmıştır. Her eşe de güçleri oranında bakım yükümü getirilmiştir. Bu hüküm, Öntasarının çeşitli hükümlerinde kadın lehine sağlanan eşitlik düşüncesinin bir sonucu olmaktadır (MK. 152, Önt. 148; MK. 159, Önt.'da yok).

Kısacası, Öntasarı'nın 147'inci maddesinde her iki eş (özellikle kadın) için de birinci derecede bakım yükümü (görevi) yüklenmesi evlilik birliğinin getirdiği nimet ve külfetler bakımından eşit ve âdil olmuştur.

Medenî Kanun'un 161'inci maddesinde karı-kocadan birinin aile vazifelerini (meselâ, bakım borcunu) ihlâl etmesi halinde, hâkimin müdahalesini ve tedbir almasını düzenleyen hükmün hemen hemen aynısı Öntasarı'nın 157'inci maddesinde bulunmaktadır. Fakat, Öntasarı'da Medenî Kanun'dakinden çok küçük bir değişiklikle, hâkimin gerekli gördüğü takdirde, ihtarsız (hatırlatmaksızın) da gerekli tedbirleri alabileceği daha açık olarak düzenlenmiş ve yine ihtardan başka ve tedbirlerin alınması da eşlerden birinin talebi koşuluna bağlı kılınmıştır.

Hâkimin alacağı tedbirler, Medenî Kanun'un 162 ve 163'üncü maddelerinde düzenlendiği gibi, Öntasarı'nın 159 ve 160'ıncı maddelerinde de «birlikte yaşamaya ara verilmesi», «borçlulara emir verilmesi»dir. Bu tedbirler bu kadarla sınırlı değildir, hâkim başka tedbirler de alabilir (14).

Bâtıl evlilikler için Medenî Kanun'un 124'üncü maddesindeki hüküm, Öntasarı'nın 120'inci maddesinde de aynen bulunmaktadır: «Evlenme ancak hâkimin kararı ile hükümsüz hâle gelir.

Kesin hükümsüzlük hâlinde bile evlenme hükümsüzlük kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur.»

Buna göre, butlan kararına kadar, geçerli bir evlilikte olduğu gibi, bakım, dolayısıyla nafaka borcu devam edecektir.

Bundan başka; Öntasarı'nın 159'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında Medenî Kanun'un 162'inci maddesinin 1'inci fıkrasından küçük bir farkla ayrılmaktadır. Şöyle ki, Medenî Kanun'un 162'inci maddesinin 1'inci

fıkrası: «Karı kocadan herbiri, müşterek hayatın devamı yüzünden, sıhhati, şöhreti veya işinin terakkisi ciddi surette tehlikeye düştüğü müddetçe ayrı bir mesken edinebilirler» derken, Öntasarının 159'uncu maddesinin 1'inci fıkrası «eşlerden birinin sağlığı, şöhreti veya işlerinin gelişmesi gibi kişisel yararları ciddi şekilde tehlikeye düşerse, o eş bu durumun devamı süresince ayrı yaşayabilir» demektedir.

Öntasarı'daki hükme göre, eşlerin sağlığı vs. tehlikesi «müşterek hayatın devamı yüzünden» olması, başka nedenlerden doğsa dahi, eşler ayrı yaşayabileceklerdir. Meselâ, bir eşin müşterek hayatı, evliliğiyle ilgili olmaksızın işi kötüye gitse, tehlikeye düşse, bu eş durumu süresince ayrı yaşamak hakkı hangi sebeple neye dayanarak verilebilir? Diğer eşin bu durumda ne kabahati vardır?

Medenî Kanun'un 162'inci maddesinin 1'inci fıkrasındaki, ayrılığı haklı gösteren bu nedenin («müşterek hayatın devamı yüzünden» cümlesinin), çıkarılması tamamen yersiz, adaletsiz ve Anayasanın ailenin (evlilik birliğinin) korunmasına ilişkin 41'inci maddesine aykırı bir durum yaratmaktadır.

Öntasarı'daki diğer bir değişiklik de, yerinde olarak (MK. 162'den farklı olarak), Öntasarının 159'uncu maddesine bir fıkra eklenmesidir. Buna göre: «eşlerden herbiri, diğerinin haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple imkânsız hâle gelmesi üzerine de yukardaki /159, I, II, III, ayrı yaşama, nafaka vs.../ istemlerde bulunabilir».

bb — Boşanma ya da ayrılık dâvası açıldıktan sonraki dönemde tedbir nafakası

Boşanma evlilik bağına sona erdiren bir olaydır. Boşanma ile yan yana bulunan ayrılık evlilik bağına ortadan kaldırmaz, yalnız müşterek hayatı belirli bir zaman için durdurur. Boşanma ile ayrılık hukukumuzda aynı nedenlere dayanır (15). Boşanma davasını açmaya hakkı olan taraf

(15) Boşanma nedenleri konusunda bkz. ÇÖRTOĞLU, S., «Gayrimuayyen Boşanma Sebebi ve Ön Tasarımın Getirdikleri», AD, C. 65, S. 2-3, s. 15 vd. ve «karşılıklı rıza ile boşanma» konusunda leyhte (Bkz. AKINTÜRK, T., «Türk Medenî Kanunu'nun Evlilik Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılması Öngörülen Değişiklikler», AÜHFD., C. 29, S. 1-2, 1972, s. 46 vd.) ve aleyhte bazı görüşler bulunmaktadır (bkz. BERKİ, Ş., «Boşanma ve Ayrılık» AÜHFD., C. 32, S. 1-4, 1975, s. 137; SAATÇIOĞLU, C., «Türk Medenî Kanununun Değiştirilmesi Dolayısıyla Hazırlanan Ön Tasarı Hakkında Bir İnceleme», AD., 1974, Y. 65, S. 2-3, s. 142-143) ve Tasarı'nın 130/III'üncü fıkrası buna olanak sağlayan bir hüküm içermektedir.

dilerse boşanmayı, dilerse ayrılığı isteyebilir (MK. 135) (16).

Hâkim, boşanma davasında ayrılığa dahi hükmedebileceği halde, ayrılık davasında yalnız ayrılığa hükmedebilir, boşanmaya karar veremez (MK. 138). Boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra karı-kocadan herbiri ayrı yaşamak hakkını haizdir (MK. 162/II). Bu hak hâkimin takdirine bağlı değildir.

Medenî Kanun'un 162'inci maddesinin III'üncü fıkrasına göre, karı-kocadan biri talep eder ve ayrı yaşamak keyfiyeti haklı olursa hâkim hangisinin diğerinin bakımı (geçimi) için yardımda bulunacağını tespit eder. Bu fıkradaki ayrı yaşamak keyfiyeti 162'inci maddenin I'inci fıkrası için, yani, evlilik birliği devam ederken, boşanma veya ayrılık davası açılmadan önceki dönem içindir ve evlilik birliğinin syanietini (devamını) sağlamak için hâkimin Medenî Kanun'un 161'inci maddesinin II'inci fıkrasına göre alabileceği tedbirlerden birisidir. Yoksa, boşanma veya ayrılık davası açılınca her halûkârda eşlerin ayrı yaşama hakları kanunca (MK. 162/II), tanındığına ve aksini istemek de adaletsizlik olacağına göre, bu durumda davanın açılması ile ayrı yaşama haklı sayılır (16a) ve 162'inci maddenin III'üncü fıkrasına göre nafakaya hükmedilebilir.

Böylece, geçici bir tedbir olarak veya kopma tehlikesi geçiren evlilik birliğini kurtarmak amacıyla malî bir destek olarak tedbir nafakası hükmüne bağlanır (17).

Tedbir nafakası istenmesi (hükmedilmesi), eşlerin kusuruna bağlı değildir. Nitekim, Yargıtay 2.HD., 29.1.1987 tarihli bir kararında (17a), «boşanma davası açılmakla eşler ayrı yaşamak hakkı kazanır (MK. 162). Onun için **haklılık haksızlık aranmadan ve istek halinde** uygun nafaka takdiri gerekir.» Bu nedenle, meselâ zina davası açılrsa dahi, nafakaya hükmedilebilir (18).

Bu nafaka, istek tarihinden başlamak ve hükmün kesinleştiği tarihe kadar devam etmek üzere davacı eş yararına uygun bir şekilde hükmolunur (19). Ayrılık davasında hâkim, sanki ayrılığa karar verilmemiş gibi

(16) YÜCE, s. 1826.

(16a) YHGK. 12.3.1976, E. 1974/2-735, K. 1976/1124, YKD, C. 2, 1976, S. 12, s. 1949.

(17) FEYZİOĞLU, s. 572; Tedbir nafakasıyla ilgili çeşitli Yargıtay kararları için bkz. KORKUT, E., «Nafaka», İBM, 1943, C. XVII, No: 2, s. 66 vd.

(17a) 2.HD., 29.1.1987, E. 11890/K. 510; Aynı doğrultuda: 2.HD., 26.1.1987, E. 11492/K. 369 (Yayınlanmamış kararlar).

(18) ÖZTAN, s. 222.

(19) 2.HD., 19.1.1987, E. 11305/K. 45 (Yayınlanmamış); ÖZTAN, s. 269.

irifak ve işe yükümlülüğünü tespit eder (20). Yani, bakım borcu nafaka şekli olarak, ayrılığın ya boşanma ya da birleşme ile son bulmasına kadar devam eder.

Medenî Kanun'un 137'inci maddesine göre; hâkim, boşanma davasının açılması üzerine, gerekli olan ve özellikle kadının barınma ve geçimine, eşlerin malî münasebetlerine ve çocukların muhafazasına müteallik geçici tedbirleri alır (21).

Bu geçici tedbirler, HUMK. 101'inci maddenin 4'üncü bendinde yer alan ihtiyati tedbirden başka bir şey değildir (22). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 101'inci maddesi.

«Hâkim iki taraftan birinin talebiyle dâvanın ikamesinden evvel veya sonra aşağıda gösterilen hal ve şekillerde ihtiyati tedbirler ittihazına karar verebilir:

.....

3. Kanunu Medenî ile muayyen hallerde nafaka alınmamasına,

4. Ayrılık veya boşanma dâvası üzerine Kanunu Medenî Mucibince icap eden muvakkat tedbirlerin ittihazına».

Medenî Kanun'un 137'inci maddesinde hâkimin geçici tedbirleri, talep üzerine veya talep olmaksızın alıp alamayacağı yolunda fazla bir açıklık yokken, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 101'inci maddesinde, ayrılık ve boşanma davasındaki geçici tedbirlerin (ihtiyati tedbirlerin) ancak, taraflardan birinin talebi üzerine alınabileceği hükmü karşısında, boşanma veya ayrılık davası üzerine hâkim kendiliğinden geçici tedbirleri alamayacaktır.

Yukardakilerden farklı olarak Öntasarı, boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonraki dönemde tedbir nafakası konusunda şunları getirmektedir :

Medenî Kanun'un 137'inci maddesine karşılık gelen, Öntasarı'nın 133'üncü maddesine göre; «Boşanma veya ayrılık dâvası açılınca hâkim, dâvanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, karı koca mallarının yönetimine ve çocukların bakımına ilişkin geçici tedbirleri

(20) ÖZTAN, s. 257.

(21) ÖNDER, A., «Boşanma davası üzerine takdir olunan nafakanın devam edeceği kararda tasrih edilmemişse esas hakkında verilen hükmün tefhim veya tebliğini müteakip bu nafaka kendiliğinden kalkar. Temyiz İcra ve İflâs Dairesinin bunun hilafına verdiği kararda isabet yoktur.» AD., 1941, No: 12, s. 1025.

kendiliğinden alır. İstem üzerine nafakaya da karar verilir.»

Görüldüğü üzere, Öntasarının bu hükmü karşısında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 101'inci maddesindeki talep şartı aranmaksızın, özel hüküm olan Tasarının 133'üncü maddesi (kanunlaşması halinde) uygulanacak ve geçici tedbirleri hâkim re'sen (kendiliğinden) alacaktır. Sadece, tedbir nafakası talep (istem) şartına bağlanmıştır. Bundan başka, Öntasarıda Medenî Kanun'dan farklı olarak, «...özellikle kadının barınma...» vs. ye yönelik tedbirleri değil, «...özellikle eşlerin barınmasına...» vs. ye yönelik tedbirleri, kadın-erkek eşitliği düşüncesinin bir devamı olarak burada da öngörmüştür.

Öntasarıda, nafaka dışındaki geçici tedbirlerin hâkim tarafından re'sen alınması, korunmaya muhtaç durumda bulunabilecek eşler ve çocuklar açısından, korunmanın ivedilikle yerine getirilmesi bakımından yerinde olmuştur.

Bundan başka Öntasarıda bu konudaki getirilen yeniliklerin bir diğeri de, Medenî Kanun'un 139'uncu maddesinden farklı olarak, Öntasarının 135 ve 136'ıncı maddesinde «ayrılık süreleri»nin kısaltılmasıdır. Buna göre, ayrılık süresince nafaka ödeme süresi de artık daha kısa olmaktadır.

cc — Evliliğin iptali dâvası sırasında tedbir nafakası

Evliliğin maddî ve şeklî şartlarında eksiklik her zaman evliliği bâtil kılmaz. Evlenme aktinin yapılmasına ilişkin şartlardaki eksiklik, şartın niteliğine göre, bazen evlenmenin meydana gelmesine engel olmaz, fakat onun sonradan hükümsüz hale getirilmesine yol açar (mutlak ve nisbî butlanla sakat evlilikler) (23) (24).

Evliliğin iptali kararı verinceye kadar eşler karşılıklı olarak evlilik birliğinin getirdiği haklara ve yükümlülöklere sahiptirler (25). Zira, Medenî Kanun'un 124'üncü maddesine göre;

«Evlenmenin butlanı, ancak hâkimin kararıyla hüküm ifade eder.

Evlenme, mutlak bir butlan ile malûl olsa bile hâkimin kararına kadar sahîh bir evlenmenin bütün hükümlerini haizdir».

(22) ÖNDER, s. 1025.

(23) ÖZTAN, s. 175.

(24) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTAN, s. 176; MENGONİ, L. (Çev. Mesut ÖNEN), «İtalya'da Yeni Aile Hukuku», MHAD., Y. 11, S. 14, 1977, s. 52.

(25) ÖZTAN, s. 204.

O halde, iptal dâvası açıldığı zaman, karar verilmeye kadar geçerli bir evlilikte olduğu gibi eşler, Medenî Kanun'un 137 ve 162'inci maddesinin II'inci fıkrasının tanıdığı nafaka ve ayrı yaşamak haklarına sahip olacaklardır.

Ayrıca, Medenî Kanun'un butlanın hükümleriyle ilgili maddelerinden, 126'ıncı maddenin II'inci fıkrası (26), maddî ve manevî tazminat ve nafaka hakkında boşanmadaki hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir. Fakat, 126'ıncı maddenin II'inci fıkrası olmasa bile, biraz evvel de belirtildiği gibi, Medenî Kanun'un 124'üncü maddesinin II'inci fıkrası gereği zaten, (bu maddenin geniş yorumu ile) eşler lehine nafakaya hükmedilebilecekti. Fakat, 126'ıncı maddede (ki, bu madde butlan kararının verilmesinden sonraki, 124'üncü madde ise, butlan kararı verilmeye kadarki durumu düzenlemekte), nafaka konusu açıkça düzenlenmiştir.

Bâtıl evlenmelerden doğan çocukların nesebi, İNAL'ın (27) belirttiğinin aksine, Medenî Kanun'un 125'inci maddesinde açıkça ifade edildiği üzere, ana ve babaları hüsnüniyetli (iyiniyetli) olmasalar dahi, sahihdir (27a) (Öntasarı'nın 121'inci maddesi).

Eşlerin iyiniyet veya kötünüyetleri, tazminat veya nafaka ile ilgili hükümlerin uygulanmasında, hükmedilecek tazminatın oranında, takdirinde gözönüne alınabilir (28).

Çocuklar ile ana ve baba arasındaki haklar ve borçlar, (dolayısı ile nafaka da) boşanma hakkındaki hükümlere tâbidir (MK. 125/II) (29) (30).

Öntasarı'daki nafaka ile ilgili bir başka değişiklik, Medenî Kanun'un 126'ıncı maddesini karşılayan, Öntasarı'nın 122'inci maddesinin II'inci fıkrasındadır. Bu maddenin II'inci fıkrasında yine Medenî Kanun'un 126'ıncı maddesinin II'inci fıkrasındaki gibi maddî ve manevî tazminat talepleri boşanma hakkındaki hükümlere tâbi tutulurken, nafaka kelimesi hükümden çıkarılmıştır. Buna göre, artık yoksulluk nafakası veya tedbir nafakası istenemeyecek midir?

(26) ÖZTAN, (Bâtıl), s. 204 vd.

(27) İNAL, s. 510: «...Böyle bir evlenme neticesinde doğan çocukların nesebi sahih olmaz.»

(28) ÖZTAN, s. 206.

(29) ÖZTAN, s. 207.

(30) Bâtıl evliliklerde iptal dâvasının hak düşürücü süre olarak kabulü ile ilgili olarak bkz. (Öntasarı'nın 115'inci, Medenî Kanun'un 119'uncu maddesi) ve AKINTÜRK, s. 44, dn.11'deki yazar ve kararlar.

Öntasarının 122'inci maddesinin 11'inci fıkrasının, Medenî Kanun'un 126'ıncı maddesinin 11'inci fıkrasındaki «nafaka» kelimesini çıkarması sonucu yoksulluk nafakası istenememesi gibi, âdil olmayan bir sonuç ortaya çıktığından başka, iptal davası (evliliğin), sırasında tedbir nafakası istenmesi de açık bir hükme bağlanmış olmayacak, sadece Öntasarının 120'inci maddesinin 11'inci fıkrasına (MK. 124/II ile aynı) dayanarak, iptal kararına dek, «geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurur» hükmüne dayanarak (yani geniş yorumla) istenebilecektir. Burada kanunkoyucunun bir ihmâli söz konusudur.

2 — Yoksulluk nafakası

a — Kavram

Medenî Kanun'un 144'üncü maddesine göre; «K a b a h a t s i z olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak b ü y ü k bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir s e n e müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir.»

Medenî Kanun'un 144'üncü maddesi evliliğin sona ermesini müteakip s a b ı k e ş l e r a r a s ı n d a evvelce mevcut bakım mükellefiyetinin bazı şartların mevcudiyeti halinde, bir yardım mükellefiyeti halinde, belirli bir süre için, devamını uygun görmüştür. Bu hüküm hakkaniyete uygun olarak, aralarındaki evlilik birliği ortadan kalkan eşlerin birbirlerine tam anlamıyla yabancı sayılamayacakları (31), ahlâkî yardım gerekleri, evlilikten beklenen maddî ve manevî menfaatlerin birden bire kaybı, evlenmek isteyen kadının boşanmayı müteakip 300 gün beklemesi gereği (MK. 95) (32), gibi nedenlerle kabul edilmiş yerinde bir hükümdür.

Yoksulluk nafakası tedbir nafakasından farklı olarak, ancak boşanma halinde hükmedilebilir. Ayrılık halinde, evlilikten doğan nafaka mükellefiyeti zaten devam eder (33) (34).

Evlenmenin butlanı halinde, maddî ve manevî tazminat ile nafaka durumları aynen boşanmada olduğu şekilde halledilir (MK. 126/II) (35).

(31) ERGENEKON, s. 133.

(32) ARTUS, s. 54.

(33) ELBİR, H.K., «Boşanma Halinde Maddî ve Manevî Tazminat ve Nafaka Hakların Toplu Bir Tatbiki», İBD., 1948, C. XXII, S. 1, s. 10.

(34) Nitekim «Yargıtay'a göre de: 'Boşanma ile evlilik zail veya barışma ile ayrılık mürtefi oluncaya kadar muavenet devam etmek lâzımdır.'», Y. II.HD., 17.11.1931, E. 3286/K. 2855, Tem. Kar. Huk. 1931, s. 120 (Naklen, ELBİR, s. 10).

(35) jdT 1941, s. 290 (Naklen, ELBİR, s. 10).

Burada, nafaka için gerekli olan şart, butlan kararı ile ortaya çıkan zaruret hali arasında bir illiyet bağının varlığıdır. Eğer eş kötüniyetli ise, eşin zaruret haline kendi kusuru ile düşmüş olduğu ve bir kimsenin kendi hatalı hareketine dayanarak bundan yararlanamayacağı gözönüne alınarak, kötüniyetli eşin yoksulluk nafakası talebine hakkı olmadığı sonucuna varılır (36).

Medenî Kanun'un 144'üncü maddesinin sarih hükmü karşısında yoksulluk nafakasında taraflar daima karı ve kocadır (37).

Yoksulluk nafakası sermaye (38) (nakdî) (39) olarak (yani, toptan) veya Medenî Kanun'un 145'inci maddesine göre, irat şeklinde de (yani, belirli dönemlerde, periyodlarda gelir -genellikle aylık- olarak) ödeyebilir. Medenî Kanun'un 145'inci maddesine göre, nafaka irat olarak hükmedilmişse, eşin yeniden evlenmesi halinde kesilir. İradı veren kişinin ölümü halinde, yoksulluk nafakasının ölenin mirasçılarına geçip geçmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır (40). Bu nafakanın amacı ve niteliği gözönüne alınırsa mirasçılardan da irat şeklinde olan yoksulluk nafakası istenebilmelidir (41).

Yoksulluk nafakası boşanma dâvası sırasında istenilmelidir (42). Ancak, boşanma dâvası sırasında bu hak (yoksulluk nafakası isteme hakkı) mahfuz tutulmuş ise, sonradan da istenebilir (43).

Ö n t a s a r ı 'da yoksulluk nafakası ile ilgili olarak Medenî Kanun'un 144'üncü maddesine karşılık gelen 139'uncu madde hükmü şöyledir :

«Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, k u s u r u d a h a a ğ ı r o l m a m a k şartıyla, geçimi için diğer eşten malî gücü oranında s ü r e s i z olarak nafaka isteyebilir.

Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.»

Buna göre, Öntasarı'da Medenî Kanun'dan farklı olarak, boşanma nedeni ile yoksulluğa düşecek eşin kusuru olsa dahi, bu kusur diğerinin kusurundan daha ağır olmamak şartı ile yoksulluk (bkz. s. 26) nafakası

(36) ÖZTAN, (Bâtil), s. 205.

(37) HAKBİLEN, Ö.A., «Yoksulluk Nafakası», İBM, 1952, C. XXVI, No: 6, s. 345.

(38) ÖZTAN, s. 300; HAKBİLEN, s. 352.

(39) İNAL, s. 127.

(40) ÖZTAN, s. 299-300 (ayrıntılı bilgi için bkz.).

(41) ÖZTAN, s. 300.

(42) ÖZTAN, s. 300 ve dn. 695, s. 299, dn. 641.

(43) ÜYEGİL, s. 212; Yargıtay'ın bu konudaki kararları farklıdır. Bkz. ERGENEKON, s. 139, dn. 34-36; HAKBİLEN, s. 345-346 ve dn. 4-7.

talebine hak kazandırmaktadır. Bu değişiklik yerindedir. Zira, hiçbir kusur olmamasını aramak maddenin uygulama alanını daraltacağı gibi, yoksulluk nafakasının amacına (eşlere toplumda yeni bir hayat kurmalarına olanak sağlamak ve ahlâkî yardım amacına) da uygun düşecektir. Zaten, genellikle boşanma davalarında her iki yanında kusuru mevcuttur. O halde, burada kusurları karşılaştırarak her iki yanında menfaatlerini dengelemek ve hakkaniyetli bir sonuca ulaşmak gerekir.

Öntasarı'nın 139'uncu maddesindeki ikinci bir önemli değişiklik de, «büyük yoksulluk» şartının aranmamasıdır. Yine, süre konusunda da değişiklik vardır.

Bundan başka, Öntasarı'nın (MK. 145'e karşılık gelen madde) 140'inci maddesinde bazı değişiklikler vardır. Burada, Medenî Kanun'un 145'inci maddesindeki gibi, nafakaya irat şeklinde karar verilmişse bu nafakanın yeniden evlenme ile sona ereceği düzenlenmiştir. Fakat, Medenî Kanun'un 145'inci maddesinden farklı olarak, Öntasarı'nın 140'inci maddesinin III'üncü fıkrasında aksinin öngörülebileceği, yani, yeniden evlenme olsa dahi bunun kesilmeyeceğinin sözleşme ile kararlaştırılabileceği hükmü bulunmaktadır. Böylece, yeniden evlenme halinde, yoksulluk nafakası artık sözleşme ile kararlaştırılan nafakaya dönüşmekte ve yoksulluk nafakasının geçerliliği için hâkimin anlaşmayı tasdik etmesine (44) artık gerek kalmamaktadır.

Öntasarı'daki diğer bir değişiklik de daha önce bahsettiğimiz (45) evliliğin iptali durumundaki nafaka ile ilgilidir. Öntasarı'nın 122'inci maddesinin II'inci fıkrası, Medenî Kanun'un 126'ıncı maddesinin II'inci fıkrasından farklı olarak, «nafaka» taleplerinin boşanma hakkındaki hükümlere tâbi olacağı hükmü ilgili maddeden çıkarmıştır. Bunun sonucu olarak, Öntasarı'ya göre evliliğin iptali halinde artık yoksulluk nafakası ancak Öntasarı'nın 120'inci maddesinin geniş yorumlanması halinde istenebilecektir. Burada kanunkoyucunun bir ihmalden söz edilebilir.

Şimdi, yoksulluk nafakası istenmesinin şartlarını, Medenî Kanun'un 144'üncü maddesindeki şartları esas tutarak, Öntasarı ile karşılaştırmalı olarak inceleyelim :

b) Yoksulluk nafakası istenmesinin şartları

aa — Nafaka talep edilmeli

Medenî Kanun'un 144'üncü maddesinde talep şartı açıkça yer alma-

(44) 2.HD., 20.4.1970, E. 1864/K. 2567 (ABD., 1971, S. 1, s. 103); ÖZTAN, s. 296.

(45) Bkz. § 4. II, A, 1, cc. s. 21-22.

miş olmasına rağmen, doktrin (46) ve Yargıtay (46a) tarafından bu şart oybirliği ile kabul edilmektedir.

Öntasarının 139'uncu maddesinin 1'inci fıkrasındaki bu şart Medenî Kanun'dakinden daha açık düzenlenerek «isteyebilir» denerek, talep şartı açıklığa kavuşturulmuştur.

bb — Nafaka talep eden eşin kusursuz olması

Nafaka isteyen eşin boşanma olayında kusursuz olması gerekir. Meselâ, Yargıtay'a göre; «kocanın gösterdiği haneye gitmemek» dahi kaba hat sayılır (47). Yine, kendisinde mevcut akıl hastalığının boşanmaya neden olduğu eş de, boşanmada kusursuz sayılır ve yoksulluk nafakası isteyebilir (48).

Medenî Kanun burada, kusuru dâr anlamda almıştır. Yani, eşin kusuru diğerinden az olsa bile nafakaya hükmedilemeyecektir (49). Bu durum, Öntasarının 139'uncu maddesi ile yerinde olarak değiştirilmiş ve «kusuru daha ağır olmamak şartıyla» boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eşin nafaka istemesine olanak sağlanmıştır (49a).

Nitekim Alman Medenî Kanunu'nun 1538'inci maddesine göre de; «Boşanma karı-kocadan birinin aklî bir hastalığa düşer olması sebebine istinat ettiği surette sıhhatte olan taraf: boşanmada münhasıran kusurlu imiş gibi, diğer tarafa, nafaka itâsına mecburdur.» (49b).

cc — Kusursuz eşin boşanma sonucu b ü y ü k bir yoksulluğa düşecek olması

Medenî Kanun'un 144'üncü maddesine göre, boşanmada kusursuz olan eş b ü y ü k bir yoksulluğa düşerse veya boşanma nedeniyle düşecek olursa, yoksulluk nafakası isteyebilir (50) (50a).

(46) ERGENEKON, s. 139; ÖZTAN, s. 296; HAKBİLEN, s. 345; ELBİR, s. 27.

(46a) 2.HD., 13.9.1937, E. 2964/K. 3106 (Tem. Kar. 1937, s. 109); 2.HD., 17.11.1969, E. 4971/K. 5178 (YAZICI/ATASOY, s. 366, nr. 674).

(47) YHGK.nun tasdik ettiği Çanakkale Asliye Huk. Hâkimliği'nin K. 12 ve tar. 19.11.1930 kararı (Naklen, ELBİR, s. 9).

(48) YÜCE, s. 1831.

(49) HAKBİLEN, ş. 347-348; ERGENEKON, s. 135 ve dn. 8'deki kararlara bkz.

(49a) Bkz. s. 668.

(49b) HAKBİLEN, s. 352.

(50) FEYZİOĞLU, s. 397; ELBİR, s. 9; YÜCE, s. 346-347; ÜYEGİL, s. 212.

(50a) «Mehaz İsviçre Medenî Kanunu'nun 152'inci maddesinin almanca metninde bu şart (Grosse Bedürftigkeit-büyük sıkıntı) tarzında ifade edilmiştir.», FEYZİOĞLU, s. 397, dn. 120.

Burada eşin yoksulluğu büyük olmalıdır. Yoksa, eşin boşanma sonucu eski hayat seviyesinden daha düşük bir şekilde yaşaması yoksulluk nafakasına hak kazandırmaz (51). Yoksulluğa düşme ile boşanma arasında illiyet bağının bulunması şarttır (52).

Hâkim, yoksulluğun derecesini takdir ederken, Yargıtay'ın (53) ve bazı yazarların (54) görüşünün aksine, eşin yardım nafakası isteyebileceği yakınlarının olup olmadığını araştırmaması gerekmez, araştıramaz da. Zira, evlilik hukukundan doğan bakım nafakaları, ilerde de (55) inceleneceği üzere, yardım nafakalarından önce gelir. Yani, öncelikle bakım nafakası ile nafaka alacaklısının geçimi sağlanır. Ondan sonra, bu yetmezse veya bakım nafakası ile mükellef kimse yoksa, yardım nafakası sağlanması yoluna gidilir. Yoksa baştan, bakım nafakasına hükmedilirken, yardım nafakası gözönüne alınmaz.

Ö n t a s a r ı ' n ın 139'uncu maddesi ile getirilen hükme göre, yoksulluk nafakasının talep edilebilmesi için «büyük» bir yoksulluk şartı aranmamaktadır. Yerinde olarak «büyük» kelimesi maddeden çıkarılmıştır. Zira, eşin eski durumundan farklı olarak, hiçbir kusuru yokken yoksulluğa düşmesi, hayat tarzının birden değişmesi onu büyük ölçüde manevî yönden sarsabilir, geçim sıkıntısı normal bir ölçüde de olsa, birden bir değişikliğe katlanması beklenemez (55a).

Alman Medenî Kanunu'nun 1578'inci maddesine (§) göre de, nafaka için büyük yoksulluğa düşmek şart olmayıp, talepte bulunan eşin eski durumunu muhafaza edememesi yetişir (56).

dd — Nafaka ödeyicisinin kusurlu olup olmaması önem taşımaz

Medenî Kanun'un 144'üncü maddesine göre yoksulluk nafakası talep edebilmek için, kendisinden yoksulluk nafakası istenecek kimsenin kusurlu olması şart değildir. Kanunda bu husus, «...boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi... nafaka itasına mahkûm edilebilir» şeklinde ifade edilmiştir.

(51) YÜCE, s. 1830; FEYZİOĞLU, s. 397; ÖZTAN, s. 297; «MK.nun 144'üncü maddesi mucibince bir sene müddetle nafaka hükmedebilmek için kabahatsiz olan tarafın büyük yoksulluğa düşmesi lâzımdır» 2.HD., 23.4.1933, E. 950/K. 1680 (Tem. Kar. Huk. 1933, s. 116) (Naklen, ELBİR, s. 9).

(52) ÖZTAN, s. 296; FEYZİOĞLU, s. 397.

(53) 2.HD., 28.4.1942, E. 1127/K. 1767 (Naklen, HAKBİLEN, s. 347).

(54) YÜCE, s. 1830; HAKBİLEN, s. 347.

(55) Bkz. § 7, III'de.

(55a) EGGER de, tam bir iktisadî harâbi tehlikesine maruz bulunmak şart değildir demektedir. Bkz. EGGER, A. (Çev. Çağa, T.), Aile Hukuku, Birinci Kısım, Evlenme Hukuku, (Zurich) (İstanbul 1943), s. 232.

(56) ELBİR, s. 9.

Boşanma halinde, maddî ve manevî tazminata hükmedebilmek için davalı eşin kusurlu olması gerekirken (57), burada, hak ve adalet duyguları ile hareket edildiği için (58) kusur aranmamıştır (59). Bu nedenle, akıl hastalığı boşanma nedeni olduğunda, davalı durumundaki eşe kusur atfedilemeyecek, fakat buna rağmen diğer şartlar varsa yoksulluk nafakasına mahkûm edilebilecektir (60).

Öntasarının 139'uncu maddesinin 11'inci fıkrası ile de aynı sonuç «Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz» şeklinde daha açık olarak ifade edilmiştir.

ee — Nafaka miktarının diğer eşin malî kudreti ile orantılı olması

Yoksulluk nafakası verecek eşin bu yüzden kendi yaşantısında bazı değişikliklere, mahrumiyetlere katlanması gerekebilir. Fakat, nafaka onu zaruret içine düşürmeyecek şekilde (61), karşılıklı menfaatlerin dengelemesi gerekir. Ayrıca, yardım nafakasından farklı olarak, mükellefin refah halinde olması gerekmez (62).

Aynı husus Ö n t a s a r ı'nın 139'uncu maddesinde de ifade edilmiştir.

ff — Yoksulluk nafakasının süresi

Medenî Kanun'un 144'üncü maddesine göre, yoksulluk nafakası bir yıllık bir süre için hükmolunabilir. Bu süre sabittir, yani hâkim, bir seneye kadar değil, bir sene için nafakaya hükmedecektir (63).

Doktrinde (64), yoksulluk nafakasının konma amacına uymadığı ve nafakanın kaldırılması veya azaltılmasıyla ilgili Medenî Kanun'un 145'inci maddesi hükmünün bu konudaki uygulama alanını kaldırdığı için eleştirilen «bir yıllık süre» şartı Ö n t a s a r ı ile değiştirilmiştir. Öntasarının 139'uncu maddesi ile «süresiz» olarak yoksulluk nafakasının istenebileceği hükme bağlanmıştır (65).

(57) FEYZİOĞLU, s. 397.

(58) ELBİR, s. 9.

(59) ATF 60 II 394 ve jdT 1942, s. 305 (Naklen, ELBİR, s. 10).

(60) jdT 1956 I 356 (Naklen, FEYZİOĞLU, s. 397; ELBİR, s. 10).

(61) HGK. 16.9.1970, E. 1968-2-2022/K. 434 (TİK, 1970, C. I, nr. 22) (Naklen, ÖZTAN, s. 297).

(62) FEYZİOĞLU, s. 398; ÖZTAN, s. 297; HAKBİLEN, s. 349.

(63) FEYZİOĞLU, s. 398.

(64) FEYZİOĞLU, s. 399; ELBİR, s. 10; HAKBİLEN, s. 351; DOĞANAY, s. 141.

(65) Mehoz İsviçre Medenî Kanunu'nun 152'inci maddesinde de bu konuda bir süre şartı yoktur.

Bir yıllık sürenin kaldırılma nedeni s a d e c e, boşanma sonucu yoksulluğa düşen eşin zaruret halinin bir yıldan fazla sürebileceği ihtimali değil, ayrıca Öntasarı'nın 130'uncu maddesine göre, anlaşma yolu ile boşanma olanağının getirilmesi de olabilir. Zira, bazı hallerde taraflar, özellikle kadın, evliliği devam ettirmek istemese de, sırf zaruret haline düşeceği, geçimini sağlayamayacağı endişesi ile boşanmamakta direnmektedir. İşte, bu nedenle Öntasarı'nın 130'uncu maddesi ile taraflara anlaşma ile boşanma olanağının tanınması, Tasarı'nın 139'uncu maddesindeki yoksulluk nafakasının bir süreye bağlı olmaması hükmü ile dengelenmektedir.

Fakat, Öntasarı'nın 139'uncu maddesindeki «süresiz» kelimesini her halukârda nafakanın ömür boyu süreceği şeklinde anlamamalıdır. Burada hâkime bir takdir hakkı vererek, tüm somut olayın koşullarına ve tarafların durumlarına uygun, bir süre tayin etmesi şeklinde maddenin tekrar düzenlenmesi daha uygun olacaktır. Böylece, hâkimin tayin edeceği bu süre ömür boyu olabileceği gibi, olmayabilir de...

3 — Çocuklar için bakım ve iştirak nafakası

a) Kavram

Medenî Kanun'un çeşitli maddelerinde karışık olarak düzenlenen çocuk lehine bakım ve iştirak nafakaları şöyle tanımlanabilir :

Çocuk lehine b a k ı m nafakası; evlilik birliği devam ederken, sahih nesepli çocuğa ana ve babanın bakma, iâşe ve terbiye masraflarını karşılama yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, Medenî Kanun'un 151'inci maddesinin 11'inci, 152'inci maddesinin 11'inci fıkralarında ve ayrıca yine, Medenî Kanun'un 261'inci maddesinde özel olarak düzenlenmiş olup, ana ve baba aralarındaki mal rejimi konusundaki usule göre, bu yükümlülüğü yerine getirirler. Ana ve baba, kudretlerine göre çocuğu yetiştirmek ve ona gerekli terbiyeyi vermekle mükelleftirler (MK. 264/11). Ana baba zarurette bulunduğu veya çocuk fevkalâde masrafı gerektirdiği takdirde yahut istisnaî herhangi bir sebebin varlığı halinde hâkim, çocuğun mallarından kendisinin iâşe ve terbiyesine yetecek kadar belirli bir miktarının sarfı için ana ve babaya izin verebilir (MK. 261). Eğer ana baba hâkimin izni olmaksızın, çocuğun mallarını satar ve onun iâşe ve terbiyesine harcamazlarsa, çocuk reşit olduğunda hesap vermek zorunda kalabilirler (MK. 287-288).

İ ş t i r a k nafakası ise; esas itibariyle, boşanma veya ayrılık halinde, çocuğun velâyeti kendisinden alınan tarafın, kudretine göre, onun infak ve terbiye masraflarına iştirak amacıyla mükellef olduğu nafakadır

(MK. 148) (66). İştirak nafakasında diğer bakım nafakalarından (tedbir, yoksulluk, eş lehine bakım nafakasından) farklı olarak, talep şartı aranmaz, hâkim re'sen iştirak nafakasına hükmeder (67). İştirak nafakası çocuk için bir haktır. Fakat onu isteme yetkisi, çocuğun «tevdi edildiği» tarafa veya çocuk vesayet altındaysa vasiye aittir (68). Kural olarak iştirak nafakası çocuğun reşid olmasına kadar devam eder. Bundan sonra gereken hallerde (meselâ, öğrenimi devam ediyorsa) (69) yardım nafakası olarak devam eder, artık iştirak nafakası istenemez (69a) (70). Fakat, reşit çocuk açık öğretimde okuyorsa, artık yardım nafakası da istemez (70a).

Bu, evlilik birliği devam ederken veya son bulması halindeki bakım veya iştirak nafakasının dışında, çocuk lehine başka hallerde de nafaka yükümü ortaya çıkabilir. Artık burada nafaka yükümlüsü eşler değil, sadece ana-baba sıfatını taşıyan kişilerdir (Meselâ, gayrisahih nesep durumunda nafaka yükümlüsü baba sıfatını taşıyan kişidir). Bu halleri nesep durumuna ve bakım yükümlülerine göre ayırmak mümkündür. Nesebin sahih olması durumu hariç, bu nafakalar genellikle iştirak nafakası şeklinde ortaya çıkacaklarından bunlara da iştirak nafakası denilebilir. Böylece, velâyet kendisinde bırakılmayan ana veya baba (yahutta ikisinde de bırakılmamışsa ikisi de) çocuğun bakımı için gerekli olan nafakaya iştirak edeceklerdir.

Ö n t a s a r ı'daki bu konudaki değişikliklere gelince, Medenî Kanun'un 261'inci maddesinde evlilik birliğinde çocuğun bakımını düzenleyen tek bir maddeye karşılık, Öntasarı'nın 247-251'inci maddelerinde ayrıntılı ve daha kapsamlı olarak bu nafaka türü düzenlenmiştir. Ancak, içerik olarak, Öntasarı'nın 247-251'inci maddeleri ile Medenî Kanun'un

(66) FEYZİOĞLU, s. 389; ÖZTAN, s. 275; ÜYEGİL, s. 109.

(67) ÖZTAN, s. 275; ÜYEGİL, s. 210; jdT 1957 I 488; jdT 1958 I 499; 2.HD., 30.12.1954, E. 6696/K. 6130 (Naklen, FEYZİOĞLU, s. 389).

(68) FEYZİOĞLU, s. 390; 2. HD., 2.4.1984, E. 2958/K. 3123, YKD., 1984, C. X, S. 8, s. 1166.

(69) FEYZİOĞLU, s. 390; YHGK. 1.10.1969-2-677/720, ABD., 1970/1, s. 82.

(69a) «Öğretime devam etme durumu dışında reşit çocuk kız bile olsa, işsizliğinden söz ederek nafaka isteyemez. (MK. 315)», 2.HD., 24.12.1985, E.10787/K. 11100, YKD. C. 12, 1986, S. 10, s. 1452.

(70) Aynı görüş, TEKİNAY, S.S. Türk Aile Hukuku, İstanbul 1982, s. 288, dn. 55.

(70a) «Açık Öğretim Kurumunda okumakta olan kişi için eğitim nedeniyle çalışmamak gibi yasal bir engelden söz edilemez... Davacı reşit olup, akli ve bedenî bir mazereti yoktur.» 2.HD., 23.6.1986, E. 6110/K. 6293, YKD, C. 13, 1987, S. 1, s. 34.

261'inci maddesi büyük ölçüde benzerdir. Farklı olduğu noktalardan birisi, Öntasarı'nın 248'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

«Ana babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder.

Çocuk ergin olmasına rağmen eğitimi devam ediyorsa, ana baba hâl ve şartlara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler.»

Böylece, Medenî Kanun'un 261'inci maddesine göre, ana-babanın, çocuğun reşit olmasından sonra da bakım nafakası ile yükümlü olup olmadığı tartışması Öntasarı'nın 248'inci maddesi ile sona erdirilerek, bu borcun devam edeceği hükme bağlanmıştır. Fakat, bu açık hüküm olmasaydı, ana babanın bakım değil, ancak yardım nafakası mükellefiyeti olabileceği söylenebilirdi (70b).

Öntasarı'daki bir başka değişiklikte 249'uncu maddesindedir. Burada, küçüğe fiilen bakan ana veya babanın, kayyım veya vasinin, ayırım gücüne sahip olan küçüğün de bakım nafakası dâvası açabileceği hükme bağlanmıştır.

Yine, Öntasarı'nın 144 ve 145'inci maddesinde, Medenî Kanun'un 149'uncu maddesindeki gibi, boşanma halinde çocuk lehine iştirak nafakası düzenlenmiştir.

b) Ana-baba ve bunlar dışındakilerin çocuk lehine nafaka mükellefiyeti

aa — Genel olarak ana-babanın çocuk lehine nafaka mükellefiyeti

Ana ve babanın çocuk lehine nafaka mükellefiyeti çocukların nesep durumları gözönüne alınarak ayrı ayrı incelenmelidir. Bu ayırım; sahîh, gayrisahîh ve tabîî nesep bağının bulunmasına göre yapılacaktır.

aaa) Sahîh nesepli çocuklar lehine nafaka mükellefiyeti

Sahîh nesep bağının varlığı için, çocuğun ya doğduğu, ya ana rahmine düştüğü tarihte anası ile babasının evli bulunmaları (71), yahutta evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğması gerekir (MK. 241).

Bundan başka, nesepin çeşitli yollarla düzeltilmesi halinde de, nesepi düzelen (veya düzeltilen) çocuk, ana ve babasına ve onların hısımlarına karşı nesepi sahîh bir çocuğun hukukî durumunu kazanır (72).

(70b) Bkz. s. 672-673.

(71) TEKİNALP, s. 406.

(72) TEKİNALP, s. 454.

Nesebin düzeltilmesi (tashihi) (MK. 247-252); ya ana ve babanın evlenmesi (72a), ya mahkeme kararı, ya da özel kanunlar (idarî) yol ile olur (73). Yargıtay'a göre de evlilik haricinde doğan çocukların nesebi ana-babanın evlenmesiyle sahih olur. Ancak, bu yolda hüküm tesisi için çocuğun o kişilerin birleşmesinden meydana geldiği vakasının ispatı gerekir (74) (75).

Evlâ t e d i n m e sözleşmesi yapılması halinde de, evlât edinen ile evlâtlık arasında akitle kurulmuş, sahih bir nesep bağı meydana gelir (76).

Sahihs nesepli çocuklar için nafaka yükümlülüğüne gelince, bu yükümlülük evlilik içi çocuklarla, evlenme yolu ile nesebi düzeltilen çocuklar bakımından bir fark arz etmez. Bu çocuklara bakmakla yükümlü olan kimseler, eşlerdir (MK. 151/II, 264). Bu yükümlülük, yalnızca eşlerin ortak çocukları için söz konusu olmayıp, üvey çocuklar için de söz konusudur. Medenî Kanun'da açıkça düzenleme olmamasına rağmen öğretide hakim görüş ile, eşlerden herbirinin, öteki eşin bir başkasından olan çocuğuna karşı da bakım, gözetim ve eğitim yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir (77). Aksini kabul birliğe karşı olan görevlerin ihlâli anlamına gelir ve Medenî Kanun'un 151 ve 161'inci maddelerinin uygulanmasına yol açar (78).

(72a) Medenî Kanun'un 247'inci maddesinden farklı olarak, Alman Medenî Kanununun 1719'uncu maddesi sahihs nesebin kazanılmasını açık olarak ifade etmiştir: «Ein uneheliches Kind erlangt dadurch, dass sich der Vater mit der Mutter verheiratet, mit der Eheschließung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes.» «Evlilik haricinde doğan bir çocuk, babanın ana ile evlenmesi ile evlenme akdinde itibaren evlilik içinde doğmuş olan bir çocuğun hukukî durumunu iktisap eder.» BERKİ, Ş., Alman, İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında Evlilik Dışı Doğan Çocuklar, Ankara 1963, s. 137.

(73) TEKİNALP, s. 447-454; AYİTER, N., «Medenî Kanunun Nesebe İlişkin Düzenlemesinin, Yeni Eğilim ve Gereksinimler Karşısında Değerlendirilmesi», Medenî Kanun'un 50. Yılı, Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Ankara 1977, s. 68-76; FEYZİOĞLU, s. 446 vd.

(74) 2.HD., 12.11.1971, E. 6727/K. 6581, RKD., 1972, S. 2, s. 79; AYİTER, s. 69.

(75) İlgili mevzuat (nesebin idarî yoldan tashihi ile ilgili mevzuat) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fiilî Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline Dair Kanun, Yönetmelik ve Sözleşmeler, Ankara 1965.

(76) TEKİNALP, s. 477-479; GÜRSEL, N., «Nafaka Borcu ve Yardım Müessesesi», AD., 1948, s. 1223.

(77) ZEVKLİLER, A., Medenî Hukuk, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku Aile Hukuku, 1986 Diyarbakır, s. 540; ÖZTAN, s. 108; Aksi görüş için bkz. GÜRSEL, s. 1224.

(78) Lemp, Art. 159, nr. 14, s. 29 (Naklen, ÖZTAN, s. 108).

Eğer nesep mahkeme kararı ile düzeltilmişse, yani, Medenî Kanun'un 249'uncu maddesine göre: «Birbirleriyle evlenmeyi vaad edip de birinin vefatı veya evlenme ehliyetinin zevali (kayıbı) sebebiyle evlenemeyen ana babadan doğan çocukların nesebi, diğerinin talebi veya çocuğun müraعاتı üzerine, hâkim tarafından tashih olunur...». Medenî Kanun'un 252'inci maddesi nesebi tashih edilen çocukların, ana ve babasına ve onların hısımlarına karşı, aynı nesebi sahih çocuklar gibi hukuka (haklara) sahip olacağını belirtmiştir. Buna göre, mahkeme kararı ile nesebi tashih edilen çocuk, babası vefat etmemişse, (babasının) evlenme ehliyeti olmasa da iştirak nafakası isteyebilecektir. Vefat etmişse, ancak, ana ve babasının hısımlarından Medenî Kanun'un 315'inci maddesine göre yardım nafakası isteyebilir.

Nesebin diğer bir düzeltilme yolu da, özel af kanunlarıyla (idarî yoldan) düzeltilmesidir.

Özellikle, Anadolu'nun birçok kasaba ve köylerinde sadece, imam nikâhı ile yetinenler veya tamamen serbest şekilde, karı-koca hayatı yaşayanlar bugün hâlen büyük bir mevcut oluşturmaktadırlar. Bu nevi birleşmeler kanun hükmü karşısında «yok»tur (79); bu birleşmelerden doğan çocukların baba ile arasında nesep bağı kurulmaz. Büyük problemlere yol açan bu duruma bir çözüm bulmak amacıyla zaman zaman özel kanunlar çıkarılarak, medenî nikâh dışındaki bu birleşmelerin geçerli birer evlilik olarak (belirli şartlar altında) tesciline ve doğmuş çocukların neseplerini de sahih nesep olarak tashihine imkân tanınmıştır (80). Fakat bu olanak, doktrinde Medenî Kanun'un temel prensiplerine ağır bir darbe olarak görülmüştür (81).

Bu şekilde, nesebin düzeltilmesi halinde de, sahih nesepli olan çocuk, yine, Medenî Kanun'un 252'inci maddesine göre, ana ve babasından bakım nafakası isteyebilecektir. Şayet, idarî yoldan tescil yapılırken, baba başkasıyla esasen evli ise (bu konuda çıkarılan, 18.9.1981 tarihli, 2526 sayılı Kanuna göre), ana ile babanın birleşmeleri evlilik olarak tescil edilmeyecek, fakat doğan çocukların nesebi yine sahih olarak tescil olunabilecektir (82). Artık bu son halde bakım nafakası, velâyet kendisine bira-

(79) FEYZİOĞLU, s. 458.

(80) «1826 sayılı Kanuna göre evli olmayan bir kadınla, evli olmayan bir erkek evlilik dışı birleşip birlikte yaşamış ve bu birleşmelerinden müşterek çocukları doğmuş ise, bu kişilerin ortak beyanı üzerine işbu birleşme hali nüfusa, evlilik olarak tescil edilir.», 2.HD., 26.1.1987, E. 11398/K. 351 (Yayınlanmamış).

(81) FEYZİOĞLU, s. 458; Krş. AYİTER, s. 79 vd.

(82) FEYZİOĞLU, s. 459.

kılmayan tarafın bakıma iştirak etmesi yükümünü getireceğinden, iştirak nafakası şeklini alacaktır.

Evlât edinme halinde ise, ana ve babaya ait hak ve vazifeler evlât edinen kimseye geçeceğine göre (MK. 257) (82a), bakım borcu da ona geçer. Bu esas (borç), akitle değiştirilemez.

Gerçek ana ve babanın bakma borcunun tâli olarak devam edeceği veya sona ereceği konusu tartışmalıdır (83). Asıl ana ve baba ile çocuk arasında kan bağı (hısımlığı) devam ettiğine ve asıl ailesindeki mirasçılığı devam ettiğine göre (MK. 257), asıl ailesi ile arasında karşılıklı olarak yardım (MK. 315) ve bakım nafakası (MK. 264) devam etmelidir (84).

Ö n t a s a r ı'da sahih nesepli çocuklar lehine nafaka mükellefiyeti ile ilgili değişikliklerin başlıcaları şunlardır :

Öntasarı'nın 254'üncü maddesi, Medenî Kanun'dan farklı olarak üvey çocuklar için bakım yükümlülüğünü (85) düzenlemiştir. Bu maddenin l'inci fıkrasına göre: «Eşler ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler.»

Bakım borcunun süresi (Öntasarı'nın 248'inci maddesi) ve dâva hakkı (Öntasarı'nın 249'uncu maddesi) ile ilgili olarak getirilen değişikliklere yukarıda (86) değinmiştik.

Bundan başka, Öntasarı'nın 229 ve 236'ıncı maddeleri arasında nesebin tashihi düzenlenmiştir. Burada nafaka ile ilgili en önemli değişiklik, Öntasarı'nın 236'ıncı maddesindedir. Bu maddenin birinci cümlesine göre: «Soybağı dönüşen çocuk, baba ve anaya ve bunların hısımlarına karşı geriye etkili olarak evlilik içi çocuk durumunu kazanır.»

Bu hükme göre, çocuk malî yönler bakımından, özellikle miras hakkı ile ilgili olarak, geriye (doğum tarihine) etkili olarak sahih nesep durumunu kazanacak, nafaka mükellefiyeti de bu tarihten itibaren başlayacaktır.

Öntasarı'da, evlâtlığın eski ailesi ile arasındaki nafaka borcunun devam edip etmeyeceği konusunda gerekli olan açıklık bulunmamaktadır (T. 243).

(82a) DİREK, Z. «Evlât Edinen Kimse Evlâtlığmdan Nafaka İsteyebilir mi?», AD., 1945, No: 8, s. 790.

(83) ÖZTAN, s. 345.

(84) Aynı şekilde, bakım nafakasının devam etmesi görüşünde olan yazarlar: TEKİNAY, s. 480; GÜRSEL, s. 1223.

(85) ZEVKLİLER, s. 541.

(86) Bkz. s. 673-674.

bbb) Gayrisahih nesepli çocuklar lehine nafaka mükellefiyeti

Sahih nesebin temel şartı evlilik bağı olduğuna göre, aralarında böyle bir bağ kurulmayan kadınla erkeğin cinsî münasebetlerinden dünyaya gelen çocuk, evlilik dışı (87) veya anaya karşı gayrisahih, babaya karşı ise, duruma göre ya gayrisahih ya da tabiî nesepli çocuk durumundadır. Bir çocuğun evlilik dışı sayılabilmesi için, sahîh nesebi sağlayan, yukarıda saydığımız (evlilik içinde doğmak, nesebi düzeltilmiş olmak) koşullarının olmaması gerekir.

Evlilik dışı çocuklarla anaları arasındaki hukukî nesep bağı doğumla birlikte kendiliğinden (87a) kurulur (MK. 290). Babası ile olan gayrisahih nesep bağı ise, tanıma veya babalık (şahsî sonuçlu) dâvasına ihtiyaç gösterir (MK. 290).

Medenî Kanun'da evlilik dışı çocuklar için tayin edilen hukukî statünün kötülüğü doktrinde eleştirilmiştir (88). Zira, bu çocuklar babaları tarafından tanınmış veya babalığa hükmedilmiş olsa bile, hukukî durumları, özellikle miras hakları sahîh nesepli çocuklardan farklıdır (89).

Annenin gayrisahih nesepli çocuğa karşı bakım nafakası mükellefiyeti, (aralarındaki nesep bağı gayrisahih nesep olsa da) (90), aynı sahîh nesepli çocuğa karşı olan mükellefiyeti gibidir (MK. 311/1). Babanın gayrisahih nesepli çocuğa bakım mükellefiyeti de, aynı şekilde bulunmaktadır (91). Ancak, bunun için biraz evvel de belirtildiği gibi baba ile çocuk arasında gayrisahih de olsa bir nesep bağı kurulmalıdır (ki, bu ya tanıma ya da şahsî neticeli babalık dâvası ile mümkün olabilir).

Ancak, Medenî Kanun'un 292'inci maddesine göre, evlenmeleri yasak olan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocukların tanınması yasaktır. O halde bu çocuklar tanınamayacağına ve babaları ile nesep bağı kurulamayacağına göre babalarından bakım nafakası da alamayacaklardır (91a).

(87) TEKİNAY, s. 525.

(87a) AKSOY, M., Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar, Ankara 1943, s. 32 vd.

(88) TEKİNAY, S.S., «Evlilik Dışı Nesep Meselelerine Toplu Bir Bakış», (Evlilik), Medenî Kanun'un 50. Yılı, Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Ankara 1977, s. 35-85; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz: TEKİNAY, s. 526-527.

(89) TEKİNAY, s. 431; İNAN, A.N., Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, s. 195; BERKİ, Ş., «Evlilik Dışında Doğan Çocukların Ana ve Bababalarına Karşı Durumları», AHFD., 1970, C. XXVII, S. 1-2, s. 97.

(90) BERKİ, s. 100-101.

(91) BERKİ, s. 100; İNAN, s. 195.

(91a) Fransız hukukunda zina ve fücür mahsulü çocukların nafaka haklarıyla ilgili olarak bkz. BERGERET, J., (Çev. TOPRAK, V.), «Zina ve Fücür Mahsulü Çocukların Nafaka Hakları», AD., 1956, No: 9, s. 992 vd.

Medenî Kanun'un 292'inci maddesindeki fücür ve zina mahsulü çocukların tanınma yasağı devam ederken, Anayasa Mahkemesi (91b), Medenî Kanun'un 310'uncu maddesinin 11'inci fıkrasını Anayasa'ya aykırılık gerekçesi ile iptal etmiştir. Medenî Kanun'un iptal edilen 310'uncu maddesinin 11'inci fıkrası «Münasebeti cinsiyeye zamanında, müddeialehy evli ise, hâkim, babalığa hükmedemez» şeklinde idi. Böylece artık, dâvalı baba, cinsî ilişki sırasında evli olsa bile babalığa hükmedilebilecektir.

Medenî Kanun'un 310'uncu maddesinin 11'inci fıkrasının Anayasa Mahkemesi tarafından iptali karşısında, Medenî Kanun'un 292'inci maddesinin de Anayasa'ya aykırılık nedeniyle «haydi haydi» iptal edilmesi gereklidir. Zira, 310'uncu maddenin 11'inci fıkrasının kaldırılması ile zina mahsulü çocukların babalık davası sonucu bir hukukî statüye kavuşmaları imkânı tanınırken, 292'inci maddedeki zina veya fücür mahsulü çocukların tanınmasının yasak olduğunu düşünmek gayet mantika aykırıdır.

Babalığın tesbiti dâvasına gelince, bu ya şahsî sonuçlu ya da malî sonuçlu babalık dâvası şeklinde açılır (92).

Malî sonuçlu (alelâde) babalık dâvasında mahkemenin hükmü ana lehine tazminat ve çocuk lehine nafaka ödenmesine ilişkin olur ve hısımlık sağlamaz, herhangi bir nesep bağı kurulmazken; şahsî sonuçlu (bütün sonuçlarıyla babalığa hüküm) dâvası, baba ile çocuk arasında (gayri sahih nesebe dayanan bir) hısımlık sağlar. Her iki şekilde babalığa hükmedilmesi halinde de babanın çocuk lehine bakım nafakası mükellefiyeti vardır. Zira, birincisinde zaten mahkeme hükmü gereği (malî sonuçlarıyla) buna karar verilmiştir. İkincisinde ise, baba ile çocuk arasında kurulan nesep bağı (gayrisahih nesep de olsa) babaya çocuğa bakma ve nafaka ödeme yükümünü birlikte getirir (93).

Fakat, iki tür babalık davasında çocuk lehine nafakada, bakım nafakasında bir özellik göstermezken (aynı iken), yardım nafakasında bir farklılık vardır. Şöyle ki, malî neticeli babalık dâvası bir nesep bağı kurmadığı için, çocuk reşit olduktan sonra Medenî Kanun'un 315'inci maddesi uyarınca, babasından yardım nafakası isteyemeyecektir. Bu iki durum arasındaki çelişki ve hakkaniyete aykırı sonuç, babalık dâvasının bu şekilde ikiye ayrılmasından doğmaktadır, bunun düzeltilmesi gereklidir.

Ö n t a s a r ıda gayrisahih nesepli çocukların nafakalarıyla ilgili olarak getirilen değişikliklere gelince, bunlardan birincisi, Öntasarı'nın

(91b) Anayasa Mahkemesi'nin 2.5.1981 tarih ve 29/22 sy.lı kararı ile (RG. 17432), MK.nun 310/II f.sı, 1961 t.li Anayasanın 10, 12, 35. m.lerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

(92) TEKİNAY, (Evlilik), s. 89; FEYZİOĞLU, s. 543.

(93) FEYZİOĞLU, s. 543-544.

279'uncu maddesindedir. Bu maddede, Medenî Kanun'un 290'uncü madde-sinden daha farklı ve açık bir şekilde, evlilik dışı çocuğun anası ile soyba-ğının doğumla kurulacağı, daha doğru bir ifade ile belirtilmiştir.

Bundan başka, Öntasarı'nın 281'inci maddesinin IV'üncü fıkrasında, Medenî Kanun'un 292'inci maddesinden farklı olarak, sadece fücür mah-sulü (birbirleriyle evlenmeleri yasak olan kan hısımlarının cinsel ilişki-le-rinden doğan) çocukların tanınmasının yasak olduğu belirtilmiştir. O hal-de, zina mahsulü çocukların Medenî Kanun'un 292'inci maddesinin aksi-ne, (Tasarıya göre) tanınmalarına bir engel yoktur.

Yine, Medenî Kanun'un 306'ıncü maddesine karşılık gelen Öntasarı'nın 293'üncü maddesinde, eskisinden farklı olarak, babalık dâvası açılınca hâkim, dâvacının istemi üzerine gereken tedbirleri alacağı açık bir şekil-de belirtilmiştir. Ayrıca, Öntasarı'nın 293'üncü maddesinin II'inci fıkrasında, hâkimin babalık ihtimalini kuvvetli bulması halinde, tedbir olarak dâvalının nafaka ödemesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Yine, aynı maddenin III'üncü fıkrasına eklenen diğer bir hükümlerle de, babalık dâvası reddedildiğinde ödenen nafakanın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Medenî Kanun'un (Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen) 310'uncü maddesinin II'inci fıkrası hükmü, yerinde olarak Tasarı'da da bulunma-maktadır.

ccc) Tabii nesep bağı halinde bakım ve iştirak nafakası

Çocuk ile baba arasında ne sahih, ne de (tanıma ya da kişisel so-nuçlu babalık dâvası ile) gayrisahihs nesep bağı kurulamazsa çocuğun ne-sebi tabii neseptir. Malî neticeli babalık davası sonucu babası belli olsa da aralarında hukuken bir nesep bağı kurulamadığı için, bu kimse onun tabii babasıdır (94). Tabii nesepli bu çocuk lehine, baba Medeni Kanun'un 306'ıncü maddesinin I'inci fıkrası gereğince (yukarda da, bbb'de bahsedil-diği üzere) nafaka ödemekle yükümlü tutulur (95). Bu nafaka, (baba ile çocuk arasında hısımlık bağı bulunmadığı için, yardım değil) ancak, ba-kım nafakası olabilir.

(94) FEYZİOĞLU, s. 414; AYİTER, s. 77.

(95) «Kanunda yazılı sebeplere binaen babalığa hükmedilmemesi tabii baba olduğu sabit olan dâvalı üzerine küçük için nafaka takdirine mâni de-gildir.», 2.HD., 24.1.1942, E. 1700/K. 265, (Naklen, ÜYEGİL, s. 215).

bb — Ana-baba dışındaki kişilerin çocuğa karşı bakım nafakası mükellefiyetlerinin olup olmadığı sorunu

aaa) Hısımların bakım nafakası mükellefiyetinin olup olmadığı sorunu

Ana-baba dışındaki hısımlarının çocuğa karşı bir bakım nafakası mükellefiyeti Medenî Kanun tarafından düzenlenmediği gibi, bu yükümlülüğü sağlayan her hangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Zira, bakım nafakası ana babanın çocuğa karşı, kocanın kariya karşı olan mükellefiyetlerinden doğar (96).

Hısımların çocuğa karşı nafaka mükellefiyeti ancak, Medenî Kanun'un 315'inci maddesine (Önt. 297) göre yardım nafakası sınırları içindedir.

bbb) Tüzel kişi ve kurumların, özellikle Devletin bu konudaki mükellefiyeti

1982 Anayasası'nın 61'inci maddesinin IV'üncü fıkrası ile Devlet'e korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alma görevi genel olarak yüklenmiş, V'inci fıkrası ile de, bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kuracağı veya kurduracağı hususu düzenlenmiştir.

Korunmaya muhtaç çocuklar şunlardır: Bedenî, ruhî, ahlâki ve fikri gelişmeleri tehlikede olup da ana-babası belli olmayan, ana-babası tarafından terkedilen küçüklemlerle, ana-babası mevcut olmakla beraber onlar tarafından fuhuşa, dilencililiğe, alkollü içkileri ve uyuşturucu maddeleri kullanma alışkanlığına veya serseriliğine itilen veya ana-babanın kendisine karşı olan vazifelerini yerine getirmekten aciz bulunduğu veya kasten yerine getirmemeleri dolayısıyla ana-babadan velâyet hakkı nez'edilen çocuklar korunmaya muhtaç çocuklardır (97).

Anayasa'nın 61'inci maddesinden başka, Medenî Kanun'un 273, 277 ve 317'inci maddelerinde çocukların korunup bakılmalarıyla ilgili maddeler bulunmaktadır. Bu maddelere göre, çocukların bir müesseseye veya aile yanına yerleştirilmesi (MK. 273), veya velâyetin ana-babadan nez'i (alınması) (MK. 277), yahut da çocuğun ana-babasının belli olması halinde (MK. 317), çocuğun bakımı için gereken masrafları ana-baba karşılamaktan âciz iseler, devlet tarafından karşılanır.

Medenî Kanun'un 317'inci maddesindeki (ana ve babası belli olmayan) çocuklara belediyelerce bakılacağı; ailesi belli olur, ortaya çıkarsa,

(96) ÖZTAN, s. 442.

(97) ZEVKLİLİLER, A., «Türk Hukukunda Korunmaya Muhtaç Çocuklar», (Çocuk), AHFD., C. XXV, S. 1-3, s. 184; Ayrıca, çocukların korunmasıyla ilgili kanunlar için bkz. İNAN, s. 34.

nafaka ile mükellef olan hısımlarından bu masrafların istenebileceği belirtilmiştir. Yani, ana-baba varsa onlardan **bakım** nafakası, yoksa diğer hısımlarından koşulları gerçekleşmesi halinde **yardım** nafakası (MK. 315) ile ilgili hükümlere dayanılarak bu masraflar istenebilecektir.

Eğer çocuğa bakmakla görevli olmayan bir üçüncü şahıs nafaka ödemişse, alacağını vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilir (BK. 413) (98).

Ö n t a s a r ı n ı n 263-265'inci maddeleri arasında da, aynı şekilde Devlet'e çocuğun korunmasına yönelik mükellefiyetler yüklenmiştir.

B) Sözleşmeden doğan bakım nafakası

Medenî Kanun'un 145 ve 150'inci maddelerinden çıkan sonuca göre, karı ve koca aralarında yapacakları bir sözleşme ile nafaka mükellefiyetini düzenleyebilirler. Bu maddelerde düzenlenen nafaka, daha ziyade, yoksulluk ve iştirak nafakasıdır. Zira, Medenî Kanun'un 147'inci maddesinde, boşanma halinde, «bir mukavele veya hüküm ile kendisine... nafaka olarak bir irat tahsis olan karı veya koca...» denmesinden bunun yoksulluk nafakası olduğu anlaşılır. Medenî Kanun'un 150'inci maddesinin 5'inci bendinde ise, «Boşanma veya ayrılığın fer'i hükümlerine dair iki taraf arasında akdedilen mukavelât, hâkimin tasdikine iktiran etmedikçe muteber olmaz» denmesinden, burada kastedilen nafakanın yoksulluk ve iştirak nafakası olduğu anlaşılmaktadır.

Bu nafakaların geçerliliği, hâkimin anlaşmayı hakkaniyete uygun gö-rerek (99) tasdikine bağlıdır (MK. 150) (100).

Yoksulluk ve iştirak (101) nafakaları dışında, evlilik devam ederken ödenecek diğer bakım nafakaları hakkında da bir sözleşme yapılmasına kanunen hiçbir engel yoktur. Medenî Kanun'un (145 ve) 150'inci maddelerine kıyasen bu sözleşmenin de hâkim tarafından tasdiki gerekir.

Yine, karının evlenmeden önce veya evlilik sırasında, kocasından nafaka istemeyeceğine dair yaptığı anlaşmalar geçersizdir (102).

(98) Zürcher Kommentar, Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft (Art. 252-359), 2. Auflage, Zürich 1936, (Çev. ÇAĞA, T., İstanbul 1949), Art. 329, nr. 3, s. 357; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, B. 5, İstanbul 1985, s. 996.

(99) ÖZTAN, s. 288.

(100) İştirak nafakasının miktarını, taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile de tespit edebilirler; fakat, bu anlaşmanın geçerli olması için hâkimin tasdiki şarttır. HGK., 26.5.1937, E. 31/K. 28, Tem. Kar. 1937, s. 50 (Naklen, ÖZTAN, s. 285).

(101) EGGER (Çağa), Art. 319, nr. 28, s. 278.

(102) 2.HD., 30.7.1954, E. 3741/K. 3741, YAZICI/ATASOY, s. 452, nr. 840.

Eğer, çocuğa bakmakla yükümlü olmayan, babalığa hükmedilmemiş bir kimse, akdî bir mükellefiyeti olmadan fiilen çocuğa bakıyorsa, bu Borçlar Kanunu'nun 62'inci maddesi anlamında ahlâkî bir vazifenin ifasından ibarettir (103); geri alınamaz.

Burada, Medenî Kanun'un 150'inci maddesine göre yoksulluk nafakasının sözleşme ile kararlaştırılması halinde ortaya çıkan bir sorundan da söz etmek gerekir :

Eğer yoksulluk nafakası bir yıldan fazla bir süre için akdedilmişse hâkim bu sözleşmeyi tasdik edecek midir, konusu tartışmalıdır. Zira, Medenî Kanun'un 144'üncü maddesine göre, yoksulluk nafakasına «bir yıl» için hükmedilebilir. Aksine bir sözleşme yapılabilmesini kabul etmek, serbest (rıza ile) boşanmaya yol açabilir (104).

Ö n t a s a r ı'da bakım nafakasının sözleşme ile düzenlenmesi konusunda getirilen değişiklik, Medenî Kanun'un 145'inci maddesini karşılayan, Öntasarı'nın 140'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, nafakanın «mukavele» ile kararlaştırılmış olmasından söz edilmemesidir. Ancak, 140'inci maddenin 11'inci fıkrasında «...aksine sözleşme olmadıkça nafaka olarak tahsis edilen bu irat kesilir» denmesinden ve Öntasarı'nın 146'inci maddesinin 4'üncü bendinde, Medenî Kanun'un 150'inci maddesinin 5'inci bendindeki hükmün aynen yer almasından dolayı, Öntasarı'da da bakım nafakasının (özellikle yoksulluk ve iştirak nafakasının) sözleşme ile düzenlenmesine olanak verildiği görülmektedir.

Ş 5. (Hısımlararası hukuktan doğan) YARDIM NAFAKASI

I — KAVRAM

Nafaka, aile içindeki dayanışma ve yardımlaşma fikrinden doğar. Kanunkoyucu aile fertlerinin birbirine yardım etmelerini sadece ahlâk kurallarına bırakmakla yetinmemiş, bunu kanunî bir ödev haline getirmiştir (105).

Medenî Kanun'un 315'inci maddesine göre: «Herkes yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usul ve fûruuna ve erkek ve kız kardeşlerine muavenet ile mükelleftir.»

(103) AYİTER, s. 56.

(104) HAKBİLEN, ise burada bir kanuna karşı hilenin varlığından söz etmektedir. Bkz. HAKBİLEN, s. 349-450.

(105) ÖZTAN, s. 442.

Medenî Kanun'un 315-317'inci maddelerinde düzenlenen «yardım nafakası», dar anlamdaki (yani, karı-koca ve küçük çocuklardan oluşan) ailede söz konusu olan «bakım nafakası»ndan farklılıklar taşır (106) (107).

Yardım nafakası usul ve furuğ, erkek ve kız kardeşler arasındaki nafakadır (MK. 315). İsviçre hukukunda bu nafakaya «La dette alimentaire» denmektedir (108).

II — YARDIM NAFKASININ İSTENME ŞARTLARI

Medenî Kanun'un 315 ve 316'ıncı maddelerinde yardım nafakası istenmesinin şartları (koşulları) yer almaktadır. Buna göre, nafaka alacaklısı ve borçlusu bakımından aşağıda incelenecek olan şartlar aranır.

A) Nafaka alacaklısı bakımından

1 — Zaruret hali şartı

Zaruret hali, alacaklının kendi imkânlarıyla kendi geçimini sağlayamamasıdır (109). Nafaka alacaklısı kendi kusuru dışında geçim sıkıntısına düşmüş olması halinde de nafaka isteyebilir (110). Fakat, kusuru halinde, hakkaniyet gereği, yardım nafakası zarurî giderlerine ilişkin olarak takdir edilebilir.

Burada zaruretin filhal mevcudiyeti şart olmayıp, hemen gelmekte olması yeterlidir (111). Ayrıca, nafakanın istenme şartının gerçekleşmesi bakımından, dâvacının şahsî serveti varsa ilk önce bunları tüketmesi gerekir. Bundan sonra zaruret halini iddia edebilir (112).

Zaruret haline düşme konusunda Medenî Kanun'un 315'inci maddesi bir kıstas vermemiştir. Bu zaruret hali mahkemece takdir olunur (113). Nafaka isteyen kimse, sadece kendi ihtiyaçları için nafaka isteyebilir. Yoksa ailesi için nafaka isteyemez (114). Zira, nafaka alacaklısı dışında (106) ZEVKLİLER, s. 691.

(107) Bkz. § 6.

(108) ARTUS, s. 55.

(109) 2.HD., 3.3.1975, E. 1781/K. 2009, YKD, 1975, S. 12, s. 27; ÖZTAN, s. 98.

(110) ZEVKLİLER, s. 693; ÖZTAN, s. 447.

(111) İsviçre Medenî Kanunu'nun 328'inci maddesi, zarurettten değil, ihtiyaçtan (besoin) bahsediyor. Zarurette daha fazla bir katıyet, ihtiyaçta ise, daha ziyade bir ihtimal mevcuttur: TANSİ, Ö.C. «Nafaka ve Ehemmiyeti», İBM., 1944, C. XVIII, No: 6,9, 1945 XIX, No: 2, s. 520.

(112) 2.HD., 14.1.1944., 58, (Naklen, TUCER, S., «Muavenet Nafakası», AD., 1955, No: 7, s. 687).

(113) GÜRSEL, s. 1219.

(114) ZEVKLİLER, s. 693.

ki kimselerin (ailesinin) de yardım nafakası isteyebileceği kimseler olabilir. Bunlar, kendi mükellef akrabalarından yardım nafakası talep etmelidirler (115). Ayrıca, madem ki, kanun nafaka talep edebilecekleri ve kendisinden nafaka talep edilebilecekleri sınırlamıştır, o halde yardım nafakası sadece nafaka isteyen kimsenin ihtiyaçları için istenebilir. Yine, çalışabilecek bir kimse, çalışmıyorsa zaruret hali olmadığından nafaka istemez.

Medenî Kanun'un 315'inci maddesinde sadece «zaruret»ten bahsedilirken, «Ö n t a s a r ının 297'inci maddesinin 1'inci fıkrasında «önemli ölçüde geçim sıkıntısı»ndan bahsedilmiştir. Aralarında çok büyük bir fark yoktur. Zaten, hâkim, zaruret halini tespit ederken, yardım nafakasının gerekli dereceye ulaşmış olup olmadığına bakacaktır.

2 — Talepte bulunma şartı

Zarurette olan ve kendi imkânları ile geçimini temin edemeyen kimsenin hısımlarından nafaka alabilmesi, ancak talep etmesine bağlıdır (116) (116a).

Nafaka ödenmesi hakkında verilen hüküm talep anından itibaren sonuç yaratır (117).

B) Nafaka borçlusu bakımından

1 — Usul-furu nafakasında ödeme olanağı (tediye kabiliyeti)

Medenî Kanun'un 316'ıncı maddesinin 2'inci (Önt. 298/II) cümlesine göre, yardım nafakası dâvası, dâvacının geçinmesi için gerekli ve diğer tarafın geliri ile orantılı olmalıdır.

O halde, nafaka mükellefinin bu nafakayı ödeyecek gücü bulunmalıdır. Nafaka mükellefi, eğer, bu nafakayı öderse, zarurete düşecek ise, artık onun nafaka ile mükellef olduğundan bahsedilemez. (Burada, evlât edinen ile evlâtlık arasında sahih nesep bağı kurulacağından karşılıklı olarak nafaka mükellefiyetleri olacaktır).

2 — Kardeş nafakasında ödeme olanağına etki eden ek unsur (refah hali)

Kardeşlerin birbirlerine yardım etmeleri yükümlülüğü, bunların refah içinde bulunmalarına bağlıdır (MK. 316/II; Önt. 297/II).

(115) GÜRSEL, s. 1219.

(116) ERGENEKON, s. 65.

(116a) Medenî Kanun'un 316'ıncı maddesinin başlığı «Muavenet talebi»dir. Yine, Tasarı'nın 298'inci maddesinin başlığı da «Dava hakkı ve konusu»dur.

Yargıtay Kararlarına göre, «refah» deyiminden, bir kimsenin geleceği için bir kaygı duymadan, toplumun lüks kabul ettiği ihtiyaçları da dahil olmak üzere bütün ihtiyaçlarını rahatlıkla karşılayabilmesidir (118) (119).

Ancak, refah hali, bu kadar geniş yorumlanmamalı, orta seviyeli ve orta kazançlı bir aile, safi gelirleriyle sıkıntısız geçinebiliyorlarsa, hali refahta sayılmalıdır (120). Kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 329'uncu maddesinin II'inci fıkrasının Fransızcasında, «vivre dans l'aisance» yani, rahatlıkla, kolaylıkla yaşamaktan bahsedilmiştir. Hayatî ihtiyaçlarıyla, medenî ihtiyaçları tatmin edilmiş bir ferdi artık rahatlık içinde yaşayabilir sayabiliriz (121). En doğrusu somut olayda hâkimin takdirine bırakılmadır.

Kardeşler, ana bir baba ayrı veya aksi de olsa, yine nafaka mükellefiyeti altındadırlar (122). Sahih ve gayrisahih nesepli kardeşler arasında da nafaka mükellefiyeti vardır (123).

III — YARDIM NAFKASINDA SIRA

Medenî Kanun'un 316'ıncı maddesinin l'inci fıkrasının l'inci cümlesine göre; nafaka dâvası, bununla mükellef olanlar hakkında mirastaki tertip sırasıyla açılır.

Buna göre, yardım nafakası isteyen kimse önce, çocuklarına (evlâtlık da dâhil) (füruuna) başvuracak, füruu yoksa veya onlardan tamamen veya kısmen elde edemezse sırasıyla ana ve babasına, kardeşlerine, büyük ana ve babalarına olmak üzere usulüne başvurabilecektir (124).

Devletin en son mirasçı olma hakkına (MK. 448) dayanarak, onun yardım nafakası mükellefiyeti olup olmayacağı soru akla gelebilir. Devlete çeşitli kanunlarla (meselâ, 5387 ve sonra 6972 sayılı Kanunlarla) yüklenen görevler, özel hukuktan doğan bir nafaka borcu değil, kamu huku-

(117) İBK., 28.11.1956, E. 15/K. 15, RG., 27.12.1956, S. 9494.

(118) 2.HD., 28.9.1972, E. 5848/K. 5323, RKD. 1973, S. 9-10-11, s. 325; 2.HD., 7.2.1974, E. 673/K. 715, İKİD., 1971, 1971-75, nr. 653; 2.HD., 26.5.1981, E. 4080/K. 4114, YKD., C. 7, 1981, S. 8, s. 958.

(119) ÖZTAN, s. 445.

(120) GÜCER, N., «Kardeşler Arasında Nafaka Mükellefiyeti», AD., 1949, No: 5, s. 649.

(121) GÜCER, s. 644.

(122) 2.HD., 14.10.1954., E. 5131/K. 4703, YAZICI/ATASOY, nr. 1245, s. 696; ÖZTAN, s. 445.

(123) ÖZTAN, s. 445.

(124) TEKİNAY, s. 613; ZEVKLİLER, s. 692.

ku kuralları ile düzenlenmiş bir sosyal yardım yükümlüdür. Oysa, nafaka özel hukukta düzenlenmiş ve yine bu hukukun belirlediği kimseleri yükümlü kılan bir müessesedir. Bu nedenle, devlet bu yardım görevini yerine getirmede hakkında nafaka dâvası açılmaz (125). Medenî Kanun'un 317'inci maddesinde belediyelere, ana-babası belli olmayan çocukların bakımıyla ilgili olarak yüklenen mükellefiyet sınırlı olup, devlete bu anlamda yardım nafakası mükellefiyeti yüklemeyiz. Yine, Medenî Kanun'un 316'ıncı maddesinin III'üncü fıkrası resmî bir kurum tarafından bakılan kimsenin yakınlarından, bu kurumun nafakayı isteyebilme hakkı da devletin yardım nafakası mükellefiyeti bulunduğu anlamına gelmez. Burada sadece, bakan kurumu, sonradan, mükellef hısımlardan nafakayı talep edebilecek, özel hukukla ilgili bir dâvada taraf haline getirmek söz konusudur (126).

Nafaka mükellefiyeti birden fazla kimsede beliriyorsa, bunlar arasında müteselsil bir sorumluluk bulunmamaktadır (127). Zira, müteselsil sorumluluk (borçluluk); bir irade beyanı veya kanun hükmü dolayısıyla bir edimin birden çok borçlulardan herbirinin tamamını ifa etmekle yükümlü bulunduğu, alacaklının ise tamamını ancak bir defa elde etmek üzere edimi borçlulardan dilediği birinden talep etmeye yetkili olduğu ve borçlulardan birinin ifası veya ifa yerini tutan fiiliyle diğerlerinin bu oranda alacaklıya karşı borçtan kurtulacakları bir birlikte borçluluk halidir (128). Oysa, burada (yardım nafakasında) kanun tarafından öngörülmuş bir hüküm bulunmadığına göre (ve akitle de öngörülmemişse) müteselsil sorumluluk hali yoktur. Dolayısıyla, nafaka mükellefiyetini yerine getiren bir kimse artık diğerlerine rücu edemeyecektir.

Medenî Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamasına karşın, Ö n t a s a r ı'da, buradaki sorumluluğun müteselsil sorumluluk olmadığı yolunda 298'inci maddenin III'üncü fıkrasında bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre; «Nafakanın yükümlülerin sadece bir veya bir kaçından istenmesi hakkaniyete aykırı görülüyorsa hâkim, onların nafaka yükümlülüğünü hafifletebilir veya kaldırabilir.»

Buna göre, aynı derecede birden çok hısım varsa, bu durumda hepsinden nafaka istenebilecek (129), fakat bunlar arasında müteselsil borç-

(125) ERGENEKON, s. 148.

(126) ERGENEKON, s. 149.

(127) ERGENEKON, s. 40; Henrich, s. 167 (Naklen, ÖZTAN, s. 446); 2.HD., 27.4.1951, E. 2964/K. 3247 (Naklen, TUCER, s. 686).

(128) AKINTÜRK, T., Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 35.

(129) ZEVKLİLER, s. 692.

luluk (sorumluluk) olmadığından, hâkim, hakkaniyete göre, bazılarının nafaka yükümlülüğünü azaltabilecek veya tamamen kaldırabilecektir.

§ 6. BAKIM VE YARDIM NAFKASININ FARKLARI

Bakım ve yardım nafkasının başlıca farkları şunlardır (130):

Bakım nafkası evlilik hukukundan doğar, tek taraflıdır. Oysa, yardım nafkası hısımlararası hukukdan doğar, karşılıklıdır. Bakım nafkası bir süre ile sınırlanmıştır, sadece reşit olmayan çocuklar talep edebilirler (Ö n t a s a r ın 248'inci maddesinin II'inci fıkrasına göre, çocuk ergin olmasına rağmen, eğitim devam ediyorsa, ana-babanın hâl ve şartlara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar bakma yükümlülüklerinin de devam edebileceği yolunda bir istisna hükmü vardır). Yardım nafkasında ise, böyle bir süre yoktur.

Bakım nafkası ana-babanın iktisadî ve sosyal durumuna göre düzenlenir ve daha kapsamlıdır. Yardım nafkası ise, sadece zaruret (Ö n t a s a r ıda «önemli ölçüde geçim sıkıntısına düşecek olma») haline düşenlere zorunlu geçimlerini temin etmeleri için verilir.

§ 7. BAKIM VE YARDIM NAFKASININ ÖNCELİK SIRASI

Nafaka yükümlülüğü bazen, birden fazla nafaka alacaklısının aynı kişiye yönelmesi halinde ve bu kişinin de ödeme güçlüğü içinde bulunması halinde, bir öncelik ve sonralık çatışmasına uğrayabilir. Bu çeşitli nafaka türleri arasında olabileceği gibi, aynı tür nafaka talepleri arasında da olabilir.

I — BAKIM NAFKASININ KENDİ İÇİNDE ÖNCELİK SIRASI

Eşlerin birbirlerine karşı ya da ana-babanın reşit olmamış (ya da Ö n t a s a r ın 248'inci maddesinin II'inci fıkrasına göre, eğitimi tamamlamamış, reşit) çocuğa karşı bakım yükümlülüğü birbiriyle çatışabilir mi?

Meselâ, üç kişilik bir ailede, babanın kazancı sadece, kendisinin ve çocuğun geçimine yetecek kadar ise, kadının kocasına nafaka dâvası açmaması, nafaka alamaması gerekir. Ancak, her halukârda özel durumu nedeniyle çocuğun öncelikle bakılması gerekir (131). Bununla birlikte şu

(130) ÖZTAN, s. 442-443.

(131) Krş.: Karı-koca arasındaki bakım yükümlülüğünün çocukların bakımından daha önce geleceği hakkında aksi fikir için bkz. BGE 59 II 2; 82 II 113; Egger (Çağa), Art. 328, nr. 14, 21, s. 333, 337; Lemp, Art. 160, nr. 15, s. 39 (Naklen, ÖZTAN, s. 272).

sonuca varılabilir: Kural olarak; çocuğun korunmaya muhtaç durumu, kadının da çocuğa bakma zorunluluğu, kadının genelde çalışabilir olması, boşanmada eş lehine tedbir nafakasının talep, buna karşın iştirak nafakasının re'sen (talepsiz) hükmedilmesi gibi nedenlerden dolayı çocuğun bakım nafakası, diğer eşinkinden önce gelmelidir. Fakat, özel durum (örneğin, 17 yaşında çocuk ve yatalak annenin bakım nafakası çatıştığında) başka bir çözüm şeklini gerektirebilir.

II — YARDIM NAFAKASININ KENDİ İÇİNDE ÖNCELİK SIRASI

Tek bir kişiden yardım nafakası isteyen birden fazla olursa, bunlar arasında da Alman hukukundaki (Alman MK. 1609) gibi, mirastaki sıraya uygun olarak bir sıra kabul edilebilir. Böylece, nafaka yükümlüsü öncelikle birinci derecedeki reşit olmuş fûruuna, daha sonra ana ve babasına ve kardeşlerine olmak üzere yukarı doğru giden usulüne yardım edecektir (132).

Ancak, bir derecedeki mirasçılar aynı zamanda mükelleften nafaka isterlerse, bu halde, nafaka mükellefinin ödeme gücü ve tarafların ihtiyaçlarını gözönünde tutarak nafakaya hükmedilmelidir. Mükellefin durumu müsait değilse, artık ikinci derecedeki mükellefe başvurulacaktır (133).

III — BAKIM VE YARDIM NAFKASINDA ÖNCELİK SIRASI

Bakım nafakası, yardım nafakasından önce gelir (134). Bunun sonucu olarak, ana-babanın reşit olmayan çocuklara bakma yükümü (ve bu çocukların nafaka alacağı), reşit olmayan çocuklardan önce gelir (135). Yine, kocanın karısına bakma yükümlülüğü, yetişmiş çocukların ve diğer akrabaların yardım nafakasından önce gelir (136). Evli kadın da nafaka almak için kocasından önce oğlunu dâva edemez (137).

Yardım nafakasıyla ilgili Ö n t a s a r ı'nın 297'inci maddesinin III'üncü fıkrasında «Eşlerin ve ana babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır» denmesinden de bakım nafakasının yardım nafakasından önce geldiği söylenebilir.

(132) GÜRSEL, s. 1228.

(133) GÜRSEL, s. 1228.

(134) İNAL, (AD), s. 299-300; TUĞSAVUL, s. 42; ERGENEKON, s. 42.

(135) Hegnauer, Art. 272, nr. 148, s. 249 (Naklen, ÖZTAN, s. 362).

(136) Lemp, Art. 160, nr. 15, s. 39 (Naklen, ÖZTAN, s. 362).

(137) HGK., 5.12.1962, E. 2-124/K. 67 (Son. İçt. 1963, S. 5459); 2.HD., 2.8.1970, E. 7/K. 4373, (TİK, 1971, nr. 68); 23.9.1971, E. 5620/K. 5266 (TİK, 1972, C. I, nr. 74) (Naklen, ÖZTAN, s. 446).

Üç ü n c ü B ö l ü m

NAFAKANIN MİKTARI, ARTTIRILMASI, AZALTI LMASI, BAŞLANGICI VE SONA ERMESİ

§ 8. NAFAKANIN MİKTARININ TESPİTİ, ARTTIRILMASI VE AZALTI LMASI

I — NAFAKANIN MİKTARININ TESPİTİ

A) Bakım nafakasında miktarın tespiti

Bakım nafakasında miktar esas olarak, nafaka borçlusunun ödeme gücüne göre tespit olunur (1) (MK. 144, 261 vs.). Bundan başka, tarafların malî ve sosyal durumları ile geçim şartları ve nafaka alacaklısının ihtiyaçları da hâkim tarafından gözönüne alınır (2).

Nafakanın miktarının sözleşme ile de tespiti mümkündür. Fakat, bu anlaşmanın geçerli olması için hâkimin tasdiki gereklidir (MK. 150) (3).

Bakım, özellikle iştirak nafakasında (4), nafaka yükümlüsü en uygun ölçüde görevini yerine getirecektir. Yoksa, yardım nafakasındaki gibi (MK. 316/1), nafaka alacaklısının geçinmesi için gerekli zarurî miktarla sınırlı değildir. Burada, geçinmek için zarurî giderlerden başka, insanın gelişimi için gereken harcamalar da bakım mükellefiyetinin kapsamına girer.

Nafakaya hükmedilirken, nafaka türü ne olursa olsun faize hükmedilemez (4a).

B) Yardım nafakasında miktarın tespiti

Yardım nafakasında bakım nafakasından farklı olarak, nafaka mükellefiyeti daha dar tutulmuştur. Nafaka dâvası, dâvacının geçinmesi için

-
- (1) ÖZTAN, s. 270; «Davalı ayda en az 1500 İsviçre Frangı kazandığına göre davacı eş için aylık 3000 lira nafaka takdir edilmesi, takdir hakkı kullanılırken fahiş bir hafaya düşüldüğünü gösterir.» YHGK., 13.4.1983, E. 1982/2-1160, K. 1983/370, YKD., C. 9, 1983, S. 10, s. 1461 vd.
 - (2) 2.HD., 4.6.1973, E. 3870/K. 3726, (Naklen, TÜRKÇAPAR, T., «Nafaka ve Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri», AD., C. 64, S. 11, 1973, s. 1004); ERGENEKON, s. 141.
 - (3) HGK., 26.5.1937, E. 51/K. 28, (Tem. Kar. 1937, s. 50) (Naklen, ÖZTAN, s. 28).
 - (4) ERGENEKON, s. 16.
 - (4a) «Nafaka isteğine ilişkin davalarda faize hükmedilemez», 2.HD., 27.1.1987, E. 11618/K. 413 (Yayınlanmamış).

gerekli ve diğer tarafın geliri ile mütenasip, bir yardım talebinden ibarettir (MK. 316/II (Önt. 298/II) (4b).

II — NAFAKANIN ARTTIRILMASI VE AZALTILMASI

A) Bakım nafakasının arttırılması ve azaltılması

Medenî Kanun'un 145 (Önt. 140) ve 149'uncu maddelerinde nafakanın çeşitli sebeplerle azaltılabileceği (veya sona erdirilebileceği) yahutta arttırılabileceği düzenlenmiştir.

Buna göre, bir taraftan nafaka alacaklısının diğer taraftan nafaka borçlusunun malî durumlarında önemli değişmeler olursa nafaka miktarı da talep halinde değiştirilebilir (5). Bu değişiklik sebepleri bakım nafakasında daha titiz bir incelemeye tâbi tutulmalıdır. Zira, bu nafakanın kapsamının yardım nafakasından daha geniş olduğunu belirtmiştir.

B) Yardım nafakasının arttırılması ve azaltılması

Yardım nafakasının miktarının değişikliği için de, tarafların malî ve sosyal durumlarında, eski kararın değiştirilmesini gerektirecek derecede lehte yahut aleyhte değişmeler olmuş bulunmalıdır (6). Ancak, burada bakım nafakasından daha ılımlı olarak değişiklik takdir edilmelidir.

Ş 9. NAFKA MÜKELLEFİYETİNİN BAŞLANGICI VE SONA ERMESİ

I — NAFKA MÜKELLEFİYETİNİN BAŞLANGICI

Gerek bakım, gerek yardım nafakasının başlangıç tarihi, Yargıtay'ın 28.11.1956 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı (7) ile tartışmaya yer vermeyecek biçimde belirlenmiştir. Buna göre: «Her davada, açıldığı ta-

(4b) «Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına ve nafakanın niteliğine göre davacı yararına aylık onikibinbeşyüz lira yardım nafakası takdir edilmesi uygun bulunmaktadır. Bu yön gözönünde tutulmadan yazılı şekilde fazla nafakaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.», 2.HD., 27.1.1987, E. 11674/K. 432; aynı doğrultuda: 2.HD., 27.1.1987, E. 1164/K. 431; 2.HD., 27.1.1987, E. 11606/K. 415 (Yayınlanmamış kararlar).

(5) TEKİNAY, s. 615; 616, dn. 16.

(6) 2.HD., 5.3.1954, E. 1162/K. 1174 (Naklen, YAZICI/ATASOY, No. 1226); FEYZİOĞLU, s. 586.

(7) İBK., 28.11.1956, E. 15/K. 15, RG. 27.11.1957, S. 9494; aynı doğrultuda, 2.HD., 15.9.1975, E. 6688/K. 6735, YKD, 1976, S. 2, s. 147; Krş.: DOĞRUL, V., «İcra ve İflâs Kanunu'nun 344. Maddesinin Uygulanması ve Beliren Boşluklar», AD., 1946, No: 11, s. 1219-1222.

rihte tesbit edilen vaziyetin hükme esas alınması gerekir. Binaenaleyh, gerek nafakanın bağlanması, gerek bağlanmış nafakanın miktarının azaltılıp çoğaltılması isteklerinde de aynı esas uygulanmalıdır; çünkü, bu gibi davalarda da, talebin kabule şayan olduğunu ispat eden davacıya karşı davalı, davanın açılmasıyla birlikte mütemerrid hale düşmüş sayılır. Bu nedenlerle nafaka bağlamasında olduğu gibi, onun arttırılması ve eksiltmesine dair taleplerin kabulünde de, nafakanın veya onun arttırılan, ya da eksiltelen miktarının (d a v a t a r i h i n d e n i t i b a r e n) geçerli olacak tarzda hükme bağlanması icap eder.»

Tedbir nafakasında, bu nafaka kocanın bakım borcunun başladığı tarihten itibaren istenebilir. Bunun için ise, nikâhın yapılmış olması yeterlidir (8). Böylece, boşanma dâvası, tarafların nikâhtan sonra fiilen birleşmedikleri bir durumda açılmış da olsa, istek gününden başlamak ve hüküm kesinleşinceye kadar devam etmek üzere, hâkimin tedbir nafakasına karar vermesi gerekir (9).

II — NAFKA MÜKELLEFİYETİNİN SONA ERMESİ

Nafaka mükellefiyeti, bakım ve yardım nafakasında, alacaklıya ya da borçluya ait çeşitli sebeplerle sona erebilir. Medenî Kanun'un 145'inci maddesinde yoksulluk nafakasının sona ermesiyle ilgili nedenlerden bir kısmı yardım nafakasının sona ermesinde de aynen geçerlidir.

Bu maddeye göre, eşlerden biri y e n i d e n e v l e n i r s e , y o k s u l l u k nafakası sona erer. Bu sebep sadece bakım nafakası için geçerlidir. Yine, aynı maddeye göre, eşlerin y o k s u l l u ğ u o r t a d a n k a l k m ı ş ya da hiss olunur derece a z a l m ı ş ise, borçlunun talebi üzerine nafaka azaltılabilir. Bu hem yardım, hem de bakım nafakaları için geçerli bir sebeptir.

Bundan başka; borçlunun ya da alacaklının ölümü, alacaklının nafakadan feragâti (9a), borçlunun ödeme imkânsızlığı içine düşmesi hem bakım hem de yardım nafakasını sona erdirir. Reşit olmak ise sadece iştirak veya çocuk lehine bakım nafakasını sona erdirir (9b).

(8) FEYZİOĞLU, s. 363.

(9) 2.HD., 12.6.1972, E. 3886/K. 3774, TİK, 1972/II, s. 29, No: 999 (Naklen, FEYZİOĞLU, s. 363).

(9a) «Davalı...nafaka isteğinden vazgeçmiş bulunduğu halde davalı yararına nafakaya hükmedilmesi usul ve kanuna aykırıdır» (Boşanma dâvası), 2.HD., 27.1.1987, E. 11093/K. 447, (Yayınlanmamış).

(9b) «Davalı baba reşit olan davacı kızına, nafaka vermekle yükümlü tutulamaz.», 2.HD., 2.3.1982, E. 1388/K. 1971, YKD, C. 8, 1982, S. 7, s. 927.

Yardım nafakasını sona erdiren özel nedenlerden bir başkası da, kardeşler arasındaki yardım nafakasında refah halinin sona ermesi ile önceki sırada bulunan nafaka mükelleflerinin ödeme kabiliyeti kazanmalarıdır (10).

Bakım nafakasına özgü bir sona erme de yoksulluk nafakasında kendisini gösterir. Bu nafaka belirli bir süre için (bir yıl) (Öntasarı'da «sürsüz», m. 139) ödenir (MK. 144). Bu sürenin sonunda nafaka sona erer. Bunun için Medenî Kanun'un 145'inci maddesinde belirtildiği gibi, borçlunun talep etmesi, yani bir hükme ihtiyaç vardır.

Tedbir nafakası (11) ve diğer nafakalar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 443'üncü maddesinin IV'üncü fıkrasının, aile hukukuna ilişkin hükümler katileşmedikçe icra olunamaz, hükmüne dayanarak sona erme anını şöylece belirleyebiliriz :

T e d b i r n a f a k a s ı için, verilen boşanma kararı ve bunun kesinleşmesine kadar, **diğer nafakalar için** sona erme kararı verilmeye kadar ve bunların da katileşmesine (kesinleşmesine) kadar nafaka devam eder. Karar kesinleştikten sonra, nafaka da sona erer (11a).

Ö n t a s a r ı'da, 140'inci maddesinde bunlardan başka, yoksulluk nafakası bağlanan eşin haysiyetsiz bir hayat sürmesi ya da eşlerden birinin ölmesi halinde, aksine bir sözleşme olmadıkça, yoksulluk nafakasının sona ereceği düzenlenmiştir. Oysa, nafaka şahsa bağlı bir hak olduğundan ölüm halinde kesilir, aksi öngörülemez (12).

Eşlerden birinin ölmesi, zaten bir sona erme nedenidir (13). Burada, eskisinden farklı bir hüküm olarak, eşin haysiyetsiz bir hayat sürmesi, nafakanın sona erme nedeni olarak düzenlenmiştir. Fakat, bu hükmün yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Bu nedenle, bir sona erme nedeni olarak kullanılırken, özellikle kadın açısından titizlik gösterilmesi ve erkek (eski koca) tarafından kötüye kullanılmaması gerekir. Aslında, «haysiyetsiz bir hayat sürme» halinin Öntasarı'dan kaldırılması daha uygun olacaktır.

(10) ERGENEKON, s. 107.

(11) YÜCE, s. 1829-1830; aksi görüş için bkz. ARTUS, s. 60-61.

(11a) «MK.nun 137. maddesi uyarınca takdir olunan nafaka, hüküm kesinleşinceye kadar devam etmelidir.», 2.HD., 3.6.1982, E. 4483/K. 4968, YKD, C. 8, 1982, S. 12, s. 1642; «Tedbir nafakası, hükmün kesinleştiği tarihte sona erer. Öte yandan, davadan feragat tarihiyle sınırlı olarak karar verilmesi gerekirken bu yönün gözönünde tutulmaması usul ve kanuna aykırıdır.», 2.HD., 27.1.1987, E. 11037/K. 445 (Yayınlanmamış).

(12) Oysa, irat şeklinde öngörülen (hükmedilen) maddî tazminat şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığından sözleşme ile ölümden sonra da devam edeceği (yani, ölümle sona ermeyeceği) öngörülebilir.

(13) ERGENEKON, s. 107, 110.

Dördüncü Bölüm

NAFAKA DÂVALARINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME,
KANUNLAR İHTİLÂFI

§ 10. NAFKA DÂVALARINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

I — BAKIM NAFKASINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Bakım nafkasında görevli mahkemenin tayini için, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 500'üncü maddesinin, 16.7.1985 yürürlük tarihli 3222 sayılı Kanunla kaldırılmasından önce, nafaka dâvasının boşanma davasından önce açılıp açılmadığı konusunda bir ayırım yapılıyordu.

Bakım nafakası boşanma dâvasından önce açılmışsa ve bunlar evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirler ise, bu dâvanın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 500'üncü maddesine göre, sulh mahkemesinde açılması gerekiyordu (13).

Bakım nafakası, boşanma dâvası sırasında ve sonra açılmışsa, bu dâvanın artık boşanma dâvasını gören asliye mahkemesinde açılması gerekiyordu (14).

Oysa, Yargıtay'ın da bununla ilgili çeşitli kararlarında da belirttiği gibi: «Evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak Medenî Kanun'da öngörülen tedbirlerin, sulh Hâkimi tarafından alınacağına, dolayısıyla e ş ve çocuklar için tedbir nafakası takdirinde ya da bu nafakanın arttırılmasına ilişkin davaların sulh Hukuk Mahkemesinin görevi içinde bulunduğu dair Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 500. maddesi, 16.7.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3222 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu durumda **tedbir nafakası takdirine veya evvelce verilmiş nafakaların arttırılmasına** ilişkin olmak üzere 16.7.1985 tarihinden sonra açılan davalarda görev Asliye Hukuk Mahkemesine ait bulunmaktadır. Hal böyle olunca, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devam olunarak işin esasının incelenmesi usul ve kanuna aykırıdır.» (14a).

(13) İBK., 10.6.1931, E. 8/K. 39, Olgaç, 1975, s. 175/176, m. 161, nr. 2 (Naklen, ÖZTAN, s. 174).

(14) YHGK., 12.2.1969, E. 172/K. 114, (Naklen, YAZICI/ATASOY, No: 588); FEYZİOĞLU, s. 362; ÖZTAN, s. 272; AKSOY, (Görev), s. 942.

(14a) 2.HD., 27.1.1987, E. 11609/K. 414, (Yayınlanmamış); aynı doğrultuda: 2. HD., 22.1.1987, E. 11337/K. 284 (Yayınlanmamış).

Bakım nafakasında yetkili mahkemeye gelince, evlilik birliğinin korunmasına yönelik bu dâvalarda mahkemenin yetkisi söz konusu olmaz. Bu dâvalar dâvalının ikametgâhının bulunduğu yerde veya dâvacının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesinde de görülebilir (15). Fakat, bakım nafakası boşanma dâvasından sonra açılmışsa, artık nafaka davasının da boşanma davasının görüldüğü yer mahkemesinde (MK. 136) görülmesi daha uygun olacaktır (16).

II — YARDIM NAFAKASINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

«3156 sayılı Kanunla H.U.M.K.nun 8. maddesinde yapılan değişiklik sonucu 5.4.1985 tarihinden sonra Medenî Kanununun 315. maddesine dayanılarak açılan yardım nafakası isteklerinin inceleme görevi Sulh Mahkemesine ait olmayıp Asliye Mahkemesidir.» (17).

Mükellef birden çok ise, dâvanın, mükelleflerden herhangi birinin ikametgâhı mahkemesinde açılması mümkündür (18). Yardım nafakasında yetkili mahkeme «mükellefin ikametgâhı mahkemesi»dir (MK. 315).

III — NAFAKANIN ARTTIRILMASI, AZALTILMASI VE KALDIRILMASI HALİNDE YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Yeni olaylar ve durumlar ve durumlar üzerine, nafakanın arttırılması veya azaltılması yahutta kaldırılması dâvalarında görevli ve yetkili mahkeme, yine nafakanın aslına bakan mahkemedir (19). Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, evlilik birliğinin korunmasına yönelik dâvalarda yetki söz konusu olmadığından, nafakanın arttırılması veya azaltılması yahut kaldırılması dâvalarında da yetki söz konusu olmamalıdır (20).

Ş 11. NAFKA DÂVALARINDA KANUNLAR İHTİLÂFI

1973 tarihli, Türkiye'nin de taraf olduğu, Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Nafaka Sözleşmesi 1.11.1983 tari-

- (15) «Tedbir nafakasında yetki söz konusu değildir. Dava her yerde açılabilir. (7.6.1935 gün ve 92/16 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararı)», 2.HD., 20.1.1987, E. 11124/K. 125 (Yayınlanmamış); ÖZTAN, s. 175.
- (16) Boşanma dâvasında yetkili ve görevli mahkeme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTAN, s. 261 vd.
- (17) 2.HD., 10.2.1987, E. 105/K. 935 (Yayınlanmamış).
- (18) 2.HD., 20.3.1954, E. 1470/K. 1542, (Naklen, YAZICI/ATASOY, nr. 1124, s. 637); ÖZTAN, s. 450.
- (19) 2.HD., 18.8.1962, E. 4953/K. 4338 (Naklen, AKSOY, (Görev), s. 944-945); ayrıca bkz. ÖZTAN, s. 299.
- (20) FEYZİOĞLU, s. 394.

hinden itibaren Türkiye için yürürlüğe girmiştir (21). Sözleşme karşılıklılık şartı aramaksızın nafaka taleplerine «nafaka alacaklısının mutad meskeni hukuku»nun uygulanması prensibini getirmiştir (22). Bu sözleşme Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un sisteminin istisnaen uygulanabilir hale getirmiştir (23) (MÖHUK. 1/11).

Nafaka konusunda istisnaen de olsa uygulama alanı bulabilecek, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un hükümlerinde nafaka, 21 ve 13'üncü maddenin III'üncü fıkrasında düzenlenmiştir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 21'inci maddesine göre, «yardım nafakası borçlunun millî kanununa tabidir.» Aynı kanunun 13'üncü maddesinin III'üncü fıkrasına göre ise, «geçici tedbir niteliğinde olmayan boşanma ve ayrılıkla ilgili nafaka talepleri, boşanma ve ayrılık hakkında yetkili olan hukuka tabidir.»

SONUÇ

İlk önceleri, dinî ve ahlâkî düşüncelerle ortaya çıkan nafaka müessesesi, toplum ve hukukun gelişmesiyle birlikte hukukîlik kazanmıştır. Fakat her hukukî müessese gibi, bir gelişim ve değişim içindedir. Nitekim; mevzuat ve özellikle Medenî Kanun'da düzenlenmiş olan bu müessese, 1984 tarihli Medenî Kanun Öntasarısında tekrar ele alınmıştır.

Nafaka konusunda; mevzuattaki (özellikle Medenî Kanun'daki) durum ve Öntasarı'daki başlıca değişiklikler ve getirilen yeni hükümler şöylece özetlenebilir :

Medenî Kanun'da esas olarak birinci derecede kocaya yüklenen, karı ve çocuğa bakım borcu (MK. 152/11), (kadın ve erkek eşitliğinden hareketle) Öntasarı'nın 149'uncu maddesinde, eşlerin her ikisine, güçleri oranında yüklenmiştir.

-
- (21) 26.11.1982, 8/5695 sayılı Kararname ve metin için bkz. RG., 6.2.1982-17951; ayrıca çocuklara karşı nafaka yükümlülüğü ile ilgili sözleşmeler hakkında bkz. REZAKİ, S., «Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü ile İlgili Sözleşmeler», AD., C. 64, S. 2-3, 1973, s. 168-182.
- (22) TEKİNALP, G., Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 3.B., 1986, s. 198; AYDINLIYIM, S., «Nafakadan Doğan Kanunlar İhtilafları», AD., 1965, S. 9, s. 1039-1055; NOMER, E., «Yabancılar arasındaki nafaka davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi, (Karar Tahlili)»; İHFİM, 1969, C. XXXIV, S. 1-4, s. 635 vd.; (Çev.) DONAY, S., «Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme», İHFİM, 1969, C. XXXIV, S. 1-4, s. 737 vd.
- (23) TEKİNALP, s. 198.

Burada belirtilmesi gereken bir husus; bakım nafakasının evlilik ve doğum (ya da evlât edinme) sonucu, yardım nafakasının ise hısımlararası hukuktan doğduğudur.

Öntasarı'daki değişikliklerden bir diğeri de; Medenî Kanun'un 126'ıncı maddesini, yani bâtil evliliklerle ilgili maddesini karşılayan, Öntasarı'nın 122'inci maddesinin 11'inci fıkrasındadır. Bu fıkroda nafaka taleplerinin boşanma hakkındaki hükümlere tâbi tutulacağı hususu kaldırılmıştır. Buna göre artık bâtil evliliklerde yoksulluk veya tedbir nafakası ancak (MK. 124/11'nin) Öntasarı'nın 120'inci maddesinin 11'inci fıkrasının geniş yorumu, yani «hâkimin hükmüne kadar sahih bir evlenmenin hükümlerini haizdir» hükmüne dayanılarak istenebilecektir.

Öntasarı'nın 139'uncu maddesinde, Medenî Kanun'un 144'üncü maddesinden farklı olarak yoksulluk nafakasını isteyen eşin «kusursuz» değil, «daha az kusurlu» olması şeklinde, yerinde olarak değiştirilmiştir. Zira, boşanma davalarında genellikle iki yan da az-çok kusurludur. Burada önemli olan kusurları karşılaştırarak, her iki yanın da menfaatlerini dengelemek ve hakkaniyetli bir sonuca ulaşmaktır. Yine, Öntasarı'nın 139'uncu maddesinde «büyük yoksulluk» ve «bir yıllık» süre şartı kaldırılmıştır.

Böylece, hayat tarzı birden değişen eşin yoksulluğu büyük olmasa da, «süresiz» olarak yoksulluk nafakası isteyebilecektir. Fakat «süresiz» kelimesi her halûkârda ömür boyu değil, tüm somut olayın koşullarına ve tarafların durumlarına göre, hâkim tarafından tayin edilecek bir süre olmalıdır. Böylece bu süre ömür boyu olabilir de olmayabilir de...

Çocuklar için bakım ve iştirak nafakasında ise; Medenî Kanun'dan farklı olarak, Öntasarı'nın 248'inci maddesinde çocuk reşit olmasından sonra eğitime devam ediyorsa, ana-babanın hâl ve şartlara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere bakım nafakası yükümlülüklerinin devam edeceği düzenlenmiştir.

Evlât edinme halinde de; asıl ana ve baba ile çocuk arasında kan bağı (hısımlığı) ve asıl ailesindeki mirasçılığı devam ettiğine göre (MK. 257), asıl ailesi ile arasında karşılıklı olarak yardım (MK. 315) ve bakım nafakası (MK. 264) devam etmelidir.

Öntasarı'nın 254'üncü maddesinde ise, doktrinadaki hâkim görüşe uygun olarak, eşlerin üvey çocuklara karşı da bakım yükümlülüklerinin (mükellefiyetlerinin) varlığına açıkça işaret edilmiştir.

Hısımların çocuğa bakım yükümlülüğünün olup olmadığı sorununa gelince, hısımların bu konuda bakım değil, ancak (MK. 315) (Önt. 297)

yardım nafakası yükümlülüğü olabilir. Devletin yükümlülüğü ise 1982 Anayasa'sının 61'inci maddesinin IV'üncü fıkrası ve Medenî Kanun'un 273, 277 ve 317'inci maddelerinden doğan özel bir bakım ve koruma yükümlülüğüdür. Devletçe karşılanan bu koruma ve bakım masrafları daha sonra, mümkün olduğu takdirde ana-babadan bakım, diğer hısımlardan yardım nafakası (MK. 315) hükümlerine dayanılarak istenebilir.

Ana veya babanın diğerinden, çocuk lehine ödediği fazla miktarı istemesi ise, Borçlar Kanunu'nun 62'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca mümkün olmayacaktır. Zira, eşlerden birinin çocuğa karşı nafaka yükümünü yerine getiren diğer eş (yani, borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse), hataen kendisini borçlu zannederek verdiği isbat etmedikçe, onu (sebepsiz zenginleşmeye dayanarak) isteyemez (1). Belki (çocuğun ihtiyaçlarının tümünün karşılanması, nafakayı henüz ödememiş eşin **manevi - menfaati sayılırsa**), vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak (BK. 410), diğer taraf ödediği fazla miktar nafakayı isteyebilir (2).

S ö z l e ş m e d e n d o ğ a n b a k ı m nafakasının geçerliliği ise, hâkimin bu anlaşmayı uygun görerek tasdikine bağlıdır (MK. 145, 147, 150).

H ı s ı m l a r a r a s ı h u k u k t a n d o ğ a n y a r d ı m nafakası konusunda ise, Medenî Kanun'un 315 ve Öntasarı'nın 297'inci maddesi arasında pek bir fark yoktur.

Burada devletin en son mirasçı olma hakkına (MK. 448) dayanarak, onun yardım nafakası yükümlüsü olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Fakat, devlete çeşitli kanunlarla (5387, 6977 sayılı Kanunlar vs....) yüklenen görevler, özel hukuktan doğan bir nafaka borcu değil, kamu hukuku kuralları ile düzenlenmiş bir sosyal yardım yükümlüdür; devletin bu görevi yerine getirmemesi halinde nafaka davası açılmaz.

Kanun tarafından öngörülmüş bir hükme veya bir akte ihtiyaç gösteren müteselsil sorumluluk, nafaka mükellefleri arasında böyle bir durum olmaması nedeniyle söz konusu değildir (Önt. 298'e kıyasen).

Nafakanın ö n c e l i k s ı r a s ı konusunda ise şunlar söylenebilir :

Bakım nafakası kendi içinde çatıştığında, kural olarak çocuğun korunmaya muhtaç özel durumu nedeniyle öncelik taşımalı, fakat somut olay

(1) 2.HD., 9.5.1987, E. 2193/K. 3760, YKD., 1979, S. 5, s. 620; Ayrıca bkz. **TEKİNAY**, (Borçlar), s. 989.

(2) Krş. **TEKİNAY**, (Borçlar), s. 971-972 ve dn. 2; 996.

başka bir çözüm şeklini gerektiriyorsa, hâkim buna göre karar verebilmelidir.

Yardım nafakasının kendi içinde öncelik sırası da Alman hukukundaki (Alm. MK. 1609) gibi, mirastaki sıraya uygun olarak (meselâ; önce reşit fûruuna, sonra ana-babasına -usulüne- yardım... şeklinde) sıralanabilir.

Bakım ve yardım nafakasının öncelik sırası çatıştığında ise, bakım nafakası niteliği gereği yardım nafakasından önce gelecektir. Yani, önce çocuk ve eşlerin bakımı sağlanacak, sonra diğer hısımlara yardım nafakası ile yükümlü olunacaktır.

Nafakanın tespiti, miktarı, artması, azaltılması ve başlangıcı hususları pek tartışmalı olmayan hususlardır. Sona ermede ise, Öntasarı'nın 140'ıncı maddesinde Medenî Kanun'un 145'inci maddesinden farklı olarak, ölüm halinde ya da eşlerden birinin haysiyetsiz bir hayat sürmesi halinde vs... aksine bir sözleşme yapılarak yoksulluk nafakasının devam edebileceği öngörülmüştür. Oysa, nafaka şahsa bağlı bir hak olduğundan ölüm halinde kesilir, aksi öngörülemez.

Yine, haysiyetsiz bir hayat sürme, esnek ve kadın-erkek eşitliği düşüncesine ters düşebilecek bir kavram olduğundan Öntasarı'dan çıkarılmalıdır. Gerçi kanunkoyucu burada evlilik dışı yaşamaları önlemek amacı gütmüş olabilir. Fakat, bu yeterli ve haklı bir gerekçe değildir. Zira, sabık eş sadece ciddî bir ilişki içinde ve hiç bir malî destek sağlamayan bir kimseyle yaşaması halinde de haysiyetsiz bir yaşama mı sayılacaktır?

Bakım nafakası konusunda g ö r e v l i mahkemeye gelince, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 500'üncü maddesinin 16.7.1985 yürürlük ve 3222 sayılı Kanun ile kaldırılmasından sonra; evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak Medenî Kanun'da öngörülen tedbirler (yani, tedbir nafakası ve bu arada diğer bakım nafakaları veya evvelce verilmiş nafakaların arttırılmasına ilişkin dâvalar), artık Sulh Hukuk Mahkemesi'nin değil, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevi içinde bulunmaktadır.

Bakım nafakasında y e t k i l i mahkeme ise; evlilik birliğinin korunmasına yönelik bu dâvalarda yetki söz konusu olmaz. Fakat, bakım nafakası boşanma dâvasından sonra açılmışsa, artık nafaka dâvasının da boşanma dâvasının görüldüğü yer mahkemesinde (MK. 136) görülmesi daha uygun olacaktır.

Yardım nafakasında görevli mahkeme; 3156 sayılı Kanunla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 8'inci maddesinde yapılan değişiklik sonucu 5.4.1985 tarihinden sonra Sulh Mahkemesi değil, Asliye Mahkemesi'dir. Yetkili mahkeme ise, «mükellefin ikâmetgâhi mahkemesidir».

Sonuç olarak; mevzuat (özellikle Medenî Kanun) ve Öntasarı'daki nafaka ile ilgili düzenleme, yukarıda belirtilen hususlar, olumlu ve olumsuz eleştiriler gözönünde tutularak ele alındığında, hem toplum hem de taraflar açısından daha adil ve hakkaniyete uygun çözümlere ulaşılabilecektir.

KISALTMALAR

| | |
|-----------------------------|---|
| ABD | : Ankara Barosu Dergisi. |
| AD | : Adalet Dergisi. |
| Art | : Artikel (madde). |
| AÜHFD | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. |
| B | : Bası. |
| BGE | : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Resmî Külliyyatı). |
| BK | : Borçlar Kanunu. |
| bkz | : Bakınız. |
| C | : Cilt. |
| Çev | : Çeviren. |
| dn | : Dipnot. |
| E | : Esas. |
| HD | : Hukuk Dairesi. |
| HGK | : Hukuk Genel Kurulu. |
| HUMK | : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu. |
| İBM(M) | : İstanbul Barosu Dergisi (Mecmuası). |
| İçt. Bir. Kar. (İBK) | : İçtihatı Birleştirme Kararı. |
| İİKD | : İlmî ve Kazâî İçtihatlar Dergisi. |
| İÜHFD(M) | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Mecmuası). |
| MHAD | : (İstanbul Üniversitesi) Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi. |
| jdT | : Le journal des Tribunaux. |
| K | : Karar. |
| Krş | : Karşılaştırınız. |
| m | : Madde. |
| MK | : Medenî Kanun. |
| Önt | : Öntasarı. |
| RG | : Resmî Gazete. |
| S | : Sayı. |
| s | : Sayfa. |
| sy | : Sayılı. |
| vd | : Ve devamı. |
| Y | : Yargıtay. |
| YKD | : Yargıtay Kararları Dergisi. |

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- AKINTÜRK**, Turgut : «Türk Medenî Kanunu'nun Evlilik Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılması Öngörülen Değişiklikler», AÜHFD., 1972, C. 29, S. 1-2, s. 31-59.
- AKINTÜRK**, Turgut : Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 31, (Müteselsil).
- AKSOY**, Muammer : Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar, Ankara 1943.
- AKSOY**, N. Aydın : «Nafaka Takdir Edilirken Kadının Geliri Nazara Alınmalı mıdır?», ABD., 1962, Y. 19, S. 2, s. 132-137; AD., 1962, Y. 53, S. 3-4, s. 298-304.
- AKSOY**, N. Aydın : «Siyaset Tedbiri Olarak Hükmedilen Nafakalar İle Bunun Çoğaltılması, Azaltılması ve Kaldırılması Dâvalarında Vazifeli Mahkeme», AD., 1962, Y. 53, S. 9-10, s. 940-949, (Görev).
- ARTUS**, Amil : «Nafaka İlâmlarının İcrasından Mütevellit Başlıca Hukuki Meselelerin Tetkiki», AD., 1942, No: 4, s. 51 vd.
- AYDINLIYIM**, M. Suat : «Nafakadan Doğan Kanun İhtilâfları», AD., 1965, S. 9, s. 1039-1055.
- AYİTER**, Nuşin : «Medenî Kanunun Nesebe İlişkin Düzenlemesinin, Yeni Eğitim ve Gereksinmeler Karşısında Değerlendirilmesi», Medenî Kanun'un 50. Yılı, Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Ankara 1977, s. 43-83.
- AYYILDIZ**, Halef : «Nafaka Davalarında Görevli Mahkeme Hususunda Bir İnceleme», ABD, 1969, s. 39-42.
- BERGERET**, J. (Çev. TOPRAK, V.): «Zina ve Fücür Mahsulü Çocukların Nafaka Hakları», AD., 1956, No: 9, s. 992.
- BERKİ**, Şakir : «Boşanma ve Ayrılık», AÜHFD, C. 32, 1975, S. 1-4, s. 135-158, (Boşanma).
- BERKİ**, Şakir : «Evlilik Dışında Doğan Çocukların Ana ve Babalarına Karşı Durumları», AÜHFD, 1970, C. XXVII, S. 1-2, s. 103-107.
- BERKİ**, Şakir : Alman, İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında Evlilik Dışı Doğan Çocuklar, Ankara 1963, (Alman).
- ÇÖRTOĞLU**, Sahir : «Gayrimuayyen Boşanma Sebebi ve Öntasarımın Getirdikleri», AD., 1974, C. 65, S. 2-3, s. 157-178.
- DİREK**, Zeki : «Evlât Edinen Kimse Evlâtlığından Nafaka İsteyebilir mi?», AD., 1945, No: 8.
- DOĞANAY**, İsmail : Nazari ve Tatbiki Muhtelif Nafaka Davaları, Ankara 1961.
- DOĞRUL**, Veli : «İcra ve İflâs Kanununun 344. maddesinin Uygulanması ve Beliren Boşluklar», AD., 1946, No: 11, s. 1219.
- EGGER**, August : Zürcher Kommentar, Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht (Art. 90-251), 2. Auflage, Zürich 1936 (Çev., ÇAĞA, Tahir, İstanbul 1943).
- EGGER**, August : Zürcher Kommentar, Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft (Art. 252-359), 2. Auflage, Zürich 1945 (Çev. ÇAĞA, Tahir, İstanbul 1949).

- ELBİR, H. Kemal** : «Boşanma Halinde Maddî ve Manevî Tazminat ve Nafaka Haklarının Toplu Bir Tatbiki», İBD., 1948, Y. XXII, S. 1, s. 3-14.
- ERGENEKON, Yılmaz** : Türk Medenî Hukukunda Yardım Nafakaları, Ankara 1966.
- FEYZİOĞLU, F. Necmeddin** : Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1986.
- FINDIKLIGİL, Yavuz** : «Nafaka Davasında Karının Malî Durumunun Tesiri», İBM, 1952, C. XXVI, No: 2, s. 86 vd.
- GÜCER, Necmettin** : «Kardeşler Arasında Nafaka Mükellefiyeti», AD., 1949, No: 5, s. 636 vd.
- GÜRSEL, Nurettin** : «Nafaka Borcu ve Yardım Müessesesi», AD., 1948, s. 1215-1230.
- HAKBİLEN, Ö. Adnan** : «Yoksulluk Nafakası», İBM., 1952, C. XXVI, No: 6, s. 344 vd.
- İNAL, Nihat** : Uygulamada Nafaka ve Boşanma Davaları, İlgili Yasalar, Türkçe Sözlük, Yargıtay Kararları, Açıklamalar, 2. Bası, Ankara 1975.
- İNAL, Nihat** : «Nafaka Hukuku, AD., 1970, C. 61, S. 5, s. 297-303, (AD).
- İNAN, A. Naim** : Çocuk Hukuku, İstanbul 1968.
- İNAN, A. Naim** : Fıllî Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline Dair Kanun, Yönetmelik ve Sözleşmeler, Ankara 1965.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Özcan** : Roma Hukuku, 3. Bası, Ankara 1982.
- KORKUT, Ekrem** : «Nafaka», İBM., 1943, C. XVII, No: 2, s. 66 vd.
- MENİONİ, Luig (Çev. M. ÖNEN)** : «İtalya'da Yeni Aile Hukuku», MHAD., 1977, Y. 11, S. 14, s. 49-68.
- NOMER, Ergin** : «Yabancılar Arasındaki Nafaka Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi», (Karar Tahlili), İÜHFM, 1969, C. XXXIV, S. 1-4, s. 635-652.
- ÖNDER, Akil** : «Boşanma Davası Üzerine Takdir Olunan Nafakanın Devam Edeceği Kararda Tasrih Edilmemişse Esas Hakkında Verilen Hükümün Tefhim veya Tebliğini Müteakip Bu Nafaka Kendiliğinden Kalkar. Temyiz İcra ve İflâs Dairesinin Bunun Hilafına Verdiği Kararda İsbet Yoktur.», AD., 1941, No: 12, s. 1023 vd.
- ÖZCAN, Hüseyin** : Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 1980.
- ÖZTAN, Bilge** : Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 1983.
- ÖZTAN, Bilge** : «Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu», AÜHFD, 1969, C. XXVI, S. 1-2, s. 193-219.
- REZAKİ, Sait** : «Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü İle İlgili Sözleşmeler», AD., 1973, C. 64, S. 2-3, s. 155-168.
- SAATÇIOĞLU, Cemil** : «Türk Medenî Kanununun Değiştirilmesi Dolayısıyla Hazırlanan Öntasarı Hakkında Bir İnceleme», AD., 1974, Y. 65, S. 2-3, s. 139-146.

- SOYLU, M. Salih** : «Çocuk Nafakasına Kadın Neden İştirak Ettirilir», İBM, 1941, C. XV, No: 7, s. 410 vd.
- TANSİ, Ö. Cemil** : «Nafaka ve Ehemmiyeti», İBM, 1944, C. XVIII No: 9, s. 513.
- TEKİNALP, Gülören** : Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 3. Bası, İstanbul 1986.
- TEKİNAY, S. Sulhi** : Türk Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1982.
- TEKİNAY, S. Sulhi** : «Evlilik Dışı Nesep Meselelerine Toplu Bir Bakış», Medenî Kanun'un 50. Yılı, Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Ankara 1977, s. 83-97, (Evlilik).
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, B. 5, İstanbul 1985, (Borçlar)
- TUĞSAVUL, Muhsin** : «Usul Hukuku Bakımından Siyanet Nafakası», AD., 1953, No: 11, s. 28 vd.
- TUCER, Sıtkı** : «Muavenet Nafakası», AD., 1955, No: 7, s. 684 vd.
- TÜRKÇAPAR, Tahsin** : «Nafaka ve Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri», AD., 1973, C. 64, S. 11, s. 1002-1006.
- ÜNAL, Mehmet** : «Medenî Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi», AÜHFD., 1977, C. 34, S. 1-4, s. 195-232.
- ÜYEGİL, N. Fikret** : «Nafaka Davaları ve Uygulama», AD., 1953, No: 2, s. 204-216.
- YAZMAN, İhsan** : «İştirak Nafakası Miktarının Tayini», ABD, 1961, Y. 18, S. 3, s. 6-7.
- YÜCE, T. Turhan** : «Evlilik Hukukunda Nafaka», AD., 1951, No: 12, s. 1822 vd.
- ZEVKLİLER, Aydın** : «Türk Hukukunda Korunmaya Muhtaç Çocuklar», AÜHFD., 1968, C. XXV, S. 1-2, s. 173-236.
- ZEVKLİLER, Aydın** : Medenî Hukuk, Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku - Aile Hukuku, Diyarbakır 1986.
- YAZICI/ATASOY** : Şahıs, Aile ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952-1970, Ankara 1970.
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ** : Konuyla İlgili Çeşitli Sayıları.
- İLMİ VE KAZAİ İÇTİHAHLAR DERGİSİ** : Konuyla İlgili Çeşitli Sayıları.

MİRAS HUKUKUNDA BİR KISIM SÜRELER

Esat ŞENER (*)

● ANLATIM DÜZENİ: I — Giriş. II — Kavram. III — İlke ve Kurallar. IV — Tenkis Davasında Zamanaşımı. 1 — Genel Bilgi. 2 — Öğrenme (İttıla) Zamanaşımı. A — Sağlıkta Yapılan Tasarruflar. a — Ölümden Sonra Öğrenme. B — Vasiyetnameler. 3 — Tavan (Mutlak) Zamanaşımı. V — İptal Davalarında Zamanaşımı. 1 — Öğrenme (İttıla) Zamanaşımı. 2 — Tavan (Mutlak) Zamanaşımı. 3 — Olağanüstü Zamanaşımı. VI — Mirasta İade Davasında Zamanaşımı. VII — Miras Sebebiyle İstihkak Davasında Zamanaşımı. 1 — Öğrenme Zamanaşımı. 2 — Mutlak (Tavan) Zamanaşımı. A — İyiniyetli Zilyedler Açısından. B — Kötüniyetli Zilyedler Açısından. VIII — Musalehin (Lehine Vasiyet Yapılanın) Açacağı İstihkak Davası. IX — Mirasın Reddinde Süre. 1 — Nitelikleri. 2 — Başlangıç. X — Terekenin Defterinin Tutulmasında Hak Düşürücü Süre. XI — Alacaklının Reddi İptal Ettirebilmesinde Süre. XII — S o n u ç .

I — GİRİŞ

Hakların, aranıp elde edilmesinde süreler önemli rol oynar. Çoğu kez bir kişi, özünde haklı iken süre aşımı yüzünden hakkından yoksun kalır. Ne varki, bunun günahını yargı organına yüklemeye kalkar. Oysa kendinden beklenen dikkat ve itina (özeni) göstermemekle kusur ona aittir.

Süreler, uyuşmazlıkların askıda kalmasını ve yüzden kişilerin biran evvel huzura kavuşmasını sağlamak için ön görülmüştür. Aksi halde çekişmeler, çatışmalar sürer gider. Bir hususu vurgulamakta yarar vardır. Bir kısım haklara Kanunkoyucu, daha çok değer verdiği ve kişiler açısından da büyük önem taşıdığı için bunlarla ilgili davalarda zamanaşımı, hak düşürücü sürelerle yer vermemiştir. Söz gelimi aynî haklar, bu kategoride bulunmaktadır. Ne varki, bu konuda dahi tam hareketsiz kalmamış, iktisabî (kazandırıcı) zamanaşımı öngörmüştür (MK. 638, 639, 701).

Görülüyorki süreler, hukuk davalarında gerektiğinde hak aramayı önlemektedir. Bu itibarla üzerinde önemle durulması gerekir.

II — KAVRAM

Hakların uzun süre muallakta (askıda) kalması, taraflar arasındaki anlaşmazlıkları, zamanla husumete dönüştüreceği gibi, aradan çok uzun süre geçtikten sonra çıkarılacak uyuşmazlıkta, kamuoyunu da rencide eder

(*) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı.

(zedeler). İşte bu ve buna benzer sebeplerle, bir kısım hak ve alacaklar için hak düşürücü süre ve zamanaşımı gibi hukukî engeller öngörölmüş-tür. Bu iki kanunî müesseseyi birbirinden ayırmak her zaman kolaylıkla mümkün olmamaktadır. Bu itibarla, bir sürenin hak düşürücü mü yoksa zamanaşımı mı olduğunu tayin etmek için kazaî ve ilmi içtihatlar, bir ölçü (kriter) getirmiştir. Kabul olunan ve genellik kazanan ölçüye göre «...zama-naşımında, dava hakkı; hak düşürücü sürede ise hakkın özü, yâni ken-disi düşer» (1). İşte miras hukukunda öngörölen sürelerin, kanun met-ninden nitelikleri anlaşılamiyorsa, bu takdirde kullanılan deyimlere bakı-larak, az önce açıklanan ilke ve ölçüler gözetilip bir sonuca ulaşılması gerekir (2).

III — İLKE VE KURALLAR

1 — Zamanaşımı def'i (savunması) ilk itirazlardan değildir. Çünkü H.U.M.K.nun 187. maddesinde iptidaî (ilk) itirazlar sıralanmış, bunlar arasında zamanaşımına yer verilmemiştir. O halde, ilk itirazlarda olduğu gibi, zamanaşımı def'inin belli bir süre içinde (H.U.M.K. 195-198) ileri sür-ülmesi gibi bir zorunluk yoktur. Nevar ki, zamanaşımı def'i ilk itirazlar-dan olmamakla beraber, Usulün 202. maddesi karşısında bir kısıtlamaya tâbidir. Şöyleki: Davalı, tüm savunmasını ve bu cümleden olmak üzere, zamanaşımı def'ini cevap lâyihasında bildirmek zorundadır. Zira cevap lâyihasında ileri sürölmeyen zamanaşımı savunmasının sonradan yapılma-sı halinde davacı taraf, işbu savunmanın genişletilmesine karşı koymak, yani rıza göstermemek hakkına sahiptir (H.U.M.K. 202). İşte bu usul en-geli karşısında ileri sürölen zamanaşımı def'i incelenemez (3).

Görölyöyorki zamanaşımı def'i ilk itirazlardan olmadığı için, cevap sü-resinde verilecek lâyihada ileri sürölmesi mecburî değilse de, buna uy-mayan davalı, ileride az önce açıklanan usul engeli (H.U.M.K. 202) ile kar-şılaşabilir. Def'i haklı bile olsa, zamansız yaptığı için, bundan hukukî bir yarar sağlayamaz. Öyle ise, ileride bir engelle karşılaşmayı istemeyen da-valının, kendisinden beklenen dikkat ve ihtimamı göstererek, zamanaşımı def'ini kanunî sürede vereceği cevap layihasında açıklaması ve böylece savunmasını garantiye alması, yararlı, ihtiyatlı ve güvenli bir davranış olur.

(1) Esat Şener Miras Hukuku, 1981 baskısı, Sh. 547; Y. 2.HD.nin 26.2.1974 günlü ve 1123/1147 sayılı kararı ile yine Y.2.HD.nin 14.4.1976 günlü ve 3027/3280 sayılı ve benzeri kararları.

(2) Şener, age., Sh. 547.

(3) Şener, Age., Sh. 547; Y.2.HD. 14.4.1976 günlü ve 3027/3820 sayılı kararı ve yine Y.2.HD.nin 16.10.1970 günlü ve 4982/5342 sayılı kararı.

Medenî Kanunun 5. maddesinde «akitlerin inikadına ve hükümlerine ve sukutu sebeplerine taalluk edip Borçlar Kanunu kısmında beyan olunan umumî kaidelerin Medenî Hukukun diğer kısımlarında» dahi cari olacağı belirtilmiştir. Buna göre zamanaşımının kesilmesine ve durmasına ilişkin olmak üzere Borçlar Kanununda yer alan (B.K. 132-136) hükümlerin, Medenî Kanunundaki zamanaşımalarında dahi uygulanması zorunludur (4). Hal böyle olunca Borçlar Kanununun 136. maddesinde yazılı olduğu gibi, «bir dava ile kesilmiş olan zamanaşımı, dava devam ettiği sürece, iki taraftan birisinin yargılamaya ilişkin olmak üzere, her işleminden ve hâkimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar». Yine Borçlar Kanununun 135. maddesinde belirtildiği üzere, «kesilmiş olan zamanaşımı, asıl zamanaşımı kadardır». Ancak «borç bir senette ikrar edilmiş veya hüküm ile sabit olmuş ise yeni süre on yıldır» (B.K. 135/son).

Bir dava, zamanaşımı süresi içinde açıldıktan sonra dosya, taraflardan birinin başvurusuna kadar işlemde kaldırılsaydı, Usulün 409. maddesinde yazılı süre içinde yenilenmezse, hâkimin son işleminden (yâni dosyanın işlemde kaldırılmasına ilişkin karardan) itibaren, kanunda öngörülen zamanaşımı süresi geçince dava, zamanaşımına uğrar (5). Çünkü, hâkimin kararı ile kesilen süre, yeniden işleyip tamamlanmıştır.

Bazan bir dava, ıslah yolu ile (kâmilen ıslah edilerek) yeni bir davaya dönüşür. Davanın tamamile (kâmilen) ıslah edilmesi halinde dava, ilk açılan dava gününde açılmış sayılır. Yeni dava için dahi, zamanaşımı bu tarihte kesilmiş olur. (Prof. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1974 Sh. 612; Prof. Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulü, 1960 Sh. 194; Prof. İlhan Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku Dersleri 1975 Sh. 460; Prof. Saim Üstündağ, Medenî Yargılama Usulü Hukukunun Esasları, 1973, Sh. 335). Usulün 87. maddesine göre ıslah, bunu yapan tarafın teşmil edeceği noktadan başlayarak usule ilişkin bütün işlemlerin yapılmamış sayılmasına yol açar (Kuru, Age., Sh. 615; Ansay, Age., Sh. 193; Postacıoğlu, Age., Sh. 458; Üstündağ, Age., Sh. 333).

Zamanaşımı dava devam ederken, iki tarafın yargılamaya ilişkin her işleminden ve hâkimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar. Kesilmeden itibaren yeni bir süre işler (B.K. 135-136). Söz gelimi açılmış bir tapu iptâli ve mirasta iade davası, davanın devamı sırasında ıslah yolu ile tenkise çevrilmiştir. İşte Usulün 87. maddesi uyarınca ıslah gününe kadar yapılmış, yargılamaya ilişkin bütün usul işlemleri yok hükmünde, yâni (keenlemyekûn) olur. Bütün usul işlemleri geçersiz hale

(4) Şener, Age., Sh. 547.

(5) Şener, Age., Sh. 547-548.

gelince, tenkis davasının zamanaşımı, ıslah gününe kadar kesilmemiş sayılır. Bu durumda, dava günü ile ıslah tarihi arasında bir yıl geçmiş olursa, tenkis davası zamanaşımına uğramış olur (Yargıtay 2.HD.nin 4.6.1987 günlü ve 3691/4946 sayılı kararı).

Borçlar Kanununun 136. maddesinde, zaman aşımını kesen sebepler açıkça belirtilmiştir. Bunlar arasında adlî müzaheretten (H.U.M.K. 465) söz edilmemiştir. Hal böyle olunca, dava açması için gerekli masrafları temin edemeyecek kadar malî müzayaka (sıkıntı) içinde bulunan kişi, müzahereti adliye işlemlerinin tamamlanması için geçecek sürede, zamanaşımının işleyeceğini bilmeli ve tedbirli davranarak, açacağı dava ile birlikte böyle bir savunmada bulunmalı ve bu suretle, zamanaşımını kesmelidir (6). Aksi halde, kendi kusuru ile davanın zamanaşımına uğramasına yol açmış olur.

Bazen, kişiler açtıkları davalarda bir kısım haklarını âtiye terk ederler (ileriye bırakırlar). Bir hakkın saklı tutulmuş olması, zamanaşımını kesen sebeplerden değildir (7). Bu itibarla hakkını saklı tutan kişi, tedbirli davranmalı, zamanaşımı süresi dolmadan âtiye terkeylediği hak-kından dolayı da süresinde dava açmalıdır. Böyle yapmayan kişi, tedbirsizliği ve bilgisizliği yüzünden hakkını yitirmiş olur.

IV — TENKİS DAVASINDA ZAMANAŞIMI

1 — Genel Bilgi

Medenî Kanununun 513. maddesine göre «tenkis davası, mirasçıların saklı paylarına tecavüz edildiğini öğrendikleri günden başlayarak bir sene ve herhalde, vasiyetnameler hakkında, açıldıkları günden, öteki tasarruflar için ise, mirasın açılmasından itibaren beş sene geçmekle zamanaşımına uğrar».

Her ne kadar madde metninde «...sakıt olur» denmekte ise de kenar başlıkta açıkça zamanaşımından söz edilmiş, metinde ise «tenkis davası...» sakıt olur diye ifade olunmuştur. Yukarıda açıklanan ölçüye göre maddede açıkça dava hakkının düşeceği belirtildiği için öngörülen süre, zamanaşımına ilişkindir. Bu hususta kazaî ve ilmî içtihatlar da söz birliği içindedir (8).

(6) Şener, Age., Sh. 548, Y.2.HD.nin 15.10.1973 günlü ve 5879/5587 sayılı kararı.

(7) Şener, Age., Sh. 548, Y.2.HD.nin 6.4.1974 günlü ve 2122/2083 sayılı kararı.

(8) Şener, Age., Sh. 547; Prof. Zahit İmre, Türk Miras Hukuku, 1968, Sh. 376; Prof. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku 1976, Sh. 418; Prof. Nuşin Ayiter, Miras Hukuku 1971, Sh. 142; Y.2.HD.nin 6/4/1974 günlü ve 2122/2083 sayılı kararı; yine aynı dairenin 14.4.1976 günlü ve 3027/3280 sayılı kararı.

2 — Öğrenme (ittıla) zamanaşımı

A) Sağlıkta yapılan tasarruflar

a) Ölümünden sonra öğrenme

Zamanaşımı yönünden Medenî ve Borçlar Kanununun ilgili maddelerinde iki ölçüye yer verilmiştir. Biri öğrenme (ittıla) zamanaşımı, diğeri ise mutlak (tavan) zamanaşımıdır.

Tenkis davasında öğrenme (ittıla) zamanaşımı bir yıl olarak öngörülmüştür. (M.K. 513). Buna göre tavan zamanaşımı doluncaya kadar davacı, saklı payına tecavüz edildiğini öğrendiği tarihten başlayarak bir sene içinde tenkis davası açabilir. Söz gelimi mirasçı miras bırakanın sağlığında yaptığı temlikî tasarrufu (kazandırıcı işlemi) öğrenmemiş, ölümünden sonra 4 sene 10 ay gibi bir süre geçmiş, tavan zamanaşımının bitimine iki ay kala kazandırıcı işlemi öğrenmiştir. Bu takdirde davacı, tenkis davasını iki ay içinde açmak zorundadır (9). Bu mirasçı, öğrenmeden itibaren bir yıl içinde dava açacağını düşünürte, az önce açıklanan örnekte olduğu gibi davasını ölümünden sonraki 5 sene 8 ay sonra açamaz. Zira beş yıllık mutlak süre bir yıllık öğrenme zamanının geriye kalanını da ortadan kaldıırır. Öte yandan bu mirasçı, beş yıl geçtikten sonra kazandırmayı öğrenmiş olursa, dava açma hakkını yitirmiş olur. Zira, beş yıllık süre özür kabul etmez bir zaman kesiti olup mutlaktır. Böylece kanunkoyucu belli bir müddet geçince, toplumdaki uyumsuzlıklara set çekmek istemiş, bu tür anlaşmazlıklar yüzünden, toplumun huzurunu kaçırmak istememiştir.

b — Ölümünden evvel (sağlıkta) öğrenme :

Mirasçı temlikî tasarrufu kazandırıcı işlemi miras bırakanın sağlığında öğrenmiş ise, miras bırakanın öldüğü anda, temlikî, yâni kazandırıcı işlemi bilmekte olduğu için, zaman aşımı ölüm tarihinde başlar (10).

B) Vasiyetnameler

Vasiyetnamelerde bir yılın başlangıcı, vasiyetin açıldığı (M.K. 136) tarihtir. Çünkü mirasçı durumu ancak o tarihte öğrenebilmiştir. Ne var ki, mirasçı mutlaka vasiyetnamenin açılması sırasında hazır bulunmayabilir. O takdirde keyfiyet Sulh Hâkimi tarafından kendisine tebliğ olunur (M.K. 537). İşte bu durumda bir yıllık zamanaşımı, tebliğ tarihinde işlemeye başlar. Zira mirasçı, vasiyet yolu ile saklı payının zedelendiğini, an-

(9) Prof. Şakir Berkî, Miras Hukuku, 1975, Sh. 215, Şener, Age., Sh. 548.

(10) Şener, Age., Sh. 549; Prof. Kemal Oğuzman. Miras Hukuku Dersleri 1972, Sh. 243; Prof. Ali Naim İnan, Miras Hukuku 1969, Sh. 253; Y.2.HD. nin 14.4.1976 günlü ve 3127/3280 sayılı kararı; yine aynı Dairenin 15.10.1973 günlü ve 5879/5587 sayılı kararı.

cak vasiyetnamenin tebliği ile öğrenmiş olur. Her ne kadar ittila zamanaşımının başlangıcı mirasçının durumu öğrenme tarihi ise de, Medenî Kanununun 513. maddesinin açık metnine göre, beş yıllık tavan zamanaşımı vasiyetnamenin açıldığı tarihte işlemeye başlar (11). Kanunkoyucu, öğrenme (ittıla) zamanaşımı bakımından değişken süre esasına yer vermiş, yâni her mirasçı için değişik süreler içinde dava açılmasına zemin hazırlamış iken tavan (mutlak) zamanaşımında beş yıllık tek ve kesin süre öngörmüştür (12).

Mirasçılar arasında küçükler varsa zamanaşımı, velinin veya vasiinin öğrendiği günde işlemeye başlar (13). Ancak vasi tayini gecikse bile beş yılın bitiminde dava otomatikman zamanaşımına uğrar.

3 — Tavan (mutlak) zamanaşımı

Medenî Kanununun 513. maddesinde tavan yâni azamî (ençok) zamanaşımı süresi 5 yıl olarak öngörülmüştür. Oysa İsviçre Medenî Kanununda bu süre on yıldır (14). Kaynak kanunla intibak (uygunluk) ve ahengin sağlanması için Medenî Kanun Öntasarısı'nda 513. maddedeki azamî (tavan) süre on yıla çıkarılmıştır (15).

V — İPTAL DAVALARINDA ZAMANAŞIMI

Kanunkoyucu ölüme bağlı tasarrufların iptâline dair davalarda «nispî butlan» ilkesini benimsediği için (16) haklı olarak, dava açmayı belli bir zaman parçası ile sınırlandırmıştır. (M.K. 501). Maddede öngörülen süre hak düşürücü olmayıp zamanaşımıdır. Tenkis ile ilgili zamanaşımı incelenirken değindiğimiz gibi, iptâl davalarında da biri öğrenme (ittıla) öteki tavan (mutlak) zamanaşımı olmak üzere iki süre vardır.

1 — Öğrenme (Ittila) zamanaşımı

Medenî Kanununun 501. maddesinin ilk cümlesinde, davacının ölüme bağlı tasarrufu ve geçersizliğin sebebini öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde iptâl davası açabileceği vurgulanmıştır. Metinden de anlaşılacağı gibi zamanaşımının işlemeye başlaması için, iki şartın birlikte ger-

(11) Şener, Age., Sh. 549.

(12) Şener, Age., Sh. 549, Y.2.HD.nin 15.1.1965 günlü ve 7176/217 sayılı kararı.

(13) Şener, Age., Sh. 549.

(14) Şener, Age., Sh. 550. İmre, Age., Sh. 377; Y.2.HD.nin 29.9.1977 günlü ve 5720/6550 sayılı kararı.

(15) Medenî Kanun Öntasarısı, 1984. mad. 495.

(16) Şener, Age., Sh. 470.

çekleşmesi zorunludur. Birisinin varlığı yeterli değildir. Ancak iki şart birleşince öğrenme zamanaşımı işlemeye başlar (17).

Öğrenme, çeşitli şekil ve yollarla mümkün olabilir. Söz gelimi miras bırakanın sözlü (şifahî) vasiyette bulunduğu sırada (M.K. 486) mirasçı tesadüfen orada bulunabilir (18). Hattâ vasiyeti öğrensin diye miras bırakan veya yakınları tarafından bilhassa (özellikle) çağrılmış olabilir. Ya da Sulh Hukuk Hâkimi tarafından vasiyetin açılmasında hazır bulunması için çağrılmış olabilir (M.K. 536). Başka bir ihtimal olarak, mirasçı miras bırakanın evrakını karıştırırken, orada bulunan el yazısı ile düzenlenmiş vasiyetnameyi eline geçirebilir (19). Velhasıl herhangi bir suretle, vasiyetnamenin varlığını (20) münderecatını (içindekileri) sağlıklı ve yeterli biçimde öğrenebilir.

Bir hususu vurgulamakta yarar vardır. Zamanaşımının başlaması için öğrenmenin mümkün olması yâni ittilain (öğrenmenin) gerçekleşmesi şarttır. Öğrenme ihtimalinin bulunması yeterli olmadığı gibi, iptâl sebeplerinin var olması yolundaki şüphe de kâfi olamaz (21).

Tenkisle ilgili açıklama yaparken değindiğimiz gibi öğrenme zamanaşımı sınırsız değildir. Lehine vasiyet yapılan kişi, vasiyetin açılmasından itibaren beş sene içinde keyfiyeti öğrenirse, iptâl davasını, bir yılı geçirmeden açması gerekir. Şayet beş yıl geçtikten sonra öğrenmiş ise iptâl davası açmak hakkı sona ermiş olduğu için artık Mahkemeye başvuramaz. Bir hususu hemen belirtelimki bir yıllık süre beş yıllık süre ile sınırlıdır. Diyelimki, mirasçı, ölüme bağlı tasarrufu, vasiyetin açılmasından 4 yıl 9 ay sonra öğrenmiştir. Bu durumda davasını, bir yıl içinde değil, beş yıllık mutlak (tavan) zamanaşımının bitim tarihine kadar geçecek 3 ay içinde açması zorunludur. Aksi halde, daha geç açacağı dava, zamanaşımı sebebi ile red olunur.

2 — Tavan (mutlak) zamanaşımı

Medenî Kanununun 501. maddesinin ikinci cümlesine göre «iptâl davası her halde vasiyetnamenin açıldığı günden başlayarak beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar». Böyle bir kısıtlama yâni tavan zaman aşımının belirlenmesi, uyumsuzluk ve hakların uzun süre askıda kalmasını önlemesi ba-

(17) Şener, Age., Sh. 470.

(18) Şener, Age., Sh. 470.

(19) Şener, Age., Sh. 470.

(20) Şener, Age., Sh. 470.

(21) Y.2.HD.nin 30.11.1962 günlü ve 6213/6233 sayılı kararı ve yine aynı Dairenin 14.11.1955 günlü ve 5425/5522 sayılı kararı (Şener, Age., Sh. 470 Dipnot 130).

kımından isabetli ve uygun olduğu kadar da mantıklıdır. Çünkü aradan beş yıl geçtikten sonra benimsenen bir duruma sataşılması, hem haksız hem de toplumda var olması gereken ve Devletçe de taahhüt altına alınan güven ve istikrar ilkelerine ters düşer. Onun için Kanunkoyucunun belli bir zaman dilimi geçince, olayların üstünden sünger geçirmesi çok yerinde bir davranıştır. Bu itibarla vasiyetnamenin açıldığı tarihten (M.K. 536) başlayarak beş yıl geçtikten sonra, vasiyeti (ölüme bağlı tasarrufu) öğrenen kişi, iptâl davası açmak hakkını yitirir (22).

Ölüme bağlı tasarruf sadece vasiyetten ibaret değildir. Miras mukavelesi (sözleşmesi) dahi ölüme bağlı tasarruftur. Her ne kadar Medenî Kanunun 501. maddesinde «vasiyetnamenin açılması»ndan söz edilmiş ise de miras sözleşmeleri hakkında da 501. madde uygulanır. Ne varki miras sözleşmelerinin vasiyetlerde olduğu gibi açılmaları, söz konusu olmadığı için, beş yıllık zamanaşımının başlangıcının ölüm tarihi olarak kabul edilmesi isabetli ve Kanunun sistematiğine uygun düşer (23). Zira sözleşmenin tarafı olan mirasçı ölüm anında durumu öğrenmiştir. Hal böyle olunca, ittila için ayrı bir sebep ve olay aramak doğru değildir. Ancak sözleşmenin tarafı olmayanlar için, beş yıllık sürenin öğrendikleri günden başlaması isabetli olur (24).

3 — Olağanüstü zamanaşımı

Medenî Kanunun 501. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesine göre ölüme bağlı tasarrufun iptâli, Kanuna ve ahlâka aykırılık ya da ehliyetsizlik sebebine dayandığı, karşı taraf ta kötü niyetli olduğu takdirde zamanaşımı otuz yıldır. Bu hükmün uygulanabilmesi için, iptâl sebebinin, ehliyetsizliğe M.K. 499/1) veya hukuka ya da ahlâka aykırılığa (M.K. 499/3) dayanması ve buna ilâveten, davalının kötü niyetli olması zorunludur (25). İlk bakışta, bu uzun süreli zamanaşımı ile, iradeyi sakatlayan sebeplere (M.K. 499/2) dayanan iptâl davaları açısından öngörülen bir ve beş yıllık süre ahenksiz görünmekte ise de, gerçekte metin mantıklıdır. Çünkü miras bırakan irade sakatlığını öğrendiği zaman, kendisi bir yıl içinde ölüme bağlı tasarruftan dönmezse, ölüme bağlı tasarruf sıhhat kazanır (MK.

(22) Şener, Age., Sh. 471; İmre, Age., Sh. 314; Kocayusufpaşaoğlu, Age., Sh. 245.

(23) Şener, Age., Sh. 472; İmre, Age., Sh. 314; Ayiter, Age., Sh. 119; Kocayusufpaşaoğlu, Age., Sh. 245; Y.2.HD.nin 3.4.1949 günlü ve 4328/1797 sayılı kararı (İmre, Age., Sh. 312, dipnot 51).

(24) Prof. Ahmet Samim Gönensay-Prof. Kemalettin Birsen, Miras Hukuku 1956, Sh. 72; Prof. Rossel İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Hâkimlere mahsus tercüme, Sh. 646.

(25) Şener, Age., Sh. 473.

451/1). Hal böyle olunca iradeyi sakatlıyan sebeplere (M.K. 499/2) dayalı iptâl davasında, zamanaşımının kısa tutulması doğru ve yerinde olmuştur (26). Onun için otuz yıllık sürenin irade sakatlıklarında da uygulanmasını ileri süren fikre katılmıyoruz (27). Zira azönce açıklandığı gibi irade sakatlığında Kanunkoyucunun Medenî Kanununun 451/1. maddesinde vurguladığı hoşgörüyü ve esnekliğe rağmen mirasçılara çok daha uzun sürede dava açmak hakkı tanınması yanlış olurdu. Ayrıca toplumun istikrar ve huzurunun bozulmasına yol açılırdı (28). O halde düzenleme münasip olmuştur.

Kötü niyetin kesin ölçüsü yoktur. Olaylara göre belirlenir. Ancak bir kimse, ölüme bağlı tasarrufu yapanın ehliyetsiz olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği halde, o tasarruftan yararlandığı takdirde, kötü niyetli sayılır (29). Şayet sonradan ehliyetsizliği öğrenmiş ise, yâni tasarruf anında bilmiyorsa, bu duruma otuz yıllık olağanüstü zamanaşımı değil bir ve beş yıllık normal zamanaşımı süresinin uygulanması (30) gerekir. Zira; Kanun metni ölüme bağlı tasarruf yapılırken kötü niyetli davranan kişileri bir bakıma cezalandırmak istemiştir.

Bir hususu belirtmekte yarar vardır. Davalı kötü niyetli olsa bile, onun hakkında dahi öğrenme tarihinden başlayarak bir yıl içinde iptâl davasının açılması zorunludur (31). Aksi halde zamanaşımı def'i ileri sürülünce dava red edilir. Zira otuz yıllık süre tavan yâni mutlak ve olağanüstü süredir (32).

VI — MİRASTA İADE DAVASINDA ZAMANAŞIMI

Ölen tarafından aksi açıkça belirtilmiş olmadıkça, ferilere (alt soya) yapılmış olan cihaz (çeyiz), tesis masrafı, borçtan kurtarma gibi kazandırmalar dışında kalan teberrular (kazandırmalar) iadeye tâbidir (M.K. 603/2). Furu dışındakilere ise, yapılan tüm kazandırmalar iade olunur (M.K. 603/1).

Kanunkoyucu bazan bir dava (uyuşmazlık) türü için, açıkça zamanaşımı süresi öngörür. Sözelimi, yukarıda açıklamasını yaptığımız, tenkis

(26) Şener, Age., Sh. 473.

(27) Rosse Age., Sh. 646; Berkil, Age., Sh. 217.

(28) Şener, Age., Sh. 473.

(29) Şener, Age., Sh. 473; İmre, Age., Sh. 315; Kocayusufpaşaoğlu, Age., Sh. 346; Berki, Age., Sh. 216.

(30) Şener, Age., Sh. 473; Kocayusufpaşaoğlu, Age., Sh. 346; Oğuzman, Age., Sh. 199; Ayiter, Age., Sh. 119.

(31) Berki, Age., Sh. 216.

(32) Şener, Age., Sh. 473.

ve ölüme bağlı tasarrufların iptâlinde olduğu gibi. Bazan buna gerek görmez. Böylece genel Kural'a atıf yapmış olur. Şöyleki, Borçlar Kanununun 125. maddesinde «Bu kanunda, başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava, ON YILLIK ZAMANAŞIMINA tâbidir» şeklinde genel bir kural konmuştur. Medenî Kanununun 5. maddesinde ise sözleşmelerin hükümlerine, **düşme** sebeplerine ilişkin olmak üzere, Borçlar Kanununda yer alan kural ve hükümlerin Medenî Kanunundaki uyumsuzluklarda da uygulanacağı vurgulanmıştır. Borçlar Kanununda az önce belirtilen **sukut (düşme)** diye vurgulanan husus, zamanaşımını da kapsamaktadır. İlmî ve kazaî görüşler bu konuda söz birliği içindedir. Zaten aksi de düşünülemez.

Yukarıda açıkladığımız kural uyarınca mirasta iade davaları onyıllık zamanaşımına tâbidir (33).

Zira «Medenî Kanunun gerek mirasda iade bölümlerinde açıkça, gerekse başka bir bölümünde dolaylı olarak, bir zamanaşımı hükmü konulmamıştır.

Bilindiği gibi zamanaşımı belli bir sürenin geçmesi anlamına geldiği için, başladığı tarihin bilinmesinde zorunluk vardır. Aksi halde süre askıda kalır. Borçlar Kanununun zamanaşımı için genel kural koyduğu 125. maddesinde, sürenin başlangıcı bakımından bir işaret yoktur. Hal böyle olunca, başlangıç tarihi bakımından meydana gelen boşluğun kazaî içtihatlar ile doldurulması zorunludur. Mirasta iade, miras bırakanın sağlığında, mirasçılardan bir veya bir kaçına miras paylarına mahsuben bir teberruda (kazandırmada) bulunması demektir. Hal böyle olunca kazandırma yapılan mirasçıya verilen şeyin (değerin) gerçekten miras payına uygun olup olmadığı, ancak tereke taksim edildiği zaman anlaşılabilir. Daha önceden durum bilinemez. İşte bu sebeptendir ki, mirasçılar ancak bu tarihte (taksim tarihinde) terekeye iadesi gereken bir kazandırmanın var olup olmadığını öğrenmiş olurlar. Dava, hakkın korunması olduğuna göre, dava açmak hakkı işte bu tarihte (taksim tamamlandığı anda) doğar (34). Öyle ise taksim tamamlandığı günden itibaren on yıl içinde mirasta iade davası açılmaz ise dava, zamanaşımına uğrar. Açılacak davada başarı şansı olmaz. Ancak herhangi bir sebeple davalı taraf def'ide bulunmaz veya süresinde zamanaşımının gerçekleştiğini ileri sürmemesine rağmen davacı (bilerek veya yanılarak) savunmanın genişletilmesine karşı koymazsa (HUMK. 202), bu iki güç ihtimalin birlikte gerçekleşmesi halinde, işin

(33) Y.2.HD.nin 18.6.1985 günlü ve 5684/5984 sayılı ve benzeri kararları; Prof. Zahir İmre Türk Miras Hukuku, 1969 Sh. 778; E. Şener, Miras Hukuku 1981, Sh. 573; Prof. A. N. İnan, Miras Hukuku 1969, Sh. 407.

(34) Y.2.HD.nin 30.1.1985 günlü ve 389/844 sayılı kararı; Şener, Age., Sh. 573; İmre, Age., Sh. 778; İnan, Age., Sh. 407.

esasî incelenebilir. Nevar ki, böyle bir muhatarayı (tehlikeyi) göze alıp dava açmak, her halde tedbirli ve temkinli bir davranış olmaz. Zira zamanaşımı sebebi ile red halinde dava, vekille takip ediliyorsa, karşı taraf yararına nispi tarifeye göre takdir edilecek vekâlet ücreti (35) ve yine davalının yapmak zorunda kaldığı öteki masrafları ödemek zorunda kalır.

VII — MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASINDA ZAMANAŞIMI

Terekeye veya bir kısmına vaziyet edenlere (elkoyanlara) karşı kanunî veya mansup mirasçı (M.K. 463) sıfatı ile râcih (üstün) bir hakka malik olduğuna zahip olan (zan eden) kimse, zilyed aleyhinde miras sebebi ile istihkak (MK. 577) davası açabilir. Tariften de anlaşıldığı gibi, miras sebebi ile istihkak davası hem tesbit hem de edayı kapsamaktadır. Şöyle ki, irse ilişkin bölümü (tespit) kısmını, hak ve malların geri alınmasına dair bölümü ise (eda) kısmını teşkil etmektedir (36). Bu konuda fazla ayrıntıya girmeden zamanaşımına değinelim.

Medenî Kanununun 579. maddesinde, biri öğrenme öteki mutlak (tavan) olmak üzere iki ayrı süre öngörülmüş, mutlak süreler de değişik olarak ifade olunmuştur.

1 — Öğrenme zamanışımı

Medenî Kanununun 579/1. maddesine göre, iyi niyetli zilyed, davacının (yâni mirascının) kendi hakkının râcih (üstün) olduğunu ve hasmının zilyed bulunduğunu (el koyduğunu) öğrendiği tarihten itibaren bir sene içinde miras sebebi ile istihkak davası açabilir.

Bu hükmün uygulanmasında dikkat edilecek hususlar vardır. Şöyleki; herşeyden önce zilyed (el koyan) iyi niyetli olmalıdır. Zira kanunda, kötü niyetli zilyed ile ilgili ayrıca özel hüküm öngörülmüştür. Bir kimsenin, zilyed olduğu bilinmiyorsa, zamanaşımı da tabiatı ile işlemeye başlamaz (37).

Burada önemli olan husus, zilyedin de mirasçı olmasıdır (38). Yâni el koyan mirasçı olmayıp ta üçüncü bir kişi (terekeye yabancı şahıs) ise,

(35) Y.2.HD.nin 27.3.1984 günlü ve 1885/2935 sayılı kararı.

(36) Şener, Age., Sh. 601; Prof. Rossel, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Sh. 700; Prof. M. Reşit Belgesay, Türk Medenî Kanunu Şerhi, Miras, 1952, Sh. 207; Prof. Jale Akipek, Kimler miras sebebiyle istihkak davasında taraf olabilir. Ankara Baro Dergisi, 1953, Sh. 402, Y.H.G.K.nun 9.10.1963 günlü 2/34-73 sayılı ve Y.H.G.K.nun 12.10.1960 günlü ve 33/36 sayılı kararları.

(37) Şener, Age., 617, Y.2.HD.nin 2.5.1952 günlü ve 1604/2689 sayılı kararları.

(38) Şener, age., Sh. 617.

açılacak dava, miras sebebiyle istihkak davası (M.K. 577) olmayıp adı istihkak (M.K. 618) davası olur ki, böyle bir davada zamanaşımı söz konusu olmaz. Onun için zilyed her halde mirasçılık sıfatını taşıyan biri olmalıdır. O halde bir kimsenin mirasçılardan olması, mala iyi niyetle zilyed (elkoymuş) bulunması ve davacının mirasçılığının, zilyede oranla üstünlük taşıması halinde, yâni bütün bu şartlar bir araya geldiği takdirde, zamanaşımı işlemeye başlar (39). Nevarki, mirasçılık ölümüne bağlı bir tasarrufun geçerli olup olmadığına bağlı ise zamanaşımı süresi o konuda açılmış davanın kesinleştiği tarihte işlemeye başlar (40).

2 — Mutlak (Tavan) zamanaşımı

A — İyiniyetli zilyedler açısından

Hakların uzun süre askıda kalmaması, hak sahiplerinin isteklerine karşı davalı tarafın beklenti içinde bırakılmaması amacı ile, kanunkoyucu, tavan (mutlak) zamanaşımı süreleri öngörmüş, böylece özelde tarafları, genelde kamuyu huzura ve sükûna kavuşturmak istemiştir.

İşte bu amaçla Medeni Kanunun 579. maddesinin ikinci cümlesinde «.....ve her halde murisin vefatından (miras bırakanın ölümünden) veya vasiyetnamelerin açılmasından itibaren on sene.....» içinde dava açılabilceği vurgulanmış, bir bakıma hak ortadan kaldırılmıştır (41). Kanunî mirasçılar için ölüm günü ile dava tarihi arasında, ne sebeple olursa olsun on yıl geçince dava, zamanaşımına uğrar. Mansup mirasçılar ise vasiyetin açılması ile durumu öğrenecekleri yâni mirasçılığa nail olduklarına vâkıf olacakları için bunlar, vasiyetin açıldığı (M.K. 537) tarihten itibaren bir sene ve şayet vasiyetin içeriğini geç öğrenmiş olsalar bile, on yıl içinde istihkak davası açmazlarsa, davaları zamanaşımı engeli yüzünden başarıya ulaşamaz, yâni red edilir. Nadiren de olsa, miras mukavelesi (sözleşmesi) ile mirasçı nasp edilmiş olanlar bulunabilir. Bunların da ölüm gününden başlayarak on yılı geçirmemeleri gerekir (42). Çünkü miras mukavelesinde (sözleşmesinde) mansup mirasçı da taraf olup ölüm anında mirasçılık sıfatı doğmaktadır. Hal böyle olunca kanunî mirasçı gibi o da davasını ölüm tarihinden başlayarak en geç on sene içinde açmak zorundadır.

(39) Y.2.HD.nin 15.1.1974 günlü ve 6944/6953 sayılı kararı; İnan, Age., Sh. 368; İmre, Age., Sh. 592; Şener, Age., Sh. 617.

(40) Şener, Age., Sh. 618; İmre, Age., Sh. 593.

(41) Y.2.HD.nin 24.5.1984 günlü ve 4572/4854 sayılı kararı; Şener, Age., Sh. 618; İmre, Age., Sh. 592; İnan, Age., Sh. 368.

(42) Prof. Kemal Tahir Gürsoy, Miras sebebiyle istihkak davası 1958, Sh. 149; Prof. A. Samim Gönensay-Prof. Kemalettin Birsen, Miras Hukuku, 1956 Sh. 283.

Yanımları önlemek için hemen ifade edelim ki, öğrenme gününden itibaren bir sene geçirilemez. On yıllık süre öğrenmenin gecikmesi ihtimaline karşı, hak sahibini korumayı hedef alan bir hükümdür. Bir hususa işaret etmekte de yarar vardır. Öğrenme günü ile tavan (mutlak) zamanaşımının dolduğu tarih arasında kaç ay veya gün kalmış olursa olsun, mutlak süre dolmadan dava açılması zorunludur. Aksi halde, zamanaşımı ileri sürülünce dava red edilir. Örnek verilirse: Öğrenme 9 sene 7 ay sonra vaki olmuşsa, dava beş ay geçmeden, yâni öğrenmeden başlayarak bir yıl dolmadan açılmalıdır. Zira mutlak süre beş ay sonra bitmektedir. Öğrenme gününden sonra bir yıllık sürenin mutlak hak olduğu sanılıp tavan zamanaşımından sonra ve fakat bir yıllık öğrenme zamanı dolmadan açılacak dava, zamanaşımı def'i sebebiyle red olunur. Bu hataya düşmemelerini hak arayanlara öneririz.

B — Kötü niyetli zilyedler açısından

Medenî Kanununun 579. maddesinin son cümlesinde «.....Kötü niyetli zilyedlere karşı zamanaşımı süresi»nin OTUZ yıl olacağı vurgulanmıştır.

Maddede kötü niyetli zilyedler hakkında açılacak davalarda öğrenme zamanaşımı açısından bir açıklık yoksada, iyi niyetliler için az önce açıkladığımız kurallar burada da uygulanır (43). Yâni kanunî mirasçılar ölüm gününden, mansup mirasçılar, vasiyetnamenin açıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde dava açmak zorundadırlar. Öğrenme gecikirse, kötü niyetli zilyede karşı otuz yıllık zamanaşımı süresinde dava açabilirler.

VIII — MUSALEH (LEHİNE VASİYET YAPILAN)IN AÇACAĞI İSTİHKAK DAVASI

Hemen belirtelim ki bu dava türünün kanunda yeri miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin fasıl değildir. Bu dava adı istihkak davasıdır (44). İşte bu sebeple 1984 tarihli Medenî Kanun öntasarısında, madde buradan alınmış (çıkartılmış) bünyesine ve niteliğine daha uygun olan vasiyet alacaklılarının talep haklarını düzenleyen ve mirasın iktisabı (kazanılması) ile ilgili bulunan on altıncı babın ikinci faslında 542. madde ile 543. madde arasında bağımsız bir madde olarak düzenlenmiştir.

Medenî Kanununun yürürlükteki 580. maddesine göre kendisine muayyen mal vasiyet olunan kimsenin açacağı davanın zamanaşımı süresi «lehine vasiyet yapılan kişinin (musalehin) böyle bir vasiyet yapıldığını öğ-

(43) Şener, Age., Sh. 619; Prof. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 1976, Sh. 671; İmre, Age., 592-593; Prof. Kemal Oğuzman, Miras Hukuku Dersleri, 1972, Sh. 303; Gürsoy, Age., Sh. 149.

(44) Şener, Age., Sh. 620; Oğuzman, Age., Sh. 302; İmre, Age., Sh. 600.

rendiği günden, haber verildiği zaman henüz yerine getirilmesi gerekme-
yen teberrûlarda ise, yerine getirmenin mümkün olduğu tarihten itibaren
on yıl sonra» biter. Kanunkoyucu mirasta iade davasında olduğu gibi,
bu davada da tek zamanaşımı süresi ile yetinmiş, öğrenme için ayrı bir
süre öngörmemiş, tavan zamanaşımı süresini belirtmekle iktifa etmiştir.

Medenî Kanununun 580. maddesinde pek haklı olarak, haber verme gü-
nü ile iktifa edilmemiş, ayrıca vasiyetin ifa edilebilir (yerine getirilebilir)
hale gelmesini gerekli kılmıştır. Hal böyle olunca, süreler ölüm tarihinde
değil, tereke ile ilgili başka işlemler için öngörülen sürelerin dolduğu ta-
rihte işlemeye başlar. Şöyleki: Mirasın açılması ile mirasçılar mirası ikti-
sap eder iselerde (MK. 539) mirası red etmek te (hem de sebep göster-
meksizin) mirascının hakkıdır (M.K. 546). Kanunkoyucu bununla da ye-
tinmemiş terekenin defterinin tutulması halinde (M.K. 559) defter tutma
işlemi bittikten sonra yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde (MK. 566)
mirası red etmek (M.K. 567) hakkı da vermiştir. İşte işaret olunan işlem
ve süreler dolmadan miras kesin surette iktisap edilmediği için, yararına
vasiyet yapılan kişi, mirasçılardan vasiyetin yerine getirilmesini isteye-
mez (45). Bir hususa işaret etmekte yarar vardır. Bazan vasiyet talikî veya
infisahî şarta bağlanmış olabileceği gibi bir ecel (yerine getirme günü)
ile de takyit edilmiş olabilir. Bu gibi hallerde şartın geçersizliği veya va-
denin dolduğu tarihte vasiyetin yerine getirilmesi istenebilir (46).

IX — MİRASIN REDDİNDE SÜRE

1 — Nitelikleri

Mirasçılar kayıtsız şartsız mirası red edebilirler. Bir tarife göre mi-
rasın reddi, «sebep göstermeksizin, ancak, kendi alacaklılarını zarara sok-
mak amacı da güdülmeyen, mahsup ve kanunî mirasçılardan, kayıtsız, şart-
sız mirası kabul etmemeye yönelik irade açıklamasıdır (47).

Red beyanı bozucu yenilik doğurucu ve karşı tarafa ulaşması zorun-
lu bir irade açıklamasıdır (48). Tariften de anlaşılacağı üzere red, sadece
kanunî mirasçılara özgü değildir. Mansup mirascıya da bu hak tanınmış-
tır (MK. 463-545). Mirasın reddi tek şartla tahdit edilmiş (sınırlanmış)tır.
O da, red eden mirascının kendi alacaklılarını zararlandırmak amacı (M.K.
557) gütmemesidir. Musalehler (yararlarına vasiyet yapılan kimseler)in

(45) Şener, Age., Sh. 620; Oğuzman, Age., Sh. 303-304; İmre, Age., Sh. 600;
Y.2.HD.nin 4.7.1985 günlü ve 4281/6339 sayılı ve yine Y.2.HD.nin 13.10.1977
günlü ve 6434/6969 sayılı kararları.

(46) Şener, Age., Sh. 620; Oğuzman, Age., Sh. 303/304.

(47) Şener, Age., Sh. 189.

(48) Şener, Age., Sh. 193; Y.H.G.K.nun 21.4.1945 günlü ve 90/160 sayılı kararı.

mirası red etmek hakları yoksa da vasiyeti kabul etmemek (yâni red etmek) hakkına sahiptirler (MK. 466/2).

Mirasın reddi için Medenî Kanununun 546. maddesinde üç aylık süre kabul edilmiştir. Süresinde red edilmeyen miras, kesin olarak iktisap edilmiş olur (49).

Mirasın reddine ilişkin süre hak düşürücü niteliktedir (50).

2 — Başlangıç

Mirası red süresi, Kanunî mirasçı için mirasçılığını sonradan öğrenmiş olduğunu ispat edemediği takdirde, miras bırakanın ölümünden haberi olduğu günden itibaren üç aydır (M.K. 545). Kural olarak mirasçının hemen öğrenmesi asıldır. Ne varki hastalık, seyahat, tahsil, askerlik, uzak yerde oturmak (ikamet), aile ilişkilerinin kesik veya düzensiz olması gibi sebeplerle ölüm geç öğrenilebilir (51). Bu saydıklarımız tahdîdî (sınırlayıcı) olmayıp misalî (örnekleme)dir. Geç öğrenmeyi ispat, davacıya, yâni mirası red edene düşer. Mirasçılık ölümle başlar (M.K. 539). Ancak, önemli olan bu sıfatı aldığını mirasçının bilmesi öğrenmesidir. Onun için red süresi ölümden değil, mirasçılığın öğrenilmesinden başlar. Aksini düşünürsek, seyahatı uzun süren birisi, yurduna döndüğü zaman red süresini yitirmiş hale gelirken, bunu savunmak güçtür. Hattâ imkânsızdır.

Mansup mirasçının red süresi ise, lehindeki tasarrufun (ölüme bağlı tasarrufun) resmen tebliğ edildiği tarihte başlar (M.K. 546/son).

Medenî Kanununun 555. maddesinde, muhik bir sebep mevcut ise, Sulh Hâkiminin red süresini uzatabileceği (temdit edeceği) ifade olunmuştur.

Aslında 546. maddenin başka bir amacı da, bir kimsenin miras bırakanın ölüm vakiasını bildiği halde, kendisinin mirasçı olmadığını sanan (52) kişiye imkân tanımaktır. Sözelimi, bir kimseye babasının ölümü duyurulmamış, fakat dedesinin ölümünü öğrenmiştir. Şu durumda o kişi mirasçı olmadığını (52a) sanıyorken, süreyi geçirmiş olabilir. İşte 546. maddede, bu yanlışlık ve bilgisizlik içinde olanı korumuştur.

(49) Şener, Age., Sh. 196; İmre, Age., Sh. 503.

(50) Y.2.HD.nin 23.10.1972 günlü ve 6556/6025 sayılı kararı, Şener, Age., Sh. 196.

(51) Şener, Age., Sh. 196; İmre, Age., Sh. 503; Oğuzman, Age., Sh. 281.

(52) Şener, Age., Sh. 197; Prof. Nuşin Ayiter, Miras Hukuku Dersleri 1971, Sh. 183; İnan, Age., Sh. 326; Y.2.HD.nin 17.4.1986 günlü ve 3807/4060 sayılı kararı.

(52a) Babası sağ olan kimse, dedesinin mirasçısı olamaz. Ancak baba, dededen önce ölmüş ise torun halefiyet yolu ile dedeye mirasçı olur.

Bir noktaya önemle işaret etmekte yarar görmekteyim. Medenî Kanununun 547. maddesine göre tereke ihtiyatî tedbir olarak deftere geçirilmiş ise, red müddeti, deftere geçirilme işleminin son bulunduğu Sulh Mahkemesince mirasçılara tebliğ edildiği tarihte başlar. Bu hüküm, aslında 546. maddedeki süreyi gereksiz yere uzatmaktadır ki, doğruluğu tartışılabilir. Ancak terekenin defterinin tutulması bir aylık hak düşürücü (MK. 559) süreye tâbi tutulmuş iken, Medenî Kanununun 532. maddesi uyarınca tedbir niteliğinde olmak üzere defter tutulma işlemini zamanla sınırlandırmaya tâbi tutmamak haksız, yanlış ve kanunkoyucunun Medenî Kanununun 547. maddesini sevk etmekteki amacına ters düşer. Onun için maddelerdeki birlik ve paralelliği, mantıki insicamı sağlamak için, ölümden itibaren bir ay içinde, tedbir sureti ile terekenin defterinin tutulması talep edilmiş ise, bu takdirde red süresinin defter tutma işleminin bittiğinin mirasçılara tebliğ edildiği tarihte başlayacağını kabulü gerekir. Aksi benimsenir yanlış olur. Nitekim Yargıtay, hükmü bu yolda anlamaktadır (53). Temyiz kudretine sahip olmayanlar için red süresini ölümden başlatmak hakkaniyete uygun düşmeyeceği için (54) uzatma hükmü burada da uygulanır.

Kanunî mümesilin öğrendiği tarih, süreye başlangıç sayılmalıdır.

Red süresi bitmeden mirasçı ölür ise, kendi mirasçısı geri kalan süre içinde mirası red edebilir (55).

Bütün bu söylediklerimiz, hakikî (Gerçek) red ile ilgili olup hükmî red halinde yâni tereke borca batık ise süreye bakılmaksızın hükmî reddin tespiti istenebilir (56).

Gerek gerçek, gerekse hükmî reddin yararlanmak için mirasın açıkça veya dolaylı olarak kabul edilmemiş olması şarttır.

X — TEREKENİN DEFTERİNİN TUTULMASINDA HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

Medenî Kanununun 559. maddesine göre, mirası red etmek hakkına sahip olan her mirasçı, terekenin defterinin tutulmasını isteyebilir. Bu süre, mirası red için muayyen (belirli) sürenin işlemesinden itibaren bir aydır.

(53) Y.2.H.D.nin 4.8.1977 günlü ve 5910/5877 sayılı kararı.

(54) Şener, Age., Sh. 198; İmre, Age., Sh. 503; İnan, Age., Sh. 327; Oğuzman, Age., Sh. 282, dipnot 120.

(55) Şener, Age., Sh. 200; Oğuzman, Age., Sh. 284; İmre, Age., Sh. 507.

(56) Şener, Age., Sh. 209; Ayiter, Age., Sh. 190; Rossel, Age., Sh. 731.

Bu süre hak düşürücüdür (57). Sürenin başlangıcı ise, kanunî mirasçılar için ölümün öğrenildiği yâni mirasın açıldığı tarih, mansup mirasçılar için ise, ölüme bağlı tasarrufun kendilerine tebliğ edildiği tarihtir (58). Her ne kadar «Velayet, vesayet, Miras Tüzüğü»nün 42. maddesinde, defter tutmayı isteme süresinin, mirası red hakkına ait sürenin bitiminden başlayacağı ifade edilmiş ise de bunu benimsemek, haksız ve yanıltıcı olur. Şöyleki süresinde mirası red etmeyip kabul durumunda kalan mirasçıya, yeniden bir süre tanımak her şeyden önce Medenî Kanununun 559. maddesinin açık hükmüne ters düşmekte, hemde düşen hakların geri gelebileceği ilkesi ile çelişmektedir (59).

Nitekim bilimsel ve kazaî görüşler de bu doğrultudadır (60). Esasen kanuna aykırı Tüzük bağlayıcı değildir (61). Şu halde defter tutmada bir aylık hak düşürücü süre red hakkının sona erdiği tarihten değil, kanunî mirascının mirasçı olduğunu öğrendiği günde, mansup mirasçı için de, ölüme bağlı tasarrufun tebliğ olduğu tarihte işlemeye başlar.

XI — ALACAKLININ REDDİ İPTAL ETTİREBİLMESİNDE SÜRE

Medenî Kanununun 557. maddesine göre, mevcudu borcuna yetmiyen mirasçı, alacaklılarını zararlandırmak (ızzar etmek) amacı ile mirası red eder ise, alacaklıları ve iflâsı halinde iflâs masası, kendilerine teminat verilmedikçe, bu redde karşı üç ay içinde itiraz edebilirler. Reddin iptâline karar verilirse, tereke resmen tasfiye olunur.

Hemen işaret edelimki ön görülen üç aylık süre hak düşürücüdür (62).

İptâl davasının mirasın red edildiği günden itibaren üç ay içinde açılması gerekir (63). Kanunkoyucunun amacı, uyuşmazlıkların, olabildiğince, kısa sürede çözümünü sağlamak, kişileri ve fertleri süratle huzura

-
- (57) Şener, Age., Sh. 654; İmre, Age., Sh. 533; Y.2.HD.nin 19.4.1976 günlü ve 3200/3385 sayılı kararı.
- (58) Şener, Age., Sh. 654; Esat Şener, 1. Türk Hukuk Kongresine sunulan tebliğ, Medenî Kanununun Miras Bölümünde yetersiz hükümler, 1971, Sh. 15.
- (59) Şener, Kongreye sunulan tebliğ, Sh. 15-16.
- (60) Y.H.G.K.nun 19.2.1970 günlü ve 30/691 sayılı; Y.2.HD.nin 16.10.1986 günlü ve 3871/8923 sayılı ve benzer kararları; İmre, age., Sh. 533; Kocayusufpaşaoğlu, Age., Sh. 637; Ayiter, Age., Sh. 193; İnan, Age., Sh. 345.
- (61) Y.H.G.K.nun 19.2.1970 günlü ve 30/691 sayılı kararı.
- (62) Şener, Age., Sh. 221; Kocayusufpaşaoğlu, Age., Sh. 631; İmre, Age., Sh. 523; Y.2.HD.nin 2.10.1974 ve 400/1037 sayılı kararı.
- (63) Şener, Age., Sh. 221; Kocayusufpaşaoğlu, Age., Sh. 631; İmre, Age., Sh. 523; Y.2.HD.nin 2.10.1974 günlü ve 400/1037 sayılı kararı.

kavuşturmaştır. Bu sebeptendir ki, süreyi hem hak düşürücü olarak kabul etmiş, hemde başlangıcı red tarihine bağlayarak hakların uzun süre askıda kalmasını önlemiştir. İptâl davasında, tescil (reddin tescili) tarihi süreye başlangıç sayılmış, ayrıca tescilin öğrenilmesi şartına yer verilmiştir (64).

XII — SONUÇ

Mirasçılar esasen gerilim içinde bulunmaktadırlar. Onun için sürelerin olabildiğince kısa tutulması toplumda tezelden huzurun sağlanmasını mümkün kılmaktadır.

(64) Şener, Age., Sh. 222; İmre, Age., Sh. 523; Gönensay-Birsen, Age., Sh. 241; Y.2.HD.nin 21.11.1965 günlü ve 5880/5658 sayılı, Y.2.HD.nin 20.10.1974 günlü ve 400/1037 sayılı kararları.

**PAYDAŞLAR ARASINDAKİ HAKSIZ İŞGAL TAZMİNATI (ECRİMİSİL)
DAVASINDA YARARLANMADAN ALIKOYMA
(İNTİFADAN MEN) SORUNU**

Bu çalışma; büyük bir özveri ile hak-
kın, haksızlığa üstün gelmesi çabasında
bulunan Türk Hâkimlerine armağan
edilmiştir. (N. Y.)

Nihat YAVUZ (*)

● **ANLATIM DÜZENİ :** Giriş. A — Müşterek ve İştirak Halinde Mülkiyet Hakkında Kısa Açıklamalar. 1 — Müşterek Mülkiyet. 2 — İştirak Halinde Mülkiyet. B — Paydaşlar Arasında Ecrimisil. aa — Bilimsel Öğretide Durum. bb — Uygulamada Durum. 1 — İlke. 2 — Bu İlke Mahkemelerce Kendiliğinden (Re'sen) Dikkate Alınmalıdır. 3 — İlkenin Gerekçesi. 4 — Gerekçeden Çıkan Sonuçlar ve Uygulaması. I — Birinci Sonuç. A — Semereden Amaç, Sadece Doğal ve Hukuksal Semereler Olup, Bir Malı Kullanma Yolu İle Elde Olunan Faydalanmalar Hiç Bir Suretle Semere Olarak Nitelendirilemezler. B — İntifadan Men Halinin Varlığının Kabulü İçin, Taşınmaz Malların Tamamını Elinde Tutan Paydaşa Diğer Paydaşların Kendi Paylarından Yararlanma İsteklerini Bildirmeleri Yeterli Olup Zor Kullanmak Gerekli Değildir. C — İsbatı. D — Yararlanmak İsteyen Paydaşın İradesini Taşınmazı Kullanan Diğer Paydaşa Bildirmesi Gereklidir. E — Davaya Konu Edilen Yer Mesken Ya da İşyeri Olsa Bile İntifadan Men Hususu Aranır. F — Yakın Akriba İlişkilerinde İntifadan Men Sorunu. II — İkinci Sonuç. A — Kiraya veya Yarıcıya Vermek Suretiyle Gelir Sağlama Durumlarında İntifadan Men Koşulunun Araştırılmasına Gerek Bulunmamaktadır. B — Hazine ve Vakıflar Gibi Bazı Kurumların Ortak Olduğu Taşınmazlarda da İntifadan Men Hususu Aranmıyor. C — Paydaşların Müşterek Taşınmaz Malın Kullanma Biçimi Hakkında Yaptıkları Anlaşma Geçerlidir. Muhâyâ, D — Paydaş Olmayanlar Arasında Kural Olarak İntifadan Men Hususu Aranmaz. Fakat Somut Olayın Özelliği Gerektiriyorsa Böyle Bir İhtar Aranabilir (BK. 44). E — Pay ve Paydaş Çoğunluğunca Müşterek Mülkiyete Konu Olan Taşınmazın Kiraya Verilmesi Halinde Bu Sözleşmeye Taraf Olmayan Paydaşlardan Birisinin Kiracıyı Zorla Çıkararak Dava Konusu Yeri İşgal Etmesi Nedeniyle Hakkında Açılan Ecrimisil Davasında İhtara Gerek Görmeyen Yerel Mahkeme Görüşü Yüksek Mahkemece Benimsenmiştir. **S o n u ç .**

G İ R İ Ş

Türk Hukukunda en çok inceleme konusu yapıldığı halde gerek bilimsel öğretide ve gerekse de uygulamada görüş birliği sağlanamayan ko-

(*) Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi.

nuların başında «**ecrimisil**» gelmektedir. Nitekim bu düşünce, en samimi biçimiyle bir HGK. kararında şu şekilde dile getirilmiştir : «Bilindiği gibi ecrimisil, diğer bir ifade ile işgal tazminatı konusu Yargıtay'ı uzun yıllar işgal etmiş ve fakat bu konuda oluşturulan kazai içtihatlar yine de uygulamaya kesin yön vermek, kararlılığı sağlamak işlevini yerine getirememiştir. 9.12.1931 gün, 29/24 ve keza 25.5.1938 gün ve 29/10 sayılı İctihadı Birleştirme Kararına rağmen bu yön 8.3.1950 gün ve 22/4 sayılı İctihadı Birleştirme Kararına yeniden konu edilmiş olması bu gerçeğin en belirgin kanıtıdır. Son olarak anılan karar, ilk iki karar hilafına konunun esasını hal yoluna gitmiş ve özellikle ecrimisil isteğinin hangi hukukî sebepten kaynaklandığı yönünü kesinlikle belirlemiştir. Yargıtay 8.3.1950 günlü İctihadı Birleştirme Kararı ile, 25.5.1938 tarihindeki kararındaki tavsiften dönmüş ve «fuzuli işgalin kiraya benzetilemeyeceğini, keza başkasının malını haksız olarak kullanmanın bir sebepsiz iktisap dahi teşkil edemeyeceğine, çünkü iktisabın ancak hukukî muamelelerle olabileceğini gasbta ise ne bir ne de iki taraflı hukukî muamele bulunmadığını; bu bakımdan fuzuli işgalin bir haksız fiil sayılması gerektiğini ve bu sebeple ancak bir zarar meydana gelirse bunun tazmin ettirileceğini» kabul etmiştir. Böylece Yargıtay «fuzuli işgal» adı verilen ve bu günkü hukukumuzda kötü niyetli zilyedin bir şeye hakimiyetinden doğan talep haklarının, yani ecrimisilin, MK. m. 908 anlamında, kötü niyetli zilyedin faydalanmasından doğan bir istemden başka bir şey olmadığını, açıkça vurgulamıştır... Ancak bu içtihadı birleştirme kararlarına rağmen konu yine de hiç bir zaman açıklığa kavuşmamış ve ecrimisil istenebilmesinin koşulları ve isbat yükü konularındaki çelişkiler, kuşklar ve duraksamalar daha da yoğunlaşmıştır» (HGK., 13.1.1982, 66/1, YKD., VIII, S: 9, Eylül-1982, sh. 1217 vd).

İşte böylesine karmaşık ve o derecede önemli bulunan bu konunun tümüyle incelenmesi kuşkusuz monografik bir çalışmayı gerektirecek kapsamdadır. Biz ise bu yazıda sorunun ancak bir bölümünü oluşturan paydaşlar arasındaki (ecrimisil) davasındaki (intifadan men) koşulunu bir çoğu yayınlanmamış Yargıtay kararları ışığı altında irdelemeye çalıştık. Zira açıkça belirtmek gerekirse konu daha çok uygulama tarafından oluşturulmuş ve geliştirilmiş bulunmaktadır. İşte bu nedenlerle Yargıtay'ın 120. yılı için hazırlanan Yargıtay Dergisi Özel Sayısı'nda bu konu özellikle seçilmiş bulunmaktadır.

A) MÜŞTEREK VE İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYET HAKKINDA KISA AÇIKLAMALAR

1 — MÜŞTEREK MÜLKİYET : MK. m. 623'e göre «Birden ziyade kimseler şayan bir şeye malik olur ve hisseleri bilfiil taksim edilmemiş bulunursa onlar, o şeyin hissedarlarıdır». Buradan hareketle şöyle bir tanıma ulaşmak mümkündür: «Paylı mülkiyet, bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının, paylı olarak birden çok kişiye ait olması durumudur» (1). Buradaki paylar, gerek paydaşların eşya üzerindeki yetki, iktidar ve hükümlerini ve gerekse de bunların karşılıklı hak ve borçlarını, iç ilişkilerini belirtir (2).

2 — İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYET : Aralarında bir ortaklık bağı bulunan kişilerin, bu ortaklık nedeniyle bir eşyaya birlikte malik olmaları durumudur. İştirak halinde mülkiyet şeklindeki şey üzerinde ortakların da doğrudan doğruya hakları yoktur; mülkiyet ortakların bütününe aittir. Ortaklardan her birinin ayrı birer mal sahibi olma niteliği yoktur. Bu mülkiyette, mülkiyet hakkı, ortaklar yönünden bir bütün olarak ortakların hepsine aittir. İştirak halinde mülkiyette malikler paydaş değil, ortaktır; bu mülkiyette maliklerin belli mülkiyet payları ayrılmış değildir. MK. 629'da ortaklardan her birinin hakkının o şeyin tamamına sari olduğunun ifade edilmesiyle bu husus açıklanmak istenilmiştir (3).

B) PAYDAŞLAR ARASINDA ECRİMİSİL

aa) BİLİMSEL ÖĞRETİDE DURUM : Bilimsel öğretilerde genellikle uygulmaya yollama yapılarak paydaşların birbirinden ecrimisil isteyebilmesi için intifadan men koşulunun gerçekleşmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Ne var ki Karahasan ve Tekinay tarafından savunulan bir başka görüşe göre de bir paydaşın öteki paydaşların o taşınmaz maldaki paylarının varlığını bile bile tümünü kullanması, elinde tutması iyi niyet kuraları ile ve de MK.nun 625. maddesindeki hükümlerle bağdaşmaz. Eğer öteki paydaşın açık ya da zımni izni ile taşınmaz malın tümünü elinde bulundurduğunu isbat ederse tazminat ödemek yükümünden kurtulur. Bunun tersine, intifadan men'i aramak ve bu yönün isbatlanmasını davacı paydaşa yüklemek, MK. 625 ve 908. maddelerinin özü ile bağdaşmaz (3a).

(1) Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer: Eşya Hukuku, İst. 1975, sh. 247.

(2) Karahasan, M. Reşit: Eşya Hukuku, Ank. 1977, sh. 37.

(3) H.G.K. 13.1.1982; 66/1. YKD. C. VIII, S. 9, Eylül 1982, sh. 1220 vd.

(3a) Karahasan, sh. 1293 ve bilimsel öğretilerdeki Velidedeoğlu/Esmer; Saymen/Elbir, Küley ve Belgesay'a yapılan yollamalar için bkz. sh. 1290 vd.

ECRİMİSİL DAVALARINDA İNTİFADAN MEN KOŞULU İLE İLGİLİ BİLİMSEL GÖRÜŞLERİN AYRINTILI DÖKÜMÜ :

1) Saymen, F.H.:/Elbir, H.K.: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İst.

Her ne kadar 3.H.D. 14.2.1963, 1302/1412 sayılı bir kararında «...Davalı paydaşın gayrimenkulün tamamını işgal ve bu gayrimenkulden elde ettiği menfaatleri sırf kendisine mal etmesi diğerlerinin paylarından doğan hakları ile kabili tevfiik değildir. Gayrimenkul tapuda kayıtlı ve tarafların pay durumları da belli olduğuna göre gayrimenkulün tamamını işgal eden paydaşın payına isabet edecek işgal tazminatını ödemesi veya bedelsiz olarak işgal edebilmek için onun muvafakatını istihsal etmesi şarttır. Davacı paydaşın muvafakatını almaksızın bu yeri işgal ile istifade eden davalı hissedar, evleviyetle kötü niyetli sayılır» demiş ise de biraz ileride de görüleceği üzere Yargıtay aksi yöndeki görüşünü kökleştirmiş bulunmaktadır. Gerçekten bu konuda benimsenmesi gereken ilke HAAB, LEEMANN, MEIER-HAYOZ gibi İsviçreli bilim adamlarının da belirttikleri üzere şu olmalıdır: «Paydaşlardan birinin kullanmasını, öbür paydaşların eylemsel kullanması sınırlar, yoksa düşünülebilen her kullanma olanağı değil; özellikle, kullanmayı, her paydaşa aynı biçimde kullanma olanağı sağlayacak yolda düzenlemek zorunlu değildir». Öyleki her paydaş öbür paydaşın yalnızca soyut anlamda kullanma olanağına değil, ancak olaydaki durumda öbür paydaşın kendisi için istemde bulunmuş olduğu ölçüde eylemsel birlikte kullanmasına saygı göstermek zorundadır. Bu nedenle her paydaş her defaki ihtiyaçlarına uygun olarak taşınmazı her zaman dilediği gibi kullanmaya yetkilidir. Ancak bir paydaş diğer paydaşın birlikte kullanmasına engel olur veya zarar verirse zarar giderim istemi doğar (3b).

bb) UYGULAMADA DURUM :

1 — İLKE : Paylı bir taşınmazda paydaşın birinin diğerinden ecri-misil isteyebilmesi, yararlanma isteğine karşı konulması halinde mümkün.

1963. «İstifadeden maksat, müşterek mülkün semerelerinden gelirlerinden, hasılatından, süknasından faydalanmaktır (...) oturmaya elverişli ise, ancak kendi hissesi nisbetinde olan kısmını işgal edebilir.

Kullanma ise, müşterek malın istimali suretiyle faydalanılmasıdır (...) Burada hissedarların objektif hüsnüniyet kaidelerine göre hareket etmeleri lazımdır» (sh. 246).

2) **Akıpek, Jale G.:** Türk Eşya Hukuku, 2. Kitap, Mülkiyet, Ank. 1973. «Mülkiyet hakkından doğan kullanma yetkisi bölünmeye elverişli değildir. Bunun içindir ki pay oranında kullanma bahse konu olamaz. Bütün paydaşların her birinin payları ne olursa olsun, eşyanın tümünü tahsis cihetine, gayesine uygun olarak dilediği gibi kullanma yetkisi vardır. Bu yetki öbür paydaşlarında aynı suretle sahip bulunduğu kullanma yetkisini haleldar etmemek şartıyla her birine aittir... Bundan başka eşyayı tek başına kullanan paydaştan kullandığı müddetlere ait olmak üzere öbür paydaşlar men ettiği takdirde tazminat talep edebilirler.

Bu kullanma yetkisinin kapsamı hal ve şartlara göre MK. 2. gözönünde tutularak tesbit edilir (sh. 33).

3) **Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer:** Eşya Hukuku, 2. bası, İst. 1978, «Bundan başka müşterek maldan yararlanmasına engel olarak zararına sebebiyet veren paydaşa karşı tazminat davası açmak imkanına sahiptir» (sh. 303).

(3b) **Sungurbey, İsmet:** Medeni Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, İst. 1972, sh. 6 vd. Giritlioğlu, Necla : Müdahalenin Men'i Davası, İst. 1984, sh. 38 vd.

4) **Gürsoy, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol:** Türk Eşya Hukuku, Ank. 1978, «Paydaşlardan biri, diğerinin, müşterek eşya üzerinde haiz olduğu ortak kullanma hakkını engeller veya ihlal ederse, engelleme veya ihlalde kaçınma davası, ya da yerine göre tazminat davası açabilir» (sh. 446).

5) **Tekinay, Selahattin Sulhi:** Eşya Hukuku, 3. bası, C. 1, İst. 1978. «Uygulamalarımız bu hususta henüz bir kararlılık kazanmış değildir. Yargıtay'ımızın kararlarında birbirinden farklı üç görüş belirmiştir :

1) Birlikte malik olanlardan biri, diğerlerinin maldan faydalanmalarına engel olmadıkça ondan kullanma ve ecrimisil tazminatı istenemez (dipnot: 23'deki Yarg. Kar. Bkz.).

2) Birlikte maliklerden biri, maldan elde ettiği faydaları kendisine hasretmiş ve malı tek başına kullanmak için diğer maliklerden izin elde etmemiş ise, onlara tazminat ödemekle yükümlü tutulmalıdır. H.G.K. bir kararı ve 3.H.D.nin eski görüşü bu yolda idi (Bkz. dipnot: 24 ve 25 teki Yarg. Kar.).

3) Birlikte maliklerden birisinin diğerlerine kullanma ve işgal tazminatı ödeme yükümü altına girmesi için onların maldan faydalanmalarına engel olması şart ise de, yoksun kalınan kâr bakımından böyle bir şart yoktur (Bkz. dipnot: 26'daki Yarg. Kar. Ayrıca 6.H.D. 7.11.1966 tarih ve 1957/3955 sayılı Kararı: «Dava muristen intikal eden 39 dönümlük taşınmaz malın tamamını davalılar kullanmış oldukları cihetle mahrum kalınan 20 bin liranın tahsilinden ibarettir. Dava dilekçesinde açıkça kâr mahrumiyeti istenmektedir. İşgal tazminatı talebi yoktur. Kökleşen içtihadı göre işgal tazminatında taşınmaz malda paydaş olan davalıların davacının intifasına münaat ettiklerinin subutu lazım ise de, kâr mahrumiyetinde durum aynı değildir. Yani bu takdirde davalıların, davacıların intifasına mani olduklarının isbat edilmesi gerekmez» (ABD. 1967, sh. 158). Buna göre, malın kullanılması veya işgal edilmesi ile, maldan gelir veya kazanç elde edilmesi arasında ayırım yapılmakta ve maldan gelir sağlayan paydaş, diğerinin yararlanmasına engel olmasa bile, onlara hisse vermekle yükümlü sayılmaktadır.

Biz bu görüşlerden ikincisini tercih ediyoruz. Bu tercih, Karahasan'ın da işaret ettiği gibi, MK. 625. maddesinde sağlam bir dayanak bulabilir. Buna göre, müşterek bir malın paydaşlarından her biri, diğer paydaşların hakları ile bağdaşmayacak olan faydalanma ve kullanmalara mezun değildir. Bir paydaşın müşterek malı tek başına kullanması ve semerelendirmesi, daha doğrusu, kullanma ve semerelendirme menfaatlerini kendisine hasretmiş olması, diğer paydaşların hakları ile hiç bir şekilde bağdaşmaz. O halde müşterek maldan yalnız ge-

lir ve kazanç sağlayan değil, onu tek başına kullanan veya işgal eden paydaş ta tazminatla yükümlü tutulmalıdır. İştirak halindeki mülkiyet için de aynı şey tekrar edilebilir. Malı tek başına kullanan veya semerelendiren paydaş veya ortak, kullanma veya semerelendirme menfaatlerini kendisine hasretmek hususunda diğer maliklerden izin almış olmadıkça çözüm tarzı bu olmalıdır. Bu izni isbat yükü tabiatıyla malı kullanan ortağa düşer» (sh. 170/172).

S O N U Ç : Müşterek malı kullanma imkanının sınırsız olmadığı hallerde, her paydaşın malı kullanma yetkisinin ölçüsü, diğer paydaşların kullanma hakkına tecavüz etmemesidir. Öyle ise diğerlerinin kullanmasına engel olucu bir davranış teşkil etmedikçe, bir paydaşın müşterek malı tek başına kullanması bir tecavüz teşkil etmez. Kullanma tarzının ne zaman diğer paydaşın kullanma hakkına tecavüz teşkil ettiği, her müşahhas olayda kendi şartlarına göre araştırılması gereken bir husustur.

AYKIRI GÖRÜŞ İSE ŞÖYLECE ÖZETLENEBİLİR : Karahasan (sh. 557/558) ve Tekinay'a göre yararlanmayı engelleme söz konusu olmasa dahi, paydaş diğer paydaşların izni olmadan müşterek malı kullanmış ve yararlarını kendisine hasretmiş ise, onlara tazminat ödemekle yükümlüdür. Zira bu davranış diğer paydaşların haklarıyla hiç bir şekilde bağdaşmaz. İşte bu görüşün Karahasan tarafından çok çarpıcı bir biçimde açıklanış şekli :

«Her ne kadar, bir paydaşın hakkı taşınmaz malın her zerresini kapsar ise de, bir paydaşın, öteki paydaşların o taşınmaz maldaki paylarının varlığını bile bile tümünü kullanması, elinde tutması iyi niyetle davranmadığını ortaya koymaya yeter sayılmalıdır. O kadar ki yasada «diğer hissedarların hakları ile kabili tevfik oldukça» koşulu öngörülmüştür. Bir taşınmaz malın tümünü elinde tutan paydaş, bu koşulu çiğnemiş demektir. Öte yandan, bile bile davranışa geçtiğinden iyi niyetli olduğunu ileri süremez. Bu nedenlerle Medeni Yasanın 908. maddesi gereğince, kullanma karşılığında öteki paydaşa bir tazminat ödemesi mantıksal bir sonuç olarak benimsenmeli ve ayrıca intifadan men aranmamalıdır. Böylece kötü niyetli paydaş, hukuk alanında korunmamış olur» (Karahasan, M.R.: Eşya Hukuku, Ank. 1977, sh. 1293 vd).

7 — İSVİÇRE ÖĞRETİSİNDEKİ GÖRÜŞLER :

LEEMANN : «Ne varki, yasa, yalnızca bir paydaşın kullanma ölçüsünü belirtir; kullanma olanağı sınırsız değil ise, paydaşların örneğin yerce bölünmüş ya da çağca değişen bir kullanma anlaşmasıyla kullanmanın biçiminde anlaşmaları gerekir (...) Böyle bir anlaşmaya varılmazsa, her paydaşın nesneyi kullanma özel hakkı ihlal edilmediği ölçüde, kullanma biçimi çoğunluk kararıyla geçerli olarak düzenlenebilir...»

Bir paydaş, bu konuda, her halde, şu ölçüde davranabiliriz ki, o, öbür paydaşın yalnız (soyut anlamda) kullanma olanağına değil, ancak olaydaki durumda öbür paydaşın kendisi için istemde bulunmuş olduğu ölçüde eylemsel birlikte kullanmasına saygı göstermek zorundadır. Bu sınırlamayla, her paydaş, her defaki ihtiyaçlarına uygun olarak, nesneyi her zaman dilediği gibi kullanmaya yetkilidir. **BİR PAYDAŞ,**

dür (4). Bu ilke Yargıtay'ın bu konudaki yerleşmiş uygulamasının bir gereği olup «kural olarak paydaşlar intifadan men edilmedikçe birbirlerinden ecrimisil isteyemezler» (5) şeklinde formüle edilmektedir.

2 — BU İLKE MAHKEMELERCE RE'SEN (KENDİLİĞİNDEN) DİKKATE ALINMALIDIR : Zira «bu şart davanın muteberiyeti ve sıhhati için tahakkuku gerekli olup re'sen nazara alınması icab eder» (6). Bir başka

BAŞKA BİR PAYDAŞIN BİRLİKTE KULLANMASINA ENGEL OLUR YA DA ZARAR VERİRSE, MÜDAHALENİN GİDERİLMESİ VE GEREĞİNDE ZARAR-GİDERİM İSTEMİ DOĞAR».

HAAB : «Buna göre, her paydaşın, öbürlerine zarar vermemesi kaydıyla, nesneyi kullanma hakkı vardır. BU HAKKIN ÖLÇÜSÜ, MÜNFERİD OLAYDA DURUMUN ÖZELLİĞİNİ GÖZÖNÜNDE TUTARAK ARAŞTIRMAK GEREKİR. Yurttaşlar Yasası, Md. 2'deki hakların kullanılmasına ilişkin olarak belirtilmiş olan genel ilkeler, kullanma haklarının sınırlandırılması ve kullanılması bakımından her yerdekenden daha çok gözönünde tutulmak gerekir. Sınırsız bir kullanma olanağı varsa (ortak yoldan geçmek), her paydaşın öbür paydaşlar yanında sınırsız bir kullanma hakkı vardır; kullanmasına ne çağ, ne de yer bakımından engel olunabilir. BUNA KARŞILIK, KULLANMA OLANAĞI SINIRLIYSA (bir bisiklette ortaklık), PAYDAŞLARIN KULLANMAYI BÖLÜŞMELERİ GEREKİR... BİSİKLETİN PAYDAŞI A, BUNU KULLANMADIĞI YA DA KULLANMAK İSTEMEDİĞİ SÜRECE, ÖBÜR PAYDAŞ ONUN PAYINI GÖZÖNÜNDE TUTMADAN BİSİKLETİ KULLANABİLİR».

Avusturya Yurttaşlar Yasası üstüne büyük bir şerh yazan KLANG bu konuda şu hususu belirtmektedir: «Paydaşlardan birinin kullanmasını, öbür paydaşların eylemsel kullanması sınırlar, yoksa düşünülebilen bir kullanma olanağı değil; kullanmayı, her paydaşa aynı biçimde kullanma olanağı sağlayacak yolda düzenlemek zorunlu değildir» (Sungurbey, İsmet: Medeni Kanun Öntasarısının Nesnelere Hukukunun Eleştirisi, İst. 1972, sh. 4 vd).

BU AÇIKLAMALAR İŞİĞİNDE VARILMASI GEREKEN SONUÇ ŞU OLMALIDIR : Paydaşlardan her birinin öbür paydaşların soyut kullanma olanağını değil, yalnızca eylemsel (fiili) birlikte kullanmasını gözönünde tutmak zorunda olup, Yargıtay'ın deyimi ile bir paydaş, öbür paydaşları «fiilen intifadan men etmedikçe» herhangi bir sorumluluğu söz konusu olamaz.

- (4) 3.H.D. 4.4.1985; 2173/2343.
 (5) 3.H.D. 5.6.1985; 3402/4111. Aksi takdirde ortaklık halindeki malın kullanma biçimini beğenmeyen paydaşın şuyu'un giderilmesini isteme ve iştirake son verme hakkı vardır. Bu hakkını kullanmayan paydaşın kendi payına dayanarak o şeyin tamamını kullanmak istemesi veya kullanma biçimini değiştirmesi söz konusu olamaz. 3.H.D. 22.2.1983; 684/999.
 (6) 3.H.D. 30.6.1959; 4041/3753 (İBD. C. XXXV, Sayı: 5-7, 1961, sh. 201).

örnek: «İntifadan men, ecrimisil tazminatının asli unsurlarından olup, mahkemece re'sen araştırılması gereken bir koşuldur» (7).

3 — İLKENİN GEREKÇESİ : «MK. mad. 625/fık. 1'e göre «...hissedarlardan her biri... diğer hissedarların hakları ile kabili tevfiik oldukça müşterek şeyden istifade ve onu istimal eder...» Şu halde, her paydaş diğer paydaşların istifadeleri ile bağdaşmak suretiyle, müşterek maldan istifade edebilecek ve onu kullanabilecektir. Müşterek mülkiyette her paydaş doğal ve hukuksal (tabii ve hukukî) semerelerden payları oranında yararlanma hakkını haizdir. Bu kullanma ve yararlanma hakkının özüne dokunulmamak koşulu ile ve çoğunluk oyları ile paydaşın yararlanma hakkı başka türlü düzenlenebilir. Öte yandan kural olarak doğal ve hukuksal (medeni) semerelerin aynen bölüştürülmesi gerekirken, çoğunluk kararı ile doğal semerelerin satılarak parasının bölüştürülmesi de mümkündür. Bu durumda her paydaş satış parasından payına düşeni isteyebilir. Eğer ortada böyle bir karar yok ise, bir paydaş da ürünlerin, yani doğal semerelerin tamamını toplamış ise, öbür paydaş, bu üründen payına düşenin parası için talepte bulunabilir, koşulları varsa tazminat ta isteyebilir. Doğal ve hukuksal semerelerden pay istemek için hiç bir veçhile faydalanmadan engellenme (men edilme) koşulu aranmaz. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, semereden amaç sadece doğal ve hukuksal semerelerdir; yoksa bir mal, kullanma yolu ile elde olunan faydalanmalar hiç bir veçhile semere olarak nitelendirilemez... Bu ilke müşterek malı kiraya verir, kiralari (hukukî semereleri) mal varlığına dahil etmiş olan paydaştan pay istenmesi halinde de aynen uygulanacak ve yine yararlanmadan men koşulu aranmayacaktır (4.6.1958 gün ve 15/16 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararı).

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, müşterek mülkte paydaşların doğal ve hukuksal semerelerden aynen ya da nakden pay isteme hakları dışında, her paydaşa şeyi eylemli olarak kullanma yetkisi de tanınmıştır. Bu kullanma yetkisi bölünmeye elverişli değildir. Diğer bir ifade ile bu yetki eşyanın tümünü kapsar, yani pay oranında bir kullanma söz konusu edilemez. Demek oluyor ki, paydaşlardan her biri, şeyin tahsis edildiği amaca uygun olarak bütünü, ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde kullanabilir. Fakat bu yetkinin ölçüsü, diğer paydaşların kullanma haklarına tecavüz etmemesidir; yani bu yetki, diğer paydaşların kullanma yetkileri ile sınırlıdır. O halde, diğer paydaşların müşterek malı kullanmasına engel olucu bir davranış söz konusu olmadıkça, bir paydaşın müşterek malın tamamını tek başına kullanması bir tecavüz teşkil etmeyecektir (HGK. 29.1.1964; 95/85/HGK. 14.2.1968; 1562/78/HGK. 27.12.1967; 355/648/

(7) 3.H.D. 20.4.1984; 2158/2080.

HGK. 30.12.1967; 604/657 sayılı kararları). Durum bu olunca da yararlanmadan men edilmemiş olan paydaş, şeyin tamamını kullanan paydaştan işgal tazminatı isteyemeyecektir.

Yukarıda açıklanan durum, iştirak halinde mülkiyette de aynıdır... Şu halde, iştirak halindeki mülkiyete konu taşınmazda bir ortak diğeri kullanmasına ve yararlanmasına engel olmamalıdır. İştirak halinde yararlanılan taşınmazlarda şayet bir ortak diğer ortağın yararlanmasını engelliyorsa o takdirde, aynen müşterek mülkiyette olduğu gibi yararlanmadan engellenen ortak, engelleyen ortak aleyhine muarazanın önlenmesi ve ecrimisil davası açabilir (HGK. 26.2.1975; 1201/244; HGK. 1.2.1971; 632/737). Demek oluyor ki uygulamada olduğu gibi Türk Hukuk Öğretisinde de, müşterek ve iştirak halinde mülkiyet ayırımı yapılmaksızın, bir paydaş ya da ortağın ötekinden bir ecrimisil (işgal tazminatı) isteyebilmesi, muhakkak surette eylemli olarak yararlanmadan men koşulunun gerçekleşmesine bağlı kılınmıştır... Ancak hemen belirtmek gerekir ki, iştirak halinde mülkiyet söz konusu olan durumlarda da doğal ve hukuksal semerelerden hak istenmesi için (aynen müşterek mülkiyette olduğu gibi) yararlanmadan engelleme koşulu aranmayacaktır» (8).

4 — GEREKÇEDEN ÇIKAN SONUÇLAR VE UYGULAMASI

1 — BİRİNCİ SONUÇ

a) Semereden (9) amaç sadece doğal ve hukuksal semereler olup, bir malı kullanma yolu ile elde olunan faydalanmalar hiç bir suretle semere olarak nitelendirilemezler.

Ortak mülkiyette her paydaşa şeyi eylemli olarak kullanma yetkisi tanınmıştır (10). Bu kullanma yetkisi ise bölünmeye elverişli değildir. Ne var ki bu yetkinin ölçüsü diğer paydaşların kullanma haklarını tecavüz etmemesidir. Diğer bir deyimle bu yetki diğer paydaşların kullanma yetkileriyle sınırlıdır. Bunun doğal sonucu ise şudur: Diğer paydaşların müşterek malı kullanmasına engel olucu bir davranış söz konusu olmadıkça bir paydaşın müşterek malın tamamını kullanmasında hiç bir sakınca yok-

(8) HGK. 13.1.1982; 66/1 (YKD. C. VIII, S: 9, Eylül 1982, sh. 1219 vd).

(9) Yargıtay'ın 1.3.1950 gün ve 11/2 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararına göre «Semere, cevheri bozulmadan ve eksilmeden bir şeyin belli zaman ve devrelerde verdiği mahsüldür.» Yine aynı karara göre «ödünç bir paranın belli bir zaman ve dönemlerde getirdiği faiz, hukuki semerdir» Keza kira parası için de durum böyledir.

(10) Haab, Leemann, Meier-Hayoz/Sungurbey, İsmet : Medeni Kanun Öntasarısının Nesnelere Hukukunun Eleştirisi, İst. 1972, sh. 4 vd.

tur. Durum bu şekilde saptanınca intifadan men edilmemiş olan paydaş, şeyin tamamını kullanan paydaştan ecrimisil isteyemeyecektir. Örnekler:

1 — «MK.nun 625. maddesi hükmüne göre paydaşların her biri ortak taşınmaz malı bizzat kullanabilirler. Kullanmayan paydaşın kullanan paydaştan bir hak isteyebilmesi için aralarında başkaca bir anlaşma yoksa o paydaşın ortak taşınmaz malı kullanmasına diğer paydaşın engel olmuş bulunması gerekir... Davacının ortak taşınmaz malı kullanmak için girişimde bulunduğu ve davalının da eylemli olarak buna engel olduğuna dair bir kanıt yoktur. Davacı bu yolda davalıya bir ihtar da yapmamıştır» (11).

2 — «Ortak taşınmazlarda davacı, payından yararlanmasına davalının engel olduğu tesbit edilmeden (ortaklar arasındaki el atmanın önlenmesine ilişkin N.Y.) davanın kabulü yolsuzdur» (12).

3 — «Taraflar taşınmaz malda paydaştırlar. Bir paydaşın diğer paydaştan ecrimisil isteyebilmesi için intifadan men edilmesi gerekir. Paydaşların boşanmış eşler olması ve taşınmazın konut bulunması bu ilkenin değiştirilmesine etken olamaz.

Davacının gönderdiği ihtarname 5.2.1982 tarihinde davalıya tebliğ edilmiştir.

Davacının, davalıya gönderdiği ihtarnamenin tebliğ edildiği tarihten sonraki dönem için ecrimisil istemeye hakkı olduğu düşünülmezsizin boşanma kararının kesinleştiği 1.4.1981 tarihinden itibaren ecrimisile hükmedilmesi doğru değildir» (13).

B) İNTİFADAN MEN EDİLME HALİNİN VARLIĞININ KABULÜ İÇİN, TAŞINMAZ MALLARIN TAMAMINI ELİNDE TUTAN PAYDAŞA DİĞER PAYDAŞLARIN KENDİ PAYLARINDAN YARARLANMA İSTEKLERİNİ BİLDİRMELERİ YETERLİ OLUP ZOR KULLANMAK GEREKLİ DEĞİLDİR : Örnek : «Taraflar paydaştır. Mahkemece de kabul edildiği gibi paydaşlar intifadan men edilmedikçe birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. İntifadan men edilme halinin varlığı için, taşınmaz malların tamamını elinde tutan paydaşa diğer paydaşların kendi paylarından yararlanma isteklerini bildirmeleri yeterlidir.

Taşınmaz malın tamamını elinde bulunduran paydaşa karşı diğer paydaşların zor kullanmaları ve taşınmaz malın bir bölümünü işgal etmeleri gerekmez.

(11) 4.H.D. 9.5.1979; 13033/6242 (YHD. Haziran 1979, sh. 900).

(12) 1.H.D. 10.9.1973; 7813/6211.

(13) 3.H.D. 14.4.1983; 1811/1959.

Taşınmaz malın tamamını kullanan paydaş kendi paylarını talep eden paydaşlara talep gününden başlayarak hisselerine düşeni vermek veya hisse karşılığı yeri onların kullanmalarına hazır etmek zorundadır» (14).

C) İSBATI :

1 — «Temyizin takarrür eden içtihatlarına göre davacıların intifa ve istifadeye manî olunma keyfiyetini usulen isbatlamaları gerekir. Davalının çiftlikten davacılara yer ayırdığını ve davacının bu yerleri ziraat etmediğini isbatla mükellef değildir» (15).

2 — «Ortak taşınmazda intifadan yararlanma isteği her türlü delil ile kanıtlanabilir. Bu konuda yazılı ihtar aranması şart değildir. Bu bakımdan davacı vekilinin gösterdiği tanıkların usulen dinlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir» (16).

«Davacı taraf, intifadan men hususunu isbat için delil listesinde iki tanık gösterdiği halde bu tanıklar dinlenmeden ve intifadan men hususunun yazılı delillerle isbatına gerek bulunmadığı gözönünde tutulmaksızın, intifadan men koşulu bulunmadığından bahisle davanın reddi doğru değildir» (17).

3 — Tapuda paydaş olmayan kötü niyetli zilyede karşı intifadan men hususu aranmaz. Belediye arsası üzerinde dükkan yapılmak suretiyle işgalde bulunduğu iddia edildiğine göre davaya bakılması gerekirken reddi doğru değildir (18).

Davalı, ecrimisil istenilen yıllarda taşınmaz mala tapuda tek başına malik bulunduğunu savunduğuna göre, davacının mülkiyet hakkını tanımadığı ve intifadan men ettiği ortadadır. Davacının intifadan men edildiği hususunda başka delil aramaya gerek yoktur (19).

Tarafların arasının herhangi bir nedenle açık ve birbirine dargın olmaları intifadan men koşulunun gerçekleştiğinin kabulüne yetmez (20).

(14) 3.H.D. 7.2.1984; 323/467.

(15) 6.H.D. 13.1.1961; 2562/3722.

(16) 3.H.D. 27.11.1979; 6711/6808; ayrıca bkz. «Davacının davalılardan kardeşi S. ye yazdığı ve davalı vekili tarafından ibraz edilen mektup üzerine, tarafların bir anlaşma yapıp yapmadıkları yönü araştırılmak ve bir anlaşma yapılmamış ise, bu mektup intifadan men için yeterli bir delil olarak kabul edilmelidir» 3.H.D. 28.1.1982; 239/337.

(17) 3.H.D. 2.4.1984; 1516/1573.

(18) 3.H.D. 9.3.1981; 1325/1248.

(19) 3.H.D. 28.2.1983; 710/1041.

(20) 3.H.D. 18.3.1985; 1223/1745.

«Tanık sözlerinden davacıların intifadan men edildikleri anlaşılmaktadır.

Ancak, davacıların intifadan men edildikleri tarih tanıklardan sorulup tesbit edilmemiştir.

İntifadan men tarihi saptanarak o tarihten sonra iddia ve savunma dairesinde ecrimisil hesaplanarak ona göre hüküm tesisi gerekir» (21).

4 — İntifadan men için çekilen ihtarla verilen cevapta birlikte oturma teklifi yapılsa bile «evin müstakil iki mesken niteliğinde olmadığı dikkate alınmadan intifadan men koşulunun gerçekleşmediğinden bahisle dava red edilmiştir. Söz konusu ihtarın tebliğ tarihi daha önce ise tebliğ tarihinden başlayarak ecrimisile hükmedilmesi gerekir» (22).

«Davacılarından İbrahim Kefeli ile Remzi Kefeli'nin intifadan men ile ilgili ihtarları bulunduğu gibi, dava konusu mağaza'nın tamamını davalı işgal ettiğine göre, işgal biçimi yönünden, davacıların buradan hisseleri nisbetinde yararlanmaları mümkün bulunmamaktadır. Bu durumda davaya bakılması gerekirken intifadan men edilmediğinden sözedilerek davanın reddi doğru değildir» (23).

«Tanık sözleri ile davalının davacıyı intifadan men ettiği saptanmıştır.

Kabul şekline göre de saatçi dükkanı olarak kullanılan dava konusu yerden davacının ne suretle yararlanabileceği karar yerinde açıklanmamıştır.

Bu nedenlerle davaya bakılması gerekirken reddi doğru değildir» (24).

İntifadan men edilmediğinden söz edilerek kesin bozma yapıldıktan ve bozma ilamına uyularak taraflar lehine usulî kazanılmış haklar meydana geldikten sonra davalı taraf iddianın genişletilmesine ve bununla ilgili delil gösterilmesine karşı koymasa bile «yeniden delil toplanıp intifadan men yönünün araştırılması ve intifadan men edilme keyfiyetinin varlığının kabul edilmesi kazanılmış hakları ihlal eder» (25).

(21) 3.H.D. 24.6.1980; 3509/3616.

(22) 3.H.D. 25.12.1984; 3656/6381. «Tarafların durumuna ve paydaş oldukları taşınmazın niteliklerine göre aynı dairede her iki paydaşın da oturmak suretiyle faydalanmalarının mümkün olup olmadığı yönü araştırılarak, mümkün olmadığı takdirde ihtar tarihinden itibaren ecrimisile hükmedilmesi» 3.H.D. 5.6.1979; 2020/3782. Ayrıca bkz. E) ile ilgili bölüm.

(23) 3.H.D. 2.10.1979; 4731/5910. NOT: Taraflar iştirak halinde malik olup, davacıların 9/16 paylarına karşılık davalının 3/16 payı mevcuttur. Mağaza 24 metre karelik genişlikte olup burada davalı tek başına toptan battaniye ticareti yapmaktadır.

(24) 3.H.D. 24.9.1979; 5632/5664.

(25) 3.H.D. 4.5.1981; 2271/2327.

**D) YARARLANMAK İSTEYEN PAYDAŞIN İRADESİNİ TAŞINMAZI
KULLANAN DİĞER PAYDAŞA BİLDİRMESİ GEREKLİDİR**

1 — «Bir taşınmazın paydaşları arasında (intifadan men) koşulunun gerçekleşmesi için, istemde bulunan paydaşın taşınmazdan yararlanma isteğinin karşı tarafa iletilmiş olmasına rağmen bu tarafın taşınmazdaki payını aşan oranda taşınmaz üzerinde tasarrufa devam etmesi yeterli olup fiilen men edilme eyleminin varlığının subutu gerekmez» (26). Bu bakımdan yararlanma dileğinin açıklanması koşulu ile davacının açtığı izale-i şuyu davasının dilekçesinin tebliğ tarihi (27), keza icra emrinin tebliğ tarihi (28), murisin mirasçılardan mal kaçırdığından söz edilerek dava konusu taşınmazların tapularının iptali için açılan tapu iptal davasına ilişkin dilekçenin tebliğ tarihi (29), daha önce aynı yer için açılan ve intifadan men koşulunun gerçekleşmediğinden ötürü red edilen ecrimisil davasına dair davalı tarafa tebliğ edilen önceki dava dilekçesi (30) ile

(26) 3.H.D. 30.9.1985; 5199/6172.

(27) 3.H.D. 8.11.1983; 4329/4479. Ayrıca bkz. «Davacı bu malın paydaşlar arasında birlikte kullanılmasını imkansız görerek 12.9.1979 tarihinde açtığı dava ile şuyunun giderilmesini istemiştir. Davacının davalıya ulaşan şuyunun giderilmesi istemi aynı zamanda ihtar niteliğinde olduğundan ve davacının intifadan men edildiği böylece ortaya çıktığından, ayrıca intifadan men keyfiyetinin aranmasına gerek yoktur» 3.H.D. 8.11.1982; 4625/4681. «İzale-i şuyu davası açılması intifadan men koşulunun gerçekleştiğinin kabulüne yetmez. Ancak, izale-i şuyu davasını açan paydaşlar bu dilekçelerinde taşınmazdan yararlanma isteklerini de açıklamışlarsa, izale-i şuyu dava dilekçesinin tebliğ tarihinden başlayarak davacılar yararına intifadan men koşulunun gerçekleştiği kabul edilebilir. Davacıların açtığı izale-i şuyu davası ile ilgili dava dilekçesinde başka bir açıklama bulunmadığından izale-i şuyu davasının açılması ile intifadan men koşulunun kabulü de yerinde görülmemiştir» 3.H.D. 30.9.1986; 5094/9158. Öyle ise açılan izale-i şuyu davasının dilekçesinde açıkça taşınmazdan yararlanmadıklarından söz edilmiş ise bu dilekçenin karşı paydaşa tebliği tarihinden itibaren intifadan men koşulunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. 3.H.D. 26.5.1987; 10703/6046.

(28) 3.H.D. 4.12.1979; 6774/6941.

(29) 3.H.D. 25.9.1984; 2149/4379. Ayrıca bkz. «Muris tarafından muvazaalı olarak yapıldığı sabit olan satışla, taşınmaz malı iktisab eden davalının taşınmazın tamamında iyi niyetli zilyed olarak kabul edilmesi doğrudur. Ancak iptal davası dilekçesinin davalıya tebliğ tarihi intifadan men kabul edilerek, bu tarihten sonrası için ecrimisile hükmetmek gerekir/Davacıların açmış oldukları tapu iptali ve teşkil davasına ilişkin dava dilekçesinin davalıya tebliğ tarihi araştırılarak, bu tarihten sonrası için intifadan men kabul edilerek ecrimisile hükmedilmesi gerekir» 3. H.D. 12.4.1982; 1419/1524. Aynı paralelde 3.H.D. 1.4.1982; 1144/1385 sayılı kararı.

(30) 3.H.D. 9.6.1980; 3127/3205.

taraf lar arasındaki sonuçlanmış önceki tarihli el atmanın önlenmesi (31) veya ecri misil (32) davaları intifadan men koşulunun oluşması için yeterli sayılmışlardır.

Bundan ayrı olarak davalılar ihtarnameye cevap vermemiş ve bu ih-tara rağmen taşınmazın tamamında tasarruf etmiş iseler davacılara ihtarın tebliği tarihinden itibaren (33) başlayarak ecrimisil ödemek zorunda dırlar (34). Şu husus ta unutulmamalıdır ki bu gibi konularda tebligattan amaç muhatabın, ihtar sahibinin taşınmazdan yararlanma isteğinden haberdar olmasıdır. Noter aracılığı ile yapılan «ihtarın tebliğ mazbatasında davalının tebellüğden imtina ettiğinden 7201 sayılı Yasanın 21. maddesine göre işlem yapıldığı da açıklanmış olduğundan bu haliyle yapılan tebliğin aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğunun kabulü gerekir» (34a).

E) DAVAYA KONU EDİLEN YER MESKEN YA DA İŞYERİ BİLE OLSA İNTİFADAN MEN HUSUSU ARANIR

Örnekler :

1 — «Davalıların işgal ettiği tapuda kayıtlı evden ecrimisil istenebilmesi için paydaş olan davacının intifadan men edilmesi, diğer bir deyimle payı oranında bu evden yararlanmak istediğini davalılara bildirmesi gerekir» (35).

2 — «Tanık sözlerine göre davacı, davalının eşyalarını koymak ve kapatmak suretiyle işgal ettiği daireden payı oranında yararlanmak istediğini davalıya bildirdiğine göre intifadan men koşulu gerçekleşmiştir» (36).

3 — «Davalının oturduğu daire hakkındaki isteğe gelince; bir paydaşın diğer paydaştan ecrimisil isteyebilmesi için intifadan men edilmesi gerekir. Davacıların intifadan men edilip edilmedikleri yönünde bir inceleme yapılmadan men edildiği kabul edilerek bu bölüm için ecrimisile hükmedilmesi yerinde değildir» (37). Bu görüş yüce H.G.K.ca şu gerekçe ile benimsenmiş ve fakat intifadan men hususu gerçekleşmiş bulunduğundan ötürü yerel mahkeme kararı onaylanmıştır: «Kural olarak, paylı taşınma-

(31) 3.H.D. 23.3.1981; 1487/1508.

(32) 3.H.D. 4.11.1985; 6400/7043. Hatta halen derdest bulunan önceki döneme ait ecrimisil davasının tebliğ tarihi dahi sonraki davalar için intifadan men için yeterli sayılıyor. 3.H.D. 23.3.1987; 12352/3070.

(33) 3.H.D. 15.12.1983; 4658/4985.

(34) 3.H.D. 3.11.1983; 4296/4423.

(34a) 3.H.D. 30.4.1985; 430/3127.

(35) 3.H.D. 21.10.1985; 6585/6782.

(36) 3.H.D. 10.10.1985; 6109/6487.

(37) 3.H.D. 4.11.1980; 5304/5428.

zın tamamını kullanan paydaşın haksız işgal tazminatı ile sorumlu olabilmesi için, davacı paydaşların yararlanmasına engel olması gerekir. Ancak olayda davalı, bu taşınmazın tümünü kendisi tarafından kullanılması konusunda davacıların açık ya da örtülü (zımnî) onamı (rızası) bulunduğunu ileri sürmemiş, aksine bütün taşınmazların kendisine ait olduğunu ve davacıların bunlar üzerinde miras paylarının bulunmadığını savunmuştur. O halde, gerek anılan savunmanın niteliği ve gerekse gerçekleşen maddi olgular ve taşınmazın durumu karşısında bu davada davalının artık davacıların yararlanmalarına engel olup olmadığına ayrıca araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle yerel mahkemenin, davalının işgalinde bulunan daireye ilişkin olarak verdiği ödetme kararı usul ve kanuna uygundur ve onanmalıdır» (38).

4 — «Dinlenen davalı şahitleri, davalının davacıya birlikte oturmayı teklif ettiğini ancak İzmir'de oturduğu anlaşılan davacının bu teklifi kabul etmediğini bildirmişlerdir.

Davacı davalı ile birlikte oturmaya zorlanamayacağı gibi, kendisi mesken ve ikametgahını serbestçe belirleyebilir. Davalı şahitlerinin şahadetleri, davacının bu taşınmazdan herhangi bir şekilde yararlanmak istediği ve ancak davalının birlikte oturma teklifinde bulunduğu anlamına gelmektedir. Bu durumda davacının taşınmazdan yararlanma isteminin davalıya ulaştığının ve bu suretle intifadan men koşulunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir» (38a).

F) YAKIN AKRABA İLİŞKİLERİNDE İNTİFADAN MEN KONUSU

a) Yargıtay uygulamalarına göre baba, anne ve kardeş gibi yakın akrabalar arasında ecrimisil davasının kabulü için davacının intifadan men edilmesinin subutu zorunludur. Zira «Davacının, baba, anne ve kızkardeşi olan davalıların, davacının rıza ve muvafakati ile taşınmazı işgal ettiklerinin kabulü gerekir» (39). Bir örnek daha: «Taraflar kardeşler. Davalı kadın, ecrimisil istenilen dönemde, kocasının ölümü üzerine yalnız kalması nedeniyle dava konusu meskende oturan babasının yanına sığındığını bildirmiştir. Baba ve kardeşin davalıya ait bu evde oturmaları yakın akrabalık ilişkisine dayandığından, bu durum üçüncü kişilerin işgaleri gibi kötü niyetli işgal olarak kabul edilemez.

Davacı davaya konu evi 1977 yılında tapu ile iktisap ettiğini bildirmiş, 1.6.1983 tarihinde açtığı bu dava ile 1.6.1978 ile 31.5.1979 tarihleri arasındaki süre için ecrimisil istemiştir.

(38) H.G.K. 28.12.1983; 495/1400 (YHD. C. 7, s. 12, Aralık 1984, sh. 1738).

(38a) 3.H.D. 25.1.1988; 7313/982.

(39) 3.H.D. 29.11.1984; 5911/5803.

Bu işgalde asıl olan, davacının baba ve kızkardeşinin bu evde oturmalarına muvafakat etmiş olduğudur.

Davacı, davalı kızkardeşi ile babasının, muvafakatı dışında bu yeri işgal ettiğini kanıtlamadıkça bunlardan ecrimisil isteyemez.

Davacı bu konuda yapılmış bir ihtara dayanmadığı gibi muvafakat dışında işgalin sürdürüldüğünü de ileri sürmemiştir.

Mahkemece iddia ve savunmada ileri sürülen deliller toplanıp bu ilkelere doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir» (40).

«Davacı, davalıların murisi olan ve 17.3.1977 tarihinde ölen Orhan Okan'a dava konusu daireyi bir kira sözleşmesi yapmadan 15.9.1974 tarihinde tahsis etmiş ve ölene kadar da bir istekte bulunmamıştır.

Davalılardan Emine ölü Orhan'ın karısı ve diğerleri de reşit olmayan küçük çocuklarıdır. Bunlar murislerinin sağlığında ona tebaan bu yerde birlikte oturmuşlardır.

Davalıların murisi Orhan Okan'ın ölüm tarihinden dava tarihine kadar da, dava konusu dairede davalıların oturmalarına davacı karşı koymamıştır.

Taraflar arasındaki yakın hısımlık nedeni ile gerek murislerinin gerek davalıların dava tarihine kadar kötü niyetle dava konusu daireyi işgal ettikleri kabul edilemeyeceğinden, daha ziyade kardeşler arasında bir dayanışma ve yardımlaşmaya dayanan bu işgal nedeni ile ecrimisile hükmedilemez» (41).

«Davacı ile davalı kardeş bulduklarına göre davacının ecrimisile ilişkin istemi davalıya ulaşıncaya kadar davalı iyi niyetli olacağından ihtardan önceki dönem için ecrimisile hükmedilmemesinde isabetsizlik yoktur» (42).

b) «Davacı paylı taşınmazını ortağı bulunduğu davalı şirkete rızası ile tahsis etmiştir. Davacı davalı şirketi kullanmaktan men etmedikçe ve buna dair iradesini ihtarla bildirmedikçe davalı şirketin davacı payını kötü niyetle işgal ettiğinden söz edilemez» (43).

«Bir paydaşın diğer paydaştan ecrimisil isteyebilmesi için intifadan men edilmesi gerekir. Davacının satış vaadi ile satın ve zilyedliğini devir

(40) 3.H.D. 25.9.1984; 3907/4383 (YKD. C. X, S: 11, Kasım 1984, sh. 1658 vd.).

(41) 3.H.D. 4.12.1979; 6494/6965.

(42) 3.H.D. 30.9.1985; 6160/6123.

(43) 3.H.D. 26.4.1982; 1780/1829.

aldığı söylenen tapulu yerlerdeki pay ile haricen satın aldığı paylı tapusuz taşınmaz mallarda intifadan edildiği yönü üzerinde durulmamış ve bu hususta delil de toplanmamıştır» (44).

Bu konuda şu hususa dikkat edilmek gerekir. Yargıtay'ın intifadan men koşulunu aradığı yakın akraba ilişkilerinin hiç birisinde taraflar taşınmazda paydaş değildirler. Sadece yakın akraba bulunmaktadırlar. Böyle durumlarda genellikle işgal yakın akraba olan (davacının) muvafakati ile gerçekleşmekte ve giderek işgalin iyi niyetle vukubulduğu sonucuna varılmaktadır. Ne zamana kadar? Taşınmazın maliki olan davacının muvafakatını geri aldığı ve artık taşınmazı boşaltması gerektiğini davalı işgalciye bildirinceye kadar. İşte bu andan itibaren devam edecek işgal haksız sayılacak ve ecrimisili gerektirecektir. O HALDE TAŞINMAZDA ORTAK OLMASALAR BİLE YAKIN AKRABALARIN İŞGALİNE SON VERİLMEDİKÇE VEYA TALEP EDİLMEDİKÇE YA DA MUVAFAKAT GERİ ALINMADIKÇA ECRİMİSİL İSTENEMEYECEĞİ HUSUSUNU TESBİT EDEBİLİRİZ. Başka örnekler :

«Davacı, birisi eşi, diğeri kayınpederi olan davalılardan zilyetliklerini men etmedikçe ve buna muvafakatını geri almadıkça ecrimisil isteyemez» (44a). Yine muris hayatta iken evlilik dışı ilişki kurduğu kadına ve ondan doğan küçük çocuklarına tahsis ettiği daireden ölümünden sonra diğer mirasçılarının ecrimisil isteyebilmeleri için intifadan men edilmeleri gerekir (44b).

II — İKİNCİ SONUÇ :

Aralarında aksine bir sözleşme bulunmadığı sürece bir paydaşın ürünlerin (doğal semerelerin) tamamını toplaması halinde, diğer paydaş ya da paydaşlar, bu üründen payına düşenin parasını ve hatta koşulları varsa tazminat ta isteyebilir. Bunun için de faydalanmadan engellenme koşulu aranmaz. Bu ilke tabii semereler kadar hukukî semereler (kiralara) içinde geçerlidir. Örneğin kiralara mal varlığına dahil etmiş olan paydaştan pay istenmesi halinde yararlanmadan men koşulu aranmayacaktır.

A) KİRAYA VEYA YARICIYA VERMEK SURETİYLE GELİR SAĞLAMA DURUMLARINDA İNTİFADAN MEN KOŞULUNUN ARAŞTIRILMASINA GEREK BULUNMAMAKTADIR (45).

Örnek: «Şayet paydaş ortak şeyden kiraya vermek ortak çalıştırma gibi sebeplerle fayda sağlıyorsa diğer paydaş herhangi bir ihtara hacet kal-

(44) 3.H.D. 1.3.1982; 729/847.

(44a) 3.H.D. 10.6.1980; 3303/3302.

(44b) 3.H.D. 26.1.1981; 230/375.

(45) 3.H.D. 7.11.1985; 6705/7181.

maksızın onun elde ettiği menfaatten kendi payına düşenin ödetilmesini talep edebilir. Paydaşın hakkının mülkiyet ya da intifa hakkına ilişkin bulunması bu kuralı değiştirmez» (46).

Kuralı yineleyerek ve de örnekler sergileyerek konuya devam edecek olursak şu sonuca ulaşmış oluyoruz: Kural olarak paydaşlar intifadan men edilmedikçe birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. Ancak tabii semereler ve kiraya verilen yerlerde kiradan pay isteyen paydaş için intifadan men koşulu aranmaz (47). Zeytinlik (48), narenciye (49), ortak muristen kalan doğal üzüm veren bağ vasıflı taşınmaz (49a) ve fındık (50) bahçeleri tabii ürün sayıldığı halde, mısır (51) ekilen tarlalar bu gurubun dışında tutulmuştur. Hukuksal semerelere gelince: «4.6.1958 tarih 1958/15-16 sayılı İnançları Birleştirme kararında açıklandığı üzere (...bir kimsenin kendisine ait olmadığını bildiği veya bilebilecek durumda olduğu bir malı, kendisinin malı imiş gibi kiraya vermesi ve kiracılarından kira paralarını toplama faaliyeti bir vekaleti olmadan işgörmedir. İş görülen kimse, iş görenden BK. 414. maddesi hükmünce kira paralarının kendisine verilmesini isteyebilir... Zilyedin kötü niyetli olması halinde toplamış olduğu kiralaları, mal sahibi MK.nun 908. maddesi hükmüne göre, zilyetten isteyebileceği gibi, BK.nun 414. maddesinin birinci cümlesi hükmüne dayanarak da isteyebilir. Tereddüt halinde, açılan dava, BK. 414. maddesi hükmüne dayanan menfaatlerin devri davası sayılmalıdır...» (52). «Kabul şekline göre de binanın müşterek murise ait olduğu kabul edildiği takdirde davacı paydaşlar davalının kiraya verdiği kiralara ait kira paralarından hisselerine düşen bölümleri davalıdan isteyebilirler» (53). Buna benzer olarak «Dava konusu otel gibi gelir getiren taşınmazlarda diğer paydaşların ecrimisil isteyebilmeleri için intifadan men durumlarının gerçekleşmesine gerek yoktur» (54).

Ancak davalı tarafın ortak taşınmazdan sağladığı yararların tutarını kanıtlaması, varsa kira sözleşmelerini ibraz etmesi için kendisine önel verilmesi, yerine getirilmediği takdirde «olağan rayicin belirlenmesi için ye-

(46) 2.H.D. 28.12.1973; 7918/7543. Zaten bu alacak'ın ecrimisil ile bir ilgisi bulunmamaktadır. 3.H.D. 20.3.1984; 1271/1341.

(47) 3.H.D. 5.6.1985; 3402/4111.

(48) 3.H.D. 2.4.1984; 1610/1582.

(49) 3.H.D. 22.4.1982; 1685/1796.

(49a) 3.H.D. 14.5.1987; 11360/5165.

(50) 3.H.D. 28.1.1982; 239/337.

(51) 3.H.D. 25.12.1984; 6433/6392.

(52) HGK. 28.12.1983; 495/1400 (YHD. C. 7, S: 12, Aralık 1984, sh. 1738).

(53) 3.H.D. 5.6.1979; 1839/3781.

(54) 3.H.D. 11.10.1984; 4511/4789.

rinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar vermek gerekir» (55). Doğal semereler için de mahsulün bakım ve bunun elde edilene kadar yapılan tüm giderler çıkarıldıktan sonra kalan mahsulden pay istenebilir (56).

B) HAZİNE VE VAKIFLAR GİBİ BAZI KURUMLARIN ORTAK OLDUĞU TAŞINMAZLARDA DA İNTİFADAN MEN HUSUSU ARANMIYOR

Örnekler :

1 — «Paylı bir gayrimenkulde paydaşın birinin diğerinden işgal tazminatı isteyebilmesi yararlanma isteğine karşı konulması halinde mümkündür. Ancak, Vakıflar idaresinin paydaş bulunduğu taşınmaz malda payının diğer paydaşlar tarafından rızası ile kullanıldığı kabul edilemez. Zira Vakıflar İdaresinin payını bedelsiz olarak kullandırmasına kanun hükümleri engeldir. Bu bakımdan, Vakıflar İdaresinin intifadan men edildiği hususunun ayrıca isbatına lüzum ve zorunluluk yoktur. Bunun bir sonucu olarak davalı işgalde iyi niyetli de sayılamaz» (57).

2 — Yargıtay bazı kararlarında, özel hukuk alanına giren ilişkilerinde Hazineye bir ayrıcalık tanınamayacağı gerekçesi ile ortak mülkiyete tabi taşınmazlarda intifadan men edilmedikçe diğer paydaştan ecrimisil istenebileceği içtihadında bulunmuş idi (58). Fakat bir süre sonra doğru olan şu görüşe ulaşılmıştır: «Paylı bir taşınmazda paydaşın birinin diğerinden ecrimisil isteyebilmesi yararlanma isteğine karşı konulması halinde mümkündür. Ancak Hazinesinin paydaş bulunduğu taşınmaz malda payını bedelsiz olarak kullandığı iddia ve isbat edilmediği sürece diğer paydaşlar tarafından onun rızası ile kullandığı kabul edilemez. Zira Hazine mallarında asıl olan bu yerin kiraya verilmesidir. Davalı başlangıçtan itibaren tamamını işgal etmekle, Hazinesinin gelir sağlamasını engellemiştir. Bu durumda davalının yararlanmaya engel olduğunun kabulü gerekir.

Bundan ayrı MK.nun 625. maddesi hükmüne göre hissedarlardan her biri müşterek menfaatler için diğer hissedarları temsil edebilirler ve diğer

(55) Bkz. dipnot: 52'deki HGK.nun son bölümüne. Ayrıca bkz. «Davalı taşınmaz malların muris tarafından kiraya verildiğini ve kira paralarının düşük olduğunu savunmasında bildirmiştir. Davacı davalıya taşınmaz malı idare için vekaletname de verdiği göre hangi dairelerin kaç kiralaya verildiği, kira sözleşmeleri de istenerek incelenmek ve davadaki istek dikkate alınarak bu kiralardan davacının payına isabet eden kira paralarından davacı payına düşen giderler de düşüldükten sonra kalan davacı payına hükmedilmelidir» 3.H.D. 15.1.1985; 5665/92.

(56) 3.H.D. 28.1.1982; 239/337.

(57) 6.H.D. 30.3.1978; 1608/2460.

(58) 3.H.D. 3.6.1980; 3059/3189; 3.H.D. 17.6.1980; 3381/3481.

hissedarların hakları ile kabili tefvik oldukça müşterek şeyden istifade ve onu istimal edebilirler. Tapuda kayıtlı ve davacı Hazinesin pay sahibi olduğunu bilmesine rağmen davalının taşınmazın tamamını işgal etmesi iyi niyetle bağdaşmadığı gibi pay sahibinin hakları ile de kabili telif olmaz. Bu durumda iddia sabit olduğu takdirde davalının ecrimisil ile sorumlu tutulması gerekirken davacı Hazineyi intifadan men ettiği sabit olmadığından söz edilerek davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir» (59). Bir örnek daha: «Taşınmaz paydaşları arasında ecrimisile hükmedilebilmesi için intifadan men koşulunun gerçekleşmesi genel bir kuraldır. Ancak, TC. Ziraat Bankası'nın da aralarında bulunduğu kamu tüzel kişilerin tüm mal varlıkları devlete ait olup devletin malının bağışlanması veya gelirinin tahsilinden sarfınazar edilmesi söz konusu olamayacağına göre intifadan men koşulunun esasını oluşturan yararlanma iradesinin her zaman var olduğunun kabulü gerekir» (59a).

Davacı Hazinesin 2/24 pay sahibi bulunduğu taşınmazın tamamı üzerinde diğer 22/4 pay sahibinin fabrika yaparak kullanması durumunda açılan ecrimisil davasında «Davalının kullanma biçimine göre bu yerden davacının yararlanması mümkün değildir. İhtar sonuca etki yapmaz» (60). Bu karar sonucu itibarıyla doğru olmakla birlikte taşıdığı ilke yanlış olup yukarıda da değinildiği üzere bu görüşten artık dönülmüştür.

C) PAYDAŞLARIN MÜŞTEREK TAŞINMAZ MALIN KULLANMA BİÇİMİ HAKKINDA YAPTIKLARI ANLAŞMA GEÇERLİDİR

1 — «Paydaşlar arasında müşterek taşınmaz malın kullanma şekli hakkında bir anlaşma yapılmış ise, bu anlaşmaya uyarak taşınmaz malı kullanan paydaştan ecrimisil istenilemez» (61).

2 — «Tanık sözlerinden dava konusu taşınmaz malın önceki malikleri bulunan tarafların murislerinin bu yerin kullanma biçimi hakkında bir anlaşma yaptıklarını, o zaman çay bahçesi haline getirildiğinden bu kısımdan yararlanmasını davacı tarafa bırakıldığını, geri kalan kısmın ise daha büyük olmasına rağmen tarla halinde davalı taraf murisinin yararlanmasına bırakıldığı ve bunlar tarafından sonradan çay bahçesi haline getirildiği anlaşılmaktadır.

Paydaşların müşterek taşınmaz malın kullanma biçimi hakkında yaptıkları anlaşma bağlayıcı nitelikte olduğundan davalı tarafın haksız işgal ve payından fazla yararlanması söz konusu olamaz» (62).

(59) 3.H.D. 4.4.1985; 2173/2343.

(59a) 3.H.D. 25.12.1987; 5995/12736.

(60) 3.H.D. 10.7.1979; 4585/4677.

(61) 3.H.D. 18.11.1982; 4685/4798.

(62) 3.H.D. 3.7.1985; 4605/4905.

3 — «Mahkemece dinlenen tanıklar tarafların aynı yerleri işgal edip, ziraat ettiklerini söylemişlerdir (62a).

Mahkemece bu tanık sözleri dikkate alınmadığı gibi mirasçılar arasında müşterek taşınmazların kullanma durumuyla ilgili bir taksim ve anlaşma bulunup bulunmadığı ve bu anlaşma gereği davacının müstakillen kullandığı yerlerin mevcudiyeti araştırılmadan ve böyle bir anlaşma yok ise intifadan men koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği yönü üzerinde de durulmadan davalı Nuri hakkında hüküm tesis edilmiştir» (63).

Muris adına tapuda kayıtlı bir taşınmazın mirasçılar tarafından noter senedi ile haricen paylaştırılmış bulunması sözleşenleri bağlar. Davacılar düşen kısmı işgal eden davalı mirasçı ecrimisil ödemekle yükümlü olduğu gibi böyle bir sözleşme paydaşlığı da ortadan kaldırmış sayılacağından ötürü intifadan men koşulunun da aranması gerekmez (63a).

Taşınmazdan kullanma ve yararlanma hakkının özüne dokunulmak koşulu ile ve çoğunluk oyları ile paydaşların yararlanma hakkı başka türlü de düzenlenebilir :

4 — Müşterek ve iştirak halinde mülkiyette her paydaş doğal ve hukuksal semerelerden payları oranında yararlanma hakkını haizdir. Aslında bu semerelerin aynen bölüştürülmesi gerekir. Ancak çoğunluk kararı ile

(62a) «Tarafların delilleri toplanarak, davalıların elinde bulunduğu anlaşılan 150 parsel karşı davacının da müşterek muristen kalan taşınmaz mallardan kullandığı taşınmaz mallar olup olmadığı, bu müşterek taşınmaz malların kullanma biçimi hakkında tarafların bir anlaşma yapıp yapmadıkları, eğer müşterek taşınmaz mallardan davacının da kullandığı yerler var ise pay itibarıyla 150 parseli karşılayacak miktar ve nitelikte olup olmadıkları hususu saptandıktan sonra hüküm tesis edilmelidir» 3.H.D. 22.5.1984; 2740/2649.

(63) 3.H.D. 19.6.1984; 3374/3290. Ortaklar şahsi irtifak şeklinde de taşınmazdan yararlanma biçimini saptayabilirler. Örnek: «Paydaşlar payları karşılığı tesis ettikleri şahsi irtifak hakları ile müşterek malik oldukları taşınmaz maldan yararlanma biçimini saptamışlar ve bu şekilde yararlanmayı da sürdürmüşlerdir/Davacı taraf kullanma şekline ilişkin anlaşmayı bozarak diğer paydaşlara bir ihtar da yapmamıştır» 3.H.D. 2.6.1981; 2528/2908. NOT: Davacı, davalıların yıllar boyu müşterek mülkiyete konu olan taşınmazın paylarının düzeltilmesini mahkemelerden istedikleri halde bunu başaramadıklarını, bu eylemlerinin intifadan men sayılması gerektiğini bildirip iş bu ecrimisil davasını ikame eder. Davalılar ise şahsi irtifak hakları uyarınca herkesin kendi yerini kullandığını, apartmanın satıldıktan sonra davacının kendi payının da harman yapılarak herkese ne miktar para düşeceğinin tesbiti ve hissesinin verilmesi şeklindeki davanın dinlenemeyeceğini savunurlar. Yerel mahkeme davayı red etmiştir.

(63a) 3.H.D. 2.4.1987; 12760/3501.

doğal semerelerin satılması cihetine gidilir ise her paydaş satış parasından payına düşeni isteyebilir.

Taşınmazdan kullanma ve yararlanma hakkının özüne dokunulmak koşulu ile ve çoğunluk oyları ile paydaşların yararlanma hakkı başka türlü de düzenlenebilir.

«Yasada, her paydaşın kullanma yetkisi olduğu belirtildiği halde düzene konulmasını sağlayan bir hükme yer verilmemiştir... Ne var ki, paydaşlar, anlaşarak bir düzenleme yapabilirler. Eşyanın kullanma biçimi ve yolu böylece belirlenmiş olur... Üstelik böyle bir anlaşmaya varılmadığı durumlarda kullanma biçimi ve yolu çoğunluk kararıyla geçerli olarak düzenlenebilir. Gelgelelim, çoğunluk kararıyla da olsa, hakkın özüne dokunulamaz, kullanma yetkisi paydaştan alınamaz. Bölünmeye ve bölümlerde başlı başına kullanılmaya elverişli bir eşya, örneğin binanın katları, paydaşlardan her birine, çoğunluk'un kararı uyarınca özgülenebilir. Burada yerce bir düzenleme vardır. Belli bir zaman için eşyanın bütününün kullanılması bir paydaşa bırakılabilir. Burada da kullanma zaman bakımından düzenlenmiştir. Üstelik, kullanma zamanları ve bunun paylar oranına göre devam etmesi belirlenerek paydaşlar arasında da sıraya konulabilir. Öte yandan miktar bakımından da kullanma düzene sokulabilir. Örneğin, kuyudan her paydaşın günde çekebileceği su tutarı belirlenebilir. Üstelik kuyudan su almanın zaman bakımından da sıraya konulabilmesi olanaklıdır. Bütün bu durumlarda yapılacak düzenlemede kullanmanın, her paydaşın payı ile orantılı olmasına dikkat edilmelidir.

Kullanmanın düzenlenmesinde pay sayısına bakılmaksızın paydaş çoğunluğunca kararın alınması gerekir. Yapılacak böyle bir anlaşma ise, ancak tarafları ve tümel ardıklarını (külli haleflerini) bağlar, tekil ardıllara (cüz'i haleflere) etkisi yoktur. Eğer paydaşlar arasında bir anlaşmaya varamazlarsa, kullanmanın düzenlenmesi için paydaşlardan her biri mahkemeye başvurabilir» (64).

5 — «Davacı, dava konusu parsellerden yararlanmak istemiştir. Ancak, 5.5.1980 tarihli tutanaktan anlaşıldığı üzere mirasçılar taksim şeklinde anlaşamadıkları halde davalılar dava konusu parselleri işgal edip tasarruf etmişlerdir.

Davacının bu yerlerde payından da az bir yeri boş bıraktığını tanıklar söylemişlerse de davacı davalıların işgal ettiği yerlerden payı oranında ecrimisil isteyebilir.

Davacının kendisine bırakılan yeri kullanmaması işgal edilen yerler için ecrimisil istenmesine engel teşkil etmeyeceği gibi davalıların işgal edip tasarruf etmedikleri yer içinde esasen ecrimisil hesaplanmayacaktır.

Bu durumda davacının payı oranında yararlanmak isteği kanıtlanmış olduğu halde davanın reddine karar verilmesi yerinde görülmemiştir» (64a).

MUHÂYÂ : Yeri gelmişken konu ile ilgili bulunması nedeniyle kısaca da olsa bu kavrama değinmek gerekir. Muhâyâ sözlük olarak «Bölünemeyen bir şeyi nöbetleşe kullanma» (65) anlamına gelmektedir. Fakat müşterek mülkün idaresi söz konusu olduğu zaman bu kavramı şu şekilde anlamak gerekir: «Hissedarlardan birinin intifai, müşterek şeylerden diğerlerinin istifade ve onun istimaline mani oluyorsa bu takdirde müşterek şey nöbetleşe kullanılır. Buna eski bir tabirle muhayâ denir. Muhâyâ zaman veya mekân itibariyle olur. Zaman-ı muhayyada hissedarlar müşterek şeyi sıra ile birer müddet kullanırlar. Mekân-ı muhayyada ise her biri müşterek şeyin bir kısmını kullanılır. Bilfarz müşterek apartmanın birer dairesi veya müşterek evin birer odasını veya katını. Muhayia alakalılarca kararlaştırılabileceği gibi hissedarlardan herhangi birisi dahi bu yolda bir karar vermesini Hâkimden talep edebilir..... Muhayia olmadığı takdirde şerikin tek başına intifa ve istifade hakkı yoktur» (66).

«Hissedarlar sureti intifada uyuşmazlarsa Hâkime müracaat ederler. Hâkim taksim veya bey'i ile izale-i şuyua teşebbüs ediniz diye muhayyâ yapmaktan imtina edemez. Olabilir ki, vaziyet ve ahval izale-i şuyua müsait değildir veya kabili taksim olmayan bir mülki satım hiç birinin işine gelmez» (67).

S O N U Ç : Bu son bölüm yönünden uygulamadaki duraksamalar da dikkate alınarak şöyle bir sonuç çıkarılabilir :

1 — Müşterek muristen intikal eden ortak şeyin usulüne uygun olarak paylaştırılması mümkün olduğu gibi müşterek taşınmaz malların kullanma biçimi hakkında yapılan anlaşma paydaşları bağlayıcı niteliktedir. Yukarıda bu konuda örnekler verilmiş idi. Başka örnekler de şunlardır :

«Bütün paydaşların iştiraki ile bu şekilde bir anlaşma yapılıp yapılmadığı ve böyle bir anlaşma yapılmış ise her paydaşa bu anlaşma gereğince bırakılan kısımlar saptanmalı (68) ve davalı tarafın bu anlaşmaya

(64a) 3.H.D. 1.2.1988; 7798/1209.

(65) Develioğlu, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Lügat, Ank. 1970, sh. 801.

(66) Küley, Muin: Müşterek Mülkün İdare ve İstimali, İBD. C. XXVI, Sayı: 9, Eylül 1952, sh. 535 vd.

(67) Berki, Ali Himmet: İştirak Bahisleri ve Bazı Mukayeseler, Adliye Ceridesi, Yıl: 1937, sayı: 9, sh. 782.

(68) «Paydaşlar murislerinden kalan taşınmaz malların kullanma biçiminde anlaşmış oldukları takdirde birinin kullandığı tarlanın diğerinden büyük ol-

aykırı hareket edip etmediği ve davacı tarafa bırakılan yere tecavüz olup olmadığı araştırılmalı, anlaşmaya aykırı hareketi saptandığı takdirde davacı tarafa bırakılan yerden tecavüz edilen kısım için ecrimisile hükmedilmelidir.

Taraflar arasında taşınmaz malın kullanma biçimi hakkında bütün paydaşların iştiraki ile bir anlaşma olmadığı takdirde de intifadan men koşulu aranmak suretiyle paya tecavüz oranında ecrimisile hükmedilebilir» (69).

Tapuda kayıtlı taşınmazların paydaşları arasında yapılan müşterek malın kullanma biçimini belirleyen sözleşmeler taraflarını olduğu kadar birinin ölümü halinde külli halefleri olan mirasçılarını da bağlar. Örnek: «Bu sözleşmeyi yapan davalının babasının ölümü ile bu sözleşme sona ermez. Sözleşmede paydaşların paylarının satılması halinde sözleşmenin sona ereceği kabul edilmiştir. Davacının intifa hakkını muhafaza ederek çıplak mülkiyetini Çocuk Esirgeme Kurumuna hibe etmesi de sözleşmeyi ortadan kaldıran satış niteliğinde kabul edilemez.

Bu nedenle sözleşmenin geçerliliği kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle kabulü doğru değildir» (70).

Tapulu taşınmazların taksiminin geçerliliği için MK.nun 611/2. maddesi ve Yargıtay'ın 10.12.1952 gün ve 2/4 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı uyarınca yalnız yazılı olması yeterlidir.

Tapusuz taşınmazların ise tüm paydaşların rızası ile parçalara ayrılarak her mirasçının kendisine düşen kısmı alması ile tekemmül eder (71).

ması, büyük olanını kullanana diğer paydaştan ayrıca ecrimisil istemeye hak vermez» 3.H.D. 14.11.1983; 4452/4563. «Dinlenen tüm tanık sözlerinden tarafların 20 yıl kadar önce taşınmazları haricen taksim ettikleri ve davacıya isabet eden yerleri elinde bulundurduğu, sonradan kendisine verilen yerleri az bularak taraflar arasında nizam çıkmasına neden olduğu anlaşılmıştır. Bu delillere göre davacının davalılardan ecrimisil istemeye hakkı bulunmamaktadır» 3.H.D. 14.12.1981; 5213/5286.

(69) 3.H.D. 17.12.1981; 5336/5333 (YKD. C. VIII, S: 3, Mart 1982, sh. 327 vd.).

(70) 3.H.D. 26.4.1983; 1171/2162. Bkz. ayrıca: «Tarafların müşterek murisleri 31.12.1974 tarihinde öldükten sonra bütün mirasçıları, taşınmaz malın paydaşlarca kullanılma ve yararlanma biçimini tesbit edip, bu anlaşmayı davacıların ihtarın tebliğ tarihi olan 9.4.1980 tarihine kadar ihtilafsız uygulamışlardır/Bu anlaşma MK. 630. maddesi hükümlerine uygun olduğundan davacıların, yalnız davalı paydaşa çektiği ihtarla iştirak halindeki taşınmaz malların kullanma şekli değiştirilemeyeceğinden, mahkemece tesis edilen hükümde bu nedenlerle bir isabetsizlik görülmemiştir» 3.H.D. 1.3.1983; 948/1125.

(71) 3.H.D. 30.1.1986; 8146/510.

D) PAYDAŞ OLMAYANLAR ARASINDA KURAL OLARAK İNTİFADAN MEN HUSUSU ARANMAZ. FAKAT SOMUT OLAYIN ÖZELLİĞİ GE-REKTİRİYORSA BÖYLE BİR İHTAR ARANABİLİR (BK. 44)

İşgal zararı, gelir getirebilecek bir yerin işgali nedeniyle malikin o yerden olağan biçimde yararlanmaması yüzünden mal varlığındaki artışa engel olmaktır. Bu engel olmanın sağladığı mal varlığına girmeyen çoğalma en az kira en çokta tam gelir yoksunluğu olarak değişebilir. Tazminatın amacı el atma olmasaydı malikin mal varlığı ne durumda olacak idi ise o durumun sağlanmasıdır (72). BK.nun 42. maddesi uyarınca zararın gerek varlığı gerekse tutarı olayların adete uygun akışı ve davacının almış olduğu tedbirleri gözönünde tutan hâkim tarafından belli edilir (73). MK. 908. maddesine dayanan haksız işgal tazminatı davaları, haksız fiile dayanan tazminat davaları niteliğinde olduğundan BK. 41 ve ardından gelen maddeler ve özellikle 42 ve 44. madde hükümleri bu davada uygulanır (74). O kadarki mahkemece BK.nun 44. maddesi çerçevesinde davacının hareket tarzının zararlı olayın gerçekleşmesini kolaylaştırdığını ya da **eyleminin zararlı sonuçları üzerinde davalının dikkatini çekmemesi olayları** ve hatta tapudaki «Milli Savunma Bakanlığı'na tahsislidir» sözleri de dikkate alınarak ilk dönem için tazminatın indirilmesi ya da tamamen kaldırılması cihetine gidilebilir (75).

E) PAY VE PAYDAŞ ÇOĞUNLUĞUNCA MÜŞTEREK MÜLKİYETE KONU OLAN TAŞINMAZIN KİRAYA VERİLMESİ HALİNDE BU SÖZLEŞMEYE TARAF OLMAYAN PAYDAŞLARDAN BİRİSİNİN KİRACIYI ZORLA ÇIKARARAK DAVA KONUSU YERİ İŞGAL ETMESİ NEDENİYLE HAKKINDA AÇILAN ECRİMİSİL DAVASINDA İHTARATA GEREK GÖRMİYEN YEREL MAHKEME GÖRÜŞÜ YÜKSEK MAHKEMECE BENİMSENMİŞTİR (76).

(72) 4.H.D. 26.3.1974; 16426/1516., YKD., C: 3, Sayı: 5, Mayıs-1977, sh. 633 vd.

(73) Tandoğan, Halûk; Türk Mes'uliyet Hukuku, Ank. 1961, sh. 263.

(74) HGK. 15.4.1964; 223/330. Not: 63400 metrekairelik tarla kayden davacı üzerinde olup daha öncesi Maliye Hazinesi adına kayıtlı bulunan bu taşınmaza ait tapunun beyanlar hanesinde «Milli Savunma Bakanlığı'na tahsislidir» şerhi bulunmaktadır. Dava konusu yer gecekondulaşmış bir vaziyette olup Belediye hizmetleri ve bu arada bir kısım alt yapı çalışmaları bitirilmiş durumdadır. Davalı ise bu taşınmaz üzerinde 460 metrekairelik bir yeri işgal ederek dört katlı bina yaptığından ötürü kendisinden ecrimisil istenen bir çok kişiden birisidir.

(75) 3.H.D. 30.6.1988; 6169/6841 sayılı kararının karşı oy yazısı. YKD., C: 15, Ocak-1989, Sayı: 1, Sh. 28.

(76) 3.H.D. 29.3.1988; 2223/4073.

HATIR TAŞIMACILIĞI

Ahmet İYİMAYA (*)

● ANLATIM DÜZENİ: I — Giriş. II — Hatır İlişkisi Kavramı. III — Hatır Taşımacılığının Hukukî Niteliği. A — Hatır Taşımacılığının Sözleşme Dışı Sorumluluk Sebebi Oluşturduğu Görüşü. B — Hatır Taşımacılığının Sözleşme İlişkisi Olduğu Görüşü. C — Hatır Taşımının «Hukukî İşlem Benzeri» Olduğu Görüşü. IV — Hatır Taşımacılığında Zararın Sınırlandırılması (İndirim.) 1 — Sınırlamanın Dayandığı Etik Değerler. 2 — Sınırlamanın Aritmetik Değerlere Dönüştürülmesi. 3 — Sınırlamanın Yasal Dayanağı. V — Hatır Taşımacılığında Hakların Yarışması. VI — Hatır Taşımacılığında Sorumsuzluk Anlaşması. VII — Hatır Taşımacılığında Zamanaşımı. VIII — Hatır Taşımacılığı Def'i. IX — Hatır Taşımacılığının İspatı. X — S o n u ç .

I — GİRİŞ

Konu, ulaştırma teknolojisinin düzeyi ve buna koşut olarak yaygınlık kazanan hatır ilişkilerinin getirdiği karmaşık hukuk sorunları içinde özel ağırlık taşımaktadır.

Batı hukuk dünyasında konunun üzerinde yoğun bir hukuksal çaba gözlenmektedir. Orada hâlen ardı gelmeyen özel incelemeler, tezler... edebî zenginlik derecesindedir. Ülkemiz bakımından bu denli ağırlıklı ve karmaşık konuda henüz bir doktora incelemesinin dahi yapılmamış olması, hukuk boyutumuzu göstermese de azşey anlatmamaktadır. İki-üç sayısını geçmeyen makâle, eserlerde bir paragrafı aşmayan değinmeler ...«hatır taşımacılığına» ayrılan pay'dır (1).

Yüksek Yargı kararlarında sorunun kategorik derinlikte tartışıldığı söylenemeyecektir (2). Adalet bürokrasinin ve kapasite üstü iş yoğunlu-

(*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

(1) Prof. Özsunay Ergün, Araç sahibinin hatır için ücretsiz taşıdığı veya aracı hatır için ücretsiz olarak kullandığı şahıslara karşı sorumluluğu, İHFM, XXXII, Sayı: 1. Shf. 161-186. Dr. Franko, N. Hatır Nakliyatının Hukukî Mahiyeti ve Mesûliyetinin Tenzimi, ABD. 1973. Sayı: 5. Shf. 899-911. Çetintürk Mustafa, Hatır için taşımada tazminattan indirim. Bursa BD. 1980. Sayı: 10. Shf. 3. Bu incelemeler yanında konuya ilk-önce oldukça ayrıntılı yer-veren müellif, Dr. Adal Erhan, Trafik Kazalarında Akit Dışı Hukukî Sorumluluk, İst. 1963. Shf. 113 vd. Konuya hukukumuzda ilk-değinen Prof. Tandoğan'dır. Prof. Tandoğan, Türk Mesûliyeti Hukuku, Ank. 1961. Shf. 241).

(2) Yüksek Mahkeme içtihatları, hukukî nitelik ve indirimin yasal dayanağı tartışmasına ayrıntılı biçimde girmemekte, «sözleşme dışı sorumluluk

ğunun çevrelediği Yargıdan «içtihat» gücünde karar beklemek, mucize olur. Nevarki bu imkânsızlığa rağmen, «karar tasarruflarda» sergilenen başarı, kimi yönlerden hukukumuzun ilim kanadını geride bırakmıştır.

Yazımızda, hatır taşımacılığı, sınırlı bir biçimde incelenmiştir. Daha çok «hukûkî nitelik» üzerinde durulmuştur. Eşya -hatır taşımacılığına yer verilmemiş, yalnızca insan -hatır taşımacılığı ele alınmıştır (3).

Ulaştığımız sonuçlar, önerdiğimiz çözümler, «hamdır». Eleştiriye, olgunlaştırılmaya muhtaçtır. Ne incelemenin kalemi ve ne de incelenen konu «diğerlerini dışlayan olgunluğu» vadedecek duruluk ve arılıkta değildir.

(haksız eylem) niteliği ve BK. 43 hükmüne göre indirim» çözümünü benimsemiş bulunmaktadır. Federal Mahkeme, hukuk bilimindeki gelişmeleri çok yakından izleyerek, çözüm arayışlarını sürdürmektedir. Hukukumuzun bilim kanadının, daha doğru çözüm uğruna ürün vermesi, ayrıntılı incelemelere gitmesi hâlinde, bunun içtihat hukûkuna yansıtacağından kuşumuz yoktur. Aynı düzlemde Yüksek Mahkememizin çok sayıda kararı vardır. Par. Ex. Y4HD. 2.3.1982 t, 1068/2199-E/K sayılı kararında «..Borçlar Hukûkunun genel kurallarına göre akdi bir münâsebetin meydana gelebilmesi için yalnız irâdelerin telâhükü kâfi gelmeyip aynı zamanda hukûkî neticeler tevhit üzere birleşmiş olması da şarttır. Hatır için taşımada araç sâhibinin (doğrusu: işletenin veya taşıyanın olacak), borç altına sokmağa matuf bir irâdesi yoktur. Bu itibarla bu çeşit taşımalarda taşıma sözleşmesinin varlığından sözedilemez. Gerçekten hatır için taşımada yalnız yolcunun yararı vardır. Araç sahibi ivazsız bir şekilde hareket ettiği cihetle, hatır taşımacılığının özelliği gözetilerek BK. 43/1, maddesinin uygulanması gerekir. Yargıtayın sürekli uygulaması bu doğrultudadır. Bu nedenle,.....tazminattan bir bölümünün indirilmesinin düşünülmemesi, bozmayı gerektirir», denmektedir. (ABD. 1982, Sayı: 2, Shf. 270 vd.) Y11HD. 29.9.1979 t, 3583/3817-E/K sayılı kararında, «.....TTK. 762. ci maddesi gereğince ücret, taşıma sözleşmesinin unsuru olup ücretsiz olarak Elif'in halası davalı idare hostesi tarafından uçağa bindirildiği ve denize düşerek kaybolan uçakta bulunduğu iddiâ edildiğine ve olayda yukarıda söylendiği gibi taşıma sözleşmesi niteliği bulunmadığı ve haksız eylem hükümlerine tâbi olacağından Dairemizin görevi dışında kalmaktadır», denmektedir. (Eriş Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kânunu, Kıymetli Evrak ve Taşıma. Ank. 1988. Shf. 949. no: 1687) Ayrıca bkz. Y15HD. 26.11.1974 t, 867/1920-E/K. (Karahasan, Mustafa Reşit, Tazminat Davaları, Ank. 1981. Shf. 256'da).

- (3) «Hatır eşya taşımacılığı ve hatır için aracı başkasına kullandırma», hukûkî niteliği itibarıyla, hatır için yolcu taşınması rejiminden farklıdır. Bu itibarla, incelememizin olası yoğunluğu da gözlenerek, problemin bu yönü inceleme dışında bırakılmıştır. (Örneğin eşya taşımacılığına istisna sözleşmesi hükümlerinin uygulanması görüşü için, bkz. Dr. Ülgen, Hüseyin, Türk Hukûkunda ve Milletlerarası Hukukta Karayolu ile Yolcu ve Bagaj Taşıma, Sorumluluk ve Sigorta Hukûku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu, Ank. 1985. Shf. 10).

Hukuk uygulayıcısının «problemler bahçesinden» güllü-dikenli oğulları, hukuk âlemine sunması, kaçınılmaz bir ödev- olmalıdır. Teori-uygulama ikilisi arasındaki birbirlerini yücelten ve ilerleten bağıntıyı başkaca bir yolla sağlamak, daimâ eksik olacaktır. Uygulamanın ilim barajına sığmayan dev sellerini ortaya koymaz isek, kürsüden üretilen düşünceyi cücelikten kurtaramayız.

II — HATIR İLİŞKİSİ KAVRAMI

Hatır kavramı, insanla yaşıttır. Ahlâk kökenlidir. «Karşılıksız iyilik yapmaları» (4) anlatmaktadır. Ahlâkî edimlerin hukuka konu olmaları, giderek hukuksal edime dönüşmeleri mümkündür. Esâsen edimler yığınınında «hukuk-ahlâk» bağıntısını yoksaymak imkânsızdır. Burada hukûkî edim niteliği kazanmış, hukukun yaptırım bağladığı, daha açık anlatımla, hatır-taşımacılığı ilişkisinin objesi «HATIR» unsuru üzerinde durulacaktır.

Hatır ilişkisinin oluşması için, şu koşulların bulunması gerekir :

1 — Taşıyanın, taşımada önemli bir yararı olmamalıdır: Bu yararın ekonomik nitelikli olması aranmaz. Ekonomik değerlikler dışında kalan «ideâl, estetik ve duygusal (manevi)» yararlar da, hatır ilişkisinin oluşmasını önler (5). Eğlence için belli bir yere gitmek, taşıyanın önemli yararı nedeniyle, böyledir (6). Taşımada taşınanlar ile taşıyanın eşit derecede ortak yararlarının bulunması hâlinde de, hatır-ilişkisi doğmamaktadır. Örneğin, birlikte ava gitmekte olduğu gibi. Ancak önemsiz sayılacak taşıyan yararı, ilişkiyi kurar. Taşıma-yolculuk sırasında taşıyana yemek ısmarlama ve benzeri durumlar, önemsenmez ve hatır-ilişkisini önlemez yararlardır. Arabaya yakıt sağlamak, yerine göre önemli bir yarar sayılabilir. Taşıma, başka bir ilişkinin veya tipik-taşıma akdinin yan-edimi (7)

(4) Sözcük, «Kazan Türkçesi ve Arap Dili kökenlidir». Hafıza, saygı, öneriye uyma, gönül yapmak vb. anlamları içermektedir. (Hüseyin Kâzım Kadri, Türk Lüğatı, Türk Dillerinin İştikâkı ve Edebî Lüğatları, İst. 1928. Shf. II/584-585. Şemsettin Sâmî. Kamûs-u Türkî, İst. 1317. Shf. 568. Türkçe Sözlük. (TDK. 7. ci bası. Ank. 1983. Shf. I/510).

(5) Prof. Özsunay, age. Shf. 171. Prof. Eren, Borçlar Hukûku, Genel Hükmüler, Ank. 1987. Shf. I/103. Çelikleş Demet. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kânununda, işletenin hukûkî sorumluluğu (yüksek lisans tezi, yayımlanmamış), Shf. 114.

(6) Oftinger, Kommentar zum ZGB. II/939. (Prof. Özsunay, ag. in. Shf. 171'den naklen).

(7) Prof. Eren, age. Shf. II/281. Franko, ag. Shf. 902, 908. Prof. Tandoğan, İsviçre Hukûkunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği. Şartları.. Türk Hukûku için öneriler. (V. Ticaret ve Banka Hukûku Haftası, Ank. 1975. Shf. 193 vd.) Prof. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop. Borçlar Hukûku, İst. 1985. Shf. I/II.

niteliğinde ise, hatır ilişkisi oluşmaz. İşçilerin şehir merkezinden iş-yerine ücretsiz taşınmaları hizmet akdinin veyâ teamülün, yolcuların terminale veya terminâlden şehire taşınmaları, taşıma sözleşmesinin yan-edimle-ridir (8).

Ekonomik yarar, ücret yanında, parayla ölçülebilen veya zaman içinde paraya dönüşmeye yolaçacak bütün yararları kapsar. Müşteri potansiyeli- ni artırmak için birkaç kez bedâva toplu taşıma (örneğin, öğrenci grup- larını geziye götürme), satışa çıkardığı aracı beğendirmek için birlikte do- laşma hâlinde, henüz paraya dönüşmemiş (potansiyel) ekonomik yarar du- rumu varolup hatır-ilişkisi oluşmaz (9).

Tarafları bağlayan bir hukuk kuralı uyarınca ücretsiz taşıma hâlinde, tipik-taşıma sözleşmesi varolduğu için hatır-ilişkisinden sözedilemez. Özel yasa uyarınca gazilerin, iç-düzen kuralları veya çerçevesinde kamu perso- nelinin, büyüğün tarafı bulunduğu taşıma sözleşmesi uyarınca bebeğin (kü- çüğün) taşınmaları, taşıyana ilk-bakışta herhangi bir yarar sağlamamakla birlikte, «hatır ilişkisi» ne yolaçmaz (10). Bu durumlarda TTK. 762 an- lamında «taşıma ilişkisinin varlığı» nda görüş birliği vardır. İlk iki du- rumda kamunun, üçüncü örnekte taşıyanın «ücretten ferağı/hibesi»nin varolduğu söylenmektedir (11). Bize göre her üç durumda da taşıyanın belli yararları sözkonusudur. Gazilerin savaş hizmetleri, kamu görevlileri- nin hâlen süren ağırlıklı görevleri, «ücret» çıkarı yerine öznel yarara dö- nüştürülmüştür. Genellikle ayrı bir koltuk tahsis edilmeyen küçük, baba- nın müşteri olarak sağlanması uğruna zımnî veya çoğu kez sarih bir ka-

- (8) Dr. Ülgen, Hüseyin, age. Shf. 22. Erdem, H. Ercüment, Taşıyanın Kara- yolu Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu (yüksek lisans tezi, yayımlanmamış). Shf. 8. Prof. Gürsoy, Kemal Tahir. İsviçre Hukû- kunda Trafik Kazalarından Doğan Sorumluluğun Hukûkî Anahatları, Ank. 1974. Shf. 95.
- (9) Y11HD. 15.10.1980 t, 4809/4890-E/K kararında, «...Davalı DDY.nın müş- teri celbi için belli yaştan küçük çocuklardan taşıma ücreti almaması, arada taşıma sözleşmesi bulunmadığının nedeni olamayacağına göre, olaya taşıma sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir...» denmektedir. (Başbuğoğlu, Tarık. Uygulamalı Türk Ticaret Kanûnu. Ank. 1988. Shf. I/1075. no: 1262).
- (10) Doğanay, İsmail. Türk Ticaret Kanûnu Şerhi, Ank. 1981. Shf. II/171. dipnot: 594. Zeyneloğlu, Ahmet. Uygulamalı Taşıma Hukûku, Ank. 1980. Shf. 70 vd. Doğanay, Erdoğan, Ticaret Hukûkunda Kara ve Demiryolu Taşımacılığı, Shf. 10. (Bkz. 1968 t, 1005 sayılı yasayı değiştiren 1983 t, 3943 sayılı yasa. Md. 2. Burada önceki askerî hizmetlere ilâveten, Kıbrıs Barış Hârekâtına katılmak, katılanlar ve refâkat eden eşleri yönünden demir-deniz-belediye nakil araçlarından ücretsiz yararlanma sebebi sayılmıştır.)
- (11) Doğanay, İsmail. age. Shf. II/1710 vd. III/459.

bul ile taşınmakta olup hatır unsurunu ortaya koyacak herhangi bir sâik veya faktör yoktur.

Görüldüğü gibi hatır ilişkisi, «taşınanın taşımada önemli bir yararı olmaması» olumsuz koşulu ayırıcında hayli dar-alana inhisar etmektedir. Uygulamada çoğuna hatır taşıması mühürü vurduğumuz taşımaların genellikle «hatır ilişkisini oluşturmadıkları» açığa çıkmaktadır. Hatır ilişkisi olayına göre «nezâket, saygı, memnun etmek, yardım, şefkat-merhamet» gibi sâiklerin rol oynadığı ilişkiler sahasındadır. Bu sâikler, yerini yukarda belirtilen türden maddî-manevi çıkar ilişkisine terketti mi, hatır-münâsebetinden sözedilemez. Bir düşünce, tamâmen alütrist (özgeci-hayırhah) nitelik taşıyan şu sâiklerin bile manevi çıkar oldukları, süjeyi kişisel olarak doyuma ulaştırma ve toplumda saygın yer edinme çabası biçiminde görünömlenen yarar-ıvaz sağladıkları yönündedir (12).

2 — Hatır ilişkisi, serbest irâde ile kurulmalıdır: Bu unsur, taşıyanın veya taşınanın zorla yarattığı ücretsiz taşıma ilişkisini, hatır-taşımacılığından dışlamaktadır (13).

3 — Taşıma, taşınanın yararına olmalıdır: Hatır ilişkisinin yapısında mevcut olan bu unsur, hukuksal nitelendirmede önem taşır. Nevarki, taşıyanın yararı ile taşınanın yararı, aynı taşımada zaman olarak birleşebilirler. Örneğin iş-yerinden eve dönerken, aynı mahalledeki komşuyu ücretsiz taşımakta olduğu gibi. Burada önemli olan «aynı yararın» her iki tarafı ortak biçimde ilgilendirip ilgilendirmedir. Eğer ortada «ava gitmek, eğlenmek gibi» «ortak-bileşik» amaç ve yarar-grubu yok ise, taşıyanın hatır ilişkisine mani yararından sözedilemez. Komşu ile birlikte eve gelmek, her iki taraf için ayrı, birbirine bağlı olmayan, bağımsız, kişisel yarar oluşturur.

Hatır ilişkisinin başlama ve sona ermelerinin mekan ve zaman boyutunda belirlenmesi gerekir. Burada kuşkusuz yararlanılacak ölçüler, «Hukûkî Muamele Hukukundaki Ölçüler»dir. Bu ölçüler, menfaat vaziyetine uygunluğu sınırında, kıyasen «hatır taşımacılığına» da aktarılacaktır (14). Sorumluluğun başlangıç ve sonaerme anlarını belirlemek bakımından başvurulmuş bu ölçü (yahut ölçü başvurusu), sözleşme dışı sorumluluğun kuru mu kapsayan bir sebep olmadığını sezinletmektedir. Örneğin, araçtan indikten sonra, manevra sırasındaki kazada BK. 43 hükmü, hatır taşıma-

(12) Prof. Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, Ank. 1985. Shf. 255 vd.

(13) Prof. Özsunay, Ergun, age. Shf. 100. BK. 1/1.

(14) İyimaya, Ahmet. Taşıma Sözleşmesine İlişkin Bazı Sorunlar (YD. 1986. C. 12, Sayı:3. Shf. 283-286. dipnot: 6-12) Y11HD. 21.1.1986 t, 6200/38-E/K. YHGK. 11.10.1978 t, 11-498/825-E/K. (Kararlarda, binmeden önce ve indikten sonraki sözleşme ilişkisi süreci çözüme bağlanmaktadır.)

cılığı öznesinde uygulanabilecek midir? Ahlâki sayılan hatır ilişkisi, ahlâki valörünü buraya kadar uzatabilir mi? Ancak sözleşme ilişkisinin böyle bir sorunu çözme özelliğini taşıyabileceği mi söylenecektir? Sorumluluğun başlama-sonaerme yer ve zamanı, ayrı bir incelemeyi gerektirir boyuttur. Ancak tipolojik belirlemedeki önemi nedeniyle soruna kısaca değinilmiş olmaktadır.

Uruslarını kapsar genellikte, hatır taşımacılığı şöyle tanımlanabilir: «Taşıyanın, bir kişiyi veya şeyi önemli yararı olmaksızın, ıvazsız olarak taşımasıdır» (15).

III — HATIR TAŞIMACILIĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Batı hukukunda da hâlen hararetle tartışılan «hatır taşımacılığının hukûkî niteliği» konusunda iki görüş çarpışmaktadır. Her iki görüşün kendilerine göre geçerli sebepleri vardır. Bizde nitelik sorunu, gereği gibi tartışılmamıştır. Bunun önemli nedenlerinden biri de, taşıma sözleşmesiyle ilgili BK. 431-448 hükümlerinin kaldırılmış ve Ticaret Hukukuna aktarılmış olmasıdır (16). Aşağıda görüleceği üzere, Ticaret Hukukçularının -ki taşıma hukuku kendi alanlarıdır- yaklaşım tarzları, Borçlar Hukukçularınınkinden başkadır. Esâsen ikinci grup bilim adamları, soruna sorumluluk hukukunun ötesinde, hukukî muamele hukuku bazında detaylı biçimde yaklaşmamışlardır.

Hatır taşımacılığının «sözleşme dışı ilişki», «sözleşme ilişkisi» nitelik taşıdığı karşıt düşüncelerine ilâveten tarafımızdan «hukûkî işlem benzeri ilişki» üçüncül düşüncesi ortaya atılmıştır.

A — HATIR TAŞIMACILIĞININ SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK SEBEBİ OLUŞTURDUĞU GÖRÜŞÜ

1 — Hatır taşımacılığında, hukûkî işlemde, özellikle sözleşmelerde varlığı zorunlu «muamele irâdesi, sonuç tevhit etme, taahhüt altına girme, bağlanma» unsuru bulunmamaktadır. Bu itibarla, ortada akdi değil, akit dışı ilişki vardır (17). Yüce Yargıtayımızın yaklaşım tarzı da budur (18).

(15) Benzeri tanım için krş. Dr. Adal, age. Shf. 113.

(16) 26.9.1956 t, 6763 sayılı Türk Ticaret Kan. Meriyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun, Md. 41.

(17) Dr. Franko, Ticaret Hukûku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, IV. Ank. 1987. Shf. 348-349, 341 vd. Prof. Eren, Fikret, age. Shf. I/155 vd., II/282 ve civ. Prof. Tandoğan, Halûk. Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ank. 1987. Shf. II/361. Dr. Adal, Erhan. age., Shf. 116. Prof. Tandoğan, Halûk. Mes. Huk. Shf. 241, 327. Dr. Franko, age., Shf. 902. Zeyneloğlu, Ahmet. age., Shf. 68. Karahasan, M. Reşit. age., Shf. 519 ve civ.

(18) Dipnot 2'deki içtihatlar. Ayrıca Y11HD. 27.11.1977 t, 4396/4574-E/K.

Bu yazımızın basıma verilmesinden sonra elimize geçen bir içtihatla,

2 — Sözleşme alanı dışında kalan bu ilişki, hukuk alanının da dışında olup tamamen görgü ve ahlâk kurallarıyla ilgilidir (19).

3 — İlişkinin ivazsız olması, bu çözümde önemli değildir (20). Çünkü hukukta, ivazsız işlem veya sözleşme ilişkileri vardır.

Bu çözüm, olayla, zarar oluştuktan sonra (zararı yaratan oluş aşamasında) meşğûl olmakta, ondan önceki irâdî ilişkiye önem vermemektedir. Şu anlamdaki, «olay öncesi mevcut hatır ilişkisi, BK. 43 anlamında özel hâl olarak kabûl edilmekte, ondan öte bir vasıf tanımamaktadır». Sorumluluk, BK. 43 ve civarı hükümlerine göre, «sözleşme dışı sorumluluk, özellikle haksız eylem kuralları»'nca belirlenecektir.

Öbür görüşe geçmeden önce, KTK. 87/1 hükmünün anlamı üzerinde durmak gerekir. Gerçekten sözügeçen hüküm, «hatır taşımacılığını», Karayolları Trafik Yasası rejimi dışında bırakmış ve çözümü «genel hükümlere» yollamıştır. İmdi acaba, genel hükümlerden amaç, BK. 43 ve civarı (haksız eylem) hükümleri midir?

Sorumluluk hukuku müelliflerinin aksine (21), yollama BK. 43 ve civarı maddelere değil, «genel hükümlere» yapılmıştır. Bilindiği gibi «Ge-

hatır taşımacılığının sözleşme ilişkisi oluşturduğu görüşü benimsenmiştir. Kararda aynen şöyle denmektedir. «Hatır taşınması konusunda tarafların birleşen iradeleri onlar için tek yanlı bir sözleşme ilişkisi kurar. Bu sözleşmede yalnız taşıyıcı borç altına girmiş olur. Ancak taşımada kendisinin bir yararı olmadığı için bu gibi hallerde Borçlar Kanununun 43. maddesi gereğince gerçekleşen maddi zararın bir kısmının tazminat alacaklısı üzerinde bırakılması ve manevi tazminat takirinde de bir indirim nedeni olarak kabul edilmelidir. Y4HD. 25.2.1986 t, 765/1694-E/K». (Aşçıoğlu, Çetin. Trafik Kazalarında Hukukî Sorumluluk ve Tazminat Davaları. Shf. 193. dip-not: 197'den naklen) Kararda benimsenilen hukukî sebebe göre indirim normunun BK. 43 değil, BK. 98/1.C.3 olmalıydı.

- (19) Franko, agm. Shf. 901. Ahlâki ilişki kavramı için bkz. Prof. Bilge, Necip. Hukuk Başlangıcı, Ank. 1977. Shf. 16 ve civ. Prof. Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İst. 1975. Shf. 82-83. Prof. Önen, Mes'ût. Hukûkun Temel Kavramları, İst. 1985. Shf. 34 ve civ.
- (20) Dr. Franko, agm., Shf. 901. Bu yazımızın 1 no'lu dipnotundaki Y4HD. 2.3.1982 t, 1068/2199-E/K yazılı kararda, «ivazsızlık», kurucu unsur olarak benimsenmiş gibidir.
- (21) Prof. Eren, Fikret. age. Shf. II/282. Dr. Kılıçoğlu, Ahmet, 2918 Sayılı Yasaya göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu. (BATİDER, C. XII, Sayı: 2-3. Shf. 43-44. Dr. Bolatoğlu, Bolat. Karayolları Trafik Kanûnuna Göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu, Ank. 1988. Shf. 29. Prof. Özsunay, Ergun. Türk Hukûkunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi. (Sorumluluk Hukûkunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukûkündaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu. İst. 1980. Shf. 121).

nel Hükümler», BK. Md. 1-181 arasındaki hükümleri kapsar. Sorunun çözümünde bu normlardan hangisi elverişli ise, ona başvurulacaktır. Nettekim aynı maddedeki (87/11' kuralındaki) birbaşka yollamanın «sözleşmelere ait bulunduğu» (22) vurgulanmaktadır. Giderek genel hükmü, bu yasanın dışındaki herhangi bir kod, hüküm veya boşluk doldurma yoluyla yaratılacak hukuk kuralı biçiminde anlamayı önleyen bir hüküm de yoktur. Sonuç olarak KTK. 87/1 kuralı, çözüm hükmü getirmemiş, âdetâ eski tartışmanın sürmesini ve konunun olgunlaşmasını yeğlemiştir. Hatır taşımacılığının tehlike sorumluluğunun korunması dışında bırakılmasının isâbetsizliği bir yana, yollama normunun aksine anlaşılışı «işletenin kusuru olmayan teknik arıza hâlinde» sorumsuzluğu sonucunu doğurur. Belirtilimki KTK. 87/1 kuralı, «sözleşme ilişkisi» çözümünü dışlamamaktadır. Yasama malzemelerinde (gerekçe, komisyon görüş vb) de aksine bir doğrultuya rastlamak mümkün olmadıktan başka bu malzemelerin yasanın açık anlamını değiştiren etkileri bulunmamaktadır (23).

B — HATIR TAŞIMACILIĞININ SÖZLEŞME İLİŞKİSİ OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Hatır taşıması, bir sözleşme ilişkisidir. Sözleşmede varlığı zorunlu unsurlar, hatır taşımasında da vardır. Ayrıca haksız eylemle hatır taşımacılığında kaynaklanan olayların yapıları farklıdır. Tarafların iradeleriyle oluşturdukları konumdaki zarar oluşmalarıyla yasaya uygun olmayan ve konumu taraf iradelerinin yaratmadığı bir ortamdaki zarar oluşmaları ayrı şeylerdir.

1 — Muamele irâdesi unsuru yönünden : Karşı görüşte olanlar tarafından ileri sürülen «taşımanın üstlenilmesi taahhüdünün, bağlanma irâdesinin, teknik terimle muamele irâdesinin» hatır taşımacılığında bulunmadığı yanlıştır.

a) BK. 1/1 hükmü, «karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının birleşmesini» sözleşme için yeterli görmüştür. Irâdenin sonuca yönelik olması, yasa tarafından öngörülen bir unsur değildir (24). Nevar ki akdin

(22) Dr. Bolatoğlu, Bolat, age. Shf. 30.

(23) Bkz. Danışma Meclisi ve Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergileri. Prof. Aral, Vecdi, age., Shf. 192. Prof. Bilge, Necip, age., Shf. 275 vd. İyimaya, Ahmet. Gizli Belgeli Adâlet yahut Savunmasız Yargı (Barolar Birliği Dergisi, 1988, Sayı: 1. Shf. 103).

(24) Prof. Eren, Fikret, age. Shf. 1/239. Müellif, BK. 1/1'de «muamele irâdesinin» yeralmamasını eksiklik olarak görmektedir. Bize göre yasa metninin mevcut durumu, «hukûkî işlem benzeri» niteliğine dayanak oluşturmaktadır.

teşekkülü için taahhüt irâdesinin varlığı, kaçınılmazdır (MK. 1). Ancak yasada belli bu unsur eksikliği, hatır-taşımacılığında önemli bir başka tip belirlemesi yönünden yardımcı olacaktır (25).

b) Hatır taşımacılığında, irâdelerinin taşıma noktasında birleşmesinden başka, taşıyan tarafından «taşıma taahhüdü», taşınan tarafından «bu taahhüdün kabûlü» öğeleri vardır :

aa) Burada haksız eylem kuramcılarınca «gereksiz bir soyutlama ve mantıki ameliye» yapılmaktadır. Becker'in büyük bir vukuf ile işaret ettiği üzere, taşıma ediminin «ifası/taşınma», bu taahhüdün varlığı için kâfidir. Kişinin bu edimin ifâsına girişmesi, taahhüt altına girilme irâdesinin fiilen ve hukûken izhârından başka birşey değildir (26).

bb) Taşıma hukuku ile meşgûl olan bütün ticaret hukukçuları, hatır taşımasında akdi ilişkinin doğduğu görüşündedirler (27). Prof. Tekinay da BK. 98/1. c. 3 hükmünün incelenmesi sırasında hatır ilişkisi örneğine dayanarak -açıkca olmasa da- akdi ilişki görüşündedir (28).

cc) Çağın en tehlikeli aracı ile hizmet sunumunun taahhüde bağlı olmadığını benimsemek, üstelik irâdelerin birleşmesi ve ifâya girişme realitesi içinde böylesi bir soyutlamaya gitmek, yapma borçlarını dışlayan, tanımayan bir anlayış olur. Esâsen «bağışlama-causa donandi» sebebinin bulunduğu sözleşmeler, karakterleri itibarıyla ahlâkî sâiklerin hukukî edime dönüştükleri ilişkilerdir (29).

2 — İvaz unsuru yönünden : Yüksek Mahkemenin bir içtihadı dışında (30), hatır-ilişkinin ivazsız olmasının akdî ilişki niteliğini etkilemeyeceğinde görüş birliği vardır (31). Tâcir-taşıyıcının ücreti kararlaştırmamış olması, TTK. 22 hükmündeki yedek-hukuk kuralı uyarınca, sözleşmeyi ta-

(25) Bkz. Bu yazımızın «III/C-Hatır Taşımalarının Hukûki İşlem Benzeri Olduğu Görüşü» Bölümü.

(26) Dr. H. Becker. İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu, 1. kısım Genel Hükümler (Adâlet Bakanlığı çeviri yayını) Ank. 1967. Shf. 13. kezâ aynı eser, I/568.

(27) Dr. Arkan, Sabih. Taşıyanın Ücret Hakkı, F.H. Sur'un anısına armağan. Shf. 339. Dr. Ülgen, Hüseyin. agm. Shf. 10. Dr. İnan, Nurkut. age. Shf. 78.

(28) Prof. Tekinay ve Arkadaşları. Shf. II/1165. (BK. 98/1 yapılan yollama ve hatır ilişkisine bu bölümde yer-verilme olgusu-dipnot bölümü de dâhil).

(29) Prof. Eren, Fikret. age. Shf. I/215. Tangsir, Ferit Bedî. Bağışlama Muamelesi ve Nevileri. İst. 1953. Shf. 43.

(30) Bkz. dipnot 20'deki içtihat.

(31) Dr. Franko, agm. Shf. 901 ve diğer müellifler.

şıma akdi olmaktan çıkarmaz (32). Her türlü «dolaylı-dolaysız ekonomik menfaat», ücret sayılmaktadır (33). Hatır taşınması akdî ilişkisinde, «ivaz unsuru» (taşınan yönünden) bulunmamaktadır.

3 — Hatır ilişkisinin tarafı taşınan da, taşıyana veya araca verdiği zararlar sebebiyle aynı akdî ilişki hükümleri uyarınca sorumludur. (BK. 98/1. c. 3 argumantosunu) (34).

4 — Varılan bu çözüm (akdî ilişki olduğu sonucu), benzeri kurumlarda benimsenen niteliklemlerle de hem-âhenktir: Sözleşme kurulmasa da hî, görüşmeler sırasındaki kusur sebebiyle (akit-öncesi) sorumluluğun sözleşme sorumluluğuna dayalı olması (35), hatır senetlerindeki hatır anlaşmasının akdî mahiyet arzemesi (36), eylemsel borç ilişkilerinin sözleşme olarak değerlendirilmesi (37)... bütün bunlar, ifâsına girilmiş hatır taşımalarının akdî bir muhteva taşıdıklarını gösterir. Hatır taşınması, yukarıdaki akdî çözüme ulaşmış hiçbir kurumdan daha az böyle bir çözüme kapsar nitelikte değildir.

Yapılan bu tartışmalar sonunda, İsviçrede, 1975 tarihli yasa değişikliği ile «hatır taşınması», «özel kurtuluş nedeni» olmaktan çıkarılmıştır (38). Varşova Konvansiyonu, uçak işletmesinin «ücretsiz yolcu taşıma-

-
- (32) Eriş, Gönen. age. Shf. 936. YTK. 23.3.1962 t, 4121/1246-E/K. (BATİDER, 1963. C. III. Sayı: 2. Shf. 318) Dr. Arkan, Sabih. Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ank. 1982. Shf. 15.
- (33) Dr. Arkan, Sabih. Taşıyıcının Ücret Hakkı (Fâdıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ank. 1983. Shf. 239 ve dev. Dr. Ülgen, Hüseyin. agm., Shf. 9. Doğanay, İsmail. age., II/1710 ve dev.
- (34) Dr. Becker, age. Shf. I/568. Müellif aynen şöyle demektedir: «Buna karşılık hatır için bir mükellefiyeti (bir borcu) üzerine alan taraf, bu yüzden bir zarara uğramışsa, mesûliyet bilhassa ŞİDDETLİ OLMAK LÂZİM GELİR».
- (35) Prof. Akyol, Şener. Uygulama Örnekleri, İst. 1980. Shf. II/97. BGE 92 453 (aynı eserin 36 no'lu dipnotundan naklen), Müellif, akit öncesi sorumluluğun niteliği noktasında Federal Mahkemenin haksız eylem görüşünden döndüğünü, sözleşme ilişkisi görüşünün yerleştiğini belirtmektedir.
- (36) Dr. İnan, Nurkut. Türk Hukûkunda Hatır Senetleri, Ank. 1969. Shf. 76 ve dev.
- (37) Prof. Akyol, Şener. age., Shf. II/232 vd. Yavuz, Nihat. Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kuramı Açısından Yargıtay Uygulamasına Eleştirel Bir Yaklaşım. (YD. 1984, Sayı: 4, Shf. 439 vd. Aynı Dergi, 1985. Sayı: 1-2. Shf. 80 ve dev. jdT. 1985 I 152 (BATİDER, 1985. cilt: XIII, Sayı: 1. Shf. 151'den)
- (38) Prof. Özsunay, Ergun. Sorumluluk Hukûku sempozyumunda sunulan ve adigeçen tebliği. Shf. I/121.

sını», sözleşme ilişkisi saymıştır (Var. Konv. Md. 1) (39). Tartışmanın ibresi, «akdî ilişki yönünde» ağır basmaktadır.

Hatır taşımacılığının «sözleşme ilişkisi» olduğu belirlendikten sonra, hangi genel ve özel tiplerde yer aldığı husûsu, uygulanacak hükümler yönünden önemlidir :

Hatır taşımacılığı, ivazsız yapma borcunu içermekle bir tarafa borç yükleyen sözleşme kategorisine girer (40). Nevar ki burada da, taşıyan (yolcu) için, taşıyanın mâmelek ve kişilik varlığını koruma yükümü bulunduğundan, aslî edim niteliğinde olmayan muhafaza yükümlülüğü vardır (41).

Hatır taşımacılığı, «ivazsız sözleşme grubu»ndandır. Taşıyanın ivaz sayılabilecek bir yararlanması olmadığından, BK. 98/1. c. 3 kuralı uyarınca «yumuşatılmış sorumluluğu» vardır (42). Görüldüğü gibi haksız eylem çözümündeki BK. 43 kuralı, akdî sorumlulukta, «ivazsızlık» hâlinde, BK. 98/1. c. 3'de yer almıştır. Bu itibarla haksız eylem nitelemesinin bu nokta da ayırıcı çözümü getirme özelliği yoktur.

Hatır taşımacılığının özel-borç ilişkileri içindeki yeri nedir? Neresidir? Soruya farklı cevaplar verilmektedir :

Bir görüş, «taşıma sözleşmesi» olduğu noktasındadır. Hatır taşımacılığında, taşıyanın zımnen veya sarîh olarak «ücret» hakkından vazgeçmesi vardır. Vazgeçme, ücret unsurunun yokluğunu değil, onun teberrüü (hibesi) sonucunu doğurur, denmektedir (43).

Hukukumuz yönünden baskın görüş, «insan (yolcu) hatır taşımacılığının» «vekâlet akdî oluşturduğu» noktasındadır (44). Hatır taşımacılığının iş-görme sözleşmeleri grubundan olduğu hatırlanınca, özel düzenle-

(39) Varşova Konvansiyonunda benimsenen kuralın, 1.3.1977 t, 2073 sayılı yasayla konvansiyona katılmamız karşısında, «iç-hat taşımacılığı bakımından», hukûkî niteliği belirlemede kıyâsen benimsenmesi gerekir. (Benzeri olayda böyle bir kıyasa değinilmeyen çözüm bakımından bkz. Bu yazımızın 2 no'lu dipnotundaki Y11HD kararı.) Prof. Önen, Mes'ût. Hava Hukuku Dersleri (teksir). İst. 1983. Shf. 70.

(40) «Bir tarafa borç yükleyen sözleşme kategorisi» için bkz. Prof. Eren, Fikret. age. I/240.

(41) Prof. Edis, Seyfullah. Başlangıç Hükümleri, Ank. 1983. Shf. 315. Prof. Eren, Fikret, age. I/41.

(42) Prof. Eren, Fikret. age. I/249 ve dev. 197 ve dev. Dr. Arkan, Sabih. agm., Shf. 339.

(43) Doğanay, İsmâil. age. Shf. II/1711, III/459.

(44) Dr. Arkan, Sabih. agm. Shf. 339. Dr. İnan, Nurkut. age. Shf. 78. Dr. Ülgen, Hüseyin, agm., Shf. 10. Müellif aynen şöyle demektedir: «...Ücret tediyesi sözkonusu olmayan hallerde taşıma sözleşmesi yoktur. Bu ne-

me görmemiş iş-görme sözleşmelerine -ki hatır taşımacılığı da bunlardan-
dır. BK. 386/II hükmü uyarınca: «Vekâlet akdine ilişkin kuralların uygulanacağı» prensibi karşısında çözüme katılmamak imkânsızdır. Nevar ki BK. 386/II hükmüne rağmen, hatır taşımacılığının kimi problemlerine vekâlet akdi kurallarının uygulanamaması (âdil çözüme uygun düşmemesi) hâlinde, isimsiz akit grubundan olan «sû-i generis/kendine has tabiatı olan akit» çözümüne gidilebilir (45). Bu halde yargıç, gereğince uygulanacak kuralı yaratmak (kural koymak) ödeviyle yükümlüdür (MK. 1). Esasen taşıma sözleşmesi de kendine has tabiatı olan akit olarak nitelenmektedir (46). Öteyandan, BK. 386/II kuralı, bir «tip belirleme kuralı değil», benzeri durumlarda, hüküm olmayan hallerde «uygulanacak hüküm tayin eden norm» niteliğindedir.

Bize göre, taşımanın özel olay içinde aldığı konum karşısında vekâlet yada sû-i generis akit çözümlemesi yeğlenmelidir.

C — HATIR TAŞIMASININ «HUKUKÎ İŞLEM BENZERİ» OLDUĞU GÖRÜŞÜ

-Hukukî zorlama içinde. «sözleşme ilişkisi» görüşünün benimsenmesi hâlinde, ortada «hukûkî işlem benzeri» olduğu nitelemesine gidilebilir.

1 — Hukukî işlemin (bu arada hukukî işlem çeşidi olan sözleşmenin) kurucu unsurlarından birisinin eksik olması hâlinde, genellikle, «hukukî işlem benzeri irâde izharı» kurumunun varlığından sözedilmektedir (47). Gerçekten, hatır taşımacılığında, «taahhüt altına girme, sonucu sağlama ve bağlama irâdesinin yokluğu» benimsense bile, -ortada karşılıklı

denle ücretsiz taşımalara vekâlet ile ilgili hükümlerin uygulanması gerekir. Esâsen taşıma sözleşmesinin vekâletin bir alt-türü olduğunu biliyoruz. Alman ve İsviçre Hukuklarında da ücretsiz yapılan taşımalar, vekâlet hükümlerine tâbi tutulmaktadır».

- (45) Prof. Eren, Fikret. age., Shf. I/239. Prof. Kuntalp, Erden. Karışık Muh-tevâli Akit, Ank. 1971. Shf. 11. dipnot: 11. Prof. Tandoğan, Halûk. BK. Shf. II/384 ve dev.
- (46) Dr. Ülgen, Hüseyin. agm., Shf. 10. Dr. Atabek, Erdal. Eşya Taşıma Hukuku. İst. 1960. Shf. 34.
- (47) Dr. H. Oser-Dr. W. Schöenberger. Borçlar Hukuku (Recâî Seçkin çevr.) Ank. 1947. Shf. I/22. no: 101. Prof. Eren, Fikret. age. I/189 ve dev. Prof. Feyzioğlu, F. Necmeddin. Borçlar Hukûku, Genel Hükümler, İst. 1976. Shf. 36. Prof. Tandoğan, Halûk. Vekâletsiz İş Görme, Ank. 1957. Shf. 37 ve civ. Müellifin «sözleşme benzeri» kurumuna yönelik eleştirisi, özellikle vekâletsiz iş-görmenin hukukî niteliğinde, «işlem benzeri» kavramını benimsemiş olması karşısında, yumuşamıştır. (Bkz. Tandoğan, Halûk. BK. Shf. II/677) Andreas von-Tuhr. Borçlar Hukûku (Edege çevr.) Ank. 1952. Shf. 42 (guasi ex contractu)

ve birbirine uygun irâde bileşimi sözleşme unsuru bulunduğundan-, mevcut durum, hukuk dışı (ahlâk-görgü) ilişkisinden çok, hukukî işleme benzetilmektedir. BK. 1/1 kuralında «taahhüt altına girme» unsuru yasal düzenlemeye alınmadığından, böyle bir çözüm, çıkar-dengesine, irâde izharı ilkesine ve ifâya girilmiş eylemsel duruma aykırı düşmeyecektir. Hatır taşımacılığı bazında tarafımızdan ortaya atılan bu görüş, «sözleşme görüşünün» müeyyidi ve alternatifidir. Hukukumuz yönünden vekâletsiz iş-görme ilişkisi de, «hukukî işlem benzeri» olarak nitelendirilmektedir (48). Vekâletsiz iş-görmede, irâdelerin birleşmesi unsuru mevcut olmayıp ayrıca iş-gören irâdenin «başkasının yararına hareket» unsurunu da taşıması gerekmez (49). Şu analogi ve kuramsal yapı içinde, hatır taşımacılığını «hukukî işlem» saymayı önleyen bir durum yoktur.

2 — Hukukî işlem benzerlerine, hukukî işlemlere, bu arada hukukî işlem çeşidi olan akitlere ait hükümler, anlaşmazlıkla benzerlik taşıdığı (kıyasın koşullarının olduğu) ölçüde, kıyâsen uygulanır (50). Yüksek Yargıtay'da, «muamele benzeri olan vekâletsiz iş-görme ilişkisine», kıyâsen, vekâlet akdine ilişkin hükümleri uygulamıştır (51). Hatır taşımacılığında yerine göre vekalet akdi hükümleri, yerine ve vekâlet hükümlerinin elvermemesine göre de taşıma akdi hükümleri ile hâkim tarafından yaratılacak hukuk kuralı uygulanacaktır (MK. 1).

IV — HATIR TAŞIMACILIĞINDA ZARARIN SINIRLANDIRILMASI (İNDİRİM)

Hatır taşıması ilişkisinde doğan zararın, ilişkisinin özelliği nedeniyle sınırlanması gerekir.

1 — Sınırlamanın dayandığı etik değerler :

a) Tehlikenin benimsenmiş olduğu yönünde mefrûz (varsayılı) irâde düşüncesi: Taşınan, araca binmiş olmakla, ondan doğacak tehlikeleri (kusura veya teknik arızaya dayalı kazayı, ölüm veya yaralanmayı) önceden kabullenmiş olur. Taşınanın bu psikolojik konumu, âdetâ sorumsuzluk anlaşması ile denktir (52).

- (48) Prof. Tandoğan, Halûk. Vek. İş-Görme, Shf. 54. Prof. Eren, Fikret. age., Shf. II/148.
 (49) Prof. Tandoğan, Halûk. BH. Shf. II/680.
 (50) Bu yazımızın 47 no'lu dipnotundaki kaynaklar. (Dr. Oser'in görüşü hâriç). Özellikle, Prof. Eren, Fikret. age. Shf. I/189-190.
 (51) YHGK. 2.11.1968 t, 977/718-E/K (ABD. 1969. Shf. 75) (Prof. Tandoğan Halûk. BH. II/677'den naklen) BK. 386/II.
 (52) Dr. Franko, İ. Nisim. agm. Shf. 909. Prof. Eren, Fikret. age. Shf. 281. Prof. Özsunay, Ergun. İHFM'deki agm. Shf. 166. Dr. Erten Ali. Sorumsuzluk Şartları. Ank. 1977. Shf. 111, 165 ve civ.

Bu düşüncede isâbet payı bulunmakla beraber, olağan taşıma sözleşmesinde de mevcut olan aynı kabulün indirime yolaçmaması, anlamlıdır (TTK. 806/II). Öteyandan, «tehlikeleri benimseme ve ön-rıza gibi» kabulün kesin bir olgu olarak ele alınması mümkün değildir. Potansiyel tehlikenin öngörülmesi başka, onun kabulü ve irâde beyanına (rıżâyâ) dönüştürülmesi başkadır. Hiç kimse, böyle bir benimseyişin içine girmez ve aksi ihtimâlde binmeyi/seyahati seçmez. Bu itibarla sözünü ettiğimiz düşünce, kendi başına indirimi açıklayan bir dayanak değildir. Belki diğer etik-değerlerin yanında tamamlayıcı fonksiyon görür.

b) «İlişkinin ivazsızlığı» düşüncesi: Hatır ilişkisinde, önemli ağırlıkta taşıyan yararı yoktur. Bu ilişkide, taşınanın yararı, önde gelmektedir. Kendi yararına olmayan, zarar görenin yararına gerçekleştirilen yapma borçlarında, zararın sınırlandırılması, «ilişkinin ivazsızlığına» dayandırılabilir. Bizim hukuk sistemimizde, bu etik-değer, «yasal indirim nedeni» sayılmıştır (BK. 98/1. c. 3) (53).

c) Hakkaniyete dayalı sınırlandırma düşüncesi: İvazsız ilişkilerde, bu arada hatır taşımacılığında indirimin üst-değerde nedeni, «hakkaniyet» tir. Zarar görenin yararına ve taşıyanın hiçbir yararı olmadığı halde yapılan taşıma işinde zararın tamamından sorumlu olmak, adalet duygusunu büyük ölçüde incitir. Hakkaniyet, bu zararın olayın ağırlığı içinde, hâkim tarafından indirim yoluyla sınırlandırılmasını emreder (54) (MK. 4, BK. 43).

Bütün bu düşünceler ve benzeri değerler, hatır taşımacılığında zararın indirimi yoluyla sınırlandırılmasını gerektirir. Ancak yapılan incelemelerde genellikle taşınan (yolcu) zararı üzerinde durulmaktadır. Taşınanın (yolcunun) kusurlu davranışı ile taşıyanın zarar görmesi hâlinde çözüm ne olacaktır? Kendi çıkarına taşımanın yapıldığı sırada (böyle bir erdemli hizmete rağmen), özellikle ağır kusurla taşıyana zarar vermenin ölçümü nasıl yapılacaktır? İşte bu soru da, bizi ister istemez ilişkinin hukukî niteliğine götürmektedir. Bu gibi hallerde, taşıyanı «sözleşme dışı sorumluluğun avantajsız koşullarına terk» yerine, sözleşme sorumluluğu

(53) Y4HD. 7.4.1978 t, 11685/4701-E/K sayılı kararında şöyle denmektedir: «...Davacıların mürisi olan desteklerinin davalıların mirâs bırakanının kullandığı araçta ücretsiz olarak hatır için taşındığı anlatılmaktadır. O halde bir ücret ve menfaat karşılığı vâki taşıma ile ücretsiz ve hatır için taşıma yüzünden doğan zararların ödettilmesinde bir ayırım yapmak adâlet ve hakkâniyet gereğidir... Buna rağmen mahkemece, durumun özelliği gereği BK. 43.cü maddesinin tartışmasız bırakılması ve tesbit edilen zararın tümünün tahsiline karar verilmesi bozmayı gerektirir». (ABD. 1979, Sayı: 3. Shf. 80 ve dev.)

(54) Hakkaniyet kavramı için ayrıntıya bkz. Prof. Edis, Seyfullah, age., Shf. 206 ve dev. MK. 4.

ağırlık kazanır. Gerçekten sözleşmelerde (istisnâsız bütün akdî ilişkilerde), tarafların «mâmelek ve can varlığı değerlerini koruma yükümleri» vardır. Bu yükümlere aykırı davranış, akdî sorumluluğu getirir (55). Öteyandan Becker'in isabetli düşüncesine katılarak, BK. 98/I. c. 3'deki indirimli sorumluluk, aksi ile kanıt benzeri ve hakkaniyete uygun bir yöntemle «bindirimli/şiddetli sorumluluğa» dönüştürülür (56). Burada BK. 98/I.c.3'de öngörülen yasama irâdesindeki ölçü, simetrik değerde «artırıcı» biçimde hüküm koymanın dayanağı olmaktadır. Yasadaki bu düşünce, yargıcın, zarar veren taşınanın eylemine (akde aykırı davranışına) olağanın üstünde ağır yaptırım uygulamasını saygınlıştırmaktadır (MK. 1) (BK. 98/III, 42-43-44).

2 — Sınırlamanın aritmetik değerlere dönüştürülmesi : Tazminat metriği, muhasebe/hukuk yoğun bir bilim dalıdır. Ülkemizde üzerinde, değerine koşut biçimde durulduğu söylenemeyecektir. Özellikle uygulamada, gerek bizzat hâkim tarafından yapılacak metrik işlemlerde (takdir hakkının kullanımında) ve gerekse bilirkşi işlemlerinde, problemin çözümüne uygun ve benzeri, hatta aynı olaya ilişkin muhtelif çözümlerle uyumlu bir yapı henüz elde edilememiştir. Ölçmelerdeki bağdaşmaz başkalıklar, adalet ölçümündeki becerimizi göstermesinden öte, hukuka olan güven ve inancı büyük ölçüde törpülemektedir. Yüce Yargıtay'ın özellikle «takdiri indirim nedenleri»ni ve özel olaya uyarlamayı denetlemesini hassaslaştırması, farklı uygulamaları önlemesi gerekir. Benzeri olayda, farklı uygulamayı saygınlıştıracak bir neden bulunmadığı halde, birisinde %40, öbüründe %20 indirimin uygulandığı ve her iki kararın da yargı yolundan geçtiği az değildir.

Belirtilen nedenle, her ilişkide takdiri indirimle yolaçan nedenlerin ve indirimdeki ağırlıklarının bilinmesi, özellikle yargılamaya katılan hukçu-süjeler (hâkim-avukat) yönünden çok önemlidir.

Hatır taşımacılığının özelliği, oluşan zararın yapısına, unsurlarının olaydaki etkisine göre hâkimin belirleyeceği oranda zararın sınırlanmasını gerektirir. Her olayın önceden öngörülemeyen, kestirilemeyen, hâkimin önüne somut anlaşmazlık geldiğinde anlaşılabilir özel durumu ayırık, aşağıdaki ölçüler, indirimin adâlet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluğu yönündeki çabayı hukukî temele oturtmuş olacaktır :

a) Taşıyan (işleten) yönünden sınırlamaya etkili ölçüler : Binme önerisinin (icâbın) taşıyanca yapılması, indirimi azaltır. Bu önerinin yanında (bununla birlikte), taşıyanın kusurunun ağır olması, indirimi önler

(55) Bu yazının 41 no'lu dipnotundaki kaynaklar. (MK. 2, BK. 18).

(56) Dr. H. Becker, age., Shf. I/568. Bu yazının 34 no'lu dipnotundaki müellifin metnine bkz.

(57). Taşımada, taşıyanın önemli sayılmayacak yararı var ise (benzini yolcunun sağlaması vb.) indirim oranı, az olur (58). Taşıyanın muavin kişilerinin durum ve eylemleri, taşıyana aynen yansır (59) (TTK. 806/II'-den kıyas, BK. 386/II).

b) Taşınanın durumu yönünden indirime etkili ölçüler : Taşınanın müterafik kusurunun varlığı, indirim oranını artırır. Bu kusurun ağır olması halinde, indirim %100'e varıp sorumsuzluk doğabilir (60). Örneğin ehliyetsiz, tehlikeli aracı sürme deneyiminin bulunmadığını bildiği kişinin aracına binmek, müterafik kusurudur (BK. 44). Bu gibi olaylarda genellikle, yolcunun bir kusuru bulunmamaktadır. Taşınanın soyut taşıma dışında, taşımada özel yararı var ise, indirim oranı artar. Örneğin pazar yerinde, sara-nöbeti ile betona düşen kişinin hastahaneye götürülmesi, özel-yararı oluşturur (61). Taşınanın özel-yararı ve müterafik kusuru bulunmayan hallerde oluşan zararda indirim oranında «ivazsızlık ögesi» kalmaktadır. Salt-bu ögenin tazminata uyarlanması, herhalde büyük oranları bulmayacaktır (62). Zararın tutarı, taşımanın yoğunluğu (örneğin çok uzun yolculuk), ilişkinin tarafları arasındaki bağ (arkadaşlık, yakınlık), taşıyanın gereğince ekonomik durumu... elbetteki bu oranı belirlemede etkindir (63).

- (57) Yargıtay 11 HD.si, taşıyanın %100 kusurlu olduğu olayda kaçak binen yolcunun zararının indirimsiz karşılanacağına içtihat etmiştir. (Y11HD. 25.10.1976 t, 4153/438-E/K. Zeyneloğlu, Ahmet. age., Shf. 72. dipnot: 71) Çözümün isâbeti, tartışılabilir. İndirim ölçüleri için bkz. Prof. Özsunay, Ergun. İHFM'da yayımlanan agm., Shf. 169. 176. Aynı müellif, Sorumluluk H. Sempozyumundaki tebliği, Shf. 122. Prof. Gürsoy, Kemal Tahir. age. Shf. 97. Dr. Adal, Erhan. age. Shf. 115.
- (58) Prof. Gürsoy, Kemal Tahir. age. Shf. 97.
- (59) Dr. Adal, Erhan. age., Shf. 115.
- (60) Prof. Özsunay, Ergun. Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, İst. 1970. Shf. II/101, İHFM'da yayımlanan agm. Shf. 176. Y4HD.si, içkili şoförün arabasına binmenin müterâfik kusur olduğu ve hattâ giderek tehlikenin sonuçlarına katlanma irâdesi anlamına geldiği (mefrûz irâde ve sorumsuzluk anlaşması benzeri anlaşılış) düşüncesindedir. (Y4HD. 15.7.1986 t, 4950/5660-E/K. İKİD. 1987, sayı: 314. Shf. 4702, kezâ benzeri çözüm: Y4HD. 25.2.1986 t, 765/1694-E/K (Yasa Hukuk Dergisi, 1986, Temmuz, Shf. 96). Çözümün müterâfik kusurla ilgili bölümüne katılmakla birlikte, tehlikenin benimsenişi yönündeki zımnî veya mefrûz rızâ görüşünün gözden geçirilmesi gerekir. (Bkz. Eleştiri için, Franko, İ. Nisim. agm. Shf. 901 ve civ.)
- (61) Karahasan, M. Reşit. age. Shf. 520).
- (62) Prof. Gürsoy, Kemal Tahir. age., Shf. 97.
- (63) Y15HD. 26.11.1974 t, 867/921-E/K. Kararda, «...tarafların yakınlığı, hatır taşımasının kimin arzusu ile (taşıyanın mı, yolcunun mu).. yapıldığı'nın gözetilmesi vurgulanmaktadır. (Zeyneloğlu, Ahmet. age., Shf. 94 dipnot: 69'dan naklen). Aşçıoğlu, Çetin. age., Shf. 192-193, 71-72.

c) İndirimde, -hatır ilişkisinin hukukî niteliğindeki benimseniş ne olursa olsun (sözleşme sorumluluğu, sözleşme dışı sorumluluk)- hatır ilişkisinin oluşup oluşmadığı titizlikle gözlenmelidir. Örneğin, taşıyanla taşınanın ortak ağırlıklı yararlarının olması (av için belli mahalle gitmek, eğlenmek için seyahat), yahut taşımanın ivazsızlığı ile beraber, taşıyanın taşınana bağlı önemli ağırlıkta yararı olması (örneğin, gece birlikte gidilen yere, taşıyanın güvenlik nedeniyle yalnız gidememesi vb.) hallerinde, hatır ilişkisi oluşmamaktadır. Bu gibi durumlarda yerine göre vekâlet veya taşıma akdi varolduğu için, indirim yoluna gidilemez. Belirtilen nedenle hatır ilişkisinin kendi duruluğunda kavranmasının, diğer ilişkilerden ayır-dilmesi ve doğru hukukî çözümlere ulaşılması yönünden özel-önem taşıır (64).

Soyut incelemede rakkamsal indirim değerleri (oranlar) vermek, güçtür. Olayın özelliği içinde %10 ilâ %75'e varan oranlama, gündeme gelebilecektir. Burada aslanan indirim faktörlerinin doğru belirlenmesi ve faktörel ağırlığa uygun oranların seçimidir (65). Ancak oranın seçiminde, bu ilişkilerde yeralan güven unsurunun da gözardı edilmemesi gerekir (65-a).

d) Taşınanın hatır ilişkisi sırasında taşıyana vereceği zararlar yönünden, şiddetli/artırımlı sorumluluk olduğu yukarda belirtilmişti (66).

3 — Sınırlamanın yasal dayanağı : Bu konuda, BK.muzda özel bir hüküm bulunmaktadır: «...Hususiyle iş, borçlu için bir faideyi mucip olmadığı surette, mesûliyet daha az şiddetle takdir olunur» (BK. 98/1.c.3). Yasa hükmü, sözleşme ilişkisi yönünden BK. 43'teki genel düzenlemeye nazaran daha özel ve ayrıntılı nitelik taşımaktadır. Nevar ki, yine aynı hükmün son fıkrası uyarınca, haksız eylemlere ilişkin kurallar, -hüküm bulunmadığı hallerde- kıyâsen sözleşme sorumluluğuna da uygulanacaktır. Yolcunun ağır kusuru ile özel yararının birleşmesinde indirimin %100'e varması (sorumluluktan kurtuluş) çözümü, BK. 98/II yoluyla, kıyasen sağlanmaktadır (67).

(64) Bkz. Bu yazımızın «II-HATIR İLİŞKİSİ KAVRAMI» Bölümü.

(65) Çeşitli ihtimâlleri kapsar genişlikte indirim tablosu (çizelgesi) denemesi için bkz. Prof. Özsunay, Ergun İHFM'da yayımlanan agm., Shf. 176. Tablo, Girsberger tarafından düzenlenmiştir.

(65a) Prof. Tandoğan, Halûk. BH. Shf. II/232 (1982 Bas.) Trafikte tavır ve hareketlerde yeni bir temel kâide: İtimât prensibi. (İHFM. 1964, sayı: 1-2. Shf. 234 ve dev.).

(66) Dr. H. Becker, age. (bu yazımızın 34 no'lu dipnotundaki metin.)

(67) von-Tuhr, Andreas. age., Shf. I/549. dipnot: 69.

V — HATIR TAŞIMACILIĞINDA HAKLARIN YARIŞMASI

Zararı doğuran maddi olayın bağlı bulunduğu hukuk kuralı (sorumluluk sebebi), birden fazla olabilir. İşte zarar gören, aynı olaya ilişkin birden fazla sorumluluk sebebi bulunması halinde, bu sebeplerden herhangi birine dayanabilir. Bu gibi durumlarda, hakların yarışması vardır, denir (68). «Sözleşmeye aykırılık eylemi», akde aykırılığı yanında aynı zamanda «haksız eylem»dir (69). Zarar gören, «sözleşme veya haksız eylem» sorumluluk sebebinden birisine dayanabilir. Bu, onun seçimlik hakkıdır. Seçimlik hakkını kullanırken, o ilişkinin yaratacağı sonuç ve muhataraların gözlenmesi gerekir. Konu, bu yönüyle hukuk bilgisini gerektirir uzmanlık işidir (70).

Davada hukukî sebebin açıkça belirtilmemesi halinde, yarışan haklardan zarar-gören lehine olanının mahkemece uygulanması gerekir (71). Davacı, yarışan bütün sebep ve haklara, aynı dava dilekçesinde, terditli olarak dayanabilir (72). Öndavada dayanılan yarışan sebep ve hakkın

- (68) Prof. Tekinay, Sulhî ve Arkd. age., Shf. II/1312. von-Tuhr. age., Shf. II/615 ve civ. Y11HD. 20.9.1979 t, 3398/4053-E/K. (YKD. 1980, sayı: 12. Shf. 1615).
- (69) Prof. Eren, Fikret. age. Shf. I/188. Müellif, «akde aykırılığı ve haksız eylemi, doğru olarak, hukûka aykırı eylem üst-kavramında birleştirmektedir». Aynı şekilde, von-Tuhr. age., Shf. II/615 ve civ. Prof. Tandoğan, Halûk. Karayolları Trafik Yasasının özel hüküm (kural) olmasına dayanarak, bu alanda hak-yarışması değil, çatışma bulunduğunu belirterek, telâhuku benimsemez görünmektedir. Prof. Tandoğan, Halûk. Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ank. 1981. Shf. 237. Çeliktaş, age. Shf. 30 ved.) Oysa, trafik kazalarında da, örneğin otobüs yolcusunun uğradığı zarar sebebiyle, sözleşmeye aykırılık ve haksız eylem eş-değer görüntüsü varolup yarışma sözkonusu olabilir. Yüksek Mahkemenin yerleşik uygulaması da bu yöndedir. Bkz. Y11HD. 28.11.1986 t, 5567/6343-E/K. (Eriş, Gönen. age., Shf. 1015. no: 1805).
- (70) Örneğin otobüs yolcusunun uğradığı kazâda, haksız eylem zamanasını geçtikten sonra bir avukatın açtığı davada, taşıma sözleşmesine değil de haksız eyleme (veya trafik kazasına) dayanması, avukatlıkta özen borcuna aykırı olur. Çünkü avukat, yarışma kuralının getirdiği avantajları, bu arada on yıllık zamanasını bilmediğini ileri süremez. Davanın bu nedenle kaybı, tazmin ve diğer yaptırımları yanında getirir. (Bkz. İyimaya, Ahmet. Avukatlıkta Özen Borcu, ABD. 1982, sayı: 2. Shf. 181-193).
- (71) Y. Tev. İçt. 4.6.1958 t, 15/6-E/K. YHGK. 2.11.1983 t, 11-2802/1047-E/K. (YKD. 1984. sayı: 3. Shf. 350).
- (72) Prof. Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri, Ank. 1979. Shf. I/965. YHGK. 19.1.1979 t, 2-258/14-İKİD. 1974. Sayı: 165. Shf. 3051 ve dev. Dr. Muşul Timuçin. Medeni Usûl Hukûkunda Terdit İlişkileri. İst. 1984. Shf. 101 ve civ.

ek-davada değiştirilmesi mümkündür (73). Örneğin, öndavada haksız eyleme dayanılması, o sebebe bağlı zamanaşımının dolmuş olması hâlinde yahut bunun dışında, ek-davada sözleşme ilişkisine dayanılabilir.

Yarışan sebeplerden birine dayalı olarak açılan davanın reddi, öbür sebep için kesin hüküm oluşturur (74). Artık öbür sebebe dayalı olarak dava yeniden açılmayacaktır. Çünkü hak ve sebep yarışmasında, maddî vakıa (davanın teknik anlamda sebebi) aynı olup hukuk kuralı birden çoktur.

Aynı davada sorumluluk sebebinin ıslâha gerek kalmadan, lâyiha veya zapta geçecek beyan ile değiştirilmesi mümkündür (75).

Hatır taşımacılığının «sözleşme» niteliğinde olduğu bu yazımızda geniş biçimde belirtilmiştir. Hatır taşımacılığında da oluşan ve zarara yol açan kazalar, «akde aykırılık» vasfındadırlar. Yukarda sözüdedilen yarışma hâli, bu ilişkide de vardır. Bu akde aykırılık, her akitte olduğu gibi «haksız eylem» görünümündedir, de. «Akde aykırılık ile haksız eylem», «hukuka aykırı fiillerin tipik iki örneği olup», «hukuka aykırılık üst-değerinde özdeşlik ve eşit özellik» gösterirler.

VI — HATIR TAŞIMACILIĞINDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

Konu, geniş boyutlu incelemenin alanını oluşturur. Ayrıntıya inmeden belirtelimki, hatır taşımacılığının «zımnî sorumsuzluk anlaşması olduğu görüşü»ne katılmak mümkün değildir (76). Benzeri kurumlar yönünden yasama tasarruflarında beliren eğilim ve düzenlemeler karşısında «hatır taşımacılığında sorumsuzluk anlaşmasını» ihtiyatla karşılamak

(73) Y11HD. 28.11.1986 t, 5567/6343-E/K. Kararda aynen şöyle denmektedir: «...Kısmî davanın her iki aracın mâlik ve şoförleri aleyhine açılmış olması nedeniyle, hem taşıma akdine ve hemde haksız fiile dayandırılmış olsa bile, ek-davada dayanılan HUKÛKÎ SEBEBİN DEĞİŞTİRİLMESİNE (yalnız taşıma akdine istinat edilmiş olmasına) yasal bir engel bulunmamaktadır...» (Eriş, Gönen. age., Shf. 1015. no: 1805).

(74) Prof. Kuru, Baki. age., Shf. I/959. Y11HD. 13.11.1975 t, 3773/6193-E/K.

(75) Dr. Yılmaz, Ejder. Medeni Yargılama Hukûkunda Islâh. Ank. 1982. Shf. 221. Müellif, hak-yarışmasının maddî vakıayı (dava sebebini) değil, doğrudan yargıcın görev alanındaki hukuk kuralını (HMUY. 76) ilgilendirdiğini belirtmektedir. Bu konuda ıslâhın zorunlu olduğu görüş için, bkz. Dr. Muşul, Timuçin. age., Shf. 193 ve civ. Prof. Tekinay, S. Sulhi ve ark. age., Shf. 1316. Y2HD. 24.2.1972 t, 950/990-E/K. (RKD. 1972, sayı: 4-5. Shf. 192) Hukûkumuzdaki bu tartışmalı durum karşısında, avukatın ıslâha başvurusu ön-özenli davranış olur.

(76) Dr. Erten, Ali. age., Shf. 111, 165 ve civ.

gerekir (77). «Hatır taşımacılığında sorumsuzluk anlaşmasının mümkün olduğu» görüşü (78), KTK. 111/1 hükmünü, normun konuluş dönemi itibarı ile imkânsızlık nedeniyle ve TTK. 766 hükmünü gözetebilmiş (ve gözetmiş) değildir.

VII — HATIR TAŞIMACILIĞINDA ZAMANAŞIMI

Hatır taşımacılığına hangi zamanaşımının uygulanacağı sorunu, bu ilişkinin hukukî niteliği ile ilgilidir. Nitelik tartışmasına dönmeden, nitelendirme çeşidine göre, zamanaşımına değinelim :

a) Hatır taşımacılığının sözleşme dışı sorumluluğa dayalı olması hâlinde zamanaşımı :

Bu durumda, BK. 60 hükmünde düzenlenen 1 ve 10 yıllık zamanaşımı kuralı uygulanacaktır. Ancak YHGK.nunun henüz yeni tarihli bir kararına göre, ceza davasının derdest olması hâlinde, BK. 60 hükmündeki süreyle bağlı olmaksızın, mâlen sorumlu olana (işletene) karşı dava açılacaktır (79). (TCK. 465) Yargıtay Yüksek 4. Hukuk Dairesi'nin eski uygulaması da bu yöndedir (80).

Peşinen belirtelim ki hatır taşımacılığında, Karayolları Trafik Yasasındaki iki yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması olanağı yoktur. Çünkü hatır taşımacılığı, Karayolları Trafik Kanununun kapsamı dışındadır (KTK. 87/1, 109) (80-a).

b) Hatır taşımacılığının sözleşme ilişkisi niteliğinde sayılması hâlinde zamanaşımı :

Bu halde, sözleşmenin vekâlet akdi olduğu sonucuna varılacak ise, beş yıllık zamanaşımı (81), kendine has tabiatı olan (sû-i generis) akit

(77-78) Y11HD. 13.4.1976 t, 2002/2001-E/K. (Eriş, Gönen. age., Shf. 1001. no: 1780. Dr. Akıman, Gâlip Sermet. Sorumsuzluk Anlaşması, İst. 1976. Shf. 134. Kanımızca KTK. 111/1 ve TTK. 766 kuralları, buyurucu kamu düzeni niteliğini taşımaları sebebiyle, benzeri sorunların çözümünde gözlenilmelidir. (MK. 1, BK. 386/II).

(79) YHGK. 13.4.1988 t, 546/325-E/K. (Karar yayımlanmamıştır.) Aynı şekilde, YHGK. 15.7.1977 t, 4-3068/468-E/K. (YKD. 1978, Sayı: 5, Shf. 678).

(80) Y4HD. 9.3.1981 t, 1913/2903-E/K. (Yasa Hukuk Dergisi, 1982. Sayı: 3. Shf. 427.) Aynı şekilde, Y4HD. 9.3.1981 t, 1913/2904-E/K. Y4HD. 8.3.1982 t, 1693/2349-E/K. (Ys. HD. 1982, Sayı: 5. Shf. 699) Aksi doğrultuda karar için, bkz. Y4HD. 5.3.1984 t, 167/2104-E/K. (Ys. HD. 1984-Eylül, Shf. 1258).

(80-a) Y11HD., hatır taşımacılığında haksız eylemle ilgili zamanaşımının uygulanacağına içtihat etmiştir. (Y11HD. 21.9.1978 t, 4108/3874-E/K. Eriş, Gönen. age., Shf. 1009. No: 1797).

(81) BK. 126/4. Y13HD. 23.6.1986 t, 2600/3657-E/K. (YKD. 1988, sayı: 2. Shf. 216).

sonucuna varılması hâlinde 10 yıllık zamanaşımı (82) sözkonusu olacaktır. İşlem benzeri nitelik taşıdığı benimsenirse, zamanaşımı yine 10 yıl olacaktır (BK. 125).

Görüldüğü gibi ilişkinin niteliği sorunu, zamanaşımı noktasında pratik sonuç doğurmaktadır.

VIII — HATIR TAŞIMACILIĞI DEF'İ

1 — Hatır taşımacılığı def'i, teknik anlamda «itiraz»'dır. Çünkü borcun miktarını kuruluş anından itibaren etkilemektedir. Yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Mahkemece re'sen gözlenir (83).

2 — Hatır taşımacılığı, müşterek değil, kişisel defidir (84). Yüksek Yargıtay 4.HD.sinin, hatır taşımacılığının müşterek defi mi yoksa şahsi defi mi olduğu noktasında bir değerlendirme yapmadan, zincirleme sorumluların tümünü yararlandırması, -kuşkusuz gözden geçirilmesi gerekli. hatadır. Hatır taşımasının yalnızca taraflarını ilgilendiren ve ancak taşıyanca ileri sürülüp onun yönünden borcu azaltan niteliği, öbür zincirleme sorumlulara sirâyetini önler (85).

Hatır taşıyanı (Y4HD veya KTK anlatımı ile işleten) iç-ilişkide, gerçek zarardan hatır indiriminin düşülmesi ile elde edilen miktar kadar sorumludur (Kişisel defilerin iç-ilişkiye inikâsı sorunu) (86).

(82) BK. 125.

(83) Dr. Akünel, ...Denkleştirme Sorunu, İst. 1977. Shf. 135, 138. YHGK. 17.5.1974 t, 4-703/543-E/K. (YKD. 1975, Sayı: 7.10/12) Prof. Tandoğan, Halûk. Söz. Dış. S. Huk. Shf. 273. Y4HD. 18.12.1986 t, 7792/8406-E/K (Karar, yayımlanmamıştır). Hatır taşımacılığının itiraz değil, defi oluşturduğu görüşü için bkz. Prof. Eren, Fikret. age. Shf. II/282. Dr. Çelikleş, age. Shf. 113. Dr. Adal, Erhan. age. Shf. 114.

(84) Prof. Eren, Fikret. age. Shf. II/288, 410. BGE. 95 II 337. Prof. Tandoğan, Halûk. Söz. Dış. S. H. Shf. 238. BK. 143. Aşçıoğlu, Çetin. age., Shf. 212.

(85) Y4HD. 18.12.1986 t, 7792/8406-E/K (Karar, yayımlanmamıştır). Kararda aynen şöyle denmektedir: «...Mahkemece yapılacak iş, davalı işletmenin zararın tamamından mütesilsilen sorumlu olduğunu gözetmekle beraber, ölen Mehmet Gömek'in, kamyonette ücretli olarak mı yolculuk yaptığını, yoksa hatır için mi taşındığını da araştırdıktan sonra, maddi ve manevî tazminatları ona göre tayin ve takdir etmekten ibarettir.» (Dava konusu olayda hatır taşıyanı/araç işleteni davalı değildi) (Kararın analizi için bkz. İyimaya, Ahmet. Müteselsil Borçluluğa İlişkin Bazı Sorunlar, ABD. 1987, Sayı: 2. Shf. 186-187. Özellikle dipnot: 33-35).

(86) Yüksek Mahkeme, 85 no'lu dipnottaki kararı doğrultusunda iç-ilişkide de başka sonuca varmaktadır. (Y4HD. 14.9.1978 t, 7960/9869-E/K. Prof. Tandoğan, Halûk. Söz. D.S.H. Shf. 238, dipnot: 95'ten naklen, kezâ karar eleştirisi için, bkz. Tandoğan, Halûk. age., Shf. 238).

IX — HATIR TAŞIMACILIĞININ İSPATI

Yapma borçlarında ivaz ilişkisi, genellikle «olgu» olarak belirlemektedir. Belirtilen nedenle bu ilişki, her türlü delille kanıtlanabilir (87). Yüce Yargıtay 11.HD.si, yolcu taşıma sözleşmesinin dahi tanıkla ispatlanabileceği mustakar uygulamasındadır (88). Giderek Yüce Daire, sun'î hatır taşımacılığı def'inin önüne geçilmesi bakımından «hayatın olağan akışı ve karine deliline» büyük önem vermektedir. İspat hukukunu hayli zorlayan bir uygulama olsada, maddi gerçek uğruna oluşturulan içtihat, adlî doğruyu da bünyesinde taşımaktadır (89).

İpat yükü, taşıyanın üstündedir (90). Olayın akışından ve özellikle ceza dosyası içeriğinden anlaşılması hâlinde, taşınanın dayandığı delillerin değerliği de tartılarak, hatır taşıması ilişkisinin varlığına ulaşılabilir.

X — SONUÇ

1 — Hatır taşımacılığı, batıdaki aksine, hukukumuz yönünde bağımsız incelemelere konu olmamıştır. Hukukumuzun bilim kanadının konuyu ele alması (örneğin, bu alanda tez yaptırılması) önemlidir.

- (87) Prof. Özsunay, Ergun. İHFM'da yayımlanan agm. Shf. 177, Erdem, Nafiz, age., Shf. 9. Prof. Postacıoğlu, İlhan. E. Şehâdetle İspat Memnûyeti. İst. 1964. Shf. 58-70 ve civ. Y15HD. 3.7.1978 t, 1413/1460-E/K (Karar, yayımlanmamıştır.)
- (88) TTK'nun muhtelif şerhlerinde, 762.ci maddede bu konuda zengin içtihat koleksiyonu vardır. (Par. Ex. 9.5.1977 t, 1900/2371-E/K. Y11HD. 4.3.1988 t, 1399/1325-E/K.)
- (89) Y11HD.nin 4.3.1988 t, 1399/1325-E/K sayılı kararında aynen şöyle denmektedir: «...Hatır taşıması yönündeki davacı itirazına gelince davacıların mürisinin davalı şirkete ait otobüste yolcu olarak bulunduğu çekişmesizdir. Ticârî bir iş olan taşımacılık sahasında kullanılan otobüste yolcu olan kimsenin ücretli olarak yolculuk yaptığı konusunda **kuvvetli bir karîne** mevcut bulunmaktadır. Bu karînenin aksi yine bu karîneyi çürütebilecek nitelikte kuvvetli delillerle kanıtlanması gerekir.

Davalı şirket tarafından ibrazedilen bilet fotokopisinde mürisin sâdece adı yazılarak ücretsiz yolculuk yaptığına ilişkin kayıt var ise de, tarih ihtivâ etmeyen ve sonradan düzenlenmesi heran olanaklı bulunan bu belgeye itibâr edilmesi mümkün olmadığı gibi, davalı taşıyıcı firmada görevli olan tanık beyanlarına dayanılması da isâbetsiz bulunmaktadır.

O halde, davalı şirketin hatır taşımacılığı savunmasının kanıtlanmadığı kabul edilerek ona göre hüküm kurulması gerekirken, hatır taşımacılığı bulunduğu bahisle %10 oranında tazminattan indirim yapılması doğru olmadığından davacılar vekilinin bu yöne ilişkin **karar düzeltme isteminin** kabulü gerekmiştir». (Karar, yayımlanmamıştır.) Aynı yönde karar için, bkz. Eriş, Gönen. age. Shf. 1174. no: 2062).

- (90) Prof. Özsunay, Ergun. İHFM'da yayımlanan agm., Shf. 177. Dr. Yılmaz, Ejder-Prof. Umar, Bilge. İspat Yükü. Ank. 1980. (Eserin tamamı) MK. 6.

Hatır taşıması, «taşıyanın bir kişiyi veya şeyi önemli yararı olmaksızın, ivazsız olarak taşımasıdır», biçiminde tanımlanabilir. Taşıyanın taşıyana bağlı veya ortak, önemli ağırlıkta maddi veya manevi yararının varlığı hâlinde, hatır-ilişkisi oluşmamaktadır. Birlikte eğlenmeye ve avlanmaya gitmek, bu duruma örnek teşkil eder.

2 — Hatır taşımacılığının hukukî niteliği tartışmalıdır. Ülkemizdeki durgunluğa karşı batıda tartışma, hâlen sürmektedir. Nitelik konusunda ortaya atılan düşünceler, genel olarak iki grupta toplanmaktadır: «Sözleşme dışı sorumluluk (haksız eylem)» niteliği, «sözleşme» niteliği... Tarafımızdan, sözleşme niteliği düşüncesinin müeyyidi ve alternatifi olarak, «hukukî işlem ve hatta akit benzeri (şibih akit)» nitelik görüşü ortaya atılmıştır.

Hatır taşımasında, «irâdelerin karşılıklı ve birbirine uygun birleşmesi» unsuru yanında, muamele irâdesi dediğimiz «taahhüt altına girme, sonucu sağlama ve bağlanma» unsuru vardır. Çağımızın en önemli teknolojik ünitesi (taşit) ile taşımaya girişilmesi, hukukî anlatımla ifaya girişme, muamele irâdesinin izhârından başka bir şey değildir.

KTK. 87/1'deki genel hükümlere yollama, «sözleşme ilişkisinin de BK.nun genel hükümlerinde yer almış olması» realitesi karşısında, böyle bir nitelemeye engel değildir.

Bir an için «muamele/bağlanma» irâdesinin yokluğu benimsense dahi ilişkinin «diğer kurucu unsurları (örneğin, irâde birleşimi unsurunu) taşıması, birisinin eksik olması hâlinde, «ortada işlem benzeri» bir durum vardır. «Hukukî işlem benzerlerine, hukukî işlemlere (bu arada işlem çeşidi olan sözleşmelere) ilişkin kurallar, kıyasen uygulanmaktadır. Hatır taşımacılığı sırasında oluşan kazalara bağlanan hukukî sonuçların (örneğin, tazminat müeyyidesinin) dayanağı aranırken, haksız eylem nitelemesine gitmek, taşımacılığın irâdiliği ve işleme benzeme özelliği dururken böyle bir zimni ameliyeyi yeğleme, gereksiz ve yanlış soyutlama olsa gerektir.

3 — Hatır taşımacılığında zararın sınırlandırılması, genellikle ilişkinin ivazsızlığı ve hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. İndirimin normatif temeli, BK. 98/1.c.3 hükmüdür. BK. 98/II'deki yollamdan da yararlanılacaktır. İndirim yapılırken hatır ilişkisinin olay içinde görünümelenen özelliği (taşıyanın-taşıyanın kusurlarının ağırlığı, taşıma dışında ek-yararları, yakınlık durumları, taşıma yoğunluğu vb.) iyice belirlenmeli, tartışılmalı ve ondan sonra oran belirlemesine gidilmelidir. Doktrin ve içtihatla benimsenen ölçü ve değer yargılarından yararlanılmalıdır.

Bu nedenle hatır-ilişkisi kavramının duru biçimde kavranması gerekir. Uygulamada, hatır ilişkisi kavramına girmemesine (açık şekilde nakliye veya vekâlet sözleşmesi niteliği taşımasına) rağmen, yanlışlıkla indirimle gidildiği az-olmamaktadır. Yüksek Mahkemenin «oran ve tip» denetimini hassaslaştırmasının önem ve yararı açıktır. Örneğin, taşımada önerinin taşıyandan gelmesi ve olayda kusurunun ağır olması hâlinde, Federal Mahkemece indirim yapılmamaktadır. Taşıyanın, taşıma önerisinde «ısrarı» da hemen hemen aynı sonucu doğurmaktadır. Taşınanın ağır kusuru, sorumluluğu ortadan kaldırabilir.

Hatır taşıması sırasında, taşınanın taşıyana ait «mâmelek ve can varlığı değerlerini koruma yükümü» vardır. Bu yükümlülüğe aykırı davranış, BK. 98/1.c.3'deki sınırlandırılmış-yumuşatılmış sorumluluğa, taşıyan yönünden simetrik ağırlaştırılmış (şiddetli) sorumluluğa yolaçar. Özellikle ağır kusur hallerinde böyledir.

4 — Hatır taşımacılığında, -aşağı yukarı- her akde aykırılık olayında olduğu gibi, sözleşme sorumluluğu ile haksız eylem sorumluluğu sebepleri birleştiğinden, zarar gören, yarışan bu haklardan dilediğine dayanabilir ve hakkın getirdiği maddi hukuk-usûl hukuku avantajlarından yararlanılabilir (Kusurun ispatı, zamanaşımı vb. gibi).

5 — Hatır taşımacılığının «sorumsuzluk anlaşmasına» konu olabileceği ileri sürülmektedir. TTK. 766 ve KTK. 111/1 hükümlerinde belirlenen yasama eğilimleri ve giderek hukukumuzun benzeri kurumlardaki «özü/ruhu» karşısında, bu düşünceyi ihtiyatla karşılamak gerekir.

6 — Hatır taşımacılığının «haksız eylem» sayılması hâlinde, zamanaşımı BK. 60 hükmündeki 1 ve 10 yıllık sürelerle bağlıdır. «Sözleşme sorumluluğu» ipotezinde, sözleşmenin ait bulunduğu tipe göre, vekâlet veya kendine has tabiatı olan (sû-i generis) akit rejimindeki zamanaşımı kuralı yürüyecektir. «Sözleşme benzeri işlem» nitelemesinde bağlı bulunan zamanaşımı süresi, 10 yıl olacaktır (BK. 125).

Karayolları Trafik Yasasındaki iki yıllık sürenin hatır taşımacılığında uygulanma olanağı yoktur. Çünkü hatır taşımacılığı, bu yasanın kapsamı dışındadır (KTK. 87/1, 109).

7 — «Hatır taşımacılığı» savunması, yargılama hukuku yönünden «itiraz» niteliğindedir. Yargılamanın her aşamasında ileri sürülür, mahkemece görevinden ötürü gözlenir.

Hatır taşımacılığı savunmasından yalnızca taşıyan ve onun yardımcıları yararlanır. Başka deyimle, bu savunma, edimin niteliği gereği taşıyanı ilgilendiren, ortak değil, kişisel değerlidir. Bu itibarla, hatır iliş-

kisinin getirdiği «zararın sınırlanması (indirim)» hakkından, diğer zincirleme sorumlular yararlanamaz. Yüksek Mahkemenin aksi doğrultudaki uygulamasının gözden geçirilmesi gerekir. Bu indirim, zincirleme sorumlular arasındaki iç-ilişkide de, hatır-taşıyanı yararına dış-ilişkideki «indirim değerinde» işlevini sürdürür.

8 — Yapma borcu türünden edimleri içermiş olmakla hatır taşımacılığının her türlü delille kanıtlanması mümkün olup bu konuda görüş birliği bulunmaktadır. «Hayatın olağan akışına aykırı» (örneğin, şehirlerarası nakliye firmasının ileri sürülen) yapay hatır taşımacılığı savunmaları dinlenemez. Bu gibi durumlarda, karine delili, zarar gören lehine sonuçlar doğurmaktadır.

TÜRK HUKUKUNDA GREV HAKKINA GETİRİLEN SINIRLAMALAR VE ÇÖZÜM YOLLARI

Dr. Jur. Erol ALPAR (*)

● ANLATIM DÜZENİ: 1 — Giriş. 2 — Grev Hakkının Sürekli Olarak Kullanılmaması. a — Grev Yasağı Bulunan İşler. b — Grev Yasağı Bulunan Yerler. 3 — Grev Hakkının Geçici Olarak Kullanılmaması. a — Genel Olarak. b — Savaş ve Seferberlik Hali. c — Genel Hayatı Felce Uğratan Felaket Halleri. d — Olağanüstü Hâl. e — Sıkıyönetim Hâli. f — Ulaştırma Araçlarında. 4 — Yasaklarda Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma. a — Başvuru ve Karar. b — Yüksek Hakem Kurulunun Kuruluşu ve Çalışması. 5 — Grevin Bakanlar Kurulu Kararı İle Ertelemesi. a — Genel Olarak. b — Erteleme Nedenleri ve Kararı. c — Erteleme Durumunda Uyuşmazlığın Çözümü. aa — Erteleme Süresinin İçinde. bb — Erteleme Süresinin Bitiminden Sonra. 6 — Tarafların Özel Hakeme Başvurma Anlaşmasına Uymamaları. 7 — Yargı Organı Tarafından Grevin Durdurulması. a — Genel Olarak. b — Grev Hakkının Kötüye Kullanıldığı Hâllerde Durdurma. c — İhtiyati Tedbir Olarak Durdurma. 8 — Belli İşçilerin Greve Katılmama Zorunluluğu. 9 — Grevin Kanun Dışı Olduğunun Tesbiti. a — Tesbit Davasının Temel Nitelikleri. b — Tesbit Davasının Lüzumu. c — Görevli Mahkeme ve Usul. d — Tesbit Hükümünün Etkisi. e — Kanun Dışı Grevin Mahkeme Kararıyla Durdurulup Durdurulamayacağı Meslesi. S o n u ç .

1. GİRİŞ

Bir topluluğun tamamı ya da büyük bir bölümünün ve belkide grevle hiç ilgisi bulunmayan fertlerin grev nedeniyle büyük zararlara uğrama ihtimalleri nedeniyle, bazı hallerde grev hakkının sınırlandırılmasına (1) ihtiyaç duyulmaktadır.

Avrupa devletlerinin çoğunda grev hakkının yasalarla düzenlenmediği başka bir anlatımla bu hakkın sınırlarının yasalarla belirlenmiş olmadığı, bazan mahkeme kararları ile hükümetlerin koyduğu yasaklarla, bu hak-

(*) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Savcısı.

- (1) Çelik, III, s. 499 vd.; aynı yazar, Grev Kavramı, s. 555 vd.; aynı yazar, İş-Anayasa, s. 12 vd.; Kutal, Grev Yasağı, s. 179 vd.; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 176 vd.; Güngen, s. 650 vd.; Demir, Grev Suçları, s. 5; Yarsuvat, s. 331 vd.; Tunçomağ, II, s. 414 vd.; aynı yazar, İş Hukuku ve Anayasa, s. 18 vd.; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 281 vd.; Esener, s. 617 vd.; Ekonomi, İş Hukuku Sistemi, s. 347-348; İnce, s. 208; Bıyıklı s. 353 vd.; Akyol s. 15 vd.

kın kullanılış sahasının daraltıldığı görülmektedir (2). Örneğin, Finlandiya'da, kamu hizmetleri alanında grev ve lokavt uygulanması yasaklanmıştır. Bu hizmetler arasında deniz, hava, demiryolu taşıma, enerji, gaz, su dağıtım işleri, PTT, savunma, zabıta, cezaevleri, sanatoryum ve itfaiye hizmetleri yer almaktadır. Japonya'da, gaz, su, elektrik dağıtımı, tıbbi bakım ve kamu sağlığı, taşıma, PTT hizmetlerinde grev ve lokavt uygulanması keza yasaklanmış bulunmaktadır. Yetkili bakan, çalışma ile ilgili merkezi komisyonla anlaşmak suretiyle Milli ekonomiyi önemli ölçüde etkileyen ve yerine getirilmemesi halinde halkın günlük yaşamı için tehlike doğuran bir işi, bir yıldan az sürmek koşuluyla, grev yasakları içerisine katabilir. Belçika'da toplum yaşamını yakından ilgilendiren kamu ihtiyaçlarının giderilmesine ilişkin hizmetlerin görüldüğü işyerlerinde grev ve lokavt uygulanmalarına sınırlar getirilebilir (3). Buna karşılık ABD'lerinde grev hakkı ve sınırlandırılması, çeşitli yasalarla düzenlenmiştir. Bunlardan en çok önem arzedenleri, 1974 tarihli Taft-Hartley Act ve 1959 tarihli Landrum-Griffin Act'dir (4).

Türk İş Hukukunda ise grev hakkının sınırlandırılması yasama yolu ile gerçekleştirilmiştir. Gerçekten, Anayasa m. 54/1 «Grev hakkının kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir». 4 ncü fıkra ise «Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir» demektedir.

Bu durum karşısında grevin usul ve koşulları, içeriği ve istisnaları başka bir anlatımla grev yapılamıyacak halleri ve işyerlerini düzenleme yetki ve görevi kanunkoyucuya bırakılmıştır. Aslında 1 nci fıkra, 4 ncü fıkrayı da içermektedir. Fakat buna rağmen tereddütleri gidermek için 4 ncü fıkraya aynı amaçlı, ayrıca bir hüküm konulmuştur (5).

Ancak kanunkoyucu grevin içeriğini ve istisnalarını düzenlerken tamamen serbest değildir.

Gerçekten ilgili yasa metinleri, m.13'de yer aldığı üzere Anayasa'nın grevi düzenleyen hükümlerinin ruhuna aykırı olamaz. Grevi Anayasa'nın ruhuna aykırı biçimde kısıtlayacak hükümler konulamaz.

(2) Sinay, I, s. 127.

(3) Yılmaz, s. 10.

(4) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 234.

(5) Çelik, III, s. 498-499; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 111; Tunçomağ, II, s. 414.

Sözgelimi, Danışma Meclisi tasarısında yer alıpta, Milli Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılan hükümleri (6) yasakoyucunun özel kanunla kabul etmesi Anayasa'nın ruhuna aykırı düşer. Bu cümleden olarak, grev yapılabilecek yerler işçi sayısı ile sınırlandırılmaz; belirli bir süre grevin devamı halinde her uyuşmazlığın YHK'ca çözüleceği esası getirilemez.

Bunun yanında yasakoyucu, grev için Anayasa'nın koyduğu sınırların dışına çıkamaz. Bu cümleden olarak hak uyuşmazlıklarında grev uygulamasına cevaz veremez; bir toplu iş sözleşmesi yürürlükte iken ikinci bir toplu iş sözleşmesi yapılması için grev yapılmasına imkân sağlayamaz; grevin iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılmasına cevaz veremez; grevin yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlığın YHK'ca çözümlenmesini düzenlemekten kaçınamaz (7).

Anayasanın m. 54/4'e dayanılarak düzenlenmiş bulunan 2822 sayılı Kanun, toplum hayatını felce uğratacak ve etkileri uzun süre giderilemeyecek işlerin de grev ve lokavt yasakları arasına konulmasının yararlı olacağı gerekçesiyle (8), 275 sayılı Kanundaki yasakları (m. 20) artıran ve genişleten düzenlemelere yer vermiştir. Ayrıca grev yasaklarını gene 275 sayılı Kanuna nazaran mantikî bir sistem içerisinde düzenlemiştir (9). Zira grev engelleri, yasağın bulunduğu işler (m. 29), yasağın bulunduğu yerler (m. 30) ve geçici yasaklar (m. 31) olmak üzere üç grupta toplanmış bulunmaktadır.

Böylece anılan bu grupların içinde yeni grev yasaklarına yer verilmiş, gene grev engellerinden sayılan, grevin Bakanlar Kurulu Kararı ile ertelenmesi ise 275 sayılı Kanuna göre bazı değişikliklerle düzenlenmiş bulunmaktadır (m. 33).

Bir grevin mahkeme kararı ile durdurulması grevi engelleyeceği için, bu konuya da grev engelleri arasında yer vermek uygun olacaktır. Keza, bazı işçiler için grev sırasında çalışma zorunluluğu bu işçiler için bir grev engeli teşkil etmektedir (10).

Nihayet toplu menfaat uyuşmazlıklarında taraflar uyuşmazlığın her aşamasında özel hakeme müracaat edebilirler. Bu konuda taraflar anlaş-

(6) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Komisyon Raporları ve Madde Gereklere, s. 93, 98.

(7) Çelik, İş-Anayasa, s. 12 vd.; Tunçomağ, İş Hukuku ve Anayasa, s. 18 vd.; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 176.

(8) Mis-Özsoy, TSGLK'nun MGK gerekçesi, s. 111.

(9) Çelik, III, s. 498; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 176; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 282 vd.; İnce, s. 207.

(10) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 177; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 281 vd.

tıktan sonra artık grev, lokavt ve kanunî hakem hükümleri uygulanamaz (m. 58). Yeri gelmişken tekrarlamak gerekirse toplu hak uyuşmazlıklarının çözümünde de uyuşmazlığın her aşamasında taraflar anlaşarak özel hakeme başvurabilirler (m. 58). Özel hakeme gitme anlaşması bulunuyorsa, toplu hak uyuşmazlıklarının çözümü için ayrıca mahkemeye başvurulabilecektir. Ancak bu tür uyuşmazlıkta taraflar grev ve lokavt hükümlerinden faydalanamazlar (11).

Öte yandan, grev ve lokavtın yasaklandığı iş yer ve durumlarda, toplu iş görüşmeleri sırasında çıkan uyuşmazlıkların çözüm yeri YHK.dur. Süresi içinde YHK.na başvurulmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz (12). (m. 27/2).

Bunların yanında, bir grevin kanunî grev olarak nitelendirilebilmesi için bir grev yasağı veya engeli bulunmamalıdır. Şayet bir yasak veya engel mevcut ise, diğer şartlar gerçekleşmiş olsa dahi yapılan grev kanun dışı sayılır.

2. GREV HAKKININ SÜREKLİ OLARAK KULLANILMASI

Aşağıda belirtildiği üzere grev yasağı kapsamına giren işler (m. 29) ve yerlerde, grev hakkının kullanılması sürekli olarak yasaklanmış ve uygulanan grevler de kanun dışı olarak nitelendirilmiştir.

a) Grev Yasağı Bulunan İşler (12a)

275 sayılı Kanunda olduğu gibi 2822 sayılı Kanun da genel de kamu hizmetlerinde bir grev yasağı kabul etmemiş, sadece toplum için mühim gördüğü işlerde kesin ve sürekli grev yasağı koymuştur (13). Bu işlerle ilgili olmak üzere, TİS. yapılması sırasında çıkacak uyuşmazlıklarda grev kararı alınamaz (m. 29). Uyuşmazlığın çözümü için sadece YHK.na müracaat edilebilir (m. 32/2). İki tarafta kanunda öngörülen süre içinde YHK.na başvurmamışsa, işçi sendikasının yetki belgesi hükümsüz kalır (m. 27/2).

TSGLK.nuna göre grev yasağı bulunan işler şunlardır (m. 29):

- 1 — Can ve mal kurtarma işleri,
- 2 — Cenaze ve tekfin işleri,

(11) Çelik, III, s. 408 vd.; aynı yazar, İş-Anayasa, s. 13 vd.; Tunçomağ, İş Hukuku ve Anayasa, s. 19 vd.; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 110-111.

(12) Tunçomağ, II, s. 415 vd.

(12a) Oğuzman, Toplu İlişkiler s. 176-178.

(13) Çelik, III, S. 499; Tunçomağ, II, s. 413-415; İnce, s. 208; Özbek, s. 243; Ekonomi, İş Hukuku Sistemi, s. 388 vd.;; Kutal, Grev Yasağı, s. 182 vd.; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 283.

- 3 — Su, elektrik, havagazı, teknik santralleri besleyen linyit üretimi, tabii gaz ve petrol, sondajı, üretimi, tasfiyesi ve dağıtım-nafta, tabii gazdan başlayan petrol kimya işlerinde,
- 4 — Banka ve noterlik hizmetleri,
- 5 — Kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye, temizlik işleri ile şehir içi deniz, kara ve demiryolu ve diğer raylı toplu yolcu ulaştırma hizmetleri.

2822 sayılı Kanunun m. 29'da sayılan bu işlerden can ve mal kurtarma işleri ile noterlik hizmetleri, 275 sayılı Kanunda da grev yasağına tâbi tutulan işlerdir.

Su, elektrik, havagazı üretim ve dağıtım işleri, 275 sayılı Kanunda (m. 20/5) «kamu tüzel kişileri veya kamu iktisadi teşebbüslerince yerine getirilme» kaydı ile grev yasağına tâbi tutulmuşken (14), 2822 sayılı Kanunda isabetli olarak bu kayıt kaldırılmıştır. Böylece toplumu yakından ilgilendiren ve kamu hizmetlerinin durmasına neden olabilecek bu işler kamu dışındaki kuruluşlarca yerine getirilmesi halinde de grev yasağına tâbi tutulacaktır (15).

Ancak, bu yasağa, tabii gaz ve petrol sondajı; üretimi, tasfiyesi ve dağıtım işleri eklenmiş olup, tabii gaz dışında petrol dağıtımının da yasak kapsamına alınması, bu kapsamı çok genişletmiş bulunmaktadır (16). Benzin istasyonlarının dahi bu yasaklar içine alınmış olması gerçekten uygun bir yaklaşım sayılamaz (17). Bu işleri, yasak kapsamına almak yerine, erteleme yolu ile kamuya zarar verebilecek bir durumun doğması önlenebilirdi (18).

275 sayılı Kanunda sadece noterlik hizmetleri, grev yasakları içerisine alınmışken (19), yeni kanunda buna Bankalar da eklenmiş bulunmaktadır

-
- (14) 275 sayılı Kanunun bu hükmünün eleştirisi için bkz. Oğuzman, Temel Bilgiler, s. 171.
 - (15) Tunçomağ, II, s. 415; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 179; İnce, s. 208.
 - (16) 275 sayılı Kanunun gerekçesinde bu yasak bakımından, su, elektrik, havagazı istihsal ve dağıtım işlerindeki grevler yüzünden bütün hayatı felce uğratmamak ve bu maddelerde çalışan ve grev yapılmayan işyerlerinin çalışamaz hale düşmesine mâni olmak amacı yasağın sebebi olarak ileri sürülmüştür. Bu gerekçe, tabii gaz üretimi ve dağıtım açısından da geçerlidir. Fakat, kömür ve petrol sondajı, üretimi, tasfiyesi ve dağıtım için aynı şey söylenemez (Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 179).
 - (17) İnce, s. 208.
 - (18) Dilek, s. 5.
 - (19) 275 sayılı Kanun döneminde noterlik hizmetlerinde grev yasağının Anayasaya aykırılığı iddia edilmiş, Anayasa Mahkemesi davayı reddetmiştir (Any. Mah., 20.10.1967, E. 337, K. 31, RG., 2.5.1969, 13188).

dir. Grev yasakları Bankalar Kanununa göre Türkiye'de kurulan bankalar ile yabancı bankaların Türkiye'de açtıkları şubeleri kapsamaktadır. Keza, özel kanunlara göre kurulmuş bankalar da grev yasakları içindedir. Grev yasaklarına banka genel müdürlükleri girdiği gibi, Bankaların Türkiye'deki tüm şubeleri, ajans ve banka işlemleri veya mevduat kabulü ile uğraşan sabit ya da seyyar bürolar gibi her türlü mahalli teşkilâtı da girmektedir. Kanaatimizce, grev yasağının noterlik hizmetlerinin yanında banka hizmetlerine de yaygınlaştırılması doğru bir yaklaşım sayılamaz (20).

Buna karşılık ilk defa, 2822 sayılı Kanunda, cenaze ve tekfin işleri ile kamu kuruluşunca görülen itfaiye, temizlik işleri ve şehir deniz, kara ve demiryolu ve diğer raylı toplu ulaştırma hizmetlerinin grev yasağına tâbi olmasını isabetli saymak gerekir (21).

b. Grev Yasağı Bulunan Yerler (20a)

Grev yapılamayacak işyerlerine TSGLK.nun m. 30'da yer verilmiştir. Bu maddede sayılan yasaklarda da kesinlik ve süreklilik esastır. Bu işyerlerine ilişkin olmak üzere TİS yapılması sırasında çıkan uyuşmazlıklarda grev kararı alınamaz. Keza, bu uyuşmazlıklarda da ancak YHK.na müracaat edilebilir (m. 32/2). İki taraftan herhangi biri YHK.na müracaat etmezse işçi sendikasının yetki belgesinin hükmü kalmaz (m. 27/2).

TSGLK'na göre grev yasağına tâbi işyerleri şunlardır (m. 30) :

- 1 — İlaç imâl eden işyerleri hariç olmak üzere, aşı ve serum imâl eden müesseselerle, hastane, klinik, sanatoryum, prevantoryum, dispanser ve cenaze gibi sağlıkla ilgili işyerleri,
- 2 — Eğitim ve öğretim kurumları (22), çocuk bakım yerleri ve huzurevleri,
- 3 — Mezarlıklar,
- 4 — Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığıınca doğrudan işletilen işyerleri,

(20) Tunçomağ, II, s. 416; İnce, s. 206; Oğuzman, Banka Hizmetleri yanında Noterlik hizmetlerinde grev yasağı kapsamına alınmış olmasına karşı Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 179).

(20a) Oğuzman, Toplu ilişkiler, s. 180-181.

(21) Tunçomağ, II, s. 416; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 180; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 284; İnce, s. 208-209.

(22) Özel Eğitim ve Öğretim Kurumları sözkonusudur. Zira devlet tarafından yürütülen eğitim ve öğretim işlerinin personeli, prensip itibariyle memur statüsüne tâbi olduğu için bunların grev hakları esasen mevcut değildir.

Yasağa tâbi işyerlerinden sağlıkla (23) ilgili işyerleri eğitim ve öğretim kurumları ve çocuk bakım yerleri 275 sayılı Kanunda da grev yasağına tâbi olan işyerleridir; Huzurevleri ve mezarlıklar (24) ise 2822 sayılı Kanunla yeni öngörülmüştür. Eğitim ve öğretim kurumları tartışmaya yol açabilecek niteliktedir. Nitekim tiyatroların, eğitim ve öğretim kurumu oldukları iddia edilmiş, Yargıtay (25) Devlet Tiyatrolarınının 275 sayılı Kanunun m. 20'de yazılı şekilde bir eğitim ve öğretim müessesesi olmadığı sonucuna varmıştır. Sinemalar ve öğrenci yurtları da bir eğitim ve öğretim kurumu sayılmamalıdır (26).

Milli Savunma Bakanlığı ve Jandarma Genel Komutanlığı'nca doğrudan işletilen işyerleri bakımından 275 sayılı Kanun, grev yapılmasını, işçilerin ücret veya sair çalışma şartlarının, piyasada benzeri işyerlerindeki ücret veya sair çalışma şartlarına göre işçilerin aleyhine olduğunun YHK.ca tesbiti şartına bağlamıştır (27). 2822 sayılı Kanun bu koşulları ortadan kaldırarak sözkonusu işyerlerini yasak kapsamına almış, bunlara «Sahil Güvenlik Komutanlığı'nca doğrudan işletilen işyerlerini» ilave etmiştir. Bu işyerleri, iç ve dış ulusal güvenliğimize ilgili üretim ve hizmet yaptıklarına göre yasakoyucunun yaklaşımını uygun bulmaktayız.

3. GREV HAKKININ GEÇİCİ OLARAK KULLANILMASI

a. Genel Olarak

TSGLK.nun m. 31'de, 275 sayılı Kanunun m. 20'dekiler esas alınıp, uygulamadan doğan aksaklıkları gidermek amacıyla (28) ayrıca bazı eklemeler yapılarak, geçici yasaklar yeniden düzenlenmiştir (29).

- (23) Anayasa Mahkemesi 275 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında sağlık işlerini grev yüzünden aksatmanın kamu için bu yerlerde çalışan işçilere grev hakkı tanımamaktan doğanlardan daha büyük zararlar doğurabilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir. (Any. Mah. 20.10.1967, E. 337, K. 31, RG., 2.5.1969, 13188).
- (24) 275 sayılı Kanunda bu konuda hüküm yoktu, Yargıtay, «mezarlık işçilerinin yaptıkları işin niteliği bakımından 275 sayılı Kanunun m. 20/3'nin sağlıkla ilgili işler kapsamında mütalaa etmeye imkân yoktur» sonucuna varmaktaydı (Yarg.9.HD.; 8.6.1970, E. 6285, K. 6018, Mad. İş. S. D. s. 586).
- (25) Yargıtay 2.CD., 23.11.1965, E. 8260, K. 9170 (Reisoğlu, Şerh, 1986, s. 286).
- (26) Tunçoğlu, II, s. 417; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 286.
- (27) İnce, s. 209.
- (28) Mis-Özsoy, TSGLK.nu, MGK. Gerekçesi, s. 115.
- (29) Ayrıca, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununa (RG., 15 Haziran 1985, 18785) göre, serbest bölgenin faaliyete geçirilmesinden itibaren on yıl süreyle 2822 sayılı Kanunun grev ve lokavt ile Arabuluculuk hükümleri uygulanmaz (Geçici m. 1).

Bu yasakların ortak özelliği, yasakların belirli durumlar sebebiyle ortaya çıkması ve kural olarak grev kararlarının uygulanması bakımından genel nitelikte yasak teşkil etmeleridir (30). Bu yönleri iledir ki, belirli bir grev kararının Bakanlar Kurulu Kararı ile ertelenmesinden ayrılırlar. Gerçekten grev yasağı aşağıda belirtilen durumlarda, yasağa yol açan durumun devamı süresince sözkonusudur. Yasağa yol açan durum ortadan kalktığında grev yasağında kalkar (31).

b. Savaş veya Seferberlik Hali

Savaş hali, savaş ilânına karar verilmesinden, bu halin kaldırıldığına ilân edilmesine kadar devam eden süre içinde hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı haldir. İşte savaş halinde grev yapılması da yasaktır (m. 31/1). Türkiye'de savaş hali ilân etme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. (Any. m. 87. 92). Millet Meclisi de ancak uluslararası hukukun meşru saydığı hallerde toplanarak savaş ilânına karar verir. Buna karşılık, Türk Silâhlı Kuvvetlerinin Yabancı ülkelere gönderilmesi savaş demek değildir. Ayrıca TBMM. tatilde ve ara vermede iken ülkenin ani bir saldırıya uğraması ve bu nedenle silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde, Cumhurbaşkanı da Türk Silâhlı Kuvvetleri'nin kullanılmasına karar verebilir (Any. m. 92/2). Savaş ve seferberlik ilânları 2941 (32) sayılı seferberlik ve savaş hali Kanununda düzenlenmiştir (33).

Genel veya kısmi seferberlik halinde de grev yasaklanmıştır. Seferberlik, «Devletin tüm güç ve kaynaklarının başta askeri güç olmak üzere savaşın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hazırlanması, toplanması, tertiplenmesi ve kullanılmasına ilişkin bütün faaliyetlerin uygulandığı, hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı, haldir». Genel seferberlik ise, «ülkenin tümüne yönelik bir tehdidin karşılanması, mevcut bütün güç ve kaynakların kullanılabilmesi için, ülkenin bütününde uygulanan seferberliktir». Kısmi seferberlik de «ülkenin bir veya birden fazla bölgesinde uygulanan ve bütün güç ve kaynakların kullanılmasını gerektirmeyen seferberliktir» (SHK. m. 3).

(30) Çelik, III, s. 499; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 287; Kutal Grev Yasağı, s. 184 vd.; Yarsuvat, s. 393 vd.; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 181 vd.; Ekonomi, İş Hukuku Sistemi, s. 321; İnce, s. 210, Özbek, s. 246 vd.; Akyol, s. 39; Tunçomağ, II, s. 418.

(31) Çelik, III, s. 499-500; Reisoğlu, Şerh, s. 418; İnce, s. 210; Özbek, s. 246.

(32) RG., 4.11.1983, 18215.

(33) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 181; Çelik, III, s. 500; İnce, s. 210; Tunçomağ, II, s. 419.

Grev yasağı, savaş hali veya seferberlik kararının yürürlüğe girmesiyle başlar ve kararın kaldırılmasına kadar sürer. Bu nedendir ki, geçici bir grev yasağı sözkonusudur. Yasağın yürürlüğe girmesinden itibaren, grev kararı alınamaz (34). Alınmış grev kararları uygulanamaz. Uygulanmakta olan grevlerin ise derhal durdurulması gerekir.

Yasak sona erince, sona erme tarihinden itibaren altmış gün içinde, karşı tarafa noter aracılığı ile altı işgünü önce bildirilecek tarihte grev kararı uygulamaya konulabilir (m. 37/4). Bunun için evvelce, arabuluculuğun uyuşmayı sağlamadığını belirten tutanağın alındığı tarihten itibaren kanunen öngörülen sürede grev kararı alınmış (m. 27) ve tevdi edilmiş (m. 28) olmalıdır (34a).

Uygulanacak bir grev açısından yasak altı aydan fazla sürerse, yasağın altı ayı doldurmasından itibaren altı işgünü içinde YHK.na başvurulabilir (m. 32/2). Bu imkân her iki tarafa tanınmıştır. Fakat bir grev için yasak altı ayı doldurmadıkça böyle bir yola başvurulamaz. Süre dolduktan sonra bir taraf başvuruda bulunursa artık uyuşmazlık YHK. tarafından çözülecektir. Bu başvurudan sonra yasak sona erse de grev kararı uygulanamaz. Taraflardan hiçbiri YHK.na başvurmamışsa, yasak sona erince grev kararı uygulanabilecektir. Bir TİS'nin süresi savaş veya seferberlik dönemi içinde sona ererse, taraflardan birinin başvurusu üzerine YHK. gerekli gördüğü değişiklikleri yapmak suretiyle, TİS.ni yeniden yürürlüğe koyar. Yürürlükten kaldırılan 2364 sayılı Kanunun, bu esasının 2822 sayılı Kanunun sistemi ile bağdaştırılması oldukça güçtür (35).

c. Genel Hayatı Felce Uğratan Felâket Halleri

Yangın, su ve baskını, toprak veya çığ kayması veya depremlerin sebebiyet verdiği ve genel hayatı felce uğratan felâket hallerinde, Bakanlar Kurulu, bu hallerin meydana geldiği yerlere inhisar etmek ve bu hallerin devamı süresince yürürlükte kalmak üzere gerekli gördüğü işyerleri veya işkollarında grevin yasak edildiğine dair karar alabilir. Yasağın kaldırılması da aynı usule tâbidir (m. 31/1) (35a).

Bakanlar Kurulu, bu tabii âfet hallerinde, 2935 sayılı Olağanüstü Haller Kanununun aradığı şartlar da gerçekleşmişse ayrıca, olağanüstü hal de ilân edebilir.

(34) Aynı görüş: Oğuzman, Grev ve Lokavt, s. 77; Tunçomağ II, s. 419; Karşı görüş: Reisoğlu, Şerh 1975, s. 344.

(34a) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 181.

(35) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 182.

(35a) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 182.

Şu halde, 2822 sayılı Kanunun m. 31'de öngörülen felâket halleri, olağanüstü hal ilânını gerektirecek ölçüde olsun veya olmasın Bakanlar Kurulu bu maddedeki yetkisini kullanarak grevleri yasak eden karar alabilir (36).

Grev yasağı, bu husustaki Bakanlar Kurulu Kararının yürürlüğe girmesi ile başlar ve yasağı kaldırma kararının yürürlüğe girmesine kadar devam eder. Bu süre içinde grev kararları uygulanamaz. Uygulanan grevler kanun dışı sayılır. Keza grev başladıktan sonra böyle bir yasak yürürlüğe girerse grevin derhal durdurulması gerekir; durdurulmayıp greve devam edilirse bu grevde kanun dışı greve dönüşür.

Bu felâket halleri m. 31'de gösterilenlerle sınırlı değildir. Sayılanlar dışındaki bir olay, örneğin çok şiddetli bir kasırga veya salgın hastalıklar da hayatı felce uğratmışsa grev yasaklanabilir. Ayrıca felâket olayının bütün yurttan genel hayatı felce uğratması aranmaz. Ortaya çıktığı yerde bu sonucu doğurması grevin yasaklanması için yeterli sayılmalıdır (37).

Bakanlar Kurulunun grev yasağını kaldırması halinde grev kararı alınabilir, alınmış grev kararı yeniden uygulamaya konabilir; ancak bunun için m. 37/1'deki usule uyulması gerekir. Gene kaldırılan yasağın altı aydan fazla devam etmesi halinde taraflardan birinin talebi ile YHK.na başvurma imkânları aynen savaş ve seferberlik halindeki yasakta olduğu gibi mevcuttur. Orada yaptığımız açıklama aynen burada da geçerlidir. Fakat sona eren TİS. için YHK.na başvurma imkânı, bu yasak çerçevesinde yoktur. Ancak olağanüstü hâl ilân edilmişse bu imkân sözkonusu olur (m. 32/1) (38).

d. Olağanüstü Hâl

275 sayılı Kanunda olağanüstü hallerle ilgili olarak herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu konuda yeni düzenlemelere yer vermiş olan Anayasa düzenlemeler gözönüne alınarak, olağanüstü hallerle ilişkin hükümlerin saklı olacağı 2822 sayılı Kanunda belirtilmiştir (m. 31/2). Anayasadaki olağanüstü hallerle ilişkin düzenlemeler (m. 119-121) uyarınca, olağanüstü bazı durumlar için öngörülen çalışma yükümlülüğünü (m. 8) ve ücret ile çalışmaya ilişkin hertürlü önlem ve yükümlülükleri (m. 10/1) de içeren 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanununun da (39), olağanüstü haller

(36) Reisoğlu, Şerh, s. 289; Tunçomağ, II, s. 420; Özbek, s. 275; Çelik, Grev Kavramı, s. 554.

(37) Tunçomağ, II, s. 420; Reisoğlu, Şerh, s. 289; İnce, s. 210.

(38) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 182-183; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 289; İnce, s. 210; Tunçomağ, s. 420; Çelik, Grev Kavramı, s. 555.

(39) RG., 27 Ekim 1983, 18204.

Anayasa hükümleri tekrarlanarak belirtilmiştir (m. 1). Anayasa ve kanuna göre, olağanüstü hâl ilânı, tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar ve ağır ekonomik bunalım ile şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması durumlarını kapsamaktadır. 2935 sayılı Kanunda grevin ertelenmesi konusunda bir hüküm bulunmamakta idi. 201 sayılı YHK. (40) ile kanunun «şiddet hareketlerinde alınacak tedbirler» ile ilgili 11 nci maddesine (ö) bendi eklenmiştir. Bu bende göre, «grev ve lokavt kararlarının uygulanması en çok bir aya kadar» ertelenebilmektedir (41). Ancak ağır ekonomik bunalım nedeniyle olağanüstü hâl ilânı durumunda ise, grev ve lokavt yasağı öngörülmemiştir (42).

Anayasanın 120. maddesi ve 2935 sayılı Kanun uyarınca olağanüstü hâl ilân edilmiş ise 2822 sayılı Kanunun m. 31/2'nin 2 nci cümlesi dikkate alınacaktır. Bu hükme göre, «olağanüstü halin ilân edildiği bölgelerde grev ve lokavt ertelenmesine ilişkin davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez».

Diğer taraftan, olağanüstü hâl döneminde yürürlük süresi sona eren TİS.leri için YHK.na başvurulabilir (m. 32/1) (43).

e. Sıkıyönetim Hâli

275 sayılı Kanunda sıkıyönetim hâlinde (44) grev ve lokavtın askıya alınabileceği veya izne bağlanabileceği hükmüne (m. 20 b.13) yer verilmişken, 2822 sayılı Kanun, tıpkı olağanüstü hallerde olduğu gibi sıkıyönetim mevzuatına yollama yaparak, bu konudaki hükümlerin saklı olduğunu belirtmekle yetinmiştir (m. 31/2).

Anayasanın m. 122'si uyarınca sıkıyönetim ilân edilince, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 2301 sayılı Kanunla değiştirilmiş m. 3'nin (f) fıkrası da (45) sıkıyönetim komutanına grev ve lokavt yetkilerinin kullanılmasını sürekli olarak durdurmak veya izne bağlamak yetkisini tanımıştır.

1402 sayılı Kanunun m. 24 savaş halinde, sıkıyönetim ilân edilmemiş olsa dahi bu maddeyi usule göre belirlenecek komutanın m. 3'deki tedbirleri almaya yetkili olacağını ifade ediyorsa da, savaş hâli 2822 sayılı

(40) RG., 9 Ağustos 1984, 18484.

(41) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 290; Çelik, III, s. 500-501.

(42) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 290.

(43) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 183.

(44) Çelik, III, s. 501; aynı yazar, Grev Kavramı, s. 554; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 183-184; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 290; İnce, s. 210; Tunçomağ, II, s. 420-421, Yarsuvat, s. 396.

(45) RG., 21 Eylül 1980, 17112.

Kanunun m. 31 gereğince bir grev yasağı teşkil ettiği için komutanın 1402 sayılı Kanundaki yetkisini kullanmasına ihtiyaç olmaksızın yasak mevcuttur (46).

Sıkıyönetim döneminde, sıkıyönetim komutanı grevleri yasak ederse, grev kararları uygulanamaz. Grev başladıktan sonra böyle bir yasak yürürlüğe girerse grevin derhal durdurulması gerekir. Başka bir ifade ile sıkıyönetim komutanınca yasak edilen grevin uygulanması veya yasağa rağmen uygulanmakta olan greve devam edilmesi bu grevleri kanun dışı grev haline dönüştürür.

Sıkıyönetim komutanı, bütün grevleri veya bazı alanlardaki grevleri yasak etme yerine grev kararlarının uygulanmasını izin koşuluna tâbi tutabilir. Bu takdirde izin verilen grevler yapılabilir; izin verilmeyenler ise yasak hükümlerine tâbi olur. Bu durumda, izne tâbi olupta izin verilmemesine rağmen ve de izin alınmadan uygulanan grev kararları kanun dışı grev olarak nitelendirilebilecektir (47).

Sıkıyönetimin sona ermesi veya sıkıyönetim komutanının yasak kararını kaldırması üzerine yasak sona ererse, sona erme tarihinden itibaren altmış gün içinde karşı tarafa noter aracılığı ile altı işgünü önce bildirilecek tarihte grev uygulamaya konulabilir (m. 37/4). Bunun için evvelce, arabuluculuğun uyuşmayı sağlamadığını belirten tutanağın alındığı tarihten itibaren kanunen öngörülen sürede grev kararı alınmış (m. 27) ve tevdi edilmiş (m. 28) olmalıdır. Uygulanacak bir grev açısından yasak altı aydan fazla sürerse, yasağın altı ayı doldurmasından itibaren altı işgünü içinde YHK.na başvurulabilir (m. 32/2). Fakat bir grev için yasak altı ayı doldurmadıkça böyle bir yola başvurulmaz. Süre dolduktan sonra bir taraf başvuruda bulunursa artık uyuşmazlık, YHK. tarafından çözülecektir. Bu başvurudan sonra yasak sona erse de grev kararı uygulanamaz; uygulanırsa kanun dışı grev sayılır. Taraflardan hiçbiri YHK.na başvurmamışsa, yasak sona erince grev kararı uygulanabilecektir (48).

f. Ulaştırma Araçlarında

2822 sayılı Kanunda, eskisinden farklı olarak yapılan düzenlemeye göre, başladığı yolculuğu yurt içindeki varış mahallinde bitirinceye kadar, deniz, hava ve ulaştırma (49) araçlarında grev yapılmaz (m. 31/son).

(46) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 183; Çelik, III, s. 501; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 290.

(47) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 290; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 183.

(48) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 184.

(49) Çelik, Grev Kavramı, s. 554, 555, aynı yazar, III, s. 501; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 291; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 421-422; Demir, s. 5; İnce, s. 210-211; Yarsuvat, s. 403; Tunçomağ, II s. 421-422; Özgen s. 99.

Gerçekten, 275 sayılı Kanunun m. 20/b'de yer alan «yabancı memleketlere yapmakta olduğu yolculuğu bitirmemiş» ibaresi farklı yorumlara neden oluyor ve bir Türk gemisinin, örneğin, son yabancı limana varıp yolcularını indirdiği zaman, orada greve başlanabileceği sonucu çıkarılabiliyordu. Keza, «Türk sularında seyir halinde olan gemilerle, Türkiye'de hareket halinde bulunan hava, deniz ve kara yolu ulaştırma araçlarında» grev ve lokavt yasağı geminin veya trenin ilk vardıkları limân veya istasyonda greve başlanabileceği şeklinde anlaşılıyor (50), öncelikle bu durum yolcular açısından önemli sorunlar yarattığı (51) için eleştiriliyordu (52).

Anayasa Mahkemesi, daha 275 sayılı Kanun döneminde, yabancı ülkelerdeki yolculuğunu bitirmemiş bulunan araçların limanlara ve iskelelere girdikleri zamanda grev yapılmasının yasak olduğu görüşünde idi (53).

Yeni düzenlemede bu geçici grev yasağı, yolculuğun yurt içinde tamamlanması ile sona erer. Ancak tekrarlamak gerekirse, kamu kuruluşlarınca yürütülen şehir içi, deniz, kara ve demiryolu ve diğer raylı toplu yolcu ulaştırma hizmetlerinde kesin grev yasağı vardır (m. 29/5).

2822 sayılı Kanunun m. 37/son, lâfzen yorumlanırsa, grev kararı, yolculuk bittikten sonra altmış gün içinde ve karşı tarafa noter aracılığı ile altı işgünü önce bildirilecek tarihte uygulanabilecektir. Bu yorum işin bünyesine ve niteliğine uymaz. 37 nci maddenin son fıkrası, 31 nci maddedeki olağanüstü hal ve benzeri durumlardaki grev yasağını kapsamaktadır. Muhtemelen maddeye sonradan ilâve edilen son fıkraya etkisi düşünülmemiştir (54).

İşin niteliğine uygun yorum, grev kararının ve uygulanacağı tarihin kanuna uygun tarzda süreleri içinde karşı tarafa tebliğ edilmiş olmak şartıyla grevin uygulanacağı tarihte araç yolculukta ise, grevin başlama tarihinin yolculuğun bitmesine kadar ertelenmiş olacağını kabul etmek olabilir (55).

Bu erteleme altı ayı aşarsa m. 32 uyarınca YHK. na başvurulabilir.

-
- (50) 275 s. Kanun döneminde «süpriz grevler» kanuni grev kabul edilmişti.
- (51) Nitekim, 275 sayılı Kanun TBMM de görüşülmesi sırasında Millet Meclisi Komisyon Sözcüsü, Türkiye'de gemi herhangi bir limana uğradığı, uçak bir hava limanına indiği, tren bir istasyona ulaştığı, otobüs bir durağa vardığı anda grev yapabileceğini belirtmiştir.
- (52) Yılmaz, s. 9-12; Oğuzman, Toplu İlişkiler, 1978, s. 169-170.
- (53) Any. Mah., 20.10.1967, E. 337, K. 31 (RG., 2.5.1969 13188).
- (54) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 184.
- (55) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 184.

4. YASAKLARDA YÜKSEK HAKEM KURULUNA BAŞVURMA

a. Başvuru ve Karar

Kanuna göre grev ve lokavtın yapılamıyacağı veya sendikaların faaliyetlerinin durdurulabileceği ve grev ve lokavt yetkilerinin ertelenebileceği veya askıya alınabileceği savaş, genel ve kısmî seferberlik gibi olağanüstü yönetim usullerinin sözkonusu olduğu durumlarda YHK. yürürlük süresi sona ermiş olan TİS.lerini ilgilerin başvurusu üzerine gerekli gördüğü değişiklikleri yapmak suretiyle yeniden yürürlüğe koyar (m. 32/1). YHK. kararları kesindir ve TİS. hükmündedir (m. 55) (56).

Grev ve lokavtın yasak olduğu işler ile yerlerdeki uyuşmazlıklarda, taraflardan biri m. 23'de belirtilen ve arabuluculuk aşamasında anlaşmanın sağlanamadığına ilişkin tutanağın alınmasından veya geçici grev ve lokavt yasağının altı ayı doldurmasından itibaren altı işgünü içinde YHK.na başvurulabilir (m. 32/2) (57).

3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu, serbest bölgenin faaliyete geçmesinden itibaren on yıl süreyle serbest bölgede sadece grev ve lokavtın değil, anlamsız ve sisteme uygun olmayan bir şekilde, 2822 sayılı Kanundaki arabuluculuk hükümlerinin de uygulanmayacağını kabul ettiğine (Geçici m. 1) göre, bu bölgelerde toplu görüşmelerden doğan uyuşmazlıkların doğrudan YHK.na götürülebileceği sonucuna varmak gerekecektir (58).

b. Yüksek Hakem Kurulunun Kuruluşu ve Çalışması

YHK. (59), Yargıtay'ın iş davalarına bakan dairesi başkanının başkanlığında; 1 — Bakanlar Kurulunca, bakanlıklar bünyesi dışında, işçi ve işveren kuruluşları ile bağlantısı olmayan ve siyasi parti organlarında

-
- (56) Reisoğlu, YHK., s. 6-8; aynı yazar, Şerh, s. 293; Çelik, III, s. 501-502; aynı yazar, Grev Kavramı, s. 555; Kutal, Barışçı Çözüm Yolları, s. 516-517; Ekonomi, İş Hukuku Sistemi, s. 339 vd.; Tunçomağ, İş Hukuku ve Anayasa, s. 9 vd.; Oğuzman, Mecburi Tahkim, s. 265 vd.; aynı yazar, Toplu İlişkiler, s. 131 vd.; Özbek, s. 248; İnce, s. 54.
- (57) 2822 sayılı Kanun, YHK.nu mecburi tahkime tâbi uyuşmazlıkları çözme görevi dışında, Bakanlar Kurulunun, bir TİS.ni teşmil etmek isteyince, talep edeceği istişari mütâlayı vermekle de görevlendirilmiştir. (m. 11).
- (58) Çelik, III, s. 502.
- (59) Reisoğlu, YHK., s. 3 vd.; aynı yazar, Anayasa Hükümleri, s. 22 vd.; aynı yazar, Şerh 1986, s. 292 vd.; Çelik, III, s. 502; Tunçomağ, İş Hukuku ve Anayasa, s. 5 vd.; aynı yazar, s. 375 vd.; aynı yazar, Uzlaştırma ve Tahkim, s. 142-143 Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 125 vd.; aynı yazar, Mecburi Tahkim, s. 265 vd.; Esener, s. 561 vd.; İnce, s. 52; Özbek, s. 350; Ekonomi, İş Hukuku Sistemi, s. 325 vd.

görevli bulunmayan, ekonomi, işletme, sosyal politika veya iş hukuku konularında bilgi ve deneyimi olanlar arasından seçilecek bir üye, 2 — Üniversitelerden İş Hukuku ve Ekonomi Öğretimi Üyeleri arasından YÖK. Kurulu'na seçilecek bir üye, 3 — Çalışma Bakanlığı Çalışma Genel Müdürü, 4 — Devlet Plânlama Teşkilâtı Sosyal Plânlama Dairesi Başkanı, 5 — İşçi sayısı en çok işçi konfederasyonunca seçilecek iki üye, 6 — İşverenler adına biri en çok mensubu olan işveren konfederasyonunca diğeri kamu işverenlerini temsilen Bakanlar Kurulunca seçilecek iki üyeden oluşur. Seçimle gelen üyeler iki yıl için seçilirler, yeniden seçilmeleri caizdir. Seçimle gelen her üye için ikişer yedek üye seçilir (m. 53).

YHK. na işçi ve işverenler adına seçilecek üyelerde aranacak nitelikler 2822 sayılı Kanunda gösterilmiştir (m. 56).

YHK. başvuru dilekçesinin alındığı günden başlayarak altı işgünü içinde toplanır. Kurul toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar verir. Oylar eşit ise başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu sağlar (60) (m. 54).

5. GREVİN BAKANLAR KURULU KARARI İLE ERTELENMESİ

a. Genel Olarak

Bakanlar Kurulu bir grevi konusu bakımından uygulanması sakıncalı görüldüğü gerekçesi ile, belirli süre için erteleme yetkisine sahiptir (m. 33 ve 34). Bu yetkiye dayanılarak ertelenen grevler, erteleme süresi içinde uygulanacak olursa kanun dışı sayılır. Keza erteleme süresinin bitiminden sonra uygulamaya konulacak grevler de kanun dışı kabul edilecektir.

2822 sayılı Kanunun genel sağlık veya millî güvenlik nedeniyle grevin ertelenmesi (61) konusundaki 33 ve 34 ncü maddeleri, 275 sayılı Kanunun 21 nci maddesinin, Anayasa uyarınca ve bu konuda doktrinde öne sürülen görüşler doğrultusunda (62) değiştirilmesi suretiyle düzenlenmiştir.

275 sayılı Kanunun düzenlenmesinde, grevin geciktirilmesi üzerine tarafların anlaşamamış olmaları halinde geciktirme süresinin bitiminden sonra greve başlama olanağı sağlanmış bulunmaktaydı. Bu düzenleme sis-

(60) Mis-Özsoy, s. 113-115.

(61) Akyol, s. 41-42; Çelik, III, s. 503; aynı yazar, İş-Anayasa, s. 12 vd.; aynı yazar, Grev Kavramı, s. 555 vd.; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 184 vd.; Tunçomağ, II, s. 426 vd.; aynı yazar, İş Hukuku ve Anayasa, s. 5; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 243 vd.; Esener, s. 620 vd.; Özbek, s. 250 vd.; Bıyıklı, s. 545; Demir, s. 5; Gürgen, s. 650; Kutal, Grev Hakkına Müdahale, s. 288 vd.

(62) Mis-Özsoy, s. 122; Oğuzman, Düzen Nasıl Olmalıdır, s. 68.

temi, «memleket sağlığı» veya «milli güvenlik» gibi önemli nedenlerin varlığına karşın sonuçta grevin uygulanmasına olanak verdiği için eleştirilere uğramıştı (63). Anayasa herhalde bu durumu gözönüne alarak, grevin yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerlerinin kanunla düzenleneceği hükmünü (m. 54/4) koyduktan sonra grevin yasaklandığı hallerde olduğu gibi, ertelendiği durumlarda da anlaşmanın olmaması üzerine ertelemenin sonunda uyuşmazlığın YHK.nca çözülmesi esasını getirmiştir (m. 54/5).

b. Erteleme Nedenleri ve Kararı

2822 sayılı Kanunun m. 33/1'ne göre, «karar verilmiş veya başlamış olan kanunî bir grev genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu nitelikte ise, Bakanlar Kurulu bu uyuşmazlıkta grevi bir kararname ile altmış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme süresi, kararnamenin yayımı tarihinde işlemeye başlar.

Bakanlar Kurulu karar verilmiş veya başlamış olan kanunî grevi genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu nitelikte görürse erteleyebilir. Grev yasaklarından farklı olarak ertelemenin yapılabilmesi için ön koşul kanunî grev kararının alınmış ve uygulamaya konulmuş olmasıdır. Ortada henüz grev kararı yokken, örneğin arabuluculuk safhasında erteleme yapılamıyacağı gibi, alınan veya uygulanan grev kararı kanun dışı ise, yine erteleme kararı alınamayacak, kanun dışı grev kararı alanlar veya uygulayanlar bu kanunda öngörülen yaptırımlarla karşılaşacaklardır (64). Ayrıca genel bir erteleme kararı alamayacak olan Bakanlar Kurulu, karar verilmiş her grev için ayrı bir erteleme kararı almak ve gerekçesini belirtmek durumunda kalacaktır (65).

Hangi grevin genel sağlığa aykırı ve milli güvenliği bozucu nitelikte olduğunu Bakanlar Kurulu kararlaştıracaktır. Burada en önemli sorun, erteleme nedenlerinin takdiri konusundadır. Gerçekten, hangi grev halinde milli güvenlik veya genel sağlığın bozulması tehlikesinin bulunduğu takdirde kuşkusuz ki oldukça zordur (66). Ama hiç değilse, grev hakkı ve

(63) Oğuzman, Grev ve Lokavt, s. 87; aynı yazar, Toplu İlişkiler, 1978, s. 174; aynı görüş: Saymen-Ekonomi, s. 266; Esener, s. 623; 275 sayılı Kanunun Millet Meclisinde görüşülmesi sırasında da aynı yolda eleştiri yapılmıştı. Bu konuda Sadrettin Tosbi şöyle diyordu: ...Doksan gün talik ediyor, doksan günde karara bağlanmazsa grev ilân edilebiliyor. O zaman memleketin menfaatlerine uygun bir halmi kesbediliyor grev? (MMTD., B. 77, 24.4.1963. 0.1, s. 477).

(64) (64) Çelik, III, s. 503; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 300; Yarsuvat, s. 393 vd.; Demir, s. 5.

(65) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 185; İnce, s. 214.

(66) Oğuzman, Grev ve Lokavt, s. 86; aynı yazar, Toplu İlişkiler, s. 186.

uygulamasının esas, ertelemenin ise istisna olduğu gerekçesiyle bu kavramların dar olarak yorumlanması görüşü (67) uygulamada benimsenmelidir.

Bakanlar Kurulu 275 sayılı Kanun döneminde erteleme kararnamesinin çıkarılmasından önce Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği ile koordine yapmak suretiyle, bu kuruluşların görüşlerine başvuruyordu.

1982 Anayasası m. 117'de, Anayasal bir kurum olarak kurulan Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliğinin m. 3'de, milli güvenlik kavramına bir açıklık getirilmiştir. Yönetmeliğin m. 3/a'na göre milli güvenlik kavramı şu şekilde açıklanmaktadır. «Dışarıdan ve içeriden yapılabilecek her çeşit taarruzlara, bozguncu teşebbüslere, tabii âfetlere ve büyük yangınlara azimle karşı koyabilmek, devlet otoritesini muhafaza ve devam ettirmek ve bir savaştan galip çıkabilmek için bütün kudret ve faaliyetlerin tam olarak kullanılmasıdır». Danıştay da, bu hükümden yararlanmak suretiyle milli güvenlik kavramını, «yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı Devlet Tüzel Kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınmasıdır» (68) şeklinde tanımlamıştır (69).

275 sayılı Kanunda memleket sağlığı biçiminde yer verilen bu kavram yeni maddede genel sağlık olarak değiştirilmiştir. Genel sağlığın tanımında da umumi Hıfzısıhha Kanununun m. 1'den yararlanmak gerektir.

Tanımlara rağmen, sözü edilen kavramlar kesin ölçüler içinde belirlenemediğinden, bir grevin konusu bakımından genel sağlığı ya da milli güvenliği, bozucu nitelikte olup olmadığı, değişen zaman içinde ve kişilerin değişik değer yargılarına göre belirlenmekte, bu yüzden kimi zaman haksız olarak ya da gereksiz yere grevler ertelenebilmektedir (70).

Örneğin, birkaç fırının bir süre ekmek çıkarmamasının ülkede kıtlık yaratacağı düşünülemez, bu nedenle ülke sağlığı tehlikeye düşmez. Fırın

(67) Yurdakul, Grevi Durdurma, s. 784-785; 275 sayılı Kanundaki maddenin Millet Meclisinde görüşülmesi sırasında söz alan Çalışma Bakanı da, Milletlerarası Hür İşçi Sendikaları Konfederasyonunun, bu konu ile ilgili olarak, «Burada önemli olan, memleketin güvenliği ve sağlığı terimine verilecek anlamdır. Bu kavram, dar olarak yorumlanırsa soğutma dönemi yerinde görülebilir» dediğini belirtmiştir. (MMTD., B. 77, 24.4.1963, 0.1, s. 480); aynı görüş Özgen, s. 111; Çelik, III, s. 504; aynı yazar, Arabuluculuk, s. 53.

(68) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 300.

(69) DDGK., 19.9.1969, E. 711, K. 652 (DKD., C. 1, s. 135).

(70) Yurdakul, Grevi Durdurma, s. 781 vd.

işçilerinin çalışmamasının yaratacağı eksikliğin, kent belediyelerince, komşu kentlerden ekmek getirtilerek, kolayca giderildiği uygulamada sık sık görülmektedir. Buna karşılık, fırın işçilerinin grevi m. 33'ye dayanılarak ertelenecek olursa, böyle bir erteleme yetkinin kötüye kullanılması sayılır. Gene, kısa bir süre sonra işletmeye tamamen kapatılması yolunda gidilmesi mümkün bir işyerinde uygulanan grevin «üretimin durması milli güvenlik için zararlı» olduğu gerekçesi ile ertelenmesi de (71), yetkinin kötüye kullanılması anlamını taşır.

Bu bakımdan yukarıda da belirtildiği üzere, sözü edilen kavramların dar biçimde yorumlanması gereklidir. Diğer bir anlatımla, ertelenmesi sözkonusu grevin uygulanması halinde milli güvenliğin, genel sağlığın ya hemen ya da yakın bir gelecekte bozulma tehlikesi gerçekten varsa grev ertelenebilmelidir (72).

275 sayılı Kanunda 30 ve 60 gün olarak iki erteleme süresi kabul edilmişken, bu süre tek erteleme ve altmış gün olarak belirlenmiştir. İkinci erteleme süresi kaldırıldığı için artık YHK.dan istisari mütâlâa istenmesi de sözkonusu olmayacaktır.

2822 sayılı Kanunda «altmış gün süre ile ertelenebilir» (m. 33/1) denilmektedir. Bu maddeye göre Bakanlar Kurulu erteleme kararı almak istiyorsa, bu karar tek erteleme şeklinde ve altmış gün olacaktır. Zira gerek Anayasanın m. 54/5'si, gerekse TSGLK. m. 34'e göre «erteleme süresinin sona erdiği tarihte taraflar anlaşamazlarsa; toplu sözleşmeyi YHK. yapacaktır.

Kanunun taraflara anlaşma için tanıdığı süre altmış gün olduğuna göre, Bakanlar Kurulunun daha kısa bir süre vermesi ve süre sonunda uyuşmazlığın YHK.na gitmesi kanuna aykırı olacaktır (73). Buna karşılık grevi altmış gün erteleyen Bakanlar Kurulunun, erteleme nedeni ortadan kalktığı takdirde, erteleme kararını altmış günden önce kaldırma yetkisi bulunmaktadır. Nitekim bu maddede açıklık bulunmamasına karşı, m. 37'de «grev ertelenmesi durumunda altmış günden önce karar kaldırılırsa» demek suretiyle bu hususa açıkça işaret edilmiştir. Kanunun YHK. na intikalinden sonra ise erteleme kararından vazgeçilemeyecektir.

(71) Türkiye Kömür İşletmeleri, Şark Linyitleri İşletmesi, Aşkale Kömür Ocaklarında uygulanmakta olan grev, Bakanlar Kurulunun kararı ile üretimin durdurulması milli güvenliği tehlikeye düşürür» gerekçesi ile, Mart 1977 tarihinde ertelenmiş, ancak, aynı iş yeri, aynı hükümetin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından, Ekim 1977 tarihinde işletmeye tamamen kapatılmıştır. (Özgen, s. 111).

(72) Yurdakul, Grevi Durdurma, s. 784.

(73) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 301.

Erteleme Bakanlar Kurulu Kararnamesi Resmi Gazete'de ilân edildiği gün yürürlüğe girer (m. 33/1). 275 sayılı Kanunda erteleme kararının yayımını takip eden, iki gün sonra yürürlüğe girmesinin kabulü, grevin iki gün daha sürmesi veya kararın iki gün uygulamaya konamaması sonucunu veriyor, bu durum sakınca yaratabiliyordu. Milli Güvenliği veya genel sağlığı bozar nitelikteki bir grevin bir süre beklemeksizin, derhal durdurulmasının amaca daha uygun olduğu sonucuna varılmış olduğu anlaşılmaktadır (74).

Kanun birçok grevin Bakanlar Kurulunca, erteleme nedenlerini geniş takdir edilmemesiyle haksız olarak geciktirebileceğini gözönünde tutarak, geciktirme kararına karşı yürütmenin durdurulması istemi ile Danıştay'a başvurma olanağını taraflara tanımıştır. Kanuna göre, Bakanlar Kurulunun erteleme kararları aleyhine Danıştay'da iptâl davası açılabilir ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi istenebilir. Ancak olağanüstü hâlin ilân edildiği bölgelerde grevin ertelenmesi kararına karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez (m. 33/2).

275 sayılı Kanun dönemindeki uygulamada grevin geciktirilmesine ilişkin iptâl davalarının Danıştay'da çok uzun sürede karara bağlandığı görülmektedir. Eski Kanunun, yürütmenin durdurulmasına ilişkin taleplerin bir hafta içinde karara bağlanmasını öngören hükmü de, böyle bir talebin reddinden sonra, erteleme kararının iptâl edilmesi halinde pratik bir yarar sağlamıyordu (75). Yeni düzenlemede ise ne yürütmeyi durdurma taleplerinin ne de iptâl davalarının kısa sürede karara bağlanması esasına yer verilmiştir. Oysa, bu konuda etkili bir yargı denetimini sağlamak ve eskiden ortaya çıkanlara benzer sorunları önlemek için, özellikle iptâl davalarının kısa sürede karara bağlanmasını sağlayıcı bir hükme yer vermek gerekirdi (76). Böyle bir hükmün kanuna konulmaması karşısında, uyuşmazlığın, aşağıda görüleceği gibi, m. 34 uyarınca YHK. tarafından çözümlenmesinden sonra Danıştayca iptâl kararının verilmesi halinde hukukî ve fiili bazı zorluklar da ortaya çıkabilecektir (77). Kanunda bu konunun yanıtı yoktur (78).

(74) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 301; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 185-186, Çelik, III, s. 504.

(75) Çelik, II/1, s. 460.

(76) Aynı görüş, Çelik, II/1, s. 460; 2822 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet tasarısında da, «Bakanlar Kurulunun erteleme kararlarına karşı açılacak iptâl davalarında Danıştay onbeş gün içinde karar verir» hükmü yer almaktaydı (Mis-Özsoy, s. 33).

(77) İnce, s. 214-215.

(78) Dilik, s. 5.

Kanaatımızca, böyle bir durumda, YHK. toplu sözleşmeyi bağlasa bile, o sözleşmeyi yok saymak gerekecektir. Çünkü, Danıştay erteleme kararını iptâl etmiştir. Başka bir söyleyişle erteleme gerekçesini uygun bulmamış ve toplu sözleşmenin olağan yollarla çözümlenmesini öngörmüştür. YHK.nun, sözleşmeyi çözümlemesi, ancak, erteleme kararının varlığına dayandığına göre bu karar ortadan kalkınca, sonuçlarının da ortadan kalkması gerekir. Dolayısıyla TİS.nin de iptâl edilmiş sayılması gerekecektir (79). Fakat bu çözümün de getireceği pek çok sorun vardır. Uygulamaya başlanan bir TİS nin iptâli, kazanılmış haklar, işyeri huzuru, çalışma barışı gibi birçok kavrama dayalı yeni sorunların ortaya çıkmasına olanak verecektir. Bu nedenle, hiç olmazsa yürütmenin durdurulmasının belli ve kısa bir süreye bağlanması, bu sorunların büyük bir bölümünü ortadan kaldırmış olurdu.

c. Erteleme Durumunda Uyuşmazlığın Çözümü

Erteleme döneminin sonunda uyuşmazlığın YHK.ca çözümlenmesi, Anayasanın m. 54/5'de yer almaktadır. 275 sayılı Kanun zamanında, erteleme döneminde taraflar anlaşamazsa, yeniden grev prosedürü başlıyordu. O zaman bu durum haklı olarak eleştirilmişti. Örneğin, ulusal güvenlik dolayısıyla ertelenen bir grev, erteleme süresinin sonunda yine yapılabilecekti. Şu halde ya grev, ulusal güvenliği tehlikeye sokmuyordu yahut da ulusal güvenlik grevle tehlikeye girecekti. Bundan dolayı, sistemin hatalı olduğu ileri sürülüyordu (80). 1982 Anayasası ve ona uygun olarak düzenlenen 2822 sayılı Kanunun m. 34'si bu eleştiriden doğan durumu ortadan kaldırmış ve erteleme sonunda mutlaka bir çözüm getirmiştir (81).

Çözümü iki aşamada incelemek uygun olur :

aa) Erteleme süresinin içinde (olağanüstü arabuluculuk)

Erteleme kararnamesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, erteleme süresince kendisi, uyuşmazlığın çözümü ile ilgilenir ve hertürlü çabayı harcar. Bunun yanında, ayrıca, resmi listeden görevlendireceği bir arabulucu yardımı ile de bu hizmeti verebilir (m. 34/1). Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının bir arabulucu aracılığıyla bu hizmeti vermesinin hükme bağlanması yaklaşımı yerinde olmuştur. Genellikle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının, her zaman konunun uzmanı olduğu düşünülemez. Bu bakımdan, bilimsel birçok engellerle karşılaşılabilir. Bunun yanında, siyasal kişiliğe sahip olduğundan uyuş-

(79) Aynı görüş için; İnce, s. 215.

(80) Oğuzman, Grev ve Lokavt, s. 87.

(81) Dilik, s. 5.

mazlıkla yeterince ilgilenme zamanı bulamayabilir. Bu bakımdan bir arabulucu yardımıyla, bu sorunları çözmesi daha yararlı olacak ve büyük kolaylık sağlayacaktır. Bakanın mevkiinin avantajından da yararlanmak suretiyle uyuşmazlığı çözme olasılığı güç kazanabilir.

34 ncü maddenin ikinci fıkrasına göre taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme de götürebilirler. 58 nci madde uyarınca, özel hakeme gittikten sonra grev hükümleri uygulanmaz ve hakemin kararı TİS. hükmünde olur (82).

Ayrıca, son fıkra hükmüne bakılırsa tarafların kendiliğinden anlaşması da mümkündür.

bb) Erteleme süresinin bitiminden sonra

Erteleme süresinin sona erdiği tarihte taraflar anlaşmamışsa veya uyuşmazlığı özel hakeme götürmemişlerse, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, uyuşmazlığın çözümü için YHK. na başvurur (m. 34). Ayrıca bu hüküm, m. 52'de tekrarlanmıştır.

YHK., m. 54 uyarınca, dilekçenin alınmasından itibaren altı işgünü içinde toplanır (83).

YHK. nun kararları kesin olup, TİS. hükmündedir (m. 55).

Erteleme kararına uyulmamasının yaptırımı m. 75'de yer almıştır.

6. TARAFLARIN ÖZEL HAKEME BAŞVURMA ANLAŞMASINA UYMAMALARI

Toplu iş sözleşmesinin yapılmasıyla ilgili olarak çıkan uyuşmazlıkta, taraflar, bu uyuşmazlığın özel hakemde (84) çözülmesi için özel hakeme başvurma konusunda yazılı olarak anlaşma yaparlarsa, bu anlaşmadan sonra, arabuluculuk, grev ve lokavt, kanunî hakem hükümleri uygulanmaz (m. 58/2). Uyuşmazlık özel hakem tarafından çözülecektir ve özel hakemin kararı TİS. hükmündedir (m. 58/3).

-
- (82) Tunçomağ, II, s. 427; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 186-187; Çelik, III, s. 505; İnce, s. 216; Yurdakul, Grevi Durdurma, s. 415-416.
- (83) Çelik, III, s. 216; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 306-307; Özbek, s. 252 vd.
- (84) Çelik, III, s. 507; Tunçomağ, II, s. 202-203, 422; aynı yazar, Barışçı yollar, s. 11-12; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 192-193, 113-114, 137 vd.; aynı yazar, I. Uluslararası Semineri, s. 343; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 415 vd.; aynı yazar, YHK., s. 12; Yarsuvat, s. 407; Kocaoğlu, Arabuluculuk, s. 12; İnce, s. 195-196; Esener, s. 572 vd.; Kutal, Barışçı Çözüm Yolları, s. 521 vd.; Ekonomi, I. Uluslararası Semineri, s. 340; Özbek, s. 297-298.

Bu şekilde, özel hakeme başvurma konusunda anlaşma yapılmış olması bir grev engeline neden olmaktadır. Bu engele rağmen yapılan grev kanun dışı olarak nitelendirilecektir.

Kanunun düzenlenme biçiminden, özel hakeme başvurma anlaşmasının uyuşmazlığın çıkmasından sonra yapılabileceği sonucu çıkmaktadır (85). Uyuşmazlığın tesbitinden sonra her aşamada anılan anlaşma yapılabilir. Anlaşma toplu görüşmenin kesilmesinden sonra yapılacak olursa, bu durumda arabuluculuğa başvurulmayacağı gibi grev de yapılmıyacaktır. Anlaşma grev kararı alındıktan fakat karar uygulanmadan önce yapılacak olursa, gene grev uygulanmayacaktır. Keza anlaşma grevin uygulanması esnasında yapıldığında, grev sona erdirilecektir, sona erdirilmeyip greve devam edilecek olursa, bu grev kanun dışı olarak nitelendirilecektir. Buna karşılık grev yasağı bulunan bir uyuşmazlıkta bu anlaşma yapılırsa, uyuşmazlık YHK.da değil, anlaşmaya varılan özel hakemde çözülecektir (86).

7. YARGI ORGANINCA GREVİN DURDURULMASI

a. Genel Olarak

275 sayılı Kanun, yalnızca toplu hak uyuşmazlıklarında grevin mahkeme kararı ile durdurulmasına yer vermiş (87), buna karşılık toplu menfaat uyuşmazlıklarında grevin mahkeme kararı ile durdurulmasına yer vermemiştir. 2822 sayılı Kanun ise grev hakkının kötüye kullanılmasına neden olan kanuni grevin mahkeme kararı ile durdurulmasına yer vermiş ve bir grevin kanun dışı olup olmadığının tesbiti davasında da hâkimin ihtiyatî tedbir olarak, grevin durdurulmasına karar vermesini kabul etmiştir.

b. Grev Hakkının Kötüye Kullanıldığı Hallerde Durdurma

1982 Anayasasının 54 ncü maddesinin 2 nci fıkrası aynen «Grev hakkı iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılmaz» hükmüne yer vermiş bulunmaktadır (88).

(85) Ancak Yargıtay'a göre, TİS.lerine konulan hakeme başvurma şartı; işçiyi bağlayıcı değildir (Yarg. HGK. 10.11.1965, E. 9-643, K. 495, Orhaner, Baki, s. 587-589) ayrıca bkz. 1.6.1970, E. 4846, K. 5796 (Karar ve Sağlam'ın incelemesi İHU, 1975, V, m. 1, N. 2).

(86) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 193.

(87) Oğuzman, Grev ve Lokavt, s. 92. 2822 sayılı Kanun hak uyuşmazlıklarında kanunî greve cevaz vermediği için, bu Kanunda böyle bir grevin durdurulması İHU hükmüne de yer verilmemiştir.

(88) Çelik, İş-Anayasa, s. 11 vd.; aynı yazar, III, s. 494-495; Reisoğlu, Anayasa Hükümleri, s. 21; Tunçomağ, II, s. 515, aynı yazar, İş Hukuku ve

Keza, 2822 sayılı Kanunun 47 nci maddesi de «Grev hakkının ve lokavtın kötüye kullanılması» başlığı altında 1 nci fıkrasının 1 nci cümlesinde aynı kuralı tekrarlamakta ve 2 nci cümlesinde de aynen «Bu kurala aykırı olarak uygulanan grev veya lokavt bir tarafın veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başvurusu üzerine 15 nci maddeye göre yetkili iş mahkemesi kararı ile durdurulur» hükmüne yer vermiştir.

Grev kararı kanunda belirtilen amaç doğrultusunda alındığı zaman, bu kanunî grev sayılır. Diğer bir anlatımla, grev kararının alınması esnasında, grev hakkının kötüye kullanılması kavramına müracaat edilmeden kanunî amaç dışı alınan grev kararının kanun dışı olduğu sonucuna varmak gerekmektedir (89).

Bu nedenlerle m. 47 açısından kanunda öngörülen bir amaçla alınan grev kararının, iyiniyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde uygulanması halinde grev hakkının kötüye kullanıldığı söz konusu olabilecektir.

Bu bakımdan hangi grevlerin iyiniyet kuralına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde uygulanmış olduğunu başlangıçta birtakım kriterlere bağlamak suretiyle değerlendirmek imkânı yoktur (90). O halde bu hükmün uygulanması büyük ölçüde yargı organının takdirine tâbi olacaktır. Hâkim, hak ve adalet ölçüleri içinde takdir yetkisini kullanarak her olayı kendi şartları içinde değerlendirmek zorundadır. Örneğin, tek fırını olan bir kasabada fırın işçilerinin uzayan grevini toplum zararına uygulama saymak düşünülebilirken, birden çok fırın bulunan bir şehirde bir fırında uygulanan grevi bu nitelikte görmek mümkün değildir. Keza, işverenin uyuşmazlık konusunu teşkil eden hususlarda işçi sendikasının bütün tekliflerini grev sırasında kabul etmesine

Anayasa, s. 10; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 193 vd.; Kutal, Kanun Dışı Grev, s. 437; Özbek, s. 278 vd.; İnce, s. 260 vd.; Sur, s. 100, 180, 190; Gürgen, s. 650 vd.; Ekonomi, İş Hukuku Sistemi, s. 351; Yarsuvat, s. 409-410; Baydur, s. 15 vd.

(89) Reisoğlu, Şerh 1975, s. 309.

(90) Reisoğlu'na göre, iyiniyet kurallarına aykırı tarzda grevin kullanılmasına yacağı esas, MK.nun başlangıç maddelerinde yer alan kuralın Anayasada ifade edilmesiyle daha etkin şekilde gözönünde tutulacaktır. Buna karşılık, bir grevin ne zaman toplum zararına ve milli serveti tahrip etmek şeklinde olduğunun tesbitinde büyük güçlükler vardır. (Anayasa Hükmümleri, s. 21-22); İnce'ye göre, toplum zararına olma ve milli serveti tahrip etme kıstası, iyiniyet kurallarına bağlı olarak kullanılabilir (s. 260); Elbir, Sözkonusu hüküm uygulanabilmesi için, ağır ve açık olarak iyiniyet kurallarına aykırılık durumunun aranması gerektiği görüşündedir (s. 300).

rağmen grevin devam ettirilmesi de iyiniyet kurallarına aykırı görülebilir (91).

Alman hukukunda, yegâne gayesi işverenin mahvedilmesi olan bir grev veya bu greve yol açan taleplerle, karşı tarafın uğrayacağı zarar arasında büyük nisbetsizlik varsa anılan grev, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir (92).

Anayasanın ve 2822 sayılı Kanunun, grevin kanunî olması için gereken amaç şartını belirlemiş olması karşısında hangi grevlerin amaç açısından kanun dışı grev sayılacağı, hangi grevlerde ise iyiniyet kurallarına aykırı uygulama bulunduğu kabul edileceği, sadece nazari değil, tabiiyet bakımından da önemi olan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır (93). Kanaatimizce amaç itibariyle kanuna aykırı grevler kanunda belirtilen amaç şartı gerçekleşmemiş olduğu için doğrudan doğruya kanun icabı kanun dışı grev teşkil eder ve kanun dışı grevin cezaî ve hukukî yaptırımlarına tâbi olur. Halbuki grev hakkının iyiniyet kurallarına aykırı (kötüye) kullanıldığından bahsedilebilmesi için kanunî grev için aranan şartlar gerçekleşmesine rağmen grevin uygulanması iyiniyet (dürüstlük) kuralları ile bağdaşmayacaktır. Bir grevin uygulanmasının bu nitelikte olduğu iş mahkemesi tarafından kabul edilerek, grevin durdurulmasına karar verilmesine kadar bu grev kanunî grev olarak etkisini sürdürür (94).

Bir olayda grev hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığını tesbit edecek mahkeme, bu grevin uygulandığı işyerinin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemedir (95).

Grev birden fazla işyerinde uygulanmakta olsa bile her işyeri ayrı değerlendirilecektir. Bu hâl tarzı ayrı işyerlerinde farklı sonuçlara yol açabileceğinden, karışıklığa neden olabileceği düşünülse de, grev uygulaması bakımından her işyerinin diğerinden ayrı olması bu konuda bunların da ayrı değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Buna karşılık işletme TİS müzakeresinde çıkan uyuşmazlıkta işletme bütün halinde dikkate alınacaktır (95a).

Grev hakkının kötüye kullanıldığı iddiası ile mahkemeye işveren müracaatta bulunabileceği gibi ayrıca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı da

(91) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 194.

(92) Hacker, s. 1 vd.

(93) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 382 vd.

(94) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 244.

(95) İnce, s. 260; Özbek, s. 279.

(95a) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 194.

müracaat edebilir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanına bu yetki toplum zararını önlemek, milli serveti korumak için tanınmıştır (96).

Mahkeme, grevin iyiniyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına veya milli serveti tahrip edecek şekilde kullanıldığı sonucuna varırsa, grevin durdurulmasına karar verecektir. Bu karar greve devamı engellemez, ancak kanunî grevi kanun dışı greve dönüştürür (97).

Mahkemenin durdurma kararı vermesine rağmen grevin uygulanmasına devam edilirse, bu takdirde bu uygulama kanun dışı grev sayılır (98).

Mahkemenin, durumu tesbit edinceye kadar grevi yürütmeyi durdurma kararı ile durdurması halinde, bu tedbire rağmen uygulanan grev kanun dışı grev olur. Bu hususta 2822 sayılı Kanunun m. 46 hükümlerinden kıyas yolu ile yararlanılabilir (98a).

c. İhtiyati Tedbir Olarak Durdurma (98b).

Bir grevin kanun dışı olup olmadığının tesbiti hususunda açılan bir davada hâkim, tesbit kararının kesinleşmesine kadar, dava konusu grevin ihtiyati tedbir olarak durdurulmasına karar verebileceği gibi, konulmuş tedbiri her zaman kaldırabilir (99) (m. 46/2).

Yargılama sonucunda grevin kanun dışı olduğu tesbit edildiğinde yürütmeyi durdurma kararı konumuz olan, grev engelleri bakımından bir değer ifade etmez. Buna karşılık sonuçta kanunî olduğu tesbit edilirse, yürütmeyi durdurma kararı bu grevi engellemiş olur. Bu tesbit kararının kesinleşmesi ile grev engeli kalkar. Keza, kararın kesinleşmesinden önce hâkim tedbiri kaldırırsa gene grev engeli ortadan kalkmış olur. Bu durumda, grevle ilgili işlem ve fiillere durdurulduğu yerden tekrar devam edilebilir (100).

Yürütmeyi durdurma niteliğindeki grev engeli devam ederken grev uygulanamaz; engele rağmen grev uygulanırsa, kanun dışı grev yapılmış olur (101).

275 sayılı Kanun, menfaat uyumsuzluklarında grevin mahkeme kararı ile durdurulmasına yer vermediği gibi grevin kanun dışı olup olmadığının

(96) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 381-382; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 195.

(97) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 253-254.

(98) Tunçomağ, II, s. 425.

(98a) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 195.

(98b) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 195-196.

(99) Çelik, III, s. 494-495; Tunçomağ, II, s. 425; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 302 vd.; İnce, s. 216; Baydur, s. 16 vd.; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 195.

(100) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 383; İnce, s. 216.

(101) Tunçomağ, II, s. 425.

tesbiti davasına da yer vermemiştir. Ancak tesbit davasının açılabilceğini kabul eden Yargıtay (102), tesbit kararının kesinleşmesine kadar geçecek olan ve grevin kanunî olup olmadığının şüpheli bulunduğu devrede ihtiyatî tedbir olarak mahkemenin grevin durdurulmasına karar verebileceğini de kabul etmişti (103).

8. Belli İşçilerin Greve Katılmama Zorunluluğu

TSGLK m. 29/1'ne göre «can ve mal kurtarma işlerinde» m. 30/1 de «... sağlıkla ilgili işyerlerinde», m. 30/2'de «Eğitim ve öğretim kurumlarında, çocuk bakım yerlerinde ve huzurevlerinde» grev uygulanması yasak sayılmıştır.

Can ve mal kurtarma işlerinde görevli bulunan işçiler, işyerinde grev süresince yangın, deprem ve su baskını gibi âfetlerle karşılaşma ihtimali nedeniyle greve katılmamaları gerekir.

Grev uygulanan bir işyerinde sağlık işlerinde görev alan personelin (doktor, sağlık memuru, ebe, hemşire ve hastabakıcı vb.) bu greve katılmamaları zorunludur. İşyerinde grev süresi içinde ortaya çıkabilecek kaza, kasıtlı bir yaralama vb. hastalık hallerinde, bu sağlık işlerinde görevlendirilen personelin görev başında bulunmaları çok defa hayati önem taşıyacağından bunların da grev dışında kalmaları gerekmektedir.

Grevin uygulandığı işyerine bağlı eğitim ve öğretim kurumu, çocuk bakım yeri ve huzurevi varsa, bunlarda işçi olarak çalışanların keza grev dışında kalmaları zorunlu sayılmalıdır.

TSGLK m. 39'sine göre, hiçbir suretle istihsal veya satışı yönelik olmamak kaydı ile niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını; işyeri güvenliğinin, makina ve demirbaş eşyasının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul maddelerinin bozulmamasını; hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçinin greve katılmayarak, çalışması zorunlu sayılmaktadır.

275 sayılı Kanunun m. 25'nde de yer alan bu esasla (104); bir taraftan, etkilerini grev bittikten sonra da gösterecek zararlar önlenmek istenmiş, diğer taraftan da, grev esnasında, işveren için hariçten işçi al-

(102) Yarg. HGK., 17.3.1965, E. 9-656, K. 120 (Oğuzman, Grev ve Lokavt, s. 210.

(103) Yarg. HD., 21.9.1978, E. 10532, K. 11350 (Tekstil İşv. D. Mayıs 1979, s. 15). Daha önceki aksi yönde bir kararı Yarg. 9.HD., 25.4.1968, E. 8153, K. 648 (Orhaner, s. 673) (Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 195-196).

(104) 275 sayılı Kanundan farklı olarak, hayvan ve bitkileri koruyacak işçiler de hüküm kapsamına alınmıştır.

mak ve başkalarını çalıştırmak yasağının (m. 43/1) sakıncalarının giderilmesi amaçlanmıştır (105).

Grev sırasında çalışması gereken işçilerin ve yedeklerinin niteliği ve sayısı ve görevleri işveren veya vekili tarafından toplu görüşmelerin başlamasından itibaren altı işgünü içinde işyerinde yazı ile ilân edilecek (106) ve bu ilânın bir örneği toplu görüşmede taraf olan işçi sendikasına gönderilecektir (m. 39/2). Yukarıda belirtilen ilândan itibaren altı işgünü içinde işçi sendikası iş davalarına bakmakla görevli mahkemeye itirazda bulunmazsa ilân hükümleri kesinleşir. İtiraz halinde mahkeme altı işgünü içinde karar verir (107). Bu karar kesindir (m. 39/2) (107a).

Greve katılacak işçiler her ne sebeple olursa olsun kanunî süre içinde tesbit edilmemiş ise (108) işveren veya işçi sendikası çalışacak işçi sayısının tesbitini süre geçtikten sonra da Bölge Çalışma Müdürlüğünden talep edebilir (m. 39/3).

İşletme sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda da grev sırasında çalışacak işçi kadrosu her işyeri için ayrı ayrı belirlenecektir. Ancak işverenin yapacağı ilâna veya Bölge Çalışma Müdürlüğüne yapılacak tesbite itirazları incelemekle görevli mahkeme, işletmenin merkezine göre tayin edilecektir. Fakat Bölge Çalışma Müdürlüğü, gene her işyeri için o işyerinin bağlı bulunduğu bölgeye göre belirlenecektir (m. 39/4) (109).

Greve katılmayacak işçilerin sayısı ve nitelikleri ilânla veya mahkeme kararı ile belirlendikten sonra, şahıs olarak hangi işçilerin kararın kapsamına girerek çalışmak zorunda olacağı, Bölge Çalışma Müdürlüğünce, grev kararının müdürlüğe bildirilmesinden itibaren üç işgünü içinde re'sen tesbit edilerek ilgili işverene ve işçilere yazı ile bildirilecektir (m.

(105) 275 sayılı Kanunun bu konuyu düzenleyen hükmünü Anayasa Mahkemesi aykırı bulmamıştır: An. Mah. 19-20, Ekim 1967, E. 337, K. 31 (Oğuzman, Seçkin'e Armağan, s. 446).

(106) Greve katılmayacak işçilerin niteliğinin ve sayısının TİS ile önceden taraflarca belirlenmesine imkân tanıyan 275 sayılı Kanunun hükmüne, 2822 sayılı Kanunda yer verilmemiştir ki, bunun sebebi anlaşılammaktadır.

(107) 275 sayılı Kanunda itirazın İl Hakem Kuruluna yapıp bu kurulda karara bağlanması kabul edilmişti. Yeni Kanun İl Hakem Kurullarına yer vermemiştir.

(107a) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 197.

(108) 275 sayılı Kanunda, greve katılmayacak işçilerin niteliğinin ve sayısının ilânının ihmal edilmiş olması halinde ne yapılacağı belirtilmemiştir ve bu bir sorun teşkil ediyordu. Bkz. Oğuzman, Temel Bilgiler, s. 184, Eser, s. 636, Reisoğlu, Şerh 1975, s. 395.

(109) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 338 vd.

40/1). İlânın ihmâl edildiği hallerde m. 39/3 uyarınca tesbit edilen işçi kadrosuna girecek işçilerin nasıl belirleneceği kanunda gösterilmemiştir. Bölge Çalışma Müdürlüğünün en kısa zamanda bu belirlemeyi yapması ve ilgili işçilere ve işverene yazı ile bildirmesi hükmün amacı icabıdır (110).

Grev yapılacak işyerinde çalışan ve toplu görüşmede taraf olan işçi sendikasının ve şubesinin başkan ve yönetim kurulu üyesi bulunan işçiler işyerinde grev süresince çalışacak işçiler arasına konulamazlar (m. 40/1).

Yukarıda sözü edilen işçilerin görevlerinin niteliği bakımından, grev kanuna uygun olsun veya olmasın, greve katılmayıp, işyerinde kendileri için belirlenen görevlerde çalışmakla yükümlüdürler (111).

Bu işçiler, grev süresince haklı bir nedene dayanmaksızın değinilen görevleri yerine getirmekten kaçınmış olabilirler. Ancak, bu eylem TSGLK. na göre bir grevin kanun dışı olup olmamasını etkileyen unsurların (m. 25/3) dışında kalmaktadır.

Uygulanan grev gerçekten kanun dışı bir grev ise, anılan işçilerin bu greve katılmak kasdı ile işlerini bırakmaları hali dışında, kanun dışı grev yapmış sayılmamaları gerekir ve haklarında kanun dışı grev yaptırımları uygulanmamalıdır. Ancak kişisel kusurları varsa, çalışmamaları yüzünden doğan zararlardan kuşkusuz sorumlu tutulabilirler. Zarara birlikte yol açmış olan işçiler, müteselsilen sorumlu sayılırlar (BK. m. 50). İşçilerin buradaki sorumluluğu haksız fiil ve sözleşmeden doğmaktadır. İşverenin İş K. m. 13, 17'den doğan hakları saklıdır.

İşveren, grev süresi içinde haklı bir nedene dayanmaksızın anılan işçileri çalıştırmamışsa, işçiler, hizmet sözleşmesine bildirimsiz son verebilirler. Bu hakkı kullanmak isteyen işçiye, işveren grev süresi içinde normal şartlarda çalıştığı zamanlardaki gibi, sözleşme ve kanunlardan doğan tüm haklarını ödemeye devam etmek zorundadır. İşyerinin bu işçilerin çalıştırılmamaları nedeniyle kapatılmış olması, işverenin borçlarını ortadan kaldırmaz.

TSGLK.nun ceza hükümlerini belirleyen beşinci kısmının birinci bölümünde (m. 77/2), çalışma zorunluluğuna tâbi olup da geçerli bir özürü

(110) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 198; Tunçomağ, II, s. 498 vd.

(111) TSGLK.na göre grev dışı bırakılacaklardan başka, 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun (RG., 24 Temmuz 1981, 17410) kapsamına giren işyerlerinde kurulacak özel güvenlik teşkilâtı işçileri de, sendika üyesi olamayacakları gibi, grevlere de katılamayacaklardır (m. 23-27).

(hastalık, askere alınma vb.) olmaksızın çalışmayan işçiler için ceza yaptırımları öngörülmüştür. Keza bu işçileri çalıştırmayan işveren için de m. 78/1'de cezaî yaptırıma yer verilmiştir.

9. GREVİN KANUN DIŞI OLDUĞUNUN TESBİTİ

a. Tesbit Davasının Temel Nitelikleri (111a)

Bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığı veya içeriği konusunda kesin hüküm niteliğinde bir karar verilmesi için açılan dava, tesbit davası olarak tanımlanabilir (112). Eda davasından farklı olarak, tesbit davasında yerine getirme emri istenemez. Mahkemenin tesbit niteliğindeki hükmünün icra kanalıyla infazı yapılamaz. Zira, tesbit davası ile bir hakkın yerine getirilmesi yerine, bu hakkın mevcut olup olmadığı veya kapsamının tesbit edilmesi istenir.

Tesbit davasına bakılabilmesi için, genel dava şartlarından başka, aşağıda açıklanan şartların da varlığı gerekmektedir. Anılan davanın konusu, sadece bir hukukî ilişki ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca davacının bu ilişkinin mevcut olup olmadığının tesbitinde hukukî yararı aranmalıdır (113).

Hukuki yararın hemen tesbiti;

1 — Davacının bir hakkı ya da hukukî durumu mevcut bir tehlike ile tehdit edilmekte,

2 — Bu tehdit nedeniyle davacının hukukî durumu kararsızlık içinde ve bu durum davacıya zarar verebilecek nitelikte,

3 — Yalnızca kesin hüküm etkisi olup, zorunlu yerine getirmeye yetki vermeyen tesbit hükmünün, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olması,
hallerinde tesbit davası açılmasına yeterli kabul edilir.

Hukukî ilişki ile hukukî yararın bulunup bulunmadığı davanın her safhasında, mahkemece kendiliğinden araştırılmalıdır (114). Bunun yanında, tesbiti istenecek hukukî ilişkinin halen varolması da gerekmektedir (115).

(111a) Özgen, s. 95 vd.

(112) Postacıoğlu, s. 252; Tunçomağ, II, s. 511-512; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 363-364; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 248 vd.; Özbek, s. 277-278; İnce, s. 265; Kuru, Tesbit Davaları, s. 5 vd.

(113) Kuru, s. 154.

(114) Kuru, s. 155-156.

(115) Üstündağ, s. 186.

Yargılama işlemine başlanabilmesi için, karşı tarafa tebligat yapılması gerekmektedir. Ayrıca bu davanın açılmış olması, zamanaşımını keser.

Gerçekte, Türk Hukukunda tesbit davası, ayrı bir dava türü olarak düzenlenmiş değildir. Buna karşılık tesbit davasını kabul eden özel hükümlere rastlanılmaktadır; Örneğin, MK. m. 25, İİK. m. 69/2, 72, 89/3; Fikir SEK. m. 15/3 67/2 ve TK. m. 58/a gibi. Önce öğretilerde tesbit davası açılabilmesinin mümkün olduğu görüşü savunulmuş (116) ve bu görüş, sonradan Yargıtayca da benimsenmiştir (117). İşte tesbit davası, kanun dışı grevin tesbiti konusunda da geniş bir uygulama alanı bulmuştur. İşte bu nedenledir ki, 2822 sayılı Kanun, grevin kanun dışı olup olmadığının tesbiti davasını düzenleme ihtiyacını duymuş ve TSGLK. m.46'ne özel bir hüküm koyarak, içtihatla belirlenip geliştirilen bu tesbit davasını kanunî bir çözüme bağlamıştır.

Tesbit davası, delillerin tesbitinden farklıdır. Zira, delillerin tesbiti, bağımsız bir dava türü değildir. Ancak tesbit davası ile delillerin tesbiti de istenebilir. Fakat delil tesbitinin konusu çoğunlukla olaylar ve bazen de hukukî ilişkilerdir (118).

Kural olarak eda davasının açılabilceği durumlarda, tesbit davası açılmaz. Ancak, öğretilerde, eda davasında verilecek hükmün tesbite ilişkin bölümü, tesbit davası sonucu elde edilecek tesbit hükmünden daha dar ise, istisnaen tesbit davası açılabilmesi kabul edilmektedir (119).

Fakat İş Hukukunda eda davası açılmasının mümkün bulunduğu bazı durumlarda dahi, eğer uyuşmazlık büyümeden ve ilerde onarılması güç ya da olanaksız zararlar doğurmadan çözümlenebilecekse, tesbit davasının açılabilceğini kabul etmelidir. Örneğin, Yargıtay'ın 275 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarında; işverenin grevdeki işçilere karşı eda davası açma ve böylece mahkemedeki grevin kanun dışı olduğunun, tesbitini ve bunun sonuçlarına hükmedilmesini isteme yerine, grevin kanun dışı ol-

(116) Tunçomağ, II, s. 510; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 375 vd.; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 248 vd.

(117) Yarg. 9.HD., 7.6.1965, E. 3451, K. 6731; Yarg. 9.HD., 10.5.1965, E. 7674, K. 3926 (Oğuzman, Grev ve Lokavt, s. 197); Yarg. HGK., 13.7.1968, E. 9-193, K. 572, sona ermiş grevin kanundışı olduğunun dahi tesbitinin istenebileceğini kabul etmiştir. Hatta Yarg. 9.HD., 23.12.1976, E. 4910, K. 6684'de uyuşmazlık TİS. ile sonuçlanmış da olsa, grev kararının kanun dışı olduğu hususundaki davanın bundan etkilenmeyeceği kabul edilmiştir (İşv. D., Aralık 1976, s. 21).

(118) Kuru, s. 679; Postacıoğlu, s. 253; Üstündağ, s. 192 vd.; Ansay, s. 191 vd.

(119) Kuru, s. 252 vd.

duğunun tesbitini isteme hakkı da kabul edilmişti (120). 46 ncı maddede sadece özel olarak grev ve lokavtın kanun dışı olup olmadığının tesbiti ile ilgili dava düzenlenmiştir. Bunun dışındaki tesbit davaları Yargıtay Kararları ile belirlenen genel şartlar çerçevesinde açılabilir. Örneğin, Yargıtay, işverenin işçi teşekkülünden zarar ziyan talebi hakkında, şartlar bulunduğu takdirde tesbit davası açılabilirliğini kabul etmektedir (121).

b. Tesbit Davasının Lüzumu

Uygulanacak veya uygulanmakta olan bir grevin kanun dışı olup olmadığının bu dava yolu ile tesbitinde, işveren, işçi teşekkülü ve greve katılacak işçiler açısından menfaat bulunduğu kuşkusuzdur. Zira mahkeme tarafından kanunî olduğu tesbit edilen bir greve katılanlar, kendilerini emniyette hissederken grevi daha rahat yürütebileceklerdir. Bunun yanında bir grevin kanun dışı olduğunun mahkemece tesbiti ise, kanuna aykırı olan, cezai ve hukukî çeşitli sorumluluklara yer verecek bu davranışın uzamamasını sağlayacak psikolojik bir faktör olacak, işverene de grevcilerin akitlerini feshetme konusunda emniyet sağlayacaktır (122).

Mesele, bir grevin kanun dışı olduğunun tesbiti yolunda işveren tarafından açılacak bir davaya konu olabileceği gibi, bir grevin kanun dışı olmadığı, diğer bir ifade ile, grevin kanunî olduğunun tesbiti yolunda işçi teşekkülü veya işçiler tarafından açılacak bir davaya da konu olabilir.

c. Görevli Mahkeme ve Usul

Tesbit davası grev kararı alındıktan sonra ve grev uygulaması devam ederken açılabilir. Buna karşılık herhangi bir nedenle sona ermiş bulunan grev için tesbit davası açılmasında ise hukukî bir yarar bulunmamaktadır. Ancak bir grev, kanun dışı iken sona erdirilmişse, bu nedenle zarara uğrayan işveren veya işçiler tesbit davası yerine, eda davası açmak zorundadırlar.

Grevin kanun dışı olup olmadığının tesbitinde yetkili ve görevli mahkemenin hangisi olduğu konusuna 275 sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Ancak, Yargıtay bu konuda görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğunu benimsemişti (123), 2822 sayılı Kanunun m. 46'si tesbit davasında iş

(120) Yarg. HGK., 17.3.1965, E. 9-656, K. 120; Yarg. 9.HD., 26.11.1969, E. 9693 K. 10446 (İBD., S. 7-8, s. 577-579; Yarg. 9.HD., 23.2.1976, E. 4910, K. 6684.

(121) Yarg. 9.HD., 4.5.1967, E. 4311, K. 3788 (Erciyes, s. 14, 1974, s. 15).

(122) Çelik, III, s. 514; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 248; Reisoğlu, Şerh 1986, s. 375-376; Kutal, Kanun Dışı Grev, s. 438-439; Çolakoğlu, Grev Hukuku, s. 366-367; İnce, s. 265, Özgen, s. 96.

(123) Yarg. 9.HD. 2.11.1964, E. 6840, K. 7266; Yarg. 9.HD., 25.4.1986, E. 2864 K. 3646.

mahkemesinin görevli olduğuna açıkca yer vermiş, bunun yanında yetkili mahkemeyi de belirlemiştir. 46 ncı maddenin 1 nci fıkrasına göre, karar verilen veya uygulanmakta olan bir grevin kanun dışı olup olmadığının tesbitini uyuşmazlığın tarafı olanlardan her biri m. 15'ye göre yetkili iş mahkemesinde her zaman talep edebilir. 15 nci maddeye göre, bu mahkeme grev uygulanan veya uygulanacak olan işyerinin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğünün bulunduğu yerdeki mahkemedir. Şayet uyuşmazlık birden fazla Bölge Çalışma Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsıyorsa, Ankara Mahkemesi yetkilidir.

İşletme TİS. yapılması sırasında çıkacak uyuşmazlıkta alınacak grev kararının kanuna uygunluğu veya aykırılığının tesbiti davasını görmeye, işletme merkezinin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğünün bulunduğu yer iş mahkemesinin yetkili olacağı sonucuna, işletme TİS'lerine ilişkin 3 ncü madde ile 18 nci maddenin yorumu ile varılabilir (124).

Mahkeme, kararını bir ay içinde verecektir (m. 46/1).

Hâkim, tesbit kararının kesinleşmesine kadar, dava konusu grevin ihtiyâti tedbir olarak durdurulmasına karar verebileceği gibi, konulmuş tedbiri her zaman kaldırabilir (m. 46/2).

Fakat mahkeme, tarafları çağırıp duruşma yapmak zorundadır; evrak üzerinde inceleme yaparak tesbit kararı veremez (125).

Mahkemenin tesbit davası sonucu verdiği karar genel hükümlere göre temyiz edilebilir. Yargıtay bu konuda karar vermesi için ise kanunda bir süre öngörülmemiştir (126).

d. Tesbit Hükümünün Etkisi

Mahkemenin duruşma sonunda verdiği karar, bir grevin kanun dışı olup olmadığını belirlemeden ibarettir. Bu kararla birlikte, eda hükmü de verilemez. Ayrıca, tesbit davası sonunda verilen hüküm, kesin hüküm niteliğindedir. Buna karşılık, bu hüküm ilâmların icrası yoluyla (İİK. m. 24 vd.) icraya konamaz (127). Bunun yanında mahkeme kararı, uyuşmazlığın taraflarını keza işçi ve işveren sendikasının mensuplarını da bağlar (m. 46/1).

Mahkemenin bir grevin kanun dışı olduğunu tesbit eden hükmünün ilerde bu davaya ilişkin olmak üzere açılacak hukuk davaları üzerinde et-

(124) Tunçomağ, II, s. 512-513; İnce, s. 265; Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 251-252.

(125) Yarg. 9.HD., 16.1.1968, E. 11608, K. 374; Orhaner, 1969, s. 691.

(126) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 77; Tunçay, s. 13; Suntekin, s. 480; Baydur, s. 15.

(127) Kuru, s. 262.

kisinin ne olduğu konusunda kanunlarımızda herhangi bir hüküm yer almamıştır. Ancak, grevin kanundışı olduğunu tesbit eden hüküm, kesin delil teşkil ettiğine göre, bu hükmün aynı grevle ilgili olmak üzere, bilâhare açılacak hukuk davaları bakımından kesin delil teşkil ettiğini kabul etmek gereklidir. Yalnız bazılarına göre, grevin kanun dışı olduğunu tesbit eden hüküm, işverenin işçilere karşı açacağı eda (tazminat) davasında hâkimi bağlamaz (128). Kanaatımızca, grevin kanun dışı olduğunun hükmüyle tesbiti halinde bu durumun sonraki davada taraflar aynı olmasa dahi hâkimi bağladığının kabulü gereklidir (129). Zira, mahkeme tesbit hükmüyle hukukî durumu tesbit etmiş bulunmaktadır. Kaldığı, eda davasında da hâkim, önce hukukî durumu tesbit eder, sonra tazminata hükmeder. Bunun yanında aynı hukukî durumun iki değişik mahkemece ayrı ayrı tesbit edilebileceğini kabul etmek, aynı konuda iki farklı hukukî durum yaratabileceği gibi, davaların gereksiz yere uzamasına da yol açabilir.

Grevin kanun dışı olduğunu, tesbit eden hükmün, ceza davaları üzerindeki etkisi de 275 sayılı Kanunda düzenlenmemiştir. Buna rağmen o dönemde de tesbit hükmünün sonradan açılacak bir ceza davasında (grevin kanun dışılığı açısından) ceza yargıcını bağladığı kabul edilmiştir (130). Bu çok önemli meseleye, 2822 sayılı Kanun, açık bir çözüm getirmiştir: «verilecek karar ceza davaları için de kesin delil teşkil eder» (m. 46/1).

Bu durumda iş mahkemesi tarafından verilen bir grevin kanun dışı olduğu şeklindeki kesin karar, bu kanuna göre, bir grevin kanun dışı olduğu şeklinde açılan ceza davasında da kesin delil oluşturacaktır. Hâkim, delille isbat edilmiş ibr olayı doğru olarak kabul etmek zorundadır. Başka bir anlatımla hâkimin delilleri takdir yetkisi yoktur.

Yalnızca ceza hâkimi daha önce verilen tesbit kararını kesin delil olarak kabul edecekse de, henüz bir tesbit kararı yoksa, karar vermek için iş mahkemesinden tesbit kararı getirilmesini beklemesi zorunluluğu yoktur (131).

e. Kanun Dışı Grevin Mahkeme Kararıyla Durdurulup Durdurulamayacağı Meselesi

Mahkeme tarafından kanuna aykırı olduğu tesbit edilmiş bulunan bir grevin durdurulabilip durdurulamayacağı konusunda 275 sayılı Kanunda

(128) Oğuzman, Toplu İlişkiler, 1978, s. 228.

(129) Aynı görüş bkz. Tunçomağ, II, s. 514.

(130) Tunçomağ, I, s. 386.

(130) Tunçomağ, I, s. 386.

(131) Yarg. CGK., 17.4.1978, E. 9-89, K. 140 ve Tuncay'ın notu (İHU., V, m. 55, N. 2).

hak grevi dışında (m. 19/2-5) hüküm bulunmamakta idi. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, çeşitli kararlarında (132), kanun dışı bir grevin durdurulmasının mahkemeden istenmesinin mümkün bulunmadığını açık bir şekilde belirtmiştir.

Durum 2822 sayılı Kanun açısından da değişmemiştir. Kaldığı, kanun dışı olan bir grevin mahkeme kararı ile durdurulması pratik bir yarar sağlamamaktadır (133). Zira, kanun dışı greve katılan işçileri zorla çalıştırmak ne hukuken ve ne de fiilen mümkün bulunmamaktadır (134). Bu konuda yapılabilecek tek şey, grevin kanun dışı olduğu konusunda tesbit davası açmaktır. Buna karşılık, menfaat uyuşmazlıklarında tesbit davasının açılması halinde, tesbit kararının kesinleşmesine kadar geçecek olan devrede, mahkemeye ihtiyati tedbir olarak grevi durdurma yetkisi tanınmış olması (m. 46/2) bir kısım telafisi güç zararları önleyecektir. Ancak, tekrar etmek gerekirse, bir grevin kanun dışı olduğunu tesbit ettikten sonra durdurulmasına karar verilmesi anlamsızdır. Bunun yanında grev hakkının kötüye kullanıldığı hallerde ise, mahkeme, kanunî bir grevi durdurma kararı alabilir (m. 47). Artık bu kararın kesinleşmesinden sonra greve devam edilecek olursa bu grev kanun dışı grev olarak nitelendirilecektir (135).

TSGLK m. 46/2'na göre, «hâkim tesbit kararının kesinleşmesine kadar dava konusu grevin ihtiyati tedbir olarak durdurulmasına karar verebileceği gibi, konulmuş tedbiri her zaman kaldırabilir».

Bilindiği gibi, tesbit davası, açılmış olması, alınmış bir grev kararının uygulamaya konulmasına ve uygulanmakta olan grevin devamına engel oluşturmaz. Ancak grevin uygulanmasını mahkemenin dava sonunda kanun dışı bulması halinde, ortaya önemli sorunlar çıkabilecektir. Gerçekten bir tesbit davası ile grevin, başından beri kanun dışı olup olmadığı tesbit edilmektedir. Bu nedenle bir grevin kanun dışı olduğunun tesbiti istenilirse, hâkim iddiayı ciddi bulduğunda, tesbit davasında verilecek kararın kesinleşmesine kadar, ihtiyati tedbir olarak grevin durdurulmasına karar verebilir. Grevin durdurulmasına rağmen grev uygulamasına devam olunursa, grev kanun dışı grev olarak nitelendirilir. İhtiyati tedbir kararı temyiz edilemez (136).

(132) Yargıtay 9.HD., 9.7.1964, E. 4246, K. 4669; Yarg. 9.HD., 30.7.1964, E. 5452, K. 4988; Yarg. 9.HD., 10.5.1965, E. 7674, K. 3926 (Oğuzman, Grev ve Lokavt, s. 208); Yarg. 9.HD., 26.1.1967, E. 13039, K. 603. (Oğuzman, Olaylar-Kararlar, s. 197).

(133) Oğuzman, Toplu İlişkiler, s. 253-254.

(134) Tunçomağ, II, s. 515.

(135) Reisoğlu, Şerh 1986, s. 378; Baydur, s. 16 vd.; Oğuzman, s. 254.

(136) Yarg. 9.HD., 10.11.1966, E. 11355, K. 10654 (Reisoğlu, Şerh 1986, s. 378).

SONUÇ

Türk İş Hukukunda grev hakkının sınırlandırılması Anayasanın 54/1-4 fıkraları gereği, kanunkoyucuya bırakılmış bulunmaktadır. Ancak, kanunkoyucu grevin içeriğini ve istisnalarını düzenlerken tamamen serbest değildir. Gerçekten ilgili yasa metinleri, Any. m. 13'de gösterildiği üzere Anayasanın grevi düzenleyen hükümlerinin ruhuna aykırı olamaz. Grevi Anayasanın ruhuna aykırı biçimde kısıtlayacak hükümler konulamaz.

Bunun yanında yasakoyucu, greve ilişkin olarak, Anayasanın koyduğu sınırların dışına çıkamaz (m. 54). Bu cümleden olarak hak uyuşmazlıklarında grev uygulamasına cevaz veremez; grevin iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılmasına olanak sağlayamaz; grevin yasaklandığı hallerde ve ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlığın YHK. ca. çözülmesini düzenlemekten kaçınmaz.

Anayasanın m. 54/4 na dayanılarak düzenlenmiş bulunan 2822 sayılı Kanun, toplum hayatını felce uğratabilecek ve etkileri uzun süre giderilemeyecek işlerinde grev ve lokavt yasakları arasına konulmasının yararlı olacağı gerekçesiyle, 275 sayılı Kanundaki engelleri (m. 20) artıran ve genişleten düzenlemelere yer vermiştir.

Bir grevin mahkeme kararı ile durdurulması grevi engelleyeceğinden, bu konuda grev engelleri arasında değerlendirilmelidir. Keza, bazı işçiler için grev sırasında çalışma zorunluluğu sadece bu işçiler için bir grev engeli olarak ele alınmalıdır.

Gene toplu menfaat uyuşmazlıklarında taraflar uyuşmazlığın her aşamasında özel hakeme başvurabilirler. Bu konuda taraflar anlaştıktan sonra artık grev, lokavt ve kanuni hakem hükümlerinden yararlanılamaz (m. 58).

Toplu hak uyuşmazlıklarının çözümünde de uyuşmazlığın çözümünde de, uyuşmazlığın her safhasında, taraflar anlaşarak özel hakeme başvurabilirler (m. 58). Özel hakeme gitme anlaşması bulunmuyorsa, toplu hak uyuşmazlıklarının çözümü için ayrıca mahkemeye müracaat edilebilecektir. Fakat bu tür uyuşmazlıklarda, taraflar grev lokavt hükümlerinden faydalanamazlar.

Öte yandan, grev ve lokavtın yasaklandığı iş, yer ve durumlarda, toplu iş görüşmeleri sırasında çıkan uyuşmazlıkların çözüm yeri YHK.dur. Süresi içerisinde YHK.na başvurulmazsa yetki belgesi hükümsüz kalır (m. 27/2).

Grev engelleri 275 sayılı Kanuna nazaran mantıkî bir sistem içerisinde düzenlenmiştir. Zira, grev engelleri yasağın bulunduğu işler (m. 29), yasağın bulunduğu yerler (m. 30) ve geçici yasaklar (m. 31) olmak üzere üç ayrı grupta toplanmış bulunmaktadır.

Böylece anılan bu grupların içinde yeni grev yasaklarına yer verilmiş, gene grev engellerinden sayılan, Bakanlar Kurulu Kararı ile ertelenmesi ise 275 sayılı Kanuna göre bazı değişikliklerle düzenlenmiş bulunmaktadır (m. 33). Grevin hükümetçe ertelenmesinin nedenlerini kanunda sıralamak, kanaatimizce mümkün olmadığından; gene sebepler gösterilmesi yerinde bir yaklaşım olmuştur (m. 33/1). Aksine, bir sıralama yapılmış olsa dahi, sonuçta yargı organlarının kararları uygulamaya ışık tutacaktır.

Gene erteleme süresinden sonra greve imkân vermiyerek, çözümün YHK.na bırakılmasının (Any. m. 54/5 ve TSGLK. m. 34) yerindeliğini tartışmak kanaatimizce yersizdir. Zira, ortada genel sağlık ve milli güvenliğe aykırı bir durum varsa, altmış gün sonra ortadan kalktığından söz edilemez.

2822 sayılı Kanunda grev engelleri çok geniş tutulmuş (m. 29, 30 ve 31), ayrıca geçici yasaklara ilişkin 31 nci maddenin yorumunda tereddütler ortaya çıkmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere yeni yasadaki bu düzenlemelerin 275 sayılı kanundaki yasakların oldukça ötesine geçtiği kesindir. Özellikle stok edilmesi mümkün kömür ve petrol gibi üretimlerde, bankalarda, şehir içi hertürlü ulaştırma araçlarında, kesin grev yasağının uygulanması tartışmalara yol açabilecek niteliktedir.

Zira, su, elektrik, havagazı üretim ve dağıtım işleri, 275 sayılı Kanunda (20/5) «kamu tüzel kişileri veya kamu iktisadi teşebbüslerince yerine getirilme» kaydı ile grev yasağına tâbi tutulmuşken, 2822 sayılı Kanunda isabetli olarak bu kayıt kaldırılmıştır. Böylece toplumu yakından ilgilendiren ve kamu hizmetlerinin durmasına neden olabilecek bu işler kamu dışındaki kuruluşlarca yerine getirilmesi halinde de grev yasağına tâbi tutulacaktır. Ancak, bu yasağa «kömür, tabii gaz ve petrol sondajı; üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı» işleri eklenmiş olup, tabii gaz dışında kömür ve petrol dağıtımının da yasak kapsamına alınması, bu kapsamı çok genişletmiş bulunmaktadır. Benzin istasyonlarının dahi bu yasaklar arasına alınmış olması gerçekten uygun bir yaklaşım sayılamaz. Bu işleri yasak kapsamına almak yerine, erteleme yolu ile kamuya zarar verebilecek bir durumun doğması önlenbilirdi.

Gene, 275 sayılı Kanunda sadece noterlik hizmetleri, grev yasakları içerisine alınmışken, yeni kanunda buna Bankalarda eklenmiş bulunmaktadır. Kanaatimizce, grev yasakları arasına, noterlik hizmetlerinin yanın-

da banka hizmetlerinin de yer almış olması, doğru bir yaklaşım olarak nitelendirilemez.

Buna karşılık, ilk defa, 2822 sayılı Kanunda, cenaze ve tekfin işleri ile kamu kuruluşlarınca görülen itfaiye, temizlik işleri ve şehir deniz, kara ve demir yolu ve diğer raylı toplu ulaştırma hizmetlerinin grev yasağına tâbi olmasını isabetli saymak gerekir.

Yasağa tâbi işyerlerinden olan eğitim ve öğretim kurumları tartışmaya yol açabilecek niteliktedir. Nitekim, tiyatroların, eğitim ve öğretim kurumu oldukları iddia edilmiş, Yargıtay 1965 yılında verdiği bir kararında Devlet Tiyatrolarının TSGLK.nun anladığı anlamda eğitim ve öğretim müessesesi olmadığı sonucuna varmıştır. Sinemalar ve öğrenci yurtları da bir eğitim ve öğretim kurumu sayılmamalıdır.

Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı'nca doğrudan işletilen işyerleri grev engeli bulunan yerler arasında yer almaktadır (m. 30). Bu işyerleri, iç ve dış güvenliğimizle ilgili üretim ve hizmet yaptıklarına göre yasakoyucunun yaklaşımını uygun bulmaktayız.

TSGLK.nun getirdiği bu düzenleme gerek eleştiri gerekse övgüyle değerlendirilmiş olsun, esas önemli olan, temelde Anayasadan doğan grev hakkının, sınırlandırılmasında genişletici yorum yerine daraltıcı yorum kurallarının uygulanması gerekmektedir. Keza, Anayasa ve TSGLK.na rağmen, grev hakkının uygulamada, kanun dışı grev iddiaları ile değerini ve etkinliğini kaybetmesine olanak verilmemesi, aksine, toplumsal adâlet ve barışın korunma aracı olarak değerlendirilmesi grev hakkının korunmasında en iyi yaklaşım olacaktır.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

(KİTAPLAR)

- Akyol, Şener** : Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967
Bıyıklı, Hasan : Sosyal Ceza Hukuku, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsan Gücü Yönetimi, C. VI, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1985.
Çelik, Nuri : İş Hukukunda Uzlaştırma ve Arabuluculuk, İstanbul 1973, (Arabuluculuk)
Çelik, Nuri : İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku 1, Sendikalar, 2. Bası, İstanbul 1979 (Çelik II/1).
Çelik, Nuri : İş Hukuku Dersleri, 8. Bası İstanbul 1986 (Çelik III).
Çolakoğlu, H. Servet : Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1971.

- Esener, Turhan** : İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- Hacker, Elenore** : Das Verhaeltnis von sittenvridrigkeit und sozialen inadeguanz bei Arbeitskaempfen, Düsseldorf 1963.
- İnce, Ergun** : Toplu İş Hukuku, İstanbul 1983.
- Kuru, Baki** : Tesbit Davaları, Ankara 1963. (Tesbit Davaları)
- Kuru, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, Ankara 1974.
- Kuru, Baki** : Medeni Usul Hukuku, Ankara 1975.
- Mis, Olcay-Özsoy, Erbaşar** : Hazırlık Çalışmalarıyla Birlikte Karşılaştırmalı-Gerekçeli 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1983.
- Oğuzman, M. Kemal** : Hukukî Yönden Grev ve Lokavt, 1. Bası, İstanbul 1967 (Grev ve Lokavt)
- Oğuzman, M. Kemal** : Temel Bilgiler, B. 2., İstanbul 1978.
- Oğuzman, M. Kemal** : Hukukî Yönden İşçi İşveren İlişkileri, Olaylar-Kararlar, 4. Bası, İstanbul 1983, (Olaylar-Kararlar).
- Oğuzman, M. Kemal** : Düzen Nasıl Olmalıdır, İst. 1977.
- Oğuzman, M. Kemal** : Hukukî Yönden İşçi İşveren İlişkileri, Temel Bilgiler, C. I, Toplu İş İlişkileri, 2. Bası, İstanbul 1978, 3. Bası, İstanbul 1984 (Toplu İlişkiler).
- Orhaner, A. Baki** : Türk İş Hukuku Emsal Kararları, Ankara 1967.
- Orhaner, A. Baki ve Süleyman** : Türk İş Hukuku, Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1969 (Orhaner B.-S.)
- Özbek, Oğuz** : Toplu İş Mevzuatı, İstanbul 1984.
- Özgen, Gülhan** : Türk Hukukunda Kanun Dışı Grev, Doçentlik Tezi, Trabzon 1980.
- Postacıoğlu, İlhan** : Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- Reisoğlu, Seza** : Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 1975 (Şerh 1975), Ankara 1986, (Şerh 1986).
- Sur, Melda** : Türk ve Fransız Hukuk Sistemlerinde Grev Kavramı, Ankara 1983.
- Sinay, Hélène** : La Grève traite de droit du travail, C. VI, Paris 1966 (I).
- Tunçomağ, Kenan** : İş Hukuku, Cilt, II, 2. Bası, Sendikalar, Toplu İş Sözleşmeleri, Arabuluculuk ve Tahkim, Grev ve Lokavt, İstanbul 1985 (Tunçomağ, II).
- Tunçomağ, Kenan** : Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uzlaştırma ve Tahkim, İstanbul 1973 (Uzlaştırma ve Tahkim).
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri**, Ankara 1983.
- Üstündağ, Saim** : Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul 1973.
- Yarsuvat, Duygun** : Çalışma Ceza Hukuku, İstanbul 1978.

II

(MAKALELER)

- Baydur, Zuhâl** : Gayri Kanuni Grev veya Lokavtın Mahkeme Tarafından Durdurulması, İşv. D., C. 3, S. 11, Haziran 1965, s. 15-17.
- Çelik, Nuri** : Grev Hakkı ve Lokavt Kavramları; Kutay 1984, Endüstriyel İlişkiler Serisi Seminerleri, İstanbul 1985, s. 533-559 (Grev Kavramı).

- Çelik**, Nuri : Anayasanın Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Düzenine Et-kileri, TÜTİS, C. VII., S. 3, Mayıs 1983, S. 3-13 (İş-Anayasa).
- Demir**, Şaban : Grev Suçları, İşv. D., C. XIII, S. 3, 1974, s. 3-13.
- Dilik**, Sait : Yeni Tasarımlarda Grev ve Lokavt, Tüba, s. 388, 11.4.1983, İstanbul.
- Ekonomi**, Münir : Toplu İş Sözleşmeleri ile ilgili yeni Yasal Düzenlemeler, TÜTİS tarafından 19-23 Şubat 1984'te Abant-Bolu'da düzenlenen Çalışma Hayatı ile İlgili Yeni Kanunî Düzenlemeler Semineri'ne sunu-lan tebliğ, Ankara 1984, s. 43-66 (Yeni Kanunî Düzenlemeler).
- Ekonomi**, Münir : Türkiye'de İş Hukuku Sistemi, Banksis I. Uluslararası Se-mineri, Kara Avrupası ve Türkiye'de Kollektif İş Hukuku Uygulaması, İst. 1986, s. 307-325, (İş Hukuku Sistemi).
- Gürgen**, Orhan : ABD. de Grev Hakkı, Adalet Dergisi, S. 5-8, 1963, s. 638-657.
- Kocaoğlu**, Mehmet : 2822 sayılı Kanunda 3.6.1986 gün ve 3299 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten sonra, Türk Arabuluculuk Sistemi, TÜHİS. C. X, S. 6, Aralık 1986, s. 3-32 (Arabuluculuk).
- Kutal**, Metin : Hükümetin Greve Müdahalesi, Sosyal Siyaset Konferansları, C.XXXIII, İst. 1971 (Greve Müdahale).
- Kutal**, Metin : 2822 sayılı Kanunda Grev ve Lokavt Yasağı, İkt. ve Mal. D., C.XXXI, S. 4, Temmuz 1984, s. 179-187 (Grev Yasağı)
- Kutal**, Metin : 2822 Sayılı Kanunda Hükümetin ve İşçilerin Grev Hakkının kullanılmasına müdahaleleri, İkt. ve Mal. D., C.XXXI, S. 7, Ekim 1984, s. 288-296 (Grev Hakkına Müdahale).
- Kutal**, Metin : Toplu Menfaat Uyuşmazlıklarında Barışçı Çözüm Yolları, Ku-tay 1985, Endüstriyel İlişkiler Serisi Semineri, İstanbul 1985, s. 505-530 (Barışçı Çözüm Yolları).
- Kutal**, Metin : Türk Mevzuatında Kanun Dışı Grev Kavramı ve Sonuçları, İkt. ve Mal. D., C. XXXI, S. 10, Ocak 1985, s. 435-444 (Kanun Dışı Grev).
- Kutal**, Metin : 2822 sayılı Kanunda Grev ve Lokavt Kavramları, İkt. ve Mal. D. C.XXXI, S. 3, Haziran 1984, s. 132-141 (Grev Kavramı).
- Oğuzman**, M. Kemal : Toplu İş Uyuşmazlıklarında Mecburi Tahkim (Bildiri), Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, 1966, s. 265-296, (Mecburi Tahkim)
- Oğuzman**, M. Kemal : 275 Sayılı Kanun Hakkında Anayasa Mahkemesinin Görüşü (Recai Seçkin'e Armağan) Ankara 1974, (Seçkin'e Armağan), s. 437.
- Oğuzman**, M. Kemal : Yeni Anayasanın Toplu İş İlişkilerini İlgilendiren Hü-kümleri, Sarıca'ya Armağan, İHİD, 1982, (Sarıca'ya Armağan).
- Reisoğlu**, Seza : Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Çalışma Hayatı ile İlgili Hükümleri, TÜTİS, C.VII, Ocak 1983, s. 3-28, (Anayasa Hükümleri).
- Reisoğlu**, Seza : 2822 sayılı Kanun Açısından Yüksek Hakem Kurulu Görev ve Yetkileri, TÜTİS, C.VIII, S. 4-5, Temmuz-Eylül 1984, s. 3-12 (Yük-sek Hakem Kurulu).
- Saymen**, F. Hakkı : Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun Esasları, Toplu Sözleşme Bilgileri Bakanlıklararası Produktivite Merkezi Se-mineri Notları, Ankara 1964 (Seminer Notları).
- Suntekin**, Fakih : Kanun Dışı Grevin Hukukî Sonuçları, Batider, C. II, S. 2, 1979, s. 479-484.
- Tuncay**, Can : Taraflar Arasında Akdedilen Protokol Grevin Kanunsuzluğunu Ortadan Kaldırır mı? Yarg. D. s. 29, 1978, s. 13-14.

- Tunçomağ, Kenan** : Anayasanın İş Hukukuna İlişkin Esaslarına Genel Bakış, İBD., C. 58, S. 1-3, Ocak-Mart 1984, s. 7-19, (İş Hukuku ve Anayasa)
- Tunçomağ, Kenan** : 5.5.1983 gün ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda Kabul Edilmiş Toplu İş Uyuşmazlıklarının Barışçı yollarla Çözümü Sistemi, TÛTİS, C.VIII, S. 1, Ocak 1984, s. 4-12 (Barışçı Yollar).
- Uğur, Galip** : Türk Hukukunda Olağanüstü Hallerin Grev ve Lokavt Hakları Üzerine, Etkisi, Batider, C. V., S. I, Şubat 1969.
- Yurdakul, Cent** : Türk Hukukunda Grev Esnasında İşverenin Başka İşçi Almama ve Çalıştırmama; İşçinin Başka İş Tutmama Mükellefiyeti, İHD., C. I, S. 7, Temmuz 1969, s. 599-608, (Başka İşçi Almama ve Başka İş Tutmama).
- Yurdakul, Cent** : Bakanlar Kurulunun Grevi Geçici Olarak Durdurma Yetkisinin Alanı - Sebep Unsurlarının Yorumu, İHD., C. I, S. 9, Eylül 1969, s. 781-785.
- Yılmaz, Metin** : Deniz, Hava ve Ulaştırma Araçlarında Grev ve Lokavt Yasağı, İşv. D., C. XX, S. 12, Eylül 1974.

İÇTİHAT DERLEMELERİ VE DERGİLER

- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi.
 Ankara Barosu Dergisi.
 Ağaç İşveren Dergisi.
 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
 Danıştay Kararlar Dergisi.
 İstanbul Barosu Dergisi.
 İş Hukuku, Kazaî ve İlmî İctihatlar Dergisi.
 İş Hukuku Dergisi.
 İş Hukuku Uygulaması, Kararlar ve İncelemeleri.
 İşveren Dergisi.
 Maden İş Sendikası Dergisi.
 Millet Meclisi Tutanak Dergisi.
 Resmî Gazete.
 Tekstil İşveren Dergisi.
 Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Dergisi.
 Tütis Dergisi.
 Tühis Dergisi.
 Yargıtay Kararları Dergisi.
 Yasa ve Hukuk Dergisi.

KISALTMALAR

- ABD** : Ankara Barosu Dergisi
Ad. D. : Adalet Dergisi
ag. : Adı geçen
a.g.e. : Adı geçen eser
a.g.s. : Adı geçen seminer
a.g.i. : Adı geçen inceleme
AHF : Ankara Hukuk Fakültesi
AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

- AÜSBFD** : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Any. : Anayasa
Any. Mah. : Anayasa Mahkemesi
Any. Mah. K.D. : Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
BK. : Türk Borçlar Kanunu
bkz. : Bakınız
C. : Cilt
Çev. : Çeviren
D. : Dergi
DDDK : Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DGK : Danıştay Genel Kurulu
DİSK : Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu
DKD : Danıştay Kararlar Dergisi
DMK : Devlet Memurları Kanunu
Dz. İş K. : Deniz İş Kanunu
dn. : Dipnot
E. : Esas
f. : Fıkra
Gıda İşv. D. : Gıda İşveren Dergisi
H. Mah. : Hukuk Mahkemesi
HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İ. : İstanbul
İBD : İstanbul Barosu Dergisi
İHD : İş Hukuku Dergisi, İstanbul
İHU : İş Hukuku Uygulaması, Kararlar ve İncelemeleri, İstanbul
İİK : İcra ve İflâs Kanunu
İKİD : İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Ankara-İstanbul
İÜHFİM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İkt. ve Mal. D. : İktisat ve Maliye Dergisi, İstanbul
İş ve H. D. : İş ve Hukuk Dergisi
İşK. : İş Kanunu
İşl. ve H. D. : İşletme ve Hukuk Dergisi, İstanbul
İş. Mah. K. : İş Mahkemeleri Kanunu
İşv. D. : İşveren Dergisi
İTİA : İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi
İzm. B. D. : İzmir Barosu Dergisi
K. : Karar
Karş. : Karşılaştırmamız
KHK : Kanun Hükmünde Kararname
m. : Madde
Mah. : Mahkeme
MGK : Milli Güvenlik Konseyi
MK. : Türk Medeni Kanunu
MMTD : Millet Meclisi Tutanak Dergisi
No : Numara
RG : Resmi Gazete
RKD : Resmi Kararlar Dergisi, Adalet Bakanlığı, Ankara
S. : Sayı
s. : Sayfa
SBF : Siyasal Bilgiler Fakültesi

| | |
|------------------------|--|
| SK. | : 2821 sayılı Sendikalar Kanunu |
| SSK. | : 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu |
| t. | : Tarih |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| Tekstil İşv. D. | : Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Dergisi, İstanbul |
| TİK. | : Türk İċtihatları Külliyyâtı, İstanbul |
| TİS | : Toplu İş Sözleşmesi |
| TİSK. | : Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu |
| TK. | : Ticaret Kanunu |
| TODAİE | : Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü |
| TSGLK | : 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu |
| TÜHİS | : Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi, Ankara |
| Türk-İş | : Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu |
| Tür-İş D. | : Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Dergisi, Ankara |
| TÜTİS | : Türk Ulaştırma Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi, Ankara |
| vb. | : ve benzeri |
| vd. | : ve devamı |
| vs. | : vesair |
| Yar. D. | : Yargı Dergisi |
| Yarg. CGK | : Yargıtay Ceza Genel Kurulu |
| Yarg. HGK | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu |
| Yarg. 9.HD. | : Yargıtay 9. Hukuk Dairesi |
| Yarg. 10.HD. | : Yargıtay 10. Hukuk Dairesi |
| Yarg. İBK. | : Yargıtay İċtihadı Birleştirme Kararı |
| Yasa D. | : Yasa Hukuk Dergisi, İstanbul |
| YHK. | : Yüksek Hakem Kurulu |
| Yön. | : Yönetmelik |
| YKD. | : Yargıtay Kararları Dergisi |

KAMULAŞTIRMA DAVALARININ AÇILMASI

Ali ARCAK (*)

Kamulaştırma üzerine ister kamulaştırma işleminin iptali için idari yargıya, ister kamulaştırma değerine itiraz veya maddî hata davaları için adlî yargıya dava açılsın kamulaştırma hukukunu düzenleyen tüm yasalarda bu davanın açılması bir süreye bağlanmış ve bu süre hak düşürücü nitelikte kabul edilerek belli süreler içinde açılmayan davalar hak düşürücü bir sürenin geçirilmiş olmasından ötürü kabul edilmemiştir (1).

Kamulaştırma hukukunda davanın belli bir süre içinde açılması hak düşürücü süre niteliğinde kabul edildiğinden, davanın süresinde açılmadığına dair bir savunma olmasa bile, hâkim bu noktayı kendiliğinden gözönünde tutarak karar vereceğinden davanın süresinde açılmış olup olmadığı hususu daima önde gelen bir konu olarak önemini sürdürmüştür.

8 Kasım 1983 günü yürürlüğe giren 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunundan önceki zaman içinde davanın açılması için bu sürenin geçip geçmediğine bakılmış, bu hak düşürücü süre geçmeden açılan davalar süresinde kabul edilmiştir.

6830 sayılı Kanun zamanında Yargıtay içtihatları davanın hak düşürücü süre içinde açılıp açılmadığı konusu ile ilgilenmiş ve tebliğ yapılmadan açılan davaları da, açıldığı güne göre, hak düşürücü süre geçirilmediğinden süresinde açılan bir dava olarak kabul etmiştir.

Başka bir anlatımla kamulaştırma işlemi idarî makamlarca tebliğ edilmeden önce dava açılmış ise, hak düşürücü sürenin geçtiği söz konusu edilemeyeceğinden bu süre içinde açılan davalar süresinde kabul edilmiştir. Denilebilirse, takdir komisyonunun biçtiği değer üzerinde idareye tebliğat çıkarıp çıkarmamak konusunda bir seçimlik hak tanınmamıştır.

İdarî makamların takdir komisyonlarına değer biçtikten sonra durumu değerlendirerek kamulaştırma işlemi pahaliya mal olacağı için kamulaştırma tebliği yapmaktan vazgeçebileceği düşüncesini gözönüne almayan ve tebliğden evvel dava açılmasını yerinde görmeyen düşünceler

(*) **Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi Onursal Başkanı.**

- (1) 6830 sayılı Kanunda mal sahibi için 15 gün ve 2942 sayılı Kanunda 30 gün ve idare bakımından 6830 sayılı Kanunda 30 gün ve 2942 sayılı Yasada ise 60 gündür. 7269 sayılı Kanunda ise bu süre 8 gündür.

işığında 2942 sayılı yeni Kamulaştırma Kanunu hazırlanırken bu sızlanmalar gözönüne alınarak 25. madde ile yeni bir düzenlenme yapılmıştır.

Gerçi, 6830 sayılı Yasanın 25. maddesinde (kamulaştırma tebliğ ile başlar) hükmü bulunmakta idi. Fakat bu hüküm tebliğ yapılmadan dava açılması yolunu kapatmamıştır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 25. maddede ise, ilk fıkranın son tümcesinde: «Dava açabilmek için idarenin tebligat yapması veya tebligata çıkarması şarttır.» hükmü açık seçik gösterilmiş ve böylece idarenin «tebligata çıkarmadan önce» diğer bir deyimle kamulaştırma işlemi tebliğ evresine gelmeden davanın açılması yolunu kapatmıştır.

Tebliğatin nasıl yapılacağı 2942 sayılı yasanın 13. maddesinde gösterilmiş ve bu tebliğ gününden başlayarak davanın kaç günlük hak düşürücü süre içerisinde açılacağı da anılan yasanın 14. maddesinde açıklanmıştır (2).

Tebliğat yapıldıktan sonra davanın açılabileceği konusunda kuşku yoktur. Ana kural budur.

Şimdi burada bizim üzerinde durmak istediğimiz tebligat yapılmadan da mal sahibinin dava açabilip açmayacağıdır. Başka bir deyimle bu ana kuralın ayrıcalıkları var mıdır?

1987 yılında yayınlanan Kamulaştırma ve Devletleştirme Kanunları adlı kitabımızda 25. maddenin açıklamasında bu konu incelenmiş ve ayrıcalıklar saptanmıştır (3).

Burada sayılan ayrıcalıklar kısaca :

1 — Davacı adına tebligat çıkarılmış ve fakat tebligat yapılmamış olması : Bu durum kamulaştırma işleminin tebliğ evresine geldiğini göstermektedir.

2 — Ortaklı maliklerden her hangi diğer bir paydaşa tebligat yapılmış olması : Burada da idarenin tebliğ evresine gelindiği artık açıkça anlaşılmaktadır.

-
- (2) 2942 sayılı Yasanın 14. maddesine göre 1 ci fıkra da mal sahiplerinin açacağı davalar tebliğ gününden ve tebligat yapılmayanlar da ilân tarihinden başlayarak 30 gün içinde idarenin ise tebliğ için notere verdiği veya köy kamulaştırmalarında köyde tebligat yapıldığı günden başlayarak 60 gün içinde dava açabilir.
- (3) Ali ArcaK - Kamulaştırma ve Devletleştirme Kanunları, 1987-Seçkin Kitabevi, Cilt: 2, Sh. 1828-181.

3 — Kamulaştırmanın ilân edilmiş olması :

Buradaki ilân, değer takdiri yapılacağını bildiren ilân değildir. 2942 sayılı Yasanın 14. maddesinde hükme bağlanan kamulaştırma işleminin gazete ile ve 13. maddedeki koşullar yerine getirilerek yapılan ilândır.

4 — Tapuda ferağ verilmiş olması :

Bu hak eskiden beri Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi'nce bir tebligat ile eşanlamda değerlendirilmiş ve dairenin bu içtihadı Hukuk Genel Kurulu'na da doğru bulunmuş ve hatta ferağ gününden sonra davasını 30 günlük hak düşürücü süre içerisinde açması gerektiği karara bağlanmıştır. Böyle olunca, tapuda idarece ferağı alınmış mal sahibinin kendisine noterlikçe tebliğ işlemi bildirilmedi diye dava açma hakkının doğmadığı kabul edilemez.

5 — Taşınmaza idarece fiilen el konulmuş olması :

Ortak mal sahibinin dava açmak için tebliğ işleminin gerçekleşmesini beklemesi istenemez.

1987 yılı içinde anılan kitabın yayınlanmasından sonra da bazı gelişmeler mal sahibi için iki ayrıcalık durumun gerçekleşmesinde gene tebliğ yapılmamış olsa bile mal sahibinin dava açabileceğini kabule bizi zorlamaktadır.

Birisi : Yargılama sırasında tebligatın yapılmış olması :

Dava açma koşullarının gerçekleşmesi bir dava şarttır.

Sayın Prof. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü adında 5 ciltlik büyük eserinin 1. cildinde, 875. sahife ile 904. sahifeleri arasında dava şartları konusunu derinlemesine incelemiştir. Bu incelemeye göre, dava şartları ve davanın esasın incelenip karara bağlanabilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan hallerdir (Sh. 876) demekle dava şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin re'sen inceleneceğini açıklamaktadır.

Bir davanın belli bir süreden önce açılmıyacağı hususu da dava şartlarından sayılmakta ve davanın açıldığı günde dolmamış süreler ve bu sürelerden önce açılan davalar dava şartı olarak kabul edilmektedir.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi, Kamulaştırma Yasasının 25. maddesindeki «davanın açılabilmesi için tebligata çıkarması şarttır» hükmünü de dava şartı olarak kabul etmektedir. Davanın açıldığı günden bu şart oluşmamış ise, davanın açıldığı gündeki bu eksiklik nedeniyle verilen ka-

rarları kabul etmemiş ve dava gününde tebligat yapılmamış ise, davanın reddi gerektiği görüşlerine tutunarak kararlar verilmiştir.

Ancak, Hukuk Genel Kurulu, 16.12.1987 gün ve E. 1987/5-798, K. 1090 sayılı kararında eğer aranan tebliğ işlemi yargılama sırasında yerine getirilmiş ise, dava şartındaki eksiklik giderilmiş olduğundan davanın görülmesi gerektiği sonucuna varmış olup Beşinci Hukuk Dairesi'nde bu karara karşı çıkmamış oyçokluğu ile bu görüşü benimsemiştir.

Böylece 25. madde hükmüne karşı bir istisnai durum daha kabul edilmiştir.

İkinci İstisna : Kamulaştırma yapan daireler, dava açılmasını önlemek için tebliğ işlemini gerçekleştirmekten keyfi olarak çekinmekte ve özellikle Belediyeler keyfi bir hareketle mal sahibini tapuda ferağ vermeye zorlamakta ve karşılığında takdir komisyonunun biçtiği değere mal sahibini razı olmağa zorlamaktadır.

2942 sayılı Kanunun 25. maddesi iyice incelendiğinde, yasanın amacı idarenin tebliğ evresine gelmeden keyfi biçimde davaların açılmasını önlemek olduğu anlaşılacaktır. Öyle ise, tebliğ evresine gelindiği halde tebliğ yapılmıyorsa idarenin bu keyfi işlemini önleyecek yasada bir hüküm yok mudur. Anılan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda 13. maddesinde 1. fıkranın 2. hükmünde «Bedelin bankaya yatırıldığı tarihten başlayarak otuz gün içinde notere verilir» buyruğunu bildirmiş ve 14. maddenin 5. fıkrasında «İdare, kamulaştırma belgelerinin tebliği için notere verildiği günden itibaren 60 gün içinde» dava açabileceğini belirtmiştir.

Öyleyse idarenin kamulaştırma belgelerinin tebliğ için notere vermesi olgusu, idarenin tebliğ evresine geldiğini göstermektedir.

Şimdi idare, yasal süre içerisinde belgeleri tebliğe kötü niyetle vermemiş ise, mal sahibi kamulaştırma parası bankaya bloke edildiği tarihten başlayarak otuz gün geçmesini beklemiş ve bu süre bittiği halde notere belgeler verilmemiş ve yasanın emrettiği tebliği buyruğu yapılmamış olsa bile kamulaştırma karşılığı paranın bankaya bloke edildikten sonra otuz gün geçtikten sonra mal sahibinin dava açabileceğinin kabul etmek zorunluğu ile karşılaşmaktayız.

Böylece Yargıtay Kararları ile 25. maddedeki tebligat yapılmadan dava açılmaz kuralına konulan bu ayrıcalıklar (istisna) nedeniyle maddenin katı bir biçimde uygulanması önlenmiş, taşınmazı kamulaştırma yolu ile zorla elinden alınan kimselere karşı adaletin sıcak koruyuculuğu getirilmiş ve dava hakkının kötü niyetle önlenmesi veya geciktirilmesi olanakları yok edilmiştir (4).

(4) Bu konulara açıklık getiren Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 3.3.1987 günlü, son ve önemli kararı aşağıya alınmıştır.

KONU İLE İLGİLİ VE SON İKİ DURUMU AÇIKLAYAN ÖRNEK YARGITAY KARARLARI

A — HUKUK GENEL KURUL KARARI :

Taraflar arasındaki «kamulaştırma bedelinin artırılması» davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Akhisar Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 12.11.1986 gün ve 15-413 sayılı kararın incelenmesi davalı idare vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 29.4.1987 gün ve 9660-7697 sayılı ilamıyla (...2942 sayılı Yasanın 25. maddesine göre mal sahibinin bedel artırma davası açma hakkının doğması için mal sahibine tebliğ edilmek üzere kamulaştırma belgelerinin notere tevdi edilmiş olması gerekir. Davanın da ise kamulaştırma evrakı 31.1.1986 tarihinde notere tevdi edilmiş, dava ise bu tarihten önce 6.1.1986 tarihinde açılmıştır.

Davacı yönünden dava hakkı doğmadan açılan davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru bulunmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda: mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden : Davalı idare vekilleri.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının dairesinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü :

Davanın konusu kamulaştırma parasının artırılması isteğinden ibaret olup, davanın kabulüne ilişkin karar, 5. Hukuk Dairesi'nce 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 25. maddesine göre bedel artırma davası açma hakkının doğması için mal sahibine tebliğ edilmek üzere kamulaştırma belgelerinin notere tevdi edilmesinin gerektiği, olayda bu evrakın notere 31.1.1986 gününde tevdi edildiği, davanın ise bu tarihten yani dava hakkının doğmasından önce 6.1.1986 gününde açıldığı, bu nedenlerle dava hakkı doğmadan açılan davanın reddi icabettiği düşünceleriyle bozulmuş, mahkeme, 2942 sayılı Yasanın 25. maddesindeki düzenlemenin bir şekil koşulu olduğu, kamulaştırma evrakının notere tevdiinden önce kendisine tebliğ edilmek ve kesinleşmekle dava hakkının doğduğu gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 25. maddesine göre, «Hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi bakımından kamulaştırma işlemi, mal sahibi için 13. madde uyarınca yapılan tebligatla, idare için tebligata çıkarılmakla başlar... Dava açabilmek için idarenin tebligat yapması veya tebligata çıkarması şarttır.» bu mdde ile göndermede bulunduğu 13. madde hükümleri açık bir biçimde dava hakkını zaman bakımından düzenlemiş bulunmaktadır. Bunun şekil koşulu olduğu düşüncesiyle ihmal edilebileceği benimsenemez. Bedel artırma davalarında bu yönün görevden ötürü mahkemelerce re'sen gözetilmesi zorunludur. Söz konusu koşul yerine getirilmediği taktirde işin esasına girilmeden dava hakkı yönünden davanın reddi gerekir. Kural bu olmakla beraber somut olay o dava hakkına ilişkin koşulun yargılama

sirasında gerçekleşmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında dava hakkı yönünden davanın reddi gerektiği düşüncesinde direnme halinde davacı için bu defa süresi geçmiş olacaktır. Bu yorum tarzı, yasaların yorumunda hakların korunması doğrultusunda hareket gereğine ve giderek 25. maddenin amacına da ters düşer. Açıklanan gerekçelerle, direnme yerinde görüldüğünden işin esası incelenmek üzere, dosya Daireye gönderilmelidir (Hukuk Genel Kurulu, 7.11.1986 gün ve 823/961 sayılı kararında iki haklı ihtara dayanan tahliye davasında ise yargılama sırasında gerçekleşen dava hakkını tahliye davalarının kararda açıklanan özelliğini gözetenerek dikkate almamıştır).

S O N U Ç : Yukarıda açıklanan nedenle direnme yerinde olduğundan işin esası incelenmek üzere dosyanın 5. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, 16.12.1987 günü yapılan ilk görüşmede üçte iki karar çoğunluğu sağlanamadığından, 23.12.1987 günü yapılan ikinci görüşmede salt çoğunlukla karar verildi (HGK., 23.12.1987 gün ve E. 1987/5-798, K. 1987/1090).

B — YARGITAY BEŞİNCİ HUKUK DAİRESİ KARARI :

Kamulaştırma bedelinin artırılması davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, davanın reddine ilişkin hükmün davacı vekilinin temyizi üzerine Dairemizce «Kamulaştırılması yapılan köprüünün davacı tarafından yapılmış olduğu ve kendisine ait bulunduğu mahkeme kararıyla saptanmış olmasına göre Mahkemece bu yerin kamu malı niteliğinde görülerek davacının bir hak iddia edemeyeceği düşüncesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru değilse de 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 25. maddesine göre dava hakkı ancak kamulaştırma işleminin idarece ilgilisine tebliği ile başlayacağına olayda ise davacının kendisine tebliğ yapılmadan bu davayı açmış olduğuna göre davanın süresinden önce açılmış olduğundan reddi gerektiğinden sonucu bakımından doğru olan hükmün Onanmasına» karar verilmesinden sonra davacı vekili takdir edilen kamulaştırma bedelinin 11.2.1986 tarihinde bankaya depo edildiğini köprüye ilişkin bütün kamulaştırma işlemlerinin tekemmül edip tebligat aşamasının gelindikten sonra dava açıldığını, bu nedenle süresinden önce davanın açılmış olduğuna ilişkin düşüncenin ve hükmün sebeple onanmasının doğru olmadığını bildiren karar düzeltme isteminde bulunmakla yapılan incelemede :

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 25. maddesinin 1. fıkrasında bedel artırma davasının açılması idarenin tebligat yapması şartına bağlanmıştır. Aynı kanunun 13. maddesinin 1. fıkrasında da kamulaştırma bedelinin bankaya depo edildiği tarihten başlayarak 30 gün içinde kamulaştırma belgelerinin tebliği için notere tevdi edilme zorunluğu getirilmiştir. Bu nedenle bedelin yatırılmasından itibaren 30 gün sonra tebligat aşamasına gelindiğinin kabulü gerekir. Dairemizin yerleşmiş görüşüne göre dava açılabilmesi için tebligat aşamasına gelmesi de yeterlidir. Diğer taraftan davanın duruşması sırasında 17.11.1986 gününde kamulaştırma işlemi davacıya tebliğ edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.12.1987 gün ve 1987/5-798-1090 sayılı kararına göre de başlangıçta mevcut olmayan dava şartının duruşma sırasında yapı-

lan tebligatla sonradan doğması halinde duruşmaya devamla davanın esasının karara bağlanması gerekir. Dava şartı bu haliyle de oluşmuştur. Bu nedenlerle yerel mahkeme hükmünün Dairemiz kararının 1. paragrafındaki eleştiri doğrultusunda bozulması gerekirken, davanın süresinden önce açıldığından ve sonucu itibariyle doğru olduğundan söz edilerek hükmün onanması yerinde bulunmadığından karar düzeltme isteminin kabulüne ve 15.12.1987 günlü onama kararının kaldırılmasına,

Kamulaştırması yapılan köprünün davacıya ait olup kendisi tarafından yapıldığı taraflar arasındaki kesinleşen mahkeme hükmüyle saptığından ve bu nedenle kamu malı niteliğinde görülerek davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmadığından davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince (**BOZULMASINA**), peşin alınan temyiz harcının istediğinde ödeyene geri verilmesine, 3.3.1988 gününde oybirliğiyle karar verildi (**Y.5.HD., 3.3.1988 gün ve 1988/2828-3063 s.**).

ORMAN VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Bilâl KARTAL (*)

● ANLATIM DÜZENİ: Giriş. 1 — Konunun 6831 sayılı Orman Yasası ve Değişik Hükümlerine Göre İncelenmesi. 2 — Ormanların Özel Mülkiyete Konu Olması. a — Anayasa Hukuku Bakımından. b — Medeni Kanun Hükümleri Bakımından. c — 3402 sayılı Yasa Bakımından. 3 — Anayasa Mahkemesi Kararı. a — 3402 sayılı Yasanın 45/3. Maddesi. b — Orman Yasası Yönünden. aa — 4785 sayılı Yasa Hükümleri Bakımından. bb — Tevzi ve İskan Yasaları Bakımından, cc — Senetsizden Alınan Tapu Kayıtları Bakımından, 4 — Yürürlükteki Son Hükümleri Göre Mülkiyet Hukuku Bakımından Orman. a — 6831 sayılı Yasa Hükümleri Bakımından. aa — 6831 sayılı Yasanın 1/F-G Maddesi. bb — 6831 sayılı Yasanın Değişik 2 — 12. Maddesi. c — 3402 sayılı Kadastro Yasası Bakımından. aa — Ormanların Tahdidî İşlemi. bb — Orman Olan Bir Yerin İmar, İhye ve Zamanasımı İle Kazanılmayaçağı Kuralı. cc — Ormanlarda Mülkiyetin Tesbîti ve Tescilli. S o n u ç .

GİRİŞ

Türk Hukuk uygulamasında, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan «kamu malları» ile Devlet arasındaki hukukî ilişki kamu mülkiyeti olarak kabul edilmektedir.

Yasalarımızda da, bir kamu malı olan ormanların korunması işletilmesi ve «orman» dan neyin anlaşılması gerektiği, zaman süreci içinde bazı esaslara bağlanmış, bu konu ile ilgili olarak çıkarılan yasa, bu güne kadar pek çok değişikliklere uğramış ve orman ile orman sayılmayan yerlerin tanımında önemli ve farklı ayrımlar getirilmiştir.

Yazı kapsamını sınırlı tutmak bakımından, konuyu 3402 sayılı Kadastro Yasasının 45/3. maddesinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 1.6.1988 gün ve 1988/31-13 sayılı kararını esas almak suretiyle açıklama yapmaya çalışacağız.

Anayasa Mahkemesi kararının mevcut yasa hükümleri karşısında yattığı sonucun daha iyi anlaşılabilmesi için, konunun bazı yönleri itibarıyla açıklanmasında yarar görmekteyiz.

1 — KONUNUN 6831 SAYILI ORMAN YASASI VE DEĞİŞİK HÜKÜMLERİNE GÖRE İNCELENMESİ

Bilindiği üzere ilk Orman Yasası 3116 sayılı ile 8.2.1937 tarihinde kabul edilip, 1.6.1937 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yasanın 1. maddesi

(*) Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi.

sinde «kendi kendine yetişmiş veya emekle yetiştirilmiş olup herhangi bir çeşit orman hâsılatı veren ağaç ve ağaçcıkların toplu halleri yerleri ile birlikte orman» sayılacağı belirtilmiştir.

Yasanın bu hükmü ilk defa 8.9.1956 tarihinde yürürlüğe giren 6831 sayılı Yasa ile değişikliğe uğramış ve hukukumuzda kapsamlı bir Orman Yasası da bu tarihte çıkarılmıştır. 6831 sayılı Yasanın 1. maddesinde, orman sayılan yerler, 3116 sayılı Yasadaki tanıma benzer biçimde belirtildikten sonra, hangi tür yerlerin de orman sayılmayacağı kapsamlı biçimde açıklanmıştır.

Aynı yasanın geçici 1. maddesi ile de, bir yerin orman sayılıp sayılmayacağı konusunda mütalâa vermeye tek yetkilinin Tarım Bakanlığı olduğu da ifade edilmiştir. 6831 sayılı Yasanın 1. maddesi incelendiğinde, bir yerin orman sayılıp sayılmaması için ölçü olarak yerin ve üzerindeki ağaç ve ağaçcıkların niteliği esas alınmış olup, mülkiyet belgesinden söz edilmemiştir. Örneğin, tapu ve vergi kaydı gibi belgelerin bir yerin orman sayılıp sayılmaması hususundaki etkisi belirtilmemiştir. Sadece 13.7.1945 tarihinde yürürlüğe giren 4785 sayılı Yasanın 1. maddesinde toprağı ve üzerindeki bitkisi itibariyle orman sayılıp da gerçek ve tüzel kişilere ait tüm ormanların başka hiç bir işleme gerek kalmadan devletleştirildiği hükme bağlanmıştır.

6831 sayılı Orman Yasası 27.9.1983 tarihinde yayınlanan ve daha sonra (bazı hükümler 1.1.1984, bazıları 1.3.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir) yürürlüğe giren 2896 sayılı Yasa ile çok önemli ve biraz da hukuk kuralları ile bağdaşmayan değişikliklere uğramıştır. İlk defa bu yasa ile yapılan değişiklikte 1. maddenin (F) fıkrasına, bir yerin orman sayılmaması için «geçerli tapu» ve diğer tasarruf belgeleri gibi mülkiyet belgesinden söz edilmiştir. Böylece 6831 sayılı Yasanın 2896 sayılı Yasa ile değişik 1/F ve 1/G maddelerinde, «geçerli tapu» sözcükleri bir arada yasa hükmünde yer almıştır. Aslında «tapu» kelimesi içinde bizatihi geçerlilik koşulu da vardır. Bir tapunun ne zaman «geçerli» ne zaman «geçersiz» olacağı sorunu her olayın özelliğine ve tapu malikine karşı hak iddia eden tarafın dayandığı belge ve hukukî nedene göre değişir. Öyle tapu kaydı vardır ki, tescil tarihinde yolsuz olmasına rağmen, belli bir süre geçtikten sonra yolsuzluğu iddia edilememektedir.

Yasadaki bu gereksizlik sonradan anlaşılmış olacak ki, 2896 sayılı Yasa ile konulan «geçerli» sözcüğü 20.5.1987 günü yürürlüğe giren 3373 sayılı Yasa ile kaldırılmıştır. Halen 6831 sayılı Yasanın 1. maddesi, en son olarak 3373 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik uyarınca «geçerli» sözcüğü çıkarılmış ve sadece «tapu»dan sözedilmiştir.

2 — ORMANLARIN ÖZEL MÜLKİYETE KONU OLMASI

a) Anayasa Hukuku Bakımından

Anayasanın 44. maddesinde, «Topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlanması, üretimin düşürülmesi, ormanların küçülmesi... sonucunu doğurmayacağı» ilkesini getirmiştir.

Yine Anayasanın 169. maddesi; Devletin, ormanların korunması ve genişletilmesi için gereken tedbirlerin alınmasını emretmekle beraber ormanların mülkiyetinin devrolunamayacağı, ormanların zamanasını ile kazanılamayacağı, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı da ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa, ormana özel bir önem vermiş ve düzenleme gereğini duymuştur. Önemi özetlersek, Anayasanın mevcut ormanları korumayı öngördüğü, yenilerinin yetiştirilmesine işaret ettiği ve bunların özel mülkiyete konu olmasını engellediği sonucunu çıkarabiliriz.

b) Medeni Kanun Hükümleri Bakımından

Mülkiyet hukuku ile ilgili MK.nun hükümleri incelendiğinde 932. maddesinde mülkiyete konu olacak taşınmazlar arasında ormanlar yer almadığı gibi aynı Yasanın 911. maddesinde de tapuya tescili gereken taşınmazlar bakımından ormanlar sayılmamıştır.

Bu durum da gösteriyor ki MK., ormanların özelliğinden dolayı düzenleme dışında bırakmıştır. Bir defa bunların özel mülkiyete konu olmayacağını kabul ettikten başka, yasanın genel yapısı itibariyle ormanların tapuya tescil edilmelerini de uygun görmemiştir.

c) 3402 Sayılı Yasa Bakımından

Bilindiği üzere, bu yasa ile; 766 sayılı Tapulama Yasası, 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Yasası ve kısmen de 6831 sayılı Orman Yasasının orman tahdidi ile ilgili bazı hükümleri birleştirilmiştir.

3402 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan 766 sayılı Yasanın 2. maddesinde ormanların tapulamaya tabi tutulamayacakları belirtilmiştir. Bunun nedeni, 1937 yılında kabul edilen ve daha sonraki tüm düzenleme ve değişikliklerde yer alan Orman Yasası hükümlerine göre kadastro işleminin yapılması hususunun düzenlenmiş bulunmasıdır. Nitekim 3116 sayılı Yasanın 5 ve devamı maddelerinde orman sınırlandırılması ile ilgili kapsamlı hükümler getirildikten başka, aynı Yasanın 13. maddesinde de, tahdidi kesinleşen ormanların Hazine adına harçsız tescil edileceği belirtilmiştir. Benzer hükümler, Orman Yasasının sonraki değişikliklerinde aynen yer almıştır.

Daha önceki açıklamalarda, MK. hükümlerine göre ormanların tapuya tescil edilmesinin öngörülmediğini belirtmiştik. Orman Yasasının hükümlerine göre ise, ormanların tapuya tescil edilmesinin öngörüldüğünü gördük. Bu bir çelişki değildir. Gerek MK., gerekse Tapulama Kanununun ve Orman Yasasının birleştikleri ortak nokta; sınırlama ve tahdidi yapılmamış ormanların, tapuya tescil edilmesinin gerekmediği ve hatta buna yasal olanak bulunmadığı hususudur. Bu durumu, 766 sayılı Tapulama Yasasının 46 ve 6831 sayılı Yasanın 11/4 maddesinden de çıkarmak mümkündür. Yasaların belirtilen hükümlerinde, orman olan bir yerin tapuya tescili için tahdidinin yapılmış olması koşulu getirilmiştir. Kanımızca 6831 sayılı Orman Yasasının 4/c maddesinde yer alan «Hususi Ormanlar» dan amaç, alelade bir taşınmaz gibi tapuya tescil ve temlik yapılabilen bir taşınmaz olarak kabul edilemez. Zaten maddede de «gerçek kişilere ait ormanlar» olarak değil de «özel ormanlar» tabiri kullanılmıştır. Aynı maddenin (A) bendinde «Devlet Ormanları», (B) bendinde «.....amme müesseselerine ait orman» tabirlerinin kullanılmış olması ve ayrıca «Hususi Ormanlar» ın tahdit, işletme ve imarını düzenleyen aynı Yasanın 50 ve devamı maddeleri bu düşüncemizi doğrulamaktadır. İlerideki sahifelerde tekrar bu konuya döneceğiz. Ancak şimdiden şunu belirtelim ki tahdidi yapılmamış olan ve gerçek kişi adına tapuda kayıtlı bulunan bir yer orman ise, bu tapu ya 4785 sayılı Yasa hükümleri karşısında hukukî değerini yitirmiştir, ya da tapuya tescili gerekmeyen yerlerden olması nedeniyle tapu, geçerli bir kayıt niteliğini kazanamayacaktır. Yani bu yer özel mülkiyete konu olan yerler arasında yer almayacaktır.

3 — ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

a) 3402 Sayılı Yasanın 45/3. Maddesi

3402 sayılı Yasanın 16/D maddesinde, «Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ormanlar, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, özel kanunların hükümlerine tabidir.» ilkesini getirmiştir. Madde kötü bir biçimde kaleme alınmış olmakla birlikte, ormanlar üzerindeki mülkiyet sorunu ile tahdit ve tesbitinin özel kanununa, yani 6831 sayılı Yasa hükümleri uyarınca saptanması gerektiği amaçlanmıştır. Bu ilke itibarıyla denebilirki, 3402 sayılı Yasa ormanlarla ilgili mülkiyet sorununu orman yasasına bıraktığı sonucuna varılabilir. Aynı Yasanın 18/2. maddesinde de ormanların zamanaşımı ile kazanılamayacağı belirtilmiş ve yasanın sistematığı dışında kaldığı ve sonradan ilave edildiği anlaşılan 45. madde ile ormanların hangi hallerde gerçek ve tüzel kişiler adına tesbit edileceği açıklanmıştır. Böylece, yasada yer alan 16/D fıkrasının varlığı ile yokluğu bir anlam taşımamış olmaktadır. Zaten fıkranın uygulama alanı da bulunmamaktadır.

3402 sayılı Yasanın 18/2 maddesinde yer alan «ormanların zaman aşımı ile kazanılamayacağı» ilkesi bu güne kadar süregelen hukuk sistemine ve konunun özel yapısına uygundur. Ne varki 45. madde ile getirilen ilkeler, hem yerleşmiş kuralları altüst etmiş, hem de Anayasaya aykırı biçimde sonuçlar doğurmuştur. Zaten uygulamada birlik olmayan bir konuda, daha fazla çelişkilerin meydana gelmesi sonucunu doğurmuştur. Bu açık çelişki ve Anayasaya aykırılık durumu üzerine konu, yerel mahkemelerce Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, 3402 sayılı Yasanın 45. maddesinin önemli bölümlerini iptal etmiştir. Yazımızın konusu, 45. maddenin 3. fıkrasında yer alan «tapulu yerlerle» ilgili olduğundan özellikle bu husus üzerinde duracağız. Anayasa Mahkemesi'nin 1.6.1988 gün ve 1988/31-13 sayılı olup, Resmi Gazete'nin 20.8.1988 gün ve 19905 sayısında yayınlanan kararında «Dava konusu hüküm, halen orman niteliğini taşıyan bir yerin, her nasılsa tapu kaydını eline geçirmiş kişiler adına tesciline olanak tanımaktadır. Bu içeriği ile Anayasa'nın 169. maddesinin ikinci fıkrasındaki «Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz» kuralına ters düşmektedir. Söz konusu olan yer, 6831 sayılı Orman Yasasının 1. maddesinin (F) bendinde yazılı yerlerin dışında kalan, ormanlardaki tapulu yerlerdir. Bu yerler, esasen orman sayılmadığı için incelenen üçüncü fıkra ile yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca, irtifak hakkı kurulamayan yerde mülkiyet hakkı asla kurulamayacağından her nasılsa alınmış tapulara değer verilemez, geçelik tanınmaz.

Devlet ormanını ve toprağıyla birlikte orman sayılan bir yeri yerleşim, dağıtım yoluyla özel mülkiyete konu yapmak ya da devretmek Anayasa'nın yasakladığı hususlardandır. 6831 sayılı Yasanın 1. maddesine göre, orman içi bir yere ilişkin olarak sonradan alınan tapu gibi orman tahdid edildikten sonra, daha önce alınmış olsa da hukuksal değerini yitirip, geçersiz duruma düşen kaydı, denetlenen üçüncü fıkra geçerli kılmakta, kayıtlarda yazılı malikleri hak sahibi saymaktadır. Sözü edilen fıkranın, böylece, 6831 sayılı Yasanın 2896 ve 3373 sayılı Yasalarla değişik 1. maddesinin (F) ve (G) fıkralarına karşın, hiçbir koşul aranmaksızın, tarım arazisi niteliği bulunmayan, tümüyle orman örtüsüyle kaplı ve orman sayılan bir yer için ne suretle alınmış olursa olsun tapuları geçerli sayarak adı yazılı kimse adına tescilini sağlamaktadır.

Anayasa'nın 169. maddesinin son fıkrasının olanaklı kıldığı durumlar dışında orman sınırlarında daraltma yapılamaz. Kime olursa olsun orman içindeki tapulu yerlerin verilmesi bir tür daraltmadır. Üçüncü fıkranın sınırlama kararı uyarınca incelenen ibaresi, bu nedenle Anayasa'nın 169. maddesine aykırıdır.

Orman sınırı dışına çıkarılsa bile tapu malikine verilemeyecek bir yerin, orman niteliğini taşıırken de verilmemesi gerekir. Yasakoyucu, bu yerleri geçersiz tapu sahiplerine mutlaka vermek istiyorsa, Anayasa'nın öngördüğü sınırlara uygun yeni bir orman tanımı yapmak zorundadır.

Açıklanan nedenlerle üçüncü fıkradaki «...tapulu yerlerle...» ibaresi iptal edilmelidir» demektedir.

İptal edilen 3402 sayılı Yasanın 45/3 maddesi «orman sınırları içerisinde kalan veya orman dışına çıkarılan tapulu yerlerle... başka bir şart aranmadan hak sahipleri adına tesbit ve tescil edilir.» hükmünü getirmiştir.

Karardan aldığımız alıntıdan da anlaşılacağı üzere yüksek mahkeme, niteliği itibariyle orman sayılan bir yer için «her nasılsa alınmış tapulara değer verilemez, geçerlilik tanınmaz» düşüncesini ortaya koymasına rağmen, maddedeki «tapu» kelimesini yasadan çıkarmak suretiyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında: «Dava konusu hüküm, halen orman niteliğini taşıyan bir yerin her nasılsa tapu kaydını eline geçirmiş kişiler adına tesciline olanak tanımaktadır. Bundan dolayı da bu hükmün, Anayasa'nın 169. maddesinde yer alan «Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz» kuralına aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

Sonuç itibariyle, fıkrada yer alan «tapulu yerlerle ilgili sözcükler iptal edilmiş, amaç gerçekleşmiş bulunmasına karşın, bize göre hukukî değişikliklerde yaratılmıştır. Şöyle ki: Kararda orman niteliğinde olan bir yer için her nasılsa tesis edilmiş bulunan tapuya değer verilemeyeceği ve geçerlilik tanınamayacağı belirtildikten sonra, «tapulu yerlerle» ilgili ibarenin iptaline hükmedilmiştir. Aslında geçersiz olan sözcüğün iptaline gerek yoktu. 3402 sayılı Yasanın 45/3. maddesinde yer alan «tapu» sözcüğüne farklı bir anlam vermek ve ayrı bir sonuç çıkarmak düşünülemez. Aynı fıkrada yer alan «başka bir şart aranmadan» sözcüklerinden «halen orman niteliğini taşıyan bir yer olsa dahi» anlamını çıkarmak kabul edilemez. O halde, Yüksek Mahkemece «tapu» sözcüğünden kastedilen hususun geçerli bir tapu olabileceği, «halen orman niteliğinde olan bir yer için» tesis edilen tapunun hukukî geçerliliğinin bulunamayacağına işaret edilerek, «tapu» sözcüğünün iptali yoluna gidilmemek gerekirdi. Kararla, geçersiz tapu iptal edilmiştir ki, bu husus Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Bu husus adliye mahkemelerinde tartışılması ve her olayın özelliğine göre çözümlenecek bir konudur.

Vardığımız bu sonuç, Hukuk Genel Kurulu'nun 5.6.1987 gün ve 1986/336 E., 1987/486 K. sayılı ilâmına da uygundur. Sözü edilen bu kararda: «Gerçek orman niteliğini taşıyan bir yerin dağıtımı geçersizdir. Bu yer

için çıkarılan tapu kaydı, taşınmazın orman niteliğini değiştirmez. Yer tapusuz sayılacağından kazanılması için zilyedlik koşullarının gerçekleşmesi» gerektiği belirtilmiştir.

Aksi bir düşünce ve anlam verilirse, 6831 sayılı Orman Yasasının 1/F fıkrasında yer alan tapu sözcüğü ayakta kaldığından sonuç değişmeyecektir. Anayasa Mahkemesi kararının iptal nedeni, orman olan bir yer hakkında tesis edilen tapunun geçersiz olduğudur. Böyle bir olguyu adliye mahkemeleri zaten inceleyip çözümlayebilmektedirler. Tapulama mahkemeleri, dayanılan tapunun hukukî geçerliliğini tartışabilecek göreve sahip oldukları gibi, genel mahkemelerde de yolsuz olarak alınan kayıtların ilgilisi tarafından iptali yoluna gidilebilmektedir. Ormanlar özel mülkiyete konu edilemeyeceğine göre, her nasılsa orman olan yer için alınan bir tapunun, ilgilisi yönünden hukukî değeri olmayacaktır.

Kanımızca, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile yanlış olan ve yarılamada düşünülen uygulama biçimi ortadan kaldırılmıştır. Yukarıda belirtilen Hukuk Genel Kurulu'nun kararına karşın, Yargıtay'ın bazı kararlarında (Yargıtay 16.HD.nin 10.9.1987 gün ve 1987/112-129) tapulu bir yerin niteliği itibarıyla orman da olsa, tapu maliki adına özel mülk olarak tescil edileceği öngörülmüş ve tapuya geçerlilik tanınmıştır.

Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin bu düşünce biçimi, hukukumuzun temel ve yerleşmiş kuralları ve uygulama ile bağdaşmamaktadır. Nedenlerini yukarıda açıklamıştık. Bu da ormanların özel mülkiyete konu olmasının sonucu olarak, orman sayılan ve halen de orman olan bir yer için var olan tapu kaydının hukukî değer taşımasıdır. Böyle bir belge ve kaydın ilgisine karşı tapu olarak geçerli olmamasıdır. Bundan dolayı da Yüksek 16. Hukuk Dairesi'nin kararını doğru kabul etmek olası görülmemiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında, orman olan yer için tesis edilen tapunun geçersiz olduğunu belirtmenin yanında «tapu» kelimesinin iptaline de hükmetmekle, 16. Hukuk Dairesi'nin düşüncesinden ayrı bir yön seçmiştir. 16. Hukuk Dairesi tapu varsa, yer orman da olsa geçerli olduğu mantığından hareket etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararı bu hukuk kurallarına uygun olmayan düşünce biçimini önlemiş ise de, kendi kararında zaten geçersiz olan ve hukukî sonuç doğurmayan yasa hükmünde yer alan «Tapu» sözcüğünü iptal etmekle hukuk ilkeleri ile çelişkiye düşmüştür. Böylece, Adliye Mahkemelerinin görevini Anayasa Mahkemesi yapmıştır. Yasa hükmünde yer alan bir «tapu» sözcüğü, hukuken geçersiz bir tapu kaydını ihtiva ediyorsa, bu sözcüğün yasadaki çıkarılması değil, her olayın özelliği göz önünde tutularak Adliye Mahkemelerince bir sonuca varılmalıdır.

b) Orman Yasası Yönünden

Bilindiği üzere, 3402 sayılı Yasa ile, bir taşınmazın hukukî ve geometrik durumunun düzenlenmesi öngörülmüştür. Hukukî durumu ile amaçlanan husus, taşınmaz malikinin ve niteliğinin tesbitine yönelik bir konudur. 6831 sayılı Yasa ve değişik hükümlerinde ise, orman olan ve olmayan yerler tanımlandıktan başka, tüm ormanların korunması ve geliştirilmesine yönelik ilkeler getirilmiştir. Bir yer ancak orman sayılmıyorsa özel mülkiyete konu olabileceğinden, 3402 sayılı Yasa ile mülkiyet hakkını düzenleyen MK. ve diğer ilgili yasalara ait kuralları birlikte değerlendirmek, sağlıklı bir tesbit için tüm yasalardaki kuralları gözönünde tutmak gerekecektir. Bir yerin orman sayılan yerlerden olup olmadığı hususu, 6831 sayılı Yasa da düzenlendiğine ve yine bir yerin özel mülkiyete konu olabilmesi için orman sayılan yerlerden olmaması gerektiğine göre, Orman Yasasındaki konuya ilişkin hükümlerin de incelenmesi zorunludur.

Orman Yasasının 1. maddesi, tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık topluluklarını, yerleri ile birlikte orman saymıştır. Bu maddedeki önemli husus zemin üzerindeki bitki örtüsü dışında zeminin de orman sayılmış olmasıdır. Bu tesbit hiçbir zaman gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenledir ki, zemin üstündeki ağaç ve ağaççıklar kesilip yok edilse ve yer yıllarca kullanılsa da, o yer önceleri orman olduğundan bu kullanma veya buna dayalı olarak alınan tapu ve vergi kaydı gibi belgeler, mülkiyeti sağlamayacaktır.

Yasanın aynı maddesinin 2. fıkrası ise nelerin orman sayılmayacağı kapsamlı biçimde açıklanmıştır. Konumuz maddenin (F) fıkrası ile ilgili olduğu için buna ilişkin olarak açıklama yapmakla yetineceğiz.

Orman Yasasındaki bu fıkra ilk defa, 6831 sayılı Yasanın 2896 sayılı Yasa ile değişik hükmüne göre konulmuş, 3116 ve 1956 yılında kabul edilen 6831 sayılı Yasada da, orman sayılmayan yerler tanımlanmıştı. Orada hep «sahipli arazi» sözcüklerinin kullanılmasına karşın, 2896 sayılı Yasa ile «sahipli arazi» sözcükleri yanında, «geçerli tapu kaydı» veya son şekli ile «tapu kaydı» sözcükleri kullanılarak «tapulu» yerlerin orman sayılmayacağı belirtilmiştir. Yasanın bu hükmüne göre orman sayılmayan bir yer, mülkiyet hukukunu düzenleyen ve özellikle incelememizin konusu olan 3402 sayılı Yasa kuralları uyarınca özel mülkiyete konu olabilecektir.

Orman Yasasının 2896 sayılı ile değişik (F) fıkrasındaki «geçerli tapu» sözcükleri ile, sonradan ve 3373 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda «geçerli» sözcüğünün çıkarılarak «tapu» sözcüğünün bırakılmasına, ve aynı fıkranın ikinci cümlesindeki «tapu» sözcüğünün tamamen kaldırılması ile ilgili olarak daha önce kısmen de açıklamalarda bulunmuş-tuk. Tekrardan kaçınmak için o açıklamaları hatırlatmakla yetiniyoruz.

Şunu da ilave etmek gerekir ki, bizim düşüncemize göre, bu madde de yer alan tapu kaydı, her nasılsa tesis edilen bir kayıt olmayıp, doğru bir temele dayanan, hukuken geçerliliği bulunan kayıt olmak gerekir.

Sorun, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği 3402 sayılı Yasanın 45/3 maddesindeki ilkenin aynı biçimde 6831 sayılı Yasa'nın 3373 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğinde de yer almış bulunmasıdır. Anayasa Mahkemesi kararın gerekçesinde, halen orman niteliğindeki bir yer için her nasılsa tesis edilen tapu kaydının geçerli olmadığını belirtmesine rağmen, Orman Yasasının 1/F fıkrasında yer alan tapu kaydını geçerli bir tapu olarak kabul edecek miyiz? Biz bu konudaki düşüncelerimizi önce de belirttik. Aynı gerekçeler burada da geçerlidir. Bundan dolayı da bu tapu kaydı geçersizdir ve hukukî hiç bir bağlayıcılığı bulunmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, 3402 sayılı Yasanın 45/3. maddesinde yer alan «tapu» sözcüğünün hukukî sonuçları ile, 6831 sayılı Yasanın 3373 sayılı Yasa ile değişik 1/F maddesi arasındaki bağlantıyı «6831 sayılı Yasanın 1. maddesine göre, orman içi bir yere ilişkin olarak sonradan alınan tapu gibi orman tahdit edildikten sonra, daha önce alınmış olsa da hukuksal değerini yitirip, geçersiz duruma düşen kaydı, denetlenen üçüncü fıkra geçerli kılmakta, kayıtlarda yazılı malikleri hak sahibi saymaktadır. Sözü edilen fıkranın, böylece, 6831 sayılı Yasanın 2896 ve 3373 sayılı Yasalarla değişik 1. maddesinin (F) ve (G) fıkralarına karşın, hiç bir koşul aramaksızın, tarım arazisi niteliği bulunmayan, tümüyle orman örtüsüyle kaplı ve orman sayılan bir yer için ne suretle alınmış olursa olsun tapuları geçerli sayarak adı yazılı kimse adına tescilini sağlamaktadır.» şeklinde ifade etmiştir. Bu tesbit ve açıklamaya göre Yüksek Mahkeme, 1/F maddesinde ifade edilen yerin orman sayılmaması için dağınık, veya yer yer küme ve sıra halindeki ağaç ve ağaçcıklarla örtülü taşınmazın :

— Orman sınırları içinde veya bitişiğinde, tapulu buna ilaveten özel mülkiyette bulunan ve tarım arazisi olarak kullanılan yerlerden olması gereğine işaret edilmiştir. Yani Anayasa Mahkemesi kararında; Yer orman sınırları içinde veya bitişiğinde olup da özel mülkiyete konu olmayan ve tarım arazisi olarak kullanılmayan yerlerden ise, tapulu da olsa, orman sayılacaktır. Bunun sonucu olarak da özel mülkiyet konusu olmayacaktır. Diğer bir anlatımla taşınmaz, 3402 sayılı Yasanın 45/3. maddesindeki koşulları taşımadığından özel mülk olarak tescili yoluna gidilmeyecektir. Böylece Anayasa Mahkemesi, sözü edilen maddeden yerin tapulu olması koşulunun başlı başına yeterli olmadığı, bunun yanında yerin tarım arazisi olarak kullanılması gerektiği ilkesinin de getirildiğine işaret etmiştir.

Biz, 6831 sayılı Yasada 2896 ve 3373 sayılı Yasalarla yapılan değişiklikleri birlikte alıp incelediğimizde aynı sonuca varamıyoruz. 1956 yılında yürürlüğe giren 6831 sayılı Yasanın (F) fıkrasında böyle bir metin yer almamaktadır. 1983 yılında 2896 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle 6831 sayılı Yasanın 1/F maddesinin birinci cümlesine «geçerli tapu» ikinci cümlesine «tapu» ve aynı maddenin (G) fıkrasına da «geçerli tapu» sözcükleri konulmuş, ancak bu sözcükler 1987 yılında yapılan değişiklikle (F) fıkrasının birinci cümlesinde yer alan «geçerli» sözcüğü ile ikinci cümledeki ve (G) fıkrasındaki «tapu» kelimeleri çıkarılmıştır. Bu zaman içinde yapılan değişiklikten ve maddenin yazılış biçiminden, yasakoyucunun yer tapulu ise, orman sınırları içinde ve bitişğinde de olsa orman sayılmayacağı hususunu öngördüğünü, özel mülk ve tarım arazisi olarak kullanma koşulunu tapulu olmayan yerler için bir koşul olarak aradığını çıkarmak daha uygun olacaktır. Bundan dolayı, Anayasa Mahkemesi'nin Orman Yasasının 1/F maddesi hakkındaki açıklamasını, yasanın metnine uygun görmek mümkün değildir. Öyle olması arzu edilirdi, ancak yasa metni bu yorumu uygun değildir.

Bu durumda, önemli bir çelişki ortaya çıkmaktadır. O da şudur; 3402 sayılı Yasanın 45/3 maddesinde yer alan «tapu» sözcüğü geçersiz olması nedeniyle iptal ediliyor, aynı konuyu düzenleyen ve 6831 sayılı Yasanın 1/F maddesindeki «tapu» sözcüğü geçerliliğini koruyor ve bir yasa hükmüne göre orman olan bir yer, diğer bir yasa hükmüne göre orman sayılmamış oluyor.

Bundan dolayı, daha önce de belirttiğimiz gibi her iki yasanın ilgili maddelerinde yer alan «tapu» sözcüklerinin, ancak «geçerli tapu» kayıtları için bir anlam taşıyabileceğini niteliği itibarıyla orman olan bir yer için alınan tapu kaydının, ilgisine karşı bağlayıcılığı bulunmayacağını kabul ediyoruz.

Önemli gördüğümüz örnek niteliğinde bazı geçersiz durumları belirtelim.

aa) 4785 Sayılı Yasa Hükümleri Bakımından

13.7.1945 tarihinde yürürlüğe giren 4785 sayılı Yasanın 1. maddesi ile gerçek ve tüzel kişilere ait tüm ormanlar başkaca bir işleme gerek kalmadan yasa hükmü uyarınca doğrudan doğruya devletleştirilmiştir. Yani ayrıca bir iptal kararına ve tapuya bağlanma gereği aranmamıştır. Sonradan ve 31.3.1950 yılında yayınlanan 5658 sayılı Yasa ile bazı koşul ve nitelikler aranmak suretiyle, bu koşul ve niteliği taşıyan yerlerin iade edileceği öngörülmüş ise de, uygulamada bu tür kesimlerin son derece sınırlı olduğu, hatta yok denecek kadar bulunmadığı görülmektedir. Buna

karşın 4785 sayılı Yasa ile orman olması nedeniyle 1945 yılında devletleştirilen bir yer, 5658 sayılı Yasa ile iade edildiğine dair işlem yapılmamışsa, 1945 yılından önce orman sayılan yer için tesis edilen tapu kaydını geçersiz kabul etmek gerekir. Dolayısıyla böyle bir tapunun sicilde yer almış bulunması, Orman İdaresi ve ormanların maliki olan Hazine yönünden bir değer taşımayacaktır.

bb) Tevzi ve İskan Yasaları Bakımından

4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Yasası; tevzi, tahsis niteliğindeki bir yasadır. İskan yasalarının sayıları ise daha fazladır. Bunların içinde en önemlisi 2510 sayılı yasadır. Bu nitelikteki yasaların özelliği, gerçek kişi adına tapuya bağlanan ve kişi adına tescil edilen yerin Devlete ait yerlerden olup, Devlet tarafından kişi adına tapuya bağlanmasıdır. Devlet kendisine ait yeri yasada belirtilen koşulları taşıyan kişiler adına tapuya tescil ettirmektedir. İşte bu şekilde kişi adına tescili yapılmış olan taşınmaz kesimi, niteliği itibarıyla orman sayılan yerlerden ise, apuya tescil edilmiş olmasına rağmen, özel mülkiyete konu olamayacak ve bu tapu kaydı geçerli bir nitelik kazanamayacaktır. Çünkü tapuya tescilin yapılması ve devri mümkün olmayan bir yer tapuya bağlanmıştır.

cc) Senetsizden Alınan Tapu Kayıtları Bakımından

MK.nun 639. maddesindeki kurala göre, bir kimse 20 yıl süre ile nizasız ve fasılasız olarak bir yeri iyi niyetle kullanırsa adına tescilini yaptırabileceğini öngörmektedir. 17/3/1954 tarihine kadar bu tür taleplerin hasımsız olarak açılacak bir dava sonucu alınacak karar üzerine tapuya tescilin yapılacağı öngörülmüş iken aynı tarihten sonra 6333 sayılı Yasa'ya göre yapılan değişiklik üzerine, tescil davasının Hazine ve ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine açılacağı koşulu getirilmiştir.

Belirtilen bu düzenlemeye göre, hasımsız açılan bir dava sonucu alınan karar gereğince tesis edilen, ancak niteliği itibarıyla orman sayılan yer için düzenlenen tapu kaydı, Hazineyi, Orman İdaresi'ni ve orman üzerinde yararı bulunan tüm ilgilileri bağlamayacaktır. Geçerli bir kayıt olarak kabul edilmeyecektir. Eğer karar 6333 sayılı Yasanın yürürlüğünden sonra ve ilgili kuruluşlar hasım gösterilerek alınmış ise artık, tapu kaydının geçersizliği tartışmasına girilmeyecek, HUMK.nun 237. maddesindeki kesin hüküm ilkesi uyarınca, yerin orman niteliği tartışılmayacaktır.

4 — YÜRÜRLÜKTEKİ SON HÜKÜMLERE GÖRE MÜLKİYET HUKUKU BAKIMINDAN ORMAN

Bu başlık altında, Orman Yasasında ve 3402 sayılı Kadastro Yasasındaki son durumu açıklamakla yetineceğiz. Ancak bu açıklama yapılır-

ken, MK.nun mülkiyet hukukuna ilişkin ana ilkeleri gözden uzak tutulmamalıdır. Gerek 6831 sayılı Orman Yasasının, gerekse 3402 sayılı Kadastro Yasasının Medeni Kanundaki ilkeleri yok saydığı kabul edilemez. Aksi halde yanlış ve dayanağı bulunmayan sonuçlara varmak tehlikesi ile karşı karşıya kalabiliriz.

a) 6831 Sayılı Yasa Hükümleri Bakımından

aa) 6831 Sayılı Yasanın 1/F-G Maddesi

Daha önce de açıklandığı üzere yasanın 1/1. fıkrasında orman sayılan yerin tanımı verildikten sonra maddenin 1/2. fıkrasında da bentler halinde orman sayılmayan yerlerin nitelikleri belirtilmiştir. Konumuz olan 1/F ve (G) bendinden çıkan sonuca göre «...dağınık veya yer yer küme ve sıra halindeki ağaç ve ağaçcıklarla örtülü yerlerin orman sayılacağı, ancak;

— Orman sınırları içinde veya bitişiğindeki yere ait tapu kaydının var olması,

— Orman sınırları dışında ise, her türlü tasarruf belgesinin varlığı, özel mülkiyete konu olması ve tarım arazisi olarak kullanılması,

— Yine orman sınırları dışında olup da yüzölçümü üç hektarı aşmayan sahipli arazi olması halinde orman sayılmayacaktır.

Görüldüğü üzere, ormanın tanımı yapıldıktan sonra, orman sayılması için getirilen ölçüler son derece karmaşık olması nedeniyle dikkatli bir incelemeyi gerektirmektedir. Bunun da uzman olan orman mühendisleri yapacaktır. Uygulamada alınan raporlarda, maddelerde yer alan ölçülerin tam olarak bir incelemeye tabi tutulmadığını, raporlardaki gerekçelerin maddede yer alan tüm koşulları ayrı ayrı ve birlikte gözönüne almadan hazırlandığı, sonuç kısmına da «orman sayılan» veya «sayılmayan» sözcükleri eklenerek bitirildiği, bu raporlar esas alınarak yargı kararlarının tesis edildiği görülmektedir.

bb) 6831 Sayılı Yasa'nın Değişik 2-12. Maddesi

Bu maddelerde yer alan koşullar konumuzun dışında kalmakla birlikte kısaca açıklamakta yarar görüyoruz.

Yasanın bu hükümleri, orman kadastro ile ilgili olup, mülkiyet hakkını etkilemektedirler. Bir yerle ilgili olarak orman tahdidi yapıp sınırlandırılmışsa, o kesimin orman sayılan yerlerden olup olmadığı, kesinleşen tahdit haritasına göre çözümlenecektir. Tahdidi kesinleşen yer için uzman bilirkişiden sadece tahdit haritasının uygulanması istenip, ayrıca toprağın ve üzerindeki örtünün incelenmesi yani 6831 sayılı Yasanın 1. maddesindeki ölçüler gereğince mütalaa alınmayacaktır.

Yasanın 2. maddesinin (A) bendi, orman sayılan yerlerle ilgili olarak ilk defa yapılacak sınırlandırma ile ilgili olup, (B) bendi de daha önce (A) bendine göre tahdid yapılmış orman sınırları içine alınan kesimlerin zamanla orman olma niteliğini yitirdiklerinin saptanması üzerine orman tahdit sınırları dışına çıkarma ile ilgilidir. Gerek ilk tahdit ve gerekse çıkarma ile ilgili yasa kapsamı hükümler yer almıştır. Hükümlerin ayrı ayrı açıklanması yoluna gitmeyeceğiz. Ancak şunu belirtelim ki, uygulamada, orman sınırları dışına çıkarılan bir yerin zilyedlikle kazanılabileceği için çıkarılma tarihinden itibaren 20 yıl süre ile kullanılması gerektiği yargı kararlarında kabul edilmesine rağmen, 3402 sayılı Kadastro Yasasının 45/1 maddesinde çıkarma tarihinden söz edilmeden, zilyedliğin 31.12.1981 tarihinden geriye doğru başlayacağına işaret edilmişti. Ancak bu fıkra Anayasa Mahkemesi'nin daha önce tarih ve sayısı belirtilen kararı ile iptal edildiğinden yürürlükten kaldırılmıştır.

c) 3402 Sayılı Kadastro Yasası Bakımından

Bilindiği üzere, 3402 sayılı Yasa, taşınmazların geometrik ve hukukî durumunu belirlemek amacıyla çıkarılmış bir tasfiye yasasıdır. Yasa ile ilgili olarak daha önce açıklamalarda bulunmuştuk. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra, yasanın ormanla ilgili hükümlerini gözden geçirdiğimizde aşağıdaki sonuçların çıkarılması olasıdır.

aa) Ormanların Tahdidi İşlemi

Yasanın 4/3. maddesi uyarınca ilke olarak ormanların sınırlandırma ve tahdit işlemlerinin yapılması yine 6831 sayılı Orman Yasasının değişik 7-12. maddelerindeki hükümlere göre yapılması öngörülmüştür. Ancak yasa da belirlenen sürede, Orman Kadastro Komisyonu tahdit işlemini yapıp 3402 sayılı Yasa'ya göre tesbit yapan ekibe belgeleri teslim etmezse, tahdit bu yasaya göre yapılacaktır. Bu tahdit işlemi yapılırken Orman Kadastro Komisyonlarının dayandığı ilkelere aynen uyulacak ve orman ile özel mülkiyet konusu olan yerler ayrı ayrı belirlenecektir. Şu hususu özellikle belirtmek gerekir ki, 3402 sayılı Yasada daha önce orman olarak sınırlandırılan bir yerin orman niteliğini kaybetmiş olması halinde, bu kesimi orman sınırı dışına çıkarmak suretiyle tahdit yoluna gidemeyecektir. Yani 3402 sayılı Yasa hükümlerine göre oluşturulan komisyonlara 6831 sayılı Yasanın 2/B maddesini uygulama yetkisi verilmemiştir. Bu yetki, münhasıran Orman Kadastro Komisyonlarına aittir.

Ayrıca 3402 sayılı Yasaya göre oluşturulan komisyonların çalışmalarını sırasında, istedikleri takdirde Orman Genel Müdürlüğü'nün temsilci bulundurabileceği, aynı yasanın 7/son maddesinde belirtilmiştir.

bb) Orman Olan Bir Yerin İmar-İhya Ve Zamanaşımı İle Kazanılamayacağı Kuralı

3402 sayılı Yasanın 17. maddesinde, ormanların imar ve ihya ile mülkiyetlerinin kazanılamayacağı düzenlendikten başka aynı yasanın 18. maddesinde de ormanların zamanaşımı ile kazanılamayacağı ökmü yer almıştır. Ormanların zamanaşımı ile kazanılamayacağı ilkesi Anayasa'nın 169. maddesinde zaten yer almış bulunmakta idi ve bir hukuk kuralı olarak da uygulamada yerleşmiştir.

Bu Yasanın 17. maddesi ile taşınmaz mülkiyeti hukukuna yeni bir ilke getirilmiştir. O da bu yasanın yürürlüğüne kadar, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler para ve emek sarfı sonucu yani imar yolu ile mülkiyetlerinin kazanılması olası değilken, yasanın 17. maddesi ile belediye sınırı dışındaki taşınmazlar için buna olanak yaratılmıştır. Bu ilke konumuz dışında kaldığı için tartışmasına girmemekle birlikte uygulamada eşitsizliğe ve kötüye kullanılacağı düşüncesi ile uygun görmediğimizi belirtmekle yetiniyoruz.

cc) Ormanlarda Mülkiyetin Tesbiti Ve Tescili

Orman olan bir yerin tahdidi yapılmamış ise, özel mülk olarak tapuya tescil edilemeyeceğini, edilse bile hukukî geçerliliğinin bulunmadığını daha önce belirtmiştik. Ancak, tahdidi yapılan ve orman sayılan yerlerin orman olarak Hazine adına tapuya tescil edilmesinin Orman Yasasının 11/4. maddesinin bir gereği olduğunu da açıklamıştık.

Bir yerin orman mı olduğu yoksa özel mülkiyete konu olabilecek yerlerden mi bulunduğu hususunun tesbiti 6831 sayılı Orman Yasasının hükümlerine göre saptanacaktır. Değilse, mülkiyetin kazanılması koşulları 3402 sayılı Yasaya göre belirlenecektir. Görüldüğü üzere, Orman Yasası'na nitelik saptama işlevi yüklenmişken, 3402 sayılı Yasa, mülkiyetin tesbitine yönelik bulunmaktadır.

Orman tahdit sınırları içinde kalıp da sonradan 6831 sayılı Yasanın değişik 2/B maddesi uyarınca orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin kazanılmasında 3402 sayılı Yasanın 45/1. maddesi iptal edildiğinden, yasanın mülkiyetin kazanılmasına yönelik diğer hükümleri ile MK.nun konuya ilişkin kuralları uygulanacaktır.

S O N U Ç : Yazımızda, 3402 sayılı Yasanın ve özellikle bu yasanın 45/3. maddesinin orman rejimi üzerindeki etkisi ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının sonucu ve kapsamı üzerinde durmaya çalıştık. Düşünce ve önerimizin kabulü halinde ancak olumlu ve hukukumuzda ormanlara sağlanan önemin değer taşıyacağı, aksi halde 3402 sayılı Yasanın 45/3.

maddesindeki «tapulu yerler» sözlerinin iptaline karşın, 6831 sayılı Yasanın 1/F ve (G) fıkralarının ayakta kaldıkları, bu fıkralara 3402 sayılı Yasanın 45/3. maddesinde yer alıp iptal edilen «tapu» sözcüğüne verilen değer tanınması ve aynı sonucun bağlanması halinde, yasakoyucunun amaçlamadığı uygulamanın yine devam edeceğini çıkarmak olasıdır. Yine Anayasa Mahkemesi'nin 3402 sayılı Yasanın 45/3. maddesinde yer alan «tapulu yerler»den çıkardığı anlam ile 6831 sayılı Yasanın 1/F maddesindeki «tapulu yerler»deki anlamın farklı olmayıp, aynı olduğunu, Anayasa ve hukukumuzdaki diğer ilkelere uygun bir sonucun ancak «tapu» sözcüğüne verilen anlamdan kaynaklandığını, bunun da tapu'dan amacın «geçerli tapu» sonucunu temel değer olarak kabul etmek gerektiğini belirttik. Bundan dolayı da açıklanan ilkeler doğrultusunda konuya yaklaşılmada yarar görmekteyiz.

● **FEDERAL MAHKEME KARARLARI**
(Borçlar Hukuku)

TAM ESER SÖZLEŞMESİ - HUKUKİ NİTELİĞİ - FESİH

Çeviren
Kemal DAYINLARLI (*)

Bir ev inşası için tam eser sözleşmesi - Eserin kesin olarak belirlenmesinden önce iş sahibi tarafından fesih - İş sahibinin verdiği 45.000 İsviçre frangının iadesi dâvası - Önce Kanton yargısı sonra da Federal Mahkeme tarafından dâvanın 38.000 İsviçre franklık kısmının kabulü.

İBK. md. 363 ve md. 377.

Tam eser sözleşmesi denilen sözleşme, hukukta eser sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Fesih için müdahale ne zaman olursa olsun iş sahibi tarafından bu sözleşmenin feshi, eser sözleşmesinin hükümlerine tabidir.

X c. Y, 1 Mart 1988; RO 114 II 53

11 Haziran 1981 tarihli sözleşme ile (X), anahtar teslimi bir ev inşaatını 445.368 İsviçre franklık bir bedel karşılığı (Y) için inşa etmeyi taahhüt eder. Eserin tarifi ve bazı taslak çizimler (eskizler) sözleşmeye eklenmiştir. Evin ne tip olacağı ve yerleşimine dair hususların daha sonra (Y) tarafından belirleneceği öngörülmüştür. Hacim ve inşaat fiyatı yeniden buna göre hesaplanacaktır. (Y), 45.000 İsviçre franklık bir avans öder.

Taraflar muhtelif alternatifleri müzakere ederler, sonra (X) değişikliğe uğramış haliyle 1208,3 m³ lük ve 621.185,35 İsviçre frangı tutan bir projeyi (Y)'ye sunar. (Y), bu projenin finansmanını gerçekleştiremeyeceğini beyan ederek sözleşmeyi fesheder.

Mart 1984 de, (Y) ödediği avansın geri verilmesini dâva eder. Kanton Mahkemesi birinci ve ikinci derece yargılamalarda 38.000 İsviçre frangının iadesi gerektiğine karar verir (7 Şubat 1986).

Dâvalı buna karşı karar düzeltmesi isteminde bulunur. Federal Mahkeme istemi kabule şayan görmez (özet).

(*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

KAYNAK : Journal des Tribunaux, 30 Haziran 1988, No: 12, Sh: 360-363.

Gerekçelerin Özeti

1. a) Dâvacı tarafından yapılan feshin sonuçları acaba İBK.nun 377 (eser sözleşmesi) ne mi, yoksa İBK.nun 404 (vekâlet akdi) hükümlerine mi tabidir? İhtilâfın konusunu bu husus oluşturmaktadır.

2. a) Tam müteahhit fikrinin esası, genel müteahhit kavramına dayanır. Genel müteahhit bir eserin tamamının ifasını taahhüt eder. Genel müteahhit özel bir edimle bir eserin inşaatına iştirak eden kısmî müteahhitten farklıdır (Gauch, *Der Werkvertrag*, 3^e éd., p. 52 n. 179 ve p. 54 n. 183 ss.). İş sahibi tarafından sipariş edilen eser projelerini ve planlarını da temin eden tam müteahhitten ayırt edilir (Gauch, *op. cit.*, p. 56 n. 194).

Tam eser sözleşmesinin hukukî niteliği tartışmalıdır. Hiç kimse orada saf ve sade bir eser sözleşmesinin varlığını görmez. Projenin daha önce yapılmış olmasının veya üzerinde daha çalışılması gerektiğinin önemi yoktur (Gauch, *op. cit.*, pp. 57 ss no 196; Schlupe, *SPR VII/2*, p. 905; Schumacher in *Baurecht* 1983, pp. 43 s.; idem, in *Das Architektenrecht*, p. 109 n. 365; Schnewlin, in *RNRF* 1980, pp. 367 ss.). Diğer yazarlara göre burada iki safhayı içeren bir karma sözleşme söz konusudur: Birincisi, projelendirme safhası (vekâlet) ve ikincisi ise, ifa (eser sözleşmesi) safhasıdır (Pedrazzini, *SPR VII/1*, pp. 508 s.; Mosimann, *Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe*, th. Zurich 1972, pp. 82 ss.).

b) Eserin ifası (Tüm taahhüt sözleşmesinin «genel taahhüt» unsuru) olarak elbette eser sözleşmesi hukukuna tabidir. Federal Mahkeme de zaten böyle bir karar vermiştir (RO 107 II 50 ss, *JdT* 1981 I 269; RO 97 II 68 c. 1, *JdT* 1971 I 526 s.). Öğretide bu husus itiraz görmemiştir.

Sözü edilecek diğer bir husus da eserin ifasından önce (mimarın işi) plan çalışmalarının başka hükümlere, örneğin vekâlet hükümlerine tabi olup olmadığının bilinmesi gereğidir.

RO 63 II 176 (*JdT* 1937 I 579) da yayımlanan Federal Mahkeme kararı eskizler, projeler, tatbikat planları ve detay planları üzerinde ayrı çalışmaları eser sözleşmesi hukukuna tabi tutuyordu; hatta tümü ile mimarlık sözleşmesi en azından tamamlayıcı olarak böyledir. 1972 tarihinde Federal Mahkeme ilk defa içtihadını değiştirdi. Mimarlık sözleşmesini hiç bir kayıt koymaksızın ve her durumda (RO 98 II 310 c. 3, *JdT* 1973 I 541) adı vekâlet kurallarına tabi tutmuştur. Mimarlık projeleri ve planları, fikrî bir çalışmanın mahsulü olduğundan zarurî olarak vekâlet akdi ile ilişkilidir, diyordu; eser sözleşmesi özellikle maddi bir işin ifasına ilişkin idi. 1983 de Federal Mahkeme eski içtihadına döndü (RO 109 II 464 ss, *JdT* 1984 I 212 ss). uygulama planlarını çizen mimar bir keşif yapar, kesin bir proje tanzim

ederse müteahhit olur. Buna karşın, ihale etme ve işleri yönetme gibi diğer edimler vekâletten doğarlar. Genelde mimarlık sözleşmesi karma bir akit-tir. Böyle olunca duruma göre vekâlet akdi kurallarını ya da eser sözleş-mesi hükümlerini uygulamaya izin verir. O zamandan beri Federal Mah-keme bu tutumunu muhafaza etmiştir. Bazı yazarlar ne derlerse desinler (Gauch, Baurecht 1986, p. 61; idem, in Das Architektenrecht, p. 16; Dessemontet, RDS 1987 II 124; Merz, RJB 1987, p. 228) RO 111 II 72 (JdT 1985 I 589, rés.) kararının 2 a) ve 2 b) (Praxis 1985, pp. 519 s.) gerek-çeleri ile vekâlet akdine münhasır uygulamasına dönmedi. Bu durumda özellikle muhtelif uzmanların faaliyetlerini koordine etmekle yükümlü mi-marın üstlendiği özen ve müşavirlik vecibesi söz konusu idi. Özel bir iti-mat ilişkisi, iş sahibi ve mimarı birbirine bağlıyordu. Federal Mahkeme vekâlet hukukunun uygulanabileceğini söylemişti. Burada metnin tama-mında genel mimarlık sözleşmesinin hukukî niteliğine dair bir içtihat de-ğişikliği görülemezdi. Açıkça böyle bir değişiklik mahkemenin düşünce-sinde mevcut değildi.

Bu problemi daha derinlemesine bir incelemeye tabi tutmak için bir gerekçe yoktu. Bu dâvada genel mimarlık sözleşmesinin hukukî niteliği sorunu yoktur. En son Federal Mahkeme içtihadı eser sözleşmesinin gayrı-maddî bir iş üzerinde de söz konusu olabileceğini kabul etmektedir. Ger-çekleştirilecek bir projeye ilişkin planların (bağımsız nitelikte) meydana getirilmesini İBK.nun 363. md.sine tabi kılmak gerekir. Öğretideki çoğun-luk bu görüşü kabul etmektedir (cf. les réf. de Dessemontet, op. cit., p. 125 n. 153). Ortaya konan eleştirileri (Dessemontet, op. cit., p. 125 n. 152) dikkate almaksızın bundan ayırmaya yer yoktur.

c) Planların işlenmesi ve eserin ifası eser sözleşmesine dair kural-lara tabi olduğundan iki edimi içeren (Gauch, op. cit., p. 57 n. 196 ss) tam eser sözleşmesi için de durum zarurî olarak aynıdır. Bu çözüm vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanmasına hiç yer bırakmaz. İş sahibi tarafından beyan edilen fesih dolayısıyla müdahale ne zaman olursa olsun fesih eser sözleşmesi hükümlerine tabidir.

1. Hukuk Dairesi - MM Raschein, Weibel, Walter, Schneider ve Feldmann - M^e J.P. Tschudi ve M^e Regina Aepli, Zürih avukatlarından.

NOT : (Federal Mahkemenin kararını Almanca'dan Fransızca'ya tercüme eden Prof. Dr. Raymond Jean-Pretre'nin Yorumu)

«Tam eser sözleşmesi» ilk kazma vurulmadan evvel projenin müzakereleri esnasında iş sahibi tarafından feshedilmiştir. 1 a). gerekçesinin başında Federal Mahkeme sorunu ortaya koyuyor. Acaba fesih İBK.nun 377. md.sine mi yoksa 404. md.sine mi tabidir? Bu nokta çok önemlidir. İBK.nun 377. md. si gereğin-

ce müteahhidin zararları tamamen tazmin edilecektir. İBK.nun 404/1 md.sine göre ancak evvelce ifa edilen iş için bir ücret alabilme hakkına sahip olacaktır. (Burada İBK. md. 404/2 hükmü anlamında dâvada münasip olmayan bir zamanda azıl söz konusu değildir).

Gerekçe 2'de (yayınlanmış) Federal Mahkeme feshin İBK.nun 377. md.sine tabi olduğunu göstermektedir.

Müteahhidin zararları tamamen tazmin edilebilecek midir? Evet. Yayınlanmayan bir gerekçede Federal Mahkeme sözleşmede bir boşluk meydana çıkarmaktadır. Taraflar inşaatın tipi ve yerleştirilmesine (Haustyp und Raumplanung) dair ileride bir sözleşme yapmayı saklı tutmuşlardır. Bu sözleşmenin yürürlüğe girmemesi hali için taraflar hiçbir hüküm koymamışlardır. Federal Mahkeme tamamlayıcı yorum yoluyla bu boşluğu doldurmaktadır. Taraflar bu takdirde yapılan işin bedelini tamamen tazmin etmek sureti ile iş sahibi tarafından sözleşmenin feshedilebileceği üzerinde anlaşmış oldukları izlenimini vermektedir. Müteahhit avans olarak 45.000 frank almıştı. İfa edilen iş için 7.000 frankını muhafaza edecek, geri kalan miktarı iade edecektir. '

Neticede - uygulanabilir olarak beyan edilen - İBK.nun 377. md. si uygulama dışı kalmaktadır. Çözüm ise - uygulanamaz olarak beyan edilen - İBK.nun 404/1 md.si hükmüne uygun düşmektedir.

Karşılaştırma İçin

| <u>TBK.</u> | <u>İBK.</u> |
|-------------|-------------|
| 355 | 363 |
| 369 | 377 |
| 396 | 404 |

**TÜRK MAHKEME KARARININ
ALMANYA FEDERAL CUMHURİYETİ'NDE
TANINMASI VE TENFİZİ**

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (*)

I. KONU

Türk vatandaşı (F.T.), uzun yıllardan beri Almanya Federal Cumhuriyeti'nde yaşamakta ve o ülkede çalışmaktadır. Kendisi, eş ve çocuklarının bakımını ihmâl ettiği için, eşi Türkiye'de, Kocaeli Sulh Hukuk Mahkemesi'ne başvurmuş ve mahkeme 1976 yılında eş için ayda 600 TL. nafaka ödenmesini kararlaştırmıştır. Bu meblağ daha sonra, aynı mahkemenin tenfize konu olan 22.10.1984 tarih ve 83/653 sayılı kararıyla, aylık 20.600.— TL. sına yükseltilmiştir.

Alacaklı eş, bu karara dayanarak Adalet Bakanlığı'na başvurmuş ve Almanya'daki eşinden nafaka alacağıнын tahsil edilerek Türkiye'ye transferini talep etmiştir.

Davacının bu talebi, Türkiye ve Almanya'nın da taraf buldukları, «Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili Hakkındaki 20.6.1956 Tarihli New York Sözleşmesi» hükümleri çerçevesinde ilgili Alman makama intikâl ettirilmiştir.

Anılan sözleşmenin 2. maddesine göre, sözleşmeye taraf olan her devlet onay ve katılma belgesinin tevdiî sırasında, kendi ülkesinin, «aracı kurum» veya «merkezi makam» ını belirtmekle yükümlüdür. Sözleşmenin uygulanmasına kolaylık, hız ve basitlik sağlamak açısından, alacaklı ve borçlunun buldukları devletler, bu makamlar aracılığıyla doğrudan temasta bulunmaktadır. Türkiye açısından «aracı kurum» ve «merkezi makam» olarak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü görevlendirilmiştir.

Anılan sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki hükmü ihtiva etmektedir :

«Aracı kurum, alacaklının verdiği yetki sınırları içinde hareket ederek, alacaklı namına nafakanın tahsilini temin için icap eden bütün tedbirleri alır. Bu tedbirler meyanında bilhassa sulh yoluna gider, ge-

(*) Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü.

rekirse bir nafaka davası açar ve takip eder ve nafaka tediyesiyle ilgili her hükmü, emri veya sair adli muameleyi icra ettirir».

Sözleşme açısından Alman merkezi makamı olarak görevlendirilmiş bulunan, «Federal İdare Makamı» yukarıdaki hüküm çerçevesinde hareket ederek rızasıyla nafaka ödemeye yanaşmayan, davalı borçlu hakkında dava açmış ve konuya ilişkin Türk mahkeme kararına tenfizini talep etmiştir.

Milletlerarası Özel Hukuk kuralları, bir yabancı mahkeme kararının tenfizi söz konusu olduğunda, tenfiz kararı veren mahkemenin, ilke olarak yabancı mahkeme kararını olduğu gibi kabul etmesini gerektirmektedir. Diğer bir deyimle, tenfiz kararı veren mahkemenin, yabancı mahkeme kararını gözden geçirerek değiştirmesi mümkün değildir.

Ancak, somut olayda, davacı kadın Türk mahkeme kararında tesbit edilen 20.600.— TL. nafaka çok düşük olduğundan, talep formunda işleyecek nafaka için daha yüksek bir meblağ istemiş ve bu talebi Adalet Bakanlığı'nca da uygun görülerek, Almanya Federal Cumhuriyeti merkezi makamına intikâl ettirilmiştir.

Alman mahkemesi, birikmiş nafaka açısından Kocaeli Sulh Hukuk Mahkemesi'nin kararının olduğu gibi tanınması ve tenfizini kabul etmiş ve borçluyu karar tarihi itibarıyla birikmiş nafaka olarak 927.000.— TL. ödemeye mahkûm etmiştir. Anılan mahkeme, işleyecek nafaka açısından ise, Kocaeli Sulh Hukuk Mahkemesi'nin tenfize konu kararının hüküm fıkrasının 1. bendini değiştirmiş ve borçlunun gelecekte ayda 150.— Mark nafaka ödemesini kararlaştırmıştır.

Sözleşmenin 6. maddesinin son fıkrası, nafakanın tahsili dolayısıyla açılacak davalarda, borçlunun devletin kanununun uygulanacağını öngörmektedir. Nitekim, Alman mahkemesi de, bu hükme dayanarak davada Türk Medeni Kanununun 132 ve 152. maddelerini uygulamıştır.

Alman mahkemesinin aşağıda tam çevirisini verdiğimiz söz konusu kararı, davacı kadının lehine verilmiş ve sözleşme hükümlerine uygun bir karardır.

II. Köln Sulh Hukuk Mahkemesi'nin

(Aile Mahkemesi)

8 Ocak 1988 tarihli kararı

Davacı : Bayan (L. T.), Kocaeli/Türkiye.

Davalı : Bay (F. T.), Köln/Almanya Federal Cumhuriyeti.

Karar : 1) Kocaeli Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 22.10.1984 tarih ve 83/653 sayılı, davalının davacıya 1.7.1983 tarihinden

itibaren ayda 20.600.— TL. nafaka ödemesine dair kararın Almanya Federal Cumhuriyeti ülkesinde tanınıp tenfiz edilmesine ve davalının davalıya 1.7.1983 tarihinden 31.3.1987 tarihine kadar birikmiş nafaka olarak 927.000.- TL. ödemesine karar verilmiştir.

2) Kocaeli Sulh Hukuk Mahkemesi'nin hüküm fıkrasının 1. bendi, değiştirilerek davalının, davacıya 3.9.1987 tarihinden itibaren ayda 150.- Mark nafaka ödemesi kararlaştırılmıştır.

3) Davalının karşılık davası reddedilmiştir.

4) Dava masraflarını davalı ödeyecektir.

5) İlam geçici olarak icra edilebilir. Ancak, davalı 2.000.- Mark teminat göstermek suretiyle kararın icrasını erteleyebilir.

6) Davacı adli müzaheretten yararlandırılmış ve kendisine Köln Avukatlarından Dr. Atzenhofer avukat olarak tayin edilmiştir.

O L A Y : Taraflar Türk vatandaşlarıdır. Davalı 1969 yılından beri Almanya'da yaşamakta ve orada çalışmaktadır. Kendisi 1972 yılından beri eşinden ayrı yaşamaktadır. Davalı, Kocaeli Sulh Hukuk Mahkemesi'nin anılan kararıyla, davacıya ayda 20.600.- TL. nafaka ödemeye mahkûm edilmiştir. Davalı, şimdiye kadar hiçbir nafaka ödemiştir. Davacı, bunun için söz konusu kararın Almanya'da tenfizini talep etmektedir.

Davacı ayrıca, davacının tenfize konu kararın verildiği tarihe oranla daha fazla kazandığı Türk parasının değerindeki sürekli düşüş ve bu arada Türkiye'de hayatın pahalılaştığı gibi gerekçelerle, davalının dava tarihinden itibaren işlemekte olan nafaka için ayda 150.— D. Mark ödemesini istemektedir.

Davalı ise, davanın reddedilmesine ve davacıya bir ay içinde Almanya'ya eşinin yanına gelmesi için ihtarda bulunulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, eşini ayrı yaşadıkları tarihten beri ilk kez 1985 yılında tekrar gördüğünü, bu arada eşinin kendisine hakaret ederek, yetişmiş oğlunu kendisini öldürmesi için tahrik ettiğini iddia etmiş ve buna rağmen kendisine tekrar birleşme teflifinde bulunduğunu, kendisi bu öneriyi kabul etmediği takdirde boşanmaya hakkı olacağını belirtmiştir. Ancak buna rağmen, Kocaeli Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 29.12.1986 tarihli

kararıyla davalının boşanma talebini reddettiği hususunda bir anlaşmazlık yoktur.

KARAR GEREKÇESİ : Türk mahkemesinin hükmettiği 20.600.- liralık nafakanın Almanya'da tahsil edilebilmesi için, kararın bu yönden tenfizine karar verilmesi gerekmiştir. Esasen borçlu davalı da tenfize itiraz etmemektedir.

Nafakanın değiştirilerek günün şartlarına uydurulması ise, Türk Medeni Kanununun 152. maddesi uyarınca haklı bulunmuştur. Davalı, nafaka talebinin dayanaktan yoksun bulunduğunu tartışmamakla beraber, tenfize konu Türk mahkemesi kararının verildiği tarihten beri şartlarda değişiklik olduğunu kabul etmemektedir. Ancak, başta davalının gelirindeki artış olmak üzere geçen sürede bir çok konuda değişiklik olmuştur. Türk mahkemesi kararını, borçlunun ayda 1.800.- Mark kazandığını gözönüne alarak vermiştir. Oysa borçlu şimdi, işverenin düzenlediği belgelere göre ayda ortalama 2.250.- Mark kazanmaktadır. Öte yandan bu arada Türk parası sürekli bir değer kaybına uğramış ve Türkiye'deki hayat pahalılığı çok yükselmiştir. Keza Kocaeli Sulh Hukuk Mahkemesi de kararını Türkiye'deki hayat şartlarına dayandırmış ve 1978 yılında ayda 600 lira olarak hükmettiği nafakayı 1984 tarihli kararıyla yükseltmiştir. Mahkeme, bu son kararıyla nafakayı 5 yıl sonra 34 misli arttırarak 20.600 liraya yükseltmiştir. Eğer şimdi davacı, 1984 yılında tespit edilen nafakanın 4 misli arttırılmasını istiyorsa, bu borçlunun gelirindeki artış gözönüne alındığında hiçbir şekilde yüksek değildir. Hatta, Türkiye'de bir okulda temizlikçi kadın olarak çalışan davacının gelirinin de bu arada artmış olduğu bile kabul edilse dahi, davalı nafakanın yükseltilmesi talebinde haklıdır.

Davalının, eşinin Almanya'ya dönerek evlilik birliğinin yeniden kurulmasına yönelik karşılık davasını reddetmek gerekmiştir. Türk Medeni Kanununun 132. maddesinin 2. fıkrasına göre, hâkim, hakarete uğrayan eşin talebi üzerine diğer eşe bir ay içinde müşterek ikametgâha dönmesi için ihtarda bulunur. Oysa olayda bu hükümde öngörülen şartlar gerçekleşmemiştir. Anılan hükmün 2. fıkrası 1. fıkrasıyla birlikte değerlendirildiğinde, ancak, davacının davalıyı evlilik birliğinin yüklediği mükellefiyetleri yerine getirmemek kasdıyla veya haklı bir sebep bulunmaksızın terkettiği anlaşıldığı takdirde, davalının terkedilerek hakarete uğratılmış olduğu kabul edilebilir. Bununla beraber davalı bu şekilde hakarete uğramamıştır. Bunun böyle olduğunu Kocaeli Asliye Hukuk Mahkemesi de kabul etmiş ve 29.12.1986 tarihli kararıyla davalının boşanma davasını reddetmiştir. Kocaeli Mahkemesi'nin söz konusu kararında, mahkeme davacının davalıya hakaret edip etmediği konusu üzerinde de hassasiyetle durmuş ve hakaret etmediğini tesbit ederek davalının boşanma talebini bu yüzden reddetmiştir.

SON SÖZ

Geride bıraktığımız 1988 senesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 154. maddesinde görev alanı belirlenen **Yüce Yargıtayımızın Kuruluşunun 120. yılı** olması nedeniyle, bu yıldönümünün anısına; 24 Mayıs 1988, 2-3 Haziran 1988 ve 6-7 Ekim 1988 günlerinde konferans, sempozyum ve seminerler düzenlendi. Yargıtay'da yapılan bu bilimsel toplantılarda, yabancı ve yerli bilim adamları tarafından bildiriler sunuldu. Önceleri; bu bilimsel bildirimlerle, 120. yıl için özel olarak yazılan yazıların bir «Armağan Kitap» olarak yayınlanması düşüncesi egemendi. Ancak Müdürlüğümüz, okurlarımızın da yararlanması amacıyla, 1989 yılı Yargıtay Dergisi'nin dört sayısının birleştirilip «Yargıtay Dergisi Özel Sayı»nın yayınlanmasını gündeme getirdi. Bu öneri, Yayın Kurulunun 30.6.1988 günlü toplantısında benimsenerek karara bağlandı. Bu eser için özel olarak yazılıp gönderilen yazılar Yayın Kurulunun denetiminden geçip yayınlanması gerekenler saptandıktan ve yukarıda belirtilen günlerde sunulan tebliğ metinlerinin tamamı elde edildikten sonra ön çalışmalara başlandı.

Ön çalışmalar bitirilip; bildiriler sunuldukları tarih, yazılar ise genel konularına göre sıralandıktan sonra, Yargıtay Dergisi'nin süreli bir yayın olma özelliği de gözönünde tutularak, özel sayının içeriğini oluşturan 35 adet yazı 1989 yılı Ocak ayının ilk günlerinde basımevine verildi. Hemen hemen yarımından fazla yazının dizgi işleri ile kolon ve sayfa provaları bitirilip baskıya geçileceği bir sırada, yararlı ve gerekli olduğu kanısıyla tebliğler üzerinde yapılan genel görüşmelerin (tartışmaların) yayınlanmasının da yerinde olacağı eğilimi belirdi. 10.3.1989 günlü Yayın Kurulu toplantısında bu konu görüşülüp kararlaştırıldı.

Bunun üzerine, basımevindeki çalışmalar durdurularak, konuşmaları banda alan Kuruludan bant çözümleri istenerek beklenildi. Bu arada, elindeki bütün metalini özel sayı için bağlayan basımevi metal sıkıntısına düştü. Dergiyi zamanından önce almaya alışık olan okurlarımızdan da yakınmalar gelmeye başladı. Yargıtay Kararları Dergisi'nin Nisan-1989 sayısına konulan bir duyuru ile okurlarımız aydınlatıldı.

Bir süre sonra, daktilo edilmiş bant çözümleri Müdürlüğümüze ulaştığında; basımevindeki metal sıkıntısı, zaman darlığı, vs. gibi

nedenlerden dolayı, daktilo edilmiş konuşma metinleri okunarak incelendi. Yazım ve tümce yanlışlıkları düzeltildi. Gerek teknik ve gerekse ses nedenlerinden kaynaklanan ve çözümlene sırasında anlaşılabilen az sayıda yerler orijinalinde olduğu gibi olarak bırakıldı. Duraksama yaratan kısımlar ise oturum başkanlarına ve bilimsel toplantıları kesintisiz izleyenlere danışıldı.

Genel görüşmeler (tartışmalar), tek bir bildiri üzerinde yapılmışsa, hemen ilgili olduğu tebliğin arkasına; eğer birden çok bildiriye ilişkin ise, üzerinde tartışılan tebliğlerin en sonuna konuldu. Tartışmalara konu olan bildirimler ile oturum başkanları ve tebliğ sahipleri ayrı bir sayfa da belirtildikten sonra tartışmalar ayrı yazı karakteriyle (10 punto, tırnaklı) dizildi. Böylece, bildirimlerle tartışmaların birbirinden ayrılmasında kolaylık sağlandı.

İyiniyet ve özverili bir çalışma sonucu ortaya çıkan bu yapıtı sizlerin yararına sunarken; bilimsel toplantılara katılıp, gerek değerli bildirimleriyle ve gerekse görüş ve düşüncelerini dile getiren konuşmalarıyla Türk Hukukuna katkıda bulunanlara, bu eser için yazı yazıp gönderen hukuka gönül verenlere teşekkürü bir borç biliriz.

Ayrıca, «Yargıtay Dergisi Özel Sayı»nın dizgi ve baskı evrelerinde anlayışlı davranan, özenli ve düzenli çalışmaları sonucu kitabın basımını kusursuz gerçekleştiren Afşaroğlu Matbaası sahip ve çalışanlarına, özellikle yanlışsız dizgisi sonucu işi hızlandırıp provaalarda büyük kolaylık sağlayarak bizi yormayan, deneyimli ve yetenekli operatör Yaşar Büyükalan'a da gönülden teşekkür ederiz.

Ankara, 23 Nisan 1989

**Yargıtay
Yayın İşleri Müdürlüğü**

YARGITAY YAYINLARI

- **UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI**
(Hukuk-Ceza 1961-1987)
İsmet Köker - İlhan Dinç
976 sayfa, Üç Renkli, Selefön Korumalı Kapak6600.— TL.
- **TÜRK BORÇLAR KANUNU ŞERHİ**
(Özel-Genel Hükümler)
Ord. Prof. Dr. H. Veldet Velidedeoğlu-Refet Özdemir
792 sayfa, Lüks Ciltli4950.— TL.
- **BORÇLAR KANUNUNUN GENEL KISMINA İLİŞKİN
FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI**
Prof. Dr. Karl Oftinger
Çeviren Avukat **Kemal Dayınlarlı**
408 sayfa, Üç Renkli Vernik Korumalı Kapak2200.— TL.
- **BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI**
Andreas von Tuhr
Çeviren Avukat **Cevat Edege**
1128 sayfa, İki Cilt Birarada, Lüks Ciltli3850.— TL.
- **YARGITAY KARARLAR DERGİSİ KILAVUZU 1**
Ali Rıza Geniş
593 sayfa, Yıl: 1975-1981, Üç Renkli, Gofre Kapak1650.— TL.
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU 2**
Ali Rıza Geniş
712 sayfa, Yıl: 1982-1986, Üç Renkli, Vernik Korumalı Gofre
Kapak6050.— TL.
- **YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ YARGI YILI
KONUŞMALARI 1943 - 1978**
Ali Rıza Geniş
375 sayfa, Üç Renkli Kapak825.— TL.
- **YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI**
HUKUK BÖLÜMÜ (Ofset, İkinci Basım)
Cilt: 1, Yıl: 1926-1941, Lüks Ciltli, 812 sayfa3850.— TL.
Cilt: 2, Yıl: 1942-1944, Lüks Ciltli, 547 sayfa3850.— TL.
Cilt: 3, Yıl: 1945-1947, Lüks Ciltli, 927 sayfa3850.— TL.
Cilt: 4, Yıl: 1948-1956, Lüks Ciltli, 767 sayfa3850.— TL.
Cilt: 5, Yıl: 1957-1980, Lüks Ciltli, 891 sayfa(Tükendi)
CEZA BÖLÜMÜ (Ofset, İkinci Basım)
Cilt: 1, Yıl: 1927-1940, Lüks Ciltli, 776 sayfa3850.— TL.
Cilt: 2, Yıl: 1941-1946, Lüks Ciltli, 680 sayfa3850.— TL.
Cilt: 3, Yıl: 1947-1980, Lüks Ciltli, 1030 sayfa3850.— TL.