

DOHEDA
BASUİET



KURULUŞ : OCAK — 1975, YIL : 10, SIRA SAYI : 39

YARGITAY DERGİSİ

Cilt : 10

Temmuz 1984

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 gerekir. 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 **200.— TL.**, abone bedeli **800.— TL.** dir.

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

25 16 32

Tel : 25 16 49

34 17 30 / 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 — USUL HUKUKU

- a) A. Suat ERKOÇ : Şahsi Dava Veya Şikayete Bağlı Suçlarda Davadan Vazgeçmenin Diğer Sanıklarada Sirayeti 205 - 207

2 — CEZA HUKUKU

- a) Prof. Dr. Faruk EREM : Faili Bilinmeyen Adam Öldürme 208 - 217
- b) Doç. Dr. Doğan SOYASLAN : Şiddet Ve Terör (I) 218 - 229
- c) Doç. Dr. Erdener YURTCAN : İçtihadı Birleştirme Kararı Dolayısıyla Önödeme Üzerine Düşünceler 230 - 234
- d) Ahmet GÜNDEL : Müsterek ve İştirak Halindeki Mülkiyette Hırsızlık 235 - 251

3 — BORÇLAR HUKUKU

- a) Atalay ÖZDEMİR : Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra Ve Banka Teminat Mektupları (I) 252 - 271
- b) Dr. Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU : Karine Ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi 272 - 286
- c) Mevci ERGÜN : Sorumluluk Hukuku İle Sorumluluk Ve Genel Sigortaların İlişkisi (I) ... 287 - 306

4 — TİCARET HUKUKU

- a) Ahmet İYİMAYA : Tazminat Alacaklarına Ödeme Yeri Banka İskonto Haddi Oranında Ticari Temerrüt Faizi Yürütülmesi 307 - 317

5 — İCRA VE İFLAS HUKUKU

- a) İhsan ERDOĞAN : Konkordatonun Müşterek Borçlulara Ve Kefillere Et-kisi (İİK.m.295) (II) **318 - 331**

6 — KARAR ELEŞTİRİSİ

- a) Prof. Dr. Öztakin TOSUN : Hukukun Genel İlkelerinden «Eşitlik» İlkesi Ve Suç Ortaklığı Hakkında Yargıtay'ın Bir Uygulaması **332 - 337**

7 — FEDERAL MAHKEME KARARLARI

- a) Kemal DAYINLARLI : Sözleşme Özgürlüğüne Eylemli Engeller; Borçlunun Temerrüdü, Paradaki Kur Kaybı; Tahkim : Üçüncü Hakemin Tayini **338 - 348**

8 — DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

- a) Bülent AKMANLAR : Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler (Açlık Grevleri Önünde Tıbbî Tutumlar) **349 - 353**

9 — KİTAP TANITMA

- a) Ali Rıza GENİŞ : «Hukuk Terimleri Sözlükleri» **354 - 355**

10 — YARGITAY'DAN HABERLER

- a) Ali Rıza GENİŞ : Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar **356 - 358**
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler **359 - 365**
Yargıtay Yayınları **366 - 367**

**ŞAHSİ DAVA VEYA YAZILI ŞİKÂYETE BAĞLI SUÇLARDA
DAVADAN VAZGEÇMENİN DİĞER SANIKLARADA SİRAYETİ**

A. Suat ERKOÇ (*)

PLAN: 1—Şahsi dava veya yazılı şikâyetin içeriği ile yasal nedenlerin açıklanması. 2—Şahsi davacı veya şikâyetçinin kişiyi suçlandırmasındaki önem ve ciddiyet. 3—Şahsi davacı veya şikâyetçinin davadan vazgeçmesi. 4—Türk Ceza Kanununun 99. maddesindeki kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki matematiksel kural. 5—Sonuç ve kişisel düşünce.

**1 — ŞAHSİ DAVA VEYA YAZILI ŞİKÂYETİN İÇERİĞİ İLE
YASAL NEDENLERİNİN AÇIKLANMASI**

Şahsi dava veya yazılı şikâyetin kaynağı ve aydınlatıcı ışığı dava dilekçesidir.

Davacı, suçladığı kişinin doğru ve şaşmaz kimliğini, ileri sürülen eylemin kısa bir açıklaması ile suç niteliğini, kanıtların nelerden ibaret olduğunu, özlü bir biçimde açıklamakla yükümlüdür. Birden çok kişilerin suçlandırılmasında, eylem birliği özellikle dilekçede belirlenmeli, üzerine suç atılan kişilerin hangi eylemden suç beraberce işledikleri kuşkuya yer vermeyecek anlamda ifade edilmelidir.

Aksi halde eylem kargaşasına yol açılacak, yargı mercileri davaları çözümlemede yavaşlamaya yöneltmiş olacaklardır.

2 — SUÇLANDIRMADAKİ ÖNEM VE CİDDİYET

Haksızlığa veya saldırıya uğradığını bilerek inanarak yasal yolları arayan kimsenin, suçladığı kişiyi tüm yaşantısı ve kişisel durumu ile öğrenip değerlendirilmesini yaptıktan sonra dönüşü olmayan adımları atması en uygun yöntemdir. Abartılmış, oluşa

(*) Yargıtay 2. CD. Üyesi.

uygun olmayan biçimde yönlendirilmiş hak isteği karşı haksızlığa çıkarılmış bir davetiye olacak, anlaşmazlıklar sürüp gidecektir.

Dilekçe, bilmece gibi çözümlenmek şanssızlığına yönelik olmamalıdır. Dava dilekçesi, içeriği itibariyle hak ve hakikate en çok yaklaşmış doğrulukta olmak zorunluluğundadır.

3 — ŞAHSİ DAVA VEYA ŞİKÂYETÇİNİN DAVASINDAN VAZGEÇMESİ

Bu hususa TCK.nun değişik fasıllarında özel hükümlerle değinilmiştir. Yasa koyucu şahsi dava açmak olanağını sağladığı davacıya davadan vazgeçme (feragat) hakkını da tanımış bulunmaktadır. Akıl yetersizliğinin oluşumu dışında, bilmeyerek veya hataen şahsi davanın açıldığını ileri sürmek ciddiyet ve iyiniyet kuralları ile bağdaşamaz.

Kişisel kanımızca böyle bir duruma muttali olan yargı organları, delillerin takdir hakkını adalete uygun bir biçimde ve en kısa sürede karara bağlayabilmelidirler. Bilerek veya bilmeyerek çıkmaya yöneltilen bir davanın çözümlenmesini beklemek yargılamada yavaşlamaya, adaletin oluşmasında güçlüklerle yol açacaktır. Suçlamadaki ciddiyet; anlamını yitirdiği takdirde suçlamadan vazgeçme sistemi kendiliğinden devreye girecek, doğabilecek bir haksızlığı peşinen önleme olanağı böylece sağlanmış olacaktır.

4 — TCK.NUN 99. MADDESİNDEKİ KUŞKUYA YER VERMEYECEK AÇIKLIKTAKİ MATEMATİKSEL KURAL

Birden çok kişileri, aynı eylem nedeniyle suçlayan [itham eden] davacı yargılama sırasında anlaşma veya sair psikolojik nedenlerle bunlardan bir veya bir kaç hakkında şahsi dava veya yazılı şikâyetinden vazgeçebilir. Bu yasal ve doğal bir haktır. Buna karşın TCK.nun 99. maddesi; «Maznunlardan biri hakkında dava veya şikâyetinden vazgeçme diğerlerine de sirayet eder» kuralını belirlemiş bulunmaktadır. Kişisel kanımızca önemli konu davacı aynı eylemden kaç kişiye yönelik suçlamada bulunmuş ise vazgeçmesinde aynı kişileri kapsar nitelikte olmasıdır. Vazgeçmede ayrıcalık suçlamanın [ithamın] ciddi olmadığını belgesi, madalyonun arka yüzünü açıklayan bir tanımlanmasıdır. Yasa koyucu bu ihtimalleri gözönünde bulundurmuş vazgeçmede ayrıcalığa yer vermek için TCK.nun 99. maddesinin devreye girmesi gerekliliğine işa-

ret etmiştir. TCK.nun 99. maddesi ile kuşkuya yer vermeyecek derecede açık ve matematiksel bir sistem kurularak şahsi davacı veya şikâyetçinin duygusal davranışları önlenmiş olmaktadır. Davacı yukarıda açıklanan nedenlerle istediği kişiyi suçtan veya cezadan beri kılabilir. Ancak, suçlama ile verilen hak tanıma, vazgeçme ile ikinci kez bir hak tammaya (ayrıcalığa) dönüşünce, TCK.nun 99. maddesindeki yürürlük nedeni kendiliğinden ortaya çıkmış olmaktadır. Burada en önemli konu ve kişisel düşüncemiz şudur : Şahsî davacı veya şikâyetçi suçlandığı kişilerden bir veya birkaçı hakkında davasından vazgeçerse bu vazgeçme diğer sanıklara da «S i r a y e t» edecek, vazgeçme ânından itibaren yargılamanın bütün koşulları durdurularak, artık hiç bir inceleme yapılmaksızın tüm sanıklar hakkındaki aynı eylemden ötürü açılan davalar düşürülecektir. Çünkü : S i r a y e t e t m e» koşulu şahsî dava veya şikâyetin matematik bir özelliği sayılmak gerekir. Esasen «sirayet eder» deyimini başka hiç bir surette yorumlamak da mümkün değildir.

5 — SONUÇ VE KİŞİSEL DÜŞÜNCE

Yargı mercileri binlerce dava arasında, belirli konularda değişmez matematiksel kural ve ölçüleri, yorum ve eleştiriye yer kalmadan uygulamak suretiyle zaten çok yoğun ve en üst sınıra dayanmış olan iş hacmini kısmen de olsa hafifletmiş olacaktır.

FAİLİ BİLİNMEYEN ADAM ÖLDÜRME

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

PLAN : 1 — Giriş. a — Hümanist doktrin. b — Anayasa Mahkemesi kararı. c — Özel iştirak hükmü. d — Müstakil suç. 2 — Uygulama alanı. a — Tak sir. b — Kastın aşılması. c — Munzam sebep. d — Taammüd. 3 — Maddi unsur. a — İcra fiili. b — Teşebbüs. c — İsabette hata. 4 — Fer'i iştirak. a — Fer'i fail sayılanların durumu. 5 — Asli manevi iştirak. 6 — Asli maddi iştirak.

1) GİRİŞ

TCK.nun 463. maddesine göre : «448, 449, 450, 456, 457. maddelerde beyan olunan fiilleri birkaç kişi birlikte yapmış olupta failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında fiil için tayin edilmiş ceza ... indirilerek hükmolunur ... şu kadar ki bu kaide fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında tatbik olunmaz».

Bu madde hükmünü, delil yokluğu veya delil kifayetsizliğinin sanıklar aleyhine kabulü şeklinde anlamak lazımdır. Bu madde «vicdanî delil» sistemi yerine bu günkü usul hukukuna aykırı «kanunî delil» sistemini getirmektedir. Bu itibarla Kanununun 463. maddesini ceza hukuku prensiplerine göre izah imkânsızdır. Bu günkü ceza hukuku bir suçsuzu cezalandırmaktansa bir kaç suçluyu cezalandırmamayı uygun bulur. Halbuki 463. madde bir suçluyu cezalandırmak için bir kaç suçsuzun da cezalandırılmasını emretmektedir ki bu da doğru bir görüş değildir.

«Tatbikatta çok sık karşılaşılmasına rağmen TCK.nun 463. maddesinin anlamı, uygulama alanı ve şartları, yakın ilgisi bulunan madde ve kavramlarla sınırlarının çizilmesi hususunda görüş ve tatbikat birliğinin sağlanamadığı ve bu sebepten maddenin uy-

(*) Avukat.

gulanması ile ilgili çelişkili pek çok kararın verildiği»(1) görülmektedir.

a) Hümanist Doktrin: Bu doktrin böylesine bir sorumluluğu reddeder, kaldı ki 463. madde «ceza sorumluluğunun kişiselliği» kuralına da aykırıdır. Bu kuralın gerekçesi şudur: «İnsanları, başkalarının fiillerinden dolayı cezalandırmaya cüret edilebilen totaliter rejimlerin acı tecrübelerinden sonradırki bir kimsenin yalnız kendi fiil veya ihmalden sorumlu olabileceği esasının Anayasamızda yer alması lüzumu hasıl olmuştur»(2).

463. maddenin «kanıt yokluğunun veya kanıt yetersizliğinin sanıklar aleyhine kabulü» anlamına geldiği, böylesine «kollektif sorumluluk»un bir çeşit «dolaylı işkence» (Anayasa 33/5, 14/3) sayılması gerektiği yolundaki düşünce(3) haksız değildir.

b) Anayasa Mahkemesi Kararı: Anayasa Mahkemesi 463 maddenin Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varırken kendisine sunulan dosyadaki »olay»a nüfuz edememiştir, olayda «hayati tehlikeye maruz kalacak nitelikte mağdurun başından taşla yaralayan müstakil failin kim olduğu belli olmayan üç sanık» bahis konusudur, denildikten sonra şu örnek verilmektedir: «Sanıkların hepsinin bıçaklarıyla mağdura vurdukları gerçekleşip, öldürülendeki bıçak yaralarından ölümü mucip olanın sanıklardan hangisinin fiili ile husule geldiği belli olmazsa 463. madde uygulanır. Burada sanıkların hepsi de maddi asli faildir»(1)(4).

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararında «Yasada 463. madde yer almasa idi, öldürmede (veya müessir fiilde) müstakil fail belli olmayınca suçun icra hareketlerine katılmış olanların hepsinin beraatına karar verilmek gerekecekti»(5) denilmekte ise de böyle bir gerek yoktur. «Suçun icra hareketlerine katılmış olduğu kanıtlanmış kişi»nin beraatı düşünülemez.

c) Özel [İstisnai] İştirak Hükümü: Bir anlayışa göre 463. madde TCK.nun 64 ve 65. maddelerinde öngörülen «iştirak»in dışında özel bir iştirak hükmüdür. 64 ve 65. maddelerin uygulanması için müstakil fail veya failerin belli olması gerekir, bu belli olma-

(1) CGK. 23.11.1981, 14/385 (YKD. 1982/2, s. 243).

(2) Anayasa'nın 33/5. maddesi komisyon gerekçesi.

(3) Akdağmadeni Asliye Ceza Mahkemesi Kararı, bk. Anayasa Mah. K. 11.6.1968, 48/24.

(4) Anayasa Mahkemesi K. 11.6.1968, 48/25.

(5) Anayasa Mahkemesi K. 11.6.1968, 48/24.

yınca olaya katılanların, ayrıntılara girmeksizin, tümünün, cezada ve sorumlulukta «eşit ortak» sayılmaları gerekli görülmüştür. 463. maddenin nedeni budur(6).

Bu anlayış 463. maddeyi, genel hükümler dışında bir «özel iştirak» sayar.

463. madde «faillerin tesadüfi birleşmelerinde, teker teker iştirak derecelerinin belirlenmemesi halinde uygulanan istisnai bir hükümdür»(7).

«463. maddenin bahse konu ettiği kaidenin uygulanabilmesi için, fiilin icrasından evvel şerikler arasında bir ittifakın mevcut olmaması ve tesadüfen fiilin icrasında birleşmiş olmaları iktiza eder. Eylem bir ittifak neticesi olarak vukua gelmiş ise, iştirak hakkındaki umumi kaidelere başvuru olarak şeriklerin iştirak derecelerine göre ceza sorumluluklarının tayin ve tesbiti icap eder»(8) «463. maddenin tatbik edilebilmesi için fiilin evvelce tekerrür etmiş bir ittifak neticesi olmaması gerekir»(9).

d) Müstakil Suç : 463. madde hükmü adam öldürme ve müessir fiilin cezasını azaltan bir hüküm olarak telakki edilmemelidir. Faili bilinmeyen adam öldürme «müstakil suç» sayılmalıdır(10). Bilhassa «Suç V as f ında De ğ i ş m e» bakımından usul hükümlerinin tatbikatında bu husus gözden uzak tutulmalıdır.

2) UYGULAMA ALANI

«463. maddenin yalnız adam öldürme (ve müessir fiil) suçları için öngörülmüş olması, öteki suçlarda bu gibi ihtimallere pek rastlanmamasından ve maddede yazılı suçların, asayiş bakımından taşıdığı önemden ötürüdür»(11). Birkaç kişinin işlediği diğer suçlarda asıl failin belirlenmemiş olması mümkündür. Fakat yasa, yalnız kasıtlı adam öldürme (ve kasıtlı müessir fiiller için) 463.

(6) Mehaz K. 376 gerekçesi, bk. Anayasa Mah. K. 11.6.1968, 48/24.

(7) Dönmezer (S.), Kişi ve mala karşı cürümler, (2. Baskı) s. 144; bk. CGK. 23.11.1981, 214/385 (YKD. 1982/2, s. 243); kşz. Anayasa Mah. K. 11.6.1968, 48/24.

(8) Öztürk (N.), Türk Ceza Kanunu Şerhi, II. s. 977.

(9) 1. CD. 1.10.1959, 2559/2768.

(10) Alimena (Encielopedia..) IX. s. 465; bk. CGK. 23.11.1981, 214/385 (YKD. 982/2 s. 243).

(11) Anayasa Mah. K. 11.6.1968, 48/24.

maddedeki hükmü getirmiştir. Bu, «kanunun bu fiilleri diğer fiillere göre daha vahim ve düzeni bozucu gördüğü içindir», «diğer suçlarda asli-fer'i iştirak ayrımını yeterli saymıştır»(12).

Bu gerekçe inandırıcı sayılamaz. Eğer failin bilinmemesi halinde ortaklara, götürü ceza gerçek bir müessese olsa idi, bütün suçlar için kabulü gerekirdi.

463. maddenin atıfta bulunduğu maddeler arasında «Taksirle Ölüm e Sebebiyet» ve «Taksirli Müessir Fiil» (TCK. 455, 459), «Neticenin Kasdı Aşması Suretiyle Adam Öldürme ve Müessir fiil» (TCK. 452, 458) ve «Müşterek Sebep» (TCK. 451) e ait hükümler zikredilmemiştir. O halde bu çeşit suçlar hakkında «Faili bilinmeyen adam öldürme» hükmü tatbik edilecek midir?

a) Taksir : 463. maddenin taksirle ölüme sebebiyet (ve müessir fiil) hallerinde tatbik edilmemesi icap eder. Çünkü 463. maddede kasdi fiiller içindir. Yargıtay da böyle içtihad etmektedir. «Müstakil failin belli olmadığı hallerde diğer failerin cezalandırılması kaidesi ölüme sebebiyet suçunda tatbik olunmaz»(13).

b) Kasdın Aşılması : Neticenin kasdı aşması suretiyle adam öldürmelerde 463. maddenin tatbik edilemeyeceği mütalâasında bulunan Majno, Kanununun 452. maddeden bahsetmemesinin doğru olduğu, çünkü kasdın aşılmadığından bahsedilebilmek için esasen asil failin bilinmiş olması lazım geleceği mütalâasındadır(14). Manzini ise 463. maddede 452. maddenin zikredilmemiş olmasına rağmen neticenin kasdı aşması suretiyle adam öldürme hadiselerinin kasıtlı adam öldürme sayılması mümkün olmazsa da bunların haddizatında ölüm ile neticelenmiş bir «Müessir Fiil» olması hasebiyle 456 ve 457. maddenin tatbiki gerektiği kanaatinde-dir(15). İtalyan Yargıtayı'nın bu mahiyette kararları mevcuttur. Yargıtayımızın içtihadına göre : «452. madde hükmü, esas itibarıyla 448, 449, 450. maddelere matuf olup bizatihi bir hükmü tazammun etmediği için mücerret bir surette tetkikine imkân olmayıp mezkûr maddelere mütedahilen ve memzucen tatbiki zaruri bulun-

(12) CGK. 23.11.1981; 214/385.

(13) 4. CD. 17.12.1943, 9483/7393 (Tem. Kar. 1944, s. 10) aynı : 2. CD. 22.10.1940, 6674/7728 (Tem. K. 930-940, s. 142); 4. CD. 29.5.1948, 5140/5620.

(14) Majno, II, n. 1680; bk. Öztürk, II, s. 978.

(15) Manzini, VII, n. 2424.

masına göre, bu maddelere taallük eden şartlarla tetkik ve tatbik lazım geldiği» neticesine varmak lazımdır(16).

c) Munzam Sebeb : «M ü ş t e r e k S e b e p» halinde 463. maddenin tatbiki gerektiğini iddia eden müellifler vardır. Ez-cümle İmpallomeni(17) «M u n z a m S e b e p»li adam öldürme hadiselerinde (TCK. 451) suçlunun fiilinin evvelden mevcut veya sonradan hasıl olan diğer sebep ile birleşmesinden ölüm neticesinin hasıl olduğu, eğer diğer sebep müdahale etmemiş olsa idi ölüm neticesinin husule gelmeyecek ve dolayısı ile fiil «T e ş e b b ü s» derecesinde kalacak olduğunu ve adiyen adam öldürmede fiil teşebbüs halinde kalsa bile 463. maddenin tatbikinin tabii bulunduğu, bu itibarla müşterek sebepli öldürmelerde bu maddenin tatbiki gerektiği fikrindedir.

Zanımıza göre meselenin 463. madde hükmünün hukukî mahiyetine göre çözülmesi doğru olur. Kanunun 463. maddesi tamamıyla istisnai bir hükümdür. Hiç şüphe yokturki ölüm neticesini tevlit eden ve fakat 463. maddede sayılmayan maddelere dahil olabilecek herhangi bir suçta «A s ı l F a i l» meçhul kalmış olabilir. Fakat kanun 463. muayyen hallere inhisar ettirmiş ve bu madde hükmünü geniş tutmayı ifrat telakki etmiştir. O halde kanunun iradesine en uygun yorum şekli «D a r a l t ı c a Y o r u m»(18) şeklindedir. Bu itibarla 463. maddenin tatbik sahasını genişletecek her türlü anlayışın kanunun iradesine uygun düşmeyeceği kanaatındayız.

ç) Birden Ziyade Kişinin Ölümü : Fail gayri muayyen surette birden ziyade kimsenin ölümü halinde 450. maddenin 5. bendi ile 463. maddenin birlikte tatbikine karar verilemez. Çünkü 450. maddenin 5. bendi «öldürmek fiilinin birden ziyade kimseler aleyhine müstakil fail veya hem fiil olarak işlenmesi halinde kabili tatbiktir»(19).

d) Taammüd : Taammüd (TCK. 450/4) ile failin gayri muayyenliği (TCK. 463) birleşebilir. 463. maddenin yolladığı 450. madde de taammüdde yer almaktadır.

Yargıtay'ımızın içtihadı böyle değildir.

(16) 1. CD. 11.6.1957, 5249/2470.

(17) İmpollomeni, n. 83; Alimena (Encilopedidio..) X, n. 464.

(18) Daraltıcı yorum için bk. Frem, I, § 28.

(19) 1. CD. 21.2.1948, 40/486 (Ad. Der. 1948, s. 1181).

«463. maddenin tatbik edilebilmesi için fiilin evvelce tekerrür etmiş bir ittifak neticesi olmayıp tesadüfi olması iktiza edeceğine, icra tarzına ve 450/4. maddenin tatbik edilmesine göre 463. maddenin tatbik edilmesi yolsuzdur»(20).

3) MADDİ UNSUR

«448, 449, 450, 456, 457, maddelerde beyan olunan fiilleri» birlikte işlemiş olanlar hakkında 463. madde tatbik olunacaktır.

a) **İcra Fiili**: Maddenin tatbiki için işlenmiş olan ve asli faili meçhul kalmış bulunan suçun kasdi adam öldürme (veya kasdi müessir fiil) olması yeterlidir. Bunların basit veya şiddet sebebi olması arasında fark yoktur. Fakat herhalde sanığın bu suçların faili sayılmasını haklı gösterecek hareketlerde bulunmuş olmasının sübutu icap eder. «463. maddenin uygulanabilmesi için her iki sanığın silah kullanmaları ve ölüme hangi silahın mermisinin sebep olduğunun tayin edilmemesi şarttır»(21). Eğer bir tek silah kullanılmış ise «ikinci şahıs icra hareketinde bulunmamış olacağından 463. madde uygulanamaz»(22). «Olayda bir el av tüfeği ile ateş edilmiş olduğunun kabulüne, bu sebeble diğer iki sanığın ateş ettikleri kabul edilmediğine göre, müktakil failin belli olmadığı bu olayda her üç sanığın maddi ferî fail olarak cezalandırılması gerekirken haklarında 463. maddenin uygulanması yolsuz» sayılmıştır(23).

463. maddenin uygulanması için icra fiilinin işlenmiş olmasının sübutu şarttır. «Taş atanlar arasında olduğu, fakat onun attığı taşın maktulün başına isabet ettiği anlaşılamayan sanık hakkında 463. maddenin uygulanması gerekir»(24).

Bazı olaylarda tek olan yaranın aynı veya ayrı silah (veya araç) ile yapılıp yapılmadığı anlaşılamamaktadır. «Maktulün sağ kulak arkasına isabet eden yaranın ölümü tevlit ettiğinin anlaşılmasına, diğer yaraların öldürücü mahiyet taşımadıklarına nazaran öldürücü darbenin hangi sanığın darbesi neticesi olduğu tesbit edilemediğine göre her iki sanık hakkında 463. maddenin tatbiki yerine iki sanığın müstakil fail olarak cezalandırılması yolsuz» sayılmıştır(25).

(20) 1. CD. 1.10.1959, 2559/2768.

(21) 1. CD. 20.10.1950, 285/2394 (Ad. Der. 1951, s. 633).

(22) 1. CD. 25.12.1952, 2938/2643.

(23) 1. CD. 10.12.1958, 103/284.

(24) 1. CD. 1.2.1961, 949/3262.

(25) 1. CD. 6.10.1960, 150/2016.

«Maktulde üç giriş, üç çıkış deliği bulunmasına, maktuldeki yaraların aynı veya ayrı silahlarla husule geldiğinin tefrik edilemeyeceğinin Adli Tıp Mütalâası ile belirtildiğine göre müstakil failin belli olmaması nedeniyle sanıklar hakkında 463. maddesinin uygulanması»na karar verilmiştir(26).

Bazı olaylarda iki sanığın aynı yere vurduğu anlaşılmış olmasına rağmen yarayı yapanın kim olduğu belirlenememiş olabilir : «Sanıkların ikisinin attığı taşın da aynı yere isabetle mağdurun kaburga kemiğini kırdığına dair deliller gösterilmeden 463. madde yerine 64. maddenin uygulanması yolsuz» sayılmıştır(27).

Bir veya iki silah kullanıldığıının anlaşılması hallerinde içtihad şöyledir : «Müştekinin vücudunda muhtelif yerlerinde bir çifte tüfeğinden ve dağılan saçma tanelerinin isabeti ile mi, yoksa ikinci bir tüfekle atışla mı husulü mümkün olup olmadığının tabib ve silah fenninden anlayan bilirkişilerce tesbitinden sonra 463. maddenin uygulanıp uygulanmayacağıının düşünülmemesi» yolsuz sayılmıştır(28). Buna karşın «Sanıklardan birinin bıçakla, diğerinin silahla maktulü yaralayarak öldürdükleri ve bu yaralardan her birinin ayrı ayrı ölümü mucip oldukları anlaşıldığı halde sanıklar hakkında 463. maddenin uygulanması yolsuzdur»(29). Her biri müstakil faildir.

b) Teşebbüs : 463. maddenin «T e ş e b b ü s» halinde kalmış hadiselerde tatbik edilip edilemeyeceği hususunda tereddüt edilebilir. Bu maddenin «N a k ı s T e ş e b b ü s» halinde tatbikine, mantıken imkân yoktur. Nakıs teşebbüsde «fiiller ikmal edilmemiş» olduğundan «A s l i F a i l» henüz mevcut değildir ki «Meçhul kalmış» sayılabilsin. Buna mukabil «T a m T e ş e b b ü s»de maddenin tatbiki mümkündür(30).

c) İsabette Hata : Birbirlerini öldürmek için ateş eden sanıklardan hangisinin tabancasından çıktığı tesbit edilemeyen bir kurşunun olayda hiçbir ilgisi olmayan bir kişiye isabetle onun öldürülmüş olması halinde : «463. maddenin uygulanabilmesi için birkaç kişinin birlikte bir kişiyi öldürmek için hareket etmeleri ancak suçun hangisinin eyleminden meydana geldiğinin belli olmaması bulunması gerekmekte olduğundan sanıklar hakkında TCK.

(26) CGK. 12.5.1958, 25/27.

(27) 4. CD. 6.10.1953, 302/1748; aynı : 4. CD. 22.3.1952, 2947/2947.

(28) 2. CD. 14.5.1960, 3919/5262.

(29) 1. CD. 29.4.1949, 477/858.

(30) Manzini, VII, n. 2424.

nun 448 ve 61. maddeleri yerine 52, 448, 463. maddelerinin uygulanması» isabetsiz sayılmıştır(31). Çünkü her iki failin iradeleri aynı yönde değil, birbirlerine karşıdır. «hedefte hata»dan da (TCK. 52) söz edilemez, zira hangisinin kurşununun rasladığı bilinmemektedir(32).

4) FER'İ İŞTİRAK

a) **Fer'i Failin Durumu** : Fer'i faillerin hiç biri hakkında 463. madde tatbik edilemez. Çünkü fer'i fail suçu teşkil eden «Fiili» işlemiş değildir. Bu itibarla asıl failin meçhul kaldığı hadiselerde mesela sadece silah tedarik etmiş olan şahıs hakkında 463. madde tatbik olunamaz.

b) **Fer'i Fail Sayılanların Durumu** : Yargıtayımız «belli olmayan aslı failin fer'i failliği» ile «müstakil failin belirsiz kalması»nı ayırt etmektedir. Bu konuyu açıklamak üzere şu örnekler verilmektedir : «Beş kişiden dördü ateş etmiş, ateş etmeyen kim olduğunun tesbit edilememiş olduğu farzolunsun. Böyle hallerde (=asli failin belirsizliği halinde) sanıkların hepsi belli olmayan asli failin fer'i faili olarak cezalandırılacaktır, dördü ateş etti diye, hepsi asli fail sayılamaz. Beş sanığın beşininde ateş ettiği, kimin isabet ettirdiğinin anlaşılammış olması (=müstakil failin belirsiz kalması) halinde ise 463. madde uygulanacaktır(33). Bu kişiler elbette «fer'i fail» değildirler. Fakat içtihad, «şüphe sanık lehinedir» kural gereğince fer'i fail saymıştır.

5) ASLİ MANEVİ İŞTİRAK

Asli iştirakin manevi şekli ile de 463. madde hükmü bağdaşmaz. Bu nedenle «463. madde, azmettirenine uygulanamaz. Çünkü azmettiren maddi fiili (yapmış) işlemiş kimse değildir. 463. madde, adam öldürme fiilini (birlikte yapmış) bir kaç kişinin sorumluluğuna ilişkindir»(34).

6) ASLİ MADDİ İŞTİRAK

463. maddeye göre «bu kaide fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında tatbik olunmaz». Bu hüküm farklı yo-

(31) 1. CD. 5.3.1974, 2878/855 (YKD. 1975/2, s. 101).

(32) CGK. 19.3.1979, 51/128.

(33) CGK. 23.11.1981 214/385 (YKD. 1982/2, s. 249).

(34) Anayasa Mah. K. 11.6.1968, 48/24.

rumlara neden olmaktadır. Maddi asli iştirak (TCK. 64/1) «irtikap edenler», suçu «doğrudan doğruya işleyenler» olmak üzere ikiye ayrıldığına göre 463. maddedeki indirimden «irtikap edenler» faydalanacak, suçu doğrudan «doğruya beraber işleyenler» faydalanmayacaktır. O halde —bu madde açısından— kimler suçu «doğrudan doğruya beraber işleyenler» sayılacaktır? Suçu meydana getiren maddi fiili beraber işlememekle beraber olayın bütünlüğü içinde etkili bir davranışı olan kişi fiili asli faillerle birlikte «doğrudan doğruya beraber» işlemiştir. Örneğin, maktulü, hile ile evine çağırılmış olan kadının iki kardeşi ateş etmiş, maktuldeki tek yarının hangisinin silahı ile olduğu saptanamamış bulunsa iki kardeş indirimden faydalanacak, fakat kadın için bu mümkün olmayacaktır. Çünkü onun için «gayri muayyen» kalan bir şey yoktur. Her ne kadar bu anlayış sonuçta haksız da gözükebilirse de maddenin anlamı budur(35).

Majno Şerhi'nin kısmen yanlış, kısmen eksik çevirisi Ceza Genel Kurulu'nun 463. maddeye ilişkin en geniş gerekçeli kararına etkili olmuştur. Majno Şerhi'nde belirtildiği üzere, İtalyan Adliye Nezareti Projesi'nde (1877) bu hüküm (TCK 163/son) yoktu, alt komisyonda tasarıya konu, tasarımı gözden geçiren komisyonda şu gerekçe ile hüküm uygun görüldü: Birkaç kişi arasında failin kim olduğu anlaşılamamış, fakat suçu «doğrudan doğruya işleyen» saptanmış ise (örneğin suçun işlendiği sırada maktulü tutan biliniyorsa), bu kişinin, fail olarak cezalandırılması, indirimden faydalanmaması haklıdır. Bilindiği üzere, genel anlamda, «iştirak»de suçu doğrudan doğruya beraber işleyenler, «zaruri fer'i fail»le (TCK 65/2) tekabül ederler. Fakat 463. maddedeki «doğrudan doğruya beraber işlemek» ile 65. maddedeki «zaruri fer'i faillik» elbette aynı değildir. Doğrudan doğruya ortaklık, en azından, zaruri fer'i failliktir. Fakat zaruri fer'i failliğin bazı türleri (silah tedariki gibi) doğrudan doğruya suçu beraber işlemek sayılamaz(36).

463. maddenin son fıkrasının haklı bir hüküm olup olmadığı aşağıda tartışılacaktır. Fakat evvela ne anlamda olduğunu saptamak gerekir. Bu hüküm fiili «doğrudan doğruya beraber işleyen-

(35) Bu konuda bk. Manzini (V), Trattodi diritto penale Italiano, II (Torino, 1926) n. 472; Manzini, VIII, n. 2425.

(36) Bu konuda bk. Majno (I) Comento al Codice Penale Italiano, III (Roma 1922), n. 1682, Adliye Vekaleti tercümesi (İstanbul, 1927), s. 378; yeni baskı (Ankara, 1980), s. 287; kşz. CGK, 23.11.1981 214/385 (YKD, 1982/2 s. 244).

ler»e uygulanmayacak, bu sebeble bu tür ortaklar ceza indiriminden faydalanmayacak, diğer bir deyimle haklarında 64/1. maddeye göre ceza verilecektir. Fiili «irtikap edenler» ise —koşulları var ise— 463. maddeden faydalanacaklardır. Yargıtayımız bu görüştedir. Üç kişinin ateş ettiği, maktulde iki öldürücü yaranın saptandığı, bu yaraların aynı silahtan mı, iki ayrı silahtan mı çıkan kurşunla meydana geldiğinin anlaşılamadığı bir olayda Ceza Genel Kurulu kararındaki açıklama şudur: «Suç, ortakların faaliyetlerinin yanyana icrası sırasında, bunlardan herhangi birine kesin ve tek olarak bağlanamayacak şekilde meydana gelmişse, müstakil fail belli değildir, eşit ceza sorumluluğu vardır. Verilecek ceza fiillerinin ortalamasıdır (TCK. 463). Buna mukabil, faillerin fiillerinin birleşmesinden, toplamından sonuç ortaya çıkıyorsa —ki bu halde doğrudan doğruya beraber işleme vardır— 64. madde uygulanacaktır(37). Bu içtihadı örnek vermek gerekirse, iki kişinin maktule ateş etmesi failde tek öldürücü yaranın bulunması halinde 463. madde uygulanacak, maktülü faillerden birinin arkadan kucaklaması, diğerinin bıçaklayıp öldürmesi halinde her iki fail hakkında bu madde değil 64. madde uygulanacaktır. «Her iki sanığın maktülü parasına tamahen aynı kasıt altında kayışla boğarak öldürdükleri ve suçun iki suçlu tarafından beraberce işlenmiş olduğu mahkemece kabul edilmiş bulunduğu halde 64/1 ve 463/son maddeler sarahatına karşı asli fail belli olmadığından bahisle 463. maddenin tatbik olunması» yolsuz sayılmıştır(38) «463. madde fiili birlikte işlemek haliyle doğrudan doğruya beraberce işlemek hali birbirinden ayırmış ve bu son vaziyette 463. maddenin tatbiki lazım gelmeyeceğini de belirtmiş ve sanıkların ayrı ayrı silah kullanmaları fiili doğrudan doğruya beraber işledikleri manasını tazammun etmemiş olmasına göre hadisede 463. madde yerine 64. maddenin uygulanması» isabetsiz görülmüştür(39).

463. maddenin son fıkrası açısından varılan bu sonuç pek haklı gözükmemektedir. Çünkü genel hükümlerde (TCK 64/1) «irtikap» edenler ile «doğrudan doğruya beraber işleyenler» aynı düzeyde kabul edilmiştir. Fakat haksızlık yorumdan değil, son fıkra hükmünden, yasadan gelmektedir.

(37) CGK. 23.11.1981, 214/385; 1. CD. 27.12.1978, 4119/4714 (YKD. 1979/4 s. 562).

(38) CGK. 8.5.1944, 66/62.

(39) 1. CD. 19.9.1952, 1818/1741.

ŞİDDET VE TERÖR

(I)

Doç. Dr. Doğan SOYASLAN (*)

PLAN : Giriş. I — Terör. II — Kişiyi teröre götüren faktörler. A — Bireysel iticiler. 1 — Biyolojik yapıdan kaynaklanan etkenler. 2 — Psiko - Psikanalitik etkenler. B — Çevresel etkenler. 1 — Sosyal etkenler. 2 — Kültürel etkenler. 3 — Siyasal etkenler. 4 — Ekonomik etkenler. III — Kapsadıkları alana göre terör. IV — Amacına göre terör. V — Siyasi rejim ve terör. VI — Mevzuatımız ve terör. A — 12 Mart 1971 - 12 Eylül 1980 arası. 1 — 1961 Anayasasında. 2 — Ceza Kanununda. B — 12 Eylül 1980'den sonra. 1 — Özel kanunlarda. 2 — Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda. 3 — Anayasa hukukunda. VII — Terörü yoketme çareleri. A — Hukuksal tedbirler. 1 — Ulusal hukukta. a — Anayasa hukuku. b — Sıkıyönetim Kanunu. c — Ceza Kanunu. 2 — Uluslararası hukukta. B — Sosyal ve siyasal tedbirler. Sonuçlar.

GİRİŞ

İnsanlar arasındaki münasebetler eşitlik üzerine oturur; Geçmişte böyle olmadı ise de en azından hukuksal planda günümüzde bu böyledir. Aynı durum devletler arasında da söz konusudur. Ancak her ne kadar çağımızda teorik planda eşitlikten söz ediliyorsa da bu olgu fiilen çeşitli sosyo - ekonomik, teknolojik nedenlerle gerçekleşmemektedir, gerçekleşmemiştir, yakın gelecekte gerçekleşmeyecektir de bu nedenlerle de gerek ferdi planda, gerek uluslararası düzeyde insanlar ve toplumlar arasındaki münasebetlerde bir eşitsizlik söz konusudur, olacaktır da.

İnsan doğuşundan beri, hatta doğumdan önce bile dış dünyası ile alış veriş halindedir. Yani dış uyarıcılar, dış veriler, O'nun iç yapısını bir taraftan şekillendirirken, diğer yandan da iç yapıda insanda, yeni ihtiyaçlar yaratırlar. Yeni ihtiyaçlar kişiyi yeni ara-

(*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

yışlara ve buluşlara, yeni buluşlar da yeni arayışlara götürür. Bu silsile insanın yapısında olan bir doyumsuzluk silsilesidir ve ömür boyudur.

İç dünyasından gelen iticilerle, dış dünyadan gelen uyarıcı, iticiler arasında armoni tesis eden yani dünyanın ve çevrenin kendine verebileceği şeylerle, kendinin alabileceği şeyler arasında denge kurabilen insan huzurludur. Ancak bu denge bir yetenek, bir olgunluk, biraz kalıtım, bunların sonucu, sentezi olabilecek bir hakim yetenek, yönlendirici irade ve duygu, insanın kendi kendine otokontrolle, bilinç bilinç altı duygularına hakimiyet meselesidir. Bu da herkeste aynı seviyede gelişmemiştir, gelişmemiştir, gelişmezde.

Bir vatandaşın huzuru söz konusu olduğunda buna iki cepheden bakmak lazım gelir. Birincisi kişilerle ilişkisi, ikincisi toplumla ve başka toplumlarla ilişkisi açılarından. Aslında bu ilişkilerde birbirine bağlı ve biri diğerinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Ancak kişinin kendi toplumuyla ve diğer toplumlarla ilişkilerinde alacağı tavır, mevcut kamu oyu yapıcılarının, siyasi gurupların kitle iletişim araçlarının oynayacakları rolden etkilenenecektir. Özellikle çağdaş demokratik toplumlarda durum bu merkezdedir. Bu duruma siyasi menfaat ve iktidar hırsını, toplumun yapısından gelen sorumsuzluğu, ülkenin az gelişmişliğini de ekleyince, sorun kişinin toplumla ilişkileri açısından daha da büyük boyutlar kazanmaktadır.

İnsan ve toplumun huzurunu bozan, kişiyi sıkan, rahatını kaçıran, bir tutku, baskı - etkidir. Bunu da iç ve dış uyarıcılar oluşturur. Bir ferden diğerinin arzu ve isteklerini engellemesi, onlara set çekmesi, isteği sınırlanan kişinin içinde baskı oluşturur. Aynı şey toplumlar içinde söz konusudur. Bu anlamda huzur özgürlükle eş değerdir. Örneğin hafta sonunu deniz kenarında geçirmek isteyen bir vatandaşın, önünde taşıt firmalarının grev veya lokavtını bulması, veya pazar kapma rekabeti olan iki devletten birinin, ilgili ülkeye, diğerinin önce girmesi gibi(1).

Bir başka yönde psikolojik sindirimsizliktir baskı. Arzu edilmeyen bir şeyin öğrenilmesidir. Bu öğrenme sürecine vücudun sinirsel sindirim sisteminin, daha doğrusu organizmanın uymamasıdır. Büyük bir bombalı katliamın televizyondan veya basından kitlelere aniden yayılmasının insanları dolduruşu gibi

(1) Léauté: Violence de guerre et violence de paix, Revue de science Criminelle, Paris, 1978. s. 780.

Tutkulara yol açan, sınırlayıcı olmayan, çeşitli iç ve dış sebeplerin kişiyi, toplumu doldurması aynı zamanda gerilimdir de. Bunun sonucu, fert çeşitli yollarla boşalma çarelerini arar. Bu süreç, bu boşalma olayı demokratik yollarla olabileceği gibi, baskıya baskı, ve antidemokratik yollarla da olabilir. Birinci metot (yazılı cevap, grev, protesto gibi) normal, ikincisi ise anormaldir.

Boşalma hafif şiddette olabileceği gibi çok şiddetli de olabilir. İç karşı, yani kişinin kendi kendisine karşı olabileceği gibi çok şiddetli, başka bir kişiye, topluma devlete karşı da olabilir. Birincisine örnek kişisel planda intihar, ikincisine ise adam öldürme, müessir fiil, toplumsal planda ise toplu katliamlar, iç isyan ve harpler gibi eylemler gösterilebilir.

I — TERÖR

Çeşitli iç ve dış etkenler sonucu insan ve toplumda oluşan etkiler ve bunun neticesi doğan gerilimler sonucu oluşan reaksiyonun aşırı şiddete dönüşerek, adam öldürme, bombalama, mal yağmalama gibi vasıtalarla toplumda korku, panik, emniyetsizlik yaratarak barbarca hâl almasına terör denir(2).

Herkes terörist olmadığına göre kimler terörist olabilir? Terörist denilen bitki hangi toprakta yetişir? Hangi tohum nasıl bir toprakta terörist olabilir? Tohumu yapan toprak mı, yoksa toprağı etkileyen tohum mu? Mutlak olan bir şey varsa o'da tohumun toprağa, toprağın da tohuma uyduğu, bu iki faktörün birbirini yarattığıdır, tamamladığıdır.

Tarih boyunca tüm insanlar, kişisel ve toplumsal baskılara karşı aynı reaksiyonu göstermemişler, gösterememişlerdir. Esasen farklı anlamlarda da olsa şiddet, toplumlarda her zaman olmuştur. Muhtelif amaçlar peşinde de olsa, terör modern toplumların, sanayileşmiş ülkelerin sorun ve ürünüdür. Demek ki o aynı zamanda bir siyasi rejim, bir gelişmişlik düzeyi meselesidir. Bu nedenlerle ülkeden ülkeye, ülkelerin gelişmişlik düzeylerine bağlı olarak gelişir ve değişirler.

Tüm bu belirtilen çerçeve içinde o halde önce kişiyi teröre götüren faktörleri, sonra kapsadıkları alanı, amaçlarını, organize oluş şekillerini, siyasi rejimlerle ilişkisini, Türk kanun koyucusunun

(2) Beirlaen : Considérations sur la prévention et la répression du terrorisme international, R.S.C. s. 827.

anarşik eylemlere karşı aldığı tavrı ve nihayet terörle mücadele çarelerini incelemek gerekir.

II — KİŞİYİ TERÖRE GÖTÜREN FAKTÖRLER

Herkes eylemci olmadığına göre hangi tipler uygun ortamda toplumu sarsan eylemlere yönelmeye yatkındırlar? Kişi hangi çevrede terörist olmaktadır? Kişiyi eyleme iten iticiler, uyarıcılar, kişiye ve çevreye göre değişmektedirler. O halde bu etmenler başlıca iki kısma ayrılabilirler.

A — Bireysel İticiler

İnsanı teröre iten bireysel iticiler ya o ferdin biyolojik, ya da psiko - psikanalitik yapılarından kaynaklanmaktadır.

1 — Biyolojik Yapıdan Kaynaklanan Etkenler

Teröristlerin genellikle erkek olması biyolojik yapılarının gereğidir. Gerçekten tüm canlılarda erkek cins dişiye göre daha çok yıkıcı ve şiddete yöneliktir. Öyle görünüyor ki kadınlara göre erkeklerin daha çok şiddet eylemcisi olmalarının nedenlerinden birisi biyolojik formasyon olsa gerektir.

Eylemcilerin daha ziyade 18 - 30 yaşları arasında suç işlemleri, belirtilen yaşlarda biyo - psikolojik yapılarının şiddet eylemlerine daha müsait olduğunu kanıtlamakta, kişi yaşlandıkça bu gibi eylemlere katılmamakta, katılamamaktadır. Demek ki bu yaşlarda insan organizması terörist eylemleri gerçekleştirmeye daha yatkındır(3).

Terör bir barbarca hareket olduğuna göre, anarşistin şiddete yatkın biri olması lazım gelir; Tıpkı hayvanlarda olduğu gibi şiddet insanın doğasında da vardır. Terörist eylemle kişi, yapısındaki yıkıcı duyguları eğilimleri tatmin etmektedir(4).

Kişi belkide terörle yapısının, doğasında olan iç bozuklukların, sinir sisteminin gereği gibi çalışmamasının, kromozomlarda bulunan gen fazlalığının veya beyinde mevcut kişiyi bağlayan, esir eden, dolayısıyla O'nda serbest iradeyi kaldıran, yok eden bir takım hücrelerin esiri de olabilir(5). Bu gibi durumlarda eylemcinin elinde eylemden kaçma olanağı da kalmamaktadır.

(3) Dönmezer : Kriminoloji, 6 ncı bas. İst. 1981, s. 160.

(4) Perrotti : L'aggressivitaumana, La scuola positiva, 1950, s. 470 dev.

(5) Szabo : Agréssion, vilénce et systémes socio - culturéls : essai de typologie - R.S.C. 1976, § 379.

Terörist aynı zamanda fanatize olmaya müsait bir tiptir. Dünyayı geniş bir pencereden göremeyen, telkine müsait, iradesiyle hareket edemeyen, veya tüm duyu organları dengeli bir şekilde çalışmayan, en azından eylem anında dengesiz olan, tüm bu nedenlerle kolayca dış iticiye bağlanabilen biyolojik bir formasyona da sahip olabilir.

2 — Psiko - Psikanalitik Etkenler

Kanlı eylemcide insana insan olması dolayısıyla, hiç olmazsa hedef seçtiği kitleye karşı sevgi ve saygı, en azından eylem anında yok olmuştur. Yani insan sevgisi duygusu başka duyguların istilasına uğramış, altında kalmıştır. Çoğu kez bilinçli ve belirli amaçlara erişmek için terörü vasıta olarak kullanma hali hariç, O, insanlara karşı olan hınçlarını tatmin etmektedir. Bu intikamın arkasında kendi başarısızlığını gizleme saiki de yatabilir. Çünkü O'na göre toplumdur, devlet düzenidir, O'nu başarısız kılan. O halde bu düzen ne pahasına olursa olsun yıkılmalıdır.

Terörist kişiliği zayıf, dış uyarıcılara karşı koyamayan, onlar arasında denge kuramayan, iç intikam tutkularını yenemeyen, bunları frenleyemeyen, duygularına yenilen, onlara mukavemet gösteremeyen bir kişidir.

Bir başka açıdan da toplumda hakimiyet mücadelesini silahla, zorla, şiddetle yapan bir insandır. Fertler bilinçli veya bilinçsiz olarak toplumda gizli veya açık tarzda hakimiyet mücadelesi vermektedirler. Aslında bu durum, bu mücadele, insan doğasında, insanın içindedir de aynı zamanda. Demokratik toplumda oyunun kuralı bu mücadelenin özgürce, insan şahsiyetine saygı ve sevgiyle, insanca, çoğulcu tarzda, gerekiyorsa organize olmuş bir şekilde yapılmasıdır. Terörist kendisini demokratik ve eşitlikçi bir tarzda kabul etmek, ettirmek yerine, zorla, baskıyla kabul ettirmek yolunu seçmiş kişidir(6).

Eylemci kolayca bilinç altı duygularına da yenilen birisidir; Gerçekten insanın iki dünyası vardır. Biri farkında olduğu ve kendi kontrolünde olan bir dünya ki bu bilinç dünyasıdır. Öteki ise bilinç altı dünyası yani çok insanın kendi içinde neyin varlığını pek farkedemediği bir durum. Bu alt dünya çoğu kez üst dünyayı bastırmaktadır. Bunun anlamı aynı zamanda kişilik zayıflığıdır.

(6) Rodriquez : Le complexe de procuste ou la convention européenne pour la répression du terrorisme - R.S.C. 1979 s. 476.

Özellikle gurup terörizmine yatkın tipler başkalarına ya çok güvenen, ya da hiç güvenmeyen tiplerdir. Güvendikleri kişiler ideolojik planda kendilerine yakın saydıkları kimselerdir. Güvenemedikleri ise karşı görüşte, kendilerinden olmayan, ideolojik açıdan yakın bulunmadıkları fertlerdir. Bu nedenlerle kendi aralarında kolayca gruplaşabilmekte, grup içinde kişiliklerini kaybedebilmekte, karşıt gruba düşman olabilmektedirler.

Terörist aynı zamanda doğaya ve hemcinsine yaslanan kişidir. İnsan kendi duygu ve düşünceleriyle doğada rahatsız edilmek istemez. Bu istemezlik başkalarıyla ilişkilerinde de rol oynar. Başkasından farklı olmak istemez, yani kişiye yaslanır, özetle kendi iç dünyasında hemcinsi ile psikolojik bir bağ kurar. İşte bu nedenle başkasının kendisinden farklı olması, O'nun psikolojik tesanüt dünyasından bir kopma olduğu için yeni tavrıyla kendisinden ayrılmış kişiye karşı vaziyet almakta ve yıkıcı olmaktadır(7).

O, bir topluma kendini kabul ettirmek, iç kompleksini, aşağılık duygusunu tatmin etmek, dikkatleri üzerine toplamak için de hareket edebilir. Gerçekten insan toplumda başkası tarafından değer verilmeğe, sayılmaya muhtaçtır. Özellikle çocukluk çağında bu ilgiyi görmemiş kişide bir eksiklik, iç açlık, tutku kalabilir. Bu da toplumda, daha sonraki bir aşamada, uygun bir ortamda açığa çıkar. Bu durumun gelişip ortaya çıkmasında kitlesel iletişim araçlarının, olayları veriş tarzıyla adeta teşvik edici rolü büyüktür.

Eylemci çoğu kez gerçekçi olmayan hayalperest bir kişidir. Bazı şeyler düşünerek bunları gerçekleştirmek istemektedir. Ancak bunun metod, yol ve yöntemlerini, tahakkuk şartlarını hesap edemez, veya yanlış hesap eder. İşte bu nedenlerle kafasına koyduğu eyleme her ne pahasına olursa olsun, bir an önce varmak, ulaşmak, gerçekleştirmek isteyen kişidir. Tüm bu nedenlerle de soyuttur.

B — Çevresel İtticiler

Kişi her çevrede teröre girmemektedir. O'nu eyleme iten ve çevreleyen itici uyarıcılar farklılıklar göstermektedirler. Bunlar topluma, hem o toplumda yaşayan kişiye, hem o toplumun gelişmişlik düzeyine, hem ekonomik ve siyasi faktörlere, hem de uluslararası hakimiyet mücadelesine bağlıdır. Tüm bu nedenlerle, bir-

(7) Pınatel : Infractions et valeurs morales, R.S.C. 1972 s. 668.

birine bağlı ve birbirini tamamlayan bu uyarıcıları sosyal, kültürel, siyasal ve ekonomik açılardan sınıflandırmak mümkündür.

1 — Sosyal Etkenler

Kişinin biyolojik ve psikolojik formasyonunda aile yapısı önemli bir yer işgal eder. Her şeyden önce bir yandan çocuk kalıtımla, ailenin gıda rejimi, doğum şartları, iklim koşulları ve mevsimlerle, biyolojik yönden bağlıdır.

Diğer yandan Türkiye genelinde aile yapısı demokrat değildir. Aile, fertlerinden birinin veya bir kaçının hakimiyeti altındadır. Bu genellikle babanın hakimiyeti şeklinde ve bir baskı unsurudur. Böyle durumlar kişiyi gerek aile ocağında, gerek daha sonraki yıllarda baba hakimiyetinden kurtulmaya ve dolayısıyla, belkide toplumda isyana götürebilir.

Ailedeki huzursuzlukta, aile fertleri arasındaki ayırımda kişiyi toplum karşı vaziyet almaya, onda, başka kişilere karşı kıskançlık duygusu yaratmaya yöneltebilir. Başkalarının mutluluğunu çekemezlik, istemezlik, O'nu topluma karşı şiddet eylemlerine, bundan intikam almaya itebilir.

Bir toplumda bilgi görgü ve yapının değişmesi süreç, gelişim meselesidir. Özellikle Türkiye'deki eğitim yapısı somut verilere dayanmayan, duygusal olan, demokrat ve şüpheci olmayan, başı boş, tesadüfi bir eğitim tarzı, yani mantıksal verilerden ziyade, duyguların birinci planda yer aldığı bir eğitimidir ki bu, kişiyi soyut, duygusal ve başkasına saygısız olarak yaşatır.

İnsanın arzu ve isteklerinin hudutsuzluğu, sınırsızlığı ve bunların tatmini O'na huzur ve zevk verir. Bu sınırsız eğitim tarzının başıboşluğa ittiği bu duygular tüm dünyaya hakim olmak, önünde engel tanımayarak her şeyin kendi emrinde olmasını ister. Çıkacak engelleri her ne pahasına olursa olsun şiddetle kırmak, yıkmak ister. Ulaşılması arzu edilen şeye mani olunursa durum terörle neticelenir.

Batı toplumlarında olduğu gibi, Türkiye'de kişinin onuru, O'na güven, ferdiyetçilik ve bunun felsefesi tarihi bir süreç içinde gelişmemiş, toplum bu felsefenin potasında yoğrulmamış, netice olarak kişinin kendisinin küçük bir dünyası oluşmamıştır. Bu dünyanın varlığı, insanlar arasında saygının temeli olup Türk Toplumunda bunun eksikliği hissedilmekte, bu da insanlararası ilişkilerde anormal tavırlara yol açmaktadır.

2 — Kültürel Etkenler

Türkiye kültürel yönden iki ayaklı bir ülkedir. Bir ayağı doğuda yani İslam dünyasında, diğer ayağı batıdadır. Gerçekten Tanzimatdan beri batı kültürünü, batı zihniyetini almaya yönelmiş olan Türkiye, özellikle Atatürk Cumhuriyetinin son otuz yılında batı ile hem politik hem ekonomik açıdan kesif bir bütünleşmeye girmiştir. Bu nedenle batıdaki ekonomik yapıyla, gelişimle başbaşa giden kültürel yapı, Türkiye'ye ekonomik ve sosyal yönden tabansız ve temelsiz olarak girmiş, girmekte ve girecektir de. Batı kültürünün etkisi altında kalan bir kesim Türkiye'yi hızla değiştirmek isterken, gereğini hissederken toplumdan kopmakta, kopmaya mahkum olmakta, zira getirmek değiştirmek istediği koşullarla özlemini duyduğu dünyanın koşulları arasında bir uçurum bulunmaktadır.

Aynı kesimin batıdan etkilenecek, değiştirme arzu ve hayalleri diğer kesimin, yani geleneksel Türk - İslâm Kültürü'ne bağlı kesimin —ki bu bağlilikta din, tarih, dil ve yaşam tarzının payı büyüktür— tepkisine yol açmakta, böylelikle her iki kesimde arzu ve isteklerini silahla kabul ettirmeye çalışmakta ve dolayısıyla teröre karşı terör olgusu meydana çıkmaktadır.

Toplumdaki hızlı teknolojik değişimler toplumun soyut kültürel değerlerini de süratli şekilde etkilemektedirler. Yani toplumda sarılacak, bağlanacak, bağlanılacak bir hüküm, değer hükmü kalmamaktadır. Buna ekonomik yapıdaki az gelişmişliği de ekleyince «gemisini kurtaran kaptan» misali herkes kısa yoldan varlıklı olmaya çalışmakta bu arada bazıları da kanlı banka soygunlarını çıkar yol olarak görmektedirler.

Kitlesel iletişim araçlarının da payı büyüktür terörde. Gerçekten gerek basınla, gerek radyo - televizyonla kitlelerin dünyası gündün güne genişlemekte, yeni bilgi ve görgüler yeni ihtiyaçlar yaratmakta, yeni ihtiyaçlar da kişiyi yeni arayışlara yöneltmekte, tatmin olmayan ihtiyaçlar da kişiyi gerilime sürüklemektedirler(8).

Öte yandan kitlesel iletişim araçlarının teröre bir çok katkısının yanında üç önemli katkısı daha vardır. Bu araçların topluma anarşik hareketleri sansasyonel bir tarzda vermeleri toplumda terör vasıtasıyla kabullenilmek isteyen tiplerde terörist eylemlere iştahı artırmaktadır.

(8) Szabo : Comment deviont-on criminel? Rev. İn. Crim. et Pol. Tec. 1977 s. 15.

Ayrıca şiddet eylemlerine biyolojik ve psikolojik yapıları itibariyle yatkın olanlara harekete geçme fikri vermekte ve adeta bu eylemler için bardağı taşıran son damla rolü oynamaktadır(9).

Bir başka açıdan da basın, radyo ve televizyonun eylem hakkında verdiği bilgilere, bulgulara göre, teröristler tanıkları etkileyebilmekte ve onları devreden çıkarabilmekte veya çeşitli şekillerde delillerin karartılması yoluna başvurmakta, saklanma yolları aramaktadır.

3 — Siyasal Etkenler

Toplum sorunlarının çokluğu kişiyi çözüm yolları aramaya itmektedir; Gerçekten tüm sorunların siyasi ve ekonomik düzenden, bu düzenin bozukluğundan kaynaklandığına inanan ve kendisinin her şeye kadir olduğunu hisseden, her arzu ettiğini yapabileceğini düşünen bir toplumsal kesim düzeni değiştirmek, yepyeni bir düzen kurarak bu sorunları en kısa zamanda çözüme kavuşturmayı hesaplamakta ve silahlı mücadeleyi bunun için vasıta olarak görmektedir(10).

Türkiye’de siyasal partiler her ne kadar otuz yıldan beri demokratikleşme yönünde bir hayli mesafe katedmiş ise de, futbol takımı tutmaktan pek farklı olamamıştır; Gerçekten siyasal partiler birbirini yıkmak için terörü bir bahane, adeta kendilerini iktidara getirecek bir vasıta olarak görmüşler, yöneticiler sorumlu hareket edememişler, kendilerini tüm Ulusun temsilcileri sayamışlar, birleştirici olmayarak, bölücü olmuşlardır.

İktidar olma hırsı, karşıt partiye güvensizlik, seçim sisteminin getirdiği dağınıklık ve bir partinin iktidara tek başına gelemeyişi siyasal yapıyı daha da hassas kılmış, bunun getirdiği güvensizlik, kamu personelinin huzursuzluğunu, sık sık yer değiştirmesini beraberinde getirmiş, tüm bunların neticesi güvenlik güçleri görevlerini yapamaz olmuşlar, üstelik politik kamplara ayrılarak soruna başka boyutlar katmışlardır.

Bütün bunların neticesi doğan otorite boşluğu terörü ve teröristi takip etme olanağını yok etmiş, terör sokağa hakim olmuş-

(9) Berger : Le cinema comme facteur de delinquance juvenile, Rev. Ін. Crm. et Pol. Tec. Volume X no : 4 1956. s. 284.

(10) Ponsaers. Modeles pour analyser le phénomène du «terrorisme» - Deviance et Societé, Geneve, 1978, vol. 2 No: 1. s. 4 ve dev.

tur(11). Anarşist yakalanmamış veya yakalanamamıştır, suçlular sokakta kalmış, bu da terörü artıran, eylemciye ümit veren bir faktör olmuştur.

Bu gün artık siyasi amaçlı teröre ulusal olmaktan ziyade, uluslararası bir gözle bakmak gerekir. Gerçekten bir ülkede meydana gelen organize terörde, bir başka ülkenin varlığı, hatta birinci planda görülen ülkelerin arkasında büyük süper devletlerin varlığı bir gerçektir(12). İdeolojik amaçlarla yapılan bu eylemler iktidarları yıkararak düzeni değiştirme amacı gütmektedirler.

4 — Ekonomik Etkenler

Anarşinin en önemli faktörlerinden birisi hiç şüphesiz endüstrileşme olgusudur; Gerçekten bu olgu son yirmi yılda Türkiye'nin iç güç dengesini değiştirmiş, köyden şehire akımı başlatmıştır(13). Bu akım neticesi Türkiye genelinde şehirleşme gelişmiş, geleneksel şehirli kesimi ile göçmen köylü - işçi bir şehrin iki büyük unsurunu oluşturmuş, bu durumda sosyal değerler kargaşası yaratmıştır. Ayrıca gözü açılan, yeni şeyler gören kitleler için yeni ihtiyaçlar da onları yeni istek arayış ve düşüncelere götürmüştür.

Aynı paralelde yeni sosyal sınıflar türemiş ve büyümüş, eskiye göre bir hayli gelişmiş, bu da toplumsal gelirin paylaşılmasında daha fazla istemeye yol açmış, hatta bunlardan bir kesimi daha da ileri giderek mevcut siyasi ve ekonomik düzen değiştirmenin yollarını aramıştır.

Yapısal işsizlik ve dışa bağımlı ekonomik krizin yarattığı istihdam azalması, gelir dağılımındaki adaletsizlik de terörün önemli faktörleri olmuşlardır; Gerçekten herkesin iş sahibi olduğu, daha çok adaletin ve eşitliğin istendiği bir dünyada bazılarının kısa zamanda milyonlar kazanması diğerlerinin sadece günlük yaşamları için çalışmaları, bazı insanları anarşik eylemlere götüren nedenler-

(11) Ozankaya : Türkiye'de terörün etkenleri ve çözüm yolları, S.B.F.D. Cilt -XXXIV No. 1-4, s. 51 ve dev.

(12) Pmatel : Criminologie et Science politique (de la société criminogène à la guerre civile mondiale). R.S.C. 1971 s. 151.

(13) Dönmezer : age. s. 231.

Violence politique et ville : Le cas de l'Italie - La ville et la criminalité. Dixième congres international de défense sociale, Thessalonique 28 sep-2 oct. 1981 s. 68 ve dev.

Tosun : Les causes et les remèdes du terrorisme en Turquie, Annales de la Faculte de droit d'Istanbul. İst. 1980 s. 117.

dendir. Ayrıca bu çerçevede bazılarınca dünya kap-kaç dünyası olarak değerlendirilmekte, kolay ve kısa yoldan zengin olunmak için silahlı yağmalara başvurulmaktadır.

Türkiye'nin batıya açılması, özellikle 1960'lardan sonra Avrupa'ya işçi akımı, Türkiye'nin çehresini değiştirmiş, Türk toplumunun gözünü açmış, batıyı tanıma Türk insanını daha müşkül-pesent, daha çok isteyen ve arayan biri yapmış bu da içerideki gerilimi artırmıştır. Öteyandan aynı açılma Türkiye'deki teröre uluslararası örgütler ve silah kaçakçılarıyla işbirliği olanağı vermiş, böylelikle anarşinin boyutları daha çok büyüyerek uluslararası bir nitelik almıştır.

III — KAPSADIKLARI ALANA GÖRE TERÖR

Terörist eylemler ya sadece belirli bir ülkenin hudutları dahilinde organize ve icra edilmekte, ya da herhangi bir ülkede icra edilmekle beraber başka ulusal topraklarda organize edilerek uluslararası işbirliği sonucu gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle organize oluş alanlarına göre terörü ulusal ve uluslararası alanda olmak üzere iki kısma ayırmak mümkündür(14).

Terörü ulusal ve uluslararası terör olarak ayırmakta bir açıdan faydasızdır. Zira içerideki yani ulusal sınırlar içindeki organize terör geniş ölçüde dış güçlere bağlı onların yardımıyla ayakta durmakta ve yaşamaktadır. Özellikle doğrudan veya dolaylı yollarla veya küçük Devletler aracılığı ile büyük devletlerin bu tip organize terörün arkasında olduğu mutlaktır(15).

Ulusal planda terör iki şekilde karşımıza çıkmaktadır; Ya ferdi, ya da organize, yani ya doğrudan doğruya ya da dolaylı şekilde belirli amaçlarla birleşmiş birden çok kişinin işidir.

Kişisel terörde mağdur ve fail takdir ve genellikle amacında adi niteliktedir, yani siyasi saik yoktur. Türkiye'nin daha ziyade kırsal kesiminde görülen adam öldürmeler bu kategoriye girer. Bu tip şiddet toplum hayatında her zaman var olagelmıştır. Bunların altında çeşitli kan davaları olabileceği gibi, kız kaçırmalar, çeşitli cinsel suçlara reaksiyon, ekonomik çıkar uyuşmazlıkları da olabilir.

(14) Bayraktar : Siyasal suç, İstanbul. 1982. s. 165.

(15) Giritli : Milletlerarası terörizm. İd. Hu. ve İl. Der. yıl 2, sayı 2, Ağustos 1981. s. 63 ve dev.

Toplu teröre tarihte bir çok örnek göstermek mümkündür. Bunlara Osmanlı tarihinde merkezi iktidara karşı başkaldırmaları, Celâli İsyanlarını, Yeniçeri Ocağının kaldırılması münasebetiyle yapılan kıyımı, aynı şekilde Fransa'da yeni çağlarda yapılan din çatışmalarını, XIV Louis zamanındaki iç terörü dahil edebiliriz(16).

Organize teröre gelince, bunlarda organize olmuş bir kitle, bir grup insan terörü belirli amaçlarla yaptığı için bunların failleri birden fazladır. Mağdur tek olabileceği gibi birden fazla da olabilir. Bunlar ekonomik bir çıkar için hareket edebilecekleri gibi siyasi çıkar ve intikamlar veyahutta nihai siyasi amaçlar için mala karşı cürüm işlerler. Türkiye'nin son on yılda kentsel çevrede yaşadığı anarşi, bu tip terörün örneğidir.

Bunlardan başka, birde Devlet teröründen söz edilebilirki —bu da bir nevi organize terör sayılır— insanlık tarihi bunun sayısız örneklerini, özellikle kanlı ihtilaller, koyu diktatörlükler döneminde yaşamış ve halen yer yer yaşamaktadır. İnsan onur ve haysiyetine siyasi hırslar ve ihtiraslar nedeniyle saygı göstermeyen ve her nâsılsa bir toplumda en etkili ve iktidarı eline almış güçler, belirli ideolojiler uğruna muhalefeti kanla susturmuşlardır ve susturmaktadırlar ki bunların failleri de mağdurları da çoğunlukla topludurlar. Fransız ihtilali yılları, Hitler, Almanyası(17), Stalin Sovyetleri, bugünkü İran ve çeşitli diğer diktatörlüklerde olduğu gibi.

(SÜRECEK)

(16) Leauté : agm. s. 785. Szabo : agm. s. 381.

(17) Nagel : Une vue socio-Legale sur la réréssion du terrorisme, conference sur «la défense de la démocratie contre le terrorisme en Europe : Taches et problèmes» Strasbourg 1980 s. 9.

İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI DOLAYISIYLA ÖNÖDEME ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Erdener YURTCAN (*)

PLAN: 1 — Önödeme kurumunun hukukî niteliği. 2 — CMUK.nun 153/1, 163/1, 150, 257 ve 258. maddelerinin dayanak yapılması. 3 — Birlikte suç işleyen failer için farklı işlem sorunu. 4 — Savcılığın önödeme kurumunu uygulamasının zorunlu oluşu.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Bölümü Genel Kurulu 11.4.1983 tarihli ve E. 1983/2, K. 1983/2 sayılı kararında (kararın metni için bkz. RG., 11 Haziran 1983, sy. 18074), iddianamede belirtilen suç vasfının duruşmada değişmesi durumunda, sanığın, eylemi için önödeme kurumunu uygulanmasının mümkün olduğunun anlaşıldığı hallerde (TCK. m. 119), mahkemenin sanığa 10 günlük süre tanınmasına, sanığın bu süre içinde cezayı ve yargılama giderini ödemesi ile davanın düşmesine karar vermesi gerektiği açıklanmıştır.

Hemen belirtmekte yarar vardır ki, Yargıtay'ın ulaştığı sonuç **de lege lata** (pozitif hukuk, olan hukuk) bakımından yerinde değildir. Bu kaniya götüren gerekçeler şu biçimde sıralanabilir :

1 — Önödeme Kurumunun Hukukî Niteliği: Bu kurum bir ceza yargılaması kurumudur. Niteliği bakımından yapılacak bir değerlendirmede, kurumun «yargılamasız cezalandırma» kavramı(1) içinde yer aldığı göz önünde bulundurulması gerekir. Önödemede yargılama yoktur, çünkü savcının yaptığı hazırlık soruşturması sonunda, bu kurumun uygulanabileceğini saptaması halinde, yaptığı bildirim üzerine, failin yasal cezayı ödemesi ile konu kapanmaktadır. Faille devlet arasında bir uyuşma sağlanmakta ve yargılama yapılmamaktadır. Ceza yargılamasının aşamaları açısından

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Karar için bkz. YKD., Cilt : 9, Sayı : 7, Temmuz - 1983 s. 945-954 (YKD).

(1) Kavram için bkz. Yurtcan E., CMUK.nun 50. yılını kutlama sempozyumuna sunulan bildiri.

dan düşünüldüğünde, önödemenin işlediği bir olayda, hazırlık so- ruşturmasından sonra doğrudan doğruya infaz gerçekleşmektedir.

Önödemeye ikili bir nitelik tanımak —İBK.da yapıldığı gibi— bence yerinde değildir. Önödeme bir ceza hukuku kurumu say- mak ve bunu «ceza ilişkisini sona erdiren nedenler» arasında gös- termek, ancak önödemenin TCK.nun 119. maddesinde yer aldığı eski dönem bakımından yerinde olabilir. Çünkü o zaman 119. madde, «kanunda hilafı yazılı olmadıkça, en çoğu elli liradan iba- ret hafif para cezası tayin kılınmış kabahat failleri, **duruşmadan evvel** kabahat için muayyen para cezasını ödeyerek, hukuku amme davasını ortadan kaldıracaklar» biçiminde kaleme alınmıştı ve fail hakkında ceza davası açılıp «ceza ilişkisi» doğduktan sonra önödeme mekanizmasının işlemesi mümkündü. Oysa daha sonra bu kurum 1973 yılında ek 5-9. maddelerle CMUK.na aktarılmış(2) ve önödemenin bir «yargılamasız cezalandırma» türü olduğu kabul edilmiş ve ceza ilişkisinden önce bu kurumun işlemesi öngörü- müştür. Daha sonra 1981 yılında 2370 sayılı Yasayla kurumun uy- gulama alanı daha da genişletilerek tekrar TCK.nun 119. madde- sine aktarılmıştır, fakat hukukî niteliğinde değişiklik yapılmamış- tır. Önödeme kurumu yine «yargılamasız cezalandırma»nın bir tü- rü olarak kalmıştır. Bu bakımdan kurumun ceza yargılaması için- de yer aldığı kabul edilmesi yerinde olur. Buna karşı çıkılarak, önödemenin bugün TCK.da yer aldığı ve bunun da kurumun bir ceza hukuku kurumunun göstergesi olacağı belirtilmesi de ben- ce geçerli değildir. Belirtiyim ki, son yasal değişiklikle kurumun CMUK.dan TCK.na taşınması yanlıştır. Ayrıca bir hukuk kuru- muna niteliği tanınırken, bu kurumun hangi yasada yer aldığı temel alınması da doğru sonuca götürmez.

Önödemenin hukukî niteliği açısından yapılan bir araştırmada, bugünkü yasal durum göz önünde bulundurularak ileri sürülebi- lecek bir dayanak vardır. O da şudur: 119. madde istisnâ durum- larda, işin doğrudan doğruya mahkemeye aktarıldığı olaylarda da bu kurumun uygulanmasını kabul etmektedir (TCK. m. 119/6). Böyle bir durumda mahkeme sanığa süre tanıyacak ve ceza ile yargılama giderini ödemesi halinde, davanın düşmesine karar ve- recektir. Burada faille devlet arasında doğmuş bir ceza ilişkisinin sona ermesi söz konusudur. Ancak dikkat etmek gerekir ki, bu yo- lun uygulanması bugün istisnâ bir durumdur ve bu istisna temel

(2) Geniş açıklama için bkz. **Yurtcan E.**, Ceza Yargılaması Yasası 1973 Değişikliği, İstanbul 1978.

alınarak bir kurumun hukukî niteliğinin saptanması bence yerinde olmaz. Bir hukuk kurumuna niteliğini kazandıran etkenler, o kurumun temelini belirleyen ilkelerdir. Bugün için Türk hukukunda, bu istisnâî kurala rağmen, önödeme bir «yargılamasız cezalandırma» örneğidir ve ceza yargılaması içinde yeri olan bir kurumdur.

2 — CMUK.nun 153/1, 163/1, 150, 257 ve 258. Maddelerinin Dayanak Yapılması : İBK.da suç niteliğinin değişmesi halinde 119. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda madde metninde bir hüküm bulunmadığı belirtildikten sonra, yukarıda sayılan maddeler sıralanarak, mahkemenin 119. maddeyi uygulamasının **zorunlu olduğu**, aksi düşünce ile, daha az inceleme ile dava açma durumunda olan mercie tanınan yetkiyi, irat ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve soruşturmadan edineceği kaniya göre takdir edecek olan mahkemeye tanınanın hukuku imkânsız olduğu açıklanmaktadır. Bu düşüncelere katılmak mümkün değildir. İlk belirteyim ki, kararda sıralanan maddeler, ceza yargılamasının genel akışı için geçerli ve temel maddelerdir. Ancak bunları bir «yargılamasız cezalandırma» örneğine uygulamak ve dayanak yapmak mümkün değildir. Bu maddeler gerçekten iddia - savunma - yargı üçgeni ile oluşan ceza yargılaması hukukunun temel direkleridir, fakat önödeme kurumunun dışında ve bu kuruma yabancı kavramlardır. Hele 257. maddenin dayanaklar arasında sıralanması ve «eylemi niteleme özgürlüğü» (tavsif yetkisi) adını verdiğimiz ilkenin(3) önödeme kurumu içine taşınması yadırgatıcıdır.

Bence Yargıtayı bu sonuca götüren etken, mahkemeyi savcılığın üstünde bir makam kabul edıştır. Oysa yargılama hukuku ilkeleri içinde bu tür bir astlık - üstlük değerlendirmesi sakıncalıdır. Bir kamu hukuku dalı olarak yargılama hukukunda ve ceza yargılaması hukukunda, «her makam yetki alanı içinde özgürdür» ilkesini uygulamak zorunludur. Bu ilke gözden kaçırıldığı takdirde, yargılamanın öteki güçleri arasında da astlık - üstlük değerlendirmeleri ortaya çıkar ki, sözgelimi savcılığın savunmadan üstün olduğu gibi, bu sonuçlar yargılama hukuku için son derece tehlikelidir ve özellikle ceza yargılamasının da ülkedeki hukuk devleti ve temel hak ve özgürlüklerin bir sismografi olduğu göz önünde tutulacak olursa, tehlike daha da büyüyecektir.

Önödeme konusunda temel nokta, savcılığın bu kurumun uygulanmasında «egemen güç» olduğunu kabul etmektir. Bunun so-

(3) Bkz. Yurtcan E., Kesin Hükümün Önleme Etkisi, İstanbul, 1973.

nucu olarak, savcılığın dışındaki makamlar ,sözgelimi mahkeme ancak yasanın istisnalarla yetkilendirdiği durumlarda ve bu çerçevede içinde görev yapmak durumundadırlar ve bu yasal yetkilerini aşmaları da mümkün değildir. Aksine bir çözüm kurumun temelini çökertir.

3 — Birlikte Suç İşleyen Failler İçin Farklı İşlem Sorunu :

İnceleme konusu İBK.da verilen bir örnekle, birlikte suç işleyen faillere farklı işlem uygulanmaması için de mahkemeye önödeme kurumunu uygulama yetkisinin verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Fakat dikkati çeken bir durum, örnekte iki sanığın yargılanmasının söz konusu olduğu zaman dilimi ve yararlanılan kavramlar farklı olmasına rağmen (şikâyetin geri alınması varsayımı), her iki sanık için eş sonuca ulaşılmak istenmektedir. Oysa gözden kaçırılmaması gereken durum şudur : Ceza yargılamasında eş durumda bulunanlara ancak eş işlem yapılabilir. Durumları eş olmayanlara ya da yargıç tarafından eş duruma lâyük olarak kabul edilmeyen sanıklar için eş işlem yapılması mümkün değildir. Ayrıca yargılamanın farklı durumlarla farklı sonuçlara ulaşabileceğinin de dikkate alınması gerekir. Bu soyut açıklamaların ışığında karardaki örnek değerlendirilirse, mağdur şikâyetini geri aldığında, sonuç farklı olacaktır. Bir karşı örnekle durumu perçinlemek de mümkündür. Sanığın ölümü kamu davasının düşmesi sonucunu doğuran bir nedendir. İki sanıktan biri öldüğünde, onun hakkında açılmış olan kamu davasının düşmesine karar verildiğinde, öteki sanık için yargılamaya devam olunarak suçlu bulunup mahkûm edildiğinde, iki sanık için farklı hukuki neticeler yaratan uygulamadan söz edilebilecek midir? İBK.nın mantığına göre bu sorunun cevabı evet olmalıdır. Oysa farklı sonuç, farklı durumdan doğmaktadır ki, yasaya uygundur.

4 — Savcılığın Önödeme Kurumunu Uygulamasının Zorunlu Oluşu :

TCK.nun 2370 sayılı Yasayla değişik 119. maddesinde bugün için önödeme kurumunun uygulanması savcılık için bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bu sonuca ulaşmamızı sağlayan dayanak 119. maddenin 6. fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkrada, bugün için ancak özel yasalar gereğince işlerin doğrudan doğruya mahkemeye aktarıldığı durumlarda(4), mahkemeler önödeme yolunu uygulayabilirler. Ayrıca yine aynı kapsam içinde, ceza kararnameyi yoluna itiraz üzerine duruşma açıldığında da mahkeme

(4) Özel durumlar için bkz. Yurtcan E., Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 1982, s. 570-571.

önödemedi yararlanabilir. Oysa daha önceki düzenlemede, kurum CMUK.da yer alırken (1696 sayılı Yasayla) ek 8. maddede, «yukarıki madde hükmü yerine getirilmeden dava açılmışsa...» ibaresi yer almaktaydı. Bundan çıkan sonuç o dönemde önödeme kurumunun savcılık açısından mecburen uygulanan bir kurum niteliği taşımadığıydı. Bu bakımdan savcılık hazırlık soruşturmasında bu yola gitmediğinde, mahkemenin bu kurumu uygulaması ve ek 8. maddede ile sorunu çözmesi mümkündür.

Bu açıklamalardan sonra ulaşmak istediğim sonuç şudur: Yasa koyucunun izlediği yol göz önünde tutulursa, savcılığın hazırlık soruşturması sırasında önödeme kurumunu uygulamasının mecburiyeti de eklenince, mahkemenin bu kurumu uygulama alanının daraltıldığı yönünde olmaktadır. Tekrarlamak gerekirse, daha önce hazırlık soruşturması devresinde önödemenin uygulanmadığı tüm durumlarda, mahkemeye bu kurumu uygulama olanağı tanınmışken, son yasal durum bunu ancak «özel yasal kurallar» çerçevesi ile sınırlamıştır. Demek ki mahkemelerin bu kurumu son soruşturmada uygulamaları yetkisi daraltılmak istenmektedir. Fakat İBK. ulaştığı sonuçla bu alanı genişletmektedir. Bu durum yasa koyucunun amacı ile bağdaşmamaktadır.

Denebilir ki, koşullar değiştiği için mahkemeye yetkiyi tanımak yerinde olur. Buna karşı ilk cevap, bu alanda yasadaki açıklık olmadığı ve yetkilerin yasalarla sınırlı olduğu olacaktır. Bu dayanak çok güçlü sayılmadığında, yukarıda sözü edilen yasa koyucunun amacı ve bu amaç doğrultusunda yaptığı yasal değişiklikler ileri sürülebilir. Bunlarda mahkemenin bu alandaki yetkisinin daraltıldığı açıkça saptanmaktadır. Buna aykırı bir yorum, yorum ilkeleri ile bağdaşmayacağından, yanlış sonuca götürecektir. Son bir nokta olarak önödemenin bir «yargılamasız cezalandırma» örneği olarak istisnai bir kurum olduğunun ve istisnaların da ancak bunların kabulü amacı ile dar çerçeve içinde uygulanacaklarının gözden uzak tutulmaması gerektiği ileri sürülmelidir.

Sonuç olarak Yargıtay'ın İBK.da ulaştığı sonucun bugün için olan hukuka uygun olmadığı, ancak **de lege ferenda** açısından yeni bir düzenleme için bir öneri olacağı söylenebilir. Fakat Türk hukukunda İBK.ların bağlayıcılık etkisinin de bu arada unutulmaması gerekir, çünkü bu karar ortadan kalkmadığı sürece, «yaşayan hukuk» olarak hukuk dünyasındaki yerini koruyacaktır.

MÜŞTEREK VE İŞTİRAK HALİNDEKİ MÜLKİYETTE HIRSIZLIK

Ahmet GÜNDEL (*)

PLAN : Giriş. BİRİNCİ BÖLÜM. I — Türk hukukunda toplu mülkiyet. A — Müşterek mülkiyet. B — İştirak halinde mülkiyet. İKİNCİ BÖLÜM. II — Eski hukukumuzda durum. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM. III — Mukayeseli hukukta durum. A — Eski İtalyan Ceza Kanunu. B — Yeni İtalyan Ceza Kanunu. C — Hollanda Ceza Kanunu. D — Diğer bazı ülkeler ceza kanunlarında durum. DÖRDÜNCÜ BÖLÜM. IV — Türk hukukunda durum. A — Doktrin. B — Yargıtay içtihatları. BEŞİNCİ BÖLÜM. V — Düşüncelerimiz. VI — Sonuç.

GİRİŞ

Toplumsal yaşantının gelişmesiyle beraber hukukun, daha önceden ortaya çıkabileceğini düşünemediği olaylar için normlar koyamadığı ve bu hususta kanun boşlukları doğduğu bir gerçektir. Bunun tabii karşılamak gerekir. Zira belirli olaylar ortaya çıkar, bir sorun teşkil eder ve bir tecrübe aşamasından sonra bu türlü eylemleri hukuk, kurallar koymak suretiyle kapsamına alır.

Yine şu da sabittir ki, gelişmemiş ya da gelişmekte olan ülkeler günümüzde de, sanayileşmiş memleketleri çok gerilerden takip ederler. Bu gerçek ülkemiz açısından da geçerlidir.

Gelişmiş bir ülke, geçirdiği tecrübeler sonucu, ortaya kalkınması ile beraber çıkardığı sorunları hukukun kapsamına almakta, ya da zaten bu kapsam içerisinde olan durumları çağa uygun hale getirmektedir. Diğer ülkeler ise, ekonomi ve hukukta olan bu gelişmeleri bir hayli gerilerden izlerler.

(*) Şebinkarahisar C. Savcı Yardımcısı.

Yukarıdaki açıklamalarımıza bir örnek verecek olursak; 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu —bazı değişikliklerle— 1926 yılında ülkemiz tarafından kabul edilmiş, bugüne kadar da yürürlüğünü sürdürmüştür. Oysa İtalyan toplumu sözü geçen Ceza Kanununu, gelişmesine paralel olarak 1930 yılında ülke şartlarına uygun hale getirmiştir.

Şunu demek istiyoruz; gelişen uygarlık hukuka yansımadağı müddetçe kanunlarda çeşitli boşluklar doğacaktır. Ancak kanun koyucular, bu boşlukları ne kadar kısa zamanda doldururlarsa, hukukun gelişmesine o nisbette yardımcı olacaklardır.

1889 tarihli (Eski) İtalyan Ceza Kanunu, hırsızlıkla ilgili hükümlerini koyarken 402. maddesinin 2. fıkrasında : «Hırsızlık cürmü, henüz ifraz ve taksim edilmemiş tereke veya müşterek eşyaya karşı zilyed olmayan varis veya ortak tarafından vaki olsa dahi, aynı ceza hükmolunur» demek suretiyle, biraz sonra açıklamaya çalışacağımız» Toplu mülkiyette hırsızlık» sorununa bir açıklık getirmiştir.

Bu hüküm, kaynak kanun kabul edilirken, o zamanın şartlarında uygulaması olmayan bir kural olarak görülmüş (olacak ki), Türk Ceza Kanununa alınmamıştır.

Ancak, bugün için şu sorun ortaya çıkmıştır; müşterek ya da iştirak halinde mülkiyete konu teşkil eden bir malı, paydaşlardan birisi, diğeri ya da diğelerinin rızası hilafına yararlanmak üzere alacak olursa, hırsızlık suçu oluşmuş sayılacak mıdır?

İşte, aşağıda yapacağımız açıklamalar, umuyoruz ki bu sorunun çözümüne ışık tutacaktır.

B İ R İ N C İ B Ö L Ü M

I — TÜRK HUKUKUNDA TOPLU MÜLKİYET

«Toplu mülkiyette hırsızlık» sorununa girmeden önce, bunun Medenî Kanunumuz yönünden açıklamasına kısaca değinmekte yarar vardır.

A — Müşterek Mülkiyet

MK. m. 623/1 göre : «Birden ziyade kimseler, şayan bir şeye malik olur ve hisseleri bilfiil taksim edilmemiş bulunursa onlar, o şeyin hissedarlarıdır».

Bu tanıma göre «Tek bir mülkiyet konusu olan malda», maliklerden her birinin hakkı, o şeyin tamamına yayılmış bulunmaktadır. Mülkiyet hakkı bir kişide değil, birden çok kişiler üzerinde toplanmış, bu nedenle de ortaklar arasında «Müşterek mülkiyet birliği» meydana gelmiştir.

Bu tür mülkiyette maliklerden her biri, mülkiyete konu teşkil eden mal üzerinde belirli bir hisseye (Paya) sahip olmakta, bu nedenle böyle ortaklıklara «Paylı ortaklık - Paylı mülkiyet» denildiği de görülmektedir.

Yukarıdaki anlatımlara göre bir kısım yazarlar müşterek mülkiyetin tanımını yapmışlardır.

Saymen - Elbir'e göre; «Müşterek mülkiyet, birden ziyade kimselerin, aynı eşya üzerinde bilfiil taksim edilmemiş hisselerle malik bulunmalarından husule gelen bir birlikte mülkiyet şeklidir»(1).

Bugün, İsviçre - Türk hukukunda hakim görünen görüş, müşterek mülkiyet konusu eşya üzerinde tek bir mülkiyet hakkı bulunduğunu ve bu tek mülkiyete bütün müşterek maliklerin hepsinin sahip olduğunu, yoksa, mülkiyet hakkının müşterek malikler arasında bölünmüş olmadığını ileri sürmektedir. Müşterek malikler, mülkiyet hakkının kullanılması açısından mülkiyeti oluşturan yetkilerden «Bölünebilir» nitelikte olanları payları nisbetinde tek başlarına kullanabilmekte, «Bölünemez» nitelikte olan yetkileri ise tek başlarına kullanma imkânına sahip olmayıp, bunları birlikte kullanabilmektedirler(2).

Müşterek mülkiyette paydaşlardan her birinin hakkı, malın her bir parçasına dağılmıştır. Şu halde malın her bir noktası üzerinde hak sahibi olan paydaş, ortaklık malının hem maliki durumunda bulunur, hem bulunmaz. Kısacası paydaş, müşterek mülkiyet konusu olan mala «kısmen» malik bulunmakta, kısmen de bulunmamaktadır. Malın niteliği itibarıyla taksime elverişli olup da mal ayrı ayrı parçalara bölünüp, ayrı mülkiyet konusu olmuştuksa artık müşterek mülkiyetten bahsedilemez, müstakil şahıslara ait kişisel mülkiyet söz konusu olur.

-
- (1) F. HAKKI SAYMEN - H. KEMAL ELBİR, Türk Eşya Hukuku İstanbul 1954.
 (2) Prof. Dr. M. K. OĞUZMAN - Doç. Dr. Ö. SELİÇİ, Eşya Hukuku İstanbul 1978.

B — İştirak Halinde Mülkiyet

MK. m. 629'a göre: «Kanun mucibince veya bir mukavele ile iştirak teşkil eden kimseler bir şeye malik olurlarsa, her birinin hakkı, o şeyin tamamına sari olur».

Açık olmayan bu tanım karşısında bir kısım yazarlar iştirak halindeki mülkiyetin tanımını yapmışlardır. Bunlardan İ. Öktem'e göre: «İki veya daha ziyade şahısların -aralarında tüzel kişilik kurmaksızın -mukaveleden veya hısımlıktan doğan şahsî ve hukukî iştirake müsteniden bir patrimuana (Malvarlığına) malik olmaları halinde, o patrimuana dahil şeyler ve haklar üzerinde iştirak halinde mülkiyet münasebeti teessüs eder»(3).

İştirak halindeki mülkiyet, aralarında bir ortaklık bağı bulunan kimselerin, bu ortaklıkları sebebiyle bir mala sahip olmaları halidir(4).

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi müşterek mülkiyetin aksine, iştirak halinde mülkiyette mal edinme, mülkiyet öncesi kurulan bir anlaşmaya, bir duruma dayanmakta ve bu halde iktisapta bulunulmakta; buna karşılık müşterek mülkiyet ilişkisi, paydaşların mala ya da hakka sahip olmalarıyla ortaya çıkmaktadır.

Şunu hemen belirtmekte yarar var ki, gerek «müşterek mülkiyet» gerekse «iştirak halindeki mülkiyet» münasebetiyle kurulan ortaklıkların tüzel kişilikleri mevcut değildir. Zira tüzel kişilik, tek bir kişiliği ifade eder. Bu kişiliğin olan hak ve malların da ona ait olması gerekeceğinden ortada birden çok kişilerin mülkiyetine konu olan bir ortaklık değil, aksine tek şahıs mülkiyeti vardır.

Ortaklar mülkiyet hakkına topluca sahip olup, bu tür ortaklıkta pay söz konusu değildir. Bu nedenle de bu tür mülkiyete «Elbirliği» mülkiyeti denilmiştir.

Müşterek mülkiyette olduğu gibi, iştirak halindeki mülkiyette de maliklerden her birinin hakkı, malın her bir bölümüne (parçasına) yayılmış bulunacağından, iştirak halindeki malikler ortak mala «kısmen» malik kısmen de malik değildir. Yani ortak mal, bir hissedarın olduğu gibi diğerlerininindir de.

MK. m. 630/2'ye göre malikler: «Hilafına bir hüküm olmadığı halde şeriklerin hakları ve hususiyle malik oldukları şeyde tasar-

(3) İ. ÖKTEM, Kollektif Mülkiyette İştirak Halinde Mülkiyet İstanbul 1946.

(4) S. SULHİ TEKİNAY, Eşya Hukuku 2. Bası İstanbul 1970/1971.

ruf selahiyetleri ancak ittifak ile verecekleri karar mucibince kullanılabilir». Yine aynı maddenin son fıkrasına göre: «İştirak devam ettiği müddetçe taksim ve şayi cüzde tasarruf caiz değildir».

Bu hükümlerden de açıkça anlaşılıyor ki, paydaşların bu tür ortaklıkta tek başlarına yapacakları tasarruf geçerli olmayıp, aynı şekilde iştirak devam ettiği müddetçe yapılacak olan fiili taksimler (bölüşmeler)de geçerli değildir.

İKİNCİ BÖLÜM

II — ESKİ HUKUKUMUZDA DURUM

Konuya girmeden önce açıklamakta yarar var ki, «müşterek mülkiyet iştirak halinde mülkiyet» ayırımı İslam Hukukunda yoktur. Buna mukabil «Ortak mal - Ortaklık malı» kavramları vardır.

«Toplu mülkiyette hırsızlık» sorunu İslam Hukukunda da kesin bir çözüme bağlanmış değildir. Mezhepler arasında fikir ayrılıkları mevcuttur(5).

Bir kısım mezheplere göre; ortaklık maldan, kendi hakkından daha fazla bir miktarı alması şartıyla faile «Had» cezası uygulanır. Ancak ortaklık malın hırsızdan korunmuş olması şarttır. Ortaklık konusu mal «misli» bir mal ise tüm malın yarısından fazlasından —Nisaba baliğ olacak kadar— çaldığı takdirde hırsıza had cezası uygulanır. Eğer hırsızın çaldığı mal «kiyemi» ise, çaldığı miktar nisaba ulaştığı takdirde çalınan malın tümü ortaklığa ait olmasa da hırsıza had cezası uygulanır.

Diğer bir kısım mezheplere göre ise; ortaklık mal, bölünebilir cinsten ise ve fail hakkından fazlasını almamışsa had cezası uygulanamaz, alınan bölüm fiili bir paylaşma olarak değerlendirilir. Eğer hırsız hakkından fazlasını almışsa had uygulanır. Mal paylaşmaya müsait değilse yine aynı ceza verilir. Bu görüş, yukarıdaki görüşle benzerlikler göstermektedir. Ancak, bu mezhep içerisindeki bir gruba göre de; yukarıdaki hallerde hırsız ortağın cezai sorumluluğu vardır. Fakat verilecek ceza had değil, daha hafif bir ceza olan «Tazir»dir. Çünkü ortaklık, ağır bir ceza olan had'din uygulanmasını önleyecek bir şüphedir.

(5) A. UDEH, İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, Çev. A. NURİ İst. 1979 sy. 78 vd.

İslam Hukukuna hakim olan görüş de bu son görüştür(6). Yani müşterek ortaklığa konu teşkil eden mal, bir ortak tarafından diğerlerinin rızaları dışında alındığı takdirde «Had» cezası uygulanmaz, «Tazir» cezası verilir. Kamuya ait malların çalınmasında da hüküm böyledir. Zira alınan kamu malında hırsızın da hakkı olduğu kabul edilir.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

III — MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM

A — Eski İtalyan Ceza Kanunu

1889 tarihli Eski İtalyan Ceza Kanununun, 491. maddemize karşılık olan 402. maddesinin 2. fıkrasına göre: «Bu cürüm (Hırsızlık cürmü), henüz ifraz veya taksim edilmemiş tereke malına veya müşterek eşyaya karşı zilyed olmayan mirasçı veya ortak tarafından işlense de aynı ceza hükmolunur».

Buna göre, müşterek veya iştirak halinde malik olunan bir malı paydaşlardan biri, diğeri ya da diğerlerinin rızası hilafına alacak olursa hırsızlık suçu meydana gelmiş olacaktır.

Bahsi geçen İtalyan Ceza Kanunu, Türk Kanun Koyucusu tarafından kabul olunurken aslına bağlılık gösterilmemiş, bazı kısımlar eksik olarak, bazıları da eksik çeviri sonucunda Ceza Kanunumuza alınmamıştır. TCK.na alınmayan kısımlardan birisi de yukarıda adı geçen maddenin 2. fıkrasıdır. Bu fıkra kanunumuza alınsaydı, bugün için hiçbir sorun ortaya çıkmayacaktı.

B — Yeni İtalyan Ceza Kanunu

İtalya 1930 yılında yeni bir ceza kanunu kabul ederek eski ceza kanununu yürürlükten kaldırmıştır. Bizde Yeni İtalyan Ceza Kanunu olarak bilinen bu kanun, toplu mülkiyette hırsızlık suçunu ayrıca cezalandırmış bulunmaktadır.

Adı geçen kanunun 627. maddesine göre; kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamak için müşterek malı zilyedinden alan ortak malik, şerik veya mirasçı cezalandırılır. Böylece bu suç hır-

(6) Ö.N. BİLMEN, Hukuku İslamiyye ve İstılahı Fıkhiyye Kamusu C. 3 İst. 1952 sy. 279 vd.

sızlık suçundan bağımsız (ayrı) olarak kabul edilmiş ve hüküm altına alınmıştır.

Demek oluyor ki bu maddesiyle kanun, toplu mülkiyet konusu mallarda hırsızlığı kabul etmemek suretiyle bu nevi malların alınmasında malın, başkasına ait olması keyfiyetinin mevzu bahis edilemeyeceği sonucuna varmış bulunmaktadır(7).

Aynı ceza kanunu, yine aynı maddesinde «Misli şeylerde alınan mal hak sahibinin hissesini aşmıyorsa fiil cezalandırılmaz», demektedir. Buna göre fail, diğer paydaşların rızası olmaksızın ortak mallardan aldığı miktar hissesini aştığı taktirde, bağımsız (müstakil) bir suç olarak cezalandırılacaktır. Yeni İtalyan Ceza Kanununun bu hükmü sevketmesindeki gaye, suç kastının, hırsızlık suçunda olduğu yoğunlukta olmaması ve suç konusunun müşterek bir mal olması fikridir(8).

C — Hollanda Ceza Kanunu

Hollanda Ceza Kanununun ilgili maddesi de; «Kısmen veya tamamen başkasına ait bir malı, ortağın, yararlanmak üzere gizlice almasını» hırsızlık suçu olarak kabul etmiştir.

Burada şu hususu hemen belirtmekte yarar var ki; TCK.nun 491. maddesinde malın «başkasına ait olması»ndan bahsedilmektedir. Yani bizim Ceza Kanunumuz, malın «tamamen başkasına ait olması»nı öngörmüşken Hollanda Ceza Kanunu «Kısmen» başkasına —kısmen de kendisine —ait olan malın alınmasını hırsızlık kabul etmiştir.

D — Diğer Bazı Ülkeler Ceza Kanunlarında Durum

Yukarıda da açıklandığı gibi bir kısım ülkeler, kanunlarında açık hükümler koymak suretiyle «Toplu mülkiyete konu teşkil eden bir malın ortaklardan biri tarafından diğerlerinin rızası dışında alınmasını» hırsızlık veya başka bir suç olarak nitelendirmiş, meselenin çözümüne açıklık getirmiştir.

Bununla beraber, aralarında Türk Ceza Kanununun da bulunduğu bir kısım kanunlar, örneğin, Yeni İsviçre Ceza Kanunu, Al-

(7) Prof. Dr. N. ŞENSOY, Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar İstanbul 1956 sy. 39.

(8) Prof. Dr. F. EREM, Türk Ceza Kanunu Özel Bölümler Ankara 1978 sy. 634-635.

man Ceza Kanunu, Fransız Ceza Kanunu bu hususta açık bir hüküm getirmemişlerdir. Bu gibi ülkeler Ceza Kanunları uygulamalarında çoğunlukla bu hususu hırsızlık olarak nitelendirmişler, failler bu suçla ilişkin cezalarla cezalandırılmışlardır(9).

D Ö R D Ü N C Ü B Ö L Ü M

IV — TÜRK HUKUKUNDA DURUM

A — Doktrin

Türk Ceza Hukuku alanında «Toplu mülkiyette hırsızlık» sorunu ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulmamış, hatta bir kısım Ceza Hukuku yazarlarımızın üzerinde durmaya bile gerek duymadığı bir konu olmuştur. Ancak bazı yazarlar, aşağıda izah edileceği gibi olumlu ya da olumsuz bir takım fikirler ileri sürmüşler, Yargıtay kararlarına yer vermişler fakat, böyle nazik bir konuda bu kararları tartışmaya dahi gerek görmemişlerdir.

Hemen belirtmelidir ki bu konuda görüşlerini açıklayan bir kısım yazarlar, yabancı hukuk ve mahkeme tatbikatlarının etkisi altında «Paydaşlardan birinin ortaklık malını çalabileceği» benimsemişler, Yargıtay da çeşitli kararlarında bu görüşlere yer vermek suretiyle bu konudaki kanaatini ortaya koymuştur. Ancak Yargıtayın konuyla ilgili kararlarını ayrı bir şık altında inceleyeceğiz.

Ord. Prof. S. Dönmezer, kaynak İtalyan Ceza Kanununun 402. maddesinin 2. fıkrasının bizim Ceza Kanunumuza alınmaması karşısında, «Mirasçılar, ortaklar, müşterek mülk sahiplerinden birinin, müşterek malik buldukları mallardan birisini, diğerlerinin rızası olmaksızın alması halinde hırsızlık suçu oluşur mu?» sorusunu sormaktadır(10).

Dönmezer'e göre MK. m. 581 ve 623-631. maddelerinin karşısında bu gibi fiiller hırsızlık teşkil eder. Zira «Hisseyi aşan kısım itibariyle mal, başkasına ait sayılmak gerekir. «Aynı yazar, ortaklık mallarının fiili bölüşülmesinde bir ortağın, diğer bir ortağın hissesine düşen kısmına yaptığı tecavüzü, mesela, bölünmüş tarla üzerindeki ekinin biçilmesini de hırsızlık olarak telakki etmiştir.

(9) Prof. Dr. N. ŞENSOY, age. sy. 37 vd.

(10) Ord. Prof. Dr. S. DÖNMEZER, Ceza Hukuku Özel Bölüm İst. 1977 sy. 257 vd.

Prof. N. Şensoy, gerek müşterek mülkiyet, gerekse iştirak halindeki mülkiyette, maliklerden birisinin, diğerlerinin haberi olmaksızın yararlanmak üzere ortak malı almasını, başkasının malını alma olarak telakki etmekte ve hırsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir(11).

Prof. F. Erem'de bu gibi durumlarda ortaklık malında, paydaşın da hissesi bulunduğu ve mal «Başkasının malı» olamayacağından, başkasının malını alma şartı gerçekleşemez. Ancak şartları mevcut ise «Kendiliğinden hak alma» veya başka bir suç husule gelmiş olur demektir(12).

Nihayet, A. P. Gözübüyük'de, toplu mülkiyette, maliklerden birinin, ötekının rızasına aykırı olarak malı alması halinde hırsızlık suçu işlenmiş olur diyerek, bu konudaki bir Yargıtay kararına da işaret etmektedir(13).

B — Yargıtay İçtihatları

Gerek Yargıtay özel daireleri, gerekse Ceza Genel Kurulu çeşitli kararlarında «Maliklerden birinin, diğerinin rızası hilafına ortak malı alması halinde hırsızlık suçunun oluşacağını kabul etmektedirler.

CGK. 15.4.1963 tarih ve E. 6/14, K. 24 sayılı kararında bu konudaki görüşünü açık bir şekilde ortaya koymuştur. Buna göre : «Medenî Kanundaki müşterek mülkiyet ve iştirak halindeki mülkiyet hükümleri incelendiğinde görülür ki; maliklerden her birinin hakkı, malın her bir bölümüne yayılmış olmakla beraber, müşterek veya iştirak halindeki bir malı, maliki, tek başına benimseyip ondan yararlanamaz. Ceza Kanunundaki hırsızlık hükümleri taşınır mallardaki zilyed ve maliklik durumlarını korumak üzere kabul edilmiş bulunduğu ve toplu mülkiyette maliklerden birinin malı alması halinde onun yabancıya ait bir malı almış ve böylece hırsızlık suçunu işlemiş bulunduğu kabulü, kanun koyucunun hırsızlık hükümlerini koymakla varmak istediği amaca uygun düşecektir...».

6. CD.nin bir kararına göre : «Maliklerden her birinin hakkı, malın her bir bölümüne yayılmış bulunacağından müşterek veya

(11) Prof. Dr. N. ŞENSOY, age. sy. 37 vd.

(12) Prof. Dr. F. EREM, age. sy. 634-635.

(13) A. P. Gözübüyük

İştirak halindeki mülkten, malikler tarafından malın bir parçasının alınması hırsızlık suçunu teşkil eder»(14).

Ancak, belirtelim ki, Yargıtay, sonraki tarihli kararlarında önceki katılığını nisbeten yumuşatarak paydaşların, hisse nisbetlerini aşarak ortak mallardan yararlanmak kastıyla almasını hırsızlık saymaktadır(15). Bu duruma göre hırsızlık suçu, paydaşların hisselerine tecavüz suretiyle elde ettikleri menfaat oranında gerçekleşecektir. Bu içtihat, 1973 tarihli bir CGK. kararıyla da teyit edilmektedir(16).

Fakat, 6. CD.nin 30.11.1967/6457-6469 sayılı kararındaki gerekçe de dikkat çekicidir. Bu karara göre bu gibi durumlarda hırsızlık suçunun kabulü gerekir. Aksi halde her malik menkul malda hissesi olduğunu ileri sürerek bunun bir kısmını veya tamamını alır ve bundan da toplum düzenini bozan sonuçlar meydana gelir.

Yargıtay; kararlarında, ortak malların fiilen (fakat hukuken değil) bölüşülmesi halinde paydaşlardan birinin, diğerinin hissesine tecavüz ederek menfaat elde etmesini de hırsızlık saymaktadır(17).

Bu konuda değinmeden geçemeyeceğimiz ve ilerde de ele alacağımız CGK.nun hırsızlıkla ilgili bir kararında «Çoğunluğa karşı olan görüş»ün, gayet yerinde olan bir gerekçesi vardır. Ve bu görüş, Ceza Genel Kurulunun kararına konu olan olay değişikliğinde olsa, konumuzu doğrudan ilgilendirmektedir(18).

Karara konu teşkil eden olayı kısaca verdikten sonra azınlığın bu konudaki görüşüne geçeceğiz.

«Sanıklar, lokantadan, yedikleri yemeklerin parasını ödemedен gitmişler, haklarında açılan kamu davasında yerel mahkeme eylemi hırsızlık olarak değerlendirmiş, temyiz edilen karar onanmış, ancak C. Başsavcılığı özel dairenin bu kararına karşı, bozulması istemiyle CGK.na başvurmuş, Genel Kurul Başsavcılığın bu itirazını reddederek onama kararının doğruluğunu oy çokluğuyla kabul etmiştir».

(14) Y. 6. CD. 6.6.1964/2698-2898 (Ad. Der. 1965/3, sy. 419).

(15) Y. 6. CD. 11.4.1972/1869-2000 (İKİD. y. 12 Eylül 1972 S. 141 sy. 1447).

(16) Y. CGK. 14.2.1973, E. 1971/6-18, K. 77 (İKİD y. 12 Haz. 1972 S. 138 sy. 1107).

(17) Y. 6. CD. 28.1.1975/223-345 (YKD. C. 1 1975/6 sy. 130).

(18) Y. CGK. E. 1976/6-577, K. 1977/47, T. 7.2.1977 (YKD. 1978/5, C. 4 sy. 792).

Bu karara muhalif kalan azınlığa göre : «Sanıkların lokantada yemek yedikten sonra parasını ödemededen ayrılmalarında «Dolandırıcılık» suçunun unsurları bulunmadığı gibi, eylem, hırsızlık suçunun unsurlarını da oluşturmaz».

Eylemin olumsuz bir davranış bulunduğu, toplumun bazı kesimlerinde tedirginlik yarattığı, önlenmesinin bu kimselerde güven ve rahatlık yaratacağı kuşkusuzdur. Ancak bu günkü hukuksal düzen içerisinde sorunun çözümüne cezaî açıdan değil, hukukî açıdan bakmak gerekmektedir.

Hemen belirtilmelidir ki, TCK.nun 1. maddesine göre : «Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez. «Eğer eylemin suç sayılıp sayılmayacağı kuşkululu ise, yasa bunu «Sarıh» bir biçimde suç saymıyorsa böyle bir eylem «Yorum» ya da «Kıyas» yolu ile cezaî yaptırım altına alınamaz.

Öğretide «Kanunsuz suç ve ceza olmaz» biçiminde kurallaştırılan bu görüş, Anayasanın kişiye tanıdığı temel hak ve özgürlüklerden kaynaklanmaktadır.

Ceza Hukukunda yorum, cezalı maddelerin metinleri ile sınırlıdır. Şüphenin sanık yararına yorumlanması gerekir. Yorum yolu ile yasa boşluğu doldurulamaz. Yasa boşluğunu doldurmayı amaçlayan «Kıyas» hukuksal alanda geçerli olup, ceza hukukunda başvurulan bir yöntem değildir. Toplumda yarattığı tedirginlik, ağırlığı ne olursa olsun, yasanın açık olarak suç saymadığı bir eylem cezalandırılmaz. (Manası vazih ve şüphe dışı bir metni mesela «Bir fiili cezasız bırakmanın imkânsız olacağı» kamu faydasının o fiilin cezalandırılmasını istediği) gibi mülahazalarla anlamından ayrılarak ona dahil olmayan fiillere tatbik etmek doğru değildir.

Kaldığı Mehaz İtalyan Ceza Kanunu ile Fransa, Almanya gibi bazı batı devletlerinin ceza yasalarında da bu tür suçlar, hırsızlık suçundan ayrı olarak düşünülmüş, ayrı cezaî yaptırım altına alınmış ve bazılarında da takibi yazılı şikâyete tabi tutulmuştur. Eğer bu suçların hırsızlık olarak tanımlanmalarına hukuksal olanak var olsa idi ayrı suçlar olarak kabul edilmelerine gerek kalmazdı.

Şu hale göre ortada bir yasa boşluğu bulunduğu, bu boşluğun doldurulmasının yasama organına ait olduğu, sanıkların beliren eylemlerinin suç olmadığı...nın kabul edilmesi gerekir».

B E Ş İ N C İ B Ö L Ü M

V — DÜŞÜNCELERİMİZ

TCK.nun 491. maddesinin 1. fıkrası hırsızlık suçunun tarifini şöyle yapmıştır: «Her kim diğèrinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa altı aydan üç seneye kadar hapsolunur».

Bu maddede suçun kanunî unsurları belirtilmiş bulunmaktadır. Bu unsurlardan bir tanesi de malın «başkasına» ait olmasıdır.

«Malın başkasına ait olmasını» neye göre tesbit edeceğiz? Şüphesizki MK.nun mülkiyetle ilgili hükümleri ve diğèr bölümlerine göre. Yani MK. bir malı başkasının olarak kabul ettiğè taktirde bunu «Başkasının malı» sayacağız. Önceki bölümlerde bu konuyla ilgili MK. «Başkasının malı» sayacağız. Önceki bölümlerde bu konuyla ilgili MK. hükümlerine değinilmiş, müşterek ve iştirak halindeki mülkiyet hükümleri konumuzu ilgilendirdiğè nisbette kısaca incelenmişti. Bu açıklama da bugün Türk Hukukunda hakim olan görüşün de, «toplu mülkiyet konusu eşya üzerinde tek bir mülkiyet hakkı bulunduğu, bu tek mülkiyete bütün toplu maliklerin hepsinin sahip olduğu, yoksa mülkiyet hakkının ortak malikler arasında bölünmüş olmadığını» belirtmiştik.

Toplu mülkiyette paydaşlardan her birinin hakkı, malın ya da hakkın her bir parçasına dağılmıştır. Buna göre malın her bir noktası üzerinde hak sahibi olan paydaş, o «nokta»nın hem malikidir, hem değildir. Yani o parçada kendisinin hakkı bulunduğu gibi, diğèr paydaşların da hakkı bulunur. Şu halde bir paydaş ortak mala «Kısmen» malik bulunur, kısmen de bulunmaz. Bu açıklamalara göre :

• a) Müşterek ya da iştirak halindeki malik kendi hissesi nisbetinde veya bu hisseden az bir miktarı almışsa;

Yargıtay bir kısım kararlarında bu durumu hırsızlık olarak değerlendirmiştir. Bu konuyla ilgili içtihatları bir önceki bölümde vermiştik. Bu içtihatlarda Yargıtay, paydaşlardan her birinin hakkının ortak mal üzerinde yaygın bulunduğu, malda diğèr ortaklarında haklarının bulunduğu, bu nedenlerle «başkasının malını alma» unsurunun gerçekleşeceğini kabul etmiştir.

Ancak Yargıtay, sonraki tarihli içtihatlarında paydaşın kendi hissesini aşmaması halinde hırsızlığı kabul eder görünmüyor.

Hemen belirtmekte yarar var ki; Yargıtayın bu kararlarındaki gerekçeleri isabetsizdir. Çünkü aşağıda da üzerinde durulacağı gibi kendi hissesini almasıyla paydaşın, bu ortaklıktaki sıfatı hukuksal olarak son bulmaz. Bu nedenle paydaşın, elde etmediği mal ve menfaatlardaki hakları da devam etmektedir. Bu şıkta hırsızlık suçunun gerçekleşmeyeceği açıktır.

• b) Müşterek ya da iştirak halindeki malik, ortak malın, hissesine düşen kısmından fazlasını almışsa;

Yargıtay, bu gibi durumları da bir önceki şıkta nisbeten daha da ağır bularak bunda da hırsızlık suçunun unsurlarından olan «Başkasının malını alma» unsurunun gerçekleşeceğini kabul etmektedir. Bu konudaki Yargıtay kararlarına da değinmiştik.

Yukarıdaki varsayımda paydaşın kendi hissesi nisbetindeki malı alması halini değerlendirmiş, hırsızlık suçunun oluşamayacağını kabul etmiştik. Bu şıkta ele aldığımız varsayımda da «Başkasına aidiyet» unsurunun, dolayısıyla hırsızlık suçunun oluşamayacağını, toplu mülkiyet hükümlerinin buna elverişli olmadığını kabul ediyoruz. Zira;

Biraz önce de açıklamış olduğumuz gibi paydaşların mülkiyet hakkı malın tamamına, her bir parça ve noktasına yayılmış bulunmaktadır. Hukuken geçerli yargısal ya da iradi bir taksim olmadıkça, ortaklık malını, payı olduğunu ileri sürerek veya başka nedenlerle alan paydaşın aldığı miktar, kendi hissesini aşsa bile, aşan bu kısım üzerinde de mülkiyet hakkı vardır. Çünkü ortak mülkiyet henüz çözümlenip ferdi mülkiyete dönüşmemiştir. Bu durumda paydaş, ortak maldan kendi hissesini sandığı miktar kadar almakla, toplu ortaklıktan hiç bir zaman için çıkmış sayılamaz. Ortaklık yine mevcuttur, tasfiye edilmemiştir. Şu hale göre kendi hissesini tecavüz eden paydaşın el attığı kısımda da «Tamamen başkasına aidiyet» unsuru oluşmamaktadır. Buna karşılık diğer paydaşların da; toplu malikin, diğerlerinin rızası dışında aldığı kısım üzerinde ortak mülkiyet hakları devam etmektedir.

Toplu mülkiyette bir paydaşın, ortaklık malını kendi payı nisbetinde alması, geçerli bir taksimi mümkün kılmaz. Fiili durumları hukuki durumlar olarak kabul etmek de mümkün değildir.

Oysa Yargıtayımız soruna ters bir açıdan bakmaktadır. Şu ana kadar vermiş olduğu kararlar, yukarıdaki açıklamalarımızla tezat teşkil etmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Yargıtay, son kararlarında, müşterek ya da iştirak halindeki mülkiyette paydaşın, kendi hissesi nisbetinde malı almış olmasını hırsızlık olarak kabul eder görünmüyor. Neden? Çünkü paydaşın ortak maldaki payı ile orantılı malı ya da menfaati aldığı taktirde müşterek ya da iştirak halindeki malda mevcut olan hakkını almış, fiili bir taksim meydana gelmekle ortada artık talep edebileceği bir hakkı kalmamıştır.

Böyle bir düşünceyi, toplu mülkiyeti izah eden MK. hükümleri ve Medenî Hukuk alanında değerli eserler vermiş yazarlarımızın görüşleri ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Sorun'un hukuksal yönünü böylece izah ettikten sonra bu konuyla ilgili olarak aklımıza şöyle bir soru gelmektedir; Bazı ülkelerin ceza kanunları «Müşterek ya da iştirak halindeki mülkiyette hırsızlık» sorununu açık hükümler koymak suretiyle halletmesine rağmen, Türk Ceza Kanununda niçin böyle bir hüküm yoktur? Yoksa bu konuda Ceza Kanunumuz sorunu başka açılardan mı cezalandırmıştır? Hayır. Kaynak İtalyan Ceza Kanununun 402. maddesinin 2. fıkrası Ceza Kanunumuza her nedense alınmamıştır. Yeni İtalyan Ceza Kanunu, İsveç Ceza Kanunu, Hollanda Ceza Kanunu gibi bir kısım ülkeler ceza kanunlarında bu husus, açıkça belirtilerek; ya hırsızlık suçu olarak ya da başlı başına bir suç olarak kabul edilmiştir. Ancak Türk Ceza Kanununda bu konuyla ilgili olarak hiçbir açıklık getirilmemiştir. Bunun sebebi, bu gibi eylemleri basit hırsızlık içerisinde telakki etmek fikrinden mi ileri gelmektedir? Sanmıyoruz. Olsa olsa Kanun Koyucunun, kaynak kanun kabul edilirken bu fıkranın alınmasına belki de zamanın şartları açısından gerek görmemesinden veya bir hata yapmasından kaynaklanmaktadır. «Toplu maliklerden birinin, diğerlerinin rızası dışında ortaklık malını alması «genel hırsızlık prensipleri içerisinde düşünülseydi, yukarıda belirttiğimiz ülkelerin bu konuyu, özellikle ceza kanunlarına almalarının nedenleri nasıl izah edilebilir? Bu sorunun, ileride değineceğimiz «Yasa boşluğu»ndan başka türlü bir açıklaması olamayacaktır.

Yerel ceza mahkemeleri, genellikle, toplu mülkiyette paydaşların ortak mala karşı hırsızlık cürmünü işleyemeyeceğini, meseleinin hukuksal yönü bulunduğunu bahisle verdikleri beraat karar-

ları, Temyiz Mahkemesinin bozmasıyla karşılaşmakta, Yargıtayın da bu tür kararlarında «istikrar» göze çarpmaktadır.

Bir kısım Yargıtay kararlarında şöyle bir gerekçe gösterildiği görülmektedir; «Şayet toplu mülkiyette, bir paydaşın, diğerlerinin rızası dışında bir malı almış olmasında hırsızlık suçu kabul edilmez ise, paydaşlar ortak malda payları bulunduğunu ileri sürerek bu malın bir kısmını veya tamamını alır ki, bundan da toplumun düzenini bozan sonuçlar meydana gelir».

Böyle bir düşünce şekli, Türk Ceza Hukukunun temel prensiplerinden olan «Kanunilik» ilkesine aykırı düşmektedir.

Bütün Ceza Hukuku yazarlarımız, «Kanunsuz suç olmaz», Ceza Kanunu metinleri «Genişletici Yorum (Şumullü Tefsir)» ve «Kıyas»a tabi tutulamaz, görüşünde birleşmişlerdir. TCK.nun 1. maddesine göre: «Kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez». Eğer eylemin suç sayılıp sayılmayacağı şüpheli ise ve kanun bunu açık bir biçimde suç saymıyorsa böyle bir eylem «Yorum» yolu ile cezai yaptırım altına alınamaz. Bunun aksinin kabulü, Anayasanın kişilere tanıdığı «Temel hak ve hürriyetleri» zedeler, uygulayıcıları keyfiliğe götürür. Hâkimlerin ceza hukukunda «Hukuk yaratma» fonksiyonları yoktur. Bu görev, hukuksal alanda geçerlidir. Öylesine ki, kanun kapsamına girmeyen bu tür fiiller, «yaşayan hukuk»a göre suç teşkil etseler, yani mantıki bir düşünüşle toplum düzenini açıkça ihlal etseler bile...»(19).

Bu görüşün aksinin savunulduğuna da rastlamaktayız. Şöyle ki; «Ceza hukukunun asıl amacı toplumun müdafasıdır. Oysa suçlular, prensibin arkasına gizlenip, saklanarak kanun boşluklarından sızabilmekte ve böylece topluma, müeyyidelere hedef olmadan zarar verebilmektedirler»(20).

Türk Ceza Hukuku alanında taraftar bulamayan bu görüşün, «aksi halde her ortak kendi hissesini alarak kamu düzenini bozar» şeklindeki Yargıtay içtihatlarıyla benzerlikler arz ettiği görülmektedir.

Bir önceki bölümde Yargıtay içtihatlarından bahsederken CGK.da «azınlık»ta kalan bir görüşten söz etmiştik. Azınlığın bu

(19) Prof. Dr. N. KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku İstanbul 1978 sy. 390.

(20) Ord. Prof. Dr. S. DÖNMEZER / Prof. Dr. S. ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku İstanbul 1976 sy. 30.

görüşüne tamamen katılıyoruz. Eylem ne olursa olsun, toplumda yarattığı etkiler ne kadar büyük olursa olsun, Türk Ceza Kanununun açıkça suç saymadığı bir eylemi cezalandıramayız. Bu tür eylemler, toplumun bazı kesimlerinde rahatsızlık yaratabilir. Ancak bu günkü hukuksal düzen içerisinde sorunun çözümüne cezaî açıdan değil, hukukî açıdan bakmak gerekmektedir(21).

Bir hususa daha işaret ederek konuyu noktalayalım;

Bu tür eylemler Prof. Erem'in de çok yerinde olarak belirttiği gibi, şartları mevcut ise «Kendiliğinden Hak alma» veya daha başka bir suç meydana getirmiş olabilirler(22).

VI — SONUÇ

Yazımızın başından beri şunu ifade etmeye çalışıyoruz: Müşterek ve iştirak halindeki mülkiyette, mülk sahiplerinden birinin, ortak mallardan bir kısmını veya tamamını, diğer paydaş ya da paydaşların rızası dışında alması halinde hırsızlık suçu teşekkül etmez. Bu eylem Ceza Kanununda «açıkça» suç olarak gösterilmemiştir. Ortada bir yasa boşluğunun bulunduğu açıktır. Bu boşluğun hakimler değil, yasama organları tarafından doldurulması gerekir. Yüce Yargıtayın bu konudaki yasa boşluğunu dikkate alarak kararlarında bu hususu da gözönünde bulundurması temennimizdir.

KISALTMALAR

Ad. Der.	: Adalet Dergisi
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
C.	: Cilt
E.	: Eser
İKİD.	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
K.	: Karar
m.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
S.	: Sayı
sy.	: Sayfa

(21) Y. CGK., E. 1976/6-577, K. 1977/47, T. 7.2.1977 (YKD. 1978/5, C. 4 sy. 792).

(22) Prof. Dr. F. EREM, age. sy. 634.

T.	: Tarih
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: Ve Devamı
y.	: Yıl
Y. CD.	: Yargıtay Ceza Dairesi
Y. CGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

BİBLİYOGRAFYA

- BİLMEN**, Ömer Nasuhi : Hukuku İslamiyye ve İstılahi Fıkhiyye Kamusu C. 3 İstanbul 1951.
- DÖNMEZER**, Sulhi : Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere ve mala karşı cürümler, İstanbul, 1977.
- DÖNMEZER**, Sulhi - **ERMAN**, Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1976.
- EREM**, Faruk : Türk Ceza Kanunu, Özel Bö-lümler, Ankara 1978.
- KUNTER**, Nurullah : Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1978.
- OĞUZMAN**, Kemal Mustafa - **SELİÇİ**, Özer : Eşya Hukuku, İstanbul, 1978.
- ÖKTEM**, İmran : Kollektif Mülkiyette İştirak Halinde Mülkiyet, İstanbul, 1948.
- SAYMEN**, Ferit H. - **ELBİR**, Halit K. : Türk Eşya Hukuku, İstanbul, 1954.
- ŞENSOY**, Naci : Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, İstanbul, 1956.
- TEKİNAY**, Selahattin S. : Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1970/71.
- UDEH**, Abdülkadir : İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk Çev. Akif Nuri, İstanbul, 1979.

DERGİLER

- 1 — ADALET DERGİSİ
- 2 — İLMİ VE KAZAİ İÇTİHAHLAR DERGİSİ
- 3 — YARGITAY KARARLARI DERGİSİ

BORÇLAR HUKUKU

BORÇLAR YASASININ 110. MADDESİNE EKLENEN YENİ FIKRA VE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

(I)

Atalay ÖZDEMİR (*)

PLAN : GİRİŞ. BİRİNCİ BÖLÜM. A — Üçüncü şahsın fiilini taahhüt. I — Genel olarak. II — Hükümleri. B — Banka teminat mektupları. I — Genel olarak. II — Teminat mektubunun türleri. a — Geçici teminat mektupları. b — Kat'i teminat mektupları. c — Avans teminat mektupları. d — Dış ülkelere verilen teminat mektupları. 1 — İthalat ve ihracat teminat mektupları. 2 — Özel dış krediler nedeniyle verilen teminat mektupları. e — Teminat mektuplarının diğer türleri. III — Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği ve önemi, süreli teminat mektupları. a — Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin uygulamadaki önemi. b — Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği. IV — Kontrgaranti ve hukuki niteliği. V — Süreli teminat mektupları ve teminat verenin sorumluluğu. VI — Uluslararası tekdüze kurallar ve yasa değişikliği. İKİNCİ BÖLÜM. A — Yasanın konuluş amacı ve nedenleri. B — Yeni fıkranın hukuki niteliği ve unsurları. I — Hukuki niteliği. II — Yeni fıkranın temel unsuru-yasal başvuru. C — Yeni fıkranın uygulamadaki sonuçları. I — Genel olarak. II — Komisyon ve diğer banka giderleri bakımından sonuçları. III — 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasının 83. maddesi ile ilgili sorun. D — 2486 sayılı Yasa öncesi düzenlenen teminat mektuplarındaki süre ve yazılı bildirim şartlarının durumu. Sonuç.

GİRİŞ

Başkasının fiilini taahhüt başlığını taşıyan Borçlar Yasasının 110. maddesi 10 Temmuz 1981 tarih ve 17398 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 2498 sayılı Yasanın eklediği II. fıkra ile aşağıdaki şekli almıştır.

(*) Yargıtay 3. HD. Tetkik Hâkimi.

«Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse, bu üçüncü şahıs tarafından ademi ifası halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur.

Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde, taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir».

Maddeye eklenen bu ikinci fıkranın anlamının ne olduğu pek kolay anlaşılammaktadır. Gerçekten de, muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddet içinde yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz sayılacağına dair şart bir hüküm ifade etmemekte mi idi?

İşte bu çalışmamızda Borçlar Yasasının 110. maddesine eklenen II. fıkranın anlamını, neden ve sonuçlarını inceleyeceğiz :

Borçlar Yasasının 110. maddesinin Türk Hukuk uygulamasına özgü(1) en geniş uygulama alanı, banka teminat mektuplarıdır. Tayin edilen süre sonunda teminat mektubunun geçersiz olacağı şartını taşıyan «sürelî» teminat mektuplarında, teminat verenin sorumluluğunun devam edip etmeyeceği konusundaki tartışmalar, ileride ayrıntıları ile inceleyeceğimiz 11.6.1969 tarih ve 1969/4-6 sayılı YİBK.(2) ile değişik bir boyut kazanmış, anılan YİBK. ile hukukî niteliği garanti akdi olarak kabul edilen teminat mektuplarının, sürelî olması halinde, sürenin bitiminden sonra teminat verenin sorumlu olup olmayacağı önem kazanmıştır.

Nitekim daha önce kefalet akdi olarak kabul edilen teminat mektuplarının s ü r e l i olmaları halinde, teminat verenin sorumluluğunun süresi kefalet akti hükümlerine göre düzenlenmekte idi.

Ancak yukarıda anılan YİBK. ile teminat mektuplarının garanti akdi niteliğinde kabulü, teminat verenin sorumlu olacağı sürenin Borçlar Yasasının genel hükümlerine göre saptanması sonucunu doğurmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu gerekçesi pek açık olmayan 26.1.1974 gün ve 1972/1585-1974/76 sayılı kararı(3) ile : Riskin süre içinde doğumu halinde, teminat verenin sorumluluğunun süre sona erdikten sonra da devam edeceği sonucuna varmıştır.

- (1) İsviçre Hukukunda teminat mektuplarının hukukî niteliği, üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak değil, kefalet akdi olarak izah edilmektedir.
- (2) RG., 3 Ekim 1969, S. 13317, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, C. V, sh. 483, Yargıtay Yayınları No: 12.
- (3) İlmî ve Kazai İçt. 1974 sh. 2773.

Teminat mektubu veren bankaların uzun süre sorumlu olmaları anlamına gelen Yargıtay'ın bu kararı uluslararası ilişkilerde bankalarımızın aleyhine sonuçlar doğurmuş, yasa gerekçesinde de belirtildiği gibi, büyük ölçüde döviz kaybına neden olmuştur.

Kısaca değindiğimiz gibi, Borçlar Yasasının 110. maddesine yukarıda belirttiğimiz II. fıkranın eklenmesinin temel nedeni teminat mektuplarının garanti akti olarak kabulü olmuştur. Yargıtay'ın kesin tutumu buna neden olduğu için Yargıtay kararlarından büyük ölçüde yararlanarak, Borçlar Yasasının 110. maddesine eklenen II. fıkra ile birlikte başkasının edimini taahhüt, garanti akti, teminat mektuplarının hukukî niteliği, süreli teminat mektuplarında süre sorunu, uluslararası kurallar, kontrgarantiler, birlikte incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

A — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN FİİLİNİ TAAHHÜT

I — Genel olarak

Kural olarak bir akdin kapsamı borçlunun alacaklıya olumlu veya olumsuz bir edada bulunmasından ibarettir ve o akit kendi tarafları için haklar ve borçlar doğurur.

Borçlu, kendi fiilini taahhüt edeceği yerde bir üçüncü şahsın fiilini taahhüt ederse, bu yolda bir taahhüt üçüncü şahsı değil, belki yalnız borçluyu bağlar, borçlu üçüncü şahsın fiilinden sorumlu olur.

Başkasının fiilini taahhüt başlığını taşıyan Borçlar Yasasının 110. maddesi(4) «Bir üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden kimse üçüncü kişi tarafından taahhütün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur».

Örneğin, bir kimsenin vekaleti olmadan orada bulunmayan birisi adına sözleşme yapıp icazet verileceğini taahhüt etmesi, sanatçılara aracılık eden kimsenin sanatçının bir gazinoda belli bir

(4) İsviçre Borçlar Yasasının 111. maddede yer alan bu hüküm ilk kez C. Civ. 1120. maddeden ilham alınarak eski İsviçre Borçlar Yasasında yer almıştır. Ancak bu madde Fransız Hukukundan farklı bulunmakta idi. Bkz. not 12.

süre içinde şarkı söyleyeceğini gazino sahibine taahhüt etmesi(5), başkasına ait bir taşınmazın devrinin vaadi(6), bankaca, muvakkat ithal yapan kişinin yurda getireceği malları süresinde dışarı çıkaramadığı takdirde ertelenen gümrük vergisinin borçlu ile birlikte müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla ödemeyi kabul ettiği yolunda gümrük idaresine verilen teminat mektubu ilişkisi(7), taşıma akdinin teminatı olarak verilen teminat mektubu ilişkisi(8), askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek için şahsın askerlik şubesine başvurmasını temin taahhütü(9), bir öğrencinin okulu terk etmesi halinde okulda öğrenciye yapılan giderlerin taahhüt edilmesi(10), Borçlar Yasasının 110. maddesinde düzenlenen başkasının fiilini taahhüttür.

Maddedeki fiil sözcüğü İsviçre Borçlar Yasasının 111. maddesinin Fransızca metnindeki «fait» karşılığıdır. Almanca metinde bu sözlük «leistung - e d a» şeklinde kullanılmıştır. Eda, daha ziyade bir borcun ödenmesini ifade etmektedir(11).

Üçüncü kişinin fiilini taahhütün belirleyici özelliği edanın taahhüt edence değil, üçüncü kişi tarafından ifasıdır. Taahhüt edilen edimin üçüncü kişi tarafından ifa edileceğini vaad eder. Vaad-de bulunan edanın bizzat ifasını taahhüt etmez.

II — Hükümleri

Borçlar Yasasının 110. maddesi üçüncü kişinin fiilinden bahsetmektedir. Bu yüzden yalnız akit yapmayı değil, vaad edilen aktin ifası taahhüdünü de kapsar(12).

Fiili taahhüt edilen üçüncü kişi, taahhüt edilen fiilini yerine getirmediği takdirde taahhüt eden zarar ve ziyan tediyesine mecburdur. Bunun önceden kararlaştırılması şart değildir.

- (5) Oser - Schöenberger, age, sh. 805.
- (6) Y. 3. HD. 9.3.1961 tarih ve 1960/1792 S.lı kararı, AD. 1961 S. II, sh. 125.
- (7) YİBK. 11.6.1969 tarih, 1969/4-6, bkz. dipnot 2.
- (8) YİBK. 13.12.1967 tarih, 1966/16-1967/7 Yar. İç. Bir. Kar. C. 5, sh. 414. Yargıtay Yayını No : 12.
- (9) Y. 4. HD. 8.11.1950 tarih, 1950/5287-5310, Tekinay sh. 208.
- (10) YHGK. 15.2.1961 tarih 4/7, İlmi ve Kazai İç. 1962 sh. 976.
- (11) Bir İsviçre Kanton mahkemesi Fransızca metni gözönünde tutarak kirabedellerinin ödenmesi taahhüdünü bir fiilin taahhüdü olarak görmemiş, olayda İBY. 111. maddenin uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Reisoğlu, Garanti Mukavelesi sh. 50-51.
- (12) C. Civ. 1120. maddede farklı olarak, üçüncü şahsın diğer tarafla bir akde girişeceği taahhüt edilir.

Buradaki zarar ve ziyan, sözleşmeden doğan müsbet zarardır(13).

Borçlar Yasasının 110. maddesi düzenleyici mahiyettedir(14). Bu nedenle de taraflar muayyen bir meblağın ödenmesini zarar ziyan yerine kararlaştırabilirler(15). Bu halde edanın ifa edilmemesinden ötürü herhangi bir zararın mevcut olup olmadığına bakılmaz. Bu şekilde zarar ve ziyanın önceden kararlaştırılmasına banka teminat mektuplarında tesadüf ederiz.

Taahhüt eden kimse edanın ifa edilmemesinde kusuru olmadığını isbat etmekle sorumluluktan kurtulamaz(16). Zira akit taahhüt edilen fiilden bağımsızdır.

Fiili taahhüt edilen üçüncü kişi akitte taraf olmadığı nedeniyle yükümlülük altına girmez. Eda yerine getirildiğinde taahhüt eden borcundan kurtulur. Üçüncü kişinin edasını ifa ettiği konusunda isbat yükü taahhüt edene aittir(17).

Taahhütte bulunanın garantiden ibaret yükümlülüğü, sözleşme konusu asıl edanın üçüncü kişi tarafından kararlaştırılan zamanda yerine getirilmemesiyle müecceliyet kazanır. Taahhütte bulunan esas edayı yerine getirmekle yükümlü olmadığından, ihtara, ifa için muayyen bir mehil verilmesine lüzum yoktur(18).

III — Garanti akdi ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt

Garanti akdi ilk olarak Stammeler tarafından «Bir kimsenin, başkasının mameleki kazanç sağlamasına yönelik teşebbüsünü takviye ve teşvik etmek için o teşebbüse bağlı rizikoyu ivazsız surette bir sözleşme ile tamamen veya muayyen hudutlar dahilinde üzerine alması» şeklinde tanımlanmıştır.

Tanımdaki kazanç unsurunun zaruri unsur olmadığı, teşebbüs kavramının daha ziyade olumlu bir fiili anlattığı nedeniyle, kaçınmanın da taahhüt edilebileceği, ayrıca ivazsızlık unsurunun tanım da yer almaması gerektiği, şeklinde eleştirilmiştir(19).

(13) Becker, age. sh. 47.

(14) Becker, age. sh. 47.

(15) Oser - Schönberger, age. sh. 809.

(16) Aşulla, Başkasının fiilini taahhüt (Porte fort) AD. 1958 S. 3,4 sh. 258.

(17) Arık, Mahkeme kararları kroniği, başkasının fiilini taahhüt veya garanti akti, SBF. Der. 1955, Haziran sh. 55.

(18) Becker, age. sh. 46.

(19) Bu eleştiriler hk. bkz. Tandoğan, Garanti Mukavelesi, Ank. 1959 sh. 6-11.

Garanti akdinde aslolan, rizikoyu üzerine alma, üçüncü şahsı bir hareket tarzına sevketmedir.

Garanti akdinin en önemli unsuru, müstakil, asli olmasıdır. Bu unsur, özellikle kefalet akdi ile garanti akdini ayıran unsurdur. Müstakil ve asli olma akdin varlığının başka bir akde bağlı olmamasıdır(20).

Borcun nedeninin bir akidle ilgisi olması şart değildir. Ancak garanti akitleri genellikle başka bir akitle birlikte bulunur.

Özetlenecek olursa, bu akit de taraflardan biri, bir üçüncü şahsın muayyen bir hareket tarzını veya bir teşebbüsün neticesini temin ve üçüncü şahsın temin edilen fiili yapmaması veya neticenin hasıl olmaması halinde diğer tarafa tazminat ödemeyi üzerine alır. Bu nedenle de garanti sözleşmesi bir kimsenin başkasını muayyen bir hareket tarzına sevketmek amacıyla, bu hareket tarzından o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması borcunu doğuran fer'i nitelikte olmayan bir akit olarak tanımlanmaktadır(21).

Borçlar Yasasında garanti akdi özel olarak düzenlenmemiştir(22). Bu yüzden İsviçre - Türk Borçlar hukukunda başkasının fiilini taahhütün düzenlendiği BY. 110 ncu (İBY. md. 111) maddeden yararlanılmıştır. Buna karşılık BGB.de bir hüküm bulunmaması garanti akdinin serbestçe düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur.

Borçlar Yasasının 110. maddesinin garanti akdinin tüm unsurlarını taşıyıp taşımadığı, gerek doktrin, gerek uygulamada tartışmalıdır.

Doktrinde, garanti akdinin, Borçlar Yasasının 110. maddesinde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt adı altında düzenlendiği(23), onun bir nevi olduğu(24), buna karşılık Borçlar Yasası-

(20) Reisoğlu, Garanti Akdi, Ank. 1963 sh. 11.

(21) Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ank. 1969 sh. 24-25 Garanti Mukavelesi, Ank. 1959 sh. 12, Reisoğlu, age. sh. 6-25, 11.6.1969 tarihli YİBK.da da garanti akdi, bir kimsenin fer'i olmayan bir sözleşme ile başkasına ait bir teşebbüsün belli bir sonuca ulaşmasını üzerine almış olmasıdır, şeklinde tanımlanmıştır.

(22) Sadece TTY.nın 465. maddesinde anonim şirketin pasifleri arasında garanti taahhütlerinden bahsedilmektedir.

(23) Oser - Schönerberger, sh. 492, Von - Tuhr, sh. 624, Arsebük, sh. 624.

(24) Saymen - Elbir, sh. 316.

nın 110. maddesinin garanti akdinin tüm unsurlarını kapsamadığı, kanunda açıkca düzenlenmeyen kendine özgü bir akit tipi olduğu ileri sürülmüştür(25).

Banka teminat mektuplarının hukukî niteliğinin tartışıldığı 11.6.1969 tarih ve 1969/4-6 sayılı YİBK.da, garanti akdinin Borçlar Yasasının 110. maddede genel olarak kaleme alındığı, 110. maddesinin garanti akdinin zaruri unsurlarını taşımadığı, bunun içtihatlar yolu ile tamamlanması gerektiği belirtilmiştir.

Kanımızca, garanti akdinin Borçlar Yasasının 110. maddesi ile ilgisi açısından, Borçlar Yasasının 110. maddesinin konuluş amacı, üçüncü kişinin fiilinin taahhüdü halinde, taahhüt edilen fiil her ne surette yerine getirilmediği takdirde, ayrıca kararlaştırılmamış olsa dahi taahhüt edenin zarar ve ziyandan sorumlu olacağını belirtmektir. Aksinin kabulü halinde, garanti akdinin unsurlarını taşıyan bir sözleşmenin, genel anlamı ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt mahiyetinde olduğunu kabul etmemiz gerekecektir. Halbuki, örneğin, kur riskinin, yahut fiyat artışlarının taahhüt edildiği bir sözleşme veya bu yolda düzenlenmiş bir teminat mektubu garanti sözleşmesi sayılabilir ise de üçüncü kişinin fiilini taahhüt sayılmaz.

B — BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

I — Genel olarak

Borçlar Yasasının 110. maddesine 2486 sayılı Yasa ile bir fıkra eklenmesinde temel sorun, yasa gerekçesinden de anlaşılacağı gibi süreli teminat mektuplarına ilişkin sorumluluk süresidir. Yasa koyucu bu sorunu Borçlar Yasasının genel hükümleri bölümünde yer alan başkasının fiilini taahhüt başlığı altında genel mahiyetde düzenlenen hukukî müesseseyi, bir bakıma bankaların düzenlediği teminat mektuplarına hasren ve anılan maddeye bir fıkra eklemek suretiyle çözümlenmiştir. Pek tabii eklenen bu fıkranın uygulama sahası sadece banka teminat mektuplarını içine almayacaktır. An-

(25) Tandoğan, Lehdara rücu meselesi hakkında, BATIDER, C. 5, sh. 659, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ank. 1969 sh. 24 Tandoğan burada, BY.nın 110. maddesinin garanti akdini tanzim etmek için değil bir üçüncü şahsın fiilinin muteber bir surette taahhüt etmenin mümkün olduğunu belirtmek için konulduğunu belirtmektedir.

cak BY.nın 110. maddesi en geniş uygulamasını banka teminat mektuplarında bulmaktadır.

Banka teminat mektupları, borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimi yerine getirmemesi halinde belirlenen parayı(26) alacaklının ilk talebinde ona derhal ödemeyi taahhüt ettiğine dair verilen mektuptur(27).

İnceleme konumuza göre teminat veren, bankadır. Teminat mektupları Bankalar Yasasında düzenlenmiş değildir. Yalnız, Bankalar Yasasının 38. maddesi konuya kredi limitleri yönünden değinmiştir. Buna göre, bankalar sermaye ve yedek akçeleri toplamının % 10'undan fazla bir miktarı kefalet olarak kabul edemezler. Buradaki «kefalet» ile teminat mektubu ile kontgarantiler kastedilmektedir.

Bankanın, kendisine hitaben teminat mektubunu verdiği kimse, muhatap, muhataba karşı edimi garanti edilen kimse, lehdardır.

Banka, teminat mektubu ile edimini taahhüt ettiği lehdarın, muhataba karşı taahhüt edilen edimi, kısmen veya tamamen yerine getirilmediği takdirde hiç bir yola gidilmesine, protesto çekilmesine, hüküm alınmasına gerek kalmadan kefalet olunan akçenin ilk yazılı istem üzerine hemen ve gecikmesiz muhatap veya emrine nakten, tamamen, istem anından ödeme anına kadar gecikecek günlere ait yazılı faiz ile birlikte ödeneceğini taahhüt etmektedir(28).

II — Teminat mektubunun türleri

• a) Geçici teminat mektupları

2886 sayılı Yasa gereği resmî bir daireye karşı mektup lehdarının ihale şartnamesine aykırı hareket etmeyeceğini ve ihale kendisine yapıldığı takdirde lehdarın muayyen bir süre içinde kat'i teminat yatıracağı taahhüdünü içerir.

İhale yapıldığında kat'i teminat mektubu düzenlenir ve idareye teslim edildikten sonra idare, geçici teminat mektubunu iade eder.

(26) krş. sh. 256, dipnot 15.

(27) Akyazan, Banka ve Ticaret Hukuku ile ilgili incelemeler, Ank. 1972 sh. 1.

(28) Bu örnek T.C. Emlâk Kredi Bankası'na düzenlenen teminat mektubu metninden alınmıştır.

Kat'i teminat mektubunu isteyen idare, mukavele imzalandıktan sonra geçici teminat mektubunu elinde tutsa bile, mektubun paraya çevrilmesini isteyemez(29).

Resmî dairelerin düzenledikleri ihaleler dışında da bu şekilde teminat mektupları düzenlenmektedir.

• b) Kat'i teminat mektupları

2886 sayılı Yasa gereği resmî bir daireye karşı taahhüt edilen işin mukaveleye uygun olarak zamanında ifa edileceği garantisini ihtiva eder.

Resmî dairelerin düzenledikleri ihaleler dışında, özel ihalelerde de bu nevi teminat mektupları düzenlenmektedir.

• c) Avans teminat mektupları

İhale üzerinde kalan müteahhidin, yapmakta olduğu işe karşılık kendisine verilen avansın, taahhüt yerine getirilmediği takdirde ve müteahhit tarafından alınan avansına istihkaktan kesilmediği takdirde iadesini kapsar (1050 sayılı Yasa md. 23/h).

• d) Dış ülkelere verilen teminat mektupları

1 — İthalat ve ihracat teminat mektupları

Bununla bankalar vadeli satışlarda Türkiye'deki ithalatçının, ithalat bedelini ödeyeceğini, dış ülkelerdeki satıcıya taahhüt etmektedir.

İhracatın gerçekleşmemesi halinde, ihracatın finanse edilmesi amacıyla hariçten temin edilen finansman kredisinin Türk Parasına çevrilmiş tutarı cari resmî kurdan Merkez Bankası'na transfer olunmaktadır. Bu kredinin iadesinin garantisi kabilinden Türk bankaları dış ülkelere teminat mektubu vermektedir(30).

2 — Özel dış krediler nedeniyle verilen teminat mektupları

Özel veya kamu sektörünün kendi olanakları ile dış ülkelerden sağladıkları özel dış krediler, belli projelerin finanse edilmesi de bankalar tarafından garanti edilmektedir(31).

(29) Y. 11. HD.nin 23.9.1971 tarih ve 1971/3749-5628 sayılı kararı.

(30) Geniş bilgi için bkz. Reisoğlu, Dış ülkelerle ilgili banka teminat mektupları, kontgarantiler, Ank. 1980.

(31) Bakanlar Kurulunun 7/5399 ve 7/10062 sayılı özel dış krediler ve faiz eşlendirme fonu hakkındaki kararlar ve bunlara ilişkin tebliğler çer

• e) Teminat mektuplarının diğer türleri

Yukarıda sayılanlardan başka, yabancı memleketlere otomobiliyle seyahat edenler lehine Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu'na hitaben verilen teminat mektupları düzenlenmektedir.

Bu teminat mektuplarında, otomobil sahipleri otomobilini Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu'ndan aldığı geçiş belgesi ile ithal ettiği memleket arasında muayyen süre içerisinde tekrar ihraç etmediği takdirde ödemesi gereken gümrük resmî, sınır resimleri, para cezaları taahhüt edilmektedir.

Teminat mektuplarının bir diğer türü de Adli, İdarî mahkemelere, vergi ile icra dairelerine verilen teminat mektuplarıdır. (MK. md. 285/2, 526, HUMK. md. 110, 443, İİK. md. 33, 529).

Bunlardan başka 6226 sayılı Yasa uyarınca petrol şirketleri lehine verilen teminat mektupları, tekeli, petrol bayiliği, sair bayilik ve acentelikler için verilen teminat mektupları ile hacca giden yurttaşların yurda dönecekleri taahhüdünü içeren ve Suudi Arabistan Büyükelçiliği'nce istenen teminat mektuplarını, yurt dışındaki girişimciler lehine verilen teminat mektuplarını(32) örnek olarak sayabiliriz.

III — Banka teminat mektuplarının hukukî niteliği ve önemi, süreli teminat mektupları

a — Banka teminat mektuplarının hukukî niteliğinin uygulamadaki önemi

2486 sayılı Yasa ile Borçlar Yasasınının 110. maddesine eklenen II. fıkranın getiriliş nedeni Yargıtay'ın banka teminat mektuplarının hukukî niteliği konusundaki tutumudur. Nitekim banka teminat mektuplarındaki hukukî ilişkinin Yargıtay tarafından kefalet akdi yerine garanti akdi olarak kabulü şu sonuçları doğurmaktadır.

— Kefalet aktinden doğan sorumluluk, alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki borç ilişkisi hukuken muteber olduğu sürece devam edecektir. Asıl borç herhangi bir nedenle sakıt olursa kefil borçtan kurtulur (BY. md. 492).

çevesinde düzenlenmektedir. Maliye Bakanlığının 1 nolu tebliği md. 4 (RG. 3 Ocak 1973, S. 1440).

(32) Bakanlar Kurulunun 8.12.1978 tarih ve 7/16165 sayılı kararı uyarınca verilmektedir. bkz. RG. 10.1.1979 tarih S. 6515.

— Garanti akdi fer'i nitelikte olmadığından geçerli bir esas sözleşmenin varlığını gerektirmez. Bu nedenle üçüncü kişinin vaadini kapsayan sözleşmenin butlanı, garanti akdinin geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Bunun istisnası, genel ahlâka, hukuka aykırı fiilin yerine getirilmesi ediminin taahhüdüdür(33). Buna karşılık imkânsız bir edimin garanti edilmesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir(34).

— Teminat mektuplarının kefalet akdi olarak kabulü halinde, teminat mektubu veren bankanın sorumlu olacağı süre Borçlar Yasasının 493-494. maddeleri uyarınca tayin edilecektir. Borçlar Yasasının 493. maddesine göre, belirli süreli teminat mektubunda teminat veren banka, bu süreyi takip eden bir ay içinde, muhatap icraya veya mahkemeye başvurarak hakkını takip etmez, yahut takibe uzun süre ara verirse banka teminat borcundan kurtulacaktır.

Banka teminat mektubu belirsiz bir zaman için düzenlenmiş ise Borçlar Yasasının 494. maddesi uyarınca asıl borç muacceliyet kazandıktan sonra banka, muhataptan bir ay içinde icra veya mahkemeye başvurarak hakkını takip etmesini ve uzun süre ara vermeksizin takibe devam etmesini isteyebilir.

Buna karşılık, teminat mektubu düzenlenmesi ile doğan hukukî ilişkinin garanti akdi olarak kabulü halinde ise, bankanın sorumlu olacağı süre Borçlar Yasasının 125. maddesi uyarınca saptanır(35).

Teminat mektubunun kefalet akdi olarak kabulü halinde Borçlar Yasasının 496. maddesi uyarınca banka ödediği oranda alacaklının (muhatabın) haklarına halef olur.

Teminat mektubunun garanti akdi olarak kabulü halinde ise banka ile lehdar arasında kredi anlaşması(36) olduğu takdirde

(33) Bu konuda Fed. Mah. 1. HD. 28.2.1950 tarihli kararı için bkz. BA-TIDER. C. VI, 1971-72, sh. 372.

(34) Oser - Schöenberger, age. md. 111, no. 7.

(35) Süreli teminat mektupları hk. bkz. sh. 267.

(36) Kredi anlaşması, kredi verenin (banka) kredi alana karşı isteği üzerine belirtilen miktara kadar ödünç para verme veya herhangi bir şekilde kendi kredisini lehdarın emrine tahsis etmeyi, kredi alanın da açılan kredileri geri ödemeyi ve kredi açanın zararını tazmin etmeye veya kredi vereni borçtan kurtarmayı faiz veya komisyon vermeyi karşılıklı olarak üstlendikleri akittir, geniş bilgi için bkz. Yüksek, Kredi Açma Sözleşmesi İst. 1972.

bankanın ödediği oranda lehdara rücu edebileceğinden kuşku yoktur. Buna karşı lehdar ile bir hukukî ilişkisi olmaması, örneğin, teminat mektubunun üçüncü kişinin kontrgarantisi veya talimatı ile verilmesi halinde, bankanın lehdara rücu meselesi değişik bir görünüm arz eder.

Bu konuda Yargıtay 11.6.1969 tarih ve 1969/4-6 sayılı İBK. nda; lehdar ile banka arasında akdî ilişki olmayan olayda, bankaya karşı âkid durumunda olan kişinin mektubun verilmesini bankadan isteyen ve onu kontrgaranti ile temin eden kişi olduğu nedeniyle, bankanın muhataba ödediği miktarı yalnız akdin tarafı olan bu kişiden isteyebileceğini belirtmiştir(37).

Buna karşılık doktrinde, koşulları gerçekleştiği takdirde sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca bankanın lehdara rücu imkânının bulunduğu kabul edilmektedir(38).

Kefalet akdinde kefil asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı dermeyeran edebilir (BY. md. 497).

Garanti akdinde ise, taahhüt eden asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı dermeyeran edebilir.

Garanti veren, teminat mektubunda;

«Hiç bir yasal yola gidilmeden protesto çekilmeden, hüküm altına alınmasına gerek olmadan hemen ve gecikmesiz olarak ödemeyi» taahhüt eder(39).

Bankanın kayıtsız şartsız ödeme taahhüdü ile sadece talep anındaki itiraz ve def'ilerden sarfınazar ettiği, bu nedenle de itirazların dava yolu ile ileri sürülebileceği doktrinde kabul edilmek-

(37) Y. 11. HD. 11.5.1978 gün 1978/2012-2453 sayılı yayınlanmamış bir içtihadında «Teminat mektubu davalı tarafından bizzat bankadan alınarak gümrük idaresine tevdi edildiğine göre bankanın gümrük idaresine (muhataba) ödediği miktarı istemesi doğaldır ve 11.6.1969 gün ve 1969/4-6 sayılı YİBK. uygulanamaz» şeklinde karar vermiştir.

(38) Tanndoğan, Bankaların akdî bir mükellefiyetin yerine getirilmesi için verdikleri teminat mektupları yüzünden muhataba ödemedede bulunmaları halinde lehdara rücu edebilmeleri meselesi BATIDER 1970 C. V, sh. 1, Omağ, Banka teminat mektuplarının mahiyeti ve garanti mukavelesi, BATIDER, 1971-72, C. VI, sh. 338-339.

(39) Bu örnek, T.C. Emlâk Kredi Bankasınca verilen teminat mektubu metninden alınmıştır.

te, bunun gerekçesi olarak da mektup metnindeki «sözleşme hükümlerine aykırı davrandığı takdirde» şartı gösterilmektedir(40).

a — Banka teminat mektuplarının hukukî niteliği

Yukarıda belirttiğimiz gibi Borçlar Yasasının 110. maddesine eklenen II. fıkranın temel nedeni teminat mektuplarının, Yargıtay'ca 13.12.1967 tarih ve 1966/1 - 1967/7(41) ve 11.6.1969 tarih ve 1969/4-6(42) sayılı içtihadı birleştirme kararları ile garanti akdi niteliğinde görülmesidir. Zira teminat mektuplarının kefalet akdi olarak kabulü halinde teminat veren BY.nın 493 ve 494. maddeleri uyarınca borcun muaccel olması yahut tayin olunan sürenin sona ermesinden kısa bir süre sonra belirli koşullarda borçtan kurtulacak ve yasa koyucu teminat verenin (bankanın) sorumlu olacağı süreyi doğrudan ilgilendiren bu hükmü getirmeye gerek duymayacaktı(43).

Doktrinde ve İsviçre hukukunda teminat mektuplarının kefalet akdi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir(44).

Yargıtay, 13.12.1967 gün ve 1966/1 - 1967/7 sayılı İBK.da taşımaya akdinin teminatı olarak verilen teminat mektubunun garanti akdi olduğunu kabul ederken şu kıstaslardan hareket etmiştir.

«.....bu mektupda bankanın sorumlu olacağı en yüksek miktar rakamla gösterilmiştir(45)banka esas sözleşmeyi yapan taraftan ve esas âkidden ayrı ve tamamen müstakildir. Bankanın taahhüdü lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın teessüs eder. Banka teminat alan şahıs için doğacak tehlikeyi üzerine alır bir kimsenin asıl borçlunun ileri süreceği itirazlara bakılmaksızın borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminini üzerine alması halinde o kimse garanti veren durumundadır.

(40) Reisoğlu, age. sh. 104-105.

(41) Yar. İç. Bir. Kar. C. V, sh. 414, Yargıtay Yayını No : 12.

(42) Yar. İç. Bir. Kar. C. V, sh. 483, Yargıtay Yayını No : 12.

(43) BY.nın 110. maddesine eklenen fıkranın metni için bkz. sh. 253.

(44) Bu konudaki görüşler için bkz. Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, Ank. 1963, sh. 92-110, Tandoğan, Garanti Mukavelesi, Ank. 1959, sh. 19-30. Akyazan, Banka ve Ticaret Hukuku, Ank. 1972, sh. 5-13, II nci Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Sempozyum, 1962 sh. 796 ve dv. İsviçre Hukukunda teminat mektupları için bkz. Tandoğan, age. sh. 35.

(45) Krş. sh. 254, dipnot 15.

Garanti akdinin kefaletten farkı, kefilin borcu fer'idir. Garanti veren asıl taahhüdün icrası ile değil, zarar ziyan tediyesi ile yükümlüdür... demek suretiyle yukarıda sayılan kıstaslar gözönüne alınarak teminat mektubunun garanti akdi niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır.

Yine, Yargıtay 11.6.1969 tarih ve 1969/14 sayılı İBK.da kefalet akdi ile garanti akdinde ayırıcı temel kıstasın aslilik - fer'ilik olduğu belirtilerek, bu kıstastan hareketle teminat mektubunun garanti akdi niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Buna göre; garanti akdinde Borçlar Yasasının 113. maddesinde anlamını bulan fer'ilik niteliği yoktur. Teminat veren bidayette def'i dermeyan etmekten feragat etmek suretiyle asıl borçtan müstakil olarak taahhüt altına girmiş durumdadır. Kefil ise asıl borçludan fazla yükümlülük altına giremez. Bu nedenle def'ilerden bidayette feragat(46) bu şartın hükümsüzlüğünü icap ettirmeyip, akdin niteliğini tayinde kıstas olarak alınmasını gerektirmektedir.

Bilindiği gibi Yargıtay Yasasının 45. maddesi gereği bağlayıcı olan Yargıtay'ın anılan içtihadı birleştirme kararları uyarınca yukarıdaki unsurları taşıyan teminat mektuplarının mahkemelerce garanti akdi niteliğinde olduğunun kabulü zorunludur.

Yasa koyucu da banka teminat mektuplarının garanti akdi niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Şöyleki; Yasa değişikliği Bankalar Birliği'nce alınan karar doğrultusunda, T. İş Bankası'nca Adalet Bakanlığı'na yapılan başvuru sonucu gerçekleşmiştir(46a).

Anılan başvuruda; ya, Borçlar Yasasının 493. maddesine «Teminat sağlamaya yönelik garanti akitlerinde mahdut zaman için garanti veren süre yönünden birinci fıkrada tanınan haktan yararlanılır» şeklinde bir ilave yapılması, ya da Borçlar Yasasının 110. maddesine eklenecek bir fıkra ile; «Üçüncü şahsın fiilini taahhüdün vadeli olması halinde vade içinde taahhüt edene yazılı olarak başvurulmadığı takdirde taahhüt vade sonunda ortadan kalkar» hükmü getirilmesi istenmiştir.

Adalet Bakanlığı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararını ortadan kaldıracı mahiyette bir ek getirilmesinin uygun olmadığını bil-

(46) Kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünün itirazların dava yolu ile ileri sürülmesine engel teşkil etmeyeceği Reisoğlu tarafından savunulmaktadır. Bkz. Reisoğlu, age, sh. 104-105.

(46a) TC. İş Bankası, Genel Müdürlük 20.12.1978 tarih ve 3617 sy. yz.

direrek(47) Borçlar Yasasının 110. maddesine bir fıkra eklenmesinin yerinde olacağını bildirmiştir. Bakanlığın görüşüne göre, Borçlar Yasasının 493. maddesine yukarıda belirtilen fıkranın eklenmesi halinde teminat mektuplarının zımnen kefalet akdi olarak kabulü sonucu doğacaktır ki bu da 11.6.1969 tarihli YİBK.na aykırı ve onu ortadan kaldıracı mahiyettedir.

Adalet Bakanlığı'nın bu görüşü daha sonra Hükümet tasarısına dolayısı ile yasa gerekçesine geniş bir şekilde yansımıştır.

IV — Kontrgaranti ve hukukî niteliği

Kontrgarantiler genellikle banka tarafından verilen bir teminatı yani karşı garantisidir.

Bankaların teminat mektubu vermekle girdikleri ağır yükümlülükleri telafi etmek amacı ile teminat mektubunda yer alan bütün hususları aynen kontrgarantiye aksettirdiklerini görürüz. Bunlar da teminat mektuplarında olduğu gibi ilk talepte ödeme taahhüdünü içermektedir.

Bankacılık uygulamasında yabancı bankalardan alınan kontrgarantiler önemli bir yer işgal etmektedir(48).

Kontrgarantiler, özellikle Yargıtay'ın söz konusu 11.6.1969 tarihli İBK.mnın banka teminat mektuplarını garanti akdi olarak nitelendirmesinden sonraki devrede önem kazanmıştır. Teminat mektubunun kefalet akdi olarak vasıflandırıldığı dönemde teminat veren ödediği nisbette asıl borçluya halef olmakta idi (BY. md. 496). Yukarıda anılan YİBK, teminat veren ile lehdar arasında akdî ilişki olmadığı durumlarda teminat veren bankanın lehbara rücu imkânını ortadan kaldırdığından bu dönemde lehdarın veya üçüncü bir kişinin imzasını taşıyan kontrgarantilere daha sık rastlanmıştır.

Bu gibi kontrgarantiler tıpkı teminat mektuplarındaki şartları kapsadığından bunlarda garanti akdi ilişkisi doğururlar.

V — Süreli teminat mektupları ve teminat verenin sorumluluğu

Banka teminat mektupları uygulamada süreli veya süresiz olarak düzenlenmekte; süreli teminat mektuplarında bankalar teminat

(47) Adalet Bakanlığı'nın 1.12.1978 tarih ve 638/5-2, 180 sy. yz.

(48) Hangi bankadan kontrgaranti alınacağı yasa uyarınca Maliye Bakanlığı'nca saptanır.

nat mektuplarına «işbu teminat mektubumuz tarihine kadar geçerli olup...» şartını koymaktadırlar.

Yargıtay 11. HD. 18.5.1971 tarih ve 1971/1339-4007 sayılı bir kararında(49) bu şekilde düzenlenen teminat mektuplarında teminat verenin (bankanın) süre geçtikten sonra ilzam edilemeyeceğine karar vermiş ve teminat mektubu karşılığında lehine teminat mektubu düzenlenen (lehdar) aleyhine banka tarafından komisyon, faiz ve banka giderlerinin istenildiği davada aşağıdaki şekilde hüküm vermiştir :

Sürenin geçtiğinden bahsedilerek «değer taşımayan belgenin bankaya iade edilmemesinden ötürü bu tarihten sonra banka lehine faiz, banka giderleri ve komisyona hükmedilmesi yolsuzdur».

Ancak Yargıtay daha sonra görüşünü değiştirmiştir. Yargıtay'ın görüşünü değiştirdiği karar diğer bir deyişle yasa değişikliğine neden olan olay şöyledir :

İş Bankası Yeni Cami Şubesi'nce Deutscher Innen und Aussenhandel Elektrochnik Berlin Firması lehine teminat mektubu düzenlenerek Etibank Genel Müdürlüğü'ne tevdi edilir. Teminat mektubu ile Etibank adı geçen Firma arasındaki sözleşmede firmanın fiili teminat mektubu veren banka tarafından taahhüt edilir. Sözleşmeye göre Firma Etibank'a transfarmatör teslim edecektir. Gecikme halinde, Firma gecikme cezası ödemeyi de yüklenmiştir.

Davacı Etibank, Firma'nın taahhüdünü geciktirdiğini ileri sürerek 15.12.1966 tarihli teminat mektubunu paraya çevirmek üzere 19.3.1970 tarihinde başvurduğunda, teminat mektubu veren davalı İş Bankası, mektubun süreli olduğunu ve bu sürenin 30.5.1969 tarihine kadar uzatıldığını, mektubun bu tarihten sonra hükümsüz olduğunu ileri sürerek teminat mektubunu paraya çevirmez.

Davacı Etibank, teminat verenin sorumluluğunun teminat mektubunda yazılı geçerlilik süresi ile sınırlı olmadığını, fiili taahhüt edilen firmanın taahhüdünü gecikme ile ifa ettiğini, bu nedenle 20.12.1967 - 16.12.1968 tarihleri arasında vukubulan gecikmeler için aynı tarihler içerisinde ceza tahakkuk ettirildiğini, İş Bankası'nca verilen teminat mektubunun geçerlik süresinin 30.5.1969 tarihine kadar devam ettiğini ve davalının Firma'nın fiilini söz konusu tarihe kadar garanti altına aldığını ileri sürer.

(49) RKD. Ocak 1972 sh. 61.

Davalı İş Bankası, teminat mektubunun 30.5.1969 tarihinden sonra geçersiz olduğu iddiasındadır.

Teminat mektubunda mektubun 30.11.1968 tarihine kadar muteber olacağı ve bu tarihin sonunda hükümsüz kalacağı, ilk yazılı başvuruda ödeneceği yazılıdır.

Mahkemece, teminat mektubunun paraya çevrilmesi isteğinin bu süre geçirildikten sonra yapıldığı belirtilerek, «Teminat mektubunun tazmini şartlara bağlanmıştır. Bu şartlardan ilki; mektubun geçerli olacağı müddet, ikincisi; yazılı başvurma şartıdır. Davacı (muhatap) teminat mektubunu, muteber olduğu müddet zarfında davalıdan yazılı olarak talep etmediğinden bu müddetin bitiminden sonra geçersiz olan teminat mektubunun ödenmesinin istenemeyeceğine» karar verilmiştir.

Mahkemece verilen karar Yargıtay 11. HD.nin 6.7.1971 tarih ve 1971/1626 - 1971/5187 kararı ile bozularak, süreden sonra dahi teminat verenin sorumluluğunun devam edeceği, sürenin sadece zararın gerçekleşmesine ilişkin olduğu, taahhüt edilen riskin bu sürede gerçekleşmesi lüzumuna delalet ettiği, şeklinde yorumlanmış, nihayet yerel mahkemenin direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.1.1974 tarih ve 1972/1585 - 1974/76 sayılı kararı(50) ile «işbu garanti sözleşmesi ile davalı banka davacıya karşı müteahhit firmanın teminat mektubunun geçerli olduğu tarihler arasındaki fiilini taahhüt etmiş bulunmaktadır. Ancak teminat mektubunda süre bulunduğundan davalının zarardan sorumlu olması için zararın teminat mektubunun verildiği tarih ile sona erdiği 30.5.1969 tarihi arasında meydana geldiğini davacının isbat etmesi gerektiği» sonucuna varmıştır(51).

Görüldüğü gibi YHGK. süre şartını teminat mektubunun «geçerlilik süresi» olarak yorumlamamış aksine, taahhüt edilen fiilin «gerçekleşme süresi» olarak yorumlamıştır. Bu nedenle de kararda süre şartının hukukî niteliği tartışılmamıştır. Zira buradaki süre şartının Borçlar Yasasının 127. maddesindeki «bu bapda tayin olunan müruru zaman müddetleri mukavele ile değiştirilemez» kuralına aykırı olduğu tartışılabilirdi.

(50) İl. ve Kaz. İç. Der. 1974 sh. 2773.

(51) Oy çokluğu ile alınan kararda karşı görüş ise şöyledir : ... tarihinden sonra hükümsüz kalacağı söz konusu teminat mektubunda açıkça ön-görölmüş bulunduğu göre, direnme kararının onanması gerekir.

Reisoğlu ve Tandoğan'a göre teminat mektubunun belli bir süreye kadar geçerli yani süreli olması halinde bankanın sorumluluğu iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bu şartlardan biri garanti edilen riskin süre içinde doğması diğeri de tayin olunan süre içinde muhatabın bankaya yazılı olarak başvurmasıdır.

Teminat mektubuna konulan bu yazılı başvurma şartı Borçlar Yasasının 149. maddesinde düzenlenen «geciktirici şart»dır(52).

Bu şart Borçlar Yasasının 127. maddesine göre zamanaşımı süresini değiştirir nitelikte kabul edilip geçersiz sayıldığı takdirde teminat mektubundan doğan alacak, riskin vade içinde gerçekleşmesi ile muaccel olduğu andan başlamak üzere 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır(53).

Von Tuhr, tarafların alacaklıya hak düşürücü bir süre tayin eden şart ile kanunu bertaraf edemeyeceklerini(54) buna karşılık alacaklının herhangi bir muameleyi muayyen bir müddet içinde yapmadığı ve mesela dava şekli dışında borçlunun bilgisine sunmadığı takdirde alacağın sukut edeceğini kararlaştırabilecekleri(55) görüşündedir.

Doktrinde Von Tuhr'un bu görüşünden hareketle bankanın dava zamanaşımını kısaltan bir kaydı muhataba kabul ettirmesi, örneğin bir yıl içinde muhatabı dava açmaya zorlayan bir kaydı Borçlar Yasasının 127. maddesine aykırı olacağı, buna karşılık teminat mektubunu düzenleyen bankanın «yazılı başvurma şartı»nın geçerli olacağı savunulmuştur(56). Doktrindeki bu haklı tartışmaya karşın Yargıtay'ın bahse konu 26.1.1974 tarih ve 1972/1585 - 1974/76 sayılı Hukuk Genel Kurulu'nun kararı ile beliren ve değişmeyen(57)

(52) Reisoğlu, Vadeli teminat mektuplarında bankaların sorumlu olacakları süre, O.F. Berki armağanı sh. 753, Tandoğan, Uluslararası Ticaret Odası tarafından hazırlanan akdî teminatlara ilişkin tekdüze kurullarla ilgili tasarının son şekli ve bu konudaki düşüncelerim, BATIDER, C. V, 1978 sh. 597.

(53) bkz. Reisoğlu agm. sh. 753.

(54) Von Tuhr, age. sh. 46.

(55) Von Tuhr, age. sh. 795.

(56) Reisoğlu, agm. sh. 753-754.

(57) Yargıtay 11 nci Hukuk Dairesi'nin 18.5.1971 gün ve E. 1339, K. 4007 sayılı ve süreli teminat mektuplarının süresi dolduktan sonra geçerli olmayacağı ve süreden sonra artık komisyon istenemeyeceğine ilişkin eski içtihadı doğrultusunda içtihadı birleştirmeye gidilmesi için Türkiye Bankalar Birliği tarafından Yargıtay Birinci Başkanlığı'na başvurulmuş, Yargıtay 11 nci Hukuk Dairesi Başkanlığının 29.4.1977 gün

tutumu sonucu Borçlar Yasasının 110. maddesine 2486 sayılı Yasa ile bir fıkra eklenerek «Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitmesine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir» hükmü getirilmek zorunda kalmıştır.

VI — Uluslararası tekdüze kurallar ve yasa değişikliği

Teminat mektuplarının türlerini incelerken gördüğümüz gibi bankalarca düzenlenen teminat mektubu ilişkisinin tarafları banka, muhatap, lehdar, kontrgaranti veren çoğu kez farklı ülkelere mensup olmaktadır. Bu durum banka teminat mektuplarına uluslararası bir karakter kazandırmaktadır.

Banka teminat mektupların bu niteliği farklı hukuk sistemlerini karşı karşıya getirmekte, bu nedenle de önemli sorunlar ortaya çıkarmaktadır.

Banka teminat mektuplarında uluslararası düzeyde ortaya çıkan sorunları çözmek farklı mevzuatları bir ölçüde yakınlaştırmak amacıyla Uluslararası Ticaret Odası tarafından kurulan Çalışma Gurubu'nun hazırladığı ve 16 Ocak 1978 tarihinde Paris'de yapılan toplantıda son şeklini alan ön tasarı(58) hükümlerinin incelenmesinde görüleceği gibi yasa değişikliği bir anlamda uluslararası mevzuatların yakınlaştırılması ile yakından ilgilidir.

Çalışma gurubu'nun amacı banka teminatları ile ilgili uluslararası tekdüze kuralları saptamaktır.

Uyulmasının ihtiyari olduğu bu kurallara göz attığımızda yasa gerekçesinde göremediğimiz uluslararası mevzuatların yakınlaştırıldığını göreceğiz.

ve 76/273 sayılı cevap yazısında dairenin yukarıdaki içtihatda belirtilen görüşde olduğu açıklanmıştır. Buna karşılık Yargıtay Birinci Başkanlık Divanı 2.6.1977 gün ve 43 sayılı kararı ile 11 nci Hukuk Dairesi ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve içtihadı birleştirme kararları arasında benimsenen hukuki ilkeler yönünden ve sonuç bakımından içtihadı birleştirmeye gerek olmadığına karar vermiştir.

- (58) Ön tasarının metni için bkz. Tandoğan, Uluslararası Ticaret Odası tarafından hazırlanan akdi teminatlara ilişkin tekdüze kurallarla ilgili tasarının son şekli ve bu konudaki düşüncelerimiz, BATIDER, 1978 C. IV, sh. 573-598.

Tasarının, teminatın sona ermesi başlığını taşıyan 5. maddesine göre teminat verene sona erme tarihinde veya önce hiç bir talep varmadığı takdirde teminatın geçerliliği ortadan kalkar.

Tasarının 6. maddesine göre de, bir teminatın geçerliliği kendi hüküm ve şartları veya bu kurallar uyarınca sona erdiğinde, belgenin alıkonulması lehvara hiç bir hak sağlamaz. Belgenin teminat verene iade edilmesi zorunludur(59).

Tasarının 8. maddesi uyarınca da, teminata ilişkin talepler yazı telgraf veya teleks ile yapılmalı, teminat verene en geç teminata belirtilen veya bu kurallarda öngörülen sona erme tarihinde varmalıdır.

Tasarının 10. maddesi hükmünce de, teminatta onun hangi kanuna tabi olduğu gösterilmez ise uygulanacak kanun teminat verenin işletmesinin bulunduğu yer kanunudur.

Tasarının sunulması ve açıklanmasına ilişkin broşürde(69) şu ifadeler yer almaktadır. «Paraya çevirme taleplerinin garanti verene en geç hangi tarihte varması gerektiğinin (sona erme tarihinin) teminat mektubu içinde belirtilmesi temenni edilir bir husus olduğu açıktır. Bununla birlikte bazı memleketler mevzuatı akdî bir teminata sona erme tarihinin önlendiği ve bundan teminat verenin bu maddede öngörülen süreyi, bu mevzuattaki hükümler emredici ise teminatta açıkça kararlaştırılandan daha uzun bir süre sorumlu kalması sonucu doğabileceği gözden kaçmamalıdır»(61).

Görüldüğü gibi ulusal mevzuatların emredici hükümlerinin, uluslararası tekdüze kurallar karşısında öncelik taşıyacağı özellikle belirtilmiştir.

(SÜRECEK)

(59) Krş. Y. 11. HD.nin 18.5.1971 gün ve 1339/4007 sy. kararı, sh. 14.

(60) Bu broşür Çalışma Gurubu Bşk. yrd. Bernard S. Whable tarafından kaleme alınmıştır.

(61) Bkz. tasarının 4. maddesi açıklaması, Tandoğan agm. sh. 576.

KARİNE VE BORÇLAR KANUNUNUN 96. MADDESİNDEKİ KUSUR KARİNESİ

Dr. Cengiz KOÇİSARLIOĞLU (*)

PLAN: I — Giriş ve tanım. II — İşlevi. III — Etkileri. IV — Dayanakları. V — Aykırı kanıt. VI — Gerçek olmayan karine. VII — Borçlar Kanununun 96. maddesi ve karine. VIII — Sonuç.

I — GİRİŞ VE TANIM

Karine hukukta çok önemli bir rol oynamaktadır. Onun için kavramı incelemek bize de pek yararlı gözüktü(1).

Karine karışık ve karanlık bir kavramdır(1a). En yetkili yazarların belirttiklerine göre, henüz karineyi açıklamaya muvaffak olunamamıştır(2).

Kavramı tanımlamak zordur. Bunca deneme arasından hangisini ve nasıl seçmeli(3)?

(*) **Yardımcı Doçent.**

- (1) Decottignies R., Les présomptions en droit privé, Tez, Paris, 1950; Grossen J.-M. Les présomptions en droit international public, Tez, Neuchâtel, 1954; Les présomptions et les fictions en droit, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, 1974.
- (1a) Grossen J. M., age., sh. 13; Wróblewski J., Structure et fonctions des présomptions juridiques (Communication faite du CNRL, le 6 mai 1972), Les présomptions et les fictions en droit par Ch. Perelman et P. Foriers, sh. 71.
- (2) Grossen J.-M., age., sh. 14; Perelman Ch. et Foriers P., age., sh. 5 vd., sh. 43 vd., sh. 101 vd., sh. 144 vd., sh. 162 vd., sh. 186 vd., sh. 339 vd.
- (3) Bonnier E., Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, 5. éd. par Larnaude M. F., Paris, 1888, sh. 655 Couture E. J., La chose jugée comme précomption légale, Note critique sur les articles 1349 et 1350 du Code civil, RIDC, 1954, sh. 686 vd.; Grossen J.-M., age., sh. 51; Kummer M., Berner Kommentar, Einleitung, Bern,

Bazılarına göre, karineyi işleyişi yönünden anlamak olanaklıdır, ama onu tanımlamak ve belirlemek güçlük göstermektedir(4).

Karine adaletin iyi işlemesine yarayan teknik bir yöntemdir(5). Kanıt sorununu daha kolay çözmeye yardımcı olur(6).

Karine bir kesinlik aracı, hukuk kuralının oluşması için gerekli öğelerin sayısını azaltabilmeyi olanaklı kılan bir çıkar yol olarak ortaya çıkar(7). Karine sonucu, niteliklerin niceliklere dönüşümü görülür(8). Aynı anda, sadeleştirici ve kolaylaştırıcı bir indirgeme doğurur(9).

Karine varsayımdan daha güçlüdür(10). Bununla beraber, karine aracıyla doğruluğu anlaşılan olay ile karineye neden olan olay arasında mantıksal bir gereksinim bağı ille de gerekli değildir(11).

Karinenin temelinde bir olasılık ve görgü bilgi düşüncesinin yattığı ileri sürülmüştür(12).

Aynı olayların tekrarı bir bakıma karinenin başlıca dayanağıdır(13).

Karine, bir düşünüş biçimi olarak da anlaşılabilir: bilinen olayın varlığından bilinmeyen olayın varlığı sonucu çıkarılmaktadır.

Karine, bir hukuk kuralı olarak dahi kabul edilebilir: yargıç bilinmeyen olayı varsaymak zorundadır.

Ayrıca, karine düşünme işleminin neticesini de oluşturmaktadır: bilinmeyen olayın var olduğu bir karinedir.

1962, Art. 8, N. 317, N. 362; Deschenaux H., Le titre préliminaire du code civil, Fribourg, 1969, sh. 248 vd; Bilge N.-Önen E., Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. bası, Ankara, 1978, sh. 505; Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 4. baskı, Ankara, 1980, sh. 1380.

(4) Grossen J.-M., age., sh. 15.

(5) Grossen J.-M., age., sh. 11.

(6) Grossen J.-M., age., sh. 12.

(7) Gény F., Science et technique en droit privé positif, Paris, 1914-1924, C. 3, sh. 295.

(8) Gény F., age., C. 3., sh. 61.

(9) Gény F., age., C. 3, sh. 267.

(10) Grossen J.-M., age., sh. 17.

(11) Grossen J.-M., age., sh. 18.

(12) Grossen J.-M., age., sh. 18 vd.

(13) Grossen J.-M., age., sh. 17.

II — İŞLEVI

Karinenin, kanıt hukuku yönünden ne gibi bir işlevi olduğu tartışma konusudur.

Bazıları, karinenin sadece kanıt konusunu değiştirdiğini, kanıt yükünü değiştirmediğini savunurlar(14). Gerçek karine, hak doğurucu olaya yabancı bir başka ek olaya bağlıdır. Bu bağımlılık şu sonucu doğurur ki, ek olay bu olayı ileri süren tarafından ortaya konulmalı ve gerekirse kanıtlanmalıdır da. Böylece, kanıt yükü sorunu yeniden belirlemektedir. Karinenin kanıt konusunu değiştirdiği fikrini haklı gösteren neden de budur(15). Bu sav açısından, karine kanıt yükünü ilgilendiren bir kavram değildir.

Diğer yazarlar ise, karinenin kanıt yükünü değiştirdiğini savunurlar(16). Karineden yararlanan taraf, elbette karineyi doğuran olayı ispatlamalıdır. Ama, bu koşul yerine getirildikten sonra, karine kanıt yükünü karine konusu olay hakkında tersine çevirir. Bundan böyle, kanıt yükü karşı tarafa düşer.

III — ETKİLERİ

Karinenin etkilerine gelince, bu etkiler dolaysız ve dolaylı olarak ikiye ayrılabilir.

Karinenin dolaysız etkileri olumlu olarak nitelendirilebilir(17). Böylece, bir olay kanıtlanmamış olmasına karşın gözönüne alınmaktadır. Oysa ki, kanıt yüküne ilişkin kuralların etkileri olum-

-
- (14) Unger J., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Leipzig, 1863, C. 2, sh. 599 dn. 51 ve sh. 600; Dabin J., La technique et l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé, Bruxelles - Paris, 1935, sh. 84; Stein - Jonas - Schönke - Pohle, ZPO, 18. Auflage, 292 II 1; Schönke - Schröder - Niese, Zivilprozessrecht, 8. Auflage, 58 V, 262; karşı. Huet A., Les conflits de lois en matière de preuve, Tez, Strasbourg, 1965, No. 64, sh. 82.
- (15) Gény F., age., sh. 280 vd.; Kummer M., Berner Kommentar, Art. 8, N. 333; Blomeyer A., Zivilprozessrecht, 7. Auflage, 67 II 2 b; Schönke - Schröder - Niese, age., 58 V; Leipold D., Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebiete, Berlin, 1966, sh. 92; Nikisch A., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 82 IV 1.
- (16) Rosenberg L., Die Beweislast, 5. Auflage, München, 1965, sh. 218 vd.; Grossen J.-M., age., sh. 51; Leipold D., age., sh. 93.
- (17) Grossen J.-M., age., sh. 51.

suzdur : kanıt konusu olayın var olup olmadığının belirlenememesi durumunda (**non liquet**), yargıç ileri sürülen olayın var olmadığına karar vermelidir. Bununla birlikte, bu özellik, kanıt yüküne ilişkin özel kanıt yükü kuralları söz konusu olduğunda hemen kaybolmaktadır(18). Karine, yargıça kanıtlanmamış veya kanıtlanamamış bir olayı gözönüne alabilme olanağını da tanımaktadır. Karinenin bu etkisi de azımsanmayacak bir niteliktedir.

Bu konuda bir ayrı sorun da, karinenin bir kanıtlama biçimi mi olduğu, yoksa kanıt bağışıklığı mı doğurduğu sorusudur. Eğer, karine bir kanıtlama yolu ise(19), bu sayede, karineden yararlanan taraf ileri sürdüğü olayın tanıtını sunmaktadır. Yok eğer, karine tanıtılma bağışıklığına neden oluyor ise(20), karineden yararlanan taraf karine konusu olayı ispat etmek zorunluluğundan kurtulmaktadır.

Bir örnek verecek olursak, BK.nun 96. maddesinde gerçek bir kusur karinesi söz konusu ise(21), yargıç, borçlunun kusurunun varlığını, yokluğunu ispatlayıncaya değin var saymalıdır. Kusursuzluğu borçlu tarafından kanıtlandığında ise, kusur karinesi o davada yanlış çıkmış olacaktır. Böylece, hakkındaki kusur karinesini çürütmek isteyen borçlunun gösterdiği delil karineye aykırı kanıt niteliği taşımaktadır.

Karinelerden ayrı olarak düşünölmeleri gereken özel kanıt yükü kuralları ise etki yönünden karinelere farklıdır. Aynı örneğe devam edecek olursak, BK.nun 96. maddesinde —MK.nun 6. maddesine bir istisna olarak(22)— karine değil de, bir özel kanıt yükü kuralının varlığının kabulü halinde, yargıç, davanın başında borçlunun kusurunu varsaymak zorunda değildir. Yalnızca ve yalnızca, kanıt yükü taşıyan borçlu kanıtlama çabasında başa-

(18) Grossen J. - M., age., sh. 42 ve sh. 51.

(19) Dabin J., age., sh. 84.

(20) Grossen J. - M., age., sh. 51.

(21) Cuendet J., La faute contractuelle et ses effets, Etude de l'article 99, al. 3 CO, Tez, Berne, 1970, No. 311 vd., ve No. 393; Velidedeoğlu H. V. - Kaynar R., Borçlar Hukuku, 3. bası, İstanbul, 1960, sh. 190.

(22) Karafakih İ. H., Beyyine Mükellefiyeti, Muk. Huk. Der., 1958, sh. 8 vd.; Kuru B., age., sh. 1356 vd.; Bilge N. - Önen N., age., sh. 498 vd.; Berkın N. M., Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 1969, No. 423 vd.; Üstündağ S., Medenî Yargılama Hukuku, C. I, Yargılama Safhası, İstanbul, 1977, sh. 516 vd.; Postacıoğlu İ. E., Medenî Usul Hukuku Dersleri, 5. bası, İstanbul, 1970, sh. 460 vd.

rısızlığa uğrarsa, bu durumda, yani karar aşamasında kusurun varlığını kabul etmelidir.

Böylece, karineler ile özel kanıt yükü kuralları arasındaki ayrılıklar anlaşılmaktadır.

Karinenin dolaylı etkilerine gelince, bunlar, yargılama hukuku alanının dışına taşarlar. Belirli maddi hukuk sonuçları elde etmeye yarar. Burada, karinenin dayanağı ve haklılığı sorununa değiniyoruz.

IV — DAYANAKLARI

Karinenin dayanaklarını şu şekilde sıralayabiliriz :

— Karinenin temeli varsayım fikridir(23).

Gerçek yerine varsayım başvurmayaya zorlayan neden ise kanıt güçlükleridir.

Örneğin, borçlunun borcunun ödenmemesi durumunda sorumluluğu söz konusu olduğunda (BK. m. 96), borçlunun kusuru yeterli derecede olasıdır denebilir. Bu olasılık da kusur karinesini haklı göstermektedir. Gerçi biz, bu hükmün doğruluğuna tam olarak inanmıyoruz. Çünkü, borçlunun kusurlu olması ne bir olasılık, ne de bir tecrübe ürünüdür.

Böyle olmakla birlikte, karinenin doğruluk derecesi önemli değildir de(24). O halde, borçlunun kusuru olası olmadığından kusur karinesinin haklı gösterilemeyeceği kesin bir biçimde söylenebilir.

— Uygun kanıt araçları sağlama güçlüğü karinenin bir başka dayanağıdır(25).

Yine aynı örneği verecek olursak, alacaklı yönünden, borçlunun kusurunu kanıtlama zorluğu gerçekten vardır. Böyle olmakla birlikte, bu güçlüklerin bir karinenin varlığını haklı gösterecek nitelik ve nicelikte oldukları tartışılabilir(25a).

(23) Grossen J.-M., age., sh. 44 vd.

(24) Dabin J., age., sh. 238.

(25) Grossen J.-M., age., sh. 45.

(25a) Tunçomağ K., Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 6. bası, İstanbul, 1976, sh. 815. - Ayrıca, tanıt güçlükleri borçlu için de söz konusudur. Bk. örn. Karahasan M. R., Tazminat Davaları ,1. bası, sh. 912.

Bu olgu, hangi koşullarda bir karinenin varlığına hükmetmek gerektiği konusunda kuşku doğmasına neden olmaktadır(26).

Ayrıca, aynı sonucun başka türlü elde edilebileceği de savunulabilir. Denilebilir ki, kanıt yükü alacaklıya değil borçluya düşmektedir. Zira, borçlu, sorumluluktan kurtulabilmek için kusursuzluğunu kanıtlamak zorundadır. Ya da denilebilir ki, borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun sorumluluğu asıldır. Kusursuzluk nedeniyle sorumluluktan kurtulma, borcun ödenmemesi nedeniyle sorumluluk kuralına zıt bir kural oluşturmaktadır. Ve elbette ki borçlu, kendi lehine olan kuralın öğelerini kanıtlamak zorundadır. Böylece de, BK.nun 96. maddesinde bir kusur karinesinin bulunmadığı da rahatlıkla söylenebilir(27).

— Karine, bazı hukukî kurumları korumaya da yarayabilir(28).

Bu suretle, hukukun daha iyi uygulanabilirliği gayesi sağlanmış olur(29).

Aynı örnek çerçevesi içinde, kusur karinesinin kusur sorumluluğu kuralını pekiştirmek üzere öngörüldüğü ileri sürülebilir(30).

— Hukukî kurumların yetersizliği, gerçek yerine karineye başvurmayı haklı gösteren dayanaklardan birini oluşturabilir(31).

Eğer BK.nun 96. maddesindeki sorumluluğu açıklamak için, kusur karinesi sorumluluğuna başvuruluyor ise, bu başvuru, kanıtlanmış kusur sorumluluğundan ayrı bir hukukî kategorinin var olmayışındandır denilebilir. Kusur sorumluluğu kategorisi, BK.nun 96. maddesindeki sorumluluk biçimini açıklayabilmek üzere çok dar gözükmektedir. Zira burada, borçlunun sorumluluğunu kusurunun alacaklı tarafından kanıtlanması doğuramakta, ve fakat borçluca kusursuzluğunun ispatlanması onun sorumluluktan kurtulmasına neden olmaktadır. Ama, kusur sorumluluğu, ispatlanmış kusur sorumluluğunu kapsadığı kadar, ispatlanmış kusursuzluğun sorumluluktan kurtardığı sorumluluk biçimini de kapsayan

(26) Örn. bk. von Greyerz Chr., Der Beweis negativer Tatsachen, Tez, Bern, 1963, sh. 13 ve sh. 90; Cuendet J., age., No. 321.

(27) Karş. Cuendet J., age., No. 311 vd., ve No. 393.

(28) Grossen J.-M., age., sh. 46.

(29) de Page H., Traité élémentaire de droit civil belge, C. 3, Kısım 2, 3. éd., sh. 923.

(30) Karş. Gény F., age., C. 3, sh. 295.

(31) Gény F., age., C. 3, sh. 125.

bir hukukî kategori olarak kabul edilirse(32), bu takdirde, bu sorumluluk çeşidini anlayabilmek, kesinlikle kusur karinesi öğretisine başvurmayı zorunlu kılmamaktadır.

V — AYKIRI KANIT

Karineye aykırı kanıt sorunu, karine kavramının ayrı bir yönünü oluşturmaktadır(32a).

Elbette ki, karineye aykırı kanıt getirebilme olanağı var olmalıdır. Bu kanıt öğretisinin olağan bir sonucudur.

Karineye aykırı kanıt, söz konusu belirli olayda karinenin yanlış ve haksız olduğunu ortaya koyar.

Bu kanıt, herhangi bir biçimde olabilir(33). Mutlaka, belirli bir kanıt biçimine başvurmaya gerek yoktur.

Yine örneğimizi ele alacak olursak, eğer BK.nun 96. maddesi bir kusur karinesi öngörüyorsa, ne zaman bu karineye aykırı kanıtın getirildiği kabul olunmalıdır?

Denilebilir ki, kusur karinesi, dolaysız olarak, borçluya kusurunun yokluğunu (olumsuz kanıt) kanıtlama yükünü, veya, dolaylı olarak, kusurunun yokluğunu gösteren olayların varlığını (olumlu kanıt) kanıtlama yükünü yüklemektedir(34). Bu kanıtlardan herhangi birinin varlığı, karineye aykırı kanıtı kabul etmek için yeterlidir.

Yine denilebilir ki, borçlunun kusuru, yokluğunu haklı gösteren kanıt eksikliği durumunda kabul edilmelidir(35). Kusurun yokluğuna ilişkin belirtilen gözlenir gözlenmez, artık kusur karinesinin yardımı olmaksızın borçlunun kusurunu kanıtlamak alacaklıya düşer.

Yine savunulabilir ki, borçlu kusursuzluğunu kusuru oranında olası gösteren kanıtları getirmediğe, kusurunun var olduğu kabul edilmelidir(36).

(32) Karş Comporti M., La responsabilité civile en Italie, RIDC, 1967, sh. 841.

(32a) Bu yazımızda, kural olarak, sadece aykırı kanıt kabul eden adi karineyi temel alıyor ve etmeyen kesin karineyi bir yana bırakıyoruz.

(33) Grossen J. - M., age., sh. 38.

(34) Grossen J. - M., age., sh. 39.

(35) Karş. Grossen J. - M., age., sh. 39.

(36) Karş. Grossen J. - M., age., sh. 39.

Şu da ileri sürülebilir ki, borçlu, kusursuzluğunu kusurundan daha olası göstermedikçe, kusurlu olduğu kabul edilmelidir(37).

VI — GERÇEK OLMAYAN KARİNE

Karine konusunda bir ayrı sorun da, gerçek olmayan karine sorunudur.

Örneğin, kanıt yüküne ilişkin özel kanıt yükü kuralları gerçek olmayan karinelere dindirler. Bu kurallar söz konusu olduğunda, yasa uyarınca, yargıç, aykırı kanıt getirilinceye değin bir olayın varlığını gerçek olarak kabul etmek zorundadır.

Bu çeşit karinelere, karine konusu olaydan ayrı bulunan ve karinenin temelini oluşturan ek - olay eksiktir(38).

Bazı yazarlar, gerçek olmayan karineleri, geçici gerçekler (**Interimswahrheiten**) olarak nitelendirirler(39). Bazıları da, bu cins karineleri, kanıt yüküne ilişkin özel kurallar olarak görmektedirler(40).

BK.nun 96. maddesine bu açıdan bakacak olursak, kusur karinesinin gerçek bir karine olmadığını söylemek olanaklıdır. Zira, kusur karinesinin temelini oluşturan, hak doğuran olaya (borcun ödenmemesi) yabancı ek - olay bulunmamaktadır. Borcun ifa edilmemesi, borçlunun kusuru gibi, alacaklının tazminat hakkını doğuran öğelerden bulunduğundan, kusur karinesinin dayanağı ek - olay diye nitelendirilemez. Çünkü, bu ek - olayın kesinlikle hak doğuran olaylar dışında bir olay olması kusur kavramının mutlak koşullarındandır.

Gerçek olmayan karineler gerçek karinelere mahiyetleri yönünden olduğu kadar etkileri yönünden de farklıdır(41). Gerçek karineler, bir anlamda kanıt konusunu değiştirirler(42). Gerçek olmayan karineler ise, hem kanıt konusunu hem de kanıt yükünü değiştirirler. Gerçek olmayan bir karine söz konusu oldu-

(37) Karş. Grossen J.-M., age., sh. 39.

(38) Rosenberg L., age., sh. 203 vd.; Leipold D., age., sh. 92.

(39) Unger J., age., sh. 598

(40) Leipold D., age., sh. 92.

(41) Unger J., age., sh. 596, sh. 599 dn. 51 ve sh. 600.

(42) Unger J., age., sh. 596, sh. 599 dn. 51 ve sh. 600; Dabin J., age., sh. 84.

Bazı yazarlara göre, karine kanıt yükünü de değiştirir. Bk. Rosenberg L., age., sh. 218 vd.; Grossen J.-M., sh. 51; Leipold D., age., sh. 93.

ğunda, davacının savı değil, fakat bu savın karşıtı kanıt konusunu oluşturur. Kanıt yükü de davacının değil davalının üzerindedir.

Böylece, BK.nun 96. maddesinde borçlunun kusurluluğu yeri-ne, kusursuzluğu kanıt konusudur. Bu nedenle, borçlunun kusursuzluğunun kanıtı asıl kanıt olarak ortaya çıkmaktadır. Sorumluluktan kurtulabilmek için, borçlu, alacaklının savının doğruluğu konusunda yargıcın kanısını sarsmakla yetinemez. Kusurlu olmadığı kesinlikle kanıtlanmalıdır.

Tersine, borçlunun kusuru bir karine ise, alacaklı kanıt yükü ile yükümlü kalmaktadır. O halde, yasanın alacaklıya karine yardımı ile kanıtlamasına olanak tanıdığı kusurluluk kanıtı asıl kanıtı oluşturmaktadır. Ve bu asıl kanıtı karşıt kanıt ile çürütebilmek için, borçlunun yargıcın zihninde kusurun varlığı savını sarsacak kuşkular uyandırması yeterlidir.

Bazı yazarlara göre, kanıt yüküne ilişkin özel kurallar (gerçek olmayan karineler veya engelleyici olaylar diye de nitelendirilen) etkileri açısından belirli bir ölçüde gerçek karinelerle uyumlanmaktadır(43). Zira, gerçeğin ortaya çıkmaması durumunda (**non liquet**), kanıt yüküne ilişkin genel kurallar söz konusu olduğunda, yargıç, ileri sürülen iddia hakkında, hak doğurucu veya hak engelleyici veya hak düşürücü öge yokmuşçasına karar vermelidir. Oysa, karine veya kanıt yüküne ilişkin özel kural söz konusu olduğunda, yargıç, hak doğurucu veya hak engelleyici veya hak düşürücü öge varmışçasına karar vermelidir.

Şu halde, BK.nun 96. maddesinde bir karine veya bir özel kanıt yükü kuralı bulunması sorunun çözümünü bu açıdan değiştirmemektedir. Her iki durumda da, gerçek ortaya çıkmayacak olursa (**non liquet**), yargıç borçlunun kusuru varmışçasına karar vermek zorundadır. O nedenle, BK.nun 96. maddesindeki kanıt yüküne ilişkin kuralın karine olarak nitelendirilmesi doğaldır da. Bununla birlikte, biz yine de karine kavramının gerçek karinelere hasredilmesi fikrindeyiz.

Bu şekilde, borçlunun kusuruna ilişkin kural, geçici bir gerçek (**Interimswahrheit**) veya kanıt yüküne ilişkin özel bir kural veya geniş anlamda bir karine olarak kabul edilmelidir. Fakat gerçek bir karine olarak görülmemelidir.

(43) Leipold D., age., sh. 91 vd.

VII — BORÇLAR KANUNUNUN 96. MADDESİ VE KARİNE

BK.nun 96. maddesinde ister bir karine bulunsun, ister kanıt yüküne ilişkin özel bir kural bulunsun, iki yorum olanaklıdır.

Birisine göre, yasa koyucunun kanıt yükünü hukuku daha iyi uygulanabilir kılmak için özel bir biçimde düzenlediği söylenebilir. Zira, şu bir gerçektir ki, alacaklı borçlunun kusurunu kanıtlama yükü ile yükümlü olsaydı, borcun yerine getirilmemesi olayı borçlunun kendi kişisel sorumluluk alanında olup biten bir olay olduğundan, ve bunun nedenlerini kural olarak yalnızca kendisi bilebileceğinden, ciddiyeti azımsanmayacak kanıtlama güçlükleri ile karşılaşacaktı. Bu da, hukukun ve hukuk kuralının uygulanabilirlik niteliğini düşürecekti. Bu nedenle yasa koyucu borçluya kusursuz olduğunu kanıtlama yükünü yüklemiştir.

Diğer yoruma göre, BK.nun 96. maddesinde kanıt yükünün özel bir biçimde düzenlenmesi belirli bir hukuk siyasetine hizmet amacını gütmektedir denilebilir. Burada, hukukun uygulanması, bir biçim sorunu ve bir kanıt kuralı söz konusu değildir. Fakat, hukuk kuralının yapılması ve dolayısıyla maddi hukuk kuralı söz konusudur. Kanıt yükünü tersine çevirmekle, yasa koyucu, borçlunun kusurunun kanıtlanabilmesini kolaylaştırmak istemiştir. Bu davranış maksatlardır, yasa koyucu alacaklıyı borçluya tercih etmiştir.

Bu açıdan, yasa koyucunun borçlunun kusursuz sorumluluğu ilkesini benimsediği söylenebilir. Kusur sorumluluğu egemen kural olduğundan, borçlunun kusura dayanmayan bir biçimde sorumlu olduğunu açıkça belirtmekten çekinmiştir. Ve karine kavramını sapıtırtıp bozma pahasına da olsa BK.nun 96. maddesini böyle düzenleme yoluna başvurmuştur. Burada, kusur karinesi bilimsel gerekçelerle açıklanamaz ve haklı gösterilemez. Zira maddenin bu biçimde düzenlenmesi hukuk siyasetine ilişkin tercihler ve kararlara dayanmaktadır. Böylece bu düzenleme kanıt hukuku alanından çıkmaktadır.

Fakat, bu yasa hükmünü öyle uygulamak olanaklıdır ki, borçlunun sorumluluğuna karar verildiği hallerde, borçlu gerçekten de kusurludur(44). Böylece, borçlunun kusuruna ilişkin kural olası-

(44) Bk. örn. Cuendet J., age., No. 313 vd. - HGK. 23.3.1966 T. 411/D. - T. - E. 82 K.; HGK. 3.5.1967 T. 966/4-1018 E. 231 K.; HGK. 7.6.1969 T. 968/9-403 E. 604 K.; 4. HD. 3.4.1963 T. 1963 E. 3476 K.; 4. HD. 28.12.1965 T. 965/308 E. 8015 K.; 13. HD. 9.2.1982 T. 1981/7662 E. 1982/820 K.

lıklar üzerine oturan bir kanıt hukuku kuralı, bir çeşit karine olarak ortaya çıkabilir. Bu takdirde de yasa koyucunun başlangıçtaki asıl gayesi ile uygulama arasında derin bir uyuşmazlığın oluşacağı kesindir. Yasa koyucu kanıt hukuku kuralı görünümünde bir maddi hukuk kuralı koymak istemiş iken, uygulama söz konusu yasa hükmünü bir kanıt hukuku kuralı gibi uygular olacaktır.

Tersine, uygulama BK.nun 96. maddesindeki kusura ilişkin kuralı bir maddi hukuk kuralı olarak yorumlar ve uygularsa, borçlunun sorumluluktan kurtulması zorlaşacak ve bazen de hemen hemen hiçbir kurtulma olanağına sahip olamayacaktır. Zira, bu yorum göre borçlunun sorumluluğu kusursuz sorumluluk hallerinden biri olacaktır(44a).

Bize göre, BK.nun 96. maddesinde bir karine yoktur(45). Şu nedenle ki, sorumluluğu doğurucu öğelerin dışında, kusur karinesinin üzerine kurulabileceği hiçbir ek -olay bulunmamaktadır. Bu ek -olay ise karine kavramının vazgeçilemez bir koşuludur. Şu halde, burada bir karine olmadığını kesinlikle söyleyebiliriz.

Karine olmadığı gibi, bir geçici gerçek (*Interimswahrheit*), ya da kanıt yüküne ilişkin özel bir kural da yoktur. Doğrusu, bütün bu açıklamalar kusurun borçlunun sorumluluğunun temelini oluşturduğu ilkesine dayanmaktadırlar. Bu böyle olunca, doğal olarak alacaklının borçlunun kusurunu kanıtlaması gerektiğinden, ve aksine borçlu kusurlu olmadığını kanıtlamakla yükümlü tutulduğundan, denilebilmektedir ki, şu halde burada bir karine veya geçici bir gerçek veya kanıt yüküne ilişkin özel bir kural vardır.

Fikrimizce, kusurun, borçlunun sorumluluğunun nedenini oluşturması, bir zorunluluk değildir. Bu, kusursuz sorumluluk olamaz ilke ve önyargısının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ilkenin istisnalarının olabileceği veya kusursuz sorumluluğun da kusur sorumluluğu denli kural olduğu kabul edilecek olursa, borçlunun sorumluluğunu açıklamak için mutlaka kusur öğretisine ve dolayısıyla gerektiğinde de kusur karinesi kavramına başvurmaya gereksinim duyulmaz. Borcun ödenmemesi de yalnız başına sorumluluğun nedenini oluşturabilir. Borçluyu korumak ister-

(44a) Karş. Tunçomağ K., age., sh. 815; Tekinay S. S., Borçlar Hukuku, 4. baskı, İstanbul, 1979, sh. 709 vd.

(45) Karş. von Greyerz Chr., age., sh. 13 ve sh. 90; Cuendet J., age., No. 321.

sek, ona kusursuzluğunu kanıtlaması halinde sorumluluktan kurtulma olanağını da tanıyabiliriz. Fakat daha ileri gitmek ve borçluyu sadece kusurlu olduğunda sorumlu kılmak, borcun ödenmemesinin doğurduğu sonuçlarla ve alacaklıyı da koruma ilkesi ile tam olarak bağdaşmamaktadır da.. Her iki tarafın da çıkarlarını gözönünde tutma, 'çıklarları tartma' ilkesinin olağan bir gereğidir. Şurası da unutulmamalıdır ki, borçlu, kusurunun bulunmadığı ve fakat bunu kanıtlayamadığı durumlarda, nasıl olsa kusuru olmadığı halde sorumlu olacaktır. Bu, kanıt yükünün belirtildiği biçimde düzenlenmesinin kaçınılmaz bir sonucudur. Görülüyor ki, gerçek kanıtlanamadığı vakit, karine kavramına başvurarak, yapay bir görüşle yine de borçlunun kusurundan ötürü sorumlu olduğunu ileri sürmek, gerçekçi olması gereken hukuk kavramı ile pek bağdaşmamaktadır.

Kusur, borçlunun sorumluluğunun temelini zorunlu olarak oluşturmuyor ise, alacaklının doğal olarak borçlunun kusurunu kanıtlamakla yükümlü olduğunu söylemek de olanak dışıdır. Öyleyse, BK.nun 96. maddesindeki kanıt yüküne ilişkin düzenleme, mutlaka bir açıklama gerektirmeyebilir. Bu düzenlemenin özel bir düzenleme olduğu da kesinlikle savunulamaz. Denilebilir ki, bu düzenleme, MK.nun 6. maddesindeki kanıt yüküne ilişkin genel düzenlemeden ayrılmamaktadır. Gerçekten, borçlu da alacaklı da, kendi savını kanıtlamak zorundadır. Şu halde, burada bir karineye yer yoktur.

Öyleyse, kusurlu olmadığını kanıtlamaya çalışırken, borçlu, alacaklı tarafından kanıtlanması gereken ödence hakkını doğurucu ögenin aksini kanıtlamaya çalışmamaktadır. Ve fakat, asıl kanıt ileri sürmektedir. Bu kanıt karşıt kanıt olarak nitelendirilemez. Zira, alacaklı borçlunun kusurunu kanıtlamakla yükümlü olamaz. Bundan ötürü yargıç, borçlunun borcunu yerine getirirken gerekli özenle davranmadığı ve böylece kusurlu olduğu olasılığı savından hareket etmemelidir.

VIII — SONUÇ

Bugüne değin, karine kavramı gerektiği gibi anlaşılammıştır. Zaman zaman, doğru olması zorunlu hukuk kuralı kuramının temelleri bile hiçe sayılarak da yorumlanmıştır.

Karine kuraldışı bir düşünüş yoludur. Şu halde, gerçek ortaya çıkmazsa, karinenin olmadığına veya yanlış çıktığına veya o dava-

da doğrulanmadığına karar verilmesinden daha doğal ne olabilir ki!

Ayrıca şu da var ki, karine hiçbir şekilde aleyhinde öngörül-müş tarafın hukukî çıkarlarını zedelememelidir. Kuşkulu durumdan o yararlanmalıdır. Karineyi ileri süren taraf değil! Örneğin, kusurlu olmadığını kanıtlayamadıkça sorumluluktan kurtulamayan borçlu. Alacaklı değil!

Ceza hukukunun ünlü özdeyişi 'in dubio pro reo' (kuşkudan sanık yararlanır) özel hukukça bilinmemelikten mi gelinecektir?

KISALTMALAR

age.	: Adı geçen eser
Art.	: Artikel (alm.)
Aufl.	: Auflage (alm.)
bk.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dip notu
E.	: Esas
éd.	: Edition (fr.)
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
Muk. Huk. Der.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Randnote (alm.)
No.	: Numara ve numéro (fr.)
örn.	: Örneğin
RİDC	: Revue internationale de droit comparé
sh.	: Sahife
T.	: Tarih
vd.	: Ve devamı
ZPO.	: Zivilprozessordnung

YAZIN

- BERKİN, N. M.** : Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 1969.
- BİLGE, N. - ÖNEN, E.** : Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. baskı, Ankara, 1978.
- BLOMEYER, A.** : Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 7. Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg, 1963.
- BONNIER, E.** : Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, 5. éd. par M. Ferdinand Larnaude, Paris, 1888.
- COMPORTI, M.** : La responsabilité civile en Italie, RIDC, 1967, sh. 841.
- COUTURE, E. J.** : La chose jugée comme présomption légale, Note critique sur les articles 1349 et 1350 du Code civil, RIDC, 1954, sh. 681 vd.
- CUENDET, J.** : La faute contractuelle et ses effets, Etude de l'article 99, al. 3 CO, Tez, Berne, 1970.
- DABIN, J.** : La technique et l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé, Bruxelles - Paris, 1935.
- de PAGE, H.** : Traité élémentaire de droit civil belge, tome 3, 2^e partie, 3^e éd., Bruxelles, 1964.
- DECOTTIGNIES, R.** : Les précomptions en droit privé, Tez, Paris, 1950.
- DESCHENAUX, H.** : Le titre préliminaire du code civil, Traité de droit civil suisse, Tome II, I, Fribourg, 1969.
- GENY, F.** : Science et technique en droit privé positif, Paris, 1914-1924.
- GROSSEN, J. - M.** : Les présomptions en droit international public, Tez, Neuchâtel, 1954.
- HUET, H.** : Les conflits de lois en matière de preuve, Tez, Strasbourg, 1965.
- KARAFAKİH, İ. H.** : Beyyine Mükellefiyeti, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1958, İstanbul, 1959, sh. 8 vd.
- KARAHASAN, M. R.** : Tazminat Davaları, İstanbul, 1970.

- KUMMER, M.** : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, 1. Abt.: Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Art. 8, Bern, 1962.
- KURU, B.** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4. baskı, Ankara, 1980.
- LEIPOLD, D.** : Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebiete, Berlin, 1966.
- NIKISCH, A.** : Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Tübingen, 1952.
- PERELMAN, Ch. - FORIERS, P.** : Les présomptions et les fictions en droit, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, 1974.
- POSTACIOĞLU, İ. E.** : Medenî Usul Hukuku Dersleri, 5. bası, İstanbul, 1970.
- ROSENBERG, L.** : Die Beweislast, 5. Aufl., München, 1965.
- STEIN - JONAS - SCHÖNKE
- POHLE** : Kommentar zur Zivilprozessordnung, 18. Aufl., Tübingen, 1953-1956.
- TEKİNAY, S. S.** : Borçlar Hukuku, 4. bası, İstanbul, 1979:
- TUNÇOMAĞ, K.** : Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 6. bası, İstanbul, 1976.
- UNCER, J.** : System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II, Leipzig, 1863.
- ÜSTÜNDAĞ, S.** : Medenî Yargılama Hukuku, C. I, Yargılama Safhası, 2. bası, İstanbul, 1977.
- VELİDEDEOĞLU, H. V.
- KAYNAR, R.** : Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, 3. bası, İstanbul, 1960.
- von **GREYERZ, Chr.** : Der Beweis negativer Tatsachen, Tez, Bern, 1963.
- WROBLEWSKI, J.** : Structure et fonctions des présomptions juridiques, Les présomptions et les fictions en droit, publiées par Ch Perelman et P. Foriers, sh. 43 vd.

SORUMLULUK HUKUKU İLE SORUMLULUK VE GENEL SİGORTALARIN İLİŞKİSİ

(I)

Mevci ERGÜN (*)

PLAN : Giriş. Sorumluluk hukuku. A — Başlangıç. B — Kusur sorumluluğu. 1 — «Kusur»un tanımı. 2 — Kusur ilkesi ve sonuçları. 3 — Kusur ilkesinin yetersizliği nedenleri. 4 — Kusurun objektifleştirilmesi. C — Kusursuz sorumluluk. 1 — Kavram. 2 — Kusur ilkesinin yetersizliği. 3 — Kusursuz sorumluluğun dayanakları. D — Sebep sorumluluğu. 1 — Kavram. 2 — Sebep olma ilkesinin önemi. E — Hakkaniyet sorumluluğu. Sorumluluk fikri. Sigorta fikri. Sorumluluk ve sigorta. Sorumluluk sigortası. 1 — Genel kavram. 2 — Sorumluluk sigortasının önemi. 3 — Sorumluluk sigortalarının doğuşu ve gelişmesi. 4 — Sorumluluk sigortasının mahiyeti. a — Sorumluluk sigortası bir «sigorta»dır. b — Sorumluluk sigortası bir zarar sigortasıdır. c — Sorumluluk sigortası bir pasif sigortasıdır. 5 — Sorumluluk sigortasının geçerliği. 6 — Sorumluluk sigortasının ayırımı. I — İhtiyari sorumluluk sigortası ve mecburi sorumluluk sigortası. a — İhtiyari sorumluluk sigortası. b — Mecburi sorumluluk sigortası. aa — Mecburi «dekuvar» deyimi. bb — Kapsamı. II — Konusu muayyen ya da gayri muayyen sorumluluk sigortaları. 7 — Sorumluluk sigortasının hükümleri. I — Sorumluluk sigortasında tazminatın kapsamı. II — Sorumluluk sigortasında rizikonun gerçekleşme zamanı. a — Sigorta süresi bakımından. b — Zamanlaşımı bakımından. c — Sigortalının rizikonun gerçekleşmesinden sonra yapılan ihbar yükümlülüğünün bağlı olduğu sürenin başlangıç anını tayin bakımından. III — Sorumluluk sigortasında üçüncü şahsın hukuku. a — Genel olarak. b — Sigorta tazminatının üçüncü şahsa ödenmesini sağlayan haklar. Genel sigortalar. Mal Sigortası. Mal sigortası türleri. I — Yangın sigortası. a — Mahiyeti ve kapsamı. b — Yangın sorumluluk sigortası türleri. II — Hırsızlığa karşı sigorta. III — Zirai sigorta. IV — Karada ve iç sularda taşıma rizikolarına karşı sigorta. a — Uygulanacak kurallar. b — Rizikonun kapsamı. c — Sigorta bedeli. Can sigortası. Can sigortası türleri. I — Hayat sigortası. II — Kaza sigortası. 1 — Genel olarak «kaza» kavramı. 2 — Sorumluluk hukukunda «kaza» kavramı. 3 — Sigorta hukukunda «kaza»

(*) Viranşehir Hâkim Adayı.

kavramı. 4 — Sorumluluk sigortasında «kaza» kavramı. 5 — Kaza sigortalarının gelişmesi. 6 — Kaza sigortasının tanımı. 7 — Sigorta edilen kaza riski. 8 — Kazaya karşı sigortanın mahiyeti. 9 — Kaza sigortalarında isbat külfeti. 10 — Kaza sigortasının türleri. III — Grup sigortası. 1 — Grup sigortasının tanımı. 2 — Grup sigortasının mahiyeti.

GİRİŞ

Cemiyet halinde yaşayışlarını sürdüren insanların her nasılsa can ve mallarının çeşitli tehlikelerle karşılaşması beklenebilir.

Bunun tabii sonucu olarak da, ortaya çıkacak zararların sonuçlarından etkilenmeleri söz konusu olacaktır. Anılan tehlikelerin doğurduğu zarar ve hasarlar, devlet, bireyler ya da bunlar dışında oluşan hukukî olaylardan kaynaklanır.

Tarafları kim ve ne olursa olsun, zararların az olması halinde kişinin buna katlanması mümkün olabilir. Ancak can ya da mala gelen tehlike sonucunda zarar fazlaca ise her kişinin bundan etkilenmemesi düşünülemez.

Eski zamanlardan beri bu etkilenmeleri olduğunca karşılamak ve kişilerin etkilenmesini asgari bir düzeye getirmek, hatta bazen tamamen gidermek maksadıyla «hukuk» alanında bazı düzenlemelere gidilmiştir. Hukuka uygun kabul olursa bile, bu düzenlemelerle başkasının hukuken korunan bir can ya da malının zarar görmesi halinde karşılanması amaçlanmaktadır.

Bu zararlar, ferdin mal varlığına olabileceği gibi, kişisel varlığına da yönelen olumlu - olumsuz hareketler biçiminde olabilir. Yapılan yasal düzenlemelerde daima zarar gören ve zarardan sorumlu olanlar mevcut olacaktır.

Zamanımızda zarar gören ve zarardan sorumlu olanların karşılıklı ilişkileri bakımından, gerek sigorta hukuku alanında ve gerekse tazminat hukukunda bazı düzenlemeler vardır.

Fakat hemen belirtmeliyiz ki, mevcut kanun maddeleri ile ne zarar gören ve ne de zarardan sorumlu olanların hukukî durumlarını noksansız kavramak mümkündür. Nitekim uygulamada çoğu zaman ortaya çıkan sorunlarda kanun metinlerinin yetersiz kaldığını göstermektedir.

İnsan için güven ve aynı zamanda onu tasarrufa teşvik aracı olan sigortanın, doğuş tarihi kat'i olarak bilinmemekle beraber, bunun zaruretler sonucunda ve ilk olarak deniz ticareti alanında

uygulanmış olduğu söylenebilir. Bu itibarla sigorta, hukukçuların bir eseri olmaktan ziyade, zaruretlerin sonucudur(1).

Yukarıda sunulan açıklamalardan sonra, sigortanın bir emniyet ve tasarruf vasıtası olduğu söylenebilir.

Kaideten zarardan sorumlu olanın «borçlu» olarak nitelendirilmesi halinde, borcun müeyyidesine tabi olacağı kuşkusuzdur. Zira borcun yerine getirilmemesi halinde, borçlunun malvarlığına yönelme hukuken tanınan bir haktır. Bu nedendir ki, alacaklı hakkını elde etmede borçlunun malvarlığına el koymak hakkına haizdir.

Bu çalışmamızda sigorta ve sorumluluğa ilişkin bu kısa anlamlardan sonra sorumluluk hukuku ile sorumluluk ve genel sigortaların ilişkisi»nin inceleneceğini belirtmeliyiz. Günümüzde kişilerin verdikleri tüm zararların sigorta tarafından karşılanması fikri ileri sürülmektedir. Ayrıca esas konumuz içerisinde bu soruna da Türk hukuku yönünden değinileceğini açıklamak isteriz.

SORUMLULUK HUKUKU

A — BAŞLANGIÇ

İzaha çalışılan konu «sorumluluk hukuku ile sorumluluk ve genel sigortaların ilişkisi» olması sebebiyle öncelikle sorumluluk ve sigorta hukukunun kavram, mahiyet ve özelliklerine kısaca değinmek yerinde olacaktır.

Türk borçlar hukukunda haksız fiillerde kusur sorumluluğu esasını ilke olarak benimsediği (BK.41) ve bununda zarar görenin zararının giderilmesini amaçladığı kuşkusuzdur. Hakkaniyet ve sebep sorumluluğu ancak istisnai ve kanunun açıkça öngördüğü hallerde söz konusu olabilmektedir(2).

B — KUSUR SORUMLULUĞU

1 — «Kusur»un tanımı

Sorumluluk ilkesinin temeli olan kusur, beşeri bir davranışın hukuk düzenince kınanmasıdır(3). Demek ki, bir kimsenin kendi

-
- (1) BOZER, A. : Sigorta Hukuku, BATİHAE Yayın no. 137, Ankara 1981, s. 4.
 - (2) KARAYALÇIN, Y. : Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, AÜHF. Yayın No. 145, Ankara 1960, s. 24.
 - (3) ÖZSUNAY, E. : Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından «Kusur»un Etkisi ve Önemi, Sorumluluk

kusurlu eyleminden zarar doğmuşsa ahlâki bakımdan kınanabilir. Konumuz bakımından bizler için önemli olan ve incelenmesi gerekende «kusur» kavramıdır. Çünkü bu kavramın yeterince açıklığa kavuşturulması halinde, sebep sorumluluğu ile kusur sorumluluğu arasındaki nitelemeler de açıklığa kavuşturulmuş olacaktır.

2 — Kusur ilkesi ve sonuçları

İlke olarak bir kimse sadece kendi kusurundan doğan zararlardan sorumlu olur. Yalnızca kusurlu eylemlerin sorumluluğu gerektirmesi, bireyci-liberal ekonomik ve hukuk düzenlerinin bir buluşudur. Buna göre zarar giderimi için hukuka aykırı olan eylem, kusura dayanmalıdır(4). Sorumluluğun şartlarını içeren BK. nun 41. maddesi hükmü kusura dayanan sorumluluğu düzenlemektedir. Burada, eylemi yapanın kusurlu sayılabilmesi fiili işlediği anda, iradesinden ötürü sorumlu tutulmasını mümkün kılacak ruhsal durumda bulunmasına bağlıdır(5). Zira BK. nun 41. maddesi hükmünde öngörülen anlamda hukuka aykırılık, zarar vermeyi önleyen ya da men eden kuralların ihlal edilmesi olmaktadır.

Kusur sorumluluğunun başlıca fiil, hukuka aykırılık, uygun iliyet, zarar, kusur olmak üzere beş unsuru vardır. Bu anlatımla, hukuka aykırı ve kusurlu bir eylemle zarar verilmiş olursa tazminat borcu doğmuş olacaktır (BK. 41, f.1). Fiilin sadece ahlâka aykırı olması halinde tazmin yükümlülüğü ancak failin bilerek (kasden) zarar vermesi halinde doğar (BK. 41, f.2)(6). BK. m. 41/2 anlamındaki ahlâka aykırılık ise ferdi ahlâk aykırılık olmayıp, sosyal ahlâka aykırılık olarak düşünülme gerekir.

Halk şuuruna adaletli düşünen kimselerin anlayışına aykırı davranışlar, BK. m. 41/2 anlamında ahlâka aykırılıktır. Doğru ve adaletli (âdil) düşünen insanların ahlâki duygularına uygun olan davranışlar, genel ahlâka uygun ve bunlara uymayanlar da genel ahlâka aykırı düşer. BK. m. 41/2'deki öğeleri kendinde toplayan genel ahlâka aykırı fiil hukuka aykırı sayılır(7).

Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s. 09.

- (4) KARAHASAN, M. R. : Tazminat Davaları «Doktrin ve Yargıtay Kararları», İstanbul 1976, s. 14-15.
- (5) OLGAÇ, S. : Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi - Genel Hükümler (m. 1-60), Ankara 1976, s. 575.
- (6) KARAYALÇIN, age., s. 24.
- (7) OLGAÇ, age., s. 536.

Konumuz itibarıyla kusur sorumluluğunun unsurlarından biri olan «kusur» kavramının ve kusurun unsurları üzerinde durmakta yarar görmekteyiz. Kusur, eylemi yapanın normal bir düşünsel durumda bulunmasını ve hukuk düzeninin icaplarına uyabilme gücünde olmasını gerekli kılacağından, bir irade noksamlığıdır. Bu nedenle, eylemi yapanın kusurlu olarak kabulü, fiili işlediği anda, iradesi sebebiyle sorumlu kılınmasını sağlayacak ruhsal bir halde bulunmasına bağlıdır(8). İsviçre - Türk hukukunda kusurun iki unsuru olduğu kabul edilmektedir : 1) Temyiz kudreti, 2) Fiilin vasati tipten beklenebilecek ihtimam vecibesine aykırı olması. Böylece kusurun tayininde failin subjektif durumuna göre değil, objektif bir ölçüye göre hareket edilir. Günümüzde yasa, tüzük ve yönetmeliklerle belirli hallerde ilgililerin nasıl hareket etmesi icap ettiği tesbit, «ihtimam vecibeleri tedvin» edilmiştir(9).

Doğrudan doğruya sorumlulukta hakim olan ilke kusur ilkesidir. Kural olarak, temyiz kudretinden devamlı olarak yoksun olan kimseler, haksız fiillerinden ötürü sorumlu tutulmazlar. Zira haksız fiil sorumluluğunun esası kusur ilkesine dayandırılmıştır (BK. 41). Sezgin olmayanların hareketlerine ise kusur bağlanamaz. Bu nedenle onların sorumluluğa ehil olmadıkları ilke olarak söylenebilir(10). Ancak bu ilkenin mutlak surette uygulanması her zaman hakkaniyete uygun düşmez. Bu sebeple, bazı durumlarda eğer olayda haksız fiilin diğer unsurları mevcut ise, hakkaniyet gereği olarak sezgin olmayanın da sorumluluğuna hükmetmek gerekmektedir.

Bu halde hâkim, hakkaniyet gerekiyorsa temyiz kudreti olmayan kimseyi eyleminden ortaya çıkan zararın tamamen ya da kısmen tazminine mahkum eder (BK. m. 54/1). Ancak burada hakkaniyetin böyle bir sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini doğru tesbit etmek lazımdır.

Demek oluyor ki, bir haksız eylemin bir kimseye yükletilebilmesi için temyiz kudretinin bulunması zorunlu olup, bu ise kusurun varlığı için yeterli olarak sayılmaktadır. Başka bir anlatımla, temyiz kudreti bulunmayan bir kimseye kusur yükletilmesi düşünülemez. Buna aynı zamanda kusur ya da sorumluluk yeteneği de denilebilir.

(8) OLGAÇ, age., s. 525.

(9) KARAYALÇIN, age., s. 25.

(10) FEYZİOĞLU, F. N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B. 2, İstanbul - 1976, s. 465.

Temyiz kudreti, bir kimsenin hal ve hareketleri ile sonuçlarını doğru olarak anlaması ya da doğru olarak anlamaya uygun davranabilmesidir (MK. m. 13). Fiili işleyen vasat bir insanın anlayış ve irade gücüne sahip olması yeterli olarak kabul edilmektedir.

MK. m. 13'e göre, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve bunlara benzer nedenler ile akla uygun bir yolla davranabilme gücünün olmaması durumunda temyiz kudretinden ve bundan ötürü de kusur yeteneğinden söz edilemez. Kendi fiili ile geçici olarak temyiz kudretini yitiren kimseler, BK. m. 54/2 uyarınca bu duruma kusurları olmaksızın düştüklerini ispatlamadıkça verdikleri zararlardan sorumlu tutulmuşlardır(11).

Bundan anlaşılan fikir «temyiz kudretini geçici olarak kaybeden failin, yaptığı zararı, kendi kusuru olmaksızın yapmış bulunduğunu ispat etmesi halinde sorumlu olmayacağı» biçimindedir. Oysa amaç bu değildir. Amaç, failin temyiz kudretini geçici olarak kaybetmekte kusurlu olmadığını ispat işini kendisine yüklemek ve eğer bunu ispat ederse o zaman sorumluluğu cihetine gitmemektir. Bu itibarla BK. m. 54/2'nin son cümlesini «şu kadar ki, duruma kendi kusuru olmaksızın düştüğünü ispat ederse sorumlu olmaz» biçiminde anlamak gerekmektedir(12).

Ancak temyiz kudretini geçici olarak kaybetmesinde kendi kusuru olmadığını ispat eden kimseler, ika ettikleri zarardan her ne kadar sorumlu tutulmamaktalar ise de, bunları bu hale koyanların sorumlu olmaları icap eder. Bu durumda faili o hale düşürmek için kullanılan aracın, normal hesaplara göre faile ne gibi hareketleri yaptırtmağa elverişli olduğunu araştırmak ve ölçüye göre kusur ve sorumluluk derecelerini tayin etmek icap edecektir(13). Burada tüzel kişilerin, organlarının fiillerinden doğan sorumluluklarının hukukî mahiyetine de değinmekte yarar görmekteyiz. Bu konudaki görüşleri, tüzel kişilerin sorumluluğunu bir kusur sorumluluğu olduğunu ileri sürenler ve bu sorumluluğun objektif bir sorumluluk olduğunu söyleyenler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

Ancak bu ayırım tamamen teorik bir önem taşımakta ve bu sorumlulukla ilgili hukukî sonuçlar bakımından bir fark yaratma-

(11) OLGAÇ, age., s. 526.

(12) FEYZİOĞLU, age., s. 468.

(13) FEYZİOĞLU, age., s. 469.

maktadır(14). Tüzel kişinin haksız fiil sorumluluğu için önce tüzel kişinin organının bir faaliyetinin mevcut olması gerekir. Organın bir fiilinin tüzel kişinin fiili olarak kabul edilebilmesi için organın tüzel kişi adına bir muamele yapması ve haksız fiiliyle kendine verilen yükümlülükler arasında bir gaye ilişkisinin bulunması şartları aranır. Organın işin yapılması vesilesiyle (bei Gelegenheit) verdiği zararlardan tüzel kişi sorumlu olmaz(15). BK.nun 41. madde hükmüne göre, tüzel kişinin sorumluluğunun mevcudiyeti için, öncelikle organın kusurlu bir hareket biçimiyle zarara neden olması şartı gözönüne alınır. Tüzel kişinin haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için, eylemi ile zarara neden olan organın temyiz kudretini haiz olup olmadığına bakılır. Organın temyiz kudreti bulunmamakta ise, tüzel kişi haksız fiil sorumluluğu ile yükümlü olmayacaktır. Tüzel kişinin organı haksız fiili ile üçüncü şahısların mameleklerinde bir eksilmeye sebebiyet vermişse, bu zararı tazmin külfeti, tüzel kişiye ait olur(16).

Eğer organ, hukuka aykırı bir hareketi organ sıfatiyle değilde herhangi bir gerçek kişi sıfatıyla yapmış olursa, onun haksız fiil ehliyeti ve haksız fiil sorumluluğu aynen diğer gerçek kişilerin tabi oldukları esaslara göre halledilir.

Bazen de hem tüzel kişi, hem de organ sorumlu olur. Bu hale organın kollektif iradeyi açıklarken de kusurlu olması ihtimalinde rastlanır(17).

Haksız fiilin unsurlarından biri de fiil olup, insanın iradesine dayanan bir davranıştır. Eylem ise, bu davranışı kişiye bağlayan ruhsal bir bağ olarak nitelendirilebilir. Burada söz konusu olan dış davranış BK.nun 41. maddesinde yer alan «harekət unsuru»dur. Kişinin iradesine dayalı faaliyetinin husule getirdiği sonuç ile hareket arasında bir bağ olması icap eder. Bu ise, fiilin illiyet bağı unsuru olmaktadır.

Haksız fiil sorumluluğunun bir diğer unsuru olan «illiyet bağı»ndan maksat, meydana gelen zararın o fiil'in sonucu hasıl ol-

(14) ÖZTAN, B. : Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, AÜHF. Yayın No. 272, Ankara 1970, s. 116.

(15) ÖZTAN, age., s. 135.

(16) MİMAROĞLU, S.K. : Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti Ankara 1967, s. 44.

(17) FEYZİOĞLU, age., s. 470.

muş bulunmasıdır. Bu nedenle «gerçekleşen zararlar sorumluluğu doğuran olay veya davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisine, genel anlamda, illiyet bağı» denilmektedir(18).

İlliyet, genel olarak «mantıkî illiyet» ve «hukukî illiyet» olmak üzere iki türde olur. Mantıkî illiyetin varlık ya da yokluğu mantık kanunlarına göre çözümlenir. Ancak mantıksal olarak illiyet bağına belli bir sınır koymak mümkün değildir. Çünkü eğer işi sadece mantık kurullarına ve zincirlemesine bırakırsak, herhangi bir fiil ile çok uzak bir olay arasında bile daima bir bağıntı, bir illiyet kurabiliriz. Hukuk düzeni, acaba hangi noktaya kadar yürüyen bir mantıkî illiyeti, sorumluluk için yeterli görmelidir?(19). Bunun için bazı teoriler ortaya atılmıştır. Bunlardan birincisi «şart teorisi» olmaktadır. Bu teoriye göre, hukukî illiyet tamamen mantıkî illiyete bağlanmaktadır. Bu teoride, şart kavramı ile sebep kavramı birbirine karıştırılmaktadır. Bu ise yanıltıcı olmaktadır.

İkinci teori ise, Türk - İsviçre ve Alman Hukuklarında hakim olan uygun illiyet teorisidir. Eğer bir sonuç, Hem fiilin objektif niteliği ve vasfı itibariyle, hem de genel hayat tecrübeleri ve hal ve mevkii itibariyle o fiilin eseri sayılabiliyorsa uygun bir illiyet bağı var demektir, hukukî sorumluluk için gerekli olan illiyet de bu tür bir sebebiyet ilişkisidir(20).

Uygun illiyet teorisinin amacı, bir davranış veya olayın meydana getirdiği zararlı sonuçlardan hangisinin, ne ölçüde zarar verenin sorumluluk alanına girdiğini tesbite yarayan objektif ölçüler koymaktır. Bu teori, çeşitli olay türleri arasındaki ihtimal ilişkisini araştırmakta, herhangi bir davranış veya olay sonucu meydana gelen arızî, tesadüfî ve atipik zararların tazminini sorumluluk dışı bırakmaktadır. Burada olayların istisnai ve anormal bir şekilde sırf tesadüfen birleşerek meydana getirdikleri olağanüstü zararların tazmini söz konusu olamaz(21). Bu haliyle uygun illiyet teorisinde, failin sorumluluğunun sınırlandırıldığını görmek kabildir. Fiille zarar arasında illiyet bağının varlığı ve bu bağın uygun olması halinde, kusurlu olarak hukuka aykırı hareket etmiş olan fail, zararı

(18) EREN, F.: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi Ankara 1965, sh 1.

(19) FEYZİOĞLU, age., sh. 508.

(20) FEYZİOĞLU, age., s. 509.

(21) EREN, age., s. 59.

tazminle yükümlü olur. Bununla beraber şayet fiille zarar arasında uygun illiyet bağı yok ise, o takdirde tazmin etme yükümlülüğü söz konusu olamaz.

Hukuka aykırılık unsuru, BK.nun 41. maddesinde «haksız bir surette» diye ifade olunmuş olup, kusur'dan ayrı bir unsurdur.

Zarar, hukuka aykırı bir fiil sonucunda husule gelir ve fail de kusurlu bulunursa, ortaya bir «haksız fiil» çıkmış olur ve zarar gören bu zararını tazmin ettirmek hakkını kazanır. Fakat öyle haller vardır ki, bunların yapılışı öyle haller ve şartlar içinde olabilir ki, onu yapan kimsenin sorumluluğu cihetine gidilmez, ya da hakkaniyet ölçüsünde uygun bir tazminatla yetinilir(22).

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bu haller kanunlarda (BK. 52/1, 3, MK. 894, 677) açıkça belirtilmiş olup, belirtilmeyenler ise kanun hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Uygun illiyet bağı mevcut olmakla beraber zarar haklı savunma (BK. 52/1), zor durumda kalma (BK. 52/2), kendi hakkını kuvvet kullanarak bizzat korumak (MK. 894, BK. 267, 482, 52/3), kamu kudretinin meşru surette kullanılması nedeniyle doğmuşsa fail tazminle yükümlü sayılmaz.

Zaruret halinde ise, tazminat miktarı hakkaniyete göre tesbit edilir (BK. 52/2). Tazminat miktarı kusurun ağırlığına göre tesbit olunur(23).

Kusur sorumluluğunun çekirdeğini teşkil eden kusur ilkesinin iki sonucu vardır :

- **Olumlu sonuç** : Kusur sorumluluğun doğması için şart olup, kusur olmaksızın zararı tazmin etmekten söz edilemez.

- **Olumsuz sonuç** : Kusur yoksa sorumluluk ortaya çıkmaz(24).

Zarar ile kusurlu davranış arasında bir uygun nedensellik bağı bulunmuyorsa, kusurdan söz edilemez(25).

Tazminat yükümlülüğünü kusur sorumluluğunun temelini teşkil eden kusura dayandırmak uygundur. Böylece fiili işleyen sorumluluğu kusura dayandırılırsa herkes eylemleri sonucu vermiş

(22) FEYZİOĞLU, age., s. 485.

(23) KARAYALÇIN, age., s. 26.

(24) TANDOĞAN, H. : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara - 1981, s. 1.

(25) ÖZSUNAY, age., s. 69, dñn. 5.

olduğu zararlardan sorumlu olur. Zira kusur sorumluluğunda, kusur, sorumluluk şartlarından biri olduğundan zararlı sonuç kusurlu bir davranıştan doğmamışsa, uygun illiyet bağı mevcut olsa bile, sorumluluk söz konusu olmaz(26). Bazen bunun tam aksi bir durumun söz konusu olması da mümkündür. Öyle durumlar olabilir ki, sorumluluğu doğuran davranış, kusurlu olmasına rağmen, zararlı sonucun uygun sebebi olmayabilir(27).

Kişinin kendi kusurlu hareketinin sonuçlarından dolayı sorumlu tutulması, her türlü eylemleri sonucunda doğan zararları tazmin etmesi demek değildir.

Zarar verenin davranışından doğan her türlü, yani uzak - yakın, dolaylı - dolaysız, ilk ve sonraki sonuçlar için sorumluluğu kabul edilirse mutlak bir sebep sorumluluğu söz konusu olur ki, böyle bir görüş insanı toplum içinde yaşayamaz hale getirir(28).

Tüzel kişinin, organının fiilinden BK.nun 41. maddesine göre sorumlu olması için, organın fiili ile üçüncü şahıslara verilen zarar arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir(29).

3 — Kusur ilkesinin yetersizliği nedenleri

Kusur kavramı gerçekte dağıtıcı adalet düşüncesinin bir yansımasından ibarettir. Bu kavram uzun yıllar sorumluluğun temeli olarak kabul edildi. Ancak kusur sorumluluğunun nüvesini teşkil eden kusur, gerek kendi iç yapısında uğradığı değişikliklerle, gerek kusursuz sorumluluk durumlarının yasa ve içtihatla gelişmesi sonucunda, gittikçe daralan bir alana sıkışmıştır(30). Böylece kusur kavramının sübjektif kimliği kuvvetten düşmüş ve kusur sorumluluğu yanında ayrıca tehlike sorumluluğu da gelişme göstermiştir. Buna neden, teknolojik gelişmeler, makineleşme ve onun doğurduğu zarar verici olaylar ile bu zararların tedbir alınmak suretiyle önlenmesinin mümkün olmasıdır.

(26) EREN, F. : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1965, s. 119.

(27) EREN, age., s. 120.

(28) EREN, age., s. 121.

(29) TANDOĞAN, H. : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 126.

(30) KANETİ, S. : Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Ankara, s. 29-30, Ekim 1977, İstanbul 1980, s. 56.

Demek ki, herkes kendi kusurundan doğan zarardan sorumlu olur. Zarar ile kusurlu davranış arasında bir uygun nedensellik bağı bulunmadıkça, zarara uğrayanı korumak mümkün değildir. Zamanla tazminat hukukunda toplumsal düşüncenin yaygınlaşması üzerine, zararın bir kimsenin kusurundan doğmadığı durumlarda da, mağdurun korunması ve zararı onun tek başına yüklenmemesi görüşü benimsenmiştir(31).

4 — Kusurun objektifleştirilmesi

Kusurun objektifleştirilmesi yoluyla kusur sorumluluğunun kapsamı genişletilmiştir «Kusur»un belirlenmesinde subjektif bir ölçüde başvurulduğu takdirde ahlâksal bir kökene dayalı kılınmaktadır.

Buna karşın, kusurun «ihmal» olarak nitelendirilmesinde(32), ayırtım gücü ayırık olmak üzere, eylemde bulunan kişisel nitelikleri, belirli bir oranda gözönüne almamakta, gereken özenin gösterilip gösterilmediği, ortalama ve makul bir kimsenin aynı durum ve koşullarda yapacağı davranışlar gözönünde tutularak değerlendirilmektedir(33).

Demek ki, özen deyimi ile kusurun objektif yönü ve ayırtım gücü ile de subjektif yönü anlaşılmalıdır.

İhmal kavramı subjektif kimliğini yitirmiş ve objektif bir nitelik kazanmıştır. İhmalin bulunup bulunmadığını ilgili kişinin öz durumuna göre somut olarak değil, soyut olarak, aynı durumda bulunan dikkatli ve o faaliyetin gerektirdiği yetenek ve becerileri bulunan bir insanla karşılaştırmak yoluyla saptamaktadır.

Yargıtay bir kararında(34), «ihmal ve tedbirsizliğin varlığının tespiti için ölçü, zararı meydana getirenin subjektif niteliklerine bakılmaksızın yalnız orta seviyede bir kimsenin yani, olaya tedbirli bir (kimsenin) aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimamdan ibarettir» demek suretiyle uygulamanın ihmalin objektifleştirilmesini benimsemiş olduğunu anlatmıştır.

(31) KARAYALÇIN, age., s. 8-9.

(32) ÖZSUNAY, age., s. 72.

(33) TANDOĞAN, H.: Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uli yet), Ankara 1961, s. 50-51.

(34) 4. HD. 29.6.1967, E./K.: 2876/5612, (Dr. KARAHASAN, M.R.), Tazminat Davaları Doktrin ve Yargıtay Kararları, İstanbul 1976, s. 95.

İlke olarak, ayırtım gücünün varlığı halinde, bu yetenekte olan kimse, zararı tazmin etmekle sorumlu olacaktır (MK. 16/III).

Kusurlu davranıştan doğan çeşitli sonuçların zarar veren tarafindan öngörülüp görülmemesi, sorumluluğun sınırlandırılması veya kapsamının tayini yönünden kusur (objektifleştirilmiş ihmâl) kavramıyla değil, uygun illiyet kavramıyla çözümlenmelidir(35).

C — KUSURSUZ SORUMLULUK

1 — Kavram :

Her zarar, zorunlu olarak bir zarar vereni, bir de zarar görenin varlığını gerektirir(36). Zarar verenin sorumluluğu, kusur sorumluluğuna dayanabileceği gibi, kusursuz sorumluluğa da dayanabilir. Böylece ifade olunan kusursuz sorumluluğu anlatmak amacı ile kullanılan başka bir deyimde kusura dayanmayan sorumluluğudur. Kusura dayanmayan sorumluluk, genellikle olumsuz bir biçimde, sorumlu kimsenin kusurunu gerektirmeyen bir sorumluluk olarak tanımlanmaktadır. Keza bu sorumluluk çeşidine doktrinde objektif sorumluluk ya da sonuç sorumluluğu da denilmektedir(37).

Kusursuz sorumlulukta amaç, zarar verenin kusuru aranmaksızın zararı karşılaması olup, kişinin kusurunun olmadığı her hal anlatılmak istenmektedir. Kusursuz sorumluluk (Strict Liability) kavramı, akitten doğan bir sorumluluğun bulunmadığı hallerde dahi, zarara uğrayan üçüncü şahsın, zarara sebep olanın kusurunu önceden kanıtlaması gerekmeksizin tazminat alabilmesine imkân veren bir hukukî işlemi anlatır. Bu sorumlulukta zarar veren ya da sigorta, savunma yolları bulabilir. Bunun sonucunda tamamen ya da kısmen zarara uğrayana tazminat ödemekten kurtulabilir(38).

2 — Kusur ilkesinin yetersizliği

Zararın giderilmesini zarar verenin kusuruna dayalı kılmak fikri oldukça eskidir. Her kim diğer bir kimseye zarar vermiş ise, kusuru ölçüsünde tazminle sorumlu olması hakkaniyet icabıdır.

(35) EREN, age., s. 122.

(36) EREN, age., s. 193.

(37) TANDOĞAN, age., s. 7-8.

(38) Haksız Fiillerde Kusursuz Sorumluluk, Sigorta Haberleri Bülteni, Yıl : 2, S. 19, Şubat 1978, Ocak 1977 Tarihli Reinsurance Dergisinden (Çev. : T. DAĞLIER).

Ancak zarar veren kimse, halin, gerektirdiği her türlü tedbir ve ihtimamı gösterdiği halde, yine de zarar doğarsa onu doğurabilecek sonuçlardan sorumlu tutmanın uygun olmayacağı düşünülür. Çünkü insanların toplum içinde iç huzuru ile hukuka uygun fiil ve hareketlerde bulunması böylece mümkündür.

Ancak hızlı sanayileşme, uzay endüstrisinin gelişmesiyle birlikte teknolojiye vuku bulan büyük gelişme ve beyaz endüstrinin her alana yayılma eğilimi »kusur« ilkesinin yetersizliğini ortaya koymaktadır. Kusur ilkesinin sorumluluğun tek dayanağı sayılması fikri günümüzde artık geçerli olmaktan uzaktır. Bununla beraber zarar, kişinin kusurlu bir eyleminden doğmuşsa tazminle yükümlü olması bugün içinde terkedilmiş değildir.

Başka bir anlatımla kusur yoksa sorumlulukta yoktur görüşü artık haklı sayılmamaktadır. Bunun sonucu olarak kusursuz sorumluluğu kabul etmek gerekmektedir.

3 — Kusursuz sorumluluğun dayanakları

Kusursuz sorumluluğun yalnız başına temeli, sebep olma ilkesi olmadığından, ondan bağımsız olarak, tehlike ilkesi ,garanti ve yaratılan güven ilkesi ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkeleri de sayılabilir. Türk özel hukukunda bir şey ya da faaliyetin yararlarını elde edenin onun sebep olacağı zararlara da katlanması, tehlike yaratma, hakkaniyet, egemenlik alanı, özen ödevinin objektif olarak yerine getirilmemesi gibi, düşüncelerden birine veya birkaçına dayanılarak bir takım kusursuz sorumluluk halleri kabul edilmiştir(39).

İstihdam edenin sorumluluğu bu sorumluluk türüne bir örnek olarak gösterilebilir.

D — SEBEP SORUMLULUĞU

1 — Kavram

Sorumluluğu doğuran olay ile ortaya çıkan zarar arasında bir illiyet bağı bulunması halinde söz konusu olan sorumluluğa, sebep sorumluluğu (responsibility causal) denmektedir. Bu çeşit sorum-

(39) TANDOĞAN, age., s. 14.

luluğa doktrinde, «netice mesuliyeti»(40) ya da «objektif sorumluluk»da(41) denilmektedir.

Kusur ilkesi zamanla eleştirilerek buna karşın sebep olma ilkesi ileri sürülmüştür. Bu sorumluluk halinde, kusura bakılmaksızın fiili işleyen zararlı sonucu doğurması kâfi görülmektedir.

2 — Sebep olma ilkesinin önemi

Zamanla kusur sorumluluğundan uzaklaşarak, sebep sorumluluğuna doğru bir akımın ağırlık kazandığı gözlenmektedir. Türk hukukunda kusur sorumluluğu esastır (BK. m. 41). Ancak bazı durumlarda tazminat hukukunda sebep sorumluluğundan da söz edilebilir.

Sebep sorumluluğunun ortaya çıkmasında en önemli faktör, zarar görenin, zarar verenin kusurunu ispat etmekle yükümlü olması ve bununda güçlükler doğurmasıdır. Zira zarar verene kusurlu olduğunu ispat etmek her zaman mümkün değildir. Çağımızda bilim ve teknik alanında büyük gelişmeler olmak da, bu nedenle ortaya çıkan tehlikelere sebep olan vasıta ve tesislerden yararlanan kimselere fertlerin maruz kaldığı zararları ödetmeyi sosyal düşünce haklı ve meşru saymaktadır(42).

Sebep sorumluluğunda kanunda açıkça öngörülen bir sebep nedeniyle zarar verilmesi ve sebeple zarar arasında uygun illiyet ilişkisi olmak üzere başlıca dört unsur mevcuttur.

Sebep sorumluluğunda kusur unsuru aranmamaktadır. Keza bu sorumluluk türünde hukuka aykırılık unsuru da, sadece kanunda açıkça öngörülen hükümlere aykırılık unsuru oldukça geniş anlaşılmakta idi.

Kusur sorumluluğunda bir kimsenin fiili zarara sebep olması arandığı halde sebep sorumluluğunda sadece kanunun kabul ettiği «muayyen bir sebep» dolayısıyla zararın doğması gerekmektedir (BK. 55, 58, MK. 320). Sebep sorumluluğunda temyiz kudreti de bir önem taşımaz. Bu haliyle de kusurun bir unsurunun ortadan kaldırılmış olduğu açıktır. Ancak kusurun ikinci unsuru olan «özen» yükümlülüğü kanunda açıkça gösterilmekte ve objektifleştirilmektedir.

(40) SCHWARZ, A. : Borçlar Hukuku Dersleri, (Çev. B. DAVRAN), s. 103.

(41) AYBAY, A. : Borçlar Hukuku Dersleri, 1969, s. 77.

(42) KARAYALÇIN, age., s. 27.

Kanunda bazı hallerde özen yükümlülüğü mutlak olarak yer almakta ve ilgiliye herhangi bir kurtuluş beyyinesi tanımamakta (BK. 58, MK. 656), bazı hallerde ise kurtuluş beyyinesi —muayyen şartlara bağlı tutmak suretiyle— kabul etmiştir (MK. 320, BK. 55, 56). Kurtuluş beyyinesinin kabul edildiği hallerde ve o nisbette tam sebep sorumluluğundan uzaklaşmış olur(43).

Tüzel kişilerde ise özen yükümlülüğü, tüzel kişinin organları üzerindedir. MK. m. 48, tüzel kişilerin organlarının ika ettikleri haksız fiillerden doğan sorumluluğu ile ilgilidir. Bu nedenle zarar gören üçüncü şahısların tüzel kişiye karşı BK.nun 55, 56, 58 ve MK.nun 320. madde hükümlerine dayalı olarak dava açmaları icap etmektedir. Şayet organ üçüncü şahıslara verilen zararda kusurlu ise, bu husus tüzel kişi açısından munzam kusur olarak kabul edilmeli ve dava yine belirtilen kanun maddelerine dayalı olarak açılmalıdır.

Eğer tüzel kizi «özel hukuk hükümlerine tabi» ise, yukarıda anılan madde hükümleri sorumluluklarında uygulanır, fakat tüzel kişi bir —Devlet, belediye gibi bir» kamu hukuku tüzel kişisi» ise o zamanda haklarında kamu hukuku kanunları uygulanır(44).

Tüzel kişilerde tıpkı gerçek kişiler gibi, ev reisi, bina maliki, hayvan vaz'ülyedi ve istihdam eden olarak, sebep sorumluluğu ile sorumlu olurlar. Bu sorumluluk halinin doğması için, kusur unsuru aranmaz; özel yükümlülüğün ihlal edilmiş olması yeterlidir(45).

Tüzel kişiler organlarının haksız fiillerinden doğrudan doğruya sorumludurlar. Ancak organ olarak tavsif edilmeyen hizmetli ve yardımcılarının zararlarından ise, BK.nun 55, ya da 100. madde hükümlerine göre sorumlu olurlar. Dolayısıyla da organın haksız fiillerinden zarar görenler MK. 48/2. maddesine dayanmalıdırlar. Şayet müstahdem iseler o takdirde BK. m. 55'in uygulanması gerekir. Bununla beraber organ olmayan bir kimsenin müstahdem sıfatını haiz olup olmadığı da araştırılmak gerekir.

Bir davranışın, zararlı sonucun sebebi olması için, bunun kusurlu veya kusursuz olması illiyet bağı yönünden bir önem taşı-

(43) KARAYALÇIN, age., s. 28.

(44) FEYZIOĞLU, age., s. 632.

(45) ÖZTAN, age., s. 139.

maz. Zararlı sonucu doğurmaya elverişli olan her davranış, ister kusurlu, ister kusursuz olsun, sebep niteliğini haizdir(46).

Sebeb olma ilkesine göre, bir kimse kusurlu olmasa bile, kendi eylemiyle sebep olduğu zararı tazmin etmelidir(47).

Sebeb olma (Principe de causalité) ilkesinden doğan sebep sorumluluğu, tazminat yükümünü, ferdin toplum içindeki sosyo ekonomik durumuna bağlı kılar. Bu nedenle, toplumu oluşturan bazı kesimlerin sorumluluğu daha kapsamlı olmaktadır. Motorlu araç malikleri yeni araç işletenler, bunun en tipik örneğini teşkil ederler.

Bu açıklamalar gözönüne alınarak, sebebiyet ilkesinin kusursuz sorumluluğun yalnız başına dayanağı olup olmayacağını şöylece belirtebiliriz :

• a) Sorumluluğun kusura bağlanabileceği durumlarda, kusur ilkesinin hareket olunarak tazminat yükümünü belirlemek yerinde olacaktır.

• b) Kusurun bulunmadığı veya kanıtlanmadığı hallerde, tüm zararı eylemiyle buna sebep olana yüklemek de doğru sayılmaz. Sebeb olma, illiyet bağı görüntüsü altında kusurlu ya da kusursuz sorumluluğun bir unsurunu teşkil eder, ama sebep olma ilkesi, yalnız başına sorumluluğu haklı gösterecek, yalnız başına kusursuz sorumluluğa temel olabilecek bir ilke değildir(48).

• c) Sebeb sorumluluğunun niteliği

Sebeb sorumluluğunun toplumsal niteliği vardır. Kusura dayanan sorumluluğa nazaran daha az bireysel bir görüştedir. Sebeb sorumluluğunun toplumsal niteliği hukukî sorumluluk sigortasının yaygınlaşmasıyla ve zorunlu kılınmasıyla daha belirgin bir hale girmiştir. Bu sorumluluğun diğer bir özelliği de kazmistik bir biçimde düzenlenmesidir(49).

(46) EREN, age., s. 133.

(47) TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 4.

(48) TANDOĞAN, age., s. 4.

(49) TANDOĞAN, age., s. 10.

E — HAKKANİYET SORUMLULUĞU

Türk hukukunda hakkaniyet ilkesi ve sorumluluğu BK.nun 54. maddesinde düzenlenmiş olup, hakseverlik görüşüne dayalı kılınmıştır. Nitekim hâkim, hakkaniyet iktiza ediyorsa sezgin sayılmayan kimseyi, yaptığı zararın tümünün ya da bir kısmının tazminine mahkum eder (BK. m. 54/1).

Şayet bir kimse sezginliğini geçici olarak yitirmiş ve bu haliyle yapmış olduğu, zararın tazminiyle yükümlüdür. Ancak bu hale kendi kusuru olmaksızın düştüğünü kanıtlarsa sorumlu tutulmaz (BK. 54/2).

Önemli olan, zararın kendi kusuru olmaksızın doğmuş olması değil, bu halin kendi kusuru olmaksızın doğduğunu ispat etmediği takdirde sorumlu olacaktır. Hakkaniyet gerektirdiği takdirde, sezgin sayılmayan bir kimsenin yaptığı zararı tazmine mahkum edebilir. İşbu mesuliyet, eğer fail sezgin sayılsa idi, bir kusur olarak kendini gösterecek olan bir fiile ihtiyaç vardır. Hakkaniyet saiki olarak şu hususlar gözönüne alınabilir, ilgililerin mali durumu, üçüncü bir şahsa, örneğin nezaret görevi ile yükümlü kimselere karşı bir zarar ve ziyan davasının açılmaması gibi(50).

Sezgin sayılmayan kimsenin sorumluluğu, BK.nun 54. maddesinde hüküm altına alınan hakkaniyet ilkesine dayanan bir sorumluluktur. Sezgin sayılmayan küçük ya da mahcur meydana getirdiği zarardan bu ilke uyarınca, BK. 41 ve 54. maddeler hükümleri icabı diğer şartları da varsa sorumlu tutulur(51).

Izdırar, zaruret hali nedeniyle başkasına zarar veren kimsenin ödeyeceği tazminat hakkaniyete göre tesbit edilir (BK. 52/2). Borçlunun (failin) kusuru hafif ise (yani kast veya ağır ihmal yok ise) ve zararın kusur derecesinde ödenmesi faili müzayakaya maruz bırakacak ise hâkim hakkaniyete uygun olarak tazminat miktarını indirebilir (BK. 44/2) (52).

Tüzel kişileri de, geçici ya da devamlı olarak sezgin sayılmayan organ fiilinden dolayı hakkaniyet sorumluluğuyla, yani BK.nun 54. maddesinin birinci fıkrası hükmüne dayanarak sorumlu tutmak isabetli olacaktır. Çünkü, kanun koyucunun gayesi, tüzel kişi-

(50) TUHR, AV. (Çev. Edege) : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 2, İstanbul 1953, s. 408.

(51) 4. H.D. 16.6.1966, T., E. 965/6799, K. 6839, (DrI. Karahasan, M. R.), age., s. 919.

(52) KARAYALÇIN, age., s. 26.

lerle gerçek kişileri mümkün olduğu kadar aynı sorumluluk hükümlerine tabi tutmaktır. Kanun maddelerinde tüzel kişilerin daha ağır bir sorumluluğa tabi tutulmak istendiği sonucunu çıkarmaya yarayacak herhangi bir dayanak yoktur(53).

SORUMLULUK FİKRİ

Sorumluluk kavramı, toplumun genel menfaati ya da iyiliğini sağlamayı amaçlayan, karşı konulması önlenilmiş bir yaşantı kuralıdır(54).

«sorumlu» ve «sorumluluk» kelimeleri, bir kimsenin zarar veren bir olgudan ötürü tazminatla yükümlü olduğunu ve bu anlamda başkasının zarar görmesini gerektiren birşeyden ötürü (birşey için) ya da bir kimseden ötürü (bir kimse için) sorumlu bulunduğunu anlatır(55).

Bu deyişten de anlaşılacağı üzere sorumluluğun, borcun müeyyidesi olduğuna kuşku yoktur. Bundan dolayıdırki, alacaklının hakkını elde edebilmek için, borçlunun mamelekine el koyabilmesine «sorumluluk (mesuliyet)» denir(56). Modern hukukda kabul edilen sorumluluk fikrinde alacaklı, borçlunun bütün malvarlığına el koymak yetkisine haizdir. Malvarlığı ile sorumluluk, sınırsız sorumluluk ve sınırlı sorumluluk olmak üzere ayırım yapılarak incelenmektedir. Bununla beraber, hukuk sistemimiz, diğer modern hukuk sistemlerinde olduğu üzere sınırsız mal ile sorumlulukta, borçlu durumda olan kimsenin yaşaması ve mesleğini yapması için bazı malların haczini caiz görmemiş olup, hacizde tertibe uyulması kuralını getirmiştir (İİK. m. 82, 85/6).

Borçlu mal ile sınırsız sorumlulukta, malvarlığının bütün aktif kısmı ile, sınırlı mal ile sorumlulukta ise yalnızca belirli bir miktar ya da bazı mal ve alacakları için sorumludur. Sınırlı mal ile sorumluluk, kanun hükmünden doğabileceği gibi, tarafların aralarında yapacakları bir sözleşme ile de kararlaştırılabilir(57).

(53) ÖZTAN, age., s. 138 ved.

(54) Le Fur la the'orie du droit naturel denuis, le XVII siede et la doctrine modene, Recueil des cours de la hay, C. XIII, s. 135.

(55) KARAHASAN, M. R.: Tazminat Davaları Doktrin ve Yargıtay Kararları, İstanbul 1976, s. 7.

(56) İNAN, A.N.: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler -I. Kitap, Ankara 1971, s. 58.

(57) İNAN, age., s. 62, 63.

SİGORTA FİKRİ

Hayatta doğması beklenebilen tehlikelerin (riziko), önceden tedbir alarak ekonomik sonuçlarından etkilenmemek için, başkalarının malvarlığına da başvurulması zorunlu görünmüş ve bu zaruret «sigorta fikrini» ortaya çıkarmıştır(58).

Bundan dolayıdır ki, sigorta, hukukçuların bir eseri olmaktan ziyade, zaruretlerin sonucudur deyimini kullananlar vardır(59).

Bu fikre göre, sigortanın gayesi, fertlerin ekonomik varlıklarına yönelen tehlikeleri yoketmek ve onlara yaşama ile mal güvenesi(60) vermektedir.

Nitekim hukukî bir müessese olarak, sigortanın tarifi şöyledir; «Aynı veya benzer rizikolara maruz bulunan kişiler topluluğunda rizikonun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak ihtiyacın belli bir para (prim) karşılığında giderilmesine matuf bağımsız bir hukukî talebe sahip olunmasıdır»(61).

Herne kadar doktrinde başka teorilerde ileri syürülmüşse de sigorta kavramını en iyi anlatanı tehlike iştiraki teorisi (Gefahren Gemeinschafts Theorie) olarak anılan üstteki tarif belirtmektedir(62).

Bununla beraber bazı yazarlar, en iptidai cemiyetlerde bile tesanüt vardır diyerek, sigorta hakikatte tesanüt ve insanların yekdiğerine dayanışmaları fikrinin muayyen bir kalıp ve şekil alması olduğu fikrindedirler(63).

SORUMLULUK VE SİGORTA

Sorumluluk ve sigortanın birlikte düşünülür olması kısa bir süre sonra 1881'de, dünyanın ilk Sosyal Sigorta Kurumunun Kayzer Almanya'sında kurulması ile ilk meyvasını vermiş oldu. 1883'de

(58) KENDER, R.: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku. C. 1 ,B. 2, İstanbul 1979, s. 1.

(59) BOZER, age., s. 4.

(60) YAZMAN, A. T.: Acaba Kaç Yıl Gerideyiz, Aylık Türk Sigorta ve Reasürans Dergisi, Aralık 1981, Yıl: 22, S. 264, s. 6.

(61) KENDER, age., s. 3.

(62) KENDER, age., S. I, de farklı tanımlar için bkz. Bazı yazarlar sigortanın mutlaka belirli bir kanuna göre tarif edilebileceğini ileri sürmektedirler.

(63) BABAN, Ş.: Sigorta Anlamı, Aylık Türk Sigorta ve Reasürans Dergisi, Şubat 1980, Yıl: 21, S. 242, s. 15.

kanunî hastalık sigortası, bunu izleyen tarihlerde kaza sigortası, maluliyet sigortaları ve işsizlik sigortasının uygulamasına geçildi(64).

Türkiye'de ise sorumluluk sigortalarına kanunî zorlamalar sonucu geçildiği anlaşılmaktadır. Karayolları Trafik Kanununun yürürlüğe girmesi ile ön plana geçen Trafik Sigortaları bu fikre bir örnek olarak gösterilebilir. Bunu işverenlerin mali mesuliyet sigortası (506 sayılı Kanun) izler.

Genel olarak sorumluluk sigortaları üç ana grupta incelenebilir.

- 1 — Genel malî sorumluluk sigortaları,
- 2 — Otomobil malî sorumluluk sigortaları,
- 3 — Varlık (servet) malî sorumluluk sigortaları(65).

Bununla beraber sorumluluk sigortalarının hukukî nitelikleriyle ilgili olmak üzere ayrıca doktrinde çeşitli tasnifler yapılmaktadır. Bunlardan en önemli olanlarından biri de sorumluluk sigortalarını ihtiyarî ve mecburî olmak üzere yapılan ikili ayırım olmaktadır(66).

(SÜRECEK)

(64) SERGİCİ, E.: Mesuliyet Sigortası Türleri, III. Sigorta Semineri, İstanbul 4-7 Nisan 1977, Ankara 1977, s. 65.

(65) SERGİCİ, age., s. 70.

(66) KARAYALÇIN, age., s. 51.

TAZMİNAT ALACAKLARINA ÖDEME YERİ BANKA İSKONTO HADDİ ORANINDA TİCARİ TEMERRÜT FAİZİ YÜRÜTÜLMESİ

Ahmet İYİMAYA (*)

PLAN : Giriş. A — Türk Ticaret Yasası 1461/2 ve 9. madde hükümlerinin uygulanabilirlik koşulları. 1 — Alacağın hukuki sebebinin «ticari iş» niteliğinde olması. 2 — Temerrüdün varolması. 3 — Ortada «para borcu» bulunması. 4 — Ödeme yeri banka iskontosunun % 10'un üzerinde olması. B — Türk Ticaret Yasası 1461/2 kuralında her iki tarafın tacir olması aranmakta mıdır? Yüksek Mahkemenin muhtelif dairelerinin görüş ve uygulaması nedir? C — Sorunun benzeri yan sorunlar - kurumlar ölçüsünde değerlendirilmesi. 1 — Borçlar Yasası 46, 45, 47 kurallarının çözümle ilgisi. 2 — Kaza ve akde aykırılık kavramları bakımından yaklaşım. 3 — Takdir hakkı - hak ve nesafet ve yorum kuralları bakımından değerlendirme. 4 — Eşitlik ve sınıf ayırımı yasağı açısından değerlendirme. 5 — Faizde kusur indirimi ya da faizin sınırlanması sorunu. 6 — Ekonomik konjunktür (enflasyon), Borçlar Yasası, yeni yasa ve içtihatlar yönünden bir yaklaşım. D — Sonuç.

GİRİŞ

Sorun'un değerlendirilmesine geçmeden önce birkaç örnek verelim : «Yolcu, tren kazasında iki bacağına yitirmiştir». «Gökte infilâk eden uçakta yolcular ölmüştür». «Müteahhit, inşaatı süresinde teslim etmemiş ve mahrum kalınan kirayı ödememiştir». Her üç örnek olayda istenebilecek tazminatlara (ilkinde iş göremezlik, ikincisinde destekten yoksun kalma, sonuncusunda kâr - mahrumiyeti tazminatı) TTY. 1461/2 kuralı gereğince «ödeme yeri banka iskonto haddi oranında ticarî temerrüt faizi» yürütülebilecek midir? Sorun, iskonto hadlerinin % 10'un üzerinde olduğu ekonomik konjunktürde pratik önem taşımaktadır.

(*) Avukat.

Örneklerden de sezinleneceği gibi «zarar görenler» tâcir değildir. Zararı doğuran olay ya da işlem, «ticarîdir». Zarar veren, tâcirdir. Tâcir olmayan kimselerin, «ticarî nitelikli iş»ten kaynaklanan zararlarına, şu günlerde % 50 dolayında olan ödeme yeri banka iskonto haddinde temerrüt faizi yürütülebilir mi?

Yukarıda yalın olarak ortaya konan sorun, Yüksek Mahkemenin karşı oylu yeni bir içtihadında çözüme bağlanmaya çalışılmıştır. Biz henüz oluşmakta olan bu içtihadı da değerlendirerek, normatif sistemimizdeki çözümü araştırmaya çalışacağız. İncelememizde, yasadaki kurucu koşullar belirlenmiş, yasa ile varılan çözümün genel kurallara ve benzeri hukuksal kurumlara uygunluğu tartışılmıştır(1).

A. — TTY. 1461/2 ve 9. madde hükümlerinin uygulanabilirlik koşulları :

TTY. 1461/2 hükmü, aynı Yasanın 9. maddesine yollama yapmaktadır. Yollama yapan madde, «iskonto haddinin % 10'un üzerinde olması» dışında bir ek koşul getirmemektedir. Bu nedenle, TTY. 1461/2 hükmünün uygulanabilirlik koşulu, «aynı Yasanın 9. maddesinde öngörülen koşulların aynı»dır(2). Bu koşullar ise şunlardır :

1) Alacağın hukukî nedeninin «ticarî iş» niteliğinde olması :
Bu koşul, Yasanın 9/2 hükmündeki ticarî iş ibaresinden çıkmaktadır. O halde yasanın «temerrüt faizi»nde öngördüğü «kriter», «ticarî iş» kriteridir. Ticarî iş, ticarî işletme ile ilgili faaliyetler bütünüdür. Bunun «akit, haksız eylem, sebepsiz zenginleşme ya da akit öncesi sorumluluk» gibi başka başka tipler içinde görünü göstermesinin, temerrüt faizi bakımından farklı bir sonucu bulunmamaktadır. Anlaşmazlığın «ticarî işten» kaynaklanması durumunda, uygulanacak hükümler, «ticarî hükümler»dir. Ticarî hüküm buldukça, bu konuda genel hükümlere başvurulamaz (TTY. 1) (3).

(1) Yargıtay 11. HD.'sinin 8.11.1983 t, 4307/4882 - E/K sayılı iki-karşı oy yazılı kararı.

(2) Prof. Karayalçın, Ticarî İşletme Hukuku, 566-dipnot : 47 1968 Bas, Doğanay, T.K. Şerhi, III/1157, 1981 Bas. Karayalçın, Enflasyon Karşısında Faiz, 33. 1980 Bası).

(3) Prof. Karayalçın, age. 144-146, Prof. İmregün, Kara Tic. Huk. 18. 1979 Bası

2) **Temerrüdün varolması** : Temerrüt, bu faizin kurucu unsurudur. Akde aykırı davranış, «bir eylem şeklinde belirmişse» artık temerrüt ihtarına gerek kalmamaktadır. Olayın «vuku» tarihi, temerrüt tarihidir. Örnek olayımızda da durum böyledir(4). Temerrüdün eylem şeklinde oluşması, sorumluluğun tipini «akit» olmaktan çıkarmaz (Bkz. «Kaza - Akde Aykırılık» Böl.).

3) **Ortada «para borcu» bulunması** : Bu koşul, faizin tanım ve yapısından çıkar. Faiz, paranın zaman artı boyutundaki «medenî semeresi»dir. Yapma, kaçınma gibi «para edimini» içermeyen borçlara «faiz» yürümez. Ticarî işten kaynaklanan haksız eylem ve sebepsiz zenginleşmede de «ticarî temerrüt faizi» yürür(5).

4) **Ödeme yeri banka iskontosunun % 10'un üzerinde olması** : Bu koşul, TTY. 1461/2 hükmünün açık «yazımından» doğmaktadır.

Ödeme yeri banka iskonto tutarında faizin «istenmiş olması»da koşul olarak ileri sürülmekte ise de, bizce bu konu, maddî hukuk kaynaklı (kurucu) koşul olmaktan çok, dava teorisi içindeki «talep - HMUY. 74» kurumu çerçevesinde değerlendirilmelidir.

B. — TTY. 1461/2 kuralında her iki tarafın tacir olması aranmakta mıdır? Yüksek mahkemenin çeşitli dairelerinin görüş ve uygulaması nedir?

1. — Yasanın ne 1461/2 maddesinde ve ne de başka bir maddesinde «iskonto hadli faiz için» her iki tarafın (alacaklı ve borçlunun) tâcir olması koşulu aranmamaktadır. Yasada yer almadıkça, «haricî ya da mantikî bir olayın», hakkın doğumu için «şart» sayılması olanaksızdır. Doktrin ve içtihat, doğru olarak, 1461/2 kuralını, ödeme yeri banka iskonto haddi» terimi dışında, TTY. 9 hükmünün tipik bir tekrarı olarak görmektedir(6). Yukarıda da belirtildiği gibi 1461/2 ve TTY. 9 kuralında öngörülen ölçü, her iki yanın tâcir olması değil, «işin ticarî olması» ölçüsüdür. Öte yandan taraflardan birisi için ticarî olan iş, öbürü için de ticarîdir (Karîne, TTY. 21). Örnek olayımızda da durum aynıdır.

(4) Y. 11. HD. 27.2.1975 t, 5353/1362 - E/K; Prof. Feyzioğlu, BH. Genel Hük. II/239. 1977 Bas., Prof. Karayalçın, age. 551, Andreas - Won - Tuhr, BH. II/657. Edege çev. 1952.

(5) Prof. Karayalçın, age. 569. Prof. Domaniç, Kara Tic. Huk. 23. 1976. Yerleşik içt.

(6) Karayalçın, age. 566, dipnot-47. Doğanay, age. III/1157. Y. 11. HD. 8.6.1971 t, 2675/4428 - E/K (Doğanay'ın belirtilen sayfası dipnotundan). Y. 13. HD. 21.3.1983 t, 117/1985 - E/K; Y. 15. HD. 7.10.1983 t, 1747/1931 - E/K (Her iki içtihat ta yayımlanmamıştır).

2.— Yüksek Yargıtay'ın 11. HD.'si, yukarıda tarih ve sayısını verdiğimiz içtihadında, «...ödeme yeri banka iskonto hadli faiz uygulaması için her iki yanın tacir olması gerektiği, ticarî işten kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatına, manevî tazminata bu oranlı faizin uygulanamayacağı, mustakâr içtihatlarının da bu yönde olduğu» karşı oylu kararına varmıştır.

Yüksek Mahkeme içtihadı, bir tartışmayı gündeme getirmiştir. Gerek hukuk uygulayıcılarının ve gerekse teorik hukukçuların özellikle tazminat hukuku bazında yeni oluşan ve hatta henüz oluşmakta olan çözümü değerlendirmeleri kaçınılmazdır. Geniş boyutlu tartışma ve değerlendirmeyi bu işin ilmini yapan kuruluş ve panellere bırakarak, Yüksek Mahkeme kararını birkaç noktadan değerlendirelim :

• a) Şahsen Y. 11. HD.nin içtihat karar kartonlarını taramdım. TTY. 1461/2 kuralı için «her iki yanın tâcir olması» gerektiği yönünde bir tek içtihadına rastlayamadım. Yetersiz araştırmamdan kaynaklandığını ummak istediğim bu sonucu, diğer içtihatlarında uyguladığı «mustakar içtihadın tarih ve sayısını kararda belirtme yöntemi» ile gidermek dairece mümkündür.

• b) Daha öte gidilerek denebilirki «Y. 11. HD.'si, 1461/2 kuralının uygulanması için, doğru ve yasaya uygun olarak, tarafların tâcir olmasını değil, işin ticarî olmasını» yeterli görmektedir(7).

• c) Yargıtay'ın ilgili diğer daireleri de, «her iki tarafın tâcir olması» koşulunu aramamakta, **alacaklı tacir olmasa dahi işin ticarî olması durumunda 1461/2 kuralı gereğince faize hükmetmek gerektiğine içtihat etmektedir(8)**. Özellikle Y. 13. HD.nin içtihadı, TTY. 21 kuralı ile TTY. 1461/2,9 kuralı (ticarî iş ve faiz) arasındaki bağıntıyı aritmetik formül açıklığında ve herhangi bir duraksamaya ve hele yasada olmayan koşulu içtihatla ortaya koyma gibi bir yonteme yer vermeden soruna çözüm getirmiştir. Üzerinde sözünü ettiğimiz Yüksek 11. HD. içtihadının karşı oy açıklaması bölümü de sorunu ilmî seviyede ve noem sınırı içinde ele almıştır.

(7) Bkz. yukarda, dipnot 6'daki içtihadı (açık şekilde), ayrıca YHGK. 28.6.1969 t. (ABD. 1969, 5. 906. Karayalçın, En. Kar. Fâiz, 33'ten naklen). YTD. 21.10.1969 t, 1890/27-E/K; 2.4.1981 t. 1100/1453-E/K.

(8) Bkz. dipnot 6'da değinilen Y. 13. HD., 15 HD. içtihatları (yayımlanmamış).

• d) Bizce Yargıtay 11. HD.nin mustakâr içtihatlarına ve yasanın açık hükmüne karşın, değindiğimiz ve henüz oluşmakta olan görüşe iten neden —öyle görülüyor ki— «işgöremezlik tazminatı, destekten yoksun kalma tazminatı ve meydana gelen kazanın karakterleri»dir. Bu tazminatlara ilk kez böyle bir faiz uygulamasının yapılmış olması (uygulama azlığı)...da bir etken olabilir. Şu durumda tartışmanın yönü, «belirtilen tazminat türlerine TTY. 1461/2 kuralının uygulanmasını engelleyen bir kural ya da bir başka durum var mıdır?» sorusuna kaymaktadır.

Yargıtay 11 ve 15. HD.nin içtihatlarında öz olarak yer alan şu yargıyı burada tekrarlamak gerekir : «**TTY.nın 9. maddesi gereği % 10 ticarî temerrüt faizinin istenebileceği her halde, TTY. 1461/2 hükmünde öngörülen iskonto hadli faiz istenebilir**». Aynı önermenin doğal sonucu olarak denebilir ki : «işgöremezlik ve destekten yoksun kalma tazminatına % 10 temerrüt faizi uygulanıyor ise —ki aynı içtihatla dahi **uygulandığı belirtiliyor**—, TTY. 1461/2 kuralı da **uygulanır**» (9).

Bu yargı belirlenmesinden sonra, Yüksek Mahkeme içtihadından da sezinlenen benzeri kurumlar için de çözümün değerlendirilmesine geçebiliriz :

C. — sorunun benzeri, yan sorunlar - kurumlar ölçüsünde değerlendirilmesi

1. — BY. 46, 45, 47 kurallarının çözümle ilgisi :

• a) Borçlar Yasasının belirtilen kuralları, işgöremezlik, destekten yoksun kalma ve manevî tazminatları düzenlemektedir. Görüldüğü gibi hiç birisinin «faiz»le bağlantısı bulunmamaktadır.

• b) TTY.nın 1. maddesi yolu ile BY.nın belirtilen kurallarına başvurma, yalnızca «tazminatın kapsamı» ile sınırlıdır. Başka deyimle faize ilişkin hüküm var ise, TTY. aşılarak, BY.na başvurulamaz. Ortada ticarî nitelikli «işten kaynaklanan alacak» bulunduğu göre, TTY. 9, 1461/2 kuralı uygulanacaktır (TTY. 1, 3, 21. Bkz. 3 nolu dipnot).

(9) Y. 11. HD. 2.4.1981 t. 1100/1453. Gürbüz, Banka - Tic. Sen. 107 ve civ. 1981 Bas. Y. 15. HD. (Yukarda, dipnot 6'daki içtihadı).

• c) Kaldı ki TTY.da, taşıma sözleşmesinden doğan destekten yoksun kalma, işgöremezlik ve manevî tazminatlara ilişkin özel hüküm vardır (TTY. 806). Gerek ticarî ve gerekse özel hüküm durur iken âdî ve genel hükümlere başvurma olanağı bulunmamaktadır. TTY. 806 kuralı, manevî tazminatı da kapsar niteliktedir. Esasen % 10 faiz uygulamasında, maddî - manevî tazminat ayırımı da yapılmamaktadır(10).

Sonuç olarak, bu tazminatların karakteri, TTY. 1461/2 kuralını önleyen bir nitelik göstermemektedir.

2. — Kaza ve akde aykırılık kavramları bakımından yaklaşım :

• a) «Trafik kazası, tren kazası veb.» tamlamalardaki «kaza» sözcüğü, hukukun ana kavramlarından olan ve illiyet bağıni etkileyen «kaza» anlamında değildir(11).

• b) Buradaki «kaza», istenmeyen ve fakat gerekli önlemin alınmamış olmasının da etkin olduğu «eylem ve sonuç» anlamında kullanılmaktadır. Başka deyimle, öngörülmemekle birlikte katışan kusurun illiyet bağıni kurduğu «**tipik akde aykırılık**»tır. Yolcunun, varma yerine sağ ve salim olarak götürülmesi, kazanın yapılmaması, taşıma sözleşmesinde, taşıyıcının ana borcudur (TTY. 806/1). Bu nedenle, taşıyıcının kaza yapması, borca aykırılığın bir görüntüsüdür. Sözleşmeye aykırı davranışın ve temerrüdün, eylem (kaza) şeklinde olması, sorumluluğun kaynağını akitten, haksız fiil'e dönüştürmez (Bazı hukukçuların belirttiği gibi yarışma/telâhuk'tan söz edilebilir). Üzerinde durmamızın nedeni, «**kazadır** —umulmayan hâl anlamında—, **bu denli faiz olur mu?**» yollu «teknik kaza ile akde aykırılığı» birbirine karıştıran görüşün yeri olmadığını belirtmektir. O halde taşıma sözleşmesinde yolcunun ölümü ile, eser (istisnâ) sözleşmesinde inşaatın çökmesi arasında, meydana gelen zararlara yürütülecek faiz bakımından bir ayırım yapılamaz. Her ikisi de akde aykırılık niteliğindedir(12).

(10) Prof. Domaniç, age. 23. Y. 11. HD. 8.11.1983 t, 4307/4882 - E/K.

(11) Prof. Tekinay, BH. Genel H. 808 ve civ. 1979 Bas. TH. Lügatı, 194. 1944 Bas. Prof. Eren, İlliyet Bağı Teorisi, Mücbir Sebep Böl. 1975. Bas.

(12) Y. 11. HD. 17.6.1971 t, 343/4674-6/K, Zeyneloğlu, Taşıma Huk. 23, 231, 233. 1980 Bas., Dr. Sabih Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, 47 ve civ. 1982. Bas. Doğanay, age. 2/1852. Dr. Tüzün, Taşıma Huk. 58 ve dev. Oradaki FMK'ları. 1968 Bas.

3. — Takdir hakkı, hak ve nesafet ile yorum kuralları bakımından değerlendirme :

Yasanın açıkça düzenlediği ve hukuk boşluğunun bulunmadığı konularda «takdir hakkı» kullanılamaz. Hak ve nesafet kurallarının uygulanması için, o konudaki yasal düzenlemede ayrıca ve özellikle «takdir hakkının tanınmış olması» gerekir. Öte yandan «yorum» yolu ile hukuk normuna (yasa, sözleşme, tüzük veb.) aykırı sonuç yaratılamaz. Normun içeriği aşılamaz(13). Kuşkusuz içtihat hukukunun gelişiminde en büyük etken olan «yorum ve takdir hakkı» kurumunun, yasanın açıkça düzenlediği hükümlerin aşımında kullanılması, sonu gelmez adaletsizlikleri, tartışmaları ve salâhiyet tecavüzlerini yanında getirir. «Normun bağlayıcılığı ve normlar arası geçerlik dizisi/hiyerarşi» ile dir ki hukukun üstünlüğü sağlanır. Aksi durumda «yasa mı, içtihat mı» gibi ikilemi hukuksal saygınlık dünyasına sokmuş oluruz ki, o zaman «hukuk olmaz». Bizce Yüksek Mahkemenin belirtilen içtihadı, yasada olmayanı içtihadında «var saymakla», belirtilen ana ilkeleri aşıcı niteliktedir. İçtihat oluşumunda bu açıdan da bir gözden geçirme zorunluğu doğmaktadır. Kaldı ki tazminat alacaklarına 1461/2 kuralının uygulanmaması, hakkaniyet kurallarına uymamaktadır (Bkz. aşağıdaki değerlendirmeler).

4. — Eşitlik ve sınıf ayırımı yasağı açısından değerlendirme :

TTY. 1461/2 kuralının ticarî tazminatlara uygulanması çözümünün, öbür tazminatlara % 5 faiz uygulanıyor olması durumunda, eşitsizliğe ve sınıf ayırımına yolaçtığı ileri sürülmektedir. Hayli ilginç ve bu hukuk dalında yeni olan yaklaşımı, çözümü destekleyici yönde ele almak mümkündür(14).

• a) Eşitlik, «benzer durumda olanların farklı uygulamaya tabi tutulmaması» demektir. Hukukumuz bakımından eşitlik, «**ya-sa önünde**» eşitliktir(15). Bu nedenle, aynı yasa hükümlerine tabi olan kişilerden bazıları için TTY. 1461/2 kuralını uygulamak, aynı statüdeki öbür kişiler için uygulamamak «eşitliğe» aykırıdır.

(13) MK. 4, Y. 11. HD. 29.3.1954 t, 138/2734 (hâlen doktrinde örnek olarak verilen bir içtihatır). Dr. Edis, Başlangıç Hük. 186, 198, 206, 1983 Bas, Prof. Velidedeoğlu, TMK Um. Hük. 1/190, 1968 Bas, Dre. Gürdoğan, Takdir Hakkı, eserin tamamı. 1967 Bas.

(14) Sözümlü ettiğimiz içtihatındaki Syn. İrfan Dönmez Bey'in görüşü.

(15) Anayasa, Md. 10. Any. Mahk. 1976 t, 3/23 - E/K, 18.2.1965 t, 47/8 - E/K, Azgur, An. Niz. 87 ve civ. 1969 Bas. Prof. Alkin,.. Temel Haklar, 55. 1968 Bas.

«Aynı ya da benzer durumun ölçüsü», düzenleyici normun benim-
sediği «ölçü»dür. —ki olayımızda bu ölçü, ticarî iş ölçüsüdür—. Belirtelim ki tacir olan - tacir olmayan ikilemi, aynı durumu değil, ayrı durumu anlatır. Ayrı durum ve statülerdeki uygulamaların da ayrı olması kaçınılmazdır. Bu nedenle «eşitsizlik» ve «sınıf ayırımı-
mından» sözedilemez.

• b) Ancak «aynı durum ve ayrı durum» ölçüsü bakımından yasanın getirdiği kural, üst - hukuk kurallarına aykırı olabilir (Kar-
şı oy yazısında belirtildiği gibi). Bu aykırılığı gidermenin yolu, «yasaya rağmen» içtihat değil, Anayasa'ya uygunluk - aykırılık dene-
timini işletmek ya da yasama yoludur(16). Aksi durumda içti-
hatla, «yasayı» yok saymayı saygınlıştırmış oluruz.

• c) Kanaatimize göre, yasanın genel uygulanışı, âdî ala-
cıklara % 5 faiz uygulaması yanında eşitsizliğe yol açmaktadır. Başka deyimle «ticarîlik» yasal kriteri, sosyal bir eşitsizliği yanın-
da getirmektedir. Bunu çözümlen yolunun Anayasal denetim veya yasama tasarrufu olduğu söylenmişti. Acaba âdî alacaklar baki-
mından TTY. 1461/2 kuralının mevcut hukuk normları içinde uy-
gulanırlığı düşünülemez mi? Hukukumuz bakımından hayli yeni ve gelişmekte olan bir «çözüm»e de böylelikle geçme olanağı doğ-
muştur.

5. — Ekonomik konjonktür (enflasyon), Borçlar Yasası, Yeni Yasa ve İchtihatlar yönünden bir yaklaşım :

Sorun, ekonomik istikrarla yakından ilgilidir. Paranın satınalım gücünün korunduğu (enflasyonun yokolduğu) konjonktürde, iskonto haddinin yüksekliğinden ve TTY. 1461/2 kuralının uygulanırlığından bahsedilemez. Bu gün ekonomik ölçülerle «enflasyon oranını» aritmetik olarak anlatılabilecek yüzde içinde, ölçmek olanaklıdır. O halde para cepte durur iken «meydana gelen azalma/enflasyon canavarının değeri yırtması», hukuk düzeni bakımından nasıl değerlendirilecektir? Faiz ya da zarar/tazminat sorunlarının çözümünde ne gibi gelişmeler olacaktır?

• a) BY. 105 hükmüne göre, «faizi aşkın zarar», borçludan istenebilir. Ekonomik olarak ölçülmesi mümkün olan «enflasyon».

(16) Prof. Feyzioğlu,.. Murâkebe, 2. 1951 Bas, Kelsen'in Saf Huk. Teorisi, Prof. Aral, 46. 1978 Bas, Dr. Kırath,.. Denetim, 59. vd. 1966 Bas, Anayasa 152 ve civ.

objektif bir zarardır. Enflasyonun faizi aşan yüzdesi, aşkın zarar olarak istenebilir. Konu belli açıklık içinde Prof. Karayalçın tarafından bağımsız bir etüdünde incelenmiştir. Ayrıca Prof. Tekinay da, sorunu bu yapı içinde değerlendirmiştir. Türk Hukuk Doktrini, çözüme karşı değildir. Ancak içtihatlarda bu detayda bir değerlendirme gözlemlenmemektedir. Belirtelim ki Almanya ve İsviçre'deki yargı uygulaması da, «ölçülen enflasyon»un «aşkın zarar içinde olduğu» yönündedir(17). Ancak Yargıtay 11. HD. bir kararında isabetli olarak, aşkın zarar kanıtlanmamış ise, TYY. 1461/2 kuralı ile işâret olunan «ödeme yeri banka iskonto haddi oranı»nı zararın tavanı saymaktadır. Ne var ki bu gün enflasyon, objektif ölçüler içinde ölçülebildiğine göre, ispat sorunu da kalmamaktadır(18). O halde istikrarlı olmayan ekonomik dönemde (1461/2 kuralı ile) ortaya çıkan ve ticarî işten kaynaklanan tazminat alacaklısı lehine doğan eşitsizlik, BY. 105 kuralı yolu ile, benzer uygulamaya gidilerek giderilebilir. Eşitsizliğin bu yol ile denkleştirilmesi, genel hukuk ve ekonomik adalet kurallarına da tamamen uygun düşmekte, mütemerrit borçlunun davranışı ile oluşan ifadaki gecikmenin yarattığı ve enflasyonun azalttığı değer de böylelikle korunmuş olmaktadır. Sorun, ekonominin ölçtüğü enflasyona, BY. 105 kavramı içinde hukukî bir ölçme uygulaması yapabilme sorunudur. O halde eşitsizliği % 5'e indirmek, enflasyon girdisi karşısında, tâcirlerle rağmen bir genel eşitsizliğe ve mağduriyete yol açar. Hakkaniyete aykırılıktan kastımız bu idi.

• b) BY. 105 ve TTY. 1461/2 ile öngörülen genel çözüm, enflasyonun acımasızlığı karşısında, yasama politikasına ve kanun koyma tekniğine de girmiştir. Gerçekten ne ticarî iş ve ne de tâcirle bağlantısı olmayan alacaklar bakımından, son-yasal düzenlemelerde «mevduat faizi, devlet borçlarına uygulanan en yüksek faiz» gibi ölçüler öngörülmüştür(19). Öte yandan BY. 105 kuralının değindiğimiz şekilde anlaşılmasına en ufak bir yasal (norm içi ve dışı) engel de bulunmamaktadır. Gelişen bu yasama tekniği de çözümü pekiştirmektedir.

(17) Y. 11. HD. 24.1981 t, 1100/1453 - E/K, Gürbüz, age. Shf. 107'de, Prof. Karayalçın, Enflasyon Karşısında Fâiz (Hukukî Açından Bir İnceleme), 32-33 ve civ. 1981 Bas. Prof. Tekinay, Borçlar Huk. Gen. Hük. 752, 1979 Bas. (Tekinay, Alman ve İsviçre-FMK uygulamasından bolca örnekler vermektedir. Syn. Hocamız Karayalçın, kendine has uslûbü ile analitik yapıda soruna çözüm getirmektedir).

(18) Tekinay, age. 753, oradaki içtihatlar.

(19) İş-Yasası, deġiş. 14. maddesi (kıdem tazminatı), 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası, md. 3, Vdġ.

6.— Faizde kusur indirimi ya da faizin sınırlanması sorunu : Özellikle uzun zamanaşımlı davalarda, davanın fazlaca geç açılması, faizin olay tarihinden yürütülmesi ilkesi karşısında «fâhiş denecek meblağları» yanında getirir. Tazminat faizinin ana parayı geçme yasağına tabi olmaması da soruna çözüm getirme zorunluğunu doğurmaktadır.

Yasa, soruna çözüm getirmiştir: «Zarar görenin (tazminat alacaklısının) eylemi sonucu zarar artmış ise tazminattan indirim yapılabilir» (BY. 44/1, TTY. 1, BY. 98/2). Davanın haklı bir neden olmadan makûl sayılmayacak gecikme ile açılması (örn. 1, 2 yıl sonra), hakkın izlenmesinin olağanın dışında uzun bir süre sonra yapılması, «ihmâl» sayılmaktadır. Başka deyimle bu durum, müterâfik kusurdur. Belirlenecek kusur oranında, artan zarardan indirim yapılır.

Faiz de fer'î bir zarardır ve bu gibi hallerde indirim tabidir. Esasen faizin asıl alacağıın kaderi dışında —ayrık durumlar hariç— bir akibeti de yoktur (BY. 113).

Dava açılmakla, izlemede ihmâl sona ereceğinden dava tarihinden sonra yürütülecek faiz yönünden bir indirim olmayacak, oran aynen korunacaktır. İndirimin ölçüsü, kuşkusuz ihmâlin ağırlığına, olayın özelliğine göre hâkime tanınan takdir hakkı çerçevesinde belirlenecektir (BY. 44/1. MK. 2).

Bizce ticarî davalar bakımından çözüm, dava tarihine kadar % 10, dava tarihinden sonra 1461/2 ölçüsündedir. Bu çözüm, yalnızca destekten yoksun kalma ya da işgöremezlik gibi tazminatlara değil, diğer ticarî alacaklara da uygulanacaktır. Yüksek Dairenin oluşma durumunda olan içtihadının bu noktadan gözden geçirilmesi, normatif düzeyde ve adalet marjında sağlıklı bir sonucu da getirmiş olacaktır. Çözümün ihmâl sayılmayacak dava ikamesi gecikmelerinde (sulh görüşmesinin uzun sürmesi, failin geç belirlenmesi vb. gibi) uygulanırlığı bulunmamaktadır. Bu durumlarda TTY. 1461/2 kuralı, indirimsiz uygulanacaktır (20). İndirim, tazminatın belirlenmesi ile ilgili olduğu için —savunma olarak ileri

(20) Feyzioğlu, age. I/537, II/61; Y. 9. HD. 5.11.1981 t. 9263/13437 - E/K Çemberci, İKŞ. 332, dipnot 86'dan naklen, 1984 Bas; içtihadta, geç dava açmanın, süre ile artan fâiz toplamından/aşkın zarardan indirim nedeni (müterâfik kusur) olduğu isabetle belirtilmektedir. Ayrıca, bkz. Y. 3. HD. 22.9.1970 t. 4269/3596 - E/K.

sürülmesi dahi— görevden ötürü mahkemece gözetlenir (BY. 43/1, 44/1, HMUY. 76).

D — Sonuç

1 — Banka iskonto haddi oranında ticarî faiz istenmesi için «alacağın ticarî işten kaynaklanması» yeterlidir (TTY. 9, 3, 21, 1461/2). Alacağın hukukî sebebinin (haksız eylem, sebepsiz zenginleşme, sözleşme - taşıma sözleşmesi veb.), alacağın türünün (tazminat, maddî - manevî tazminat, kâr - mahrûmiyeti, sözleşme bedeli - ivaz veb.) başka başka olması, 1461/2 kuralı bakımından farklı bir uygulamayı gerektirmez.

2 — Yüksek Yargıtay'ın bu incelemede üzerinde durulan kararı, henüz gündeme getirilen sorunun «oluşmamış/öneri» çözümünü niteliğindedir. Davanın nisbî çözümünü dışında, genel bir çözüm değildir. Öte yandan Yargıtay'ın öbür dairelerinin benzeri çözümlerine, hattâ kendi daire çözümüne, yasanın açık düzenlemesine uymamaktadır.

3 — Ticarî alacaklar ile âdî alacaklar arasında, faiz uygulaması (1461/2) noktasında beliren eşitsizlik, Anayasa'ya uygunluk denetimi veya yasama yetkisi kullanımı içinde giderilebilir. Ancak doktrin, Federal Mahkeme ve hatta Yargıtay 11. HD.nin kimi içtihatlarında benimsenen bir başka çözüm, «enflasyon»un aşkın zarar olarak kabulü ve BY. 105 kuralı sınırında istenmesidir. Bu çözüm, yasaya uygun, enflasyonun para eksiltmesini (zararı) ve eşitsizliği giderici niteliktedir. Öte yandan enflasyon, spesifik bir olgu olmayıp hukukî çözüme (karara) esas olacak nitelikte, ekonomik olarak ölçülebilen bir olgudur(21) (HMUY. 275).



(21) Bkz. 17 nolu dipnottaki kaynaklar.

**KONKORDATONUN MÜŞTEREK BORÇLULARA
VE KEFİLLERE ETKİSİ (*)
(İİK. m. 295)
(II)**

İhsan ERDOĞAN (**)

**V — ALACAKLININ DİĞER BORÇLULARA «ALACAĞIN
TEMLİKİ» TEKLİFİNDE BULUNMASI**

İcra ve İflâs Kanununun 295/II. maddesi «Konkordatoya muvaffakat etmiş olan alacaklı dahi kendi haklarını yukarıdaki kim-selere ödeme mukabilinde temlik teklif etmek ve onlara toplantı-nın günü ile yerinden en aşağı on gün evvel haber vermek şartıyla bu hükümden istifade eder» şeklindedir. Bu fıkranın metni güdü-len gayeyi açıklıkla izah etmekten mahrumdur. Toplantıdan en az on gün önce temlik teklifinde bulunulacak, fakat konkordato kabul edilmiş olacak! Temlik teklifinden en az on gün sonra yapılacak toplantıda nasıl oy kullanılacak? Bu soruya verilecek cevap ko-nuyu açıklayacaktır.

A) Temlik Teklifinin Şekli Ve Müddeti

Burada bahsedilen temlik, BK.nun 162. maddesinde düzenle-nen alacağın temlikidir. Temlik teklifi ise alacağın temlikini gaye edinen temlik vaadidir(47).

Alacağın temlikinin geçerliliği yazılı olarak yapılması şartına bağlı (BK. 163/1) ise de, İİK.nun 295/II. maddesine göre yapıla-cak temlik teklifi herhangi bir şekle bağlı değildir (BK. 163/II),

(*) YD., Cilt : 10, Sayı : 1-2, Nisan-1984'den devam.

(**) Gazi Üniversitesi İİBF. Araştırma Görevlisi.

(47) BURLUOĞLU-REYNA, age., s. 84.

ihtilaf vukuunda yapıldığının isbatı gerekir(48). Temlik teklifi sözlü olarak yapılabilirse de isbat hukuku bakımından, yazılı olarak, noter veya taahhütlü mektup aracılığıyla muhataba ulaştırılmalıdır(49).

Teklifle birlikte toplantının, yer ve günü de bildirilmelidir (İİK. 295/II). Ancak toplantının günü ve yerini karşı taraf biliyorsa bu bilgilerin verilmemesi bir eksiklik sayılarak teklif hükümsüz sayılamaz(50). Karşı tarafın bu bilgilerden habersiz oluşu teklifi geçersiz kılar.

Alacaklının temlik teklifi, kabul edilirse, BK.nun 163. maddesinde aranan şekil şartına uygun olarak, yazılı şekilde anlaşma yapılır(51).

Toplantı tarihi ile temlik teklifinin yapılabileceği son gün arasında on günlük bir süre vardır. Ancak bu hüküm, on günlük süre ihlâl edilerek, alacaklı tarafından yapılan temlik teklifinin kabulüne mâni değildir. Eğer temlik teklifi yapılan diğer borçlu, teklifi kabul ederse, zamanında yapılarak kabul edilen teklifin sonuçları doğar(52). Bu süre geçirilirse ve sonradan yapılan teklif de reddedilirse, alacaklı, bu fıkranın tanıdığı haktan faydalanamaz. Yani teklif yapılmamış sayılacağından, konkordatonun alacaklı tarafından kabulü, yukarıda anlatılan kabulün sonuçlarını doğuracaktır(53).

B) Alacaklının Temlik Teklif Etmesinin Hükümleri

Temlik teklifi kabul edilsin edilmesin, alacaklı, diğer borçlulara karşı, konkordatoyu kabulü halinde de tam hak sahibi olur.

Temlik teklifi kabul edilirse, ödeme karşılığında yapılacağından, borç alacaklı açısından sona erer. Dolayısıyla alacaklının, borçlulara karşı da bir hakkı kalmaz.

(48) ANSAY, S. Şakir, Konkordato, AC., Yıl 1940, S. 3, s. 169.

KURU, B., age., s. 494.

(49) ERMAN, E. S., agm., s. 8, BÜKEM, Z. A., age., s. 34.

POSTACIOĞLU, İ., age., s. 139. BELGESAY, M. R., age., s. 29.

KURU, B., agm., s. 496.

(50) BÜKEM, Z. A., age., s. 34. ANSAY, S. Ş., age., s. 169.

ERMAN, E. S., agm., s. 9. POSTACIOĞLU, İ., age., s. 139.

BELGESAY, M. R., age., s. 29. BERKİN, N., age., (İflâs), s. 552.

KURU, B., age., s. 496.

(51) BURLUOĞLU-REYNA., age., s. 84.

(52) Bkz. aşağıda V. B.

(53) Bkz. yukarıda IV. A.

Alacaklının temlik teklifi, teklifte bulunulan diğer borçlular tarafından reddedilir veya ilgi gösterilmezse, alacaklı konkordatoyu kabul etse dahi, diğer borçlulara karşı konkordato hükümleri dışında tam hak sahibi olarak müracaat hakkı korunur(54).

Temlik teklifini kabul ederek ödeme yapan borçlu alacaklıya halef olduğundan, konkordato toplantısına katılır, kabul veya ret oyu kullanır; neticede konkordato tasdik olunarak kesinleşirse, konkordato borçlusuna ancak konkordato hükümlerine göre başvurabilir.

VI — ALACAKLININ DİĞER BORÇLULARA KENDİSİNİ TEMSİL ETME YETKİSİ VERMESİ

Alacaklı, temlik teklifini zamanında yapmaz ve sonradan yapılan teklif de reddedilirse(55), İİK.nun 295. maddesinin III. fıkrası bir fırsat daha tanımıştır. «Alacaklı müracaat hakkına halel gelmeksizin yukarıdaki kimselere konkordato müzakeresine iştirâk etmek yetkisini verebilir ve onların kararlarını kabul taahhüdünde bulunabilir» (İİK. 295/III). Bu fıkroda alacaklının diğer borçlulara tanıyabileceği konkordato müzakeresine iştirâk etme ve oy kullanma yetkisi, ikinci fıkroda olduğu gibi tek taraflı bir hukukî işlem olup hüküm ve sonuçlarını, karşı tarafa yöneltmekle doğurur.

A) Alacaklının Diğer Borçlulara Kendisini Temsil Etme Yetkisini Vermesinin Şekli Ve Süresi

Üçüncü fıkroda, ikinci fıkradaki hükmün aksine alacaklıya tanınan hakkın kullanılmasına dair bir zaman sınırlaması yoktur. Alacaklı, borcun diğer borçlularına karşı temsil yetkisini müzakerenin başlayacağı âna kadar verebilir(56).

Temsil şekle bağlı hukukî muamelelerden değildir(57). Buradaki temsil BK.nunda düzenlenen temsildir. İşin mahiyeti icabı İİK.nun 295/III. fıkrasında düzenlenen temsil yetkisi konu ve zaman bakımından sınırlıdır. Umumî bir temsil yetkisi bu hakkın kulla-

(54) KURU, B., age., s. 496. ÖĞÜTÇÜ - ÇİTOĞLU., age., s. 1193.
POSTACIOĞLU, İ., age., s. 138.

(55) Bkz. yukarıda V. B.

(56) BELGESAY, M. R., age., s. 29.

(57) İNAN, A. N., age., s. 232.

nılması için yeterli değildir. Gerek temsil olunanla mümessil arasında İİK.nun 295/III. fıkrasındaki hakkın kullanılıp kullanılmadığı, gerekse mümessil ile konkordato komiseri arasında temsil yetkisinin olup olmadığı yolunda çıkacak ihtilaflara mâni olmak için, yazılı temsil belgesi düzenlenmesinde faydalar vardır. Bilhassa temsil yetkisinin kullanılabilmesinde temsil belgesine ihtiyaç duyulur. Çünkü bütün işleri yazılı vesika ile yürütülen konkordatoda, temsil belgesinin de aranacağı tabiidir. Belgenin yokluğu sebebiyle mümessil temsilcilik vazifesini yerine getiremezse sonuçlarına alacaklı katlanmalıdır. Çünkü alacaklının kendisi, diğer borçlulardan, kendisinin temsilini istemektedir. Hal böyle olunca alacaklının, temsilcilik yapmasını istediği diğer borçluya, bu işi tam ve sağlıklı bir şekilde yapabilmesi için gerekli olan belgeyi de vermesi gerekir.

B) Alacaklının Diğer Borçlulara Kendisini Temsil Etme Yetkisi Vermesinin Hükümleri

Alacaklının konkordato toplantısına katılma ve oy kullanma yetkisi verme teklifinin, diğer borçlular tarafından kabul edilmesi halinde, İİK.nun 295. maddesinin III. fıkrası hükmü tam olarak doğar. Kendisine yapılan temsilcilik teklifini kabul eden diğer borçlu, konkordato müzakerelerine katılır ve konkordatonun kabulü veya reddi yönünde oy kullanabilir. Alacaklının, bu kimselere karşı, oyun mahiyeti ne olursa olsun müracaat hakkı saklı kalır(58). Alacaklı, diğer borçlulara temsil yetkisi verdikten sonra, konkordato toplantısına katılıp oy kullanamaz(59). Alacaklının aksine davranışı temsil münasebetini kaldırır ve dolayısıyla İİK.nun 295/III. maddesi hükmünden faydalanamaz.

Kendisine temsil yetkisi verilme teklifinde bulunulan diğer borçlu, bu teklifi kabul etmek mecburiyetinde değildir(60). Ancak teklifi reddetmesi halinde de, alacaklının konkordatoyu kabulü ile borçluya tanınan konkordato şartlarından faydalanamaz. Bu durumda, alacaklının konkordatoyu kabul etmesi, yukarıda açıklanan kabulün diğer borçlulara olan tesirlerini meydana getir-

-
- (58) BELGESAY, M. R., age., S. 29. BERKİN, N., age., (iflâs), s. 552. ÖĞÜTCÜ - ÇİTOĞLU, age., s. 1193. KURU, B., age., s. 497. POSTACIOĞLU, İ., age., s. 139. ANSAY, S. Ş., agm., s. 169.
- (59) BELGESAY, M. R., age., s. 29.
- (60) BERKİN, N., age., (iflâs), s. 552.

mez(61). Bilakis alacaklı sanki konkordatoyu reddetmiş gibi diğer borçlulara karşı sahip olduğu hakları tam olarak korur(62).

Bu fıkranın ikinci fıkradan bir diğer farkı da alacaklının sadece oy kullanamamasıdır. Alacaklı isterse konkordato şartlarında konkordato borçlusunu, isterse konkordato şartları dışında diğer borçluları tâkip edebilir. Halbuki ikinci fıkrada ise temlik teklifi kabul edildiği takdirde ödeme yapıldığı için alacaklılık sıfatı sona ermektedir(63).

VII — ALACAKLININ ALACAĞINI SÜRESİ İÇERİSİNDE KONKORDATO KOMİSERİNE BİLDİRMEMESİ (İİK. 292)

Konkordato komiseri, bir gazete ilâmı ile bütün alacaklıları 20 gün içinde alacaklarını bildirmeye davet eder (İİK. 292). Konkordatonun tasdiki için, alacağını bildiren alacaklıların, alacaklarının tesfiesini teminen kâfi teminat gösterilir (İİK. 298/3). Konkordato tasdik edilmekle, hükümleri, âdi alacaklıların hepsine uygulanır. Yirmi günlük sürede alacağını bildirmeyen alacaklıya da konkordato şartlarında ödeme yapılır(64). Ancak süresinde alacağını bildirmeyen alacaklılar, İİK.nun 298/3. maddesinde gösterilmesi gereken teminattan faydalanamaz; konkordato borçlusuna karşı hakları teminatsız olarak konkordato şartlarında devam eder(65).

Bundan da anlaşılıyor ki; alacaklı, alacağını bildirmemekle alacağı sona ermemekte, ancak teminattan mahrum olmaktadır. Alacaklı bu şekilde ihmal göstererek teminattan mahrum kalabileceği gibi rızası ile de teminattan vazgeçebilir. Başka bir deyişle alacaklının kendi ihmali ile teminattan mahrum kalması ile rızaen teminattan vaz geçmesi arasında fark yoktur.

(61) Bkz. yukarıda IV. A.

(62) KURU, B., age., s. 497.

(63) Bkz. yukarıda V. B.

(64) KURU, B., age., s. 497. Yarg. İİD. E. 11677, K. 4, T. 9.1.1971. «Konkordato projesinde gösterilen ve alacağını tekrar bildirmede diye konkordato nisabı dışında tutulması doğru değildir» kararı bkz. Türk İçtihatlar Külliyyatı 1971 C. II, İstanbul 1974, s. 393.

(65) GÜRDOĞAN, B., age., (İflâs), s. 195. BERKİN, N. age. (İflâs), s. 551. BURLUOĞLU - REYNA., age., s. 91.

Alacaklının teminattan vazgeçmesi veya ihmâl göstererek teminatı kaybetmesi, teminatların muhafazası vecibesinden dolayı diğer borçluları teminatın zayii oranında borçtan kurtarır(66).

Buraya kadar anlatılanlar hep alacaklının kendi isteği ile veya ihmali ile teminatı kaybetmesi halleridir. Yani alacaklının kendi kusurundan dolayı teminat kaybolmuştur; kendi kusurunun sonucuna kendisi katlanacak ve dolayısıyla diğer borçlulara müraaat edemeyecektir(67).

Bu durumun bir de aksi düşünülürse, yani alacaklının hiç bir kusuru olmadan alacaklarını yazdırmamış ve böylece teminattan mahrum kalmışsa ne olacaktır?

Bu halde de alacaklı, konkordato borçlusunu tâkip bakımından diğer alacaklılar gibi olacak, borçluyu konkordato şartlarında teminatsız olarak takip edebilecektir.

Alacaklının kusursuz olduğu halde, teminat yokluğu sebebi ile diğer borçlulara müraaat edememesi hakkaniyete ve adalet ilkelelerine uygun düşmez. Zaten kefalet borcu ve müşterek borç, borçluluğu tabiatında risk taşımaktadır. Meselâ, kefil bir gün kendisine müraaat edilebileceğini peşinen kabul etmiştir. İşte bu sebeplerden dolayı kusursuz olarak alacağını kaydettirmeyerek teminatı kaybeden alacaklı, konkordato borçlusuna olduğu gibi, diğer borçluları da konkordato şartlarında takip edebilmelidir(68).

Âmme ve imtiyazlı alacaklılar için de aynı kural geçerlidir. Bunlar da alacaklarını konkordato komiserine bildirerek yazdırmamışlarsa teminattan mahrum kalacaklar ve diğer borçlulara başvuramayacaklardır(69). Kusursuz oldukları takdirde konkordato borçlusuna ve diğer borçlulara konkordato şartlarında başvurabilirler.

VIII — İMTİYAZLI ALACAKLILARIN MÜRACAAT HAKLARI

Tasdik olunan konkordato, rehinli alacaklıların rehinle temin edilen kısmı ile âmme alacaklıları dışında bütün alacaklılar için mecburidir (İİK. 302). Âmme alacakları konkordatonun ne vâde

(66) BERKİN, N., age., (İflâs), s. 551. POSTACIOĞLU, İ., age., s. 139. KURU, B., age., s. 496.

(67) KURU, B., age., s. 498.

(68) KURU, B., age., s. 498.

(69) KURU, B., age., s. 498.

ne tenzilat ne de faizsizlik gibi diğer şartlarından etkilenirler(70) .
Âmme alacaklarına karşı konkordato borçlusu ve diğer borçluların sorumlulukları konkordato şartları dışında devam eder.

Diğer imtiyazlı (âmme hariç) alacaklıların alacakları sadece tenzilattan etkilenmezler. Bu hüküm, İİK.nun 298/3. maddesinde imtiyazlı alacaklıların alacaklarının bütünü için teminat gösterilmesi gerektiği şartından çıkmaktadır. Tenzilatın dışında konkordato ile getirilen bütün şartlar (vade, faizsizlik gibi) uygulanacaktır(71). Konkordato borçlusuna tanınan bütün kolaylıklardan diğer borçlular da faydalanacağı için, onlara da tenzilat haricindeki şartlar uygulanacaktır.

Alacağını 20 günlük sürede yazdırmayan imtiyazlı alacaklılar İİK.nun 298/3. maddesinin aradığı teminattan istifade edemediği gibi konkordato borçlusunun bunlara olan sorumluluğu âdi alacaklılara olan sorumluluğunun aynıdır(72). Bu sebepten diğer borçlular da teminatın zayıf oranında sorumluluktan kurtulurlar(73).

IX — DİĞER BORÇLULARIN KONKORDATO BORÇLUSUNA RÜCU HAKKININ BULUNMAMASI HALİ

Buraya kadar ki inceleme hep kendilerine müracaat edilecek olan diğer borçluların konkordato borçlusuna rücu hakkının varlığı varsayımına dayanmaktadır. Başka bir ifade ile kendilerine müracaat edilen diğer borçlular ya borçlunun kefilisi veya borçlu ile beraber müteselsil borçlu oldukları düşünülmüştür. Fakat bunun tam aksi de olabilir. Konuyu bazı misallerle açıklarsak :

(A) şahsının konkordatosu kesinleşmiştir. (A), (B) nin (C)'ye olan borcunun kefilidir. Borç kefil için de muaccel olmuştur. (C), (A)'nın konkordatosunu kabul etse durum ne olur? (C), (A)'nın konkordatosuna alacağını yazdırmasa durum ne olur?

Başka bir olay : (A) ve (B), (C)'ye karşı müştereken borçludurlar. Fakat borçları müteselsil borçluluk olmayıp kısmi borçluluktur. Borçlulardan (A) konkordato istemiş ve konkordatosu kesinleşmiştir. (C), (A)'nın konkordatosunu kabul etse (B)'nin so-

(70) Etkilenmemeleri için 20 günlük sürede alacaklarını yazdırmaları gerekir. Bkz. yukarıda s. 20.

(71) KURU, B., age., s. 493.

(72) KURU, B., age., s. 492.

(73) Bkz. yukarıda VII.

rumluluğu ne olur? (C), (A)'nın konkordatosuna alacağını yazdırmasa (B)'nin sorumluluğu ne olur?

Bir başka olay : (A), (B)'nin keşide ettiği bononun alacaklısı olup; bonoyu (C)'ye ciro etmiştir. (A)'nın konkordatosu kesinleşmiştir. (C), (A)'nın konkordatosunu kabul etse veya alacağını konkordatoya yazdırmasa (B)'nin sorumluluğu ne olur?

(A) kollektif şirketi (veya komandit şirketi)nin ortağı, (B) (komandite ortak)'dir. (A)'nın konkordatosu kesinleşmiştir. Alacaklı (C), konkordatoyu kabul etse veya reddetse veya alacağını yazdırmasa (B)'nin sorumluluğu ne olur?

Burada anlatılan olaylarda borçluların sıfatlarına bakmak gerekir. Birinci ve üçüncü olayda konkordato borçlusunu (A) fer'i borçlu, başvurulmak istenen diğer borçlu (B), aslî borçludur.

Aslî borcun sona ermesi fer'i borcu da sona erdirmesine karşılık, fer'i borcun sona ermesi aslî borcu sona erdirmez(74). Fer'i borcun sona ermesi sadece aslî borcun teminatını kaldırır. Alacaklının fer'i borçluyu borcundan kurtarması, onu ibra etmesi, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki borç münasebetini etkilemez. Konkordatonun kabul edilmesi de bir çeşit ibra sayıldığından, alacaklının konkordato borçlusunu (A) (fer'i borçlu) ibra etmesi kendisine karşı asıl borçlu sıfatı ile sorumlu olan (B)'nin sorumluluğunda bir eksilme meydana getirmez. Yani alacaklının, fer'i borçlunun konkordatosunu kabul etmesi ile ona tanınan tenzilat vâde ve diğer şartlardan başvurulmak istenen aslî borçlu faydalanamaz(75).

İkinci olayda ise borçluların her ikisi de (A) ve (B) aslî borçludur. Nevar ki alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olmayıp borcun belli kısımlarından sorumludurlar. Bu borçluların alacaklıya karşı sorumlulukları birbirinden ayrı ve sadece kendi paylarına düşen kısım üzerindedir(76). Dolayısıyla birinin borcunun ibra edilmesi, vâde verilmesi, diğerinin de aynı şartlardan faydalanmasını mümkün kılmaz. Bu durumda da alacaklının konkordatoyu kabulü diğer borçlunun (kısmî borçlu) sorumluluğunu azaltmaz.

(74) Bkz. yukarıda II. B. 2. b.

(75) ERMAN, E. S., agm., s. 5, OLGAÇ, S., age., s. 1600, KURU, B., age., 496, Yarg. E., 5714 K. 6645. T. 25.6.1968. Bkz. RKD., Yıl 3 S. 7, 8 s. 117. Ayrıca Yarg. HGK. E. 969/İç. İc. 774. K. 400 Bkz. TTK., 1970 C. II. İstanbul 1972, s. 226.

(76) Bkz. yukarıda II. A. 2.

Kollektif şirket ortaklarıyla komandit şirket komandite ortaklarının sorumluluklarına gelince; bu ortakların sorumlulukları şirket alacaklılarına karşı ikinci derecededir(77). Bu sorumluluk şekli şirket alacaklılarına karşı âdî kefalet, kendi aralarında ise müteselsil kefalete benzetilmekte ise de(78) bu benzetme sadece usul yönündendir. Zira kefilin sorumluluğu her zaman için kefaletin türü ne olursa olsun fer'îdir. Halbuki ortaklar şirket alacaklıları karşısında ne şirketin kefilisi ne de müşterek borçlusudur.

Şirket alacaklıları, önce şirketi takip edecekler ve şirket acze düşerse ortakları takip edebileceklerdir(79). Şirketin Konkordatosu şirketin aczi olmadığına göre, konkordato devam ettiği sürece hiçbir surette ortaklara başvurulamayacaktır.

Buna karşılık şirket borcundan dolayı ortaklar konkordato isteyebilirler(80). Böyle bir konkordatonun kabulünden diğer ortaklar istifade edebilmelidirler. Çünkü ortakların sorumlulukları müştereken ve müteselsilendir; ayrıca birbirlerine karşı rücu hakları da vardır.

Yukarıda anlatılan olayların ikinci sorusuna gelince: Yani alacaklının alacağını kaydettirmemesi halinde de yine aynı kural geçerlidir. Asıl borçlunun konkordato borçlusu olan fer'î borçluya rücu hakkı olmadığından teminatın kaybolmasından da bir zararı olmayacaktır. Bu sebepten, alacaklı, konkordato borçlusu olan fer'î borçluyu teminatsız olarak konkordato şartlarında tâkip ederken, asıl borçluyu tam olarak tâkip edebilir(81).

X — KONKORDATONUN FESHİ

Konkordatonun üç şekilde feshi mümkündür: Birincisi alacaklılardan birinin kendisine konkordato şartlarında ödeme yapılmadığı (İİK. 307) cihetle, konkordatoyu tasdik eden mahkemeden fesih talebinde bulunması üzerine ve mahkemenin kararı ile ortaya çıkan kısmî fesihtir. İkincisi, konkordatoya suiniyet karışması halinde ilgililerin talebi üzerine mahkemenin umumî feshe

(77) KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, Ankara, 1973, s. 234, 270. TÜZÜN, NECAT, Şirketler Hukuku, Ankara, (t.y), s. 30.

(78) TÜZÜN, N., age., s. 31.

(79) KARAYALÇIN, Y., age., s. 272, BURLUOĞLU-REYNA., age., s. 88.

(80) KARAYALÇIN, Y., age., s. 272, BURLUOĞLU-REYNA., age., s. 89.

(81) ERMAN, E. S., agm., s. 4. KURU, B., age., s. 496.

hükmetmesidir (İİK. 308). Üçüncüsü ise konkordato borçlusu aleyhine açılan iflâs davası sonucu, mahkemenin iflâsa hükmetmesi ile konkordatonun hükümden düşmesidir.

Kısmî fesih kararı, sadece borçlunun, fesih isteyen alacaklıya karşı konkordatodan dolayı kazandığı hakları ortadan kaldırır, borçlunun, fesih talebinde bulunmayan öteki alacaklılara olan sorumluluğu konkordato şartlarında devam eder. Eğer fesih isteyen alacaklı, konkordatoyu kabul etmişse ve bu kabulün sonucu olarak konkordato şartlarından istifade eden diğer borçluların konkordatodan doğan hakları devam eder(82).

Konkordatonun, İİK.nun 308. maddesine göre feshedilmesi umumî neticeler doğurur, bütün alacaklı ve borçlulara karşı konkordato ortadan kalkar(83).

İflâsa tâbi konkordato borçlusu aleyhine konkordato kesinleştikten sonra iflâs yolu ile takip yapılabilir; ancak bütün alacaklılar iflâs yolu ile takip yapamazlar, konkordatoya tabi olmayan âmme alacakları ve kısmî fesih yaptıran alacaklı alacağı için iflâs yolu ile takip yapılabilir. Açılan iflâs davasının mahkemece iflâsa hükmedilmesi ile konkordato ortadan kalkar(84).

XI — KONKORDATO BORÇLUSU İLE DİĞER BORÇLULAR ARASINDAKİ MÜNASEBET

Müştereken ve müteselsilen sorumlu olan borçlulardan birinin konkordatosu alacaklı tarafından kabul edildiğinde ve alacaklıya konkordato şartlarında ödeme yapıldığında rücu nasıl olacaktır? Meselâ, bu borçlular 10.000 TL. sinden müteselsilen ve eşit paylarda sorumlu olsalar, konkordato da % 25 tenzilât şartı getirirse, ödeme ve rücu şöyle olacaktır: Alacaklının konkordato borçlusuna başvurması halinde : TL. 10.000 — 2.500 = 7.500 TL. konkordato borçlusu tarafından ödenecektir. Halbuki iç münasebette beşbiner TL. sorumludurlar. Bu durumda konkordato borçlusu kendi sorumluluğundan daha fazla ödemede bulunmuştur ki diğer müşterek borçluya rücu hakkı doğmuştur. Diğer borçlu da

(82) ERMAN, E. S., agm., s. 5, POSTACIOĞLU, İ., age., s. 146. BERKİN, N., age., (İflâs) s. 553, KURU, B., age., s. 496.

(83) ERMAN, E. S., age., s. 6, POSTACIOĞLU, İ., age., s. 147, KURU, B., age., s. 496, BERKİN, N., age., (İflâs) s. 553.

(84) Yarg. T.D. E. 1972/576, K. 697, T. 17.2.1972 Bkz. TİK. 1972 C. I. İstanbul, 1974, s. 393.

konkordatonun kabulü ile getirilen tenzilatın istifade edeceğine göre (85) TL. $5.000 - 1.250 = 3.750$ TL. üzerinden konkordato borçlusuna ödeme yapılmalıdır.

Alacaklının konkordato şartlarında diğer borçluya başvurması halinde de aynı usulün aksi olacaktır. Diğer borçlu alacaklıya $10.000 - 2.500 = 7.500$ TL. ödeyecek, $5.000 - 1.250 = 3.750$ TL. sini de konkordato borçlusundan isteyebilecektir.

Alacaklı konkordatoyu kabul etmez (85a) ve önce konkordato borçlusuna başvurursa : Konkordato borçlusuna, alacaklıya, konkordato şartlarında sorumlu olacağından (86) $10.000 - 2.500 = 7.500$ TL. öder. Konkordato borçlusuna iç münasebet bakımından payından fazla ödemediğinden diğer müşterek borçluya $5.000 - 1.250 = 3.750$ TL. ni rücu eder. Diğer borçlunun sorumluluğu bununla bitmez, alacaklı konkordato sebebiyle konkordato borçlusundan tahsil edemediği $10.000 - 7.500 = 2.500$ TL. ni de bu borçludan isteyebilir. Bu durumda diğer borçlu $3.750 + 2.500 = 6.250$ TL. konkordato borçlusuna da $7.500 - 3.750 = 3.750$ TL. ödemiş olurlar. Neticede alacaklı alacağını tam olarak tahsil etmiş olur.

Alacaklı konkordatoyu reddeder ve önce diğer borçluyu takip ederse, bu borçluya karşı alacağını tam olarak korur (87). Yani alacağının tamamı olan 10.000 TL. nin hepsini isteyebilir. Diğer borçlu payından fazla ödemediğinden konkordato borçlusuna rücu hakkını kullanabilecektir. Fakat rücu hakkını ancak konkordato şartlarında kullanabilir. Bu durumda diğer borçlu konkordato borçlusuna $10.000 : 2 = 5.000$ TL. üzerinden konkordato şartlarında başvuracaktır. Yani $5.000 - 1.250 = 3.750$ TL. tahsil edebilecektir. Âmme alacaklarının ve imtiyazlı alacakların diğer müşterek borçlusunun durumu da aynen böyledir.

Bu anlatılanlar konkordato borçlusuna ile diğer borçluların müştereken ve müteselsilen borçlu olmaları varsayımına dayalıdır. Halbuki konkordato borçlusuna aslı borçlu, diğeri de fer'î borçlu (kefil gibi) olurlarsa durum biraz farklıdır.

(85) Bkz. Yukarıda IV. A.

(85a) Bkz. Yukarıda IV. B., C.

(86) veya İİK. nın 295/II ve III. fıkralarına uyarak kabul ederse.

(87) Bkz. Yukarıda IV. B., C.

Alacaklı konkordatoyu kabul ederse her ikisine de konkordato şartlarında müracaat edebilir. Önce konkordato borçlusunu tâkip ederse borç tamamen söner.

Alacaklı, kefilî takip ederse kefilden konkordatonun tenzilatı nisbetinde (10.000 — 2.500 = 7.500 TL.), talepte bulunabilir. Kefil de alacaklının halefi olduğundan, ödediği meblağın tamamını (7.500 TL.) konkordato borçlusundan isteyebilir.

Alacaklı konkordatoyu reddetmiş veya İİK.nun 295/II ve III. fıkralarına riayetle kabul etmişse, kefile karşı hakkını tam olarak korur. Bu durumda alacaklı önce konkordato borçlusunu konkordato nisbetinde (10.000 — 2.500 = 7.500 TL.) tâkip edip mütebaki kısmı da (2.500 TL.) kefilden isteyebilir.

Eğer alacaklı, önce kefilî takip etmişse alacağının tamamını (10.000 TL.) alır. Kefil de alacaklının halefi olduğundan konkordato borçlusuna, konkordato tenzilatı nisbetinde başvurarak 10.000 — 2.500 = 7.500 TL. sı isteyebilir.

SONUÇ

Bu çalışmayla şu sonuçlara varılmıştır :

- 1 — İcra ve İflâs Kanununun 295. maddesinde geçen «müşterek borçlu»dan müteselsil borçlular anlaşılmalıdır.
- 2 — Konkordato mühleti verilmesi ile konkordato borçlusu aleyhindeki takiplerin durmasına karşılık diğer borçlular aleyhine yeni takiplere ve eski takiplere devam olunur.
- 3 — Alacaklı konkordatoyu kabul ederse diğer borçlular konkordato şartlarından faydalanır.
- 4 — Alacaklı konkordatoyu, diğer borçlulara alacağın temlikli teklifinde bulunup onlar da bu teklifi reddetmesi halinde, kabul ederse diğer borçlular konkordato şartlarından faydalanamazlar.
- 5 — Aynı şekilde alacaklı, diğer borçlulara kendisini temsil etme yetkisi tanır ve onlar da bu yetkiyi kullanmak istemezlerse konkordatoyu kabul etse de diğer borçlular konkordato şartlarından faydalanamazlar.
- 6 — Bir de alacaklının diğer borçlulara müracaat hakkının tamamen kalktığı haller vardır ki bunlarda; alacaklının alacağını

konkordatoya yazdırmayarak teminattan mahrum kalması veya alacağının teminatını kendi isteği ile terk etmesidir.

• 7 — Konkordato borçlusunun fer'i (kefil gibi) borçlu, müracaat edilmek istenenin aslî borçlu olması halinde, alacaklı, fer'i borçlunun konkordatosunu kabul etse de, teminattan feragat etse de, alacağını yazdırmasa da aslî borçluya karşı haklarını tam olarak korur.

• 8 — Alacağın temliği teklifini kabul ederek ödemedede bulunan veya kendisine karşı tam hak sahibi olan alacaklıya tam ödemedede bulunan diğer borçlu, konkordato borçlusuna ancak konkordato şartlarında rücu edebilir.

(BİTTİ)

FAYDALANILAN KAYNAKLAR

- AKINTÜRK**, Turgut : Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971.
- ANSAY**, S. Şakir : Konkordato, AC. Yıl 1940, S. 3.
- ARAR**, Kemal : İcra ve İflâs Hükümleri, Ankara, 1945.
- BELGESAY**, M. R. : İcra ve İflâs Hukuku, 2. C. İstanbul, 1953.
- BERKİN**, Necmeddin : İflâs Hukuku, İstanbul, 1972.
- BERKİN**, Necmeddin : İflâs Hukukunda Konkordato, İstanbul, 1949.
- BERKİN**, Necmeddin : Konkordato Mühletinin Hukukî Neticeleri ve Rehinli Alacaklılarla Müşterek Borçlu ve Kefillere Etkisi, İleri Hukuk Dergisi, 1948, S. 32, s. 489.
- BİLGE**, Necip : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.
- BURLUOĞLU**, Enver - **YUDA**, Reyna : Konkordato Hukuk ve Tatbikat, İstanbul, 1968.
- BÜKEM**, Z. Abidin : Tatbikatta Konkordato, İstanbul, 1963.
- ERMAN**, E. Sabri : Konkordatonun Müteselsil Borçlulara ve Kefillere Etkisi, AD. Yıl 1969 S. 1.
- GÜRDOĞAN**, Burhan : İflâs Hukuku Dersleri, Ankara, 1966.
- GÜRDOĞAN**, Burhan : Türk - İsv. İcra ve İflâs Hukukunda Rehinin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 1967.
- İNAN**, A. Naim : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1979.
- KARAYALÇIN**, Yaşar : Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku Ankara, 1973.

- KURU, Baki** : İcra ve İflâs Hukuku C. II. İflâs ve Konkordato, Ankara, 1971.
- OLGAÇ, Senai** : İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflâs Kanunu, İstanbul, 1974.
- ÖĞÜTÇÜ, A. Tahir — ÇİTOĞLU, Ali** : Uygulamalı İcra ve İflâs Kanunu c. 2, Ankara, 1977.
- ÖNEN, Turgut** : Borçlar Hukuku, Ankara, 1981.
- ÖZTAN, Fırat** : Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1976.
- POSTACIOĞLU, İlhan** : Konkordato, İstanbul, 1965.
- TANDOĞAN, Haluk** : Özel Borç İlişkileri II. (Teksir) Ankara, 1976.
- TEKİNAY, S. Sulhi** : Borçlar Hukuku, İstanbul, 1979.
- TÜZÜN, Necat** : Şirketler Hukuku, Ankara, (tarih yok).

Türk İçtihatlar Külliyatı, 1970 C. I., İstanbul, 1971.
Türk İçtihatlar Külliyatı, 1970 C. II., İstanbul, 1972.
Türk İçtihatlar Külliyatı, 1971 C. II., İstanbul, 1974.
Türk İçtihatlar Külliyatı, 1972 C. I., İstanbul, 1974.

Resmî Kararlar Dergisi
Yargıtay Kararları Dergisi

KISALTMALAR

- AC. : Adalet Ceridesi
AD. : Adalet Dergisi
age. : adı geçen eser
agm. : adı geçen makale
bkz. : bakınız
BK. : Borçlar Kanunu
c. : Cilt
E. : esas
HD. : Yargıtay Hukuk Dairesi
İİD. : Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
İİK. : İcra ve İflâs Kanunu
K. : karar
MK. : Medenî Kanun
m. : madde
RKD. : Resmî Kararlar Dergisi
S. : sayı
s. : sayfa
T. : Tarih
TD. : Yargıtay Ticaret Dairesi
TİK. : Türk İçtihatlar Külliyatı
TK. : Ticaret Kanunu
Yarg. : Yargıtay
YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi

HUKUKUN GENEL İLKELERİNDEN «EŞİTLİK» İLKESİ VE SUÇ ORTAKLIĞI HAKKINDA YARGITAY'IN BİR UYGULAMASI (*)

Prof. Dr. Öztekin TOSUN (**)

PLAN : I — Olay. II — Çözümü gerekli hukuksal sorun. 1 — Suç ortaklarının cezasında ayrılık olabileceği görüşü. 2 — Suç ortaklarının cezasında eşitlik ilkesinin geçerli olmasının gerektiği görüşü. III — Kanımız.

I — OLAY

(İ) ve (E) adlarındaki iki Türk vatandaşı Norveç'te Sendefford Kenti'nde Sipera adlı bir bankayı soymak isterler. (İ)'nin kullandığı araba ile bankaya gelirler. Her ikisi de yüzlerini naylon çorap ile gizleyerek banka memuresini silahla tehdit ederler. Veznedeki memure 38.700 Norveç Kronu'nu bunlara teslim eder. Her iki sanık kaçmaya çalışırlar; fakat (E) yakalanır, (İ) ise ele geçmez, sonuçta Türkiye'ye kaçar.

Norveç Mahkemesi yakalanan (E)'yi muhakeme eder, sonuçta Norveç Ceza Kanununun 166 ve 168. maddeleri uyarınca üç yıl hapis cezasına mahkûm eder.

(İ)'de Türkiye'de yakalanıp tutuklanır. Sarıkaya İkinci Ağır Ceza Mahkemesi silâhlı gasp suçundan sanığı muhakeme eder ve Türk Ceza Kanununun 497. maddesi ile 12 yıl 6 ay hapse mahkûm eder.

Sanık vekili mahkûmiyet kararını temyiz eder. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı mahkûmiyet kararının hukuka uygun olduğu, bu bakımdan temyiz isteğinin reddedilmesi gerektiği görüşü ile dosyayı 6. Ceza Dairesi'ne **sevkeder**.

(*) Bkz. YKD., Cilt : 9, Sayı : 5, Mayıs - 1983, Sayfa : 778-780'deki 6. CD.nin 22.2.1983 gün ve E. 1982/102, K. 1983/1388 sayılı kararı. (YD).

(**) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

6. Ceza Dairesi, sanıkların yüzlerine naylon çorap geçirip suç işlediklerini gözönünde tutarak, (İ)'nin TCK. m. 497/1 ile cezalandırılmasının hukuka aykırı olduğunu, TCK. m. 497/2 ile cezalandırılması gerektiğini tespit eder. Bunun gibi, olay sırasında otomobil kullanan sanık hakkında 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 60/E maddesi gereğince sürücü ehliyetnamesinin araştırılmamasını hukuka aykırı bulur. Yağma olunan 38.000 Norveç Kronu'nun değer pek fahiş olduğundan TCK. 522 ile cezanın arttırılmamasını da bir başka hukuka aykırılık sayar. Ayrıca mahkeme masraflarının miktarının gösterilmemesini de CMUK. m. 406'ya aykırılık sayar.

6. Ceza Dairesi, karar sadece savunma makamı tarafından temyiz edildiği için, aleyhte temyiz olmadığına dayanarak mahkûmiyet kararını TCK. m. 497/2'ye, 6085 sayılı Trafik Kanunu m. 60/E'ye ve TCK. m. 522'ye aykırılık nedeniyle sanık aleyhinde bozamaz. Bunun gibi, mahkeme masraflarının sonradan reis tarafından tayin edileceğini gözönünde bulundurarak (CMUK. m. 406) bu hukuka aykırılığın da bozma nedeni saymaz.

6. Ceza Dairesi, suç ortaklarından (E)'nin Norveç Mahkemesi'nce sadece üç yıl cezaya mahkûm edilmesine karşılık, aynı suç işlemiş olan (İ)'nin Türkiye'de 12 yıl 6 aya mahkûm edilmesini hukuka aykırı bulur ve kararı sanık lehinde bozar. Bu durumda, her iki sanık hakkında da Norveç Ceza Kanununun 166 ve 168. maddelerindeki cezaların tayin edilmesi gerektiğine karar verir.

II — ÇÖZÜMÜ GEREKLİ HUKUKSAL SORUN

Bu sorun, yabancı ülkede aynı suç işleyip biri yabancı ülkede yabancı kanuna göre daha az cezalandırılan, öbürü de Türkiye'de muhakeme edilen suç ortağının cezasının saptanmasında eşitlik ilkesinin geçerli olup olmadığıdır.

Uygulamada bu konuda iki değişik çözüm ile karşılaşıldığı anlaşılmaktadır.

1 — Suç Ortaklarının Cezasında Ayrılık Olabileceği Görüşü

Olayda Türkiye'de ele geçen sanık (İ)'yi muhakeme eden Sarıkaya Ağır Ceza Mahkemesi'nin ve bu mahkemenin mahkûmiyet kararının hukuka uygun olduğunu kabul edip tebliğnamesinde temyiz isteğinin reddi düşüncesinde olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bu düşüncede olduğu görülmektedir.

Türk mahkemelerinin Türk Ceza Kanununa göre muhakeme yapacağı fikrine dayanan bu sonuç, pek de yadırganacak gibi değildir. Bu yüzden, esas mahkeme olayı TCK. m. 497 çerçevesinde ele almış, fiilin cezası bu maddeye göre 15-20 yıl arasında olduğu için, 15 yıldan başlayarak, 59. maddeye göre cezada 1/6 indirim yapmak yetkisini kullanmış ve (İ)'yi 12 yıl 6 aya mahkûm etmiştir. Esas mahkeme savcısı da bunu uygun gördüğü için temyiz yoluna başvurmamıştır.

Bu görüş, her ülkenin ceza kanununun farklı olabileceği görüşüne dayansa gerektir. Çeşitli nedenler dolayısıyla, aynı nitelikteki bir silâhlı gasp suçunun Türkiye'de işlenmesinde verilecek ceza daha ağır tutulmuş olabilir; aynı suça Norveç'te daha az bir ceza tayin edilmiş bulunabilir. Türk hâkimi Türk Ceza Kanununu, Norveç hâkimi ise Norveç Ceza Kanununu uyguladığına göre, varılan sonuç ceza da doğal olarak farklı olacaktır. Böylece, bir suç ortağı 12 yıl 6 ay alırken, öteki suç ortağı sadece 3 yıl ile adeta kurtulacaktır.

Buna karşı, suç ortaklarından (İ) aptallık edip Türkiye'ye kaçmasaydı, (E) gibi Norveç'te yakalanıp Norveç Ceza Mahkemesi'nce cezalandırılıyorsa, bu farklı durum ortaya çıkmayacaktı; (İ) kendi akılsızlığının kurbanı olmuştur; kimse «kendi kusurundan faydalanmamalıdır» da denebilir.

2 — Suç Ortaklarının Cezasında Eşitlik İlkesinin Geçerli Olması Gerektiği Görüşü

Bu görüşün gerekçeleri eleştirilebilir. (İ)'nin Türkiye'ye kaçmasının aptallık, (E)'nin Norveç'te yakalanmasının ise akıllılık olduğu tartışılabilir. Her suçlu kaçır; bu önüne geçilmez bir duyguya dayanmaktadır. Bütün yaratıklar eziyetten kaçır; suçlunun cezadan kaçması bu genel ilkeye dayanır. Böyle olunca, (İ) Türkiye'ye kaçmakla aptallık etmiştir, (E) Norveç'te yakalanmakla akıllılık etmiştir biçimindeki açıklamalar gerçeğe dayanmamaktadırlar. Kimse kendi kusurundan faydalanamaz ilkesi de bu olayla ilgili bir ilke olmayıp, buradaki «kusur» teknik anlamdaki bir kusur yani «kast» veya «tedbirsizlik» dediğimiz suçların maddî unsuruna refakat eden manevî unsurdur. Durumu bu anlamda kabul eden Yargıtayın 6. Ceza Dairesi aynı suçu işledikleri için

Norveç'te cezalandırılan suç ortağı (E)'ye 3 yıl hükmedilmişken, (İ)'ye Türkiye'de aynı fiil için 12 yıl 6 ay ceza verilmesini kabul edememektedir.

Daire bu kararı oybirliği ile almış bulunmakla birlikte, eşitlik ilkesinin gözönünde tutulması gerektiğini açık bir şekilde bildirmemektedir.

Gerekçe olarak 5. maddenin hükümlerine dayanılmaktadır. Bu gerekçelere göre, bir Türk yabancı ülkede suç işlediğinde Türkiye'de bulunduğu zaman Türk kanunlarına göre cezalandırılacaktır. Ancak, o fiil o yabancı ülkede cezalandırılan fiillerden değilse, Türk mahkemesi, yabancı ülkeden de ileri gidip o fiili cezalandırmasıdır. Kanunumuzun bu hükmü, yabancı ülkede aleyhine suç işlenen yabancının, kendi kanunlarının sağlamadığı bir korumayı Türk kanunlarından isteyemeyeceği düşüncesi ile açıklanmıştır(1). Yargıtay, daha da ileri gidip, yabancı ülke kanununun fiili cezalandırmadığı zaman nasıl ona önem verilirse, cezalandırdığı fakat bu cezanın Türk kanunundan az olduğu zaman da ona ancak öyle önem verilmesi sonucuna gitmiştir. İnceleme konusu kararda bu düşünce «Bu fiil yabancı memleket kanunlarında cezayı müstelzim değilse sanık hakkında ceza tayin edilemeyecektir. Sanık hakkında cezası hafif olan memleketin kanunu uygulanacaktır; yani Türk mahkemeleri bu gibi sanık hakkında yabancı memleket kanununda gösterilen cezadan fazla hükmedemeyeceklerdir. Bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.5.1982 gün ve 1982/195 sayılı kararında da açık olarak kabul edilmiş bulunmaktadır» biçiminde açıklanmıştır.

(1) DÖNMEZER-ERMAN : Nazarî ve tatbikî ceza hukuku. Cilt III (9. baskı), sh. 475, No. 2209. Bu hükmün mehzarında olmadığına değinen Erem de, onu yerinde ve doğru bulmakta, en yeni kanunlarda (Örneğin İsviçre CK. m. 5) bulunduğunu vurgulamaktadır. «...suçun işlendiği mahalde de esasen suçluyu cezalandırmak imkânı o memleket kanunlarına göre ortadan kalkmış ise, Türkiye'de Türk'ün cezalandırılması makûl olmaz. Bu sebeple fiilin işlendiği yabancı memleket kanunları o fiili suç saymış olmalarına rağmen, yine o kanunlar gereğince cezalandırmak imkânı kaybolmuş ise (yabancı memleket kanununa göre suçun zamanaşımına uğramış olması gibi) Türk kanunlarına göre Türk'ün cezalandırılması bahis mevzuu olmamalıdır. «diye düşüncesini daha da açıklamaktadır». Bu hususta, EREM, Faruk : Ümanist doktrin açısından Türk Ceza Hukuku. Cilt I, Ankara, 1968, sh. 181/182.

III — KANIMIZ

Suç ortaklarının cezasında eşitlik ilkesinin geçerli olması gerektiği görüşüne biz de katılmaktayız.

Bizce bunun nedeni, Türk mahkemelerinin yabancı ülke kanunlarının cezası lehte ise, o ülke kanunlarını uygulamak zorunda oldukları biçiminde ifade edilmemelidir. Türk mahkemeleri, yine Türk Ceza Kanununu uygularlar; olayda olduğu gibi, Norveç Ceza Kanununun 166 ve 167. maddeleri ile bağlı oldukları kabul edilemez.

Suç ortağı hakkında verilen cezadan fazla ceza verilmemesi gereği «Eşitlik» ilkesidir.

Mahkemeler kanunları yorumlarken, «genel ilkeler»i gözardı edemez. Genel ilkeler, aksine açık bir kanun hükmü bulunmadıkları sürece, mahkemelerce uygulanmalıdır. Bu genel ilkeler «suç hukuku genel ilkeleri», onların da üzerinde «hukukun genel ilkeleri» biçiminde ayrılabilirler. Biz, kitabımızda «genel ilkelerle yorum» konusuna yer ayırmaya çalışmıştık. Bunlar arasında «Hukukun genel ilkeleri ile yorum» üzerinde de durmuştuk. Bize göre, hukukun genel ilkeleri parmakla sayılacak kadar azdır; hukuk kurallarının bunlara ters düşecek biçimde yorumlanması olamaz. Ancak açıkça kanun koyucu bu hükümleri reddederse, o zaman onları gözönünde tutamaz durumda kalırız; ama kanun koyucunun böyle bir açık emir vereceği durumları tasavvur etmek kolay değildir. Hukukun genel ilkeleri arasında biz «Adalet, eşitlik, non bir idem (aynı fiilden iki defa ceza verilmemesi), pacta servanda sunt (sözleşmeye saygı) üzerinde durmaya çalışmış ve bu ilkelerle yoruma örnekler vermeye çalışmıştık. Bunlar arasında eşitlik ilkesi ile kanunların açıklığına rağmen hukuk kurallarının başka biçimde yorumlanması gereğini belirtebilecek bir örnek veremiştik. Yargıtay'ın bu kararı sayesinde «eşitlik genel ilkesi» gereğince suç ortaklarına Türk Ceza Kanunundaki açık hükme göre bile farklı ceza verilemeyeceğini, eşitlik genel ilkesinin özel olarak inkâr edilmedikçe uygulanacağını bu örnek kararla olanağına sahip olduk.

Bu konuda İtalya'da benzer bir olayda, yine eşitlik ilkesi gereği, suç ortaklarından birinin azaltılmış cezası nedeniyle öteki suç ortağının da cezasının azaltılması örneğini hayal meyal hatırlıyor,

fakat olayı ayrıntıları ile ortaya koyamıyorduk. Kürsümüz profesörlerinden olup da, bir kaç yıl önce emekli olan Hocam Sayın Prof. Dr. Nurullah Kunter'e böyle bir konuyu hatırlayıp hatırlamadığını mektup ile sorduğumda hatırladığını bildirdi. Bir ara ceza hukuku dersi verirken böyle bir konu üzerinde durduğunu, İtalya'da geçen olayda ders notları arasında referans da verdiğini bildirdi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kitaplığı'nda bu nota göre adı geçen makaleyi bulduk(2) ve İtalya'daki olayı Sayın Hocamızın yardımı ile nakletmek olanağına da kavuşmuş olduk.

1934 yılında Avusturya sınırında 3 gümrükçü 2 kaçakçıyı yakalar; hava pek kötü olduğundan hep birlikte bir küçük kulübeye sığınurlar. Kaçakçılar, gümrükçüler uykulu halinden faydalanıp onların tüfeklerini ele geçirip birini de öldürür ve kaçarlar. Kaçakçılardan biri Avusturya sınırını aşar, öteki aşmadan ele geçer. İtalyan Hükümeti Avusturya Hükümetinden orada yakalanan kaçakçının geri verilmesini ister. Avusturya Hükümeti, idam cezası verilmemesi koşulu ile geri vermeyi kabul eder. İtalyan Ağır Ceza Mahkemesi her iki suçluyu idam cezasına mahkûm eder. Siyasî anlaşmazlık çıkmaması için, İtalyan Hükümeti söz verdiği için idam cezasını müebbede çevirir. Aynı suçu işledikleri için, İtalya'da ele geçen kaçakçının cezası da idamdan müebbede çevrilir.

Her iki olayda da, kanunda açıkça yazılı olan cezanın uygulanması ihmal edilmiştir. İtalya'daki olayda İtalyan Ceza Kanununun açık hükmüne göre, idam cezasına, Türkiye'deki olayda Türk Ceza Kanununun 497. maddesi gereğince 12 yıl 6 ay ağır hapse hükmetmeliydiler. Her iki durumda da mahkemelerin, durumu, öteki suç ortağının durumu ile karşılaştırdıkları ve sonuçta öteki suç ortağının durumu ile eşit olabilmesi için kanunun açık hükümlerinin uygulanması ile varılan sonuçtan vazgeçtikleri görülmektedir. Böylece, mahkemelerin, kanunun açık hükmünün daha da üzerinde olan hukukun genel ilkeleri arasında olan «eşitlik» ilkesine göre bir yorum yaptıklarını görmekteyiz. «Eşitlik» ilkesi kanunların da üzerinde olduğu için, mahkemeler, ayrıca özel olarak bir yasak bulunmadığı için, onu uygulamaktan çekinmemişlerdir.

Yargıtayımızı bu güzel kararı için **tebrik etmek** gerekmektedir, kanısındayız.

(2) GRANDI, Dino (Ministro di grazia e giustizia) : Bonifica umana (Rivista di diritto penitenziario. 1942, N. 2, sh. 356).

FEDERAL MAHKEME KARARLARI

• SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE EYLEMLİ ENGELLER

Çeviren : Kemal DAYINLARLI (*)

*Schweiz. Grosshande Isverband der sanitören Branche c. Edwin
JUD AG RO 76 11 281 (A11) Jdt 1951 226*

GİRİŞ

Sözleşme özgürlüğünü kanunun teminat altına aldığı (Borçlar Kanunu madde 19 fıkra 1 vs.) alanlarda bile, belli bir dalda ve az veya çok kapsamlı ölçüde, uygun sözleşmelerle bu özgürlüğü kişilerin engellediklerini görme beklenmelidir. Kartellerin durumu özellikle önemlidir. Örneğin; karteller üyelerinin başkaları ile iş bağlantısı (yani sözleşme yapmalarını) yasaklarlar; üyelerinin kendi müşterileri ile yaptıkları sözleşmeleri özellikle fiyatlar hususlarında denetlerler. Bugün karteller, 20.12.1962 tarihli karteller ve benzeri kuruluşlara dair Federal Kanun tarafından yönetilmektedir. Karteller hakkındaki kanunun 4. maddesinde rekabette haksız engellemeleri, 5. maddesinde ise haklı engellemeleri tarif eder. 4. maddeye göre, (bu tarif kanundan önceki hukukî ve fiilî durumlar için de geçerlidir) haksız engeller «Bir kartel tarafından malların satın alınması ve teslim edilmesini yasaklama, işverenlerin kara listeye alınması, veya özellikle rekabet yapmayı engellemeyi hedef alan satınlanma koşullarında veya fiyatlar hususundaki ayrıcalıklar şek-

(*) Avukat.

Kaynak : Kararlar, İsviçre'de Prof. Dr. Karl **OFTINGER** tarafından Almanca yazılıp, Prof. Dr. Raymond **JEANPRETRE**'nin Fransızca'ya çevirdiği «Borçlar Kanununun Umumi Hükümleri Üzerine Verilmiş Federal Mahkeme Kararları» adlı kitaptan alınmış ve Türkçeye çevrilmiştir.

Teşekkür : Bize bu kararları bundan böyle yayımlama olanağı sağlayacak olan Avukat sayın Kemal **DAYINLARLI**'ya dergimiz ve okurlarımız adına teşekkür ederiz. (YD).

linde alınan önlemlerdir». Karteller özellikle boykot silâhına da başvururlar. Karteller hakkında kanun için de geçerli olan bir federal mahkeme tarifine göre, boykot «sınai veya ticari faaliyetle uğraşan bir kişi veya belli bir fiilî yapmaya veya çekilmeye zorlamak için bir işçi ile veya yapılan belli bir eylem veya belli bir çekimsellikten dolayı onları cezalandırmak için, onlarla belli hususlarda ekonomik ilişkiler yapmaktan çekinmeyi içermektedir». (*Federal mahkeme kararı, Veuve Giesbrecht c. vertglass, RO 86 11 365, jat 1961 164 gerekçe 2*).

Yukarıdakilerden boykotun, boykot edilenin akit serbestliğine fiilen yapılan bir tecavüz olduğu sonucu çıkmaktadır. Bir sözleşme ile haksız boykot tesis edilen kişi zaten, kendi sözleşme özgürlüğünü izinsiz bir biçimde kullanmış olmaktadır. Başkasının hürriyetini kısıtlamak için sözleşme özgürlüğüne başvurmaktadır. Aşağıda zikredilen federal mahkeme kararının (3 nolu) gerekçesine bakınız :

İzinsiz her boykot, grup tarafından ister üyelerine veya üçüncü şahıslara belli bir kişi ile sözleşme yapmayı yasaklasın (dolaylı boykot), isterse fiilen tekeli elinde bulunduran bir grup başkaları ile sözleşme yapma çekimselliğini getirsin veya onları daha ağır şartlara zorlasın (dolaysız boykot), sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır.

İşbu karar, sözleşme hürriyetine fiilen engel teşkil eden bir boykotun nasıl ortaya çıktığını göstermektedir. Ne ölçüde ve hangi yollarda bu hürriyetin engellendiğini göreceğiz. Aşağıda 3/a nolu karar aynı konuda başka ayrıntılar vermektedir.

OLAY

Burada, olayları Mahkemeler Gazetesi (Journal des Tribunaux) tarafından özetlendiği gibi aktarıyoruz :

«Sıhhi malzeme dalının toptancılar derneği 1920 yılında Medeni Kanununun 60 ve devamı maddelerine göre üyelerinin mesleki menfaatlerini korumak ve haksız rekabetle mücadele etmek için kurulmuştur. Bu amaçla, dernek, üretici ve tüketicilerle sözleşmeler yapmakta ve tek fiyat üzerinden teslim etme ve ödeme şartlarını tesbit etmektedir. Bu iş ilişkilerini bozan rakiplere ve üçüncü şahıslara karşı müşterek savunmayı örgütlemektedir. Silâhları yasak koyma v.s. şeklindedir».

1928'den 1937 kadar, dernek üyelerine birçok sıhhi aletler fabrikasının münhasır temsilciliğini temin etti... 1935'de «Schweiz Spenglermeisterund Installateurverband» (SSIV) sac kesme ve döşeme işleri yapan İsviçre derneğinin üyeleri tarafından montajı

yapılan alet ve takımları genel teminine dair sözleşmelerini üyeleri için elde etti.

1946 yılı Aralık ayında, Edwin Jud sıhhi tesisat aletleri ticareti yapmak için bir anonim şirket kurdu. Bu şirket bu hususta «grosshandelsvenband»a bilgi verdi ve derneğin satış ve teslim koşullarına uymaya hazır olduğunu beyan ederek üyelik için adaylığını koydu.

1947 yılı Ocak ayı başında SSIV, toptancılar derneğine tanınan tekелci hakları üyelerine bir genelge ile hatırlattı ve Jud anonim şirketinin üyesi olmadığı hususunda dikkat çekti. Aynı ayın sonunda bu şirketin üye adaylığı reddedildi.

HUKUKİ GEREKÇE

1) (ÖZET) Davalı dernek, o daldaki piyasaya hakim olma amacıyla bir bağımsız şirketler kartelidir. Başvurduğu yol ise diğer kartellerle veya belli başlı şirketlerde tekелci sözleşmeler yapmaktır. İşte, böylece sıhhi aletleri imal eden en büyük üç fabrikayı münhasır temsil etmekte ve («Gesarntlieferungsvertrag») aletlerinin genel temin mukavelesini SSIV ile yapmıştır. Bu mukavelelere uygun olarak, imalâtçılar imalâtlarının bazılarını sadece toptancılar derneğinin üyelerine teslim ediyor ve SSIV'nin üyeleri, toptancı üyelerden biri tarafından temin edilmeyen tesisi reddediyorlar. Kartellerin bu ahdi bağları böylece değişik basamaklardaki iktisadi kuruluşlar arasında (üst kademede imalâtçılar — toptancılar, alt kademede toptancılar — perakendeciler) sanayi ve ticaretin herhangi bir dalında alışverişi tekelleştirmek amacıyla yapılmaktadır.

Bu tekelleştirmenin sonucu, davacı şirketin toptancı ticareti, bu şirket derneğe üye olmadıkça, ve işaret edilen yasaklara maruz kaldıkça uzun zaman yaşayamaz. Jud S.A. ihtiyaçlarını İsviçre'de başka yerden temin edemez ve hatta yabancı ülkeden temin etse bile —ki bu da şüphelidir— tabiri caizse tüm tesisat ustalarının bağlı olduğu SSIV'a getirilen yasak karşısında İsviçre'de malını döşeyemez.

2) Boykotun esası, bir tüccarla veya bir sanayiciyle, («Gawerbetreibender - İktisadi temsilci») onu belli bir aktif veya pasif davranışa sevk etmek veya böyle bir davranış nedeniyle onu cezalandırmak («massregeln») için örgütlenmiş bir biçimde onunla iş ilişkilerine («organisierte Meidung» - örgütlü engelleme) ye girmemek-

ten ibarettir. Olayımızda, tartışılmaz biçimde bu örgütlü yasaklama vardır. Dernek, bir yandan satıcılarla; diğer yandan tesisatçılarla (SSIV) bu yasaklamayı yapmıştır. Böylece, bazı sıhhi tesisat malzemeleri temin edilmesi ve onların döşenmesinde davacıyı imkânsızlık içinde bırakmıştır. Çünkü davacı bu daldaki toptancılar derneğine üye değildir. Bu tedbirin amacı söz konusu toptan malzemelerin ticaretini yapmaktan davacıyı vazgeçmeye zorlamaktır. Demek ki rakip bir şirketi bertaraf etmeye yöneltmiş bir boykot karşısındayız («Verdrängungsboykott»). Mevcut bir rakibi ortadan kaldırmak veya onun kurulup yerleşmesini engellemek önemli değildir. Her iki halde de amaç ve sonuç aynıdır : Rakip şirketi safdışı etmek.

Birinci veya ikinci varsayımın gerçekleşmesine göre gerçekte safdışı edilmek istenenin menfaati ile kara listeye almayı ve ondan faydalanmayı organize edenin menfaat ilişkisi farkı olabilir. Bu fark, karşılıklı menfaatler arasında boykotun haklı olup olmadığını bilmede ehemmiyet arz edilebilir; boykotun mevcut olup olmadığını bilmede fark önem taşımaz. Aynı şekilde Kartel'in davacının rekabetini engellemek için kurulmuş olduğu ehemmiyetli, değildir. Zaten 1946'dan evvel mevcuttur ve bütün görüş ayrılıklarını hedef almaktadır. Sadece mühim olan davalı derneğin davacıya karşı Kartel örgütünü harekete geçirmiş olması ve biraz evvel söylenen sonucu elde etmiş olmasıdır. Burada boykot ilânına («Verrufserklörung») gerek yoktu. Mevcut sözleşmelerin uygulanması ile 3. şahıslara karşı kartel organları harekete geçmeden kendiliğinden müdahale eden bir yasak koyma olduğu zaman boykot ilânı fuzulidir. Üstelik, yasak beyanı bile vardır : 8 Ocak 1947 tarihinde (SSIV) tarafından üyelerine gönderilen ve onları taahhütlerini tutmaya davet eden ve dâvacı şirketin üyeleri olmadığını «Grosshandelsband», bildiren sirküler, JUD anonim şirketinden gelen malzemelerin döşenmesini redde davet eden bir genelgeden başka birşey değildir. Yasak koymanın davalının organlarından gelmemiş olmasının önemi yoktur. Davalının, teşkiline katıldığı örgütün kararları gereğince bu husus meydana gelmiştir.

3) Davaya bakan hâkimin izlenimlerine göre davacının adaylığının red edilmesi meydana gelen, Kartel örgütü ve onun taahhütleriyle birleşmiş olan boykot, Jud anonim şirketini mahvetme sonucunu doğurmuştur.

İsviçre Federal Mahkemesi
Hukuk dairesi
M. BERTHIER başkanlığında
8 Kasım 1960'da yapılan duruşma.

• **BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ, PARADAKİ KUR KAYBI**
(İBK. 106)

Cargos Maritimes S.A. aleyhine.
Naccache and CIE tarafından açılan dava.

ÖZET : I — Borçlunun temerrüde düşmesine atfedilebildiği zaman, para kuru kaybı bir zarar teşkil eder ve borçlu bunu temerrüt faizinin haricinde ödemekle yükümlü tutulur. (İ.B.K. m. 106).

II — Mamafih, bir kur kaybının varlığı, sözleşme parası alacaklının ikametgâh parası olduğu zaman başka neden olmaksızın kabul edilmez.

Borçlunun temerrüdü nedeniyle kur kaybına duçar olduğunu kanıtlamak için, alacaklının, alacağı muacceliyet kazandığı anda ödenmiş olsaydı değerli olan parayı satınalıp; böylece, ileri tarihte sözleşme parasında vuku bulacak devalüasyon neticelerinden kaçınabileceğini isbat etmesi gerekir. (İçtihat tekrarı).

OLAYLAR

Federal mahkemenin de davada olayların açıklanması bölümünde müracaat ettiği 23 Mart 1960 tarihli kararının olaylar kısmına istinaden mahkeme davalı Cargos Maritimes S.A. Şirketinin. Türkiye'de Mersin'de İbrahim Naccache and CIE'ne 600 Türk Lirasını karşılayan 340 İsviçre Frangını, 1 Ocak 1954'den 23 Nisan 1959 tarihine kadar geçen süreye ait ve 4.992,58 Türk liralık bir meblağ üzerinden % 6 olarak hesaplanmış olan temerrüt faizini ödemeye mahkûm eder.

Buna karşın, borçlunun Haziran 1955'de vadesi gelen 4.992,58 TL.'lik borcunu ancak 4 Nisan 1959'da ödemesi nedeniyle şirkete tevhit ettiğini iddia ettikleri, alacaklıların diğer tüm taleplerini reddetmiştir. Bu iki tarih arasında Türk Lirasının kuru büyük bir devalüasyona duçar oldu (*İsviçre Frangına göre kur 1955'de 1.55 iken, 1959'da 0.4856 oldu*). Diğer yandan, Mahkeme, Naccache and CIE şirketini tüm yargılama giderlerini ödemeye de mahkûm etti.

14 Nisan 1960 tarihli temyiz dilekçesi ile davacı, ilk derece mahkemesindeki iddialarını tekrarla bu hükme karşı istinaf mahkemesine başvurur. Burada istinafa başvuran, dayalının ödeme

yapmayı geciktirdiği belli bir tarihte Türk Lirasının değerinde henüz bir azalma olmamıştı, bu nedenle sonradan vaki olan değer kabının neticesine katlananın kendisi olmaması gerekirdi, diyerek ilk derece hâkimini eleştirir.

Davalı ise verilen hükmün doğru olduğunu, temerrüde düştüğü zaman zaten Türk Parasının kurunun değişmiş olduğunu ve üstelik, davacı tüm alacağını Türk Lirası olarak aldığından hiçbir tazminat etmeye hakkı olmadığını iddia eder.

Bu arada, dâvacı ilk derece mahkeme ile istinaf mahkemesi yargı giderlerinin karşı tarafa yükletilmesini isterken, davalı da istinaf mahkemesi giderlerinin dâvacıya yükletilmesini talep etmiştir.

HUKUKİ GEREKÇE

Süresinde verilen ve kanunî şekil şartlarını içeren istinaf dilekçesi kabul edildi.

Mahkemenin de kabul ettiği gibi bu davaya, sadece taraflarca seçilen hukuk olması açısından bile İsviçre Hukuku uygulanır. (Adli hafta 1955 sayfa 305, 1959 sayfa 542).

İstinaf dilekçesinde dahi itiraz edilmeyen bir husus da, bu alacağın Naccache and CIE'ye Türk Parası ile ödeneceği, Türk Parası ile istenebileceği ve İsviçre ile Türkiye arasında mevcut takas müessesesi aracılığı ile Türkiye'de ödenebilir olduğudur.

Buna mukabil, her iki tarafça ibraz edilen belgelerin tetkikinden mahkemenin Cargos Maritimes S.A. nın delillerini dikkate alarak Türk Lirası'nda devalüasyonun yapıldığı anda, anında bu şirketin temerrüde düşmüş olduğunu kabul etmemesi haksızlıktır (9 Aralık 1956 veya Ağustos 1958'de davacı bu hususun kesin olarak belirtilmesini gerekli görmediğinden sıra ile bu iki tarihi öne sürmüştür). 1958 yılında Türkiye'de bloke edilmiş paralar vasıtasıyla borcunu ödemesi için alacaklının borçluya yardım etme yolunu aradığı doğru ise de aynı zamanda Türkiye'de yapılan girişimlerin sonucuna bakmaksızın, alacağının derhal ödenmesini alacaklı, borçludan birçok defa talep etmiş ve onu zorlamıştır. 20 Eylül, 11 Ekim, 4 Kasım, 1 Aralık 1955 ve 4 ve 17 Mayıs 1956 tarihli mektupları ve hatta 17 Kasım 1955 tarihinde keşide edilen ve 21 Kasım 1955 tarihinde borçlu tarafından ödenmeyerek protesto olan çek İBK.nun 102. maddesi anlamında temerrüde düşme niteliğinde ihtarları oluşturmaktadır.

Zaten, alınan mahkeme kararında bu noktada bir çelişki de vardır. Çünkü ilk derece mahkeme davacıya temerrüt faizi ödenmesini kabul ettiğine göre bu demektir ki borçlu mutlaka temerrüde düşmüştür. Davalı, mahkeme kararının tümüyle onanmasını isterken bu temerrüt olayının vukuuna itiraz edemez demek ki karar kendi içinde çelişkilidir.

Fakat, bu durumda, borçlunun temerrüdünün neticeleri acaba davacının iddia ettiği gibi midir; bu husus tetkik edilmelidir. İBK.nun 106. maddesine göre borçlu, normal temerrüt faizini aşan alacaklının zararını ödemekle mükellef ve kur kaybı gerçekten munzam zarar teşkil eder ise de (Adli hafta 1935 sayfa 231 ve 1939 sayfa 501) böyle bir zarara duçar olduğunu alacaklının kanıtlaması gerekir.

Olayda, alacaklının alacağının tamamen Türkiye'de ödendiği belli olan bir husustur. Böylece kur farkından bir kayba duçar olmadığı karinesi mevcut olur : Türkiye'deki devalüasyondan önce veya sonra bir Türk Lirası daima Türkiye'de bir Türk Lirası değerindedir. (Bu konuda bakınız Journal des Tribunaux 1921 sayfa 73 ve 1922 sayfa 5). Bu karineyi çürütmek için, yukarıdaki içtihat kararına göre, alacaklının parasını devalüasyondan evvel temerrüde düşen borçlu ödese idi, derhal bu parayı kuvvetli paraya çevirebileceğini ve böylece kendi memleketinin parasının değer kaybının sonuçlarını ortadan kaldıracağını isbat etmesi gerekir. (cf Journal des Tribunaux 1951 p. 392). Bu davada davacının böyle bir iddiası yoktur ve bu yönde hiçbir delil de ikame etmemiştir. Zaten, olayın tetkikinde kabulü gereken husus, alacaklı Türkiye'deki devalüasyondan sonra da 4.992,58 TL. olarak alacağının ödenmesini talep etmiştir ve bunun Türkiye'deki hesaptan ödenmesinde (cf 25 Şubat ve 23 Mart 1958 ve 23 Nisan 1959) munzam zarar istemeksizin mutabık bulunuyordu. Ya böyle bir zarar yoktu veya hiç olmazsa bundan feragat ediyordu. Bu şartlar karşısında, dâvacı kabul edilen temerrüt faizleriyle kararlanandan başka borçlunun temerrüdüne dayalı hiçbir zarar talep edemez.

Bu gerekçelerle evvelki mahkeme kararı onanmalı ve davacı istinaf mahkemesi masraflarına mahkûm edilmelidir. Bu masraflar davalının avukatına Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 129. maddesi gereğince istinaf için takdir edilen 200 İsviçre Frangı meblağı da iştir.

Bu gerekçelerle, hukuk dairesi, şekil yönünden 23 Mart 1960 tarihli istinaf talebini kabul eder, esas yönünden de söz konusu mahkeme kararını onaylar.

Karşılaştırma için bu içtihat kararında geçen Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarındaki maddeler aşağıya çıkarılmıştır.

İBK.	BK.
106.	105
102.	101

—oOo—

USUL HUKUKU

• TAHKİM : ÜÇÜNCÜ HAKEMİN TAYİNİ

Üçüncü hakemin tayinini Federal Mahkeme başkanına yükleyen tahkim sözleşmesi. —Sadece bir tarafın talebine istinaden karar vermeyi reddeden başkanın kararı—. Bir tarafın dilekçesi üzerine tahkim mahallindeki adli makam tarafından tayin edilen üçüncü hakem. —Diğer tarafça karara karşı kamu hukukuna dayalı olarak yapılan istinaf müracaatı—. Ret.

Tahkim konkordatosunun 12. maddesi :

Tahkime dair konkordato :

a) Konkordatoya dahil bir kantonda tahkim mahallini tesbit eden, fakat konkordatoya dahil olmayan bir kanton usulünün uygulanabilir olduğunu beyan eden tahkim mukavelesi : Bir hakem tayin etme yetkisi (Madde 12) tahkim mahalli adli makamına kalmaktadır.

b) Bir hakem tayini için istemde bulunulan adli makamın tahkim mukavelesinin geçerliliğini tetkik yetkisi (Madde 12).

X S.A c. Y, 10 Kasım 1982; RO 108 I a...

(X) anonim şirketi ile (Y) 9 Ekim 1980 tarihli sözleşmelerine bir tahkim şartı koymuşlardır; buna göre :

- Taraflar aralarında çıkacak muhtemel ihtilâfları üç üyeden oluşan hakem mahkemesine sunarlar.
- Taraflardan herbiri kendi hakemini seçer.
- Eğer hakemler, üçüncü hakemin seçiminde anlaşamazlar ise, tayini Federal Mahkeme başkanı yapacaktır.

- Hakem mahkemesinin merkezi LUGANO'da olacaktır.
- Zürih hukuk usulü uygulanacaktır.
- Hakem kararı kesin olup, bu normal mahkemeler nezdinde temyiz etme olanak dışıdır.

Bir ihtilâf doğmuştur. İki hakem taraflarca tayin edilmiş fakat bir üçüncü hakemin seçiminde anlaşmaya varamamışlardır. (Y) Federal Mahkemesi Başkanına tayin için müracaat etmiştir. Diğer taraf bu talebe iştirak etmeyince bu talep reddedilmiştir (cf. RO 88 I 100, Jdt 1963 I 158, Rés. Réd.).

6 Ağustos 1982 tarihinde (Y) nin talebi üzerine TESSİN İstinaf Mahkemesi bir üçüncü hakem seçer. Kamu hukukuna dayalı müracaatı ile (X) anonim şirketi bu kararın iptalini ister. Federal Mahkeme bu müracaatı reddeder (özet).

GEREKÇELER

1.a) Herşeyden önce temyiz eden, TESSİN İstinaf Mahkemesinin yer itibarıyla yetkisine (*Ratione Loci*) itiraz etmektedir; merkezi İsviçre'de olmadığından Anayasanın 59. maddesinden daha önce gelemez, fakat Anayasanın 4. maddesinden önce gelir. Burada ileri sürülen hukukî neden haksızdır. Zira, beynelmilel tahkim - dahilî tahkim gibi - kanton hukukundan çıkmaktadır (*Anayasa maddede 64*). Tahkim şartında gösterilen Zürih hukuku gibi (*S 243 no 2 CPC; Wiget in Sträuli / Messmer, Kommentar der zürcherischen ZPO, 2ème éd., no 1 avant le S 238*) tahkim konkordatosunun 3a maddesi de (*TESSİN için 1 Ocak 1972'den beri yürürlükte*) tahkim makarrının (merkezinin) bulunduğu kantonun normal hukuk yargısının üst mahkemesi, tarafların kendi hakemlerini tâyin etmemesi veya hakemlerin belirtilen organ tarafından tâyin edilmeleri halinde, hakemleri seçmeye yetkili makamdır (Konkordatonun 2. maddesinin birinci fıkrası ve 12 madde). Bu makam, tahkim mahalli ile tarafların hiçbir ilişkisinin bulunmaması durumunda da yetkilidir (*Dutoit/Knopfler/Lalive/Mercier, İsviçre Beynelmlel özel hukuk r pertuarı, ci't I 1982 sayfa 273 no 143 ve sayfa 290 no 216; RO 93 I 54 c 3a, JdT 1968 I 215 Rés; RO 89 I 248 c. 2, JdT 1964 I 317, Rés; RO 78 I 361, JdT 1953 I 479 Rés*). Zürih hukuku (*S 248 Al. 1er CPC*) ve konkordatonun (Birinci maddesiyle 2. maddesinin 1. fıkrası) tahkim mahallinin serbestçe seçimi ile ilgili hiçbir sınırlama getirmiyor.

b) Temyiz eden, aynı zamanda istinaf mahkemesinin madde itibarıyla yetkisine de (*Ratione Materiae*) itiraz etmektedir; onun

iddiasına göre üçüncü hakemi tâyine yetkili makam Federal Mahkeme Başkanındır. Bu makam tâyin dilekçesi üzerine hiçbir işleme girmediğinden, müracaat edene göre tahkim şartının geçersizliği savunulabilir görünüyor. Başka deyişle münakaşa kanton hâkimlerinin yetkisizliğine dair olmaktadır; temyiz eden zaten, diğer hangi organın üçüncü hakemi tâyin etmesi gerektiğini de söylemiyor. Aynı şekilde bu açıdan da bakıldığında temyiz haksızdır.

2) Yetki sorunları (*Ratione materia et loci*) çerçevesi dışına çıktığı ölçüde acaba (istinaf müracaatı OJ'nin 87. maddesine göre (cf RO 105 1 b 433 c. 3) kabul edilemez mi? Aşağıdaki gerekçelere nazaran bunu inceleme gereği yoktur.

a) Alınan karar, hakem tâyini usulü içinde adli makamca verilmiştir. Doğrusu, tahkim sözleşmesinde taraflarca Zürih usul hukukunun kabul edilmiş olması durumunda bile, temyiz eden, konkordatonun 12. maddesinin uygulanabilirliğine itiraz etmiyor. Konkordatonun 12. maddesi hakem mahkemesinin makarrına (merkezine) bağlı (madde 1 fıkra 3) âmir bir hükümdür. Taraflar başka bir hukuk kabul ederek onu safdışı edemezler.

Konkordatonun 12. maddesine göre bir hakemin tâyini 45. maddenin 1 inci fıkrasında öngörülen basit muhakeme usulüne tâbidir. Bir vâsinin (RO 95 II 301 c'1, JdT 1970 I 258, Rés), bir kayyımın (RO 98 II 275, JdT 1973 I 249, Rés) veya bir miras topluluğu temsilcisinin (RO 72 II 55, JdT 1946 I 213) tâyiniinde olduğu gibi, tayin makamı davanın esasına bakmayacağından, tahkim mukavelesi ile tarafların (hâlâ) bağlı olup olmadığına karar vermediğinden, hakemlerin sözleşmeye uygun olarak seçilip seçilmediğine dair beyanda bulunmadığından bir hakem tayini de nizasız muhakeme usulüne girer. Bir hakem tayin etmeden önce, makam ilk iş olarak, bu tayinin kanuna ve tahkim sözleşmesine uygun olup olmadığını inceleme ile kendini sınırlar, kararı kesin hüküm gücüyle mücehhez değildir; bu karar temyiz üzerine veya hakem kararının tenfiz vasfı üzerine mahkemeleri karar tesis etmeleri için bağlamıyor (RO 88 I 106, JdT 1963 I 158, Rés.; RO 78 I 363 JdT 1953 I 479 Rés.; Rüede / Hadenfeldt, Schweiz. Schiedsgerichtsrecht, 1980 sayfa 114). Zürih hukuk usulünde buna benzer bir mevzuat vardır. (V. Sträuli / Messmer, op. cit.; no 6 ad 243).

b) Hakem mahkemesi, tarafları dinledikten sonra, kendi teşkiline dair kuralara (konkordatonun 8 ve 9. maddeleri) ve kendi yetkisine istinaden karar tesis eder; onun kararının, serbestçe ka-

rar veren kanton adli makâmı önünde iptali istenebilir (konkordatonun 36. maddesinin a ve b harfleri). Mahkeme oluşmasını bozan bir aykırılık itirazı, temyiz edene, tahkim sözleşmesine uygun olarak hakemlerin tayin edilmemiş olmalarından dolayı hak ileri sürmesine müsaade eder (RO 102 Ia 498, JdT 1979 I 63, Rés.; Jolidan, *Tahkime dair İsviçre konkordatosuna dair iptal davası gerekçeleri*, Berner Festgabe Zum Juristentag 1979, PP. 311 ss, spéc. p. 314). Yetkisizlik itirazı ona tahkim sözleşmesi ile bağlı olmadığı iddiasını ileri sürmesine müsaade eder (RO 96 I 334, JdT 2972 27, Rés.; RO 88 I 105, JdT 1963 I 159, Rés. RO 41 II 307; RO II 536 JdT 1915 I 611 ve zikredilen kararlar; Jolidon, op. cit. sayfa 315; poudret / Reymond / Wurzbürger, *Lozan Kanton mahkemesi tarafından, tahkime dair kantonlararası konkordatonun uygulanması*, JdT 1981 III 65 ss. Spéc. 77). Zürih Usul hukukunda, hakem mahkemesi aynı zamanda önceden yetkilerini de kontrol eder, bu nokta üzerinde önceden bir karar verme zorunda olup bu kontrolü nihai hakem kararına kadar bırakamaz (cf. Sträuli / Messmer, op. cit., no 3 ad 241).

c) Bu davada, TESSIN yargısı tahkim mukavelesinin geçerliliğini kısaca - tetkik etmek zorunda idi. Kararı keyfi değildir; hatta istinaf makamının serbest incelemesine dayanır. İlk hakemler herşeyden önce - üçüncü hakemin tayininin kendisine ait olduğu makamca ileri sürülen reddin, konkordatonun 12. maddesinde öngörülen varsayımların içinde olduğunu kabul etmeliydiler. Hatta, tahkim şartıyla, tarafların üçüncü hakemin tayininin mutlaka belli bir makam tarafından yapılması gerektiğine tahkimi tâbi kılmaksızın, normal mahkemelerde görülmesini istemedikleri şeklinde irade beyan ettiklerini de kabul edebilirlerdi (cf. Konkordatonun 23. maddesine kıyasen; Rüede / Hadenfeldt, op. cit., sayfa 116 no 4).

Birinci Hukuk Dairesi — Hâkimler: Rüedi, Leu ve Egli - Cenevre'de Avukat Bruno KEPPELER, Zürih'te Avukat Eric HAYMANN.

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN
ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR, GELİŞMELER, HABERLER**

Bülent AKMANLAR (*)

AÇLIK GREVLERİ ÖNÜNDE TIBBİ TUTUMLAR

SUNUŞ

Bir hukuk dergisinde bu başlığı taşıyan yazının yayınlanması belki yadırganabilir. Ancak, içeriği açısından infaz hukukunun sorunlarından biri ile doğrudan ilgili bulunması nedeni ve özellikle Ceza ve Tutuk Evleri yönetiminde görev almış kişileri aydınlatıcı niteliği ile Fransa'da 1930'lu yıllarda başlayıp günümüze kadar değişen görüşlerle uygulamayı yansıtan Jean Philippe Mangeon imzalı araştırma yazısını özet çeviri olarak yayınlamayı uygun gördük.

Açlık grevi hiç kuşkusuz yalnız infaz hukukunun sorunu değildir. Belli bir amaca ulaşmak için araç ve baskı ögesi olarak pek çok alanda rastlanan bir direniş biçimi olmakla beraber, son günlerde bazı ceza ve tutuk evlerinde sıkça görülen açlık grevlerini yansıtan basın haberleri ile yetkililerin açıklamaları karşısında kamu oyunun da ilgi alanına girmiş bulunmaktadır.

Ülkemizde gerek hukuk ve gerekse tıp alanında (açlık grevi) konusunda çok yönlü bir araştırma yapıldığını sanmıyoruz. Eğer varsa, bilgisiz kalışımızın bağışlanmasını dileriz.

ÖZET ÇEVİRİ

Açlık grevinin bir intihar aracı olarak kullanıldığı düşüncesinin egemen olduğu 1930'lu yıllarda, intiharın toplum dışı bir davranış bulunduğundan yola çıkarak, hekimliğin insan yaşamını ko-

(*) Yargıtay 8. CD. Üyesi.

rumak ve kollamakla görevli olması nedeniyle yaşamına bilinçli olarak son vermek isteyen kişiye karşı da bu görevi yerine getirmesi için fiziksel zorlama yolu ile de olsa (zorla besleme)nin yerinde olacağı görüşü güç kazanmıştı. Zorla beslemenin biçimi dışında yetkililer arasında ayrılık yoktu denilebilir. Deli gömleği giydirilmek suretiyle hareketsizliği sağladıktan sonra ağız yerine burundan sonda ile beslemenin uygun olacağı gibi ayrıntılar tartışılmaktaydı. Gene bu görüşte olanlara göre zorla besleme risksiz bir yöntemdi. Ancak, sınırlı bir azınlık, zorlamayı kişi özgürlüğüne karşı bularak, bilinçli ergin kişi tatlılıkla ve inandırma yolu ile razı edilmedikçe hiçbir tıbbi girişimde bulunulamayacağını, hekimin bir grev kırıcı olmadığını, açlık grevinin intiharla eşdeğerde tutulamayacağını, şantajdan ibaret olduğunu ileri sürerek, bu grevlerin sonuna kadar beklenmesinden yana idiler. Onlara göre, zorlama yoluna başvurulması kararı ile bu sorumluluğu (HÂKİM) yüklenmeli, ancak, bu kararı uygulayıp uygulamamakta (HEKİM) özgür bulunmalıydı. Cezaevi yönetimi hükümlünün sağlığından sorumlu olduğu için (HEKİM)'e başvurmalı, tutuklu için (HÂKİM) kararı zorunlu olmalıydı.

1952 yılında Ceza İnfaz Kurumlarında çalışan hekimlerin zorla beslemeye karşı çıkmaları üzerine Adalet Bakanlığı, Hekimler Milli Konseyi'ne başvurarak hekimlerin aşağıdaki nedenlerle müdahalelerinde zorunluluk bulunduğunu ileri sürüyordu.

• Ceza İnfaz Yönetimi hükümlü ve tutukluların sağlıklarından sorumludur.

• Onları serbest bırakma yetkisi yoktur.

• Açlık grevi bir intihardır.

• Hekim her intihar girişimine müdahale etmelidir.

• Yönetim, hekimden istediği müdahalenin sorumluluğunu yüklenecektir.

• Hekimlerin bu istemi reddetmeleri durumunda Yönetimde görevli olanlar da aynı müdahaleyi kendileri yapabilmelidirler.

Konsey, bu başvuruya karşı;

• Beslenmenin gereği, yeri ve zamanı konusunda kendisinden bir istek olmaksızın karar vermek yetkisi yalnız hekime aittir. Bu durum grevciyi korumaktan öte, hekimlik yetkisinin kullanılması

açısından değerlendirilmelidir. Yardım kavramı hastanın tedavisini içerir, başka bir anlatımla hekim, grevcinin sağlığını tehlikede görürse gerektiğinde zor da kullanarak müdahale edebilir, kararını vermiştir.

1953 yılında, açlık grevine başlayan Kuzey Afrika'lı dört siyasal suçlunun sonda ile zorla beslenmesi üzerine konu yeniden tartışılmaya başlandı. Cezaevi hekimi, bu kişileri bir psikiatr'ın da yardımı ile inandırmaya çalışmalı idi. Bu tür grevleri çoğunlukla küskünlük ve bazen de intihar olarak niteleyenler, ahlâka ve yaşama saygı açısından ayrıntılı bir zorlama yöntemi önerdiler.

• Eğer grev, siyasal tutukluların toplu olarak giriştikleri bir açlık grevi ise her grevci birbirinden soyutlanmak ve eylemi yöneten kişi ile ilişkisini kesmek için ayrı hücrelere konulmalıdır. Böylece sessizlik, yalnızlık, yatak istirahati ile başbaşa bırakmalı, olabildiğince çekici yiyecek ve içeceklerle beslenme isteği uyarılarak direnişi kırılmalıdır. Başarısızlık durumunda burun sondası ile zorla beslemelidir.

• Olay toplu değil bireysel nitelikte ise o zaman grevci yatak istirahati ve burun sondası ile zorla beslenmeli ve ayrıca psikiatrik tedaviye alınmalıdır.

Buna karşı çıkanlar ise, kişi özgürlüğü düşüncesinden kaynaklanan bir yaklaşımla, hekimin, tedavi ettiği kişinin hizmetinde olduğunu, bireye karşı toplumun ajanlığı görevini yapamayacağını, herkesin yüreğinde taşıdığı sorunlar ve inançları uğruna ölmeye hakkı bulunduğunu, ölmek için intihar edenle yaşamak isteyip insanca yaşamak için savaşıyor kişinin bir tutulamayacağını, açlık grevinin o kişi için bir intihar olmayıp siyasal bir eylem sayıldığını, hekimin bu aşamada müdahalesinin de siyasal bir karakter alacağını savunmuşlardır.

1950 yılında siyasal tutukluların açlık grevlerinin çoğalması üzerine yasal düzenleme yoluna gidilmesi düşünülmüş ve Ceza Usulü Kanununun İnfaza ilişkin bölümünün (D 390) ıncı maddesi ile (Bir tutuklu uzun bir açlık grevine girmiş ve geleceği tehlikeye düşmüş ise hekim kararı ve gözetimi altında zorla beslenebilir) hükmü getirilmiştir.

Buna göre;

- Zorla besleme zorunlu değil fakat mümkündür.

- Karar ve sorumluluk tümüyle hekimin yetkisine bırakılmıştır.
- Hekimler grevcinin yaşamının tehlike sınırına gelmesini beklemelidirler.

SSCB - İsrail ve Kanada, tüm açlık grevlerini hemen ilk günden zorla besleme yoluna gitmek suretiyle engellemektedir. Fransa'da Hükümet ve Ceza İnfaz yönetimi, cezaevlerindeki Cezayirli'lerin açlık grevlerini de bu yolla önlemek eyilimindeydi.

1964 yılında, psikiatrlar grevcilerin psikiatri servislerine gönderilmelerine karşı çıktılar. Önce, bu servislerin tehlikeli hükümlü ve tutukluları barındırmak için yeterli olanakları yoktu. Sonra, bu servislerin konforlu sayılabilecek olumlu yönleri, grevcinin eylemini durdurmak için geçici bir aldatmacadan öteye gidemezdi.

Oysa, ceza infaz hekimlerinin geleneksel görüşü, açlık grevine herşeye rağmen son vermektir. Yaşama saygı görüşünden ve düşüncesinden kaynaklanan bu pragmatik anlayış, kişi özgürlüğünü ortadan kaldırıyordu. Bu arada grevci ile dostça ilişkiler kurmak, onu inandırmak, genelde grev sırasında su içmeyi sürdürdükleri gözönüne alınarak su'yu yasaklayıp onun yerine hem su gereksinimini karşılamış olmak ve hem de beslemeyi sağlamak için süt vermek gibi yumuşatıcı önerilerden de olumlu sonuçlar alınabilirdi.

1970 yılındaki bir araştırma ile infaz kurumlarındaki açlık grevlerinin, bir iki akıl hastalığı dışında intihar amacına yönelik olmayıp siyasal yönlü ve militan davranışlı eylemler biçiminde geliştiği saptandı. Bunun üzerine bazı hekimler;

- Hekimlerin bu konudaki sorumluluklarının kesin olduğu, yönetimin güdümüyle hekimlik yapılamıyacağı,

- Grevcinin yaşamı tehlikeye düşmedikçe inandırma yolunun denenmesi, ancak, tehlike belirdiğinde zorla beslemeye gidilmesi gereğinde birleştiler.

Bu bir anlamda yukarıda sözü edilen (D 390) ıncı maddeye de uymaktaydı. Siyasal tutukluların toplu olarak gittikleri açlık grevleri ile adi suç tutuklularının bireysel grevlerinin birbirinden ayrılması ve birinci kesimde bulunanlar için disiplin ve zorlama yoluna gidilmemesinden yana olanların sayısı da az değildi.

10 Ekim 1975 tarihinde TOKYO'da toplanan 29 uncu Dünya Tıp Kongresi'nin aldığı kararın sonuç bölümünün 5 inci paragrafında : (Eğer bir hükümlü besin almayı tümüyle reddederse ve hekim bu kararın bilinçli olarak verildiği kanısına varırsa yapay beslenme yoluna gidilemez. Hükümlünün bu durumu en az bir ikinci hekim tarafından da doğrulanmalıdır. Hekim beslenmemenin kişinin sağlığı üzerindeki olumsuz sonuçlarını hükümlüye açıklamalıdır) deniliyordu. Böylece yapay beslenmenin insanlık dışı ve aşağılayıcı yönü kişi özgürlüğü ve insan hakları açısından vurgulanmış oluyordu.

Oysa, zorla besleme konusundaki tartışmalar sürüp giderken, Fransız Ceza Yasası'nın tehlikedeki kişiye yardımdan kaçınmayı yaptırıma bağlayan 63 üncü maddesinden hareket eden bir yaklaşımla, ölüm tehlikesinin ve beyinsel afetlerin belirmesinden önce hekimin müdahalesi gereği ve bu aşamada zorla beslemeye başlamak doğrultusundaki geleneksel uygulamadan vazgeçilemediği de bir gerçek ve olgu biçiminde gözler önünde durmaktadır.



HUKUK TERİMLERİ SÖZLÜKLERİ

Ali Rıza GENİŞ (*)

1 — «Fransızca - Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü», Cilt : 1, Avukat Kemal DAYINLARLI, 568 sayfa, Ankara - 1981, 3.000,— TL.

2 — «Türkçe - Fransızca Hukuk Terimleri Sözlüğü», Cilt : 2, Avukat Kemal DAYINLARLI, 624 sayfa, Ankara - 1984, 3.000,— TL.

Ödemeli İsteme Adresi : Tunalı Hilmi Cad. No: 113/10 Kavaklıdere/ANK.

• **Birinci Sözlük** : Titiz ve yorucu bir çalışmanın sonucu dört yılda gerçekleştirilmiştir. Birinci hamur Avrupa kâğıda tipo basılıdır. Eserde : A-1391, B-327, C-1886, D-1199, E-713, F-505, G-198, K-149, I-625, J-238, K-8, L-483, M-548, N-195, O-329, P-1254, Q-61, R-882, S-777, T-554, U-100, V-287, W-8, X-1, Y-Yok, Z-24 olmak üzere toplam 12.742 hukuk terimi ile bunların Türkçe tarif ve açıklamaları yer almıştır. Yapıt, Fransız ve İsviçre Mahkemeleri ile hukuk öğretisinde kullanılan terimleri içermektedir.

• **İkinci Sözlük** : 1981 yılında yayımlanan ilk sözlüğün, beklenilenden daha çok ilgi görmesi, yurt içi ile yurt dışından yazılan övgülü yazılarla takdir edilmesi ve birinci cildin yayımı sonucu değişik türde ikinci cilde duyulan gereksinim nedeniyle yine büyük bir çalışma ve özveri sonucu gerçekleştirilmiştir. Bu sözlükte, birincisine göre daha iyiyi ve güzeli verebilme ilkesinden yola çıkılmış, hafızalı IBM tertip makinasında doğrudan doğruya pol-yestere yazılarak, birinci hamur Avrupa kâğıda bu kez ofset baskı yöntemiyle basılmıştır. Eserde : A-1181, B-984, C-293, Ç-187, D-1108, E-527, F-359, G-Ğ-851, H-1265, I-34, İ-2054, J-14, K-1861, L-81, M-1963, N-266, O-264, Ö-422, P-422, R-336, S-1619, Ş-295, T-1903, U-334, Ü-334, V-496, Y-1017, Z-300 olmak üzere toplam 20.653 Türkçe hukuk teri-

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

mi yer almıştır. Birinci cilde göre hukuk terimi sayısı 7911 adet daha fazladır.

Özellikleri bakımından sözlükler, genelde bir başvuru kitabıdır ve bu nedenle de elden düşürülmezler. Ölümsüz ve kalıcı olmalarından dolayı da yıllar boyu hizmet verirler ve nesilden nesile aktarılırlar. Yıpranmamaları için, iç kâğıdının kaliteli, cildinin ise sağlam olmaları gerekir. Bu özellikler, tanıtmaya çalıştığımız «Hukuk Terimleri Sözlükleri»nde vardır ve hiçbir parasal harcama ile özveriden kaçınılmamıştır. Batılı ülkelerdeki örnekleri ile rahatlıkla boy ölçülebilir.

Birinci cildin önsözünde de değinildiği gibi, Türk Hukuk Lûgati'nin sonuna eklenen; Fransızca, Almanca, İngilizce ve Lâtince hukuk terimlerinin yer aldığı bölüm bir yana bırakılırsa, bu alanda bir yayınla bugüne kadar kapatılamayan boşluk bu iki yapıtla doldurulmuştur. Ciltler ayrı ayrı olmakla birlikte, birbirinin tamamlayıcısıdır ve ikisi takım oluşturmaktadır. Takım olarak el altında bulundurulması daha yararlıdır.

Uzaktan yakından herkesin ilgi duyabileceği böyle bir sözlük yayımını gerçekleştiren sayın DAYINLARLI'yı kutlar, ürünlerinin devamını dileriz.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Ali Rıza GENİŞ (*)

● SADETTİN KIYMAZ

1335 yılında Karaman'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1940-1941 öğretim yılında bitirdikten sonra, 26.7.1945 günü Ankara Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlamış ve bu görevini Taşköprü Hâkim Yardımcılığı, Polatlı C. Savcı Yardımcılığı ve C. Savcılığı, Kozan C. Savcılığı, İşletmeler Vekâleti İkinci ve Birinci Sınıf Müfettişliği, Sanayi Vekâleti Birinci Sınıf Müfettişliği, Temyiz Mahkemesi Raportörlüğü, Ankara C. Savcı Yardımcılığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü Müşavirliği, Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

1973 yılında yayımlanan 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun Tatbikatı adlı eseri bulunan ve 1.10.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Sadettin Kıymaz, Altıncı Hukuk Dairesi Üyeliğinden 12.1.1984 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● MAHMUT NEDİM MISIRLIOĞLU

1919 yılında Gümüşhane'de doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1941'de bitirdikten sonra, 30.5.1944 günü Siirt Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlayan M. Nedim Mısırlıoğlu sırasıyla Bafra, Yenişehir, Dinar, Trabzon C. Savcılıkları ile Yargıtay C. Savcılığı yaparak mesleğini sürdürmüştür.

3.7.1972 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Mısırlıoğlu, Dördüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürürken aynı dairenin başkanlığına 14.9.1979'da ilk kez, 22.9.1983'de ise ikinci kez seçilmiş ve bu görevden de 1.2.1984 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● MUSTAFA GÜRSEL

Tarsus 1919 doğumlu Gürsel, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1948 yılında bitirdikten sonra, 1951'de Tercan C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe girmiş, sırasıyla Tercan Hâkimliği, Bayındır Hukuk Hâkimliği, Adalet Müfettişliği, Kocaeli Tapulama Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

Çeşitli konularda yayımlanmış kitapları ile yazıları bulunan Mustafa Gürsel, 1973 Eylül'ünde Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyeliğinden de 10.4.1984 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● VEYSEL HİLMİ ÖZER

1919 Gököy doğumlu Özer, 1940'da Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten üç yıl sonra, 27.7.1943 günü Sason Sulh Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlamış ve bu görevini Perşembe Sulh Hâkim Yardımcılığı, Perşembe Hâkimliği, Ordu Hukuk Hâkimliği ve Ankara Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

23 Eylül 1967 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen V. Hilmi Özer, Yedinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden yasal yaş sınırı nedeniyle 1.5.1984 günü emekli olmuştur.

● ABDİ GÜNGÖR

1919 yılında Kahramanmaraş'da doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1943'de bitirdikten sonra, 31.12.1947 günü Muş C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Hatay C. Savcı Yardımcılığı, Van C. Savcılığı ve Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Yargıtay C. Savcılığı yaparak sürdürmüştür.

Temmuz 1962'de Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Yüksek Hâkimler Kurulu Üyeliği de yapan Abdi Güngör, Üçüncü Ceza Dairesi Üyeliğinden 1.7.1984 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılacaktır.

● HÜSEYİN HACİBEBEKOĞLU

Kahramanmaraş 1928 doğumlu Hacıbebekoğlu, Ekim 1957'de İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Kahramanmaraş Hâkim adayı olarak 31.7.1959 günü görevine başlamıştır. Gölbaşı Hâkim Yardımcısı, Milas C. Savcı Yardımcısı, Kırıkhan Sorgu Hâkimi, Kozan Ceza Hâkimi, Hatay Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi olarak çeşitli görevlerde de bulunan Hüseyin Hacıbebekoğlu, 14.7.1977 yılında Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanmış ve Üçüncü Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden kendi isteğiyle 10.1.1984 günü emekli olmuştur.

● AHMET TURAN SOĞANCIOĞLU

Hafik 1925 doğumlu Soğancıoğlu, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1951 yılında bitirdikten sonra Edremit Hâkim Yardımcılığı, Sorgun ve Yıldızeli Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur. Bir ara avukatlık da yapan A. Turan Soğancıoğlu, İskilip Hukuk Hâkimi olarak tekrar kürsüye dönmüş ve Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü, Yüksek Hâkimler Kurulu Üyeliği, Ankara Hâkimliği yaparak mesleğini sürdürmüştür.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken 4.7.1983 günü kendi isteğiyle emekli olan Soğancıoğlu, 6 Kasım 1983 seçimlerinde milletvekili olarak Meclise girmiştir.

● RECEP PALAMUTOĞLU

1334 yılında Kayseri'de doğmuş, 20.10.1941'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. Ankara Hâkim Adayı olarak 31.10.1941 günü ilk mesleğe başlayan Palamutoğlu, sırasıyla Kayseri Hâkim Adaylığı, Genç Sulh Hâkim Yardımcılığı, Mersin Sulh Hâkimliği, Nazilli Hukuk Hâkimliği, Çankaya Gezici Arazi Kadastro Hâkimliği, Güdül Gezici Kadastro Hâkimliği, Ankara Hâkimliği, Kızılcahamam Hukuk Hâkimliği, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 1. Şube Müdürlüğü, Elazığ C. Savcı Yardımcılığı, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Müşavirliği, Eskişehir C. Savcı Yardımcılığı, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Müşavirliği yapan Recep Palamutoğlu, 17.6.1981 günü Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanmış ve Ondördüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden de 1.7.1983 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

●

● YASALAR

● TÜZÜKLER

● YÖNETMELİKLER

● Y A S A L A R

Resmî Gazete

Tarihi :	No :	Sayfa :	Yasanın Adı :
30.11.1983	18237 (2. Mükerrer)	6	Kanun No : 2964 Kabul Tarihi : 29.11.1983 Transit Terminal Hizmetleri Hakkında Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümetleri Arasındaki Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
30.11.1983	18237 (2. Mükerrer)	6	Kanun No : 2965 Kabul Tarihi : 29.11.1983 1475 Sayılı İş Kanununun 29.7.1983 Tarihli ve 2869 Sayılı Kanunla Değişik 64 üncü Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
30.11.1983	18237 (2. Mükerrer)	6	Kanun No : 2966 Kabul Tarihi : 29.11.1983 5.5.1983 Tarihli ve 2821 Sayılı Sendikalar Kanununun Geçici 3 üncü Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
3.12.1983	18240	1	Kanun No : 2967 Kabul Tarihi : 2.12.1983 17.6.1982 Tarih ve 2680 Sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Kuruluş, Görev ve Yetkilerinin Düzenlenmesi ile İlgili Yetki Kanununun 4 üncü Maddesinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun.
3.12.1983	18240	1	Kanun No : 2968 Kabul Tarihi : 2.12.1983 Bazı Özlük İşleriyle İlgili Tasarruflar Hakkında Kanun.
6.12.1983	18243	1	Kanun No : 2969 Kabul Tarihi : 6.12.1983 12 Eylül 1980 Öncesi Siyasi Çekişme ve Çatışma Ortamına Benzer Bir Durumun Önlenmesi Hakkında Kanun.

14.1.1984	18281	1	Kanun No : 2970 Kabul Tarihi : 4.1.1984 31.12.1960 Tarihli ve 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile 3.6.1949 Tarihli ve 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
18.1.1984	18285	1	Kanun No : 2972 Kabul Tarihi : 18.1.1984 Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun.
7.2.1984	18305	1	Kanun No : 2973 Kabul Tarihi : 25.1.1984 21.6.1927 Tarihli ve 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 5 inci Maddesinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesine İlişkin Kanun.
8.2.1984	18306	1	Kanun No : 2974 Kabul Tarihi : 31.1.1984 Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Borçlarının Tahkimi Hakkında Kanun.
8.2.1984	18306	3	Kanun No : 2975 Kabul Tarihi : 31.1.1984 21.7.1953 Tarihli 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
8.2.1984	18306	4	Kanun No : 2977 Kabul Tarihi : 2.2.1984 İdari Usul ve İşlemlerin Yeniden Düzenlenmesi ile İlgili Yetki Kanunu.
8.2.1984	18306	5	Kanun No : 2978 Kabul Tarihi : 2.2.1984 Ücretlilere Vergi İadesi Hakkında Kanun.
15.2.1984	18313	1	Kanun No : 2976 Kabul Tarihi : 2.2.1984 Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun.
18.2.1984	18316	1	Kanun No : 2979 Kabul Tarihi : 14.2.1984 15.5.1957 Tarih ve 6964 Sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında 18.5.1983 Tarihli 67 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve Bu Kararnamenin Bazı Hükümleri ile 6964 Sayılı Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair 6.9.1983 Tarihli 87 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.
18.2.1984	18316	9	Kanun No : 2980 Kabul Tarihi : 14.2.1984 1512 Sayılı Noterlik Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında 20.1.1983 Tarihli ve 55 Sayılı Kanun Hükmünde Karar-

name ile 1512 Sayılı Noterlik Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında 20.1.1983 Tarihli ve 55 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Hükümleri ile 1512 Sayılı Kanunun İki Maddesinin Değiştirilmesine Dair 6.9.1983 Tarihli ve 80 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.

2.3.1984	18329	1	Kanun No : 2986 Kabul Tarihi : 2.3.1984 18.1.1984 Tarih ve 2972 Numaralı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
7.3.1984	18334	1	Kanun No : 2987 Kabul Tarihi : 2.3.1984 11.11.1983 Tarihli ve 2953 Sayılı 1984 Mali Yılı Bütçe Kanununa Bağlı (İ) İşaretli Cetvelde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
7.3.1984	18334	2	Kanun No : 2988 Kabul Tarihi : 2.3.1984 14.7.1984 Tarihli ve 499 Sayılı Yurt Dışında Çalışan İşçilere Konut ve Küçük Sanat Kredisi Açılması ve Ödünç Para Verilmesi Hakkında Kanunun 3 üncü Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun.
17.3.1984	18344	1	Kanun No : 2983 Kabul Tarihi : 29.2.1984 Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun.
17.3.1984	18344	5	Kanun No : 2985 Kabul Tarihi : 2.3.1984 Toplu Konut Kanunu.
17.3.1984	18344	6	Kanun No : 2989 Kabul Tarihi : 2.3.1984 18.2.1963 Tarihli ve 196 Sayılı Dış Seyahat Harcamaları Vergisi Kanununun Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun.
17.3.1984	18344	7	Kanun No : 2990 Kabul Tarihi : 2.3.1984 8.9.1983 Tarihli ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanununun Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
7.4.1984	18365	1	Kanun No : 2992 Kabul Tarihi : 29.3.1984 Adalet Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.
7.4.1984	18365	12	Kanun No : 2993 Kabul Tarihi : 3.4.1984 9.3.1954 Tarih ve 6343 Sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Veteriner He-

- kimler Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında 1.6.1983 Tarih ve 68 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Bu Hükümlerin Değiştirilmesine Dair 6.9.1983 Tarihli 86 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun.
- 17.4.1984 18375 1 **Kanun No : 2994 Kabul Tarihi : 12.4.1984**
Orta Doğu Teknik Üniversitesi 1982 Yılı Kesin Hesap Kanunu.
- 27.4.1984 18384 1 **Kanun No : 2997 Kabul Tarihi : 18.4.1984**
7338 Sayılı Veraset Ve İntikal - Vergisi Kanununun Değişik 19 uncu Maddesinin 2 nci Fıkrasının Değiştirilmesi Hakkında 16.3.1984 Tarihli ve 194 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulüne İlişkin Kanun.
- 27.4.1984 18384 2 **Kanun No : 2996 Kabul Tarihi : 18.4.1984**
Tahsil Edilemeyen Hazine Alacaklarının Silinmesi Hakkında Kanun.
- 27.4.1984 18384 2 **Kanun No : 2995 Kabul Tarihi : 18.4.1984**
31.12.1960 Tarihli ve 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile 4.1.1961 Tarihli ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
- 28.4.1984 18385 1 **Kanun No : 2998 Kabul Tarihi : 24.4.1984**
Cemal Kılıç, Mülazım Deniz ve Fatma Çiftçi'ye Vatani Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun.
- 1.5.1984 18388 1 **Kanun No : 2999 Kabul Tarihi : 24.4.1984**
Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Yetki Kanunu.
- 1.5.1984 18388 2 **Kanun No : 3000 Kabul Tarihi : 26.4.1984**
2644 Sayılı Tapu Kanununun 26 nci Maddesine Bir Fıkra İlave Edilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.
- 9.5.1984 18396 1 **Kanun No : 3001 Kabul Tarihi : 3.5.1984**
Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü 1969, 1970, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982 Malî Yılları Kesin Hesap Kanunu.

15.5.1984	18402	1	Kanun No : 3002 Kabul Tarihi : 8.5.1984 Türk Vatandaşları Hakkında Yabancı Ülke Mahkemelerinden ve Yabancılar Hakkında Türk Mahkemelerinden Verilen Ceza Mahkûmiyetlerinin İnfazına Dair Kanun.
15.5.1984	18402	4	Kanun No : 3003 Kabul Tarihi : 8.5.1984 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında 20.1.1983 Tarihli ve 54 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında 20.1.1983 Tarihli ve 54 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Hükümleri ile 1136 Sayılı Kanunun Bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair 79 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.
15.5.1984	18402	9	Kanun No : 3004 Kabul Tarihi : 9.5.1984 2.2.1981 Tarihli ve 2380 Sayılı Belediyelere ve İl Özel İdarelerine Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
16.5.1984	18403	1	Kanun No : 3005 Kabul Tarihi : 10.5.1984 Selçuk Üniversitesi 1977, 1978, 1979, 1980, 1981 ve 1983 Mali Yılları Kesin Hesap Kanunu.
24.5.1984	18410	1	Kanun No : 3006 Kabul Tarihi : 16.5.1984 Kütahya İli Gediz İlçesinin Merkezinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
24.5.1984	18410	1	Kanun No : 3007 Kabul Tarihi : 16.5.1984 Gümrük Mevzuatına Göre Tasfiye Edilecek Eşya Hakkında Döner Sermaye Kanunu.

● T Ü Z Ü K L E R

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Tüzüğün Adı :
2.12.1983	18239	4	Karar Sayısı : 83/7006 Filmlerin ve Film Senaryolarının Denetlenmesine İlişkin Tüzük.
3.12.1983	18240	7	Karar Sayısı : 83/7366 Gıda Maddelerinin ve Umumi Sağlığı İlgilendiren Eşya ve Levazımın Hususi Vasıflarını

			Gösteren Tüzükte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzük.
6.12.1983	18243	1	Karar Sayısı : 83/7376 İşkolları Tüzüğü.
8.12.1983	18245	2	Karar Sayısı : 83/7377 Su Ürünleri Tüzüğü'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzük.
17.12.1983	18254	1	Karar Sayısı : 83/7385 Gümrüğe Terkedilen, Terkedilmiş Sayılan Müsadere Edilen Eşyanın Tasfiyesine İlişkin Tüzük.
18.12.1983	18255	1	Karar Sayısı : 83/7395 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük.
19.12.1983	18256	1	Karar Sayısı : 83/7405 Nükleer Tesislere Lisans Verilmesine İlişkin Tüzük.

● Y Ö N E T M E L İ K L E R

Resmî Gazete

Tarihi :	No :	Sayfa :	Yönetmeliğin Adı :
5.12.1983	18242	20	İmar Kanununun Ek 7 ve 8. Maddesine İlişkin Yönetmeliğin 4.02 Maddesine Fıkra Eklenmesine Dair Yönetmelik.
6.12.1983	18243	34	Belediyelerin İmar Yönetmeliklerindeki «İskân Hudutları Dışındaki Yerler» İle İlgili Maddenin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
9.12.1983	18246	46	Yargıtay Personel Özlük İşleri Yönetmeliği.
21.12.1983	18258	3	289 Sayılı Kaynak Suları Yönetmeliğinin Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik.
21.12.1983	18258	7	27.9.1975 Gün ve 15369 Sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanan Seyahat Acentaları Yönetmeliğinin Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
15.1.1984	18282	3	2521 Sayılı Av'da ve Spor'da Kullanılan Tüfekler - Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeli-

			ğın 5, 6, ve 10. Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
3.2.1984	18301	23	Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Talimatnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.
9.2.1984	18307	15	Borsa Bankerliği Belgesi Verilmesine İlişkin Yönetmelik'in Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi ve Sözkonusu Yönetmeliğe Bazı Hükümler Eklenmesi Hakkında Yönetmelik.
14.2.1984	18312	3	Adli Tıp Kanunu Uygulama Yönetmeliği.
16.2.1984	18314	11	Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu ile Bölge Kurulları Yönetmeliği.
16.2.1984	18314	16	Korunması Gerekli Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılması ve Yurda Sokulması Hakkında Yönetmelik.
21.2.1984	18319	6	Danıştay Arşiv Yönetmeliği.
15.3.1984	18342	16	Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik.
11.4.1984	18369	15	1615 Sayılı Gümrük Kanununa Bağlı Gümrük Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Yönetmeliğe Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Yönetmelik.
14.4.1984	18372	4	Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İç Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
21.4.1984	18379	4	Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliğinin Bir Maddesinin Değiştirilmesine ve Yönetmeliğe Ekli Listenin Yeniden Düzenlenmesine Dair Yönetmelik.
24.4.1984	18381	3	Gıda Katkı Maddeleri yönetmeliğinin 14 üncü Maddesinin Ek Listede Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik.

● YARGITAY YAYINLARI

- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU 1**
Cilt : 1-7, Yıl : 1975-1981, Sıra Sayı : 1-86 800,— Lira
- **YARGITAY KANUNU**
HAKİMLER VE SAVCILAR KANUNU
HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KANUNU
İLGİLİ YÖNETMELİKLER 600,— Lira
- **ANDREAS von TUHR «Borçlar HUKUKUNUN UMUMİ KISMI» (Avukat CEVAT EDEGE çevirisi)**
Cilt : 1-2, Lüks Ciltli 1127 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 Tükendi
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 | Tükendi |
| Cilt : II | 384 Sayfa | Lüks Ciltli | 175,— Lira |
| Cilt : III | 412 Sayfa | Lüks Ciltli | Tükendi |
| 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 | (1., 5., 7 tükendi) 450,— 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 : 1-12 | 2100,— Lira |
| Cilt : X | Yıl : 1984 | Sayı : 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 devam ediyor | 2400,— 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 :	1979	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 :	IX	Yıl :	1983	Sayı :	1-4	700,— Lira
Cilt :	X	Yıl :	1984	Sayı :	1-2,3	devam ediyor 800,— 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 belir-
tilmelidir.

4 — 1975 yılı dergileri ile kitaplarımız için indirim yoktur.

5 — Diğer yıl dergileri için Hâkim ve C. Savcılarını ile her dergi
sayısından enaz 50 adet alana % 20 indirim uygulanır

6 — Abone bedeli gönderilirken açık adres yazılmalı, adres de-
ğişikliği hemen bildirilmelidir.

