



KURULUŞ : OCAK - 1975, YIL : 9, SIRA SAYI : 35

YARGITAY DERGİSİ

Cilt : 9

Temmuz 1983

Sayı : 3



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

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

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

- Dergide yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşlerini yansıtır.
- Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir. Aksi halde ücret ödenmez.
- Dergide yayımlanan yazılar, Yargıtay Dergisi'nden alındığı belirtilerek aktarılabilir.
- Yayımlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT, giderleri sahibine aittir. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluğu yoktur.
- Gerekli görüldüğünde yazılarda öze değinmeyen dil ve yazım düzeltmeleri yapılabilir.

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

Abone işleri için, Yargıtay İşleri Müdürlüğü'ne başvurulmalıdır.

17 15 36

Tel : 17 15 63

18 21 90 / 386, 388, 389

YAYIN KURULU :

Başkan :	A. Bülent AKMANLAR	(8 inci Ceza Dairesi Üyesi)
Üye :	Yavuz İsmet AYER	(3 üncü Ceza Dairesi Üyesi)
Üye :	İhsan ÖZMEN	(8 inci Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	Hakkı YAŞAR	(7 inci Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	İ. Teoman OZANOĞLU	(10 uncu Hukuk Dairesi Üyesi)

İ Ç İ N D E K İ L E R

Sayfa

1 — GENEL KONULAR

- a) M. Sabri LİVANELİOĞLU : Ayrılırken 233 - 238

2 — MİLLETLERARASI HUKUK

- a) Müjdat ŞAKAR : Avrupa Konseyi Çerçevesinde Göçmen İşçilerin Sosyal Güvenliği 239 - 252

3 — CEZA HUKUKU

- a) Prof. Dr. Faruk EREM : Kasdın Aşılması 253 - 259
b) Mevci ERGÜN : Sahtekarlık 260 - 271
c) Doç. Dr. Hasan BIYIKLI : Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetlerinden İndirilmesi 272 - 289

4 — MİRAS HUKUKU

- a) Doç. Dr. İ. Nisim FRANKO : Sağ Kalan Eşin İntifa Hakkı Seçiminde Şekil Ve Müddet Problemi 290 - 307

5 — BORÇLAR HUKUKU

- a) Dr. Suat DURA : Eser (İstisna) Sözleşmesi (I) 308 - 328
b) Bilâl KARTAL : Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi Ve Özellikle Biçimi (II) 329 - 338
c) Hilmi ÖNAL : Müvekkilin Ücret Ödeme Borcu Ve Avukatlık Ücreti (I) 339 - 353

6 — KARAR TAHLİLİ

- a) Prof. Dr. Nurullah KUNTER : Yargılama Makamlarında Dağılan Oyların Toplanması Sorunu 354 - 366

7 — İNCELEMELİ KİTAP TANITMA

- a) Nihat YAVUZ : Andreas von Tuhr Ve Dilimize Çevrilen Ölümsüz Kallı Yapıtı Olan «Borçlar Hukuku»nun Tıpkı Basımı Hakkında Birkaç Söz 367-387

8 — DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

- a) Bülent AKMANLAR : Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler 388-391

9 — KİTAP TANITMA

- a) Ali Rıza GENİŞ : «Özel Hukuk Açısından Hukuk Devrimi» 392-393

10 — YARGITAY'DAN HABERLER

- a) Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar 394-401
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler 402-409
Yargıtay Yayınları 410-411

A Y R I L I R K E N

M. Sabri LİVANELİOĞLU (*)



Ayrılma zamanı geldi. Hâkimlik gibi kutsal ve yüce bir görevle beni onurlandıran, inandığım hak ve adalete vicdan özgürlüğü içinde bunca yıl hizmet etme imkânını bahşeyleyen Ulu Tanrı'ya şükrederek çok sevdiğim mesleğime ve değerli meslektaşlarıma veda etmek istiyorum.

Yıllarca çeşitli mahrumiyet ve sıkıntılarına seve seve katlandığım ve mensubu olmakla daima gurur duyduğum hâkimlik görevime, her zaman benden yardım ve müzaheretlerini, dostluk ve muhabbetlerini esirgemeyen değerli arkadaşlarıma yasal nedenle olsa bile veda etmenin üzüntüsü

içindeyim şu anda. İtiraf edeyim ki, bunca yıl «Peygamber Postu» unda oturup daima hakkın ve gerçeğin tecellisine elinden geldince yardımcı olmanın ve kutsal görevini yüz akıyla tamamlamış bulunmanın verdiği huzur ve mutluluk yanında yılların alışkanlığından ve faal hayattan çekilmenin yaratacağı boşluk ve özlemler gibi birbiriyle çelişen duyguların etkisinden ve ayrıca her ayrılıkta az veya çok var olduğu bilinen hüznün ve kederden kısa zamanda sıyrılabileceğimi pek sanmıyorum.

Nevar ki, 43 yıl devam eden resmî görevim ve daha ilkokul çağında bazı tesadüflerle mahkeme kalemlerinde başlayıp aralıksız sürdürdüğüm çalışmalar olmak üzere adliye içinde geçirdiğim toplam 50 yılı aşkın hayatım acı ve tatlı pek çok anılarla doludur. Bundan böyle bu anılarla yaşamak, bunlarla oylanmak yegane uğraş ve tesellim olacaktır.

(*) Yargıtay Birinci Başkanvekili.

Anılar deyip geçmeyelim. Bunların yaşamın bir bölümündeki önem ve değeri elbette inkâr edilemez. Şair ve kıymetli dostum Mustafa Güçlü bir dörtlüğünde yaşamı;

**Âtisi umutla hayal mazisi hatıralar
Bir lâhzayı andır hayat süresiz durmaz akar
Gaflettedir insanoğlu bu ânın idrakinde
Düşünmez zâtı âm hep hayal içinde yaşar**

diye tanımlıyor ve hayatın bir bakıma biraz umut, biraz hayal ve geride kalan hatıralardan ibaret olduğunu vurguluyor. Yaşı ilerlemiş ve bu nedenle faal hayattan çekilmiş olanların artık istikbale dönük umut ve hayallerden ziyade geri kalan günlerini anılarıyla maziyi yeniden yaşayarak geçirmeleri doğaldır.

Kuşkusuz hepimizin umut ve hayal peşinde geçen hayatında unutamıyacağımız olay ve anılar vardır. Yaşadığımız bazı olaylarda varki, bunlar hayatımızı önemli ölçüde etkilemiş hatta geleceğimizi tayinde büyük rol oynamıştır. İşte daha ilkokul sıralarında adliyedeki çalışmalarım böylesine mutlu bir olayla başlamıştır.

Yıl 1927. Doğu Anadolu'nun ücra bir ilçesinde kasabanın tek ilkokuluna devam ediyorum. Sene ortasında Ankara'dan okulumuza tayin edilen Seher Öğretmen «çok yakında yeni Türk Harflerinin kabul edileceğini, tüm yazışma ve öğrenimin Türk Alfabesine göre yapılacağını, hazırlıklı olmak için her gün bir dersi yeni harfleri öğrenmeye ayırdığını» söyledi. Çalışmalara başladık. Fakat çok sürmedi. O gün için anlayamadığımız nedenlerle okul idaresi bu çalışmalarımızı önledi. Buna rağmen yeni bir şeyler öğrenme hevesi içinde Türk Harfleriyle okuma yazmayı sürdürdüm. Seher Öğretmen'in de özel yardımlarıyla yaz tatiline girmeden yeni yazıyı tümüyle öğrenmiş oldum. Yıl 1928. Okul açıldı. Çok geçmeden Türk Harflerinin kabul edildiğini, herkesin bunu öğrenmek zorunda bulunduğunu söylediler. Başta memurlar ve öğretmenler olmak üzere bütün ilçe halkı yeni harfleri öğrenecekti. Ama ilçede bu harfleri bilen sadece Seher Öğretmen vardı. İşi ona verdiler. Dersaneler hazırlanıp çalışmalar başladı. İlk öğrenciler bazı okul öğretmenleri ve babamın da dahil bulunduğu memurlardı. Akşamları da o zamanki adıyla Millet Mektepleri açıldı. Kadınlar ve erkekler ayrı ayrı kurs niteliğinde eğitim yapan bu mekteplere devam ediyorlardı. Seher hoca hanımın ısrarlı tavsiyesi üzerine onun nezaret ve sorumluluğu altında banada kurs öğretmenliği görevini verdiler. Yoğun bir çalışma ile kısa sürede pek çok kişi okuma yazmayı öğrendi. Sonuç olumlu idi. Çocuk oluşum sebe-

biyle bana görev verilmesini başlangıçta yadırgayanlar şimdi takdirlerini ifade ediyorlardı. Bundan çocuksu bir sevinç ve heyecan duyuyor anama, babama hatta bazı öğretmenlerime hocalık yapmış olmanın kıvancını yaşıyordum.

Bana göre bu olay tüm kasaba halkı, memur ve öğretmenlerim arasında itibarımı artırmış, kişiliğimin ve sorumluluk duygularımın gelişmesini önemli ölçüde etkilemişti. Ara sıra okul yarındaki Hükümet konağına mustantik (sorgu hâkimi) olan babamın odasına giderdim. Ama biraz önce deyindiğim olaydan sonra hemen hemen hergün daha rahat, daha güvenli olarak adliyeye devama başladım. O zamanlar sorgu hâkimlerinin ve C.Savcılarının kâtipleri yoktu. Yazı makinesi de bulunmadığından dava dosyaları, tutanaklar ve tüm işlemler elyazısıyla yapılırdı. Türk Harfleriyle okuma yazmayı yeni öğrendiği için babam yazı işlerini yürütmede zorluk çekiyor, benim yardım etmemden memnun oluyordu. Günlük işlerini çoğu kez arap harfleriyle not ediyor, sonradan bunları bana yazdırıyordu. Bunu gören ve iş çokluğu nedeniyle daha büyük ölçüde zorluk çeken yaşlı mahkeme başkâtibi ve kâtipler de babama rica ederek yardım etmemi isterlerdi. Onlara da elimden geldiğince ve önemli bir iş gördüğümü sanarak yardımcı olurum. Bu çalışmalar yıllarca devam etti. Mahkeme kalemindeki işlemleri iyice öğrendim. Gördüğüm takdir ve teşviklerin de etkisiyle kendimi adliyenin ayrılmaz bir parçası saymaya başladım. İsteyerek, zevk alarak, çalışmaya devam ettim.

Yıl 1931 yada 1932. Ortaokul öğrencisiyim. Adliyeye ideal marka iki adet yazı makinesi geldi. Bakım ve kullanmayı gösteren uzunca bir talimatı var. Fakat Türkçeyi bile zor konuşan ve ömründe dikiş makinesinden başka makineli alet görmemiş olan kâtipler bir süre bunlara el süremediler. Devlet malıdır, bir yerini kırarız, bozarız endişesiyle çekindiler. Göreve talip oldum. Kuşukulu ama çaresiz teklifimi kabul ettiler. Önce talimatı iyice inceledim. Makine üzerinde uygulama yaptım. Üç dört gün sonra tek parmakla da olsa yazı makinesini kullanabildim. Hâkim, savcı ve kâtipler toplandılar. Söylediklerini makine ile yazdım hayret dolu bakışlarla takdir ve iltifatlarını esirgemediler. Bir kaç gün kâtiplerle birlikte çalıştık. Kısa zamanda hepsi de yazı makinesini kullanmaya başladılar.

Bu olaylar beni öylesine etkilemişti, artık kadrolu bir memur gibi fırsat buldukça adliyeye devam ediyor gösterilen iltifatlardan memnun fakat şımarmadan hergün biraz daha artan bir gayretle çalışıyordum. Hepside çok yaşlı olan savcı ve hâkim bey-

lere, başkâtip ve kâtiplere yerine göre yardım ediyordum. Tahsil hayatım boyunca şüphesiz okul tatillerine hasren bu çalışmalarımı sürdürdüm. Çok faziletli hâkimler ve adliyeciler tanıdım. Diyebilirim ki, adaletin kutsallığını, vazife aşk ve şevkini, ciddiyet ve sorumluluk duygusu gibi insanlığın en güzel meziyetlerini ilk defa onlarda görmüş, feragat ve faziletin somut örneklerine şahit olmuştum. Kıymetli öğretmenim Seher Hanım'ı ve bu değerli adliyecileri daima rahmet ve saygıyla anarım.

Aradan yıllar geçti. Hukuk tahsilimi tamamlayarak 17 Temmuz 1940 günü idealim olan adalet hizmetine girdim. Adalet dağıtımı gibi yüce bir görevle mesleğimin hemen hemen her kademesinde yıllarca çalıştım, ve şükürler olsun bu günlere eriştim. Karşılaştığım sıkıntılar ve türlü mahrumiyetlere rağmen hiçbir zaman işimden şikâyetçi olmadım, pişmanlık duymadım. Daima kutsal bir görev yaptığıma, toplumun ve kişilerin huzur ve mutluluğu için çalıştığıma inandım ve mutlu oldum. Bu inançla çektiğim zahmet, meşakkat ve mahrumiyetlerden buruk fakat tatmin edici bir haz duydum. Bu günde muhafaza ettiğim inancım odurki, huzur ve mutluluğun temeli adalet ve sevgidir. Toplum ve toplumu oluşturan fertler bu soylu ve yüce duygulara samimiyetle inanıp sahip çıkıyorlarsa, gerek kişisel ve gerekse fert ile devlet ilişkilerinde sadece karşılıklı sevgi, saygı ve özellikle adalete dayanıyorlarsa o toplum mutludur, huzurludur. Çünkü Adalet ve karşılıklı sevginin hâkim olduğu yerde bütün ihtilaflar en adil biçimde çözüme kavuşur ve tüm kötülükler yok olur. Bilindiği gibi adaletin karşıtı zulüm ve haksızlık, sevginin karşıtı ise kin, nefret ve düşmanlıktır. Eğer fert ve toplum adalet ve sevgi gibi insan olmanın asgari şartı sayılan bu asil duyguları yitirip zulmü, kin ve düşmanlığı, çıkarıcılığı tercih etmişse artık o toplumun huzurundan, mutluluğundan ve geleceğinden elbette sözedilemez. Adaletin bittiği yerde zulüm, haksızlık ve türlü kötülükler başlar.

«El adl'ü esas-ül mülk» deyimini —ki, bir hadisi şerif olduğu da söylenir— bu gerçeği ve özellikle adaletin önemini en veciz biçimde dile getirmektedir. Bilinen tarihi boyunca daima haktan ve adaletten yana olan yüce milletimiz «Adalet Mülkün Temelidir» diye Türkçeye çevrilen bu deyimden anlamını gönülden benimsemiş ve yüzyıllar boyu bu gerçeğin bilincinde yaşamıştır. Bu deyim, ilk bakışta yalnız hâkim ve mahkemeleri hedef almış gibi görülürse de, aslında cümlede geçen «Mülk» sözcüğü Ülke ve dolayısıyla ülkenin yönetimiyle sorumlu devlet anlamında kullanılmış olduğundan kapsamının bu biçimde yorumlanması isabetli olur. Nitekim

1982 Anayasası'nda «Türkiye Devleti'nin Ülkesi ve Milletiyle bölünmez bir bütün olduğu» açıkça ifade edilmiştir. O halde Adalet Mülkün Temelidir sözleriyle; ülke ve dolayısıyla devlet ve millet bütünlüğünün adalet gibi sağlam ve güvenilir bir temele dayanması yasama, yürütme ve yargı gibi devletin temelini oluşturan güçler başta olmak üzere en büyüğünden en küçüğüne kadar bütün devlet sorumlularının her türlü icraat ve tasarruflarında adil olmaları gereğine işaret edilmekte; devletin bekası ve milletin huzur refah ve mutluluğu için yasaların ve bunların her derece ve kademedeki uygulamalarının daima hak ve adalete uygun olması öngörülmektedir. Kuşkusuz devlet sorumlularının başında bağımsız mahkemeler ve hâkimler gelmekte ve bu konuda onlara çok önemli görevler düşmektedir. Adaletin temsilcileri olarak verecekleri haklı, adil ve gerçeğe uygun kararları ve yansız davranışlarıyla herkese örnek olacak ve toplumda güven ortamının, adalet duygularının, karşılıklı sevgi ve saygının yerleşmesine katkıda bulacaklardır. Adaletten ayrılan, bilerek yada bilmiyerek haksız ve yanlış kararlar veren eğer bir hâkim ise işte o zaman en büyük zulüm, en büyük kötülük irtikâp edilmiş olur. Tevzii adalete memur iken haksızlıklara bizzat bir yargı mensubunun sebebiyet vermesi kadar sabrı taşırın, insan ruhunu ve toplumu yaralayarak huzursuz kılan başka bir misal daha düşünemiyorum. Bu tür haksızlıklar toplumdaki güven duygularını temelinden sarsar, diğer iş kollarına da sirayet ederek devlet itibarının zayıflamasına, düzenin bozulmasına yol açar. Bu bakımdan yargıda görev alanların daima âdil, daima dikkatli, titiz ve şartlar ne olursa olsun yansız kalmaları, yalnız ve yalnız hakkın tecellisine yardımcı olmaları zorunludur.

1980 - 1981 Yargı Yılına Açış Konuşmasında da değindiğim gibi; adalet toplum yaşamını düzenleyen ve mutluluğun temelini oluşturan asil bir duygudur. En ilkelinden en uygarına kadar bütün toplumlar tarih boyunca hak ve adalete gereken önem ve değeri vermiş, onu kutsal bilerek güven, huzur ve mutluluğunu onda aramıştır. Toplum olsun birey olsun yaşamlarını ve işlerini güvence içinde sürdürmek isterler. Bu onların en doğal hakları ve bir yerde başarı şartıdır. Kimden gelirse gelsin hangi türden olursa olsun tüm haksızlıklara karşı en büyük güvence ise kuşkusuz bağımsız mahkemelerdir. O halde hâkim ve mahkemelerin kesinlikle yansız güvenilir, her türlü kuşku ve etkilerden uzak ve saygın olması toplumun güven ve huzuru için şarttır. Ancak bu inanç ve güvenle yaşamlarını sürdürecektir haksızlıklar karşısında «Mahke-

me hakkımı verir» diyebilmenin güvencesi içinde işine sarılacak ve huzurlu olacaktır. Bu bakımdan adalet dağıtımı devletin en önde gelen ve vazgeçilemeyen görevleri arasındadır. O halde toplumun huzur, mutluluk ve başarısı için yargıya ve onun mensuplarına en üst düzeyde ilgi göstermek, onları maddi ve manevi yönlerden tatmin ederek güvenilir ve saygın kişiler haline getirecek önlemleri almak devletin ve hepimizin başlıca görevi olmalıdır.

Kuşkusuz tek yanlı çabalarla amaca ulaşılması düşünülemez. Hâkim ve diğer adalet mensuplarının da maddi ve manevi sorumluluklarının bilinci içinde görev yapmaları ve bu yolda alınacak tedbir ve çabalara yardımcı olmaları da zorunludur. Zira toplum ve bireyler son merci olan mahkemeye ve hâkime inanmak ve güvenmek ihtiyacındadırlar. Böyle olunca hâkimin de özel ve resmî yaşantısını hizmetin özelliğine, saygınlığına ve ciddiyetine yaraşır biçimde düzenlemesi, gerekiyorsa mahrumiyetlere katlanmasını bilmesi şarttır. Hâkim mecellede de tarif edildiği gibi ciddi, vakur ve dürüst -zeki, kavrayışlı ve bilgili olmalı konuşması giyinmesi ve davranışlarıyla toplumun güven ve saygısını kazanmalı ve bunları hiç bir nedenle yitirmemelidir.

Değerli meslektaşlarım, kıymetli arkadaşlarım,

Bir kaç satırla sizlere veda etmek istemişim. Ama kalemi ele alınca adalet ve yargı hakkındaki samimi düşüncelerimi de belirtmekten kendimi alamadım. Lütfen bağışlayınız. Ülkemiz ve milletimiz için her şeyin daha iyi olacağı ve nöbeti devralacak genç hâkimlerin değerli çabalarıyla yargının arzulanmış düzeye ulaşacağını ümit eder hepimize sağlık, mutluluk ve başarılar diler, saygılar sunarım.

AVRUPA KONSEYİ ÇERÇEVESİNDE GÖÇMEN İŞÇİLERİN
SOSYAL GÜVENLİĞİ (*)

Yazan : C. VIILARS (**)

Çeviren : Müjdat ŞAKAR (***)

PLAN : 1 — Tarihsel gelişim. 2 — Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi-
nin yapısı ve amaçları. 3 — Sözleşmenin temelini oluşturan esaslar. 4 —
Sözleşmenin getirdikleri. 5 — Sözleşme tarafından getirilen koordinasyon
formülleri. 6 — Yardımların çakışmasını önlemeye ilişkin kurallar. 7 — Kar-
şılıklı idari yardımlaşma. 8 — Sözleşmenin onaylanması. 9 — Sözleşmede
yapılması mümkün değişiklikler. 10 — Göçmen işçilerin sosyal güvenliği ile
ilgili UÇÖ ve Avrupa standartlarının geliştirilmesine sözleşmenin rolü.

1 — TARİHSEL GELİŞİM

Avrupa Konseyi'nin başlıca uğraşları arasında, sosyal haklar ve sosyal güvenlikle ilgili sorunlar daima Konseyin önde gelen ilgi alanlarından birini oluşturmuştur. Avrupa Konseyi, göçmen işçilerin sosyal sigorta sorunlarıyla uzun süredenberi özel olarak ilgilenmiş ve 11 Aralık 1953'de, bu sorun üzerinde üye ülkeleri bağlayıcı iki veya çok taraflı andlaşmaların eksikliğini gidermek için, sosyal güvenlik rejimleriyle ilgili iki Geçici Andlaşma kabul etmiştir (1). Geçici andlaşmalar aşağıdaki üç temel prensip üzerine kuruludur :

(*) «Social Security for Migrant Workers in the Framework of the Council of Europe» International Labour Review, Vol. 120, No. 3, May - June 1981.

(**) İsviçre Federal Sosyal Sigorta Ofisi, Uluslararası Sosyal Güvenlik Bölümü.

(***) Marmara Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) Çevirenin Notu : Sözkonusu Geçici Andlaşmalar, Türkiye'nin de taraf olduğu (RG. 21.3.1968, 12854), «İhtiyarlık, Malûiyet ve Ölüm Hallerine Mütteallik Sosyal Güvenlik Rejimleri Avrupa Ara Andlaşması ve Ek Protokol» ile «İhtiyarlık, Malûiyet ve Ölüm Halleri Dışında Kalan Sosyal Güvenlik Rejimleri Avrupa Ara Andlaşması ve Buna Ek Protokol»dür (Bu andlaşmalar için bkz. Ergin NOMER / Özer ESKİ-YURT, Avrupa Sözleşmeleri, İstanbul 1975, 127-185). Bu andlaşmalar, Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi yürürlüğe girdikten itibaren âkit taraflar arasında uygulanmayacaktır (Avrupa SGS 76 / parag. 1).

● Bütün âkit taraf vatandaşlarına eşit muamele;

● Yukarıdaki prensibin uygulanışı sırasında, âkit taraf ülkelerinde oturan kişilere, ödemediği sorumlu ülkenin sağladığından başka belli bazı yardımların sağlanması;

● Âkit taraf vatandaşları yararına olmak üzere, iki veya çok taraflı sosyal güvenlik anlaşmalarının, böyle anlaşmalarla bağlanmamış devletleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi.

Geçici Anlaşmalar Konseye üye ülkelerin büyük çoğunluğu tarafından onaylanmış veya kabul edilmiştir. Fakat onaylayan ülkelerin bazıları, diğer sebepler yanında, iki taraflı sosyal güvenlik anlaşmalarının kapsamının genişlemesini uygulama ve yorumlamada ciddi sorumlular doğurucu nitelikte buldukları için, anlaşmaların getirdiği yükümlülükleri üstlenememişlerdir.

Başından beri Geçici Anlaşmalar, göçmen işçilerin haklarını mümkün olduğu kadar çabuk düzenlemek amacıyla güden geçici belgeler olarak görülmüştür. 1959'da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bunların alanını genişletmeye karar verdi ve Sosyal Güvenlik Uzmanları Komitesinden, UÇÖ ile işbirliği sağlayarak ve Avrupa Topluluğunun göçmen işçilerin sosyal güvenliği ile ilgili 3 ve 4 no.lu düzenlemelerinden esinlenerek, göçmen işçilerin ve aile üyelerinin korunmasını tamamen garanti altına alan bir Avrupa Sözleşmesinin hazırlanmasını istedi (2). Uzmanlar Komitesi de, UÇÖ'nün Sosyal Güvenlik Muamelelerinin Eşitliğine İlişkin 118 no.lu 1962 Tarihli Sözleşmesindeki standartları belirledi. Ancak, her milli düzenlemeye uygun ve Konsey ülkelerinin herbirine gerekli esnekliği verebilecek koordinasyon kuralları koymak için, üye ülkelerin mevcut sosyal güvenlik düzenlemelerinin çapraşıklığının yanı sıra, bu ülkelerdeki mevzuat farklılıklarını da göz önünde bulundurmak gerekiyordu. Bu Uzmanlar Komitesinin çalışmaları Bakanlar Komitesinin 14 Aralık 1972'de birbirine bağlı iki hukuki belgeyi kabul etmesiyle sona ermiştir. Bunlar, Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi ve bunun uygulanması hakkındaki Ek Anlaşma'dır (3).

(2) Bkz. **Legislative Series** (Geneva, ILO), 1958 - Int. 1 A ve B.

(3) Bkz. Avrupa Konseyi : **Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Uygulanması Hakkındaki Ek Anlaşmaya İlişkin Açıklayıcı Raporlar**, (Strasbourg 1973); (**Çevirenin Notu : Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesiyle ilgili fazla bilgi için bkz. Kenan TUNÇOMAĞ, Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Ana Çizgileri : Birinci Avrupa Hukuku Haftası, İstanbul, 1979, 115 vd.**

2 — AVRUPA SOSYAL GÜVENLİK SÖZLEŞMESİNİN YAPISI VE AMAÇLARI

Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin (ki burada kısaca «Sözleşme» olarak anılacaktır) alanı, ölüm yardımlarında olduğu gibi, UÇÖ'nün 1952 tarihli ve 102 no.lu Sosyal Güvenliği Asgari Standartları Sözleşmesinde tespit edilen bütün sosyal güvenlik dallarını genişletmektedir. Sözleşme, kapsadığı yardımlardan biri veya diğerinin ödenmesinden doğrudan sorumlu işverenler hakkındaki düzenlemeleri de içine alan, primli olsun olmasın (**contributory or non-contributory**), özel veya genel düzenlemelerin her ikisi için de uygulanır. Sözleşme, ilgili âkit taraflar arasındaki özel anlaşmaların süresi içinde dahi, kamu makamlarının kararıyla mecburilik kazanan toplu sözleşmeler vasıtasıyla teşekkül eden tamamlayıcı düzenlemelere de uygulanır.

Sosyal güvenlik düzenlemelerinin uluslararası koordinasyonu için geleneksel hukukî belgeleri takiben, Sözleşme; ileri genel hükümler, çeşitli menfaat (yardım) kategorilerini düzenleyen özel hükümlere uygulanabilen kurallar, geçici ve son hükümler ile iki taraflı idarî yardımlaşma gibi sorunlara ilişkin muhtelif hükümler getirmiştir.

Sözleşmenin ve Ek Andlaşmanın birbirine bağımlı olması karşısında, üye ülkeler bu iki Avrupa sözleşmesini (ve taşıdıkları yükümlülükleri) birlikte onaylamalıdır. Mamafih bu iki belge aynı hukukî ağırlığa sahip değildir : Sözleşme, onaylayan ülkelerin derhal uygulanabilen yükümlülüklerini, âkit taraflar arasındaki özel anlaşmaların sonucuna bağlı bazı uygulama hükümleri dışında mütalâa etmiştir. Oysa öte yandan Ek Andlaşma, derhal uygulanabilen kurallardan vazgeçtiği halde, yardımcı bir karaktere sahiptir. Buna göre, iki veya daha fazla taraf Sözleşmenin uygulanan hükümlerinden farklı kurallar benimsemek konusunda anlaşabilirler.

Sözleşmenin ve Ek Andlaşmanın ana amacı iki noktada toplanabilir : Önce, göçmen işçilerin ve aile üyelerinin durumlarını tabi oldukları sosyal güvenlik rejimleri bakımından eşit bir tarzda düzenlemek, ki bu kazanılmış yardımları tesis eden formalitelerin ve koordinasyon kurallarının birleştirilmesini gerektirir. İkinci olarak, bu iki belge, prensip olarak âkit taraflar arasında uygulanan idarî düzenlemelerin ve iki ya da çok taraflı anlaşmaların yerini almalıdır. Avrupa Ekonomik Topluluğu içinde dolaşan işçilerin ve aile üyelerinin sosyal güvenliği ile ilgili AET düzenleme-

leri ve UÇÖ Sözleşmeleri, kesinlikle bu genel kuraldan müstesna tutulmuştur.

Esas prensip bu olmakla birlikte, âkit taraflar, bu amaç için düşünülmüş eklerle belirlemek suretiyle, iki veya çok taraflı sosyal güvenlik andlaşmaları ve idarî düzenleme hükümlerinin bağlayıcılığını karşılıklı anlaşma yoluyla muhafaza edebilirler. Âkit taraflar bu haktan geniş ölçüde yararlanmışlar ve aralarında uygulanan sosyal güvenlik andlaşmalarının ve idarî düzenlemelerin bağlayıcılığını kısmen veya tamamen muhafaza etmişlerdir. Bu tutum, iki veya çok taraflı andlaşmalardan faydalanamayan göçmen işçiler ve aile üyelerine Sözleşmenin ve Ek Andlaşmanın uygulanmasını sınırlayan bir sonuç doğurmuştur.

3 — SÖZLEŞMENİN TEMELİNİ OLUŞTURAN ESASLAR

Sözleşme, son zamanlarda uluslararası sosyal güvenlik hukukunda benimsenen dört prensibe dayanmaktadır. Bunlar; muamele eşitliği, sadece bir kanunî düzenlemenin uygulanabilirliği, kazanılmış ya da kazanılmakta olan hakların korunması ve yardımların yurtdışında ödenmesidir. Bu prensipler Sözleşmenin kapsadığı bütün sosyal güvenlik dallarına uygulanır. Fakat, özel yardımlara ve farklı sosyal sigorta dallarına özgü uygulama şekillerine de imkân tanır.

118 no.lu UÇÖ Sözleşmesi gibi, Avrupa Sözleşmesi de, kural olarak oturma şartı aramaksızın, sigorta çeşitleri ve sağlanan yardımlar konusunda âkit ülke vatandaşları arasında muamele eşitliğini öngörür. Mamafih, primsiz yardımların sağlanması (ki bunların miktarı oturma süresinin tamamlanmasından bağımsızdır ve yardım, belli bir fiilî çalışma süresine veya korunan kişiler ya da onların işverenlerinin doğrudan malî işbirliğine bağımlı değildir), Sözleşme tarafından belirlenen bir sınırı aşmayan sürelerle bir oturma şartına bağlı tutulabilir. Bu durumda, korunan kişiler, sadece bir âkit tarafın primli olmayan malullük, yaşlılık ve ölüm yardımı rejimine tabi olurlar. Onlar veya onların hak sahipleri belirli bir süre oturma şartıyla bütün yardımlara hak kazanabilirler. Korunan kişiler en az bir yıl veya kanunen öngörülenden daha az bir süre, sadece böyle primsiz bir rejime tabi olduklarında elde edecekleri yardımlar azalacaktır.

Genellikle söylendiği gibi, çalıştırılan kişiler, esas işyeri diğer bir taraf ülkesinde olsa veya çalıştırılanlar diğer bir taraf ülkesin-

de otursalar bile, çalıştıran âkit tarafın kanunî rejimine tâbidirler. Ülke dışında, bir âkit tarafın bayrağını taşıyan bir gemide çalıştırılan işçiler de o ülkenin kanununa tâbi olacaklardır. Serbest çalışan kişiler, diğer bir taraf ülkesinde otursalar bile, faaliyetlerini bir âkit taraf ülkesinde sürdürüyorlarsa, onlar için de aynı şey sözkonusudur. Nihayet, devlet hizmetinde olanlar ve benzerleri, ülkesinde oturdukları veya görevlerini sürdürdükleri çalıştıran ülkeye bakılmaksızın, yönetimi altında buldukları âkit tarafın mevzuatına tâbidirler. Bu kurallar, faaliyetlerini iki veya daha fazla âkit taraf ülkesinde sürdüren işçiler ve uluslararası nakliyat alanında çalıştırılan veya iki âkit tarafın müşterek sınırında her iki tarafta birden çalışan kişilerle ilgili geleneksel istisnalarla birlikte yer alır.

Bir âkit tarafı mevzuatına tabi olma vakıası, göçmen işçilere ve aile üyelerine aynı kategorideki vatandaşlara sağlanan sosyal hakların aynısını temin eder.

Sözleşme, göçmen işçilerin yardım haklarını korumak amacıyla, aşağı yukarı UÇÖ'nün 1935 tarihli ve 48 no.lu Göçmenlerin Emeklilik Haklarının Korunması Konvansiyonunda olduğu gibi, çalışma, oturma ve sigorta sürelerinin birleştirilmesi (totalizasyonu) imkânını sağlamıştır. Âkit taraflardan birinin mevzuatı, fiilî oturma, çalışma ve sigorta sürelerinin tamamlanması şartı altında sağlanan yardımların kazanılması ve devamını temin ettiğinde, birlikte dikkate alınacak sürelerin eklenmesi amacıyla, yetkili sosyal güvenlik kurumu, bu süreler kendi mevzuatı altında tamamlanmış gibi hareket etmelidir. Diğer bir tarafın primli olmayan rejimlerine tabi olarak 16 yaşından sonra tamamlanan oturma süreleri, uygulanan mevzuata göre tamamlanan sürelerle, yetkili kurum tarafından uygun görüldüğünde eklenmelidir. Bu genel kural, bir sürenin doldurulmasını gerektirmeyen işkazası dışında, bütün sosyal güvenlik dallarını kapsar. Aile yardımlarına hak kazandırmak için oturma süreleri eklendiğinde de, gerekli bir asgari süre yoktur.

Hak sahipleri, sağlanan yardımların ödenmesinden sorumlu kurumdan başka bir âkit taraf ülkesinde oturduklarında, ödenmesi gereken bir veya daha fazla âkit tarafın mevzuatı altında kazanılan malullük, yaşlılık ve ölüm aylıkları ve ölüm yardımları, 118 no.lu UÇÖ Sözleşmesinde yer alan standartlara uygun olarak, Avrupa Sözleşmesinde de düzenlenmiştir. Bu prensip işkazası sebebiyle ödenen geçici iş göremezlik ödeneklerine ve bu çeşit yardımlara da uygulanır. Diğer taraftan, millî ülke dışında ödenen işsizlik, analık, hastalık veya aile yardımları, ilgili taraflar arasındaki iki veya çok taraflı özel anlaşmaların sonuçlarına bağlıdır.

Mamafih, diğer herhangi bir ülkeye bütün yardımların ve aylıkların transferi hakkındaki bu genel prensip iki istisna taşır. Birincisi, yararlanan, gerekli zaman diliminde ülkesinde oturmadığı halde, sadece ilgili tarafın mevzuatına tabi olması dolayısıyla, belli bir oran dahilinde ödenebilen ve bir oturma süresine bağlı olmayan primsiz malûllük, yaşlılık ve ölüm yardımlarıyla ilgilidir. Diğer, açıkça, ödemediği sorumlu taraf ülkesinde oturma şartına bağlı olarak sağlanan primsiz bazı özel yardımların ödenmesiyle ilgilidir. Sözkonusu yardımlar, geçici düzenlemelerle veya ihtiyaç olduğu takdirde sağlanan yardımlar olduğu gibi, normal yardımlara hak kazanamayan kişilere veya geçimini sağlayacak kazancı elde edemeyecek durumda olan malûllere sağlanan yardımlardır.

4 — SÖZLEŞMENİN GETİRDİKLERİ

Sözleşme, çok taraflı bir role sahip eksiksiz bir belgedir. Uygulaması, prensip olarak, ayrı idarî düzenlemelerin sona erdirilmesini amaçlayan âkit taraflardan bağımsız olarak, Ek Andlaşma tarafından düzenlenir. Sosyal güvenlik rejimlerinin koordinasyonunu amaçlayan diğer uluslararası belgelerle karşılaştırıldığında, Sözleşme, orjinal bir kavram getirmiştir. Âkit tarafların Sözleşmede düzenlenen bütün sosyal güvenlik dallarına ilişkin yükümlülükleri kabul etmesi gerekir. Muayyen sosyal güvenlik rejimleri tarafından ödenen yardımların yurtdışına transferiyle ilgili bazı hükümlerin uygulanmasında, ilgili taraflar arasındaki iki taraflı veya çok taraflı andlaşmalara bağlı sonuçlar mahfuz tutulmuştur. Diğer taraftan, derhal uygulanabilir Sözleşme hükümleri ve bölümleri önemli sayılmıştır. Böylece, sağlanan yardımların kazanılması, korunması ve iyileştirilmesi için, oturma, fiili çalışma, iş ve sigorta sürelerinin birleştirilmesi ve muamele eşitliği prensipleri bütün sosyal güvenlik dallarına derhal uygulanır.

Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen formül, millî sosyal güvenlik rejimlerinin farklılıklarını dikkate almayı ve bütün üye devletlerce kabul edilebilirliği denemeksizin, Sözleşmeye esneklik vermeyi mümkün kılmıştır. Hastalık, analık, işsizlik ve aile yardımları konusunda, uluslararası sosyal güvenlik hukukunun son zamanlardaki temayülleri ile de teyid edilen Sözleşme'nin getirdiği çözümler, âkit devletlere, karşılaştıkları sorunları çözmeye daha uygun prosedürleri kabul etme imkanı da tanımıştır, ki bu sorunlar onların hastalık, analık, işsizlik ve aile yardımları rejimlerinden kaynaklanmaktadır. Bu alanlarda iki veya çok taraflı sosyal

güvenlik andlaşmalarının ilgili hükümleri, ki Sözleşme prensip olarak bunların yerine geçer, öngörülen özel andlaşmalar bağlayıcılık kazanıncaya kadar uygulanmaya devam edecektir.

5 — SÖZLEŞME TARAFINDAN GETİRİLEN KOORDİNASYON FORMÜLLERİ

Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, emekli aylıkları konusunda, sigorta veya —gerekıyor ise— oturma sürelerinin birleştirilmesine uygulanan metodun esası bir oran üzerine hesaplamaya dayanır. Her ilgili kurum, kendisi tarafından ödenebilir aylık miktarlarını, bütün ilgili tarafların mevzuatı altında tamamlanan sürelerin, toplam süreye uygulanan mevzuat altında geçen sürelerle oranına göre belirler. Tamamlanan sürelerle göre yardımların ödenmesi söz konusu olduğunda her kurum, sanki bütün süreler sadece uygulanan mevzuat altında tamamlanmış gibi, ilgili kişinin talep edebileceği yardımların miktarını teorik olarak hesaplar. Fiilen ödenebilir yardımın miktarı bu teorik miktara oranlanarak belirlenir. İlgili taraflardan birisi primli olmayan yardımları ülkesinde yaşayan kendi vatandaşlarına ödüyorsa, Sözleşme kuralları, primli yardımlar için getirilmiş metoda göre kıyas yoluyla uygulanır. Bu primli olmayan rejimler, primli rejimlerle birleşir ve primli olmayan yardımların miktarı da dahil olmak üzere oransal hesaplama için teorik bir miktar oluşturulur. Ayrıca, oturma veya sigorta sürelerindeki belli başlı fasılalar konusunda, koruma maksadıyla bazı düzeltmeler sağlanır. Oransal hesaplama ve totalizasyon olmaksızın, bir âkit ülke mevzuatına göre bir kişi yardım talep edebildiğinde, yardım miktarı, kullanılan bu metodlarla elde edeceği toplam yardım miktarından daha büyüktür. Bu durumda o âkit ülke yetkili kurumu, yararlanana iki miktar arasındaki farka denk bir ek yardım ödemelidir. Mamafih, Sözleşme, bir âkit tarafın mevzuatı bu yardım miktarını sağladığında veya tamamlanan oturma veya sigortalılık süreleri oranları bu sebeple muayyen yardımları temin ettiğinde, oransal hesaplama ve totalizasyon kullanılmışına bir istisna tanır. Böyle durumlarda yetkili kurum, sadece uygulanan mevzuata göre tamamlanan sürelerle dayanarak yardım miktarını veya doğrudan buna dahil kısımları hesaplayabilir.

«Tehlike sigortası» da denilen iş kazası sigortası rejimlerinin koordinasyonu konusunda ilgili kişinin ilişki içinde bulunduğu kurum, beklenmedik olay vuku bulduğunda, kazanın olduğu veya hastalığın teşhis edildiği ülke hangi âkit taraf ülkesi olursa olsun, prensip olarak aynî ve nakdî ödeme yapmalıdır. Mamafih, kişinin

hastalığı ağırlaştığında yardımların ödenmesinden sorumlu taraftan başka bir taraf ülkesinde oturuyor olması veya bir meslek hastalığına yakalandığında iki ya da daha fazla âkit taraf mevzuatına göre böyle bir hastalığa sebep olan bir iş sorumlusunu takip edebilmesi gibi muayyen kompleks durumlar özel hükümlere tabidir.

Hastalık ve analık sigortası konusunda, ilgili kurumlar arasında işbirliğinin şartları gibi, yardımların mevzuatına tabi olduğu âkit taraf ülkesi dışında oturma veya geçici oturma durumunda menfaatlerin korunmasının şartları, böyle anlaşmaların neticesine bağlı olan Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında, ilgili taraflar arasında kararlaştırılan andlaşmalar ile düzenlenmelidir. Bu andlaşmalar, millî ülke dışında yardımlara hak kazananabilen kişileri, yetkili kurum adına oturma veya geçici oturma yeri kurumu tarafından sağlanabilen yardımlar için gereken sürenin uzunluğuna, özel yardımlara ilişkin hükümler tarafından öngörülen özel şartlara, çakışan yardımların önlenmesine ilişkin kurallara ve oturma veya geçici oturma yeri kurumu tarafından avans olarak sağlanan yardım bedellerinin iadesi usulüne göre kategorilere ayrılmalıdır.

Durum, işsizlik yardımları konusunda da benzer şekildedir. Hakkın korunmasına ve yardımların mevzuatına tabi olduğu âkit tarafın ülkesi dışında yardımların ödenmesine ilişkin hükümlerin uygulaması, ilgili taraflar arasındaki andlaşmaların sonucuna bağlıdır.

Aile yardımları konusunda, Sözleşme, yetkili ülkeden başka bir taraf ülkesinde oturan aile üyelerinin haklarının sağlanması ve koordinasyonu hakkında âkit taraflara iki formül arasında bir seçim hakkı tanır. Bu kurallardan birinin veya diğerinin uygulanması, yine ilgili taraflar arasındaki andlaşmaların sonuçlarına tabidir. Bu andlaşmalar da keza, korunan kişileri; uygulanabildiği takdirde, yetkili kurum adına avans olarak önceden sağlanan yardımların bedeli konusunda aile üyelerinin oturduğu yer kurumuna masrafların iadesi usulü ve yardımların çakışmasının önlenmesine ilişkin kurallara göre, özel kategorilere ayrılmalıdır.

6 — YARDIMLARIN ÇAKIŞMASINI ÖNLEMeye İLİŞKİN KURALLAR

Ülkesindeki yararlı faaliyeti veya oturmasından dolayı yardımlara hak kazandıran bir âkit taraf mevzuatı hükümlerinin ve kaza-

mları yardımların korunmasını sağlayan Sözleşme kurallarının bir arada uygulanması dolayısıyla, bazı kişiler birçok yardımı aynı zamanda sağlamak suretiyle, adil olmayan biçimde fazla menfaatler elde edebileceklerdir. Sözleşme bu durumu önlemek için özel hükümler getirmiştir. Uygulanan prensip, aynı mecburi sigorta süreleriyle ilgili olarak veya aynı nitelikli birden çok yardımı sağlamamalı veya korumamalıdır. Mamafih, çakışmayı önlemeyi amaçlayan kurallar, —eğer Sözleşme'deki şartlara göre iki veya daha fazla kurum tarafından ödenmişse—, meslek hastalığı, yaşlılık, ölüm ve malûllük dallarında sağlanan yardımlara uygulanmaz. Böyle durumlarda çakışma, çeşitli yardımlar gerçekte tek bir karma yardımın bölümlerine ayrılması sebebiyle ortaya çıktığından haklı sayılır.

Sözleşme'ye göre, diğer yardım ve gelirlerle çalışan ve aşma gösteren yardımların kesilmesi, askıya alınması veya azaltılması için bir âkit taraf mevzuatında yer alan hükümler, diğer bir âkit taraf ülkesinde yardım veya gelir alan faydalanan hakkında da uygulanır. Mamafih, bu kural, bir meslek hastalığını takip eden malûllüğün ağırlaşması olaylarında veya totalizasyon ya da oransal ödeme usullerine göre iki veya daha fazla âkit taraf kurumu tarafından ödenebilen meslek hastalığı, yaşlılık, ölüm ve malûllük yardımları konusunda uygulanmaz.

Hastalık, analık, işsizlik ve aile yardımları konusunda, aynı nitelikte çakışan yardımların önlenmesine ilişkin kurallar, sonuçlandırılması beklenen iki veya çok taraflı anlaşmalarla ilgili taraflarca formüle edilmelidir. Bu yapılırken, sosyal koruma sistemlerinin farklılığı ve bu sebeple ortaya çıkan karmaşık durumlar yeterince dikkate alınabilecektir.

7 — KARŞILIKLI İDARİ YARDIMLAŞMA

Sosyal güvenlik hizmetlerinin yönetiminden sorumlu kurumlar ve idarî kuruluşlar arasındaki işbirliğini sağlamak ve Avrupa standartlarına uygunluğu temin etmek maksadıyla Sözleşme ve Ek Anlaşma, birbirlerine sağlamaları gereken idarî yardımlaşma gibi, ilgili kurumlar ve yetkili makamlar arasındaki ilişkilere dair birçok hüküm taşımaktadır. Bu hükümler, ilgili kurumlar ve makamlar arasındaki ilişkilerde çalışma kolaylığı sağlamayı amaçlayan aşağıdaki dört temel kuralı öngörmektedir :

● Taraflar, Sözleşme'nin uygulanmasında dikkate alınacak ölçüleri ve uygulamayı etkileyecek mevzuat değişikliklerini birbirlerine bildirmelidirler;

● Ücretsiz karşılıklı idarî yardımlaşmayı sağlayan millî hukukun yüklediği borçlar, diğer âkit taraf kurumları ve makamlarıyla olan ilişkileri de kapsmalıdır;

● Âkit taraf kurumları ve makamları, ilgili kişiler veya onların temsilcileri gibi diğer bir kişiyle doğrudan yazışma hakkına sahiptirler;

● İdarî veya kazaî makamlar ve kurumlar, diğer bir âkit tarafın resmi dilinde sunulmuş yazılı delilleri, başvuruları ve talepleri, lisan sebebiyle kabul edilemez sayıp geri çevirmeyeceklerdir.

Karşılıklı idarî yardımlaşma düzenlemeleri, ilgili kişinin ülkesinde oturduğu âkit tarafın yetkili makamına veya kurumuna geçerli olarak sunulmuş olan, yardımlar konusundaki herhangi bir talep, açıklama veya başvurunun, diğer bir tarafın aynı nitelikteki makam veya kurumuna sevk edilmesini sağlamalıdır. Bir âkit tarafın kurum veya makamları, diğer bir tarafın kurum veya makamı tarafından gerekli görülen tıbbî muayeneleri ve idarî incelemeleri de yerine getirmelidir. Yetkili makamlar, yapılan masrafların ödenmesi konusunda anlaşabilirler. Nihayet, faydalananın oturduğu yer kurumu, hak edilenden fazla olarak ödenen meblağların geri alınması ve ilgili kişinin sosyal güvenlik yardımlarını almaya hak kazandığı bir dönemde sağlanan sosyal yardım ödemeleri gibi Sözleşme uygulamasından doğan ön ödemeler konusunda işbirliği içinde olmalıdır.

Âkit tarafların yetkili makamları, özel anlaşmaların sonuçları doğrultusunda, bir taraf kurumunca sağlanan yardımların masraflarının ödenmesi konusunda; uygulanabilir ayrıcalıklar, tâbi olunan garantiler ve idarî usullere göre, borçlu diğer bir ülkede bulunduğu bir taraf kurumunca sağlanan yardımların geri ödenmesi şartlarını düzenlemelidirler. Özel anlaşmaların kabulü halinde, âkit taraflar, ödemedi sorumluluğu olan kuruma, bir diğer âkit taraf ülkesinde maruz kalınan veya sebep olunan zarar için sorumlu üçüncü taraf karşısında, uygulanan mevzuatta öngörülen dava hakkı gibi hakları sağlamalıdır.

8 — SÖZLEŞMENİN ONAYLANMASI

Sözleşme ve Ek Anlaşma dört üye devlet tarafından onaylanmıştır: Avusturya, Lüksemburg, Hollanda ve Türkiye (4). O hal-

(4) Çevirenin Notu: Türkiye, Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi ve bu

de, ilke olarak söz konusu iki belge bu dört ülke arasındaki sosyal güvenlik ilişkilerini düzenleyecektir. Mamafih bu ülkeler, sosyal güvenlik andlaşmalarının ve idarî düzenlemelerin bağlayıcılığını karşılıklılık şartına bağlı tutmuşlardır. Buna ek olarak, Avrupa Topluluğu düzenlemeleri, bu düzenlemelerin uygulanacağı işçi kategorileri hususunda Lüksemburg ve Hollanda arasındaki sosyal güvenlik ilişkilerine uygulanabilir kılınmıştır. Belirttiğimiz gibi, iki Avrupa Konseyi belgesinin pratik etkileri sınırlı bir durumdadır.

Mamafih belirtilmelidir ki, diğer birkaç üye devlet uzak olmayan bir gelecekte Sözleşmeyi ve Ek Andlaşmayı onaylamayı düşünmektedir. Bu doğrultudaki çalışmalar halen İrlanda, İtalya, Portekiz ve İspanya'da sürdürülmektedir. Diğer ülkeler için bu iki Avrupa belgesinin kabulü henüz bazı güçlükler doğurmaktadır. Bunlardan bazıları bakımından başlıca engel, Sözleşmeyi ve Ek Andlaşmayı, işsizlik sigortası da dahil bütün sosyal güvenlik dallarına uygulama keyfiyetidir. Ülke dışında işsizlik yardımlarının ödenmesi, açıkça, oturulan yere bağlı özel güçlükler ortaya çıkarmaktadır.

Uygulanan andlaşmalardaki hükümler, hastalık, analık, işsizlik ve aile yardımlarına ilişkin Sözleşme kuralları konusunda, onaylamayı engelleyici yorumlama problemleri doğurmaktadır. Elbette, Sözleşmeyi hazırlayan Uzmanlar Komitesi, Sözleşme metninin getirdiği belirli bir katılığa rağmen, kurallara büyük bir esneklik vermeye gayret etmiştir. Eğer amaç ulaşılacak hedefler konusunda âkit taraflara sadece yol gösterici direktifler vermek olsaydı, bunların Sözleşme'ye eklenmiş bir tavsiye olarak sunulmuş olması tercihe şayan olacaktı.

Diğer onaylama güçlükleri, Sözleşme'nin çok geniş bir kitleyi kapsamasından kaynaklanmaktadır: Ücretliler, kendi işinde çalışanlar, gemiciler ve bazı durumlarda ekonomik bakımdan aktif olmayan nüfus Sözleşme kapsamına girmektedir. Yasama fonksiyonları bölüştürülmüş olan Federal devletler bakımından, federal makamlar, önce parçası oldukları birliğin şekli rızasını almadan Sözleşme'nin getirdiği yükümlülükleri güçlükle üstlenebilirler ve böyle bir üstlenme Sözleşme ile çatışma durumunda bölgesel düzenlemeleri değiştirmeyecektir.

sözleşmenin uygulanmasına ilişkin Ek Andlaşmanın onaylanmasını 13.7.1976 gün ve 2023 sayılı Kanunla uygun görmüş ve Bakanlar Kurulu 31.8.1976 gününde Sözleşmeyi ve Ek Andlaşmayı onaylamıştır.

9 — SÖZLEŞMEDE YAPILMASI MÜMKÜN DEĞİŞİKLİKLER

Sözleşme oluşturulduğu zaman, çapraşık meselelerden sadece birini teşkil eden malûllük sigortası rejimleri arasındaki ilişkiler için özel bir formül benimsemek mümkün değildi. Bundan sonra durum değişti ve —işçi sadece bu tip mevzuata tabi olduğunda,— miktarı, oturma ve sigorta sürelerinden bağımsız olan ve yardımların ödendiği malûllük sigortası rejimleriyle ilgili özel hükümlerin ilavesi suretiyle Sözleşme'nin değiştirilmesi planlandı. Malûllüğün vuku bulduğu tarihte sigortalının mevzuatına tabi olduğu âkit tarafın yetkili kurumundan münhasıran elde edeceği tam malûllük aylığını temin eden bu işbirliği formülü, malûllük yardımlarının ödenmesi usulünü büyük ölçüde basitleştirecektir. Gerçekte bu, Topluluk içinde dolaşan çalışanlar ve ailelerine uygulanan sosyal güvenlik rejimlerine dair AET Konseyinin 1408/71 no.lu düzenlemesinde kabul edilen çözümdür (5).

Benzer bir koordinasyon formülü, sadece faydalananların oturduğu ülke âkit tarafının sorumlu olduğu kimsesizler ve emeklilerin reşit olmamış çocuklarına sağlanan yardımlar konusunda da düşünülebilecektir. Bu yaklaşım da, yardımların ödenmesi ve idarî usulleri basitleştirmek maksadıyla 1408 no.lu AET düzenlemesiyle evvelce kabul edilmişti.

Hastalık ve analık sigortaları konusunda, geçici oturma yeri veya oturma yeri kurumu tarafından sağlanan yardım çeşitlerinin elde edilmesi ve sigortalının yakın ilişki içinde olduğu kurum tarafından masrafların iadesi usulü gibi, kazanılan yardımların korunması şartları, millî veya bölgesel bir sağlık servisi kuran âkit taraflar arasındaki ilişkiler bakımından güçlükle uygulanabilir. Karşılıklılık ve muamele eşitliği prensiplerine göre, millî veya bölgesel bir sağlık servisine sahip bir âkit taraf ülkesinde oturanlar, benzer bir koruma sistemine sahip diğer bir âkit taraf ülkesinde mevcut halihazır yardım haklarına sahip olacaklardır. UCÖ ve Avrupa Konseyi'nin müşterek himayeleriyle 17 Ekim 1980'de sonuçlandırılan Geçici Oturma Esnasında Kişilere Sağlanan Tıbbî Bakım hükümleriyle ilgili Avrupa Andlaşması modelinden sonra, bu millî veya bölgesel sağlık servisleriyle ilgili özel düzenlemeleri taşıyan ek bir maddeyi Sözleşme'ye dahil etmek arzu edilen bir şey olacaktır.

(5) Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır (Lüksemburg), 5 Temmuz 1971, No. L 149/2, 416-463.

Nihayet, mevzuat tarafından öngörölmüş (ve bu yüzden kendiliğinden Sözleşme alanına giren) ilave yardım rejimleri, özellikle bunlar sigorta prensiplerine dayanıyorsa (en azından sermaye metodu ile finanse edilen kısmında), Sözleşme'yi onaylamak isteyen Devletler için ciddi sorunlar arzeder. Bunlar, özel yapıları yüzünden, emeklilik aylıklarının miktarını belirleme konusunda oransal hesaplama ve totalizasyon metodlarının kullanılmasına uygun değildirler. İlaveten, malütlük ve ölüm yardımlarının sağlanması, ekseriyetle beklenmedik olayı başlangıcındaki rejimle yakından ilişkilidir. Çünkü, prensip olarak bu rejimler sadece tam malütlük ve ölüm yardımlarını sağlarlar. Bu özel şartlar dikkate alındığında âkit taraflar, sadece muamele eşitliği ve yardımların ülke dışında uygulanması kurallarının böyle rejimlere uygulanabilmesi için, gerekli değişiklikleri yapabileceklerdir

10 — GÖÇMEN İŞÇİLERİN SOSYAL GÜVENLİĞİ İLE İLGİLİ UÇÖ STANDARTLARININ GELİŞTİRİLMESİNDE SÖZLEMENİN ROLÜ

Sosyal güvenliği ilgilendiren alanlarda UÇÖ ve Avrupa Konseyi arasında kurulmuş olan yakın işbirliği sayesinde, Konsey belgeleri ve özellikle Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, UÇÖ belgelerindeki standartlarla tamamen uyuşan hükümler taşımaktadır. Bu sebeple, Sözleşmeyi onaylayan Avrupa Konseyi'ne üye devletler, muamele eşitliği ve göçmen işçilerin ve aile üyelerinin yardım haklarının korunması konusundaki yükümlülükleri, UÇÖ sözleşmelerinde yer aldığı gibi, kabul etmektedirler (6). En azından ücretliler söz konusu olduğunda, göçmen işçilerin ve ailelerinin sosyal güvenliği üzerine düzenlemelerini geniş çapta UÇÖ standartlarına göre yapmış Avrupa Topluluğu üyesi devletler için de benzeri bir gözlem yapılabilir. Bu doğrultuda Batı Avrupa, UÇÖ sözleşmelerinde öngörölen prensiplerin etkin uygulamasını sağlayan ve uluslararası, sosyal güvenlik hukuku için temel materyal olan çok taraflı sosyal güvenlik belgeleri ağını oluşturmuştur.

Bu mülahazaların sonuçlandırılması için, görevi göçmen işçilere etkin bir sosyal koruma sağlayabilecek evrensel prensipleri formüle etmek olan UÇÖ ile söz konusu devletler tarafından ku-

(6) Söz konusu UÇÖ sözleşmeleri; önceden sözü edilen 48 ve 102 no.lu sözleşmelere ek olarak şunlardır: Muamele Eşitliği (Kaza tazminatları) 1925 (no. 19); Anahğin Korunması (değiştirildi) 1952 (no. 103); İş Kazası Yardımları, 1964 (no. 121); Tıbbi Bakım ve Hastalık Yardımları, 1969 (no. 130).

rulmuş sosyal güvenlik rejimlerinin yapılarına uydurulmuş belgeler vasıtasıyla, bu prensiplerin etkin uygulamasından sorumlu hükümetlerarası bölgesel kuruluşlar arasında görevlerin akıllıca bir bölüşümü gerekli görünmektedir. Bu hususta UÇÖ'nün evrensel standartlarını bölgesel şartlara uydurarak ve onları Avrupalı göçmen işçilerin sosyal ihtiyaçlarına uygun bir şekil vererek uygulamakta Avrupa Konseyi oldukça aktif görünmektedir. UÇÖ tarafından, ileri sürülen genel prensiplerin Avrupa seviyesine indirgenmesinin en uygun yolu, onlara mümkün olan en geniş etkiyi tanımak ve göçmen işçilerin kendi özel durumlarına uygun sosyal korumayı sağlamaktır.

KASDIN AŞILMASI

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

PLAN : 1 — Kasdın aşılması kavramı. 2 — Suçun maddi unsuru : a — Nedensellik. b — Hata. c — İştirak. ç — Fikri içtima. 3 — Suçun manevi unsuru. a — Tahmin kavramı. b — Kasdın aşılması şartları. 4 — Cezaya müessir sebepler.

1 — KASDIN AŞILMASI KAVRAMI

TCK.nun 452. maddesine göre : «Katil kasdıyla olmayan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefi nefis husule gelmiş olursa fail, 448. maddede beyan olunan ahvalde sekiz, 449. maddede yazılı ahvalde on ve 450. maddede muharrer ahvalde onbeş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapse mahkûm olur. — Eğer telefi nefis failin fiilinden evvel, mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrı melhuz esbabın inzımamı ile vukua gelirse, 448. maddede beyan olunan ahvalde beş seneden, 449. maddede muharrer ahvalde yedi seneden ve 450. maddede yazılı ahvalde fail on seneden aşağı olmak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır».

Failin irade etmediği bir neticeden sorumlu tutulmaması, genel kural gereğidir. TCK.nun bu kuralın istisnalarının mevcut olduğunu (TCK. 45), yani bazı hallerde istenmemiş olan neticelerin de sarih bir kanun hükmü ile faile tahmil olduğunu kabul etmiştir 452. madde umumi kasıt kaidesinin 45. maddede işaret edilen istisnalarından biridir.

«Kasdın aşılması suretiyle adam öldürme» ye ilişkin 452. madde adam öldürme suçunun cezasını azaltan bir sebep değildir. «S u ç u n V a s f ı» nı değiştiren bir sebebedir. Ölüm neticesi suçun unsurudur (1). Kasdı aşan öl-

(*) Avukat.

(1) Saltelli (C.) - Di Falco, Commento teorico-pratico del nuova codice penale, 11, s. 922.

dürme suçu, ölümün meydana geldiği anda tekamül etmiş sayılır (2).

2 — SUÇUN MADDİ UNSURU

Bu maddedeki suç «Taksirli Suç» değildir. Çünkü fiil istenerek işlenmiştir. Fakat irade edilen fiil adam öldürme değil, «Müessir Fiildir» İstenmemiş olan husus, diğer bir deyimle, kasdı aşan netice iradenin dışında kalmıştır.

Mağdurun ölümü ile neticelenen her hangi bir «Müessir Fiil» bu suçun maddi unsuru olabilir.

a) Nedensellik : «Neticе» nin hemen husule gelmiş olması şart değildir. Fiilin icrasından bir müddet sonra da netice husule gelmiş olabilir. Yeterki failin fiili ile mağdurun ölümü arasında «Nedensellik» mevcut olsun.

Müessir fiilin mahiyetinin ehemmiyeti yoktur. Fakat her halde fiilin, Ceza Kanununun kabul ettiği manada bir «Müessir Fiil» olması lazımdır. Bu itibarla müessir fiil kasdı olmaksızın bir kimsenin yaralanmasına sebep olan şahıs, mağdurun bu yarıdan ölümü halinde 452. maddeye göre değil şartları mevcut ise taksirli adam öldürmeye ait 455. maddeye göre cezalandırılır. Yargıtayımız ise «Kavgada sanıkla maktulün kavraştıkları esnada lokanta vitrinine çarpmalarından camın kırıldığı ve birlikte yere düştüklerinde, kırılan cam parçasının maktulün boynundaki damarı kesmesi sonucu ölümün meydana geldiği olayda sanığın öldürmeye yönelik kastı bulunmaması sebebiyle TCK.nun 452/1. maddesinde ceza indiriminden yararlandırılması gerekir», sonucuna varmıştır (3). «Düşme sonucu mağdurun başında meydana gelen arıza sanığın öldürme kastı ile hareket etmiş olmasına elverişli olmadığı, ancak itmenin ve alçak olan terastan düşürmenin müessir fiil olacağı aşıkardır, ölümün de buna bağlı bulunmasına göre suçun TCK.nun 452. maddesine uyduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi»ni Yargıtayımız isabetli bulmamıştır (4).

452. maddenin tatbiki için fail tarafından istenmemiş olan ölüm neticesinin, fail tarafından istenmiş olan müessir fiille husule gelmiş olması lazımdır. Eğer ölüm müessir fiilden gayrı bir sebep

(2) Saltelli - Di Falco, s. 922, Aynı : CGK. 24.6.1963, 28/77.

(3) 1.CD., 17.7.1979, 2104/3192 (Ankara Baro Dergisi 1979 n. 6, s. 132).

(4) 1.CD., 18.4.1972, 1345/1906.

ten husule gelmiş ise bu madde tatbik edilemez. «O r t a k S e - b e p» halinde ise maddenin ikinci fıkrası uygulanır.

Yaralıya derhal yardım edilmemiş ve fail yaralıyı kendi başına terk etmemiş olsa idi, mağdur ölmeyecek idiyse (mağdurun kan kaybetmekten ölmüş olması gibi) «Y a r a l ı y a y a r d ı m e t m e m e s u ç u» (TCK. 476.f.2) «Neticesinin kasdı aşması suretiyle» Adam öldürme suçunun unsurlarından biridir (5).

b) Hata : «Ş a h ı s t a H a t a» halinde 452. maddenin tatbikinde tereddüt edilmemelidir. Müessir fiilin kasdedilen şahıs hakkında olması şart değildir (6). Bu gibi hallerde, cezayı azaltıcı sebebler mevcut ise 52. madde tatbik olunmalıdır. Bununla beraber konu tartışmalıdır : İsabette «hata» kavramı ile (TCK. 52), kastın aşılması (TCK. 452) birleştiğinde hukuksal çözüm nasıl olacaktır? Böyle olaylarda müessir fiil kastı sabit olmuş, kastı aşan netice (ölüm) başka bir kişi üzerinde meydana gelmiştir.

Bir anlayışa göre isabette hata (aberratio ictus) durumda bir değişiklik yaratmaz, 52. madde uygulanmalıdır. Fakat aksini düşünenler de vardır. Fail (A) yı yaralamak istemiş, (B) ölmüştür. Bu hal 52. madde kapsamı dışında kalır.

c) İştirak : Kastın aşılması suretiyle adam öldürmek suçuna birden ziyade kişinin «iştirak»i bazı tereddütler doğurabilir. Bir kavga sırasında birden ziyade kişi maktule vursa, bu müessir fiilden ölüm meydana gelse bütün failerin müşterek hareketlerinin toplanmasının ölüme sebep olduğu anlaşılmış ise hepsinin kastın aşılması suretiyle öldürmekten sorumlu olacağı öne sürülmektedir (7).

Bunun dışındaki hallerde öldürücü darbenin tekliği halinde failin gayri muayyenliği hükmü (TCK. 463) uygulanmalıdır.

Kastın aşılmasının suç ortaklarına sirayeti bazı olaylarda önem kazanabilir. Maddi asli fail ile manevi asli failin (azmettirme) ve fer'i faillerin anlaşması sadece müessir fiil olduğuna göre kastı aşan neticeden onlarda sorumlu tutulacak mıdır?

İtalyan Yargıtayı bazı kararlarında anlaşmayı aşan sonuçtan yalnız maddi asli failin sorumlu olacağı, bunun ortaklara sirayet etmeyeceği içtihadındadır.

(5) Manzini VII. n. 2389 : Kşz. Antolisei I. n. 15.

(6) Fransız Yg. Kararı, 7 Nisan 1853, D.F. 53. 1. 174.

(7) Potalano, s. 982.

Bu içtihat tenkit edilmiş, biçimsel sayılmış, İtalyan Yargıtay'ının şu kararı (8) daha doğru bulunmuştur : «Ölüm neticesi ortaklardan hiç biri, hatta maddi asli fail tarafından da istenmemiştir. Eğer bu netice meydana gelmiş ise bütün ortaklar sorumludur».

Bununla beraber eğer maddi fail anlaşma sınırını aşmış ise aynı şekilde düşünülemez. Örneğin azmettiren olayda sopa kullanılmasını belirttiği halde maddi fail silâh kullanmış, kurşun yarısından ötürü ölüm neticesi meydana gelmiş ise azmettirenin bundan sorumlu olmaması gerekir.

ç) **Fikri İçtima** : Kastın aşılması ile «fikri içtima» birleşince çözüm nasıl olacaktır? Fail (A) yı yaralamak istemiş, yaralamış, (A) dan çıkan kurşun (B) ye raslamış, öldürmüş ise biri kasıtlı [(A) nın yaralanması] diğeri taksirli [(B) nin ölmesi] iki suç fikri içtima halinde demektir. TCK.nun 79. maddesine göre en ağır olan cezanın verilmesi gerekir. (A) nın yerine (B) nin ölmesi failin hareketinin müessir fiilde kalmasını sağlayamaz. Fail kastın aşılmasından cezalandırılacaktır.

3 — SUÇUN MANEVİ UNSURU

TCK.nun 452. maddesinin tatbiki için mağdurun ölümünü tevhit eden fiilin adam öldürme niyeti ile işlenmiş olmadığının isbatı lazım gelmektedir. Fakat ayrıca ölüm neticesini tevhit eden fiilin «M ü e s s i r f i i l k a s d ı» ile işlenmiş olduğunun da subutu lazım gelmektedir. Çünkü Adam Öldürme niyeti ve müessir fiil kasdı mevcut olmaksızın da ölümün husule geldiği hadiseler (TCK. 455) mevcuttur. Kastın aşılmasında asıl kasdın ne olduğu kanıtlanmalıdır. Failde öldürme kastının bulunmadığının anlaşılması yeterli değildir, müessir fiil kastının da kanıtlanması gerekir. Eğer «öldürme ve müessir fiil kasdı sabit olmamış ise fail ne adam öldürmeden, ne kastın aşılmasından mahkûm edilemez» (9) «aralarında çıkan tartışma sonucu sanığın maktulün başına yumrukla vurup ölümüne sebep olduğu anlaşılmasına göre TCK.nun 452/1. maddesinin uygulanması doğrudur» (10). Kavga sırasında «iki tarafın da birbirine karşılıklı taş attıkları sırada sanığın 3-4 metre mesafeden attığı bir taşın tesadüfen başa isabetle ölümü

(9) 9.6.1954 bk. Potalano s. 982 nt. 351.

(9) İtalyan Yg. 5.11.1937, Senola Pos. 1932, s. 302.

(10) 1.CD., 27.3.1974, 3276/1200, **YKD.** Sayı 1975/2, s. 107.

tevlit etmesi, sanığın öldürme kastı ile hareket ettiğinin delilini teşkil etmez. TCK.nun 452. maddesi uygulanmalıdır» (11).

a) Tahmin Kavramı : Öldürmek niyeti failde mevcut olmakla beraber müessir fiilden böyle bir neticenin husule gelebileceğini tahmin etmek mümkün iken bunu tahmin etmemiş olmak halininin 452. maddenin tatbikinde aranılan bir şart olup olamayacağı üzerinde de durulmuştur. Mehz Kanununun ihzari çalışmaları sırasında böyle bir halin, suçun unsuru sayılamıyacağı neticesine varılmıştı. Esasen böyle bir şart «T a k s i r» mefhumunu izah eden «T a h m i n n a z a r i y e s i» nin kasdı aşan suçlar konusuna nakledilmesi demek olacaktır ki, bu nazariye ile bu konu arasında rabıta yoktur. Çünkü taksirli suçta husule gelen netice hiç bir zaman istenmemiştir. Halbuki kasdı aşan suçlarda zararlı bir netice istenmiş, fakat husule gelen netice, istenmiş olan neticeyi aşmıştır.

Kanunun 452. maddesinde neticenin kabili tahmin olup olmadığı hususu üzerinde durulmamış olmasında isabet vardır. Çünkü tahmin imkanı üzerinde durmak, yargıcı neticesiz tahlillere mecbur tutacaktır. Hiç şüphe yoktur ki eğer fail müessir fiilden ölüm neticesinin de husule gelebileceğini biliyor idiyse ortada kasden adam öldürme mevcut demektir.

b) Kasdın Aşılması Şartları : Bazı müelliflere göre (12) kasdı aşan suçlarda şu dört unsurun mevcut olması lazımdır: 1) Bir şahsa zarar vermek iradesi, 2) Ölüm neticesini tahmin etmemiş olmak, 3) Ölümün husule gelebileceğinin kabili tahmin oluşu, 4) Ölümün fiilen husule gelmiş olması.

Ancak bu dört unsur mevcut ise ortada kasdı aşan netice mevcut demektir. O halde kasdı aşan husus «M ü e s s i r F i i l» dir. Bir kimsenin öldürülmesi kasdedilmemiştir ve evvelden tahmin edilmemiştir. Eğer kast, irade mefhumu ile izah olunuyorsa istenmemiş ve bir müessir fiilden husule gelmiş ölüm neticesi «A d a m Ö l d ü r m e» sayılmaz. Bahis konusu olan husus, ölüm neticesi ile cezası artırılmış bir «M ü e s s i r F i i l» dir. İsviçre Ceza Kanunu «N e t i c e n i n k a s d ı a ş m a s ı s u r e t i y l e a d a m ö l d ü r m e» yi, esbabı müşeddideli bir müessir fiil saymak suretiyle bu anlayışı benimsemiş bulunmaktadır (13).

(11) 1.CD. 7.5.1974, 3526/1781, **YKD**. Sayı 975/4, s. 95.

(12) Bu hususta bk. Florian, VI. s. 86;; Ksz. Antolisei, I, n. 15.

(13) İsviçre CK. 124. Bu hususta bk. Clere, I, s. 61.

Florian'a göre (14) ortada kast ile taksir arasında bir hal bahis konusudur. Müessir fiil bakımından «K a s t» neticenin kasdı aşan kısmı bakımından «T a k s i r» mevcuttur. Taksir için neticenin kabili tahmin olması şarttır. Eğer netice kabili tahmin değil idiyse ortada taksir değil, sadece «K a z a» bahis mevzuudur ve «K a z a» cezayı müstelzim değildir.

Carrara ise bu konuda «T a k s i r l e K a r ı Ő ı k K a s t» mefhumuna müracaat etmektedir (15). Carrara'nın kasdın aşılması suretiyle adam öldürme suçlarında «Taksirle Karışık Kast» mefhumuna müracaat etmesi bu suçu «M a n e v i M e s u l i y e t» bakımından izah edebilmek içindir. Halbuki bu suçun «K a n u n i M e s u l i y e t» mefhumu ile izahı kanununun maksadına daha uygundur. Bu görüş farkının tatbikattaki neticesi de farklıdır. Eğer kasdı aşan kısmın mesuliyetini taksirde arayacak olursak bu kısmın (yani ölüm neticesinin) kabili tahmin olup olmadığını tayin etmek ve gayri kabili tahmin olan hallerde faili kasdı aşan suçdan cezalandırmamak lazım gelecektir. Halbuki kanununun maksadı, kabili tahmin olsun veya olmasın kasdı aşan neticeyi faile tahmil etmektir.

Bununla beraber tatbikatta tahmin ölçüsü daima etkili olmaktadır, fakat bu etkinin ölümün vukubulduğu hadiselerde katil kasdının kabulü gibi 452. maddenin alanını daraltıcı anlamda olduğu da görülmektedir. Bu uygulama netice ağır değil ise müessir fiil, ağır ise öldürme kasdının tercihi gibi tesadüf ölçüsüne bağlanmaktan gayri bir şey değildir.

Kasdın aşılması suretiyle adam öldürmenin TCK.nun 78. maddesindeki kaidelerin bir tatbik şekli olduğunu düşünmek kabildir. Esasında müessir fiilden ibaret olan bu suçun cezası mağdurun ölmüş olmasından dolayı artırılmıştır. Bu anlayışta isabet yoktur. Çünkü 78. maddenin nazara aldığı hallerde biri diğerinin şiddet sebebi (veya suç unsuru) olan iki fiil bahis mevzuudur. Halbuki kasdı aşan suçta fiil tektir.

4 — CEZAYA MÜESSİR SEBEBLER

Kanununun 452. maddesi 449 ve 450. maddelere atıfta bulunmak suretiyle kasden adam öldürmenin cezasını artıran sebepleri kasdın aşılması suretiyle işlenen adam öldürmelere de teşmil etmiştir. Bu

(14) Florian, IV. s. 88; Kşz. Antolisei, I. n. 15.

(15) Bk. Granata, ss. 39.

maddelerde yazılı bazı şiddet sebeplerinin kasdın aşılması suretiyle husule gelen adam öldürmelerde vukua gelmesi her zaman mümkün değildir. Mesela zehirle öldürme ile kasdın aşılması suretiyle öldürme kabili telif gözükmez. Fakat sadece yaralamak, yani sadece müessir fiil kasdı ile zehir kullanılan, bundan da ölüm husule gelen hadiselerde 452. madde tatbik olunabilir. Taammüd ile de 452. maddedeki suç birleşebilir (16).

Eğer adam öldürme kasdında «öldürmek niyeti» şart olarak aranırsa «taammüd»ün kasdın aşılması hadiselerinde izahı pek güçtür.» kasdın taammüden aşılması» ise pek farklı bir kavramdır (17).

Bununla beraber «taammüd» kavramının «kasdın aşılması» hadiselerinde nasıl izah edileceğinde tereddüt yok değildir. Kanunumuz «taksir» de (TCK. 455) teamüdü kabul etmediğine göre, kasdın aşılması hadiselerinde taammüdü aşılma kısmı değil, kastedilen daha az vahim kısma taallük ettiği ileri sürülmektedir.

Haksız Tahrik (TCK. 51), Tam olmayan akıl malûliyeti (TCK. 47) Mal hakkında meşru müdafaa (TCK. 491), Gayrimeşru cinsi münasebet halinde yakalama (TCK. 462) ortak sebep (TCK. 452, 2.2), ile kasdın aşılması suretiyle adam öldürme hali içtima edebilir.

Kasdın aşılması suretiyle adam öldürmelerde «teşebbüs» mümkün değildir. Çünkü istenmemiş ve vukua gelmemiş bir «netice» teşebbüs kavramı ile bağdaşamaz. Kasdın aşılmasının neticeden ayrı düşünülmesi mümkün değildir (18).



(16) Bk. Manzini, VII, n. 2380; Granata, s. 33; Kşz. Contieri, s. 3.

(17) Bk. Granata, s. 33, 52; Kşz. Manzini, VIII. s. 130.

(18) Antolisei, I. s. 36.

SAHTEKARLIK

Mevci ERGÜN (*)

PLAN: 1 — Sahtekarlık kavramı. 2 — Sahtelik iddiaları. 3 — Sahtelik iddiasında usul: a — Hukuk mahkemesinde sahtelik iddiasında usul. b — Ceza mahkemesinde sahtelik iddiasında usul. 3 — Sahtelik hakkındaki hükmün hukuk ve ceza alanındaki etkisi. 4 — Sahtelik iddiasının sınırı. 5 — Sahtelik iddiasına konu olabilen senetler. 6 — S o n u ç.

1 — SAHTEKARLIK KAVRAMI

Sahtekarlık kavramının anlaşılmasında en büyük zorluk «sahte» deyiminin somut bir anlam vermemesidir. Sahtecilik (: Sahtekarlık), sahtekar olma halini yada sahtekarca davranışı ifade etmektedir. Bu anlatımı ile sahte, aldatandır. O halde her türlü «hile» sahte kavramına girer (1). Keza, gerçek olmayan herşey sahtedir.

Yazılarda sahtecilik, bir hakkın veya hukuki netice tevlit eden bir fiilin ispatına muhassas veya sahih bir yazıda, zarar vermek suuru ile hakikatın tahrif edilmesidir (2).

Bu haliyle «sahtekarlık» bir vasıtayı ifade eder. Haksız bir menfaat teminine yönelen şahıs, hile vasıtalarına başvurarak bir faaliyet gösterirse hile suçları işlenmiş olur. Geniş anlamda anlaşıldığı takdirde, sahtekarlık kavramı bütün hile suçlarını ifade eder, yani işlenilmesi için bir hileye, bir yalana başvuru bütün suçlar bu anlamda sahtekarlık suçu olarak nitelendirilebilir (3).

(*) **Altındağ Ağır Ceza Mahkemesi Hâkimi.**

- (1) EREM, F. / TOROSLU, N. : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Ders Kitabı, Ankara 1973, s. 274.
- (2) Milletlerarası 1947 Brüksel Konferansı'nda kararlaştırılan metnin 1. maddesi.
- (3) ERMAN S. : Sahtekarlık Cürümleri, B. 3, İstanbul 1970, s. 1.

Ancak sahtekarlık kavramı bu geniş anlamından uzaklaşarak gün geçtikçe daha özel bir anlama kavuşmuştur. Dar anlamı ile sahtekarlıkta, failin gerçeği değiştirmesi, suçun teşekkülü için kafi'dir. Oysa geniş anlamı ile sahtekarlıkta suçun teşekkülü için sadece gerçeğin değiştirilmesi aranmaz. Aynı zamanda diğer bazı şart ve unsurlarında varlığı aranır.

2 — SAHTELİK İDDİALARI

Senedin kimin tarafından düzenlendiği konusunun sahte olduğu ilgililerce iddia edilebilir. Sahtelik iddiasında belirtilmesi gereken diğer bir husus da, noterin bizzat yaptığı veya gözlemlediği konuların aksinin iddia edilmesi olmaktadır. Çünkü noterin taraflardan naklen beyan ettiği hususların aksi ispat her zaman edilebilir. Bunun için sahtelik iddiası gerekmemektedir.

3 — SAHTELİK İDDİASINDA USUL

Sahtelik iddiası hukuk mahkemesinde ve ceza mahkemesinde olmak üzere iki yoldan yapılmaktadır.

a) Hukuk Mahkemesinde Sahtelik İddiasında Usul

Hukuk mahkemesindeki sahtelik iddiası, hasmın, iddiasına delil olmak üzere, ibraz ettiği senet ve vesika gibi yazılı beyine ile hakikatın kasten değiştirildiği yolunda gerek müstakil bir dava ve gerekse hadis dava şeklinde ileri sürülen iddiadır (4). Bu iddia kanunumuzda şöylece açıklanmaktadır. «Resmi ve gayri resmi her nevi senedatin sahteliğini iddia eden kimse asıl davayı rüyet eden mahkemede bu iddiasını gerek davayı asliye ve gerek davayı hadise suretiyle ikame edebilir» (HUMK. m. 314). Kanun metninde geçen «davayı asliye» ve «davayı hadise» kavramları Fransız usul kanunundan intikal etmiş olup, «action de faux principal» ve «faux incident civil» terimlerinin karşılığıdır. Bu kavramların manası ise, asıl davaya bakan mahkemede, bakılmakta olan davadan bağımsız bir asli dava olarak (davayı asliye) veya bakılmakta olan davaya karşı def'i veya savunma olarak (davayı hadise) dermeyan edilir (5).

Kendisinin borçlu olmadığı halde elindeki sahte senetle kendisine karşı ilerde bir talepte bulunabileceği düşüncesiyle hasmı-

(4) ERSOY, R : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Yeni baskı, Ankara 1976, s. 730.

(5) BERKİN, N.M. : Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul, s. 811.

na karşı, senedin sahte olduğunun tespiti için, karşı taraf muhatap göstererek «Menfi tespit davası» açabilir. Bu dava, ortada başka bir hukuk davası mevcut olmadan sahtelik iddiasının başka bir dava ile alakası olmayan bir davaya konu olarak dermeyan olunabileceğini göstermektedir. Bu biçimdeki bir dava bağımsız bir mahiyeti haiz olduğu için, diğer davalardaki usul ve şartlara tabidir (6).

Sahtelik iddiası, açılmış bir davaya karşı ileri sürülen def'i veya savunma olursa, bu durumda mahkeme konuyu «davayı hadise» olarak nitelendirerek, hadiseler hakkındaki hükümlere göre inceleyecektir (HUMK. m. 222 vd., 483 vd.) Davayı hadisenin ileri sürülmesindeki usuli düzenlemeler sulh hukuk mahkemesinde ve asliye hukuk mahkemesinde farklılıklar gösterir. Sulh hukuk mahkemelerinde davayı hadise, bu mahkemelerde sözlü yargılama usulü geçerli olduğundan sözlü olarak yapılabilir (HUMK. m. 483).

Asliye hukuk mahkemelerinde ise, sahtelik iddiasında bulunan kimse bunu yazılı bir başvuru ile yapmalıdır. Bu husustaki yazısından bir suretini de karşı tarafa ister duruşma esnasında elden, isterse tebligat yaptırmak suretiyle bildirmelidir (HUMK. m. 316). Asliye hukuk mahkemesinde yazılı usul uygulandığından, sözlü bir beyan yeterli görülemez. Bu iddiaya karşı, hasmın vereceği savunmadan sonra mahkemece bu hususta incelemeye geçilir. Hakkında sahtelik iddiası olunan senedin hukuki vasıf ve mahiyetini içeren bilgiler bir tutanak düzenlenerek zabıt kâtibi ve hazır iseler her iki tarafça imza altına alınır ve bu belge mahkemede saklanır (HUMK. m. 310).

Mahkemece imza inkarında başvuru usule uygun olarak, sahtelik iddiasında da aynı inceleme yapılır (HUMK. m. 308 vd.). Yapılan inceleme de serdolan deliller üzerine hâkim kafi derecede kanaat doğurduğu takdirde senedi kabul veya hükümden iskat (red) ederek esas hakkında karar verir (HUMK. m. 308). Hâkim sahtelik iddiasını HUMK.nun 308 ve 309. maddelerdeki sıradahilinde inceler. Hukuk hâkimi incelemesi sonucu, ya sahtelik iddiasını kabul eder veya reddeder. Şayet mevcut deliller hâkime yeterli kanaat verecek derecede kuvvetli değilse, her iki taraf önceden tayin olunacak bir günde mahkemede hazır edilirler. Taraflardan senet hakkında gerekli açıklamalar yapmaları istenir. Taraflar tet-

(6) BİLGE, N. / ÖNEN, E.: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B. 3, Ankara 1978, s. 579.

kike esas olunacak evrakı gösterme yanında inkar olunan yazı ve imzanın doğruluğunu ne şekilde ve hangi vasıta ile ispat edebileceklerini belirtirler. Bu araştırma ve inceleme HUMK.nun 308-313. m. hükümlerinde yazılı olduğu biçimde yapılır. Buna göre önce imza tatbikatı ve istiktap konusunda ilk önce bilirkişi incelemesi yaptırılır. Bu yolda istenilen sonuç sağlanamazsa tanık dinletilip dinletilemeyeceği konusu doktrininde tartışmalıdır.

Bu yolda istenilen sonuç sağlanamazsa, Bilge/Önen'e nazaran, beyyine bakımından HUMK. m. 317 ye göre, sahtelik iddialarında, belli bir sıra halinde olmakla beraber, şahit de dinlenebilir (7).

Kuru'ya göre ise sahtelik iddiası, âdi senetlerdeki yazı ve imzanın inkarı hakkındaki hükümlere göre incelenir (m. 317). Ancak burada, kesin delil teşkil eden resmi senetlerin hilafının ispatı söz konusu olduğundan, bu senetlere karşı mahkeme şahit dinleyemez (8).

Kazai içtihatlarda ise, sahtelik iddiasının usulün 308 ve ondan sonra gelen maddelerine göre incelenmesi gerekir denilmekle (9) beraber, HUMK.nun 290. maddesi mucibince senede müstenit olan her nevi iddialara karşı dermeyan olunacak müdafaaların şahit ile isbatına cevaz yoktur (10) görüşü hakimdir.

Kanımıza göre de, her ne kadar sahtelik iddiasının ispatı için m.317 hükmü şahit dinlenmesine uygun görülmemekte ise de, m.290 da ifade olunan «senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı def'i olarak ileri sürülen ve senedin hüküm (ünü)... ortadan kaldıracak... nitelikte bulunan hukuki işlemler... tanıkla ispat olunamaz» esasına aykırılık teşkil eder. Bu nedenle sahtecilik iddiasında da, bilirkişi incelemesinden bir sonuca ulaşılmazsa tanık dinletilmesi kanuni dayanaktan yoksun gözükmektedir.

Hukuk hâkimi, baktığı dava dosyasında ibraz edilmiş olan senedin sahte olduğuna karar verip te, bu karar kesinleşirse senedin mahkemece sahtelik sebebiyle iptaline karar verilir (HUMK.m.315). Zira sahtelik olayının sabit olduğuna dair Ceza mahkemesinin hükmü hukuk hâkimini bağlayıcı niteliği haizdir.

Bu durumda Kararın kesinleşmesinden sonra mahkeme senedin altına kesinleşen hükmün özetini yazarak onu iptal eder. Keza

(7) BİLGE / ÖNEN, age., s. 580.

(8) KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 3, Ankara 1974, s. 397.

(9) 13. HD., 25.9.1973, E. / K 205/300, ERSOY, a.g.e., s. 713.

(10) HGK. 12.41933, E.K. 37/7, ERSOY, age., s. 637.

söz konusu senet resmi senet niteliğinde ise, tanzim eden merciye de senedin iptali hususu da duyurulmalıdır (m. 318). Bununla beraber sahtelik iddiasından sonra dava görülmekte iken, HUMK.nun 317. madde hükümlerinde yazılı şartlar mevcut ise nihai karara kadar bu senede ilişkin herhangi bir işlem yapılmaması (bekletici mesele) gerekmektedir. Ancak, daha önceden alınan ihtiyati tedbirler devam eder ve lüzumu halinde yenileri de alınabilir (HUMK. 317). Mahkeme sahtelik iddiasını yerinde bulmadığı takdirde, bunun sonucu olarak iddianın reddi kararını verirse, sahteliği ileri süren taraftan para cezası almakla birlikte istek halinde diğer tarafın maddi ve manevi zararlarınınada ayrıca mahkemece karar verilir (HUMK. m. 319).

HUMK.nun 320. maddesi hükmü uyarınca her ne kadar, sahtelik iddiasından feragat olunabilirse de, bu feragatı kabul edip etmemekte serbesttir. Mahkeme feragat iddiasını kabul ederse, o takdirde 319. m. gereğince sahteliği iddia eden taraf aleyhine para cezasına hükmedecektir.

b) Ceza Mahkemesinde Sahtelik İddiasında Usul

Sahtelik iddiası ceza davası yolu ile ileri sürülürse, TCK.nun 339 - 349. m. hükümlerinden hareketle ceza muhakemesinin makam itibariyle süjelerinden biri olan savcılık kamu adına tahrik olunarak sahtekarlık davası açılır.

Bir kimse tarafından sahte evraka dayanılarak hukuk davası açılmamışsa yada hukuk davası açılmakla birlikte daha sonra ceza davası açılmış ise, bu takdirde hukuk mahkemesi sahtelik iddiası hakkında ceza mahkemesince bir karar verilinceye kadar, sahte olduğu ileri sürülen senet hakkında bir işlem göremez.

Ceza mahkemesince yapılan yargılama sonucunda sahtecilik dolayısıyla sanık hakkında sorumsuzluğuna ve beraatine karar verildiği takdirde, bu hüküm hukuk mahkemesini bağlamaz (HUMK. 315, BK. 53). Ancak kusurun takdiri ve tazminat miktarının belirlenmesi konusunda ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının da yine hukuk hâkimini bağlamayacağı bilinmelidir (BK. m. 53).

3 — SAHTELİK HAKKINDA HÜKMÜN HUKUK VE CEZA ALANINDAKİ ETKİSİ

Kural olarak hukuk mahkemelerince verilen hükümler ceza mahkemelerini bu mahkemelerce verilen yargılar ise hukuk mah-

kemelerini bağlamaz. Bu durum gerek HUMK.nun sahtelik hakkındaki 315. m. sinde ve gerekse BK.nun ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki münasebeti düzenleyen 53. maddesinde düzenlenmiştir.

BK.nun 53. maddesi uyarınca, hâkim, kusur olupta olmadığına yahut haksız fiil failinin temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için, ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin hükümler ile bağlı olmadığı gibi ceza mahkemesinden verilen beraat kararıyla de bağlı değildir. Keza ceza mahkemesi kararı kusurun takdiri ve zararın miktarının belirlenmesinde dahi hukuk hâkimini takyit etmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Buna göre hukuk hâkimi ceza mahkemesinin kabul ettiği madde olaylarla bağlı ise de, kusur olup olmadığı yada zararın kapsamını belirleme bakımından bağlamaz. Keza hukuk hâkimi, ceza mahkemesinde toplanan delillerle de bağlı değildir. Nitekim kusurun bulunup bulunmadığını incelerken ceza mahkemesinde yaptırılan bilirkişi raporuna itibar etmeyebilir. Ancak hâkim takdire göre bu rapordan da yararlanabilir.

BK. m. 53 gereğince hukuk hâkimi, ceza mahkemesinden verilen beraat kararıyla de bağlı değildir. Bu ifade biçiminde, ceza mahkemesince verilen bütün beraat kararıyla hukuk hâkiminin bağlı olmayacağı anlamı çıkarılmamalıdır. Şöyleki :

● a) Bir kimse işlediği suçtan ceza mahkemesinde beraat eder ve verilen kesin hüküm onun bu eylemi işlemediği yönünü kapsarsa, bu hüküm, hukuk hâkimini bağlar. Ancak suçluluğun tesbit edilemediğinin belirtildiği durumlarda, af ve zamanaşımı gibi bir nedenle ceza davasının sonuca ulaşmadığı hallerde haksız eylemin işlenmediği bir kesin hükümle tesbit edilmiş olamayacağı için bu karar hukuk hâkimini bağlamaz (11).

● b) Ceza hâkiminin ortada kanuna aykırı bir hareket olmadığını tesbit eden beraat kararı hukuk hâkimini dahi bağlar (12).

● c) Tazminat davası ceza mahkemesinde kamu davasının yanında açılmış ve ceza hâkimi suçluyu beraat ettirerek tazminat talebini reddetmişse, aynı fiilden dolayı hukuk mahkemesinde tazminat davası açılmaz. Fakat tazminat davası hukuk mahkemesin-

(11) 4.HD. 8.4.1965 T., E. 964/4030, K. 1998 : (Dr. Olgaç, S.) Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi Genel Hükümler (Md. 1-6), Ankara 1976, s. 900.

(12) 4HD., 5.5.1958 T., E./K. 5038/2994 : (Dr. Olgaç, S.) age., s. 901.

de beraat etmesi, hukuk hâkiminin davayı incelemesine mani olmaz. Örneğin, ceza davasında ceza hâkiminin failin meşru müdafaa hakkını kullandığına hükmederek beraat kararı vermesi, öldürülenin ailesi tarafından faille karşı hukuk mahkemesinde tazminat davası açılmasına mani değildir. Bu halde hukuk hâkimi meşru müdafaa durumu olmasına rağmen faili tazminata mahkûm edebilir. Gene bu gibi durumlarda, ceza hâkimi, fiilde kast gördüğü halde, hukuk hâkimi kast değil, ihmal bulunduğunu kabul ededek tazminatı tayin edebilir (13).

Hukuk hâkiminin, haksız failinin kusuru veya temyiz kudreti olup olmadığına karar verebilmek için, cezai sorumluluk hükümleri ve ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı olmama ilkesi sahtecilik davasında da aynen geçerlidir. Nitekim sahtecilik davasında da, sanığın suçlu olmadığı yada beraatine ilişkin kesin hükümler içinde BK.nun 53. maddesi hükümleri uygulanır. Bu nedenle, sahtecilik davasında da, ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararı hukuk hâkimini bağlamaz.

Velevki hukuk mahkemesi dosyasında bulunan senedin sahteliğini ileri süren tarafın bu iddiasını ispat edememesi halinde, hâkim senedin sahte olmadığına karar verirde bu karar kesinleşirse, bu senede ilişkin ceza mahkemesi ibraz edenin sorumsuzluğuna ve beraatine karar verirse, bu karar senedin iptaline ilişkin hukuk mahkemesi kararına etkide bulunmaz. Saniyen hukuk mahkemesi senedin sahteliğine daha önceden karar vermiş olursa, bu kararda ceza hâkimini takyit etmez.

4 — SAHTELİK İDDİASININ SINIRI

Yetkili resmi makamların düzenlediği yada onayladığı yazılı belge niteliğini haiz resmi ve gayri resmi her nevi senetlerin içeriğinin doğru olmadığı sahtelik iddiası biçiminde gerek davayı asliye ve gerekse davayı hadise suretiyle ikame edebilir (HUMK. m. 314).

Sahtelik iddiası tüm senet ve vesikanın asılsız, uydurma olduğu biçiminde ileri sürülebilir. Ancak senedin bütün kapsamı hakkında sahtelik iddiası gerekmez. Noter senetleri düzenleme ve onaylama senedi biçiminde olur. İspat kuvveti bakımından bu iki senet arasında farklar vardır. Senedi kimin düzenlediği hakkında noterce vaki olan beyanlar ile noterin kendi görgüsüne dayanmayıp da taraflardan naklen vaki olan yada takdire ilişkin bulunan beyan-

(13) BERKİN, age., s. 787.

lar hakkında sahtelik iddiasına gerek görülmemektedir. Zira bunların aksi pekâla iddia olunabilir.

Bununla beraber noterin senedin düzenlendiği zaman bizzat yaptığı yada kendi görgüsü içinde yapıldığını bildirdiği hususlar hakkında da sahtelik iddia olunabilir (14).

Mahkeme ilamları ile noterlerce resen düzenlenen senetler hilafı ispat olununcaya kadar delili katı teşkil ederler (HUMK. m. 295). Bu nedenle bunların sahteliğinin sabit olması, usulün 314. maddesindeki sahtelik iddiası veya davasının kabulü ile mümkündür. Kaydetmek gerekir ki, imzası noterce onay görmüş onaylama senetlerde ki imza onayı, onaylanan imzanın sahibine ait oluşunu belgeler niteliği haizdir. Yoksa senedin içeriğini kapsamına almaktadır. Onay gören imza ve ait olduğu tarih sahteliği anlaşılıncaya kadar muteber addolunur (Noterlik K. m. 82/3). Öyleyse bunun sabit olması, kesin delil teşkil ettiklerinden dolayı, bunlar hakkındaki sahtelik iddiası veya davasının kabulü ile mümkün olacaktır.

Başka bir deyişle sahtelik iddiası, müstakil bir dava ile, yani menfi tesbit davası ile veya senedin ibraz edildiği davaya bakan mahkemede hadise şeklinde ileri sürülebilir. Kaydetmek gerekir ki, senedin sahte olduğunun tesbiti davası (HUMK. m. 314) da, bir menfi tesbit davasıdır (15).

Ayrıca noterin takdirine giren hususlardaki beyanlarının hilafını ispat için sahtelik iddiası gerekmez. Örneğin noter, muamele yapanın ehliyetini tahkikle mükellef olduğundan, onun temyiz kudretini haiz olduğuna dair senetteki beyanının aksi, sahtelik davası açılmadan iddia edilebilir. Kaldı ki, noterin düzenlediği senedin muhtevasında yaptığı maddi hataların ve yapılan işlemin muvazaa olduğu iddialarının ispatı da sahtelik davasını gerektirmez (16).

Duruşma tutanaklarının sahteliği ileri sürülebilir mi? HUMK. nun 295. maddesi hükmü hangi çeşit evrakın sahteliğinin iddia edilebileceğini belirtmiş olup, yasaca bu belirtmenin zorunlu bulunmasına göre duruşma tutanaklarının sahteliği değil ancak hilafı sabit oluncaya kadar muteber evraktan sayılabilir (17).

(14) BİLGE / ÖNEN, age., s. 575.

(15) KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 4, C. I, Ankara 1979, s. 930.

(16) BERKİN, age., s. 808.

(17) 6.CD., 18.12.1979, E./K. 8428/8443 (Özel arşiv).

6831 sayılı Orman Kanunununun 82/4. maddesi, Orman Kanunu hükümlerine muhalefette bulunanlar hakkında orman memurlarınca düzenlenen zabıtlar için : «Bu zabıtlar, hilafı ispat olununcaya kadar muteberdir » hükmünü amirdir. Orman tutanakları, hilafı ispat olununcaya kadar geçerlidir söyleyebiliriz.

Tapu memurlarının düzenledikleri senetler hakkında kanunda bir hüküm yer almamaktadır

Bilge önen'e göre, bunlar hakkında da sahtelik iddiasına lüzum vardır. Yargıtay içtihatlarında aynı görüş doğrultusundadır (18).

Kanımıza göre de, tapu memuru icra ettiği fonksiyon sebebiyle düzenlemiş olduğu senetler, sahteliği ispat edilmedikçe muteberdir. Kanunumuz mahkeme ilâmında resmi senet olarak saymış bulunmaktadır. Bir davada resmi senet ibraz edilirse başlangıçta bu senet hâkimi bağlar. İspat külfeti adi senetlerden farklıdır. Senedi inkar ederek kabul etmeyen resmi senetlerde ispatla yükümlü olur

5 — SAHTELİK İDDİASINA KONU OLABİLEN SENETLER

Aleyhine hukuki sonuç doğacak şahsın imzaladığı yazılı belge adi senet olup, bu senetler hakkında da sahtelik iddia eden kimse asıl davaya bakan mahkemede bu iddiasını gerek davayı asliye ve gerekse davayı hadise suretiyle ikame edebilir (HUMK. m. 314).

Resmi ve gayri resmi (adi) senetlerin ispat kuvveti farklılık gösterir. Zira her iki senet, hâkimi farklı ölçüde bağlayıcı ispat kuvvetindedir.

Bir davada gayri resmi bir senet ibraz edildiği zaman karşı tarafın davranışı çeşitli olabilir.

1 — Karşı taraf adi senedi açıkça kabul edebilir. Bu halde ibraz olunan senet resmi senet hükmünde olur ve mahkeme hâkimini bağlayıcı olur.

2 — Davacının adi senedi ibraz ettikten sonra, karşı taraf buna karşı «sükut» edebilir. Bu durumda mahkeme karşı taraf davalıyı sorguya çeker. Buna göre :

a) Adi senedin kendisi tarafından verildiğini kabul ederse, adi senet resmi senet hükmünü haiz olur.

(18) BİLGE / ÖNEN, age., s. 577.

b) Adi senedi inkar ederek, kendisi tarafından verilmediğini açıklarsa mahkeme hâkimini bağlayıcı olmaktan çıkar. Bu durumda adi bir senedi kabul etmek istemeyen karşı tarafın sahtelik iddia etmesi gerekmemektedir (19).

Bu halde ispat yükümlülüğü senedi ibraz eden ona dayanmak isteyen tarafa ait olacaktır. Senedin karşı tarafça verilip verilmediğinin mahkemece tesbiti gerekir. Kanunumuz resmi ve gayri resmi senetler hakkında sahtelik iddiasını kabul etmekle birlikte, adi senetler için ayrı özel bir tesbit usulünü içeren hükümler vazetmiş değildir. Heriki senetler için usul hukukunda HUMK.nun 308. ve 309. maddelerinde öngörülen düzenlemelerden yararlanılmaktadır. Yapılacak olan tesbit belli bir sıra içerisinde düzenlenmiştir. Hâkimin mutlaka uyması gereken bu sıra aşağıda inceleneceği üzere başlıca şu aşamalardan ibarettir :

● Davanın takibi sırasında bir taraf senedi inkar edebilir. Bu halde hâkim tarafları dinler, ibraz olunan delilleri inceler. Hâkim yapacağı inceleme sonucunda senedin o kişi tarafından verilip verilmediğine karar verir (HUMK. 308/I.c.).

● Hâkim duruşma günü iki tarafı sorguya çekecek ve senedi verdiği iddia olunan şahsa yazı yazdırarak imza attıracaktır. Yazılan yazılarla imza ve senet metnindeki yazıları karşılaştıracaktır. Hâkim bundan bir sonuca varamazsa işi bilirkişiye verecektir (HUMK. 309/I.c.).

● Bilirkişi seçimi yapılır (HUMK. 309/2.c.). Bilirkişi yapacağı incelemesinde imzanın ve yazının senedi verdiği iddia olunan kişiye ait olup olmadığını inceler. Bir rapor düzenler, hâkime verir.

Diğer bir belirtilmesi icap eden hususda adi bir senetteki imza inkar olunduktan sonra bu iddiadan vazgeçilerek sahtelik iddiası ileri sürülebilinip sürülemeyeceğidir. Bilge/Önen'a göre, senedin inkarı üzerine mahkemece bir karara varılmazdan önce olsa bile, bu inkardan vazgeçilerek sahtelik iddiasının ileri sürülmesi, yasak bir dava değiştirmesi niteliğinde sayılarak karşı tarafın muvafakatına bağlı olmak gerekir (20).

Kanımıza göre de, konu yasak bir dava değiştirme olarak görülerek sorun bu yolda çözüme kavuşturulmalıdır.

(19) BİLGE / ÖNEN, age., s. 577.

(20) BİLGE / ÖNEN, age., s. 577 vd.

Keza inkar hakkındaki tetkikatın karara bağlanmasından, yani senedin doğruluğu mahkemece tesbit edildikten sonra da, tekrar bir sahtelik iddiasının dinlenmemesi icabeder.

Diğer taraftan, sahtelik iddiasının karara bağlanmasından önce, bu iddiadan vazgeçilerek inkar yoluna sapılabileceği, fakat sahtelik iddiası red şeklinde karara bağlandıktan sonra, bir de inkar cihetine gidilemeyeceği HUMK. m. 320 hükmünden anlaşılmaktadır. Ancak kanun, mahkemenin, sahtelik iddiasından yarı yolda feragati kabul etmeyerek, bu iddia hakkında bir karar vermekte serbest olduğunu belirtmektedir (21).

6 — SONUÇ

Sahtekarlıkta failin gerçeği değiştirmesi, suçun teşekkülü için yeterli görülmektedir. Sahtelik iddiası, ilgililerce hukuk mahkemesinde ve ceza mahkemesinde olmak üzere iki yoldan yapılmaktadır.

Hukuk mahkemesindeki sahtelik iddiası gerek müstakil bir dava ve gerekse hadis dava biçiminde ileri sürülebilir (HUMK. m. 314).

Sahtelik iddiası ceza davası yolu ile de ileri sürülür (TCK. m. 339-349).

Bir kimse tarafından sahte varakaya istinaden açılan hukuk davası derdest iken yada henüz açılmadan ceza davası açılmış olursa, bu durumda hukuk mahkemesi ceza mahkemesinin kararını beklemek zorunluluğundadır

Kural olarak, hukuk mahkemelerince verilen hükümler ceza mahkemelerini, bu mahkemelerce de verilen yargılar ise hukuk hâkimini bağlı kılmaz (HUMK. m. 315, BK. m. 53).

Sahtelik iddiası tüm senet ve vesikanın gerçek olmadığı, düzmece olduğu yolunda ileri sürülebilir. Bununla beraber senedin bütün muhtevası hakkında sahtelik iddia olunması gerekmemektedir.

Sahtelik iddiası bakımından, senetlerin resmi veya gayriresmi olmaları ispat kuvvetleri ile ilgilidir. Çünkü anılan senetlerin ispat kuvvetleri hâkimi aynı ölçülerde bağlayıcı kılmamaktadır.

(21) BİLGE / ÖNEN, age., s. 578.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- BERKİN, N. M.** : Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul
- BİLGE, N. / ÖNEN, E.** : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B. 3, Ankara 1978.
- EREM, F. / TOROSLU, N.** : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Ders Kitabı, Ankara 1973.
- ERMAN, S.** : Sahtekarlık Cürümleri, B. 3, İstanbul 1970.
- ERSOY, R.** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Yeni Baskı, Ankara 1976.
- KURU, B.** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 3, Ankara 1974.
- KURU, B.** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 4, C. I, Ankara 1979.
- OLGAÇ, S.** : Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi Genel Hükümler (Md. 1-60), Ankara 1976.

K İ S A L T M A L A R

- age. : Adı geçen eser
- B. : Bası
- BK. : Borçlar Kanunu
- c. : Cümle
- C. : Cilt
- CD. : Yargıtay Ceza Dairesi
- Drl. : Derleyen
- E./K. : Esas / Karar
- HD. : Yargıtay Hukuk Dairesi
- HGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
- HUMK. : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
- K. : Kanun
- m. : Madde
- T. : Tarih
- TCK. : Türk Ceza Kanunu
- s. : Sayfa
- vd. : Ve devamı

TUTUKLULUK SÜRESİNİN CEZA MAHKÛMİYETLERİNDEN İNDİRİLMESİ

Doç. Dr. Hasan BIYIKLI (*)

PLAN : Giriş. I — Tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi koşulları. 1 — Tutuklu kalan bir sürenin varlığı. 2 — Ortada gecici özgürlüğü bağlayıcı bir ceza mahkûmiyetinin var olması. 3 — İndirim için soruşturmanın sonuçlanmış olmasına gerek var mıdır? 4 — Cezanın ertelenmesi (tecili) indirim yapılmasına engel değildir. II — İndirim muhakemesi. III — Sonuç.

GİRİŞ

Aslında, bu yazıda ele almak istediğimiz sorun, tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilebilmesi için, tutuklamaya yol açan soruşturmanın sonuçlanmış olmasına gerek bulunup bulunmadığıdır. Sorunu böylesine dar bir çerçeveye içinde ele almak yazının anlaşılmasını zorlaştıracağı gibi, pek çok anlatım zorluğu da ortaya çıkacaktır. O nedenle, tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi konusunu genel olarak incelemeyi yeğliyoruz.

Tutukluluk sürelerinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi, mahkûm edilen kimsenin, daha önce tutuklu kaldığı sürelerin, kısmen veya tamamen cezasının infazına sayılması, sonuç olarak mahkûmun önceden tutuklu kaldığı süreye eşit bir süre daha az cezasında tutulması demektir.

Tutuklulukta geçen süre ceza mahkûmiyetlerinden indirilmeli midir? Bu soruya «hayır» yanıtını veren görüş, sonradan «siyasi sistem» olarak isimlendirilen uygulamayı yaratmıştır. Siyasi sistemin savunucularına göre, tutuklama ve ceza mahkûmiyeti, kişinin özgürlüğünü sınırlama gibi ortak bir özelliğe sahip olmakla birlikte tamamen farklı amaçlar taşır. İnfaz açısından hiçbir benzerlik göstermezler. Tutuklama ve ceza mahkûmiyeti arasında var olan,

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

özgürlüğü kısıtlama özelliği, tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi için bir neden sayılamaz (1). Bugün tamamen terk edilmiş olan bu sistem, 1810 - 1832 yılları arasında Fransız Hukukunda uygulanmıştır.

Siyasi sistemin yarattığı, adalet ve hakkaniyet esaslarına aykırı sonuçlar, hukukçuları bu konuda yeni bir sistem aramaya yöneltti. Böylece, «hukuki sistem» dediğimiz bir uygulama doğdu. Bu sistemde, tutuklulukta geçen sürelerin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi yasal bir zorunluluk olarak kabul edilmekteydi. Hukukî sistem taraftarlarına göre, tutuklama ve mahkûmiyet kararlarının infazı arasındaki fark, hukuki bir varsayım olmaktan öteye geçemez. Günümüzdeki infaz politikası ve cezaevlerinin durumu yakından incelenirse, hükümlü ve tutuklara uygulanan infaz rejimi açısından önemli bir fark bulunmadığı kolaylıkla anlaşılır. Bu nedenle tutuklulukta geçen sürenin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi adalet ve hakkaniyet gereğidir (2).

Hukuki sistemin, sanığı hiyle ve hukuk dışı yollarla tutukluluk süresini uzatma yoluna sevk edebileceği ileri sürülmüş ve bu sakıncanın ortadan kaldırılması amacıyla «Amprük sistem» yaratılmıştır. Amprük sistemde, tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi veya indirilmemesini takdir yetkisi yargıca bırakılmıştır. Yargıç her olayın özelliğine soruşturmanın biçimine ve sanığın davranışlarına göre, indirim yapılması veya yapılmamasına, indirim kısmen yapılmasına karar verme yetkisine sahiptir. Günümüzde, İsviçre ve Norveç Hukukunda uygulanmakta olan Amprük sistemde, yargıç tutuklamanın uzamasında sanığın kusuru bulunup bulunmadığına bakarak, indirim yapılması konusunda bir karar almaktadır (3).

Amprük sistemin Almanya'daki uygulamasında yargıca mutlak bir takdir hakkı tanınmaktadır. Bu uygulamanın durumları aynı olan mahkûmların farklı muameleye tabi tutulmasına neden olabileceği haklı olarak ileri sürülmüştür (4).

-
- (1) GÖLCÜKLÜ, F., Ceza davasında şahıs hürriyeti, SBF. yjn., no: 81-63, Ankara, 1958, s., 161; İÇEL, K., Mevkufen geçen müddetin ceza mahkûmiyetinden mahsubu, İHFM., Cilt XXIX, sayı 3, s., 570.
 - (2) GARRAUD, R., Trait e t eorique et pratique du droit p enal français, Paris, 1898, Cilt II, s. 321, no: 494 ve dv.; EREM, F., Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, 10. Bası, Ankara, 1974, s. 232
 - (3) GÖLCÜKLÜ, F., a.g.y., 162; İÇEL, K., a.g.m., 571.
 - (4) İÇEL, K., a.g.m., 571.

Türk hukukunda, İtalyan, Belçika, Fransız ve Yugoslavya hukuklarında olduğu gibi, hukuki sistem, yani tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi zorunluluğunu kabul eden sistem benimsenmiştir. Bu sistemde yargıcın görevi, indirim yapılması için gerekli yasal koşulların doğru olmadığını kontrol etmek, doğru ise yapılan indirimin hesabında bir yanlışlık yapıp yapılmadığını denetlemekten ibarettir.

Hukukumuzda, tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetinden indirilmesi TCK.nun 40, Askeri Mahkemeler Kuruluş Ve Yargılama Usulü Kanununun 251 ve disiplin suçları açısından Askeri Ceza Kanununun 177. maddelerinde düzenlenmiştir.

I — TUTUKLULUK SÜRESİNİN CEZA MAHKÛMİYETLERİNDEN İNDİRİLMESİ KOŞULLARI

TCK.nun 40. maddesinde, «Hüküm kat'iyet kesbetmeden evvel vukuubulan mevkufiyet ceza mahkûmiyetlerinden indirilir» hükmü yer almaktadır. 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş Ve Yargılama Usulü Kanununun 251. maddesi ise şöyledir; «Hüküm kesinleşmeden önceki tutukluluk süresi hükümlülük süresinden indirilir..» Askeri Ceza Kanununun 177. maddesinde, indirim yalnız disiplin suçları açısından düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, «Disiplin amini, suçlunun mevkuf kaldığı müddeti cezaya mahsup eder.»

Şimdi bu yasal düzenlemelere dayanarak, tutukluluk sürelerinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi koşullarını incelemeye çalışalım :

1 — Tutuklu Kalınan Bir Sürenin Varlığı

İndirim yapılabilmesi için, hükümlünün, hükmün infazına başlanmazdan önce belli bir süre tutuklu olması gereklidir.

TCK.nun 40 ve Askeri Mahkemeler Kuruluş Ve Yargılama Usulü Kanununun 251. maddesinde geçen «tutukluluk halinden» ne anlaşılacak gerekir? Kanun metnindeki bu tutukluluk hali tabirini dar yorumlamak ve bundan sadece, tutuklama müzakeresine dayanan özgürlük kısıtlamalarını anlamak doğru olmaz (5). Çünkü, TCK.nun 40. maddesi ile 353 sayılı Kanununun 251. maddesi, hakkaniyet ve adalet ilkesine dayanan, hükümlü lehine bir hüküm içer-

(5) DÖNMEZLER, S. - ERMAN, S., Nazari ve tatbiki ceza hukuku, Cilt 3, 8.bası, İst., 1980, s. 118; EREM, F., a.g.y., s. 233; GÖLCÜKLÜ, F., a.g.y., s. 1964; İÇEL, K., a.g.m. 571.

mektedir. Bu nedenle, söz konusu maddelerin geniş yorumlanması, kanun koyucunun amacına daha uygun olacaktır. Tutuklama müzekkeresine dayanan özgürlük kısıtlaması halleri ceza mahkûmiyetinden indirilirken, böyle bir müzekkereye dayanmamakla birlikte adli soruşturmanın gereği olarak yapılan özgürlük kısıtlamalarının indirilmemesi, açıklanması olanaksız bir çelişki yaratmaktadır.

Yargıtayımız da, bir suç nedeniyle sanığın özgürlüğünü sınırlayan her türlü işlem süresi ceza mahkûmiyetlerinden indirilmelidir kararını almış, bu açıdan dar anlamda tutuklama ile, diğer özgürlüğü kısıtlayıcı işlemler arasında bir fark bulunmadığına karar vermiştir (6). Bu kararın ortaya koyduğu uygulamaya göre, gözetim altında tutulma süresi ile, muayene amacıyla hastahaneye sevk süreleri de tutukluluk süreleri gibi ceza mahkûmiyetlerinden indirilecektir (7).

Yargıtay'ın, müşahadede geçen sürelerin de ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi gereğini kabul eden kararları, öğretide bazı yazarlarca eleştiri konusu yapılmıştır. Bu yazarlara göre, müşahade veya muayene gibi davanın neticesiyle doğrudan doğruya ilgili işlemlerin tutuklama sayılarak cezadan indirilmesi TCK.nun 40.

- (6) «Sanığın adli tıp müessesesine mahfuzen gönderilmesine göre, bu uğurlu geçen müddetin mahkûmiyetten mahsubu gerekip gerekmediğinin tartışılmaması yolsuzdur» Y. 4.CD., 22.10.1949, 12007/13554, (PERİNÇEK - ÖZDEM, 72); Y. 2.CD., 11.1.1940, 9607 K., Son İçtihatlar Dergisi, 1944, Fas. 3, s. 112. DÖNMEZLER, S. - ERMAN, S., a.g.y., 3. Cilt, 118-119 dan naklen.

Faruk Erem, Y. 2.CD.nin yukarıda özet olarak verdiğimiz kararını dar yorumlayarak, müşahade altına alınma süresinin cezadan mahsup edilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Çünkü, müşahade altına almada amaç, tutuklamada olduğu gibi «hürriyeti tahdit» değildir. İndirim konusunda amaç ölçütünün değil, «sonuç» ölçütünün esas alınması, yani hangi amaçla olursa olsun sanığın özgürlüğünü sınırlayan her türlü önlem ve işlemin ceza mahkûmiyetinden indirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Nitekim, tutuklamada da amaç, sanığın özgürlüğünü sınırlamak değil, sanığın kaçmasını önlemek, kanıtların karartılması veya saptırılmasına engel olmaktır. Özgürlük sınırlaması, bu amaçla doğal bir «sonucu» durumundadır.

- (7) 6.CD., 10.9.1975, 3802/3787, YKD., 1976, s. 1634; Y.2.CD., 27.4.1976, 3378/3953, YKD., 1978, 1385. Y.4.CD., 2.5.1951, 3204/3204; Y. CD., 22.10.1949, 12007/13454 (GÖZÜBÜYÜK, A.P., 166, «Sanığın Yunan Makamlarınca yakalandığı tarih tesbit edilerek, mevkufiyet müddetinin ona göre cezasından mahsubu cihetine gidilmemesi yolsuzdur» Y. 2.CD., 8.2.1951, 1087/1156. GÖZÜBÜYÜK, A.P., Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 4. bası, Cilt 1, s. 166.

maddesi amacına aykırıdır (8). Kanımızca, TCK.nun 40. maddesindeki «mevkufiyet hali» sözcüğünden, sanığın özgürlüğünü fiilen sınırlayan her türlü işlem anlaşılmalı gerekir. Bir işlemin, davanın sonucu ile doğrudan doğruya ilgili olması veya olmaması arasında indirim yapılması açısından ayırım yapılması için hiçbir yasal neden yoktur. Bu nedenle öğretide, müşahade ve muayene altına alma kararları nedeniyle geçirilen sürelerin cezadan indirilmesine ilişkin Yargıtay kararlarına karşı yöneltilen eleştirilere katılmıyoruz.

TCK.nun 40. maddesinde, «Hüküm kat'iyet kesbetmeden evvel» tabiri kullanılmış olduğuna göre, ancak mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden önceki tutukluluk süreleri ceza mahkûmiyetinden indirilecektir. Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi ile hemen infaza başlanması kural olduğuna göre (9), zaten hükmün kesinleşmesinden sonraki tutukluluk süresinden söz etmeye fiilen olanak yoktur. Ancak, burada şöyle bir sorun doğabilir. Hükümlü, hükmün kesinleşmesinden sonra CMUK.nun 400. maddesi uyarınca izin almış olupta, bu izin süresi içinde işlediği başka bir suçtan dolayı tutuklanırsa ne olacaktır? Kanımızca, bu takdirde, mahkûmun almış olduğu iznin düştüğünü kabul etmek ve derhal kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün infazını başlatmak yerinde olacaktır. Bu yapıldığı takdirde, indirim sorunu doğmayacaktır. Fakat, infaz makamlarının tutuklunun CMUK.nun 400. maddesine göre izinli olduğunu, yani hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün bulunduğu farkına varmayıp izin süresinin sonuna kadar tutuklama kararını infaz etmeleri halinde, hükmün kesinleşmesinden sonra meydana gelen bu tutukluluk hali, yasanın açık hükmü karşısında, ceza infazı sırasında nazara alınmamak gerekir. İnfaz makamının bir hatası veya ihmali olan bu durumun, hükümlü aleyhine sonuç doğurması olasıdır. Çünkü, hükümlü infaz izni süresi içinde işlediği iddia olunan suçtan dolayı beraat ettiği takdirde, ileride herhangi bir indirim yapılmayacak, sonuç olarak tutuklu kaldığı süre kadar daha fazla cezaevinde tutulmuş olacaktır. Ancak, bu tür bir olayın uygulamada gerçekleşmesi olasılığının çok az olduğunu da belirtmek gerekir (9/a).

(8) GÖLCÜKLÜ, F., a.g.y., 165-166; EREM, F., a.g.y., 233 (Yukarıdaki nota bakınız).

(9) KUNTER, N., Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İst., 1981, s. 777 vd.

(9/a) «Mahkûmiyet hükmü kesinleştikten sonra işlediği başka bir suçtan kaldığı tutuklu günlerin mahsubu talep edilmektedir.

TCK.nun 40. maddesi, hüküm kesinleşmeden evvel vukubulan mev-

2 — Ortada Geçici Özgürlüğü Bağlayıcı Bir Ceza Mahkûmiyetinin Var Olması

Tutukluluk süresinin, fer'i cezalardan ve emniyeti umumiye nezareti altında bulundurma cezasından (Zaten bu cezalar asil cezanın infazından sonra uygulanacaklardır) ve ölüm cezası ile ömür boyu hapis cezalarından indirilmesi olanaklı değildir. Bunun dışında kalan belirli süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar ve para cezalarında, cezanın cinsi (ağır, hafif vs..) ne olursa olsun indirim yapılacaktır.

Tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetinden indirilmesi için, tutuklamaya neden olan suçla, mahkûmiyete neden olan suçun aynı suçlar olmasına gerek yoktur. Çünkü, TCK.nun 40. maddesinde indirim yapılabilmesi için böyle bir koşul aranmadığı gibi, söz konusu maddede, «ceza mahkûmiyetlerinden..» biçiminde çoğul bir ifade kullanılarak, tutukluluk süresinin bu tutuklama ile ilgili olmayan herhangi bir suçtan dolayı verilen ceza mahkûmiyetinden indirileceği açıkca kabul edilmiştir (10).

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş Ve Yargılama Usulü Kanununun 251. maddesinde, «mahkûmiyet» sözcüğünün çoğul değil, tekil kullanılmış olması (Hükümlülük süresinden), kanun koyucunun farklı bir uygulama yaratmak amacından değil, maddeyi kaleme alırken Türkçeleştirme kaygısıyla yaptığı basit bir hata veya gösterdiği özensizlikten kaynaklanmaktadır (11). Nitekim, Askeri Yargıtay da tutuklamaya neden olan suçtan başka bir suç nedeniyle verilen mahkûmiyet kararlarında indirimi kabul ederek, bu yönden sivil ceza muhakemesi hukuku ile, Askeri Ceza Muhake-

kufiyetin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesini amirdir. Yani, 40. maddenin uygulanabilmesi için, mevkufiyetin evvel, mahkûmiyetin sonra olması icab eder...» T.7.CD., 10.7.1965, 4381/6221, ÇAĞLAYAN, M., Türk Ceza Kanunu, Ankara, 1969, L. Cilt, s. 395.

- (10) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulu, 1940 yılında verdiği bir kararında, birden çok ve birbirinden farklı suç işlediği iddiasıyla yargılanan kişinin bir suçtan dolayı tutuklu kaldığı sürelerin diğer bir suçtan dolayı verilecek mahkûmiyet hükmünden indirilmesi gerektiğine karar vermiş ve bunun koşullarını belirtmiştir. Karar ileride daha ayrıntılı biçimde ele alınacaktır. Y.İ.B.B.K., 6.3.1940, 5/68, **Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, 1. Cilt**, Ankara, 1977, s. 627.
- (11) DEVECİOĞLU, V., Ecevit'in cezası düzeltilebilir mi? «Cumhuriyet» 12. Ekim. 1982, s. 2.

mesi hukuku arasında bir fark bulunmadığını kabul etmiştir (12) ve (13).

Mahkûmiyet kararına neden olan suçtan farklı bir suçun yol açtığı tutuklamanın ceza mahkûmiyetinden indirilmesini kabul, suç işlemek konusunda vatandaşa kredi vermek anlamına gelebilir. Gerçekten, belli bir suçtan dolayı tutuklanan ve yargılaması sonucu beraat eden kişi, tutuklu kaldığı bu sürenin ileride işleyeceği bir suç nedeniyle verilecek cezadan indirileceği düşüncesiyle yeni bir suç daha işleyebilir. İşte, indirim olanağının vatandaşı böyle yeni suçlar işlemeye teşvik gibi kötü sonuçlar doğurmaması için, indirim olanağının zaman içinde sınırlandırılması zorunluluğu doğmuştur. 1940 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında bu sınırlandırma; «... ve ancak beraat hükmü kat'ileştikten sonra işlenmiş olan suçtan mahkûmiyet halinde evvelce beraatle neticelenmiş olan suçtan dolayı mevkuf kaldığı müddetin beraatinden sonra işleyeceği suçten verilecek ceza müddetinden indirilmesi kanun hükümlerine uymayacağı...» biçiminde dile getirilmektedir.

Tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi için yasada aranan koşullar bunlardır. Ancak, indirim için daha başka koşulların gerekip gerekmediği tartışma konusu olmuştur. Şimdi, tartışma konusu olan bu koşulları ele almaya çalışacağız :

3 — İndirim İçin Soruşturmanın Sonuçlanmış Olmasına Gerek Var mıdır?

Tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi için,

- (12) As. Yar. 3. Daire, 9.3.1965, 161/214 (Yayınlanmamıştır); As. Yar., 2. Daire, 18.1.1968 84/74, LÜLECİ, T., - ÖZBAKAN, H., Askeri Yargı ile ilgili kanun ve içtihatlar, 3. Cilt, s. 1199. Sanığın tutuklamaya neden olan suç ve mahkûmiyete neden olan suç nedeniyle Askeri Yargıda veya sivil yargıda yargılanmış olmasının indirim açısından bir önemi yoktur. Askeri Yargı tarafından verilmiş mahkûmiyet hükmünden sivil yargı tarafından verilmiş tutuklamanın indirilmesi veya bunun tersi mümkündür.
- (13) YİBB. Kurulunun 1940 tarihli kararı, ceza hukukundaki yorum kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. TCK.nun 40. maddesinde bilinçli olarak kullanılan, «Ceza mahkûmiyetlerinden indirilir» ibaresi karşısında bu eleştirilerek katılmak olanaklı değildir. Kaldı ki ceza hukukunda dar yorum, ancak sanık aleyhine sonuç doğuran hükümler için söz konusudur. TCK.nun 40,80 vs.. gibi sanık lehine olan hükümlerinin geniş yorumu için bir engel yoktur. Bu eleştiriler için bkz., DEMİREL, N., Mevkufiyetin mahkumiyetten mahsubu, Genişletici Tefisir, A.B.D., 1956, sayı 3, s. 204 vd.

tutuklamaya neden olan suçtan dolayı yapılan soruşturmanın sonuçlanmış bulunmasına gerek var mıdır? Yazımızda asıl üzerinde durmak istediğimiz bu soruya, uygulamada çelişkili yanıtlar verilmiştir. Ayrıntılarına girmeden önce soruyu anlatabilmek için şöyle bir örnek gösterebiliriz : Sanık işlediği bir suçtan dolayı hakkın-da soruşturma yapıldığı sırada, bir başka suç işlediği iddiası ile tutuklanmıştır. İşlediği ilk suçtan dolayı mahkûm edilmiş ve hakkında verilen bu karar kesinleşerek infaz aşamasına gelmiştir. Fakat ilk suçundan dolayı verilen mahkûmiyet kararının infazına başlandığı sırada işlediği iddia olunan ve tutuklanmasına yol açan suçtan dolayı yargılama devam etmektedir. Acaba, ilk suçtan dolayı verilen mahkûmiyet süresinden, tutukluluk süresinin indirilmesi yoluna gidilecek midir, yoksa, tutuklamaya neden olan suç için soruşturma kesin bir karara bağlanmadığı için indirim yapılması olanaksız mı sayılacaktır?

Bazı kararlarında, Askeri Yargıtay ve mahkemeler, henüz kesin bir karara bağlanmamış soruşturmalar nedeniyle tutuklu kalınan sürelerin daha önce işlenmiş suçlardan dolayı verilen ceza mahkûmiyetlerinden indirilemeyeceği görüşünü kabul etmiştir.

Askeri Yargıtay İkinci Dairesi 28.3.1968 tarihli kararında; «..... Hali firarda iken hırsızlığa teşebbüs suçundan dolayı yakalanarak, Ankara 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nce 12.8.1968 tarihinde tutuklanan ve muhakemesi devam ederken... tahliye edilen sanığın mezkûr dava sebebiyle mevkuf kaldığı sürenin firar suçundan dolayı... kesin şekilde mahkûm edildiği hürriyeti bağlayıcı cezadan mahsup edilebilmesi ağır ceza mahkemesindeki davanın neticelenmesi şartına bağlı bulunduğu, ağır ceza mahkemesi tarafından beraat kararı ittihaz edildiği takdirde ise, bu beraat kararının kesinleşmesinden sonra mahsup amelîyesine tevessül edebileceği, mahkûmiyet kararı verilmesi halinde ise, ağır ceza mahkemesince yapılacak mahsup amelîyesini takiben, mevkuf kaldığı süre mahkûmiyet süresinden fazla olduğu takdirde, sadece artık kalan mevkufiyet süresinin... (daha önce kesinleşen) cezadan mahsubu mümkün olduğu cihetle...» denilmek suretiyle, tutukluluk süresinin indirilebilmesi için, tutuklamaya yol açan soruşturmanın sonuçlanmış olması gerektiği, aksi halde indirim yapılamayacağı hükme bağlanmaktadır (14).

(14) As. Yar. 2. Daire, 28.3.1968, 313/321, LÜLEÇİ, T., - ÖZBAKAN H., a.g.y., 3. cilt, s. 1200 (Askeri Yargıtay 2. Dairesi, bu karardan 70 gün önce aksi yönde bir karar vermiştir. Bu karar ileride ele alınacaktır) Ankara Sıkıyönetim Kom., 2 Numaralı Askeri Mahkemesi, 2.9.1982, 102/244,

Askeri Yargıtay Birinci Dairesi de, 23.11.1970 tarihinde bu yönde bir karar vermiştir. Aslında bu karar, tutukluluk süresinin indirilmesini değil, birinci mahkûmiyetin infazında hesap yanlışlığı ile fazla yatırılan sürenin, ikinci ceza mahkûmiyetinden indirilmesi sorununa ilişkindir. Hakkında verilen birinci mahkûmiyet hükmünün infazı sırasında, meşruten tahliye süresi yanlış hesap edilen ve bu yüzden cezaevinde fazla yatan hükümlü, fazla yattığı bu sürenin, ikinci ceza mahkûmiyetinin infazı sırasında nazara alınmasını, TCK.nun 40, As. Mah. Kur. Yar. Us. Kanununun 251, 1940 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile Askeri Yargıtay Üçüncü Dairesi'nin 9.3.1965 tarihli kararı gereğince istemiştir.

Askeri Yargıtay Birinci Dairesi, incelediğimiz kararında, tutuklama ve meşruten tahliye süresinin yanlış hesaplanması yüzünden fazla yatırılan sürelerin aynı şeyler olmadığını ve dolayısıyla olayda TCK.nun 40 ve 353 sayılı Kanununun 251. maddesinin uygulanmasına olanak bulunmadığını belirttikten sonra, olayda yanlış hesap yüzünden hükümlünün fazla yatırıldığı sürenin, sonraki mahkûmiyet süresinden indirilmesinin adalet ve hakkaniyet gereği olduğuna hükmetmektedir. Bu arada, Birinci Daire, talepte bulunanın dilekçesinde zikrettiği Askeri Yargıtay Üçüncü Dairesi'nin, aşağıda ayrıntıları ile ele alacağımız 9.3.1965 tarihli kararını tamamen yanlış ve karar metnine aykırı biçimde yorumlamaktadır (14/a).

İncelemekte olduğumuz soruna ilişkin, en önemli ve en açık karar olan Askeri Yargıtay Üçüncü Dairesi kararının, nasıl olupta Birinci Daire tarafından, tamamen ters yorumlandığını anlamak zordur. Çünkü, Askeri Yargıtay Üçüncü Dairesi 9.3.1965 tarih ve 161/214 sayılı kararında, tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetinden indirilebilmesi için, tutuklamaya yol açan soruşturmanın sonuçlanmış olmasına gerek bulunmadığı hükmüne varmakta ve sa-

«Beraatle sonuçlanan bir suçtan dolayı mevkuf kalmış sürenin, beraat hükmünün verilmesinden önce işlenmiş bir suçtan dolayı verilmiş mahkûmiyet süresinden mahsubu olacağından, söz konusu dilekcedeki halen sürmekte olan dava konusu suçtan ötürü, mevkufiyette geçen sürenin, dava henüz sonuçlanmamış bulunduğu halen infaz edilen mahkûmiyet hükmüne konu ceza süresinden mahsup edilemeyeceğinden...» denilmekte ve gerekçe olarak TCK.nun 40 madde sarahati ile 1940 tarihli İçtihadı Birleştirme) Kararı gösterilmektedir (Yayınlanmamıştır)

(14a) As. Yar., 1. Daire, 23.11.1970, 470/469, LÜLEÇİ, T. - ÖZBAKAN, H., Askeri Yargı ile ilgili Kanunlar ve İçtihatlar, 3. Cilt, 1200-1201.

nığın daha önce işlediği suç nedeniyle tutuklu kaldığı sürelerin, sonradan işlediği suç nedeniyle verilen ceza mahkûmiyetinden indirileceğini kabul etmektedir. Karara konu olan olayda, hükümlünün tutuklanmasına neden olan soruşturma henüz sonuçlanmamış olup, «İlk soruşturma» aşamasındadır.

İşin ilginç yanı, indirim yapılması için tutuklamaya yol açan soruşturmanın beraatle sonuçlanmış olması gerektiği görüşünü benimseyenlerin dayandıkları 1940 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının, indirim yapılması için böyle bir koşulu aramadığını, Üçüncü Daire tarafından, açık bir şekilde ifade edilmiş olmasıdır. Kararın bu bölümünü aynen aktarmakta yarar görüyoruz; «... Suçların birlikte takip ve muhakemesi halinde kanunun amir hükmü olan mahsubun, ayrı ayrı kovuşturma ve yargılama halinde yapılmaması kanunun ruh ve maksadına, hak ve adalet prensiplerine, akıl ve mantığa aykırı düşer. Yargıtay Genel Kurulu'nun 6.3.1940 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı, herne kadar; mevkufların suçtan dolayı beraat etmiş olmayı esas almışsa da, bu karara hâkim olan mantık ve hava beraatin mutlaka bir şart olarak kabul edildiğini göstermemekte olup, bu karara mevzuu davanın tesadüfen beraatle neticelenmiş olmasından ibarettir...» (15).

Askeri Yargıtay Üçüncü Dairesi'nin incelediğimiz bu karardan önce Yargıtay İkinci, Dördüncü Ceza Daireleri de aynı yönde karar vermiş ve indirim yapılması için, tutuklamaya neden olan soruşturmanın sonuçlanmış olmasına gerek bulunmadığına hükmetmiştir (16).

(15) As. Yar., 3. Daire, 9.3.1965, 161/214 (Yayınlanmamıştır).

(16) Y.2.CD., 26.4.1956, 8049/6974, «Maznun halen Urfa Asliye Ceza Mahkemesinde rüyet edilmekte bulunan dava sebebiyle ve 23.8.1955 tarihli Mahkûmiyet ilamının kat'ileşmesinden önce, 18.3.1955 tarihinde tahliye edilmiş bulunmasına göre, işbu mevkufluk müddetinin, TCK'nun 40. maddesine tevkifan mahkûmiyet müddetinden mahsubu gerekirken, tevkifine sebep teşkil eden hırsızlık suçuna ait davasının henüz intaç edilmediğinden (Halen derdest-i rüyet olduğundan) bahisle, yazılı olduğu şekilde mahsup talebinin reddine karar ittihazında isabet görülmemiştir» (Yayınlanmamıştır. Y.4.CD., 17.1.1962, 24/13, «Suç tarihinde nezaret altına alındığı ve tevkifi gerektiren suçlardan dolayı henüz hüküm verilmemiş olmasına ve 6.3.1940 günlü 5/3 sayılı Tevhidi İçtihat Kararı hükmüne göre başka suçtan mevkufluküne ve nezaret altında geçen günlerin mahkûmiyetinden mahsubu iktiza ettiğinden...» (Yayınlanmamıştır).

Nihayet As. Yar. bu konuda verdiği son kararında, «Ankara 2. no.lu Sıkıyönetim Komutanlığı As. Mahkemesinin 2.9.1982 gün ve 1982/244 sayılı kararı ile 1 no.lu Askeri Mahkemenin 1982/83 esasına kayıtlı

Kanımızca, indirim yapılması için tutuklamaya yol açan soruşturmanın sonuçlanmış olmasını arayan görüş ve bu görüşü uygulayan mahkeme ve Yargıtay kararları yasaya aykırıdır. Bu görüşümüzü şu gerekçelere dayandırıyoruz :

● a) Gerek TCK.nun 40, gerekse 353 sayılı Kanununun 251. maddesinde indirim yapılması için böyle bir şart aranmamıştır. Yani, bu kanun maddelerinde, henüz devam etmekte olan soruşturmalar nedeniyle verilen tutuklama süresinin kesinleşmiş mahkûmiyet süresinden indirilmesine engel bir hüküm yer almamaktadır.

Hak, adalet, hakkaniyet gereği olarak, hükümlü lehine kabul edilmiş indirimin, kanun koyucu tarafından aranmamış bir koşul la bağlanması, ceza hukukunda geçerli yorum ilkelerine aykırı olacaktır. İndirim uygulaması alanını alabildiğine sınırlayan bu daraltıcı yorumun, kanun koyucunun aramadığı bir koşulu, hükümlü aleyhine kanuna dahil edilmesi anlamını taşıyacağı açıktır. Kaldı ki madde metinlerinde, böyle daraltıcı yorumu haklı gösterecek, hiçbir ibare yer almamaktadır.

● b) İndirim yapılabilmesi için tutuklamaya neden olan soruşturmanın sonuçlanmış olması gerektiğini kabul eden görüş, 1940 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına dayanmaktadır. Oysa, Askeri Yargıtay Üçüncü Dairesi'nin 1965 tarihli kararında bütün açıklığı ile ortaya konduğu gibi, söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararın-

dava dosyasının neticelenmediği ve bu sebepten gözaltında ve tutuklulukta geçen sürenin infazına başlanılan..... 6.7.1982 tarihli mahkûmiyetten mahsup edilemeyeceğine dair karar alınmış ise de; sanığın infazına başlanılan hükmün konusunu oluşturan suçların 15.2.1982 ve 22.3.1982 günleri işlendiği, bu suçla ilgili davanın 6.7.1982 tarihinde karara bağlandığı, sanığın tutuklu kaldığı 1982/83 esasa kayıtlı dava dosyasında ise suçun 1.4.1982 tarihinde işlendiği, bu iki davanın birleştirilerek birlikte yargılanmasının mümkün olduğu, bu durumda ikinci suçtan vaki olan tutukluluğun her iki suç için verilecek toplam cezadan mahsup edilebileceği, davanın ayrı ayrı görülmesinde ise, 1. suç nedeniyle verilen mahkûmiyetten ikinci suç için vaki olan tutukluluk süresinin mahsup edilebileceği görüşüne varılmıştır.

Beraatle sonuçlanan ikinci hüküm henüz kesinleşmemiş ise de; yasal yollarla yapılacak başvuru sonucunda bu hüküm mahkûmiyetle neticelenmesi ahvalinde o eylem için olan, ancak başka mahkûmiyetten mahsup edilen tutukluluk süresinin bu kez mahkûmiyetten mahsup edilmemek suretiyle gerekli düzeltmenin yapılabilmesi mümkündür. Aksi halde, ileride doğabilecek mahkûmiyetin önlenmesi mümkün olmayacaktır» denilmemektedir (Yayınlanmamıştır).

da indirim yapılması için böyle bir şart aranmamaktadır. İçtihadı Birleştirme Kararında beraatle sonuçlanmış bir soruşturmada söz edilmesi, bir raslantı sonucu, karara konu olan olayda beraatle sonuçlanmış bir davanın bulunmasından kaynaklanmaktadır (17).

1940 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının içerdiği hükmü iki iki noktada toplayıp özetlemek mümkündür.

● aa) Henüz içtima hükümlerinin uygulanmasının olanaklı bulunduğu bir aşamada, bir kimsenin işlediği iki suçtan biri nedeniyle tutuklu kaldığı sürenin, diğer suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünden indirilmesi için;

● i) Tutuklama kararının mahkûmiyetle neden olan suç nedeniyle verilmiş olması gerekmez.

● ii) Tutuklamaya neden olan suçla, mahkûmiyete yol açan suçun aynı nitelikte bulunması zorunlu değildir. İndirim yapılması için önemli olan, her iki suçun, suçların içtima'nın mümkün olduğu bir zamanda işlenmiş olmasıdır. Her iki suçtan dolayı açılmış olan davaların birleştirilmiş olması veya ayrı ayrı görülmüş olmasının, indirim açısından bir önemi yoktur.

● bb) TOK'un 40. maddesinin bu biçimde yorumlanması ve uygulanması, zaman itibarıyla sınırlandırılmazsa vatandaşa, suç işleme konusunda kredi vermek anlamını doğurabilir. Bu nedenle, farklı tarihlerde işlenmiş suçlardan dolayı indirim yapılması olanağının zaman yönünden sınırlandırılması gereklidir.

İndirim olanağının vatandaşı yeni bir suç işlemeye sevk etmesi için zaman açısından getirilen sınırlama İçtihadı Birleştirme Kararında şu biçimde formüle edilmektedir: İndirim yapılabilmesi için mahkûmiyete yol açan suçun, tutuklamaya neden olan suçtan dolayı beraat kararı verilmezden önce işlenmiş olması gerekir.

Eğer bunun aksi kabul edilirse, yani tutuklamaya neden olan soruşturmada beraat kararı verildikten sonra işlenmiş olan suç yüzünden verilen mahkûmiyet süresinden indirim kabul edilirse vatandaş, «Beraat ettiğim soruşturma yüzünden boşu boşuna tutuk-

(17) As. Yar. 3. Daire, söz konusu kararında; «... Yargıtay Genel Kurulunun 6.3.19... tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, her ne kadar; mevkufl kalınan suçtan beraat etmiş olmayı esas alınmışsa da, bu karara hakim olan mantık ve hava beraatin mutlak bir şart olarak kabul edildiğini göstermemekte olup, bu karara mevzuu davanın tesadüfen beraatle neticelenmiş olmasından ibarettir...» As. Yar. 9.3.1965, 161/214.

lu kaldım. Bari şu suçu işleyeyimde tutuklu kaldığım süre mahsup edilsin» diye hareket edebilir.

Görüldüğü gibi, İçtihadı Birleştirme Kararının konusu, indirim için, tutuklamaya yol açan soruşturmanın sonuçlanmış olmasına gerek bulunup bulunmadığı değildir. Bu kararda, konu indirim yapılabilmesi için, mahkûmiyete neden olan suçun tutuklamaya neden olan suç nedeniyle beraat kararı verilmezden önce işlenmiş olması, aksi takdirde indirim yapılamayacağıdır. Başka bir anlatımla, İçtihadı Birleştirme Kararı tutuklamaya neden olan suçtan dolayı beraat kararı verilmiş olmasına koşul olarak aramakta, fakat böyle bir beraat kararı varsa, mahkûmiyete neden olan suçun, beraat kararının kesinleşmesinden önce işlenmiş olmasını indirim yapılması için gerekli görmektedir.

Şöyle bir örnek verelim : Bir kişi, 1 Mart tarihinde işlediği iddia olunan suçtan dolayı yargılandığı sırada, 1 Nisan tarihinde başka bir suç nedeniyle tutuklanmıştır. İlk defa işlediği suçtan dolayı, kesin olarak mahkûm olmuş kişi hakkında, tutuklanmasına neden suçtan dolayı henüz bir karar verilmemiştir. Verilen mahkûmiyet hükmü infaz edilirken, henüz devam etmekte olan soruşturma nedeniyle tutuklu kaldığı süreler indirilebilecek midir? Bu soruya verilecek yanıt hiç kuşkusuz «evet» olacaktır. Çünkü, bu olayda, TCK.nun 40 ve 353 sayılı Kanunun 251. maddeleriyle, 1940 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında aranan indirim koşulları gerçekleşmiştir.

Gerçekten, olayda, her iki suç henüz davaların birleştirilmesi olanağının bulunduğu bir aşamada işlenmiştir. Öte yandan mahkûmiyete yol açan suç, tutuklamaya neden olan suçtan dolayı beraat kararı verilmezden önce işlenmiştir. Başka bir anlatımla, vatandaşın, «İki ay boş yere tutuklu kaldım. Devletten alacağım var, bari bir suç işleyeyim» diye düşünmesine olanak kalmamıştır.

● cc) Henüz devam etmekte olan soruşturmalar nedeniyle tutuklu kalınan sürenin mahkûmiyet süresinden indirilmesi, ileri sürüldüğünün tersine pratikte sorunlar yaratmayacaktır.

● i) Askeri Yargıtay Üçüncü Dairesi'nin 1965 tarihli kararında belirttiği gibi, indirim yapıldığı hem infaz dosyasına, hem de devam etmekte olan dava dosyasına dercedilecek böylece, devam eden davada ikinci defa indirim yapılması ve karışıklık yaratılması kolaylıkla önlenecektir.

● ii) Eğer sanki tutuklandığı davada beraat ederse, daha önce indirim yapıldığı için mağdur edilmemiş olacak, tersine tu-

tuklandığı davada mahkûm edilirse, önceden indirim yapılmış olduğundan, bu suçundan dolayı verilen cezayı tam olarak çekecektir. Böylece her iki olasılık halinde, hem vatandaş, hem de kamu, herhangi bir zarara uğratılmamış olacaktır.

● iii) Eğer sanık tutuklanmasına neden olan suçtan dolayı mahkûm olmuş, fakat bu suç nedeniyle tutuklu kaldığı sürenin tamamı değil, bir kısmı daha önce indirilmiş ise, indirim yapılmayan tutukluluk süresi, son mahkûmiyetinden indirilecek, sanığın mağdur olması ve mahkûmiyet süresinden daha fazla bir süreyle cezaevinde tutulması gibi, hak ve adalet duygularına aykırı bir sonuç yaratılmamış olacaktır (18).

Böylece, tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetinden indirilmesi için, tutuklamaya neden olan suçtan dolayı başlatılmış soruşturmanın sonuçlanmış olmasına gerek bulunmadığını göstermiş olduk. Şimdi, bu konuya ilişkin başka bir sorun üzerinde durabiliriz. Acaba, henüz kesin karara bağlanmamış soruşturma nedeniyle tutuklu kalınan sürenin indirilebilmesi için, indirim anında tutukluluk halinin kaldırılmış olması gerekli midir?

Sorunun daha iyi anlaşılması için, biraz önce verdiğimiz örneği yeniden ele alalım : Sanık 1 Martta işlediği suçtan dolayı mahkûm edildiği anda, devam etmekte olan soruşturma nedeniyle verilmiş olan tutuklama kararı kaldırılmış olabileceği gibi, tutukluluk hali, halen devam etmekte de olabilir. Acaba, tutukluluk halinin halen devam etmekte olması, indirim yapılmasına engel midir? Bu soruya «hayır» yanıtını vermek doğru olur. Çünkü, mahkûmiyet kararının kesinleşmesiyle birlikte infaz başlatılmakta ve tutukluluk hali geçici olarak sona ermektedir (19). Başka bir anlatımla, tutuklunun tutukluluk statüsü sona ermekte, kişi hükümlü

(18) «... Yukarıda yazılı 1 sene 2 aylık kesin ağır hapis cezasının 4 sene 7 ay 3 günlük tutukluluk süresinden mahsubu suretiyle bu cezanın infaz edilmiş sayılmasına ve keyfiyetin, gerek kesin ceza dosyasına ve gerek halen İstanbul 4. Sorğu Hâkimliğince yürütülmekte olan soruşturma dosyasına işaret olunmak üzere ilgili mercilere bildirilmesine..... karar verildi.» As. Yar. 3. Dairesi, yukarıda geçen karar. İndirim yapılması için, tutuklamaya yol açan soruşturmanın sonuçlanmış olması gerektiğini savunanlar, bu şartın gerçekleşmemesi nedeniyle indirim yapılamadığı hallerde, sanığın mağduriyetinin tazminat ödenmek suretiyle telafi edileceğini ileri sürmektedirler. Özgürlük konusunda uğranılan mağduriyetin para ile telafisi mümkün olmayacağına göre, gösterilen bu gerekçenin ciddiye alınması düşünülemez.

(19) KUNTER, N., a.g.y., s. 777; DÖNMEZER, S., - ERMAN, S. a.g.y.

sıfatıyla cezaevinde tutulmaya başlanmaktadır. Böyle olunca, yukarıda açıkladığımız ve savunduğumuz çözümden ayrılmak için hiçbir neden yok demektir. İnfaza başlandığı ana kadar, kişinin tutuklu kaldığı süre, tutuklama kararı kaldırılmamış olsa bile yine de cezadan indirilecektir. Ceza infazının sona ermesiyle birlikte, eğer tutuklama kararı kaldırılmamış ise, tutukluluk hali otomatik olarak geri dönecektir. Nitekim, bir kararında Yargıtay, tutukluluk halinin devam etmekte olmasını, indirim yapılmasına engel saymamıştır (20).

4 — Cezanın Ertelenmesi (Tecil) İndirim Yapılmasına Engel Değildir

Verilmiş olan cezanın tecil edilmiş olması, tutukluluk süresinin indirilmesine engel midir? Soru, başka bir açıdan şöyle ortaya atılabilir; tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetinden indirilmesi, arta kalan cezanın ertelenmesine engel olur mu?

Sorunu, bir örnekle göstermeye çalışalım : Kişi işlediği iddia olunan bir suçtan dolayı mahkûm olmuştur. Fakat, mahkûm olduğu süreye eşit bir süre veya daha az tutuklu kaldığı için, mahkûmiyet hükmü, indirim yapılması nedeniyle, ya hiç infaz edilmeyecek veya eksik infaz edilecektir. Bu gibi hallerde, cezanın tecil edilmesine engel var mıdır? (21).

Türk hukuk öğretisinde, hemen hemen tüm yazarlar, tutukluluk süresinin indirilmesi ile, cezanın tescilinin bağdaşacağı görüşündedirler. Çünkü, tecil halinde fail deneme müddetini suç işlemeksizin geçirmek suretiyle hakkında verilmiş bulunan mahkûmiyet hükmünü, esasen vaki olmamış saydırma hakkına sahiptir. Hiç tutuklu kalmamış hükümlüye tanınan bu olanağın, mahkûmiyet süresinden daha çok veya mahkûmiyet süresine eşit bir süre tutuklu kalmış bir hükümlüye tanınmaması, mantığa aykırı olmaktadır (22).

(20) Y.1.CD., 2.2.1965, 32/185; Y.1.CD., 25.2.1965, 219/372 (ÇAĞLAYAN, M., a.g.y., 1. Cilt, s. 396 ve 400.

(21) Tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetine eşit olduğu hal ile, bu sürenin daha az veya daha fazla olduğu hal arasında tecil açısından bir fark bulunmamaktadır.

(22) ÖNDER, A., Ceza hukukunda tecil ve benzeri müesseseler, 143; GÖLCÜKLÜ, F., a.g.y., 168; İÇEL, K., a.g.m., 576; DÖNMEZER, S., Mevkuften geçirilen cezanın tecili, İHFM., 1944, sayı 1-2, 409 vd. vesayı 3-4, 861 vd; DÖNMEZER, S. - ERMAN, S., a.g.y., Cilt 3, İst. 1980, s. 30; EREM, F., a.g.y., 2. Cilt, Ankara, 1974, 228.

Bunun gibi, tecilin TCK.nun 95. maddesindeki neden yüzünden düşmesi halinde de, indirim yapılmasına olanak bulunacaktır. Diyelim ki işlediği bir suçtan dolayı bir süre tutuklu kalan sanık, bu suç nedeniyle mahkûm edilmiştir. Mahkeme, indirim yapılması konusunda bir karar vermeksizin cezayı tecil etmiştir. Hükümlü deneme süresi içinde yeni bir suç işler ise, tecil kararı düşecek ve tecil edilen ceza ile, yeni mahkûmiyet, birlikte infaz edilecektir. İşte, bu halde, hükümlünün ilk suçundan dolayı tutuklu kaldığı süre, infaz aşamasında, ilk ceza süresinden indirilecek, yani hükümlü eski mahkûmiyetten tutukluluk süresi indirildikten sonra kalan süre ile, yeni mahkûmiyet süresinin toplamı kadar hapis yatacaktır.

Tutukluluk süresi, önce verilen ceza süresinden fazla ise, indirimden sonra arta kalan tutukluluk süresi, sonraki ceza mahkûmiyetinden indirilecek midir? Kanımızca bu soruya «evet» yanıtını vermek gerekecektir. Çünkü, TCK. 40 ve 1940 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının aradığı indirim koşulları bu olayda gerçekleşmiştir. Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden önce geçirilmiş bir tutukluluk hali mevcuttur. Öte yandan, bu gibi hallerde indirimin kabul edilmesi, vatandaşa yeni bir suç işleme konusunda teşvik anlamı taşımaz. Zaten, tecilin düşmesi üzerine, eski ve yeni ceza mahkûmiyetleri birlikte infaz edileceğinden, hesaplama da herhangi bir sorun çıkmayacaktır.

II — İNDİRİM MUHAKEMESİ

Kural olarak, tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesine, mahkûmiyet hükmünü veren mahkeme karar verir. Mahkeme indirim kararı alırken, hükmettiği cezayı esas alacaktır. Mahkemenin, sanığın tutuklu kaldığı süreleri, verilecek cezadan indirdikten sonra, geri kalan cezaya hükmetmesi yasaya aykırıdır (23).

Kural, indirimin mahkûmiyet hükmünü veren mahkemece karara bağlanması olmakla birlikte, mahkemenin bu konuda karar vermeyi ihmal etmiş olması, indirimin yapılmasına engel değildir.

(23) İÇEL, K., a.g.m., 577. «Hürriyeti kısıtlayan bir ceza ile mahkûmiyet halinde, tutuklulukta geçen sürenin hükümlülüğünden indirilmesine karar verilmesi icap ederken, mahkûmiyetin neticelerinin ortadan kaldırıldığı zehabını hasıl eden «cezanın infazına mahal olmadığı» şeklinde karar verilmesi kanuna aykırıdır» As. Yar. 1. Daire, 15.2.1960, 416/934, LÜLEÇİ, T. - ÖZBAKAN, K., a.g.e., 3. Cilt, s. 1199.

Çünkü, tutukluluk sürelerinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesini düzenleyen TCK.nun 40 ve 353 sayılı Kanununun 251. maddelerinde, «indirilebilir» denilmek suretiyle, mahkemeye bir takdir hakkı tanınmamış, «indirilir» gibi, emredici bir ifade kullanılarak, indirim zorunlu ve otomatik olduğu kabul edilmiş bulunmaktadır (24). Bu itibarla, mahkeme indirim yapılmasına karar vermemiş ve bu indirimi bizzat yapmamış olsa bile, infazla görevli Cumhuriyet Savcılığı, indirimi, infaz sırasında, res'en yapacaktır.

İndirim konusunda, uygulamada bir duraksama meydana geldiğinde, infaz makamı res'en veya hükümlü veya vekilinin talebi ile, CMUK.nun 402. maddesi gereğince, mahkemeden karar isteme yoluna gidecektir. Cumhuriyet Savcılığı, hükümlü veya vekilinin görüşünün tersine, infaz veya indirim konusunda, herhangi bir duraksama bulunmadığı düşüncesiyle, mahkemeden karar alma yoluna gitmez ise, hükümlü veya vekilinin CMUK.nun 402. maddesi gereğince bizzat mahkemeye başvurabileceğini kabul etmek gerekir (25). Karar istenecek mahkeme, mahkûmiyet hükmünü veren mahkemedir (26).

Mahkeme, bu tür talepleri, CMUK.nun 405. maddesi gereğince, savcılığın, hükümlü veya vekilinin mütalâalarını aldıktan sonra, duruşma yapmaksızın, dosya üzerinde karara bağlar. Mahkemenin bu konuda vermiş, olduğu kararlara karşı, bir üst mahkemede acele itiraz yoluna gidilebilir. Acele itirazda, merci bir üst mahkemedir. Ancak, kararı veren ağır ceza mahkemesi ise, itiraz en yakın ağır ceza mahkemesinde yapılacaktır.

İndirim muhakemesi konusunda, hemen hemen CMUK.nun yolunu benimseyen 353 sayılı Kanunda, itiraz mercii Askeri Yar-

(24) «Hükümde tutuklulukta geçen süresinin hükümlülüğünden mahsubuna karar verilmemiş olması keyfiyeti, res'en ve müstakilen hükmün bozulmasını gerektiren bir hata değilse de, hüküm başka sebeplerden dolayı muallal görülmüş ve esasa müessir olacak şekilde bozulmuş olduğuna göre, bu hususunda bozma sebepleri meyanında mütaala edilmesinde kanuna aykırılık bulunmadığından, bu konuda direnilmesi yerinde değildir» (As. Yar., Gen. Kur., 18.9.1959, 2914/66. LÜLECİ, T. - ÖZBAKAN, H., a.g.y., 3 Cilt, 1199).

(25) KUNTER, N., a.g.y., 785; İÇEL, K., a.g.m., 578.

(26) CMUK.nun 402. maddesinde, «Mahkemeden» sözcüğü kullanılmıştır. Buna göre, tefsir kararının aynı derecedeki, başka bir mahkemeden istenebilmesi gerekir kanısındayız. Eğer kanun koyucu, tefsir kararının mutlaka, mahkûmiyet kararı veren mahkemeden istenmesi gerektiği görüşünde olsaydı, «Mahkemesinden» sözcüğünü kullanabilirdi.

gı tay olarak belirlenmiş ve itiraz süresi, yedi gün olarak sınırlandırılmıştır. 353 sayılı Kanununun 254. maddesine göre, infazda doğan duraksama konusunda karar veren mahkeme kararına karşı, 7 gün içinde Askeri Yargıtay'a itiraz edilebilir (27). Sivil Ceza Muhakemesi Hukukunda, itiraz üzerine verilen kararlar kesin olduğundan, bunlara karşı ancak yazılı emirle bozma talebinde bulunulabilir.

Gerek sivil yargıda, gerekse askeri yargıda, infaz konusunda doğan duraksamanın kaldırılması için mahkemeye başvurulmuş olması, infazı ertelemez veya durdurmaz. Ancak, mahkeme, gecikmede tehlike varsa, infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir (28).

III — SONUÇ

Tutukluluk sürelerinin, ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi konusunda, uygulamada doğan duraksamalar hemen hemen çözüme bağlanmış görünmektedir. Yalnız, indirim için, tutuklamaya neden olan soruşturmanın sonuçlanmış olmasına gerek bulunup bulunmadığı sorunu ve buna ilişkin olarak 1940 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının yorumu fikir ayrılıklarına neden olmaktadır. Bu konuda Yargıtay'ın kararları arasında bir bütünlük bulunmakla birlikte, Askeri Yargıtay'ın çelişkili kararlarına rastlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan olarak verdiği 26.4.1983 gün ve 1983/5 Müt. sayılı kararla, mahsup konusunda duyulan duraksamaları, savunduğumuz görüş doğrultusunda çözüme bağlamıştır.

(27) Prof. Erman, askeri yargıya ilişkin işlerde, savcılığın veya mahkûmun isterlerse refik mahkemede itiraz yoluna gidebilecekleri, isterlerse Askeri Yargıtaya itirazda bulunabileceklerini ima etmektedir. (Bkz., ERMAN, S., Askeri Ceza Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 1974, 488). Kanımızca infaz konusunda doğan duraksamaların ortadan kaldırılması işinde, askeri mahkemece verilen karara karşı itiraz mercii, kanun tarafından Askeri Yargıtay olarak belirtilmiştir. Bu duruma göre, Askeri Yargıda infaz konusundaki açıklama kararları aleyhine acele itiraz yolunun kapalı olduğunu kabul etmek gerekir.

(28) As.Mah.K. ve Y.Us.K.nun 253. maddesinde (son fıkra), mahkemenin cezanın yerine getirilmesini geri bırakabileceği hükmünü yer verilmiş, başlamış olan infazın durdurulabileceğine ilişkin bir açıklık getirilmemiştir. Kanımızca Askeri Yargı ile Sivil Yargı arasında bu açıdan bir fark yaratmak doğru olmaz. Yasa maddeleri arasındaki bu fark, bir unutkanlık sonucudur. Askeri Yargıda da, mahkemenin infazın ertelenmesine olduğu gibi, durdurulmasına da karar verebileceğini kabul etmek doğru olur.

SAĞ KALAN EŞİN İNTİFA HAKKI SEÇİMİNDE
ŞEKİL VE MÜDDET PROBLEMİ

Doç. Dr. Nisim İ. FRANKO (*)

PLAN : §. 1 — Meselenin takdimi. §. 2 — İntifa hakkının seçiminde şekil meselesi. I — İsviçre hukukunda. 1 — Şekle tabi olmama esası. A — Sarih beyanla seçim. B — Zımnî şekilde seçim. a — İntifa hakkının tercih edildiğini ifade eden fiiller. aa — Eşin intifa hakkına denk irat talep etmesi. bb — Eşin paylaştırmada sükût etmesi. cc — Sağ kalan eşin tereke borçlarını ödemekten kaçınması. b — Mülkiyetin tercihinin ifade eden fiiller. aa — Sağ kalan eş tarafından tereke borcunun ödenmesi. bb — Sağ kalan eş tarafından terekenin taksimi istenmesi veya miras sebebi ile istihkak davası ikame etmesi. c — Sağ kalan eşin her iki tercihe delalet eden fiilleri. aa — Defter tutma talebi veya mümessil tayini talebi. bb — Gayrimenkullerin tapuya tescilinin istenmesi. 2 — Seçim beyanında temsil. 3 — Seçim beyanının muhatabı. A — Diğer bütün mirasçılar. B — Sağ kalan eşle birlikte mirasçı füruu. C — Diğer alâkalılar. D — Furu, tereke alacaklıları, veraset senedini ita eden mahkeme. II — Türk hukukunda. 1 — İsviçre hukukundaki tanzim tarzının benimsenmesi. 2 — Tapu Kanununun 5. maddesinin tanzim tarzı. §. 3 — İntifa hakkının seçiminde müddet meselesi. I — İsviçre hukukunda. 1 — Müddetsiz olduğu fikri. 2 — Seçim hakkının mirasın reddi müddeti ile mahdud olduğu fikri. 3 — Taksim davasının veya icra takibinin tesiri. 4 — Eşin seçime icbar edilebileceği fikri. II — Türk hukukunda. 1 — İsviçre hukukunun tanzim tarzının benimsenmesi. 2 — Tapu Kanununun 5. maddesinin tesiri.

§. 1 — MESELENİN TAKDİMİ

Gerek İsviçre Medeni Kanunu, gerekse, Türk Medeni Kanunu, sağ kalan eşin birinci zümre mirasçıları ile içtimaî halinde; eşin terekede 1/4 mülkiyetini veya 1/2 intifa hakkını seçebileceğini kabul etmiştir.

Burada, karşılaşılan en mühim meselelerden birisi, sağ kalan eşin iş bu seçim hakkının bir şekle tâbi olup olmadığı, ikincisi ise

(*) Gazi Üniversitesi İdari Bilimler Y.O. Öğretim Üyesi.

Not : Yazının daha iyi anlaşılabilmesi için sonuna sözlük eklenmiştir.

(YD.)

yine aynı seçimin kanunen muayyen bir müddet zarfında yapılıp yapılamayacağı meseleleridir. Bu meseleleri iki ayrı paragraf halinde ve sırasıyla İsviçre Medeni Kanunu ile Türk Medeni Kanunu bakımından incelemek gerekir.

Ş. 2 — İNTİFA HAKKININ SEÇİMİNDE ŞEKİL MESELESİ

1) İsviçre Hukukunda

1 — Şekle Tabi Olmama Esası

İsviçre Medeni Kanununun 462. maddesi, sağ kalan eşin miras hakkını tanzim ederken, seçim hakkını hiçbir şekle bağlamış değildir. Bu itibarla, bu seçim gerek sarîh irade beyanı ile gerekse zımnen yapılabilir (1).

A — Sarîh Beyanla Seçim

Sağ kalan eşin, kanunun kendisine tanıdığı olduğu mülkiyet veya intifa haklarından hangisini seçtiğini sarîh bir beyanla yapması mümkündür (2). Bu beyan ister yazılı, ister şifahî olsun mümeyyiz vasfı tek taraflı ve tevcihi muktazı bir beyan olmasıdır (3).

B — Zımnî Şekilde Seçim

Seçim hakkı muayyen bir şekle bağlanmamış olduğundan, sağ kalan eşin kendisine kanunen tanıdığı olan şıklardan hangisini seçtiğini, iradesini açıklayan fiillerle (acte concluants) de tespit etmek

(1) PORRET, M: De l'exercice du droit d'option du conjoint survivant «CC462» par ses héritiers JDT. 1915, 387; TUOR, P.: Le conjoint survivant FJS. no. 544,4; ARIK, F.K.: Medeni kanunumuzun 444. maddesi 1. fıkrası ile sağ kalan eşe tanınan seçimlik hakkın hukukî mahiyeti SBFD. 1951 VI sa. 14, 354; LADOR, . - MİNİT, J. - HİNDERMANN A.E.: Héritiers et testateurs Genève 1954, 34; MARQUİS, G.V.: Les droits successorauxdu conjoint survivant Lausanne 1921,22; ÖZTRAK, İ.: Miras hukuku Ankara 1968,31; CANSEL E.: Miras hukuku (teksir) Ankara 1975,6; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: Miras hukuku 2.t. 1978, İstanbul, 99-100.

(2) İbidem.

(3) ARIK, K.F.: 1951, 354; ÖZTRAK İ.: 1968, İMRE, Z.: Türk miras hukuku İstanbul, 4.tt 1978, 66 şunu belirtelim ki, irade beyanının bu vasfı dolayısıyla, beyan karşı tarafı varmakla neticelerini meydana getirir. Muhatabın bu hususta ne muvafakatı ne de hatta bilgisi aranmaz; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. 1978, 100.

mümkündür (4). Kanunun iki selâhiyet arasında, birisi lehine bir karine vazetmemiş olduğu kabul edilmiştir (5). Bu itibarla; sağ kalan eşin, uzun bir müddet diğer mirasçılarının müdahalesine maruz kalmadan; terekeden istifade etmiş olmasını, intifa hakkını seçmiş olduğu şeklinde kabul eden fikirde isabet yoktur (6).

Mülkiyetin seçimine müteallik, iradenin tefsirine müsait fiillerin müşterek bir vasfı haiz olduğu ileri sürülmüştü. Bu fikre göre, eğer bu iradeyi açıklayan fiiller mirasçının İMK. 571 (MK. 550) ye göre; normal bir idarenin lüzumlu kılmadığı fiilleri, yani mirasın reddi selâhiyetinden mahrumiyeti mucip fiilleri ifade ediyorsa; bu takdirde mülkiyetin seçilmiş olduğu neticesine varılmalıdır.

- a) İntifa hakkının tercih edilmiş olduğunu ifade eden fiiller.

Sağ kalan eşin iradesini açıklayan fiiller arasında, intifa hakkının seçildiğini ifade eden fiiller, mülkiyet hakkının seçildiğini ifade eden fiillere nispetle daha azdır (7).

- aa — Eşin intifa hakkına denk irat talep etmesi

Sağ kalan eşin, müşterek mirasçılardan, intifa hakkına denk bir irat verilmesini talep etmesinin, eşin intifa hakkını seçmiş bulunduğunun en kuvvetli delilidir (8). Filhakika; kanuna göre, sağ kalan eş ancak intifa hakkını seçtiği takdirdedir ki, onun irade tahvilini isteyebilir.

- bb — Eşin paylaştırmada sükût etmesi

Sağ kalan eşin, müşterek mirasçılarının bütün terekeyi paylaştırmalarına ses çıkarmamış olması da, onun intifa hakkını seçmiş olduğuna dair en kuvvetli bir emaredir (9). Bununla beraber, diğer bir fikre göre (10): Bu paylaşırma esnasında sağ kalan eşin,

-
- (4) Bk., 1 sayılı atıftaki eserler.
 (5) CANSEL, E. : 86; YUNG, W. : La quotité disponible en cas de concours du conjoint survivant avec les descendants du défunt, Annales dixièmes années tome XI No. 16-17,220.
 (6) PİAGET, J.E. : De la situation juridique et plus spécialement des droits successoraux du conjoint survivant Genève 1910, 98-99; MARQUİS, C.V. : 23; CANSEL, E. : 87.
 (7) CANSEL, E. : 87; TUOR, P. : FJS. No. 544; ÖZTRAK, İ. : 31.
 (8) TUOR, P. : FJS. No. 544,4.
 (9) Yazının aslında yoktur. (YD.)
 (10) CANSEL, E. : 87.

1/4 mülkiyeti seçmemiş olmasının, intifa hakkını seçtiği şekilde tefsir edileceği ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce; bu durumda, sağ kalan eşin, sarih olarak iradesini bildirmediği takdirde; intifa hakkının seçilmiş olduğunu kabul etmekte isabet vardır. Zira, mirasçılardan terekeyi taksim ederken, sağ kalan eşin sükût etmiş olması; intifa hakkını seçtiğinin kâfi derecede objektif bir delilidir. Sağ kalan eşin, taksimden sonra, mülkiyeti seçmiş olduğu iddiasını ileri sürmesi, uyandırılmış olan itimadın nakzını ifade eder. Tereke alacaklılarının, objektif durumu istinad etmekte hakları vardır.

● cc — Sağ kalan eşin tereke borçlarını ödemekten kaçınması

Sağ kalan eşin, tereke borçlarını ödemekten kaçınması, onun intifa hakkını seçmiş olduğunu ifade eder. Herne kadar bir fikre göre (11) : borcu ödenmekten kaçınma bu manayı ifade etmediği ileri sürülmüş ise de; bu tereddüdü mucip bir mütalaadır. Filhakika; ölüm halinde, sağ kalan eşin durumu hem mirasçılar hem de tereke alacaklıları bakımından ehemmiyet arzeder. Bu itibarla, sağ kalan eşin, bu kimseler karşısına ya intifa hakkını veya mülkiyeti seçmiş olarak çıkması gerekir.

Doktrin, terekenin borçlarını ödemiş olan eşin, mülkiyeti seçmiş olduğunu kabul etmektedir. Aynı şekilde, tereke borcunu ödemekten imtina etmiş olan sağ kalan eşin, intifa hakkını seçmiş olduğunu kabulde isabet vardır. Zira, bu şekilde, sağ kalan eş, terekenin borçlarından mes'uliyeti kabul etmediğini en kat'ı bir şekilde ifade etmiş olur. Kaldı ki, sağ kalan eşin terekenin borçlarını ödemekten imtina etmiş olmasının, intifa hakkını seçtiğine delâlet etmeyeceğini ileri süren fikrin ekaliyette kaldığını; bizzat bu fikri ileri süren müellif tarafından da ifade edilmiştir (12).

● b) Mülkiyetin tercihini ifade eden fiiler

● aa — Sağ kalan eş tarafından tereke borcunun ödenmesi

(11) OĞUZMAN, K. : Miras hukuku dersleri, İstanbul 1972,79.

(12) OĞUZMAN, K. : 88; RHAM de : Les sûretés dues par l'usufruitier au nu-propiétaire Lausanne 1925,10; KÖPRÜLÜ, B. - KANET, S. : Sınırlı ayni haklar İstanbul 1972-1973, 85; DALAMAN, L. : Miras hukuku tatbikatı Ankara 1975, 15.

(13) CANSEL, E. : 87; TUOR, P. : FJS. No. 544,4; ÖZTRAK, İ. : 31; İNAN, A.N. : Miras hukuku Ankara 1969,74 dip notu 35; İMRE, Z. : 66 dip notu 9; ARIK, K.F. : SBF. 1951, 35.

Sağ kalan eş, terekenin borçlarını ödediği takdirde, mülkiyetin tercih edildiğini ifade eden bir fiil yapmış demektir (13). Bu tefsir tarzı yerindedir. Filhakika, intifa hakkını seçmiş olan eşin tereke borçlarından mesuliyeti yoktur (4). Bununla beraber, münferit kalan bir fikre göre (15), sağ kalan eş terekenin borçlarını ödemiş olsa bile, bu husus onun intifa hakkını seçmiş olmadığını ifade etmez. Bu takdirde, mülkiyetin seçilmiş olduğunun ispat külfeti mirasçılara ve tereke alacaklılarına aittir.

Kanaatimizce, bu fikirde isabet yoktur. Kanun intifa hakkını seçmiş olan eşin, tereke borçlarından mes'ul olmayacağını kabul etmiştir. Muayyen ve müşahhas bir hadisede, eşin tam aksi bir tavır takınmış olmasını başka bir şekilde tefsir etmeğe imkân yoktur. Tereke borçlarını ödeyen sağ kalan eş seçimini mülkiyet yolunda kullanmış demektir. Bunun aksinin de iddia edilemeyeceği kanaatindeyiz.

- bb — Sağ kalan eş tarafından terekenin taksimini istemesi veya miras sebebi ile istihkak davası ikame etmesi

Sağ kalan eşin, terekenin taksimini talep etmesi veya bu hususta dava açmış olması veyahut miras sebebiyle istihkak davası ikame etmiş olması hallerinde dahi; terekede mülkiyeti seçmiş olduğunu ifade eder (16). Zira, bu fiiler mirasçılık sıfatının benimsendiğine dair deliller teşkil eder.

- c) Sağ kalan eşin heriki tercihe delâlet eden fiilleri

- aa — Defter tutma talebi veya mümessil tayini talebi

Sağ kalan eşin, defter tutulmasına dair talebinin; iradeyi açıklayan fiiller olarak, mülkiyetin mi yoksa intifa hakkının mı seçildiği hususunda tefsiri bakımından ihtilaf mevcuttur. Bir fikre göre (17) : Sağ kalan eşin bu şekilde bir talebi mülkiyeti seçtiğine karinedir. İkinci bir fikre göre ise (18) defter tutma talebi bu manaya gelmez. Filhakika, sağ kalan eş bu surette, terekenin mevcudunun ne olduğunu öğrenmek isteyebilir. Tercih hakkını bundan

(14) İMRE, Z. : 66.

(15) MARQUİS, G.V. : 22.

(16) ARIK, F.K. : SBFD. 1951, 354; MARQUİS, G.V. : 22; İNAN, A.N. : 74 dip notu 75; ÖZTRAK, İ. : 31; CANSEL, E. : 87; TUOR, P. : FJS. No. 544. 4.

(17) ARIK, F.K. : SBFD. 1951, 354; TUOR P. : FJS. No. 544,4; CANSEL, E : 87.

(18) İMRE, Z. : 66 dip notu 9; MARQUİS, G.V. : 23.

sonra kullanmak arzusunda bulunabilir. Mezkûr talep MK.nun 532. maddesine tevfikân talep olunan defter tutmaya mütealliktir. Aynı fikre göre (19) Terekeye mümessil tayin edilmesini istemek de mülkiyetin seçildiğini ifade etmez. Zira, bir mümessilin tayini, mülkiyet hakkının istimali bakımından da yapılmış olabilir.

Kanaatimizce, gerek defter tutma gerekse mümessil tayini hakkındaki talep bakımından ileri sürülen bu fikirler isabetlidir. Çünkü, iradeyi açıklayan fiillerin mülkiyetin seçimi şeklinde tefsir edilebilmesi için; bunların mirası red selahiyetinden mahrumiyeti şeklinde kabul edilmeleri gerekir (20). Sağ kalan eşin, defter tutma talebi ve mümessil tayini talebi normal idarenin icap ettiği fiillerdir. Kaldı ki, kanun vaznı, eşin tercih hakkını kullanmadan evvel, tereke mevcudu hakkında vaznı bir fikir sahibi olmasını istemiştir.

● bb — Gayrimenkullerin tapuya teşçilinin istenmesi

Gayrimenkullerin miras şirketi namına tapuya teşçili, mülkiyetin seçilmesi bakımından kuvvetli bir karine şeklinde tefsir edilebilir ise de; İsviçre doktrini mücerret böyle bir talebin bu şekilde tefsir edilemeyeceğini kabul etmiştir (21).

2 — Seçim Beyanında Temsil

Sağ kalan eşin, gerek intifa hakkı gerekse mülkiyet hakkına mütealîk beyanı esas itibarıyla eş tarafından kullanılır. Fakat burada, şahsa sıkı suretle bağlı bir hakkın kullanılması mevzubahis olmadığından, burada gerek iradî temsil ve gerekse ehliyetsizlik, hastalık, gaiplik veya benzer sebeplerle; hak bizzat kullanılmamakta ise, kanunî temsil yolu ile de bu hak kullanılabilir (22).

Bu hususta şunu belirtmelidir ki; sağ alan eşin iradî temsil yolu ile, seçim hakkını kullanabilmesi için, vekilin bu bapta hususi selâhiyeti haiz olması gereklidir (23). Bunun gibi, eğer, aynı bakımdan kanunî temsil cari olacaksa; seçimin yapılması mirasın reddi müessesesi ile yakın alâkası görüldüğünden kanunî mümessilin bu beyanda bulunabilmesi için, MK.nun 406/5. bendi mucibince kanu-

(19) İMRE, Z. : 66 dip notu 9.

(20) MARQUİS, G.V. : 23; CANSEL, E. : 87.

(21) FULPIUS, J. : Le conjoint survivant en droit matrimonial et successoral suisse Genève 1968, 26 dip notu 20.

(22) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. : 1978, 99; İMRE, Z. : 1978, 67, dip notu 11.

(23) 11.HD. 6.10.1951 t. E. 6056/6385 Yeni Hukuk ve İçtihatlar Dergisi sayı 36-37, 939; İMRE, Z. : 63; OĞUZMAN, K. : 81; AYİTER, N. : 31.

nî mümessilin sulh mahkemesinden izin istihsal etmesi ve ayrıca asliye mahkemesinin tasdikini temin etmesi gerekmektedir (24).

Kanaatimizce, iradî temsilde, yapılacak olan beyanın ehemmiyeti gözönünde tutulmak suretiyle; hususî selâhiyet itasında isabet vardır. Böyle bir zaruret, sağ kalan eşi teenniye sevkeder. Ancak, kanunî mümessilin sulh mahkemesinin izni ve asliye mahkemesinin tasdikini haiz olması gerekeceği fikrinin mucip sebebi pek mukni görünmemektedir. Filhakika, böyle bir zarureti arayan fikir, sağ kalan eşin seçimi ile mirasın kabul veya reddi ile bir paralellik tesis etmektedirler. Halbuki, seçim hakkını kullanmasında bu iki müessese ile olan mümaseleti pek sarîh değildir. Hele, sağ kalan eş intifa hakkını seçtiği takdirde, tereke borçlarından mes'ul olmayacağına göre, burada kendisinin hususi surette himayesi de mevzubahis değildir. Bu seçimlerden belki mülkiyet ile alâkalı olu- nunda sağ kalan eşin himayesi mevzubahis olabilir. Zira, burada tereke borçlarından mes'uliyet mevcuttur. Ancak, terekenin alacakları borçlarından fazla olduğu takdirde bu endişe de varit değildir. Terekenin durumu ise, daima evvelâ defter tutma talebi ile açığa çıkarılabilir.

3 — Seçim Beyanının Muhatabı

Sağ alan eşin seçime müteallik irade beyanının tek taraflı ve tevcihi muktazı bir irade beyanı olduğuna işaret etmiştik. Bu itibarla beyanın muhatabının kimin olacağını tespit etmek gerekir. Derhal işaret edelim ki, burada muhtelif ihtimaller üzerinde durulmuştur :

A) Diğer Bütün Mirasçılar

Bir fikre göre, sağ kalan eşin seçim beyanı diğer bütün mirasçılara karşı yapılmalıdır (25). Eğer, hadisede bir miras şirketi mevcut ise, bu beyan miras şirketini temsil eden mümessile karşı da yapılabilir. Bütün mirasçılara veya miras şirketi mümessiline yapılmayan beyan sağ kalan eşi bağlamaz (26).

B) Sağ Kalan Eşle Birlikte Mirasçı Olan Fürular

Tevcih edilecek olan, seçime müteallik irade beyanının muhatabı, bakımından diğer bir fikre göre ise; eşle birlikte mirasçı olan

(24) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. : 1978, 99; İMRE, Z. : 67 dip notu 11.

(25) TUOR, P. : Art. 462 n. 36,43, Kocayusufpaşaoğlu'dan 100 dip notu 22; OĞUZMAN, K. : 63.

(26) İbidem.

fürudur. Bu beyan fürudan birine veya birkaçına karşı yapılması mümkündür (27).

C) Diğer Alâkalılar

Aynı mevzuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise (28) seçim beyanı muhtelif kimselere karşı yapılabilir. Yeter ki bunlar mirasta alâkalı kimseler olsun. Bu alâkalılar şunlardır : Selâhiyetli mahkeme, yani MK.nun 540'a göre murisin son ikametgâhı mahkemesi, birlikte mirasçı olan füru, murisin veya eşin alacaklıları, diğer alâkahılardan üçüncü şahıslar meselâ birlikte mirasçı olan fürunun alacaklıları da kendilerine beyan yapılabilecek kimselerdir.

İlave edelim ki, beyanın birden fazla muhatabı olduğunu kabul eden fikir arasında; eşle birlikte füru, miras ortaklığı mümessili, selâhiyettar merci, yani murisin son ikametgâhının sulh hâkimi de yer alır (29).

D) Füru, Tereke Alacaklıları, Veraset Senedi İta Eden Mahkeme

Sağ kalan eşin seçim beyanını yapacak olduğu muhataplar arasında bulunacak kimseleri tespit bakımından diğer bir tasnif de şudur (30). Sağ kalan eşin beyanı, kaide itibarıyla, eşle birlikte mirasçı olan fürudur. Bu seçim hakkı delâlet edici vakialarla (actes concluenas) ile yapılabileceğine göre, beyanın bütün mirasçılara yapılmış olması gerekmez. Bu itibarla yalnız fürua karşı yapılmış olan beyan eşi bağlar.

Tespit olunan bu kaidenin yanında, başka kimselere karşı yapılan beyanın da eşi bağlaması mümkündür. Bilfarz, sağ kalan eş aleyhine icra takibatına girişmiş olan tereke alacaklılarına yaptığı beyan muteberdir. Keza veraset senedi istihsal etmek için müracaat olunan sulh mahkemesine karşı vaki olan beyan dahi aynı neticeyi doğurur. Nihayet, miras şirketi mümessiline karşı sağ kalan eşin tercih etmiş olduğu irade beyanı ile de seçim yapılmış olur.

(27) ESCHER, Art. 462, no. 32; SEBES : 33; BAESCHİ : 27 Kocayusufpaşaoğlu'na atfen 100 dip notu 23.

(28) MARQUİS, G.V. : 100-101.

(29) İMRE, Z. : 63 dip notu 26; VELİDEDEOĞLU, H. : Türk medeni hukuku 3.b. İstanbul 1963. 458.

(30) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. : 101.

Buna karşı, veraset senedj istihalden başka, müstakil bir taleple murisin son ikametğahı sulh hâkimine yapılan beyanın bu neticeyi doğurması mümkün değildir.

Sağ kalan eşin beyanının muhatabı bakımından ileri sürülen bu görüşler hakkında ne düşünölmelidir?

Kanaatimizce, kaide itibarıyla sağ kalan eşin seçim beyanını birlikte mirasçı olan fûrua karşı yapmasında isabet vardır. Zira, miras hukukunun esaslarına göre fûru en yakın mirasçılardır ve bunlar mevcut olunca diğer mirasçıların terekeden pay almaları mümkün değildir. Terekeye yabancı olan mirasçılara ise, beyanda bulunmakta mana yoktur. Fûrudan birisine dahi yapılan beyan eşi bağlar.

Bunun yanında, eşin miras şirketi mevcut ise, mümessiline yapacak olduğu beyanın da keza bağlayıcı olduğunu kabul etmelidir. Bunun yanında, tereke alacaklılarına tevcih olunan beyanda muteber olduğundan şüphe yoktur. Sağ kalan eşin intifai seçtiği takdirde, tereke borçlarından mes'ul olmadığı düşünölsürse, tereke alacaklılarına karşı böyle bir beyanda bulunabilmesindeki menfaati aşikârdır.

Sağ kalan eşin selâhiyettar makamlara yapacak olduğu beyana gelince bu beyanın hem veraset senedini ita eden sulh mahkemesinde; hem de, müstakilen bu bapta açılacak bir dava dolayısıyla, murisin son ikametğahı sulh hukuk hâkimliğine yapılabileceği kabul edilmelidir. Filhakika, kanun vazı mirasla alâkalı her türlü ihtilâfın murisin son ikametğahı mahkemesinde temerküz ettirmek istemiştir. Sağ kalan eşin seçim beyanı mirasın bütün mukadderratı ile alâkalıdır. Bu derece mühim bir beyanda, mahkemenin bu selâhiyetini nezetmekte isabet yoktur.

II) Türk Hukukunda

1 — İsviçre Hukukundaki Tanzim Tarzının Benimsenmesi

Türk Hukukunda; sağ kalan eşin seçim hakkının hiç bir şekilde tâbi olmadığı, bu seçimin gerek sarih gerekse zımnî şekilde yapılabileceği hususundaki İsviçre Hukukunun tanzim tarzını benimseyen bir görüş mevcuttur (31). Bu husus bilhassa eşin sarih beyanı bakımından münakaşa edilmez.

(31) Bk. §. 1. A.B.

İsviçre Hukukunun; bu tanzim tarzı benimsendiği takdirde, sağ kalan eşin zımnî iradesini ifade eden fiiller bakımından da, İsviçre Hukukunda varılmış olan neticeler, Türk Hukuku bakımından da varit olacaktır. Bu itibarla yukarıda vermiş olduğumuz iza-hata atıfla iktifa ediyoruz.

2 — Tapu Kanununun 5. Maddesinin Tanzim Tarzının Benimsenmesi

İsviçre Hukukunun aksine; Türk Hukukunda Tapu Kanununun 5. maddesi hükmü karşısında bu durumun bu derece kat'î olmadığı ve muayyen şartlar altında; sağ kalan eşin mülkiyeti seçtiği kabul olunacağı iddia edilmiştir (32). Filhakika; ölüm vukuunda mirasçılardan biri tarafından, veraset senedi istihsalı için mahkemeye müracaat edildiği takdirde, mahkeme sağ kalan eşe, Tapu Kanununun 5. maddesi dairesinde, mirasta intifa veya mülkiyetten hangisini seçeceği hususunda bir haftalık müddet zarfında beyanda bulunmasını ister (33). Sağ kalan eş bu müddet zarfında beyanda bulunmadığı takdirde, mirasta mülkiyet hakkını tercih ettiği addolunur (34).

İşte, bu kanun hükmü dolayısıyla, Türk Hukukunda, sağ kalan eşin seçiminin şekle bağlandığı kabul edilmelidir. Zira, sağ kalan eş bu hüküm muvacehesinde, beyanını veraset senedi ita eden mahkemeye karşı yapmalıdır.

Şunu belirtmelidir ki, Tapu Kanununun 5. maddesinin hükmünün tatbiki için, bir görüşe istinaden (35), alınacak veraset senedinin muayyen evsafa olması gerekir. Filhakika, bu vesaret senedinin, yalnız mirasçı sıfatını tespit etmekle iktifa etmemeli, aynı zamanda terekeyi teşkil eden malların da ne olduğunu tayin etmelidir. Zira, sağ kalan eş, terekenin teşekkül tarzından habersiz olur.

Herne kadar, bu fikir makul ise de, tatbikatta bütün veraset senetleri, yalnız mirasçılardan mirasçılık sıfatını tespit ile iktifa eder. Bu itibarla, ileri sürülen fikrin tatbik kabiliyeti yoktur. Bundan dolayıdır ki, Tapu Kanununun 5. maddesi hükmü her nevi veraset senedin de mevzubahis olur.

(32) CANSSEL, E.: 86; BELGESAY, M.R.: Türk kanunu medenisi şerhi 3. kitap: Miras hukuku, İstanbul 1952, 20; BERKİ, A.H.: Miras ve tatbikat 2.t. Ankara 1968, 191.

(33) İbidem.

(34) CANSSEL, E.: 86; BELGESAY, M.R.: 20, BERKİ, A.H.: 191.

(35) BELGESAY, M.R.: 20.

Şunu belirtmelidir ki; Tapu Kanununun 5. maddesinden sağ kalan eşin seçim hakkının şekli bakımından bir netice çıkarmak mümkün olmadığı iddia edilmiştir. Filhakika; bir fikre göre (36), Tapu Kanununun 5. maddesi, ancak, terekede gayrimenkul malların mevcut olması halinde tatbik edilebilir. Bunun hükmünü bütün terekelere teşmile mahal yoktur. Kaldı ki, diğer terekelerde de —yani gayrimenkule taallük edenlerde— aynı neticeye varılmaz. Zira, Tapu Kanununun 5. maddesi yalnız mülkiyetin tercihi ile alâkalı değildir. Aynı zamanda intifa hakkının seçimi ile de alâkalıdır. Bu itibarla, sağ kalan eşin süküt etmesi ile, yalnız mülkiyeti seçtiğini iddia etmek doğru değildir. Burada da, İsviçre Hukukunun varmış olduğu, neticeye varmak gerekir (37).

Tapu Kanununun 5. maddesinin tatbik kabiliyeti hakkında ileri sürülen bu fikirler hakkında ne düşünülmelidir?

Kanaatimizce, Tapu Kanununun 5. maddesinin, terekede gayrimenkul olduğu takdirde tatbik edileceği doğrudur. Ancak, hükmün vazındaki gaye nazarı dikkate alındıkta, menkul terekelerde de, bu hükmün tatbik edilmesine mani yoktur (38). Bu hüküm terekenin teşekkül tarzı ile alâkalı değildir. Burada, üzerinde durulan husus, seçim hakkını kullanacak olan kimsenin, bu seçimi muayyen bir makama tevcih etmesi gereğidir. Terekede, yalnız menkuller bulunduğu takdirde, hükmün farklı olacağını iddia etmek mantıkî olamaz. Sağ kalan eş, üzerinde hak sahibi olacağı tereke ister gayrimenkul ister menkulden teşekkül etsin, hakkının mahiyetini tespit bakımından yine de beyanda bulunacaktır. Ayrıca, Türk Hukukunda, Tapu Kanununun 5. maddesinin mevcudiyetinin, İsviçre'de hiçbir şekle bağlı olmayan seçim beyanının, Türkiye de şekle tâbi olduğu manasını da taşımaz. Zira, muayyen ve müşahhas bir hâdisede, mirasçılar veraset senedini istihsal etmek üzere mahkemeye müracaat ettikleri takdirdedir ki, bu maddenin tatbiki mevzubahis olur. Halbuki, sağ kalan eşin veraset senedi istihsal edilemeden de, yukarıda izah olunan yollardan seçimini hangi istikâmette kullandığını pekâlâ, hiçbir şekle bağlı olmaksızın dahi ifade edebilir (39).

(36) ÇAĞA, T. : Türk - İsviçre hukukunda mahfuz hisseli mirasçılarının hukukî durumu, İstanbul 1950, 70 dip notu 63; ÖZTRAK, İ. : 130; OĞUZMAN, K. : 79 dip notu 64

(37) ÇAĞA, E. : 79 dip notu 63.

(38) OĞUZMAN, K. : 76 dip notu 58.

(39) CANSEL, E. : 86.

Ş. 3 — İNTİFA HAKKININ SEÇİMİNDE MÜDDET MESELESİ

Medeni kanunumuzun 444. maddesi ile, sağ kalan eşe tanınmış olan seçim selâhiyetinin; bir müddetle bağlı olup olmadığı hususunu da, İsviçre ve Türk Hukuku bakımından ayrı ayrı tetkik etmelidir.

1) İsviçre Hukukunda

1 — Müddetsiz Olduğu Fikri

İsviçre Medeni Hukukunda, sağ kalan eşin, seçim hakkını kullanması bakımından bir müddetle bağlı bulunmadığı fikri hakimdir (40). Bu itibarla, sağ kalan eş seçme hakkını daima kullanabilir. Bu görüş, eşin sükûtunun seçim şıklarından biri lehine karine teşkil etmediği fikrine dayanır (41).

2 — Seçim Hakkının Mirasın Reddi Müddetiyle Mahdut Olduğu Fikri

İsviçre hukukundaki hakim fikre rağmen, aksini iddia eden görüşler de mevcuttur. Filhakika, bir fıkre göne (42), sağ kalan eş hakkını kullanmadıkça, hukukî durum muâllaktadır (43). Bu itibarla, yalnız mirasçılardan değil şahsî alacaklıların ve tereke alacaklılarının durumu da gözönünde tutulmalıdır. Zira, tercih şekline göre, tereke sebebiyle mesuliyet şekli değişecektir (44).

Bunun içindir ki, bu fikrin taraftarlarına göre, sağ kalan eşin seçim hakkını, mirasın reddine müteallik müddetle mahdut olması gerekmektedir. Sağ kalan eş bu müddet zarfında seçim hakkını kullanmazsa, mülkiyeti seçmiş olduğu addolunacaktır (45). Nitekim, İsviçre Medeni Kanununun hazırlanması esnasında, raportör burada mirasın reddine ait müddetin kıyasen tatbik edilmesi gerektiğini ileri sürmüştü (46).

(40) TUOR, P.: FJS. No. 544, 5; FULPIUS, J.: 26; LADOR - MİNET - HINDERMANN: 34; PİAGET, J.E.: 98.

(41) OĞUZMAN, K.: 78; YUNG, W.: 220.

(42) MARDİN, E.: Medeni hukuk dersleri V. Miras, İstanbul 1939, 44; PİAGET, J.E.: 98; PİOTET, P.: Les usufruits du conjoint survivant en droit successerol suisse Berne 1970, 21.

(43) TUOR, P.: FJS. No. 544,5.

(44) MARQUİS, G.V.: 28; PİOTET, P.: 20, 21.

(45) İbidem.

(46) MARQUİS, G.V.: 25.

Bu fikir hakkında ne düşünülmelidir?

Evvelemlerde, şu husus kabul edilmelidir ki, Kanun vazı sağ kalan eşin seçim hakkını bir müddetle takyit etmek temayülünde değildir. Filhakika; seçim hakkının kullanılması bakımından, sağ kalan eşin bir müddetle takyit edilmiş olması; netice itibarıyla tereke bakımından tam ve kâmil bir fikir sahibi olmadan, tercihe zorlanması ve bu suretle menfaatlerinin ihlal edilmesine müncer olacak bir beyanda bulunmağa sevkedebilir (47). Bu itibarla, kıyasen dahi olsa, eşin seçim hakkının bir müddetle takyit edilmiş olması kanunvazının gayesine ters düşer.

Kaldı ki, kıyas yolu ile tesbit edilmek istenen müddet, mirasın reddi müessesesinin, uygun olduğu da iddia edilemez. Filhakika; MK.nun 444. maddesi ile eşe tanınan seçim hakkı kullanılmadıkça, onun tereke bakımından durumu muâllaktadır. Kanunun bu hususta hiçbir karine koymadığı da ihtilâfsızdır (48).

Nihayet, mirasın reddi müessesesi, ölümle birlikte terekeyi iktisap etmiş olan mirasçının, o mirasa yabancı kalmak istediğini ifade eder. Bu müessesenin, seçim hakkını kullanmadıkça durumu muallakta olan eş bakımından tatbiki isabetli değildir.

3 — Taksim Davasının Veya İcra Takibinin Tesiri

Sağ kalan eşin MK.nun 444 (İMK. 462)'e göre, kabul edilmiş olan seçim hakkının kullanılmasının bir müddetle takyit edilmiş olması; bu hakkın ile nihaye devam edeceğini ifade etmez. Filhakika; sağ kalan eşin seçimi icra etmesi, kendi durumunu diğer mirasçılar ve alacaklılar bakımından tespit ve tayin eder. Bu itibarla; sağ kalan eşin seçimini —en geç taksim anına veya taksim davasına kadar— veya alacaklıların icra takibine kadar yapması gerekir (49).

Kanunun gerek taksime gerekse takibe bağlamış olduğu bu netice makuldür. Filhakika, eş seçimi yapmadıkça, terekenin mirasçılar arasında taksimine imkân olmadığı gibi; icra takibi veya alacak davası dolayısı ile tereke borçlarından mes'ul olmak isteme-

(47) MARDİN, E. : 42; LEUBA, P. : Du régime successoral en droit français et en droit suisse—étude comparé Genève 1924, 17.

(48) YUNG, W. : 20.

(49) LEUBA, P. : 57; TUOR P. : Code civil suisse 1956 (Artus tercümesi), ÖZTRAK, İ. : 78; İMRE, Z. : 96 dip notu 7 ve Tribunal cantonal veudois. 6.12.1946 t. kararı; LADOR-MİNİET-HİNDERMANN : 34; İNAN, A.N. : 78.

yen sağ kalan eş, intifa hakkını seçmiş olduğunu beyan etmekle mükelleftir (50).

4 — Eşin Seçime İcbar Edilebileceği Fikri

Sağ kalan eşin seçimi yapması bakımından, kanunun kabul etmiş olduğu sistem, mirasçılar ve tereke alacaklıları bakımından mahzurludur. Bu itibarla; terekede alâkadar olan mirasçılara ve tereke alacaklılarının, sağ kalan eşle seçime icbar edebilecekleri fikri kabul edilmiştir (51). Bu fikre göre, mirasçılar ve alacaklılar, seçimi yapmamakta ısrar eden eş hakkında mahkemeye müracaat ile, onu seçime icbar edebilme yolu açık tutulmuştur (52). Bu müracaat üzerine ya hâkim bizzat kendisi seçimi yapar veya bu seçimi yapmak üzere bir şahsı tayin eder (53).

Sağ kalan eş, kendisine bir mehil verilip te; bu mehil zarfında seçim beyanını yapmazsa, bu takdirde mülkiyeti kabul ettiği addolunacaktır (54).

II) Türk Hukukunda

1 — İsviçre Hukukunun Hal Tarzının Benimsenmesi

İsviçre Hukukunda olduğu gibi; Türk Hukukunda da bazı müellifler, sağ kalan eşin seçimi yapması hususunda bir müddetle taksit edilmemiş olduğunu (55) kabul etmişlerdir. Bunun gibi, bu seçimin mirasın reddi müddetiyle mahdut olacağı fikri müdafa edildiği gibi (56); seçimin en geç taksim ve takiple birlikte yapılması gerekeceği ileri sürülmüştür (57). Nihayet, sağ kalan eşin, mirasçılar ve alacaklılar tarafından seçime icbar edilebileceği fikri benimsenmiştir (58).

(50) MARQUİS, G.V. : 28 TUOR, P. : FS. No. 544,5; MARDİN, E. : 41.

(51) MUHEİM, H. : De la conversion en rente viagère de l'usufruit du conjoint survivant Fribourg 1922, 16; BERKİ, A.H. : 191; LEUBA, P. : 57; CURTİ-FORRER, E : Commentaire du code civil suisse Neuchatel 1912, 363.

(52) ÖZTRAK, İ. : 30; ÇAĞA, T. : 78; Tribunal cantonal vaudois 3.12.1946, İmre'den 67 dip notu 4; MARQUİS, G.V. : 28.

(53) ÇAĞA, T. : 78 dip notu 61; MUHEİM, H. : 16.

(54) Tessin App. G. 10.1.1927 SJZ. 27, 43, Tribunal cantonal vaudois 3.12.1948, İmre'den 67 dip notu 4.

(55) GÖNENSAY, A.S. - BİRSEN, K. : Miras hukuku 2. t. İstanbul 1963, 29.

(56) MARDİN, E. : 43.

(57) İMRE, Z. : 67.

(58) İMRE, Z. : 68 ve dip notu 13'te III. HD. 8.2.1954-7127/670.

2 — Tapu Kanununun 5. Maddesinin Tesiri

Türk Hukukunda, tıpkı seçim hakkının şeklinde olduğu gibi (59) bunun tâbî olduğu müddet bakımından da farklı bir görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre (60), burada İsviçre Hukukundan ayrılmak gerekir. Zira, Türk Hukukunda, mevcut farklı bir tanzim tarzı ile karşılaşıyoruz. Bu farklı durum, Tapu Kanununun 5. maddesi hükmüdür. Bu durumda, mirasçılar veraset senedi almak için mahkemeye müracaat ettikleri takdirde; hâkim sağ kalan eşe mülkiyet veya intifa hakkında hangisini seçeceğine dair beyanda bulunması için 1 haftalık bir müddet verecektir. Eğer, sağ kalan eş, bu müddet zarfında beyanda bulunmazsa; bu takdirde mülkiyeti seçmiş olduğu kabul olunur (61).

Bu hususta ne düşünülmelidir?

Kanaatimizce, sağ kalan eşin seçim hakkının kullanma müddeti bakımından, her ne kadar İsviçre Hukukundan farklı bir durum mevcut ise de burada tıpkı şekil probleminde olduğu gibi; İsviçre sisteminden ayrılmak için bir sebep yoktur.

Türk Hukukunda, Tapu Kanununun 5. maddesinin tesiri ancak veraset senedi istihsali mevzubahis olduğu zaman müessirdir. Bunun dışında, sağ kalan eş, veraset senedi istihsal edilmeksizin «mirasçı» olduğundan; tıpkı seçim şeklinde tespit etmiş olduğumuz ihtimaller dairesinde olduğu gibi, o müddetler zarfında da seçimi yapabilir. Ancak şunu ilâve etmelidir ki, bu seçim en geç taksim davasında veya alacak takibinde zarurî olarak o zamanlar zarfında yapılacaktır.

(59) İbidem.

(60) CANSEL, E. : 68; BELGESAY, M.R. : 20.

(61) İbidem.

S Ö Z L Ü K (*)

— B —

- Beyan : Anlatma, açık söyleme, bildirme
 Bilfanz : Diyelim ki, söz gelişi

— D —

- Delalet : Yol gösterme, kılavuzluk

— E —

- Ehemmiyet : Değer, önem
 Ekalliyet : Azınlık
 Emare : Belirti, iz, ipucu
 Evsaf : Nitelikler, vasıflar

— F —

- Filhakika : Gerçekten
 Furu : Altsoy, çocuklar, torunlar

— G —

- Gayrimenkul : Taşınmaz mal

— H —

- Hadise : Olay

— İ —

- İcbar : Zorlama, zorlanma
 İçtima : Toplanma, toplantı (İçtima etmek : Toplanmak)
 İkame etmek : Oturmak
 İkametgâh : Oturulan yer, konut
 İktifa : Yetinme (İktifa etmek : Yetinmek)
 İmtina : Kaçınma, çekinme, sakınma
 İntifa : Faydalanma, yararlanma
 İradî : İstemli
 İrat : Gelir getiren yapı, gelir
 İstihkâk : Hak, hak etme, hak kazanma
 İstihsal etmek : Meydana getirme, üretme, üretim
 İta : Ödeme emri, verile buyruğu
 İtimat : Güven

— K —

- Kaide : Kural, uyulması gereken şeyler
 Kâmil : Tam, noksansız, olgun, yetkin, erişkin
 Kanun vazı : Yasa koyucu

— M —

- Mahdut : Sınırlı, sınırlanmış, çevrili, az
 Mesele : Çözülmesi istenilen, sorun
 Mevzuubahs : Konu olan, konuşulan, sözkonusu

(*) Bu sözlük, yazının daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak amacıyla eklenmiştir. (YD.)

Mezkûr	:	Adı geçen, az önce anılan
Muâllak	:	Asılmış, asılı, havada, boşta
Muayyen	:	Belli, belirli
Mucip	:	Gerektirici, olurluk
Mukni	:	İkna eden, inandırıcı
Mücerret	:	Soyut
Muktazi	:	Gerek, gereken, gerekli
Müellif	:	Kitap yazan, eser sahibi, yazan, yazar
Mümâsselet	:	Benzeme, benzeyiş, andırma
Mümessil	:	Temsilci
Mümeyyiz	:	Yalnız olan, tek, ayrı,
Münferit	:	Ayırt edici
Müteallik	:	İlişği olan, ilgili, ilişkin
Müşahhas	:	Tanınmış, anlaşılmış, somut
— N —		
Nakzetmek	:	Bozmak
— P —		
Problem	:	Sorun, çözülmesi istenilen şey
— S —		
Sarih	:	Meydanda, açık, belli
Sükût	:	Söz söylememe, susma, sessizlik
— Ş —		
Şifahi	:	Yazılı olmayan, sözlü
— T —		
Tahvil	:	Değiştirme, çevirme, dönüştürme, basma senet
Takdim	:	Sunma, tanıtma
Takyit	:	Şart koşma, bağlı kılma, sınırlama, kısıtlama
Tefsir	:	Yorum
Temerküz	:	Bir yerde toplanma
Tereke	:	Ölen bir kimsenin bıraktığı şey, kalıt
— V —		
Varit	:	Olabileceği akla gelen, olası
Vazih	:	Meydanda, apaçık, besbelli, açık
Veraset	:	Mirascılık, mirasta hak sahibi olma
— Z —		
Zaruret	:	Çaresizlik, zorunluluk
Zimni	:	Üstü kapalı biçimde
Zimre	:	Bölük, takım, cemaat, topluluk, sınıf, cins, gurup

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- ARIK K.F.** : Medeni Kanunumuzun 444. maddesi 1. fıkrası ile sağ kalan eşe tanınan seçimlik hakkın hukukî mahiyeti SBFD 1951 VI sa. 1-4.
- BELGESAY M.R.** : Türk kanunu medenisi şerhi 3. kitap: Miras hukuku, İstanbul 1952.
- BERKİ A.H.** : Miras ve tatbikat, 2.b. Ankara 1968.
- CANSEL E.** : Miras hukuku (teksir) Ankara 1975.
- CURTİ - FORRER E.** : Commentaire du code civil suisse Neuchâtel 1912.
- ÇAĞA T.** : Türk-İsviçre hukukunda mahfuz hisseli mirasçılarının hukukî durumu, İstanbul 1950.
- DALAMANLI L.** : Miras hukuku tatbikatı, Ankara 1975.
- FULPIUS J.** : Le conjoint survivant en droit matrimonial et successoral suisse, Genève 1968.
- GÖNENSAY A.S. - BİRSEN K.** : Miras hukuku, 2.b. İstanbul 1963.
- İMRE Z.** : Türk miras hukuku, 4.b. İstanbul 1978.
- İNAN A.N.** : Miras hukuku, Ankara 1969.
- KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU N.** : Miras hukuku, 2.b. İstanbul 1978.
- KÖPRÜLÜ B. - KANETİ S.** : Sınırlı aynî haklar, İstanbul 1972-1973.
- KUT H.** : Veraset senedi, Ad. Der. 1951.
- LADOR - MİNET - HİNDERMANN** : Héritiers et testateurs, Genève 1954.
- LEUBA P.** : Du régime successoral en droit français et en droit suisse, Genève 1924.
- MARDİN E.** : Medeni hukuk dersleri V. Miras, İstanbul 1939.
- MARQUİS G.V.** : Les droits successoraux du conjoint survivant, Lausanne 1921.
- MUHEİM H.** : De la conversion en rente viagère de l'usufruit du conjoint survivant, Fribourg 1922.
- OĞUZMAN K.** : Miras hukuku dersleri, İstanbul 1972.
- ÖZTRAK İ.** : Miras hukuku, Ankara 1968.
- PIAGET J.E.** : De la situation juridique et plus spécialement des droits successoraux du conjoint survivant, Genève 1910.
- PIOTET P.** : Les usufruits du conjoint survivant en droit successoral suisse, Berne 1970.
- PORRET M.** : De l'exercice du droit d'option du conjoint survivant «CC462» par ses héritiers, JdT 1915.
- RHAM de** : Les sûreté dues par l'usufruitier au nu-proprétaire Lausanne 1925.
- TUOR P.** : Le conjoint survivant, F'S No. 544.
- VELİDEDEOĞLU H.V.** : Türk medeni hukuku, 3.b. İstanbul 1963.
- YUNG W.** : La quotité disponible en cas de concours du conjoint survivant avec les descendants du défunt, Annales Fac. Drt. İstanbul t.XI,1, Oième années, No. 16-17.

ESER (İSTİSNA) SÖZLEŞMESİ
(I)

Yazan : Dr. H. BECKER

Çeviren : Dr. Suat DURA (*)

PLAN : Madde: 363 (BK. m. 355). A — Kavram. 1 — Meydana getirme. 2 — Eser (Werk). 3 — Bedel, sözleşmenin her iki tarafınca, üstencinin edimi karşılıklı bedelli olarak istenmiş olmalıdır. II — Hizmet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması. 1 — Avans yükümlüğü. 2 — İşçinin işverenle birlikte oturması halinde koruma tedbirleri ve ödevler. 3 — Serbest zamanı. 4 — Çalışma belgesi. 5 — Zimni yenileme. 6 — Deneme süresi, rekabet yasağı. III — Eser sözleşmesinin kurulması. 1 — Hukukî işlem iradesi. 2 — Edimin belirliliği. IV — Devletler Hususi Hukuku ve İntikal Devresi Hususi Hukuku. 1 — Devletler Hususi Hukuku. 2 — İntikâl Devresi Hukuku. Madde : 364 (BK. m. 356). B — Hükümleri, 1 — Üstencinin borçları. 1 — Genel olarak. 1 — Düzensiz doğan sorumluluk. 1 — Kusur ve tekeffülden sorumluluk. 2 — Kusurdan dolayı yasal sorumluluk. 3 — Sorumluluğun sözleşme ile genişletilmesi veya daraltılması. II — Eseri şahsen yapma. III — Yardımcı araç, âlet ve edevat. IV — OR. md. 41 ve 58/BK. 41 ve 58 ile ilişki. Madde : 365 (BK. m. 357). 2 — Gereç üzerine. 1 — Üstenci tarafından teslim edilen gereçten sorumluluk. II — İsmarlayan tarafından teslim edilen gereçten sorumluluk. 1 — Özenle kullanma. 2 — Hesap verme borcu. 3 — Ayıplar nedeniyle ihbar borcu. III — Genel ihbar borcu. Madde: 366 (BK. m. 358). 3 — Çalışmaya zamanında başlama ve çalışmayı sözleşme uyarınca yapma (icra). I — İş yapmada temerrüt. 1 — Dönme hakkının koşulları. 2 — Dönme hakkının icrası ve hukukî sonuçları. II — İcrada ayıp.

ONBİRİNCİ BAB

Madde : 363 (BK. 355)

A — K a v r a m

Eser sözleşmesi ile üstenci bir eser meydana getirmeyi ve ismarlayan bir bedel ödemeyi taahhüt eder.

(*) Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Başkanı.

(Bu çeviri, yazarın «Schweizerischen Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse = İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri» adlı eserinin 455-503. sayfalarından yapılmıştır).

Dayanaklar : a OR 350; E 05 ve 09 1405; Botsch 09 27 vd.; Sten Bull Natr 1909 714; Cc français 1779, 1787, 1799; BGB 631, 651 Cc İtal. 1627, 1634, 1646; Ö 1151 (Nov. 111 150).

1 Kavram : Eser sözleşmesi, üstencinin bir bedel karşılığında, bir eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği borçlandırıcı bir sözleşmedir.

1 — Meydana Getirme : Eser sözleşmesinin konusu bir eseri meydana getirmedir. O halde bu sözleşme, satım sözleşmesinin bir türü değildir, bir iş sözleşmesidir. Eser sözleşmesi, bir satımın yardımcı sözleşmesi de değildir. (bu görüşte Rachle, a.g.e. JZ 15 130), tam tersine bağımsız bir sözleşmedir : Bu yön esasen, yasanın ismarlayanın kullanılacak geci vermesi olayını ön görmesinden de anlaşılmaktadır (OR. 365¹¹/BK. 357¹¹). Eski Borçlar Kanunu bir eseri «tamamlama» dan 1909 tasarısı «meydana getirme veya değiştirme» den sözediyordu. Değişikliğe uğramış Borçlar Kanunundaki «meydana getirme» kelimesi ile «meydana getirme ve değiştirme» kavramının her ikisi de anlatılmak istenmiştir. Zaten eski Borçlar Kanunu yürürlükte olduğu zamandaki uygulamada, her şeyin işlenmesi, örneğin, bir maddenin boyanması, çalışma sonucu önemli oldukça, bir eser sözleşmesinin konusu olarak kabul edilmiş olduğundan (karş. BL HE 16 214 v.d.; HG in BLZÜ R 6 20 Nr. 131), bu bakımdan hukukî yönden redaktionla bir değişiklik getirilmedi.

2 Aslı edimin, bir eseri meydana getirme yükümü olması ile, eser sözleşmesi hem gelecekte meydana getirilecek bir nesnenin satımından, hem de kira ve ürün kirasından ayrılır : Eser sözleşmesinde asıl olan çalışma edimidir. Satımda ise eşya edimi (karş. md. 184/186 ön düşünceler Nr. 10), kirada kullanmayı bırakma, ürün kirasında semerelerden yararlanma ve kullanma önemlidir. Uygulamada, Compound - Buhar makinasının yapılması (BG in BLZÜ R 2 115 Nr. 79), kurulduğu zaman çalan dolaplı çalgı imâli (BGE 24² 793 E 3) bilinmeyen bir reçeteye göre bir ilaç yapımı (BGE 29² 124), ölçü üzerine elbise dikilmesi (Waadt JZ 5 9 Nr. 7) ile ilgili sözleşmelerde çalışma edimi asıl unsur olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık, ismarlayanın evinde banyo donatımı ve soba teslimi (ikinci derecede önemli olan montaj işi sözleşmenin niteliğini tayin için hesaba katılmaz. — BLZÜ R 1 196 Nr. 154), daha imâl edilecek olan çok sayıda Rettig kesme makinası teslimi (BG in BLZÜ R 3 55 Nr. 37), bir otomobil imali (seri

- imalât malı BLZÜ R 4 299 Nr. 185), ham ipekten, ipek tire yapma (BLZÜ R 8 149 vd. 75), üzerinde kurulmuş olan sözleşmelerde ise eşya edimi asıl unsur sayılmıştır. — İsmarlayan gereçleri vermiş olsa bile, çalışma sonucunu meydana getirme asıl unsur ise, eser sözleşmesi vardır (BG in R 13 91 Nr. 81 - BGE 21 192). — Bir eser meydana getirme ismarlayan için sonuç doğurur; bu nedenle imâl olunan eser taşınabilir bir nesne ise, eserin ismarlayana veya onun gösterdiği alıcıya teslimi de gereklidir (karş. Mayer - Wild, a.g.e. 164, oradaki atıf ve md. 367).
- 4 2 — Eser (Werk) : Geniş anlamda eser, bir objektif çalışma sonucudur (Gierke D Pr. R 3 590 vd.). Müsterek hukukta eser kavramı (Opus), maddî ve gayri maddî eserleri içine alarak bu geniş anlamda anlaşılıyordu : Eser sözleşmesi (Locatito Conductio Operis), eşya taşıma sözleşmesini, deniz ve karada yolcu taşıma sözleşmesini, Komisyonu, taşıma komisyonculuğunu, tellâlik sözleşmesini ve yayım sözleşmesini de içine alıyordu. Anılan sözleşmeler İsviçre Borçlar Kanununda bağımsız sözleşme tipi haline sokuldular ve bu suretle eser sözleşmesinden ayrıldılar : Bu nedenle eski Borçlar Kanununa ilişkin doktrinde, eser kavramı «maddî» eser olarak kabul olunmuştur. (karş. Hafner, md. 350 açıkl. 3, Schneider ve Fick md. 350 açıkl. 3). Bu anlayışa göre bir temsil veya konser verilmesini üstlenme, bir eser sözleşmesinin konusu olamaz. Eser kavramının, yeni Borçlar Kanunu ile değişip değişmediği sorulabilir. 1909 (28) tasarısına göre gerçekten bu değişiklik kabul edilmelidir. Bu amaçla eser olarak, belirli bir hukukî varlık anlamında hem maddî hem gayri maddî eserlerin anlaşılmasını ifade için «tamamlama» kavramı yerine «meydana getirme veya değiştirme» kavramı (değişikliğe uğramış Borçlar Kanununda bu iki kelime yerine «meydana getirme» terimi) kullanılmıştır. Şüphesiz yasa koyucunun bu yolla amacını doğru biçimde anlatıp anlatmadığı tartışılabilir. Bununla beraber amaca uygun nedenlerden dolayı değişiklik görüşüne katılmak gerekir. Borçlar Kanununa eser sözleşmesinde de örnek olarak hizmet görmüş olan Müsterek Hukukta, genellikle eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki farklılık, hizmet sözleşmesinde sadece çalışmanın, eser sözleşmesinde bir bütün olarak çalışma sonucunun, yani çalışma veriminin sözleşme konusu teşkil ettiği noktasında görülüyordu. Şu halde gayri maddî bir çalışma sonucunun meydana getirilmesinin elde edil-

mesi arzu edildiği zaman, yasa koyucunun neden tarafları eser sözleşmesinin tipik şeklinden mahrum bırakması gerektiği anlaşılır. Şu nedenleki, üstencinin sonucun sorumluluğunu üzerine alması gerektir (San'atkârın oynamasından sorumlu olan Emprezyo dahi böyle, Seuff Arch, 56 Nr. 221/22). Vekâletin yardımcı sözleşme tipine yollama yapılması maddî duruma uygun düşmezdi.

5. Buna göre, kanımca, planların ve keşifnâmelerin hazırlanmasını eser sözleşmesinin konusu yapmak caiz olmalıdır (Bern JZ 17 378 Nr. 285; değişik, die Praxis zum aOR, bak. md. 319 Nr. 26; bundan başka BG in R 16 129 Nr. 88). Buna karşılık mimar, inşaatın yönetimini üzerine alır ve iş sahibi bütün sorumluluğu taşırsa, hizmet sözleşmesi vardır (Castelberg, Kostenansatz 19). Bir eserin bağımsız olmayan bir parçasını imal etme de eser sözleşmesinin konusu olabilir (Bern JZ 3 125 Nr. 405), yeni bir bina inşaatında taş oyma çalışması gibi (esasen eski uygulama böyle, BG in BL HE 17 92 E 1 = R 16 13 vd. 9). Buna göre, bağımsız bir mal üzerinde çalışma ile ilgili sözleşmede eser sözleşmesi olabilir. Örneğin, bir atın nallanması (Appenzell A — Rh. JZ 13 48 Nr. 14). Aynı şekilde, müşteri ile tiyatro veya konser yönetimi arasındaki sözleşme de bir eser sözleşmesidir (karş. md. 253 açıkl. Nr. 8). Sahne angajman sözleşmesi, eser sözleşmesi veya hizmet sözleşmesi olabilir: Belirli bir rolün oynanması taahhüdü, örneğin, misafir oyunda, eser sözleşmesidir. Buna karşılık normal bir tiyatro çalışmasında o günün ihtiyaçları ölçüsüne göre tiyatro müdürlüğü tarafından belirtilecek rollere çıkmak yükümü altına girmek sözleşmesidir (Riezler, Werkvertrag 33; Kober, bei Staudinger, Werkvertrag, ön düşünce., III 1 Lit. e). Bir eşyanın taşınması da eser sözleşmesinin konusu olabilir: Şu yolla ki, çalışma sonucu önemli olmakla birlikte, (taşıma sözleşmesinin âksine) taşınmakta olan eşya, taşıyıcının fiilî hâkimiyet alanına ulaşmayacaksa (BLZÜ R 12 148 Nr. 101; farklı BLZÜ R 11 165 Nr. 105, ve Oser, Komm. md. 363 açıkl. 1 lit. b, vekâlet kabul eder; Bence haksız olarak, çünkü vekâlete ilişkin hükümler, eser sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi mümkün olmadığı takdirde uygulanabilir. Bundan başka karş. md. 319 açıkl. Nr. 14). Taşımanın aslî edim olmadığı durumda (odunların kesilmesi, yüklenmesi ve taşınması), yüklenici taşıma esnasında eşyayı fiilen elinde bulundursa bile bir eser sözleşmesinin var olduğunu kabule karşı çıkılamaz (karş. çeşitli görüşler hakkında BLZÜ R 22 101 Nr. 54).

- 6 Federal Mahkemenin, elektrik cereyanı teslimine ilişkin sözleşmeyi, sözleşme iradesine göre belirli bir çalışma sonucunun elde edilmesi, Örneğin, bir binanın aydınlatılması önemli ise eser sözleşmesi kabul eden ve buna karşılık sözleşmenin konusu sadece cereyan teslimi ise bir satış sözleşmesi kabul eden kararı, eser kavramının bu anlayış biçimine uymaktadır (BGE 48² 370 vd.).
- 7 3 — Bedel : Sözleşmenin her iki tarafınca, üstencinin edimi karşılıklı (bedelli) olarak istenmiş olmalıdır (BGE 25² 789). Bu husustaki niyet, açıkca bildirilebilir veya hâl ve şartlardan anlaşılabilir. Meslek adamlarının edimlerinin karşılıklılığı için maddî bir karine vardır (Bern JZ 17 378 Nr. 285). — Büyük proje çalışmaları, projeyi yapan, ilgili işin kendisine verilmesi için hiç veya henüz bir istekte bulunmuyorsa veya bu proje işi, bunu yapanın diğer bir surette çalışmasını ve faaliyette bulunmasını önemli ölçüde engelleyecek genişlikte ise, tereddüt halinde, karşılıklı olarak kabul edilmelidir (karş. BGE 25² 730 vd.; Castelberg, kostenansatz 23 vd., ve Oertmann, DJZ 458). Bununla birlikte bir eksiltmede yarışma için yapılan proje çalışmalarında, bir bedel zımnî olarak kararlaştırılmış olamaz.
- 8 Karşılıklı olma üzerinde taraflar birleşmek zorundadır. Ancak tarafların sayılarla bedelin miktarını tesbit etmiş olmaları gereki değildir (BGE 32² 345. vd.) : Bil'akis anlaşmanın yokluğu halinde, karşılığın, giderler dikkate alınarak çalışmanın değerine göre tayin edileceğine ilişkin OR md. 374/BK. 366 uygulanır; Fakat taraflar bunu istemezlerse, karşılığın türü ve miktarı için sonradan anlaşılacağına ilişkin saklı tutma koşulu yetersiz kalmaktadır ve esaslı noktalardan biri hakkında uyuşma noksanlığından sözleşme tamam olmaz. O işle ilgili meslekî derneklerce yapılan fiat listeleri mevcut ise bunların uygulanması, somut koşullar bakımından taraflarca istenmiş kabul edilebilirse veya uygulanması genellikle teamülden ise esas olabilir (İsviçre Mühendis ve Mimarlar Derneğinin tarifi hakkında karşı. Gastelberg 26 vd., ve BLZÜ R 11 71 vd.).
- 9 Karşılığın miktarının aksine, bazı durumlarda, ödeme ölçüsü sırf ikincil (tali) nokta olarak kabul edilebilir (BGE 34² 725). Bu husustaki karar, ilkönce tarafların ödeme ölçüsüne verdikleri öneme bağlıdır. Sözleşmenin yapıldığı sırada tarafların anlayışına göre bir tâli nokta söz konusu ise, bu takdir-

de ikinci olarak tali nokta üzerinde tarafların sonradan anlaşmayı saklı tutup tutmadıklarını incelemek gerekir. Açıkça ve dolaylı olarak, örneğin, eserin teslim ve teslimü ile, böyle bir saklı tutmanın varlığı kabul edilirse, bu takdirde md. 374 / BK. 366 uygulanır. Buna karşılık bir saklılık koşulu yapılmamış ise, bu takdirde birleşme bulunmamasından dolayı sözleşme kurulmamıştır (karş. BGE 34² 467).

- 10 Satım sözleşmesinin aksine, eser sözleşmesinde karşılığın esas itibariyle para olması zorunlu değildir. İsmarlayanın edimi, para ile takdir ve tahmin olunabilir ve devamlı malî değeri olan nesneden oluşuyor ise, sözleşmenin niteliğine, özellikle karşılıklı edimler arasında tasarlanan bağılılığa göre, tek bir sözleşme mi yoksa iki sözleşme tipinin birleşmesinin mi var olduğuna karar vermek gerekir (karş. bu konuda, Örneğin, Bern JZ 6 46 vd. 13). İsmarlayan bedel olarak bir taşınmazın mülkiyetini devir etmek zorunda ise, bu anlaşmanın geçerliliği resmî şekle uymaya bağlıdır (Pra 1 113 vd. Nr. 43 E 1). Bedel, eser meydana getirmenin karşılığı olmalıdır. O hâlde eser sözleşmesi iki taraf için borç doğuran bir sözleşmedir. Bu yolla âdi ortaklıktan ayrılmaktadır (Seuff Arcf. 61 Nr. 186; karş. ve BGE 29² 124).

12 II — Hizmet Sözleşmesi Hükümlerinin Kıyasen Uygulanması

Her iki sözleşme tipi (eser sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi) bir iş sözleşmesi olduğu için, unsurları bir dereceye kadar benzerlik göstermektedir. Ve bu nedenle hizmet sözleşmesi bölümünün bazı hükümlerinin kıyasen eser sözleşmesi üzerine uygulanıp uygulanmayacağını tayin bir sorundur. Genel olarak yasa koyucunun her iki sözleşme tipini birbirinden ayrı tutması vak'ası, bir sözleşme tipi hükümlerinin diğerine aktarılmasına karşı bulunmaktadır. Bundan yasa koyucunun esaslı ayrılıkları, bazı noktalardaki uygunluktan daha önemli saydığı çıkarılmalıdır. Buna göre hizmet sözleşmesine ait hükümlerin genel olarak, eser sözleşmesine kıyasen uygulanması imkânsızdır. Nevar ki aktarılması için özel nedenlerin bulunduğu bazı kuralların, eser sözleşmesine de kıyasen uygulanmasına hiçbir engel yoktur.

Bu konuda aşağıdaki hususlar önemle kaydedilmelidir :

- 13 1 — Avans Yükümlülüğü : OR. md. 334/BK. 327 nin avansın ödenmesine ilişkin yükümlüğü, eser sözleşmesinde

372⁴ / BK. 364¹ gereğince teslim edilen her ayrı parça için ödeme yapmaya ilişkin hükümle karşılanmıştır. Bundan dolayı OR. md. 334/BK. 327 nin kıyasen uygulanması olanak dışıdır.

14

2 — İşçinin İşverenle birlikte oturması halinde koruma tedbirleri ve ödevler. OR. md. 339/BK. 332 hükmü, sözleşmenin muhtevasına göre işverenin iş yerinde veya ikametgâhında bulunmak zorunluğunda olan ve bu nedenle tehlikelerin etkisine uğrayan işçinin korunmasını hedef almıştır. Esasen 339. maddeye uygun herhangi bir hükmü ihtiva etmeyen eski Borçlar Kanunu uygulamasının bir tortusunu ifade ve temsil eden bu hüküm, şahsiyetin korunmasına ilişkin genel isteğe uymaktadır ve özel bir hukuk olmadığından kıyasen uygulamaya elverişlidir (karş. Rümelin, Diensvertrag und Werkvertrag 262 vd. özellikle 266). Şüphesiz benzer hâl ve şartlar eser sözleşmesinde de meydana gelebilir. Örneğin, inşa hâlinde olan bir binada, bir kısmın yapılması işini üzerine alan kişi, iş sahibi tarafından üçüncü bir kişiye yaptırılmış olan bir inşaat iskelesini kullanmak zorunluğunda kaldığında : İşveren ayıplı mâlzemedен ve fenne uymayan yapımdan doğan zararlardan, ona karşı sorumlu olur. İşverenin iş yerinde veya evinde oturmak, eser sözleşmesinde de olabilir. Örneğin, ısmarlıyanın evinde tabloların tamirinde, ısmarlıyanın portresinin evinde yapılmasında (Lotmar, Arbeitsvertrag 2 841 vd.), hizmet sözleşmesi ile değil, ayrıık olarak bir eser sözleşmesi ile evlerde çalışan bir terzinin çalışmasında : Bu durumlarda çalışma yerine ait girişin tehlikeli durumu dolayısıyla üstenci veya yardımcısı kazaya uğrarsa, veya iş yerinin yetersiz ısıtılması nedeni ile üstenci hastalanırsa vs. ısmarlıyan sorumlu olur. Bu şekilde özel hâl ve şartlar altında ısmarlıyanın sihhî çalışma yerleri sağlama ve amaca elverişli koruma tedbirleri alma mükellefiyeti nasıl var olabiliyor ise, gerektiği takdirde namus ve vücut tamamıyetine karşı olan sataşmalardan koruma görevi de bulunmaktadır : Bu nedenle ısmarlıyanın evinde bir portre yapımını üzerine almış olan bir bayan ressam, ısmarlıyanın kendisi veya evindeki bir kimsenin ona gayri ablâkî tekliflerde bulunması durumunda, koruma borcunun yerine getirilmemesi nedeni ile eser sözleşmesinden dönebilir. (karş. Rümelin, Werkvertrag und Diensvertrag 296) — Buna karşılık OR. md. 344/BK. 337. maddenin eser sözleşmesine kıyasen uygulama olanağı yoktur : Böyle durumlarda yiyecek ve oturma yeri sağlamanın ücretin bir parçasını oluşturduğuna ve keza üstenci ya da yardımcısının ku-

sursuz olarak hastalanmalarında ısmarlayanın onlara bakma yükümlülüğü olduğuna ilişkin yasal bir karine mevcut değildir (aynı görüş Lotmar, Arbeitsvertrag 2 842, değişik, Rümelia 274)

- 17 3 — Serbest Zaman: Eser sözleşmesinde OR md. 341/BK. 334 ün kıyasen uygulanması, ancak üstenci bir eserin imalini değil, aynı zamanda belirli bir çalışma zamanına uymayı da yüklediği durumda söz konusu olabilir. Böyle bir durumda kıyasen uygulama her hâlde genel olarak imkânsız değildir (fakat, karşı. Lotmar, Arbeitsvertrag, 2 853). Örneğin, üstencinin yakın bir akrabasının hastalanması veya ölmesi halinde, üstencinin iş zamanında onu ziyaret veya cenaze merasimine katılmak istemesi böyledir. Diğer taraftan yeni bir işin bulunması için serbest zaman bırakılması kural olarak istenemez. Çünkü üstenci yönünden süreli bir fesih ihbarı söz konusu olamaz (yalnız OR. md. 375/BK. 367 gereğince bir sözleşmeden dönme (fesih) olanağı vardır). Bunun için sadece üstenci yeni iş almak için iş saatleri esnasında şahsen görünmek zorunluğunda ise, serbest zamana ihtiyacı vardır (karşı. bu hususta md. 341 açıkl. Nr. 9).

- 18 4 — Çalışma Belgesi:

Karşı. md. 342 açıkl. Nr. 12.

- 19 5 — Zımnî Yenileme (relocatio tacita): Eser sözleşmesinde de zımnî bir yenileme olabilir. Örneğin, ısmarlanmış olan işin bitirilmesinden sonra üstenci, ısmarlıyanın göz yumması ile zımnî yeni bir esere başlarsa: Bir özel ziyaret eşyasının ısmarlanan parçasının bitirilmesinden sonra onun devamına, bir aile üyesinin ısmarlanan portresinin bitirilmesinden sonra aileden olan diğer bir kimsenin portresine başlanması gibi — Fakat bu hallerde OR. 346/BK. 339 uncu maddedeki karine değil, yalnız bir sözleşmenin zımnî kurulmasına dair genel kurallar uygulanır (karşı. Lotmar, Arbeitsvertrag 2 853).

- 20 6 — Deneme Süresi, Rekabet Yasağı: Deneme süresi ve rekabet yasağı koşulunun sosyal politik düşünöcelere dayanan sınırlamalarına ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması için amaca uygun bir sebep bulunmamaktadır.

III — Eser Sözleşmesinin Kurulması

1 — H u k u k î İ Ő l e m İ r a d e s i : Duruma göre, tarafların bir eser sözleşmesi yapmaktır istediklerini veya sadece bir icabın yapılmasını amaçladıklarını tespit tereddüt yaratabilir. Örneğin, krokiler vermesi için bir san'atkâra yapılan davette olduğu gibi : Böyle bir halde, tereddüt ediliyorsa, dayanak olarak, sanatkârdan yerine getirilmesi istenen işin, benzer hâl ve şartlarda mutaden ondan yapması beklenenin dışına çıkıp çıkmadığı hususu alınmalıdır.

2 — E d i m i n B e l i r l i ğ i : Üstenci tarafından meydana getirilecek eserin genişlik ve kapsamı belirli veya belirlenebilir olmalıdır. Bir bina inşası üzerine yapılan bir eser sözleşmesi için inşaat yeri, inşaat türü, yani plân ve projesi üzerine anlaşmaya varılması gerekir; Sadece birim fiatlar için anlaşma yeterli değildir (karş. Schaffhausen JZ 1 95 Nr. 50). Elektrik cereyanı götürülmesi için asli ve tâli şebeke kurulması üzerine bir eser sözleşmesinin yapılması sırasında, henüz ihtiyacın derecesi belli olmaması nedeniyle tâli şebekenin genişliği sabit değilse, tâli şebeke yönünden henüz eser sözleşmesi değil, âksine olsa olsa bir sözleşme vaadi meydana gelebilir (BG in BLZÜ R 3 183 vd. Nr. 118). Diğer taraftan yukarıda (No. 9) yazıldığı gibi OR. md. 374/BK. 366 koşulları var olduğu takdirde, tarafların eser ücretinin miktarı hususunda anlaşması gerekli değildir (karş. keza Baselstadt JZ 7 195 vd. Nr. 217).

IV — Devletler Hususi Hukuku Ve İntikal Devresi Hususi Hukuku

1 — D e v l e t l e r H u s u s i H u k u k u : Eser sözleşmesine ilişkin yasa hükümleri, kural olarak tamamlayıcı niteliktedir. Yalnız küçük bir kısmı emredici hukuktur (Örneğin, OR. md. 373 gereğince olağan üstü haller dolayısıyla işin ücretinin artırılması konusundaki hükümler veya OR. md. 375/BK. 367 gereğince gider tayininin aşılması dolayısıyla dönme (fesih) hususundaki hükümler). Yasa tamamlayıcı hukuk hükümlerini ihtiva ettiği takdirde, yabancı ve yerli hukuk kurallarının uygulama olanağı tarafların arzusuna bağlıdır. Ve bunun için tarafların uygulanabilir olarak belirttikleri veya şart koştukları hukuk ve tereddüt halinde, ifa yeri hukuku esas olmalıdır. Bu nedenle ısmarlayanın arazisi üzerinde yapılması gereken bir esere ilişkin eser sözleşmeleri, tereddüt halinde,

eşyanın bulunduğu yer yasasına bağlıdır; Diğer eserlere ilişkin sözleşmeler, özellikle büyük imalâthanelerle yapılan sözleşmeler, müessesenin merkezinin hukukuna bağlıdırlar. Büyük demiryolu inşaatı ve benzeri işlere ilişkin sözleşmelerde çokluk tarafların amacı sadece, sözleşmeleri inşaat sahibi demir yolu işletmesinin ikametgâh hukukuna bağlı kılmaktadır. Çünkü, kural olarak yapılacak şeyin bulunduğu yerel özelliklere göre bireyleştirme taraf iradelerine uygun düşmezdi (Meilli, Internationales Zivilund Handelsrecht 2 78 vd. 124). Bununla birlikte, ismarlıyan olarak yabancı devletlerle yapılan eser sözleşmelerinin ilgili yabancı devletin hukukuna bağlı olduğu şeklinde Devletler Hususi Hukukunun bir önermesi yoktur : Şu halde bir yabancı Devlet, bir İsviçre makina fabrikasına motorlar sipariş ederse, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, İsviçre Hususi Hukuku uygulanmak gerekir (farklı, Meilli age 79).

- 24 2 — İntikâl Devresi Hukuku : İntikâl Hukuku ilişkilerinde esas olarak satımda olduğu gibi, aynı prensipler uygulanır. Şu hâlde İsviçre Medenî Kanununun son bab. md. 1. bend 1'deki tekeffül kaydı gereğince, genel olarak eser sözleşmesinin kurulduğu zamandaki hukuk uygulanır. Fakat, zamanaşımı ve OR. md. 373/BK. 365 gereğince ek ücret hakkı gibi doğrudan doğruya yasaya dayanan ve hakların değişmesine ve düşmesine neden olan bağımsız hukukî olaylar bundan ayrıktır : Bu olayların yeni hukuka göre karara bağlanması gerekir. Fakat önemli nedenlerden dolayı dönmenin bir hali olan OR. md. 375/BK. 367 gereğince sözleşmeden dönmeye, hizmet sözleşmesindeki aynı düşüncelerle, eski hukuk uygulanmalıdır (karş. md. 352 açıkl. 93; Mutzner Schlusst. 2 ZGB. md. 1 Nr. 74).

Madde : 364 (BK. 356)

B. Hükümleri.

1 — Üstencinin borçları.

1 — Genel olarak.

Genel olarak üstenci, hizmet sözleşmesinde işçinin sorumlu olduğu aynı özenden sorumlu olur.

İşin niteliğine göre üstencinin kişisel vasıflarının önemli olmadığı durumlar ayrı olmak üzere, üstenci eseri şahsen yapmakla veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür.

Başka türlü anlaşma veya âdet mevcut değilse, eserin yapılması için zorunlu olan yardımcı araç, âlet ve edevatı üstenci kendi hesabına teminle yükümlüdür.

Dayanaklar : aOR 351, 353; E 05 ve 09 1406, 1408; Sten Bull Natr R 1909 714;; Cc francais 1797; Cc İtal. 1644; Ö 1167; Zü 1575

1. Özenden Doğan Sorumluluk.

1 - — K u s u r V e T e k e f f ü l d e n S o r u m l u l u k : Üstencinin ismarlayana (yalnız ona, burada üçüncü bir kişiye karşı sorumluluk söz konusu değildir. BGE 43² 79 = Pra 6 210 Nr. 80) karşı sorumluluğu çifte bir sorumluluktur : Bir taraftan tekeffül borcu, yani satım sözleşmesinde tekeffül borcuna benzer nedensel sorumluluk, diğer taraftan kusurdan doğan sorumluluk. Tekeffül borcu, satımdaki gibi sınırlıdır (karş. md. 365, 368/BK. 357, 1360). Bunun için her iki sorumluluk yan yana bulunmaktadır. Ve bu nedenle kusurdan doğan sorumluluk tekeffül borcunu tamamlar.

2 2 — K u s u r d a n D o l a y ı Y a s a l S o r u m l u l u k : Kusur sorumluluğu hakkında, üstencinin, hizmet sözleşmesinde işçinin sorumlu olduğu aynı özenden sorumlu olduğu prensibi uygulanır. Üstencinin gerekli meslekî bilgiye sahip olmaması veya bilgisini gerektiği şekilde kullanmaması da genellikle onun kusurlu davranışı olarak nazara alınır (Zürich ticaret Mahkemesi, BL HE 16 319 E 8). Bu yüzden üstenci ihtisası olmamasına rağmen, bunu gerektiren bir eseri yapmayı üzerine aldığı takdirde, bilgi sahibi bir yardımcı kullanmazsa doğan zararlardan sorumludur (BGE 16 762 ve 20 647). Somut hâl ve şartlara göre tarafların karşılıklı iradelerinden aksi anlaşılmadığı takdirde, üstenci ihtisasını tamamen iş sahibinin emrine vermekle yükümlüdür. Üstenci, ismarlanan eserin yapımı için gerekli şartların yerine getirilip getirilmediğini incelemekle yükümlüdür. Örneğin, ismarlayan verdiği hesap ve plânlar uzman gözü ile doğru kabul edilebilir mi (BGE 26² 586), gösterilen yer bu işe elverişli mi (BGE 26² 663), verilen malzeme kullanılabilir mi, her hangi cins veya sun'i taşın kullanılması belirli bir amaç için meslekî yönden caiz mi (BGE 23² 1787 — R 16 13 Nr. 9 — BL HE 92), acaba belirli bir renk, boyama için kullanılabilir mi ya da bu renk normal bir kullanmada malzemeyi bozar mı (Aargau R 4 23 Nr. 24), saat iskeleti için kullanılan mâlzemenin emredilen birleştirmesi uy-

gun mu (Neuenburg JZ 6 238 Nr. 269). Üstenci gerekli koruma tedbirlerini almaya, hiç olmazsa bunlar için gerekli istemde bulunmaya zorunludur. Örneğin, heyelânı önlemek için inşaat yerinde gerekli olan su boşalmasını yapma (BGE 26 664 vd.) ve denenmiş konstrüksiyon kullanılabilir iken, ısmarlayanın izni olmadan henüz denemesini başarı ile atlatmamış bir yapı- lışı seçmeye üstenci yetkili değildir (Zürich Ticaret Mahkemesi, BL HE 319 vd. E 9; bazı yararlar sağlayacağı anlaşılan yeni, fakat henüz tamamiyle denenmemiş bir sistemin seçilmesin- de, muhakkak ki kolaylıkla bir kusur bulunduğu kabul edile- mez; tam tersine hâl ve şartları bilen ısmarlayan bir riziko- ya katılmak zorunluğundadır. BL HE 15 231 E 11). Üstenci an- cak, hâl ve şartlar gereğince ısmarlayanın önceden üçüncü bir kişiye danışmış olduğunu veya bu işin uzmanı olup söz konu- su tehlikeyi üzerine almak istediğini bekleyebilecek ise, bir aydınlatma ve ikazdan vazgeçebilir (BGE 26² 586; karş. keza JZ 6 238).

3 Hizmet sözleşmesinde olduğu gibi eser sözleşmesinde de üstencinin kendisine bırakılan şeyleri k o r u m a yüküm- lüğü vardır (karş. md. 365 açıkl. Nr. 6).

4 3 — S o r u m l u l u ğ u n s ö z l e ş m e i l e g e- nişletilmesi veya daraltılması: Kusur so- rumluluğu ve tekeffül borcu sözleşme ile değiştirilebilir: Y a g e n i ş l e t i l i r . Örneğin, bir garanti, yani sonuç için bir garanti verilmesi ile; bu suretle illiyet sorumluluğu meydana gelir; ya da md. 100/BK. 99 gereğince kendi kusuru hakkın- da, ve md. 101/BK. 100 gereğince muavin şahısların hareketi hakkında, a z a l t ı l a b i l i r . Bu, her şeyden önce bir işin alt üstenciye devrinde de geçerlidir (Baselstadt R 23 160 Nr. 69). Tabiiyatıyla s o n r a d a n , yani zararın öğrenilme- sinden sonra, bütün hallerde, üstencinin hilesinde dahi vaz- geçme caizdir.

5 II — Eseri Şahsen Yapma

Madde 68/BK. 67'deki kuralın aksine, burada üstencinin eseri kendisi yapmak v e y a kendi yönetimi altında yaptır- mak zorunluğunda olduğu karinesi konmuştur. Üstencinin kendi yönetimi altında yardımcıları aracılığı ile eser yapımına izin verilmesi, hizmet sözleşmesindeki düzenlemenin âksine olarak, bir kolaylık teşkil eder. Şu halde ısmarlayan, eserin

üstenci tarafından bizzat icra edilmesi gerektiğini ileri sürüyorsa, bunu kendisi isbat etmekle yükümlüdür.

- 6 Şahsî yönetimi altında yapma yalnız kendi müstahdem ve işçileri ile değil, aynı zamanda alt üstenciler aracılığı ile de olabilir: Bu yüzden, Örneğin, bir demiryolu inşaatının büyük bir işletmeye verilmesinde, bir kısım işlerin alt üstenciye bırakılması kural olarak geçerlidir. Şahsî yönetim altında yapma sözleşme borcu ise, Örneğin, bir makinanın üstencinin fabrikasında imali, bu borç, üstüvane gibi tamamlayıcı parçaların veya cihazların bunlar için özel olarak kurulmuş başka fabrikalardan satın alınmasını imkân dışı bırakmaz.
- 7 İşin niteliğine göre üstencinin şahsî vasıfları önemli olmamaktadır ve kendi yönetimi altında yerine getirme zorunlu değilse, Örneğin, bir inşaat yerinin düzeltilmesi, bir reklam arabasının dolaştırılması gibi, bu takdirde, işin yerine getirilmesinin üçüncü bir kişiye bırakılmasına karşı ısmarlayanın bir itirazı da hukuken etkisizdir (BL HE 17 70 E 2).
- 8 Bu takdirde hukukî sorun, üstencinin yetkili olarak eserin yapımını üçüncü bir kişiye vermesinde, hangi ölçüde mesul olacağıdır. Tekeffül sorumluluğu bahis konusu ise, bu sebepten dolayı zaten bir değişiklik mümkün değildir. Kurur sorumluluğu bakımından, değişikliğe uğramış Borçlar Kanununa eski Borçlar Kanununun üstencinin eserin yapılmasını geçirdiği kişilerin her kusurundan sorumlu olduğuna dair md. 351/II hükmü alınmamıştır. Nevar ki bu hüküm, değişikliğe uğramış OR. md. 101/BK. 100 gereğince işveren kendi iktidarı altında olmayan yardımcı şahısların kusurundan da sorumlu olduğu için, terk olunmuştur. (bak. yukarıda md. 101 Nr. 6). Bundan kolaylıkla, üstencinin hem ifa yardımcısının çalışmasını yeter derecede kontrol etmemesinden doğrudan doğruya doğan zararlardan (Ticaret Mahkemesi Zürich, BL HE 14 214 E 3), hem de sadakatsız müstahdemlerin kendilerine işlenmek üzere teslim olunan şeyleri (Örneğin, tabaklanmaya verilen deriler) çalmalarından sorumlu olacağı anlaşılmaktadır; üstenci, kaim şahıslarının müstahdemlerinden de sorumlu olur (Ticaret Mahkemesi Zürich BL ZÜ R 9 192 Nr. 106). Üstenci yetkisi içinde işi üçüncü bir kişiye devretse de, üçüncü kişi bu nedenden dolayı ısmarlayanlarla akdi bir ilişkiye girmez (BL HE 17 70 E 2). Üçüncü kişi ile ısmarlayan arasında bir bağ-

lantı kurulması, yalnız borcun nakli ile mümkün olabilir; Ancak ısmarlayan, eserin üstenci tarafından şahsen yerine getirilmesi hususunda bir talep hakkına malik olmadığı durumda da, borç nakline rıza göstermeye zorunlu değildir.

- 9 Üstencinin şahsen ifa ya da yönetimi yerine, b e l i r l i bir muavin şahıs aracılığıyla ifa ve yönetim kararlaştırılabilir. Fakat tarafların böyle bir iradesi, her iki taraf belirli bir müstahdem in ileride yönetimi der'uhte edeceğini şimdilik beledikleri için de var olarak kabul edilemez : Belirlenen müstahdem in üstencinin müessesesinden ayrılması eser sözleşmesini hükümsüz kılmaz (BGE 34² 263).

10 III — Yardımcı Araç, Âlet Ve Edevat

Hizmet sözleşmesinin aksine eser sözleşmesinde üstencinin âlet vs.. yi koymakla yükümlü olduğuna ilişkin karine vardır. Bu yön, bağımsız bir üstenciyle bir sözleşme olarak, eser sözleşmesinin niteliğine uygundur. Aksi kararlaştırılmamışsa, üstenci âlet vs.. yi koymasından dolayı ayrıca özel her hangi bir karşılık isteyemez. Madde 374/BK. 366'daki olayda, kendi âlet vs.. nin kullanılması ve eskimesi gider olarak göz önünde tutulmalıdır. Çokluk böyle giderler için bilhassa hesap çıkarılmasına dair âdet de vardır : Örneğin, tamir için bir iskele zorunlu ise. — Uygun düşmeyen bir âletin kullanılması, üstencinin bir kusurunu teşkil eder.

11 IV — OR. md. 41 ve 58/BK. 41 ve 58 İle İlişki

Ayıplı eser, 58. maddenin unsurlarını içine almış ise örneğin, döşemesi çöken hatalı yapılmış bir ev, 58. madde gereğince ve kusur varsa 41. madde gereğince sorumluluk da vardır (karş. St. Gallen R 24 117 Nr. 53).

Madde : 365 (BK. 357)

2 — G e r e ç Ü z e r i n e : Üstenci, gereç verilmesini üzerine aldığı takdirde ısmalayana karşı, gerecin iyi cinsten olmasından sorumlu ve satıcı gibi tekeffül etmekle yükümlüdür.

ısmarlayan tarafından verilen gereci, üstenci son derece özen ile kullanmak, kullanılmasına ilişkin hesap vermek ve artanı olursa ısmarlayana geri vermekle yükümlüdür.

Eser yapılırken ısmarlayan tarafından verilen gereçte veya gösterilen yerde ayıp ortaya çıkarsa yahut eserin zamanında ve gereken yapımını tehlikeye koyan sair hâllerin mevcudiyeti anlaşılırsa, üstenci bunları gecikmeksizin ısmarlayana ihbar etmekle yükümlüdür. Aksi hâlde zararlı sonuçlara kendisi katlanır.

Dayanaklar : aOR 352, 356; E 05 ve 09 ve 09 1407, 1411; Ö 1167 (Nov. 111 150); BGE 651; Zü 1974/75, 1585.

I — Üstenci Tarafından Teslim Edilen Gereçten Sorumluluk

- 1 Müşterek Hukukta, üstencinin işlemek zorunluğunda olduğu esas geci sağlamakla yükümlü bulunduğu sözleşmenin, eser sözleşmesi değil, satım olarak kabul edilmesine karşılık (karş. Dernburg, Pand 2 113; Windscheid, Pand 2 758 Ziff. 3), İsviçre Hukukuna göre eser sözleşmesi kavramı, üstencinin yalnız teferrüatı değil, asıl geci kendisinin koymasına engel değildir. Diğer taraftan bir inşaat üstencisinin inşaat yerini de kendisinin sağlamak zorunluğunda olduğu bir sözleşme, taşınır eşya ile bir arazi satımında olduğu gibi (karş. md. 187 açıkl. Nr. 3), genellikle taşınmaz mal satımı olarak kabul edilmesi gerekir.

O hâlde sözleşme taşınmaz mal satımı şekil şartlarına bağlıdır (md. 216).

- 2 Üstencinin gereçten doğan sorumluluğu mülkiyetten sorumluluk (Örneğin, ZGB. md. 726/BK. 699 daki hâllerde) ve işe yararlık'tan sorumluluktur. Mülkiyet hakkında md. 192 - 196/BK. 189 - 193, işe yararlık üzerine md. 197 - 210/BK. 194 - 207 kıyasen uygulanır. İsmarlıyan, sözleşmenin konusunu oluşturan taşınır nes'neyi iyi niyetle iktisap etmiş ise, ZGB. md. 714/BK. 687 gereğince mâlik olur ve işin mahiyetini öğrenirse sonradan eşyayı üstenciye geri vermeye ve tazminat istemeye yetkili değildir.

- 3 Üstenci, ısmarlayan tarafından emredilen cins gereç kullanırsa veya kullanılan parçalarda söz konusu cinsten mutad olarak bulunmayan kötü nitelikler görülmüyorsa ve bunlar muhtemelen vaad olunan niteliklere sahip ise, malzemenin kalitesi hakkında ayıba karşı tekeffül borcunu karşılamış olur. Üstenci belirli bir bölgenin ocak taşlarını kullanmak zorunluğunda

ise, seçmede ayıplı parçalar bulunmadığı takdirde, tekeffül borcu bakımından kurtulmuş olur (karş. BG in R 16 13 vd. Nr. 9). Ancak bu cinsin tamamının, kararlaştırılan kullanma için zararlı nitelikleri bulunduğu anlaşılırsa, üstencinin ısmarlayana vazgeçmesi için ikaz etmesi gerekip gerekmediği söz konusu olabilir.

- 4 Binalarda tahta çürüten ev mantarı ve kuru çürük mantarı ile hastalık geçmesi çok önemlidir. Her şeyden önce sorun, gercin böyle bir hastalık geçirmesinin, ne zaman tekeffül ayıbı olarak kabul edileceğidir. Bu sorun, satım sözleşmesinde olduğu gibi, teslim zamanında mahmuzlarının çoğalabilecek durumda bulunup bulunmadıklarına bağlıdır. Böyle olduğu takdirde üstenci bir kusuru bulunmasada sorumludur (karş. 221 açıkl. Nr. 2 vd.). Eğer üstenci inşaat malzemesinin seçiminde kusurlu şekilde hareket ederse, örneğin, çoğu zaman ev mantarı bulaşmış olan yıkılmış bina malzemesi kullanırsa, veya hastalık bulaşmış bir inşaat yerinden kereste satın alırsa, ya da hızlı inşa etme dolayısıyla veya inşaat yerinin noksan tecridi sebebiyle kuru çürük mantarın gelişmesi şartlarını kolaylaştırırsa kusurun özel sonuçları meydana gelir (Metz und Rummler, Haftpflicht bei Hausschwamm und Trockenfäule 12, 76, 82).

5 II — İsmarlayan Tarafından Teslim Edilen Gereçten Sorumluluk

Bu gereçler için üstencinin tekeffül yükümü yoktur. Sorumluluğu aşağıda gösterilen üç önemli yönden oluşur :

- 6 1 — Özenle Kullanma : Özenle kullanmaya korumada dahildir : Kaybolma ve yangın tehlikesine karşı koruma; doğru şekilde bir ambarlama zararı uğramayı, örneğin, rutubet nedeniyle, önler. Bu yüzden üstenci noksan denetleme veya eksik düzen nedeniyle, kendisine tevdi edilmiş olan eşya sadakatsız hizmetliler tarafından çalınırsa, sorumludur. (Ticaret Mahkemesi Zürich, BLZÜ R 3 192 Nr. 106). Teslim edilen malzeme için sigorta yaptırmak borcu da bulunup bulunmadığı şüpheli olabilir. Genellikle buna olumsuz cevap verilmelidir. Satış mağazaları tarafından örnek olarak fabrikatöre teslim edilen gereç hakkında da böyledir. Fakat, Örneğin, St. Gallen mahallî âdetine göre, el işi eşya ticaretinde malları tesellüm eden kendisine emanet edilen malzemeler için yangın halle-

rinde de mes'ul olmaktadır. Bu durum üstenci için iktisaden sigorta yaptırma mükellefiyeti ile aynı hesaba gelmektedir.

2 — **Hesap Verme Borcu:** Üstenci, ısmarlayana gerecin kullanılmasına ilişkin hesap vermekle yükümlüdür. Bu konuda her şeyden önce sözleşme esastır. O hâlde belli miktarda bir gömleklik kumaş parçasından kaç gömlek yapılması gerektiği, gömleğin kullanılmasına ilişkin sözleşmede tayin edilmişse, daha az gömlek teslim eden üstenci, yalnız tayin olunan adedin elde edilmesinin imkânsız olduğunu isbat ederek borçtan kurtulabilir. Kumaş kesilmesine ilişkin **m u t a t** metodun uygulanmasında daha az miktarın meydana geldiğini ispat yeterli değildir.

8 **Kırpıntı ve artıklar** ısmarlayana geri verilir. (ısmarlayanın, verdiği gereç, karton vs.. kırpıntısı için el işi eşya ticaretinde St. Gallen mahalli âdeti sarahaten böyle..) Bununla beraber âdet âksi de olabilir.

9 **Hukukî sonucun belirlenmesinde, yani bozulan veya noksanlaşan gereçten sorumlulukta,** her şeyden önce zararın hangi zamana göre hesaplanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. İfa etmemede kusur hâlinde olumlu akdî çıkarların tazmin edileceğine ilişkin genel prensiplere göre, ifa zamanındaki, yani muacceliyet tarihindeki değer esas alınmalıdır: Çünkü bu anda özenli bir ifa neticesinde kullanılmamış veya bozulmamış gerecin ısmarlayana geri verilmiş olması gerekliydi. Fakat çoğu zaman ısmarlayanın sadece maliyet değerini isteyebileceğine dair âdet vardır (Örneğin, Doğu İsviçre el makineleri işlemeciliğinin el işleri eşya ticareti için St. Gallen mahallî âdetlerine göre böyle, ilgili dernekler tarafından 4 Şubat 1904 tarihinde tesbit olunmuştur). Kusur sorumluluğunun kaldırılabildiği veya sınırlandırılabildiği oranda, o hâlde md. 100 ve 101 çerçevesinde, özellikle yardımcı şahısların sorumluluğunda (md. 101), böyle bir âdet bağlayıcıdır.

10 **3 — Ayıplar Nedeniyle İhbar Borcu:** Gereç bakımından ihbar borcu, üçüncü bentde düzenlenmiş olan genel ihbar borcuna oranla her hangi bir özellik göstermemektedir. (bak. aşağıda Nr. 11 vd.)

11 **III — Genel İhbar Borcu**

Üstenci, sözleşmenin uzman tarafı olarak gerekli ifayı tehlikeye düşüren veya imkânsız kılan hâl ve şartların meydana

çıkıldığını, kısaca ısmarlayanın verdiği gerecin veya gösterilen inşaat yerinin ayıplarını ya da diğer durumları ısmarlayana ihbar etmekle yükümlüdür. (İsmarlayanın emirlerine karşı ikaz borcuna ilişkin karş. md. 369 açıkl. Nr. 11).

- 12 İhbar borcuna, bir muayene etme borcu mutabıktır. Üstenci, kendisine ısmarlayan tarafından teslim edilen gereci ve ısmarlayanın inşaat yerini, kendi gereci veya inşaat yeri gibi muayene zorunluğundadır. Üstenci aşikâr ayıpları fark edemez veya onlara göz yumarsa sorumlu olur. Fakat zamanında farkına varamadığı ve ihbar edemediği gizli ayıplar söz konusu ise sorumlu tutulamaz. (Aargau JZ 19 310 Nr. 259). İnşaat yerini taşıma kapasitesi yönünden incelemek ve temel inşaatının dayanıklılığını hesaplamakla yükümlü olduğu yüksek binalarda böyledir. (BGE 26³ 660).
- 13 İsmarlayan tarafından hazırlanan gereç ve inşaat yeri için yalnız üstencinin muayene borcu olup, inşaat sahibinin, ısmarlayanın böyle bir yükümü yoktur. (BGE 15 486 vd. E 5 vd.). Çünkü genellikle ısmarlayan değil, üstenci uzman olarak ortaya çıkar.
- 14 Eserin gerektiği şekilde ve zamanında yapılmasını tehlikeye sokan başka durumlar meydana çıkarsa, üstencinin ısmarlayana bunlardan da haberdar etmesi gerekir. Örneğin, üçüncü kişi mal teslimatını zamanında yapmıyorsa. Zaten ihbar mükellefiyeti, ısmarlayanın ilgili üçüncü kişiye karşı haklarını dermeyeran etmek mecburiyetinde olduğunu öğrenmesi bakımından da zorunludur. Çünkü üstenci özel vekâleti olmadan böyle bir hakkı ileri sürmeye hukuken yetkili değildir. Üstenci, özel güçlüklerin mümkün olduğunu önceden görmeye mecbur olupta bunlardan ısmarlayana zamanında haberdar etmemiş ise, gecikmeden doğan zararlardan sorumludur. (V. Schey, Östeer. BGB 1168 a açıkl. 2 ve orada yazılı karar). Diğer taraftan bana göre, ısmarlayan kendi edimleri yönünden mütekerim ise, üstenci, ısmarlayana bütün durumlarda uyarmak mecburiyetinde değildir. Çünkü ısmarlayan kendi gecikmesinin eserin tamamlanmasını uzatabileceğini kendiliğinden hesaba katmalıdır: Eğer ısmarlayana ait hazırlık işlerinin icrası için kesin bir vade kararlaştırılmamış ise, ancak bu takdirde bir ihbar zorunludur.

Madde : 366 (BK. 358)

3 — Çalışmaya zamanında başlama ve çalışmayı sözleşme uyarınca yapma (icra).

Üstenci esere zamanında başlamaz veya sözleşmeye aykırı olarak işin icrasını geciktirirse ya da ısmarlayanın kusuru olmaksızın bu konuda artık eserin zamanında tamamlanması kesin olarak beklenemeyecek derecede mütemerrit ise, ısmarlıyan teslim tarihini beklemeye zorunlu olmadan sözleşmeden dönebilir.

Eserin icrası sırasında, üstencinin kusuru nedeniyle ayıplı veya sözleşmeye başkaca aykırı bir imâl kesinlikle bekleniyor ise ısmarlayan, yerine getirilmediği takdirde eseri düzeltmenin veya esere devamın tehlike ve giderleri üstenciye ait olmak üzere, üçüncü bir kişiye verileceği ihtarıyla, üstenciye çare bulma için bir süre tayin edebilir veya ettirebilir.

Dayanaklar : a OR 354/355; E 05 ve 09 1409/10; BGB 634, 636; ZÜ 1575.

1 I — İşi Yapmada Temerrüt

Eser sözleşmesinin özel muhtevası dolayısıyla eserin imali, yapılmamaları henüz borcun yerine getirilmesinde temerrüdü yaratmayan (satımdaki gibi) hazırlık eylemleri değil, ifa eylemlerine dahildir. Buna uygun olarak yasa ısmarlayana, üstenci esere zamanında başlamaz ya da icrada gecikirse de sözleşmeden dönme hakkı bahşediyor.

1 — Dönme hakkının koşulları. Yasa, üç olguyu birbirinden ayırt etmektedir.

● a) Üstencinin b a ş l a m a tarihine uymaması.

● b) Üstencinin eserin b a z ı k ı s ı m l a r ı n ı n bitirilmesi için kararlaştırılan tarihe uyma bakımında geç kalmış olması.

● c) Bütün eserin sözleşme ile kararlaştırılan önelde bitirilmesinin ve tesliminin mümkün olmayacağı sonucunun üstencinin bütün davranışından kesinlikle çıkarılması (Stockar, Zschw R 25 58).

2 İşe b a ş l a m a d a n, ilk icra eylemleri anlaşılmalıdır : Örneğin, plânların ve projelerin yapılması. Özel olarak kararlaştırılmamış ise, bir eserin ne zamana kadar bi-

tirilmesi gerekli olduğu sorunu, md. 75/BK. 74 de göre karara bağlanır. Ticarî hayatın âdetleri bu konuda göz önünde tutulmalıdır. Teslimde temerrüde ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması, gerektiğinde işe başlaması için üstenciye ihtarda bulunmayı ve ancak bu ihtara uygun süre içinde uyulmadığı takdirde, son bir sürenin tâyin edilmesini beraberinde getirmektedir. Üstenci yardımcı kuvvetlerle pekiştirme suretiyle eseri teslim gününe kadar tamamlamak imkânına sahip ise, henüz bu maddenin birinci bendi manasında bir gecikme yoktur.

3 Üstencinin k u s u r u dönme hakkı için koşul değildir. Şu var ki, ısmarlıyanın kendisine isnadı kabil bir durum dolayısıyla zamanında yapma (icra) mümkün değilse, ısmarlıyan bu takdirde sözleşmeden dönemez; ısmarlıyanın ön çalışmalarında, Örneğin, plânların verilmesinde veya üstenci tarafından monte edilmesi gerekli bir makinenin kaidesinin yapılmasında gecikmiş olması böyledir (BG in Ziv 94 29).

4 2 — Dönme hakkının icrası ve hukukî sonuçları:

Eski Borçlar Kanununda, açık olarak md. 122/24 (değişik İsviçre Borçlar Kanunu md. 107-109/BK. 106-108 karşıtı) deki usule atıfta bulunuluyordu. Borçlar Kanunu değiştirilirken prensip olarak böyle göndermelerden uzaklaşıldı. Fakat yeni hukuka göre de aynı düzenlemenin yürürlükte olduğu hiç bir şüpheye yer bırakmaz (aynı görüş, Oser, Komm, md. 366 açıkl. 2 lit. b ve BGE 46² 251). Şu hâlde md. 108/BK. 107 durum yoksa, bir son süre tayini zorunludur. Dönme hakkının hukukî sonuçları da md. 107 ve 109'daki düzenlemeye uymaktadır. Bundan ötürü, ısmarlayan gecikmiş ifadan vaz geçebilir ve olumlu akdî yararları için tazminat talep edebilir ya da sözleşmeden dönerek olumsuz akdî yararlarını ileri sürebilir. Ayrıca, bundan, üstenci kusursuzluğunu ispat edebilirse tazminat isteklerinin düşeceği anlaşılmaktadır (Baselstadt JZ 2 257 Nr. 1209).

5 Fakat, ısmarlayan dönme hakkını kullanmazsa, üstencinin temerrüdü hâlinde md. 103/BK. 102 gereğince tazminat talep hakkına sahiptir (hatalı, Neuenburg R 14 126 Nr. 88).

6 II — İcrada Ayıp

Eserin ayıplı olması dolayısıyla yasanın ısmarlıyana tanıdığı özel haklar, eseri imâl etmekle yükümlü olan üstenciden

ayıbı veya başka sözleşmeye aykırı durumları ortadan kaldırması da beklenebileceği düşüncesinin bir sonucudur. Ancak md. 366¹¹ / BK. 358¹¹ ayıp veya başka sözleşmeye aykırılıkları daha teslim gününden önce ortaya çıkması durumunu düzenlemektedir. Burada yasa üstencinin kusurlu olduğu hâllerde OR. 98/BK. 97. maddede genellikle ön görüldüğü gibi, ismarlıyanın tehlike ve giderleri üstenciye ait olmak üzere eserin düzeltilmesini ya da esere devam etmeyi üçüncü bir kişiye devir edeceği ihtarı ile süre tayini usulünü ön görmüştür. Tehlike ve giderlerin üstenciye ait olması demek, üstencinin sadece fazla giderleri değil, aynı zamanda işin üçüncü kişiye devri ile bağlı olan beklemeyen hâllerden doğan tehlikeyi de taşımak zorunluğunda olduğu manasındadır (Stokar, age. 61 vd.). — Ismarlayan kendisi, hâkim kararı olmadan üçüncü kişiye eserin düzeltilmesine veya esere devam etmeyi, devir edebilir (âksi görüş, Fick, md. 366 açıkl. 11); Ancak üçüncü kişiyi seçmede veya bu kişiye verdiği talimatta özenli hareket etmez ise zarara kendisinin katlanması gerekir.

(SÜRECEK)

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- | | |
|------------------------|--|
| K. Rotenbücher, | : Geschichte des Werkvertrages nach deutschem Recht, in Gierkes Untersuchungen zur Staats und Rechtsgeschichte Nr. 87, 1906. |
| Rümelin | : Diensvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905 - E. |
| Stokar | : Beiträge zum Rechtsverhältnis des Werkvertrages, Zsch WR 25 48 v.d. |
| Hs. Raschle, | : Grundsätzliches Zum Werkvertrages, JZ 15 163 v.d. |
| Hs. Bader, | : Zur Rechtsnatur des Inserationsvetrages, JZ 19 177 v.d. |
| K. Schreiber, | : Dasselbe, JZ 19 279 vd. |

ARSA PAYI KARŞILIĞI BAĞIMSIZ BÖLÜM YAPMA SÖZLEŞMESİ VE ÖZELLİKLE BİÇİMİ (*)

(II)

Bilâl KARTAL (**)

II — SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ

Bu başlıkta, sözleşme ile ilgili ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda uygulanacak hükümleri ve bunların sonuçlarını belirteceğiz. Hiç şüphesiz uygulamada pekçok uyuşmazlıkla karşılaşılabilir. Ancak konunun çerçevesini genişletmeden, işin yarıda bırakılması durumunda sözleşmenin çözümü halinde, hükümlerinin geriye veya ileriye etkili olma sorununu ve ayrıca karma sözleşmelere uygulanması öngörülen teoriler üzerinde duracağız.

1 — Karma Sözleşmelere Uygulanacak Hükümler Hakkında Görüşler : (1)

a) **Çeşitli Tiplerin Birbirini Bertaraf Etmesi** : Buna göre, karma sözleşmeye unsurunu taşıdığı sözleşmelere ait hükümler uygulanmamalıdır. Bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara, Borçlar Hukukunun genel hükümleri uygulanmalıdır. Bu düşünce biçimi, yargıcın karar serbestisini sınırladığı belirtilerek eleştirilmiştir.

b) **Soğurma Görüşü** : Hangi tipe ait unsur daha önemli ise, o sözleşmeye ait hükümlerin uygulanmasının gerektiği savunulmuştur. Bu tür bir düşünce ve uygulamanın taraf iradeleri ile bağdaşmayacağı nedeniyle eleştiriye uğramıştır. Gerçekten iki sözleşmeden hangisinin daha üstün olduğunu saptamak da çoğu kez olanaksızdır.

c) **Birleştirme Görüşü** : Her sözleşmeye ait hükümler ilgili olduğu tipe uygulanmalı ve her tipe ait unsurlar önce birbirinden ay-

(*) YD., Cilt: 9 Sayı: 1-2, Ocak/Temmuz-1933, Sayfa: 96-113'den devam.

(**) **Yargıtay 14. HD. Tetkik Hâkimi.**

(1) Tandoğan H. (daha geniş bilgi için) a.g.e., s. 36-37.

rılmalı, sonra herbirini ilgilendiren hukuki sonuçlar birleştirilmelidir. Bu görüşte, karma sözleşmenin bünyesinde taşıdığı sözleşme tiplerine ait unsurların basit bir toplamından ibaret olmayıp, bir sentezinden meydana geldiği belirtilerek eleştirilmiştir.

d) Yaratma (Kıyas) Görüşü : Karma sözleşmeler yasa ile düzenlenmemişlerdir. Bundan dolayı da yasa hükmünün doğrudan doğruya değil, kıyas yoluyla uygulanması gerekir. Hâkim bunu uygularken karma sözleşmeyi tarafların iradelerine uygun şekilde yorumlayarak çıkarlarına ve adalete en yakın çözümü getirmiş olacaktır. Bu tür bir düşünce ve uygulamanın MK. nun 1. maddesi ile de bağdaştığı ve uygun çözüm yolu getirdiği belirtilmiştir (2).

Daha önce sözleşmenin niteliğini beslirtirken de açıkladığımız gibi, karma iki tipli olan arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesine uygulanacak hükümler, ne tiplerin birbirini bertaraf etmesine ilişkin olanı, ne de en önemli tipe ait hükümlerin uygulanmasını gerektiren görüş veya tiplerin unsurlarının toplamına ilişkin hükümlerin uygulanmasını öngören birleştirme nazariyeleri olamaz. Yaratma nazariyesi de başlıbaşına soruna çözüm getirmektedir. Sözleşmeye, taşınmaz satımı ve eser sözleşmesine ait hükümler bir arada ve biri diğerine hüküm ve sonuçları itibarıyla bağlı olmak suretiyle taraf iradelerine uygun bir şekilde tatbiki ile soruna çözüm aranmalıdır. Bu halde ortaya çıkacak yasa boşluklarının MK. nun 1. maddesi gözönünde tutularak tamamlanması yoluna gidilmelidir. Ancak bu durumda yasaya ve adalete uygun bir çözüm sağlanmış olacaktır.

2 — İşin Yarıda Bırakılması Veya Yüklenicinin Temerrüdü :

Burada tarafların hak ve borçlarını kapsamlı bir şekilde incelemeyeceğiz. Daha önce sözleşmenin unsurları bahsinde ve konuları kısaca belirtmiştik (3). Ancak yüklenicinin işi yarıda bırakması durumunda uygulanacak hükümlerin kapsam ve sonucunu açıklanmaya çalışacağız. Bunun içinde konu ile ilgili görüş ve yargı kararlarını ortaya koyacağız.

Hemen belirtelim ki konu, teoride tartışmalıdır. Bunun nedeni, eser sözleşmesinin ve özellikle arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımına ilişkin sözleşmenin kurulduğu andan itibaren bütünlük arzeden inşaatın tamamlanması ve teslimi anına kadar taraflar ara-

(2) Tandoğan H. a.g.e. s. 37

(3) Sözleşmenin Unsurları : s. 3 ve dv. (Bkz., YD. Cilt: 9, Sayı: 1-2, Sayfa : 98 vd.). (YD.)

sında sürekli bir borç ilişkisi doğurup - doğurmadığından kaynaklanmaktadır. Sürekli borç ilişkisinin varlığını kabul edenlere göre sözleşmenin çözümü halinde ileriye, geçici ve ani edimli borç ilişkisi doğurduğunu benimsiyenler de geriye etkili hüküm ve sonuçlar meydana getireceğini savunmaktadırlar. Sözleşmenin bu niteliği ile ilgili görüş ve açıklamalar daha önce yerinde incelendiği için, oradaki açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz (4).

Sözleşmenin çözümü halinde, hüküm ve sonuçlarının ileriye etkili olması durumunda yüklenici, inşaatın yapılmış kısmı için ücretin bu kısım ile orantılı bir bölümüne ve dolayısıyla iş tamamlanmış durumda elde edeceği kârında aynı orandaki bölümüne hak kazanmasıdır. Geriye etkili olması halinde ise, iş sahibinin haksız olarak zenginleştiği tutarın kendisine verilmesini isteyebilecektir (5). Hatta istem kapsamının vekaletsiz işgörmeye hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği de ifade edilmiştir (6).

Yüklenicinin işi yarıda bırakması veya temerrüdü sorununu daha iyi anlamak için, konuya ilişkin görüşleri gerekçeleri ile birlikte incelemek gerekir.

a — Yüklenicinin işi yarıda bırakması durumunda o ana kadar yaptığı işe orantılı olarak kâr da alabileceğini kabul edenler aşağıdaki gerekçelere dayanmaktadırlar.

aa — Bu gibi durumlarda da BK. nun 360/II-III. maddesinin kıyas yoluyla uygulanması gerekir. Çünkü, bu maddede ismarlayanın arsasına yapılmış olan ve tamamlanmış inşaatın ayıplı olması durumunda iş sahibinin sözleşmeden dönemeyip ancak ücretin indirimi ve yüklenicinin kusuru halinde tazminat isteyebileceği öngörülmüştür. Bunun gerekçesi, yapının arsadan sökülmesinin meydana getireceği zararın önlenmesidir. Yüklenici de işi teslim gününde bitiremeyerek temerrüde düşmesi halinde de yapılan kısımların arsadan sökülüp alınması aynı biçimde aşırı bir zararın doğmasına neden olacaktır. Bu zararın önlenmesi gerekir. Böylece aynı gerekçe bu halde de mevcut olduğuna göre, BK. nun 360/II-III. maddesindeki kuralın kıyas yoluyla uygulanması gerekir (7).

Ayrıca, bu maddenin uygulanması için yüklenicinin yapıyı teslim gününde bitirememesi ve borçlu temerrüdüne düşmesi nedeniy-

(4) Sözleşmenin Niteliği : s. 17 (Bkz. YD., Cilt: 9, Sayı: 1-2, Sayfa: 110 vd.) (YD.)

(5) Tandoğan H: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi: Haziran 1981, Cilt: XI, s. 6 ve dv.

(6) Gautschi: a.g.d. s. 6 ve dv.

(7) Sungurbey İ: Yasa Hukuk Dergisi, Şubat 1982, s. 2, s. 190

le iş sahibinin, BK. nun 106. maddesindeki genel kurala göre dönme hakkının inşaatın arsadan sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğurması ve özellikle yapının büyük bir bölümünün bitirilmiş olması gerekir.

Sözleşme konusu eser hangi oranda tamamlanmışsa, kararlaştırılan ücretle aynı oranda ve aynen alınacaktır. Arsa payı olarak kararlaştırılmışsa iş sahibi arsa payı olarak bu bedeli aynı oranda ödemekle yükümlüdür (8).

bb — Eserin kararlaştırılan sürede teslim edilmemesine karşın, sözleşmeden dönme hakkının kullanılacağı sırada eserdeki bozukluk önemli bir ölçüde değilse veya iş sahibinin arsasına yapılan inşaatın sökülüp alınması aşırı bir zararın doğmasına neden olacağı hallerde yüklenicinin teslimde temerrüde düşmesinin iş sahibine B.K. nun 106 ve 107. maddeleri çerçevesinde dönme hakkının verilip verilmeyeceği önemli bir sorundur. BK. nun 360. maddesinde bu tür bir kabulden kaçınılamayacağı düzenlendiğine göre, iş sahibi yüklenicinin düştüğü bu temerrüde karşılık dönme değilse, eseri teslim alıp onarma yada ücretten indirim yanında ifanın gecikmesinden dolayı tazminat isteminde de bulunabilecektir. Bu çözüm yolların çıkarlarına, adalete ve MK. nun 2. maddesine de uygun düşmektedir (9).

cc — Yüklenicinin inşaat yapımında geçen emeğinin korunması gerekir. İş sahibini eserin yapımı için sözleşmede kararlaştırılmış olan ücreti ödemekten büsbütün kurtaracak ve emeğinin karşılığı olmıyan bir nedensiz zenginleşme değeri ödemekle, sözleşmeden dönme halinde, esere bizzat emek vermiş yüklenicinin hakkı çok ağır bir zarara uğramış olacaktır (10). Eserin sadece yapılmış ve sahibini zenginleştirmiş olan değerinin ödenmesi ile varılacak bir çözümlenin, emekçinin emeğini hiçe saymış olacaktır. Bunun önlenmesi için emekçinin harcamış olduğu emeğinin korunmaya değer bulunduğu durumlarda, kararlaştırılmış ücretin hiç değilse fesih anına dek yapılp tamamlanmış işi karşılayan bölümüne kavuşması sağlanmalıdır (11).

b — Yüklenicinin işi yarıda bırakması durumunda, ücretin orantılı bir bölümünü değil, iş sahibinin haksız olarak zenginleşti-

(8) Sungurbey İ. a.g.d. s. 496.

(9) Serozan R: Sözleşmeden Dönme: İst. 1975, s. 329-330.

(10) Serozan R: Sözleşmeden Dönme, İst. 1975, s. 329-330.

(11) Serozan R: a.g.e. s. 81-88 ve dv.

ği değeri nedensiz zenginleşme kurallarına göre isteyebileceğini savunanlarda aşağıdaki gerekçelere dayanmaktadırlar.

aa — BK. nun 360/II ve III maddesinin olayda uygulama yeri yoktur. Bu madde ancak tamamlanmış işlerde uygulanır. BK. nun 358/I maddesi yarıda kalan işler içindir. Yarıda kalan işler için BK. nun 360/II. ve III. fıkralarının uygulama olanağı yoktur. Çünkü başkasının arsası üzerinde tamamlanmış fakat ayıplı bir eserin kaldırılmasındaki güçlük ve bundan doğacak aşırı zarar dolayısıyla ücretten indirimdeki hakkaniyete uygunluk, işi sözleşmeye aykırı olarak çoğu zaman kusurlu olduğu halde yarıda bırakanın davranışını aynı yoğunlukta kabul edemeyiz. İş i yarıda bırakıp kaçan veya kusurlu davranışı ile temerrüde düşen yüklenici, beklediği kârdan yaptığı iş kadar orantılı kâr almasını gerektirecek derecede korunmaya lâyık değildir. Bu gibi durumlarda yüklenicinin, yarıda bıraktığı inşaatın mülkiyeti iş sahibine kalacağından, arsa sahibinin nedensiz zenginleşmesi tutarında veya yaptığı işin objektif değeri ve giderleri kadar parasal bir geri verme isteminde bulunması yeterli olacaktır (12). Sözleşmede belirtilen arsa payından daha azını indirilmiş arsa payı olarak almasının inşaat payını da kapsayacağından hak ettiğiinden daha fazlasını almış olacaktır. Ayrıca orantılı ücreti aynen yani arsa payı olarak alması, geriye etkili dönme kuralı ile de bağdaşmaz (13).

bb) Yüklenicinin yaptığı kısma orantılı bağımsız bir bölüm bulmakta güçtür (14).

cc) Özellikle kusurlu davranışı ile iş i yarıda bırakan yükleniciye orantılı ücret ödenmesi, müteahhidin ölümü veya kusuru olmadan iş i bitirememesi halinde, mirasçılarının yahut kendisinin orantılı ücret isteyebileceğini öngören BK. nun 371. maddesinin bir önemi kalmayacaktır (15).

dd) İş in büyük bir kesimi yapılmış olsa dahi, müteahhide sözleşmeyi dilediği zaman feshedip kâr payı olanağı verilmemelidir. Aksi takdirde yaptığı iş ölçüsünde ücretini alıp iş ten çekilebilecektir. «Müteahhit orantılı ücret alamayacağını bilirse, iş i yarıda bırakmamak hususunda daha çok özen gösterir.» «Eser sözleşmesinde sonuca yaklaşmanın değil sonucun elde edilmesinin önemli olduğu da gözden kaçırılmamalıdır» (16).

(12) Tandoğan H: a.g.d. s. 36-37.

(13) Tandoğan H: a.g.d. s. 41.

(14) Tandoğan H: a.g.d. s. 41 ve dv.

(15) Tandoğan H: Yasa Hukuk Dergisi, Nisan 1982, s. 498.

(16) Tandoğan H: Yasa Hukuk Dergisi, Nisan 1982 s. 498.

ee) Güvenilmeyen bir yüklenici ile, iş sahibinin bir arada oturmaları veya aynı taşınmazda ortak pay sahibi edilmeleri de sakıncalıdır (17).

ff) Günümüzde yüklenici bizzat emek sarfeden kimse değildir. Müteahhitler büyük iş ve sermaye sahibidirler. Bu nedenle de emekçinin emeğini koruma gerekçesi, dönmenin ileriye etkili olmasının dayanağı olarak kabul edilemez (18).

c) Yargıtay kararları ile konuya getirilen çözüm yolları ve düşüncemiz? Burada somut olaylarla ilgili bazı yargıtay kararlarını belirteceğiz :

İş sahibi davacı, yüklenicinin belirlenen tarihte teslim borcunu yerine getirmediğini, ihtarla verilen önele karşın inşaatı tamamlamadığını belirterek sözleşmenin çözümünü istemiştir.

Olayda davalı yüklenicinin temerrüde düştüğü sabit olmuştur. Nevar ki inşaatın büyük ölçüde yapılmış olduğu da anlaşılmıştır. O halde sorunun BK. nun 360. maddesindeki kural göz önünde tutularak çözümlenmesi gerekir. Bu maddeye göre, iş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için, eserde bozukluk bulunmalı, yada sözleşmeye aykırı olarak yapılmış olmalı. Ve ayrıca eser bu hali ile kullanılamaz durumda bulunmalı veya adalet kurallarına göre, iş sahibinden böyle bir eseri kabul etmesi beklenmemelidir. Bu koşullar, iş sahibinin arsası üzerinde inşaat yapılması halinde de geçerlidir. BK. nun 360/III maddesine göre, iş sahibi ya ücretin indirilmesini yada eserin düzeltilmesini isteyebilir. Olayda sözkonusu olan inşaatın ortadan kaldırılmasının yüklenici için aşırı zarar doğuracağı açık bir şekilde belirgindir. Bu yönde tartışma açmak da gereksizdir. Öyleyse davalının borçlu temerrüdüne düşmesi, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için yeterli değildir. Konulan bu sözleşmeye aykırı olarak yapılmış olmalı ve ayrıca eser bu hali de de, iş sahibinin dönme hakkının BK. nun 360. maddesi çerçevesinde sınırlandırılacağını kabul etmek evleviyetle gereklidir (19).

Yaptırılan bilirkişi incelemesiyle inşaatın yüklenici tarafından bitirilmediği ve böylece sözleşmeye aykırı davranıldığı ortaya çıkmıştır. Öyleyse yanlar arasında düzenlenen sözleşme konusu eserden, yüklenicinin elini çektiği gündeki durumuna göre, inşaatın fi-

(17) Tandoğan H: a.g.d. (Bank. ve Tic. Derg.) s. 40 ve dv.

(18) Tandoğan H: a.g.d. s. 40 ve dv.

(19) Yargıtay 15. H.D. 21.3.1978 gün ve

zikel olarak kaçta kaçının yapıldığı uzman bilirkişi aracılığı ile belirlenmeli, belirlenen oran dahilinde ücret alabilmelidir (20).

Görüldüğü gibi bu kararlarla yükleniciye yaptığı iş oranında kâr payı da verilmektedir.

Yine bir olayda davalı yüklenicinin borcunu ifada temerrüde düşmesi ile iş sahibinin talebi üzerine mahkemece, taraflar arasındaki borç ilişkisinin geçmişi kapsar şekilde sona ermiş bulunduğunu, taşınmaza davalının el atmasının önlenmesine dair kararına karşı Yargıtay (21) taraflar arasındaki eser sözleşmesinin niteliği ve özelliğinden dolayı, davalı yüklenicinin temerrüde, düşmesi, davacı arsa sahibinin sözleşmeyi fesih etmesi için yeterli görülmez. Taraflar arasındaki sözleşme, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesidir. Davalı yüklenici, davacıya ait arsa üzerinde bir bina inşaa etmeyi ve bundan dört daire ve bir dükkanı davacıya bırakmayı ve davacı ise bunun karşılığında kendisine ait olan bağımsız bölümler dışındaki daireler ve dükkanlara isabet edecek arsa payını davalıya devir ve temlik etmeyi taahhüt etmiştir. Şu halde inşaat davacı iş sahibinin arsası üzerinde yapılmıştır. Bilirkişi raporundan anlaşıldığına göre, davacının sözleşmeyi fesih ettiği tarihte, yüklenici inşaatın bütünü itibarıyla % 75'ini ve davacıya kalan daireler yönünden % 85'ini tamamlamıştır. Böyle bir durumda sözleşmenin BK. nun 106-108 maddeleri çerçevesinde geçmişi kapsar şekilde, fesih yerine uyuşmazlığa, aynı yasanın 360. maddesinin II. ve III. bendlerini kıyasen uygulamak ve noksan kalan iş değeri nisbetinde, eser karşılığı olan arsa payını indirmek hem yasal ve hem de daha hakkaniyetli olur. Çünkü bina büyük kısmı itibarıyla yapılmış olduğundan, bunun sözleşmenin fesih sonucu ortadan kaldırılması, yüklenici için fazla zararı doğuracağı tabiidir.

Şu halde olayda iş sahibi davacı, anılan nedenlerden, sadece BK. nun 360. maddesinin III. bendi yoluyla II. bend gereğince işlem yapmak hakkına sahiptir. Sözleşmeyi fesih ederek inşaatın bitimi için davalının müdahalesinin önlenmesini isteyemez.

Mahkemece yapılacak iş, bilirkişi aracılığı ile, ilkin inşaatın tamamlanmış olması halinde davalı yükleniciye verilmesi gerekli olan arsa payının belirlemek, davalının bina inşaa borcunu hangi oranda yerine getirdiğini ve hangi oranda yerine getirmediğini sap-

(20) Yargıtay 15.H.D. nin 22.6.1978 gün ve 1978/1085-1381 ve 29.3.1978 gün ve 1978/515-662 Sayılı K.

(21) Yargıtay 15.HD. nin 24.1.1980 gün ve 1979/2453, E. 1980/111 Sayılı K.

tamak ve buna göre noksan inşaat oranında davalıya verilmesi gerekli olan arsa payını indirmek ve böylece davalıya düşecek olan arsa payını tesbit etmek ve ancak bu arsa payı dışında müdahalenin önlenmesine karar vermektir. Yerel mahkemenin ilk hükmünde direnmesi üzerine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca dairenin kararı aynı gerekçelerle kabul edilmiş ve yerel mahkemenin direnme kararı da bozulmuştur (22).

Yargıtayın sözleşmeden dönme halinde, işin hangi ölçüde yapıldığını belirleyen durumlarla ilgili, olarak, (Tüm işin binde 35'nin) (23) (...tüm inşaatın % 73'nün geriye galmış olduğu), (24) (... tüm işlerin ancak yarısına yakınının yapılmış bulunması), gibi durumlarda, geriye etkili olacak şekilde sözleşmeden dönülebileceğini kabul etmektedir.

Kararların metninden de anlaşılacağı üzere Yargıtay'ın, sözleşmeden dönme durumunda hükümlerinin ileriye etkili olarak sona ermesinin kabulü için, işin kapsamı itibarıyla büyük bir bölümünün yapılması gerektiği sonucuna vardığını söylersek yanlışlığa düşmüş olmayız.

Kanımızca, bir eser sözleşmesi olan arsa karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesinin konusunu teşkil eden inşaatın, yüklenicinin temerrüdü sonucu yarıda kalması halinde, BK. nun 360/III. fıkrasının yollama yapması ile II. fıkranın kıyasen uygulanması, olayın yapısına, hak ve adalet kurallarına daha uygun düşmektedir. Söz konusu maddenin II. fıkrasının tamamlanmış işler için konulduğu iddiası doğrudur. Ancak sözleşme gereğince iş gerçek manâda tamamlanmışsa çözümü gereken uyuşmazlık bulunmadığından zaten bu maddenin uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Başka bir ifade ile, yüklenici bakımından tamamlandığı var sayılan iş, aslında sözleşmeye uygun olarak bitirilmemiştir. Eksikleri ve kalitesizliği vardır. Kısaca sözleşmeye göre edim ifa edilmemiştir. Halbuki sözleşme ile amaçlanan, eserin sözleşme koşullarına göre bitirilip teslim edilmesidir. Buna uyulmuyorsa iş yarıda bırakılmışsa, maddenin öngördüğü ve daha önemsiz sayılabilecek hallerde uygulanırken, daha büyük olan yarıda bırakma gibi durumlarda uygulanmayacağını kabul etmek, nasıl izah edilebilir?

(22) Yargıtay H.G.K. nun 29.1.1982 gün ve 1980/15-2467 E. 1982/62 Sayılı K.

(23) Yargıtay 15.HD. nin 22.10.1973 gün ve 1973/202-170 Sayılı K.

(24) Yargıtay 15.HD. nin 21.10.1976 gün ve 1976/2063-3223 Sayılı K.

BK. nun 360. maddesinin III. fıkrası, arsa üzerine yapılan şeyin sökülüp kaldırılmasının önemli bir zararın meydana gelmesine neden olacaksa, II. fıkranın uygulanacağı koşulunu getirmiştir. Bundan bütüne oranla işin önemli bir bölümünün yapılması gereğinin arandığını, hatta normal bir zararın doğumu halinde dahi bu maddenin uygulanamayacağını öngörüldüğünü anlamaktayız. Az bir işin yapılması halinde, zaten aşırı zarar sözkonusu olmayacaktır.

İddia edildiği gibi, maddenin uygulanması sonucu sözleşmenin ileriye etkili olarak çözümü halinde, yüklenicinin kusurlu davranışı ödüllendirilmiş olmaz. Çünkü yüklenici kusurlu ise ayrıca tazminat ile de yükümlü tutulacaktır.

Yüklenicinin hazırlık aşamasında işin kârlı bölümlerini yapıp yarıda bırakmasına karşın, işi tamamlamış gibi, yapılan kısma oranlı kâr almasının adalete uygun olmadığı iddiası da kabul edilemez. Çünkü, öncede belirttiğimiz gibi, işin çok önemli bir bölümünü tamamlamış olacak. En azından bir bağımsız bölüme tekabül edecek arsa payını kaaznacık kadar iş yapmış olacak. Tabii ki bunu küçük kapsamlı işler için örnek verebiliriz? Büyük hacimli işler için, bütüne oranla çok daha fazla işin yapılması gereklidir. Bunun için bir ölçü koymak tarafların sözleşme içindeki durumlarını olaydan soyutlayacağı gibi, hâkimin de takdir yetkisini sınırlandırır.

Yükleniciyi emekçi kabul edip emeğinin korunması için sözleşmenin ileriye etkili bir şekilde çözümünün gerektiğine neden göstermek de isabetli kabul edilemez. Çünkü, günümüzde ve olayımızdaki yüklenici emeği ile geçinen kimse değildir. Sermaye ve büyük iş potansiyeline sahiptir. En doğrusu yükleniciyi bir girişimci olarak kabul edebiliriz. Zaten bir özel hukuk ilişkisi olan sözleşmeye, kamu hukuku ile ilgili kurallar karıştırılarak soruna çözüm aramaya gerek yoktur.

Yüklenici için bağımsız bölüm bulma güçlüğü ve aynı yerde meydana gelecek zorunlu ortaklığın sakıncalı olacağı düşüncesine de katılmıyoruz. Çünkü, yüklenici en az bir bağımsız bölüme tekabül edecek arsa payını kazanması kadar iş yapmış olacak. Ayrıca taraflar arasındaki hukuki uyumsuzluğu, aynı taşınmazda paydaş olmayacakları kadar etkin bir neden olarak kabul etmek de, uygun görülemez. Uygur olan toplumlarda, özellikle özel hukukdan doğan uyumsuzluklar, kişiler arasındaki sosyal ilişkiyi etkilememelidir.

Konuya birde dava ekonomisi açısından bakığımızda, iki dava yerine tek dava ile soruna çözüm getirilmektedir. Geniye etkili olmasını kabul edersek, iş sahibi sözleşmenin feshi ve gerekirse tazminat isteminde bulunacak buna karşılık yüklenici nedensiz zenginleşme kurallarına göre ayrı veya karşılık bir dava açması gerekecek. Halbuki, gerek iş sahibinin açacağı sözleşmenin feshi ve tazminat davası içinde ve gerekse yüklenicinin açacağı davalardan biri ile sonuca varmak pek âlâ mümkün görünmektedir.

(SÜRECEK)

MÜVEKKİLİN ÜCRET ÖDEME BORCU VE AVUKATLIK ÜCRETİ (I)

Hilmi ÖNAL (*)

PLAN : BİRİNCİ BÖLÜM. Giriş. İKİNCİ BÖLÜM. § 1 — Avukatlık ücret sözleşmeleri ve buna ilişkin sınırlamalar. A — Ücret sözleşmelerinde şekil şartı. B — Ücret sözleşmelerinde miktar şartı. 2 — Sözleşmeye konulması mümkün olmayan ücret. § 2 — Avukatla müvekkil arasında yazılı bir ücret sözleşmesinin bulunmadığı durumlarda avukatlık ücreti. A — Birincisi Avukatlık Kanunu madde 164/son'da kararlaştırılan ve yargılama gideri sayılan avukatlık ücreti. B — İkincisi müvekkilin avukata vereceği ücret. C — Çeşitli durumlarda avukatlık ücretinin hesabına ilişkin Yargıtay kararları. **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM. § 3 —** Avukatlık ücretinin özellikleri ve ücret ödenmemesinin sonuçları. A — Avukatın hapis hakkı ve avukatlık ücretinin rüçhanlı bulunması. B — Ücret davası açacak olan avukatlar önce baro yönetim kuruluna haber vermek zorundadırlar. C — Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümleri ve yazılı sözleşme şartlarına göre sonuna kadar takip eder. D — İş sahibinin işi bir başka avukata vermesi. 1 — Avukatlık ücretinin ödenmemesinin sonuçları.

BİRİNCİ BÖLÜM

I — GİRİŞ

Vekalet sözleşmesi BK.muzda özel sözleşme türleri içinde ve iş görme akitleri arasında düzenlenmiştir. BK. md. 386/f.1'de «vekalet bir akitdir ki onunla vekil mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler» hükmü yer almış bulunmaktadır. BK. muzdaki bu tariften de anlaşılacağı üzere vekalet sözleşmesinde : a) Bir iş görme (işin idaresi veya hizmetin ifası) b) işin vekil edenin çıkarına ve iradesine uygun olarak yapılması c) işin zaman kaydına bağlı ol-

(*) Yargıtay 13. HD. Tetkik Hâkimi.

madan ve sonucun elde edilmesi riskini taşımadan yapılması. Bunların incelenmesinden de anlaşılacağı üzere vekalet sözleşmesinde ücret zorunlu bir unsur değildir. Vekalet sözleşmesi geniş ölçüde güven ilkesine dayanan bir ilişkidir. BK. md. 386/f.3'de mukavele veya teamül varsa vekil ücrete müstehak olur hükmü de bu düşünceyi doğrulamaktadır. Vekil sözleşmede hüküm veya o konuda teamül bulunması halinde ücreti isteyebilecektir. Buna benzer hükümler Avusturya, Fransa ve İtalya Medeni Kanunlarında yer almış bulunmaktadır (1). Verilecek ücret sözleşmede kararlaştırılmış ise götürü olarak veya görülecek iş için harcanacak emek gözönünde tutularak tayin olunur. Vekilin ücret isteme hakkı BK. muzun dışında 766 sayılı Tapulama Yasası, 6830 sayılı Kamulaştırma Yasası, Ticaret Yasası, İcra ve İflas Yasası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gibi bazı yasalarda da düzenlenmiştir. Vekilin ücret isteme hakkı 1136 sayılı Avukatlık Kanunu gibi özel yasalarda da ayrıca düzenlenmiştir. Böyle bir özel yasa varken diğer bazı yasalarda avukatlık ücretiyle ilgili hükümler konulması kanaatimizce isabetli değildir. BK. md. 386/f.3'de vekilin sözleşmede hüküm veya teamül bulunması halinde ücret istemesi kuralı getirilmişken Avukatlık Kanunu md. 163'de avukatın asgari ücretten aşağı iş ve dava kabulünün yasak olup disiplin cezasını gerektirdiği hükmü getirilmiştir. Ücretsiz dava alacak olan avukatın da Av. K. md. 168/son'da baroya haber vermesi gerektiği kuralı konulmuştur. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere BK. md. 386'da vekaletin ücretsiz olması kural olduğu halde Ticaret Kanunu md. 22'de tacirler arasındaki vekaletin ücretli olmasının kural olduğu hükmünü getirmiştir.

Vekile verilecek ücret sözleşmede kararlaştırılmamış ve ücret verilmesi de teamülden ise veya sözleşmede ücret verilmesi kararlaştırılmış olup da miktarı tespit edilmemişse hâkim benzer işlerde uygulanan ücreti de nazara alarak sarfedilen emek için gerektirdiği uzmanlık derecesi ve sorumluluğu da gözönünde bulundurarak uygun bir ücrete hükmeder. Bu gibi durumlarda tabip odaları veya mimar odaları gibi mesleki teşekküllerin hazırladığı ücret listeleri de gözönünde bulundurulur. Federal Mahkeme de bir kararında bu ilkeler doğrultusunda karar vermiştir (2). Vekil de sözleşmede

(1) TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri c. 2, Ank. 1977, sh. 158-159.

(2) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri 2. bası Ank. 1977 s. 160, 52 nolu dipnot.

kararlaştırılmış veya teamülden kaynaklanmış bulunsun, gördüğü işe karşılık ücretini isterken yüklendiği görevi özenle, doğruluk ve dürüstlük kuralları içerisinde icra etmesi gerekir. BK. md. 390/f.1'de vekilin mesuliyeti umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir, hükmünü koymak suretiyle BK. md. 321/f.1'de açıklanmış olan işçinin özen borcuna ilişkin kuralla yollamada bulunmuştur. BK. md. 390/f.2'de vekil müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir hükmünde vekilin üzerine aldığı işi özenle yapacağını açıklamaktadır. 1136 sayılı Av. K. nun 34. maddesi de «Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmekle yükümlüdür» demek suretiyle vekilin sorumluluğunu açıklayan buyurucu nitelikte bir düzenleme getirmiştir. Yarg. 13. HD. bir kararında bir dava dilekçesiyle açılması mümkün olan 42 adet taşınmaza ait ortaklığın giderilmesi davasını 42 dava dilekçesiyle açmış olan ve müvekkiliyle aralarında yazılı bir ücret sözleşmesi bulunmayan avukatın asgari ücret tarifesine göre birtek ücret isteyebileceğini hükme bağlamıştır (3).

Avukatla müvekkili arasındaki ücret konusu 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 163-174. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Avukatlık hizmeti Avukatlık Kanununa göre bir kamu hizmeti sayılmaktadır. (Av. K. md. 1). Avukat bu hizmeti ifa ederken her kamu hizmetinde olduğu gibi bazı kurallara uymak zorundadır. Bunun sonucu olarak da bu hizmetinin karşılığı olan ücretini alırken de bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Ayrıca avukatla iş sahibi arasındaki sözleşmede bir vekalet sözleşmesi olduğuna göre, karşılıklı taahhütleri içermektedir. 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 171. maddesinin gerekçesinde «müvekkil ve avukatların karşılıklı vecibelerini yerine getirmede tabi olacakları esasları uyumsuzluğa yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturmak için bu maddenin konulduğu açıkça belirtilmiştir». Avukatlık ücretine getirilmek istenen sınırlamalar bir yandan müvekkil ile avukat arasındaki hak ve çıkarları dengede tutmak amacıyla taşımakta, diğer taraftan da kamu hizmeti niteliği arzeden bu işi yapan kişiler arasında haksız rekabeti önlemek gayesine yönelmektedir. Bunun için 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, avukatlık ücretine yukarıda belirlenen maddelerinde buyurucu nitelikteki hükümlerle düzenlemek yoluna gitmiştir. Bu madde hükümlerini ve avukatlık ücretini düzenleyen di-

(3) Yarg. 13. HD. 1.10.1981, E: 1981/5521, K: 1981/6241 Yayınlanmamıştır.

ğer mevzuatı incelerken iki bölümde incelemekte yarar vardır. Birincisi, avukatla müvekkili arasında yazılı bir ücret sözleşmesinin bulunması, diğeri de yazılı bir ücret sözleşmesinin bulunmamasıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

§ 1 — AVUKATLIK ÜCRET SÖZLEŞMELERİ VE BUNA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Avukatlık Kanunu md. 163/f.1'de «avukatlık ücreti avukatın vekalet hizmetine karşılık olan meblağı ifade eder» avukatın yaptığı hizmet Avukatlık Kanunu md. 163/f.5'den anlaşılacağı üzere davaya, takibe ve danışmaya ilişkin olabilir. Av. K. md. 163/f.2'de avukatla iş sahibi arasında avukatlık ücretinin serbestçe kararlaştırılacağı kural olarak kabul edilmiştir. Ancak, bu kurala sözleşmenin şekli ve ücretin miktarı bakımından bazı sınırlamalar getirilmiştir.

A — Ücret Sözleşmelerinde Şekil Şartı

Vekalet sözleşmesi kural olarak bir geçerlik biçimine bağlı olmadığı halde Av. K. md. 163/f.5'de dava, takip ve her türlü danışma ücretleri hakkındaki sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması şartını aramaktadır. Bu şekilden güdülen amacın geçerlilik şekli olduğu Yargıtay'ca da kabul edilmektedir (4). Aksi fikri savunan Baki Kuru ve İlhan Postacıoğlu'na göre, yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olması halinde asgari ücret tarifesi uygulanacağından ücret sözleşmesi hiç yok sayılmamaktadır. Yazılı şekil yalnız asgari tarifenin üzerinde yapılan ücret sözleşmeleri için bir ispat şartı olmaktadır (5). Yargıtay 4.HD. Başkanı Feridun Müderrisoğlu «asgari ücret tarifesinin uygulanması vekille müvekkili iradesinin bir sonuç doğurmamasına dayanmaktadır. Asgari ücret miktarı için sonuç doğurmayan taraf iradelerinin bunu aşan kısım için sonuç doğurmasının güç olduğunu bildirmektedir.» «Prof. Dr. Tandoğan'da bu görüşü desteklemektedir (6). Bu ikinci görüş Av. K. md. 163/f.6'daki hükme daha uygun görünmektedir. Avukatlık Ücret Sözleşmelerinde yazılı bulunan ücret konusunda uyuşmazlık çıktığında

(5) Baki Kuru, HMU, 3 baskı Ank. 1974 sh: 872-873.

İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı İst. 1975 sh. 328.

(6) Müderrisoğlu, Avukatlıkta vekalet ve ücret sözleşmeleri. Ank. 1974 sh. 79-80.

bu sözleşmelerde vekilin imzasının bulunmaması halinde belirli bir borç ikrarını içerdiğinden geçerli olacağı Tandoğan tarafından savunulmasına karşılık (6a) Feridun Müderrisoğlu ve uygulamada vekilin imzasını taşımayan sözleşmelerin geçersiz olduğu kabul edilmektedir (7). Karşılıklı hak ve borçları içerdiğinden ücret sözleşmelerinde her iki tarafında imzasının bulunması gerekirse de, üzerine aldığı işi sözleşmenin geçerli olduğuna inanarak özenle yerine getirmiş olan vekilin ücret sözleşmesinde imzası olmasa bile bunu geçerli saymanın hakkaniyete daha uygun olacağı bizce düşünülmektedir. Avukatlık ücret sözleşmelerinde ücret esaslı bir unsur olduğundan sözleşmede ücret belirtilmemişse sözleşmede ücret hanesi boş bırakılmış ise bu durumda da ücret sözleşmesi geçersiz olacaktır. Ücret sözleşmesi geçerlilik biçimine uygun olmamasına rağmen sözleşme kararlaştırılan ücret müvekkil tarafından ödenmişse geri istenip istenmeyeceği tartışmalıdır: Federal mahkeme bu durumda borç yerine getirilirken müvekkil sözleşmenin geçersiz olduğunu bilerek bir ödemede bulunmuş ise ve geri alma davası hakkın kötüye kullanılmasının koşullarını kapsıyorsa bu isteğin reddi tersi durumda kabulü gerekeceğine karar vermiştir (8). V. Tuhr'da müvekkil tarafından ödendikten sonra sözleşmedeki şekil noksanına dayanarak geri istenen ücret alacağının çok defa iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağını bildirmektedir (9).

B — Ücret Sözleşmelerinde Miktar Şartı

Av. K. md. 164/f.1'de avukatlık ücret sözleşmelerinin kural olarak belli bir miktarı kapsamamasının gerektiği kabul edilmiştir. Buradaki miktar 10.000-20.000 TL. gibi maktu bir miktardır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında «şu kadar ki, 3. fıkra hükmü saklı kalmak üzere davada gösterilen başarıya göre değişmek ve % 25'i aşmamak üzere dava olunan veya hükümlenilecek şeyin değerinin belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir» hükmü yer almıştır. 3. fıkrada ise dava konusu olan mal, alacak ve hak gibi kıymetlerin bir kısmının aynen avukata ait olacağı şeklinde yapılan ücret sözleşmelerinin batıl olacağı hükmünü koymuştur. Bu durumda konuyu ücret sözleşmesine konulması mümkün olan veya olmayan ücret diye ikiye ayırıp incelemekte yarar vardır.

(6a) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri Ank. 1977 sh. 182-183.

(7) Müderrisoğlu 'Sh: 80-81 Dipnot 5'deki kararlar.

(8) Selahattin Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku İst. 1971 sh: 101-102.

(9) V. Tuhr. agy. §. 30 II sh. 264.

1 — Ücret Sözleşmesine Konulması Mümkün Olan Ücretler

Yukarıda değinildiği üzere avukatlık ücreti maktu ve nisbi olarak kararlaştırılabilmektedir. Ücret maktu olarak kararlaştırılmış ise bu ücretin dava edilen veya hükmolunanın değerinin % 25'ni aşıp aşamayacağı konusunda açıklık yoktur. Müderrisoğlu «eğer nisbi biçimde kararlaştırılan ücretler için konulan ve aşılamayacak olan % 25 sınırı bir kamu yararı düşüncesiyle konulmuş ise, bunun yalnız nisbi olarak kararlaştırılacak ücretlerle sınırlı olmayıp belli kesin tutarı kararlaştırılan sözleşmeler içinde uygulanması gerekli bir kural olarak düşünülmesi gerekir, aksi görüşün dayanağı olmaz» düşüncesindedir. Aynı yazar manevi değeri büyük ve zahmetli davalar için bu sınırı aşan sözleşmelerin düşünülebileceğini bildirmektedir (10). Tandoğan da maktu ücrete % 25 sınırlamasını doğrudan doğruya uygulamak yerinde olmaz. Ancak maktu ücretin aşırılığı dolayısıyla gabin veya ahlaka aykırılık iddiası ileri sürülürse % 25 sınırı bu iddianın takdirinde somut olayın diğer unsurlarıyla birlikte gözönüne alınabilecek bir kıyas ölçüsü olabilir, düşüncesindedir (11). Bundan başka konusu para ile değerlendirilemeyen bir hukuk davasında veya ceza davalarının da maktu olarak yapılmış olan ücret sözleşmelerine bir sınır getirilemeyecek midir? Tandoğan belli bir tutara hükmolunması söz konusu olmayan veya bunun davanın fer'ini teşkil ettiği ceza davaları, boşanma davaları gibi davalarda başarıya göre değişen ücret yöntemi aksine mevcut yaygın uygulamaya rağmen caiz olmamalıdır, düşüncesindedir (12). Yargıtay da bu tür davalarda maktu ücrete hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir (12a). Bu konuda da yasada açık bir hüküm yoktur. Avukatlık Kanununun ücrete ilişkin hükümleri buyurucu nitelikte ve kamu yararı düşüncesiyle konulmuştur. Bu nedenle her iki durumda da yani, maktu ücretin % 25 sınırı geçip geçemeyeceği ve konusu para ile değerlendirilemeyen hukuk ve ceza davalarında kararlaştırılan maktu ücretin sınırı benzer işlerde alınan ücret ve hakkaniyet kurallarına uygun olarak hâkim tarafından her olayın durumuna göre denetlenebilmelidir. Uygulamada vekil edenin yakınları ile avukat arasında yazılı ücret sözleşmeleri yapılmaktadır. Vekil edenin tutuklu olması hali bunun en canlı örneğidir. Bu gibi durumlarda vekil sözleşmeye dayanarak sözleşmeyi imza edene

(10) Müderrisoğlu, Sh: 74-75.

(11) Tandoğan, Sh: 164-165.

(12) Tandoğan, Sh: 164-165.

(12a) 13.HD. 25.9.1978 tarih ve 1978/3476-3759 Yayınlanmamıştır.

başvurabileceği gibi, vekaletsiz tasarruf hükümlerine dayanarak vekil edene de başvurulabilir kanaatindeyiz. Yapılan ücret sözleşmelerinde davanın kazanılması halinde ücretin ödenmesi kararlaştırılmış ise bu sözleşmeler davanın kaybı halinde avukata hiçbir ücret verilmeyeceğinden uygulama ve öğretide geçersiz kabul edilmektedir (13).

2 — Sözleşmeye Konulması Mümkün Olmayan Ücret

Av. K. md. 164/f.3'de dava konusu olan mal, alacak veya hakların aynen avukata ait olacağı ve böylece avukatın taraflardan biri imiş gibi, dava konusuna doğrudan doğruya ortaklığını kapsayan ücret sözleşmeleri batıldır, hükmü konulmuştur. Böylece kamu görevi ifa eden avukatlar taraflar arasındaki davaya iştirakten men edilmiştir. Eğer ücret sözleşmesinde hem belli bir miktar veya % hem de dava konusu değer bir bölümünün aynen avukata ait olacağı kararlaştırılmış ise sözleşme geçerli olacak mıdır? Konuya BK. md. 20/f.2 hükmü gözönüne alınarak çözüm getirilmelidir. Müderrisoğlu eğer dava edilenin bir bölümünde ayrıca ücret olarak ödeneceği kararlaştırılmamış olsa idi, bu ücret sözleşmesi yapılamayacak ise sözleşme bütünüyle, aynı durumda yalnız dava edilenin bir bölümünün avukata ücret olarak verileceğine ilişkin bölümünün geçersiz saymanın uygun olacağı düşüncesindedir (14). Yargıtay 4. HD. de bu doğrultuda kararlar vermiştir (15). Asgari ücret altında ücret sözleşmesi yapılmış ise Kuru ve Postacıoğlu bu tür sözleşmelerin geçerli olacağını savunmaktadırlar (16). Tandoğan ise avukatın kendinin, kanuna aykırı davranışına dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilmesinin ve asgari ücret tarifesinin uygulanmasını istemesinin iyiniyet kurallarına aykırı sayılıp dinlenmemesi gerektiği kanısındadır (17).

Müderrisoğlu'da bu durumda avukatın asgari ücret tarifesi hakkında karşı tarafı uyardıysa düşük ücreti sonradan tarifeye dönmek niyetiyle kabullenmesinin bir sözleşme öncesi kusur olduğu ve bu tür sözleşmelerin geçersiz olduğu düşüncesindedir (18). Avukatın bu davranışı iyiniyet kurallarına aykırı bulunduğundan Tando-

(13) 13.HD. 17.9.1981 tarih 1981/4678-5736 Yayınlanmamıştır.

(14) Müderrisoğlu. Sh: 76-77.

(15) 4.HD. 19.6.1970, E: 1969/7352, K: 1970/5103, aynı dairenin 24.4.1970 tarih ve 1970/2024-3489, Müderrisoğlu Sh: 354-358.

(16) Kuru, Sh: 871, Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku 6. Baskı İst. 1975 sh: 3

(17) Tandoğan, Sh: 165.

(18) Müderrisoğlu sh. 76-77.

ğan ve Müderrisoğlu'nun düşünceleri bize daha uygun gelmektedir. Avukatla müvekkili arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenilecek avukatlık ücreti de avukata aittir (Av. K. md. 164/f.4). Tarife uyarınca karşı tarafa yükletilecek olan bu ücret avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az, ve üç katından da fazla olamaz (Av K. md. 199). Avukatla müvekkili arasındaki ücret sözleşmesi geçersiz ise tarife uyarınca karşı tarafa yükletilecek ücret yine avukatın olacaktır.

§ 2 — AVUKATLA MÜVEKKİL ARASINDA YAZILI BİR ÜCRET SÖZLEŞMESİNİN BULUNMADIĞI DURUMLARDA AVUKATLIK ÜCRETİ

Avukatla müvekkili arasında yazılı bir ücret sözleşmesi yoksa **asgari ücret tarifesinin uygulanacağı** Av. K. md. 163/son'da hüküm altına alınmıştır. Avukatlık ücretinin takdirinde hukuki yardımın başladığı veya davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan tarifeler esas alınır (Av. K. md. 168/4). Avukatlık ücret tarifeleri baroların görüşü alınarak Türkiye Barolar Birliği'nce iki yılda bir tesbit edilerek Adalet Bakanlığı'nın onayıyla yürürlüğe konulur (Av. K. md. 168/1, 2, 3). Yeni bir tarifenin onaylanmasına kadar eldeki tarife hükmü devam eder (Av. K. md. 168/5). Avukatla müvekkili arasında ücret sözleşmesi yoksa vekil asgari ücret tarifesine göre ücretini müvekkilinden ister. Avukatla müvekkili arasında aksine yazılı sözleşme olmadığına göre bu durumda vekil müvekkili yararına yargılama gideri olarak tarifeye göre karşı tarafa yükletilecek olan ücreti de ister (Av. K. md. 164/son). Karşı tarafa yükletilecek olan ve yargılama gideri sayılan avukatlık ücreti tarifede yazılı olandan az, ve üç katından fazla olamaz. Bu ücretin belirlenmesinde avukatın emeği çabası ve işin önemi ile niteliği gözönünde tutulur. Ancak aynı avukat tarafından izlenen ve ayrı ayrı emek ve çaba harcanmasını gerektirmeyen aynı konudaki birden çok işin sayısı dikkate alınarak her biri için tarifede yazılı miktarlar onda bire kadar indirilebilir (Av. As. Üc. Ta. md. 4). Yukarıdaki açık kuraldan da anlaşılacağı üzere iki çeşit avukatlık ücreti vardır.

● A — Birincisi Avukatlık Kanunu madde 164/son'da kararlaştırılan ve yargılama gideri sayılan avukatlık ücreti: Vekille müvekkil arasında aksine yazılı bir sözleşme yoksa tarifeye dayanarak karşı tarafa yükletilecek olan avukatlık ücreti vekile aittir. Bilindiği gibi davada haksız çıkan tarafa yükletilen vekalet ücreti yargılama

giderlerindedir (19). HUMK. nun 423/6. maddesi uyarınca mahkeme giderlerinden sayılan vekalet ücreti herhangi bir istek olmadan hüküm veren mahkemece re'sen karar altına alınır. (HUMK. md. 417). Davada haksız çıkacak olan tarafa yükletilecek olan bu ücret mahkemece avukatlık asgari ücret tarifesi uyarınca kararlaştırılacaktır. Bu tarife de hukuki yardımın yapıldığı ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan ücret tarifesidir. Avukatlık Kanunu md. 167/4'deki bu hüküm kanunda 31.10.1980 gün ve 2329 sayılı Yasa ile yapılmış olan değişiklikle konulmuştur. Bu değişiklik yapılmadan önce bu konu uygulama ve öğretide tartışmalı idi. Postacıoğlu ve Kuru gibi, bir kısım yazarlar ile Yargıtay'ın bir kısım daireleri hüküm tarihinde yürürlükte olan tarifelerin uygulanması gerektiği görüşünü savunurken, bir kısım Yargıtay daireleri ve hukuk genel kurulu da dava tarihindeki tarifelerin uygulanması gerektiği görüşünü benimsemişlerdir (20). 19.2.1977 tarih ve 15855 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 19.2.1977 tarih ve 7/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı da yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek vekalet ücretinin tayin ve takdirinde hukuk davalarında dava tarihindeki, ceza davalarında ise kamu davasına katılma isteği ve şahsi dava gününde yürürlükte olan avukatlık asgari ücret tarifesi-nin uygulanacağını kararlaştırmış idi. Son yapılan değişiklik ile, bu kararında uygulama kabiliyeti kalmamıştır.

Yargılama gideri olan ve davada haksız çıkacak olan tarafa yükletilecek olan avukatlık ücreti tarifede yazılı olandan az ve 3 katından fazla olamaz. Avukatlık ücretinin saptanmasında hukuki yardımın yapıldığı yerin bağlı bulunduğu baronun tarifesi uygulanır (Av. As. Üc. Ta. md. 2). 766 sayılı Tapulama Yasasının 57. maddesiyle 6830 sayılı İstimlak Kanununun 32/d, g ve 33. maddelerinde açıklanan ve mutlak surette istek olmaksızın karşı tarafa yükletilecek olan ücreti vekaletin ayrı bir dava konusu yapılamayacağına 29.5.1957 tarih ve 4/16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile karar verilmiştir. Görevsizlik ve yetkisizlik kararı verilmesi halinde ise, yargılama giderleri ile avukatlık ücretine ilişkin olan istemlerin görevsizlik ve yetkisizlik kararı veren mahkemece hüküm altına alınması gerektiğine 25.4.1945 tarih ve 21/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile karar verilmiştir. Sulh mahkemesine açılan taşınmaz davalarında nizalı taşınmazın dava tarihindeki değerinin 25.000 TL. yı aştığının anlaşılması üzerine davanın vazife noktasından reddine dosyanın asliye hukuk mahkemesine gönderilmesine

(19) Kuru, HMu. 3. baskı Ank. 1974 sh: 893-894.

(20) Ankara Barosu Dergisi, Ek baskı 1976/5 sayı Sh: 834-835.

karar verildiği hallerde davalı yararına tayin edilecek avukatlık parasının hesabında taşınmazın hakiki değeri değil davacının dava tarihinde dilekçesinde gösterdiği değer esas alınması gerektiğine de 19.9.1966 tarih ve 9/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile karar verilmiştir (21). İş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan herbiri sulh ile sonuçlanan işlerde ise her iki tarar avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar (Av. K. md. 165). Buradaki ücretlerden sözleşme olan hallerde sözleşmede yazılı ücret, sözleşme olmayan durumlarda müvekkilin tarifeye göre ödeyeceği asgari ücret, sulh ile sonuçlanan işlerde ise hem müvekkilin ödeyeceği ücret ve hemde karşı yana yükletilen ücret anlaşılmaktadır.

● B — İkincisi Müvekkilin Avukata Vereceği Ücret Av. K. md. 163/son'da yazılı bulunan durumdur. Yani, avukatla müvekkili arasında yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış hallerde asgari ücret tarifesi uygulanır. Ücret sözleşmesi yapılsa bile geçersiz ise yine hukuki yardımın yapıldığı tarihteki tarifeye göre müvekkilden ücret istenecektir. Bu durumda yani sözleşme ile kararlaştırılan veya sözleşme yoksa, veyahut geçersiz ise asgari ücret tarifesine göre hesaplanacak ücretin hüküm altına alınabilmesi istemde bulunulmasına bağlıdır. Vekille müvekkil arasında sözleşme yoksa veya geçersiz bir sözleşme varsa asgari ücret tarifesine göre hesaplanacak olan ücrette hangi tarife uygulanacaktır? Av. K. md. 168/4'de avukatlık ücretinin takdirinde hukuki yardımın başladığı veya davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan tarifeler uygulanır, hükümü getirilmiştir. Buna göre avukatın iş sahibine hukuki yardımda bulunduğu tarih tesbit edilebilirse o tarihte yürürlükte olan tarifeye göre avukatlık ücreti hesaplanacaktır. Avukatın hukuki yardımda bulunduğu tarih belli değilse o takdirde davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan tarifeye göre ücret hesaplanacaktır. Hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukat tarifeler hükümleriyle belirli ücretin tümüne hak kazanır. (Av. As. Üc. Ta. md. 6. Müvekkil kendisini birden fazla avukatla temsil ettiriyorsa karşı tarafa bir avukatlık ücretinden çoğu hükmedilemez (Av. As. Üc. Ta. md. 5). Tarifelerde yazılı olmayan hukuki yardımlar için işin niteliği gözönünde bulundurularak, tarifelerdeki benzer işlere göre ücret takdir edilir (Av. As. Üc. Ta. md. 20). Tarifelerde yazılı olan avukatlık ücreti kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava iş ve işlemlerin karşılığıdır. Ancak icra takipleri ile Yargıtay,

(21) Kuru - Yılmaz, HUMK: ve ilgili mevzuat, Eylül 1981 sh: 121-122.

Askeri Yargıtay, Vergileri Temyiz Komisyonu, Danıştay ve Sayıştay' da temyizen görülen işlerin duruşmaları ayrı ücreti gerektirir (Av. As. Üc. Ta. md. 3). Anlaşmazlık, feragat, kabul ve sulh nedenleriyle delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden önce giderilirse tarifeler hükümleriyle belirli ücretin yarısına, karar gereğinin yerine getirilmesinden sonra giderilirse tümüne hükmolunur (Av. As. Üc. Ta. md. 7). Görevsizlik ve yetkisizlik nedenleriyle dava dilekçesinin reddedilmesine veyahut davanın nakline veya davanın açılmamış sayılmasına delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden önce karar verilmesi hallerinde tarifelerde yazılı ücretin yarısına, karar gereğinin yerine getirilmesinden sonraki aşamada tümüne hükmolunur. Şu kadar ki, davanın görüldüğü mahkemeye göre hükmolunacak avukatlık ücreti ikinci kısmın ikinci bölümünde yazılı miktarları geçemez. Davanın dinlenebilmesi için yasaca konulan ön şartın yerine getirilmemiş olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde davanın görüldüğü mahkemeye göre tarifelerin ikinci kısmının ikinci bölümünde yazılı miktarları geçmemek üzere üçüncü kısımlarında yazılı avukatlık ücretine hükmolunur. Ticaret Kanununun 5. maddesi uyarınca gönderme kararı ve yeni mahkemeler kurulması nedeniyle görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilirse avukatlık ücretine hükmedilmez (Av. As. Üc. Ta. md. 8). HMUK. nun 409. maddesi uyarınca işlemden kaldırıldıktan sonra bir yıl içinde yenilenmeyen ve mahkemelerce doğrudan açılmamış sayılmasına karar verilen davalarda davalı yararına ücreti vekaletle hükmetmek gerekir (22). Manevi tazminat davalarında avukatlık ücreti hüküm altına alınan miktar üzerinden tarifelerin 3. kısmına göre nisbi olarak belirlenir. Davanın bir kısmının reddinde karşı taraf yararına tarifelerin 3. kısmına göre nisbi olarak hükmedilecek ücret, davacı için takdir olunan ücreti geçemeyeceği gibi, tarifelerin 2. kısmının 2. bölümünde davanın görüldüğü mahkemeye göre belirlenmiş bulunan ücretten çok olamaz. Bu davaların tümünün reddi halinde avukatlık ücret tarifelerin 2. kısmının 2. bölümü uyarınca maktu olarak takdir edilir (Av. As. Üc. Ta. md. 11). İcra ve iflas Dairelerindeki hukuki yardımlara ilişkin avukatlık ücreti takip sonuçlanıncaya kadar bütün işlemlerin karşılığıdır. Aciz belgesi alınması takibi sonuçlandıran işlemlerden sayılır. Duruşma yapılırsa tarife gereğince ayrıca avukatlık ücretine hükmedilir (Av. As. Üc. Ta. md. 112). Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen icra ve iflas takiplerinde tarifelerin 3. kısmı gereğince nisbi olarak belirlenecek miktarın 3/4'ü

(22) 13.HD. 28.1.1980 tarih ve 1980/7-463 sayılı Yayınlanmamış içt.

avukatlık ücreti olarak takdir edilir. Borçlu itiraz süresi içinde borcunu öderse yukarıdaki fıkra gereğince belirlenecek ücretin yarısı takdir edilir (Av. As. Üc. Ta. md. 13). Bir, davanın takibi sırasında karşılık dava açılması veya başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi yahut davaların ayrılması durumlarında her dava ayrı ücreti gerektirir (Av. As. Üc. Ta. md. 9) (23). Karşılık davanın açılması ayrı ücreti gerektirdiği halde, takas ve mahsup def'inin reddi bunu ileri süren aleyhine bir ücret takdirini gerektirmez (23a). Ceza davalarında avukatlık ücretine gelince, durum aşağıdaki şekildedir. Şahsi davada (CMUK: 344) beraat kararı verilmesi halinde, tarifelerin 2. kısmının 2. bölümüne göre sanık yararına avukatlık ücreti takdir edilir. Şahsi dava veya kamu davasına katılma üzerine mahkûmiyete karar verilmiş ve şahsi hak isteminin bir bölümü kabul edilmiş ise, reddedilen miktar üzerinden sanık yararına hükmedilecek avukatlık ücreti tarifelerin 3. kısımlarına göre belirlenir. Ceza hükmü taşıyan özel yasa, tüzük ve kararnamelere göre yalnız para cezasına hükmolunan davalarda tarifelere göre belirlenecek avukatlık ücreti hükmolunan para cezası tutarını geçemez. Orman Kanunu kapsamına giren suçlardan dolayı açılan ceza davalarında sanığa yükletilecek avukatlık ücreti davanın görüldüğü mahkemeye göre tarifelerde yazılı asgari ücret miktarının onda biridir. 466 sayılı Kanuna göre tazminat için ağır ceza mahkemelerine yapılan başvurmalarda tarifelerin 1. kısımlarının 1. bölümlerinin 7 sıra numarasında yazılı avukatlık ücretine hükmedilir. Şahsi davacı veya davaya katılanın manevi tazminat istemi ile ilgili avukatlık ücretinin saptanmasında 11. madde hükmü uygulanır. (Av. As. Üc. Ta. md. 15). Avukatlık asgari ücret tarifeleri hakem önünde yapılan her türlü hukukî yardımlarda da uygulanır. Avukatlık ücretine ilişkin uyuşmazlıkların hakemle çözümlenemeyeceğine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nce karar verilmiştir (24). Tarifelerdeki anlamda iş takibi yargı yetkisinin kullanılmasyla ilgili bulunmayan işlemlerin yapılabilmesi için iş sahibi veya temsilci tarafından yerine getirilmesi yasaca gerekli işlerdir. Tarifelerdeki yazılı iş takibi ücretleri bir veya birden çok resmi daire, kurum ve kuruluşça yapılan çeşitli işlemleri içine alsa bile, o işin sonuçlanmasına kadarki bütün hukuki yardımların karşılığıdır. Tarifeler dava vekillerince takip olunan dava ve işlerde de aynen uygulanır (Av. As. Üc. Ta. md. 18-19).

(24) 13.HD. 26.9.1974 tarih ve 1974/2385-2161 sayılı Yayınlanmamış kararı.

● C — Çeşitli Durumlarda Avukatlık Ücretinin Hesabına Yargıtay Kararları

1 — Avukatlık ücreti dava konusu şeyin gerçek değeri üzerinden hesaplanır. Keşif sonunda dava konusu şeyin değerinin bildirilenden çok olduğu anlaşılacakla birlikte mahkemece noksan harç tamamlattırılmadıkça dava konusu şeyin bildirilen değer, üzerinden avukatlık ücreti takdiri gerekir (25). Noksan harç tamamlattırılmıssa keşifte belirlenen değer üzerinden avukatlık ücreti hesaplanır. Keşifte belirlenen değer dava dilekçesinde yazılı değerden daha az ise yine keşifte belirlenen değer üzerinden avukatlık ücreti takdiri gerekir. Ceza koşulunun reddedilen bölümü için işin takdire dayanması nedeniyle vekalet ücreti tayin edilemez (26). Yargıtay 14. HD. de 20.6.1974 tarihinde 1974/1366-1710 sayılı ilamında müdahil leh ve aleyhinemahkemede ve Yargıtay mürafaasından ötürü avukatlık ücreti takdir edilemeyeceğine karar vermiştir. Senet iptal davalarında senette yazılı miktar üzerinden nisbi olarak avukatlık ücreti tayini gerekir (27). Keza, senedin iadesi davalarında da senette yazılı bulunan bedel üzerinden nisbi olarak avukatlık ücreti hesaplanmalıdır (28). Mirasta iadeye konu şeyin değeri ne olursa olsun taraflar yararına takdir edilecek avukatlık ücreti davacının miras payına göre hesaplanır (29). Avukatlık ücret alacağı sözleşmede tersine hüküm veya teamül yoksa vekalet konusu olan işin gereği gibi yapılmış olmasıyla muaccel olur. Başlanmış olan işin görülmesinin tamamlanması vekilin kusuru olmaksızın imkansız hale gelirse ücretin hakkaniyet kurallarına uygun bir bölümünün ödenmesi gerekir. Avukatlık asgari ücret tarifesinin 3. maddesinde tarifelerde yazılı avukatlık ücreti kesin hüküm elde edinceye kadar olan dava iş ve işlemlerin karşılığıdır, hükmü de avukatlık ücretinin muaccel olması için sözleşmede açık hüküm yoksa kararın kesinleşmesini şart kılmaktadır. Avukatlık ücretine istek halinde kesin vade gününden itibaren temerrüt faizi de yürütülür (30). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin kararları da bu doğrultuda bulunmaktadır.

(25) HGK: 6.12.1972 tarih ve E: 1970/8-642, K: 1322 sayılı İlamı. Yayınlanmamıştır.

(26) 13. HD. 21.10.1974 Tarih ve 974/2032-2525 İçt. Yayınlanmamıştır.

(27) 13.HD. 5.3.1976 Tarih ve E: 975/5148 K: 976/1780 Yayınlanmamıştır.

(28) 13. HD. 14.1.1976 Tarih ve E: 975/2163 K: 976/85 Yayınlanmamıştır.

(29) 2.HD: 2.2.1976 Tarih ve 976/494-676 Yayınlanmamıştır.

(30) 13. HD. 14.9.1973 Tarih ve 973/148-149 Yayınlanmamıştır.

Davada haksız çıkan tarafa yükletilen ve yargılama gideri olan avukatlık ücreti davada haklı çıkan taraf yararına hükmedilir. Av. K. md. 164/son'da yazılı bulunan aksine yazılı bir sözleşme yoksa karşı tarafa yükletilen avukatlık ücretinin avukata ait olacağı yolundaki kural avukatla iş sahibi arasındaki iç ilişkiyi düzenlemekte olup, davada taraf olmayan avukat yararına vekalet ücreti hükmedilmesini gerektirmez (31). Vekalet ücretinden doğan alacaklar BK: md. 73/1'e göre alacaklının oturduğu yerde ve HUMK. nun 10. maddesine göre de sözleşmenin icra olunacağı yerde istenebilir. Alacaklının verme zamanında oturduğu yer ile sözleşmenin icra olunacağı yer mahkemeleri yetkilidir (32). Yargıtay 5. Hukuk Dairesi de 19.6.1973 tarih ve 1973/12140-12326 sayılı ilamında Yargıtay kararı, Yargıtay'da duruşma istemeyen taraf lehine olsa bile o taraf için duruşma ücreti takdir edilemeyeceğine karar vermiş bulunmaktadır.

2 — Taraflar, arasında görülmekte olan bir davada gerçekte sulh olmuşlarsa aralarında görünürde feragatname düzenlemelerine rağmen avukatlık ücretinden müteselsilen sorumlu olurlar (33). Av. K. md. 165 uyarınca iş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan herbirinin avukatlık ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna benzer bir hükümde BK. md. 395/2'de getirilmiştir. Birden çok kimseler vekaleti birlikte kabul etmişlerse vekaletin yerine getirilmesinden müvekkile karşı müteselsilen sorumludurlar. İşin görülmesini başkasına devretmeye yetkileri yoksa ancak birlikte yaptıkları işlemlerle müvekkili borç altına sokabilirler. Vekilin işin görülmesini kısmen veya tamamen bir alt vekile bırakması durumunda müvekkil alt vekile doğrudan doğruya talimat verir veya onun yaptığı işlemlere icazet verirse, alt vekili ilk vekille aynı düzeye çıkararak alt vekalet ilişkisini birlikte vekaletle dönüştürebilir. Vekil birden fazla alt vekili birlikte tayin etmiş ise bu takdirde bunlar BK. md. 395/2'ye göre vekile ve müvekkile karşı müteselsil olarak sorumlu olurlar. Buradaki teselsül kanundan doğan bir teselsüldür. Bu maddedeki birlikte hareket zorunluğu müvekkili borç altına sokacak işlemler bakımındandır. Müvekkilin haklarını korumak için yapılacak işlemlerde birlikte hareket zorunluğu yoktur. Yargıtay 2. HD.

(31) 13. HD: 5.10.1973 Tarih ve 973/349-416 Yayınlanmamıştır.

(32) 13. HD: 4.10.1973 Tarih ve 973/493-400 Yayınlanmamıştır.

(33) 13.HD. 10.1.1974 tarih ve 973/120-15 Yayınlanmamıştır.

de bir kararın da (33a) bir davada aynı tarafı temsil eden birden fazla vekilden birisine yapılan tebliği yeterli saymıştır. İstihkak davalarında kural olarak ücreti vekalet alacak tutarından veya istihkak konusu malın değerinden hangisi daha az ise onun üzerinden nisbi tarifeye göre takdir edilir (34). Avukatla iş sahibi arasındaki ücret sözleşmesi geçersiz ise bu sözleşme ile iş sahibinin ücret borcuna müteselsil kefil olan kişi için kefalet borcu doğmaz. Hukukça var sayılmayan asıl ücret sözleşmesi kefil içinde kefalet borcu doğurmaz (35). Yargıtay 6.HD. 23.3.1971 tarih ve E.973/1525, K. 1973/1272 sayılı ilamında kanuni süre geçtikten sonra yapılan temyize süresinde cevap veremeyen tarafın Yargıtay duruşmasına gelmesi lehine vekalet ücreti takdirini gerektirmeyeceğine karar vermiştir. Taraflar arasında yazılı bir ücret sözleşmesi bulunmadığı durumlarda tarifeye göre hükmedilecek avukatlık ücreti sadece mahkemece hükmedilen miktar üzerinden değil, yüklenilen işin değeri üzerinden nisbi olarak takdir edilir (36).

(S Ü R E C E K)

(33a) 2.HD. 15.4.1974 tarih ve 974/4449-4295 İçt. ABD. 974 sh: 1150, Tandoğan özel borç ilişkileri, Ank. 1977 sh: 345.

(34) 13.HD. 24.12.1973 tarih ve 973/1111-1060 İçt. Yayınlanmamıştır.

(35) 4.HD. 21.11.1968 tarih ve 968/4053-9218 İçt. Yayınlanmamıştır.

(36) 13.HD. 11.11.1974 tarih ve 974/3012-2885 İçt. Yayınlanmamıştır.

YARGILAMA MAKAMLARINDA DAĞILAN OYLARIN TOPLANMASI SORUNU

Prof. Dr. Nurullah KUNTER

PLAN : 1 — İnceleme konusu sorunun belirlenmesi. 2 — Sorunun dairece çözümü. 3 — Sorunun Genel Kurulca çözümü. 4 — Genel Kurul kararını değerlendirmede tuttuğumuz yol. 5 — Yargılama makamlarınca çözülecek sorunlar. 6 — Soruşturmanın genişletilmesi sorunu. 7 — Oylama. 8 — Soruşturmanın genişletilmesi sorununda oylama. 9 — Çoğunluk ve çeşitleri. 10 — Soruşturmanın genişletilmesi konusunda çoğunluk sorunu. 11 — Yargıtayın 385. maddeyi uygulayabilmesi sorunu. 12 — Yargıtayın 385. maddeyi uygulaması sorunu. 13 — Özet.

1 — İNCELEME KONUSU SORUNUN BELİRLENMESİ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.12.1982 tarihinde önemli ve pek çok noktadan ele alınıp incelenmeğe değer bir karar vermiştir. 1-196/523 numaralı bu karar (*), C.Başsavcılığı'nın itirazı ile ortaya çıkan uyuşmazlığın konusunu oluşturan şu ana sorunu çözmüştür : Yargıtayın dairelerinden birinde hiç bir oy çoğunluk sağlamazsa nasıl hareket edilecek, bir diğer söyleyişle çoğunluğa nasıl varılacaktır? Buna kısaca kurullarda dağılan oyların toplanması sorunu da diyebiliriz.

Bu ana sorunun yanında, talî nitelikte, meselâ itiraz üzerine işe elkoyan Ceza Genel Kurulunda önmeselenin tekrar tartışılıp tartışılmıyacağı, itiraznamede ileri sürülmemiş bir noktanın ele alınıp alınamayacağı, ne kararları verebileceği gibi, ondan daha az önemli olmayan sorunlar da vardır. Ancak biz bu yazımızda, konuyu dağıtmamak ve gereği gibi inceleyebilmek için, Türk Muhakeme Hukukunda (1) bugüne kadar işlenmemiş olan ana sorun

(*) Bkz. YKD. Cilt: 9, Sayı: 4, Nisan - 1983, Sayfa : 581 - 601. (YD.)

(1) Gerçekten, Ceza Muhakemesi Hukukçuları bu konuda kanundaki maddeleri tekrar etmekle veya basit bir iki örnek vermekle yetinmişlerdir. Medenî Muhakeme Hukukçularımız da, oy dağılması üzerinde hiç durmamışlardır. Bunda, Medenî Muhakeme Kanununun «çoğunlukla

üzerinde duracağız ve olayımızda verilen kararları sadece bu açıdan özetliyeceğiz.

Ana sorun, ilk bakışta çok basit gibi görünebilir. Gerçekten, Ceza Muhakemesi Kanununun (2) 385. maddesi «oylar dağılırsa, sanığın en ziyade aleyhine olan oy çoğunluk sağlanıncaya kadar, kendisine en yakın oya eklenir» demektedir. Bu maddenin hatırlanması ile çözüm hemen bulunmuş sanılabilir. Fakat kuralı tekrar etmek soruna çözüm getirmemekte, onu uygulamak ve bunun için de yorumlamak gerekmektedir. Genel Kurulun ilk iki toplantıda yasal çoğunluk sağlayamaması ve üçüncü toplantıda basit çoğunluk (3) ile karar vermek zorunda kalması da sorunun ve çözümünün güçlüğünü göstermektedir.

2 — SORUNUN DAİRECE ÇÖZÜMÜ

Trabzon Ağırceza Mahkemesi bir sanığı müebbet ağır hapse mahkûm etmiştir. Birinci Ceza Dairesi'nde iki üye kararın onanması oyu kullanmış, bir üye sanığın beraatine ve tahliyesine karar verilmesi gerekir demiş, iki üye de oyunu «soruşturma eksiktir, genişletilmelidir» biçiminde kullanmıştır. Daire, soruşturmanın genişletilmesi oylarını orta oy diye adlandırarak, yani en ağır oya en yakın oy sayarak, iki onama oyunu onlara eklemiş ve çoğunlukla, eksik soruşturmaya dayanılarak davanın sonuçlandırılması nedeniyle bozma kararı vermiştir. Bu bozma nedeninin kabulünden sonra, ikinci bir bozma nedeni de oylanmış ve kabule göre oyçokluğu

karar verilir» demesine rağmen (m. 386), dağıtım halinde ne yapılacağını göstermemesi kadar, hukuk mahkemelerinin pek çoğunun tek hâkimli oluşunun da rolü olduğunu sanıyoruz.

- (2) Kanunun resmî adının «Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu» olmasına rağmen, biz kısaca Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) dediği yeğliyoruz. Muhakeme denilen ve iddia, müdafaa ve yargılamadan oluşan faaliyetin nasıl yapılacağını gösterecek bir kanun, elbet uygulanacak usulleri, yani kuralları düzenleyecektir. Kanun denildikten sonra usulden söz etmenin anlamı yoktur. Kanunları adlandırırken daha dikkatli olmalı, mümkün olduğu kadar kısa adlar bulmalıyız. Mesela «Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun» yerine, Anayasa Mahkemesi Kanunu denilmeliydi. Yargıtay Kanunu dediğimiz gibi.
- (3) Salt (mutlak) çoğunluk da denilen bu çoğunluk için kanunda «yarıdan bir fazlası» denilmesi isabetli değildir. 11 kişinin 6 sı çoğunluk sağlar ama, bu yarıdan «bir» değil «yarım», fazlalık demektir. O halde doğrusu, fazlalığı rakamla göstermemek, «yarıdan fazla» demekle yetinmektir.

ile kabul edilmiş ise de, konumuş dışında kaldığından, bu nokta üzerinde de durmayacağız.

3 — SORUNUN GENEL KURULCA ÇÖZÜMÜ

Dairenin kararına itiraz eden Başsavcılık, Genel Kuruldan daire kararını kaldırmasını ve onun yerine mahkûmiyet kararının onanması kararı vermesini istemiştir. Başsavcılık, gerekçe olarak, suçun sabit olduğunu ileri sürmüş ve bu iddiayı haklı göstermek için delilleri birer birer ve uzun uzun tartışmıştır.

Gene Kurulun ikinci toplantısı sırasında bir üye, dairedeki oylamanın Ceza Muhakemesi Kanununun 384. ve 385. maddelerine aykırı yapıldığını ileri sürmüştür. Genel Kurul bu tezi çoğunlukla benimseyerek ve tahminimizce (4) daha ileri giderek, soruşturmanın genişletilmesi oylarının sanığın en ziyade aleyhine olan onama oylarına eklenmesi suretiyle hemen, yani soruşturmanın genişletilmesi konusunda oylama yapılmadan çoğunluk vardır denilerek bozma kararı verilmesini çoğunlukla kanuna aykırı bulmuştur (5)

Bu kararın gerekçesini şöyle özetleyebiliriz : Soruşturmanın genişletilmesinden yana olanların azınlıkta kalmaları ile esas sorun çözülmüş olmaz. Bunlar esas hakkında da 384. madde gereğince oylarını kullanmak mecburiyetindedirler. O halde, önce soruşturmanın genişletilmesi oylanmalı, çoğunluk sağlanırsa bozma kararı verilmeli, sağlanamazsa esas hakkında oylama yapıp, daha önce azınlıkta kalmış olanların da oyu alınarak sonuca göre karar verilmelidir.

4 — GENEL KURUL KARARINI DEĞERLENDİRMEDE TUTTUĞUMUZ YOL

Genel Kurul kararını, yukarda belirttiğimiz gibi, bu yazımızda sadece, dağılan oyların toplanması sorununu çözümü açısından inceleyeceğiz.

-
- (4) Aykırı tezi ortaya atan üyenin, daire kararının yokluğunu da ileri sürdüğü kararda açıklanmamıştır. Bu nedenle bu ikinci noktanın sonradan Genelkurulca ele alındığını tahmin ediyoruz.
 - (5) Genelkurul kararının sonuç kısmında «daire kararının yok sayılması» ve «dosyanın daireye gönderilmesi» bölümleri de vardır. Metinde belirttiğimiz nedenlerle bunlar üzerinde bu yazımızda durmayacağız.

Doğrusu, bütün Türk Muhakeme Hukukçuları gibi, biz de bu sorun üzerinde daha önce derinliğine düşünmek fırsatını bulmamıştık. Bu karardan sonra bir inceleme yapma ihtiyacını duyduk. Bu incelemede şöyle bir yol tuttuk :

İlk iş olarak sorun konusunu ele aldık. Gerçekten kararda hep 384, maddedeki sorun terimi tartışılmakta idi. Diğer taraftan dağılan oylar belli sorunları çözen kararları oluşturmak için verilmekte idi. Bu nedenlerle önce sorundan ne anlamak gerektiğini, sorunların nasıl sıralanacağını araştırdık. Ondan sonra sıra, toplu yargılama makamlarında söz konusu olabilen oylamaya geliyordu. Oylama sonunda ne zaman çoğunluk vardır denilebileceğini, ne zaman oyların dağılmasından söz edilebileceğini, bir karar vermek mecburiyeti olduğuna göre, dağılma halinde olmayan çoğunluğu var kabul etmek için kanunun yapılmasını öngördüğü ve «ilâve» dediği, Genel Kurul kararında çok defa «ilhak» adı verilen «oyları birbirine ekleme» işleminin nasıl yapılacağını inceledik ve soruşturmanın genişletilmesi sorununun bu ekleme bakımından bir özelliği olup olmadığını araştırdık. Araştırmamızın sonuçlarını açıklamada da bu yolu tutacağız.

5 — YARGILAMA MAKAMLARINCA ÇÖZÜLECEK SORUNLAR

Ceza Muhakemesi Kanununun 6. kitabının «müzakere ve oylama usulü» başlıklı 2. faslındaki 383. madde, haledilecek meseleler, yani çözülecek (6) sorunlar derken, Askerî Mahkemeler Kanununun (7) 168. maddesi delâletiyle kolayca anlaşılacağı üzere, çözülecek «konular»ı kastedmektedir. Gerçekten, hâkimlik olsun,

- (6) «Hاللولuncak» yerine «çözömlenecek» denmesi isabetsizdir. Hal çözüm olduğuna göre halletmek çözüm getirmek, yani en temiz Türkçesi ile çözmektir. Zaten çözüm de oradan gelmektedir. Halletmeği Türkçeleştirmek için yeni bir kelime icadı gereksizdir. Çözömleme olsa olsa Türkçesi olmayan başka bir kavramı karşılamada kullanılabilir. Bu da «tahlil» (analyse) dir.
- (7) 2 numaralı notta açıklanan sebeplerle, «Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu» yerine kısaca «Askerî Mahkemeler Kanunu» (AsMK) diyoruz. Bu kanun elbet bu mahkemelerin kuruluşunu ve uygulanacak muhakeme kurallarını düzenliyecektir. Kaldı ki «muhakeme»nin «yargılama» diye Türkçeleştirilmesi de isabetli değildir. Yargılama, hâkimlerin uyuşmazlığı yargı ile yarma faaliyetidir. Muhakeme ise iddia, müdafaa ve yargılama faaliyetlerini birlikte ifade eden bir terimdir. Henüz doğru dürüst Türkçesi bulunmuş değildir. Buluncaya kadar muhakeme demekte devam etmeliyiz.

mahkeme olsun, bütün yargılama makamları bir karar vermek için, birçok sorunları çözmek, yani birçok konularda karar vermek zorunda kalırlar. Meselâ, ceza mahkemesi, bir muhakeme şartının söz konusu olduğunu hemen anlarsa, öteki sorunlara geçmeden bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği sorununu çözecektir. Zira şart gerçekleşmemişse davayı düşürecek veya muhakemeyi durduracak, dolayısı ile sanık beraat mı etmeli, mahkûm mu olmalı sorusuna ve mahkûm olacaksa suçun adına ve verilecek cezaya ilişkin sorunlara ihtiyaç kalmayacaktır.

Bir yargılama makamının aslı de diyebileceğimiz bir karar vermeden önce talî bazı kararlar vermesi konusunda dikkat edilmesi gereken şudur ki, burada söz-konusu olan muhakkak mahkemenin «hüküm» denilegelen ve çok defa mahkûmiyet veya beraat şeklinde gerçekleşen «sonkarar»ı değildir. Her yargılama makamı, kendi «gördüğü işe» yani «görevine» girdiği için görevli olduğu, sübjektif bakımdan ise yapmakla bir bakıma ödevli, bir bakıma yetkili bulunduğu işlemler bakımından karar vereceğine göre, sorunlar da bu kararlara ilişkin olacaktır. Mesela «talepname retmi edilmeli, yoksa ilk soruşturma mı açılmalı» sorusunu sadece sorgu hâkimliği çözecektir. Mahkeme de sonkarardan önce, sanığın tutuklanması veya keşif yapılması gibi pek çok kararlar verebilmektedir. Bunların her biri başlı başına aslî karardır ve bizim talî karar dediklerimiz bu aslî kararlar bakımındandır. Meselâ tutuklama kararı verilebilmek için, önce tutuklama şartlarının gerçekleştiğine ve fazla olarak o sanığın tutuklanmasının zorunlu (8) olduğuna karar verilmek gerekir.

Aynı nedenle Yargıtay'ın da sadece verebileceği kararları çözecek sorunları ele alması gerekir. Bu nokta üzerinde ilerde (No. 12) daha geniş bir biçimde duracağız.

Bir karar verilirken ele alınacak sorunların neler olduğunu ve bunların sırasını önceden kanunların gösterebilmesi imkânsızdır. Hangi sorunların ortaya çıkacağını yargılama makamının görevi kadar ve belki daha çok yargılanan davanın özelliği belirler. Onun içindir ki, bu sırayı her davanın özelliğine göre tek hâkimli

-
- (8) Medenî Muhakeme Hukukunda, yanılmıyorsak, bizim 385. maddeye benzer bir madde yoktur. Acaba neden? Buna ihtiyaç duyulmuyor mu? Bir sözleşmenin üç tipe girmesi ve her üyenin ayrı bir tavsif yapması imkânsız olmadığına göre, bizce az da olsa böyle bir maddeye ihtiyaç duyulabilir. Konumuz dışında olduğundan bu sorun üzerinde durmuyor ve çare aramağı Medenî Muhakeme Hukukçularına bırakıyoruz.

yargılama makamlarında «hâkim», toplu yargılama makamlarında «başkan» tayin eder.

6 — SORUŞTURMANIN GENİŞLETİLMESİ SORUNU

Çözülecek sorunlar arasında, yargılanacak uyuşmazlığı maddî yönden de çözecek bir karar verebilmek için, o ana kadar yapılmış olan soruşturmanın yetip yetmediği, bir başka söyleyişle soruşturmanın genişletilmesi gerekip gerekmediği diye açıklayabileceğimiz sorun da vardır. Meselâ, mahkûmiyet için suç sabit olmalı, yani yapılmış olan soruşturmada toplanıp duruşmada ortaya konulmuş olan delillere dayanılarak suç sabittir, denilebilmelidir. Eğer denilemiyorsa, daha araştırılacak delil varsa, soruşturmanın genişletilmesine karar verilmelidir.

Bu konuda dikkat edilecek nokta şudur ki, soruşturmanın genişletilmesi sorununun çözülecek sorun olarak ortaya çıkması, delillerle ve sübut sorunu ile ilgisi dolayısı ile, sadece uyuşmazlığı maddî yönü ile çözecek kararı verecek makamlar bakımından mümkündür. Bu konuya ilerde döneceğiz (No. 12).

7 — OYLAMA

Talî olsun, aslî olsun, her sorun bir kararla çözülecektir. Bu karar, çeşitli çözümlerden birinin seçimi biçiminde kendisini gösterecektir. Tek hâkimli yargılama makamlarında o hâkim «gereğini düşünecek», eski tabirle «icabını teemmül edecek» ve bir karar verecektir. Toplu yargılama makamlarında birden fazla sayıdaki hâkimler ise önce müzakere edecekler ve kurulun kararı ancak oylama sonunda belli olacaktır.

Müzakere, hâkimlerin oylarının oluşması için yapılan fikir alış verişidir. Hâkimler, birbirlerinin düşüncelerinden faydalanacaklarından, müzakere de bunun için yapıldığından, müzakere başlangıcında, hatta müzakere sırasında kafalarında şekillenmiş olan mütalâa niteliğindeki hükümlerini, kısaca mütalâalarını belki de değiştireceklerdir. Sonunda bunlar karar niteliğindeki hükümlere, kısaca kararlara yerlerini bırakacaklardır. Ancak, tek hâkim bakımından psikolojik yönden karar diye adlandırılan hüküm, kurullardaki hâkimler bakımından «oy» diye adlandırılır, zira muhakeme hukukunda kararı ancak yargılama makamı, meselâ mahkeme verir. Bu kararın verilebilmesi için de, oyların açıklanması gerekir. Tek hâkim nasıl karar vermekten kaçınmazsa, kurullardaki hâkimler de oy vermezlik edemezler.

Kararların, oybirliği olmadığı takdirde, oyçokluğu ile alınabilmesi çok defa kabul edilir. Muhakeme hukukunda da durum böyledir. Aynı çözüm biçimi, meselâ beş hâkimden üçünün oyunu alırsa, kurulun 3-2 çoğunlukla karar verdiği kabul olunur.

Her kararda, her çeşit psikolojik hükümde olduğu gibi, bir sorun, bir sonuç ve bir de gerekçe vardır. Sorunu kurullarda başkan ortaya kor. Asıl oylanacak olan sonuç ve gerekçedir. Cezada «infaz», hukukta «icra» denilegelen ve bir kelime ile «yerine getirme» denilebilecek işleme konu olduğundan, sonuç daha önemlidir. Gerçi bunlar birbirlerinden ayrılamazlar. Sonuç ile gerekçesi arasında mantıkî zorunluluk bağı vardır. Her gerekçenin sonucu bellidir. Gerekçe değişirse sonuç da değişebilir. Bu bakımdan müzakerede bunlar birlikte ele alınırlar. Fakat sıra oylamaya gelince, önemli olan sonuçtan başlanmalıdır. Meselâ, Yargıtay, bozma kararı verilip verilmeyeceği oylandıktan ve bozmaya karar verildikten sonra gerekçesini oylamalıdır. Ama gerekçe bakımından çoğunluk yoksa, ekleme yolu ile çoğunluk elde etmeğe veya en fazla oy alanları göstermekle yetinmeğe gerek yoktur. Hepsi gösterilmelidir. Bu noktayı da ilerde (No. 9) tekrar ele alacağız.

İlk sıralardaki oylamalarda azınlıkta kalanlar, sıra diğer oylamalara geldiğinde, oy vermek mecburî olduğundan, yine oy vereceklerdir (CMUK. 384). Bunlar önceki sorunda, meselâ eylemin falan suç tipine girdiğini kabul etmemiş olabilirler. Fakat çoğunluğun kabul ettiği suçta sıra teşebbüse geldiğinde, teşebbüs vardır veya yoktur, diye oy kullanmak mecburiyetindedirler. Bu çeşit oylar, Türk Muhakeme Hukukunda çok defa «kabule göre» diye belirtilmektedir.

8 — SORUŞTURMANIN GENİŞLETİLMESİ KONUSUNDA ÇOĞUNLUK SORUNU

Bir sorunun çözümünde azınlıkta kalanların sıra diğer sorunlara gelince yine oyların kullanmak mecburiyetinde olması, 384. maddede belirtilmemiş olsa bile, karar verme mecburiyetinden çıkarılabilecek bir kuraldır. Bu kural elbet geneldir ve her sorunda «azınlıkta kalanlara» uygulanır. Bundan çıkan sonuç şu olmaktadır ki, önce «ben oy verecek duruma gelmedim, soruşturmanın genişletilmesine, meselâ keşif yapılmasına ihtiyaç duyuyorum» diyen hâkim de eğer «azınlıkta kalmışsa», sıra meselâ mahkûmiyet kararı verip vermemeğe veya cezayı belirlemeğe gelince yine oy verecektir. Ama çoğunluğun ilk kararına uymak mecburiyetinde de-

ğildir. Meselâ, delillerin yetmezliğine dayanarak beraat oyu kullanabilecektir.

Görülüyor ki, 384. maddenin soruşturmanın genişletilmesi bakımından azınlıkta kalanlar hakkında uygulanamayacağı yolundaki azınlık görüşüne katılmıyoruz. Bu görüşten yana olanlar, öyle sanıyoruz ki, bu oyların orta oy sayılacağı ve ağır oya ekleneceği düşüncesinden hareket etmekte ve eklemeyi, haklı olarak, kabul etmedikleri için 384. madde uygulanamaz demektedirler. Halbuki 384. madde iki ayrı sorunu gerektirir, ekleme de var olmayan çoğunluğu var gösterme yoludur. Soruşturma sorunu bakımından «genişletilsin» ve «genişletilmesin» den başka seçenek olmadığından, birinci sorun bakımından çoğunluk muhakkak var olacak ve ekleme yoluna başvurmak gerekmiyecektir. Bu noktayı da ilerde tekrar ele alacağız (No. 10).

9 — ÇOĞUNLUK VE ÇEŞİTLERİ

Çoğunluğun gerçekten var olduğunu anlamada pek güçlük çıkmaz. Kurullar çok defa tek sayıda hâkimden oluştuğundan, bir çözüm yarıdan fazla hâkimin oyunu kazanırsa çoğunluk vardır denilir. 3 - 2'de olduğu gibi. Çift sayıda hâkim varsa yine fazlalık aranır. 11 - 9'da olduğu gibi, farkın en az iki olması gerekir. Müzakereyi düzenliyen ve genel olan hukuk normlarında başkanın oyunun çift sayılması formülüne rastlamak mümkünse de bunu yargılama makamlarında uygulamak, imkân oldukça, uygun olmaz. Meğer ki imkân olmasın. Meselâ, Ceza Genel Kurulunun toplantısındaki hâkimler çift sayıda olduğundan çoğunluk olmuyorsa, bir başka toplantıya bırakmak veya bir üye daha bulup toplantıya katılmasını sağlamak mümkündür, diye düşünüyoruz.

Çözüm biçimleri ikiden fazla olunca işler karışmaktadır. Nisbî çoğunluk sistemi uygulanamayacağına göre, oyların dağılması halinde başka bir formüle ihtiyaç vardır. Ceza Muhakemesi Hukuku bunu bulmuştur: Sanığın en ziyade aleyhine olan oy, çoğunluk sağlanıncaya kadar, en yakın oya veya oylara eklenir (CMUK. 385). Bu formül isabetlidir. Karar vermek mecburiyeti bulunduğuna göre ne yapıp yapıp çoğunluk vardır, diyeceğiz. Sanığın en ziyade aleyhinde oy veren, elbet ona en yakın oyu da kabul edebilecektir. Görülüyor ki, burada çoğunluk yoktur, fakat var sayılmaktadır.

Kararın hangi kısmı için çoğunluğun aranacağı ayrı bir sorundur. Meselâ 3 - 2 bozmaya karar veren dairede bozma oylarının gerekçeleri dağılabilir. Bizce, gerekçe bakımından çoğunluk ara-

maya gerek yoktur. Gerçi gerekçe göstermek mecburidir, ama bu mecburiyet gerekçe bakımından çoğunluk aranmasını gerektirmez. Mevcut gerekçelerin ayrı ayrı ve her birinin ne kadar oy aldığını belirterek göstermek ile gerekçe göstermek mecburiyeti yerine getirilmiş olur.

Genel Kurulun kararındaki alıntısından öğrendiğimize göre, Karl Peters de kararının oluşmasında hiç bir gerekçenin ağırlık taşımaması halinde bu görüşü savunmaktadır. Ancak Peters, görüşlerden biri ağırlık taşıyorsa, yanlış anlamadıkça, üç bozmadan ikisinin gerekçesi aynı ise, 5 kişilik daire kararının gerekçesi olarak onun gösterilmesinden yanadır. Böyle bir ayırım yapılması beş kişilik kurulda iki kişinin gerekçesine dayanıldığı gibi garip bir sonuç yaratacağından kabul edilmemelidir. Çoğunlukta olanlar şu gerekçelere dayandılar, denilmelidir. Azınlıkta kalanlar zaten ayrıca gerekçeleri ile birlikte oylarını açıklayacaklardır.

10 — SORUŞTURMANIN GENİŞLETİLMESİ KONUSUNDA ÇOĞUNLUK SORUNU

Soruşturmanın genişletilmesini isteyenlerin oyları, bu sorunun çözümünde çoğunluk olup olmadığı hesaplanırken elbette nazara alınacaktır. Meselâ, 5 kişilik kurul, 1-4 veya 2-3 çoğunlukla soruşturma genişletilsin veya genişletilmesin diyecektir. Bir diğer söyleyişle toplam daima azınlıkta kalanlarla birlikte 5 olacaktır.

Bu konuda asıl sorun şudur : 384. maddede «azınlıkta kalma» dan söz edilmektedir. Bir tezin azınlıkta kalması diğerinin çoğunlukta olması demek olduğuna göre, soruşturmanın genişletilmesi konusunda çoğunluk ne zaman vardır? Bir misal verelim. İki hâkim soruşturmanın genişletilmesini istese, genişletmeğe ihtiyaç duymayan diğer üç hâkimin verilecek karar bakımından oyları dağılsa, meselâ biri beraat ikisi mahkûmiyet kararı verilsin dese, genişletmeme yönünde çoğunluk vardır denilebilecek midir?

İlk akla gelebilecek olan, dairenin yaptığı gibi, oyların dağılmasında çoğunluğun nasıl var sayılacağını gösteren 385. maddenin yani 3 oydan orta oy sayılabilenin en ağır oya eklenmesi kuralının burada da uygulanmasıdır. Genel Kurul çoğunluğu, bir ağır ceza mahkemesinde 2 kasten, 1 taksirle adam öldürme oyuna karşılık 2 soruşturmanın genişletilmesi oyu misalini alarak ve soruşturmanın genişletilmesinden sonra durumun sanık lehine olması gibi aleyhine olması da mümkün olduğunu hesaba katarak, soruş-

turmayı yeterli bulmayan olayların lehte mi aleyhte mi olduğu söylenemeyeceği için, taksir veya kast oylarına katılamayacağı sonucuna varmıştır. Gerekçe doğrudur, fakat sonuç isabetli değildir. Çünkü soruşturmanın genişletilmesi oyları taksirle veya kasten öldürme oylarına katılacak ve bunlardan birine karar verilecek değildir. Hatta bunları orta oy saymak bile gerekmiyecektir. Misalimizde 2 soruşturma genişletilsin oyuna karşılık 3 genişletilmesin oyu vardır ve çoğunluk kazanan bu sonuncusudur. Bu demektir ki, artık soruşturma genişletilmeyecek ve meselâ suçun tavsifi oylamasına geçilecektir. Önce genişletme isteyenler beraat da isteseler —hukuk mantığına göre başka oy veremezler— tesiri olmayacak, en ağır 2 kasit oyu onlara en yakın olan 1 taksir oyuna eklenerek taksirde çoğunluk vardır denilecektir. Genel Kurul kararında kitabından alıntı yapılmış olan Peters de, yanlış anlamadıkça, «soruşturmanın gereğine, yetersizliğine ilişkin görüş, bu tür çoğunluk sağlamanın (yani ekleme yapılmasının demek istiyor) dışında bırakılmıştır, zira bu önsorun hakkında varılan sonuca göre son oylama yapılacaktır» derken, soruşturma konusunda azınlıkta kalanların sonraki oylamalarda da oylarını kullanmaları imkânının sağlanmasını istemektedir. Görülüyor ki, eklenemez oy diye bir oy tipi yaratmadan yana değiliz. Zira ikinci oylamada oylar nasıl olsa, beraat veya mahkûmiyet gibi esasa ilişkin olacak, yani soruşturma oyunun eklenmesi söz konusu olmayacaktır.

Soruşturmayı yeterli görenler farklı sonuçlara varsalar da çoğunlukta ve dolayısı ile soruşturmayı yeterli görmeyenleri azınlıkta kabul eden görüş, bizce kanuna aykırı değildir. Ancak haklı ve âdil de değildir. Biz, daha ileri gidilerek şöyle bir yorum yapılmasını uygun bulmaktayız: Soruşturmayı yeterli görenler aynı sonuçta birleşmelidirler. Meselâ üçü de beraat veya mahkûmiyet istemelidirler. Eğer soruşturmayı yeterli bulanlar varılacak sonuçta oybirliğine varmamışlarsa, soruşturmanın yeterliği konusunda çoğunluk olduğu da yorum yolu ile kabul edilmemelidir. Böylece soruşturma yetersiz sayıldıktan ve gerekli işlemler yapıldıktan sonra beş kişiden beşi de esas hakkında oy verecek duruma geldikten sonradır ki, sorun oylanacak ve böyle verilen karar, elbet, önce kanunun dar yorumuna göre yarı-karanlıkta, adeta el yordamı ile verilecek karardan daha isabetli olacaktır.

11 — YARGITAY'IN 385. MADDEYİ UYGULAYABİLMESİ SORUNU

385. maddenin içinde bulunduğu «Muhakemenin idaresi ve müzakere» başlıklı 6. kitaptaki maddeler Alman Mahkemeler Kuru-

luşu Kanununda alınmıştır. Bu da gösteriyor ki 385. maddedeki ekleme kuralı geneldir ve ceza-dışı yargılamada da kullanılabilir (8). Diğer taraftan, bu maddenin ceza yargılaması makamlarının hepsinde, yani hem hâkimliklerde hem de mahkemelerde uygulanmasını kabul etmemek için hiç bir sebep yoktur. Geniş mahkeme tabiri içine elbette, dar manada mahkeme yanında, Yargıtay da girmektedir. Zira bunların hepsi, asli olsun, talî olsun bir uyuşmazlığı yargı ile yarma demek olan yargılama görevinin birer parçasını yapmaktadırlar. Ceza Genel Kurulu da bu maddeyi uyguladığına göre bu noktada çoğunlukla beraberiz. Fakat birazdan göreceğimiz gibi, maddenin uygulanış biçiminde ayrılmaktayız.

12 — YARGITAY'IN 385. MADDEYİ UYGULAMASI SORUNU

Genel Kurul kararından anlaşıldığına göre, Birinci Ceza Dairesi'nde iki üye mahkûmiyet kararının onanması, bir üye beraat, iki üye de soruşturmanın genişletilmesi yönünde oy kullanmışlardır. Böyle oy verilmesini, doğrusu, yadırgamaktayız. Gerçekten, soruşturmanın genişletilmesi, yargılanacak uyuşmazlığın maddî yönü ile ilgilidir ve bu konuda bir sorun, ancak davayı maddî yönleri ile ele alıp bizzat çözecek yargılama makamlarında söz konusu olabilir. Yargıtay hâkimlerinin tartışacakları ve sonunda oylayacakları sorunlar ise, ancak verecekleri kararlarla ilgili olabilir. Olay mahkemesi gibi hareket ettiği istisnaî durumlarda, yani kaide olarak, Yargıtay mahkemenin (9) verdiği sonkararı temyiz kanun yolunda yargılama makamı olarak hukukî bakımdan incelerken, çeşitli ön kararlarla, daha önce de gerektiğinde verebildiği için burada saymayabileceğimiz düşme kararı dışında üç çeşit son karar verebilir : 1 — Temyiz davasının haklı görülüp kabul edilmesi anlamına gelen bozma kararı, 2 — Temyiz davasının reddi kararı (bu karara bizde isabetsiz olarak onama «tasdik» kararı denilegelmektedir), 3 — İstisna olarak da 322. maddede düzenlendiği üzere Yargıtayın olay mahkemesi yerine geçerek esasa karar vermesi durumunda verdiği karar. Bunun teknik adı «islâh» kararıdır, zira bir yargılama makamının diğer bir yargılama makamının kararını kaldırıp onun yerine geçerek esasa karar vermesine muhakeme hukukunda «islâh» (réformation, riforma) adı verilmektedir. Yargıtaya, Fransada olduğu gibi, «Bozma Mahkeme-

(9) Yargıtaydan ayrıca söz ettiğimiz zaman, mahkeme denilince olay mahkemesi anlaşılacağından, burada mahkeme demekle yetiniyoruz.

si» anlamına gelen «Cour de Cassation» denilmesi de göstermektedir ki, bazı ülkelerde kabul edilmemiş olan islâh istisnası bir kenara bırakılırsa, Yargıtay temyiz edilen kararı ya bozacak, ya bozmayacaktır. Bir diğer söyleyişle Yargıtayın çözeceği sorun, «bozmak veya bozmamaktır»tır.

Yargıtay kaide olarak, olay mahkemesi gibi hareket etmeyeceğine ve beraat veya mahûmiyet kararı veremeyeceğine göre, dairedeki veya genel kuruldaki başkanların sorunları, olay mahkemesinde karar veriliyormuşçasına ortaya koymamaları ve üyelerin de oylarını bu biçimde vermemeleri gerekirdi. Eğer sorun önce «bozacak mıyız? bozmayacak mıyız?», sonra da «islâh sebebi var mı, yok mu?» diye ortaya konsaydı (10) dava bu kadar dallanıp budaklanmayacak, eksik soruşturmadan bozma isteyen ortaya çıkmadıkça sübut konusunu tartışmaya ihtiyaç duyulmayacak, çözüm bu kadar güçleşmeyecek ve bu iş Ceza Genel Kurulunu üç toplantıda meşgul etmiyecekti. Gerçekten, soruşturmayı eksik bulan iki üye, beraat kararı verilmeliydi diyen üye gibi mahkûmiyet kararının bozulması yönünde oy kullanacaklar ve daire 3-2 çoğunlukla yine bozma kararı verecekti (11), itiraz yargılamasını yapan Genel Kurulda da, soruşturmanın genişletilmesi oyu değil, bozma oyu söz konusu olduğuna ve çoğunluk ekleme yoluna başvurmadan sağlandığına göre, oyların dağılmasında nasıl toplanacağı sorunu ortaya atılmayacaktı (12).

(10) Bize öyle geliyor ki Yargıtay'da sorunun böyle ortaya konulması ve oyların böyle verilmesi, eski bir alışkanlıkla açıklanabilir. İlk kanunlarımız yapıldığı sırada, dünyanın her yerinde verile gelen «temyiz davasının reddi» yerine, istinafta olduğu gibi ve tercüme hatası ile «tasdik» denilmiş olması ve tasdik etmek için de dosyanın her tarafını incelemek gerekeceği düşüncesi ile, temyiz yargılamasında temyiz sebepleri ile bağlı kalınmamasının yine hatalı olarak kabul edilmiş bulunması kadar istinaf mahkemeleri bulunmaması yüzünden Yargıtayın hukukî sorunlar yanında maddî sorunların çözümündeki hataları da düzeltmeğe kendisini mecbur hissetmesi Yargıtayda böyle oylamalara neden olsa gerektir. Biz, Başsavcılık dosyayı baştan aşağı incelediğine ve gördüğü bozma sebeplerini belirttiğine göre, kabul edilebilecek bir kaç istisna dışında, Yargıtay tarafların ve Başsavcılığın ileri sürmediği bozma sebepleri de acaba var mı diye uğraşmasın ve temyiz yargılaması sonunda «bozma» veya «temyiz davasının reddi» kararı versin, gerekirse mahkeme yerine geçerek «islâh» kararı verebilsin diyoruz.

(11) Azınlıkta kalan bir üye, dairenin bozma kararının sonuçta isabetli olduğunu belirtmek için, «daha ilk sorunda oyçokluğu sağlanmıştır» demektedir, fakat gerekçesi bizimkinden farklıdır. Zira «suçun varlığını benimsemekte birleşme»den söz etmektedir. «Bozmada birleşme»ten söz etse ne iyi olacaktı?

13 — ÖZET

İncelememiz sonuçlarını şöylece özetliyebiliriz :

● 1 — Olay mahkemesinde soruşturmanın genişletilmesi sorunundaki oylamada genişletmeğe gerek görmeyenlerin çoğunlukta olması, kanuna göre bu sorunun çözülmesi için yetmektedir. Ancak yorum yolu ile bunların esas hakkındaki sonuçta da birleşmeleri aranmalı, aksi takdirde soruşturmanın genişletilmemesi oylarının çoğunluk sağlamadığı kabul edilmelidir.

● 2 — Olay mahkemesinde genişletilmesinin gerekip gerekmediği sorunu çözüldükten sonra yapılan esas hakkındaki oylamada daha önce soruşturma genişletilmeli diyenler de oy vermeğe mecburdurlar.

● 3 — Soruşturmanın genişletilip genişletilmeyeceği sorunu, müstakil olarak, ancak olay mahkemelerinde söz konusu olabilir. Temyiz kanun yolunda yargılama makamı olarak hareket ettiğinde, Yargıtay bu sorunu değil, bozma sorununu ele almalıdır. Ancak bozmada çoğunluk sağlandıktan sonra, genişletme sorunu gerekiyorsa «eksik soruşturma ile karar verilmiş olup olmadığı» biçiminde gerekçe sorunu olarak tartışılmalıdır.

● 4 — Karar sonuçlarının gerekçeleri de tartışma sonunda oylanmalıdır. Ancak oylar dağılıp da çoğunluk olmazsa, ekleme yolu ile çoğunluk aramağa gerek yoktur. Çoğunluk elde eden sonucun gerekçesinde dağılan oylar, çoğunluk kararı belirtilirken ayrı ayrı gösterilmelidir. Azınlıkta kalanlar, sonuçta da gerekçesinde de dağılık oylar vermişlerse, nasıl olsa, bunları azınlık görüşü olarak açıklayacaklardır.

● 5 — Dairede beraat ve eksik soruşturma oyları verenlerin bozmayı kasedtiklerinde şüphe edilemeyeceğine ve hukukun genel prensiplerinden olan «bir şeyden maksat ne ise hüküm ona göredir» kuralı gereğince bu oylar bozma oyu sayılacağına göre daire kararını sonuçta doğru bulmaktayız. Genel Kurul, oylamanın bu biçimde yapılıp sonuca «ekleme» yolu ile varmadaki isabetsizliğe işaretle yetinip itirazı reddetmeliydi, diye düşünüyoruz.



(12) Azınlıkta kalan bazı üyeler, Yargıtayda, mahkemede imişçesine, beraat veya mahkûmiyet yollu oylar kullanılmamanın isabetsizliğini haklı olarak belirtmişlerse de, «eksik inceleme»den verilen kararı bir çeşit ara kararı saymışlar ve bunun da bir bozma kararı niteliğinde olduğundan söz etmemişlerdir.

**ANDREAS von TUHR VE DİLİMİZE ÇEVİRİLEN ÖLÜMSÜZ
KALICI YAPITI OLAN «BORÇLAR HUKUKUNUN» TIPKI
BASIMI HAKKINDA BİRKAÇ SÖZ**

Nihat YAVUZ (*)

PLAN : 1 — Amaç. 2 — Yapıtın orijinal ismi ve Türkçeye çeşitli çeviri girişimleri. 3 — Etkisi ve özelliği. 4 — Yapıtın eski kuşaklardan kalan malzemenin kullanılması ve hukuk bulma görevi bakımından başarısı. 6 — Yapıtın dili. 7 — Yapıtın genel durumu. 8 — Sonuç.

1 — AMAÇ

Büyük hukuk ustasının bu ölümsüz yapıtı aslında hem bilimsel öğretide ve hem de yargısal inançlarda kendisini kabul ettirmiş, her türlü övgünün üstünde bulunmaktadır. Ancak bazı çevrelerden gelen «artık eskidi» eleştirileri ile araştırmacılar hariç genç kuşağa tamamen yabancı bulunması (1) bu yapıyı kaleme almamıza neden olmuştur.

**2 — YAPITIN ORİJİNAL İSMİ VE TÜRKÇEYE ÇEŞİTLİ
ÇEVİRİ GİRİŞİMLERİ**

Almanca yazılan yapıtın orijinal ismi şudur : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts = İsviçre Borçlar Kanununun Umumi Kısmı (2). M.de Torrenté ve Emile Thilo tarafın-

(*) **Yargıtay 3. HD. Tetkik Hâkimi.**

- (1) Zira bundan 30 yıl önce yapılan çevirisi tamamen tükenmiş olup kütüphanelerde bile ancak bir ya da iki nüshası bulunabilmektedir.
- (2) Schwarz, Andreas B.: Andreas von Tuhr ve Zamanın Medeni Hukuk İlmi, İHFM.C.V, İst. 1939. Çev. Bülent Davran, s. 63. Oysa yapıt Türkçeye «Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı» olarak çevrilmiştir. Bunun gerekçesini çeviren haklı olarak önsöz'ünde şu şekilde açıklamaktadır: «...eser Borçlar Hukukunun fikrimce umumi prensiplerini aşarak hususi hukukun umumi prensiplerini de ihtiva ettiğinden kitabın Almanca ismine uyularak Borçlar Kanununun Umumi kısmı tabiri yerine Borçlar Hukukunun Umumi kısmı tabiri ikame etmeği daha isabetli saymak tayım» (s. IX).

dan «Partie Générale du code Fédéral des Obligations» ismi ile Fransızcaya çevrilmiştir. Bilahare A.Siegwart Almanca nüshasını ikinci ve genişletilmiş basımını Zurich'te 1942-1944 yılında yapmıştır. Son olarak Hans Peter - Herman Schulin tarafından işlenen yapıt Zurich'te ve 1979 yılında 3. bası olarak yayınlanmıştır. Burada dip notlarla son gelişmeler izlenmiştir. Doğal olarak bunun çevirisinin gerçekleştirilmesi başarılı idi daha yararlı olurdu

Bu büyük yapıt Cevat Edege tarafından çevrilmesi (3) tarihine kadar bir kaç kez başka öğretim üyeleri tarafından dilimize çeviri girişimlerine uğramış ve hepside sonuçsuz kalmıştır. İlk önce Sabri Şakir Ansay (Borçlar Kanunu Ahkamı Umumiyesi) adı altında Adliye Ceridesi'nin 1928 yılında yayınlanan 69-77 sayılarında bölümler sunmuştur. İkinci girişim Sıddık Sami Onar ve Hazım Atıf Kuyucak tarafından 1931 yılında yapılmış ve bu çeviride tamamlanamamıştır. Üçüncü olarak 1942 yılında Hıfzı Veldet

- (3) Bilimsel öğretilerde bazı çeviri yanlışlıklarına işaret edilmiştir ki bunlardan biriside sayın İsmet Sungurbey'in Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi (İst. 1963) isimli yapıtının s. 34, dip not: 64'te bulunmaktadır. Ayrıca yine çevirenin önsözünde geçen «makale şamil fesih kelimesinin başına, makale şamil kelimelerinin baş harfleri olan (mş) semzini koymak suretiyle makale şamil fesih mefhumunu ifade ettim ve sadece fesih kelimesini de makale şamil olmayan fesihlerde kullandım» sözleri eleştiriye uğramış (Bkz. Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Eleştirileri, İst. 1963, s. 137) ve bu gibi durumlarda borç ilişkisini tek yanın önceye etkili olarak ortadan kaldırmasının söz konusu olduğundan Almanca «Rücktritt» karşılığı olan geriye adım atma, dönme, çekilme sözcüklerinin kullanılması gerektiği vurgulanmıştır. (Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İst. 1975, karşıt fikir içinde yine bkz. Tekil, Fehiman: Hukuki İşlemlerin Yokluğu, Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İ.İ.T.İ.A. Ticari Bilimler Fakültesi Dergisi, c. 1, sayı: 1, Haziran, 1981, s. 97).

Bir başka çeviri yanlışlığına sayın Tekinay (Selahattin Sulhi Tekinay: Borçlar Hukuku 4. bası, İst. 1979, s. 809, dip not: 8) dokunmaktadır.

Öte yandan temsil yetkisi veya temsil kudreti anlamına gelen «vollmacht=procuration» karşılığında «vekâlet» sözcüğünü kullanmıştır ki (Tekinay, s. 161, dip not: 15) aynı duruma sayın Arsebük'te de (Esat Arsebük: Borçlar Hukuku, 1. cilt, İst. 1943, s. 487) rastlanmaktadır.

Bundan ayrı olarak bu büyük yapıtın orijinalinden Emile Thilo tarafından Fransızcaya çevirisi sırasında yapılan yanlışlıklar olduğu gibi yapıta yansımıştır: Örneğin 47. paragraf, dip notu 35 te «temyize muktedir olan bir kimse...» denecek yerde «temyize muktedir olmayan bir kimse...» denmiştir (Tekinay, s. 440, dip not: 2 d).

Velidedeoğlu bu işe girişmiş ve Hukuk Fakültesi Dergisinde iki forma halinde çıkmışsa da arkası gelmemiştir.

Her ne kadar bu çeviri girişimleri başarısız kalmışsa da Borçlar Hukukunun Genel Kısımı hakkındaki Türkçe ders kitapları üzerinde gerek uyarılama (adaptasyon) ve gerekse de örnek ve temel alınma biçiminde derin etkilerini göstermiş ve halende göstermeye devam edegelmektedir. Örneğin, Esat Arsebük'ün (Borçlar Hukuku, 2. basım, İst. 1943 ve 4. basım, İst. 1950) yapıtları von Tuhr'dan uyarlamadır. Yine Samim Gönensay'ın tamamlanmayan Borçlar Hukukunun 2. basımı bu büyük yazarın geniş etkisi altındadır. Kenan Tunçomağ Borçlar Hukuku hakkında 1965 (İst.) yılında 2. basımını yaptığı yapıtının temeli keza von Tuhr'dur.

3 — ETKİSİ VE ÖZELLİĞİ

Gerek yerli ve gerekse yabancı ülkedeki bilimsel öğreti ile mahkeme kararlarını (4) neden bu kadar etkilediği ister istemez

- (4) Bilimsel öğretiye etkisi hakkında hiç bir örnek vermeyeceğiz. Zira bize göre Tuhr'un sahasındaki hemen her yazı ve kitab onun dolaylı ya da dolaysız etkisindedir. Hatta bir sayın hukukçumuz (Serozan, Rona: Bir daha Yasacılık ve Hukukçuluk Üstüne, MHAD. Yeni dizi yıl: 5, sayı: 7, 1971, s. 109. not: 18) «fareli köyün kavalcılarında hukuk barosu von Tuhr» diyebilmiştir (Bu sözlerin eleştirisi için bkz. Sungurbey, İsmet: Acemoğlunun «Tapulama Kanunu...», «Eşya Hukuku Meseleleri» Adli kitapları ve Serozan'ın Hukukçuluk Yöntemi Üstüne Notlar, İst. 1971, s. 75 vd. özellikle s. 86 vd).

Ancak İsviçre Federal Mahkemesi ile Türkiye Yargıtay'ının anılan yapıta sık sık başvurduğu bir gerçektir. Binlercesinden sadece iki örnek vermekle yetineceğiz. 1 — BGE 82 11 411 (Kaneti, Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, 1. Ank. 1968, s. 41/48). 2 — Yarg. 4.HD. 26.10.1981; 2232/11727.

Bazen de yüksek mahkeme büyük hukukçudan yararlandığı halde kararında bunu açıkça göstermemektedir: Örnek: «Davaya esas olan senetlerde (borçlunun ilk satılacak g. menkullerinden tediye edilmek üzere) paranın davacı tarafından davalıya ödünç verilmiş olduğu yazılıdır. Akitle kabul edilen bu şartın MK. 2. maddesi hükmünce bütün hakların kullanılmasının sınırlarından doğan afakî iyi niyet kaidele-ri uyarınca mânalandırılması gerekmektedir. Akit yapıldığı tarihte ödünç alanın g. menkulünün satılması düşünüldüğünün ve tarafların böyle bir satış ihtimalini esas aldıklarının anlaşılması itibariyle normal olarak bu satışın ne kadar müddet içerisinde yapılabileceği noktasında taraflar sorguya çekilmeleri ve uyuşamadıkları takdirde akdin yapıldığı tarihteki g. menkul satış durumlarının ve bilhassa g. menkullerin bulunduğu semt itibariyle normal fiyatla satışlarının ne kadar zamanda yapılabileceğinin bilirkişiden tahkiki ve g. menkullerden bir tanesinin satışının yapılabileceği tarih olarak tesbit edilecek tarihten

510

bir soru olarak karşımıza çıkacaktır. Buna bazı kavramları (5) pek çok kullanarak İsviçre ve bizde yerleşmesini sağlaması veya en işe yaramaz sanılan sorunları görerek açık ve özlü bir anlatı-

itibaren mururu zamanın işlemeye başlayacağını kabulü gerekir» 4. HD. 23.5.1957, 2397/3520 (4.H.D. Emsal Kararları, Hazırlayanlar: Öztürk/ Eruluç/Akcollu/Şentürk, Ank. 1959 s. 158) Tuhr ise bu konuda aynen şöyle yazmaktadır: «Vadenin hululü kat'i bir tarihle tayin edilebileceği gibi bu nokta da yani vadenin hululü tarihinde bir kat'i yetsizlik bırakmak suretiyle (gayri muayyen vade) de vade tayin olunabilir. Birinci hale misal: Takvim günü. İkinci hale misal: Gemilerin sefere başlama tarihi, bağ bozumunun başlangıcı, bir kimsenin ölümü gibi (ifa zamanını sarahatla ifade etmeyen kayıtlar, meselâ «en kısa müddet zarfında» kaydı tarafların mefruz maksatlarına ve hal icablarına göre tefsir edilmek lazım gelir» (s. 507, dip not: 19). «Bu vadenin hululü hüsnüniyet kaidelerine göre takdir edilmek lazımdır. Taraflar bu hususta anlaşamazlarsa hakim karar verir» (s. 507).

Bu olayda ödünç alınan miktarın iadesi için sözleşmede bir vâde tayin edilmemiş ya da vâdenin tayinine esas olan bir anlaşma yapılmamış olsa idi, borcun, alacaklının isteminden itibaren altı hafta içinde geri verilmesi gerekecek idi (BK. m. 312). Yani alacaklının istemi «muacceliyet ihbarı» teşkil eder (Tekinay, S. Sulhi: Borçlar Hukuku, 4. bası, İst. 1979, s. 621). Ama yanlar bu ödünç sözleşmesinde görüldüğü üzere vadenin tayinine yarayan bir anlaşma da yapmışlardır. O halde yüksek yargıtay'ın atıfta bulunulmasına rağmen açıkça esinlendiği anlaşılan Tuhr'un görüşüne uygun düşen çözümü doğrudur.

- (5) Örneğin bu gün olağan karşıladığımız talep def'i, hukuksal işlem, tasarruf, yenilik doğurucu hak ve yenilik doğurucu işlem gibi bir çok kavramlar sayılabilir.

Genç ve yeni meslektaşlarımız için bu kavramların birer cümle ile tanımını vermekte yarar görürüz.

a) **Talep (İstem) Hakkı** : Alacaklının edimi isteme hakkına denir. Bunun alacak hakkından doğum anı (zira alacak edimin alacaklıya borçlanılması, talep ise muacceliyet anında doğar) ve çevresi (çünkü, talep alacağın alacaklıya sağladığı biricik yetki değildir. Bunun yanında icra ile koğuşurma, zarar ve ziyan isteme haklarında vardır) bakımından ayrıldığı noktalar bulunmaktadır.

b) **Def'i** : Davalının, davacının ileri sürdüğü olayı kabul ve fakat borçlu bulunduğu edimi yerine getirmekten çekinmesine olanak veren bir haktır. Ödemezlik def'i (BK. 81) gibi.

c) **Hukuksal İşlem** : Bir veya birden çok kişilerin hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde hukuksal sonuçlar yaratmaya yöneltilmiş irade beyanlarıdır.

d) **Yenilik Doğuran Hak** : Bir yanlı hukuksal işlem ile bir hukuksal ilişki kurmağı, değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı, mümkün kılan bir haktır.

e) **Tasarrufi Muamele (Harcama İşlemi)** : Bir hak veya hukuksal ilişkisi doğrudan doğruya etkileyen; yani onu, diğer tarafa geçiren,

ma bağlayıp çözümünü hakkında düşünce bildirmesi (6) neden gösterilebilir. Ama asıl nedeni bu yapının Medeni Hukuk biliminde önemli bir devrin tamamlanması ve özetini ifade etmesidir (7). Gerçekten von Tuhr aslında İsviçre Medeni Hukuku uzmanı değildir. 19. asır sonlarındaki Alman Romanist Medeni Hukuk ilmi—Pandekt ilmi— (8) onun kişiliğinde somutlaşmıştır. Bu hukuk kuramının sonuçlarını ve yöntemini, genel kısmı hakkında en önemli yapıtı olan üç ciltlik bir kitap yazdığı Alman Medeni Hukukuna uygulamak, ünlü yazarın çalışmasında ağırlık merkezini teşkil etmiştir. Ancak 1920 yılında Zürih Üniversitesine çağırıldıktan sonra İsviçre'nin yeni Medeni Hukuku ile inceden inceye meşgul olmaya başladı ve çok kısa bir sürede anılan bu ölümsüz yapıtını yazdı.

İsviçre Medeni Hukukunun ilkeleri açıklanırken, Alman Medeni Hukuk bilimine özgü yönetimin uygulanması bu yapının dahi özelliğini oluşturmuştur (9).

değiştiren, sınırlayan veya ortadan kaldıran muamele tasarrufi muameledir.

Bu kavramlar görünüşte pek basit ve bilinen şeyler sanılmasına karşın uygulamada bir çok yanlışların bunların içeriğine iyi nüfuz edilemediğinden doğduğu saptanmıştır. Bkz. bu konuda harcama işlemi, borçlanma işlemi kavramlarının karıştırıldığına dair bir örnek: Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, 4. Cilt, İst. s.178 vd Ayrıca yine bkz. bu iki kavramın sınırlarını büyük bir yetkinlikle belirleyen H.G.K. 22.12.1982; 1905/966 sayılı Kararına (YKD. c. 9, Nisan - 1983 sayı: 4, s. 502 vd.).

- (6) Saymen, Ferit Hakkı: Yeni Çıkan Eserler, İBD. C. XXVI, sayı: 9, 1952, s. 561. Bunun içindirki Hüseyin Avni Göktürk biraz abartarak bu konuda şunları söyleyebilmiştir. «Onun sistem bakımından parlak, dil ve ıstılah bakımından billur gibi duru ve fikirlerin inkişafı bakımından gayet basit ve büyük olan bu son eserj yalnız İsviçre hukukçuları arasında değil aynı zamanda Türk hukukçuları arasında da merhumun bir vasiyetnamesi gibi yaşayacak ve tesir yapacaktır» (Adliye Ceridesi: 1937, s. 390).
- (7) Schwarz, s. 63; Arık, Kemal Fikret: Türk Medeni Hukuku, 1. Ank. 1963, s. 234, dip not: 5/c.
- (8) Pandekt hukukundan amaç, Roma Hukukunun gelişmiş şekliyle Almanya'da «müşterek hukuk» veya «pandekt hukuku» adıyla XX. asrın başına kadar uygulanması durumudur (Saymen, Ferit Hakkı: Türk Medeni Hukuku, C. 1, İst. 1948, s. 19/20).
- (9) Almanlara özgü olan bu metod şudur: «Hukukun bu tarzda bir muameleye tâbi tutulması münferit hadiselerden onların umumi prensiplerine doğru ilerlemek ve bunları bir sistem haline getirmek» olgusudur. Schwarz, s. 64, 91; Saymen, agm. s. 558.

O halde bu büyük yapıtın neden bu kadar etkili olduğunu bir cümlede ifade etmek gerekirse; Alman Medeni Hukuk kuramının çok önemli sonuçlarını aktarmaktaki başarısıdır diyeceğiz.

4 — YAPITIN ESKİ KUŞAKLARDAN KALAN MALZEMENİN KULLANILMASI VE HUKUK BULMA GÖREVİ BAKIMINDAN BAŞARISI

Genellikle ün yapmış bilim adamlarından ve yapıtlarından hemen daima yeni buluşlar beklenir. Aslında uzun asırlardan beri her köşesi araştırılmış olan özel hukuk konusunda bilimsel yetenek, çığır açan düşünülerin —bunu azımsamamak ve yüceltmek koşulu ile— yaratılmasında değil, eski kuşaklardan devir edilen malzemenin eleştirisel çözümünde ve öğeleri arasında ki yepyeni bağlantılar kurabilmekte kendisini gösterir. Tuhr anılan yapıtında bunun çok güzel bir örneğini vermiştir (9a).

Hâkim, somut olay hakkında karar verirken hukuku bulur. Bununla beraber hukuk bilgini de kuşku ve duraksama durumlarında boşluklar ve çelişkilerle karşılaşırken ve bilhassa sistemi kurarken hukuk bulma görevini yerine getirecektir. Von Tuhr'un gerek Alman Medeni Kanununun genel kısmı ve gerekse tanıtılmaya çalışılan yapıtı bu konularda canlı birer örnek olarak gösterilmektedir (10).

5 — YAPITIN ZAMANINDA GÖRDÜĞÜ BİR KISIM ELEŞTİRİLER

● A) Bunların başında İsviçre Hukukuna ait çekişmeli sorunların Alman Medeni Hukuku yardımıyla çözümleme eğilimine yö-

(9a) Örneğin «Tehlike doğuran eşya veya işlerden meydana gelen zararların tazmini hakkında bir kanun kuralı bulunmaması hallerinde, BK. 58. maddesi aracılığı ile, bunların kusursuz bir hukuki mes'uliyet kurallına tabi tutulmaları doktrin ve mahkeme içtihatları tarafından kabul olunmuştur. Bu uygulama adalete ve çağdaş gelişmeye uygundur... Bu suretle, konunun çıkarılacak bir kanunla tanzimine kadar, mahkeme içtihatlarına dayanan bu uygulama toplumdaki hukuki ihtiyaçları karşılamaktadır. Nitekim büyük hukukçu Von Tuhr ile birlikte, İsviçre ve Türk doktrin ve mahkeme içtihatları, tehlike mes'uliyeti hali için özel kanunla hüküm kuruluncaya kadar, bu meseleleri bu yolla çözümleme yoluna girmişlerdir». (İmre, Zahit: Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler, İHFM. Doğumunun 100. yılında Atatürk'e Armağan, İst. 1981/1982, s. 406).

(10) Davran, Bülent: Mukayeseli Medeni Hukuk Dersleri, İst. 1968, s. 80.

neliktir. Çünkü Zürih'e geldiğinde Tuhr'da Alman Medeni Hukukunun ruhu egemen idi. Önceleri İsviçre kanunlarını Alman yasalarının keskin ve bilenmiş kavramları ile ya da kesin ve açık dili ölçütü ile (11) incelerken hoşnutsuzluk hissediyor pek serbest olan İsviçre havasında adeta bocalıyordu. İşte pek çok boşlukları bulunan İsviçre yasalarında bu özel bünyeleri, böyle bir eğilimi doğuruyordu. Şöyleki; yasalarda çözümleri görülmeyen sorunlar daha ayrıntılı olan Alman yasasındaki bulunan çözüm tarzını çekici kılıyordu. Gerçekten kanunda açık kalan sorunlarda, büyük hukukçunun vardığı sonuçlar, Alman Medeni Yasasına dayanıyordu (12). Ama dikkatle ve sorumluluk duygusu ile yapılıyordu bütün bu işlemler. Öte yandan İsviçre Hukukunda gördüğü boşlukları Alman Medeni Yasasına göre doldurduğu zaman, vardığı sonuçları daima büyük bir özenle İsviçre Hukukunun diğer olumlu hükümlerini

- (11) Bkz. Alman Medeni Yasasının özellikleri hakkında: Saymen, s. 21 vd; Arık, s. 232 vd; Davran, s. 176 vd.

Şurası da belirtilmelidir ki Alman Medeni Hukukuna ait genel kuramlar her yerde hukuksal düşünüşün ortaklaşa mali olmuş, İsviçre, İtalya Medeni Hukuk ilimlerine etkide bulunmuş, İngiltere ve Amerikada etkisini sürdürmüştür. Çin, Japonya, Macaristan, Yunanistan, Alman Medeni Kanununu örnek almışlardır.

- (12) Örneğin von Tuhr'a göre «borçlu cezai şartı evvelce tediye etmiş ise, hâkim artık bunu tenkis», edemeyecektir. (s. 830, dip not: 62). Büyük hukukçu bu çözüm tarzını getirirken tamamen Alman Medeni Yasasının (BGB) bu hususta açık kural taşıyan 343. maddesine dayanıyordu. Bkz. ayrıca bu tartışmayı ortaya koyup çözümlenmeyen İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına (Kaneti, s. 260). Bu konunun son derece tartışmalı olduğunu vurgulamakta yarar görürüz. Örneğin, Funk, (s. 232), Becker (s. 236) de Tuhr gibi düşünmektedirler. Buna karşın diğer görüşü savunanlardan bir bölümünde şu yazarlar yer almaktadır (Oser/Schönenberger, 163/17, Tekinay, S.S.: Borçlar Hukuku, 4. bası, İst. 1979, s. 328/329).

İleride de değinileceği üzere bu durum Medeni Hukuk sistemimizin özelliğinden kaynaklandığından yalnız BGB'den değil gerektiğinde başka kıta Avrupası hukuklarından yararlanmak mümkündür: Örneğin Cezai şartın ahlaka, adaba, yasanın buyurucu hükümlerine aykırı olması nedenleri ile geçersiz olmasının aslı borç ilişkisine etkisi ne olacak tır sorusuna; BK. nun cezai şart konusunda yanıt bulamıyoruz. Oysa Fransız Medeni Yasasında (mad. 1227) cezai şartın butlanının asıl borcunda butlanını gerektirmeyeceğine dair açık hüküm vardır. «Aynı sonuca bizde de, BK. mad. 20/11 deki hükümden yararlanmak suretiyle, kural olarak, ulaşmak mümkündür» (Fezyioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 11, İst. 1977, s. 406).

kıyasen uygulayarak veya MK.nun 1. maddesine dayanarak yapma-
ğa çalışmıştır (13).

von Tuhr herne kadar birbirinden ayrı ve uzak sahalarda de-
neme yaparak yeteneğini gösterme meylinin çekiciliğine kendisini
kaptırmadı ise de (14) özel hukuk biliminin 20. yüzyılda genel sa-
vaştan evvel ve bilhassa sonra canlandıran ve zenginleştiren yeni
akımlar onda kuvvetli etki yaratmamıştır. Örneğin savaştan son-
raki devrede güncel bulunan ve bu günde aynı güncelliği koruyan
clausula rebus sic stantibus kuramı hakkında esaslı araştırma yap-
mamıştır. Hatta ört hukuk sistemine —Roma, İsviçre, Fransız ve
Alman— hakkıyla vakıf olduğu halde karşılaştırmalı hukuka ya-
zılarında pek az iltifat etmiştir. Bütün bunlardan ötürü Tuhr ken-
di devrinde meslektaşları arasında daha çok tutucu bir hukukçu
olarak sayılmıştır. Şu da var ki her ne kadar Tuhr daha çok kav-

- (13) Schwarz, s. 100/101. Yazar devamla diyor ki «Fakat Tuhr'un eseri bu
cihetten İsviçre noktai nazarına göre bazen tenkit mevzuu olsada,
Türkiye noktai nazarından bu tenkidi mülahazalar kanaatimce hiç
varit sayılamaz. Türkiye İsviçre Kodifikasyonunu kabul etmiş olmakla
beraber, bittabi İsviçre Hukuk tarihini ve İsviçre tefekkür tarzını dev-
ralmış değildir. Türkiye kabul ettiği bu kanunu Türk ruhuna göre tat-
bik ve tefsir edecektir...» s. 101/102.

Gerçektende öyledir. Örneğin «Sulh» kurumunu ele alalım. Bizde
HUMK.da bunun tanımı yapılmış değildir. Ancak Alman Medeni Yasa-
sının 779. maddesi «Sulh, tarafların bir hukuki münasebete ilişkin uyuş-
mazlıklarını veya tereddütlerini karşılıklı fedakârlıklarla bertaraf eden
bir bağittir» şeklinde bir tanım vermiştir. Prusya Genel Memleket Ka-
nununun tanımı ise (mad.405) buna çok benzemektedir. «Tarafların o
zamana kadar aralarında çekişmeli veya şüpheli olan haklarını, karşı-
lıklı olarak bir şey vermek veya bir şeyden vazgeçmek suretiyle dü-
zenledikleri bağittir» Bu tanımı hukukumuzda aktarmak olanaklıdır.
Nitekim. 4.HD. «Sulh sözleşmesi, o sözleşme ile ilgili bulunan tarafların
arasında meydana gelmiş uyuşmazlığın taraflardan her birinin bazı
haklarından fedakârlıkta bulunup uyuşmazlığı ortadan kaldırmaları ko-
nusundaki irade açıklamalarının birleşmesidir» (22.3.1979,7457/3808-YKD.
1979/11 s. 1570 vd.). diyerek bilimsel öğretiler ile birlikte bu tanımı
benimsemiştir. Borçlar Hukuku yerel özelliklerin en az damgasını taşı-
yan evrensel nitelikli bir hukuk alanı bulunduğundan bu durum za-
ten kaçınılmaz idi.

Bu konuda BK.da «teminat edimi» düzenlenmediği halde bunun
hükme bağlandığı Alman Medeni Kanununun 235. maddesinden esin-
lenerek Türk Medeni Kanununun 2. maddesi yoluyla somut olaya ak-
tarılışı hakkındaki başarılı Yargıtay uygulaması başka bir örnek ola-
bilir (13.HD. 3.12.1982, 5281/7400 YKD. c. 9, Nisan - 1983, sayı : 4,
s. 563 vd.).

- (14) Örneğin aynı haklar, aile hukuku, miras hukuku sahalarında kendisinin
geniş yazıları hemen hiç yayınlanmamıştır (Schwarz, s. 102/103).

ramlara önemveren eski hukuk akımına mensup ise de (15) hiçbir zaman yapıtında uygulamsal yarar, amaca ve akla uygunluk kriterlerini bırakmamış, genel ilkeler ve kavramlar (16) yardımıyla hukuksal hayatın bitmez tükenmez sorunlarına çözüm getirmeye çalışmıştır.

● B) Bir başka açıdan Tuhr yalnız boşluklar (17) bulunduğu zaman değil ve fakat olumlu hükmün doyurucu olmayan bir sonuç verdiği durumlarda bile Hâkime kanun karşısında en geniş bir serbesti tanımak isteyen serbest hukuk kuramını red ediyordu. Zira Hâkimin keyfi hareket etmesi sonucu hukuksal emniyetin sarsılacağından kaygı duyuyordu (18).

(15) Ki bu akıma kendilerine ufak ayrılıklarla yararlar içtihadı - interessens jurisprudenzen - ereksel içtihat - teleologische jurisprudenzen - serbest hukuk kuramı - freiderchtslehre gibi isimler veren yeni akımlar savaşı açmış bulunmaktadır.

(16) «Mutlak ve nisbi haklar, muntazar haklar, def'i, kısmi mamelek ve umumî mamelek ve ilâ... gibi mefhumlar, pek çok eski ve yeni müferrit meseleleri halle hizmet ediyorlar. Tuhr'da bu mücerret mefhumlar, hukuk cisminin neşrettiği görünen ve görünmeyen şuaları toplayıp inikas ettiren adesenin vazifesini görürler. Böylece onun eseri umumî kısım haricinde Medeni Hukukun bütün hususî sahaları için verimli olmuştur» (Schwarz, s. 89).

(17) Tuhr başta buna da eleştirici bir tavır takınmış (bkz. az yukarıda 5/A ve dipnot 11 civarı) iken bilahare düşüncelerinde değişiklikler olmuş ve hatta İsviçre Hukuk Mecmuasında yazdığı bir yazıda «keyfi harekete ve gemsiz hukuk yaratışına kapılmak istenilmezse, çok boşlukları olan bir kanun üzerinde çalışan nazariyat ve tatbikat ilmin meydana getirdiği ve inkişaf ettirdiği umumî prensiplere rücu etmek mecburiyetinde kahr» demiştir (Schwarz, s. 106).

Türkiyemizde gerek bilimsel öğreti ve gerekse uygulama keyfi hareketlere ve gemsiz hukuk yaratışına kapılmaksızın son derece adil ve ihtiyaçları karşılayıcı çözüm yolları bulmuş ve uygulamıştır. Bu konuda fazla örnek saymaya gerek kalmadan kira parasının belirlenmesi hakkındaki 3.HD. sinin son yıllarda aldığı ilke kararlarını anımsamak yeterlidir.

NOT : Bu konuda 3.HD. sinin toptan eşya fiyat indeksindeki artış oranının yarısının yansıtılarak yeni dönem kira parasının saptanması hakkındaki ilke kararı ile KEGEL'in tehlikeyi ve zararı taşıma görüşü (Tunçomağ, Kenan : Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (muamelenin temeli) ile İlgili Objektif Görüşler. İÜHF.M. C.XXXII, sayı: 1, İst. 1966, s. 892 vd.) arasındaki ilginç benzerliğe bkz.

(18) Schwarz, s. 104/105. Bu konuda büyük yazarın fikirlerinin çoktan terk edildiği ve yeni gelişmeler hakkında 5.HD. Başkan Sayın Ali Arcağ'ın «Kamulaştırmasız El Koyma ve 221 Sayılı Yasa» adlı yapıtı hakkında tarafımızdan yazılan eleştirisel/tanıtmaya yazısına (Adalet Derg., yıl: 72, Mart Nisan 1981, Sayı: 2, s. 219 vd.) bakılabilir.

Her nasıl eleştiriye uğrarsa uğrarsın şurası bir gerçektir ki büyük hukuk ustası «... mantıki istidlallerinin neticelerini daima ameli fayda kıstası ile kontrol ederdi (19). Bir çok noktalarda Tuhr'un kanaati kabul edilmeyebilir, fakat nâdiren onun telâkkisine hayat yabancıları şekilcilik izafe olunabilir» (20).

Ayrıca bizim MK. 1. maddesi gibi olumlu düzenlemeleri bulunmasına karşın Japonyanın Osaka Bölge Mahkemesinin yasanın açık metnine rağmen yarattığı hukuka uygun verdiği kararı burada bu alandaki gelişmenin nerelere varacağını ve de üstadın bu konuda ne kadar gerilerde kaldığına örnek olarak vermek isteriz (Bkz. MHAD. Yeni Seri, Yıl: 10, sayı: 13, 1976, s. 276 vd.)

(19) Schwarz'ında bir hukukçunun hukuksal bir soruna çözüm getirirken, bu çözümün doğuracağı sonuçları her zaman için sağ duyuya, amaca ve hakkaniyete uygunluk kantarına vurarak ölçüp tartması gerektiği yolunda öğrencilerini sürekli uyardığını Sungurbey (Sorunlar, 4. Cild, s. 12) anmaktadır.

(20) Schwarz, s. 90. Bu duruma canlı iki örnek vererek hemde bazı konularda geç meslektaşlarımızı aydınlatmak isteriz:

Örnek: 1 — Taşınmaz malın müşterek maliklerinin MK. 656. maddesine göre sorumluluklarının pay oranlarına göre mi, yoksa müteselsil sorumluluk esasına göre mi olması gerektiği yolundaki değişik görüşlerden Tuhr (C. 1, s. 432'de) paya göre sorumluluk yanlısı idi. Zira diyordu BK. 141/1 maddesine göre teselsül yasanın açıkça tayin ettiği hallerde söz konusudur. MK. nun 656 (BK. m. 58) maddesinde ise müteselsil borçluluk karinesinin mevcut olmadığından paya göre sorumluluk kabul edilmelidir.

Oysa yüksek 4.HD. (28.2.1980; 8805/2578-YKD. C. VII, s. 11, Kasım, 1981, s. 1416) bu fikre karşı çıkararak «müşterek maliklerin hepsi malik sıfatını haiz olduklarından, sorumluluk paya değil, bu sığata (malik sıfatına) bağlı olmalıdır. Bu nedenle müşterek malikler ortak kusurları olsun veya olmasın müteselsil sorumlu olurlar. Buradaki müteselsil sorumluluk bizzat madde metni içinde mevcuttur ve yasadan doğmaktadır. Her paydaş taşınmazın maliki olduğuna göre, zararın tamamından mağdura karşı her biri ayrı ayrı sorumludurlar. Müteselsil sorumluluğun amacı mağduru koruma amacından kaynaklandığına göre, sorumluluğun (MK. 656 ve BK. 58 maddesindeki) paya değil, malikin sıfatına bağlanması hakkaniyete de uygun düşer».

Örnek: 2 — Davadan önce ileri sürülen zamanaşımının açılan davada davalı tarafından yinelenmesi zorunludur?

Tuhr'un görüşü şu merkezdedir: «Fihakika müruruzaman infisahi bir vakıa tesir ve neticesini değil, davadan evvel veya dava esnasında yapılması lazım gelen ve Hâkim tarafından ikmal edilmeyen bir irade beyanı tesir ve neticesini haizdir» (s. 761).

Oser/Schönenberger (Borçlar Hukuku Şerhi, Çev. Ferit Ayiter, Ank. 1950, s. 898) ile Becker (Borçlar Kanunu, Çev. Osman Tolun, Ank. 1967, s. 155) bu konuda ve özellikle zamanaşımının ileri sürülüş tarzı ile zamanının usul yasalarını ilgilendirdiğini vurgulamakla yetinirler. Türk-

6 — YAPITIN DİLİ :

Bundan 30 yıl önce çevirisi yapılan bu yapıtın ister istemez dili ağır olacak idi. Bizce Yargıtay Yayın Müdürlüğü'nün yapıtın arkasına sözlük ekleyerek bu işe bulduğu çözüm tarzı en iyisidir. Ayrıca

çe yazılmış usul kitaplarında ise herhangi bir görüşe rastlayamadık.

Serozan (Rona, Serozan: Sözleşmeden Dönme, İst. 1975) ve Tunçomağ'da (Kenan, Tunçomağ, İ.Ü.HFM. C. XXVIII, sayı: 3-4; ayrıca Türk Borçlar Hukuku, 1. cilt, Genel Hükümler, İst. 1976, s. 1264) von Tuhr gibi düşünmektedirler. Örneğin Tunçomağ aksi görüşü savunan 3.H.D. sinin 26.6.1958; 5701/4878 sayılı inancını şu şekilde eleştirmiştir: «Kanaatimizce yıllanma def'i borçlunun davadan önce veya dava sırasında açıklayacağı bir taraflı irade beyanı ile kullanılır; ve şartlar mevcut ise, bu def'i öne sürülmesiyle edimin ifası kesin ve devamlı bir şekilde reddolunmuş olur. Hal böyle ise, borçlunun icra takibi sırasında öne sürdüğü yıllanma def'inin, aynı alacağa dayanılarak açılan davada da hükmünü icra etmesi zaruridir... Sonraki bir davada, önceden öne sürülmüş yıllanma def'inin yeniden öne sürülmesi gerekli olmadığı gibi, mümkün de değildir» (İÜHFM. C. XXVIII, sayı: 3-4 s. 852). Serozan'ın şu sözleri ise bu konuda daha berraktır: «Sürekli def'i hakkı olsun, olumsuz yenilik doğurucu hak olsun, dava sırasında (dava içinde) ileri sürülebileceği gibi, dava öncesinde (dava dışında) da ileri sürülebilir. Dava içinde kullanılmış bir olumsuz yenilik doğurucu hak gibi, dava dışında kullanılmış bir sürekli def'i hakkı da, hakkın kullanılmış bulunduğu olgusu (vakıası) Yargıcın bilgisine sunulmak kaydıyla, onun tarafından görevinden ötürü (ex officio) dikkate alınacak ve dava red edilecektir. Yargıcın dava öncesinde ileri sürülmüş def'iyi dava dosyası içindeki belgelerden çıkarabildiği halde, bu def'iyi davada bir kez daha ileri sürülmedikçe dikkate alamayacağı (sürekli def'i hakkının, istemin her ileri sürülüşünde tekrar tekrar ileri sürülmesi zorluğu) yolundaki görüş, günümüzde terk edilmiştir» (s. 555/56).

Oysa Yargıtay'ımızın görüşü bu merkezde değildir. Yani davalı kendisine karşı yapılan icra takibinde zamanaşımı ileri sürülmüş olsa bile, sonradan açılan davada zamanaşımı def'inde bulunmamışsa mahkeme önceki evrede ileri sürülen zamanaşımını dikkate almayacaktır (3.HD. 26.9.1958, 5701/4878-AD. 1961/11-12, s. 1172; 4.H.D. 17.5.1966 5748/5772 - RKD. 1967/2 s. 32 vd; HGK. 22.9.1971, 125/531, ABD. 1972, s. 65 4.HD. 20.12.1974 6155/17127 YKD. 1976/5, s. 637 vd).

Yine yüce mahkeme bu görüşün doğal sonucu olarak dava dışındaki zamanaşımını da —icra takibi yapılmaksızın— evleviyetle gözetilmemesini kararlaştırmıştır. «Borçlar Kanununun 140. maddesine göre, zamanaşımı ileri sürülmediği surette Hakim, zamanaşımını kendiliğinden nazara alamaz. Zamanaşımı savunmasının dava açıldıktan sonra ve usulüne uygun olarak mahkemede yapılması gerekir. Davalı duruşmaya gelmemiş ve yazılı bir cevap dilekçesi vererek bu yolda bir savunmada da bulunmamış, davada gıyabında yürütülmüştür.

Dava açılmadan önce davalının İstanbul Defterdarlığı Millî Emlak Müdürlüğüne verdiği 15.10.1975 tarihli dilekçesi dikkate alınarak za-

bazı dizgi (21) ve dipnot hatalarını düzeltmesi de üzerine aldığı işi ne kadar dikkatlice ve sorumluluk duygusu içersinde yaptığına bir işarettir.

Söz dil'den açılmışken çok önemli olan bir sözcük üzerinde durmadan geçemeyeceğiz. Bilindiği üzere Fransızca «PRESLATION» Almanca «LEISTUNG» karşılığı olarak bizde pek çeşitli sözcükler kullanılmaktadır. Bu konuda ne bilimsel öğretide ve ne de BK.da bir uygunluk bulunmamaktadır (22): Bu sahada «iş veya şey», «yapılacak veya verilecek şey», «Eda», «Ediş», «Ödem», «Ödeme», «İvaz», «İş veya Şey», «Yapılacak veya verilecek şey», «Taahhüt olunan iş veya şey», «Borç» (22a) gibi deyimler kullanılmaktadır.

Bu yapıt için zamanında bir tanıtma yazısı yazan Saymen «Sayın Edege «Leistung» için çok yerleşmiş bulunan fakat uydurma bir

manaşımı savunmasının zamanında ve usulüne uygun olarak yapıldığının kabulü doğru olmadığı gibi...» 3.HD. 5.11.1979, 6250/6329 (Yayınlanmamıştır).

«Borcun sukut etmesi için zamaşaşımı süresinin geçmesi yeterli olmayıp, def'i hakkının kullanıldığı yolundaki irade beyanının buna inzi mam etmesi gerekir. Böyle bir beyan ise, ancak takip veya dava sırasında vakı olduğu takdirde hukuki bir sonuç doğurur. Borç ile ilgili herhangi bir muaraza olmadan def'i hakkının etkili olacağı düşünülemez» 11.H.D. 21.12.1979, 5603/5827 (YKD. C. VI, s. 8, Ağustos, 1980, s. 1120).

- (21) Örneğın önsözde yazarın adı THUR olarak yanlış yazılmış idi. Bu durum tıpkı basımda düzeltilmiştir.
- (22) Aynı şey diğer deyimler içinde geçerlidir. BK. da «Haksız iktisaplar» bazen böyle; bazen de değişik sözcüklerle anlatılmak istenmektedir: «Haksız bir fiil ile mal iktisabı», «Haksız mal iktisabı», «Haksız bir surette mal iktisabı», «Mal iktisabı», «Haksız mal edinme», «İktisap», «Bigayrı hakkın mal edinme», «Sebepsiz mal edinme» gibi.
- (22a) Yeri gelmişken borç ile Obligation arasındaki farka işaret etmek gerekir: «Borç Almandadaki SCHULD ve Fransızcadaki DETTE kelimesinin karşılığı olmak üzere yalnız tek taraflı bir edim (Leistung) ifade eder» (s. 7). «İsviçre ve Türk Bağlam Kanununun 1,68 ve 114 maddelerine göre Obligation en azından iki şahıs arasındaki karşılıklı hukuk münasebetidir ki, buna göre borçlu (debitor) denilen şahıs alacaklı (creditor) denilen bir diğerine bir edim (Leistung, Prestation) yapmak mecburiyetindedir.

Obligation, alacaklı bakımından bir alacak, halbuki borçlu bakımından bir borç, bir bağlılık (verbindlichkiit) sayılmak gerekir.

Bu inceliği yalnız borç kelimesiyle ifade etmeğe imkân yoktur «(Oser/Schönenberger: İsviçre Bağlamlar Kanunu Şerhi, Çev. Hüseyin Avni Göktürk, Ank. 1935, s. 7).

tabir olan «edim» yerine çok daha az kullanılan «eda»yı (23) tercih etmiştir» (24). Gerçekten de öyledir. Sayın Edege çevirisinde (25) «eda» deyimine yer vermiştir. Ancak bize göre bu deyim (26) yani «Edim» sözcüğünün uydurma olup olmadığı durumu önemlidir. Öncelikle şu husus belirtilmelidir: Edim kavramı içerisinde, borçlunun alacaklıya karşı yükümlendiği bir eylem biçimi bulunmaktadır. Bu yapma ya da yapmama şeklinde ortaya çıkabilir (26a). Oysa «Eda» kavramı daha dar olan yapma —yerine getirme— ödemeyi anlatmaktadır ki «Leistung» ya da «Prestation» u tam olarak değil de ancak bir kesimini karşılamaktadır (27). Onun içindir ki «etmek, mastarından gelen ve tüm bu kavramları içeren ve de Türk Hukukunda ilk kez Hıfzı Veldet Velidedeoğlu / Cemal Hakkı Selek (28) tarafından ortaya konduktan sonra gerek bilimsel öğretide (29) ve gerekse de Yargıtay kararlarında (30) doğ-

-
- (23) İlginçtir ki aynı yazar makalesinde merhum Recai Seçkin'in çevirdiği Oser'in şerhinde (H. Oser/W. Schönerberber: Borçlar Hukuku, Ank. 1947, s. 21) «eda» deyimine yer verdiği halde bunun için de «meselâ Oser'in meşhur şerhini tercüme eden Dr. Recai Seçkin'in kullandığı uydurma kelimelere burada tesadüf edilmiyor» (s. 559) demiştir.
- (24) Saymen, s. 559.
- (25) Örneğin s. 45 vd.
- (26) «Edim, borçlunun alacaklı yararına, yerine getirmek zorunda olduğu belirli ve sınırlı bir davranıştan ibarettir. Bu davranış, alacaklıya belirli bir yarar sağlamalıdır. Buradaki yarar, bir mal varlığı yararı olabileceği gibi manevi (ideal) değeri olan bir yarar da olabilir» (Eren, Fikret: Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları ve Sonuçları, 1979/1980 ders yılı Master ders notları, s. 3).
- (26a) Borçlar Kanunumuz bu deyim tanımlamamakta ise de Alman Medeni Kanununda bu deyim «Bir kimsenin bir şey vermeğe, veya yapmaya veya bir edime zorunlu kılınmağa» (BGB. 241) karşılık olarak kullanılmaktadır.
- (27) Bu sonuca sözlük anlamları bakımından da varılabilir. Örneğin, edim: Amel, fiil, iş (Önder, Ali Rıza: Yasa Dili Sözlüğü, Ank. 1966, s. 58) ya da genel olarak «borç» (Özcan, Hüseyin: Hukuk Sözlüğü, Ank. 1966, s. 58); Eda: (Adâ) mutlak ödeme. Usul-ü fıkıh ıstılahında vacip olan şeyin aynını teslim etmek olarak (Türk Hukuk Lügati, Ank. 1944, s. 80) ya da yapma —yerine getirme— ödeme (Özcan, s. 164) karşılığı olarak kullanılmaktadır.
- (28) Funk, Fritz: Borçlar Kanunu Şerhi, Umumi Hükümler, İst. 1938, s. 2, dipnot: 1.
- (29) Sadece üç örnek: 1 — Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, İst. 1976, s. 18. 2 — Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, 1. Cilt, Genel Hükümler, İst. 1976, s. 1264. 3 — Tekinay, Selahattin Sulhi: Borçlar Hukuku, 4. bası, İst. 1979, s. 9.

ru olarak tamamen yerleşen bu deyimın uydurma?!.. olmadığı kanısındayız. ...

7 — YAPITIN GENEL DURUMU :

Yukarıdan beri yapılan açıklamalar durumu gereği gibi aydınlatmıştır. Ancak genel olarak bu paragraf altında şunları da eklemek mümkündür.

Büyük hukuk ustası BK. hükümlerini madde madde açıklamakta (31) fakat bunun genel bir sentezini yaparak bu kural-ları ilkelere bağlayarak ayrıntılara kadar inmektedir. Kısacası Tuhr Medeni Hukukumuzun tümüne egemen olan esaslı hukuk il-kelerinin sistemli bir şekilde açıklamasını yapmaktadır ki yapı-tını ölümsüzleştiren ve canlılığını koruyan, başarılması zor olan iş'te budur (32).

Şimdi başta ortaya konulan sorunlara yanıt getirmenin zama-nıdır. Yukarıdan beri yapılan açıklamalardan anlaşılmaktadır ki bu yapıtın dışarıda ve içeride gördüğü eleştiriler aslında iki bü-

(30) 15.H.D. 25.5.1981, 825/1234 (YKD. C.VIII, s. 3 — Mart. 1982, s. 390); 14.H.D. 31.3.1981, 1668/2301 (YKD. Mayıs/1981, s. 657) : Yargıtay bazı kararlarında «eda» sözcüğünü taksit karşılığı da kullanmaktadır (Bkz. H.G.K. 20.11.1981, 1923/757 YKD. C. 8, s. 7, 1982, s. 914).

(31) Bunun kolay bir iş olduğu sanılmamalıdır. İsviçre Medeni Kanununun ünlü şarihlerinden Egger'in (Aile Hukuku, Çev. Tahit Çağa, İst. 1943) bir yapıtına koyduğu önsözdeki şu cümleler durumu bütün çıplaklığı ile ortaya koymaya yeterlidir sanırız.

«Şarih, tenakuzlarla dolu ve nihayet halli imkânında olmayan bir vazife karşısında bulunmaktadır. Ondan, kanunun esasını teşkil eden (ana fikirleri ve umumi hakikatleri) esaslı bir surette izah etmesi ve aynı zamanda hukuk hayatının ortaya attığı bütün meseleleri tetkik etmesi istenmektedir. O, vazın kanun gibi, hem kısa ve veciz olmak ve hemde kanunun tatbikatından çıkan bütün teferruata temas etmek mecburiyetindedir. Şarih, sözü kanuna bırakmak, ona hizmet etmek ve bu sebepten tamamen pozitivist olmak zorundadır; fakat diğer taraf-tan vazifesini hakkıyla ifade edebilmesi içinde kendisini kanun madde-lerinden kurtarması, fikri istiklalini muhafaza etmesi ve bir münekkit zihniyetiyle hareket etmesi de lazımdır... o, «doğru hukuk» uğrunda mücadele edecektir; sanki vazın imiş gibi hukuk hayatının muh-taç olduğu kaideleri vaz edecektir «Yoksa yapılacak iş sayın Edege'nin mütercimim önsözünde söylediği gibi (s. VII) «Kanun maddesini şerh ile iktifa eden ve görüş zaviyesi madde ile mahdut olacak» kadar kolay değildir.

(32) Göktürk, Hüseyin Avni : AD. 1936, s. 8, s. 767.

yük kategoride toplanmaktadır. Birisi Alman Hukukuna sık sık yollama yapması, ikincisi de yapıtın artık eskidiğidir.

İsviçre Hukukundaki boşlukların Alman Medeni Hukuku yardımıyla çözümlenmesi acaba bu ölümsüz yapıta bir eksiklik getirmişmidir? Önce şu hususu saptamakta yarar vardır. Tuhr hemen bütün boşlukları bu yöntemle doldurmamıştır (33). Bundan ayrı özellikle Borçlar Hukuku sahasında çalışan her kim olursa —ister Türk ister İsviçreli hukukçu— olsun en az hatalı bir sonuca varması için bu hukuk çevresine dayanmak zorundadır (33a). Zira aynı şekilde eleştirilen ünlü şârih Oser'inde (34) haklı olarak belirttiği üzere «... en fazla Alman Hukukundan istifade edilmesi yalnız onun usulünün, bana, nisbeten daha mütekâmil gelmesi sebebiyle değil, lâkin bundan daha mühimmi —meselâ 41 ve sonraki maddeler gibi bazı kısımlar müstesnâ— hukukun muhteva itibariyle bizimkilerle büyük bir yakınlık göstermesi, dolayısıyledir... Hakikatte aynı «Dresden Projesi» (Borçlar Kanununa dair

- (33) Örneğin Hâkim, davalı tarafından ileri sürülen borcun yerine getirilmediği def'ini yerinde gördüğü takdirde nasıl karar verecektir sorusuna Tuhr (s. 506), davalının def'i haklı ise Hâkimin davayı şimdilik kaydı ile red etmesi gerekir şeklinde yanıt vermiştir (Becker, 82/4; Oser, s. 648; Kaneti, Selim : Akdin İfa Edilmediği Def'i İst. 1962, s. 163 vd.da aynı kanıdadırlar).

Oysa Alman Hukukundaki çözüm daha değişiktir. Buna göre Hâkim davayı red etmeyecek ve davacısında kendi edimini —karşılık olarak ve aynı zamanda— yerine getirmesi kaydı ile davalıyı ifaya mahkûm edecektir. Böylece davacı kendi edimini yerine getirmediği, davalı ifadan kaçınmak olanağını bulmuş olur. Bu arada İsviçre Federal Mahkemesi ile (83 11 25) Türkiye Yargıtayı 15.HD.sinin son kararları da (15.HD. 27.1.1981, 117/137 - YKD, C. VII, S. 5, 1981, s. 624; 15.HD. 30.4.1981, 502/977 - YKD, C. VII, S. 10, 1981, s. 1334) ikinci görüşün etkisi altında kaldığı belirtilmelidir.

- (33a) O kadar ki bazı Medeni Hukuk Sorunlarının «Alman hukukçularının yarattığı sorun» olarak nitelendirilmesi dahi durumu aydınlatmağa yeterlidir. Buna bir örnek vermek gerekirse Denkleştirme sorunu'nu bildirebiliriz (Akünal, Teoman : Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İst. 1977, s. 38). Nevar ki Alman Medeni Hukukunun bazı kurumları değişik düzenlemesinden doğan özelliği ile bir takım çözüm tarzlarının Türk Hukukuna uygun düşüp düşmeyeceği de iyice düşünüülüp sonuca varılmalıdır. Aksi halde varılan sonuç hatalı olur (bkz. bu konuda çarpıcı bir örnek için : Sungurbey, İsmet : Medeni Hukuk Sorunları, 4. cild, İst. 1980, s. 611'in altındaki dip not'un son iki paragrafına).

- (34) Birinci Basımın Önsözü, s. IV, V.

umumi Alman kanunu projesi) (35) gerek Almanyada, gerek İsviçrede Borçlar Kanununa müteallik müzakerelere esas teşkil etmiştir.»

Yapıtın artık eskidiği eleştirisine gelince; bunun yanıtında şu saptamalardan sonra daha kolay verilebilir inancındayız.

Özel hukuk sistemimizin bir özeliği de bilerek boşluk bırakma (MK. 1) ve esnek bünyesi ile Hâkimin takdirine (MK. 4) yer vermesi nedeniyle Hâkimin hukuk yaratmasına geniş bir saha ayırmasıdır. Bu tip yasalarda hukuksal emniyetten çok adalet düşüncesi ağırlık kazanır (36). Böyle oluncada uygulamaya —açık yönler gösteren— sağlam bir hukuk temelini kavramak görevi düşer. Bir uygulayıcı bunun en güzel örneğini keskin hukuk kavramlarına dayanan, genel kuramları içeren Tuhr'un yapıtında bulabilir. Zira çevirenin dediği gibi «okuyucular Medeni ve Borçlar Hukukunda otorite olan Alman yazarlarından Gierke, Planck, Staudinger, Wolf, Oertmann, Enneccerus, Windscheid, Staub, İsviçre Borçlar Kanunu şârihlerinden Oser (37), Becker (38), medeniyecilerden, şahıs ve aile hukukunda Egger (39), miras hukukunda Escher (40), Tuor (41), aile hukukunda Gmür, aynı haklarda Ostertag, Wieland

-
- (35) 1881 tarihli Borçlar Kanunu içerik itibariyle esasta üç kaynağa, Fransız Medeni Kanununa, 1853/56 tarihli Zürih Kantonu hususi Hukuk Kanununa ve 1866 tarihli Dresden Projesine dayanmaktadır. 1912 tarihinde yeniden gözden geçirilişinde bu kez 1900 den beri Almanyada yürürlükte olan ve o sıralarda özel hukukun en yeni ve en tam bir kanunu olan Alman Medeni Yasasının etkisinden kurtulması mümkün olmamıştır (Oser s. XXIV, Tuhr, s. 1 vd.).
- (36) Bu düşünce ilke olarak ağırlık kazanmakla beraber hâkim yine de hakkaniyetle istikrarı birleştirmeye çalışmalıdır (Egger, s. 73).
- (37) W. Schöenberger'le birlikte Borçlar Hukuku adı altında hazırlanan 2. baskısını dilimize Recai Seçkin 1947 tarihinde çevirmiş bulunmaktadır. Ayrıca aynı yazarların Borçlar Kanunu 182/212. madde şerhini Kemal Fikret Arık (Ank. 1966), 492/529. madde şerhinide İsmet Sungurbey (Ank. 1964) dilimize çevirmiştir.
- (38) BK. genel hükümlerine ait 1/181. maddeleri Bülent Olcay, Kemal Reisoğlu, Osman Tolun, Sair Özkök tarafından (Ank. 1967-1973) dilimize çevrilmiş bulunmaktadır.
- (39) Kişinin Hukuku (Ank. 1947) Volf Çernis, Aile Hukuku (İst. 1943) Tahir Çağa tarafından dilimize çevrilmiş bulunmaktadır.
- (40) Miras Hukuku (Ank. 1949) Sabri Şakir Ansay tarafından dilimize çevrilmiştir.
- (41) İsviçre Medeni Kanununun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı (Ank. 19-56/1957) Âmil Artus tarafından dilimize çevrilmiş olan yapıtla karıştırılmamalıdır.

(42), Leemann, İcra İflas hukukunda Jaeger, Sigorta Kanunu Şarihi Rölli, Fransız hukukunda Planiol, Huc gibi sayısız müellif ve eserlerini, tezleri ve ilmi makale ve neşriyatı yakından tanımak ve tetkik etmek fırsatını bulacaklardır» (43).

Bütün bunlara karşın yapıt yine de kısmen eskimiştir (44). Zaten hiç bir yapıt —büyük kodifikasyonlar da buna dahil olmak

(42) Aynı Haklar (Ank. 1946) İ. Hkkı Karafakı tarafından dilimize çevrilmiştir.

(43) s. VIII.

(44) Açıklaması ile birlikte iki örnek : Belirtildiği üzere kişiliğe bağlı bir hakkın sonucu olan manevi tazminat —ister zarara uğrayanın hakkı olsun, ister öldürülenin yakınlarının hakkı olsun— ancak hak sahibinin hakkını arama iradesini açığa vurmuş olduğu durumlarda (hak sahibi dava açmıştır veya hiç olmazsa dava açmak üzere bir avukata vekâletname vermiştir) onun mirasçılara geçir (Oser/Schönenberger, s. 429). Ancak v. Tuhr hak sahibinin hakkını ileri sürüş biçimi olarak sadece ve ancak mahkemede dava açılmasını önererek diğer irade emarelerini —örneğin avukata vekâlet verilmiş olmasını— yeterli saymaz (s. 123 ve dip not: 13; bunun gibi Becker, s. 284). Büyük hukukçu bununla da yetinmez ve Dresden projesinin 1078. maddesine dayanarak mağdurun karardan önce ömesi halinde tazminat davasının ortadan kalkması gerektiğini savunur (s. 122 ve dip not: 9; bkz. bunun eleştirisi için Oser/Schönenberger, s. 430).

Durum bu merkezde iken uygulamanın bir hayli ileri çözümler getirdiği gözlenebilir. Örneğin Yar. 4.HD. 16.2.1981, 7633/8562 sayılı kararında (YHD. C. V, sayı 5, 1982, s. 693 vd. Bu karar çoğunlukla alınmış olup sayın Ş. S.nin karşı oy yazısı manevi tazminatın mirasçılara geçebilmesi için MK. 85/2. nin aradığı koşulların oluşması gerektiği yönündedir) küçük olan mağdurun babasının velâyeten ceza davasına müdahalede bulunarak maddi ve manevi tazminat istemini saklı tutmasını, küçüğün bilahare başka bir hastalıktan ölmesinden sonra mirasçılardan saklı tutulan bu hakka tutunarak hukuk mahkemesinde manevi tazminat davası açmalarını, ceza davasında tazminat isteme iradesinin izhar edilmiş sayılacağı gerekçesiyle kabul etmiştir.

Yeri gelmişken —çoğunluk görüşünü sonucu bakımından olumlu karşılamakla beraber— konuyu başka açıdan irdelemekte yarar görürüz; o da şudur: BK. 47'ye dayanan manevi tazminat davalarında cismani zarara uğrayanın yakınlarının dava hakkının olup olmadığı sorunudur. Bilimsel öğretilerde bir görüşe ve mahkeme kararlarına göre buna olanak yoktur. (Oser/Schönenberger, s. 428; Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ank. 1961, s. 336; Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ank. 1972, s. 782; 9.HD. 23.7.1970, 7205/7888; 4.HD. 14.2.1966. 36667/1733). Ne var ki buna karşıt olan görüş uygun nedensellik bağı kurarak bazı olaylar için bu hakkı tanımaktadır (Karahasan M. Reşit: Tazminat Davaları, İst. 1973, s. 645, 674; Tandoğan, Haluk:

504

üzere— (45) tamamiyet iddiasında bulunamaz; ne kadar derinleşir ise derinleşsin ancak yazıldığı (46) sırada baskın olan görüş ve inançları inceleme olanağı bulan kaynaklara göre göreceli bir öl-

Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ank. 1963, s. 6 vd; Tekinay, Selahattin Sulhi : Borçlar Hukuku, 4. bası, İst. 1979, s. 525).

Bize göre de uygun nedensellik bağı ya da ihlâl edilen normun koruma amacı kuramı (bkz. bu konuda özlü bilgi için : Tandoğan, Haluk : Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ank. 1963 s. 11/17; Eren, Fikret : Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Mahmut Koloğluna Armağan. Ankara. 1975, s. 461 vd; Eren, Fikret : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağı Teorisi, Ank. 1975, s. 111 vd; Tandoğan, Haluk : Hukuka Aykırılık Bağı. MHE. İst. 1980, s. 5 vd.) yardımıyla bedensel zarara uğrayanların yakınlarına manevi tazminat hakkı tanımak gerekir. Aksi halde yaşamsal gerçeklere aykırı sonuçları gidermek için yukarıda anılan 4.HD.sinin kararında belirtildiği üzere mağdurun hak arama iradesini zorlayarak farazi yerlere getirmekten kurtulamayız. Öte yandan BK. 47, maddesindeki «hususî haller» ile «hükmedebilir» sözcükleri ile aynı Yasanın 43 ve 44. maddeleri karşısında sorumluluğun sınırının kontrolsüz artacağı kuşkusuz da ortadan kalkar.

Bir başka örnekte şudur :

Yüksek mahkemenin (13.HD. 1.6.1982, 3745/4031 - ABD. sayı : 1982, 3/yıl : 39, s. 430/434) bir olayda çözmek zorunda kaldığı sorun şu idi :

Davada davacı satın aldığı oto'yu bir yılı aşkın bir süre geçtiği halde davalı satıcının «ruhsatnameyi devir» etmediğini bildirip sözleşmeden dönme dileğinde bulunmuştur.

13.HD.si oto'nun parasının verilip teslim alındığına göre «asli edim» in yerine getirilmiş olduğunu, «trafik kaydının aktarılması» olgusunun ise «asli edim» yükümüne yardımcı, onun sözleşmeden beklenen amacına uygun olarak tam ve doğru biçimde gerçekleşmesine hizmet eylediğinden bir «yan edim» olduğunu saptadıktan sonra bilimsel öğretideki görüşlere de değinmek suretiyle «satıcının yan edim yükümüne aykırı davranmasının alıcıya sözleşmeden dönme hakkı veremeyeceği» sonucuna varmıştır.

Anılan iş bu karar çoğunlukla alınmıştır. Yayınlanmayan bir üyenin karşı oy yazısına göre: Alıcı (davacının) trafik kaydının aktarılmasında yararı olduğunun yanında aksi durumun alıcıyı zararlandıracağını çeşitli örneklerle vurguladıktan sonra «Davacının, açıklanan gerekçe ile sözleşmeden dönmesi yasal hakkıdır. Buna rağmen, satışın tesbiti için dava açmak istemeyen davacıya uzun süre açılacak davalar arkasında koşturmak, satım gereği yükümlülüğünü yerine getirmeyen satıcıyı korumayı amaçlar ki, bu da BK.nun satım ve sözleşme ilişkisini düzenleyen hükümlerine ve yine dürüstlük kurallarını içeren MK.nun 2. maddesi hükmüne aykırıdır. Bu nedenle çoğunluk görüşüne karşıyım» sonucuna varmıştır.

Konu daha çok **KÖTÜ İF'ADA DÖNME**'yi ilgilendirmektedir. Bu alanda başlıca iki görüş tartışılmaktadır.

çüde yansıtabilir (47). Kaldığı her konuyu bütün ayrıntıları ile incelemek de pedagojik bakımından doğru değildir.

Birinci görüş, yanlardan birisinin sözleşmeye aykırı eylemlerde bulunduğu bütün durumlarda ve özellikle kısmi imkânsızlık ile borcun gereği gibi yerine getirilmemesi hallerinde, bu aykırılık nedeniyle diğer yan (taraf) sözleşmeyi devam ettirmemekte haklı bulunduğu veya sözleşmenin devamında kendisinin yararı kalmadığı takdirde duruma göre dönme ya da gelecek için bozma bildiriminde bulunmak, sözleşmeyi tek yanlı bozmak hakkına sahip olmalıdır (Schwarz, Andreas B.: Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih; Ebül'ula Mardin'e Armağan, İst. 1944, s. 786/787). Bu görüşün dayanağı ise BK.nun özel bölümündeki bozma (fesih) hükümleri ile MK.nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük ilkesidir.

İkinci görüş ise, temelde birinci görüşün savunduğu hakkı sağlayacak bir genel kurala gereksinim bulunduğunu kabul etmekle beraber, BK.da bu gün için böyle bir düzenleme bulunmadığından ilk görüşün olduğu sonucu savunmanın zorluğuna işaret eder (Oğuzman, Kemal: Borçlar Hukuku Dersleri, 3. bası, İst. 1979, s. 149).

Değişik gerekçe ve anlatımla birinci görüşün bilimsel öğretideki savunucularından bir kısmı şunlardır: 1 — Schwarz, (age) s. 759 vd; 2 — Osar/Schönenberger (Recai Seçkin Çevirisi), s. 725; 3 — Saymen, Ferit Hakkı / Elbir, Halit Kemal: Türk Borçlar Hukuku, İst. 1958. C. 2, s. 708; 4 — Tandoğan, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ank. 1961, s. 406; 5 — Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, 1. Cilt, İst. 1976, s. 827 (Not: Aynı yazar'ın 1965 yılında yayınlanan Borçlar Hukuku, 1. Cilt, 2. bası, s. 467/468'deki fikri ikinci görüş paralelinde idi); 6 — Tekinay, S. Sulhi: Borçlar Hukuku, 4. bası, İst. 1979, s. 701; 7 — Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İst. 1975, s. 306 vd; Ayrıca krş. a) Becker, H.: Borçlar Kanunu, Çev. Osman Tolun, Ank. 1969, s. 521/522; b) Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, C. 2, İst. 1977, s. 189/190.

Yüksek mahkemenin de katıldığı (konuyla sınırlı olmak üzere) ikinci görüşü ileri sürenlerden bir kısmı ise şunlardır: Başta büyük hukukçu Tuhr olmak üzere yukarıda yapıtına yollama yapılan Oğuzman'dır (s.149). Gerçekten Tuhr «Fikrimce 107/106. madde kıyas yoluyla tatbik edilemez; filhakika kanun vazınının BK.nun tādili sırasında AMK.nun müteakıl hükümlerini bilmediği kabul olunamaz; kanun vazın (AMK (Alman Medeni Kanunu) hükümlerine iltihak etmemiş ise bunu kasden yapmıştır» (s. 612, dip not: 79), derken; birinci görüşün deyim yerinde ise bayraktarlığını yapan Schwarz bu kanıyı «Bu gün hâkim olan kuvvetli sebeplere müstenit telâkkiye nazaran kanun aslâ, vâzınının zamanında düşündüğü ve istediği esaslara göre tefsir edilemez. İsviçre kanun vazınının hangi mülahazalara göre hareket ettiği, bilhassa Türkiye için hiç bir suretle lüzum ifade edemez. Kanun kendi bünyesi içinden hükümlerinin mâna ve irtibatına göre tefsir ve itmam olunmalıdır» (s. 792/793) şeklin de yanıtlamıştır.

Dikkat edilecek olursa yaptığımız saptamalarda uygulamanın Tuhr'un bazı görüşlerinin aksine vardığı sonuçlar —isabetleri tartışılabilir— sergilenmiştir. Onun için ve deyim yerinde ise yapıt kısmen eskimiştir diyoruz. Böyle enfes bir metodu izleyen, sağlam

Sözü edilen Alman Medeni Yasası'nın (BGB) 325. maddesi ise şudur: «Karşılıklı akitlerde bir tarafa terettüp eden eda o âkidin mes'ul olduğu haller yüzünden (yani kusuru sebebiyle) imkânsız olursa, diğer taraf ademi ifa sebebiyle tazminat talep veya akdi feshedebilir.»

Bu çok tartışmalı ve de önemli konu hakkında görüşümüzü belirtmek gerekirse diyeceğiz ki: a) 13.HD.sinin çoğunluk görüşü olayla sınırlı olmak üzere doğrudur. Zira satıcının kusurundan ileri gelen kötü ifa nedeniyle sözleşmeyi artık devam ettirmemekte alıcı haklı değildir. Ayrıca yine alıcı trafik kaydının üzerine aktarılmaması nedeniyle oto'yu almakta artık hiç bir yararı kalmadığını da savlayamayacağından diğer bazı sözleşme tiplerinde olduğu gibi doğrudan doğruya dönme yetkisine asla sahip olamaz. Bu arada özdeş bir olayda aynı yüksek dairenin tam tersi bir sonuca vardığını ve bu konuda şimdilik inancını kökleştiremediğini vurgulamakta yarar görürüz (Bkz. otomobil satışının trafik kaydının aktarılması yükümlülüğünü de içerdiğinden bahisle ve de satıcının bu yükümü yerine getirmemek suretiyle direngen duruma düştüğünü vurgulayarak alıcının sözleşmeyi fesih hakkının doğduğunu kabul eden Yarg. 13.HD. 14.1.1980, 6630/6 sayılı kararına. YHD. Mart 1981, sayı: 3, s. 391/392).

b) Ne var ki konu daha çok takdiri bir durum olup tüm sözleşmelere tartışmasız uygulanacak bir ilkeye varamayız. Bu hususta Hâkimin her oayda, böyle bir münferit çözüm biçimini (yani sözleşmeyi çözmesini) kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını durumun isterlerine (halin icaplarına) göre tartması gerekecektir (Schwarz, s. 793).

- (45) Örneğin tam ve mükemmel bir kanun olma iddiasındaki Alman Medeni Kanunu (BGB), borçlunun sözleşmeye aykırılıklarını MOMSEN'in «ifa edememe - ifa etmek istememe» kategorileri ile koşullanarak, «kusurlu ifa imkânsızlığı» ve «temerrüt» bölümlerine ayırmıştı; bu yasa göre bunların haricinde sözleşmeye aykırılık durumu mantıkanda düşünülemezdi. Oysa bu çok ünlü ve her şeyin inceden inceye düşünümlüp daha önce hükme bağlandığı sanılan ve hatta bu yüzden «soyut kazuist» damgasını yiyen yasanın yürürlüğe girmesinden henüz daha üç yıl geçmemişti ki önce STAUB ve bilahare STOLL tarafından bu iki kategorj dışında bir gurub sözleşmeye aykırılık türünün daha bulunduğunu, bunun da «akdin müsbet ihlali» olduğunu sezip ortaya koymuşlardır.
- (46) Örneğin v. Tuhr öldükten sonra HAUPT 1941 yılında Borçlar Hukuku alanında «eylemsel sözleşme ilişkileri» kuramını ortaya atmıştır. Türk hukunda pek işlenmeyen bu kavram hakkında geniş bilgi dip not: 47'de sözü edilecek incelememizin s. 3 vd. da bulunabilir.

ve geniş bilgiyi derleyen, kuvvetli ve ince bir mantığı içeren bir yapıtın tamamen eskimesi zaten düşünülemezdi (48).

8 — SONUÇ:

Nasıl her katolik rahibi her gün yedi saate bölünmüş olan dua kitabından bir parça okumağa mecbursa ve okumadığı takdirde nasıl ağır bir günah işlemiş sayılırsa, genç hukukçularımızın (ve özellikle Hukuk Hâkimlerimizin) her gün işlerinden arta kalan zamanlarda von Tuhr'u böyle okumaları gerekir düşüncesindeyiz (49). Hukuk temeli böyle atıldıktan sonra doğaldır ki yerli ve yabancı çok kıymetli olan diğer yapıtları da okuyacak, gerektiğinde karşılaştırma yapacak, Yargıtay'ın kararlarını da kontrol altında tutacaklardır. Zira yasalar tarafından konulan emir, verilen izin ve yasaklanan hususlar hakkında gerçek ve de sağlam fikirlere sahip olmak için iyi bir hukuksal terbiyeye gereksinim vardır ki, bu işin klâsik temel taşı da hiç kuşkusuz von Tuhr'un anılan ölümsüz yapıtıdır.

Onun içindir ki, genç meslektaşlarımıza bu yapıtı mutlaka okumalarını öğütler, Yargıtay Yayın Müdürlüğünü bu olumlu ve başarılı çalışmalarından ötürü —diğerlerinde olduğu gibi— candan kutlarız.

-
- (47) Bu gün şekle aykırılıktan dolayı görevsizliği ancak şekle aykırılıktan zarar görmüş olan tarafın ileri sürebileceği, yoksa klâsik görüş gibi Hâkim tarafından görevden ötürü gözönünde tutulamayacağı gibi, 3. kişiler tarafından da ileri sürülemeyeceği tam bir açıklıkla belirtilmektedir. (Bu konuda geniş bilgi yakında yayınlanacak «Yüksek 4.HD.sinin Bir Kararının Düşündürdükleri» adlı makalemizde bulunabilir. Özellikle dip not: 58 ve ona ait metin).
- (48) Bu konuda tekel v. Tuhr'da değildir. Türkçeye çevrilmiş olduğu için bir örnek daha vermek gerekirse **RAYMOND SALEİLLES**'in yazdığı ve Mişon Ventura tarafından (İst. 1949) Türkçeye çevrilen «Alman Kanunu Medenisinin Birinci Tasarısına Göre Borcun Genel Teorisine Hakkında Etüd» anılabilir.
- (49) Büyük hukukçu anılan kitabına yazdığı ön söz'ünde şöyle demiştir: «Bu kitabı bilhassa hukukşinaslar için olduğu kadar bu mesleğe girmek isteyenlere, sathi bilgiden ziyade umumi bir fikir edinmek arzu edenlere mahsustur» (Bkz. s. 1'de sözü edilen ve Sıddık Sami ile Hazım Atıf tarafından 1931 yılında «Borçlar Kanununun Umumi Hükmeleri» adı altında tamamlanmamış çevirinin ön söz kısmına).

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN ULUSLARARASI
ÇALIŞMALAR, GELİŞMELER, HABERLER**

Bülent AKMANLAR (*)

PLAN : 1 — Giriş. 2 — Belçika. 3 — Fransa. 4 — Hollanda. 5 — İngiltere. 6 — Lüksemburg. 7 — Yunanistan.

1 — G İ R İ Ş

Bu yazımız içeriğinde Fransız Temyiz Mahkemesi'nin (tehlike sorumluluğu) açısından ilginç bir kararı ile İngiltere'de aile hukukuna ilişkin komisyon çalışmaları ve Belçikada (ırza geçme)nin genişletilmiş bir tanımının yapılması doğrultusundaki düzenlemeler önem sıralamasında başta bulunuyor. Ülkemizin de üyesi bulunduğu Avrupa Konseyi'nin çalışmalarının etkinliği hemen her üyenin hukuk alanında kendisini gösteriyor. (JUS UNUM) ortak hukukun bir gün gerçekleşeceği izlenimini veren bu çalışmaların yararlı olduğunda, özellikle insancıl düşünceler açısından, beliren umutların yitirilmemesi dileğindedyiz.

2 — B E L Ç İ K A

2 Temmuz 1982 tarihinde Temsilciler Meclisinde ırza geçme suçunun yeniden düzenlenmesine ilişkin bir öneri oylandı. Irza geçme kavramı genişletilerek (Cinsel organ veya herhangi bir şey (nesne) ile jenital (cinsel) yolla girmek (duhul) yahut mağdurun ruhsal ve fiziksel durumundan yararlanmak veya şiddet ve ağır tehdit kullanmak suretiyle cinsel organın ağız veya anus'a sokulması) biçiminde tanımlandı.

Böylece eşcinsel ırza geçmeler ile evli eşler arasındaki zora dayanan olağan dışı yolla cinsel ilişki (gayri tabii mukarenet) suretiyle ırza geçmeler de önlenmek istenilmiştir. Ancak son durumda kovuşturma ve soruşturma eşin şikâyetine bağlı olacaktır.

(*) Yargıtay 8.CD. Üyesi.

Diğer taraftan ırza geçme suçlarının mağdurlarının kimliklerinin istekleri dışında hertürlü basın ve yayın yolu ile açıklanması da yasaklanmaktadır. Irza geçme mağduru, bu eylem nedeniyle yapılacak muayenesi sırasında kendi seçeceği bir hekimin de bulunmasını isteyebilecektir. Irza geçme eyleminin, gebe, hasta, fizik veya akıl eksikliği bulunanlara karşı işlenmesi, ağırlaştırıcı nedenlerden sayılacaktır.

3 — F R A N S A

● Ulusal Mecliste 2 Haziran 1982 tarihinde kabul edilen bir yasa ile Sigorta Kurumları'nın, mal zararlarının giderilmesine ilişkin sözleşmelere doğal afetlerden kaynaklanacak zararları da içerecek bir hüküm koymaları zorunlu kılındı.

● Avukatların, yargılama oturumlarında işleyecekleri disiplin karşı meslek suçlarına ilişkin yasa 16 Haziran 1982 tarihinde yürürlüğe girdi. İlgili yargılama merciinin yaptığı uygulama görevini bundan böyle Baro Disiplin Kurulu üstlenecek.

● 30 Mart 1982 tarihinde yürürlüğe giren yasa niteliğindeki kararnameye göre suçtan zarar görenler yararına hükmolunacak ödençe, hükümlülerin ceza evlerindeki çalışmaları karşılığında alacakları paranın % 10'u kesilmek suretiyle de karşılanabilecek.

● Askeri adalet ve yargılama usulüne ilişkin yasalarda yapılan değişiklikle Silâhlı Kuvvetler Daimi Mahkemeleri'nin barış zamanındaki görevleri, genel yargıya bağlı mahkemelere devredildi.

● Fransa Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi, 21 Temmuz 1982 tarihli kararı ile, trafik kazasına uğrayan yaya ve iki tekerlekli araç (bisiklet, mobilet) sürücülerini açısından görüşünü değiştirmiş oldu. Şimdiye kadar oto sürücüsü, yaya veya iki tekerlekli araç sürücüsünün hatalı sayıldığı durumlarda sorumluluğundan kısmen kurtulabiliyordu. Yeni karara göre trafik akımında daha korumasız durumdaki yaya ve iki tekerlekli araç sürücüsü karşısında oto sürücüsünün sorumluluğu tam kabul edilmektedir. Yüklenebilecek zorunlu neden (force majeure) dışında mağdurların kusur dereceleri araştırılmayacaktır. «Ancak, deniliyor kararda, zarara neden olan oto sürücüsünü kendisine yüklenebilir sorumluluktan zorunlu neden oluşturan bir olay kurtarabilir. Bu andan başlayarak sürücü, kendisi için önceden kestirilmesi ve karşı konulması olanağı bulunmayan, mağdurun davranışı nedeniyle kısmen de olsa sorumlu sayılamaz.» Bu kararlarla mağdurların zarar-

larının daha çabuk giderilebileceği düşünülmekte olup Trafik ve Kaza Hukuku reformunda Adalet Bakanlığınca da gözönüne alınacağı umuluyor.

● 2 Şubat 1981 tarihli yasanın gözden geçirilmesi sırasında kısa süreli hapis cezalarına karşılık olarak yeni bir önlem kabul edildi. Buna göre, ilgilinin kabulü koşulu ile mahkeme, hapis cezasını bir yıl içinde 40 saatten az ve 240 saatten çok olmamak üzere, kamu yararına çalışmaya çevirebilecek. Bu kişiye ücret ödenmiyecek. Ancak hükümlünün yemek ve yol giderlerini çalıştığı kurum karşılayacak ve iş kazaları ile meslek hastalıkları açısından Sosyal Güvenlik Yasası hükümlerinden yararlanacak. Hükümlünün çalışması ve bu konuda işveren durumundaki kurumun tutumu Ceza İnfaz Hâkimi tarafından denetlenecek.

4 — HOLLANDA

Hükümet, değişik cins (transsexuel) eğilimlilerin doğum kayıtlarındaki cinsiyet değiştirme isteklerine belli koşullarda olanak sağlayan bir yasa tasarısı düzenledi. Buna göre, ilgilinin evli olmaması, erkek olarak kayıtlı ise dölleme yapacak güçte bulunmaması ve kadın olarak kayıtlı ise çocuk dünyaya getiremeyecek durumda bulunması gerekecektir. Cinsiyet değiştirme istekleri için mahkemeye başvurulacak ve isteğin yerindeliği de pek çok uzman (eksper) tarafından doğrulanıp belgelendirilmiş olacaktır.

5 — İNGİLTERE

İskoç aile hukukunda evli kadının konumu ile ilgili eskimiş ve ayırım yapıcı kuralları değiştirmek ve ortadan kaldırmak için bir çalışma yapılıyor. Bu doğrultuda :

● Nişanın bozulmasına ilişkin davalardaki azalma gözönünde bulundurularak, dava konusu olmaktan çıkarılması veya evlenme öncesi yapılan bazı giderlerin karşılanması ile sınırlı tutulması düşünülmektedir.

● Yürürlükteki kurallar çiftlerden birisinin ortak evi terk etmesi durumunda diğerinin birlikte yaşama kararı almak üzere mahkemeye başvurma hakkını sağlamakta idi. Mahkemelerin bu kararlarının yerine getirilmesi güçlüğü karşısında bu hükmün kaldırılması uygun görülüyor.

● 1881 yılından önce genel kural, evli kadının tüm taşınır mallarının mülkiyetinin yasal olarak kocaya geçmesi biçimindeydi.

Bundan kaçınmak için kadının, mahkemedен (maddi çıkarları koruma kararı) alması olanağı bugün de var. Ancak, yürürlükte yasal mirasçılık dışında geçerli sayılmadığı için bu hükümlerin de kaldırılması eğilimi belirdi.

● Yürürlükteki yasa, 16-18 yaşları arasında genç bir kadın 18 ve daha yukarı yaşta bir erkekle evlenirse erginleşme çağına kadar erkeğin vasiliği veya veliliği altında kalmasını öngörüyor. Bu da kaldırılması düşünülen hükümler arasında.

6 — L Ü K S E M B U R G

Yasama organında ilk görüşmesi tamamlanan bir tasarıya göre büyük çiftliklerin kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin dokuz ve küçük sayılacak çiftlikler için ise altı yıldan aşağı yapılamayacağı öngörüldü.

7 — Y U N A N İ S T A N

18 Temmuz 1982 tarihli yasa ile medeni nikâh Medeni Kanuna alındı.

KAYNAK : Bulletin d'information sur les activités juridiques - Conseil de l'Europe - Strasbourg - Ocak 1983, Sayı 14, sayfa 25-47, Mart 1983, sayı 15, sayfa 23-37.

Özel Hukuk Açısından
HUKUK DEVRİMİ

Ali Rıza GENİŞ (*)

«Mustafa Y. Aygün, Özel Hukuk Açısından Hukuk Devrimi.
102 sayfa, 300.— lira, Ajans - Türk Matbaası, Ankara - 1983».

Yargıtay Dergisi okurlarının yakından tanıdığı Adalet Müfettişi Mustafa Y. Aygün, titiz ve özenli çalışmasının sonucu belgesel nitelikte bir yapıtı yayımladı.

Kitabın başına Goethe'nin «Kendini aydın bilen kişi, birkaç yüzyıllık tarihin birikimine yaslanmak zorundadır» sözünü alan yazar, «Önsöz Yerine» bölümünde kitabı niçin yazdığını anlattıktan sonra; «... aydın kişi olmaya hükümlü hukukçular olarak belki de çok ağır, bazen durağan, insanı sürekli duraksamalara iten çalışma tempomuz içinde; Atatürk Devrimleri'nin bize verdiği olanakların, itibarın ve gururun yeterince farkında olmayabiliyoruz. Bunun doğal sonucu olarak; geldiğimiz kültürleri, seçtiğimiz uygarlıkları, irdelene gereksinmesi de duymayabiliyoruz. Bu durum, hiçbir şekilde bağışlanamayacak kusurumuzdur» demektedir.

Dört bölümden oluşan yapıtın birinci bölümünde : Devrim-ihtilâl-reform ilişkileri işlenmektedir. İkinci bölümde : Türk Devrim Hareketleri genel başlığı altında, Osmanlı yenileşme hareketleri, Atatürk devrimleri ile bunların birbirleriyle ilişkileri ve ayrıcalıkları sergilenmektedir. Üçüncü bölümde ise : Türklerin Müslüman oluşlarından önceki devreden Meeceleye, 1923 yılında kurulan komisyonlardan Medeni Kanunun kabulü ve sonraki döneme kadar olan evreler incelenmekte ve hukuk devriminin Atatürk Devrimindeki yeri belirlenmektedir. Son bölüm olan dördüncü bölümde de : Hukukçu-Atatürkçü devrime sahip çıkma konuları değişik açılardan anlatılmaktadır.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

Yapıtın önemini vurgulamak için, 500 dipnot ile yerli ve yabancı toplam 40'a yakın kaynakçaya yer verildiğini belirtmek yeterlidir sanırım. Kapsadığı konuların gerektirdiği kadar başvurusu olan eserin «iddiasız olmak gibi bir iddia» taşıdığını rahatlıkla söylemek mümkündür. Kanımızca bu kitabın; hukuk tarihine, özellikle özel hukuk ve bu açıdan Atatürk Devrimlerine ilgi duyanlar tarafından okunmasını salık verir, yazarını da kutlar, ürünlerinin devamını dileriz.

YENİ SEÇİLENLER

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Derleyen : Ali Rıza GENİŞ (*)

● ● YENİ SEÇİLENLER

● HÜSEYİN AYDIN SARAÇOĞLU

1925 yılında Ödemiş'de doğmuştur. 1946'da Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1949 tarihinde Andırın C.Savcısı olarak mesleğe başlayan Saraçoğlu, Nallıhan ve Ankara C.Savcı Yardımcılıkları ile C.Başsavcı Yardımcılığı ve Yargıtay C.Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

20.9.1971 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen H. Aydın Saraçoğlu, Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi iken, 26.1.1983 günü aynı dairenin başkanlığına seçilmiştir.

● YAHYA SAİM GÖKÇEDAĞ

Budan 1921 doğumlu Gökçedağ, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1945 yılında bitirdikten sonra, 1946'da Sarayköy Sorgu Hâkimi olarak mesleğe başlamıştır. Sırasıyla; Keçiözü, Urla, İzmir C.Savcı Yardımcılıkları; Üçüncü Asliye Ceza Hâkimliği, Birinci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ve İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde de bulunan Yahya Saim Gökçedağ, 28.4.1975 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

Halen Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyesi de olan Gökçedağ, Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Üyesi iken, Sekizinci Ceza Dairesi Başkanlığına 18.4.1983 günü seçilmiştir.

● YÜCEL AKMAN

1939 yılında Nevşehir'de doğmuş, 1960-1961 öğretim yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. Okul bitimini izleyen 1966 tarihinde Mazgirt Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlayan Akman, bu mesleğini Ürgüp Sorgu Hâkimliği ve Yargıtay Tekik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Yücel Akman, Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

● TAHİR ALP

Akseki 1937 doğumlu Alp, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten dört yıl sonra Rize-Pazar Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamıştır. Banaz Sulh Hâkimliği, Senirkent Sorgu Hâkimliği, Serik Hukuk Hâkimliği yaparak görev sürdüren Tahir Alp, son olarak Antalya Hukuk Hâkimi bulunduğu sırada 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Tahir Alp, Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nde Üye olarak görev yapmaktadır.

● FERRUH ATBAŞOĞLU

1939 yılında Erzurum'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, Elazığ-Karakoçan Hâkim Yardımcısı olarak 1964'de göreve başlayan Atbaşoğlu, Karakoçan Hâkimliği, Çankırı Hâkimliği ve Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ile Sulh Hâkimliği, aynı yer Tapulama Hâkimliği yaparak görevini sürdürmüştür.

Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi olarak görev sürdürdüğü bir sırada 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Ferruh Atbaşoğlu, Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak yeni görevine başlamıştır.

● SELİM SIRRI BİNİCİ

1926'da Niğde'de doğmuş, 2.4.1952 tarihinde Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 8.7.1953'de Niğde Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan Binici, sırasıyla; Hilvan, Tomarza, Akşehir C. Savcı Yardımcılıkları, Akşehir Sulh Hâkimliği, Samsun Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde de bulunmuştur.

En son Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevini sürdürürken, 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Selim Sırrı Binici İkinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● ESAT BÜYÜKKARAKAŞ

1341 yılında Biga'da dünyaya gelen Büyükkarakaş, 1950'de İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1953'de Denizli C.Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Kiği, Ceyhan C.Savcısı, İnegöl Sulh Hâkimi ve Bursa Hukuk Hâkimi olarak çeşitli yurt köşelerinde sürdürmüştür.

7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Esat Büyükkarakaş, Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● CEMAL CAN

1927 yılında Alanya'da doğmuş, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1949'da bitirmiştir. İlk mesleğe Devrekânî C. Savcı Yardımcısı olarak 1952'de başlayan Can, Köyceğiz, Samsun, Keşap, Kayseri C.Savcı Yardımcılığı ve Savcılığı da yapmıştır.

Yargıtay C.Başsavcı Yardımcısı iken 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Cemal Can, Altıncı Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● TURGUT YILMAZ DARENDELİOĞLU

Ilgaz 1933 doğumlu Derendeliolu, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1958'de bitirdikten sonra, 3.7.1961 günü Iğdır Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Çerkeş Sulh Hâkimi, Yozgat Hâkimi, Müfettiş Hâkim Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdürlüğü Başmüşaviri olarak sürdürmüştür.

Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdürü bulunduğu sırada 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Turgut Yılmaz Darendeliolu Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● YAVUZ İSMET DİMİCİ

1929 yılında Niğde'de doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1952 senesinde bitirdikten sonra, 1955'de Tatvan Hâkim Yardımcısı olarak ilk meslek hayatına başlayan Dimici, sırasıyla Beyşehir Hâkim Yardımcılığı, Sorgu Hâkimliği, Hukuk Hâkimliği ile Yargıtay Üye Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Ankara Sekizinci Asliye Hukuk Hâkimi iken, 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Yavuz İsmet Dimici, Birinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● MESUT ESATOĞLU

1926 yılında Ürgüp'de doğmuştur. 1950'de İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra Şavşat Sorgu Hâkimi olarak 1954 yılında mesleğe başlayan Esatoğlu, sırasıyla Avanos Sorgu Hâkimliği, Kırşehir Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, Kırşehir Asliye Hukuk Hâkimliği, Yargıtay Üye Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Ankara Onuncu Asliye Hukuk Hâkimi olarak görev yaptığı bir sırada, 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Onüçüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● NİHAT FADİLLİOĞLU

1931 yılında Elazığ'da doğan Fadilloğlu, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1957'de bitirdikten sonra 21.2.1959 günü Göksun Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş ve bu mesleğini Samsun Sulh Hâkimliği, Zile Sulh Hâkimliği, Ankara Tapulama Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Müfettiş Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

Adalet Müfettişi iken, 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Nihat Fadilloğlu Altıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● SEMİHA GENÇAY

1932 Torul doğumlu Gençay, 1957 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Gümüşhane C.Savcı Yardımcısı olarak 1959'da mesleğe başlamıştır. Sivas Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ile Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği de yapan Semiha Gençay, 7.3.1983 günü Yargıtay

Üyeliğine seçilmiş ve Tetkik Hâkimi olarak görev sürdürdüğü dairesinde bu kez üye olarak göreve başlamıştır.

● VAHDI GÖĞÜŞ

1921 yılında Nevşehir'de doğmuş, 1945-1956 öğrenim yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. Daha sonra 1949'da Gülnar Sorgu Hâkimi olarak ilk meslek hayatına başlayan Göğüş, Seydişehir Ceza Hâkimliği, Adana C.Savcı Yardımcılığı, Ankara C.Savcı Yardımcılığı ve Başyardımcılığı yaparak görevini sürdürmüştür.

7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Vahdi Göğüş, Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● MEBRURE GÖZDEMİR

Mersin 1341 doğumlu Gözdemir, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1946-1947 öğretim yılında bitirdikten sonra 27.10.1959 günü Van Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi olarak göreve başlamış ve bu görevini Burdur Sulh Hâkimliği, Ankara C.Savcı Yardımcılığı ve Yargıtay C.Başsavcı Yardımcılığı yaparak sürdürmüştür.

7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Mebrure Gözdemir Yedinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● MUSTAFA ŞADİ İRGE

1926'da İstanbul'da doğmuş, aynı yer Hukuk Fakültesi'ni 1948'de bitirmiştir. 1952 yılında Eleşkirt Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlayan İrge, Tekirdağ Sulh Hâkimliği ile Hâkimliği de yapmıştır.

İstanbul Altıncı İş Mahkemesi Hâkimi olarak görev sürdürürken, 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Mustafa Şadi İrge Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● HÜSEYİN ÖRMECİ

1937 yılında Senirkent'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960 yılında bitirdikten sonra Artova Hâkim Yardımcısı olarak 1964'de göreve başlamıştır. Sırasıyla Artova, Emirdağ Sorgu Hâkimliği, Emirdağ Sulh ve Hukuk Hâkimliği de yapan Örmeci, Toplu Mülkiyet Dalında master yapmıştır.

Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Hüseyin Örmeci, bu kez aynı dairede üye olarak görev sürdürmektedir.

● SAİT REZAKİ

1934 yılında Tarsus'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1959'da bitirdikten sonra Bitlis C. Savcı Yardımcısı olarak ilk mesleğe 1962'de başlayan Rezaki, Ankara C.Savcı Yardımcılığı, Adalet Bakanlığı Hukuk İş-

leri Genel Müdür Yardımcılığı ile aynı Bakanlık Kanunlar - Plânlama, Araştırma Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimliği de yapmıştır.

«Uluslararası Özel Hukuk Sözleşmeleri», «Ulusların Yargı Sistemleri Ve Hukuku» adlı yazma ve çevirme eserleri ile hukuki konularda yayımlanmış çeşitli yazıları bulunan Sait Rezaki, 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Üçüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevine başlamıştır.

● AHMET NECDET SEZER

13.9.1941'de Afyon'da doğmuş, 1962'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. Dicle Hâkim Yardımcısı olarak 1967'de mesleğe başlayan Sezer, Yerköy Sorgu ve Hukuk Hâkimliği ile Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği de yapmıştır.

1977 - 1978 öğrenim yılında Yüksek Lisans (Master) öğrenimi de yapan Ahmet Necdet Sezer, 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilerek İkinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevine başlamıştır.

● MEHMET TUNER

1924 yılında Eskiçuma'da doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1950'de bitirdikten sonra Devrek Sulh Hâkimi olarak 1954 yılında mesleğe girmiştir. Ordu Sulh Hâkimliği, Adalet Müfettişliği, Müfettiş Hâkimliği ve tekrar Adalet Müfettişliği görevlerinde de bulunmuştur.

7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Mehmet Tuner Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● SELÇUK TÜZÜN

1933 Çorum doğumlu Tüzün, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1959'da bitirdikten sonra, Gemerek Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve sırasıyla Polatlı C.Savcı Yardımcılığı ile Ankara C.Savcı Yardımcılığı da yapmıştır.

Yargıtay C.Başsavcı Yardımcısı olarak görev yaptığı bir sırada 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Selçuk Tüzün, Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi olarak görevine devam etmektedir.

● ● EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

● ORHAN AYDIN

1918 yılında Kayseri'de doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra, sırasıyla Konya Ereğlisi C.Savcı Yardımcılığı, Tarsus Sulh Hâkimliği ile Mersin Asliye Ceza Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1963'de Yargıtay Üyeliğine seçilen Orhan Aydın, Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı ile birlikte sürdürdüğü Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Başkanlığı'ndan 14.1.1983 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● ORHAN ERDOĞAN

1918 yılında İstanbul'da doğmuş, 1942'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 1946 yılının 30 Mayıs'ında Tatvan Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Erdoğan, Ayaş C.Savcılığı, Ankara C.Savcı Yardımcılığı, Aksaray C.Savcılığı, Yüksek Soruşturma Üyeliği ile Yüksek Adalet Divanı Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

26 Mayıs 1966 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Orhan Erdoğan, 11.3.1983 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● SACİT ÇETİNTAŞ

1334 yılında Samsun'da doğmuştur. Ankar Hukuk Fakültesi'ni 1940-1941 ders yılında bitirdikten sonra 27.12.1945 günü Kuşadası Hâkim Yardımcısı olarak ilk meslek hayatına başlamıştır. Yargıtay Raportörlüğü ve Üye Yardımcılığı da yapan Çetintaş 23.11.1966 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada 3.1.1983 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● HÜSEYİN DOĞAN MUTLU

Kayalar 1918 doğumlu Mutlu, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1941 yılında bitirdikten sonra, 31 Mayıs 1944 tarihinde Iğdır C.Savcı Yardımcısı olarak mesleğe girmiş ve sırasıyla Dursunbey, Tokat C.Savcı Yardımcılığı, Adalet Müfettişliği ve Başmüfettişliği, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

18 Aralık 1964 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Hüseyin Doğan Mutlu 3.1.1983 günü Onuncu Hukuk Dairesi Üyeliğinden kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● A. RAHMİ SÜRAY

1918 yılında Akdağmadeni'nde doğmuş, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1941 yılında bitirmiştir. 28 Mayıs 1945 tarihinde Lâpseki Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Süray, Şarkışla C. Savcılığı, Şebinkarahisar Suh Hâkimliği, Çankırı Sulh Hâkimliği, Yargıtay Üye Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

26 Eylül 1967 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve bir ara Yüksek Hâkimler Kurulu Üyesi olarak da görev yapan A. Rahmi Süray 11.2.1983 günü Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● SABAHATTİN ERYURT

1918 Suşehri doğumlu Eryurt, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1940 yılında bitirdikten sonra 30.6.1943 tarihinde Pazarcık C.Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış bu mesleğini Trabzon Sulh Hâkimliği ve Savcı Yardımcılığı Ankara Sulh Hâkimliği, Adalet Bakanlığı Adli Sicil Şube Müdürlüğü, Ankara Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

1961-1962 yıllarında Almanya'da, 1973 yılında da İngiltere'de incelemelerde bulunan Sabahattin Eryurt, 23 Eylül 1967 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir. Bir ara Yüksek Hâkimler Kurulu İkinci Bölüm Başkanlığı da yaptıktan sonra, 3.3.1983 günü Yedinci Ceza Dairesi Üyeliğinden kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● NİHAT OKURER

1918 yılında Beypazarı'nda doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra 28 Şubat 1947 tarihinde Ilıç Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş sırasıyla Antalya ve Ankara Hâkimliği, Adalet Bakanlığı Zat İşleri Genel Müdürlüğü Yardımcılığı ve Başyardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

28 Ağustos 1962 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Nihat Okurer 3.3.1983 günü yasal yaş sınırı nedeniyle Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden emekli olmuştur.

● ALİ RIZA ÖNDER

1918 yılında Kayseri'de doğan Önder, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirdikten sonra Pertek C.Savcı Yardımcısı olarak mesleğe 1945 yılında başlamıştır. Hunis, Göle, Ürgüp, Erzincan C.Savcılığı, Osmaniye Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği yaparak çeşitli yurt köşelerinde görevini sürdüren Ali Rıza Önder 1970'de Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

Çeşitli konularda yayımlanmış makaleleri ile kitapları bulunan ve aynı zamanda Türk Dil Kurumu ile Türk Folklor Araştırma Kurumu Üyesi de olan Önder, birlikte yürüttüğü Özetleme ve Tasnif Kurulu Başkanlığı ile Yayın Kurulu Başkanlığının yanı sıra asil görevi olan Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyeliğinden 3.3.1983 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● SALİH POYRAZOĞLU

Kayseri 1918 doğumlu Poyrazoğlu 1942'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1945 Ekim'inde Çorum Ağır Ceza Mahkemesi Üye Yardımcısı olarak mesleğe girmiş, sırasıyla Ayancık, Çıldır C.Savcılığı, Sivas C.Savcı Yardımcılığı, Keskin Ağır Ceza Savcılığı ve Yargıtay Üye Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

20.9.1973 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Yedinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden de 3.3.1983 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● HÜSEYİN FAYSAL ÖNAY

13 Mayıs 1336 yılında Burdur'da doğmuş, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 26.10.1945 günü bitirmiştir. Erzincan Hâkim Yardımcısı olarak 19.4.1949 günü mesleğe başlayan Önal, bu mesleğini Tavas Sulh Hâkimi, Seydişehir Hukuk Hâkimi, Isparta, Manisa Hukuk Hâkimi, İzmir Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

29.12.1977 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Hüseyin Faysal Önay 9.3.1983 günü ve kendi isteğiyle Birinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden emekliye ayrılmıştır.

● ADİL GALATALI

1918 yılında İstanbul'da doğmuş, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1941 yılında bitirmiştir. 21 Ağustos 1945 günü Köyceğiz Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş ve bu mesleğini Ayaş Hâkimliği, Safranbolu C.Savcılığı, Yargıtay C.Başsavcı Yardımcılığı yaparak sürdürmüştür.

26 Mayıs 1962 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olarak Yargıtay'da göreve başlayan Adil Galatalı, Sekizinci Ceza Dairesi Üyeliğinden 11.3.1983 günü kendi isteğiyle emekli olmuştur.

● NADİR YÜZBAŞIOĞLU

1926 yılında Tokat'ta doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1949'da bitirdikten sonra, 28.2.1958 yılında Adapazarı C.Savcı Yardımcısı olarak ilk meslek hayatına bağlayan Yüzbaşıoğlu, Kelkit C.Savcılığı, Gümüşhane C.Savcı Yardımcılığı ve Savcılığı, Manisa C.Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

18.9.1973 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Nadir Yüzbaşıoğlu, Altıncı Ceza Dairesi Üyesi olarak görev sürdürürken Yargıtay C.Başsavcı Vekilliğine atanmış ve bu görevden de 13.5.1983 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● MEHMET NURİ ERUZ

1923 yılında Burdur'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1951 yılında bitirdikten sonra Burdur Köy ve Belediyeler Büro Mümevizliği, Viranşehir C.Savcı Yardımcılığı, Finike C. Savcı Yardımcılığı, Ağlasun Hâkimliği, Bolu Hâkimliği görevlerinde bulunmuş ve Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden de 10.1.1983 günü emekli olmuştur.

● MUSTAFA SEVİNÇ

1934 yılında Ilgaz'da doğmuş, 6.7.1959 tarihinde Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. Varto Hâkim Yardımcısı olarak 20.8.1962 günü mesleğe başlayan Sevinç, bu mesleğini Erfelek Hâkim Yardımcısı, Alaca Ceza Hâkimi, Başra Ceza Hâkimi, Ankara Hâkimi olarak sürdürmüştür.

10.1.1983 günü Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden kendi isteği ile emekliye ayrılmıştır.

● GÜNSELİ USLUER

5.4.1942'de Sungurlu'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 25.7.1960 tarihinde bitiren Usluer, Ağustos 1962'de Kastamonu Sorgu Hâkimi olarak göreve başlamış, Ankara C.Savcı Yardımcılığı da yapmıştır.

Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 15.3.1983 günü kendi isteğiyle emekli olmuştur.

- YASALAR
- TÜZÜKLER
- YÖNETMELİKLER

Derleyen : Ali Rıza GENİŞ (*)

● YASALAR

Tarihi :	Resmî Gazete No :	Sayfa :	Yasanın Adı
27.12.1982	17911	1	Kanun No: 2766 Kabul T.: 28.12.1982 Vakıflar Genel Müdürlüğü 1983 Yılı Bütçe Kanunu.
30.12.1982	17914	2	Kanun No: 2766 Kabul T.: 28.12.1982 13.5.1971 Tarihli Ve 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
30.12.1982	17914	2	Kanun No: 2767 Kabul T.: 28.12.1982 Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları Hakkında Yetki Kanunu.
30.12.1982	17914	3	Kanun No: 2768 Kabul T.: 28.12.1982 3.6.1938 Tarihli Ve 3423 Sayılı Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Ertik Okulları Mütedavil Sermayesi Hakkında Kanunun 1. Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Kanun.
30.12.1982	17914	3	Kanun No: 2769 Kabul T.: 28.12.1982 7 Şubat 1967 Tarihli Ve 828 Sayılı İthalde Alınacak Damga Resmi Hakkında Kanun İle Değişikliklerinin Yürürlük Süresinin Uzatılmasına İlişkin Kanun.
30.12.1982	17914	4	Kanun No: 2770 Kabul T.: 28.12.1982 2032 Sayılı Köye Götürülen Hizmetlerden Hiçbir Adla Katılma Payı Alınmaması Hakkındaki Kanunun Adında Ve Birinci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.
31.12.1982	17915	1	Kanun No: 2771 Kabul T.: 30.12.1982 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 211 Sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu Ve 12.2.1982

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

Tarihi :	Resmî Gazete No :	Sayfa :	Yasanın Adı
			Tarih 2595 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
31.12.1982	17915 (Mükerrer)	1	Kanun No: 2772 Kabul T.: 31.12.1982 31.12.1960 Gün Ve 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması İle 1598 Sayılı Mali Denge Vergisi Kanununun Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun.
31.12.1982	17915 (Mükerrer)	9	Kanun No: 2773 Kabul T.: 31.12.1982 3.6.1949 Gün Ve 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
12.1.1983	17926 (Mükerrer)	1	Kanun No: 2774 Kabul T.: 11.1.1983 Adem Özkan Hakkındaki Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
13.1.1983	17927	1	Kanun No: 2777 Kabul T.: 11.1.1983 29.4.1959 Tarihli ve 7258 Sayılı Futbol Müsabakalarında Müsterek Bahisler Tertibi Hakkındaki Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesine İlişkin Kanun.
13.1.1983	17927	2	Kanun No: 2778 Kabul T.: 11.1.1983 16 Haziran 1927 Tarihli Ve 1076 Sayılı İhtiyat Zabıtları Ve İhtiyat Askeri Memurları Kanununun 25. Maddesine Ve 21 Haziran 1927 Tarihli Ve 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 63. Maddesine Birer Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanun.
13.1.1983	17927	2	Kanun No: 2779 Kabul T.: 11.1.1983 Bazı Kanunlardaki «Devlet Başkanı» Unvanının «Cumhurbaşkanı» olarak Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
13.1.1983	17927	3	Kanun No: 2780 Kabul T.: 11.1.1983 Hava Harp Okuluna Girmeye İstekli Aday Öğrenciler Hakkında Kanun.
13.1.1983	17927	3	Kanun No: 2781 Kabul T.: 11.1.1983 1447 Sayılı Menkul Kıymetler Ve Kambyo Borsaları Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 2.10.1981 Tarihli Ve 2529 Sayılı Kanunun 3. Maddesinin Yürürlük Tarihinin Ertelenmesi

Resmî Gazete				
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yasanın Adı	
				ne Dair 36 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Değıştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.
13.1.1983	17927	4	Kanun No: 2782 Kabul T.: 11.1.1983	Avrupa Konseyi İmtiyaz Ve Muafiyetleri Umumi Anlaşmasına Ek Üçüncü Protokol'ün Onaylanmasına Dair 29.8.1961 Tarihli Ve 358 Sayılı Kanuna Ek 11.7.1972 Tarihli Ve 1608 Sayılı Kanunun Değıştirilmesi Hakkında Kanun.
13.1.1983	17927	4	Kanun No: 2783 Kabul T.: 11.1.1983	Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Tunus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Hava Ulaştırma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.
21.1.1983	17935 (Mükerrer)	1	Kanun No: 2784 Kabul T.: 21.1.1983	Ali Aktaş (Ağtaş) Hakkındaki Ölüm Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
21.1.1983	17935 (Mükerrer)	1	Kanun No: 2785 Kabul T.: 21.1.1983	Ali Aktaş (Ağtaş) Hakkındaki Öüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
21.1.1983	17935 (Mükerrer)	2	Kanun No: 2786 Kabul T.: 21.1.1983	Duran Bircan Hakkındaki Öfim Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
22.1.1983	17936	1	Kanun No: 2787 Kabul T.: 21.1.1983	765 Sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinde Değışiklik Yapılmasına Dair Kanun.
22.1.1983	17936	5	Kanun No: 2788 Kabul T.: 21.1.1983	647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun 4 Ve 5. Maddelerinde Değışiklik Yapılmasına Dair Kanun.
22.1.1983	17936	5	Kanun No: 2789 Kabul T.: 21.1.1983	1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununun 305. Maddesinde Değışiklik Yapılmasına Dair Kanun.

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yasanın Adı
22.1.1983	17936	6	Kanun No: 2790 Kabul T.: 21.1.1983 10 Haziran 1949 Tarih Ve 5435 Sayılı Kanunun 2. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
22.1.1983	17936	6	Kanun No: 2791 Kabul T.: 21.1.1983 4.1.1961 Tarih Ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu İle 21.2.1963 Tarih Ve 210 Sayılı Değerli Kağıtlar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
28.1.1983	17942 (2.Mükerrer)	1	Kanun No: 2792 Kabul T.: 28.1.1983 Ramazan Yukarıgöz, Ömer Yazgan, Erdoğan Yazgan Ve Mehmet Kambur Haklarındaki Ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
28.1.1983	17942 (2.Mükerrer)	2	Kanun No: 2793 Kabul T.: 28.1.1983 Ahmet Kerse Hakkındaki Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
28.1.1983	17942 (2.Mükerrer)	2	Kanun No: 2794 Kabul T.: 28.1.1983 Levon Ekmekjian Hakkındaki Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
29.1.1983	17943	1	Kanun No: 2795 Kabul T.: 28.1.1983 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Madde Ve Bentlerinin Değiştirilmesine Ve Bir Bendinin Kaldırılmasına Dair Kanun.
4.2.1983	17949 (2.Mükerrer)	1	Kanun No: 2796 Kabul T.: 4.2.1983 Rıdvan Karaköse, Cavit Karaköse İle Süleyman Karaköse Haklarındaki Ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
8.2.1983	17953	1	Kanun No: 2797 Kabul T.: 4.2.1983 Yargıtay Kanunu.
22.2.1983	17967 (Mükerrer)	1	Kanun No: 2798 Kabul T.: 22.2.1983 Fatih Laçingil Hakkındaki Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
22.2.1983	17967 (Mükerrer)	1	Kanun No: 2799 Kabul T.: 22.2.1983 Fayık Güngörmez Hakkındaki Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yasanın Adı
24.2.1983	17969	1	Kanun No: 2800 Kabul T.: 22.2.1983 Petrol İşleri (Petrol Dairesi Başkanlığı) 1969, 1970, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976 Bütçe Yılları Kesin Hesap Kanunu.
26.2.1983	17971	1	Kanun No: 2802 Kabul T.: 24.2.1983 Hâkimler Ve Savcılar Kanunu.
12.3.1983	17985	1	Kanun No: 2803 Kabul T.: 10.3.1983 Jandarma Teşkilât, Görev Ve Yetkileri Kanunu.
16.3.1983	17989	1	Kanun No: 2804 Kabul T.: 15.3.1983 Hasan Oğlu 1954 Doğumlu Piyade Astsubay Üstçavuş (1976-54) Mehmet Demircioğlu Hakkında Özel Af Kanunu.
21.3.1983	17994	1	Kanun No: 2805 Kabul T.: 16.3.1983 İmar Ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Olarak Yapılan Yapılara Uygulanacak İşlemler Ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
30.3.1983	18003	1	Kanun No: 2808 Kabul T.: 28.3.1983 Petrol Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Ve Kanuna Bazı Madde Ve Fıkralar Eklenmesi Hakkında Kanun.
30.3.1983	18003	6	Kanun No: 2809 Kabul T.: 28.3.1983 Yüksek Öğretim Kurumları Teşkilatı Hakkında 41 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun.
7.4.1983	18011	1	Kanun No: 2810 Kabul T.: 5.9.1983 Para Ve Sermaye Piyasalarının Yeniden Düzenlenmesi Hakkında Yetki Kanunu.
7.4.1983	18011	2	Kanun No: 2811 Kabul T.: 5.4.1983 13.3.1913 Tarihli İdarei Umumiyei Vılayet Kanunu Muvakkatının 5670 Sayılı Kanunla Değişik 111. Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
7.4.1983	18011	2	Kanun No: 2812 Kabul T.: 5.4.1983 26.4.1961 Tarihli ve 298 Sayılı Seçim-

Resmî Gazete				
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yasanın Adı	
			lerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanuna Üç Ek Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.	
7.4.1983	18011	3	Kanun No: 2813 Kabul T.: 5.4.1983 Telsiz Kanunu.	
14.4.1983	18018	1	Kanun No: 2814 Kabul T.: 13.4.1983 23 Haziran 1965 Tarihli Ve 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun.	
18.4.1983	18022 (Mükerrer)	1	Kanun No: 2815 Kabul T.: 18.4.1983 Şener Yiğit Hakkındaki Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.	
18.4.1983	18022 (Mükerrer)	1	Kanun No: 2816 Kabul T.: 28.4.1983 Cafer Aksu (Altuntaş) Hakkındaki Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.	
18.4.1983	18022 (Mükerrer)	1	Kanun No: 2817 Kabul T.: 18.4.1983 1615 Sayılı Gümrük Kanununda Bazı Değişiklikler Yapılması Ve Bu Kanuna Bir Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.	
20.4.1983	18024 (Mükerrer)	1	Kanun No: 2818 Kabul T.: 20.4.1983 2429 Sayılı Ulusal Bayram Ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 2. Maddesinin 1. Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun.	
20.4.1983	18024 (Mükerrer)	1	Kanun No: 2819 Kabul T.: 20.4.1983 9 Haziran 1930 Tarihli Ve 1700 Sayılı Dahiliye Memurları Kanununun 3. Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.	
24.4.1983	18027	1	Kanun No: 2820 Kabul T.: 22.4.1983 Siyasi Partiler Kanunu.	

● TÜZÜKLER

Resmî Gazete		Sayfa :	Tüzüğün Adı
Tarihi :	No :		
18.3.1983	17991	33	Karar Sayısı : 83/6141 Gümrüğe Terkedilen, Terkedilmiş Sa- yılan, Müsadere Edilen Eşyanın Tas- fiyesine İlişkin Tüzük'te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzük.
21.3.1983	17994	19	Karar Sayısı : 83/6094 Sayıştay'a Verilen Her Çeşit Gider Ve Gelir Evrakı İle Her Çeşit Belgelerin Saklanma Süreleri Ve Yokedilme Usulleri Hakkında Tüzük'te Değişik- lik Yapılmasına İlişkin Tüzük.
19.4.1983	18023	2	Karar Sayısı : 83/6219 Sosyal Sigorta İşlemleri Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzük.

● YÖNETMELİKLER

Resmî Gazete		Sayfa :	Yönetmeliğin Adı
Tarihi :	No :		
7.1.1983	17921	61	Karar Sayısı : 8/5649 15.1.1982 Tarihli Ve 8/4182 Sayılı Ba- kanlar Kurulu Kararı İle Yürürlüğe Konulan «Valiler Tarafından Silâh Taşıma Ve Bulundurma Vesikası Ve- rilmesinde Uyulacak Esaslar Hakkın- da Yönetmelik»in 5,7 Ve 8. Maddele- rinin Yeni Bendler Eklenmesi Ve 24. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yö- netmelik.
10.1.1983	17924	46	Turizmi Teşvik Kanununun Cezai Hükümlerinin Uygulanması Hakkın- da Yönetmelik.
12.1.1983	17926	4	Karar Sayısı : 8/5743 Devlet Memurlarının Şikayet Ve Mü- racaatları Hakkında Yönetmelik.
14.1.1983	17928	18	Karar Sayısı : 8/5488 Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek Ve Sanatlarını Serbestçe Ya- pabilmelerine, Kamu Veya Özel Ku- rum, Kuruluş Veya İşyerlerinde Çalı- ştırılabilmelerine İlişkin Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik.

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yönetmeliğin Adı
25.1.1983	17939	13	3 Şubat 1973 Günlü, 14437 Mükerrer Sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanan Gümrük Yönetmeliğinin 1451 Sayılı, 17.2.1973 Günlü Mükerrer Resmî Gazete'de Yayımlanan Ekinde (Ek: 13) Yapılan Değişikliğe Dair Yönetmelik.
1.2.1983	17946	13	Yargıtay Yayınları Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği.
1.2.1983	17946	22	Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü Yayın Yönetmeliği.
23.2.1973	17968	8	3.2.1973 Tarihli 14437 Sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanan Gümrük Yönetmeliğinin 1335. Maddesinin Değiştirildiğine Dair Yönetmelik.
5.3.1983	17978	13	Ankara İmar Yönetmeliğine Ek Bir Madde İlave Edilmesine İlişkin Yönetmelik.
18.3.1983	17991	39	Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı Ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Ve Bir Ek Madde Eklenmesine İlişkin Yönetmelik.
20.3.1983	17993	24	3.2.1973 Tarihli 14437 Sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanan Gümrük Yönetmeliğinin 23.2.1983 Tarihli 17968 Sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanan Yönetmelik İle Değişik 1335. Maddesinin (b) Fıkrasının (2). Bendinin Değiştirildiğine Dair Yönetmelik.
20.3.1983	17993	24	Bağ-Kur Sigortalılarının Malullük Hallerinin Tesbitine Dair Yönetmelik.

● YARGITAY YAYINLARI

● ANDREAS von TUHR «BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI» (Avukat CEVAT EDEGE çevirisi)

Cilt : 1-2 Lüks Ciltli 1128 Sayfa 1500,— Lira

● YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI

Hukuk Bölümü Cilt: I Yıl: 1926-1941 Lüks Ciltli Tükendi
Hukuk Bölümü Cilt: II Yıl: 1942-1944 Lüks Ciltli Tükendi
Hukuk Bölümü Cilt: III Yıl: 1945-1947 Lüks Ciltli Tükendi
Hukuk Bölümü Cilt: IV Yıl: 1948-1956 Lüks Ciltli Tükendi
Hukuk Bölümü Cilt: V Yıl: 1957-1980 Lüks Ciltli 975.— Lira
Ceza Bölümü Cilt: I Yıl: 1927-1940 Lüks Ciltli Tükendi
Ceza Bölümü Cilt: II Yıl: 1941-1946 Lüks Ciltli Tükendi
Ceza Bölümü Cilt: III Yıl: 1947-1980 Lüks Ciltli 1075.— Lira

● CEZA KANUNU ŞERHİ (MAJNO)

Cilt: I 615 Sayfa Lüks Ciltli 150.— Lira
Cilt: II 384 Sayfa Lüks Ciltli 175.— Lira
Cilt: III 412 Sayfa Lüks Ciltli 375.— Lira
Cilt: IV 496 Sayfa Lüks Ciltli 625.— Lira

● YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ YARGI YILI KONUŞMALARI (1943 - 1978)

375 Sayfa Üç Renkli Kapak 225.— Lira

● YARGITAY KARARLARI DERGİSİ

Cilt: I Yıl: 1975 Sayı: 1-12 360.— Lira
Cilt: II Yıl: 1976 Sayı: 1-12 Tükendi
Cilt: III Yıl: 1977 Sayı: 1-12 Tükendi
Cilt: IV Yıl: 1978 Sayı: 3-12 400.— Lira
Cilt: V Yıl: 1979 Sayı: 2-12 550.— Lira
Cilt: VI Yıl: 1980 Sayı: 1-12 1080.— Lira
Cilt: VII Yıl: 1981 Sayı: 1-12 1800.— Lira
Cilt: VIII Yıl: 1982 Sayı: 1-12 2040.— Lira
Cilt: IX Yıl: 1983 Sayı: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 devam ediyor
2100.— Lira

● YARGITAY DERGİSİ

Cilt:	I	Yıl:	1975	Sayı:	1-4	140.—	Lira
Cilt:	II	Yıl:	1976	Sayı:	1-4	140.—	Lira
Cilt:	III	Yıl:	1977	Sayı:	1-4	Tükendi	
Cilt:	IV	Yıl:	1978	Sayı:	1-4	180.—	Lira
Cilt:	V	Yıl:	1970	Sayı:	1-4	200.—	Lira
Cilt:	VI	Yıl:	1980	Sayı:	1-4	360.—	Lira
Cilt:	VII	Yıl:	1981	Sayı:	1-4	600.—	Lira
Cilt:	VIII	Yıl:	1982	Sayı:	1-4	640.—	Lira
Cilt:	VIII	Yıl:	1982	Sayı:	1-4	640.—	Lira
Cilt:	IX	Yıl:	1983	Sayı:	1-2,3	devam ediyor	700.— Lira

● İSTEME VE HABERLEŞME ADRESİ

Aşağıdaki hesap numaralarımızdan birine bedel yatırılarak Müdürlüğü-müze başvurulmalıdır.

● Posta Çekleri Merkezi Hesap No : 92 93 2

● T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesi Hesap No : 640/110

Adres : **YARGITAY YAYIN İŞLERİ MÜDÜRLÜĞÜ — ANKARA**

- **NOT :** 1 — Ödemeli gönderilmez.
- 2 — Temsilcimiz yoktur.
- 3 — Gönderilen bedelin hangi yayına ve yıla ilişkin olduğu belirtilmelidir.
- 4 — 1975 yılı dergileri ile kitaplarımız için indirim yoktur.
- 5 — Diğer yıl dergileri için Hâkim ve C.Savcıları ile her dergi sayısından enaz 50 adet alana % 20 indirim uygulanır.
- 6 — Abone bedeli gönderilirken açık adres yazılmalı, adres de-res değişikliği hemen bildirilmelidir.

