



KURULUŞ : OCAK — 1975, YIL : 12, SIRA SAYI : 47

T.C.
YARGITAY
KİTAPLIĞI

YARGITAY DERGİSİ



CİLT : 12

TEMMUZ 1986

SAYI : 3

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

Sahibi : **Yargıtay Adına Birinci Başkan Nihat RENDA**

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 KDV. dahil **495,— TL.**, abone bedeli **1980,— TL.** dir.

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

25 16 32

Tel : 25 16 49

17 53 80 (20 hat)
17 90 36 (4 hat) } 2385, 2484, 2486

YAYIN KURULU :

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

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
Yargıtay Birinci Başkanı Sayın Nihat RENDA 'nın, Emekliye Ayrılan Yargıtay Daire Başkan ve Üyeleri Onuruna Düzenlenen Törende Yaptıkları Konuşma	197 - 199
1 — GENEL KONULAR	
a) Cahit NALBANTOĞLU : Yargıtay'daki Seçimler Üzerine	200 - 205
2 — USUL HUKUKU	
a) Ersin ŞEKERCİ : Medeni Usul Hukukunda Ve İdari Yargılama Usulünde Derdestlik (I)	206 - 226
3 — CEZA HUKUKU	
a) Prof. Dr. Faruk EREM : Fucur İlişkisi	227 - 234
b) O. Kadri KESKİN : Türk Ceza Kanununun 403. Maddesindeki Nisbi Para Cezası Artırımı Tabi midir?	235 - 240
c) Şemsettin ÖZCAN : «Emniyeti Umumiye Nezareti» Uygulaması Ve Sorunlar	241 - 245
4 — BORÇLAR HUKUKU	
a) Muammer YAZAR : Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk Arasındaki İlişki	246 - 255
5 — CEZA YARGILAMA HUKUKU	
a) Yard. Doç. Dr. Bahri ÖZTÜRK : Ceza Muhakemeleri Kanununu Değiştiren 3206 Sayılı Kanununun Memurların Muhakemesine Etkisi	256 - 281
6 — TİCARET HUKUKU	
a) Ahmet İYİMAYA : Taşıma Sözleşmesine İlişkin Bazı Sorunlar	282 - 298
7 — KİRA HUKUKU	
a) İsmail Hakkı KUNT : Zorunlu Onarım Nedeniyle Geçici Tahliye Ve Yeniden İnşa Veya İmar Amacıyla Tahliye	299 - 308

8 — TELİF HUKUKU

- a) Nail SUCU : Telif Hukukunda Cezasal Yap-
tımlar 309 - 336

9 — FEDERAL MAHKEME
KARARLARI

- a) Kemal DAYINLARLI : «Zamanaşımı - Zamaşaşımı-
nın Kesilmesi», «Satış Akdi -
Bedelin İndirilmesi Davası»,
«İstisna Akdi - Müteahhide
Karşı İş Sahibinin Haklarının
Zamanaşımı» 337 - 345

10 — TÜRK HUKUKUNUN YA-
BANCİ MAHKEMELERCE
UYGULANMASI

- a) Dr. Şeref ÜNAL : Boşanma 346 - 351

11 — YARGITAY'DAN
HABERLER

- a) Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler 352 - 358
Emeklilik Nedeniyle Aramız-
dan Ayrılanlar. 358 - 359
Yasalar, Tüzükler, Yönetme-
likler 360 - 366
Yargıtay Yayınları 367 - 368

Yargıtay Birinci Başkanı Sayın Nihat
REND'A'nın, Emekliye Ayrılan Yargıtay
Daire Başkan ve Üyeleri Onuruna Dü-
zenlenen Törende Yaptıkları Konuşma.

1 Temmuz 1986

**YÜKSEK YARGI ORGANLARININ SAYIN BAŞKANLARI,
SAYIN ADALET BAKANI,
AZİZ ARKADAŞLARIM,**

*Yargıtay Yasasınının 65. maddesi hükmünce düzenlenen ONUR GÜNÜ'müze, yüksek huzurlarınızla ayrıca onur kat-
tığınız için sizleri Şahsım ve yüce YARGITAY adına en içten
duygularla selâmlıyorum.*

*Kuşkusuz, her insanın yaşamında, derin izler bırakan,
hiçbir zaman unutulmayan nadide ve gurur verici olaylar ve
dönemler vardır. Ama, bunlardan birisi, belki de en önemlisi
ve en anlamlısı ŞEREFLE, HAYSİYETLE ve SAĞLIKLA
EMEKLİLİK GİBİ MUKADDER BİR SONUCA ULAŞABİL-
MEKTİR.*

*Başarı ve yüz akı ile bu dönemi idrak etmiş olan değerli
arkadaşlarımla yüzlerinden ŞU AN, HAK ve ADALET UĞ-
RUNDA yılmadan verdikleri bir savaşı başarı ile sonuçlan-
dıran insanların huzur ve mutluluğunu görür gibi oluyo-
rum...*

*Ne var ki, biz geride kalanlar, her yıl yaş sınırını doldur-
muş olmaları nedeniyle emekli edilen ya da kendi istekleri ile
emekli olan bu değerli meslekdaşlarımızın, YARGITAY TOP-
LUMUNDAN AYRILIP GİTMELERİNE, acı duyarak, yüreği-
miz burkularak tanık oluyoruz.*

*Gerçi, MEMURİYET YAŞAMINDA bu doğal bir olaydır.
Bütün kamu kuruluşlarında olduğu gibi, elbette HÂKİMLİK
MESLEĞİNİN de bir sonu olacaktır.*

*Ama bizi üzen, bize elem veren, emekliye ayrılan bu de-
ğerli hukukçuların ÇALIŞMALARINDAN, BİLGİ ve DENE-
YİMLERİNDEN, büyük ölçüde yararlanıldığı bir zaman YAR-
GITAY'a, dolayısıyla mesleğe veda etmeleri oluyor. ÇÜNKÜ
BİR YARGITAY MENSUBU KOLAY YETİŞMİYOR.*

Değerli konuklar,

Geçen Temmuz ayından bu yana muhtelif tarihlerde ve özellikle BUGÜN, uzun yıllar birlikte çalıştığımız, birbirimizin ve kutsal mesleğimizin DERTLERİ, SORUNLARI ile tek yürek halinde uygulandığımız, üzüldüğümüz ve bazen de kahrolduğumuz, ender de olsa mutluluklarını paylaştığımız birçok güzide arkadaşımız daha FAAL HÂKİMLİK YAŞAMINDAN, dolayısıyla aramızdan ayrılıyor.

EVET, bugün, güçlü kişilikleri ve üstün nitelikleriyle ATATÜRK ilke ve devrimlerini, hukuka bağlı devlet ve hukukun üstünlüğü ilkesini, Anayasanın öngördüğü temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek ve genellikle Yurdumuzda hak ve adalet bilincini yerleştirmek için YILMADAN ve BIKMADAN, üstün bir gayretle çalışan ve bu yolda haklı bir başarı sağlayan 17 yüce ve seçkin hâkimimizi daha yeni yaşamlarına uğurlamak üzereyiz. ÜZÜNTÜMÜZ SONSUZDUR.

Arkalarında pırıl pırıl bir meslek yaşamı bırakan ve adalet hizmetinin en güzelini, en onurlusunu ve en unutulmazını veren bu büyük HÂKİMLERİN, az önce de belirttiğim gibi YARGITAY'a en yararlı oldukları bir dönemde çalışmalarından yoksun kalmak TÜRK YARGISI İÇİN GERÇEKTEN BÜYÜK BİR KAYIPTIR..

Tekmil yaşamları, çalışmaları, eserleri ve özellikle YÜREKLERİNDE yaşattıkları YÜKSEK HAK ve ADALET DUYGUSU İLE GELECEĞİN HÂKİMLERİNE PARLAK BİR ÖRNEK TEŞKİL EDEN BU DEĞERLİ HÂKİMLERİN YOKLUGUNU, yine onlar gibi canlarını ve sağlıklarını hiçe sayarak hak ve adalet uğrunda savaşmakta olanların ve özellikle ARAMIZA YENİ KATILAN 30 YARGITAY ÜYESİNİN DOLDURACAĞI İNANCI, en büyük tesellimizdir.

Kiminizle sınıf arkadaşı olmaktan gurur duyduğum ve hepinizle uzun yıllar birlikte çalışma şansına ve mutluluğuna eriştiğim;

SEVGİLİ ARKADAŞLARIM,

Sizler, dünyanın en onurlu, kutsal ve ilâhi bir mesleğin çeşitli kademelerinde üstün hizmetler verdikten sonra, mesleğin doruk noktasına ulaştınız ve yaşamınızın en verimli yıllarını bu mesleğe adamak ve aranızda ÖVGÜ İLE BAHSE-DİLECEK ANILAR bırakmak mutluluğuna eriştiniz.

SİZLER, baştan başa başarılarla ve onurlarla dolu bir hâkimlik yaşamına mâlik ender kişilersiniz.

YARGITAY TOPLUMU ve HUKUK ÇEVRELERİ sizi daima minnet, şükran ve saygı duyguları ile anacaktır.

Gönlümüz ve en iyi dileklerimiz sizlerle beraberdir.

Bir hâkimi huzura kavuşturan tüm nitelikleriniz ve kutsal mesleğinizde verdiğiniz üstün hizmetleriniz nedeniyle sizlere EN KALBİ TEŞEKKÜRLERİMİ ve TAKDİR DUYGULARIMI SUNUYOR, bundan sonraki yaşamınızda da ailece sağlıklı ve mutlu olmanız dileği ile hepinizi Şahsım ve yüce YARGITAY adına derin sevgi ve saygı ile selâmlıyorum.

Biz sizleri asla unutmayacağız ... sizler de bizi gönülden çıkarmayınız.

ŞU AN BEN DE TANRIDAN, bu mukadder sonucu bizleri de aynı haysiyetli durum içinde ulaştırmasını niyaz ediyorum.

Sözlerime son verirken, bizleri sevinçli ve acılı hiçbir günümüzde yalnız bırakmayan YÜKSEK YARGI ORGANLARININ sayın BAŞKAN ve YÜCE HÂKİMLERİNE, özellikle de sayın ADALET BAKANIMIZA ve tüm meslekdaşlarıma tekrar derin saygılarımı sunuyorum ve sizleri, HAK VE ADALET UĞRUNDA UĞRAŞ VEREN, TÜRK ADALETİNE UZAKTAN YAKINDAN HİZMETİ GEÇMİŞ OLAN, ve fakat bugün hakkın rahmetine ulaşmış bulunan tüm hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile meslekdaşlarımin ve adalet görevlilerinin AZİZ ANILARINA HÜRMETEN bir dakikalık saygı duruşuna davet ediyorum.

YARGITAY'DAKİ SEÇİMLER ÜZERİNE

Cahit NALBANTOĞLU (*)

● ANLATIM DÜZENİ : 1 — Giriş. 2 — Çoğunluk kavramı. 3 — Yargıtay Kanunundaki esaslar. 4 — Üye tam sayısı kavramı. 5 — Propaganda yasağı. 6 — S o n u ç.

1 — GİRİŞ

Yargıtay seçimlerinde izlenen yol ve uygulanan yöntemin mevzuata ve amaca uygunluğu yönünden tartışılması gereken bazı hususlar bulunmasına karşın, genel bir görüşme ve tartışma olanağının bu güne kadar sağlanamamış olması karşısında, bu konudaki kişisel düşüncelerimi yazıya dökmek ihtiyacını duymuş bulunmaktayım.

Yargıtay bünyesindeki seçim faaliyetlerinin, özellikle sondan bir önceki 1730 sayılı Yargıtay Kanunu ile 2797 sayılı son Yargıtay Kanunu'nda oldukça yaygın bir ölçüde düzenlemeye tabi tutulmuş olduğu görülmektedir. Yüksek mahkemenin çalışması, ilke olarak, yapısı ve fonksiyonu açısından seçimin temel taşı olan oy esasına dayanmaktadır. Bilindiği gibi, kararların oy çokluğu yada oybirliği ile verilmesi, temel fonksiyonunun «oy» ile olan yakın bağlantısını vurgulamaktadır. Öte yandan, gerek kendi organlarının, gerekse özel kanunlara göre başka organ yada kurum üyeliklerinin seçimlerinde de aynı temel unsurun baş rolü oynadığı bir gerçektir.

Görülüyor ki, Yargıtay'da yapılan seçimlerle ilgili hükümlerin ve bu hükümlerin uygulanması biçiminin taşıdığı önem, gözardı edilemeyecek kadar büyüktür.

2 — ÇOĞUNLUK KAVRAMI

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun oy verme ve seçim konularındaki hükümlerine topluca göz attığımız zaman başlıca üç esasın be-

(*) Yargıtay 8. HD. Üyesi.

nimsendiğini görmekteyiz. Aslında bu seçeneklerin, uygulamada görülen genel guruplandırma paralelinde olup olmadığını anlayabilmek açısından çoğunluk esasının türlerine göz atmakta yarar vardır. Bunlar :

- a) Mutlak çoğunluk,
- b) Nitelikli çoğunluk,
- c) Nisbî çoğunluk,

Olarak özetlenebilir.

Mutlak çoğunluk kavramı, çoğunluk, salt çoğunluk, âdi çoğunluk (eski deyimlerle ekseriyet, mutlak ekseriyet, alelâde ekseriyet) sözcükleriyle ifade edilmektedir. Bu tür çoğunluk, gerek sözlüklerde yapılan tanımları (1) gerekse uygulama yönüyle, belli bir konu yada aday için verilen oyların diğer oylardan fazla olması şeklinde gerçekleşmektedir. İlke olarak, oylar iki bölüme ayrılır. Bir bölümde toplanan oyların diğer bölümdeki oylardan fazla olması gerekmektedir. Örneğin, oy kullanacak (5) kişi varsa, bir aday için yada belli bir konuda (3) kişinin oy kullanmış olması halinde salt çoğunluk vardır. Oy kullanacaklar (11) ise (6); (101 ise (51)); (201) ise (101) oy aynı doğrultuda salt çoğunluğu sağlamaya yetecektir.

Nitelikli çoğunluk, salt çoğunluktan daha değişik oranların varlığını öngörmektedir. Üçte bir, üçte iki, dörtte üç, beşte üç, beşte dört... gibi. Burada, oyların belirtilen oranlara uygun sayıda bölümlere ayrılması ve belirlenen oranı karşılayacak sayının bulunması gerekecektir. Kullanılacak oy sayısı bakımından, belli orana bölünmede çıkan sonuç kesirli olabilir. Bu kesiri tam sayıya getirdiğimiz zaman istenilen oran zaten sağlanmış olacaktır. Yukarıdaki örneklere göre (5)'in üçte biri $5:3=1,66$ şeklinde çıkan sayı tam sayı olan (2)'ye getirildiği takdirde üçtebir nitelikli çoğunluk sağlanmış olur. Üçteiki çoğunluk için aynı işlemden gidilerek $5:3 \times 2=3,32$ sayısı bulunur ki, tam sayı (4) olmaktadır. Dörtte üç ve beşte dört oranları sonunda bulunacak sayı yine (4) olacaktır. Oy sayısı arttıkça belli orandaki nitelikli çoğunluk sayısı da değişecektir, kuşkusuz.

Nisbi çoğunluğa gelince : Ne kadar aday yada konu varsa, oylar o sayıya göre dağıtılıp bunlar arasında diğerlerine göre daha fazla oy sayısını toplayan kişi yada konu nisbi çoğunluğu sağlamış olacaktır.

(1) Ekseriyet, ekseriyet-i mutlaka : Çokluk, yarıdan fazla, en büyük kısım. (F. Develioğlu, Osm. - Türkçe Ans. Lügat) Reylerin çokluğu, oyların yarısından çoğu, bir tarafta toplanan oyların genel oyun yarısından fazlasını teşkil etmesi. (Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Av. Hüseyin Özcan)

tır. Diyelim ki (5) aday var ve (100) geçerli oy kullanılmış; birinci aday (45), ikincisi (30), üçüncüsü (15), dört ve beşinci adaylar da (5) er oy almış olsunlar... Nisbi çoğunluk esasının benimsendiği durumda 45 oy alan kişi çoğunluğu sağlamış demektir.

3 — YARGITAY KANUNU'NDAKİ ESASLAR

2797 sayılı Kanunda geçen deyimler, çoğunluk (Mad. 32, 40, 41, 42, 43), salt çoğunluk (Mad. 31) ve üçte iki çoğunluk (Mad. 7, 8, 41, 42, 43) tan ibarettir. Görülüyor ki, nisbi çoğunluk dışında kalan iki esas, kanunda yer almış bulunmaktadır. Nitelikli çoğunluk dediğimiz esasın sadece üçte iki oranlı olanı benimsenmiştir. Mutlak çoğunluk anlamında kullanılan «salt çoğunluk» deyimini sadece 31. maddede yer almaktadır. Maddedeki «üye tam sayısının (2) en az üçte ikisi» deyimini toplantı yeter sayısını belirleme açısından kullanılmıştır.

Seçilme yeter sayısı olarak ise salt çoğunluktan sözedilmektedir. Kanunda yer yer kullanılan «çoğunluk» ve «salt çoğunluk» sözcüklerinin değişik anlamlara geldiği yolunda herhangi bir belirti yoktur. (2) nolu dipnotunda işaret edildiği gibi, söz konusu iki terim aynı anlamda kullanılmaktadır ve bunun dışında bir uygulamaya gitmenin yararı da bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

O halde, Yargıtay'ın bu gün için (201) olduğu söylenen üye tam sayısı (3) bakımından (100) oya karşı bir fazla olan (101) oy salt çoğunluğu sağlamaya yeterli olacaktır. Uygulamada (102) oy aranmasının gereği olmadığı düşünülmektedir.

4 — ÜYE TAM SAYISI KAVRAMI

Yargıtay üye tam sayısının (201) olarak hesaplandığına işaret etmiştik. Oysa, (201), üye sayısını değil, Yargıtay Üyeliği kadro sayısını göstermektedir. Bugüne değin, bilebildiğim kadarıyla, bu kadro hiç bir zaman tam olarak dolu kalmamıştır. Kurumun üyelik için kullandığı kadro sayısı başka, fiili olarak bu kadroyu dolduran üyelerin sayısı başkadır. Özellikle Kanunun ilgili maddesinde kullanılan deyim dikkate alındığı zaman ayırım daha da belirgin olacaktır. 31. maddede «üye tam sayısının» sözü geçmektedir. «Üye» sözcüğü, kadro sayısı ile ilgili olmayan, fiilen görev yapan Yargıtay Üyesini ifade eder. Seçim yapılmamış olması, yada emeklilik ve görevden ayrılmalarla bu kadro sayısında noksanlık söz konusu ise, tam sayıyı bulmada kadro rakamına değil, o sırada görevde bulunanların

(2) Bu sayı üzerinde ayrıca durulacaktır.

sayısına bakmak gerekecektir. Aksi halde az da olsa, bir takım uygulama güçlükleri, hatta imkansızlıkları ile karşılaşmamız kaçınılmazdır. Diyelim ki, çeşitli nedenlerle görevden ayrılmalar sonucu üye sayısı (134)'ün altına düştü.. Bu durumda, seçim yapılabilmesi için hazır bulunması gereken ve 31. maddenin beşinci fıkrasında belirlenen üçte iki elde edilemeyecek ve bunun sonucu seçimin yapılması olanağı bulunamayacaktır. Kanun herhalde böyle bir çıkmaza düşülmesini öngörmemiştir. Amaç, işlemlerin yürütülmesidir. Bu yönü ile ele alındığı zaman, kanunun amaca uygun bir yoruma (Eski deyişle «Gai tefsire») tabi tutulması gerektiği ve bunun kamu yararına olduğu rahatlıkla söylenebilir. Kanunun sözü gibi özü de bu amaca yönelik kabul edilmelidir. Bu hesaba göre, görevde bulunan üye sayısı (201) ise, toplanma yeter sayısı (134) ve salt çoğunlukla seçilme yeter sayısı (101) olmalıdır. Bunun gibi, üye sayısı örneğin, (183) ise, toplanma (122) ve salt çoğunlukla seçilme sayısı (92) olmalıdır.

Mevcut hükümlerin bu şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği görüşündeyim. Ancak yasa hükümlerinin bu yoruma elverişli olmadığı savunuluyorsa —ki uygulama bu son düşünceyi doğrulamaktadır— bu durumda yukarıda işaret olunan güçlükleri ortadan kaldıracak ve zaman zaman haftalar, hatta aylarca devam eden turlarla seçim işlerinin uzamasına meydan vermiyecek hüküm değişikliğine gidilmesi ve bu değişikliğin kısa zamanda gerçekleştirilmesi kaçınılmaz olacaktır.

5 — PROPAGANDA YASAĞI

Seçimlerle ilgili önemli bir konu da 38. maddede yer alan propaganda yasağına ilişkin hükmün uygulama biçimidir.

Aslında, yüce Yargıtay çatısı altında üyelik görevini üstlenen kimseler açısından böylesine yasaklayıcı bir hükmün getirilmesine gerek olmamalıydı. Yargıtay üyelerinin gerek seçmen, gerekse aday olarak, görev, yetki ve sorumluluğun bilinci içerisinde, her türlü etki ve telkinden uzak bir biçimde seçim işlevini yerine getirecek düzeyde bulduklarından kuşku duymamak asıdır. Durum böyle olunca, yasak hükmünün gereksizliği kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Ne var ki, az da olsa, geçmişte görülen bazı aksaklıkları önlemek ve sonuç olarak ta bu tür davranışları bir yaptırıma bağlamak düşüncesi, 38. maddenin getirilmesinde etken olmuştur. Ancak, uygulama gerçekten istenilen ve olması gereken yönde gelişebilmiş midir? Bu soruya olumsuz cevap vermek zorunda kaldığım için üzgünüm. Özellikle, yasaklayıcı bir hüküm getirilmiş olmasına karşın, bel-

li bir yaptırım biçiminin gündeme getirilmemiş olduğunu da vurgulamak zorundayız.

Tek tek düşüncelerini aldığım değerli meslektaşlarımın yüzde doksan sekizi yukarıda ifadeye çalıştığım görüşüme aynen katıldıklarını bildirdikleri halde, seçimler öncesinde, adaylıkları söz konusu olan arkadaşların, seçmen meslektaşlarını ziyaret ederek açık yada kapalı şekilde, kendilerine oy verilmesini istedikleri, en azından, bunu beklediklerini ima etmek durumunda kaldıkları gözlenmektedir. Bu davranışın gerekçesi olarak ta, şöyle bir düşüncenin ortaya atıldığına tanık olunmuştur. : «Ziyarete gitmeyen adayın kendisini büyük gördüğü, oy istemeye ihtiyaç duymadığı ve seçmenlerine değer vermediği kanısı uyanmakta ve bu izlenim oy kaybına neden olmaktadır..»

Yukarı paragrafta görüşüme katılanların oranını yüzde doksan sekiz olarak ifade etmiştim. Geri kalan yüzde ikilik görüş ise, bu ziyaretlerin 38. madde kapsamında propaganda sayılmıyacağını, seçmenlerin kimlerin aday olduğunu bilmelerinde yarar bulunduğunu, adayların sadece aday olduklarını bildirmek için dolaşmalarında herhangi bir sakınca görülmediğini savunmaktadır.

Kişisel olarak, yukarıdaki iki görüşü de benimseyemediğimi şu gerekçelerle açıklamak isterim :

Ziyarete gitmeyen adayın kendini beğenmişliği, seçmenlerine değer vermediği kanısı temelinden yanlıştır. Yukarı bölümlerde de işaret ettiğim gibi, Yargıtay üyeliği düzeyindeki bir yargı mensubu, kendi bünyesi içindeki meslektaşını ve onun niteliklerini bilen, en azından, bilmesi gereken bir yerededir. Eğer o kimseyi yeteri kadar tanıyamamışsa, adayın kendi tanıtımı ile onu değerlendirmesi herhalde yansız ve sağlıklı bir değerlendirme olamaz. O halde bu temele dayanan düşünce bizi sağlam bir sonuca götürmez. Dahası, ziyarete gitmeyen aday, hem 38. maddeye saygı duyduğu için, hem de değerli meslektaşının oyunu etkilememek, onu, emin olduğu sağ duyusu ve isabetli olacağında kuşku duymadığı objektif takdir ölçüsü ile başbaşa bırakmış olmak için böyle davranmıştır. Kanımca, aday olarak seçmenleri dolaşmak, onları nezaket gereği bir takım söz ve davranışlara zorladığı gibi, etki altında bulundurucu bir özellik taşıyacağı da söz götürmez. Oysa böyle bir zorlamaya adayın da seçmenin de ihtiyacı yoktur. Bu tür ziyareti ve hatırlatmayı, kendi düşünceme göre, değerli seçmenin sağduyusuna bir güvensizlik, hatta saygısızlık saymaktayım.

Aday olduğunu seçmenlere duyurma ihtiyacı düşüncesine de katılmak mümkün değildir. Zira, Yargıtay Kanunu'nda adaylığın söz ko-

nusu edileceği durumlarda, özellikle 31. maddede, adayların ad ve soy adlarının oylamadan önce üyelere duyurulacağı hükmü yer almıştır. Böylece duyurulacağına göre, ayrıca adayların bizzat girişimde bulunmalarına ihtiyaç kalmamaktadır. Adaylık konulması gerekmeyen durumlarda da Birinci Başkanlıkça isteklilerin adlarının aynı yöntemle üyelere duyurulmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığı gibi, böyle bir duyurunun, propaganda ile ilgili aksaklıkları da önlemesi açısından büyük yarar sağlayacağı kuşkusuzdur.

6 — SONUÇ

Toplanma ve seçilme yeter sayısı konusunda mevcut uygulamanın doğurduğu sonuç, sözü edilen yeter sayıların elde edilememesi nedeniyle seçim turlarının gereksiz olarak uzamasıdır. Seçilme yeter sayısı olarak temelde salt çoğunluk oyu baraj oluşturmaktadır. Ancak seçim kaç tur devam ederse etsin, adayların salt çoğunluğu sağlamasına kadar oylamanın tekrarı zorunluğu vardır. Deneyler göstermiştir ki, bazı seçimlerde 10, 15, 20, 25, 30 ve belki daha fazla tur sayısınca oylama yapıldığı halde sonuç alınamamıştır. Haftalarca süren bu durumun, zaman ve iş gücü kaybına yol açtığı gibi, Yargıtay'ın ana fonksiyonu olan yargısal çalışmalarını aksatmakta odluğu da bir gerçektir.

Bu nedenle, 4. bölümde işaret edilen konuda gerek görülecek yasa değişikliğinin yanıbaşında, tur sayısını belli bir yerde bitirerek sonuç alınmasına elverişli hükümlerin de getirilmesi ihtiyacı kendisini göstermektedir. Aynı bölümde sözü edilen «Üye tam sayısı» deyimine Anayasa'da yer verilmiş olduğu dikkate alınarak, bunun bir Anayasa değişikliğini de gerektireceği düşüncesine yer olmadığı kanısındayım. Zira sorun, bu deyimden değiştirilmesi değil, bunun ne anlama geldiğinin saptanması sorunudur. O bölümde işaret edildiği üzere, bu husus bir yorumla sonuca bağlanabilir. Bu mümkün görülmediği takdirde ise Yargıtay Kanunu'nda yapılacak değişiklik sırasında «Üye tam sayısının, fiilen görevde bulunan üyelerin toplam sayısını ifade ettiği» yolunda açıklayıcı bir fıkra hükmü eklenmek suretiyle bu sorun çözüme kavuşturulabilir.

Açıkladığım kişisel düşüncelerimin, yüce Yargıtay'ca da dikkate alınarak, incelemeye ve gerekirse tartışmaya açılması halinde olumlu ve yararlı bir sonuca varabileceğimiz umundayım.



**MEDENİ USUL HUKUKUNDA VE İDARİ YARGILAMA
USULÜNDE DERDESTLİK
(I)**

Ersin ŞEKERCİ (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : Giriş. Birinci Bölüm. Medeni Usul Hukukunda Derdestlik. § 1 — Genel olarak, § 2 — Derdestlik itirazının amacı ve hukuksal niteliği. I — Amacı. II — Hukuksal niteliği. 1 — Derdestlik itirazının savunma araçları arasındaki yeri. A — Genel olarak savunma araçları. B — Derdestlik itirazının savunma araçları arasındaki yeri ve HUMK. na göre düzenleniş biçiminin eleştirisi. 2 — Derdestlik itirazının kesin hüküm itirazı ile ilişkisi. A — Derdestlik itirazı ve kesin hüküm itirazının karşılaştırılması. B — Derdestlik itirazı ile kesin hüküm itirazı arasındaki farklar. § 3 — Derdestlik itirazının kabulü için gerekli koşullar. I — Davanın daha önce aynı ya da başka bir mahkemede açılmış olması gerekir. II — Davanın görülmekte olması (derdest olması) gerekir. III — Daha önce açılmış ve görülmekte olan o dava ile ikinci davanın aynı olması gerekir. § 4 — Derdestlik (ilk) itirazının ileri sürülme zamanı ve usulü. I — Asliye hukuk mahkemelerinde ileri sürülmesi. II — Diğer yargılama usullerinde derdestlik (ilk) itirazının ileri sürülmesi. § 5 — Mahkemece derdestlik (ilk) itirazının incelenmesi usulü. İkinci Bölüm. İdari Yargılama Usulünde Derdestlik. § 6 — Genel olarak idari yargılama usulüne ilişkin kuralların düzenlenişindeki özellikler. I — Danıştay Kanunu ile HUMK. na atıfta bulunulmayan durumlarda HUMK. nun uygulanıp uygulanamayacağı sorunu. § 7 — İdari yargılama usulünde derdestlik durumunun gösterdiği özellikler. I — Genel olarak. II — Danıştay Kanununda ilk itiraz ve derdestlik müesseseleri düzenlenmemiştir. III — Her iki davanın da aynı dava dairesinde görülmekte olması durumunda derdestliğe ilişkin Danıştay uygulaması. S o n u ç.

GİRİŞ

A) Bir usul hukuku müessesesi olan derdestlik; **tarafı, dava konusu ve dava sebebi aynı olan bir davanın daha önce aynı ya da başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte olması demektir.** Bu mahkeme davanın açıldığı aynı mahkeme olabileceği gibi; aynı yargı düzeni (ya da ayrı yargı düzeni) içerisinde yer alan diğer bir mahkeme de olabilir. Bu açıklamalar iç hukuka ilişkindir. Ayrıca yabancı ülkede açılan ikinci davalar bakımından da derdestlik söz konusu olabilecektir.

(*) İzmir Barosu Avukatlarından.

Derdestlik itirazı medeni usul hukuku bakımından HUMK. m. 187/4 de **ilk itirazlar arasında** sayılmıştır. İdari yargı usulü bakımından **İYUK derdestlik konusunda bir hüküm taşımamaktadır**. Aynı şekilde asker kişilerle ilgili olarak idarî uyuşmazlıklar ve davaları çözümlene görevi yapan Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'ni kuran 1602 sayılı **Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda da bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır**. Ancak bu durum idarî yargıda derdestlik durumunun bulunmadığı anlamına gelmemektedir. İdarî yargıda, derdestlik konusunda yasal bir düzenleme yapılmamış olsa da HUMK hükümlerinin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı ve uygulamada bu konuda getirilen çözüm konusunda ileride açıklamalarda bulunulmuştur.

B) Birinci bölümde medenî usul hukukunda derdestlik durumu; ikinci bölümde de idarî yargıda derdestlik durumu işlenmiştir. Derdestlik konusunda böyle bir ayırımı gidilmesinin nedeni; medenî usul hukukundaki derdestlik durumu ile idarî yargıdaki derdestlik durumu arasında nitelik farkı bulunmasından değil; idarî yargı usulünün kendine özgü (sui generis) ilkelerinin bulunması ve ayrıca böyle bir ayırım yapılmasının inceleme kolaylığı sağlaması nedeniyledir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MEDENİ USUL HUKUKUNDA DERDESTLİK

Ş 1 — GENEL OLARAK

Derdestlik, aynı davanın daha önce aynı ya da başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte olması demektir. HUMK. m. 187/4 de «davanın diğer bir mahkemede derdesti rüyet bulunduğu» denilmekte işe de; aynı dava daha önce aynı mahkemede açılmış ve görülmekte ise derdestlik itirazında bulunulabilecektir (1).

Buna göre, medenî usul hukukunda derdestlik itirazı ile; açılmış (ki HUMK. m. 187'ye göre derdestlik; bizim hukukumuzda ilk itirazlardandır) olan yeni bir davanın daha önce aynı ya da başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte (derdest) olduğu ileri sürülür. Bunun üzerine, ikinci davanın (yeni davanın) açıldığı mahkeme, HUMK.

(1) Kuru, Bakı, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Tamamen Yeniden Yazılmış, Beş Misli Genişletilmiş, Dördüncü Baskı, c. III, Ankara, 1982, s. 3004; Bilge, Necip-Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. bas., Ankara, 1978, s. 418; Karafakih, İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara, 1952, s. 148.

m. 194'e göre, aynı davanın daha önce aynı ya da başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte olduğu kanaatine varırsa, **ikinci davanın açılmamış sayılmasına karar verir.**

Derdestlik, HUMK. m. 187/4'e göre, ilk **itirazlar** arasında yer aldığından, davalı **zamanında** (daha davanın başında) derdestlik **ilk itirazında bulunmazsa, artık bu itirazı bir daha ileri süremez** ve bu durumda aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı dava sebebine dayanılarak açılmış iki dava ayrı ayrı incelenir. Bu durumda, ikinci davanın incelenmesinde davacının korunmaya değer hukukî menfaatı da bulunmamaktadır.

§ 2 — DERDESTLİK İTİRAZININ AMACI VE HUKUKSAL NİTELİĞİ

I — AMACI

Derdestlik, HUMK. m. 187/4 ve m. 194'e göre ilk itiraz olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, bizim hukukumuzda aynı taraflar arasında, aynı dava konusuna ve aynı dava sebebine dayanılarak **ikinci bir davanın görülmesini tam anlamı ile önleyecek bir müessese olmaksızın uzaktır.** Çünkü, ilk itirazların ileri sürülmesi, HUMK. m. 188'e göre davanın başında esasa girilmeden önce hep birlikte yapılmak gerektiğinden; ilk itirazlar arasında düzenleme konusu edilen derdestlik itirazı da davalı tarafından zamanında yapılmazsa; bir daha ileri sürülemeyecek ve biraz önce de belirttiğimiz gibi, aynı taraflar arasında, aynı dava konusuna ve aynı dava sebebine dayanılarak açılmış iki ayrı davanın görülmesini önleyemeyecektir.

Derdestlik konusunda yasal düzenleme yapılmasının üç temel nedeni vardır :

A — Bunlardan birincisi iktisadî nedendir. Derdestlik konusu yasal açıdan düzenlenerek; ikinci bir davanın açılmasının önüne geçilmeye çalışılır. Böylece, mahkemeler ve diğer adli organların çifte faaliyet göstermesi; buna bağlı olarak hem tarafların, hem de devletin masraflarının artması önlenecektir. Diğer bir deyişle «dava ekonomisi» ilkesine uyulması sonucu, daha az masrafla davaların sonuçlandırılması mümkün olacaktır.

B — İkinci neden ise, davacının hileli davranışlarını önlemektir. Bu durumda davacının, dava konusu ettiği hukukî anlaşmazlık, daha önce başka bir mahkemede ya da aynı mahkemede, başka bir zamanda, daha önce çözümlendiği için, bu kez ikinci bir dava açması ile «hileli bir davranışta bulunması» sözkonusu olmaktadır. Bu da, «dürüst dava açması» ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

C — Üçüncü ve en geçerli neden de, çelişik kararların ortaya çıkmasının önlenmesidir. Çelişik kararlar ortaya çıkınca, «aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı dava sebebine dayanılarak, aynı mahkemede ya da iki ayrı mahkemede açılmış ve sonuçlandırılmış olan mahkeme kararlarından hangisinin gereği yerine getirilecektir» sorunu ortaya çıkar. Bu durumda, gereğinin yerine getirilmesi askıda (muâllakta) hukukî sonuçlar açığa çıkmış demektir ki, bu da derdestlik konusunda yasal düzenlemeler yapılmasının nedenlerinden birisi ve en önemlisidir.

II — HUKUKSAL NİTELİĞİ

1 — DERDESTLİK İTİRAZININ SAVUNMA ARAÇLARI ARASINDAKİ YERİ

A — GENEL OLARAK SAVUNMA ARAÇLARI

Savunma araçları biri esasa, diğeri usule ilişkin olmak üzere «esasa ilişkin savunma araçları», «usule ilişkin savunma araçları» diye ikiye ayrılabilirler.

Esasa ilişkin savunma araçları, davanın esasına, dava ile istenen hakka taallûk eden savunma araçlarıdır. Bunlar geniş anlamda def'i olarak da adlandırılırlar (2). Esasa ilişkin savunma araçları, itiraz ve dar anlamda def'i olmak üzere ikiye ayrılırlar.

Usule ilişkin savunma araçları, davanın görülebilmesi için usulen gerekli koşulları ve yargılama usulü kurallarını içeren araçlardır. Bunlara da hukuk dilimizde itiraz denilmektedir. Bunları maddî hukuka ilişkin itirazlardan ayırmak için usulî itirazlar denilmesi uygun olur.

Usulî itirazlar da ilk itirazlar ve diğerk usulî itirazlar diye ikiye ayrılabilirler :

İlk itirazlar, HUMK. m. 187'de düzenlenmiştir ve sınırlı olarak sayılmıştır (3). Bunlar davanın görülebilmesi için bulunması gerektiğinden «dava mânileri (yargılama engelleri)» olarak da adlandırılmaktadırlar (4).

(2) Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku, c. I, cüz: 1, Umumî Esaslar, 5. bas., İstanbul, 1956, s. 364; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. bas., Ankara 1960, s. 246; Postacıoğlu İlhan, Medenî Usul Hukuku, 6. bas., İstanbul, 1975, s. 274.

(3) TD. 18.9.1954 (Ersoy, 1. bas. m. 187); Postacıoğlu, s. 408; Ansay, s. 205; Kuru, c. III, s. 3003; Bilge - Önen, s. 415.

(4) Ansay, s. 204; Bilge - Önen, s. 414 - 432; Önen, s. 152.

Bu itirazlar, diğer usulî itirazlardan ayrı olarak belirli bir süre içinde ileri sürülmek gerekirler. Gerçekten HUMK. m. 188'e göre ilk itirazların davanın esasına girilmeden önce ileri sürülmeleri gerekir; sonradan ileri sürülemezler ve hâkim de kendiliğinden gözönüne almaz (5).

Bizim burada inceleme konusu yaptığımız derdestlik itirazı da yukarıda açıklandığı gibi ilk itirazlardandır (HUMK. m. 187/4).

Diğer usulî itirazlar ise, ilk itirazlar dışında kalan itirazlardır ve başlıcaları dava şartları denilen ve yargılamanın görülebilmesi için varlıkları gerekli koşullara ilişkin itirazlardır. Bunlar mahkemeye, taraflara ya da dava konusuna (müddeabihe) ilişkin olurlar. Mahkemenin yargı yetkisinin bulunması, görevli bulunması, tarafların dava ve taraf ehliyetlerinin bulunması, dava ehliyeti bulunmayan şahısların kanunî ya da akdî temsilcilerle temsil olunmaları, kesin hüküm itirazı dava şartları arasında sayılabilirler.

Dava şartları, ilk itirazlardan farklı olarak davanın her aşamasında ileri sürülebilirler ve mahkemece kendiliğinden (re'sen) gözönüne alınabilirler. Bu şartlardan birisi yoksa davanın reddi gerekir.

B — DERDESTLİK İTİRAZININ SAVUNMA ARAÇLARI ARASINDAKİ YERİ VE HUMK. NA GÖRE DÜZENLENİŞ BİÇİMİNİN ELEŞTİRİSİ

Derdestlik itirazı, bizim hukukumuzda (HUMK. m. 187/4; 194) ilk itiraz olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle davanın esasına girilmeden önce; davanın başında ileri sürülmezse bir daha ileri sürülemez. Bu durumda aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı dava sebebine dayanılarak açılmış olan iki dava ayrı ayrı incelenir. Burada, ikinci davanın incelenmesinde davacının korunmaya değer hukukî menfaati da yoktur (6). Bu durum yukarıda belirtilen (7) derdestlikle ilgili yasal düzenlemeler yapılması ile elde edilmek istenen amaca da uygun düşmez. Bu nedenle, yapılacak yasal düzenlemede derdestlik durumunun (itirazının), dava şartı olarak benimsenmesi yerinde olacaktır (8). Böylelikle derdestlik, davanın her aşamasında ileri sürülebilen ve mahkemece kendiliğinden (re'sen) gözönüne alınabilen bir müessese

(5) HGK. 13.6.1951 - 4/109 - 58 (Öztek - Kazancı, s. 150).

(6) HGK. 4.6.1976, 10 - 787/2117 (YKD. 1977/4, s. 463 - 464).

(7) Bkz. yukarıda § 2, I.

(8) Kuru, c. III, s. 3016; Bilge - Önen, s. 421; Kuru, Tespit Davaları, Ankara, 1963, s. 95 - 96; Gürdoğan, Burhan, Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara, 1960, s. 64; Ansay, s. 210.

durumuna getirilecektir. Çünkü bir kimsenin davanın başında derdestlik itirazında bulunmamış olması, hatta bu hakkından feragati, adliyei boş yere uğraştırması, devlet mahkemelerini çelişkiye düşürmesi için bir neden oluşturmaz. Mahkemenin kendiliğinden harekete geçmesi özel çıkarlar kadar adli, genel çıkarları da koruyacaktır. Aksi durumda, mahkemenin, tarafların, ileri sürmedikleri derdestlik durumunu kendiliğinden (re'sen) gözönüne alamaması aynı dava ile iki kez uğraşılmasına yol açmaktadır.

Davanın derdest olduğu itirazının yargılamanın her aşamasında ileri sürülememesi ya da hâkim tarafından kendiliğinden (re'sen) gözönüne alınamaması sonuçta, muhtemelen de olsa, —çünkü kararlar aynı sonuçlara varmışlarsa muhakemenin iadesi ve içtihadın birleştirilmesi yollarına gerek kalmamaktadır— muhakemenin iadesi, içtihadı birleştirme gibi adliyenin emniyet ve saygınlığını, tarafların çıkarlarını korumaya yönelik, ancak yürütülmesi zaman ve masrafa ve hakların uzun zaman askıda kalmasına neden olan bir mekanizmanın, bir düzeltme yolu silsilesinin harekete geçirilmesini gerektirmektedir.

Bu durumu önlemek, daha doğrusu tehlikeyi en aza indirmek için kamu çıkarları ile bağlantılı olduğu açık olan, derdestlik itirazının, biraz önce belirtildiği gibi, davanın her aşamasında ve kendiliğinden (re'sen) gözönüne alınabilmesi ve kanunî formaliteye uyulmaması sonucunda büyüyerek, kesin hüküm, muhakemenin iadesi ve içtihadı birleştirme nedeni olmasını önleyici bir yasal düzenleme yapılması yerinde olacaktır (9).

Fransız hukukunda da derdestlik itirazı, kamu düzenine ilişkin davalarda bile, daha davanın başında, davanın esasına girilmeden önce ileri sürülmezse, bu itirazdan vazgeçilmiş sayılarak bir daha ileri sürülemez (10). Bu duruma göre Fransız hukukundaki derdestlikle ilgili yasal düzenleme de ikinci bir davanın açılıp görülmesini önlemekten uzaktır; bu açıdan bizdeki duruma benzemektedir. Ancak Fransız hukukunda bizde olduğu gibi derdestlik itirazının kabul edilmesi durumunda ikinci davanın açılmamış sayılması kararı (HUMK. m. 194 verilmeyerek; ikinci davanın birinci dava ile birleştirilmesine karar verilmektedir (11).

(9) Domaniç, Hayri, Hukukta Kazıyye-i Muhkeme ve Nispî Kuvveti, İstanbul, 1964, s. 30-32.

(10) Herzog, Peter (with collaboration of Martha Weser), Civil Procedure in France, Martinus Nijhoff, The Hague/The Netherlands, 1967, s. 271.

(11) Civil Procedure in France, s. 204, 273; bkz. aşağıda, § 5.

S.S.C.B. ni oluşturan cumhuriyetlerden Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti (RSFSC) Medenî Usul Kanunu m. 129 (12). gereğince de; hâkim tarafından dava dilekçesinin kabulüne ilişkin olarak yapılan inceleme sırasında; tarafları, dava konusu ve dava sebebi birinci dava ile aynı olan ikinci bir dava her nasılsa reddedilmeyerek incelenmeğe başlanmışsa, muhakeme sırasında (davanın esasına girilmeden ya da girildikten sonra mahkeme tarafından re'sen ya da tarafların ileri sürmeleri üzerine) reddedileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda Sovyet hukukundaki düzenleme de ikinci bir davanın açılıp görülmesini önlemekten uzaktır ve tarafları, dava sebebi ve dava konusu aynı olan iki dava ayrı ayrı incelenip iki ayrı karar verilmişse ve bunlar da kesinleşmişlerse muhakemenin iadesi yoluna başvurmadan başka yol kalmamaktadır (Aynı K. m. 319) (13).

2 — DERDESTLİK İTİRAZININ KESİN HÜKÜM İTİRAZI İLE İLİŞKİSİ (14).

A — DERDESTLİK İTİRAZI VE KESİN HÜKÜM İTİRAZININ KARŞILAŞTIRILMASI

HUMK. m. 187/4'de derdestlik ilk itiraz olarak düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi, kesin hüküm itirazında olduğu gibi dava konusunun, dava sebebinin ve tarafının aynı olmalarına bağlıdır (15). Kesin hüküm itirazında olduğu gibi, derdestlik itirazı da temel olarak çelişik hükümlerin açığa çıkmasını önlemeye yönelik usulî bir itiraz olduğu için kesin hüküm itirazı ve derdestlik itirazları arasında yakın ilişki ve benzerlik vardır. Çünkü, aynı konuda açılmış iki dava devam edip sonuçlanırsa çelişik hükümlerin ortaya çıkacağı açıktır.

HUMK. m. 187'ye göre ilk itirazlar ikinci davanın açılmasından sonra, daha davanın başında, davanın esasına girilmeden önce yapılırlar ve bundan sonra da ileri sürülemezler. Derdestlik itirazı da bizim hukuk sistemimize göre ilk itiraz olarak düzenlendiğinden aynı ilkeye uyruktur.

Kesin hüküm itirazı ise, halen üzerinde durulan anlaşmazlığın daha önce çözümlenmiş olduğu, taraflar arasındaki anlaşmazlığın

(12) The Civil Code and Code of Civil Procedure of the RSFSR, 1964, Szirmai, Z. (İngilizcesi: A.K.R. Kiralfy), A.W. Sijthoff - Leyden, 1966, s. 193.

(13) The CC and The CCP of the RSFSR, s. 240; bu konudaki açıklamalar için bkz. aşağı. § 5.

(14) Domanıç, s. 27 - 30; Gürdoğan, s. 64 - 65.

(15) Bkz. aşağı. § 3, III.

önceki bir dava ile çözümlendiğine ilişkin olarak ileri sürülür. Diğer bir deyişle, tarafları, dava konusu ve dava sebebi birinci dava ile aynı olan ikinci bir davanın açıldığı ve bu davanın daha önce çözüme bağlandığı kesin hüküm itirazında ileri sürülür.

Sonuç olarak, davanın derdest olduğu ilk itirazı ile, kesin hüküm itirazı, aynı amaca yönelik bir def'inin davanın ayrı zamanlarında açığa çıkan değişik şekilleridir (16). Buna göre derdestlik ilk itirazı davanın başlangıcında, esasa girilmeden önce ileri sürüldüğü halde; kesin hüküm itirazı davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemece de kendiliğinden (re'sen) gözönüne alınabilir.

B — DERDESTLİK İTİRAZI İLE KESİN HÜKÜM İTİRAZI ARASINDAKİ FARKLAR

a. Derdestlik itirazının konusu henüz sona ermemiş bir davadır. Bir dava son karar verilse bile bu karar henüz şekli anlamda kesinleşmemişse o dava derdest sayılır ve derdestlik itirazının konusu oluşturur (17). İlk dava takip edilmediği için HUMK. m. 409'a göre dosya işlemiden kaldırılmış olsa bile dava yine derdest sayılır (18).

Kesin hüküm itirazının konusu ise, şekli anlamda kesinleşmiş ve kesin hükme müsait bir hükümdür.

b. Derdestlik itirazı yürürlükteki hukukumuzda göre dava engelleri içerisinde yer alan bir itirazdır ve tamamen özel çıkarları korumaya yöneliktir. Buna karşılık kesin hüküm itirazı ise dava şartları içerisinde yer alır ve kısmen kamu düzeni ile ilgilidir. Bu nedenle kesin hüküm itirazı davanın her aşamasında kendiliğinden (re'sen) gözönüne alınabilmesine karşılık derdestlik itirazının zamanında taraflarca ileri sürülmesi gerekmektedir.

c. Derdestlik itirazı, mahkemece kabul edilirse davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HUMK. m. 194). Kesin hüküm itirazı kabul edilirse davanın reddine karar verilir.

§ 3 — DERDESTLİK İTİRAZININ KABULÜ İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

Derdestlik ilk itirazının kabulü ile davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için aşağıda incelenecek üç koşulun birlikte bulunması gerekir :

(16) Domaniç, s. 20.

(17) Gürdoğan, s. 46-48; bkz. aşağıda § 3, II.

(18) Bkz. aşağıda § 3., II.

I — DAVANIN DAHA ÖNCE AYNI YA DA BAŞKA BİR MAHKEMEDE AÇILMIŞ OLMASI GEREKİR

HUMK. m. 187/4 «ikame olunan dâvanın diğer bir mahkemede derdest bulunduğu» deyimini kullandığından bu anlatım biçimi üzerinde durmak gerekir. Maddenin lafzına göre derdestlik durumunun var olması için iki davanın başka başka mahkemelerde görülmekte bulunması, aynı mahkemede görülmemesi gerektiği düşünülebilir. Uygulamada da aynı konu hakkında iki davanın başka mahkemelerde açılmış olması durumunda derdestlik ilk itirazının ileri sürülmesi normaldir. Ancak aynı nitelikte bulunan iki davanın bir tek ve aynı mahkemede açılmış bulunması derdestlik ilk itirazında bulunabilmesine bir engel sayılmaz (19). Davalar aynı mahkemede açılmış ise hâkim iki dosyayı birlikte inceleyerek kararını verecektir; davalar başka başka mahkemelerde açılmış ise itirazı incelemek durumunda kalan ikinci davanın hâkimi, diğer davanın görülmekte bulunduğu mahkemeden o davanın taraflarını, niteliğini ve hukukî sebebini sorar, alacağı cevaba göre kararını verir.

Kanundaki mahkeme deyimini içerisine, ceza mahkemelerini de alacak biçimde anlaşılmalıdır (20). Bu nedenle, bir suçtan doğan zararın ceza mahkemesinde şahsî hak olarak takip edilmekte bulunması derdestlik itirazına yol açabilir. Buna karşılık savcılık ya da müfettişlik soruşturması, derdestlik itirazına hak vermez (21).

İcra tetkik merciinin baktığı şikâyet ve itirazın kaldırılması talepleri bir dava olmadığından ve tetkik merciinin bu işler hakkında verdiği kararlar maddî anlamda kesin hüküm oluşturmadığından, bir alacak hakkında (örneğin, itirazın kaldırılması talebi üzerine, İİK. m. 68) inceleme yapılmakta olması, aynı alacak için hukuk mahkemesinde açılan alacak davasına karşı derdestlik (ilk) itirazında bulunmaya yetki vermez. Örneğin, «icra tetkik merciince esasa taallûk etmeyip, sırf takip hukuku bakımından itirazların incelenmesi sırasında bir alacaklının takip isteğinden vazgeçerek mahkemeye başvurmasına engel teşkil edecek kanunda bir hüküm bulunmadığı için, olayda Usulün 187/5. (187/4. olması gerekir) maddesinin uygulanmasına olanak yoktur. Bu sebeple, derdestlik iddiasının kabulü ile görülmesi gereken davanın reddi usul ve kânuna uygun değildir.» şeklindeki bir Yargıtay kararında da aynı durum onaylanmaktadır (22).

(19) Bilge - Önen, s. 418; Kuru, c. III, s. 3005; Karafakih, s. 148.

(20) Bilge - Önen, s. 418; Kuru, c. III, s. 3006.

(21) HGK. 1.7.1953 (Ersoy, s. 214); 4. HD. 25.11.1917 (Çatalkaya, s. 194/5).

(22) 3. HD. 5.11.1970, 4894/4192 [RKD. 1971/1, s. 1-2; İBD. 1970/11-12, s. 958-959]; aynı şekilde: 4. HD. 18.11.1965, 8286/6082 (İBD. 4. HD/2, s. 14); 6. HD. 18.3.1969, 6052/1148 [İBD. 1969/9-10, s. 489].

Dava niteliği taşımayan ihtiyatî tedbir ve delillerin tespiti talebi de derdestlik itirazını haklı kılacak dava niteliğinde değildir.

Kanunda her ne kadar mahkeme deyimi geçmekte ise de, hakemlerce görülmekte olan davalar bakımından dahi derdestlik itirazında bulunulabileceğini kabul etmek yerinde olur. Bu durumda birinci davanın hakemlerde açılmış olması durumunda da (HUMK. m. 516) derdestlik ilk itirazında bulunulabilecektir (23).

Keza birinci dava mahkemede görülmekte iken ikinci davanın hakemlerde açılmış olması durumunda da derdestlik itirazında bulunulabilmesi gerekir. Ancak hakemlerde derdestlik itirazında bulunulması üzerine bu uyuşmazlığın mahkemece çözümlenmesi gerekir (HUMK. m. 519). Bu durumda hakemlerin, davalıya mahkemede tespit davası açması için bir süre vermeleri gerekir ve mahkemenin bu konudaki kararını (davanın esasının incelenmesi bakımından) bekletici sorun yaparlar. Hakemlerce kendisine verilen süre (24) içerisinde davalı, (müspet) tespit davası açarsa mahkeme iki ihtimalde karar verebilir; hakemlerin kararları da bu ihtimallere göre değişir :

— Eğer mahkeme derdestlik durumunun sözkonusu olduğunu kabul ederse; hakemler derdestlik itirazını kabul ederek; kendilerine açılmış olan davanın esasına girmeden açılmamış sayılmasına karar vermelidirler (HUMK. m. 194).

— İkinci ihtimale göre, mahkeme derdestlik durumunun sözkonusu olmadığına karar verirse; hakemler derdestlik itirazını reddederek davanın esasını inceleyip karara bağlarlar.

Hakemler tespit davası açması için davalıya süre vermeden derdestlik itirazını kendileri inceleyerek karara bağlayamazlar. Buna rağmen davalının derdestlik itirazını kabul ederek ikinci davanın açılmamış sayılmasına ya da davalının itirazını reddederek işin esasını inceleyip karar vermişler ve bu kararlar doğru ise bozulmamaları gerekir.

(23) Ansay, s. 210; Kuru, c. III, s. 3007; bir Yargıtay kararında da «Davalı esasa cevap süresinde verdiği karşılık dilekçesinde bu dava konusunun başka uyuşmazlıklar ile birlikte hakem önünde bir dava konusu olarak incelenmekte olduğunu bildirmiştir. Bu itiraz nitelikçe usulün 187 inci maddesinde gösterilen ilk itirazlardan olduğu cihetle...» (4. HD. 2.2.1968, 11442/780: ABD. 4. HD/2 s. 23).

(24) Bu durumda hakemlerin davalıya süre vermeleri ile, mahkemenin kesinleşmiş kararının hakemlere ulaşmasına kadar ki dönem içerisinde tahkim müddetinin (HUMK. m. 529) işlememesi gerekir.: Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Geniş 1. 3. bas., Ankara, 1974, s. 996, dipnot: (52) ve s. 1014'e kıyasen...

Davaların birincisi idarî yargı yerinde, ikincisi ise adlî yargı yerinde açılmış olabilir. Bu durumda adlî yargı yerinde derdestlik ilk itirazında bulunulabilmesi mümkündür. Keza bunun aksi durumda; birinci davanın adlî yargı yerinde, ikinci davanın da idarî yargı yerinde açılması durumunda idarî yargı yerinde de derdestlik itirazında bulunulabilecektir.

B — Yabancı bir devlet mahkemesinde daha önce açılmış ve görülmekte olan bir dava bu kez Türk mahkemesinde açılırsa, davalı derdestlik ilk itirazında bulunabilir mi konusuna gelince: Yabancı mahkemece verilecek kararın HUMK. m. 537 - 545 hükümlerine göre Türkiye'de tenfiz edilmesi mümkün ise, davalının Türk mahkemesinde derdestlik ilk itirazında bulunabilmesinin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Yabancı mahkemece verilecek karar, HUMK. m. 537 - 545 hükümlerine göre tenfiz edilemeyecekse, davalı Türk mahkemesinde derdestlik ilk itirazında bulunamayacaktır (25).

Yargıtay da bir kararında: «Dava devam ederken davalı kadının Almanya'da mahkemeye başvurarak çocukların velâyetini hükmen almış olması da işbu davanın Türk mahkemelerinde görülmesine engel değildir. Kaldı ki Alman mahkemesinden verilen kararın Türkiye'de tenfizi kabil ve caiz olmadığına göre (HUMK. m. 540/4) velâyetin tevdiî bakımından açılan işbu davanın sonuçlandırılması zorunludur (26).

Fransız hukukunda da, yabancı bir devlet mahkemesinde daha önce açılmış ve görülmekte olan bir dava bu kez Fransa'da açılırsa (eğer birinci davanın açıldığı ülke ile aralarında bu konuda bir anlaşma yoksa) ikinci dava kabul edilmektedir. Bunun bir çok nedenleri vardır. Örneğin, ikinci davanın birinci dava ile birleştirilmesinde izlenen usul (règlement de juges) ancak her iki dava da Fransa'da açılmış ve görülmekte ise uygulanabilir. İkinci olarak, yabancı mahkeme kararları, Fransa'da otomatikman tanınmadığından Fransız mahkemesinin kararını etkilemeyecektir (27).

II — DAVANIN GÖRÜLMEKTE OLMASI (DERDEST OLMASI) GEREKİR

(25) Nomer, Ergin, Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı, İHFM., c. XXXIV, sayı: 1-4, s. 343-374 de davalının derdestlik ilk itirazında bulunamayacağı görülmüştür.

(26) 2. HD. 2.7.1973, 4413/4363 (ABD. 1973/5, s. 988; İKİD. 1973/155 s. 2365-2366; İKİD. 1974/157 s. 2507-2508; İBD. 1973/7-8 s. 827-828; RKD. 1973/12 s. 492-493).

(27) Civil Procedure in France, s. 204-205 ve ayrıca s. 204, dipnot: (228).

A — HUMK. derdest olma kavramını tanımlamamıştır. Kanuna göre dava dilekçesi mahkeme kalemine kaydı (mahkeme esas defterine kayıt) tarihinden itibaren dava açılmış sayılacağından bu tarihten itibaren hüküm verilmesine (ve kesinleşmesine) kadar dava derdest sayılır (HUMK. m. 178).

Buna göre bir davanın derdest sayılabilmesi için, davanın henüz karara bağlanmamış olması ya da karara bağlanmış olmakla birlikte verilen kararın henüz şekli anlamda kesinleşmemiş olması gerekir (28).

B — Dosyanın işlemde kaldırılması ile (HUMK. m. 409), dava açılmamış sayılmaz; bilâkis, dava (dosyanın işlemde kaldırılmasından itibaren) bir yıl süre (HUMK. m. 409, III, V) ile derdest kalmakta devam eder (29). Bu nedenle, davacı aynı davayı yeniden açarsa, davalı derdestlik (ilk) itirazında bulunabilir (HUMK. m. 187/4); bu itiraz üzerine ikinci davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HUMK. m. 194) (30). Dosyanın işlemde kaldırılması tarihinden itibaren bir yıl geçmedikçe dava derdest kalmakta devam eder (HUMK. m. 409, IV son tümce).

III — DAHA ÖNCE AÇILMIŞ VE GÖRÜLMEKTE OLAN O DAVA İLE İKİNCİ DAVANIN AYNI OLMASI GEREKİR

A — Derdestlik (ilk) itirazının kabulü için iki davanın mevcut bulunması ve bunların taraflarının, konularının ve dava sebeplerinin aynı olması gerekir (31). Bu koşullardan birisi eksik olursa derdestlikten sözedilemez. Bu bakımdan yani her iki davanın aynı sayılması için gerekli koşullar bakımından, maddî anlamda kesin hüküm ile (HUMK.) derdestlik arasında hiç bir ayrılık yoktur. Yalnız kesin hüküm itirazında aynı davanın daha önce kesin olarak karara bağlandığı iddia edildiği halde, derdestlik itirazında aynı davanın görülmekte olduğu ileri sürülür.

Her iki davanın konusu ve dava sebebi aynı olsa bile, tarafları aynı değilse, derdestlik itirazı kabul edilmez. Örneğin bir Yargıtay

[28] HGK. 15.11.1967, 2/377 - 352 (İKİD. 1967/84 s. 5776 - 5777); 6. HD. 4.5.1970, 1701/1948 (İBD. 1970/5 - 6 s. 451 - 452).

[29] 2. HD. 29.1.1973, 293/363; RKD. 1973/4 - 5 s. 169 - 170; 1. HD. 2.3.1964, 7160/1180 (SI 1964/196 s. 5951 - 5952); aksi yönde kararlar : 7. HD. 13.6.1974/3461 - 4367 (YKD. 1975/5 s. 72 - 73); 7. HD. 17.5.1976/5502 - 7355 (YKD. 1977/10 s. 1386 - 1387).

[30] 6. HD. 12.12.1964, 4743/5454 (İBD. 1964/12 s. 400 - 401).

[31] 13. HD. 22.3.1974, 621/680 (YKD. 1976/2 s. 1680 - 1681).

kararında (32); «şirket tüzel kişiliği aleyhine açılan davada, şirket ortakları aleyhine açılan davadan ötürü ileri sürülen derdestlik itirazı kabul edilmez. Çünkü bu iki davanın tarafları aynı değildir.» denilerek tarafların değişmesi durumunda derdestlik ilk itirazının kabul edilmeyeceği belirtilmektedir. Bu karar bizce de yerindedir. Çünkü tüzel kişi ve tüzel kişi mensuplarının ayrı hukukî kişilikleri bulunduğu göre; dava konusu ve dava sebebi aynı olsa da tarafların değişmesi durumunda derdestlik itirazının reddi gerekecektir. Olayda da davacı ilk davasını davalı şirketin (tüzel kişi) ortaklarına karşı açmış ve verilen karar Yargıtay'ca husumet yönünden bozulmuştur. Davacı daha sonra şirket tüzel kişiliğine karşı dava açmıştır. Bu durumda açılan ikinci davanın birinci dava ile aynı olduğu (tarafların değişmiş olması nedeniyle) söylenemez.

İki davanın taraflarının aynı olması için, tarafların her iki davada da aynı sıfatla (davacı ya da davalı) hareket etmiş olmaları gerekmez. Tarafların davadaki sıfatları değişmiş olsa da, iki davanın konusu (müddeabihi) ve dava sebebi aynı ise, ikinci davaya karşı yapılan derdestlik ilk itirazı kabul edilir.

Ancak bir kimse davalardan birisini kendisi adına, diğerini de mümessil ya da vekil sıfatı ile başkası adına açmış ise, tarafların aynı olduğu söylenemez ve derdestlik ilk itirazı kabul edilmez.

Yargıtay'ın bazı kararlarında (33): «Davanın görülmekte olduğundan söz edilebilmesi için iki davanın da davacısının aynı olması» gerektiği belirtilmektedir. Ancak biraz önce de belirttiğimiz gibi tarafların davadaki sıfatlarının değişmiş olması, örneğin, birinci davadaki davacının ikinci davada davalı durumuna geçmesi, iki davanın konusu (müddeabihi) ve dava sebebi aynı ise ikinci davaya karşı yapılan derdestlik itirazının kabulüne engel olmamak gerekir (34).

Davanın usulüne uygun olarak ya da görevli mahkemede açılması durumunda derdestlik itirazı kabul edilmeyecek midir? Örneğin, önceden görev ve kesin yetki kurallarına aykırı olarak açılmış bulunan dava, mahkemede herhangi bir karara bağlanmadan, faraza dos-

(32) 9. HD. 28.11.1963, 350/1538; Orhaner, s. 255; bu konuya ilişkin diğer kararlar: 7. HD. 14.3.1976, 3958/5827 (Ozanalp - II, s. 904 no. 1031); 1. HD. 8.6.1981, 7449/7673 (YKD. 1982/2, s. 173 - 174).

(33) 2. HD. 25.12.1970, 3560/7042 (RKD. 1971/2 s. 50); 2. HD. 22.6.1972, 4181/4000 (RKD. 1972/9 - 10 s. 334 - 335; İBD. 1972/9 - 10 s. 950 - 951); 2. HD. 13.12.1976, 8560/8847 (YKD. 1978/6 s. 891; İBD. 1977/1 - 3, s. 117 - 118); 2. HD. 30.1.1978, 492/602 (YKD. 1980/9, s. 1203 - 1204).

(34) Aynı şekilde: Kuru, c. III, s. 3013; Bilge - Önen, s. 419.

ya işlem den kaldırılarak, sonradan görevli ya da yetkili mahkemeye getirilirse durum ne olacaktır? Kanun bu sorunun çözümünü getirmemiştir. Bilge - Önen, görevsizlik ya da yetkisizlik kararı vermeyen mahkeme işten henüz el çekmediğine ve ilgilinin davayı orada da takibine bir engel bulunmadığına göre, görevsizlik ya da yetkisizlik kararı verilinceye kadar derdestlik (ilk) itirazının yapılabileceğini belirtir.» görüşündedirler (35). Ansay ise bu durumda derdestlik (ilk) itirazının yapılamayacağını kabul etmektedir. (36). Biz ise, Bilge - Önen'in görüşlerine katılarak görevsizlik ya da yetkisizlik kararı vermeyen mahkeme henüz işten el çekmediğine ve ilgilinin davayı orada da takibine bir engel bulunmadığına göre, görevsizlik ya da yetkisizlik kararı verilinceye kadar derdestlik (ilk) itirazının yapılabileceğini benimsiyoruz. Hatta birinci dava usulî bir sebepten dolayı reddedilmiş olsa da; bu red kararı kesinleşmeden önce aynı dava yeniden açılırsa, ikinci davanın açıldığı anda birinci dava henüz derdest sayılır ve derdestlik itirazı davanın açıldığı tarihteki duruma göre karara bağlanacağından, ikinci dava da davalının derdestlik (ilk) itirazı üzerine açılmamış sayılır (37).

Yine «Asliye Hukuk Mahkemesinden görevsizliğe dair verilmiş olan hüküm henüz kesinleşmemiş bulunmasına binaen derdesti rüyet sayılacağına ve aynı davanın diğer bir mahkeme derdesti rüyet bulunması halinde son davanın HUMK. nun 194. maddesi gereğince açılmamış sayılması gerekeceğine» şeklindeki bir Yargıtay kararında da aynı durum onaylanmaktadır (38).

B — Derdestlik (ilk) itirazının kabul edilebilmesi için davaların sebeplerinin de aynı olması gerekir. Buradaki dava sebeplerinden amaç, davanın dayanağını oluşturan vakıalar olup; hukukî sebepler değildir (39). Örneğin, kiralayan, kirayı ödemeyen kiracıya karşı temerrüt nedeniyle tahliye davası açmıştır. Daha sonra kiralayanın ihtiyaç nedenine dayanarak açmış olduğu ikinci tahliye davasına karşı, davalı (kiracı) derdestlik ilk itirazında bulunamaz; çünkü iki tahliye davasının tarafları ve konusu aynı ise de, dava sebepleri (kiracının kirayı ödememiş olması ve kiralayanın kiralanan şeye ihtiyacı olduğu vakıaları) değişiktir (40).

(35) Bilge - Önen, s. 419.

(36) Ansay, s. 210.

(37) Örneğin, HGK. 15.11.1967, 2/377 - 352 (İKİD) 1967/84, s. 57 - 76 - 5777.

(38) 6. HD. 4.5.1970, 1701/1948 (İBD. 1970/5 - 6 s. 451 - 452).

(39) Kuru, c. III, s. 3014 - 3014.

(40) 6. HD. 18.3.1969, 6052/1148 (İBD. 1969/9 - 10 s. 489).

Bunun gibi, geçimsizlik sebebine dayanarak açılan bir boşanma davasından sonra, aynı taraflar arasında yeni vakıalara dayanarak gene geçimsizlik sebebiyle bir boşanma davası daha açılmış olsa; ikinci dava ile birinci davanın dayandığı vakıalar aynı olmadığından ikinci davaya karşı yapılan derdestlik itirazı reddedilir (41).

C — Derdestlik itirazında bulunabilmek için iki davanın konusu (müddeabihi) da aynı olmalıdır. Bir davada borcun bir kısmı dava edilip de, o dava sona ermeden ikinci bir dava ile borcun kalanı dava edilirse derdestlik iddiasında bulunulamaz (42).

Tespit davasının açılması ile de, eda ve inşaî davalarda olduğu gibi, derdestlik durumu sözkonusu olur (43). Yani, konusu, dava sebebi ve tarafları aynı olan ikinci bir tespit davası açılmaz. İlk açılan dava müspet tespit davası ise aynı müspet tespit davasının yeniden açılması durumunda, derdestlik (ilk) itirazının yapılabileceği açıktır (44). Müspet tespit davasından sonra açılan menfi tespit davasına karşı da; dava konuları (müddeabihler) aynı olduğu için derdestlik (ilk) itirazında bulunulabilir (45).

Buna karşılık, açılmış olan bir müspet tesbit davası, aynı hukukî ilişkiye dayanarak aynı taraflar arasında sonradan açılan eda davasına karşı derdestlik itirazında bulunmak hakkını vermez (46). Çünkü, burada eda davası ile müspet tesbit davasının dava sebebi ve tarafları aynı ise de, konuları (müddeabihleri) değişiktir.

Tespit davasının konusu hukukî ilişkinin tespiti olduğu halde, eda davasının konusu hem hukukî ilişkinin tespiti hem de ona dayanarak davalının bir edaya mahkûm edilmesidir. Aynı nedenle açılmış olan bir menfi tespit davası daha sonra açılan bir eda davasına karşı derdestlik itirazında bulunmak hakkını vermez (47). Ayrıca, sonradan açılan eda davası aynı zamanda hukukî ilişkinin tamamının tespitini de içeriyorsa, diğer bir deyişle eda davası kısmî bir dava de-

[41] Bkz. 2. HD. 29.9.1961, 4975/5769 (SI 1962/172, s. 5191 - 5192); HGK. 15.11.1967, 2/294 - 540 (İKİD. 1967/84, s. 5763 - 5764); 2. HD. 11.7.1977, 4502/5664 (İKİD. 1978/209, s. 6125).

[42] Bilge - Önen, s. 420.

[43] Kuru, Tespit Davaları, s. 94; Ansay, s. 225.

[44] Tespiti istenen kira bedelleri ayrı ayrı dönemlere ilişkin ise, derdestlik itirazı söz konusu olamaz.: 3. HD. 15.6.1972/331 - 2222 (İBD. 1975/1 - 2 s. 103).

[45] Kuru, Tespit Davaları, s. 94; Bilge - Önen, s. 421.

[46] Kuru, Tespit Davaları, s. 94.

[47] Kuru, Tespit Davaları, s. 95; Ansay, s. 225.

ğilse, bu halde önce açılmış olan tespit davasına devam etmekte bir hukukî menfaat kalmayacaktır (48).

Açılan bir eda davasından sonra, müspet ya da menfi bir tespit davası açılır ve eda davası aynı zamanda hukukî ilişkinin tamamının tespitini de kapsıyorsa, örneğin eda davası kısmî dava değilse, sonradan açılan müspet ya da menfi tespit davasına karşı; tespit davası ile istenen hukukî ilişkinin tespiti, eda davasında da istendiği ve bu nedenle dava konuları (müddeabihler) aynı olduğundan derdestlik (ilk) itirazında bulunulabilir. Belirtilen durumdan ötürü, eda davasından sonra tespit davası açılmasında davacının hukukî bir menfaati yoktur. Ancak bu söylenenler eda davasının hukukî ilişkinin tamamını kapsamaması durumu içindir. Eda davası, kısmî ya da hukukî ilişkiden doğan mütalebe haklarından bazılarını kapsamakta ise, sonradan açılan müspet ya da menfi tespit davasına karşı derdestlik (ilk) itirazı yapılamıyacaktır (49).

Ş 4 — DERDESTLİK (İLK) İTİRAZININ İLERİ SÜRÜLME ZAMANI VE USULÜ

I — ASLİYE HUKUK MAHKEMELERİNDE İLERİ SÜRÜLMESİ

Davalı, derdestlik (ilk) itirazını (varsa diğer ilk itirazları ile birlikte) davanın esasına girilmeden önce ileri sürmelidir (HUMK. m. 188) (50). Davalı, derdestlik (ilk) itirazını (dolayısıyla diğer ilk itirazlarını) ancak esasa cevap süresi içinde yapabilir (HUMK. m. 189, I, c. 1). Cevap süresi de kural olarak on gündür (HUMK. m. 195). Hâkim davalıya on günden daha fazla bir cevap müddeti tayin etmişse (HUMK. m. 182, 184, 197, 198), davalı derdestlik (ilk) itirazını (ve varsa diğer itirazlarını) hâkimin tâyin ettiği cevap süresi içinde yapabilir. Derdestlik (ilk) itirazının (ve diğer ilk itirazların) cevap süresi içerisinde (kural olarak on gün) içinde yapılıp yapılmadığı, hâkimse re'sen göz-önüne alınır. Derdestlik (ilk) itirazı (ve diğer ilk itirazlar) davacının onayı olsa bile, cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülemez.

Davalı, derdestlik (ilk) itirazını (ve diğer ilk itirazlarını) ayrı bir lâyiha ile bildirebilir. Bu durumda, derdestlik (ilk) itirazı konusunda (ya da diğer ilk itirazlar konusunda) bir karar verilinceye kadar, davalının esasa cevap verme zorunluluğu yoktur (HUMK. m. 196).

Davalı, derdestlik (ilk) itirazını (ve diğer ilk itirazlarını) (esasa ilişkin cevapları kapsayan) cevap lâyihası ile de bildirebilir. Bu du-

[48] Kuru, Tespit Davaları, s. 95.

[49] Kuru, Tespit Davaları, s. 95.

[50] Fransız hukukunda da aynı durum sözkonusudur.: Bkz. yukarıda Ş 2., II.

rumda, cevap lâyihasında önce ilk itirazlarını (derdestlik ilk itirazını), ondan sonra da esasa ilişkin cevaplarını bildirmek zorunda değildir (51).

II — DİĞER YARGILAMA USULLERİNDE DERDESTLİK (İLK) İTİRAZININ İLERİ SÜRÜLMESİ

A — Sözlü yargılama usulünde, davalı derdestlik ilk itirazını ilk oturumda sözlü olarak yapar (HUMK. m. 478) (52). Davalı ilk oturumdan önce (gerekmediği halde) bir cevap lâhiyası vermiş olsa bile, ilk oturumda derdestlik (ilk) itirazında (ya da diğer bir ilk itirazda) bulunabilir ya da daha önce yapmış olduğu ilk itirazını tamamlayabilir (53).

B — Basit yargılama usulünde de, derdestlik ilk itirazı ilk oturumda (yazılı ya da sözlü olarak) yapılabilir. Çünkü bu usulde davalı, dava dilekçesine on gün içinde cevap (diğer bir deyişle cevap lâyihası) vermek zorunda olmadığı için; esasa cevabını ve ilk itirazlarını (dolayısıyla derdestlik itirazını) ilk oturumda (yazılı ya da sözlü olarak) bildirebilecektir.

§ 5 — MAHKEMECE DERDESTLİK (İLK) İTİRAZININ İNCELENMESİ USULÜ

Davalının derdestlik (ilk) itirazı davacıya tebliğ edilir (HUMK. m. 189, 1). Davalı hem esasa cevap vermiş hem de derdestlik (ilk) itirazında bulunmuş ise, önce derdestlik ilk itirazı incelenip karara bağlanır (HUMK. m. 199).

Mahkeme derdestlik (ilk) itirazını hadiseler gibi inceleyip karara bağlar (HUMK. m. 191). Derdestlik ilk itirazı, davanın açılmış olduğu mahkemece incelenir. Ancak bu mahkemenin davayı görmeye vazifeli (görevli) olması gerekir (HUMK. m. 191).

Mahkeme derdestlik ilk itirazı dışında başka (ilk) itirazlar da ileri sürülmüşse hepsini inceleyip (birlikte) karara bağlar (HUMK. m.

(51) YİBK. 29.3.1944 36/10 sayılı (RG. 19.6.1944, sayı: 5734).

(52) Sözlü yargılama usulü uygulanan tapulama mahkemelerinde de ilk itirazların ilk oturumda ileri sürülmesi gerekir. Örneğin, ilk itirazların HUMK. m. 478 uyarınca, «nihayet ilk oturumda ileri sürülmesi gerekir. Bu süreler, HUMK. m. 163 hükmünce kesin sürelerdendir. Mahkemeler bu süreleri uzatamazlar. Davalı, birinci oturumdan çok sonra derdestlik rüyetlik itirazında bulunmuştur. Mahkemece itirazın kabulü isabetsizdir.» (7. HD. 20.1.1967, 9114/375; Ozanalp, s. 589 no. 665).

(53) Yetki itirazına ilişkin olarak bkz.: 2. HD. 21.12.1971, 7486/7317: RKD. 1972/2 s. 88-89; HGK. 16.1.1963, 4/4-7: İKİD. 963/27 s. 2017-2018, ABD. 963/1 s. 60; HGK. 25.11.1967, 2/518-576: ABD 968/1 s. 56; HGK. 12.12.1962, 4/155-108: AD. 963/3-4 s. 478-479; İKİD. s. 2023-2024.

(192). Yalnız ileri sürülen ilk itirazlardan birisinin kabul edilmesi durumunda, davaya başka mahkemede bakılacak ise, mahkeme, yalnız o ilk itirazı inceler; o ilk itirazı kabul ederse, diğer itirazlar hakkında inceleme yapmadan dava dosyasını davaya bakması gereken mahkemeye gönderir (54).

Mahkemece derdestlik (ilk) itirazı üzerine yapılacak incelemede; iki dava da aynı mahkemeye açılmış ise, mahkemenin iki dosyayı birlikte inceleyerek, iki davanın da aynı olup olmadığını saptaması gerekir. Birinci dava başka bir mahkemeye açılmış ise, ikinci davanın açıldığı, kendisine derdestlik (ilk) itirazında bulunulan mahkeme, birinci davaya bakan mahkemeden o davanın konusunu (müddeabihini), taraflarını ve dava sebebini sorar; verilen yanıtı göre iki davanın aynı olup olmadığını saptar.

Mahkemece yapılan inceleme sonucunda iki davanın taraflarının, konularının (müddeabihlerinin) ve dava sebeplerinin aynı olduğu kanısına varılırsa, derdestlik ilk itirazının kabulüne ve ikinci davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HUMK. m. 194) (55).

Mahkemece verilecek kararda davacı yargılama masraflarına ve vekâlet ücretine mahkûm edilir (56).

Davanın açılmamış sayılması kararı, son karar olduğundan temyiz edilebilir (HUMK. m. 427). Ancak davanın açılmamış sayılması kararlarına ilişkin olarak verilen Yargıtay kararlarına karşı karar tashihi (karar düzeltme) yoluna gidilemez (HUMK. m. 440, III/2).

Mahkemece, iki davanın taraflarının, dava konularının (müddeabihlerinin) ya da dava sebeplerinin aynı olmadığı kanısına varılırsa,

(54) Örneğin, 2. HD. 4.10.1971, 5808/5562 (RKD. 1971/2, s. 426 - 427).

(55) «Davanın başka bir mahkemede görülmekte olması nedeni ile ileri sürülen ilk itirazın gerçekleşmesi halinde dava reddedilmeyip Usulün 194. maddesi hükümünce açılmamış sayılmasına karar verilecek yerde, taraflar arasında davanın bir daha görülmesini önleyip kesin hüküm sonuçları doğuracak şekilde davaların reddedilmiş bulunması kabul şekli bakımından usule aykırıdır.» 4. HD. 18.11.1965, 8286/6082 (İBD. 4. HD./2 s. 14); 2. HD. 7.5.1974/2017 - 2830 (ABD. 1974/5 s. 944; YKD. 1975/6 s. 56 - 57; İKİD. 1976/6 s. 1415 - 1416); 2. HD. 9.1.1975/8686 - 131 (İBD. 1975/1 - 2 s. 99); 5. HD. 21.11.1979/8379 - 8654 (YKD. 1979/12 s. 1716).

(56) 2. HD. 5.3.973, 1340/1354 (İBD. 1973/3 - 4 s. 414; RKD. 1973/12 s. 493 - 494); 5. HD. 17.11.1964, 4608/4823 (ABD. 1964/6 s. 730); 6. HD. 17.4.1964, 901/1939 (İBD. 1964/5 - 6 s. 127 - 128); 7. HD. 4.5.1956, 13352/5232 (Sİ 1957/106 s. 2987 - 2988); TD. 31.3.1971, 667/2608 (ABD. 1972/1 s. 146 - 147); TD. 9.6.1972, 2493 - 2868 (İBD. 1973/3 - 4 s. 497); 4. HD. 13.2.1975/10943 - 1819 (İKİD 1975/174 s. 3562).

derdestlik (ilk) itirazı reddedilerek, dava esaslan incelenmeye başlanr. Derdestlik itirazının reddini içeren karar bir ara karardır; yalnız başına temyiz edilemez; ancak son kararla birlikte temyiz edilebilir.

Davalı zamanında (davanın,başında) derdestlik ilk itirazında bulunmazsa, artık bu itirazı ileri süremez; bu durumda, aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı dava sebebine dayanılarak açılmış olan iki dava ayrı ayrı incelenir. Bu durumda, ikinci davanın incelenmesinde davacının korunmaya değer hiç bir hukukî menfaati da bulunmamaktadır. Bu durumda, iki davada aynı mahkemede açılmış ise, hiç değilse davaların birleştirilmesine karar verilmeli ve iki davaya birlikte bakılmalıdır (HUMK. m. 48). Bu nedenle yapılacak yasal düzenlemede, derdestlik durumunun (şimdiki düzenlemeye göre ilk itirazının) dava şartı olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır (57).

Fransız hukukunda da davalının derdestlik itirazı üzerine ikinci davanın birinci dava ile aynı olduğu anlaşılırsa; ikinci dava birinci dava ile birleştirilir (règlement de juges). Buna göre, davalı birleştirme talebinde bulunur. Bu talep reddedilirse davalı, talebin red tarihinden itibaren on gün içerisinde bir dilekçe (contredit) ile kararı veren mahkemeye başvurur. Davalının bu başvurusu mahkeme kalemine kaydedilir. Kararı veren mahkeme bunun üzerine dava dosyasını yetkili istinaf mahkemesi (cour d'appel) ne gönderir. İstinaf mahkemesi için kendisine gelişinden başlayarak bir ay içerisinde kararını verir. Bu karar taraflara tebliğ edilir. İstinaf mahkemesi, davaların birleştirilmesine ya da talebin reddine karar verirse alt dereceli mahkemeler buna göre hareket ederler (58).

Eğer davalardan birisi istinaf mahkemesi (cour d'appel) nde görülmekte ise bu birleştirme Temyiz Mahkemesi (Cour de Cassation) tarafından yapılır. Davalının, davaların görüldüğü alt dereceli mahkemelerden birisinden iki davanın birleştirilmesi talebinde bulunması gerekir. Bu talep reddedilirse taraf bu kararı temyiz eder. Kararına karşı temyiz yoluna başvuru mahkeme, dava dosyasını Temyiz Mahkemesi (Cour de Cassation) ne gönderir. Temyiz Mahkemesi istinaf mahkemesinin (cour d'appel) uyguladığı usule benzer bir usulle uyuşmazlığı inceler. Eğer Temyiz Mahkemesi davaların birleştirilmesine karar verirse, dava dosyasını konuya ilişkin kararın onaylı örneği ile birlikte, davaya bakacak mahkemeye gönderir (59).

(57) Bu konudaki açıklamalar için bkz. yukarıda § 2., II.

(58) Civil Procedure in France, s. 272-273.

(59) Civil Procedure in France, s. 459.

RSFSC Medenî Usul Kanununda ise derdestlik konusunda ayrı bir düzenleme yer almaktadır. Bu Kanunun «Hukuk davalarında davaların (dava dilekçelerinin) kabulü» başlığını taşıyan 129. maddesinde (60): «Tek hâkim, hukuk davalarında davaların kabulüne ilişkin sorunlar hakkında karar verir.» (f. 1) denilmektedir. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasında hâkimin davayı (dava dilekçesini) reddedeceği durumlar sayılmaktadır. Bunlardan birisi de derdestliğe ilişkindir. Buna göre, eğer dava konusu anlaşmazlık, aynı taraflar arasında, aynı dava konusuna ve aynı dava sebebine dayanılarak; bir mahkemede açılmış ve görülmekte ise reddedilecektir (f. 2, 4. bend). Ancak hâkim maddede sayılan diğer durumlarda olduğu gibi bu durumda da red nedenini kararda gösterecektir (aynı m. f. 3). Hâkimce verilen bu karar taraflarca (davalı) ve savcı tarafından temyiz edilebilir (aynı m. f. 4; ayrıca aynı K. m. 315, f. 1) (61).

Belirtilmesi gereken ayrıntı; Sovyet hukukunda hukuk davalarının kurul halindeki mahkemelerde görülmekte olmasıdır. RSFSC Medenî Usul Kanunu m. 15: «Hukuk yargılamalarının kollektif (kollejiyal) karakteri» başlığını taşımakta olup metni şöyledir :

«Bütün mahkemelerdeki hukuk davaları kollejiyal temel üzerinde görülür: Asliye (temel) mahkemelerinde, mahkeme bir hâkim ve halkın temsilcileri (people's assessors) nden; temyiz mahkemelerinde ya da muhakemenin iadesi yargılamasında ise bir başkan hâkim ve diğer hâkimlerden oluşur.

Davalarda özel sorunlara ilişkin kararlar bu Kanunda gösterilen durumlarda, mahkeme adına hareket eden tek hâkim tarafından verilir.

Tek hâkimin karar vermeye yetkili olduğu durumlar (sorunlar) mahkemece kurul halinde de karara bağlanabilir.» (62).

[60] The CC and the CCP of the RSFSR, s. 193 - 194.

[61] m. 315.: The CC and the CCP of the RSFSR, s. 238 - 239.

[62] The CC and the CCP of the RSFSR, s. 161. Aynı K. m. 6 da da: «Yargılamalara halkın temsilcileri (people's assessors) nin katılması ve yargılamanın kollejiyal karakteri» başlığından sonra: «Bütün mahkemelerde hukuk davaları, özel kanununda gösterilen şekilde seçilmiş hâkimler ve halkın temsilcilerince görülür.

Asliye (temel) mahkemelerindeki hukuk davaları bir (başkan) hâkim ve iki halkın temsilcisi tarafından görülür.

Halkın temsilcileri, davanın duruşması sırasında çıkacak bütün sorunun çözümünde ve son kararın verilmesinde hâkim ile eşit haklara sahiptirler.

Temyiz muhakemesine üç hâkim; muhakemenin iadesi yargılamasına da en az üç hâkim katılırlar.» hükmü yer almaktadır.: The CC and the CCP of the RSFSR, s. 158 - 159.

Bu durumda derdestlik nedeniyle ikinci davanın reddi kararı mahkemece kurul halinde de verilebilecektir (m. 15/son).

Gerek tek hâkimce, gerek kurul halinde verilen ikinci davanın reddi kararı, mahkemenin aynı K. m. 315 (63) de yer alan hükümleri ihlâl etmiş olması durumunda RSFSC Yüksek Mahkemesinden başka, taraflar, davaya katılan diğer şahıslar tarafından temyiz mahkemesi (court of cassation) nezdinde temyiz edilebileceği gibi; savcı da temyiz mahkemesine başvurmaya yetkilidir (f. 1). Temyiz süresi son kararın verilmesinden itibaren on gündür (Aynı K. m. 284, tümce: 1) (64).

Ayrıca yine aynı Kanunun «Muhakemenin iadesi yolu ile mahkemelerce verilen kararların yeniden incelenebilmesi» başlığını taşıyan 319. maddesinde (65): «RSFSC mahkemelerince verilip kesinleşen kararlar, bu kanunun 320. maddesinde sayılan kişilerce talep edilirse muhakemenin iadesi yolu ile yeniden incelenebilir.» denilmektedir.

Buna göre derdestlik nedeniyle aynı Kanunun 129. maddesinde gösterildiği şekilde verilen red (ikinci davanın reddi) kararı temyiz mahkemesince de onaylanarak kesinleşmişse muhakemenin iadesi yolu ile yeniden incelenebilecektir. Bunun yanında yine m. 129'a göre derdestlik nedeniyle açılmış ikinci davanın reddine karar verilmeyerek her nasılsa incelenmeğe başlanmışsa muhakeme sırasında (davanın esasına girilmeden ya da girildikten sonra mahkeme tarafından re'sen ya da tarafların ileri sürmeleri üzerine) reddedileceğine ilişkin bu Kanunda hüküm bulunmadığını; bu durumda tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan iki dava ayrı ayrı incelenip karar verilmiş ve bunlar da kesinleşmişlerse muhakemenin iadesi yoluna başvurmaktan başka çıkar yol kalmadığını da yukarıda belirtmiştik (66)

— SÜRECEK —

(63) The CC and the CCP of the RSFSR, s. 238 - 239.

(64) The CC and the CCP of the RSFSR, s. 231.

(65) The CC and the CCP of the RSFSR, s. 240.

(66) Bkz. yukarıda, § 2., II.

FUCUR İLİŞKİSİ

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

● ANLATIM DÜZENİ : 1 — Giriş. 2 — Suç sayılma nedeni. a — Neslin korunması. b — Sosyal tepki. c — Aile ahlakı. 3 — Suçun failleri. a — Dar ölçü. b — Geniş ölçü. c — Karma ölçü. 4 — Cinsel ilişki. a — Dar anlayış. b — Geniş anlayış. 5 — Suç kastı. 6 — Maddi unsura ilişkin konular. a — Mütemadi suç. b — İştirak. c — Hata. d — Suçun tamamlanması. e — Teşebbüs. f — Zamanaşımı. S o n u ç.

I. GİRİŞ

Pek yakın akraba arasında cinsel ilişkinin suç sayılması Ceza Kanunumuzda bağımsız bir hükme bağlanmamıştır. Halbuki Medeni Kanunumuzun Mehazı olan İsviçre Medeni Kanununun uygulandığı ülke ceza kanununda (m. 213: İncest) bu fiil ayrı ve bağımsız bir hükümde öngörülmüştür. Türk Ceza Kanununun Mehazı olan 1889 İtalyan Ceza Kanununda (m. 337) ve bunun yerine geçen 1930 Kanununda (m. 564: İncesto, İncustus) bağımsız bir hüküm yer almaktadır.

Tarihte fucur çok ağır cezalandırılıyordu (1).

Fucur'un özel suç sayılmaması fikrinde olanlar da vardır. Çünkü bu ilişki hiç bir hakkı ihlâl etmez, sadece ahlâka aykırıdır. Adli zabıta aile mahremiyetine girmemelidir. Mehaz kanun hazırlanırken bu fikirler ileri sürülmüştür (2), reddedildi.

Memleketimizde de 237. maddeye bir fıkra ilâvesi teklif edilmiş ise de bu teklif reddedilmiştir (3).

2. SUÇ SAYILMA NEDENİ

Bu konuda ileri sürülen gerekçeler şöyle özetlenebilir :

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

(1) Bk. Özlü bilgi için, Dönmezer (S.) Ceza Hukuku Hususi Kısım (İstanbul, 1961, ss. 13 Von Litz, II, s. 413).

(2) Majno, Commento al codice penale Italiano, III, Torino, 1922, m. 337, n. 1488.

(3) Bu konuda, bk. Dönmezer (Umumi Adab), s. 18.

a) Neslin korunması : Pek yakın akrabanın cinsel birleşmesinden doğan çocuğun, «kan karışımı» (Commixtio sanguinis) sebebiyle «kusurlu» olabileceği bilinmektedir. Bu birleşmelerin yasaklanması gelecek kuşakların sağlığını korumak içindir (4). Bu düşünceye göre meşru - gayri meşru akrabalık ayrımı yapılamaz (5). Ceza Hukukunda gayri meşru nesep, nesebin bir suçun unsuru veya suçun şiddet veya tahfif sebebi sayıldığı hallerde meşru nesep olarak kabul edilir. Evlilik dışı, zina veya fucur mahsuli çocuk açısından böyle düşünmek gerekir (6).

İsviçre kanununda usul, furuğ, kardeşler arasındaki cinsel temas nazara alınmıştır. Bu akrabalığın meşru veya gayri meşru olması arasında fark görülemez (7).

b) Sosyal tepki : Çok yakın akraba arasındaki cinsel ilişki duyulunca toplumda bir tiksinti doğurur. Bu bir tepkidir. Bazı konular bu tepkiyi «skandal» unsurunu (seandal public, pubblico scandalo) aramakla karşılaşmışlardır (8). Dönmezer skandal terimini «Umumi rezaleti mucip olacak» surette hareket etmek anlamında dilimize çevirmiştir (9).

Fucur ilişkisinde önemli olan cinsel temas değildir, bunun meydana getirdiği skandal, fiilin bilinmiş olmasıdır (10). Böylece fucur ile skandal arasında nedensellik şartı aranacaktır. Bu nedenselliği şöyle ifade edenler vardır: Fucura ilişkin davranışlar öyle yapılmalıdır ki bundan skandal meydana gelmiş olsun. Eski İtalyan Kanununun 1887 projesinde «skandal tahrik edici şekilde hareket» den söz ediliyordu. Komisyonda bu tanım isabetli görülmedi ve «alenen, skandal doğuracak» biçiminde bir öneride bulunuldu. Sadece «skandal ihtimali» yeterli görülmedi. Skandalın, fucur ilişkisinin doğrudan doğruya neticesi olması düşünülüyordu. Sadece evdeki hizmetçilerin, eve gidip gelenlerin, komşuların ifadesi yeterli sayılmıyordu. Nocita, çocuk yapmak, kız kardeşini eşi gibi göstermek hallerinden söz ediyordu (11).

(4) Logoz (P.) Commentaire du code pe'nal suisse (Portie spéciale), 1956, II, m. 213, bk. Santosuosso (E.) La facondazione artificiale nella alonna (Milano, 1961) s. 158, encesto, no 78.

(5) İtalyan Yargıtay kararı, 16.4.1934, Ciust, pen. 936, II, 210.

(6) Dolce (R.), Enciclopedia del diritto, 1970, XX, s. 737.

(7) Logoz, m. 213, 2 b.

(8) Logoz (Partie speciale), II, m. 213.

(9) Dönmezer (Umumi Adab) s. 14.

(10) Majno, III, m. 337, n. 1489.

(11) Bk. Majno, II, m. 337, n. 1492.

Skandal, fiilin işleniş şeklinden meydana gelmelidir, zabıtaca yapılan araştırma, özel kişilerin, Adliyenin araştırması sonucu meydana çıkması yeterli sayılmamıştır (12).

Skandal, taksirli olsa dahi suçun cezalandırma objektif şartını meydana getirmiş olur (13). Skandalın failer tarafından istenmiş olması şart değildir, yeterki meydana gelmiş olsun (14). Çevrece bilinmiş olmak (Örneğin gebeliğin öğrenilmiş olması) yeterlidir (15).

«Skandal» suç için şart olunca, sadece fiil (fucur) suç sayılmayacak, ayrıca «skandal»ın mevcudiyeti aranacak, ancak bu koşullarla fucur, umumi adaba ykırı sayılacaktır (16).

Eski İtalyan Ceza Kanunu şarihlerine göre cezalandırılan cinsi münasebet değildir, bu münasebet skandal doğurursa suç meydana gelir. O halde sadece gelecek kuşakların sağlığı nazara alınmış sayılamaz (17).

Skandal'ın «cezalandırma» şartı olup olmadığı tartışmalıdır. Skandal'ın tam bir cezalandırma şartı olmadığını, çünkü bu şartın dıştan bir sebebe dayanmadığını, failerin hareketlerini icra biçiminden meydana geldiğini ileri sürenler vardır (18).

Skandal, suçun «neticesi» sayılmaktadır. Bunun cezalandırma şartı olarak kabulü doğru değildir. Fakat skandalın doğurduğu toplumsal tikslenme (tepki) daha fazla cezalandırma şartını haklı göstermektedir. Böyle olunca «skandal doğuracak biçimde hareket» kastı deyimi isabetli değildir (19).

Bazı yazarlar «fucur, kendi başına suç sayılmalı, suçun neticesi olan skandal aranmamalıdır» fikrindedirler (20).

c) Aile ahlâkı : Ailenin toplumdaki önemi, aile ilişkilerinin temizliğini, aile içi davranışların ahlak kurallarına uygunluğunu, ailenin huzurunu gerektirir (21).

(12) İtalyan Yargıtay kararı (Giust. pen. 1953, II, 530), bk. Manzini, VI, s. 570 nt. 5.

(13) İtalyan Yargıtay kararı (Riv. pen. 1956, II, 952).

(14) Latlanzi, m. 564, nt. Carletti, m. 337, nt.

(15) İtalyan Yargıtay kararı (Giust. pen. 1955, II, 704), Carletti, m. 337 nt.

(16) Bk. Venditti, (R.), La tutela penale del pudore e della pubblica decenza (Milano, 1963), s. 51.

(17) Bk. Manzini, VI, n. 2263, s. 567, nt. 1.

(18) Manzini, VI, s. 570.

(19) Bk. Dolce, s. 976, nt. 33.

(20) Maggire, s. 661, Santosuosso, s. 159.

(21) Logoz (Partie speciale) II, m. 213.

Fucurun cezalandırılmasını daha ziyade «aile ahlakı» açısından zorunlu görenler (22) vardır. Yeni İtalyan ceza Kanununda «aile ahlakına karşı cürümler» adını taşıyan fasıl'da fucuru yasaklayan 564. madde fasılın ilk maddesi olarak yer almaktadır. Ceza himayesinin maddi özel konusu «umumi adab»ın teşkil ettiği hukuki menfaatir (23).

Bunun aksini de düşünenler vardır: Fucur, aile içinde özel hiçbir hakkı ihlal etmiş değildir, sadece ahlaka aykırıdır (24).

Bu açıdan fucuru cezalandırıp cezalandırmamakta tereddüt edilmektedir. Pessina bu suçun kaldırılması fikrinde. Böyle bir suçun araştırılması aile ahlakını zedeler (25). Alimena (26) Evlat edinmenin bu suçun haricinde kalmasını ister.

Fucur'un cezalandırılması sebebi neslin uğrayacağı zarar olarak kabul edilirse sıhri hısımlık nasıl izah edilecektir? Neslin korunması fikri ancak kan akrabalığını fucur saymağı gerektirecektir. Bununla beraber aile müessesinin önemi, aile ahlakı, bunun ihlalinin doğurduğu skandal esas tutulursa konu daha değişik gözükcektir (27).

3. SUÇUN FAİLLERİ

Kan akrabalığını yeterli sayan kanunlarla bu suçun sıhri akrabalığı da kavradığını kabul eden kanunlar vardır.

Farklı kişiler gösterilmiş olsa dahi gösterilen kişilere benzer durumdakiler (Örneğin vasiler) hükme dahil değildir (28).

Madde de sayılan vasıflar üzerinde tereddüt edilirse konu «ön-mesele» (CMUK. 255) sayılacaktır. Fucur veya zina mahsulü çocuğun ana veya babası açısından konu önem kazanır.

1887 projesinin nezaret gerekçesinde ilişki şöyle tanımlanmıştı; «evlenmeleri yasaklanmış kan ve sıhri hısımlar arasındaki cinsel birleşme» (29).

(22) Manzini, Trattato di diritto Italiano (Torino, 1951) VII, s. 737.

(23) Manzini, VI, n. 2263.

(24) Bk. Carletti (T.), Codice penale (1916), m. 337, kşz. Carraud (R.), Traite the-arigue et pratique du droit pénal Français (3. Baskı), ss. 430, bk. Coyet, precis de droit pénal special (Paris 1945), ss. 387.

(25) Dolce (R.), den naklen (Enciclopedia del diritto, 1970), XX, s. 973.

(26) Alimena'nın fikri için bk. Manzini, VI, s. 565, nt. 1.

(27) Dolce, s. 974, Manzini (1951), VII, s. 737.

(28) Bk. Manzini (V.), Trattato di diritto penale Italiano, (Milano, 1926), VI, s. 564.

(30) Çok faili suç için bk. Sesò (R.) Saggio in tema di reato plurisoggettivo (Milano, 1955), ss. 13.

Fucur, birden fazla failli suçlardandır (30), bir açıdan zina, çift-evlilik suçlarına benzer, her failin durumu ayrı olarak ele alınır, faillerden birinin ceza ehliyeti olmayabilir. Bu ehliyetsizlik diğerine tesir etmez.

Yeni İtalyan Kanununun 564/3. maddesine göre reşit kişi tarafından onsekiz yaşından küçük kişi ile suç işlenmiş ise Reşit'in cezası arttırılır. Çünkü reşit'in küçüğü fucura azmettirdiği farz olunur. Bu husus nezaret gerekçesinde de gösterilmiştir. Bununla beraber, küçüğün büyüğü azmettirdiğinin veya tahrik ettiğinin anlaşıldığı halde ceza arttırılacak mıdır? Büyüğün, küçüğü fucur'dan korunması gereğine dayanılarak şiddet sebebinin uygulanması fikri ileri sürülmüştür. Bu durumda reşit, diğerinin küçüklüğünden faydalanmış olur (31).

a) Dar ölçü : İsviçre Ceza Kanununun 213. maddesine göre «usul, furuğ veya kız ve erkek kardeş arasındaki cinsi temas» suç sayılmıştır. «Bir reşit kişi tarafından igfal edilen küçükler ceza görmezler», «dava zamanaşımı iki senedir».

İsviçre ceza kanunundan evvel mevcut kanton kanunlarının bazılarında (Örneğin 1874 Cenevre Kanununda) fucur ilişkisi suç değildi. Bazı kanton kanunlarında (Örneğin Nöşatel kanununda) fucur'un cezalandırılması için skandal (scandale public) şartı aranıyor, eğer böyle bir skandal mevcut değil ise suç faillerinden birinin dördüncü dereceye kadar bir akrabasının şikâyeti aranıyordu. Böylece mahrem bir fiilin aleniyete dökülmesi önlenmek isteniyordu. Kimi kantonlar bu suçu «umumi adab»a, kimi kanton «aile aleyhine suç» sayıyordu (32).

İsviçre ceza kanunu ile İsviçre Medeni Kanunu aynı ölçüye bağlı kalmamışlardır. İsviçre Medeni Kanununun evlenmelerini yasakladığı tüm akrabalar ceza kanunu açısından fucur ilişkisine dahil sayılmamıştır. İsviçre Medeni Kanununa göre (m. 100/1) amca ile yeğen'in evlenmeleri mümkün değildir. Fakat bunlar fucur münasebetine dahil sayılmazlar. Bu durum, Ceza Kanununun ve Medeni Kanunun farklı ölçülere göre hareket ettiğini gösterir (33).

(29) Manzini, II, s. 569, nt. 1.

(31) Dolce, s. 979, bk. Pisapia, *Delitti conturo la familia* (Torino, 1953) s. 601, Manzini, VIII, s. 748.

(32) Logoz, *Commentaire du code pénal suisse* (Partie spéciale), 1956 II, n. 213.

(33) Logozm 213 n. 2.

Alman Kanunu (ss. 173) usul, furuğ, kardeşler arasındaki ilişkiyi cezalandırmaktadır. İngiltere fucur fiillerini ayrı bir kanunla cezalandırır (34).

b) Geniş ölçü : Eski İtalyan Kanununun 337. maddesine göre «her kim, umumun hicabını (pubblico scandalo) mucip olacak surette velev gayrı meşru olsa bile usul ve furuğdan veya o derecede bulunan sıhri karabet eshabından biri ile veya ana baba bir veya biri ayrı kardeş veya kız kardeşi ile cinsi münasebette bulunursa onsekiz aydan beş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden mahrumiyet cezası ile cezalandırılır (35). Bu çeviride «skandal» (Publico scandalo) kelimeleri «umumun hicabı» şeklinde çevrilmiştir.

Eski İtalyan Kanunu tasarısında yer almış olan «velevki gayrı meşru olsa bile» ibaresinin kaldırılması önerildi, fakat kabul edilmedi.

Toskana Kanunu (m. 294) skandal şartını arıyor, fakat kan hısımlığı ile sıhri hısımlığı ve evlat edinenle evlatlık arasındaki münasebeti ayrı hükümlere bağlıyordu.

c) Karma ölçü : Yeni İtalyan Ceza Kanunu (m. 564) fucur ilişkisinin bir skandal doğurmasını şart saymıştır. Bu kanuna göre usul, furuğ (İtalyan medeni K. 75), erkek, kızkardeş (İtalyan Medeni K. 50) arasında bu suç meydana gelebilir. Cezası bir yıldan beş yıla kadardır. Eğer cinsi münasebet bahis konusu ise ceza iki seneden sekiz seneye kadardır. Eğer fucur ilişkisi ve cinsi münasebet reşit bir kişi tarafından onsekiz yaşından küçüğe karşı işlenmiş ise ceza reşit açısından artırılır (İtalyan CK. 64). Ama, babanın mahkumiyeti halinde velayet hakkı düşer.

4. CİNSEL İLİŞKİ

Cinsel birleşme (temas) ile buna benzer fiiller ayrımı üzerinde durulmaktadır:

a) Dar anlayış : «Cinsel birleşme»ye yaklaşımlar bile diğer uygunsuz hareketler ve bazılarında göre gayrı tabii cinsi münasebet dahil sayılmayacaktır (36) cinsel temas sayılmayan sair şehvi hareketler bu suçun maddi unsurunu oluşturmaz (37).

[34] Dönmezer (Umumi Adab), s. 15.

[35] Majno tercümesi, m. 337, s. 157.

[36] Manzini, VI, s. 569.

[37] İtalyan Yargıtay Kararı (RIV. pen. 1938, 332), bk. Lattanzi (G.) i codici penali (Milano, 1962), s. 574.

b) Geniş anlayış : Yeni İtalyan Kanunu (m. 564) sayılan kişiler arasında skandal meydana getiren hareketle bunlar arasındaki cinsel münasebeti ayırmış, bu ikinciye daha ağır ceza vermiştir.

5. SUÇ KASTI

Manzini (38) bu suçta «kast»ı şöyle tanımlar: Fucur niteliğinde olduğunu bildiği cinsel teması, skandal doğuracak biçimde işlemek iradesi.

Akrabalık bağının bilinmesi halinde suçluluk kabul edilir (39). Bu durum bazen faillerden yalnız birinin cezalandırılmasını gerektirebilir. «Çifte suçluluk» teşkil etmesine rağmen her iki failde bilginin varlığı şartı aranmaz. Her fail, bilgisine göre, cezalandırılır. Fucur münasebetinde ortaklık şarttır, fakat «zaruri faillik» aranmaz.

Fucur iki tarafın rızası ile mümkündür. Eğer bir kimse, madde de yazılı hısımlık ve akrabalığı ile kendisine bağlı bir kadını cebir kullanarak cinsi temasa mecbur bırakmış ise başka suç (İtalyan Ck. 331, 332) meydana gelmiş olur (40). «Mefruz cebir» halinde de böyle hareket edilir (41).

6. MADDİ UNSURA İLİŞKİN KONULAR

Cinsel ilişkiye bakarak bazı hususlar üzerinde durulmuştur:

a) Mütemudi suç : Eski İtalyan kanunda cinsi münasebetler tabiri kullanılmış olmasından tek cinsi münasebetin suç olmayacağı sonucuna varılmakta ise de bunun aksini ileri sürenlerde vardır (42).

«Fucur münasebeti» deyimine bakarak bu suçun «mütemudi suç» olduğu, dolayısıyla bir tek birleşmenin yeterli sayılamayacağı, evlilik gibi sürekli bir münasebetin zorunlu bulunduğu ileri sürülmektedir (43).

Fucur, mütemudi, icabi ve zarar suçudur (44).

b) İştirak: Her iki fail, «asli fail» sayılırlar, ancak bunlar dışındaki kişiler azmettiren veya fer'i fail olabilirler, yeterki akrabalık münasebetini bilmiş olsunlar.

(38) Manzini, VI, n. 2266.

(39) Bk. Logoz nt. 213, 2b.

(40) İtalyan Yargıtay kararı, Rivista penale, XXXVI, s. 436 bk. Majno, III, s. 198, nt. 6.

(41) İtalyan yargıtay kararı, 26.3.1980.

(42) Pincherle, cod. pen. s. 467-468 (Majno'dan naklen, III, s. 198 nt. 5.

(43) Manzini, VI, s. 569.

(44) Manzini, VI, n. 2265.

c) **Hata** : Hata (şüphe değil) hısımlığa veya derecesine ilişkin ise, hatanın konusu Medeni Kanundur, ceza hukuku açısından «fiili hata» sayılır.

Hısımlık ilişkisi üzerinde hata, kastı kaldırır, yeterki gerçekten «maddi hata» bahis konusu olsun. Eğer hata «hukuki hata» ise —örneğin fucur'un suç sayıldığını bilmemek— (TCK. 44) geçerli değildir. Gayri meşru nesebin, meşru sebebe benzetildiğini bilmemek dahi hukuki hata sayılmıştır (45).

d) **Suçun tamamlanması** : Suç, skandalın meydana geldiği sırada mı, yoksa cinsel temas veya benzeri hareketin yapıldığı anda mı tamamlanmıştır. Vannini cinsel ilişki anını tamamlanma zamanı sayar (46). Skandalın, cezalandırılma şartı veya suçun neticesi olmasına göre görüşler farklı olacaktır.

e) **Teşebbüs** : Bu suça teşebbüs tartışmalıdır. Teşebbüs halinde kalmış suçta skandal meydana gelemeyeceğinden, skandal cezalandırılma şartı kabul edilirse, teşebbüs mümkün sayılamaz. Eğer skandal meydana gelmiş ise suç tamamlanmış, skandal meydana gelmemiş ise teşebbüste oluşmamıştır (47).

f) **Zamanaşımı** : İsviçre Ceza Kanunu (m. 213/4) dava zamanlaşımında kısaltılmış bir süre (iki sene) kabul etmiştir. Buna sebep olarak «delil bulabilmek güçlüğü» gösterilmekte ve unutulmuş olayın aleniyete çıkmaması düşünülmektedir. Olaydan çok sonra meydana çıkan bir skandal kabul edilmemektedir (49).

SONUÇ

«Evlennemeleri memnu bulunan yakın akraba arasındaki cinsi münasebetler kanunumuza göre suç değildir» (50). Fucur suçu, Mehzadan Kanunumuza alınmamıştır. Bu halin yasalarımıza alınmasında fayda vardır. Böylesine hareketlere raslanmaktadır.

Eğer bu düşünce benimsenirse «usul, furuğ, kardeşler» arasındaki ilişkiye indirgeli olmalı, sadece «cinsel temas» nazara alınmalı, fail usul, furuğ ise velayet hakkından mahrum bırakılmalıdır. Skandal «cezalandırma şartı» sayılmalıdır.

(45) Dolce, s. 978.

(46) Vannini, Manuale di diritto penale Italiano (Milano, 1954) ss. 253.

(47) Dolce, s. 979, Ramieri, Manuale di diritto penale, (Padova, 1952) s. 150.

(48) Manzini, VI, n. 2265.

(49) Logoz, m. 213, n. 5.

(50) Dönmezer (Umumi Adap), s. 15.

TÜRK CEZA KANUNUNUN 403. MADDESİNDEKİ NİSBI PARA CEZASI ARTIRIMA TABİ MİDİR?

O. Kadri KESKİN (*)

● ANLATIM DÜZENİ : I — Yanlışlığın kaynağı. II — TCK. nun 403/4. maddesi yönünden inceleme. III — TCK. nun 403/1-3. maddesi yönünden inceleme. IV — TCK. nun 403/1-3. maddelerindeki (hükmolunacak para cezalarının 1000 veya 500 liradan aşağı olamayacağı) yolundaki hükümler yönünden inceleme. V — S o n u ç.

I — YANLIŞLIĞIN KAYNAĞI

Türk Ceza Kanunu ve bazı özel kanunlardaki para cezaları 5435 ve 2248 sayılı Kanunlarla, son defa da 2790 sayılı Kanunla (1) genel olarak artırılmıştır.

Bu artırımlarla ilgili 2 araştırmamız **Yargıtay Dergisi** ile **Adalet Dergisi**'nde yayınlandığından (2) (3) burada konu üzerinde detayı ile durmuyoruz.

Ancak bu kerre, özel uygulama dolayısıyla muttali olduğumuz bir durumu ele almak, Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan 1984 baskılı, Türk Ceza Kanunundaki bir zuhulü belirtmek istiyoruz.

Şöyle ki :

TCK. nun 403. maddesinin 1 ve 3. fıkralarında «...uyuşturucunun her gram veya küsuru için 10 lira ağır para cezası ile cezalandırılır.» hükmü yer almakta, 403/1. maddede 1000, 403/3. maddede 500 liradan aşağı olmayacağı, 403/4. maddedeki hallerde ise 10.000 liradan eksik olmayacağı belirtilmektedir.

(*) **Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Asil Üyesi.**

- (1) 2790 sayılı Kanun 22.1.1983 gün ve 17936 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.
- (2) Bkz. Keskin, O. Kadri; 2248 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliğe Göre Türk Ceza Kanunu ve Bazı Özel Kanunlardaki Para Cezalarının Artışı, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1980, Sayı: 1-2.
- (3) Bkz. Keskin, O. Kadri; Son Yapılan Değişikliğe Göre Türk Ceza Kanunu ve Bazı Özel Kanunlardaki Para Cezalarının Artışı, *Adalet Dergisi*, Eylül - Ekim 1983, Sayı: 5.

Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı'nca Kanunlar Serisi No. 59'da yayımlanan, 1984 baskılı (**Türk Ceza Kanunu**) isimli kitapta, TCK. nun 403. maddesindeki para cezalarının artırımı tabi olmadığı belirtilmektedir. Maddenin altındaki notta, aynen «Maddenin (4) sayılı bendinde yazılı para cezası, metni değiştiren 2370 sayılı Kanunun yürürlük tarihi bakımından ve diğer bentlerde yazılı para cezaları da nisbi (mütezayit nisbete tabi) olmaları nedeni ile misil artırmasına tabi değildir.» denilmektedir.

Oysa yukarıda belirttiğimiz 1980 ve 1983 tarihli her iki incelemizde de; 403. maddedeki para cezalarının 2248 sayılı Kanuna göre 10 misli, 2790 sayılı Kanuna göre de 30 misli artırımı tabi olduğu ifade edilmiştir.

Keza, Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Genel Müdürlüğü'nca Kanunlar Serisi No. 42'de yayımlanan, 1979 baskılı (**Türk Ceza Kanunu**) isimli kitapta da TCK. nun 403. maddesindeki para cezalarının 2248 sayılı Kanunla 10 misline çıktığı belirtilmektedir.

Şimdi bunlardan hangisi doğrudur?...

TCK. nun 403. maddesindeki para cezaları her iki incelememizdeki ve önceki (**Türk Ceza Kanunu**) isimli kitaptaki gibi **artırıma tabi midir?** Yoksa, yeni (**Türk Ceza Kanunu**) isimli kitaptaki gibi **artırım yok mudur?**

Konunun önemi, Adalet Bakanlığı'nca yayımlanan (**Türk Ceza Kanunu**) isimli kitabın uygulayıcının adeta tek, sahih el kitabı olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır.

II — TCK. NUN 403/4. MADDESİ YÖNÜNDEN İNCELEME

Bu fıkra yönünden 2248 sayılı Kanuna göre artırım söz konusu olmakla birlikte, 2790 sayılı Kanun bakımından bir artırım yoktur.

Zira, TCK. nun 403. maddesinin 4. fıkrasındaki para cezası 2370 sayılı Kanunla, bizzat kanun metni itibarıyla değiştirilmiştir. 2370 sayılı Kanun da 10.1.1981 gün ve 17216 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. 2790 sayılı Kanuna göre en son 31.12.1980 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan Kanunlarda yazılı para cezaları artırımı tabidir. Şu halde artırımın yapılabileceği son tarih olan 31.12.1980 den sonrasına ait bir değişiklik yoktur ve artık TCK. nun 403/4. maddesindeki para cezası bakımından 2790 sayılı Kanuna göre bir artırım söz konusu değildir.

Fakat 2248 sayılı Kanunla 10 misli artırım hükmü uygulanacaktır. Çünkü 2248 sayılı Kanuna göre en son 31.12.1977 tarihi-

ne kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlarda yazılı para cezaları artırıma tabidir. 2248 sayılı Kanun bakımından, bu maddedeki son değişiklik 15.7.1953'de yürürlüğe giren 6123 sayılı Kanunla yapılmıştır. Şu halde 2248 sayılı Kanunla artırım gereklidir.

Bu noktada değişiklik tarihleri nazara alındığında bir ihtilaf olmadığı açıktır.

III — TCK. NUN 403/1 - 3. MADDESİ YÖNÜNDEN İNCELEME

İhtilâf buradadır.

Her iki incelememizde biz ve eski yayımladığı (Türk Ceza Kanunu)'nda Adalet Bakanlığı «uyuşturucunun her gram veya küsuru için 10 lira ağır para cezası ile cezalandırılır.» hükmünün artırıma tabi olduğunu kabul etmekteyiz.

Son yayımladığı (Türk Ceza Kanunu)'nda ise, bunun artırıma tâbi olmadığı «diğer bentlerde yazılı para cezaları da nisbi (mütezayit nisbete tabi) olmaları nedeni ile misil artırımına tabi değildir.» denilerek ifade edilmektedir.

Kanaatımızca bu noktada bizim incelememiz **doğrudur.**

Çünkü :

Hemen belirtelim ki, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı'nın yukarıdaki bu gerekçesi 5435, 2248 ve 2790 sayılı Kanunlara uygun değildir.

Yayımlanan kitapta, buradaki para cezaları nisbi (mütezayit nisbete tabi) olduğu için artırılmaz deniliyor. Gerekçe bu... Oysa ne 2248 sayılı Kanunla, ne de 2790 sayılı Kanunla bu konudaki temel hükümlerin yer aldığı 5435 sayılı Kanunda bir değişiklik yapılmış değildir. Sadece artırma oranları ve tarihleri değişiktir. Bu temel hükümlere göre; artırılmıyacak olan Bakanlığın yayımladığı Kanundaki gibi nisbi (mütezayit nisbete tabi) para cezaları değil, tazminat kabîlinden olup mütezayit nisbete tabi bulunan para cezalarıdır. Kanunun açık hükmü budur. Kanunda yazılı (Tazminat kabîlinden olup) kısmı atılarak, sadece (mütezayit nisbete tabi bulunan) kısmı alınınca elbette netice de yanlış olacaktır.

Filhakika 403/1 - 3. maddedeki bu para cezası nisbi (mütezayit nisbete tabi) dir. Ama bu yetmez ki... Tazminat niteliğinde olup olmadığı da araştırılmalıdır. Ancak tazminat niteliğinde ise artırım sözü konusu değildir. Ama para cezası ise nisbi de olsa artırıma tabidir.

TCK. nun 403. maddesindeki para cezası tazmini nitelikte değildir. Her şeyden evvel bir zarar yoktur ki, bunun tazmini söz konusu olsun.

Nitekim Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi'nin 1961/1110 E., 1961/1366 K. sayılı 24.3.1961 günlü kararında, TCK. nun 403. maddesindeki para cezasının tazmini nitelikte olmadığı sarahatla belirtilerek «TCK. nun 403. maddesindeki para cezasının nisbî olmasının, behamahal tazminat kabilinden olmasını intaç etmiyeceği nazara alınmıyarak, amme para cezası olduğu halde tazminî mahiyette olduğunun kabulü... kanuna muhaliftir.» denilmektedir.

Keza, TCK. nun 403/1 - 3. maddesindeki bu para cezasının artırıma tabi olduğu Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi'nin 1982/2897 E. 1982/2833 K. sayılı 17.8.1982 günlü kararında da benimsenmekte, ancak özel olay bakımından suç tarihi itibarıyla uygulama alanının olmadığı vurgulanmaktadır. Kararda «TCK. nun 403/3. maddesi gereğince uyuşturucu maddenin her bir gram ve küsuru için hükmolunacak 10 lira ağır para cezasını 10 misli artıran 2248 sayılı Yasanın...» denilmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1980/5 - 57 E., 1980/217 K. sayılı 2.6.1980 günlü kararında da, kararın verildiği tarihteki 2248 sayılı Kanun bakımından yapılan incelemede, konu ile ilgili olarak «... uygulamada asıl ceza uyuşturucu maddenin her gram veya küsuru için alınan 10 lira ağır para cezasını 10 misli artırarak 10 lira ağır para cezasına çıkarmıştır...» denilerek, maddedeki 10 liralık bu para cezasının artırıma tabi olduğu belirtilmektedir.

Şu halde bu para cezası artırıma tabidir.

IV — TCK. NUN 403/1 - 3. MADDELERİNDEKİ (HÜKMOLUNACAK PARA CEZALARININ 1000 VEYA 500 LİRADAN AŞAĞI OLAMIYACAĞI) YOLUNDAKİ HÜKÜMLER YÖNÜNDEN İNCELEME

Yukarıdaki incelememiz dışında, TCK. nun 403/1. maddesinde bu suretle «hükmedilecek para cezası 1000 liradan aşağı olamaz» ve TCK. nun 403/3. maddesinde de bu suretle «hükmedilecek para cezası 500 liradan aşağı olamaz» hükümleri yer almıştır.

Acaba bu 1000, ya da 500 liralık para cezası hükümleri de 2248 sayılı Kanuna göre 10, 2790 sayılı Kanuna göre 30 misli artırmaya tabi midir?

Hayır, misil artırımına tabi değildir!

Bu husus, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1980/5 - 57 E., 1980/217 K. sayılı 2.6.1980 günlü kararıyla halledilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu kararında: «...5435 sayılı Yasa gibi bu yasa'yı değiştiren 2248 sayılı Yasanın 23. maddesi de TCK. nun 403/4 - 5. maddelerinde yazılı verilecek para cezasının asgari haddini göstermekten ibaret kalan «500 liradan... 1000 liradan aşağı olamaz» hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapmamış, uygulamada asıl ceza uyuşturucu maddenin her gram veya küsuru için alınan 10 lira ağır para cezasını 10 misli artırarak 100 lira ağır para cezasına çıkarmıştır. Anılan maddede yazılı tüm para cezalarının itiraznamede belirtildiği gibi 10 misline çıkartıldığı kabulü halinde sanıklara verilecek para cezalarında hem gram ve küsuru için ve hem de asgari haddin yükseltilmiş sayılması nedeniyle iki defa artırma yapmak gibi bir durumun ortaya çıkacağı, böyle bir halin yasa koyucunun amacına ters düşeceği ve yukarıda açıklanan TCK. nun 403. maddesinin bu güne kadar ki uygulaması da gözönünde tutulduğunda C. Başsavcılığı'nın itirazının reddine karar verilmelidir.» denilmektedir.

Buna karşılık, çoğunluk görüşüne karşı olan üyeler; artırıma tabi olmayan istisnai durumların 2248 sayılı Kanunla değişik 5435 sayılı Kanunun 2. maddesinde ve 3 - 20.5.1957 gün 1/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiğini, bunlar dışındaki tüm para cezalarının artırıma tabi olduğunu belirtilerek, Kanunda ve İçtihadı Birleştirme Kararında yer olmayan bir hususun istisna olarak Ceza Genel Kurulunca kabul edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir.

Fikrimizce de, doğuracağı hukukî sakınca çoğunluk görüşünde de belirtilmekle beraber pozitif hukuk açısından azınlık görüşü daha yerinde gibidir. Ceza Genel Kurulu kararıyla, Kanunda ve İçtihadı Birleştirme Kararında yer almayan bir istisna daha getirilmiştir. Oysa bu istisna ya Kanun değişikliği ile veya İçtihadı Birleştirme Kararı ile getirilebilirdi kanaatındayız.

Bütün bunlara rağmen, konu dışı olduğundan fazla detaya girmeden ifade edelim ki, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kabulü yukarıdaki gibidir ve artık uygulama da bu doğrultuda olmuştur.

Ancak hemen belirtelim ki, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı doğrultusunda misil artırımının olmaması, işlenen suç cürüm olmakla asgari haddin 3000 liradan aşağı olamayacağı yolundaki hüküm uygulanmasına engel değildir.

Filhakika 2790 sayılı Kanunla 5435 sayılı Kanunda yapılan değişikliğe göre, artırılarak hükmedilecek para cezaları **kabahatlarda**

1500 ve **cürümlerde** 3000 liradan aşağı olamayacağı gibi; 2787 sayılı Kanunla değişik TCK. nun 19 ve 24. maddelerine nazaran da ağır para cezası 3000, hafif para cezası 1500 liradan **aşağı olamaz**.

Şu halde bu Kanunların yürürlüğe girdiği 22.1.1983 tarihinden sonrası bakımından işlenen suçlar için kabahatlarda verilecek hafif para cezaları 1500 ve cürümlerde verilecek ağır para cezaları 3000 liradan aşağı olamayacaktır.

TCK. nun 403. maddesindeki bu suç da cürüm niteliğindedir ve hürriyeti bağlayıcı ceza yanında ağır para cezasına da hükmolunacaktır. O halde her ne kadar TCK. nun 403/1 ve 3. maddesinde para cezasının 1000 veya 500 liradan az olmayacağı yazılı da olsa, artık her iki halde de 3000 lira ağır para cezasından aşağı olmayacaktır.

V — SONUÇ

Sonuç olarak, **kesinlikle** ifade edelim ki; her iki incelememizdeki TCK. nun 403. maddesindeki 10 liralık bu para cezasının artırımı tabi olduğu yolundaki sonuç ve yorumumuz doğrudur.

1984 yılında Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı'nca yayımlanan (Türk Ceza Kanunu) isimli kitaptaki, artırımı tabi değildir şeklindeki açıklama bir **zuhule** müstenittir.

2790 sayılı Kanun hükümlerine göre, TCK. nun 403. maddesindeki 10 liralık para cezası, artık 30 misli **artırımı tabidir**.

Tekrar belirtelim ki amacımız bir yanlışlığı belirtmenin yersiz hazzını tatmak değildir. İyi niyetle, uygulayıcının uyarılmasıdır.

«EMNİYETİ UMUMİYE NEZARETİ» UYGULAMASI VE SORUNLAR

Şemsettin ÖZCAN (*)

● ANLATIM DÜZENİ : 2 — Kapsamı. 2 — Özellikleri. 3 — Uygulaması. 4 — Sorunlar. 5 — S o n u ç.

1. KAPSAMI

Ceza Kanunumuzun bazı maddelerinde öngörülen hapis cezaları yanında bu maddelerde yazılı suçları işleyen şahıslara emniyeti umumiye nezareti cezasında verilmesini hüküm altına almıştır. Bu nezaret süresi ya cezayı öngören maddelerde belirtilmiştir, yada TCK. nun 28. maddesine göre emniyet nezaretinin ne kadar olacağı belirtilmediği durumlarda nezaret süresi bir yıldan az üç yıldan fazla olamayacaktır. Gerek Ceza Kanununun 28. maddesinde, gerekse diğer maddelerde her ne kadar emniyet nezaretinin bir ceza olduğundan bahsedilmekte ise de, cezaların TCK. nun 11. maddesinde ayrı ayrı sayılmış olmaları ve bunların arasında emniyet nezaretinin yer almayışı ve Yargıtay kararlarına göre bunun bir ceza olmayıp asıl cezaya bağlı bir tedbir olduğu, kanun maddesine ceza olarak geçmesinin bir tercüme hatası sonucu olduğu uygulamada yerleşmiştir.

Bazı kanun maddelerine, temel hapis cezasına ek olarak ayrıca böyle bir tedbirin konulması, bu suçları işleyen hükümlülerin hapis cezalarının infazından sonra da bir süre daha takip altında bulundurulmaları ihtiyacından doğmuştur. Asıl ceza olan hapis cezası ile birlikte bu tedbire de hükümlü olan şahıs TCK. nun 42. maddesinde tayin edilen günden itibaren 15 gün içerisinde nerede oturacağını yetkili makama bildirecektir. TCK. nun 42. maddesine göre 15 günlük süre asıl cezanın çekilmesi veya kısmen veya tamamen af olduğu tarihten başlayacaktır. Buradaki aftan amaç özel aftır. Genel af suçu, cezayı ve cezanın bütün sonuçlarını ortadan kaldırdığından emniyet nezareti tedbiri de ortadan kalkar.

(*) Yavuzeli C. Savcı Yrd.

TCK. nun 28. maddesinin ilk fıkrasında hangi hallerde mahkemece verilecek hapis cezasına ayrıca emniyet nezareti tedbiri ilave edileceğinin kanun tarafından belirleneceği hüküm altına alındığı, maddenin son fıkrasında ise, suç ne olursa olsun ağır hapis mahkûmiyetlerinde mahkemeye hükümlünün ayrıca gözetim altına alınmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Yani emniyet nezareti cezası (tedbiri) bazı hallerde mecburi, bazı hallerde ise takdiri olmaktadır.

Bu cezanın (tedbirin) uygulanmasına uymayanlar hakkında kanunumuzda bazı cezai yaptırımlar öngörülmüştür. TCK. nun 307/2. maddesine göre bir aydan bir seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır.

II — ÖZELLİKLERİ

Emniyeti umumiye nezareti bir ceza değil, asıl hapis cezasına bağlı olarak gerek kanun maddesindeki açık hüküm nedeniyle, gerekse ağır hapis cezasına mahkûmiyetlerde olduğu gibi mahkemenin takdirine bağlı olarak verilen bir tedbirdir.

Emniyeti umumiye nezareti zamanaşımına tabi değildir. Ancak asıl cezaya bağlı olarak hükümsüz kalır (TCK. m. 112).

Emniyeti umumiye nezareti cezasının (tedbirinin) süresi bitmeden evvel tamamen kaldırılması veya süresinin kısaltılması mümkündür (TCK. 42. m.)

Emniyeti umumiye nezareti cezası (tedbiri) işlediği suçun farik ve mümeyyizi olan 11 yaşından büyük, 15 yaşından küçükler hakkında uygulanmaz (TCK. m. 54).

III — UYGULAMASI

Emniyeti umumiye nezareti cezasının (tedbirinin) uygulanma şekli, uygulama esasları ve hükümlülerin yükümlülükleri Adalet ve İçişleri Bakanlıklarınca hazırlanan «Genel Emniyet Nezareti Altına Alınma Cezasının Uygulanması Yönetmeliği»nde ayrıntılı şekilde gösterilmiştir.

Yönetmeliğin 2. maddesine göre, hapis cezasını bitiren hükümlü, meşruten tahliye edildiği gün, C. Savcılığınca hakkındaki genel emniyet nezareti ilâmı ile birlikte hapis cezasını çektiği yer kolluk makamına gönderilecektir.

Yönetmelikte bahsedilen kolluk makamı, polis karakolları veya polis teşkilatının olmadığı yerlerde jandarmanın karakollarıdır.

Yönetmeliğin 6. maddesine göre, kolluk amiri hükümlünün cezasını çekmeye geldiği günü, yine yönetmeliğin 13. maddesinde tarif edilen «Genel emniyet nezaretine alınanların yazımı defteri» (yoklama defterine) yazacak, kimliğini ve fotoğrafını ekleyerek ayrıca ne zamanlar yoklamaya geleceğini de bildirecektir. Yönetmeliğin bu maddesindeki imzaya gelinecek zamanlar belli edilmeyip bir anlamda kolluk amirinin takdirine bırakılmıştır.

Yönetmeliğin 7. maddesinde hükümlü kişilerin uymaya yükümlü olduğu şartlar belirtilmiştir.

Bu maddeye göre hükümlüler :

A — Eğleşme yerinde geçimini sağlamak için haklı bir iş tutar.

B — Belli zamanlarda 6. maddede yazılı kolluk makamına giderek yoklama defterini yazdırır,

C — Silah taşıyamaz,

D — Yabancı ülkelere seyahat edemez,

E — Geçimi için tuttuğu işin gereği yüzünden yakın kasaba ve köylere gitmek - gelmek zorunda kalırsa, bunu 6. maddede yazılı kolluk makamından izin almadıkça ve yolluk süresi ile gidip - gelişini ve geçeceği yerleri defterine yazdırmadıkça yapamaz. Bu halde bile gittiği yerlerin kolluk makamına (B) fıkrasına göre yoklama yaptırmalıdır.

Yönetmeliğin 8. maddesinde ise, hükümlünün inandırıcı sebep göstermesi halinde eğleşme yerinin değiştirilmesini isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Yönetmeliğin bu maddesi TCK. nun 173/son maddesinde hüküm altına alınan ve TCK. nun 2. kitabının 1. babında yer alan emniyet nezareti cezasına (tedbirine) hükümlülere uygulanmayacaktır. Zira bu babta yer alan cezalarda uygulanacak emniyet tedbirinin uygulanacağı mıntıkaı da mahkeme kararında gösterecektir. Yargıtay'ca TCK. nun 173/son maddesindeki «tayin olunacak bir mıntıkada ikamet» kavramının sürgün cezası niteliğinde olmadığına, asıl cezaya tabi ve onun zaruri neticesini teşkil eden bir emniyet tedbirinden ibaret bulunduğuna karar verilmiştir (İçtihadı Birleştirme, 14.3.1966, 1/2).

IV — SORUNLAR

Emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulma cezası (tedbiri) kanunlarda öngörülen bazı suçları işleyen suç faillerine bu suçlarına ait temel hapis cezasını çektikten sonra, işledikleri suçların özel-

likleri nedeniyle aldıkları hapis cezasına eşit bir süre veya bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere izlenmeleri amacına yöneliktir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu yayınlanıp yürürlüğe girdiği 13.3.1926 tarihinden bu yana çeşitli maddelerinde 36 kez değişiklik yapılmıştır. Hatta bazı maddeleri birden fazla değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler gelişen toplum, toplumun ekonomik ve sosyal şartları ile bu şartlara bağlı olarak toplumda değişen suç ve ceza anlayışı, ceza siyaseti ve yeni suç türlerinin ortaya çıkmasından kaynaklanmıştır. Örneğin bazı suçlara verilen cezalar artırılırken, bazı suçlar önödeme ile ortadan kaldırılabilen suçlar haline getirilmiştir.

Türk Ceza Kanununda, kısa süre içerisinde yapılan bu kadar çok değişikliğe rağmen, emniyeti umumiye nezaretini hüküm altına alan TCK. nun 28 ve 42. maddelerinde ise herhangi bir değişiklik olmamıştır.

Hakkında emniyeti umumiye nezareti cezası (tedbiri) uygulanmaya başlanan hükümlü kendi istediği bir yerde, ancak belli zamanlarda kolluk makamlarına görünmek ve yoklama defterini imzalama şartıyla oturabilecek veya yine yönetmelikte gösterilen şartları yerine getirmek suretiyle başka bir yere geçici veya devamlı gidebilecektir. Çağımızın gelişen ekonomik, sosyal ve toplumsal şartları nedeniyle, insanlar geçimlerini değişik yerlerde hatta yabancı ülkelerde ve değişik şekillerde sağlamaktadırlar. Bu nedenle insanları bir yerde belli şartlara tabi olarak polis veya jandarma kontrolü altında tutmak günümüz gerçeklerine ters düşmektedir.

Sosyal ve ekonomik gerçekler bu olunca, nezaret cezasına (tedbirine) hükümlü bulunan şahıs, bu cezasını çekmek için başlangıçta gösterdiği yerden başka yerlerde geçimini temin zorunda kalınca yönetmelik hükümlerine uymamakta, hiçbir haber vermeden ve adreste bırakmadan, bazen zorunlu olarak, bazen de kasten bu uygulamadan kurtulmak amacıyla bulunduğu yeri terk etmekte ve çoğu kez de izini kaybettirmektedir. İşte bu noktada, bazen uzun süre uygulanması gereken emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulma cezası (tedbiri) infazında zorluklar hatta imkânsızlıklar başlamaktadır. Böyle hallerde mahkeme ilâmları ve yoklama defterleri infaza başlanılan yer karakolları ile C. Savcılıkları ve hükümlünün nüfusa kayıtlı olduğu yer karakolları ve C. Savcılıkları arasında gidip gelmekte, infazdan beklenen amaç elde edilemediği gibi, dosyalar açık kalmakta ve gereksiz yere harcamalar yapılmaktadır.

Öte yandan TCK. nun 42. maddesinde ... «Bu ceza hal ve vaziyet ve mahkumun etvar ve harekâtı müsait olduğu takdirde, bulun-

duğu mahal mahkemesi tarafından müddet ve keyfiyetçe ref ve tahdit olunabilir» hükmü yer almaktadır. Madde metninden anlaşılacağı gibi, hükümlünün bulunduğu yer mahkemesi infazına başlanan cezayı (tedbiri) kısaltabilecek veya kaldıracabilecektir. Madde bu yazılış şekli ile tam olarak açık sayılamaz. Zira, kısaltma veya kaldırma talebinde kim bulunacaktır?, C. Savcısı veya kolluk amirinin böyle bir yetkisi var mıdır?, kısaltma veya kaldırmada mahkemenin ölçüsü ne olacaktır. Özellikle TCK. nun 525. maddesinin atıfta bulunduğu TCK. nun 2. kitabının, 10. babında 2. fasılda yer alan cezalar ve bu cezalara eşit olarak verilecek emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulma cezası (tedbiri) de hapis cezası oranında yüksek olacaktır. Bu gibi hallerde mahkeme hangi ölçüye göre kısaltma veya kaldırma kararı verecektir. Ölçü ne olursa olsun kısaltma veya kaldırma mümkün olduğuna göre böyle bir uygulamada bu maddelerin sevk edilme amacına ulaşılacak mıdır.

V — SONUÇ

Çağın şartları gereği insanların belli bir yere bağlı kalamadıkları, geçimlerini temin için büyük uğraş verdikleri, hatta başka ülkelere gittikleri günümüzde, bazı suçları işleyenlere yönelik olarak kanunlarımızda yer alan emniyeti umumiye nezareti altına alınma cezasının (tedbirinin) ceza kanunu çıkarılırken maddeye konuluş amacına ulaştığını, bu suç hükümlülerinin hapis cezalarının infazından sonra bir süre daha kolluk makamlarınca izlenmeleri ile bu tür suç hükümlülerinin diğer suç hükümlülerine göre daha fazla islah olduklarını ve yeniden aynı veya başka tür suç işleme oranlarının azaldığını iddia etmek mümkün değildir. Ayrıca, infazlar yasa ve yönetmelik hükümlerine uygun olarak yapılamamaktadır. Şu hali ile bu uygulama çıkarılış amacına ulaşamamıştır. Bu uygulamanın tamamen kaldırılması mümkün olmasa bile, çağımızın sosyal ve ekonomik gerçeklerine ve ceza hukuku anlayışına uygun yeni bir uygulama şekline ihtiyaç olduğu hem hükümlüler ve aynı zamanda uygulayıcılar açısından bir zorunluluk haline geldiği görülmektedir.

CEZA HUKUKU İLE MEDENİ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Muammer YAZAR (*)

● ANLATIM DÜZENİ : Giriş. 1 — Suç işleme hali. 2 — Suç teşkil etmeyen haksız fiil. 3 — Bir haksız fiili önlemenin tedbirlerini almamak ve gerekli itinada bulunmamak suretiyle işlenen veya meslek ve sanatta acemilikten ileri gelen dolaylı haksız fiil. I — Hukuk hâkiminin uymak zorunda olmadığı ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin kuralları. a — Kusura ilişkin kurallar. b — Failin temyiz kudretine ilişkin kurallar. a — Kusura ilişkin kurallar. 1 — Kasıt. 2 — İhmal. aa — Ağır ihmal. bb — Hafif ihmal. aa — Şuurlu ihmal. bb — Şuursuz ihmal. b — Failin temyiz kudretine ilişkin kurallar. 1 — Yaş sebebiyle temyiz kudretine sahip olmayanlar. 2 — Akıl hastalığına düşer olanlar. II — Hukuk hâkiminin ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile bağlı olmaması. III — Ceza mahkemesinin, kusurun takdirine ve zarar miktarının tayinine ilişkin kararlarının hukuk hâkimini bağlamaması.

GİRİŞ

Amaç, bir olay karşısında ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ilişkiyi ve bundan doğan sorumluluğu belirtmektir. Bu nedenle konuya, sorumluluk kavramı ile başlanılması uygun mütâlaa edilmiştir.

Sözlükte, sorumluluk (mesuliyet), uyulması zorunlu bir kurala aykırı hareketin hesabını verme hali olarak ifade edilir. Uyulması zorunlu kural bir hukuk kuralı ise buna aykırı harekette hukukî sorumluluk yaratır. Hukuki sorumluluk doğuran eylemler genel olarak ya bir kanun hükmüne veya bir sözleşmeye aykırılık biçiminde oluşur.

Kanun hükmüne aykırılık şeklinde meydana gelen eylemler, uygulamada, haksız fiil adıyla Borçlar Kanununun 41 ve müteakip maddelerinde, sözleşmeye aykırı eylemler ise aynı Kanunun 96 ve ardı sıra gelen maddelerinde düzenlemeye tabi tutulmuşlardır.

Kanun hükmüne aykırılık biçiminde oluşan haksız fiiller 3 türdür :

(*) Anayasa Mahkemesi Onursal Üyesi.

1. Suç işleme hali : Eylem aynı zamanda bir suç teşkil eder, fail hakkında uygulanacak ceza müeyyidesi vardır. Başkasına zararlı olan bütün suçlar gibi.

2. Suç teşkil etmeyen haksız fiil : Bu şıkta eylem suç teşkil etmez. Ceza müeyyidesi de yoktur. Fakat başkası bu eylemden zarar görmüştür. O zararın tazmini gerekir. Meselâ, Medeni Kanunun 409 - 412. maddelerine göre «Vasi ve vesayet daireleri vazifelerinin ifasında müdebbir bir müdür gibi hareketle mükellefdirler.» İhmalleri ile verdikleri zarardan sorumludurlar. Bu ihmal ceza hukukunun suç saydığı cinsten bir ihmal değildir.

3. Bir haksız fiili önlemenin tedbirlerini almamak ve gerekli itinada bulunmamak suretiyle işlenen veya meslek ve sanatta ace-milikten ileri gelen dolaylı haksız fiil : Meselâ; Medeni Kanunun 320. maddesinin 2. fıkrası «Ev reisi, ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı ile malûl olanların bizzat kendilerini veya başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri hususunda lâzım gelen tedbir-leri ittihaz ile mükellefdir. Lüzumu halinde bu tedbirlerin ittihazı için keyfiyeti zabıtaya haber verir.» kuralını koymuş, aynı maddenin bi-rinci fıkrası da bu gibi kimselerle küçüğün ve kısıtlının yaptığı zarardan «mutad veçile ve ahvalin muktazi bulunduğu dikkatle ona nezaret ettiğini ispat etmedikçe...» ev reisinin sorumlu olacağını emretmiştir.

Borçlar Kanununun 56. maddesine göre «Bir hayvan tarafından yapılan zararı o hayvan kimin idaresinde ise o kimse hal ve maslahatın icab ettiği bütün dikkat ve itinaı yaptığını yahut bu dikkat ve itinaı yaptığını yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat etmedikçe tazmine mecburdur.»

Bu son iki örnekle benzerlerindeki sorumluluk, zararı meydana getiren eylemden değil, bu eylemi önlemek için gerekli tedbirleri almaya dikkat ve itinada bulunmaya ilişkin Kanun hükmüne aykırı hareket edilmiş olmasından ileri gelmektedir.

Konumuz Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk arasındaki ilişki olduğundan incelememiz yalnız suç teşkil eden veya suç olduğu iddia olunmakla beraber bir tazminatı gerektiren eylemlere inhisar edecektir.

Borçlar Kanununun 53. maddesi «Hakim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkâmı ile bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile de mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun

takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hâkimini takyit etmez.» hükmünü kapsamaktadır. Burada ayrı ayrı incelenmesi gereken üç husus vardır. Bunlar, hukuk hakiminin :

I — Eylemi işlemekte failin kusuru olup olmadığına ve temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin kuralları ile bağlı olmadığı,

II — Ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı olmadığı,

III — Ceza mahkemesinin, kusurun takdirine ve zarar miktarının belirtilmesine ilişkin kararı ile bağlı olmadığı, hususlarıdır.

I — Hukuk hâkiminin uymak zorunda olmadığı ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin kuralları 2 gruptur :

a. Kusura ilişkin kurallar,

b. Failin temyiz kudretine ilişkin kurallardır.

a. Kusura ilişkin kurallar : Kusur, doktrinde, hukuka aykırı bir fiili işleme şeklinde ifade olunmakta ve ayrıca kusur kavramının, hukuka aykırı hareket eden kimsenin hukuk düzenince beğenilmeyen bir zihin ve ruh hali içinde bulunmasını ifade ettiği de ileri sürülmektedir.

Kusuru, kasıt ve ihmal olarak iki bölüm halinde incelemek mümkündür.

1 — KASIT : Lügat anlamı ile niyet ve tasavur demektir. Hukukta ise kasıt hukuka aykırı bir sonuç elde etmek için sarf olunan irade olarak belirtilmektedir.

Kasıtta, işlediği eylemin hukuka aykırı olduğunu failin kendisinin de bilmesi gerekir. Türk Ceza Kanununun 44. maddesine göre «Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz» o halde yürürlüğe giren bir kanunu ülkede herkesin bildiği farz olunur. Ancak bir kanunun bilindiğini varsayabilmek için o kanunun yayımlanmış olması ve kapsadığı bir hükümle yürürlüğe konulmuş bulunması icab eder. Kanun yasama organı tarafından kabul edildiği andan itibaren kanun olma niteliğini kazanır. Fakat yayımlanmadıkça uygulanma yeteneğini kazanamaz. Yayımlanmamış bulunan bir kanunun bilinmiş olmasında bir hüküm ifade etmez.

Eylemi işleyende bulunması gereken kasıt sadece işlenen eyleme münhasırdır. Faili tazminat yönünden sorumlu tutmak için bu eylemden doğacak zararı veya sonuçları onun önceden bildiğinin tesbitine ihtiyaç yoktur. Bu kuralın bir istisnası Borçlar Kanununun

41. maddesinin 2. fıkrasındadır. Fıkra aynen şöyledir: «Ahlâka muga-yir bir fiil ile başka kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren her şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.»

Burada fail, işlediği fiil ile başkasının zarara uğrayacağına sebebiyet vereceğini, fiilden önce bilmesi ve bildiğinin kanıtlanması lazımdır. Aksi takdirde tazmin gerekmez.

Mevzuatımızda ahlaka aykırılık tarif edilmemiş ve «Adabı umumiye, ahlaki umumiye» ye ilişkin belli suçlarda olduğu gibi bazı eylemler istisna edilirse ahlaka aykırı fiiller birer birer sayılıp gösterilmemiştir.

Ahlâk «Hulk» un çoğuludur. Hulk lügat olarak soy, tabiat, meşreb ve cibiliyet demektir. Ahlâk insanda bulunan ruhî ve zihnî halleri ifade etmekle beraber iyilikte bulunmak, fenalıktan çekinmek için izlenmesi gereken usul ve kuralları öğreten bilim dalı anlamına da gelir. İyi terbiye, naziklik, usululuk, zariflik anlamındaki edeb sözcüğünün çoğulu olan adab sözcüğü de çok kez ahlâk kelimesi ile birlikte aynı anlamda kullanılır. Türk Hukuk Lügatında ahlâk ve adab deyimini «Ahlâk kaidesinin, riayeti zaruri saydığı, başka deyimle bir cemiyette dürüst ve normal insanların çoğunluğu tarafından kabul edilmiş olduklarından dolayı uyulması mecburi olan ahlâki esasların bütünü» olarak tarif edilmiştir.

Bir eylemin ahlaka aykırı olup olmadığı hakim tarafından usulunca tesbit edilmelidir.

Tazminat ödeme şartı olarak zarara bilerek sebebiyet verme bakımından ahlâka aykırı fiilleri iki katagoride toplayabiliriz :

aa. Tazminat ödemek için zarara sebebiyet vereceğinin önceden bilinmesine gerek olmayan ahlaka aykırı eylemler

Bunların işlenmesi halinde meydana gelecek zararın ödenmesi kanun hükmü gereğidir. Fiilden zarar doğacağını fail bilmesede bir zarar doğması halinde ödemek zorundadır. Mesela; Türk Ceza Kanununun ikinci kitap sekizinci babında gösterilen «adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde»ki cürümlerle üçüncü kitabın üçüncü babında düzenlenen «ahlâkı umumiyeye müteallik kabahatlar»dan meydana gelen zararların TCK. nun 37 ve 38. maddeleri ve Borçlar Kanununun 41. maddesinin birinci fıkrası gereğince tazmini icab eder. Bir zarar hasıl olacağını failin bilmesine ihtiyaç yoktur.

Ahlaka aykırı bir fiil suç teşkil etmese bile doğacak zararın tazminini kanunun emrelediği hallerde de aynı kural uygulanır.

bb. Kanunla düzenlemeye tabi tutulmamış bulunan ahlâka aykırı fiiller

Bu hallerde tazminat ödemek için zarara bilerek sebebiyet vermek şarttır. Aksi halde tazminat lazım gelmez.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka sorun da kanıt-lama yükümünün hangi tarafa düşeceği sorunudur. Zararın isbatı davacıya düşer (BK. m. 42). Tazminat ödemek için zarara bilerek sebebiyet verme durumuna gelince: aa fıkrasında ifade olunan hallerde fiilin ve zarar meydana geldiğinin kanıtlamış olması yeterlidir. Ayrıca zarara bilerek sebebiyet verildiğinin isbatına mahal yoktur. Tazmin zorunluluğu kanundan doğmaktadır. Tazmini gereken zarar maddi veya manevi olabilir. bb fıkrasında ifade olunan durumlarda ise failin zarara bilerek sebebiyet verdiği isbat edilmelidir. İsbat yükümüde davacıya düşer.

Kastın bir başka türü de «ihtimalî kasıt» dır. Fail, eyleminin kötü bir sonuç doğurmasını istemiyor fakat doğarsada doğsun der gibi o sonuca öncede razı oluyorsa bu halde o fiili işlemekteki kasıt ihtimali kasıttır. Mesela, üşümekte olan bir kişi yanmasına sebebiyet vermek istemediği bir ormanın kenarında ateş yakarken ormanında yanabileceğini görür yinede ateş yakarsa taşıdığı kasıt ihtimali kasıttır.

2 — İHMAL : İhmal sözlükte önem vermeme, terk etme, haliyle bırakma, savsaklama olarak ifade edilir.

İhmalin bir kaç türlü tasnifi vardır :

a. Ağırlık derecesine göre tasnif

aa. Ağır ihmal : Herkesin uyması gereken kurallara uymamak. Kanun, tüzük, yönetmelik ve emirlere aykırı hareket etmek; onların yapılmasını emrettiğini yapmamak, yapılmamasını emrettiğini yapmak, hukuk düzenince gerekli tedbirleri almamak ağır ihmaldir.

bb. Hafif ihmal : Belli bir olay karşısında toplumca kişiden bekleneni yapmamak, dikkatsizlik veya dalgınlık ve bazı hukukî düzenlemelerde teseyyüp kelimesi ile ifade olunan kayıtsızlık, ilgisizlik ile terahi kelimesi ile ifade edilen geri çekilme, gecikme ve ağır davranma da hafif ihmaldir.

Uygulamada ağır ihmal ağır kusur, hafif ihmalde hafif kusur olarak kabul edilmektedir.

b. Şuurlu olup olmamaya göre tasnif

aa. Şuurlu ihmal : Yapılan ihmalin hukuka aykırı sonuç meydana getirebileceği biliniyor, fakat bu sonuç beklenmiyor gerçekte meydana gelmeyeceği umuluyorsa bu ihmal şuurludur. Şuurlu ihmal az önce açıklanan ihtimali kasta benzer. Orada verilen örnekte olduğu gibi orman kenarında ateş yakan kişi orman yangını çıkmayacağını ümit ediyorsa fiilde şuurlu ihmal vardır. Ben ateş yakmak zorundayım orman yanarsa da yansın der gibi bir ruh haleti içinde ise ihtimali kasit vardır.

bb. Şuursuz ihmal : Kişi, ihmalinin hukuka aykırı olduğunun veya bu ihmalden bir hukuka aykırılık doğabileceğinin farkında değilse ihmal şuursuz ihmaldir. Dikkatsizlik, dalgınlık hallerinde olduğu gibi.

Kusurun ne olduğunu ve niteliklerini böylece açıklamaya çalıştıktan sonra şimdide hukuk hakiminin bağlı olmadığı ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin kurallarına değinelim: Ceza Kanununun 1. maddesinde açıkça belirtildiği üzere «Suçlar cürüm veya kabahat» olarak ikiye ayrılır. TCK. nun 45. maddesi aynen şöyledir: «Cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır.

Kabahatlarda kasit sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmalden mes'uldür.»

Suçun daha ağır bölümünü oluşturan cürümlerde cezai sorumluluk için kasit bulunması şarttır. Meslek ve sanatta acemilik gibi kasit aranmaksızın cezai sorumluluk getiren cürümler de vardır. Fakat bunlar ayrıcalı (İstisnai) dır. Esas kural cürümde kastın bulunması kuralıdır. Kasit yoksa ceza da verilemez. Kabahatlarda sorumluluk için kastın vücuduna gerek yoktur. Uygulamada yalnız «Hukuk» kelimesi ile ifadesine alışılmış bulunan özel hukuk sisteminde fail işlediği olumlu veya olumsuz her fiilinden doğan zararı tazmine mecburdur. Yani fiilinden sorumludur (BK. m. 41, f. 1). Ancak burada eylemin haksız bir surette işlenmiş bulunması gereklidir.

Şeklen suç görüntüsünde oldukları halde işlenmekte haksızlık bulunmadığından ceza yaptırımından masun eylemlerde vardır: TCK. nun 49. maddesi «1. Kanunun bir hükmünü veya selahiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle,

2. Gerek kendisinin gerek başkasının nefsine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu filhal def'i zaruretinin bâis olduğu mecburiyetle.

3. Gerek nefisini ve gerek başkasını vukuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffuz imkânı da olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bâis olduğu mecburiyetle,

İşlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.

Bir numaralı bendde gösterilen hâlde merciinden sâdir olan emir hilafı Kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme muret-tep ceza, emri veren amire hükmolunur.» diyor.

Birinci halde eylem, bir kanun hükmünü yerine getirme niteliğinde olduğundan bir haksızlık ileri sürülemez.

İkinci ve üçüncü hallerde ise nefis ve ırz savunması söz konusudur. Bunlar en kutsal haklardandır veya haklardır. Kutsal bir hakkın kullanılması haksızlık olarak nitelendirilemeyeceği ve kanun hükmü de bu şekilde emrettiği için bu durumlarda cezai bir sorumluluk doğmaz.

Hukuki sorumluluğa gelince: Birinci ve ikinci hallerde fiile sebebiyet veren kişi, ondan zarar gören şahıs olup meydana gelen sonucun yaratıcısı kendisi bulunduğundan her hangi bir tazminat isteyemez. Üçüncü halde ise zarar gören kişi ne fiile sebebiyet vermiş ve ne de istenmeyen sonucun doğmasına etken olmuştur. Bu itibarla onun mamelekinde meydana gelen eksikliğin giderilmesi hakkaniyet icabıdır (BK. m. 52).

Kusur bakımından ceza hukuku ile hususi hukuk arasındaki fark Borçlar Kanununun 55. maddesinde daha da açık bir şekilde görülmektedir: Bu madde «Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimseleri ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mes'uldür. Şu kadarki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icab ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını isbat ederse mesul olmaz.

İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır.» hükmünü taşımaktadır.

Burada istihdam edenin sorumluluğu hakkaniyet ilkesinden gelmez.

b. Failin temyiz kudretine ilişkin kurallar

Temyiz, ayırma, ayrılma, seçme, seçilme, iyiyi kötüden ayırtme demektir. Sorumluluk bakımından ceza hukuku ile özel hukukun

koydukları temyize ilişkin kurallar birbirinden farklıdır. İhtiyari sarhoşluk ve ihtiyari olarak uyuşturucu madde kullanmanın yarattığı sonuçlar dışında ceza hukukunda temyiz kudretine etkili sebepler yaş ve akıl hastalığı olmak üzere ikiye ayrılır:

1. Yaş sebebiyle temyiz kudretine sahip olmayanlar veya tam olarak sahip olmayanlar: Bunlardan 11 yaşını bitirmemiş olanlar temyiz kudretine sahip değildirler. Ancak bazı şartlarda haklarında tedbir alınır. Ceza sorumlulukları yoktur.

11 yaşını bitirmiş olupta 15 yaşını bitirmemiş olanların temyiz kudretine sahip olup olmadıkları usuluna göre araştırma, inceleme ve yoklama (Muayene) ile tesbit edilir. Sorumluluk, bu suretle elde edilen sonuca göre vardır veya yoktur.

15 yaşını bitirmiş olupta 18 yaşını bitirmemiş olanlar temyiz kudretine sahiptirler; ancak bu kudret tam olarak teşekkül etmiş sayılmaz. Ceza sorumlulukları vardır. Fakat cezadan indirme yapılır (TCK. m. 53, 54 ve 55).

65 yaşını geçkin ihtiyarlık da temyiz kudretine etkili bir etken-dir. (TCK. m. 56).

Sağır - Dilsizlik de yaş nedeniyle temyiz kudretine etkili bir neden sayılmıştır. 15 yaşını bitirmemiş bulunan sağır - dilsizler temyiz kudretine sahip sayılmazlar.

15 yaşını bitirip 24 yaşını bitirmemiş veya 65 yaşını doldurmuş olanlar temyiz kudretine kısmen sahip kabul olunmuşlardır (TCK. m. 57, 58).

2. Akıl hastalığına düçar olanlar

a. Bu hastalık şuur veya hareket serbestisini tamamen kaldırmış ise hastalar temyiz kudretine sahip değildirler.

b. Hastalık, şuur veya hareket serbestisini önemli surette azaltacak derecede ise temyiz kudretine kısmen sahip sayılırlar. Bu itibarla ceza ehliyetleri vardır. Fakat cezadan indirme yapılır (TCK., m. 46, 47).

Ceza kanununda ihtiyari sarhoşlukla uyuşturucu maddeyi ihtiyari ile kullanma halleri bu hükümlerin dışında tutulmuşlardır.

Özel hukuk alanında yaş, sağır - dilsizlik ve akıl hastalığının temyiz kudretini var veya yok kabul etmekte etkili olduğu inkâr edilemez; ancak bunun ceza hukukunda olduğu kadar kesin rakamlarla tespit edilmiş sınırları yoktur.

Medeni Kanununun 11. maddesindeki «rüşt 18 yaşı ikmaliyle başlar. Evlenme kişiyi reşit kılar» hükmü, temyiz kudretinin 18 yaşın ikmaliyle veya evlenmekle vücut bulacağı anlamında değildir. Aynı görüş kazai rüşt için de geçerlidir.

Bundan başka rüşt temyiz kudretinin kazanılmış veya kazanılmamış sayılmasının bir ifade veya ölçüsü de değildir. Medeni Kanununun 89. maddesi «Evlenmeye yalnız mümeyiz olanlar ehildir.» diyor, aynı kanununun 394. maddesi ise «vesayete tabi ve temyize müktedir kimse»den bahsediyor. Bunlar gibi, medeni kanunda, rüşt ile temyiz kudretinin tarifinin mümkün olmadığını ifade eden pek çok hüküm vardır. Aynı kanununun 13. maddesi «...makûl surette hareket etmek iktidarından mahrum olmayan her şahıs, kanunu medenice mümeyzdir.» demek suretiyle özel hukuk alanında temyiz kudretinin bir tarifini yapmış bulunuyor.

Borçlar Kanununun 54. maddesi «hakkaniyet iktiza ediyorsa hâkim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi, ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkûm eder.» hükmünü koymuştur. Bununla hakkaniyetin gerekli kıldığı hallerde failin temyiz kudretine sahip olup olmadığına bakılmaksızın vermiş olduğu zarar kendisine tazmin ettirilecektir.

Bu açıklamalarla varılmak istenen sonuç şudur : Bir haksız fiil faili ceza hukuku hükümleri bakımından kusursuz sayılsa veya temyiz kudretine sahip olmadığı kabul edilse bile hukuk hâkimi o fiil nedeniyle açılan davada ceza hukukunun bu hükümleriyle bağlı olmaksızın çok daha geniş olan özel hukuk hükümlerine dayanarak o faili hem kusurlu ve hem temyiz kudretine sahip kabul ederek ona göre hüküm tesis edebilir.

II — Hukuk hâkiminin ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile bağlı olmaması

Buradaki bağıl olmayış ceza mahkemesinden verilen bütün beraat kararlarıyla bağlı olmama anlamında değildir. Haksız fiil (suç) nedeniyle açılan ceza davasında sanığın sadece kusuru bulunmadığına veya temyiz kudretini haiz olmadığına dayanılarak verilen beraat kararıyla bağlı olmamak anlamındadır. Çünkü yukarıda belirttiği üzere sanığın kusuru ceza uygulamasını gerekli kılacak derece ve nitelikte olmayabilir. Ama tazminat ödemeyi haklı ve lâzım kılabilir. Örneğin, TCK. nun 49. maddesinin 3 numaralı bendinde yer alan zaruret halinin kanıtlanması durumunda cezadan beraat kararı verilir. Ama hukuken tazminata hükmetmek gerekli ve isabetli olabilir.

Temyiz kudreti bakımından da benzer durumun ortaya çıkması mümkündür. Örneğin; 10 yaşını bitirmiş 11 yaşını doldurmamış bir çocuk, hakkında kin beslediği bir kimsenin evini kasten yakarsa bundan ötürü tedbir alınırsa da ceza hukuku yönünden temyiz kudretine sahip olmadığı için cezaen sorumlu olmaz, açılan ceza davasında beraat eder fakat hukuken sorumlu olur, tazminatla mahkûm edilir. Zira hususi hukuk temyiz kudreti için yaş haddi koymamış, hatta mümeyiz olmayanında sorumlu tutulabilme hal ve imkânlarını kabul etmiştir.

Sanığın kusurlu olmadığı veya temyiz kudretine sahip bulunmadığı haller dışındaki sebeplerle verilen beraat kararları hukuk hâkimini bağlar. Aksini düşünmek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kesin hükme dair 295. maddesine ters düşer.

III — Ceza mahkemesinin, kusurun takdirine ve zarar miktarının tayinine ilişkin kararlarının hukuk hâkimini takyit etmemesi (bağlamaması)

Ceza kanununda ceza miktarları genellikle iki had arasında gösterilmiştir. Bu hadlar arasında kalmak kaydıyla miktarın tayini ceza hâkimine aittir. Hâkim, miktar tayini işini, eylemin ağırlığına sanığın kasıt ve ihmal gibi taşıdığı maksada eski haline, ne miktar cezanın onu islahda etkili olabileceğine ve benzer durumlara göre takdir eder. Hükmedeceği tazminat miktarına etkili olan etkenlerde bunlardır. Ceza hâkimi tazminata hükmederken sanığa verilen cezanın, onun fiilinin bir nevi pahası olduğu düşüncesinde etkisi altındadır. Hukuk hâkimi ise kararında tarafların şahsi ve malî durumlarını, haksız fiilin husule getirdiği sonuçların şumulünü göz önüne alır. Gerek kusurun takdiri ve gerek zarar miktarının tayini hususunda fikir ve vicdan bağımsızlığının gereği olarak ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini takyid etmemektedir. Bu kanuni ayrıcalıklar dışında her kesin hükme mahkemeler, hâkimler uymak zorundadır.

**CEZA MUHALEMELERİ KANUNUNU DEĞİŞTİREN
3206 SAYILI KANUNUN MEMURLARIN MUHALEMESİNE ETKİLERİ**

Yard. Doç. Dr. Bahri ÖZTÜRK (*)

● **ANLATIM DÜZENİ :** Giriş. § 1. Memurin Muhakematı Hakkında Kanun (MMK). I — Genel olarak. II — Muhakeme. 1) Ön soruşturma. A) Hazırlık soruşturması. a) Yetkililer. aa) Hazırlık soruşturmasını yapmaya yetkili olanlar ve soruşturmanın yapılması. aaa) Hazırlık soruşturmasını yapmaya yetkili olanlar. bbb) Soruşturmanın yapılması. bb) Hazırlık soruşturmasının sonunda karar vermeye yetkili olanlar ve soruşturmanın sonunda verilecek kararlar. aaa) Hazırlık soruşturmasının sonunda karar vermeye yetkili olanlar. bbb) Soruşturmanın sonunda verilecek kararlar. a) Kamu davasının açılmaması kararı. b) Kamu davasının açılması kararı. B) İlk soruşturma. 2) Soruşturma. III — Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunun Anayasaya aykırılığı sorunu. § 2. Memurların muhakemesine ilişkin öteki kanunlar. I — Genel olarak. II — 1609 sayılı Kanun. III — 2547 sayılı Yüksek öğretim Kanunu. IV — Yargıtay Kanunu. V — Danıştay Kanunu. VI — Hâkimler ve Savcılar Kanunu. VII — Öteki kanunlar. S o n u ç.

GİRİŞ

21.5.1985 tarih ve 3206 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu önemli kanun, yayımlandıktan bir ay sonra (m. 85), yani, 4 Temmuz 1985'de yürürlüğe girmiştir (1). Uygulamanın başarılı olması, kanun hükümlerinin doğru anlaşılmasına bağlıdır. Bu nedenle, kanunla yapılan her değişikliğin ayrı bir inceleme konusu yapılması gerekir. Biz burada, yapılan değişikliklerin özellikle MMK üzerindeki etkilerini ele almaya çalışacağız.

Bilindiği gibi, MMK, memurların görev sırasında veya görevlerinden ötürü işlemiş oldukları suçların, kısaca görev suçlarının önsoruşturmasını idareye bırakmıştır (MMK. m. 1). Ancak memurların suç muhakemesi hakkında hüküm sevkeden tek kanun MMK. değildir. 1609 ve 2547 sayılı Kanunlarla, Yargıtay, Danıştay ve Hâkimler ve Savcılar Kanunu gibi kanunlarda da bu yolda hükümler vardır. CMUK'da yapılan değişikliklerin bunlara olan etkilerini de, örnek olarak, kısaca ele almakta yarar vardır.

(*) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

(1) RG., 4 Haziran 1985 sy.: 18774.

§ 1. MEMURİN MUHAKEMATI HAKKINDA KANUN (MMK.)

I — GENEL OLARAK

Görev suçu işleyen memur, kural olarak, Osmanlı İmparatorluğu zamanında yapılmış ve hâlâ yürürlükte bulunan 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanuna göre muhakeme edilir (2). Başka bir deyişle, kanunun 1. maddesinde de ifade edildiği gibi, memurların memuriyet görevlerinden doğan veya memuriyet görevlerinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelen suçları nedeniyle yapılacak muhakeme, MMK. da öngörülen hükümlere tabi olacaktır (3). Kimlerin memur olduğu TCK. nın 279. maddesinin 1. fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre, kamu görevi gören kişiler ceza kanunu anlamında memur sayılırlar (4). Gerçekten kanuna göre : «1 — Devamlı veya muvakkat surette teşriî, idarî veya adlî bir âmme vazifesi gören devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri memur, müstahdemleri; 2 — Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyarî olarak teşriî, idarî veya adlî bir âmme vazifesi gören diğer kişiler memur sayılır.»

-
- (1) Tarihçe konusunda gbi. bkz. **Tosun**, Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları, YD. c. 9 Ekim 1983 sy. 4 s. 458 vd. YD. c. 10 Ocak - Nisan 1984 sy. 1-2 s. 9vd. **Özek**, Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi, İHFM c. XXVI sy. 1-4 s. 37 vd. **Beşe**, Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri, Ank. 1943 s. 5 vd. **Şekercioglu**, Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı, İst. 1974 s. 74 vd. **Keyman**, Memurin Muhakematı Kanunu, AHFD c. XIX 1962 sy. 1-4 s. 174 vd.
- (3) MMK. nın uygulama koşulları şunlardır : 1) TCK. anlamında bir suç bulunmalı, 2) fail memur olmalı, 3) suç memuriyet vazifesi sırasında veya 4) memuriyet vazifesinden dolayı işlenmelidir (MMK. m. 1).
- (4) Gbi. bkz. **Erman**, Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, SBOD 1947 s. 242 vd. **Dönmezer**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İst. 1984 s. 74 vd. **Önder**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler İst. 1985, **Yarsuvat**, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri, İHFM c. XXX sy. 3-4 den ayrı bası İst. 1965 s. 16 vd. **Çağlayan**, Uygulama yönünden Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ank. 1977 s. 264 vd. **Gözübüyük**, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, c. 3, 4. Bası İst. (tarihsiz), **Polatcan**, Memur ve Resmî Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, İst. 1983 s. 50 vd. **Kıyak - Çağlayan - Şenel**, Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurin Muhakemat Kanunu, Ank. 1960 s. 250 vd. Alman Hukuku için bkz. **Schönke - Schröder**, Strafgesetzbuch, Kommentar, 16. Auflage, München 1972 § 359, **Dreher - Tröndle**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 42. Auflage, München 1985 § 11. 3a **Lackner** StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 16. Auflage, München 1985 § 11. 3 **Preisendanz**, Strafgesetzbuch, Lehrkommentar, Berlin 1975 s. 58 **Maurach - Schröder**, Strafrecht, Besonderer Teil Teilband 2, ein Lehrbuch Heidelberg - Karlsruhe 1981 s. 137 vd. Avusturya için bkz. **Bydlinski**, Österreichische Gesetze, München 1985 § 74/4,

İşte ceza kanununda tanımı yapılan bu memurların suç muhakemesini düzenleyen MMK. önsoruşturmayı idareye bırakmış (5), sonsoruşturma adliye mahkemelerinin yetkisinde kalmıştır. Gerçekten kanunun 2. maddesinde, memurlardan birinin memuriyet görevinden dolayı ya da görevini yaptığı sıra da bir suç işlediği gerek doğrudan doğruya ve gerek bir şikayet ve ihbar ve iddia üzerine anlaşılınca, o memur merkez memuru ise ilk önce bağlı bulunduğu bakanlık ya da daire, il memurlarından ise vali, kaymakam veya bağlı bulunduğu idari şube amiri tarafından CMUK. ya göre bizzat veya bilvasıta hakkında **İlksoruşturma** yapılır..., demek suretiyle memurların suç muhakemesinde önsoruşturmanın idarenin yetkisinde olduğu açıklanmıştır.

4 Temmuz 1985 günü yürürlüğe giren 3206 sayılı kanun ise 82. maddesiyle **İlk soruşturmayı** kaldırdığını açıkladıktan sonra 83. maddesinde memurların suç muhakemesiyle yakından ilgili çok önemli hükümler sevketmiştir. Buna göre : «bu kanun ile kaldırılan **İlk Tahkikat** hükümleriyle ilgili olarak; **Diğer Kanunlarda** geçen **İlk Tahkikat** ibaresi **Hazırlık Tahkikatı** olarak değiştirilmiştir.

Diğer kanunlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun **İlk Tahkikat** hükümlerine yapılan atıflar **Kamu Davasının Hazırlanmasına** ilişkin hükümlerine yapılmış sayılır. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 163 ve müteakip maddelerindeki hükümler, tahkikatı yapmakla görevli kılınanlar tarafından uygulanır.

Diğer kanunların ilk tahkikatın yapılmasını zorunlu kılan hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.»

Bu hükümler karşısında memurların suç muhakemesi büyük ölçüde değişecektir. Bu değişiklikleri somut olarak ortaya koyabilmek için 3206 sayılı kanunun bu hükümlerini muhakemenin yürüyüşü şemasına yerleştirmek gerekir.

Foregger - Serini, StGB, Strafgesetzbuch, Wien 1979 § 74/4.

İsviçre için bkz. Hauser - Rehberg, StGB, Strafgesetzbuch, 10. Auflags, Zürich 1983 Art. 110/4, Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Auflage Bern 1984 s. 333 vd. Germann, Zweizerisches Strafgesetzbuch mit kurzen Erläuterungen, Zürich 1962, Art. 110/4.

İtalya için bkz. Erman, s. 238 vd.

- [5] Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İst. 1984 s. 526 vd. Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İst. 1981 s. 113, Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, İst. 1982 s. 98 vd. Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Basım İst. 1955 s. 27 vd. Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü, 4. Bası Ank. 1957 s. 179 dn. 15.

II — MUHAKEME

1) Önsoruşturma

A) Hazırlık Soruşturması

MMK. da hazırlık soruşturmasına ilişkin hükme pek rastlanmaz. Kanun bu konuda sadece suç haberinin alınması şekillerinden söz etmekle yetinmiştir (m. 2, 8, 9.). MMK. nın asıl üzerinde durduğu konu ilksoruşturmadır; ve bu soruşturmanın bazı noktaları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Örneğin, kanunun 2. maddesinde ilksoruşturmayı yapanın, bu konuda tutulan tutanakların neresine imza atacağı bile açıklanmıştır.

Memurların muhakemesinin ilksoruşturmasının MMK. ile idareye bırakılması büyük eleştirilere hedef olmuş, Anayasaya aykırılık iddialarında buulnulmasına neden olmuştur (6). Gerçekten, bir yargılama faaliyeti olan ilksoruşturmanın (7) idareye bırakılması bu tür iddiaların doğru kabul edilmesine yetmelidir. Bu konuya ileride daha geniş bir şekilde değineceğiz. Ancak hemen ifade edelim ki, 3206 sayılı Kanununun 82. maddesiyle ilksoruşturmayı kaldırmak ve 83/1. maddesinde de, bu kanunda geçen **İlk Tahkikat** hükümleriyle ilgili olarak **Diğer Kanunlarda** geçen **İlk Tahkikat** ibaresi **Hazırlık Tahkikatı** olarak değiştirilmiştir, demek suretiyle yargılama yetkisini idarenin elinden geri almış ve memurların muhakemesine ilişkin düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu şeklindeki mülahazaları ortadan kaldırmıştır. 83. maddenin birinci fıkrasında kullanılan **Diğer Kanunlar** ibaresinin içine kanun olduğundan şüphe edilmeyen MMK. nın da gireceği şüphesizdir. Bu durumda, MMK. daki düzenleme, bundan böyle ilksoruşturma değil hazırlık soruşturması şeklinde anlaşılmak gerekecektir.

Bu düşüncemizi 3206 sayılı kanununun 83. maddesinin 2. fıkrası pekiştirmektedir. Gerçekten buna göre, «**Diğer Kanunlarda** ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilk tahkikat hükümlerine yapılan atıflar, **Kamu Davasının Hazırlanmasına** ilişkin hükümlerine yapılı-

[6] **Yüce**, Memurun Muhakematı Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin Bu Konudaki Kararı Üzerine, ABD. c. 25 sy. 5 yıl 1968 s. 867 vd. **Zeyneloğlu**, Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunun Anayasaya Aykırılık Derecesi, AD. yıl 53 Haziran - Temmuz 1962 sy. 7-8 s. 766 vd. **Öztürk**, Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları, CHKD., c. 1. yıl 1978 sy. 1 s. 56 vd.

[7] **Yüce**, s. 873 vd. **Öztürk**, s. 57 vd.

miş sayılır. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 163 ve müteakip maddelerindeki hükümler tahkikatı yapmakla görevli kılınanlar tarafından uygulanır». Görüldüğü gibi, kanun son derece açıktır ve başka türlü yoruma da müsait değildir. Bu durumda MMK. nın 6. maddesinde, «yapılacak **İlksoruşturma** sırasında **Lüzum** veya **Meni Muhakemeye** ait işlemlerde işbu kanunda yazılı olmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre hareket olunur...» demek suretiyle yapılan atıf hazırlık soruşturması sırasında **Kamu Davasının** açılması veya açılmamasına ilişkin işlemleri düzenleyen 147'den 170. maddeye kadar süren hükümlere yapılmış sayılacaktır. Bu soruşturmanın sonunda da yine 3206 sayılı Kanunun 83. maddesinin 2. fıkrasına göre 163. maddede sözü edilen kararlar verilecektir.

a) Yetkililer

Memurların muhakemesinde hazırlık soruşturmasını yapanlarla, bu soruşturmanın sonunda CMUK. nun 163. maddesine göre karar verenler farklıdır (8).

aa) Hazırlık Soruşturmasını Yapmaya Yetkili Olanlar ve Soruşturmanın Yapılması.

aaa) Hazırlık Soruşturmasını Yapmaya Yetkili Olanlar

Memurların muhakemesinin hazırlık soruşturmasında, değişiklikten önce ilksoruşturmayı yapmaya kim veya kimler yetkili kılınmışsa yine o kişi veya kişiler yetkili olacaktır. Memur, merkez memuru ise, ilk önce bağlı bulunduğu bakanlık ya da daire, il memurlarından ise vali (9), kaymakam veya bağlı bulunduğu idari şube amiri tarafından CMUK. uyarınca doğrudan doğruya veya dolaylı olarak hazırlık soruşturması yapılacaktır (MMK. m. 2). Hakkında soruşturma yapılacak olan vali ise, hazırlık soruşturması İç İşleri Bakanlığı'nın gönderceği bir veya birden çok memur tarafından gerçekleştirilecektir. Soruşturmayı birden çok memur birlikte yapmak durumunda olduklarında, çalışmalar komisyon halinde sürdürülecektir (MMK m. 8). Hakkında soruşturma yapılacak olan elçi ise, hazırlık soruşturması Dış İşleri Bakanlığı'nca yapılacak (MMK. m. 9). Elçilerden başka, yabancı ülkelerde istihdam edilen memurlar hakkında hazırlık soruşturması, merkez dairelerindeki memurlar hakkında MMK. tara-

(8) Pınar, Memurun Muhakematı Kanunu ve Disiplin Cezaları Ank. 1980 s. 32, Keyman, s. 190, 195.

(9) Cumhuriyet İdaresinde mutassıf ve liva bulunmamaktadır.

fından öngörülen şekilde yapılmak gerekecektir (m. 9/2). Merkez dairelerinde milli irade ile atanan memurlar hakkında yapılacak hazırlık soruşturması bakanlar tarafından bakanlığın mensuplarından oluşturulacak kurullar tarafından gerçekleştirilecektir (m. 10). Nihayet, Danıştay Başkanı ve üyeleriyle bakanlık müsteşarı hakkında da merkez dairelerinde milli irade ile atanmış memurlar hakkında öngörülen düzenlemeye göre hazırlık soruşturması yapılacaktır (m. 11) (10).

bbb) Soruşturmanın Yapılması

Memurlar hakkında hazırlık soruşturması, kural olarak, MMK. daki düzenlemeye göre yapılacak, bu kanunda hüküm bulunmadığı durumlarda ise CMUK. da öngörülen düzenlemeye göre hareket edilecektir (MMK. m. 6). Hazırlık soruşturmasını yapmaya yetkili olanlar, tıpkı bir savcı gibi hareket edecekler ve onun yetkilerini haiz olacaklardır. Bu durumda, söz konusu yetkililer, yalnız hakkında soruşturma yapılan kişinin aleyhine olan hususları değil, lehine olan cihetleri de arayacak ve kaybolmasından korkulan delillerin toplanmasına ve zaptına çalışacaklardır (CMUK. m. 153/2). Memurların muhakemesinin hazırlık soruşturmasında ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir iş ortaya çıkarsa, o zaman o işin yapılması, işin yapılacağı yerdeki sulh hâkiminden istenecektir (CMUK. m. 155). Yapılacak hazırlık soruşturması yalnız iddia olunan suça ve şüphe altında bulunan şahıslara hasredilecektir. Hazırlık soruşturmasını yapmaya yetkili olan kişi veya kişiler bütün memurlardan her türlü malumatı isteyebileceklerdir. Gerek doğrudan doğruya ve gerek kolluk makam ve memurları vasıtasıyla her türlü araştırmayı yapabileceklerdir (CMUK. m. 154/1). Sözü geçen yetkili veya yetkililer, savunmaya engel olmayacak şekilde sanık, yemin vererek de tanık dinlerler. (CMUK. m. 59/1). Bütün delilleri topladıklarına kanaat getiren yetkili veya yetkililer, CMUK. na göre yapılması gereken öteki işleri de yaptıktan sonra, CMUK. 163. maddeye göre kamu davasının açılması veya açılmamasına karar verecek olan kurula verilmek üzere bir soruşturma raporu düzenleyeceklerdir. Bununla hazırlık soruşturmasının birinci devresi sona ermiş olacaktır.

bb) Hazırlık Soruşturmasının Sonunda Karar Vermeye Yetkili Olanlar ve Soruşturmanın Sonunda Verilecek Kararlar,

aaa) Hazırlık Soruşturmasının Sonunda Karar Vermeye Yetkili Olanlar,

[10] Çalışmanın «Danıştay Kanunu» başlıklı kısmına bkz.

Hazırlık soruşturmasının birinci devresinin sonunda hazırlanan soruşturma raporunun ilgili kurula verilmesiyle sözkonusu soruşturmanın ikinci devresi başlar. Bu devrede soruşturma, kural olarak, evrak üzerinden olur ve soruşturma CMUK m. 163'e göre verilecek bir kararla sona erer. Bu ikinci devrede kimlerin yetkili olduğunu kanun (MMK.) göstermiştir. Gerçekten MMK. nın 4. maddesine göre, ilçelerde ilçe kaymakamı ile ilçe idare şube başkanları ve ilçe idare kurulu üyeleri dışındaki öteki bütün memur ve müstahdemler ile bucak müdürü ve müstahdemleri hakkında **İlçe İdare Kurulu**, illerde vali ile ilin ortak kararname ile atanana merkez memurları, il idare kurulu üyeleri dışında ilin öteki memurları ile bağlı ilçelerin kaymakamları, bağlı ilçelerin idari şube başkanları ve bağlı ilçelerin idare kurulu üyeleri hakkında **İl İdare Kurulu**, ilin ortak kararname ile atanana merkez memurları ile idare kurulu üyeleri hakkında **Danıştay**'ın **İkinci Dairesi** CMUK. nun 163. maddesine göre karar vermeye yetkilidir. Yine MMK. ya göre, valiler (m. 8), elçiler (m. 9/1), merkez dairelerinde milli irade ile atanana memurlar (m. 10) hakkında da 163. maddeye göre karar vermeye yetkili olan yine **Danıştay**'ın **İkinci Dairesi**'dir. Elçilerin dışında yabancı ülkelerde çalıştırılan memurlar (m. 9/2), karar verme yetkisi konusunda, merkez dairelerindeki memurlar gibi işlem görürler. Nihayet, Danıştay başkan ve üyeleriyle bakanlık müsteşarları da bu konuda merkez dairelerinde milli irade ile atanmış memurlar gibi işleme tabi tutulur (MMK. m. 11) (11).

Suç muhakemesi hukukunda kamu davası, kural olarak, savcılık tarafından açılır (12). Ancak, savcıdan başka kamu davası açabilen başka devlet memuru yok değildir. Gerçekten, Milli Savunma Bakanı, Askeri Yargıtay Başkanı gibi kişilerle, TBMM, Danıştay İdari İşler Kurulu Başkanlığı gibi kurullar da kamu davası açabilmektedirler (13). 3206 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra ilçe idare kurulu, il idare kurulu ve Danıştayın 2. Dairesi de kamu davası açabilen kurullar arasına katılmış olmaktadır (14).

[11] MMK. Danıştay Başkanından söz etmekteyse de Danıştay Kanunu da bu konuda hükümler sevketmiştir. Gbi. çalışmamızın «Danıştay Kanunu» başlıklı kısmına bkz.

[12] Kamu davasının açılmasında savcılığın monopolü ve rolü hakkında bkz. **Löwe-Rosenberg**, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, 23. Auflage, 1. Band. Berlin - New York 1976 Einl. Kap. 13. 24. Ayrıca bkz. **Löwe - Rosenberg**, 24. Auflage, Berlin - New York 1984, § 199 2 vd. **Tosun**, s. 561 vd. **Kunter**, s. 337, 149 vd. **Yurtcan**, s. 118, 486 vd. **Taner**, s. 86. **Kantar**, s. 159 vd.

[13] **Tosun**, s. 183.

[14] Bu konuda örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bunun için çalışmamızın «memurların muhakemesine ilişkin öteki kanunlar» başlıklı kısmına bkz.

bbb) Soruşturmanın Sonunda Verilecek Kararlar

3206 sayılı Kanun, «.....Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 163 ve müteakip maddelerindeki hükümler, tahkikatı yapmakla görevli kılınanlar tarafından uygulanır» (m. 83/2) demek suretiyle, memurların muhakemesinin hazırlık soruşturmasının sonunda hangi kararların verileceğine açıklık getirmiştir. Bu durumda ya kamu davasının açılması ya da açılmaması, başka bir deyişle takipsizlik kararı verilecektir.

a) Kamu Davasının Açılmaması Kararı (Takipsizlik, Koğuştur-mama)

3206 sayılı Kanun ile yaratılan yeni durumdan sonra, memurların muhakemesinde ilksoruşturma olmayınca, bunun sonunda verilecek kararlar da olmayacaktır. Dolayısıyla MMK. da geçen lüzum veya meni muhakeme (sorusuşturmanın açılması veya açılmaması) kararları, bundan böyle kamu davasının açılması veya açılmaması kararları şeklinde anlaşılacak gerekecektir.

Yapılan hazırlık soruşturmasının sonunda koğuşturmanın caiz olmadığı, örneğin, aranıyorsa, şikayetin yapılmamış ve sürenin dolmuş olduğu, eylemin suç teşkil etmediği, failin suçu işlemediğinin sabit olduğu, failin suçu işlediğinin sabit olmadığı yani dava açabilmek için yeterli delilin bulunmadığı tespit edilirse (15) kamu davasının açılmamasına karar verilir. Bu karar, failin mensup olduğu daire âmirine ve varsa şikayetçiye (16) bildirilir. Daire âmiri veya suçtan zarar gören şikayetçi bu karar aleyhine tebligattan itibaren 5 gün içinde **Kararın Bir Üst Kurulda İncelenmesini** isteyebilir (17). Bunlar tarafından böyle bir istemde bulunulsun veya bulunulmasın, kamu davasının açılmaması kararı mutlaka bir üst kurulda incelemeye alınır. Söz konusu karar üst kurul tarafından onaylanırsa, onaylı bir karar sureti faile verilir (MMK. m. 5).

(15) Yurtcan, s. 323 vd.

(16) Memurların muhakemesinde şahsi dava olmaz (Yurtcan, Şahsi Dava, İst. 1977 s. 9 vd.). Bu durumda, MMK. nın 5. maddesinde geçen müddel şahsi deyiminin şahsi davacı olarak sadeleştirilmesi doğru değildir. Bkz. Taner, s. 93. Yanlış sadeleştirmeye örnek olarak bkz. Pınar, Memurun Muhakemat Kanunu ve Disiplin Cezaları, Ank. 1980 s. 344.

(17) İtiraz, kural olarak, hâkim kararlarına karşı gidilebilen bir kanun yoludur. 3206 sayılı Kanunun getirdiği yeni düzenlemeden sonra MMK. m. 5'de herhangi bir hâkim kararı söz konusu değildir. Bu nedenle itiraz da söz konusu olamaz. Biz buna «kararın bir üst kurulda incelenmesi istemi» demeyi uygun gördük.

b) Kamu Davasının Açılması Kararı

Hazırlık soruşturmasının sonunda fail hakkındaki şüpheler kuvvetlenirse, kamu davasının açılması kararı verilecektir. Bu karar faile bildirilir (MMK. m. 5). Fail tebligattan itibaren 5 gün içinde bu kararın bir üst kurulda incelenmesini isteyebilir. Bu süre içinde böyle bir istem gelmez ya da yapılan inceleme sonunda kamu davasının açılması kararı onaylanırsa bu karar ve soruşturma tutanaklarını içeren dosya mahkemeye verilir.

Kamu davasının açılması kararı iddianame mahiyetindedir; bu nedenle CMUK. nun 163. maddesinin 2 fıkrasına uygun olarak düzenlenmek durumundadır. İddianamede hangi hususların yer alacağı önceleri CMUK. nun 193. maddesinde düzenlenmekteydi. Bu madde 3206 sayılı kanunun 82. maddesiyle kaldırılmış, aynı kanun ile iddianamede nelerin yer alacağına ilişkin hükme CMUK. nun 163. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, «iddianamede sanığın açık kimliği, isnat olunan suçun neden ibaret olduğu, suçun kanuni unsurlarıyla uygulanması gereken kanun maddeleri, deliller ve duruşmanın yapılacağı mahkeme gösterilecektir. İddianame mahiyetinde olan kamu davasının açılması kararında da bu hususların açıkça gösterilmesi gerekecektir. 193. maddenin yürürlükte olduğu sıralarda kamu davasının açılabilmesi için failin ve failin bilinmesi gerekiyordu; ancak failin açık kimliğinin bilinmesi aranmıyor «fert olarak bilinmek yeterli sayılıyordu (18). Bugün 3206 sayılı Kanunun 163. maddenin 2. fıkrasında getirdiği yeni düzenleme karşısında kamu davasının açılabilmesi için failin fert olarak bilinmesi yeterli değildir. Kamu davasının açılabilmesi için failin açık kimliğinin bilinmesi şarttır.

B) İlk soruşturma

3206 sayılı Kanun İlk soruşturmayı kaldırmıştır. Memurların muhakemesi bundan böyle hazırlık soruşturması şeklinde cereyan edecektir. Bu konuda yukarıdaki açıklamalara gönderme yapmakla yetinmek istiyoruz.

2) Sonsoruşturma

3206 sayılı Kanun ile gelen yeni düzenleme memurların muhakemeye sadece önsoruşturmayı bırakmış, sonsoruşturmanın kanunun deyimiyle «muhakimi adliyeye» (adliye mahkemelerine) ait olacağını mesinin sonsoruşturmasını değiştirmiş değildir. Bilindiği gibi, MMK.

[18] Tosun, c. II s. 25, 31 vd. Kunter, s. 345 vd., Yurtcan, s. 124 vd. Öztürk, Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaipilerin Muhakemesi, İst. 1984 s. 224 vd.

açıklamıştır (MMK. m. 1). Bu durumda, hakkında kamu davasının açılmasına karar verilen fail, bu kararı veren idare kurulunun bulunduğu yerdeki mahkemede yargılanacaktır. Ancak, ilçe idare kurulunca hakkında kamu davasının açılması kararı verilen failin işlediği iddia edilen suç ağırcezalık ise, sorsoruşturma ilçenin bağlı bulunduğu ildeki ağırceza mahkemesinde gerçekleştirilecektir. Nihayet, il merkezlerinin, atanmaları milli irade ile olmuş memurları ile il idare kurulu üyesi olup haklarında Danıştay'ın İkinci Dairesi tarafından kamu davasının açılması kararı verilen memurların sorsoruşturmaları, İkinci Dairece verilen kamu davasının açılması kararında gösterilen en yakın il merkezi mahkemesinde yapılacaktır (MMK. m. 7).

Haklarında görev suçu nedeniyle kamu davası açılan valiler ve elçilerin sorsoruşturması ise Yargıtay Ceza Dairesi tarafından gerçekleştirilecektir (MMK. m. 8, 9).

MMK. da Danıştay Başkan ve üyeleriyle bakanlık müsteşarları hakkında da sorsoruşturma konusunda vali ve elçilerde olduğu gibi Yargıtay'ın yetkili olacağı açıklanmışsa da (m. 11), Danıştay Kanununun 79 ve Anayasanın 148/3. maddeleri karşısında Danıştay Başkan ve üyeleri hakkında, bu konuda yetkili olan Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesidir.

III — MEMURİN MUHAKEMATİ HAKKINDAKİ KANUNUN ANAYASAYA AYKIRILIĞI SORUNU

Yukarıda da açıkladığımız gibi (19) 3206 sayılı Kanun 82. maddesiyle ilksorsuşturmayı kaldırmak ve 83/1. maddesinde de : «**Diğer Kanunlarda geçen İlk Tahkikat** ibaresi **Hazırlık Tahkikatı** olarak değiştirilmiştir» demek suretiyle, yıllar önce, Osmanlı İmparatorluğu zamanında uygulamaya konulan ve önsorsuşturmayı; fakat özellikle bir yargılama faaliyeti olduğundan şüphe edilmemesi gereken ilksorsuşturmayı (20) idareye bırakarak idareye yargılama yetkisi veren MMK. yı da değiştirerek yargılama yetkisini idarenin elinden geri almıştır. Bu olumlu bir gelişmedir.

3206 sayılı kanuna kadar MMK. nın Anayasaya aykırılığı sık sık ifade edilmiş ve iş defalarca Anayasa Mahkemesinin önüne getiril-

[19] Çalışmamızın «muhakeme» başlıklı kısmına bkz.

[20] Yüce, s. 871 Öztürk, s. 57 vd.

[21] AYM. 10.4.1963 E. 1963/20, K. 1963/88, AYM. 23.7.1963 E. 1963/272, K. 1963/204 AYM. 20.9.1963, E. 1963/59, K. 1963/225, AYM. 11.10.1965, E. 1965/18, K. 1965/53 (Bu kararın incelenmesi konusunda bkz. **Özek**, Memurin Muhakematı

miştir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi her defasında, beklenenin tersine hareket ederek MMK. yı iptal etmemiştir (21).

Burada Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını ele alacak değiliz (22). 3206 sayılı Kanundan sonra buna gerek kalmamıştır. Gerçekten, yukarıda da ifade edildiği gibi, 3206 sayılı kanun ile ilksoruşturma kaldırılmış; böylece bunun niteliği üzerindeki tartışmalar da gereksiz hale gelmiştir. Aynı şekilde, yine aynı kanunun getirdiği yeni düzenlemeden sonra, memurların muhakemesinin önsoruşturması da sadece hazırlık soruşturmasından ibaret kalmış; böylece MMK. da öngörülen eski düzenlemenin yargı yetkisine müdahale teşkil edip etmediği sorunu da kendiliğinden ortadan kalkmıştır.

Ancak, MMK. nin artık Anayasaya aykırı olmamasının, onun gerekli olduğu ve hukuk hayatımızda yaşamaya devam etmesinin yararlı olacağı anlamına gelmesi düşünülemez. Bu kanun bazı suçların ortaya çıkarılmasına engel olmaya devam edebilecektir. Kamu davasının mecburiliği ilkesi (CMUK. m. 148/2) (23) suç tamamlandığında idareyi, memuru hakkında kamu davası açmak mecburiyetinde bırakacağı düşünülebilirse de bu konuda az da olsa bir takdir yetkisinin bulunduğu gerçeği sözkonusu düşünceyi bulandırmaktadır (24). Bu noktada, CMUK. nun 163. maddesine göre verilecek kamu davasının açılması veya açılmaması kararlarının 5 gün içinde bir üst kurulda incelenmesinin istenebileceği, hatta istenirse de, bazı durumlarda incelemenin otomatik olarak yapılacağı yolunda MMK. da yer alan düzenleme karar verecek kurulları dikkatli olmaya sevkedeceği ve bu nedenle MMK. nin adaletin tecellisi açısından bir engel sayılmayacağı söylenebilir. Buna rağmen, dava açmakta uzmanlaşmış savcılarımız dururken, bu önemli işi İlçe İdare Kurulu, İl İdare Kurulu ve Danıştay'ın İkinci Dairesi gibi esas ilgi alanı suç ve suç muha-

1982 Anayasası 129. maddenin son fıkrasında, memurlar hakkında ceza koşturması açılmasının izne bağlandığının açıklanmasıyla

Kanunu ile İlgili Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi, İHFM c. 33 sy. 1-2'den ayrı bası, İst. 1967. AYM. 14.11.1967, E. 1967/14, K. 1967/36, (Bu kararın incelenmesi konusunda bkz. **Yüce**, s. 869 vd.). AYM. 26.9.1968, E. 1968/14, K. 1968/35 (Bu kararın incelenmesi için bkz. **Öztürk**, s. 57 vd.). AYM. 22.12.1970, E. 1970/34, K. 1970/47.

MMK. nin Anayasaya aykırılığı konusunda ayrıca bkz. **Gültekin**, Memurların Yargılanması Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Gereğinin Kaldırıldığı Sorunu [AD. 1964 s. 1035 vd.]. **Erem**, Ceza Usulü Hukuku, Ank. 1978 s. 697 vd.

[22] Gbi. bkz. **Yüce**, s. 869 vd. **Öztürk**, s. 57 vd.

[23] **Tosun**, c. II s. 38, **Kunter**, s. 138 vd. **Yurtcan**, s. 34 vd. **Taner**, s. 86. **Erem**, s. 697 vd.

[24] MMK. nin uygunluk prensibini öngördüğü konusunda bkz. **Erem**, s. 697 vd.

kemesi hukuku olmayan kurallara bırakmak yersizdir ve işlerin uzamasına neden olabilir (25).

hukukumuzda genel bir izin sistemi getirilmiş olmaktadır. Söz konusu fıkranın, kanun tekniği açısından, başarılı olduğu söylenemez. Gerçekten, burada memurların tüm suçlarından mı? yoksa sadece görev suçlarından mı? söz edildiği açık değildir (26). Ancak, memurların suç muhakemesi konusunda hüküm sevkeden çeşitli kanunlara bakıldığında görev suçlarının şahsi suçlardan daha farklı bir düzenlemeye tabi tutulduğu görülmektedir (27). Anayasa kanunlardaki düzenlemeye atıf yaptığına göre, söz konusu ayırımın Anayasa tarafından da öngörüldüğü söylenmelidir (28).

Hemen ilave edelim ki, Anayasa memurların suç muhakemesi konusunda hüküm konması, kanun tekniği açısından, uygun görülmemelidir. Konunun kanunla düzenlenmesi, ihtiyaca göre değişiklik yapılmasını, kural olarak her zaman mümkün kılacağından daha uygun olmak gerekir. Aslında, söz konusu fıkra «kanunla belirtilen istisnalar dışında» ibaresine yer verilmekle, Anayasa bu konuda kanunla düzenlemeyi mümkün kılmış olmaktadır. Bu yolla fıkra yer alan hükmün içinin boşaltılması da söz konusu olabilecektir. Bütün bunlar Anayasaya alınan hükmün yetersizliğini ve Anayasada yer almasının gereksizliğini açıkça ortaya koymaktadır.

Ş 2. MEMURLARIN MUHAKEMESİNE İLİŞKİN ÖTEKİ KANUNLAR

I — GENEL OLARAK

MMK., memurların muhakemesini düzenleyen tek kanun değildir. Bu konuda hüküm içeren daha pek çok kanun vardır. 1609 sayılı Kanun, Yargıtay Kanunu, Danıştay Kanunu, Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2547 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu ve Noterlik Kanunu bunlar arasındadır. Şimdi bu kanunları örnek olarak gözden geçirelim (29).

[25] İdarenin otoritesini korumak, memurun görev suçu işleyip işlemediğinin anlaşılmasının bir idari ihtisas işi olması, kamu hizmetlerinin devamlı ve düzenli görülmesini sağlamak, memurları yersiz şikâyetlerden korumak ve adliyenin işlere karışmasını önlemek gibi düşüncelerle MMK. yı haklı çıkarmak mümkün değildir (Yüce, s. 876 vd.)

[26] Tosun, s. 536.

[27] Bazı örnekler için bkz. Yurtcan, s. 98 vd. Ayrıca bkz. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu m. 46, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 82 vd, 93 vs.

[28] Bu konudaki haklı endişeler konusunda bkz. Tosun, s. 536.

II — 1609 SAYILI KANUN

Özellikle devlet idaresi aleyhindeki suçlarla mücadelede MMK. nın zaman zaman olumsuz sonuçlara neden olduğunun görülmesi üzerine, söz konusu kanunun uygulama alanının daraltılmasına çalışılmıştır (30). Gerçekten, kanunun 1. maddesinde: «irtikâptan, rüşvet alıp vermektten, ihtilas ve zimmete para geçirmektten, gerek doğrudan doğruya ve gerek memuriyet görevini kötüye kullanmak suretiyle kaçakçılıktan ve resmî açık eksiltme ve arttırmalara ve alım satıma fesat karıştırmaktan ve devletin dış politikasına ait gizli evrakı veya şifreleri açıklamak veya açıklanmasına neden olmaktan ve bu suçlara katılmaktan sanık olanlar hakkında Memurin Muhakematı Kanunu uygulanmaz» denilmek suretiyle önemli bazı suçlar hakkında idarenin muhakeme yapması kabul edilmemiştir. Bu kanuna göre, bakan veya vali ceza davasının açılması için izin verirse savcı ceza davası açabilecektir (31).

Görüldüğü gibi, 1609 sayılı Kanunda öngörülen izin şartının yerine getirilmesinin gerekip gerekmediğinin saptanması için, bakan veya vali kısa da olsa bir idarî soruşturma yapmak durumundadır. Başka bir deyişle, 1609 sayılı kanunun, memurların bazı suçları için MMK. dan farklı fakat genel prensiplere göre çok özel bir muhakeme sistemi öngörmektedir (32).

Bu noktaya kadar 3206 sayılı Kanunun 1609 sayılı Kanun üzerinde herhangi bir değişiklik yapması söz konusu değildir. CMUK. nu değiştiren kanun 1609 sayılı Kanunu 2. maddenin itibaren etkilemeye başlamaktadır. Gerçekten, son adı geçen kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasında, «sorguya çekmek suretiyle hazırlık soruşturmasının tamamlanması kamu davasının açılması ve ilk soruşturmanın ve karar hakimliği görevinin yapılması bu yetkili mahkemelerde bulunan savcılara ve sorgu hakimlerine aittir...» denilmektedir. 3206 sayılı Kanunun yeni düzenlemesi karşısında söz konusu fıkra bundan böyle, «sorguya çekmek suretiyle hazırlık soruşturmasının tamamlanması ve kamu davasının açılması bu yetkili mahkemelerde bulunan savcılara aittir», şeklinde anlaşılacak gerekecektir.

1609 sayılı Kanunda öngörülen ilksoruşturmanın 3206 sayılı Kanunla ortadan kaldırılmasıyla, ilk adı geçen kanunun kapsamına gi-

(29) MMK., memurların muhakemesine ilişkin öteki kanunlara göre, memurların muhakemesi konusunda, genel kanundur. Kural olarak, görev suçu işleyen memur MMK. ya tabi olur (m. 1).

(30) Tosun, (Memur) (2) s. 18.

(31) Tosun, (Memur) (2) s. 18.

(32) Tosun, (Memur) (2) s. 18.

ren suçlarda ilksoruşturma yapmanın mecburi olup olmadığı yolundaki tartışmalar da (33) sona ermiş olmaktadır.

CMUK. nu değiştiren kanunun öngördüğü yeni düzenleme karşısında, 1609 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasında irtikâp ve rüşvet sanıklarıyla ortakları için düzenlenen ve karılarını da içine alan, mal beyanında bulunulması hususu, bundan böyle sorgu hakimleri değil savcılar tarafından istenecektir. Kamu davasının açılmasına karar vermek, bu bildirimle dayanarak soruşturmanın tamamlanmasına bağlı olacaktır (m. 4/2).

II. — 2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNU

4 Kasım 1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun (34) dokuzuncu bölümü disiplin ve ceza işlerine ayrılmıştır. Bu bölümde yer alan 53. maddede yükseköğretim personeli, 54. madde de öğrenciler hakkındaki hükümlere yer verilmiştir.

Kanunun 53/c maddesi 14.4.1982 tarih ve 2653 sayılı kanun ile değiştirilinceye kadar, kanunda, ceza koşturmasının genel hükümlere göre yapılacağı hükmü yer almaktaydı. Ne var ki, 2653 sayılı kanun ile 1750 sayılı Üniversiteler Kanununun 65. maddesinde (35) öngörülen, memurların özel bir muhakemeye tabi olması sistemine geri dönlüştür. Ancak, CMUK. nu büyük ölçüde değiştiren 3206 sayılı Kanun da, öngörülen bu sistemi esaslı bir şekilde değiştirmiş ve 2547 sayılı kanuna göre yapılması gereken muhakeme aşağıdaki şekli almıştır:

Hemen ifade edelim ki, 3206 sayılı kanunun 83. maddesinin birinci fıkrası karşısında, 2547 sayılı kanunda geçen **ilksoruşturma** ibaresinin bundan böyle **Hazırlık Soruşturması** şeklinde anlaşılması gerekecektir. Çünkü, yukarıda da sık sık ifade edildiği gibi, sözkonusu fıkra, diğer kanunlarda geçen **İlk Tahkikat** ibaresi **Hazırlık Tahkikatı** olarak değiştirilmiştir denmektedir. O halde 2547 sayılı Kanunun 53. maddesine göre yapılacak olan artık ilksoruşturma değil (36), hazırlık soruşturmasıdır.

(33) **Özek**, s. 70 vd. **Sonel**, 1609 sayılı Kanun Değiştirilmeli mi? Adliye Dergisi, sayı: 10 s. 1096 vd.

(34) RG. 6 Kasım 1981 sayı: 17506.

(35) **Kunter**, Üniversite «İlksoruşturması» ve Memur Muhakemesi Sistemimiz, İHFD, Ord. Prof. Dr. Charles Crozat'ya Armağan, Özel Sayı, sayı: 1-4 1979 s. 1 vd.

(36) **Kunter**, s. 1 vd.

Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında aşağıdaki gibi işlem yapılacaktır (2547 s. K. m. 53/c) :

YÖK. başkanı görev suçu işlediğinde hazırlık soruşturması, Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanının başkanlık edeceği bir YÖK. toplantısında, YÖK. üyelerinden kurulacak en az üç kişilik bir kurul tarafından yapılacaktır. Kurul seçimi için yapılan YÖK. toplantısına YÖK. başkanı katılamaz. (m. 53/c. 1.).

Görev suçu işleyen, YÖK. başkanından başka biri ise, bu durumda hazırlık soruşturmasını, YÖK. başkanınca veya öteki disiplin amirlerince doğrudan veya bunlar tarafından görevlendirilecek uygun sayıda soruşturmacı tarafından gerçekleştirilecektir.

Kanun önce YÖK. başkanının soruşturmasını düzenlemiş, ardından «diğerleri» demek suretiyle de YÖK. üyelerinin, rektörlerin, dekanların, öğretim elemanlarının, kısaca üniversite üst düzey yöneticileri ile öğretim elemanlarının hazırlık soruşturmasını düşünmüştür (m. 53/c. 1.).

Hazırlık soruşturmasını yapacaklar öğretim elemanları arasından seçilecekse, akademik ünvana dikkat edilecek, soruşmacının en az, hakkında soruşturma yapılan kişinin akademik ünvana sahip olması aranacaktır. Bu durumda bir doçentin bir profesör hakkında hazırlık soruşturması yapması mümkün değildir. Bu hüküm ıslaha muhtaçtır. Gerçekten, ceza koğuşturması, kural olarak, daima bir ceza ve ceza usul hukuku öğretim üyesi tarafından yapılmalıdır. Ceza ve ceza usul hukucusu yoksa, o zaman soruşturmacının hiç değilse «hukukçu öğretim üyesi» olmasına özen gösterilmelidir. Görev suçu işlenen yükseköğretim kurumunun bulunduğu yerde hukukçu öğretim üyesi bulunmuyorsa, ancak o zaman hukukçu olmayan öğretim üyeleri soruşturmacı tayin edilmeli ve ancak o zaman akademik ünvana göre hareket edilmelidir. Bu yapılmadığı takdirde, uygulamadaki aksaklıklar sürüp gidecektir.

Hazırlık soruşturmasını yapma yetkisini haiz olanlar hazırlık soruşturmasını, 2547 sayılı Kanunda bu konuda hüküm bulunmadığından, aynı kanunun 53. maddesinin son fıkrasında yapılan atif nedeniyle 4 Şubat 1329 tarihli MMK. hükümlerine göre yapacaklardır. Ancak, MMK. da da bu konuda yeterli hüküm bulunmamasından do-

layı, bu kanunun 2. maddesinde CMUK. ya yapılan atıf nedeniyle, hazırlık soruşturması CMUK. ya göre gerçekleştirilecektir. Soruşturmacı veya soruşturmacılar savcı yetkilerini haiz olarak hazırlık soruşturması yapacaklar, yapılan soruşturmanın sonunda soruşturma dosyası, soruşturmanın sonucunu gösteren ve kamu davasının açılması veya açılmaması yolunda bir öneriyi içeren rapor ile birlikte, kamu davasının açılması veya açılmaması yolunda karar vermeye yetkili olan kurula vereceklerdir. 2547 sayılı kanuna göre bu kurullar: YÖK. başkanı ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri için Danıştay'ın ikinci Dairesi (2547 s. K. m. 53/c. 2. a), üniversite rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri için, YÖK. üyelerinden kurulacak üç kişilik bir kurul (m. 53/c. 2. b.), üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcıları ile üniversite genel sekreterleri için rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarında oluşacak üç kişilik kurul (m. 53/c. 2. c.), öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri için, üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul ve nihayet 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar için, yer bakımından yetkili il idare kurulumudur (m. 53/c. 2. d. e.).

Görüldüğü gibi, savcıların kamu davası açma tekeline bir istisna da (37) 2547 sayılı Kanun ile getirilmektedir. Bu kurullara seçilen üyeler bir yıl görevde kalmaktadırlar. Ancak, bunların yeniden seçilmeleri mümkündür (m. 53/c. 2. f.).

Kamu davasının açılmasına veya açılmamasına karar verecek kurullar üye tam sayısı ile toplanır. Kurullara hazırlık soruşturmasını yapmış olanlar katılmaz (m. 53/c. 3.).

YÖK. ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştay'ın İkinci Dairesi'nce verilecek kamu davasının açılması kararının bir üst kurulda incelenmesinin istenmesi mümkündür (38). Bu istem Danıştay'ın İdari İşler Kuruluna yapılır. Buna karşılık, kamu davasının açılmaması kararı, istem olmasa da, Danıştay'ın İdari İşler Kurulu tarafından mutlaka incelemeye alınır (m. 53/c. 4.). Öteki kurullar tarafından verilen kamu davasının açılması kara-

(37) Öteki istisnalar için çalışmamızın «hazırlık soruşturmasının sonunda karar vermeye yetkili olanlar» başlıklı kısmına bkz.

(38) Kanun buna itiraz demektir. Bunun yerinde olmadığı yolunda çalışmamızın «kamu davasının açılmaması kararı» başlıklı kısmının 3 no.lu dn. ye bkz.

rına sanık veya sanıklar tarafından bulunulacak «bir üst kurulda incelenme» istemi Danıştay'ın İkinci Dairesi'nce karara bağlanır. Kamu davasının açılmaması yolundaki kararın otomatik olarak incelenmesi ise yine Danıştay'ın 2. Dairesi tarafından yapılır (m. 53/c. 4.).

YÖK. ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkındaki kamu davası, Yargıtay'ın ilgili dairesinde açılır. Bu dava nedeniyle yapılan muhakemenin sonunda verilen hükmün temyiz incelenmesi Ceza Genel Kurulu tarafından yapılır (m. 53/c. 4.). Bu sayılanlardan başka görevliler hakkındaki kamu davası ise suçun işlendiği yerdeki adliye mahkemelerinde açılır (m. 53/c. 4.). Burada kamu davalarının görev suçu nedeniyle açılmakta olduğu daima hatırd tutulmalıdır (39).

İdeolojik amaçlarla, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlarla bağlantılı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükûn, huzur ve çalışma düzenini bozan, boykot, işgal, engelleme, bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde, yukarıda yazılı usuller uygulanmaz, bu hallerde hazırlık soruşturmasını doğrudan doğruya Cumhuriyet savcısı yapar.

Görüldüğü gibi, kanun çok önemli durumlarda idarenin hazırlık soruşturmasını yapmasını istememektedir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda yetkili olan savcılıktır (m. 53/c. 7.). Görev suçu nedeniyle 2547 sayılı Kanuna göre yetkili olan idarî makamlar, yapmakta oldukları hazırlık soruşturması sırasında suçun 53/c. 7. ye girdiğini veya bu maddede sayılan suçlarla bağlantılı (40) olduğunu tespit ettiklerinde işi derhal savcılığa havale etmek durumundadırlar.

IV — YARGITAY KANUNU

4 Şubat 1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanununun (41) altıncı bölümü, «suçlarla ilgili inceleme, soruşturma ve kovuşturma»

[39] 2547 sayılı kanun için 1609 sayılı Kanunun kapsamına girmesi durumunda nasıl bir işlem yapılacağını da düzenlemiştir (m. 53/c. 6.) Bu konuda çalışmamızın 1609 sayılı kanunla ilgili kısmına bkz.

[40] Bağlantı konusunda bkz. Löwe - Rosenberg, 24. Auflage, § 2. 1 vd. Tosun, c. I s. 388 vd. Kunter, s. 233 vd. Yurtcan, s. 185 vd.

[41] RG. 8 Şubat 1983 sayı: 17953.

başlığını taşımaktadır. Kanunun 46. maddesinde, Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesinin Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlı olacağı açıklanmıştır. Ancak, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde hazırlık ve ilksoruşturmanın genel hükümlere göre yapılacağı öngörülmüştür. 3206 sayılı kanundan sonra burada yalnızca hazırlık soruşturmasının söz konusu olabileceği açıktır (3206 s. K. m. 83/1). Bu durumda, «soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı sorgu hâkiminin yetkisine haiz olup, CMUK. nun ilksoruşturmaya ait hükümlerini uygular» hükmünü getiren 46. maddenin de, 3206 sayılı Kanunun yeni düzenlemesine uygun bir şekilde anlaşılması gerekecektir. Başka bir deyişle, soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı savcı gibi faaliyet gösterecek ve CMUK. nun hazırlık soruşturmasına ilişkin hükümlerini uygulayacaktır. Ancak, ceza dairesi başkanının hâkim oluşu onun tutuklama yapabilmesini mümkün kılmak gerekir (Yar. K. m. 46/4). Kanunun, ceza dairesi başkanının tutuklama, tutuklamanın kaldırılması veya kefaletle salıvermeye ilişkin kararlarının tekemmülünü, söz konusu kararların Başkanlık Kurulunun onaması koşulu-na bağlı tutulması yerinde olmamıştır. Hakim kararları idarî değil yargısal kararlardır. Bu nedenle onaya ihtiyaçları yoktur (42).

Birinci Başkanlık Kurulu, incelediği evrakı eksik bulursa soruşturmayı yapan başkana tamamlattırır. Kamu davasının açılmasına gerek görmediğinde evrakın işlemden kaldırılmasına, aksi halde kamu davasının açılmasına karar verir ve görevle ilgili suçlarda Anayasa Mahkemesi'ne, kişisel suçlarda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na tevdi olunmak üzere dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderir. Evrakın işlemden kaldırılmasına dair verilen kararlar kesindir (Yar. K. m. 46/5).

Görüldüğü gibi, Yargıtay Kanununa göre, kanunda sayılanlardan birinin suç işlemesi halinde, ağırceza gerektiren suçüstü hali hariç, hazırlık soruşturmasını, soruşturma için görevlendirilen bir ceza dairesi başkanı yapmakta, hazırlık soruşturmasının sonundaki kararları ise Birinci Başkanlık Kurulu vermektedir. Suç görev suç u ise, söz konusu kurul kamu davasını Yüce Divan sıfatıyla (AY. m. 148/3, Yar. K. m. 46/5) Anayasa Mahkemesinde, kişisel suç ise Yargıtay Ceza Genel Kurulunda açmaktadır.

[42] Tosun, c. II, s. 225.

V — DANIŞTAY KANUNUN (43)

6.1.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanununun yedinci bölümü ceza koşturmasına ayrılmıştır. Bu bölümde yer alan 76. maddede soruşturma düzenlenmiştir. Buna göre, Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işlemiş buldukları suçlardan yani görev suçlarından dolayı, Danıştay Başkanınının seçeceği bir daire başkanı ile iki üyeden oluşan bir kurul tarafından hazırlık soruşturması yapılır. Kanunda «ilksoruşturma»dan söz açılmaktadır; ancak 3206 sayılı Kanunun yeni düzenlemesi karşısında bunun hazırlık soruşturması şeklinde anlaşılması gerektiği açıktır.

Danıştay Başkanı hakkındaki hazırlık soruşturması, Başkanlık Kurulu tarafından seçilecek bir daire başkanı ile iki üyeden oluşan bir kurul tarafından yürütülür (m. 76/2). Başkanlık kurulunda yapılan seçime başkan katılmaz (m. 76/2).

Hazırlık soruşturmasını, 3206 sayılı Kanunun 83/2. maddesinin hükmü ve Danıştay Kanununun 81. maddesi karşısında savcı yetkilerini haiz olarak yapan kurul, soruşturma sonunda düzenleyeceği soruşturma raporunu ve buna ilişkin evrakı Danıştay Başkanına, soruşturma Danıştay Başkanı hakkında ise raporu ve evrakı başkanvekiline verir. Bu husustaki dosya Danıştay Başkanı veya vekili tarafından kamu davasının açılması veya açılmaması kararlarının verilmesi için İdari İşler Kurulu Başkanlığı'na verilir. Bu kurulun vereceği kararlar sanığa ve varsa şikâyetçiye tebliğ olunur (m. 76/3).

Yukarıda da söylendiği gibi, hazırlık soruşturmasını yapmaya yetkili olanlar savcı yetkilerini haiz olarak soruşturma yaparlar. Gerçekten, Danıştay Kanununun 81. maddesinin 1. fıkrasında, yukarıdaki maddeler hükümlerine göre yapılacak soruşturmalar ile verilecek kararlarda, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, CMUK. nun soruşturmaya ilişkin hükümleri uygulanır denmiş, aynı maddenin 2. fıkrasında da, soruşturma kurullarının sorgu hâkiminin yetkilerini haiz olacakları açıklanmıştır. 3206 sayılı Kanunun yeni düzenlemesi karşısında, 81. maddede geçen «soruşturma»nın hazırlık soruşturması, «sorgu hâkimi»nin de savcı olarak anlaşılması gerekir (3206 s. K. m. 83/1, 2).

Kamu davasının açılmaması kararı kendiliğinden, kamu davasının açılması kararı ise istem üzerine Danıştay Genel Kurulunda in-

celenir. Bu yoldaki istemin tebligattan itibaren 10 gün içinde yapılması gerekir (m. 77). İdari İşler Kurulu Başkan ve üyeleri bu kurula katılamaz (m. 76/4). Danıştay Genel Kurulunun bu toplantılarda yer sayısı en az 31 dir. Toplantıda hazır bulunanlar çift sayıda ise, en kıdemsiz üye toplantıya katılmaz (44).

76. maddeye göre verilen kamu davasının açılması kararı bir üst kurulda inceleme isteminde bulunulmamak veya üst kurulca onanmak suretiyle kesinleşince, soruşturma dosyası, gereği yapılmak üzere Danıştay Başkanı veya vekili tarafından Cumhuriyet Başsavcısına gönderilir. Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrasına göre, Danıştay Başkan ve üyelerinin görev suçlarından dolayı yapılacak soruşturmaları Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesinde yapılır. Yüce Divandaki savcılık görevini ise Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcıvekili yapar (AY. m. 148/4). Burada Danıştay Kanununa göre yetkili olan kurulun kamu davasının açılması kararını vermesi ve bununla ilgili, iddianame yerine geçen evrakı düzenlemesiyle kamu davası açılmıştır. Yani dava açan yetkili kuruldur, yoksa Başsavcı değildir. Başsavcının yaptığı iş şeklidir. Onun kamu davasının açılması kararını değiştirebilmesi mümkün değildir (45).

VI — HÂKİMLER VE SAVCILAR KANUNU

24 Şubat 1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun (46) dört bölümden ibaret olan yedinci kısmı «soruşturma ve kovuşturma» başlığını taşımaktadır. Birinci bölümde, görev suçu için öngörülen soruşturma, ikinci bölümde, yine aynı tür suçlar için koğuşturma, üçüncü bölümde, kişisel suçlarda soruşturma ve koğuşturma ve nihayet dördüncü bölümde de ortak hükümler bulunmaktadır. Bizi burada 3206 sayılı kanundan etkilenen hükümler ilgilendirmektedir. Kanundaki kamu davasının açılmasına karar verecek makamların işi ele almalarına kadar nasıl bir yol izleneceği hu-

(44) Görevli kurullarda incelemenin nasıl yapılacağı 78. maddede açıklanmıştır. 80. m. de de, soruşturma yapanların, soruşturmalar üzerine karar verecek kuraların toplantılarına katılamayacakları açıklanmıştır.

(45) Bu açıklamalar Yargıtay Kanununa göre yapılan muhakeme için de geçerlidir.

Danıştay Kanununun 82. maddesine göre, Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerin şahsi suçlarının takibinde Yargıtay Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı ve üyelerinin şahsi suçlarının takibi ile ilgili hükümler uygulanacaktır (çalışmamızın Yargıtay Kanunu ile ilgili açıklamaların yapıldığı kısmına bkz.).

(46) RG. 24 Şubat 1983 sayı: 17971.

susunda hükümler sevkeden 82'den 88'e kadar olan maddeler büyük ölçüde aynen kalacaktır. Buradaki tek değişiklik tutuklama mercii konusundadır. 3206 sayılı Kanunun yeni düzenlemesinden sonra, soruşturma sırasındaki tutuklama istemleri, kamu davasının açılmasına karar vermeye yetkili merci tarafından incelenip karara bağlanacaktır (m. 85). Bu merci de 89. maddede sözü edilen ağır ceza mahkemesidir.

Hakim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçları, kısaca görev suçları nedeniyle haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle yaptırabilir (m. 82). Soruşturmacı 2802 sayılı kanun, onda hüküm bulunmayan hallerde CMUK. na göre soruşturmasını tamamlar. Hazırladığı raporda kamu davasının açılması veya açılmaması istemlerinde bulunur. İstem kamu davasının açılması yolunda olduğu takdirde evrak, Adalet Bakanlığınca ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağırceza mahkemesine en yakın ağırceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına, Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda görevli hakim ve savcılar hakkındaki evrak ise Ankara Cumhuriyet Savcılığına gönderilir (m. 89/1).

Cumhuriyet savcısı 5 gün içinde iddianamesini düzenler ve evrakı kamu davasının açılması veya açılmaması yolunda karar vermek üzere ağırceza mahkemesine verir. Savcının düzenlediği iddianamenin dava açan iddianame olmadığı açıktır. 3206 sayılı Kanunun yeni düzenlemesi karşısında (m. 83) dava açma yetkisi yukarıda adı geçen ağırceza mahkemesindedir (47).

Haklarında kamu davasının açılmasına karar verilenlerden, birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağırceza mahkemeleri heyetine dahil bulunan hakim ve savcılarının sonsoruşturmaları Yargıtay'ın görevli ceza dairesinde yapılır (m. 90). Bunların dışındaki hakim ve savcılarının sonsoruşturması ise, yargı çevresi içinde buldukları ağırceza mahkemesinde yapılır.

3206 sayılı Kanundan sonra, 92. maddenin «ilksoruşturmada itiraz usulü» şeklindeki başlığın «hazırlık soruşturmasında itiraz usulü» olarak değiştirilmesi gerekecektir. 89. maddede yazılı mercilerin tutuklamaya ve salıvermeye veya kamu davasının açılmaması kararlarına Cumhuriyet savcısı veya hakkında soruşturma yapılan tarafından genel hükümlere göre itiraz olunabilir. Bu itiraz, ilgilinin yargı

çevresi içinde bulunduğu ağırceza mahkemesi hariç olmak üzere, kararı veren mahkemeye en yakın ağırceza mahkemesinde incelenir (m. 92).

Hakim ve savcıların kişisel suçları hakkında soruşturma, ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağırceza mahkemesine en yakın ağırceza mahkemesi Cumhuriyet savcısına ve sorsoruşturma da o yer ağırceza mahkemesine aittir (m. 93) (48).

Kanunun «ortak hükümler» başlığını taşıyan dördüncü bölümünde 3206 sayılı Kanundan etkilenen tek hüküm 94. m. de yer almaktadır. Bu maddede geçen «ilksoruşturma» tabirinin maddeden çıkarılması gerekmektedir. Böylece 3206 sayılı Kanunun öngördüğü değişiklik gerçekleşmiş olmaktadır (49).

VII — ÖTEKİ KANUNLAR

3206 sayılı kanundan etkilenen kanunların sayısı az değildir. Bunların tümünü ele almaya kalkışmak bu çalışmanın boyutlarını aşar. Bu nedenle biz burada yukarıda açıklananlara ek olarak ve örnek teşkil etmesi amacıyla iki önemli kanunu daha ele almak istiyoruz. Bunlar 19 Mart 1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile (50), 18 Ocak 1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunudur (51).

Avukatlık Kanunu'na göre, görev suçu işleyen avukat hakkında soruşturma yapılması, Adalet Bakanlığı'nın vereceği izne bağlıdır. Soruşturma yapma yetkisi Cumhuriyet savcısındadır (m. 58). Yapılan soruşturmaya ilişkin dosya Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne verilir. Yapılan inceleme sonunda koğuşturma yapılmasına gerek görülürse dosya suçun işlendiği yer ağırceza mahkemesine en yakın olan ağırceza mahkemesi Cumhuriyet savcılığına gönderilir. Savcı 5 gün içinde iddianamesini düzenler ve dosyayı kamu davasının açılması veya açılmaması yolunda bir karar vermek

(47) Bu iddianame nitelik itibariyle dava yürüten iddianameye benzetilebilir. Savcı dava açmak için değil, işlerin yürümesi için bir iddianame düzenlemek durumunda kalmaktadır (Tosun, c. II s. 99).

(48) 3206 sayılı kanun nedeniyle maddedeki «sorgu hakimi» tabiri çıkarılmıştır.

(49) Bu değişiklikten sonra 94. m. şu şekli almaktadır: «Ağırceza gerektiren suçüstü hallerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır. Hazırlık soruşturması yetkili savcı veya yardımcılar tarafından bizzat yürütülür.»

(50) RG., 7 Nisan 1969 sayı: 13168.

(51) RG., 5 Şubat 1972 sayı: 14090.

üzere ağırceza mahkemesine verir (52). İddianamenin bir örneği, hakkında soruşturma yapılan avukata tebliğ olunur. Haklarında kamu davasının açılması kararı verilen avukatın sorsoruşturması suçun işlendiği yer ağırceza mahkemesinde yapılır (m. 59).

Savcı veya sanık, tutuklama veya saliverilme yahut kamu davasının açılmaması kararlarına karşı genel hükümlere göre itiraz edebilirler (m. 60). Ağırcezayı gerektiren suçüstü halinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır (m. 61).

Noterlik Kanununa göre de, görev suçu işleyen noterler hakkında koğuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır (m. 153). Kanununun koğuşturmaya ilişkin hükümleri (m. 153 - 155) Avukatlık Kanununda yer alanların aynısıdır. Bu nedenle, bu konuda Avukatlık Kanunu ile ilgili olarak yapılan açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetinmek istiyoruz.

S O N U Ç

Yukarıdaki açıklamalardan hemen anlaşılacağı gibi, 3206 sayılı kanun memurların muhakemesi açısından çok önemli bir kanundur. Söz konusu kanun sadece önemli değil, memurların özel bir muhakeme usulüne tabi olmalarının doğurduğu bazı ciddi sakıncaları da ortadan kaldırması açısından aynı zamanda yararlı bir kanundur. Bu kanun sayesinde ki, yargılama yetkisi idarenin elinden geri alınmak suretiyle MMK. nın Anayasaya aykırılığı artık sorun olmaktan çıkmış, böylece Osmanlı İmparatorluğundan beri süre gelen hukuka aykırı durum ile birlikte bu aykırılıktan doğan sakıncalar da kendiliğinden sona ermiştir.

Bütün bu olumlu gelişmelere rağmen MMK. sakıncalı olmaya devam etmektedir. Bu kanun, 3206 sayılı Kanunun getirdiği yeni düzenleme içinde bile bazı suçların ortaya çıkarılmasına engel olabilecek, muhakemenin gereksiz yere uzaması sonucunu doğurabilecektir. Bir dava açabilmek için iş elden ele, kuruldan kurula, şehirden şehire dolaşacaktır. Buna bir de, bu işi yapacakların hukukçu olmayabilecekleri ihtimali eklenince sakıncalar daha da ciddileşmektedir. Doktrinde MMK. nın gereksizliği sık sık dile getirilmiştir (53). Biz 3206 sayılı kanun ile başlayan olumlu gelişmenin MMK. nın kaldırılmasıyla noktalanacağına inanmak istiyoruz.

(52) Savcının vereceği iddianamenin niteliğine ilişkin olarak çalışmanın «hâkimler ve savcılar kanunu» kısmına bkz.

(53) Kunter, s. 115 Tosun, (Memur 1, 2) s. 459 vd. s. 9 vd. Yüce, s. 878, Özek, s. 78 vd. Şekercioğlu, s. 76.

BİBLİYOGRAFYA

- Beşe,** Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri, Ank. 1943
- Bydlinski,** Österreichische Gesetze, München 1985
- Çağlayan,** Uygulama Yönünden Ceza ve Usul Hukuku, Ank. 1977
- Gözübüyük,** Türk Ceza Kanunu Açıklaması c 3, 4. Bası, İst. (Tarihsiz)
- Dönmezer,** Özel Ceza Hukuku Dersleri, İst. 1984
- Dreher - Tröndle,** StGB Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 42. Auflage München 1985
- Erman,** Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, SBOD 1947 sy. 3-4 s. 236 vd.
- Erem,** Ceza Usulü Hukuku, Ank. 1978
- Foegger - Serini,** StGB. Strafgesetzbuch, Wien 1979
- Germann,** Zweizerisches Strafgesetzbuch mit kurzen Erläuterungen Zürich 1962
- Gültekin,** Memurların Yargılanması Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Gereğinin Kalmadığı Sorunu, AD 1964 s. 1033 vd.
- Hauser - Rehberg,** Zweizerisches Strafgesetzbuch, 10. Auflage, Zürich 1983
- Keyman,** Memurin Muhakematı Kanunu, AHFD c. XIX 1962 sy. 1-4 s. 173 vd.
- Kıyak - Çağlayan - Şenel,** Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurin Muhakemat Kanunu, Ank. 1960
- Kunter,** Muhakeme Hukuku Dah Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İst. 1981
- Kunter,** Üniversite «İlksoruşturması» ve Memur Muhakemesi Sistemimiz, İHFM, Ord. Prof. Dr. Charles Crozat'ya Armağan, Özel Sayı sy. 1-4 1979, s. 1 vd.
- Lackner,** StGB, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 16. Auflage, München 1985
- Löwe - Rosenberg,** Strafprozessordnung, Grosskommentar, 24. Auflage, 1. Lieferung Berlin - New York 1984 2. Lieferung, Berlin - New York 1984
- Löwe - Rosenberg,** Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, 23. Auflage 1. Band, Berlin - New York 1976
- Maurach - Schroeder,** Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 2, Ein Lehrbuch, Heidelberg - Karlsruhe 1981
- Önder** Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, İst. 1985
- Özek,** Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi, İHFM c. XXVI sy. 1-4 s. 37 vd.
- Özek,** Memurin Muhakematı Kanunu İle İlgili Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelemesi, İHFM c. 33 sy. 2 den ayrı bası, İst. 1967
- Öztürk,** Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi, İst. 1984
- Öztürk,** Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları Ve Anayasa Mahkemesi Kararları, CHKD c. 1 yıl 1978 s. 56 vd.

- Pınar,** Memurin Muhakemat Kanunu ve Disiplin Cezaları, Ank. 1980
- Polatcan,** Memur ve Resmi Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, İst. 1983
- Preisendanz,** Strafgesetzbuch, Lehrkommentar, Berlin 1975
- Schönke - Schröder,** Strafgesetzbuch, Kommentar, 16. Auflage, München 1972
- Sonel,** 1609 sayılı Kanun Değiştirilmeli mi? Adliye Dergisi sy. 10 s. 992 vd.
- Stratenwerth,** Zweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Auflage Bern 1984
- Şekercioğlu,** Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı, İst. 1974
- Taner,** Ceza Muhakemeleri Usulü, İst. 1955
- Tosun,** Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c. I, İst. 1984
- Tosun,** Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c. II, Muhakemenin Yürüyüşü, İst. 1976
- Tosun,** Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları, YD. c. 9 Ekim 1983, sy. 4 s. 458 vd.
- Tosun,** Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları, YD. c. 9, Ocak - Nisan 1984, sy. 1 - 2, s. 9 vd.
- Yarsuvat,** Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri, İHFM, c. XXX sy. 3-4 den ayrı bası., İst. 1965
- Yurtcan,** Şahsi Dava, İst. 1977
- Yurtcan,** Ceza Yargılaması Hukuku, İst. 1982
- Yüce,** Memurin Muhakematı Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin Bu Konudaki Kararı Üzerine, ABD., c. 25, sy. 5 yıl 1968, s. 867 vd.
- Zeyneloğlu,** Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunun Anayasaya Aykırılık Derecesi, AD. yıl 53, Haziran - Temmuz 1962, sy. 7 - 8, s. 766 vd.

KISALTMALAR

ABD.	:	Ankara Barosu Dergisi
AD.	:	Adalet Dergisi
AHFD.	:	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
Ank.	:	Ankara
Aufl.	:	Auflage
AY.	:	Anayasa
AYM.	:	Anayasa Mahkemesi
bkz.	:	bakınız
c.	:	cilt
CHKD.	:	Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
dn.	:	dip not
gbî.	:	geniş bilgi için
İHFM.	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İst.	:	İstanbul
m.	:	madde
MMK.	:	Memurin Muhakematı Hakkında Kanun
s.	:	sayfa
SBOD.	:	Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi
s. k.	:	sayılı kanun
sy.	:	sayı
TCK.	:	Türk Ceza Kanunu
Tosun	:	Tosun , Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları, YD. c.
(Memur) (1)	:	9, Ekim 1983, sy. 4, s. 458 vd.
Tosun	:	Tosun , Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları, YD. c.
(Memur) (2)	:	10, Ocak - Nisan 1984, sy. 1 - 2, s. 9 vd.
vd.	:	ve devamı
YD.	:	Yargıtay Dergisi
Yar. K.	:	Yargıtay Kanunu
YÖK.	:	Yükseköğretim Kurulu

TAŞIMA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Ahmet İYİMAYA (*)

● ANLATIM DÜZENİ : I — Giriş. II — Taşıma sözleşmesinde sorumluluğun başlangıç ve sona erme zamanı. A — Sorumluluğun başlama anı. 1 — Yolcunun durumu ölçüsü. 2 — Taşıyanın durumu ölçüsü. B — Sorumluluğun sona erme zamanı. III — Sorumluluğu doğuran borç (yolcuyu sağ ve salim götürme edimi). A — Önlemler. B — Yaptırım. IV — Sorumluluktan kurtuluş nedenleri. A — Mücbir sebep. 1 — Haccicilik unsuru. 2 — Kaçınılmazlık unsuru. 3 — Öngörmezlik unsuru. B — Üçüncü kişinin kusuru. C — Zarar görenin kusuru. V — Sorumluluk davasında yetki. 1 — Sözleşmenin kurulduğu yer mahkemesinin yetkisi. 2 — Sözleşmenin ifâ edileceği yer mahkemesinin yetkisi. 3 — Yetkili kılınan yer mahkemesinin yetkisi. 4 — Kazanın meydana geldiği yer mahkemesinin yetkisi. 5 — Taşıyanın ikametgâhı mahkemesi yetkisi. VI — S o n u ç.

I — GİRİŞ

Bu inceleme, taşıma sözleşmesinin yapısını tümüyle ele almamaktadır. Yolcu taşımalarına ilişkin kimi sorunlar, normatif yapı içinde değerlendirilmeye çalışılmıştır. Özellikle sorumluluğun başlangıç ve sona erme zamanları ile illiyet bağının kesilmesi sorunlarına ağırlık verilmiştir. Uygulamada beliren aktüel problemlerin çözümü denemesi yapılmıştır. Genel ve soyut yargılar, özel ve somut olay örneğinde desteklenmiştir. Sonuca varılırken sorumluluk hukukunun yeğlediği çağdaş eğilimler, gözden ırak tutulmamıştır. 'Bardakları kıran onları öder' (1) özdeyişinin egemen olduğu hukuk düzeyinin dönemine bağlı kalınmamış, 'çıkartlar dengesi', (2), 'mağdurun korunması' (3), 'insanın fizik hızını geride bırakan teknolojik tehlikenin sonuçlarından varlığın korunması' (4) gibi ilkeler, çözümün genel anahtarları fonksiyonunu görmüşlerdir. Bu anlatım, yazımızda, hukukun çizdiği, normatif yapının belirlediği alanın aşıldığı anlamına gelmemelidir. Yaklaşımlarımız, normativisttir. Hukuk kuralı dururken, o aşılarak bir çözüm arayışına gidilmemiş, pozitif sınırdan kalınmıştır.

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

II — TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE SORUMLULUĞUN BAŞLANGIÇ VE SONA ERME ZAMANI

Sistem olarak, önce sorumluluğu doğuran akde aykırılıkların belirlenmesi, sonra 'başlangıç - bitiş zamanları'nın değerlendirilmesi yapılabilir. Biz, uygulamada beliren sorunların daha çok, başlangıç ve sona - erme anlarına ait olmaları nedeniyle, o sisteme öncelik vermedik.

A — SORUMLULUĞUN BAŞLAMA ANI : Taşıyıcının sorumluluğu, yer ve zaman olarak nereden itibaren başlar? Taşıma aracı yakınındaki binme öncesi zararlandırmalardan kim sorumlu olacaktır? Örneğin taşıyana ait işletmede bilet alırken meydana gelen zararın gideriminde taşıma sözleşmesi hükümlerinden yararlanılabilecek midir?

Genel olarak sözleşmelerde sorumluluk, sözleşenlerin irade beyanlarının birleştiği (ıycâb ve kabûlün olduğu) anda başlar. (5) Akd'in inikâdı anı da diyebileceğimiz bu kuralı, her sözleşmeye uygulamak olanağı yoktur. Örneğin biletini almış, taşıma sözleşmesini kurmuş yolcunun —diyelim ki binme saati gelmediğinden— evine dönerken uğradığı kazadan taşıyıcıyı sorumlu tutmak elbetteki olmaz. Sorun, binme öncesinde başlayan sorumluluğun sınırını belirlemede yatmaktadır. Çözüme ulaşırken, aşağıdaki ölçülerin gözetilmesi, adâleti sağlayıcı olacaktır.

1 — Yolcunun durumu ölçüsü : Yolcunun kaza anındaki faaliyeti, araca binmeye yönelik ise, oluşan kaza, taşıma sözleşmesinin kapsamında olacaktır. **Burada asılan yolcunun yaptığı işlemlerin binmek için gerekli işlemler olması ve irâdenin binmeye dönük bulunmasıdır.** Örneğin bilet alımından sonra, istasyondaki telefonda özel görüşme yapılırken, telefon aleti içine yerleştirilen bir patlayıcının patlaması sebebiyle kazalanmada taşıyan yönünden sorumluluk olmaz. Taşıyana ait tesiste, taşıtı beklerken oluşan zararlandırmalarda (bomba patlaması, taşıyana ait bir başka aracın yolcuların

(1) Taylan, Kusur - Sorumluluk İlişkisi, YD. 1977, III, Sayı : 1, Shf. 181.

(2) Dr. Süzek, İş - Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976. Shf. 91 ve civ.

(3) Prof. Öztan, İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 137.

(4) Prof. Karayalçın, Risk - Sigorta - Risk Yönetimi, Ankara 1984. 5 ve civ. Prof. Tandoğan, Tehlike Sorumluluğu Kavramı, BATİDER, 1979. X. 2. Shf. 291 ved.

(5) Prof. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul. 1976. 101. Won - Tuhr, Borçlar Hukuku (Edege çevr.) Ankara, 1983. I/186.

içine dalması, bekleme salonunun temizlenme sonrasında kalan kaygan madde yüzünden ayağın kayması sûretiyle düşerek yaralanma... gibi) taşıyan sorumludur. Çünkü beklemede binmeye yönelik bir faaliyet (6).

2 — Taşıyanın durumu ölçüsü : Taşıyanın sorumluluğunun başlaması için, zararı doğuran olay yerinin, taşıyanın **egemenliğinde** bulunması gerekir. Taşıyanın isterlerinin, koyduğu düzenleyici önlemlerin uygulandığı, taşıyanca denetlenebilen yerler, «egemenlik alanını» oluşturur. Örneğin limanlar, tren istasyonları, hava alanları... bu ölçüye göre taşıma sözleşmesinin sorumluluk kapsamı içine girerler. (Hava ve Deniz taşımacılığı yönünden özel normların bulunduğu anımsanmalıdır). Bu ölçü, birinci ölçüyü tamamlamaktadır. Hatta çoğu kez, her iki ölçünün birlikte bulunması gerekli olabilir (7).

B — SORUMLULUĞUN SONA ERME ZAMANI : Sorumluluk ifâ ile son bulur. İfâ, edimin, borç ilişkisine uygun şekilde yerine getirilmesidir (8). Ancak peşinen belirtelim ki, taşıttan inilmesi olayı, ifâyı sağlayan, ifânın bitimini simgeleyen son olay değildir. Taşıma sözleşmesi yönünden sonuca varmak için, gözetlenmesi gereken önemli noktalar bulunmaktadır.

1 — Aracın varma mahalline ulaşması ve taşıttan inilmesine rağmen, sorumluluğun devam ettiği durumlar vardır. Özellikle toplu taşıma araçlarında, inmek için özel tesislerin kurulu bulunması halinde, o yerde oluşacak zararları, taşıma sözleşmesinin kapsamında görmek, bu sözleşmenin karakterine yabancı değildir. Yine yukarıdaki ölçülerden «taşıyanın durumu» ölçüsü, çözümde etkili olacaktır. Bu tesislerin, yolcunun yalnızca binmesi değil, güvenli inmesi için yapılmış bulunduğu, egemenliğin sürdüğü gözetlenince varılacak çözüm başka olmayacaktır. Egemenliğin görüntüsü, bir tüzük normu, genelge, başkaca iç - düzen ve hizmete özgüleme kuralı olabi-

(6) Y. 11. HD. 29.5.1977 t, 1900/3371 - E/K, YHGK, 11.10.1978 t, 11 - 498/825 - E/K (her iki kararda, varılan sonuç itibarıyla bu ölçü benimsenmiştir. Kararlar yayınlanmamıştır.) Dr. Ülgen, Yolcu Taşıma, Taşımacılık Sempozyumu, Ankara, 1985. 17, 22. Dr. Sözer, Taşıyıcının Sorumluluğu, BATİDER. 1978. IX. 3. Shf. 780 ved. Dr. Çetینگil, Deniz Yolcu Taşıma Sözleşmesi. Taşımacılık Sempozyumu, Ankara. 1985. 140. ve civ.

(7) Dr. Sözer, age., inceleme, 780, ve civ. Dr. Kaner, Yolcu Taşımacılığından Doğan Sorumluluk, Taşımacılık Sempozyumu, Ank. 1985. 187. Prof. Birsen, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1959. 559. Dr. Ülgen, ag. inceleme, 17.

(8) Prof. Feyzioğlu, age. II/4. 1977 İst. Prof. Tekinay, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1985. II/1010.

lir. Burada önemli olan, egemenlik ölçüsünün yanında, olayın inme faaliyetinin sürdüğü sırada oluşmuş olmasıdır (9).

2 — Bu çözümü destekleyen bir başka kurum da «koruma yükümleri ve alt - ifâ borcu» kuralıdır. Taşıma sözleşmesinde, yolcunun sağ - salim götürülmesi temel edimi olmasaydı da, yine varılacak çözüm, şimdi değinilecek ilke gereğince aynı olacaktı. Kurama göre, hangi borç ilişkisi olur ise olsun, sözleşmenin kurulması sırasında, ifâ döneminde, ifâdan belli süre sonrası için, tarafların «mal ve can varlıklarını karşılıklı koruma yükümleri vardır.» Bu yükümler, asıl edimin yan - yükümü niteliğindedir. Bu yükümlere aykırılık, tazminatı doğurur. Tazminatın tabi olduğu rejim, yükümün kaynağı sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimdir. Başka deyimle sorumluluğun kaynağı, haksız eylem değildir (10). Öte yandan klasik ifâ teorisinde de ifâya rağmen, alt - ifâ borcunun sürdüğü benimsenmektedir (11).

Yüksek Yargıtay'ın 11. HD. si, taşıma sözleşmesi yönünden, taşıttan inme sonrasında oluşan zarar sebebiyle «B/1» deki çözümü benimsemiştir (12). Türk Hukuku yönünden, «B/2» deki ölçünün henüz uygulamada pek rastlanmadığı, en azından Y. 4. HD. sinin borç ilişkilerinin 3. kişilere etkisi sebebiyle kurduğu içtihatları dışında tartışılma fırsat ve imkânının henüz doğmamış olduğu gözetlenmektedir. Kara Avrupası uygulamasında, sözleşmeden kaynaklanan borçlarda sorumluluk yönünden ilkenin yaygın uygulaması vardır (13).

III — SORUMLULUĞU DOĞURAN BORÇ (YOLCUYU SAĞ VE SALİM GÖTÜRME EDİMİ)

Yolcunun sağ ve salim götürülmesi olgusu, taşıma sözleşmesinde bağımsız bir borç olarak düzenlenmiştir. (TTY. 806/1) Düzen-

(9) Dr. Ülgen. age. inceleme, 17. Zeyneloğlu, Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara 1979. 221. D. Dr. Çetingil, age. inceleme, 140. Dr. Kaner, Yolcu Taşımacılığın dan Doğan Sorumluluk, Taşımacılık Sempozyumu, Ank. 1985. 189. Dr. Sözer, age. inceleme. 784.

(10) Prof. Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. Ankara. 1985. 1/41, 43. Dr. Edis, Başlangıç Hükümleri, Ankara. 1983. 315. (Kuramı, kaynaklarımızda en geniş şekilde ele alan, bu iki müelliftir. Kurama en büyük katkısı olan hukukçu, Stol'dur. (MK. 2)

(11) Prof. Tekinay. age. II/1010.

(12) Y. 11. HD. 21.1.1986 t, 6200/38 - E/K (Kararlarda, trenden inen, istasyona varmadan, raylarda bir başka tren tarafından ezilen yolcunun yakınlarının açtığı davada, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğun vrlığı benimsenmiştir. Krar yayımlanmamıştır.)

(13) RO 61 II 86; RO 71 II 107; RO 97 II 69 (Dr. Edis'in ag. eserinden naklen. Shf. 315. dipnot: 102).

leme normu, buyurucu niteliktedir. Aksi sözleşmelerle, biletlere düşürülen kayıtlarla kararlaştırılamaz (14). Borca aykırılığın müeyyidesi de aynı hüküm içinde belirlenmiştir. Biz bu borcu incelerken, önlemler ve müeyyide (yaptırım) ikili ayırımını yapmayı yeğledik.

A — ÖNLEMLER

1 — Taşıyan, yolcunun sağ ve salim olarak götürülmesi için tüm önlemleri almalıdır. Bu konuda gerekli özeni esirgememelidir. Önlem almaktaki özenin kapsamını, TTY. 20/2 hükmü belirlemiştir. «**Basiretli Bir İş Adamından Beklenen Özen**», her tacirden beklenir. Bu ölçü, özellikle sorumluluğu doğuran eylemlerdeki kusur derecelerinin belirlenmesinde gözetlenecektir. Bu ölçü, ticari işlerde, mücbir sebep ve beklenmeyen halleri imkansız kılacak, kurtuluş nedenini, daralana inhisar ettirecek bir ölçüdür. Alelade kişinin kusurunun belirlenmesi ile tacirin kusurunun belirlenmesi arasında, belirtilen nedenle fark vardır. Öyle ki bu ölçü sebebiyle taşıyanın kusur sorumluluğu, ağırlaştırılmıştır. (15) (TTY. 3, 762, 806, 20/2) Taşıma sözleşmelerinde özen ve kusur ölçümü için TTY. 20/2'deki sarahat karşısında Borçlar Kanununun vekâlet akdine ilişkin hükümlerine başvurmayaya gerek ve olanak yoktur (16). Özen borcunun bir takım görünümünü aşağıdaki şekilde belirlemek mümkündür :

a — Taşıyan, aracına bilim ve tekniğin öngördüğü, borca aykırılığı kaldıracabilecek bütün önlemleri almak zorundadır. Tekniğin yeni önlemlerinin monte edilmemesi yönünde beliren ihmâî davranış, özellikle büyük işletmeler yönünden, bütçe/organizasyon/ekonomik imkansızlık def'ile saygınlaştırılmaz. Örneğin hemzemin geçitlerin ışıklı ya da baryerli sistemle donanımı, kitle taşıma araçlarının otomatik kapanan kapı düzenine geçiş önlemleri bu arada sayılabilir (17). Bu biçimde oluşan kusurlar, munzam kusurun bir bölümü olarak «gelişim - kusuru» (18) şeklinde adlandırılabilir.

(14) BY. 19/2. Doğanay, Denizde Yolcu Taşıma Mukâvelesi, YD. 1976, 2. Shf. 134. ved. Dr. Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul. 1976, 109 ved., Prof. Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, 455 vd.

(15) Dr. Ülgen, ag. inceleme, 17, Prof. Karayalçın, Ticari İşletme, Ankara 1968. 218-220. Dr. Arkan, Demiryolu Taşımalarından Doğan Sorumluluk, Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985. Shf. 74.

(16) Aksi düşüncede, krş. Dr. Ülgen, ag. inceleme 38 (tartışmalar böl. ayrıca 17).

(17) Prof. Öztan, age. 139. Dr. Özsunay, İşletenin Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Sempozyumu. 1977. I/75. Y. 11. HD. 20.9.1979 t, 3398/4053 -E/K. YHGK. 24.6.1964 t, 508/481 -E/K, Y. 4. HD. 5.7.1977 t, 2921/1745 -E/K. İyimaya, Sorumluluk Hukuku Yönünden Gelişim Kusuru. ABD. 1985/5 -6. 686 ved.

(18) İyimaya, age. inceleme 687.

b — Taşıyan, yolcuların rahat şekilde yolculuk yapmaları için gerekli iç düzen, disiplin ve denetim normlarını geliştirmek, taşıt içinde uygulamaya koymak zorundadır (TTY 798). Yolcu taşıma sözleşmesinin bir hakimiyet sözleşmesi olduğu, taşıyanın yolcu üzerinde sınırlı egemenliğin varlığının, salim olarak varma yerine ulaşmanın zorunlu şartı bulunduğu unutulmamalıdır (19). Sözleşmenin bu kesimde anlatılan borcu, çifte karakterlidir. Yolcu da bu borca olabildiğince titizlik içinde uyacaktır. Bu itibarla, bu borca uymayan yolcuları, uyarmak, gizlilik alanını incitmeyecek derecede denetlemek de taşıyanın borcudur. Örneğin dışardan fırlatılması muhtemel taşlar nedeniyle, camların kimi yerlerde kapatılmasını denetlemek, açıldığında, açana mani olmak, gürültü yapılmasını, tiksindirici kokular yayan şeylerin içilmesini ve yenmesini önlemek... bu cümleden sayılabilir.

c — İşletme ve yolculuk sırasında olası tehlikeleri yolculara, ikaz tabelaları ile yahut başka bir şekilde iletmek, taşıyanın bu borcu kapsamındadır (20). Örneğin ülkemizde sık sık görülen, toplu taşıma araçlarına dışardan taş fırlatma olayından, bu eylemlerin yoğun olduğu yerler bakımından habersiz olan yolcuların belirtilen biçimde uyarılması gerekir.

2 — Taşıyanın, sağ ve salim götürme borcu, zorunlu ihtiyaçların giderilmesi için durulan yerlerde de sürmektedir. Özellikle, taşıma sözleşmelerinde, konaklama yerlerindeki yolcu giderlerinin taşıyanca karşılanmasının öngörüldüğü hallerde, bu sorumluluk kesindir. Örneğin lokantada yemekten zehirlenme, oteldeki yangında ölme, tuvalet çukurunda boğulma hallerinde taşıyan sorumlu olacaktır. Ancak sözleşmede, konaklama yerleri yönünden taşıyanın bir üstlenmesinin olmadığı hallerde çözüm ne olacaktır? Taşıma hukukunun genç otoritesi Dr. Arkan, sorunu etraflı bir biçimde değerlendirmiştir (21). Buna göre yolcunun ihtiyaçları gidermek için bir başka yeri seçmek, sefer sırasında bir başka yerde taşıtı durdurmak olanağı yoktur. Taşıyanın yolcu üzerinde azımsanamayacak genişlikte egemenliği vardır. Üstelik bu yerleri seçim de taşıyanı nelindedir. Belirtilen espri içinde buralarda oluşan zararlardan taşıyan sorumlu olmalıdır. «Müellif, doğru olarak» «koruma yükümleri» kuramından da yararlanmak-

(19) Dr. Ülgen, ag. inceleme, 22, Dr. Sözer, ag. inc. BATİDER. 1978, IX. 3. 781. vd. Y. 11. HD. 24.5.1976 t. 2839/2878 -E/K. Doğanay, Türk Ticaret Kanununun Şerhi, Ank. 1981. 2/1838 vd.

(20) Dr. Çetingil, ag. inceleme Sh. 140. TTY. 20/II.

(21) Dr. Arkan, Yolcu Taşımalarında Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Düşünceler BATİDER. 1983, XII, 1, 18 vd.

tadır (22). Böylelikle koruma yükümleri kuramının, ifâ döneminde de varlığının bir örneği taşıma sözleşmesinde gözlenmiş olmaktadır.

3 — Sağ ve salim götürme borcunun, binme öncesi ve sonrası dönemlerde de sürdüğü hususu, bu yazımızın II/A - B bölümlerinde incelenmişti.

B — YAPTIRIM : Yasa, yolcunun sağ ve salim götürülmesi borcuna aykırılığın yaptırımını özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre: «...Kazaya uğrama halinde... doğacak zararın **Tazmini**», taşıyana yükletilen bir müeyyidedir (TTY. 806/II).

Yasa koyucunun, normu başarılı şekilde düzenlediği söylenebilir. Düzenlemede kaza dışında kalan zararlar, öngörülmemiş, kazayla sınırlı bir redaksiyona gidilmiştir. Özellikle kişilik haklarının taşıma sözleşmesinin ifası sırasında ihlâli, sorun olarak görülmektedir. Ancak uygulama, TTY, 1, BY. 98/II, BY. 41 vd. md. 49 zinciri ile soruna çözüm getirmiştir. Bu tür ihlâllerin ahlâk normlarına uyma erdemine ulaşmamış süheler tarafından yoğunluk içinde cereyanına sebebiyet verilmesi karşısında, argumantum a contrario çözümü elbetteki yeğlenemez (23).

Ifâ döneminde yolcunun cismanîzarara uğramasından doğan patrimonian eksilmeleri, müeyyidenin kapsamına alınmıştır. Cismanî zarar, yalnızca organik bir zarar değil, kişinin ruhsal varlığının da maruz kaldığı zarardır. Örneğin kaza sonunda, ani şokla oluşan zihinsel özürler, buraya girer. Öte yandan bu zararlara, iş - göremezlik giderimi, tedavi masrafları, oluşan yüksek malûliyet sebebiyle beşeri faaliyetleri yürütmek için ömür boyu tutulan yardımcı kişi ödemesi peşin değeri yanında manevi zararlar da girer (24). Ölüm halinde, destekten yoksun kalma, yoksun kalınan sosyal güvenlik kuruluşu ödemeleri peşin değerleri, manevi tazminat... tazminatın kapsamını oluşturur. Bütün bu tazminatlara, TTY. 1461, 3095 sayılı Yasanın 2/3 hükmüne göre, iskonto ve reeskont hadli ticari temerrüt faizi yürütülebilecektir (25). Tazminatların hesabı, denkleştirme, genel hü-

(22) Dr. Arkan, ag. inceleme, 19. Bkz. dipnot : 10'daki kaynaklar. Ayrıca Prof. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 1. Fasikül, İstanbul 1978. Shf. 13. vd.

(23) Dr. Ülgen, ag. inc. 34. Oradaki Dr. Çağa'nın görüşleri. Doğanay, age. 1856 vd.

(24) Y. 4. HD. 29.5.1979 t, 2093/7151 (Karahasan, Tazminat Hukuku, Ank. 1981. 1021'den) Becker, BK. Şerhi (Reisoğlu, çevr.) 280, Prof. Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku Ankara 1961. 283.

(25) İyimaya, Tazminat Alacaklarına Ticari Temerrüt Faizi Yürütülmesi, YD. 1984, 3. 307 vd. (Bu konuda Y. 11, 13, 15 HD.'nin çatışan içtihatları. bkz. Yasa Der-gisi, 1983, 12 Shf. 1738 - 1741).

kümlere göre yapılacaktır (26). Yapma borcuna dönük ifâ istemi, ayrı bir incelemenin konusu olabilir (BY. 97).

IV — SORUMLULUKTAN KURTULUŞ NEDENLERİ : Yasa koyucu, taşıma hukuku yönünden, kusur sorumluluğu ilkesini benimsemiştir (TTY. 806/2). Trafik kazalarında tehlike sorumluluğunun yeğlenmesine karşın basiretli tacirler yönünden bu tür sorumluluğun benimsenmemiş olması belkide yasama dönemlerinin farklılığından kaynaklanan ve giderilmesi zorunlu çelişki olarak önümüzde durmaktadır.

Taşıyan, kendisinin veya yardımcılarının kusurlu olmadığını ispat suretiyle sorumluluktan kurtulur. (TTY. 806/2)

Taşıyan, ipotetik olarak, üç ayrı hukuki opsiyona dayanmak suretiyle kusursuz olduğunu ispat edebilecektir. Bunlar, mücbir sebep, zarar görenin kusuru, 3. kişinin kusurudur. Taşıma hukuku bazında bu üç durumun ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

A — MÜCBİR SEBEP : Mücbir sebep, borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, borcun ihlaline kaçınılmaz bir şekilde yol açan, olağanüstü bir olaydır (27). Tanımdan da anlaşılacağı üzere, mücbir sebepten bahsedebilmek için kurucu unsurların gerçekleşmesi gerekir. Bu unsurlardan üçünü değerlendirmek, yararlı olacaktır.

1 — Hacricilik Unsuru : Olayın, işletme alanı dışında kalan nitelik taşınması gerekir. Söz gelimi olay, faaliyet alanı içinde kaynaklanıyorsa, taşıyan kusursuzluk ve mücbir sebep savunmasında bulunamayacaktır. Bu öge, işletmenin yapısından kaynaklanan, faaliyet alanı içinde bulunan rizikolar yönünden önem kazanır. Burada tehli-

[26] Doğanay, age. 1859 vd. Yüksek Yargıtay, bir içtihadında üstü kapalı olarak, manevi tazminatın 806/2 kapsamı dışında kaldığı inancına varmıştır. (Y. 11. HD. 20.4.1984 t, 2085/2295 E/K. Uyar, Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, Shf. 237 - 239 arası) Oysa yasanın kapsamından böyle bir sonuca varılmadıkdan başka, açılan manevi tazminatlarda 10 yıllık zamanaşımı kuralının uygulanması halinde bu zararların taşıma sözleşmesi kapsamında olduğunu gösterir (TTY. 767) Sözleşme ve akdi müeyyide kapsamı dışında kalsaydı, kıyasen değil, doğrudan haksız fiil hükümleri uygulanacak, sorumluluk akde değil, haksız eyleme dayalı olacaktı.

[27] Prof. Eren, Sorumluluk Hukuku Yönünden Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. i 76. Y. 4. HD. 4.4.1980 t, 2101/4428 -E/K (Yasa D. 1980, 5, 690. ayrıca aynı dairesinin YD. 1981, 9, 1115'deki içt.)

Dr. Seliçi, Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı, (Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler, III. Sempozyumu, Ankara 1979. Shf. 64 vd.).

ke sorumluluğundan çok, işletmenin tehlikelilik niteliğinden kaynaklanan, mücbir sebep teşkil etmeyen ve sorumluluğu kuran 'iç-olaydan' söz etmek, daha doğru olacaktır. Rot - çıkması, imalat hatasından kaynaklanan arızaların oluşturduğu, sebebiyet verdiği kazalar, bu ölçüye göre sorumluluğu önlemez (28). Menfaatler vaziyeti de bunu gerektirmektedir (29).

2 — Kaçınılmazlık Unsuru : Kaçınılmazlık, karşı konulamazlık ve önlenemezlik anlamındadır (30). Olay, her türlü önleme rağmen önüne geçilemez, sonuçları önlenemez nitelikte ise, artık sorumluluk söz konusu değildir.

a — Özellikle tacirler yönünden TTY. 20/2 'basiretli iş adamının göstereceği özen' kuralı gereğince, her türlü önlemin esirgenmemesi gerekir (31).

b — Buradaki kaçınılmazlık objektif niteliklidir (32). Sorumlunun özel durumları, mücbir sebep ve kusur ölçümünde gözetlenemez. Şu cümleler Federal mahkemeye aittir : 'İşletmeci, kazanın vuku bulunduğu andaki teknik bilgilere göre kazayı önlemeye mahsus özen tedbirlerini almayı ihmal ettiği zaman, sorumlu (kusurlu) olacaktır' (33).

c — Taşıyanın önlemsizliği, her zaman yapma biçiminde değil, yapmama biçiminde de gerçekleşebilir. İkisi arasında, sonuçları bakımından ayırım yoktur (34). Teknik donanımdan kaçınma buna örnektir.

(28) Prof. Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku. Ankara. 1981. 247, Aynı müellif, Tehlike Sorumluluğu Kavramı, BATİDER, X, 2. 294 vd. Prof. Eren, age. 179 - 180. BGE 90 IV 270. MKŞ. Oser - Sch. (Bakanlık çvr.) Ankara 1950. 352.

(29) Aynı kaynaklar.

(30) Prof. Eren, age. 181. Prof. Tandoğan, Türk Mesûliyet Hukuku, Ankara. 1961. 465.

(31) Bkz. dipnot - 15'deki kaynaklar.

(32) YTD. 22.12.1951 t, 353/6394. Dr. Erzurumluoğlu, Edimin Yerine Getirilmemesi, Ankara. 1970, 40 ve civ.

(33) BGE. 37 II 99, 107. (Erenden naklen, age. Dipnot: 136).

(34) Karahasan, age. 99, Prof. Tandoğan, Türk Mesûliyet Hukuku, 25 vd. Y. 11. HD. 21.4.1980 t, 2203/2098 - E/K. Gürsel, Eylem Unsuru, YD. 1979, 3 - 4, 857 ve civ. Karayalçın, İşletme Kazaları adlı eserinde, kontrol altına alınmış bir muhitte ve iyi düzenlenmiş bir dünyada artık kaza meselesinin bahis konusu olmayacağı ve kaza devrinin geçmiş olduğunu başka müellife atfen beyan etmektedir. (age. Shf. 10) İnsan varlığının kutsallığı, para ve zahmetin yücesinde oluşu, insan varlığındaki eksilme ve ölüme yol açan olayların önüne geçme çabasında, en üst düzeyli özeni' zorunlu kıldıktan başka, mücbir sebep ve kusursuzluk savunması hafif nitelikli de olsa, önleme olanağını içeren ted-

3 — Öngörmezlik Unsuru : Olayın sonucu öngörülebilen nitelikte ise mücbir sebepten sözedilemeyecektir. İşletme faaliyeti ve rizikosu yönünden öngörülebilir sonuçlar, çağın olanağı içinde önlenemez olduğu için, sorumluluğu kuracak, kusur ögesini gerçekleştirecektir. Bir hayvanın, ansızın taşıtın önünden geçmesi, yerleşik bölgede taşıta taş fırlatılması (sonunda yolcunun gözünün kör olması), yolun heyelan sonunda taş ve toprakla kapanması... İşletme faaliyeti içinde öngörülebilin, karşı önlemlerin alınmasını gerektirir nitelikte olaylardır (35).

Kazanın sebebinin belli olmaması halinde taşıyanın kusursuzluk savunması dinlenemez. Çünkü kusur, olayı yaratan sebebe göre belirlenebilecektir (35a).

Mücbir sebep, sistematik yapıda illiyet bağına ilişkin bir sorun olmakla birlikte, kusur problemiyle yakından ilgili olduğu için, sonucu itibarıyla da olaydan doğan sorumluluğu ortadan kaldırdığından, TTY. 806/2 kapsamında değerlendirilmiştir. Çoğu müellif de aynı yolu izlemektedir (35-b).

B — ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU : Klâsik sorumluluk hukukunda, 3. kişinin ağır kusurunun illiyet bağına kestiği ve sorumluluktan kurtuluş nedeni olduğu kabul edilir (36).

Çağdaş Sorumluluk Hukukunda, özellikle teknolojik ilerlemenin getirdiği olanaklar, modern işletme tiplerinde, Borçlar Hukuku sistematigi içinde, 3. kişinin ağır kusurunun illiyeti kesmesinde birtakım koşullar aranmaktadır.

1 — Sorumluluğu kaldırması yönünden 3. kişinin ağır kusuruna ilişkin koşullar :

a — Kusurun ağır olması gerekir : İlk bakışta farkedilir, kuralara kesin aykırılığı belirlenir davranışlar, ağır kusura vücut verir (37).

birlerden kaçınmayı kapsamayacaktır. Tüm sorun, çağdaş önlemleri olay özetinde kılı kırk yararcasına ortaya koymaktır. İnsanı zararlandırmanın müeyyidesinden kurtulmanın çok az (imkansız yakın) yolu vardır.

(35) Dr. Arkan, age. 139. Prof. Tandoğan, Kusura Dayanmamak, Sorumluluk Hukuku, 247 vd. Prof. Eren, age. 183 vd. Y. 11. HD. 21.4.1980 t, 2203/2098 -E/K (Doğanay, age. 1869, dipnot : 893. Oradaki diğer içtihatlar).

(35a) Dr. Kaner, ag. inc. 193.

(35b) Bu arada bkz. Y. 11. HD. 5.7.1985 t. 4301 - 4249 - E/K sayılı içtihadında da aynı yöntem benimsenmiştir.

(36) Prof. Eren, age. 201.

(37) Ağır kusur konusunda, bkz. Özsunay, age. inc. 70. Y. 4 HD. 22.12.1977 t, 70517/12298 - E/K: Y. 4. HD. 27.10.1951 t, 8922/6632 - E/K: BGE 29 II 60: 54 II 403.

b — 3. Kişinin kusurunun, işletme faaliyeti ve rizikosu yönünden olağan, beklenebilir bir davranıştan kaynaklanmaması gerekir : (38) İşletme faaliyeti yönünden, beklenebilir, mutad olan 3. kişi davranışları, birer iç - olay niteliğinde olduğu için, alelade sorumluluktan farklı olarak, teknolojik karmaşıklık içinde, sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Bu konuda Sayın Eren'den bir örnek vermeden geçemeyeceğim : 'Aynı çözüm yolunun üçüncü şahsın ağır kusuruyla **Trenin Raydan Çıkarılması Halinde** de kabulü gerekir. Zira burada demiryolları işletmesine has tipik tehlike, 3. şahsın kusurlu davranışı ile gerçekleşmiş bulunmakta, böylece tren yolcularının maruz kaldıkları zararlı sonuç demiryolları işletmesinin tipik sonuçları olmaktadır' (39).

c — Taşıyanın hafif te olsa hiçbir kusurunun bulunmaması gerekir : Taşıyan, hafif te olsa kusurlu ise, 3. kişinin ağır kusuru hiçbir zaman sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Bu koşul, 806/2 hükmünün yazımından anlaşıldığı gibi, günümüz kodifikasyonunda yasa metinlerine de açıkça girmiştir. Nitekim 2918 Sayılı Karayolları Trafik Yasası, 3. kişinin ağır kusurunun kurtuluş kanıtı olabilmesi için, **'İŞLETENİN HİÇBİR KUSURUNUN OLMAMASI** ön-şartını normun kapsamına almıştır (md. 86/1) (40).

Federal Yasada öngörülen, 3. kişinin ağır kusurunun illiyeti kesmesi kuralı, İsviçre uygulamasında da belirttiğimiz şekilde değerlendirilmiştir. (LRChf Md. 1/1) Bu yasanın koşullarını inceleyen sistematik bölümde, ünlü müellif Tercier, hayli kabarık sayıda mahkeme içtihatlarına yollama yaparak, '3. kişinin ağır kusurunun illiyete etkisi konusunda «Şu hususu da anımsamak gerekir ki bu faktörler (3. kişinin ve zarar görenin ağır kusurları diyor), **Ancak İşletenin Hiçbir Kusurunun Bulunmadığı ve Özel Hiçbir Riskin Rol Oynamadığı Durumlarda Nedensel Bağı Kesici Nitelikte Kabul Edilebilir**» (41) Taşıyanın kusursuzluğu koşulu yanında müellif, işletmeye has tipik tehlike koşulunu da böylelikle ve açıklıkla benimsemiştir.

(38) Dr. Erzurumluoğlu, age. 48, Dr. Tercier, Sorumluluk Hukuku, (Özdemir çevr.) Ankara 1938. 141. Prof. Eren, age. 180, Dr. Kılıçoğlu, Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, BATİDER 1984, XX, 2-3. Shf. 24 ve civ.

(39) Prof. Eren, age. 203.

(40) Dr. Kılıçoğlu, ag. inceleme, 35. ve civ. Prof. Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sorumluluk Hukuku, 245. Prof. Tekinay, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, I/728, 729. İstanbul 1985. (İşletme rizikosu yönünden ayrıca bkz. BGE 89 II 123, 66 II 120).

(Y. 4. HD. 11.3.1985 t, 1826/1996 - E/K. Yasa D. 1985, 9, 1250.)

(41) Tercier, age. 140, 141.

1/b, c de belirtilen koşullar, alternatif niteliklidir. İkisinin birlikte gerçekleşmesi gerekmez. Bunlardan herhangi birisinin varlığı, sorumluluğu kurmaya yeterlidir.

2 — Üçüncü kişi kavramı üzerinde durmak gerekir. Sözleşmenin tarafı olanların, zarar verenin yardımcılarının, aile başkanının otoritesi altında bulunanların (MK. 320) üçüncü kişi olmadıkları belirtilmektedir (42).

Taşıma hukuku yönünde, zarar gören yolcunun dışında kalan diğer yolcuların, 3. kişi sayılıp sayılmadığı sorunu üzerinde durulmalıdır. Belirtelim ki bu sorun, doktrin ve uygulamada tartışılmamıştır. Bize göre, çözüme ulaşmak için, taşıma sözleşmesinin 'egemenlik kuran sözleşme tipinde olması' özelliğinden yararlanılmalıdır. Bu inceleme-
mizde de belirtildiği gibi, taşıyan, yolcular üzerinde belli ölçüde egemendir. İç - düzenlemelerle, denetimlerle, disiplin normlarıyla, hatta kimi taşıma tiplerinde geçici tutma gibi zecri tedbirlerle **Yolcu Üzerinde Tasarruf Etmektedir**. Sağ ve salim olarak götürme borcunu engelleyecek yolcu davranışlarını önlemekte, geniş yetkisi vardır. (TTY. 798) Esasen aile başkanının tabaiyeti içinde buldukları kişilerin 3. kişi sayılmadıkları yönündeki yaklaşımın ölçüsü de, '**Egemenlik Ölçüsü**'dür. Sonuç olarak, zarar gören yolcunun dışında kalan yolcular, 3. kişi niteliğinde sayılmazlar. Başka deyimle bunların, zararlandırıcı kusurlu davranışları, illiyeti kesmez. Taşıyanın kusurunu ortadan kaldırmaz. Onların kusuru egemenlik hakkının verdiği ödevleri gereği gibi yerine getirmeyen taşıyanın da kusuru sayılır. Benzeri çözüm, egemenlik sözleşme türlerinden olan hizmet akdi bakımından Yüksek Yargıtay 9. HD. since benimsenmiştir. (İşyerinde, iş-ifası ile ilgisiz bir nedenle yapılan kavga sonucu zararlandırmada işverenin sorumluluğu örneği) (43). Kaldı ki taşıma sözleşmesinde, zararlandırıcı eylem, taşıma sırasında ve taşıyanca denetim normlarının işletilmemesinin yol açtığı serbesti içinde oluşmaktadır. (Örneğin taşıtın kapısını

(42) Prof. Eren, age. 204, Kılıçoğlu, ag. inceleme, Prof. Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sorumluluk Hukuku, 249. vd.

(43) Y. 13. HD. 14.10.1974 t, 2465/2491 - E/K; Y. 10. HD. 14.10.1977 t, 1613/6398 - E/K; Y. 9. HD. nin muhtelif içtihatları. Bu arada krş. Y. 9. HD. 21.11.1968 t, 35/1397-E/K.

İşyerinde bir işçinin öbür işçiyi tabancayla öldürmesi olayından işverenin tazmin sorumluluğu için bkz. Y. 9. HD. 13.2.1986 t, 12202/1606 - E/K. Çenberci, İK. Şerhi. Ankara. 1986. Shf. 1077 no: 191/b Benzeri konuda, Y. 9. HD. 26.6.1972 t, 5526/21407 - E/K. Çenberci, age. Shf. 999 no: 25. Prof. Tandoğan, 3. Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, shf. 23. vd.

bir yolcunun sefer sırasında açması, kapı yanındaki başka yolcunun düşüp ölmesi ve benzeri gibi) (43a).

Uygulamada sık sık rastlanan, seferdeki araçlara taş atılması (3. kişinin eylemi) üzerinde de durmak gerekir. Gerçekten nüfus yoğun yerleşim bölgelerinde taşıtlara (araçlara) fırlatılan taşlar, çeşitli nedenlerle açık olan camlardan içeri girerek, yolcuları zararlandırmaktadır. (Göz kaybı, kafa travması vb. sonuçlara yol açmaktadır). Önemle belirtelim ki bu olaylar, öngörülemeyen ve önlenemeyen olaylar değildir. Havalandırma sisteminin taşıta monte edilmesi, nüfus yoğun yerlerde camların kapatılmasının sağlanması (otomatik kapatma vb.) açılmasının denetim yoluyla önlenmesi, sözü edilen tehlikenin çeşitli ikazlarla yolculara iletilmesi... İfâsı kolaylıkla mümkün önlemlerdir. Bunların alınmaları, büyük yatırımları da gerektirmez. Tacir olan taşıyanın hafif kusuru dahi, ağır nifeliklidir (TTY. 20/2). Nitekim benzeri olaylarda yargısal çözüm de belirttiğimiz biçimdedir. (Öndeki crabanın arkadaki taşıta taş fırlatması, yolcunun böylelikle zararlanması, raya üçüncü kişice bir cisim konarak trenin raydan çıkarılması, sonunda gelen toplu ölümlü acı felâketler örneklerinde bu çözüm tarzı tercih edilmiştir) (44).

(43a) Belirtilen soruna yakın kurum olarak bkz. yardımcı kişi kavramı. BY. 100. TTY. 806/2 Prof. Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku. 436 ve civ. Dr. Korur, Yardımcı Şahsın Fiilinden Doğan Sorumluluk. Ank. 1977. 27-65 ve civ Y. 11. HD. 17.1.1980 t, 1/133 E/K (YKD. 1980, 9, 1246.) Y. 4. HD. 30.3.1976 t, 2799/3389 E/K. (ABD. 1976, 4, 709) Kararda aynen «...Davalı kiracı ve ona bağlı olarak evin hizmetinde bulunanlar kiralananı tehlikeye düşürecek davranışta bulunmamak borcu altındadırlar. Tedbirsiz davranışları ile veya böyle bir davranışı önlememeleri ile gerçekleşen zarardan kiraya verene karşı sorumludurlar. Olay, tüpü getiren ve yerine takıp denemeyi yapan kişinin belirgin bir şekilde kusurlu davranışından doğmuş olup, davalı bunu önleme bakımından üzerine düşen borcu yerine getirmiş değildir. O halde davalı kiracının, yardımcı kişinin meydana getirdiği zarardan sözleşme uyarınca sorumlu tutulmaması bozmayı gerektirir...» denmektedir. Olayın maddi görünüşünde tüpü monte eden şahıs 3. kişi durumundadır. Kiracı ile tüpçü arasındaki ilişki bağımlılık doğuran (hizmet sözleşmesi ve benzeri gibi) ilişki değildir. (Belki bir eser sözleşmesi söz konusudur) Taşıma akdinde yolcular ile taşıyan arasında bağımlılık - egemenlik karşı ilişkileri vardır. Yüksek Yargıtay 4. HD. sinin iddialı ve sorumluluk hukukunun amacına uygun çözümünü yanında bizim önerimiz evleviyetle geçerlik taşımaktadır.

(44) Öndeki aracın taş fırlatması örneği için bkz. Arkan, age. 139, 3. kişinin raya cisim koyarak, treni raydan çıkarma örneği için. bkz. Prof. Eren. age. 203. Yolun tabii olaylar sonunda kapanması suretiyle, trenin yığıntıya çarpması ile oluşan zarar için bkz. Doğanay. age. 1867 ve civ. sahifelerdeki Yüksek Yargıtay 11. HD. si içtihatları.

Öteyandan herşeyi ile taşıyaan teslim olmuş bir yolcunun, kimliği ve fiziği meçhul (çoğu kez bulunamayan), ekonomik güçleri de bulunmayan kişilere havalesi, adalete uygun bir çözüm de olmayacaktır. Bu olanak, rûcu yoluyla taşıyana zaten tanınmıştır. (BY. 51, iç - ilişki) Demek ki bu gibi olaylarda 3. kişinin fiili (kusuru), taşıyanın gerekli önlem almaması (munzam kusuru) ile birleşmektedir. Taşıyan önlem alsaydı, sonuç doğmayacak idiyse (taş, cam kapalı olsaydı içeri girmeyecek idiyse), illiyet ve kusur kurulmuş, zincirleme sorumluluk, taşıyan yönünden de doğmuş sayılır. Çözüm, yolcunun sağ ve salim götürülmesi borcunun yapısına da uygundur.

C — ZARAR GÖRENİN KUSURU : Hiçkimse, kusurlu davranışından yararlanmaz. İncelememizde, zarar gören, "YOLCU'dur. Yolcu, kusurlu davranışı ile yarattığı ve sonunda kendi üzerinde tecelli eden zararı tazmin ettirme hakkını haiz değildir. Yolcu da zarara yol açan eylemlerden kaçınmak, taşıyanın koyduğu taşıma düzenine, talimatlara uymak, hayatın olağan akışının öngördüğü kaçınmalarda bulunmak zorundadır. Yolcunun kınanır davranışı, yansıdığı kusur derecesi oranında taşıyanı sorumluluktan kurtarır (BY. 44). Yolcunun % 100 kusurlu olması taşıyanın kusursuzluğu ile özdeştir. İncelememizde genellikle, taşıyanın edimleri üzerinde durulmuştur. Yolcunun bu noktada beliren edim ve kaçınmaları, bağımsız bir incelemenin konusu olacak genişliktedir. Belirtelim ki yolcunun (zarar görenin) kusurlu sayılması için, eyleminin kınanır olması (kusurun objektif unsurunun gerçekleşmesi) yetmez. Bunun yanında isnat kabiliyeti de dediğimiz temyiz kudreti şartının (kusurun subjektif unsurunun) varlığı gerekir. Temyiz kudretine ulaşmamış yolcuların kusurlu sayılmasına belirtilen nedenle olanak yoktur (MK. 15, 16). Tatbikatta, özellikle kusur ölçmelerinde bu inceliğe özen gösterildiği söylenemez. Mahkeme bu gibi hallerde zarar gören aleyhine ancak hakkaniyet indrimi yapabilir (45).

Uygulamada olaya sebebiyet veren suçluların kusurları, bir bilirkişi aracılığıyla belirlenmektedir. Ne varki şu incelemede görüldüğü üzere, hukuki ayrıntıyı ve bilgiyi içeren kusur olgusunun, tamamen teknik nitelikteki bilgi ile ölçülmesi zordur. Hukuk bilgisini de gerek-

[45] Prof. Eren, age. 189 vd. Oftinger, (Dayınlarlı çevr.) Ankara 1985, 291. Karahasan, age. 229, 968, 929, FMK. JdT 1964, 354. Oftinger, age. den shf. 296 vd. 298. Y. 4. HD. 28.11.1980 t, 11180/13789, E/K, aynı d. 23.11.1976 t, 10308/10207 E/K; Y. 11. HD. 28.2.1985 t, 834/1045 - E/K'deki muhalefet şerhi. Karar düzeltilmesi safhasında muhalefet şerhi doğrultusunda oy birliğiyle sonuca varılmışsa da temyiz kudreti' koşulu, bu aşamada gerekçeye geçmemiştir. Bkz. Y. 11. HD., 5.7.1985 t, 4301/4249 - E/K. (kararlar, yayınlanmamıştır.)

tirmektedir. Hukuk bilgisini ölçmeye aktarmanın yolu, mahkemenin hâkimine tanınan yetkilerin, rapor aşamasında kullanılmasından geçer. Bu itibarla hukuki denetimi yapılmamış, hukukun getirdiği özelliğın yapısında görünmediği raporu hüküm makamına ikame etmenin, yargı görevini üstü örtülü bilirkişiye devirle ayniyet taşıdığını söylemek, abartma olmasa gerekir. Gerek bilirkişi kuruluna verilen ilk görev sırasında, gerekse ek - raporlarda, kusura etkili hukuksal öğelere de değinilerek, bilirkişiye verilen görevin sınırı, ara - kararında çizildiğindedir ki bu noktada hukuksal gerçeğe yaklaşmakta mesele katedilmiş olacaktır (46). (HMUY. 76, 275, 286).

V — SORUMLULUK DAVASINDA YETKİ : Uygulamada, bilhassa hak sahipleri veya vekillerince açılan davalarda, kazanın vuku bulunduğu yer yahut taşıyanın ikametgâhı mahkemesinin sınırlı yetkili olduğu inancı galip bulunmaktadır.

Taşıma sözleşmesi yönünden, yetki konusunda şu ihtimaller hatıra gelebilir :

1 — Sözleşmenin kurulduğu yer mahkemesinin yetkisi : HMUY. 10. kuralına göre, sözleşmenin yapıldığı (örneğin biletin alındığı) yer mahkemesinde dava açılabilir. Bu ihtimalde, dava zamanında

(46) Prof. Kuru, age. II/1807 vd. İyimaya, Gelişim Kusuru, ABD. 1985, 5-6. 691 vd. oradaki içtihatlar.

«Y. 4. HD. 6.2.1986 t, 9889/1020 -E/K sayılı kararına karşı oy yazan Aşçıoğlu'nun şu düşüncelerine, katılmamak olanaksızdır. «Bu gün Türk Yargısında bilirkişi kurumu, hakkın özüne etki eden duruma gelmiştir. Mahkemeler, genellikle ya hemen her konuda bilirkişiye gitmekte; yada bilirkişiye gidilmesi gerektiği hallerde, işin bütünü ve tüm sorunları bilirkişiye bırakmakta ve genelde alınan raporlar üzerinde uzunboyu tartışılmadan olduğu gibi karara yasmaktadır. Buda yargı hakkının hakim tarafından mı yoksa bilirkişi tarafından mı kullanıldığı tartışmasını ortaya çıkarmaktadır.

Bilindiği gibi kanunlar, hâkimin daha geniş kapsamlı ve etkili görev yapmasını engellemektedir. Aksine, gerektiğinde bu yolda hâkime görevler yükleyen hükümler bulunmaktadır. (BK. m. 42-43 ve HUMK. m. 275, 283-284 ve 286) Ne varki Devletin uzman hukukçu (hâkim ve avukat) yetiştirme politikası bulunmadığı veya enazından uygulamaya konulmadığı için bilirkişilik kurumu yozlaşmıştır. Kuşkusuz ikinci plânda kalsa da diğer sebeplerin etkisi de azımsanamaz.» (Karar, yayınlanmamıştır.)

Sayın Kadılar, bilirkişiliğın kurumsallaşmadığını isabetle belirten karşı oyunda «Bilirkişiliğın henüz kurumlaşmadığı ülkemizde, bu konuda gerçekten uzman bilirkişinin yok denecek kadar az olduğu düşünülürse, sayın çoğunluk görüşü doğrultusunda bir araştırma ve incelemeye girilmesinin ne kadar tehlikeli ve sakıncalı olacağı, işleri nedenli uzatacağı ortadadır» görüşüne yer vermektedir. (Y. 10. HD. 20.5.1986 t, 2862/3165 -E/K. Karar, yayınlanmamıştır).

davacı vekilinin, bu yerde (inikat mahallinde) bulunması koşulu vardır (47).

2 — Sözleşmenin ifâ edileceği yer mahkemesinin yetkisi : Taşıma sözleşmesinde ifâ mahalli, yolcunun götürüleceği (yolcunun gittiği) yer'dir. İşte varılacak bu yer mahkemesinde de dava açılacaktır. Taşıma sözleşmesinde, varma yeri, sözleşmenin yapısından (sarih veya zımnî irade uyuşmasından) anlaşılabilir. (BY. 73/1) (48). Konaklama yerlerindeki kazalar bakımından, yan - yükümlülük veya akdî konaklama yükümlülüğü orada ifâ ediliyor olduğu için bu yer mahkemeleri de yetkilidir (HMUY. 10, BY. 73/1).

3 — Yetkili kılınan yer mahkemesinin yetkisi : Belli bir yer yarısını taşıma sözleşmesinin bir hükmü yada bağımsız anlaşma yoluyla yetkilendirmek mümkündür. (HMUY. 22)

4 — Kazanın meydana geldiği yer mahkemesinin yetkisi : Sağ ve salim götürme borcuna aykırılık teşkil eden kaza, karakteri itibarıyla haksız eylem niteliğindedir. (BY. 41) Kazanın vuku bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir (HMUY. 21). Ne varki bu gibi durumlarda, o davanın dayanağı haksız eylem olacağından, taşıma akdinin ispat külfeti, zaman aşımı... gibi olanaklarından yararlanılamıyacaktır. Bu halde, sözleşmeden kaynaklanan hak ile haksız eylemden doğan hak, yarışmaktadır (49).

5 — Taşıyanın ikametgâhı mahkemesi yetkisi : Davalı durumunda olan taşıyana karşı onun MK. anlamındaki ikametgâhı mahkemesinde dava açılacaktır (HMUY. 9, MK. 19 vd.).

Şu beş yetki halini bir örnekte belirtmek istersek : Ankaradan Hakkariye giden Adanada yaralanan yolcu, taşıyanın ikametgâhı olan İstanbulda, inikad mahalli olan Ankarada, kaza yeri olan Adanada, varma yeri olan Hakkaride, yetki sözleşmesinde öngörülen İzmitte, tzmanat davası açılacaktır (50).

VI — SONUÇ

1 — Taşıyan, yolcunun taşıta binme öncesindeki ve inme sonrasındaki kazalanmalarından, gerek sözleşme hükmüne, gerekse söz-

(47) Yüce Yargıtay 11. HD. si, biletin alındığı (sözleşmenin kurulduğu) yer mahkemesinin yetkisini, taşıma sözleşmesi bazında açıkça benimsenmiştir. (Doğanay, age. Shf. 1839, dipnottaki içtihatı, Y. 11. HD. 18.5.1974 t, 1820/1868 E/K)

(48) Prof. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1979, 1/295 vd.

(49) Tercier, age. 220 ve civ. Prof. Kuru, age. 1/954, Prof. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1976 1/112 vd.

(50) Dr. Arkan, Yolcu Taşımalarında Karşılaşılan Bazı Hukuku Üzerinde Düşünceler. BATİDED 1983 XII, 1, 17 vd.

leşme normuna bağlı koruma yükümlülüklerine göre, belli koşullar içinde sorumludur. Sorumluluğun hukuki sebebi, sözleşme ilişkisidir.

2 — Taşıyanın, yolcuyu sağ ve salim götürme borcundan kurtulması için kendisinin yada yardımcı kişilerin kusurlarının olmaması veya illiyet bağıını kesen bir durumun varlığı söz konusu olmalıdır (TTY. 806/2). Tacir olduğundan taşıyıcının TTK. 20/2 kuralı gereği her türlü önlemleri almak yönünden ağırlaştırılmış özen borcu vardır. Olağan kusur ölçümünde hafif sayılan kusur, taşıyan için ağırdır. Mücbir sebep savunması aynı nedenle taşıyan bakımından istisnai hallerde kabul edilebilecektir.

3 — Taşıma sözleşmesinde yaralanan yolcuya nazaran, sonuca eylemleriyle katkısı olan öbür yolcular, üçüncü kişi değildir. O yolcunun eyleminden taşıyan sorumludur.

4 — Temyiz kudretinden yoksun küçük yolcuların kusurlu olduğu düşünülemez. Bunların uğradıkları zararların olayın özelliğine göre indirime tabi tutulmasından sonraki kısmı taşıyana yüklenilir.

5 — Karayolları Trafik Yasasında benimsenen tehlike sorumluluğunun, TTY. 20/2'deki ağırlaştırılmış özene rağmen taşıma sözleşmesinde henüz öngörülmemesi, yasama adına giderilmesi gerekli çelişki olarak ortada durmaktadır.

ZORUNLU ONARIM NEDENİYLE GEÇİCİ TAHLİYE VE YENİDEN İNŞA VEYA İMAR AMACIYLA TAHLİYE

İsmail Hakkı KUNT (*)

● ANLATIM DÜZENİ : Giriş. A — Zorunlu onarım nedeniyle geçici tahliye. B — Yeniden inşa veya imar amacıyla tahliye. Dava açma zamanı. Karar incelemesi.

GİRİŞ

6570 sayılı Gayrimenkul Kira Kanununun, 7. maddesinin (ç) bendi uyarınca «Gayrimenkulü, yeniden inşa veya imar maksadıyla, esaslı bir surette tamir, tevsi veya tadil için ve ameliye esnasında, içinde ikamet veya iştigal mümkün olmadığı, fennen anlaşıldığı taktirde, kira akdinin hitamında, tahliye davası açmak» mümkündür.

Bu tahliye nedeni, 6570 sayılı Kanundan önceki Milli Koruma Kanununun 30. maddesinde ve değişikliklerinde yoktu. 6570 sayılı GKK. (Gayrimenkul Kira Kanunu) yürürlüğe girmeden önce, onarım nedeniyle tahliye ihtiyacı, BK. m. 251'deki geçici tahliye hükmü ile karşılanıyordu.

BK. m. 251'de «Kiralanan, kira müddeti zarfında zaruri tamirata muhtaç olduğu taktirde; kiracı, hakkına hanel gelmemek şartıyla bu tamiratın icrasına müsaade etmeğe mecburdur» denmektedir.

GKK. m. 1'de uygulama alanı belirlenirken, BK'nun bu kanuna aykırı olmayan hükümlerinin de kira ilişkilerinde uygulanabileceği belirtilmektedir. Öyleyse GKK. m. 7 bent (ç)'nin uygulanması, BK. m. 251'in uygulanmasını engellemektedir. Aslında her iki hüküm, düzenlediği konu bakımından bir iç - içelik göstermemektedir. İlk önce, kira konusu bakımından bir ayrılık olduğu rahatça söylenebilir. Doğaldır ki, GKK. nun kapsamına girmeyen yerler için, BK. m. 251 uygulanacaktır.

Doktrinde GKK. m. 7 (ç) ile BK. m. 251 kesin tahliye ve geçici tahliye şeklinde ayırtedilmektedir.

(*) Uşak Hâkimi.

GKK. m. 7 (ç), kiralanan yerin kesin olarak tahliyesini öngörmektedir. Ancak burada, tamir, tevsi ve tadilden sonra, eski kiracının o yeri tercihan, yeniden kiralamak hakkı vardır. Bu ikinci kira ilişkisi, birinciden ayrı ve bağımsızdır. Buna karşılık, BK. m. 251'e göre kiracı, kiralananı geçici olarak boşaltıp, tamirden (onarımdan) sonra geri dönünce eski kira ilişkisi (sözleşmesi) aynı koşullarla devam eder. GKK. m. 7 (ç)'ye göre, yeniden inşa, tadil veya tamir için, sözleşme süresinin sonunu beklemek gerekir. Öyleyse, GKK. m. 7 (ç)'ye dayanarak tahliye davası açmak, ancak sözleşmenin sonunda mümkündür.

BK. m. 251 uyarınca, yapılacak tamirat sözleşmenin sonunu beklemeyecek kadar zorunlu ise, kiracıdan kiralananı hemen boşaltması istenebilir. Ancak, tamiratın, kira süresinin sonuna bırakılmasında bir sakınca yoksa, kiracı tahliyeye zorlanamaz. Geçici tahliyede, tamirat için gerekli süre, bilirkişiye tesbit ettirilip, kiralananın sadece bu onarım süresi için boşaltılması istenir.

BK. m. 251, sadece zorunlu onarımlar için tahliyeyi öngörür. Kiracı, kiralanda bu zorunlu onarımın yapılmasına katlanmak yükümlüdür. GKK. m. 7 (ç) ise, esaslı onarım yanında yeniden inşa, tadil veya tevsi gibi halleri de öngörmektedir .

Bu yönüyle, hükümler arasındaki ayırımın değişik, özgün bir yanı da, GKK. m. 7 (ç)'deki esaslı onarımın, imar amacıyla yapılması gereğidir. İmar amacıyla olmayan zorunlu onarımlarda, BK. m. 251'e göre geçici tahliye uygulanır.

Her iki tahliye nedeninin yüzeysel açıklamasını yaptıktan sonra, konuya berraklık getirmek açısından, BK. m. 251 ile GKK. m. 7 (ç)'yi ayrı ayrı ve daha yakından incelemek gerekir.

A) ZORUNLU ONARIM NEDENİYLE GEÇİCİ TAHLİYE (BK. m. 251/1)

BK. nun bu hükmü uyarınca kiracı, kira süresi içinde kiralanan yer, zorunlu onarımı gerektirirse, kiracılık hakları saklı kalmak koşuluyla, onarımın yapılmasına izin vermek zorundadır. Kiralayan (kira veren), kira sözleşmesi devam ederken, ister kiracının bildiriyle, ister kendiliğinden öğrenmiş bulunsun, kiralanda beliren zorunlu onarımı yapmakla yükümlüdür. Bu yüklem, hem kiralanan yerin korunması amacının, hem de kiralananı kullanmaya uygun durumda bulundurmak borcunun sonucudur.

Ne var ki, kiralanan, kiracının fiili kullanımı altında bulunduğundan, onarımın yapılması için, onun yeri boşaltması gerekebilir. İşte

bu yönüyle madde, bir taraftan kiralayana malını onarmak yetkisini verirken, bir yandan da ona, kiralananı kullanım amacına uygun halde bulundurmak ödevini yüklemektedir. Aynı şekilde madde, kiracıyı da gözardı etmeyip, ona kiralananı boşaltarak bu onarımın yapılmasına katlanmasını buyurmuştur. Bu tür tahliyenin en karakteristik özelliği, kiracının kiracılık haklarının saklı kalmasında odaklanır. Zorunlu onarımın yapılabilmesi kiracı, geçici olarak kiralananı boşaltmak zorundadır. Kiracı boşaltmaya yanaşmazsa, mahkemeden geçici tahliye kararı alınabilir. Onarımın, kira süresinin sonuna kadar bekletilmesinde sakınca yoksa kiracıdan tahliye istenemez.

Geçici tahliye konusunun temel öğeleri, şu şekilde belirtilebilir :

a) Kiralananda bir tamirat ihtiyacı oluştuğunda, kiracıdan, bu onarımın getirebileceği külfete katlanmasını isteyebilmek için, sözleşme onarımın, zorunlu nitelikte olması gerekir. Kiralananın özelliklerinin korunması ve devamı için, acil ve gerekli olan müdahaleler zorunlu onarım sayılabilir. Yargıtay 6. HD., 1.10.1975'de, bu konuda bir karar vermiştir : Karar konusu olayda davacılar, kiralanan dükkanın bitişiğindeki arsalarını da dükkâna katmak için, arsaya bitişik dükkân duvarını yıkmak istediklerini belirterek, inşaat bitinceye kadar davalının geçici tahliyesini istemişlerdir. Dava GKK. m. 7 (ç)'ye göre değil de, BK. m. 251'ê dayanarak açılmıştır. BK. m. 251'de «zorunlu onarım»dan sözedilmektedir. Davacıların iddiası, kiralananın zorunlu onarıma muhtaç olduğu yolunda bulunmayıp tam tersine, bitişiğindeki arsada inşaat yapma ve kiralanan dükkâna eklemek şeklindedir. Böyle olduğuna göre, kiralananın zorunlu onarıma muhtaç olduğundan sözederek, geçici olarak dahi tahliyeye karar verilmesi, usul ve yasaya aykırıdır.

b) Onarımın zorunlu olması yanında, acil olması da bir koşuldur. Onarımın, kira süresinin bitimini beklemesinde sakınca yoksa, geçici tahliye istenemez. Onarımın acil olup olmadığı teknik bir konu sayıldığından, bu durum bilirkişiye saptanmalıdır.

c) Onarım sırasında, kiralanda oturmanın devamı olanaksız olmalıdır. Eşdeyişle, kiralananı işgal, ancak onarımı engelliyorsa, tahliye istenebilir. Yine teknik olan bu ölçütü de bilirkişi belirtmelidir.

ç) Bu koşulların varlığı halinde hâkim, vereceği geçici tahliye kararında, boşaltımın ne kadar bir süreye ilişkin bulunduğunu açıkça göstermelidir. Yargıtay 6. HD., 14.11.1964'deki bir kararında bu ko-

nudaki görüşünü açıklamıştır : Davacı, tadil ve tamir sebebiyle kiralananın tahliyesini istemiştir. GKK. m. 7 (ç)'ye göre bu yoldaki davanın kabulü için olayda imar kastının bulunduğu sübutu gerekir. Yapılacak tamiratın, imar kastına dayandığı anlaşılırsa, süresiz tahliyeye; imar kastı olmayıp, sadece tamirata muhtaç olduğu anlaşılırsa, bilirkişinin göstereceği süre için, geçici tahliyeye karar verilmesi gerekir. Karar, konumuzun birkaç yönüne birden açıklık getirmektedir. Yargıtay bu kararında, süresiz ve geçici tahliye ayırımını yaparken, boşaltım nedeni olan onarımın, imar kastına dayanıp dayanmadığını da özenle aramakta ve imar kastıyla yapılmayan onarımlar için, geçici tahliye kararı verilebileceğini vurgulamaktadır. Öte yandan Yargıtay, hâkimin vereceği tahliye kararında, boşaltımın geçici olduğunun ve belirli bir süreyle sınırlandırıldığının gösterilmesi gereğine de ayrı bir önem vermektedir. Aynı kararında Yargıtay, hâkimin kararında göstereceği sürenin bir bilirkişice tesbitini öngörmektedir.

BK. m. 251'deki zorunlu onarım nedeniyle kiracının boşaltması, kesinlikle kira sözleşmesinin sona erdiği anlamına gelmez. Zorunlu onarım yapan kiralayan, taşınmazı geçici boşaltmaya katlanan kiracısına geri vermek durumundadır. Burada bir sorun doğabilir. Zorunlu onarıma dayanarak, kiracısı için geçici tahliye kararı alan kiralayan, taşınmazını tamamen yıkıp, yerine başka şekil ve hacimde bir bina yaparsa, acaba eski kira sözleşmesinin ortadan kalktığını ileri sürebilir mi?

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.4.1957'deki kararı bu konuyu da açıklayıcı niteliktedir. «Bir kimse, kendi fiiliyle kendisini, üzerine aldığı bir borcu, yerine getiremez hale sokmuş olmasından yararlanamaz. Bu itibarla davacının, kiradaki dükkânını tamir edeceğini ileri sürerek, onun dükkânı boşaltmasına razı olmasını sağlayan davalı taraf, taşınmazı yıkıp yeniden bir bina yapmış olması sebebiyle, eski sözleşmenin ortadan kalktığını, davacıya karşı ileri süremez. Yeni dükkânın eski haline nazaran, önemli ölçüde küçük olup olmadığı incelenmeden, mücerret davacının yeni dükkâna girmekten kaçınması da, akte aykırı bir hareket sayılamaz.» Eğer eski ile yeni arasındaki fark yenisi aleyhine ise, demek ki kiracı yenisini kabul etmemekte haklı olacak ve bu yüzden uğradığı zararları da kiralayandan isteyebilecektir.

B) YENİDEN İNŞA VEYA İMAR AMACIYLA TAHLİYE

[6570 s. GKK. m. 7 bend (ç)]

BK. m. 251'deki zorunlu onarım, bir geçici tahliye nedeniydi. GKK. m. 7 (ç)'deki tahliyelerde kira sözleşmesi kesin olarak sona ermek-

te ve kiralanan süresiz olarak boşaltılmaktadır. Ancak kiralananın yeniden yapılması (inşası), onarımı (imarı) ya da düzeltilmesi (tadili) tamamlandıktan sonra, aynı kiracının, o yeri öncelikle kiralamak hakkı vardır. Bu hak belirli bir süre ile sınırlıdır. GKK. m. 15'in son fıkrasına göre; (ç) bendine dayanarak boşaltıldıktan sonra, imar planına göre yeniden inşa veya esaslı şekilde tadil edilen taşınmazın, yeni hali ve yeni kira bedeli ile, bu yeri eski kiracının kiralamak hakkı vardır. Taraflar kira bedelinde uyuşamazlarsa, mahkemeden tesbit isteyebilirler. Eski kiracı, yeniden kiralamak hakkını, kiralayanın yapacağı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde kullanması gerekir. Buna göre, tercih hakkı bertaraf edilmedikçe, taşınmaz üç yıl süreyle başkasına kiralanamaz. Böylece, tahliyeden önceki sözleşme ile, imar veya inşaadandan sonraki sözleşme birbirinden ayrılmaktadır.

GKK. nun geçici encümen tutanaklarında, şehirlerin imarına, taşınmazların bakım ve islahına, ayrıca yeni yapılara imkân vermek amacıyla kabul edildiği belirtilen bu yeni tahliye nedeni, uygulamada kimi zaman dar, kimi zaman geniş bir kapsamda yorumlanmıştır. Mal sahipleri içinde, gerçek anlamıyla, taşınmazı onarmak ve güzelleştirmek düşüncesiyle, bu boşaltım nedeninden yararlananlar bulunduğu gibi; kiracısını ille de çıkarmak isteyen, ancak başka nedenlerden yararlanamadıkları için, bu yolu denemeye çalışanlar da bulunmaktadır. Bu yönden GKK. m. 7 (ç), kötü niyetli girişimlere araç olmaya uygun bir maddedir. Gerçekten, bu şekilde davranıp, kiracısını çıkartarak, muradına eren mal sahibi, taşınmazda inşaat veya değişiklik yapmak konusunda kendisini serbest görmektedir. Nevar ki, bu durumla karşılaşan kiracının yardımına, GKK. m. 15 ulaşmaktadır. Ancak anılan madde, yeniden kiralama aşamasını düzenlerken, kiralayanın tahliyeden sonraki yeniden yapım veya tadilâta yanaşmaması ihtimaline açıklık getirmemektedir. Buna karşın, öyle bir ihtimalin gerçekleşmesi durumunda bile, kıyasen, mal sahibinin, eski kiracıya tercih hakkı vermeye zorunlu olduğu ve bu hakkı bertaraf etmedikçe, üç sene süreyle başkasına kiralayamayacağı söylenebilmektedir. Bu görüş aynı zamanda, geçici encümen tutanaklarında da benimsenmiştir. Kanunda mal sahibinin, hangi tarihe kadar, kiracıya bu hakkını bildireceği çözümlenmemiş olduğundan, onun inşaatı ve dolayısıyla ihtarı, eski kiracının bu teklife olumsuz cevap vereceği ana kadar ertelemesi muhtemeldir. Çünkü eski kiracı, uzun süre açıkta veya geçici bir yerde kalamayacağını bildiğinden, zorunlu olarak, kendine uygun ikinci bir yeri çoktan tutmuş olacaktır. Bundan sonra da eski mal sahibinden gelecek teklife çoğunlukla olumsuz cevap vermek durumunda bulunmaktadır. Bu durum işin fiili tekniğinin doğal uzantısıdır. Yeni yapının konumu da bu sonucu

kendiliğinden doğurabilir. Örneğin, bir konutun otele ya da işhanına dönüştürülmesinde olduğu gibi... Fakat, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 1958 tarihli kararıyla «Bir kimse meydana getirdiği fiili durum ile, üzerine aldığı bir borcu ifa etmediği takdirde, diğer tarafın bu yüzden uğradığı bütün zararları tazmin ile mükellef tutulmalıdır.» diyerek yaptırım getirmektedir. Kiracı bu yüzden uğradığı zararı BK. m. 41/2'ye göre isteyebilir.

GKK. m. 7 (ç)'deki Kesin Tahliye Nedeninin Oluşabilmesi İçin :

- a) Kira konusu yerin, yeniden inşa veya imar amacıyla esaslı bir şekilde tamir, tevsi veya tādile ihtiyaç göstermesi,
- b) Bu eylemler sırasında, binada oturmanın veya çalışmanın, imkânsız olduğunun teknik olarak tesbiti şarttır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu konudaki 5.2.1964 tarihli kararında «bilirkişiden, ruhsat ve plan gözönünde tutularak, taşınmaza yeniden inşa ve onarım amacıyla, esaslı bir tamir, tevsi veya tadil işlemi uygulanıp uygulanamayacağı ve bu işlemler sırasında, binada oturma veya çalışmanın mümkün olup olmadığının sorulması» gerektiğini açıkça belirtmiştir. Öyleyse, bu yönlerin varlığı, bilirkişiden alınacak raporla tesbit edilmelidir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 4.6.1965 tarihli kararında, bu konuda yapılacak işlemleri göstermektedir. Karara göre; GKK. m. 7 (ç)'ye dayanarak dava açmak isteyen davacının, davasını açmadan önce, inşaat ruhsatını imardan almış olması ve inşaat proje ve planlarını hazırlatmış ve imara onaylatmış bulunması şarttır. Davacı kiralayan, bu inşaat planlarını ve inşaat ruhsatname-sini mahkemeye sunar. Mahkeme, inşaat plan ve ruhsatını, yerinde bilirkişiye uygulattırır. Yapılacak tamir, tevsi veya tadil işlemleri sırasında, binada oturmanın imkânsız olduğu ve projenin uygulamaya elverişli bulunduğu, bilirkişiye tesbit ettirilir.

Dava Açma Zamanı :

Tahliye davası, kira süresinin bitimini takip eden bir ay içinde açılmış olmalıdır. Bu bir aylık süre, İİK. m. 272'ye kıyasen, mahkeme içtihatları ile kabul edilmiştir. Kira süresinin sonu üzerinde anlaşmazlık olursa, kiranın sona erme tarihi ve davanın süresinde açıldığını, davacı kanıtlamalıdır. Süreli sözleşmelerde, önceden ihtarname yollanması koşulunun bulunmadığı burada hatırlanmalıdır.

Konunun derinliğine biraz daha dalmak için, yeniden inşa veya imar kavramlarından neyin murad edildiğini, ayrı ayrı incelemek gerekir :

İmar, bir binanın onarım ve değişikliklerle, yıkılıktan kurtarılması veya daha gelişkin bir şekle dönüştürülmesidir. Bu bakımdan binanın, yapım tarihine göre, geçen zaman içinde uğradığı eskime gözönünde bulundurularak yapılacak değişikliğin, imar amacına yönelik olduğunu ancak bilirkişi bilebilir. Yeni bir binada yapılacak değişiklik imar amacını taşımaz ve GKK. m. 7 (ç)'ye göre tahliye nedeni olmaz. Örneğin, yeni bir sinema binasının, bir kısmının değişiklikle, kokteyl salonu haline dönüştürülmesi durumunda imar amacı yoktur. Geliri artırmak için, yeni bazı eklemelerin yapılmasında da yine imar amacı varsayılamamaktadır.

Yeniden inşaada, imar kastının varlığına bakılmaz. Çünkü imar, bir bina üzerinde sözkonusudur. Yeniden inşa olayında, imar müdürlüğünden alınan izin belgesi, mevcut binanın onarılması için açılan tahliye davasında, imar kastının ispatı niteliğini taşıyamaz.

Esaslı tamir, tadil ve yeniden inşa konusunda Yargıtay'ın örnek görüşleri :

aa) İş hanının otel haline getirilmesinde, imar amacı vardır.

bb) Kiralanan iki odanın alınarak, kiralayanın oturmakta bulunduğu daireye eklenmesi esaslı tâdilât değildir.

cc) Bir dairenin, ayrı iki daireye dönüştürülmesi esas tâdilât sayılmaz.

çç) Davalı kiracının oturduğu dairenin, tâdil edilip ticarethane olarak kullanmak üzere, inşaat yapılacağından sözedilmesi, GKK. m. 7 (ç)'ye uygun bir tâdilât sayılamaz.

dd) Kiralanan yerin yıkılıp, pasaj haline getirileceği iddiasının tevsiki halinde, yeniden inşaaya dayanan tahliye davası kabul edilmelidir.

ee) Sağlam fakat eski bir binanın, mükemmel ve modern bir hale getirilmesi için, genel durum üzerinde değişiklik yapılması, kanun koyucunun amacına uygun bir imar sayılır.

ff) Eski olmayan apartmanın asıl bünyesinde ve genel durumunda, çok esaslı değişiklik yapılmadan, işhanı haline getirilmesi için yapılan tadilât imar sayılamaz.

gg) Tamamiyle korunan binanın, iç bölümünün değiştirilmesi, GKK. m. 7 (ç) anlamında bir tadil değildir ve tahliye sebebi olamaz.

ğğ) Mevcut daireyi, yanındaki daireyle birleştirerek, tek bir daire haline getirmek için, vaki tadilat isteğine dayanan tahliye davası kabul edilemez.

Görüldüğü gibi, Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarında kesin bir birlik bulunmamaktadır. Yargıtay 6. HD. 28.9.1956 tarihli kararında, konut kirasına verilen bir yerin, imar amacıyla işyerine dönüştürülmesi için, tahliyeyi mümkün görmektedir. Bunun sonucu olarak, binadaki tadilatın, sadece ekonomik artış doğurması durumunda da, tahliyeye karar verilir olmuştur. 1959'dan sonra ise Yargıtay, sadece ekonomik artışın, imar amacıyla tahliye için yeterli sayılamayacağını kabul etmektedir. Yargıtay 6. HD. 16.4.1959 tarihli kararında «davacı memur olmasına göre, işyerine ihtiyacı yoktur, o halde davacının esas kastı, az kira getiren konutu, işyerine dönüştürüp çok kira almaktır» şeklinde yorum yapabilmektedir. Bu türdeki tahliye talebinin GKK. m. 7 (ç)'ye dayandırılmasını Yargıtay kabul etmemektedir. Yargıtay, GKK. m. 7 (ç)'yi değişik bir yaklaşımla yorumlayarak, 14.10.1982 ve 5.5.1983'deki kararlarında «günlük ihtiyaç»tan sözeder olmuştur. (Yargıtay Kararları Dergisi, 1982, sayı 12, sayfa 1651; 1983, sayı 10, sayfa 1480)

KARAR İNCELEMESİ

(Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi, Karar Tarihi : 21.2.1983,)

(Yargıtay Kararları Dergisi, Temmuz 1983, sayfa : 996)

Davada, tahliye istemi, yeniden inşa ve imar nedenine dayanmaktadır. İstemde, bir 'inşa' kavramından sözedilmekteyse de bu inşa, yapının sökülüp, yeni baştan yapılması anlamında yorumlanmamalıdır. Olayda sadece bir tadilat, yani düzelterek değiştirme sözkonusudur. Bunun için de (tetkik hâkiminin raporuna göre) yapıda tavana bazı kolonlar atılacak, duvarda değişiklikler yapılacak ve iki katlı, 32 dükkanlı kapalı çarşı şekline dönüştürülecektir. Bu işlemler için, Belediye Meclisinden karar alınmış, bu karar kiracıya bildirilmiştir. (GKK. m. 7 (ç)'ye dayanan tahliye davalarında aslında kiracıya önceden ihtara gerek yoktur.) Bu ihtar karşın, dükkânı boşaltmayan kiracının tahliyesine karar verilmesi istenmiştir. Konu inşaat tekniğiyle ilgili olduğundan, yeniden inşaatın ve tadilatın yapılabilmesi için, plan ve proje düzenlenmiştir. İnşaatın plan ve projesini, doğaldır ki bilirkişi düzenlemiştir. Bu aşamada iş hâkime düşmektedir. Hâkim de gerçekten üzerine düşeni yapmış yani, adı geçen plan ve projenin, tadilat yapılacak yere olan ilişkisini tesbit etmiştir. Bu arada yaptığı keşifte bilirkişi götürerek, yeniden inşaat ve tadilat sı-

rasında, dükkanda çalışmanın mümkün olamayacağını tesbit etmiştir. GKK. m. 7 (ç)'ye göre, tahliye nedeninin tüm unsurlarını bir araya getiren hâkim, isabetle tahliye kararını vermiştir. Çünkü dosyada, dükkânlarda tadilâtın gerekli olduğunu ve nasıl yapılacağını gösteren, bilirkişice düzenlenmiş, plan ve proje vardır. Üstelik bu plan ve projeler, Belediye Meclisi'nin imar kararına dayanmaktadır. İkinci aşamada yine bilirkişi, binada tadilât sırasında çalışmanın imkânsız olduğunu da tesbit etmiştir.

Yargıtay da mahalli mahkemenin kararını aynı gerekçelerle onamıştır. Ancak Yargıtay'ın onama kararında, yeni fikri gelişmelere uygun bir görünüm göze çarpmaktadır. Yargıtay, eski kasap hâlinin, belediye ihtiyacına cevap vermediği ve günün koşullarına göre, fonksiyonunu yitirdiğinden sözetmektedir. Yani, bina aslında yapı olarak sağlamdır. Ancak, iktisadi yönden ve statü bakımından bir gerilik olduğu için tadilât kararı verilmektedir. Yargıtay gerekçesine devam ederek «yeniden doğan ihtiyacı karşılayacak hale getirilmesinin zaruri olduğu anlaşılınca, imar amacı vardır» demektedir.

6570 sayılı GKK. nun geçici encümen tutanaklarında, m. 7 (ç)'nin, şehirlerin imarına ve taşınmazların, bakım ve ıslâhına ve yeni inşaatlara imkân vermek amacıyla getirildiği belirtilmektedir. Tutanakta, tadilât, binanın yeniden doğacak günlük ihtiyaçları karşılayamaması durumunda da yapılabilir şeklinde bir açıklama bulunmamaktadır. Ama Yargıtay'ın bu tür yorumuna da çok kapalı değildir. Yargıtay, şehirlerin imarı ve yeni binaların yapımı için, eskilerin günlük ihtiyacı karşılamadığını gözeterek, yıkılabileceğini öngörebilmektedir.

Bu gelişmelerin arasında kiracıların sızlanmaları duyulamamaktadır. GKK. kiracıyı korumaya yönelik, sosyal yanı baskın bir kanundur. Ama Yargıtay «günlük ihtiyaç» yaklaşımıyla kiracıların rahatsız edilmesi pahasına da olsa, şehirlerin imarını ön plâna almaktadır. Bu da bir sosyal anlayıştır. Hatta buradaki sosyal düşünce daha geniş kesim, yani tüm şehir halkı lehinedir.

KAYNAKLAR

- 1) **BERKİ**, Şakir : Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ank. 1973.
- 2) **ERDOĞAN**, Celal : Tahliye ve Kira Tesbiti Davaları, Ank. 1970.
- 3) **FEYZİOĞLU**, Necmettin Feyzi : Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, İst. 1980.
- 4) **OLGAÇ**, Senai : Tesbit ve Tahliye Davaları, 1968.
- 5) **TANDOĞAN**, Halûk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I, 2. bası, Ank. 1974.
- 6) **TUNÇOMAĞ**, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İst. 1977.
- 7) **ZEVKLİLER**, Aydın : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ank. 1984.

TELİF HUKUKUNDA CEZASAL YAPTIRIMLAR

—Nereye?—

Yazan
Mihael OPHİR (*)

Çeviren
Nail SUCU (**)

● ANLATIM DÜZENİ : Sunuş. I — Giriş. II — Birleşik Krallık. III — Amerika Birleşik Devletleri. IV — İsrail. V — Hong Kong. VI — S o n u ç.

SUNUŞ

Dünyayı, çevresini tanımayanlar, sorunlar karşısında çıkış yolunu göremezler. Bu nedendir ki, ülkeler hızlı bir bilgi alışverişi yarışına girmişler, toplumların yararına sunulanlardan, olabildiğince yararlanmayı amaçlamışlardır.

Bu çerçevede, karşılıklılık esası içinde (1) Yayın İşleri Müdürlüğümüze düzenli bir biçimde gönderilen «IIC International Review of Industrial property and Copyright Law —Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Dergisi—» adlı süreli yayından seçtiğim makalelerin çevirisini değerli meslekdaşlarıma sürekli (2) sunmayı bir görev bildim. Bu görevin uzantısı olan aşağıdaki çeviri konusu makalede, telif hakkı korumasına ilişkin medeni hukuk yaptırımlarının yetmemesi, gelişen teknolojiyle —özellikle elektronik alanda— başlangıçta düşünülemyecek kadar sorunların doğması

(*) İsrail Barosu Üyesi, İsrail Patent Ofisi Patentler Komiser Yardımcısı.

(**) Yargıtay Tetkik Hâkimi.

KAYNAK : IIC International Review of Industrial property and Copyright Law. (Fikri Mülkiyet - Telif Hakkı Uluslararası Dergisi, 1984/3 - 15, sayfa : 321).

- (1) Yaptıklarıyla sürekli beğeni duyuruları alan, yayınlarıyla büyük bir boşluğu dolduran Yayın Müdürlüğümüz, her şeye karşın diğer ülkelerdeki karşıtı kuruluşlarıyla yayın alışverişine girişmiş, bazılarında da karşılık belkmeden yayınlarımızı ulaştırmaktadır.
- (2) Diğer çeviriler : a — Askeri Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri, Yargıtay Dergisi, Cilt : 8, Ocak - Nisan, Temmuz - 1982, Sayfa : 7 - 22, 313 - 325. b — İlmî Keşiflerde Şahsi Hakların Korunması, Yargıtay Dergisi, Cilt : 12, Ocak - Nisan 1986, Sayfa : 148 - 163.

nedeniyle, kamu düzeninin telif hakkı sahiplerine daha ileri koruma sağlamak amacıyla, ihlâl için konulmasını zorladığı ek yaptırımlar, Birleşik Devletler ve Birleşik Krallıkta, genelde, İsrail'de ise geniş hatlarıyla inceleme konusu yapılmış, yeni öneriler ele alınmıştır.

(Çevirmen)

GİRİŞ

Endüstriyel ve fikri mülkiyet sahasında doğan hak ve borçların genel bir incelemesi, bu hakların ihlaline özellikle en çokda medeni esasta onların ihlâlinin çaresine yönelme eğilimini gösteriyor. Bu normal olarak ihlâl edene karşı cezasal yaptırımları (müeyyideleri) davet etmeksizin, ödençe (tazminat) ve yapma ve yapmamaya ilişkin mahkeme emri gibi önlemlere başvurmak suretiyle ihlâlin ele alındığı patent olayında öyledir. Aynı durum, esasında kayıtlı dizaynlara, ticari markalara ve endüstriyel mülkiyetin diğer biçimlerine uyar.

Ancak bu, ilk bakışta yabancı ve fikri mülkiyet sahasında yeri yok gibi görünen bir sorunsu da bir çok örneklerde cezasal yaptırımların (müeyyidelerin) milli mevzuatta ifade edildiği telif hakkı ihlâli hususunda doğru değildir.

İnsanın, yazara mahsus medeni hakların korunmasının münhasıran medeni hukukta tesis edilmesi gerektiği, bu nedenle bu hakların ihlâli için konan cezasal yasal yolların buna uyumlu olmaya çağrı kanısını taşıması mazur görülebilir. Yine de koşullar başka türlü zorladı ve yıllardır yerli mevzuatta aksettirildiği gibi kamu düzeni şimdi telif hakkı ihlâli için alternatif çareler —yasal yollar— ki bunlar cezasal yapıda yaptırımlar (müeyyideler) oluşturuncaya kadar muhtemel ihlâlcilere karşı bir önleyici görevi yapabilirler - sağlama zorunluluğuna yöneliyor. Evvelki izlenimlerden insan, ceza hukuku genel çevresindeki cezasal yaptırımların (müeyyidelerin), endüstriyel mülkiyet sahasında bir rolü olmadığı sonucuna varabilir. Ne var ki bu, gerçekten uzaktır. Bir kimse, ceza hukukunun, ne ölçüde endüstriyel mülkiyet sahasına girebileceğini, çoğu kezde girdiğini kavrayabilmek için, hırsızlık, sahtecilik, —taklit— ve gizli ittifak gibi cezasal yasal kuralları düşünmek zorundadır. O aynı ceza hukuku medeni hukukun bahsettiği, taşınmaz mal, taşınır mal ve şahsi statü gibi diğer hakların korunmasıyla daha az ilgili değildir. Bu nedenle pek açıkki, icadı çalınan patent sahibine haklarının bahşedildiği medeni hukuk esasına bakmadan bir kimse bir icadı çalarsa o, ceza hukukunun ilgili kuralları uyarınca yargılanacaktır. Esa-

sen, mekanik bir alet gibi bir icadı çalmak, bir araba, para vey tapu çalmaktan farksızdır.

Aynı kriter, ticari markayla ilgili fesadı, tescilli dizaynı içeren cezasal sahtecilik olayında da geçerlidir. Genel ceza hukuku, endüstriyel mülkiyet haklarına açık bir ilgiye sahip olmakla beraber, hukuk belli bir ülkenin, örneğin; başkasının mülkiyetinin haksız edini mi veya kötüye kullanılması gibi neyi belli bir suç oluşturan fiil olarak değerlendirdiğine göre donatıldığından o bağ zorunlu olarak çevresel (muhibi, harici) bir bağıdır. Buna karşılık endüstriyel mülkiyet haklarının ihlâlinde kişinin başvurabileceği medeni hukuktaki çareler, her yönüyle, ilk planda o hakların edinimini düzenleyen mevzuatta ifade edilmiştir. Böylece, mademki genel bir kural olarak cezasal yaptırımlar (müeyyideler), açıkça ilgili olduğu halde endüstriyel mülkiyet mevzuatı çevresi dışında kalıyor, o yaptırımlar (müeyyideler - telif hukukunun bir parçası olabilir. O, özde, ihlâlin ortak nedeninde birleştikleri yerde endüstriyel ve fikri mülkiyet hakları arasındaki esas farkı oluşturur.

Bu nedenle, kamu düzeninin, mademki telif hakkı ihlâli sadece ödençe (tazminat) ve yapma ve yapmama biçiminde mahkeme emri yolunda medeni hukuk başvurma yollarını —çarelerini— değil ayrıca para cezası ve hatta hapis cezası vermeyi içeren cezasal yaptırımları (müeyyideleri) içerecek biçimde genişletilirken endüstriyel mülkiyet haklarının genel olarak medeni hukuk çarelerine sınırlandırıldığını neden emrettiğini sormak gerekir? Telif hakkı ihlâlini böyle özlüce farklı bir düzeye koyan nedir?

Bu sorunun yanıtı, bir yandan onlara dahil hakların yapısıyla, diğer yandan endüstriyel ve fikrî haklar ihlâlinin önlenmesi ve tasahihine uygulandığında var olan yasal —legal— çarelerin etkinliğine ilişkin olmak üzere katmerli görünüyor.

Endüstriyel mülkiyet sahasında belli bir ülkece bahşedilmiş haklara nüfuz eden ortak bir gösterge —mahreç— tekel faktörüdür. İcadının detaylarını açıklama itibarıyla, kendisine uygulanan yasanın koşullarına sahip olmak kaydıyla icadına, yasal olarak hak sahibi kişi etki ve süre anlamında sınırlı bir tekele sahiptir. Böyle bir tekelin temelini oluşturan şudur; belirli bir dönem için, patent sahibi kendi izni olmadan diğerlerini, patentli icadını kullanmak veya herhangi biçimde ondan yararlanmaktan yasaklama hakkına sahiptir. Üçüncü kişi, patent sahibinin tekeline müdahale ettiği ve bu şekilde onun patent haklarını ihlâl ettiğinde, ihlâlin, tarafların tâbi olduğu milli patent mevzuatı kuralları uyarınca tam anlamıyla medeni hukuk sorunu olarak ele alınması doğaldır. Yıllar boyu deneyimler gösteriyor-

ki, patent mevzuatına, ihlâllere karşı koymak için gerekli etkinlik verilmek kaydıyla, yargı gücü genel olarak patent sahiplerinin haklarını onaylama ve yerine getirmeye ve gerektiğinde ihlâl eden için yeterli medeni hukuk yaptırımları (müeyyideleri) koymaya muktedirdir. Böyle koruma ve yaptırımların (müeyyidelerin) etkinliği genellikle ceza hukuku kurallarına başvurmaksızın yeterlidir. Aynısı, temelde, ticari marka sahiplerine, tescilli dizayn hamillerine ve endüstriyel mülkiyet sahasındaki diğer ilgili hak sahiplerine devletçe verilen tekel hakkında doğrudur.

Fikri mülkiyet ancak, tamamen farklı bir sınıftadır. İşte biri, edebiyat, müzik, sanat, sinema fotoğrafçılığı, vb. sahasında bir kimsenin fikri eseriyle ilgili olanıdır. O sahada, patentinkinin aksine yenilik ve yaratıcı adım koşulları doğmaz. Telif hakkı materyali kalitesinin ilgisi yoktur ve temel kriter yaratıcılık, orijinalliktir. Telif hakkı konusu bir eserin yaratıcısına devletçe verilen tekel o esere sınırlıdır, tabiatıyla onun ilişkin olduğu süje - konuya değil. Bu nedenle biri diğerinden kopya değil orijinal olmak kaydıyla bir kaç yazarı aynı kişi üzerine biyografya yazmaktan alıkoyacak bir şey yoktur. Buna eş olarak, sanatçılar ve fotoğrafçılar sayılarında kısıtlama olmaksızın aynı şahıs ve manzaraları çizmek ve fotoğraflamada tam anlamıyla özgürdürler. Hâkim faktör yaratıcılıktır ve işte bu, bir kimsenin fikir mahsulü, işitilebilir ve görülebilir hale geldiğinde, yasal olarak kötüye kullanılmaktan korunmuştur.

Telif hakkı koruması altındaki asıl nedenler, o nedenlerin peşinden getirdikleri problemler kadar hakkiyle bilinmektedir. Telif hakkı korumasının yürürlükte olduğu yıllar boyu deneyimler göstermektedir ki bir çok örneklerde, yapma yapmama biçiminde mahkeme emri ve ödetme (tazmin) medeni hukuk yaptırımları (müeyyideleri), hakları ihlâl olunan bir telif hakkı sahibine yeterli biçimde zararının ödenmesini sağlamaya yetmiyor. Teknolojinin doğuş ve gelişmesiyle, özellikle elektronik sahada, ister ses ister video kaydıyla olsun, eserleri intihal ve kopya etmekteki kolaylık asrımızın başlangıcında düşünülemez derecede problemler yaratmıştır. Kısım, telif hakkıyla ilgili eserlerin yapısı nedeniyle yazarlara sağlanan koruma dönemi, endüstriyel mülkiyet hakkı sahiplerine verilenlerden oldukça daha uzundur. Eğer sağlanan koruma, telif hakkı ihlâlini düzeltme ve önlemekte yetersizse uzun bir koruma döneminin az bir önemi vardır. Denirki —aksine pek düşünülemez— hukukun etkinliği onun infazında, yerine getirilmesindedir.

Muhakkakki «etkinlik» etkili bulunmadığından —eğer gerçekten «etkinlik» var idiyse tabii— kamu düzeni, telif hakkı sahiplerine daha

ileri derecede koruma sağlayacağı umuduyla telif hakkı mevzuatına, ihlâl için ilâve yaptırım (müeyyide) sokulmasını emretti. Bu yaptırım (müeyyide) ceza hukukunda tesis edildi. Onun ilgi ve uyumu, İsraille ilgili olduğu kadar, bu makalede daha sonra incelenecektir. Ancak bundan önce, Birleşik Devletler, Birleşik Krallıkta hüküm süren şimdiki durumun göze çarpan yanlarının ana hatlarını çizmenin yararlı olduğu düşünüldü. Bu yukarıdaki problemlerin yapılacak kıyaslamasına olanak verecek. O ayrıca şimdiki durumun doyurucu olup olmadığını, doyurucu olmadığı düşünülüyorsa, telif hakkı materyali korsanlığıyla savaşmak ve önleme, hakların ihlâline karşı sahiplerini korumak için, İsrail hukukunda nasıl bir düzeltmenin gerekli olduğunun düşünüldüğünün tesbiti için bir bütün olarak durumun analizini kolaylaştıracaktır.

II — BİRLEŞİK KRALLIK

İngiliz Telif Hakkı yasası, «bir kimse, eserin, telif hakkını ihlâl eden bir kopyası olduğunu bildiği bir şeyi, eserde telif hakkının varolduğu bir zamanda kira veya satılığa çıkarır, satar veya kiralar, ticari yolla kira veya satım için teşhir eder veya teklif eder veya ticari yolla Birleşik Krallığa, sahibinin özel ve yerel (mahalli) kullanımı, yararlanması dışında, ithal ederse, yasanın ihlâlinin oluştuğunu vaz eder. Yine bir kimse, eserin telif hakkını ihlâl eden bir kopyası olduğunu bildiği bir şeyi ticari veya diğer bir amaçla fakat telif hakkı sahibini zararlı surette etkileyecek biçimde dağıtırsa yine suç işlenmiştir. Dahası, eserde telif hakkı olduğu sürede, eserin telif hakkını ihlâl eden bir kopyasının yapımı için kullanılacağını bilerek bir kalıbı yapmak veya tasarrufunda bulundurmak o kişi için yasayı ihlâldir. Öncekilerden açıkça anlaşılıyorki, Parlamento seri —jürisiz— çare ve cezasal yaptırımların (müeyyidelerin) uygulanabileceği başlıca telif hakkı ihlâllerini karşılama çabasını göstermiştir. Esas yasa ihlâli, diğer bir kişinin eserindeki yasal ve mevcut telif hakkını ihlâl eden kopyaların ithâli, ticari kullanım ve ticari kullanıma kalkışma (teşebbüs) ile ilgilidir. Makalenin amaçlarıyla ilgili en önemli unsur, itham edilen yasa ihlâlcisi yönünden «bilme» unsuru «bilme» koşuludur.

Bu unsur açıkça, itham edilen kişinin iddia makamınca, telif hakkı bilgisi —itham edilen yönünden— kanıtlanmadıkça isnat edilen ihlâlden mahkûm edilemeyeceğine işaret eder.

Birleşik Krallık mevzuatı vaz eder ki, bir kaydı içeren plak, halka arzedildiğinde, böyle bir plâk üzerinde ismi yazılı şahsın kaydı yaptığını veya bahse konu plağın üzerinde açıklandığı yılda yayınlandığı

ğını, veya plâğın üzerinde açıklanan ülkede yayınlandığını gösteren bir açıklamayı içeren etiket taşırsa, etiket aksi kanıtlanıncaya kadar açıklanan olayların yeterli kanıttır. Ancak bu karine medeni hukuk davasıyla sınırlıdır, önceleri açıklandığı gibi kanıt yükünün iddia makamında olduğu ceza usul işlemlerine uygulanmaz. Bu bağ içinde durumun önemi ve özellikle İngiltere parlamentosunun, telif hakkı ihlâlini içeren ceza davalarında kanıt yükünü hatta sınırlı derecede savunmaya nakletmekteki isteksizliğine, İsrailde hüküm süren duruma ilişkin olarak daha sonraki safhada işaret edilecektir. Bu noktada, bir kimsenin durumu kavramasını kolaylaştırmak için daha iki görünümün gözden geçirilmesi gerekir. Bir yandan İngiliz Parlemtosunun, Telif hakkı yasası uyarınca cezasal yaptırımlar (Müeyyideler) sahasındaki kanıt yükü ve cürüm kastı —Mens rea—unsurlarına yönelik herhangi değişikliğe teveccühü reddetmesi diğer yandan, kamu düzeni kamu nezaretine doğru yol alırken eskiden beri yürütülen gelenek yapraklarını hafif hafif kaldıran değişiklik rüzgârı —belkide burada esinti demek daha uygun bir sözcük olur—.

Değişiklik rüzgârı ilk kez kendisini düz bir ifadeyle 1956 Telif hakkı yasasındaki cezasal yaptırımların (müeyyidelerin) eğlenti sahasındaki korsanlık faaliyetlerine çare bulmakta tamamen yetersiz olduğunu açıklayan 1977 Whitford Komitesi Raporunda gösterdi. Bir çok olaylarda iddia makamının, itham edilenin kasıtlı bilgiye sahip olduğunu kanıtlamasının olanaksız değilse bile çok güç olduğu gerçeği bir yana hatta bu başarıyla saptansa bile Telif hakkı ihlâli cezaları herhangi önleyici etkiye sahip olamayacak kadar düşük idi. Böylece, Whitford Komitesi, müzakerelerinde kendisini, bu konudaki üç büyük probleme yani kanıt yükü, böyle kanıtlamayı saptamada gerekli maddi esas kanıt (delil) ve mahkemelerin hükümlendirilen kişiye vermekte yetki oldukları cezaya yöneltti.

Bütün bu durumda, Whitford Raporu, eğlence endüstrisinde korsan faaliyetleriyle mücadelede var olan cezasal yaptırımları (müeyyideleri), daha etkili ve realistik kılmakta büyük etkisi olacağına inanılan üç büyük öneride bulundu. İlk planda fiili —maddi— ticari faaliyet sırasında zilyedlik kendiliğinden (bizatihi) cezai yasa ihlâli —suc— sayılmalı. İkinci olarak, kanıtlama yükü savunmaya nakledilmeli ki sonuçta iddia makamının kasti bilgiyi kabul ettirme koşulu olmayacaktır. Bu öneri tamamlansaydı, sonucu olarak eğer mahkemeyi ikna edecek biçimde şikâyet konusu işlemlerin, hareketlerin telif hakkını ihlâl eden kopyalara ilişkin hareketler, işlemler olduğunu bilmediğini ve öyle olduğundan kuşku duyması içinde akla yatkın nedenler olmadığını kanıtlayabilirse ancak, beraate hakkı olacaktır.

Üçüncü öneri, cezaların ölçüsü artırılmalıydı. Tetkik konusu sahada Whitford komitesince öne sürülen üç büyük öneriden, önce işaret edilen değişiklik rüzgârını en geniş ölçüde kanıtlayan biri, kanıt yükünün iddia makamından savunmaya nakline ilişkin olanıydı. Özellikle insan, diğer pek çok ülkede olduğu gibi Birleşik Krallıkta kanıtlama yükünün doğru ve haklı olarak daima iddia makamına düştüğü gerçeğini göz önüne alırsa bu ilk bakışta oldukça şaşırtıcı yenilik olarak görülebilir. Diğer yandan insan, var olan yasal kuralların yetersiz ve geniş ölçüde iyi tesir bırakmayan önleyici etkisini gözönüne alınca önerilen yeniliğin esasını kolayca anlar. Böylece öneriler, devrim türünden bir şeyi ceza yargılamalarına sunmanın muhtemel tehlikesini gözönüne alarak çatışan yararlar dengesizliğini tashih ve tamir etmeye ve kamu düzenini gözeterek önemli bir endüstrinin korunmasına doğru ileri bir adım atmaya çalıştı. 1981'de, diğer şeyler arasında, İngiliz Telif Hakkı Yasası uyarınca, telif hakkı sahibinin rızası olmadan onları video - teyp biçiminde yeniden meydana koymanın edebi, dramatik, müzikal, ve artistik eserlerde ve ayrıca sinema fotoğraf filimleri ve ses kayıtlarında telif hakkının ihlâli olduğunu teyit eden bir Birleşik Krallık yönetim işleri Resmî Raporu yayınlandı. Video-teyp kayıtlarına ilişkin olarak yasayı yeniden tesbit eden anılan Rapor, İngiliz Hükümetinin, Whitford raporundaki, cezaların ölçüsündeki artırım ve fiili - maddi «ticari faaliyet sırasında zilyedlik» hususundaki «karine benzerini» ve cezasal durumlarla ilgili olanlarına kadarki önerileri önkoşulsuz kabul etmekle, kanıt yükünün itham edilene nakli sorunu üzerine ciddi kuşkulara sahip olduğunu açıklığa kavuşturdu. Birleşik Krallıkta Ceza hukuku genel koşulunun, iddia makamının, itham edilenin suçunu akla yakın, tüm kuşkudan öte kanıtlamak olduğuna işaret edildi.

İngiliz Hükümeti, Rapor içeriğinden açıkça anlaşıldığı gibi kuşkusuz, özellikle kayıt —plâkçılık— ve film endüstrisindeki, korsanlıkla mücadelede, daha kuvvetli ve daha etkin yaptırımlar (müeyyideler) isteyenlerin ve anılan sahadakilerin mallarıyla işyapanların arzu ve isteklerini değerlendiriyor ve anlıyordu.

Yinede, düşünülür ki Telif Hukuku sahasında genel kuraldan istisna yaratmak çok ileri gitmek olacak ve yasa geniş dürüst tüccar çoğunluğu için ağır olacaktı.

Resmî Raporda açıklandığı gibi herhangi aynı anda tedavülde çok büyük tutarda telif eserler vardır. Bu nedenle çok farklı mahsullerle iş yapan dürüst bir tüccarın özellikle bir mahsulün telif hakkı ihlâli içinde yapıldığını bilmediğini kanıtlamasını beklemek akla yatkın olmayacaktı.

Resmi Raporun önkoşulsuz kabul ettiği şey, telif hakkını ihlâl eden mahsullerle bilerek iş yapanlara karşı daha sert yaptırımlar (müeyyideler) gereğiydi, ve yasallaştığında telif hakkı ihlâline karşı şimdiki yaptırımlardan (müeyyidelerden) daha etkin önleme sağlayacakları umudu ifade edildi.

Bu son görüşe gelince, İngiliz Hükümetine en derin saygıyı tekrarlar, ben onun mantığının kendisine uymadığına işaret etme zorunluğunu duyarım. İnsan şiddetli bir cezanın, yalnızca, o cezaya yol açan suçun akla uygun bir kolaylık, rahatlıkla kanıtlanabildiği durumda etkin bir önleyici olarak hizmet edebileceğini düşünebilir. Ancak, çok sayıda telif hakkı ihlâli olaylarındaki gibi, iddia makamı üzerindeki kanıt yükünün olağanüstü yenilmesi güç ve çoğu kez tahammül edilemez bir işin yapılmasına yol açtığı yerde hatta en sert cezalar muhtemel telif hakkı ihlâlcileri üzerinde ve özellikle eğlenti sahasında pek az önleyici etkiye —eğer varsa tabii— sahiptir. Kanıt yükünü yerine getirmeye dahil faktörler bir yana, hükümetin ilk planda en açık telif hakkı ihlâli dışında diğerlerinde zanlı faile karşı ithama girişmekte isteksiz olacağını düşünmek akla daha yakındır. Buda müstakbel ihlalcilerce çok iyi bilinen bir durum ve böylece onların hareketlerine etkin bir önleyici olarak hizmet etmesi pek zor bir şey.

Kuşkusuz, benzer yapıda problemlerin doğduğu diğer ülkelerdeki gibi Birleşik Krallıkta da bu özel sahadaki yasal ve pratik zorluklar iyice farkedilmektedir. Aynı zamanda hukukun mevcut yasal prensip ve çerçevesiyle çatışmayacak pratik bir çözüm bulma amacıyla hayli mütalaa sunuldu. İnsan, İngiliz Parlemtosunun, ceza hukukunun kuvvetle tesbit ve tesis edilmiş prensiplerinde ve usulünde büyük bir değişikliği sunmakta isteksizliğini kolayca anlayabilir. Bundan başka böyle isteksizliği bugün sadece, eskiden beri yerine getirilen teamül ve şimdiki sisteme temelli, esaslı bir değişikliğe kuşku ile bakan (konservatif) bir tutuma oturtmak zordur. Haklı olarak hissedilen bir korku varki, telif hakkı olaylarından daha az önemli olmayan diğer hukuk sahasında benzer değişikliklere uzanabilir, taki sonuçta ceza hukuku ve usulün temel prensipleri de aşınmış olabilirdi. Dahası Resmi Raporda ifade edildiği gibi hem telif hakkı ihlâlcisini, hem masum tüccarı bir tuzakta aynı zamanda yakalayabilecek —öyle bir durumki herhalde haklı görülmesi olanaksız— etkin değişikliklere karşı isteksizlik var.

Böylece soruna basit ve hazır çözüm yok ve şimdiki sistemle uzlaşması ihtimal dışı, pratik bir çözüm için arayış, kuşkusuz gelecekte bir süre için hukukçuların, politikacıların ve eğlence endüstri-

si temsilcilerinin kafalarını yoracak bir şey. Gerçi makale sonuna doğru tarafımdan değişik öneriler sürülüyorsa da bunlar ideâl olmaktan uzaktır. Belki de en sonunda zorluklara en iyi en pratik cevabı verecek hukuk değil teknolojinin kendisi olacak.

III — AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Prensipleri bu gün modern mevzuatta ifade edilen bir konunun derece derece gelişmesini aydınlattığından A.B.D.'de telif hakları ihlâli sahasındaki cezasal yaptırımlar (müeyyideler) tarihi ilgi çekicidir. Özellikle eğlence sahasında sürekli büyüyen sorunlara hukuk çerçevesinde uygun çözümler bulmak için yapılan bütün çabalara karşın bu prensipler yine de kompleks bir mesele olarak kalır.

1897'den beri Federal Telif Hukuku, kabahatin, belli korunmuş eserler kategorisinden yararlanmak için kasıtlı ihlâle karıştığı kanıtlanmış kimse tarafından işlendiğini varetmiştir. 1904'de yetkisiz disk - plâk - kopyası ya da mekânîk olarak eseri diğer, aynen yenden tekrarlama vasıtalarıyla, müzikal eserler ayırık, eserlerin herhangi kategorisinin kâr için ihlâline kasıtlı olarak karıştığı kanıtlandığında bir kimsenin cezai yasa ihlâlinden hükümlendirilebileceği kurallarını getiren bir tadil yasası kabul edildi.

Önceki paragrafta işaret edilen iki yasanın kabulünden önce Kongre ticaretin aşırı yasaklama ve kısıtlama (men ve tahdid) sonucunu doğuran hareketlere karışmayı suç yapan 1890 Sherman Yasasını kabul etti. Böylece 1897'de belki fakat 1904'de mutlaka, bir şahsın, rakibin telif hakkıyla korunan eserini kopya için sorumlu tutulmazken, rakipleri telif hakkıyla korunmayan eseri kopyadan yasaklama uğruna, —kopyaya teşebbüs için mahkûm edilebileceği bir durum doğabilirdi.

Böyle bir çelişki, doğaldır ki telif hakkı ihlâlinin, ilk planda cezasal yaptırımların (müeyyidelerin) konması için elverişli bir konu olup olmadığı sorusunu doğurdu. Gerçekten 964 sonlarında bir baro üyesi «umarım, telif hukukunda gerçekten niçin bir cezasal uygulama kuralına gerek duyduğumuz ciddi olarak gözönünde tutulur» dedi. Sonuçta düşünüldü ki cevap olumlu olmalı ancak bir hayli vijdan muhasebesi ve içindeki tüm kompleks konular tartışılmak suretiyle.

1976 Telif Hakkı Yasası öncesi toplantılar yapıldığında ve onun üzerine raporlar çıkarıldığında telif hukukunda cezasal yaptırımların olup olmaması sorununda artık ciddi bir kuşku yoktu. Gerçekten toplantılarda «açık korsanlık» tabir edilen şeyi anlamak için cezayı

artırmanın önemini vurguladı. Bu hususta özellikle seçilen sahalara, ses kayıtları —öğretim aracı olarak kullanılan— sesli filmlerdi.

Amerikan hukukçularınca, cezasal yaptırımlar telif hakkı mevzuatından çıkarılırsa bu, ifade biçimleri ve yeni fikirlerin yayılmasından yararlanmanın topluma önemine karşılık telif hakkı ihlâlinin verdiği ekonomik zararı hassas dengelemede geriye eğilim (meyil) sonucu doğurabilir diye düşünüldü. Böyle bir durumda cezasal yaptırımlar dengeyi kolayca şu veya bu yana eğebilirdi.

1970'lerde Amerika Birleşik Devletler Adalet Departmanı, ticari kazanç için korsanlığa karışan telif eserler ihlâlcilerinin ceza ithamını amaçlayan geniş bir kampanyaya başlattı. Irwin Golbloom'un sözleriyle «bu tek değilse bile, telif hakkıyla yaratılan mülkiyet hakkına pek çirkin ve açık itibar etmeyişi, göstermeyişiyle birleşen, yayıncı ve yapımcılara ekonomik zararın, cezasal yaptırımların konmasını haklı kıldığı telif hakkı ihlâlinin ana sahasıdır»

Amerika Birleşik Devletlerinde telif hakkı ihlâli hususunda aktif federal ceza kovuşturmasının bir sahası —öğretim amaçlı— sesli film endüstrisinininki olmuştur. Telif haklı bir eseri taklit ederek yasa dışı satış özellikle bu sahada telif hakkı ihlâlini oluşturur. 1977'de Birleşik Devletler Hükümeti namına, böyle yıkıcı ihlâlin telif hakkı sahiplerine önemli tutarda ekonomik zarar sonucunu doğurduğu pek açıkça ifade edildiğinde bu özel ihlâl sahasının ihtimal diğerlerinden daha fazla sert cezasal yaptırımlar için en uygun olduğu tamamen açıklığa kavuşturuldu. Bu gün U.S.A. da yürürlükte olan Telif Hakkı Yasası 1976'ninkidir.

Sinema fotoğrafçılığı sahasında —öğretim amaçlı— sesli sinema filminde telif hakkı sahibinin bir eserin, kopyalar biçiminde ayırını yeniden yapmak ve yapmaya yetki vermek ve öğretim amaçlı sesli filmleri satış veya diğer biçim sahipliği devir yoluyla dağıtım veya böyle sahipliği devre yetki vermek özel hakkına sahip olduğu kabul edildi. Ancak bu özel hak sınırlıdır, —öğretim amaçlı— sesli filmin yasal kopyası telif hakkı sahibi yönünden ön bilgi ve rızaya gerek duymadan, o özel kopyanın sahipliğini daha daha devretmekte sınırsız hakka sahiptir.

Bu, amacı açıklamak için aşağıda verilen, 1976 yasasında ifade edilen başlıca cezasal kuralla birlikte ele alınmalı : «isteyerek ve kâr amacıyla bu başlık altında sağlanan herhangi telif hakkını ihlâl edecek kimse veya böyle bir ihlâle bilerek ve isteyerek yardım edecek ya da söz veya fiile teşvik edecek kimse suçtan sorumlu olacaktır».

Bu nedenle, bu başlık altında bir iddianın başarılı olması için üç esas koşul vardır; yani itham edilen yönünden isteklilik, ticari kazanç ve yardım ve teşvik olayında bilgi ve isteklilik. Amerikan Hukuk Enstitüsü Model Ceza Cod'unda, bu münasebetle cürüm sahasında, bir şahsın suçun maddi unsurları hususunda bilerek hareket etmesinde istekliliğin ortaya konduğuna işaret edilmiştir. Bilgi koşulu, cürmün bir unsuru olan olayın gerçek bilgisinin veya cürmün bir unsuru olan olayın varlığının fazla bir olabilirliği hakkındaki bilgiyi karşılar. Bu kriteri telif hukukuna uygulamada iddia makamı itham edilenin istiyerek hareket ettiğini akla uygun, kuşkudan öte göstermek zorunda olacak ve bunu yapmak içinde, zanlı telif hakkı ihlâlcisinin, telif hakkı ihlâl edilmiş eserin gerçekten telif hakkı korumasına konu olduğunu bildiğine ilişkin ikna edici kanıt getirmek zorunda kalacak. Bu nedenle bir özel eserin kopyasının üzerine uygun bir telif hakkı ihtarının unutulması, yasanın cezasal sorumluluğu tesbit için önkoşul olarak koyduğu bilgi unsurunu hükümsüz kılabilir. Kaydetmek gerekirken, U.S.A. da iddia makamının telif hakkına konu eserlerin belli başlılarının tüccarın eline geçtiği yasadışı kaynağı geriye izlemesi son derece zor hatta olanaksızdır. İddia makamının basıları —tabıları— zanlının ziyedliğindeki belirli filmlerin hiç bir zaman ilk satım konusu olmadığını kanıtlayarak davasını isbata giriştiği örnekler vardır.

İtham edilenin ziyedliğindeki belirli sesli film basılarının hiç satılmadığını kanıtlayarak iddia makamı, bazılarının ya yetkisiz kopya ya da telif hakkı sahibinden çalınma olduğu yolunda bir karine tesis etmeye muktedirdir. Buradan hareketle, doğaldır ki itham edilenin ziyedliğindeki kopyalar telif hakkını ihlâl eden kopyalardır ve itham edilen bizzat ihlâl eden kimsedir.

U.S.v. Atherton davasında, iddia makamınca yerine getirilmesi gereken kanıt yükünü birlikte oluşturan beş unsur açıkça tarif edildi, Bunlar aşağıdaki gibi şerh ve izah edilebilir :

- a — Telif Hakkı ihlâlinin gerçekten olduğu,
- b — İlk satıma konu olmayan bir eserin varlığı,
- c — İhlâlin kasıtlı yapıldığı,
- d — Telif hakkı ihlâl edilen eserin ilk satım konusu olmadığına ilişkin bilgi,
- e — İhlâlin kâr için yapıldığını akla uygun kuşkudan öte kanıtlama yükü iddia makamındadır.

1976 yasasıyla ilgili Parlamento Raporu, telif hakkı sahibine düşen zanlı ihlâlcinin zilyedliğindeki bir eserin belirli kopyasının yasal olarak yapılmadığını veya sağlanmadığını, akla uygun, kuşkudan öte kanıtlanma koşulunun ona adil olmayan çoğu kez olanaksız bir külfet yüklediğine işaret eder. Yine de Kongre 1976 Yasası uyarınca zanlı bir ihlâlcinin zilyedliğindeki telif hakkı eser kopyasının yasal olarak yapıldığı veya sağlandığını kanıtlanma yükünü taşıdığı yolundaki amacı ifade eden bunun medeni hukuk davalarıyla ilgili olduğu sürece böyle olduğunu açıklığa kavuşturdu. Kongrece ceza usulünde itham edilenin, diyelimki zilyedliğindeki film tablalarına —son malike gelinceye kadar— temlik işlemleri silsilesini, cürümden hükümlendirilmekten kurtulmak için kanıtlanmasını beklemenin, yasal yöntemi ihlâl edeceği düşünöldü. Gerçekten U.S.A.'daki yüksek mahkeme uyumlu biçimde, üzerine atılan (isnat edilen) cürmün her bir unsurunu akla uygun, kuşkudan öte kanıtlanmanın, iddia makamına düştüğüne hükmetti. Sesli film telif hakkı ihlâlini içeren bir davada bu koşul zorunlu olarak itham edilenin zilyedliğindeki film tablalarının ya-saya aykırı olarak yapıldığını veya sağlandığını tesbit yükünü içerecektir.

İddia makamından, itham edilenin kâr için ihlâl karıştığını, ve ihlâlin kasti olduğunu yani itham edilenin, zilyedliğindeki basıların yasa dışı yapıldığı veya sağlandığının «kuvvetli olabilirliği» bilgisine sahip olduğunu kanıtlanması istenir. Bizzat kastiliğe gelince, bu, ihlâl işlemlerine konu olan film basıların ilk satım konusu olmadığını bilen zanlı gibi, dolaylı kanıtlarla ortaya konabilir.

1976 Telif Hakkı Yasası uyarınca USA'daki telif hakkı tescilli koşulu ceza usulünde telif hakkı ihlâli için iddia makamına bir kısım yardım sağlar. Bu gün halâ U.S.A.'daki tescil medeni ve cezai telif hakkı ihlâli davalarının başlangıcına bir ön koşuldur. Yasanın ifadesiyle telif hakkı eserinin tesciline ilişkin belge, belgede açıklanan olayların ve telif hakkının geçerliğinin aksi kanıtlanıncaya kadar yeterli ve geçerli kanıtını oluşturacaktır. Bu kuralın ışığında İddia makamı cezai ihlâl davalarında, diyelim sesli film hakkının aksi kanıtlanıncaya kadar yeterli ve geçerli sahipliğini tesbit için telif hakkı belgesine güven duymaya yetkilidir.

Kuşkusuz, cezasal yaptırımlar, Birleşik Krallıktaki eşlerindeki-den daha az olmayacak biçimde U.S.A. telif hakkı hukukunada katıyetle sokulmuştur. Dahası, eski cezasal kurallar da teknolojiye süratli ilerlemeye ayak uydurabilmek için bazı zorunlu revizyona ziyadesiyle gerek olduğunda genel bir fikir birliği vardır. Bunun ışığında

1976 yasaının uygulamaya getirdiği gerçek somut değişikliklerin cezai telif hakkı ihlâlinin yapısında büyük yenilikler oluşturmadığı yönü ihtimalki oldukça şaşırtıcıdır. Bu nedenle federal cezasal ihlâlin ana etkisi 1976 yasaı kurallarıyla değiştirilmemiştir.

Önceki deneyimlerin ışığında, 1982'de U.S.A.'da atılan daha ileri bir adımı kaydetmek önemli olacaktır. O yılın korsanlık ve sahtecilik yasaı kuralları uyarınca Federal Ceza Kod'u sesli filmler ve görsel ve işitsel eserlerin kopyalarındaki trafiği kapsayacak biçimde düzeltildi (tashih edildi). Dahası Yasa, telif hakkı ihlâli için en üst cezayı bir yıldan beş yıl hapse, onbin dolardan ikiyüzellibin dolar para cezasına yükseltti. Ek önlem olarak 1982 Yasası, cezaların derecesini 180 günlük dönemde aynen yenilenen veya dağıtılan kalemlerin sayısına oranlıyarak, fono kayıtlarının, sesli filmlerin, ve görsel - işitsel eserlerin aynen yenilenmesi veya dağıtımını içeren telif hakkı cezasal ihlâli için yeni cezalar oluşturdu.

1982 yasaının bu kısa incelenmesinden, hem esasa ilişkin ayarlama hem cezasal yaptırımlar (müeyyideler) sahasında bazı çok önemli değişiklikler yapıldığı görülüyor. Bunların uygulamadaki tam etkisinin ne olacağı ve hatta gelecekte daha zorunlu önlemlerin gerekip gerekmeyeceğini zaman gösterecek. Olabildiğince muhakkak olan bir şey, hatta bu kadar erken bir safhada, usuli düzeltmeler ve artırılan cezasal yaptırımlar (müeyyideler), doğru yönde uygulanmak koşuluyla, yıllardır bu makalede gözden geçirilen özel telif hakkı ihlâli sahasındaki hukukçuları ve meslek dışı kişileri saran sorunların çoğunu çözmede çok etkili olmalı.

4 — İSRAİL

Çok ülkelerin telif hakkı mevzuatı gereği cezasal işlemler nispeten enderdir. Genellikle bir kimsenin telif hakkı ihlâl edildiğinde ya razı ya da medeni hukuk çarelerine dayanma dışında az bir seçeneği vardır. Bundan başka dünyanın diğer kısımlarında küçük ölçüde uygulanıyorsa bu tür çarelerin kullanım kısıtlılığı İsrail'dekinden daha büyük olamaz. Benim haberdar olduğum kadarıyla, telif hakkı mevzuatında ifade edilen cezasal kurallar daha geçenlere kadar hareketsiz kaldı.

1981'de İsrail Telif Hakkı yasaı ceza kuralları uyarınca bakılacak ilk olay olarak bilinen dava Rehovot Mahkemesi'nde çok değerli hâkim Shoshana Berman huzurunda görüldü. O davada İsrail devletince, video teyplerin halka serbestçe kira veya satımı işini yöneten belli davalılara karşı ceza kovuşturması açıldı. Duruşmada, hem

genelde ceza usulüne hem uluslararası telif hakkı meseleleriyle ilgili olarak ortaya atılan konular oldukça enteresandır ve bu bölüm çoğunluk onlara hasredilecek. Sözü edilen davanın, «video kaset» adıyla ortaklık halinde işi yürüten davalıları, ana madde —şey— olarak yerli videonun her tür ve tipi için kasetlerin kopye ve dublikasına sahiptir. İlanlar İsrail'de Ulusal Basında —National Press— çıktı ve bu ilanlar diğer şeyler arasında, anılan davalıların en iyi ve sadece ana kayıtlardan eğlenti programları kaydettiğini açıkladı.

Giriştikleri iş faaliyetlerine ilişkin reklâmlarında davalılarca yapılan açıklamalar İsrail'deki Amerikan sesli film dağıtımçılarının dikkatini çekti. İlgili dağıtımçılar, hukuk danışmanları aracılığıyla İsrail Başsavcısına başvurup, davalıların video-teyplerinin, sinema ve televizyon filmi yapan şirketlere hayli zarar verecek biçimde ve yasal telif hakkını ihlâl eden yapıldığı yolunda şikayet ettiler. Başsavcıya açıklamalarında, arasında yapımı milyonlarca dolara mal olmuş US film şirketlerince yapılmış en iyi filmleri içeren onbinlerce, ihtimal yüzbinlerce video-teybin imal edildiğini iddia ettiler. Bu filmler en yakın zamandaki yapımları içerdi. Dağıtımçılar ayrıca, ilgili film şirketlerinin, İsrail'de ya da dünyanın başka herhangi bir yerinde, kimseye video-teyp'teki bahse konu filmleri kaydetme hakkını vermediğini belirttiler. Polis soruşturması izledi bunu ve davalıların işlerini yaptıkları iki adreste polisçe yapılan araştırma sırasında çok fazla tuiarda film ve video-teyp yakalandı. Bu materyal aşağıdaki biçimde sınıflandırılabilir.

— Amerikan şirketlerinin telif hakkı iddia ettikleri Amerikan yapısı filmlerin kopyaları,

b — BBC. —İngiliz Yayın Korparasyonu— nin veya İTA.'nın —Bağımsız Televizyon Organı— telif hakkı iddia ettiği İngiliz televizyon programlarının kopyaları,

c — İsrail'de sakin olanların telif hakkı iddia ettikleri İsrail yapımı film ve televizyon programlarının kopyaları,

d — Müstehçen filmler.

Son zikredilen kategoriyle ilgili olarak davalılar İsrail Ceza Yasası uyarınca mahkûm edildiler. Makalenin amacı yönünden o özel konuya daha fazla atıf yapma gereksiz.

Polis araştırması sonucu, devletin, yukarıda sıralanan ilk üç kategoride işaret edilen materyalin telif hakkını ihlâl nedeniyle davalılar hakkında ceza davası açması kararlaştırıldı. Davalılar bu nedenle

Telif Hakkı Kararnamesinin, aşağıda belirtildiği gibi yorum getiren 3. faslı uyarınca itham edildiler.

1 — İzleyen hareketlerden birini bilerek yapan (icra eden) bir kimse ezcümle,

a — Satma veya kira amacıyla telif hakkına konu bir eserin telif hakkını ihlâl eden kopyasını yapar,

b — Herhangi bu tür eserin telif hakkını ihlâl eden kopyasını satar veya kiraya verir veya dağıtım yapar veya ticari yolla satım veya kira için teklif eder veya sergiler,

c — Böyle herhangi eserin telif hakkını ihlâl eden kopyasını ticari yolla veya telif hakkı sahibine zarar vermeye yeter düzeyde dağıtırsa yasayı ihlâlden suçlu olacak ve para - hapis cezasına maruz kalacak.

2 — Telif hakkını ihlâl eden kopyaları yapmak için herhangi kabılı bilerek ziylediğine sahip olan yasayı ihlâlden suçlu ve para - hapis cezasına maruz kalacak.

Bilge bir duruşma hâkimi tarafından 1981'de verilen hükümde başlangıç dört sual ortaya kondu :

a — Denizaşırı telif hakkı sahipleri, İsrail'de kendi telif haklarının korunmasına yetkili midirler?

b — Film ve televizyon programları, İsrail'de katiyen telif hakkına hak kazanmış eserlerden değil midir?

c — Davalılar telif hakkını ihlâl etmişler midir?

d — Eğer (c) şikkına cevap olumluysa davalılar telif hakkını bilerek mi ihlâl ettiler?

Bütün bu sualler detaylı ve gerekçeli kararında hâkim tarafından sırasıyla ele alındı ve şimdi tarafımdan başlık sırasıyla gözden geçirilecek.

a — Denizaşırı Telif Hakkının Geçerliliği

İsrail'deki Telif Hakkı Koruması İsrail vatandaşı veya İsrail'de devamlı yerleşmiş veya ekseriya oturan bir kimse tarafından yaratılmış eserlere veya İsrail'de ilk kez yayınlanmış eserlere uygulanır. Ancak İsrail'in telif hakkına ilişkin bir muahede veya sözleşmeye imzacı devlet olduğu yerde, eğer Adalet Bakanı resmi gazetede, diğer imzacı ülkelerde yaratılan eserlerdeki telif hakkının korunması

gerektiği yolunda talimat yayınlarsa o zaman böyle eserler aynı şekilde yasanın korunmasından yararlanırlar.

İsrail Berne Konvansiyonu'nu imzalayan ve onayan devletlerden biridir. Birleşik Devletler, Berne Konvansiyonu'na imzacı devlet değil ve hiç te olmamıştır ve o devletle İsrail arasında edebi ve artistik eserlerin karşılık korunmasını sağlayan bir Karşılıklı Anlaşma 1953'te yürürlüğe girdi. İki yıl sonra ilâveten bir Adalet Bakanlığı Talimatı, İsrail'in ilgili olduğu oranda, diğerleri arasında İsrail, Birleşik Krallık ve Birleşik Devletlerinde imzacı oldukları ve halen öyle kaldıkları Ünlversal Telif Hakkı Konvansiyonunu yürürlüğe soktu. Bu sonraki sözü edilen Konvansiyon karşılıklı telif hakkı koruması sahasını müzikal, dramatik ve sinematografik eserleri içerecek biçimde genişletti.

Yargıç deniz aşırı telif hakkı sahiplerinin temsilcileri tarafından mahkemeye verilen kanıtların, davayla ilgili tüm eserlerin kendi asil ülkelerinde korunduğunu tamamen kanıtladığına karar verdi.

Savunma, en yeni uluslararası antlaşmanın, Birleşik Devletler'de telif hakkına sahip eserle ilgili olduğu oranda koruma hakkı vermeye yeterli olmadığını öne sürdü ve dahası da gerçekte filmleri kapsayan daha önceki İsrail ve o ülke arasındaki Karşılıklı Antlaşmanın önde geldiğini iddia etti. Yargıç iddiayı reddederken Uluslararası Antlaşmanın, antlaşma ve önceki sözleşmeler arasında uyumsuzluk halinde onlardan sapma olarak değil, halen var olan uluslararası koruma sistemlerine bir ek (ilâve) olarak düşünülmesi gerektiğini belirtti. Yargıç öyle düşünmek gerekseydi bile, daha sonraki sözleşmenin, esasını örnek aldığı Berne Konvansiyonunun yaptığı gibi, Karşılıklı Antlaşmanın gerçekten sinematografik eserleri kapsadığına hükmedecektim diye ekledi gayri resmî surette.

b — İsrail Yasası Uyarınca Korunabilirlik

Savunma, Antlaşmaların bir esere, İsrail Yasası uyarınca verildenden daha fazla veremeyeceğini savundu. 1911 Telif Hakkı Yasası kabul edildiğinde televizyon olmadığından ve sinema filmleri henüz bağımsız bir eser olarak kabul edilmediğinden film ve televizyon programlarının telif hakkı konusu olmadığı iddia edildi. Savunma bu nedenle, yasa koyucunun bu iki eğlenti vasıtasını aklından geçirdiğinin söylenemeyeceğini öne sürdü. Bir hal ki İsrail Telif Hakkı Kararnamesinin onlara uygulanmasını otomatik olarak önleyecekti. Yargıç bu savunmayı reddederken, aşağıdaki pasajları zikr ve tadat etti:

«1911 Telif Hakkı Yasası uyarınca gerçekte bir fiziki obje olarak bir filmde telif hakkı yoktur. Gerçekte bir radyo yayınında telif hakkı yoktur»

Ancak sinema filmleriyle ilgili olarak :

«Bir fotoğraf serisi olarak kabul edildiğinde her fotoğraf artistik bir eser olarak korunuldu, seda izi —hattı— onun vasıtasıyla sesin mekanik olarak aynen yenilenebildiği, yeniden ortaya konabildiği bir icad olarak korundu. Temsil edilen olayların kombinezonu —terkibi, mezci -, işlenme— temsil biçimi ve düzenlenmesi esere yaratıcı karakter verdiğinde o yapım dramatik bir eser olarak korundu. Ayrıca bir senaryo veya elyazmasında ayrı bir edebi veya dramatik telif hakkı vardı».

Ve televizyon programlarıyla ilgili olarak :

«Pek tabii, yayınlanan bir program, telif hakkının mevcut olduğu müzikal veya dramatik bir eserden ibaret olduğu oranda, eğer materyal bir plak veya cihaz üzerinde aynen yeniden imal edilirse bu, orijinal materyalde telif hakkının ihlâlini oluşturacak».

Yargıç, filmlerin ve nakillerin kendilerinden çok onların bileşenlerinin —terkibinde bulunanların— korunduğuna ve bunun, onun görüşüyle, İsrail'in içinde veya dışında yapılmış tüm ilgili eserlere uygulandığına karar verdi.

c — Telif Hakkını İhlâl Eden Kopyalar

Bütün eserlerde, olaylar sırasında telif hakkının varlığı yönünden tatmin edilen mahkeme kopyaların, telif hakkı sahibinin tekel haklarını ihlâl içinde yapılıp yapılmadığı sorusuna yönelmek zorunluluğunu duydu. O münasebetle aşağıda gösterildiği gibi ifade eden İsrail Telif Hakkı Kararnamesi kurallarına dönmek gerekti.

«Bir eserdeki telif hakkı, öyle yapmak imtiyazı yasada telif hakkı sahibine verilen herhangi hareketi, telif hakkı sahibinin rızası olmaksızın yapan herhangi kimse tarafından ihlâl edilmiş olarak telâkki edilecek».

Yasada sıralanan imtiyazlar arasındakiler :

«a — İmalât biçiminde eseri veya onun esaslı parçasını yapmak veya aynısını yeniden yapmak imtiyazı,

b — Edebi, dramatik veya müzikal eser olayında, plâk, delikli rol, sinematografik film veya onun vasıtasıyla eserin mekanik olarak yapıldığı veya verildiği bir icadı yaratma imtiyazıdır.

Kopya olayı kuşkusuzdu. Ancak tartışmalı olan, Telif Hakkı Kararnamesinin ifade biçiminin film ve televizyon programlarının video-teyp üstüne kopyası işlemini kapsayıp kapsamadığıydı. Suat, Yargıcın aşağıdaki gibi açıklama yaptığı Kanada emsal içtihadına dayanarak yukarıdaki (b) cümlesine uygun olarak çözümlendi.

«Videoteyp, yayıncı tarafından uygun bir makineye yerleştirildiğinde üzerinde kayıtlı şekil —tasvir— ve sesleri, izleyicinin televizyon tüpünde, müdahale edecek vasıtaya gerek kalmadan aynen yeniden hasıl eder. «Mekanik olarak» icra edilen veya verilen bir eserle neyin amaçlandığını tesbit etmek için bu sözün ortak anlamına başvurulmalıdır. Oxford Lügatinde (Kısa Oxford Lügati 3. Bası) «mekanik olarak» sözü bir makine veya mekanizma tarafından meydana getirilen «ameliye» olarak tarif edilir ve burada yapılanda tıpa tıp odur. Bir makineye yerleştirildiğinde şekil ve seslerin, izleyici tarafından alıcı setinde görülmesine ve işitilmesine neden olan bir bant meydana getirilir. O bant üzerindeki makine işlemidir, eseridir ve görüşüme göre «mekanik olarak» sözcüğüyle amaçlanan odur. Bu münasebetle, sözcük genel deyimiyile elektromanyetik kurallarla harekete, faaliyete ters düşmemektedir.

Savunmanın elektromanyetizmin 1911'deki yasa koyucunun hatırına gelebileceğinden mekanik vasıta olarak kabul edilemeyeceği yolundaki açıklaması bu nedenle reddedildi.

Bir U.S. davası mahkemeye kanıt olarak getirildi. Anılan davada kendisini bir daha gösteren problem şuydu : İleri teknoloji, modası geçmiş yasayı aşmıştı. O davada hüküm verirken Fortas J. «benim önerim, Kongre yasa çıkarıncaya ve karşılaştığımız sıkıntıdan kurtarıncaya kadar geleneksel telif hakkı prensiplerine olabildiğince az zarar vermek olmalı» diye açıkladığında fazla konservatif (muhafazakâr) bir yaklaşım ifade etti.

Ancak yargıç Berman, bu düşünüş biçimini izlemedi ve iyi bir yasanın daha sonraki gelişmeleri öngörebileceğini işaret etti. «Mekanik olarak» veya «diğer herhangi vasıtayla» gibi sözcük ve deyimler böyle yapma yollarını sağladı. Yasa koyucu işlemi, yöntemi değil aynısını yeniden yapmanın sonuçlarını düzenledi. Maddi mesele üzerine yargıç, davalıların bahse konu eserlere telif hakkı sahibinin rızası olmaksızın aynısını yeniden yaptıklarına, bu nedenle kopyaların telif hakkını ihlâl eden kopyalar olduğuna hükmetti.

d — Bilerek

Yargıç Bermana göre mahkemenin karar vermesi için en önemli soru bahse konu kopyaların bilerek yapılıp yapılmadığıydı.

Davalılar, yaptıkları hareketle, kopyaları, telif hakkı sahiplerinin haklarını ihlâlen yaptıklarını biliyorlarmıydı?. Gerçi halin, koşulların ciddiyeti nedeniyle, kimden soruşturacaklarını bilerek araştırma yapmaları gerekirken şahsi yararları nedeniyle bilmeyi istemedikleri, bilgiye, habere sahip olmaktansa gözkapamayı seçtikleri olayları da içerirseydi, açık (fiili) bilgi, Telif Hakkı Kararnamesi uyarınca ön koşuldu.

İddia makamı «zımnî - yorumlayıcı bilgiyi kanıtlamanın yeterli olduğunu beyan etmişti. O zaman eğer hal ve koşullara göre, itham edilen, ilgili eserlerin telif hakkıyla korunduğundan kuşku için akla yatkın nedenlere sahipse ve onlar hareketlerinin telif hakkını ihlâli oluşturduğunu tesbit vasıtalarına sahip oldukları halde, gevşeklik, ihmal, veya diğer bazı nedenlerle bunu yapmamışlarsa o zaman «bilerek» koşulunu karşılamak için bu yeterliydi. Ölçü objektif bir ölçüydü. «makul bir insan davalıların yerinde olsaydı ne düşünmüş olacaktı»

İddia makamı, makul insanın kendisini araştırmaya sevk için neye dikkat etmesi gerektiğini kanıtlamak için şunu mütalaa etti :

a — Polisçe zabtedilen, materyal olarak televizyon programları ve sesli filmlerin çoğu sembol (c) dahil açık tanıtıcı işaretler taşıyordu.

c — İki tanığa göre, davalılar filmleri orijinal kaynaktan direkt kopyanın yasaklandığını biliyorlardı. İddia makamına göre, eğer davalılar onu biliyor idiyse o zaman, onlar televizyon yayınlarından kopyanın aynı suretle yasaklandığını bilmiş olmalıydı veya bu gerçeğe gözyummuşlardı.

Yargıç bu beyanları reddederken, ceza usulünde kanıt yükünün baştan sona kadar iddia makamına düştüğüne işaret etti. Telif hakkının varlığından ileri doğru zincirin her halkasında davalılar yönünden «bilmeyi» kanıtlama zorunda olan iddia makamıydı. Gerçi cezadakinin aksine telif hakkı ihlâli davalarında medeni yargılamada «makul insan» yaklaşımı iyiniyet savunmasını olumsuz kılmaya, etkisiz bırakmaya yeterse de bu durumda zımnî bilgi yetersizdi. Yargıç Berman'a göre bir ceza davasındaki «bilerek» sözcüğü yüksek bir bilgi standardının, kuşkusuz medeni hukuk davalarında gerekenden hayli daha yüksekini ifade eder.

Yargıç Berman tarafından 1976 U.S. Telif Hakkı yasası uyarınca önceki telif hakkı mevzuatındaki «bilerek»in yerini, telif hakkı ihlâli üzerine ceza davalarına ilişkin bütün meselelerde «kasdi»nin aldığı gözlemlendi (müşahede edildi).

Bununla beraber «kasıt» derecesi Amerika'da hafifçe azaltılırken, İsrail'de değişikliğe uğramadı. Bundan başka yargıç, telif hakkının varlığı ve bu nedenle isnat edilen ihlâl hakkındaki uyarının, hatta medeni hukuk davalarında işlemler öncesinden böyle bir uyarı iyniyet savunmasını etkisiz kılmakta esas olarak telakki edildiğine bakılmasa bile, davalılara yazılı olarak gönderilmediğine veya sözlü olarak bildirilmediğine işaret etti.

Yargıç Berman sonra, önce anılan üç faktörün davalılar yönünden açık ve gerçek —fiili— bilgiyi göstermek için yeterli olup olmadığını inceledi. Yeterli olmadığı sonucuna ulaştı. İlk planda telif hakkı işaret ve senbollerini, deşifre edilmeleri yönünden çok acele biçimde gösterilmiştir. Telif hakkı ihlâli hakkında uyarı gönderilmemiştir, ve herhalde davalıların bu işaret ve senbollerini gerçekten deşifre etmiş oldukları veya onların neyi ifade ettiklerini bildikleri yargıcı inandırıcı biçimde kanıtlanmamıştı, ikinci olarak (saniyen) yetkisiz kopyaya karşı özel uyarıyı içeren eserler hakkında da, böyle eserlerin gerçekten kopye edildiğini veya hatta onların Telif Hakları Kararnamesi anlamında orijinal olduğu kanıtlanmamıştı. Dahası davalıların uyarıyı okumuş ve anlamış oldukları kanıtlanmamıştı. Üçüncü olarak hatta medeni hukuk daavlarında (c) gibi telif hakkı alametlerinin ve senbollerinin kendiliğinden, bilginin varolduğu sonucuna varmak için gerekli uyarı ve ihtarı vermeyeceği kaziyesine örnek kazai ve ilmi içtihatlar vardı. Belli bir davalıya özel ihbar gönderilmeli ve onun tafından alınmalıdır. İlâveten bir davalıya fiili ve hukuki durumu kontrol için akla uygun zaman verilmesi zorunludur. Dördüncü olarak davalıların direk filmde videoteybe kopyanın telif hakkı sahibinin imtiyazı olduğunu bildiklerinde de onların gerçekten herne kaynak-tansa videoteybe yapılmış her kopyanın telif hakkını ihlâl eden bir kopya olduğunu bilip bilmedikleri açık değildi.

Bütün hallerde, yargıç, mahkemeye arzedilen kanıtlardan davalıların bilerek hareket ettiklerine şüpheden öte kani olmadığına karar verdi. Gözlendiği (müşahede edildiği) gibi gerçi davalılar hiçte saf değillerse de ve uygun araştırma yapmaya pek istekli olmamış bulunmaları gerçeğine rağmen bu, bütün gerekli koşullar hakkındaki bilgii onlara yükledi (hamletmedi).

Şimdi temyiz konusu olan bu davanın incelenmesi iki önemli konuyu ortaya koyuyor. İlki, yeni teknolojiye yasaları adapte zorluğuyla ilgilidir. Yargıç burada İsrail Telif Hakkı kararnamesinin terim ve deyimlerinin yasa çıktığında var olmayan modern yöntemleri içermesi için yeteri kadar değışken, esnek olması amaçlandığına karar verirken Kanada örneğiyle aynı paralelde bir aktivist hareket hattı

kabul etti. Şimdiye kadar gözleendiği gibi, yasaı sahalara teşmil etmek yasa koyucunun işidir diyerek daha konsarvatif (tutucu - muhafazakâr) yaklaşımı seçen bir Amerikan örneği kabul görmedi.

İsrail, modern kitle - iletişimlerinin icadından önce biçimlendirilmiş telif hakkı statüsüyle uğraşmakta hiçte yalnız değildir. Ancak yargıç, film ve televizyon nakillerinin şimdiki yasa uyarınca telif hakkını sağlama zorunda olduğu yolunda ihtiyatlı bir tavrı uygun bulurken gösterilen nedenlerle davayı reddeden başka alternatifi olmadığını hissetti. Açıkki herhangi ciddi geçerli uzun vadeli çözüm, kurallarıyla, modern iletişim ve kopye yöntemlerine uzanacak ve kapsayacak ve ilâveten yasa yürürlüğe girdikten sonra bulunacak böyle yöntemleri içermesine yeterli değişkenlikle, esneklikle ifade edilecek bir nizamı yasallaştırmaktır. Yargıcın işaret ettiği gibi yasanın konusu olması gereken —şey— kopya usulünün, işleminin sonucudur, kopya usulünün işleminin kendisi değil.

İkinci konu, telif hakkı davasını başarılı biçimde ceza mahkemesinde açmakta karşılaşılan güçlüktür. Burada incelenen olayın unsurlarından, telif hakkı sahiplerinin niçin medeni hukuk başvuru yollarının yetersizliğini hissetmiş olabilecekleri açıkça anlaşılır. Davalılar film ve televizyon programlarının telif hakkını ihlâl eden kopyalarından yararlanmaya dayalı gelişip büyüyen bir işe devam ediyor görünüyordu. Bundan başka böyle kopyaları, daha fazla kopyaya hazır tutmakla telif hakkı sahibine verilen muhtemel kayıp ziyadesiyle artmıştı. Kuşkusuz bir medeni hukuk davasında sağlanan ödence (tazminat) ve yapıp - yapmamaya ilişkin mahkeme emrinin zarara uğrayan tarafları yeterli biçimde tatmin etmeyeceğine veya diğerlerine kuvvetli bir önleyici olarak hizmet etmeyeceğine inanıldı. Ancak iddia makamının sezinlediği gibi, telif hakkı ihlâlcisine karşı bir mahkûmiyet sağlamak bir medeni hukuk davasında olduğundan çok daha zordur. Telif hakkı mevzuatının dünyanın değişik bölümlerinde başkalaşma eğilimi gösterdiği ve bu tür değişikliğin davalı yönünden gerekli olan «kasıt» derecesini içerdiği pek tabii doğrudur. Zatende görülmektedir ki İngiliz Telif Hakkı Yasası «biliyor» ve «bilme» deyimlerini kabul ederken Amerika Birleşik Devletlerindeki 1976 Telif Hakkı Yasası biraz daha düşük derecede «istiyerek»i tercih ediyor, her iki Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletlerindeki durum, ayrıca incelenen İsrail'deki dava gözönüne alındığında kuşkuya yer bırakmayacak biçimde açık olan telif hakkı ihlâlini içeren bir ceza davasında iddia makamınca yerine getirilmesi gerekli kanıt yükü, bunun karşılığında bir medeni hukuk davasında davacıya düşenden bir hayli daha fazladır.

«Bilerek» deyimi sadece var sayılan (zımni) bilgiyi oluşturmadı diye hüküm verirken yargıç ceza hukuku içtihadını izliyordu. Bundan sözetmişken şu gerçeği gözönünde tutmak zorundasınız ki bahis konusu olaya şu kuralın uygulanması telif hakkı sahipleri için rahatsız edici sonuçlar taşıyacaktır. Yargıç Berman, örneğin dava dışı olarak (gayriresmi surette) belirttiği hatta telif hakkı sahipleri telif hakkı ihlâli isnatlarına ilişkin detaylı bir ihtar göndermiş olsalardı ve o ihtarda alınmış olsaydı ve hatta ihtar isnatları araştırmak için yeteri zamanda bıraksaydı bu yine davalılara ceza davasında tam bir kanıtlanmanın gerekli olduğu telif hakkının varlığı hususunda davalılara «gerçek —fiili— bilgiyi» hamletmeye yeterli olmayabilirdi. İçinde bu türden ihtarın bir davalıya gerçek —fiili— bilgiyi hamledeceği koşulları durumları mütalaa etmek zihinde tartmak bir yana, bu davadışı (gayri resmi) fikir, —fiili— (uygulanan) hukuk olarak kabul edilecek olsaydı «karanlıkta çıkan iş ilgilileriyle, sahipleriyle uğraşmanın zorlukları çok ciddi bir yapıda olacaktı.

Muhtemelen gözden kaçan bir faktör, İsrail davasındaki davalıların baştan sona (şümüllü) idrak durumuydu. Her ferdi telif hakkı işaret veya sembolünün davalılarca anlaşılmamış veya deşifre edilememiş olabileceğini belirtmek kuşkusuz yerinde olur. Ancak davalıların ticaretini yaptığı çok fazla tutardaki materyali düşünerek onların defalarca bu işaret ve sembollerle karşılaşmış olmalarını farzedeceğiz. Bu nedenle en azından davalıların bilmemeyi tercih ettikleri, meselelere gözlerini kapamış olabilecekleri öne sürülebilir. Bu münasebetle tek tek, ithamların konusunu oluşturan ilgili olaylar silsilesinden meramı anlamak mümkün olacaktır. Bu esastan hareketle, böyle ilgili olayları sanki onlar ilgisizmiş gibi ele almak gerçek dışı görünüyor. Buna karşılık ceza yargılamasında ithamın herbiri ve her parçasının tam olarak kanıtlanması gerektiği öne sürülebilir. Böylece eğer bir itham mahkemeyi ikna edebilecek biçimde doğrulanmaz ise, diğer ithamlar ele alınırken, o, kanıtlanmamış ithamlardan arta kalan kuşkular sonraki meseleleri etkilemeyecek biçimde hatırdan çıkarılmalıdır. Görüldüğü gibi, bu, incelenen İsrail olayında yargıç tarafından izlenen yoldu. Gerçekten yargıç Berman, korsanların, faaliyetleri hususunda kuvvetli bir hoşnutsuzluğu ifade ettiği halde onlarla uğraşmada, onlara karşı koymada ceza davalarındaki kanıtlama ölçülerinin kabul edilemeyeceğine karar verdi.

İsrail'de hükme bağlanan dava, telif hakkı ihlâli davalarındaki medeni ve cezasal yargılama arasındaki bağı tam odak noktasına getiriyor. Şimdiye kadar, çoğu ülkelerdeki telif hakkı sahiplerinin en kuvvetli tercihi medeni yargılama yönünde olmuştur. Bir davacı ya-

pıp - yapmama biçiminde bir mahkeme emri isteyebilir ve bu da kısa bir sürede verilebilir ve bu kendiliğinden daha fazla bir girişime gerek kalmaksızın ihlâlê çoğukez son verir. Aksine cezasal işlemler zaman alır ve iddia makamına ve telif hakkı sahibine kanıt yönünden daha ağır bir külfet yükler. Sayesinde film ve televizyon programlarının kopye edilebildiği ve yerli elektronik vasıtalarda gösterilebildiği gelişen büyüyen kolaylık, legal yele (rüzgâra) yakın yelken açmaktan korkmayan girişimciler için kârlı bir pazar yarattı. Telif hakkı ihlâlî davalarında cezasal işlemin amaçlarından biri bu tarzda hareket eden girişimcilerin risklerini artırmak ve diğerlerini aynı biçimde hareket etmekten önlemektir. Ancak İsrail deneyi, doğru bir yol gösterici olarak hizmet edecekse o amacın şimdiki dönemde başarılma ihtimali yoktur. Durum eğer mahkemeler, kastı, davalının meramına genel bir bakıştan çıkarmayı daha fazla isterse farklı olabilir. Bu en azından bilgi veya hatta isteklilik yokluğuna ilişkin beyanının, savunmasının mahkemece kabul edilmesi itiyadi suçlulardan çok muhtemel tesadüfi ihlâlcileri korumaya hizmet eder.

5 — HONG KONG

Eğer, yasakoyucusu Birleşik Krallık, Birleşik Devletler ve İsrail'dekinin tam zıddına bir çizgi izleyen (tavır takınan) bir ülkeye atıf yapılmasaydı bu makale pekte tamam olmayacaktı. Her yönüyle, Hong Kong'ta korunmuş telif hakkı materyalinin izinsiz neşrinin durum ve derecesi 1972 sıralarında felâkete yakın bir durum kazandı, bir felâketki telif hakkı materyalinin izinsiz kullanmaları ziyadesiyle kârlı olan kimseler için değil telif hakkı sahipleri için.

Sorunun, 1973 yılında, ilgili kuralları aşağıdaki gibi olan çok kapsamlı teşrii önlemlerle üstesinden gelindi. «yasa veya bu kararname uyarınca bir eser veya diğer bir konuda telif hakkı olduğu bir zamanda ticari veya iş amacıyla,

a — Böyle bir eserin veya diğer bir konunun telif hakkını ihlâl edici bir kopyası olan veya,

b — Böyle bir eser veya bir konunun telif hakkını ihlâl eden kopyasını yapmada kullanılan veya kullanılması amaçlanan bir kalıba zilyed olan bir kimse anılan şeyin böyle bir eserin veya diğer bir konunun ihlâl edici kopyası olduğunu veya kalıbın böyle bir eserin veya diğer bir konunun kopyasını yapmakta kullanıldığını veya kullanılmasının amaçlandığını bilmediğini ve öyle olduğunu sanmasına bir neden olmadığına mahkemeyi ikna edecek biçimde kanıtlamadıkça yasayı ihlâlden suçlu olacak».

Kanıt yükünü ters çevirmek ve bunu davalıya yüklemekten başka kararname ceza davalarına telif hakkı ihlâlcileri için sert cezalar kor ayrıca. İlk mahkûmiyette suçun ilişkin olduğu «herbir şey» için beşyüz doları geçmeyen bir para cezası verilebilir ve ikinci veya izleyen mahkûmiyet için 12 ay hapse, para cezasıyla ilgili olduğu oranda elli bin dolarlık bir üst sınırla para cezasına hükmedilebilir. İlâve olarak mahkeme, davalı beraat etsin etmesin telif hakkının varolduğu eserin kopyasının imhasına veya telif hakkı sahibine teslimine veya uygun gördüğü başka bir işlemi emretmek yetkisine sahiptir.

Hong Kong Telif Hakkı Kararnamesi yürürlüğe gireli beri on yıldan az bir zaman geçmiş olsada vahim korsanlık problemlerini karşılamada ve büyük ölçüde çözümlenedeki başarısının bir hayli olduğuna inanılıyor. Dahası şimdiye kadar telif hakkı ihlâli sahasında ceza davalarındaki kanıt yükünün yer değiştirmesinin genel ceza hukukunun diğer bölümlerindeki iddia makamına verilmiş külfetle ilgili temel kuralda ters bir etki yaptığını veya hatta hukukçular yönünden konuyla ilgili olumsuz düşünce olduğunu ima edecek bir şey yoktur.

Belliki Kararname ferdî yerli ihlâlcileri veya hatta telif hakkı ihlâli küçük siparişler hakkında olan ve bu nedenle ona medeni hukuk uygulamasının normal olarak tamamıyla yeterli çare sağladığı kimseleri amaçlıyor. O, ihlâlleri nispeten kendilerine aza mal olan ve telif hakkı sahiplerinin zaman, çaba, iş, ve kapital yatırımı pahasına geçmişte telif hakkının ihlâlinin doğrudan ya da dolaylı sonucu olarak önemli servet sağlayan geniş çaptaki operatörlere yöneltilmiştir. Hong Kong mevzuatı ve uygulamasının başarısı bu koşullarda değerlendirilecektir.

6 — SONUÇ

Telif Hukukunun temelindeki esas, iki sosyal politikanın dengelemesidir. Bunlar fikri sahadaki fikirlerin, düşünüşlerin içerildiği (ihlâti edildiği) çeşitli yaratıcı ifade biçimleri mümkün olan en geniş biçimde yayınlanmasını teşvik arzusu ve yazarlarına yaratıcılıkları için adil bir karşılık alabilecekleri sınırlı bir imtiyaz vermedir. Bundan söz etmişken ,kaydetmek gerekirken bu gün her zamankinden daha fazla, telif hakkı koruması artık sadece ferdî bir yazara yaratıcı gayreti için akla uygun bir karşılık vermeye veya yaratıcı eserlerin yaratılması ve yayınlanmasını cesaretlendirme ve tahrik ederek kamu yararını teşvikle ilgili değildir; o, yayıncının, yapımcının ve yüksek seviyede teknolojik eserlerin yapımında ilgili tüm kişilerin ekonomileriyle de daha az ilgili değildir. Bunun ışığında film ve televizyon

programlarının büyük tutarda yetkisiz kopyalarının örneğin, eserlerden normal yararlanmayı büyük oranda engelleyeceğini ve bir yazarın, ayrıca böyle eserlerin dağıtım, yapım, ve kuruluşunda ilgili tüm kimselerin meşru haklarına zarar vereceğini inkâr zordur.

Korunan eserlerin, örneğin videoteypler vasıtasıyla yetkisiz pazarlanması hiç bir suretle herhangi bir devlete hasredilmeyen, yeni aynını yapma teknikleriyle olanaklı kılınmıştır. Korsan eserlerin yapım ve dağıtımını tüm ulusal sınırları aşar ve gelişen ülkelerle ilgili olduğu oranda ulusal yapım cesaretsizliğini peşinden getirir. Her şeyin üstünde bu faktörler belli durumlarda medeni hukuk çarelerinin telif hakkı ihlâlini gidermeye veya kişisel ilerlemeleri ve parasal kazançları için başkalarının fikri yaratıcılığında yararlanma niyetinde olanlara karşı bir önleyici olarak hizmet etmeye etkili veya yeterli olamayabileceğini ortaya koydu.

Böylece kısmen bahse konu eserlerin yapısı gereği ve kısmen de telif hakkı sahiplerine yeterli medeni hukuk koruma vasıtaları sağlamakta karşılaşılan özel zorluklar nedeniyle cezasal yaptırımlar (müeyyideler) telif hakkı mevzuatına sokuldu. Böyle kuralların baskın amacı katmerliydi : önce olayın özel durumlarında varolan (mevcut) medeni hukuk çarelerinin yetersiz veya uygunsuz olarak düşünüldüğü yerde telif hakkı ihlali için bir ceza olarak, ikincisi başka müstakbel suçlulara bir önleyici olarak.

Bu gün telif hakkı mevzuatında cezasal yaptırımları (müeyyideleri) bulundurmanın gerekliliği yönünden herhangi geçerli bir tartışma pek olamaz. Ancak böyle kuralların etkinliğinden kuşku duymakta bir hayli haklılık vardır. Çok açıkki, ister medeni ister cezasal olsun uygulanabilirliği (infaz kabiliyeti) olanaksız veya iyimser ifadeyle, ziyadesiyle zor olan bir yasa pekte değerli değildir, eğer biraz varsa tabii. Bunun, Birleşik Krallıktaki Whitford Komitesi üyelerince hissedildiği yapılan önerilerden bellidir. Telif hakkı mevzuatındaki cezasal kuralları genel ceza hukukunda içerilenlerden (ihtiva edilenlerden) tamamen farklı bir düzeyde ele almaya yönelik adım vadeli ve zor bir adımdır. Makalede daha önce işaret edilen Yönetim İşleri Resmi Raporunun (1) ışığında, Whitford Komitesinin muhtemel telif hakkı ihlâlcileri üzerinde etkin bir önleyici güç olarak hizmet edeceği pek muhtemel olarak düşünülen bir önerisi yani «bilgi»ye ilişkin kanıt yükünün itham edilen üzerine yer değiştirmesi, gerçekten eğer sonunda girecekse, görünebilir gelecekte İngiliz Yasa paketine girecek gibi görünmüyor.

(1) Green paper.

Telif hakkı davalarında itham edilen yönünden «bilmeyi» kanıtlamak, itham edilenin genel tavrı hareketi o sonucu göstermedikçe, güç bir sorundur, ki cezasal yapıda unsurları içeren çok olaylarda, davalarda nadirattan.

Bu hususta durum, medeni hukuk esası üzerine kurulu telif hakkı ihlalleri davalarında uygulanabilir karinelerin telif hakkı mevzuatı cezasal yaptırımları (müeyyideleri) içine sokularak Birleşik Krallıkta muhtemelen hafifletilmiş olabilirdi. Ancak geçici bir süre için böyle bir hareketin, önce açıklandığı gibi şimdilik tercih edilmeyen bir önlem, bir yol olan «bilme»yi kanıtlama yükünü iddia makamından itham edilenin üzerine yer değiştirmesine yönelik ileri bir adımı içerdiğinden yapılması olası (muhtemel) değildir. Telif Hakkı ihlali sahasında Birleşik Krallıkta doğmuş olan sorunlar en azından Birleşik Devletlerdeki kadar kompleks ve şiddetlidir. Dahası telif hakkı yasal kurallarını cezasal düzeyde uygulamaktaki zorlukların oradaki bilinci Amerika'da yıllar boyu çıkarılan çeşitli komite raporlarında açıkça görülmektedir. Bu nedenle insanın, umduğunun aksine, 1976 Telif Hakkı Yasası, cezasal yaptırımlar (müeyyideler) hususunda kapsamlı herhangi bir reform yürürlüğe sokmadı. Gerçekten bu hususta yasalara yegâne pratik değişik kural «bilme» unsurunu aşağı yukarı «kasıt»ın düşük derecesi «istekli» unsuruna değiştirmektir. Yeni yasa uyarınca başarılı davaların olduğu gerçekse de Birleşik Devletlerde özellikle eğlence sahasında doğmuş bulunan çeşitli ve kompleks sorunları çözmekte bir yol olup olmayacağı ve ne denli olacağını değerlendirmek için henüz çok erken.

Bir çok hususta, İsrail, Telif hakkı ihlali sahasında bugün, daha son zamanlara kadar Hong Kongta hüküm süren duruma olabildiğince kıyaslanabilir. Kuşkusuz video işiyle ilgili olduğu oranda İsrail'deki korsanlık - izinsiz yayınlama çok ciddi bir sorundur ve her şey onun ürkütücü derecede ve ürkütücü adımla şiddetlendiğini, ağırlaştığını gösteriyor. Yürürlükteki yasa uyarınca var olan Medeni Hukuk çareleri bu tür duruma karşı koymak, uğraşmak için açıkça yetersizdir. Bundan başka önceki bölümde kısmen detaylı olarak incelenen sayın Hakim Bermanın geçenki hükmü ışığında şimdiki İsrail Mevzuatındaki cezasal yaptırımların (müeyyideleri) hem ceza düzeyiyle ilgili hem de önleyici güç olarak herhangi gerçek geçerli değeri olup olmadığı en azından kuşku götürür. Bu pek tabii ki ilgili davada âlim hakim tarafından verilen detaylı ve çok iyi gerekçeli hükmün temeldeki doğruluğu üzerine kuşku serpmek değildir.

Bugüne kadar telif hakkı mevzuatı cezasal kuralları uyarınca yargılanan yegâne dava olarak İsrail'deki dava nedeniyle, telif hakkının

cezasal görünümü üzerine hukuki karar ve beyanlar yoluyla yorumlayıcı örnek ortaya çıkmamışsa da bilinen asıl güçlük, bizzat yasanın uslubu kadar çok yorumunda değildir. Önceden belirtildiği gibi Telif Hakkı Kararnamesi, mahkumiyet sağlamak için mutlaka aranılan koşul olarak, itham edilen yönünden «bilgi»yi şart koşar. Böyle «bilgi»yi kanıtlama yükü İsrail'de yürürlükteki genel ceza hukukuna paralel olara kyerine getirecek iddia makamı üzerindedir. Bu İsrail'i, Birleşik Krallık, ve pratik amacı yönünden Birleşik Devletlerle müsavi dereceye koyar.

Telif Hakkı Kararnamesindeki «bilerek» deyimi yargıç Bermanca, itham edilen yönünden, önce, hareketlerinin telif hakkını ihlal etmiş olduğu ve ikinci olarak davanın diğer ilgili bütün detayları hususunda itham edilen yönünden «gerçek —fiili—» bilgi olarak yorumlandı. Yargıcın görüşüyle «zımnı» bilgi mahkumiyet sağlamaya yeterli değildi. Bu nedenle itham edilenin, o hususta hareketinin ihlal edici tabiatına, yapısına kadar - telif hakkı ihlal edilmiş materyalin her yönüyle ilgili olarak iddia edilen telif hakkının «gerçek - fiili» bilgisine sahip olduğu kanıtlanmak zorundaydı. Eğer yargıç Bermanın bu yaklaşımı temyiz üzerine onanırsa, pratik amacı yönünden İsrail Telif Hakkı Kararnamesinin cezasal kuralları uyarınca bir mahkumiyet elde etmeyi fiilen olanaksız kılabilirki açıkca her yönüyle çekilmez dayanılmaz bir durum. Daha önce işaret edildiki «yasanın dış yarısı, onun uygulamasındadır». Anca knormalde dışleyen yasal dışların çürüdüğü veya varlığını yitirdiği yerde onların varlık nedeni olduğu yasada aynı biçimde gerçek anlamda değeri olmayı yitirecektir. Zengin gerekçeli kararının doğumu, ortaya çıkışı bir yana, Yargıç Berman İsrail'de telif hakkına hakim olan şimdiki ve oldukça eskimiş yasada mevrus ciddi yasal sorunları odak noktasına düşürmekle ek olarak önemli bir hizmet verdi İsraille. Şimdi kaynağında sorunun üstesinden gelmek için mükemmel bir fırsat var ve ortaya çıkan tek konu bunu başaracak en iyi ve en pratik yol, yöntemdir. İnsan bunu belki Hong Kong örneğini gayretle taklit ederek ve her yönü dikkatli bir incelemeyle «bilgi» hususundaki kanıt yükünü davalı üzerine yer değiştirebilir. Ancak bu, kuşkusuz, telif hakkı sahiplerince hayli memnuniyetle kabul edilebilir türden ise de İsraildeki parlamenter, kazai, ve diğer hukuksal çevrelere şok dalgaları yollayabilir.

Soruna çözüm için diğer bir olanak, bir kimsenin belli bir eserin telif hakkı korumasına konu olup olmadığını tesbit edebileceği —aşağı yukarı patent kaydına benzer— telif hakkı kaydı oluşturmak olabilir. İddia makamının —davacının— itham edilen yönünden kayıt araştırması yapmayı veya bu husustaki savsamayı (ihmali) kanıtlaması

üzerine «bilgi yokluğu» hususundaki kanıt yükü savunmaya düşecektir. Ancak böyle bir kaydın kurulması ve işlenmesi hayli zaman ve çabaya mal olacak ve herhalde Berne Konvansiyonuna aykırı olmasın diye zorunlu olarak telif hakkı sahipleri yönünden, isteğe bağlı kılınacak. Gerçekte isteğe bağlı olma durumu, eserlerini kaydettirmek pek tabii telif hakkı sahiplerinin yararına olacağından, pek problemli olmayacaktır. Bundan başka, bu, dikkatli bir araştırma yaptıktan sonra belli bir eserin telif hakkını izleyip bulmakta başarısızlığa uğramış «masum» ihlalcileri koruyacaktır. Ancak önce anahatları gösterilen sorunlar önceden görülebilir gelecekte bir çözüm ister. Böylece telif hakkı kaydının tescilinin sonuçta yararlı olduğu ortaya çıkabileceğinden, o, acil, pratik değerden yoksun olamaz.

Bu nedenle bence, önerilen şey uzlaştırma türünden bir şeydir. Bu, Birleşik Krallık ve Birleşik Devletler telif hakkı yasalarındaki medeni hukuk faraziyelerinin —karinelerinin— İsrail Telif Hakkı mevzuatı cezasal bölümüne teşrii yolla sokarak başarılabilir. Böyle bir hareket baştan, Hong Kongtaki davadaki gibi tü mkanıt yükünü itham edilene değiştirmeyecektir. Yine de iddia makamında —davacıdan— davadaki tüm asli unsurları kanıtlaması istenecek ve ancak bu yapılabildiğinde karineler yürüyecek ve itham edilen tarafından kanıtlarla red ve hükümden düşürme gerekecektir. Bu paraleldeki bir kuralın bu sıralarda aşırı önlemlere başvurma zorunluğu olmaksızın pratik etkiye sahip olacağı düşünülür. O hepsini değilse bile geniş ölçüde korsanlığa karışmış kimselerin çoğunu yasal ağına sokacak, masumları cezasal iddia ve ithamlardan koruyacak ve herşeyin üstünde fikri mülkiyet sahasındaki yaratıcı eserlerin neşri ve yaratılmasına dahil olan kimseleri koruyarak kamu yararına hizmet edecektir.

Umulurki, İsrail Telif Hukuku Revizyon Komitesi anahatları çizilen sorunları ele alacak veya tarafımdan önerilenlerin benzer veya başka alternatifi biçiminde, ilgili bütün kimselerin en çok yararlarını korumaya hizmet edecek, aynı zamanda yargıyı yasanın özüne ve sözüne pratik etkinlik vermeye muktedir kılacak bir çözüm önerecektir.

ZAMANAŞIMI — ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ
(Borçlar Kanununun Umumî Hükümleri)

Çeviren
Kemal DAYINLARLI (*)

Bir yıllık zamanaşımına tâbi olma iddiası — Hukuk dâvası taraf teşkiliyle bir alacaklı tarafından ceza şikâyeti yapılması — Ceza dâvası hakkında takipsizlik kararı verilmesi — 60 gün geçtikten sonra ve fakat bir yıldan az süre içinde açılan hukuk dâvası — Kanton mahkemesi tarafından zamanaşımı nedeniyle dâvanın reddedilmesi — Dâvacının karar düzeltme müracaatı — Müracaatın kabulü ve yetkili kanton makamına dosyanın iadesi

Borçlar Kanununun 135. maddesinin 2. bendi ve 138. maddesinin 1. fıkrası :

1) Bir ceza dâvasında, yetkili hâkim önünde hukuk dâvasının tarafı düzenli olarak hazır bulunursa, hâkim tarafından verilen takipsizlik kararı, bu kararın tebliğinden itibaren zamanaşımını yeniden işletmeye başlar (gerekçe 3).

2) Hukuk dâvasında taraflardan birine adli yardımın reddi üzerine yapılan kamu hukuku müracaatı esnasında zamanaşımını kesen muameleler (gerekçe 4).

X c. Y, 21 Mayıs 1985; RO III II 59

(Y)'den alacaklı olduğunu (X) iddia etmektedir.

1 Nisan 1975 : Bir yıllık zamanaşımı işlemeye başlar.

2 Aralık 1975 : (Y)'ye karşı (X) tarafından cezaî yönden şikâyette bulunulur ve dâvacı tarafı teşkil eder,

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

- 5 Kasım 1975 : Ödeme emri tarihi,
 1977 - 1978 : Çeşitli usul muameleleri zamanaşımını keser.
- 22 Aralık 1978 : Takipsizlik kararı.
- 3 Ocak 1979 : Bu kararın tebliği.
- 29 Kasım 1979 : Valais kanton mahkemesinde (X) hukuk dâvası açar.
- 9 Temmuz 1980 : (Y) tarafından takdim edilen adli yardım talebini sorgu hâkimi reddeder.
- 1 Ekim 1980 : (Y) adli yardımın reddine karşı temyiz müracaatında bulunur.
- 12 Kasım 1980 : Federal Mahkeme hükmün askıya alınmasına karar verir.
- 21 Nisan 1981 : Sorgu hâkimi, Federal Mahkemeden müracaatın akıbetini sorar.
- 7 Eylül 1981 : Sorgu hâkimi bu teşebbüsünü tekrarlar.
- 24 Şubat 1982 : Federal Mahkeme kamu müracaatını reddeder.
- 12 Mart 1982 : Sorgu hâkimine Federal Mahkeme kararı gelir.

7 Mart ve 29 Haziran 1984 tarihlerinde, Kanton mahkemesi dâvayı zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddeder.

Kanton mahkemesinin bu hükmüne karşı, dâvacı karar düzeltme müracaatında bulunur. Federal Mahkeme müracaatı kabul eder ve kanton mahkemesine dosyayı geri gönderir.

GEREKÇELERİN ÖZETİ

3. Kanton mahkemesine göre, takipsizlik kararından sonra 60 gün içinde zamanaşımını durduran yeni bir muameleyi dâvacı yapmak zorunda idi. Bunun için Borçlar Kanununun 139. maddesine istinad etmektedir; bu hükme göre eğer dâva, hâkimin yetkisizliği veya yerine getirilmesi mümkün olan şekil noksanlığı nedeniyle reddedilirse, alacaklı eğer bu arada zamanaşımı süresi sona erdi ise hak iddiasında bulunabilmek için altmış günlük ilâve bir süreden istifade edebilir.

Dâvada gördük ki dâvacı düzenli olarak yetkili ceza hâkiminin önünde dâvanın tarafı olarak daima bulunmuştur. Eğer hâkim, taz-

minat dâvasının esasına dair karar vermedi ise, bu onun yetkisiz olması nedeniyle veya hukukî taleplerin yerinde olmaması nedenleriyle değildir. Delil yetersizliğinden takipsizlik kararı vermiştir. Bu durumda, hukuk dâvası olarak hüküm verme yetkisi sona ermiştir. Bu zamana kadar yetkili idi. Ne takipsizlik kararı, ne de hukuk hâkimine dosyanın gönderilmesi hukukî taleplerin verilmesiyle kesilen hükmü ortadan kaldırmış değildir. Burada hiçbir şekilde Borçlar Kanununun 139. maddesi hesaba katılmaz (Bkz. RO 101 II 81 sayfa c. 2d ve 3, JdT 1976 I 170 s.).

Takipsizlik kararından itibaren yeni bir yıllık süre işlemeye başlar. Hukuk hâkimi önünde 29 Kasım 1979 tarihinde dâva açmakla dâvacı zamanaşımını kesmiştir.

4. Dâva acaba kanton mahkemesindeki hukuk dâvasının görülmesi esasında zamanaşımına uğramış mıdır?

Taraflar bu soruna dikkati çekmişlerdir. Fakat kanton makâmı buna hiç dokunmamıştır. Burada bir hukukî sorun söz konusu olduğundan mes'eleli çözümleme karar düzeltme esnasında Federal Mahkemeye düşer. Kanton mahkemesi önünde dâvanın cereyanı esnasında dâvalı, adlî yardım kabulünü istemiştir. Sorgu hâkimi 9 Temmuz 1980 tarihli bir kararıyla talebi reddetmiştir. Bunu takibeden 1 Ekim'de bu karara karşı dâvalı bir temyiz müracaatında bulunmuştur. 10 Kasım 1980'de sorgu hâkimi bu müracaata karşı itirazlarını bildirmiştir. Onu takibeden 12 Kasım'da kamu hukuku Birinci Dairesi başkanı askıya alıcı hükmünü vermiştir. 21 Nisan 1981, Federal Mahkeme Yazı İşleri Müdüründen bu müracaatın akıbetini sormuştur. 7 Eylül 1981'de talebini yenilemiştir. 24 Şubat 1982'de kamu müracaatını Federal Mahkeme reddetmiştir. Sorgu hâkimine ilâm 12 Mart 1982'de geldi ve o zaman yeniden bir karar ittihaz etmiştir.

Dâvalının iddiasına göre, 12 Kasım 1980 ile 24 Şubat 1982 arasında hukuk dâvasının usule ilişkin herhangi bir işlemin yapılmaması nedeniyle, Federal Yargılama safhasında dâva zamanaşımına uğramıştır.

a) Dâvacının iddiasına göre, 12 Kasım 1980'de askıya alıcı hükmün kabulü ile esas dâvanın usul işlemleri askıya alınmıştır. Kıyaslama yoluyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 343. maddesinin 3. fıkrasını ileri sürmektedir. Dâvanın devamını yeniden isteme durumunda oluncaya kadar zamanaşımı yeniden işlemeye başlamaz.

b) Kanton hukuku gereğince (ex lege) bir askıya almayı kabul etmek gerekir mi?

Sorun kararsız kalabilir. Kamu hukuku müracaatında askıya alma sonucunu kabul eden karar, zamanaşımını geçerli olarak kesmiştir. Zamanaşımının böylece kesilmesi (Bkz. RO 89 II 30 c. 4; RO 85 II 509, JdT 1960 I 235; RO 75 II 235 s., JdT 1950 I 602 rês.; ATF Schwab c. Liberop S.A. 8 Ocak 1972, Sem. Jud. 1973 150) kararlarında olduğu gibi kamu hukuku müracaatının sonuçlanmasına kadar devam eder mi? Bu sorunu çözümllemek gerekli değildir. Eğer zamanaşımını kesen diğer muameleler gerekli olsaydı, sorgu hâkiminin Federal Mahkeme nezdinde yaptığı ve müracaatın akıbetini araştırdığı 21 Nisan ve 7 Eylül 1981 deki iki girişimi bu muamelelerin yerine geçerd. Teknik olarak, bu girişimler kuşkusuz (RO 75 II 232 c 3a, JdT 1950 I 602 rês.) kararları oluşturmaz. Bu durumda, soruşturma hâkimi başka ne yapabilirdi. Dâvacı, usulün devam etmesini nasıl zorlayabilirdi ve adli bir muamele ile dâvasını nasıl hızlandırabilirdi (Bkz. yukarıda zikredilen ATF Schwab c. Liberop S.A.).

O halde dâva, kamu hukuku müracaatı usulü boyunca da zamanaşımına uğramamıştır.

1. Hukuk Dairesi: MM Raschein, Leu, Messmer, Weyermann et Schubart — Vierge Avukatlarından Agathe Wirz — Julen ve Adolf Anthamatten.

Karşılaştırma İçin

T.B.K.	İ.B.K.
133/2	135/2
136/1	138/1
137	139

—oOo—

(G)'ye karşı (T) dâvasında İsviçre Federal Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesinin 5 Haziran 1985 tarihli ilâmından alınmıştır. (Karar düzeltme talebi)

SATIŞ AKDİ - BEDELİN İNDİRİLMESİ DÂVASI (Borçlar Kanunu madde 205)

Bağlantılı metoda göre, indirilmiş bedel ile mutabık kalınan fiat arasındaki bağlantı, satılan ayıplı şeyin objektif değeri ile ayıpsız de-

ğeri arasındaki ilişkiye eşittir (gerekçe 3a). Aksi ispat edilmedikçe, kararlaştırılan fiatın şeyin objektif değerine eşdeğer olduğu düşünülür (gerekçe 3b). Aksine hiçbir kayıt olmadıkça şeydeki değer noksanlığının tamirat masraflarına eşit olduğu da düşünülebilir; dâvada karine ters çevrilmemiştir (gerekçe 3c).

1979 yılı sonunda Bayan (G) 800.000 frank bedel ile, üzerinde 1960 yılında inşa edilen bir villa bulunan, bir mülk satın almış idi. Bodrum katında rutubet müşahade ettiğinden satıcıya şikâyette bulundu ise de sonuç alamadı. Sıhhi tesisatı tamir ettirirdi ve bozulan yerleri düzene soktu, bunların bedeli de 11.674,95 ve 2913,10 franka ulaştı.

31 Mart 1982 de Bayan (G) satıcı Bayan (T) ye karşı içlerinde yukarıda zikredilen müteahhit faturaları da dahil olmak üzere muhtelif meblağın ödenmesi için dâva açtı. 16 Ağustos 1984 de verdiği bir kararla, Lozan kanton mahkemesi müteahhidin her iki faturasını da kapsayan bir meblağ olan 21.633,05 frank'ın dâvacıya ödenmesine hükmetti.

Federal Mahkeme, dâvalının esasa dair karar düzelime istemini ve dâvacının da ek talebini reddetti ve temyiz edilen kararı onadı.

GEREKÇELERİN ÖZETİ :

3 — Kanton mahkemesinin içtihadı dayanarak verdiği Borçlar Kanununun 205 inci maddesine göre fiat tenzili kararı, bağlantılı diye adlandırılan metoda dayanır, o anlamda ki değer azalması, sadece ayıpsız bir şey ile ayıplı şey arasındaki farkı hesaba katarak değil, aynı zamanda kararlaştırılan fiatla ayıpsız şeyin objektif değeri arasındaki ilişkiye göre tesbit edilmelidir; dâvamızda, kararlaştırılan fiatın satılan şeyin objektif değerine tekabül etmediğini düşünmek için bir neden yoktur; diğer yandan, değer azalması, tamirat masraflarına tekabül eder. Dâvalı taraf Medeni Kanunun 8. maddesi ve Borçlar Kanununun 205 inci maddesinin ihlâl edildiğini öne sürmektedir; onun kanaatine göre, ayıpsız şeyin objektif değeri kanıtlanmış değildir, oysa ispat külfeti dâvacıya düşmektedir, bu durumda dâvanın reddi gerekirdi.

a) Federal Mahkemenin aksini düşünmeye yer almadığı müstekâr bir kararına göre, gerek satış akdinde (B.K. madde 205) gerekse istisna akdinde (B.K. madde 368) semenin tenzili bağlantılı metoda göre oluşmalıdır, tenzil edilen bedelle kararlaştırılan fiat arasındaki bağlantı, ayıp şeyin objektif değeri ile ayıpsız şeyin objektif değeri

arasındaki ilişkiye tekabül eder (ATF 88 II 414, 81 II 210). Bu içtihat şu gerekçeye dayanır, kararlaştırılan fiyat, satılan şeyin objektif değerinin altında ve üstünde olabilir ve fiyat tenzilinden sonra, tarafların karşılıklı edaları arasında aynı ilişki mevcut olmalıdır (ATF 81 II 210 ve ilgide belirtilenler).

b) Bu kuralın uygulamasına gelince; eğer bedel ile şeyin objektif değeri arasındaki fark ispat edilmedi ise Federal Mahkeme bedelin, şeyin değerine eşit olduğu karinesine dayanılabileceğini kabul etmektedir (yayınlanmamış Federal Mahkeme kararları Wurlod c. de Haller, 8 Mayıs 1984, B.K. madde 205'e ilişkin ve 5 Mart 1984 tarih B.K. nun 368 inci maddesine ilişkin, bu sonuncu GAUCH'un fikrine ilgide bulunmaktadır. Droit de la Construction, 1980, p. 46; bkz. Polandt, BGB, 44^e éd. no 3e, p. 496). Bu içtihattan ayrılmaya gerek yoktur; bu içtihada göre esasen; bedel, pazarlık değerinin bir ifadesidir (Bkz. GAUTSCHI, no 16b ad art. 368), ve mevcut menfaatleri dengede tutmayı sağlar.

Özel durumda, kanton mahkemesi haklı olarak bedelin şeyin objektif değerine tekabül ettiği —ters çevrilmemiş— karinesine dayanarak bağlantılı metodu uygulamıştır.

c) Ayıpsız şeyin objektif değeri ile ayıplı şeyin değeri arasındaki fark mutlaka tamirat bedeliyle aynı olmayabilir, fakat ekseriyetle ona eşdeğerdir (Bkz. GAUTSCHI, no 16b mad. 368, STAUDINGER — HONSELL 12^e éd., 472 no 5), bu durumda, her defasında azalan değeri bulmak için, indirimsiz değerden tamirat masrafları düşülür.

Aksine herhangi bir kayıt olmaması halinde de, aynı şekilde hâkim, değer azalmasının tamirat masraflarına eşit olacağı karinesine dayanabilir, ilgili taraflardan herbiri bunun daha az —değer azalmasından tamiratın daha fazla olduğunu veya daha önemli— tamiratın değer azalmasını da içeren bir unsur olduğunu ispat etme hakkını haizdir.

Olayımızda, temyiz edilen dâva, değer azalması meblağının tamirat bedelinden farklı bir meblâğ olduğunu düşünmeye sevkeden bir unsuru belirtmemiş ve dâvalı da böyle bir hususu ileri sürmemiştir. Aksine, kanton mahkemesinin örtülü olarak kabul ettiğine göre bu durumda, —fiyatla objektif değer arasında farkı meydana getiren muhtemel bir hadise saklı kalmak üzere— değer azalması tamirat bedeline eşdeğerdir.

O halde, tamirat bedelini değer azalmasının bir unsuru olarak alırken kanton mahkemesi B.K. nun 205 inci maddesini ihlâl etmemiştir.

Karşılaştırma İçin	
İsviçre B.K.	Türk B.K.
205	202
368	360
İsviçre M.K.	Türk M.K.
8	6

—oOo—

(A) ve dâva arkadaşları ve (C)'ye karşı (B) dâvasından
Federal Mahkemenin Birinci Dairesinin 6 Ağustos
1985 tarihinde verdiği karardan alınmıştır.
(Karar düzeltme talebi)

İSTİSNA AKDİ — MÜTEAHHİDE KARŞI İŞ SAHİBİNİN HAKLARININ ZAMANAŞIMI

İşin icrası esnasında eserin tesliminden önce, müteahhit tarafından özen vecibesinin ihlâli suretiyle iş sahibine verilen zararın tazmini dâvası B.K. nun 127 inci maddesindeki on yıllık âdi zamanaşımı süresine tâbidir.

Dâvacılar, bir okul binasının inşaatı için konsorsiyom şeklinde bir araya gelmiş, inşaat müteahhitleridir. 5 Haziran 1979 da, dâvalı (C)'ye dâvacılar tarafından kiralanmış olan —Dâvalı (B)'ye tevdi edilen— bir vincin montaj çalışmaları esnasında bir kaza meydana geldi. Vinc dengesini kaybetti ve şantiyeye düştü, iki kişiyi yaraladı ve özellikle dâvacılara ait olan birçok tesisatı hasara uğrattı.

Dâvacılar, 14 Ekim 1982 tarihinde (B) ve (C) ye karşı 123.075.65 frank'lık bir alacak ile buna ilâveten faizlerinin ödenmesi için dâva açtılar.

Lozan hukuk mahkemesi 7 Şubat 1985 tarihinde verdiği ön itirazla ilgili kararında dâvalı (B)'ye karşı dâvacılar tarafından iddia edilen sözleşme nitelikli hakların zamanaşımına uğramadığına, fakat buna karşın suç nitelikli hakların zamanaşımına uğradığına karar vermiştir.

(B) Federal Mahkeme nezdinde kararın düzeltilmesi müracaatında bulundu. Ona karşı dâvacıların ileri sürdükleri sözleşme nitelikli hakların da zamanaşımına uğradığına karar verilmesini istedi.

HUKUKÎ GEREKÇELER :

2) Herne kadar çözümlenmesi gerekmez ise de, dâvacıları dâvalıya bağlayan sözleşme bir istisna akdi olarak görünmektedir. Dâvalı tarafından söz verilen vinç montajı, bu sözleşmenin karakteristik sonucunun bir vecibesini oluşturur ve bu vecibeyi vekâlet akdi olarak düşünmemek gerekir. Bu (ATF 92 II 240) gerekçe 3a da görünen karardan çıkan farklı görüşe rağmen böyledir. Kanunun anlamında montaj, şekil değiştirme, temizleme, tamirat, yıkma işlemleri niteliğinde gerçek bir eser gibi kabul edilmelidir (Bkz. GAUCH, Der Werkvertrag, 3 éd. no. 26, 27 ve 118; GAUTSCHI, Berner Komm. no 29 ss. ad art. 365 CO).

Borçlar Kanununun 367 nci maddesi anlamında eserin ayıplarına karşı tekeffül, onun neticeleri ve özellikle, ona bağlı olan zamanaşımı süreleri için, tariften de anlaşılacağı üzere, B.K. nun 367 nci maddesinin 1 inci fıkrasının metnine göre, eserin teslim edilmiş olması gerekir. Bir tesisin montajında bu olayda olduğu gibi, binanın inşa edilmesi ve tesisin çalışması için bütün muamelelerin bitirilmiş olması ile teslim gerçekleşmiş olur. Eğer teslimden sonra ayıplar müşahade edilmiş veya ortaya çıkmış ise B.K. nun 364. maddesinden çıkan müteahhidin genel özen vecibesinin ihlâli nedeni ile sorumluluk, ayıpların tekeffülüne dair özel hükümler tarafından meczedilmiştir (Bkz. GAUCH op. cit. n. 596). Buna karşın teslimden önce bir ademî ifaya veya sözleşmenin kötü ifasına eşdeğer olan müteahhidin özen vecibesinin her ihlâli ayıpların tekeffülüne ilişkin hükümlere değil, sözleşmelerin ademî ifasına dair B.K. nun 97 nci maddesinin genel hükümlerine tâbidir (GAUTSCHI, op. cit. no. 5b, g.h. ad art. 364, n. 8 ad art. 367 CO; Klauser, Die Werkvertragliche Mangelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, these Zurich 1973, p. 16). Bu tür sözleşmenin ihlâlinden doğan zararların tazmini vecibesi, aksine özel hüküm olmadıkça B.K. nun 127. maddesindeki 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tâbidir. Federal Mahkeme İçtihadı — ki buna karşı çıkma olanağı yoktur — sahne sözleşmesinde özen görevinin ihlâli haline (ATF 72 II 219) ve istisna akdinin ifası esnasında bir müteahhit veya onun işçileri tarafından ika edilen (ATF 89 II 237 - 8 gerekçe 5) tazmini mümkün bir zarar nedeni ile B.K. nun 364 ve 97 maddelerini uygulama fırsatı bulmuştur. Zamanaşımı süresi hususunda çok açık bir biçimde bu içtihat sözleşmenin icrası esnasında bir müteahhit tarafından onun müşte-

rek âkidine verdiği zararın tazminat dâvası nedeni ile BK. nun 371. maddesinin 2. fıkrasının uygulanamayacağını ve bu dâvanın BK. nun 127. maddesindeki 10 yıllık âdi zamanaşımına tâbi olduğunu açıkça belirtmiştir (ATF 102 II 418 - 9 gerekçe 3).

O halde, kanton mahkemesinin haklı olarak olayda hüküm verdiği gibi dâvalının sözleşme vecibelerinin ayıplı ifasına dayanan dâvası zamanaşımına uğramamıştır. Temyiz eden, içtihadı ve satış akdine uygulanabilir prensipleri haksız olarak ileri sürmektedir. Çünkü bunlar, sadece satılan şeyin veya meydana getirilen eserin teslimi durumlarına uygulanırlar ve orada ayıba karşı tekeffülü düzenleyen hükümler, borçların ademî ifasına ilişkin genel hükümlere göre öncelikle uygulanırlar.

Zaten taraflar arasındaki sözleşme vekâlet akdi olarak nitelendirilse bile bundan daha başka bir çözüme ulaşılamaz (B.K. madde 127 ve 394).

Müracaat bu nedenle reddedilmelidir.

Karşılaştırma İçin

İsviçre B.K.	Türk B.K
97	96
127	125
364	356
367	359
371/2	363

BOŞANMA

Dr. Şeref ÜNAL (*)

● ANLATIM DÜZENİ : 1 — Lahnstein Sulh Mahkemesi'nin 18 Ocak 1985 tarihli kararı. 2 — Olay. 3 — Gerekçe. 4 — Sonuç.

Lahnstein Sulh Mahkemesinin 18 Ocak 1985 tarihli kararı

Davacı bayan (A.G.) avukatı Dr. Schweigert vasıtasıyla eşi (C.G.) aleyhine açtığı boşanma davasında, Lahnstein Sulh Mahkemesi Hâkimi Diener, mahkemenin 18 Ocak 1985 tarihli oturumunda :

1 — 5.3.1962 tarihinde İzmir Evlendirme Memurluğu önünde 1862/119 sayı ile evlenen tarafların boşanmalarına,

2 — 1.8.1969 doğumlu (H.G.) nin velâyetinin davacıya verilmesine,

3 — Mahkeme masraflarının tarafların uhdesinde kalmasına,
Karar vermiştir.

Olay

Taraflar 5.3.1962 yılında İzmir Evlendirme Dairesinde evlenmişlerdir.

Tarafların en küçüğü 1.8.1969 doğumlu (H.) olmak üzere üç çocukları vardır ve kendileri ve çocukları münhasıran Türk vatandaşlarıdır.

Davacı, eşinin kızı (E) nin ırzına geçmeye teşebbüs ettiğini, bu sebeple 1982 Aralık ayında tutuklandığını ve 4 yıl hapse mahkum edildiğini ifadeyle, o tarihte eşinden boşanmayı kararlaştırdığını, evliliklerinin temelinden sarsıldığını ve evlilik birliğinin yeniden kurulmasının mümkün olmadığını belirterek, boşanmalarına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı boşanmaya rıza göstermiştir.

(*) Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü.

Gerekçe

Lahnstein Sulh Mahkemesi, yerel olarak ve milletlerarası usul hukuku açısından bu boşanma davasına bakmaya yetkilidir.

Mahkemenin yetkisi, Alman Medeni Kanununun 606/1. maddesinin 2. cümlesinden kaynaklanmaktadır. Milletlerarası yetki işe, Alman HUMK. nun 606/b maddesinin 1. beendine dayanmaktadır. Tarafların her ikisi de Türk Vatandaşı olduklarından, Anayasanın 3/2. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesinde ayrılık durumu fazla önem göstermemektedir.

Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu değiştiği için mahkemeye verilen kararın Türkiye'de tanınacağı hesaba katılabilir.

Tarafların her ikisi de Türk Vatandaşıdır. Bu bakımdan olayda Türk Hukuku uygulanacaktır. Olayda uygulanan, Alman Medeni Kanununun Yürürlüğe konması Hakkındaki Kanunun Anayasanın 3/2. Maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu tesbit edilmiştir. Ancak taraflar Türk vatandaşı oldukları için, bu durum somut olayda bir önem taşımamaktadır.

Tarafların ifadelerinden, kendilerinin 1982 Aralık ayından beri ayrı yaşadıkları sabit olmuştur. Davalı bu tarihten beri kızı (E.)nin ırzına geçmeye teşebbüsten tutuklu bulunmakta ve halen de bu yüzden çarptırıldığı cezayı çekmektedir. Davacı bu olay yüzünden, davalı ile evliliği sürdürmek istemediğini açıkça ve ısrarla ifade etmiştir.

Davalı da sonunda boşanmaya rıza göstermiştir. Davalı Zweibrücken Hapishanesinde bulunmakta ve kendisine bir ıslah programı uygulanmaktadır. Mahkemeye geldiği takdirde bu program kesintiye uğrayacağı için, kendisi duruşmadan vareste tutulmasını rica etmiş ve bu talebi kabul edilmiştir.

Yapılan araştırmaya göre, Türk Medeni Kanununun 131. maddesi uyarınca boşanmaya karar verilebilir. Bu hükme göre, eşlerden biri terzil edici bir cürüm işlediği takdirde, diğer eş boşanmayı talep edebilir. Öz kızının ırzına geçmeye teşebbüs edilmesi, hiç şüphesiz ki böyle bir cürüm niteliğindedir.

Türk Medeni Kanununun 134. maddesi de olayda uygulanabilir. Bu hükme göre de, evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi sebebiyle her eş boşanma davası açabilir. Keza bu şartında gerçekleşmiş olduğunda mahkemenin zerrece şüphesi yoktur.

Aynı şekilde, Taraflar Türk vatandaşı oldukları için Alman Medeni Kanununun Yürürlüğe Konmasına dair Kanunun 17/4. maddesindeki şart da gerçekleşmiştir.

Bu hükme göre, bir yabancı kanuna dayanarak boşanma kararı verebilmek için, hem yabancı kanun ve hem de Alman Kanunları uyarınca boşanmanın caiz olması bir ön şarttır. Nitekim somut olayda boşanma, Alman Medeni Kanununun 1565/1. maddesine göre de mümkün bulunmaktadır.

Davalı tarafından işlenen cürümün ağırlığı karşısında davacı ondan kopmuş ve bu anlamda, yukarıdaki hükme göre evlilik birliği temelinden sarsılmıştır.

Henüz küçük olan (H.)nin velâyetinin düzenlenmesi konusunda ise, «Küçüklerin Korunmasında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme»nin 1 ve 2. maddeleri uyarınca Alman hukuku uygulanacaktır. Bu hususta da Lahnstein Sulh Mahkemesi milletlerarası bakımdan yetkilidir.

Bu sebeple (H.)nin velâyeti, Alman Medeni Kanununun 1671. maddesi gereğince davacıya verilmiştir.

Bu düzenleme Bad Ems Gençlik Teşkilâtınca tavsiye edildiği gibi, davalı tarafından da kabul edilmiştir. (H.)nin davalı nezdinde bulunması ve davacının da halen hapisanede olması bu konuda başka bir düzenleme yapmayı mümkün kılmamaktadır.

Tam çevirisini verdiğiniz Alman mahkemesinin bu kararını aşağıdaki şekilde tahlil etmek mümkündür.

A. Yetkili Mahkeme Bakımından

1 — *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki 2675 sayılı Kanununun (MÖHUK) yürürlüğe girdiği, 22.11.1982 tarihine kadar, Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan Türk vatandaşlarının Ahkâmı şahsiye davalarında HUMK. nun 18. maddesi uyarınca Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunuyordu.*

MÖHUK. ile HUMK. nun anılan maddesiyle birlikte, aynı kanunun yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki 540 ve onu izleyen maddeleride yürürlükten kaldırılmıştır. B u durumda, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda artık Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi söz konusu olmadığından, bu tür davaların yabancı ülke mahkemelerinde görülmesi imkân dahiline girmiştir.

sanın 3. maddesinin 2. fıkrasındaki eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur. Ancak Alman Anayasa mahkemesi kararları sadece Alman vatandaşları açısından bağlayıcı olduğu ve somut olayda da taraflar Türk vatandaşı oldukları için, kararda anılan hükmün anayasaya aykırılığının Türk vatandaşları açısından bir anlam taşımadığı belirtilmiştir.

b. 17. maddenin 4. fıkrasına göre ise, Alman mahkemesinin bir yabancı kanuna dayanarak boşanma kararı verebilmesi için, belirtilen sebebe göre boşanmanın, hem yabancı kanunlara hem de Alman kanunlarına göre mümkün olması gerekmektedir.

Somut olayda mahkeme kararını, Türk Hukuku açısından Türk Medeni Kanununun «cürüm ve haysiyetsizlik» başlığı altındaki 131. maddesiyle, «imtiyaçsızlık» başlığı altındaki 134. maddesine dayandırmıştır.

Alman mahkemesi ayrıca, anılan maddenin 4. fıkrası uyarınca, kararını verirken, Alman Medeni Kanununun 1565. maddesinin 1. fıkrasını da gözönünde bulundurmıştır. Bu hükme göre, evlilik birliği köklü bir şekilde sarsılmışsa boşanma kararı verilir. Müsterek hayata son verilmiş olup da tarafların bir araya gelmeleri ve müsterek hayatı yeniden kurmaları beklenemiyorsa, karine olarak evlilik köklü bir şekilde sarsılmış sayılır ve boşanmaya karar verilir.

Somut olayda Alman mahkemesi, Türk ve Alman Medeni Kanunlarının ilgili hükümlerini birlikte uygulamış ve 17. maddenin 4. fıkrası gereğini yerine getirmiştir.

3. kararda da belirtildiği gibi, küçüğün velayetinin düzenlenmesi konusunda ise, «Küçüklerin Korunmasında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Kanuna Dair 5 Ekim 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi» hükümleri gözönüne alınmıştır.

Almanya Federal Cumhuriyeti ve Türkiye'nin de taraf olduğu bu sözleşmenin 1. maddesine göre, küçüğün mutlak meskeninin bulunduğu devletin mahkeme ve idari makamları, küçüğün şahsının ve mallarının korunması için gereken tedbirleri almaya yetkilidir.

Sözleşmenin 2. maddesine göre ise, yabancı mahkeme ve idari makamlar bu tedbirlerin alınmasında kendi iç hukukunu uygular ve söz konusu tedbirler de iç hukukta öngörülen tedbirlerdir. Sözleşmenin 4. maddesine göre ise bu tedbirler küçüğün vatandaşı

Nitekim, MÖHUK. madde 28 açıkca «Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaları, ikamet ettikleri ülke mahkemesinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde», bu tür dvaların Türkiye'de açılabileceğini öngörmekte ve bu husustaki yetkili mahkemeleri bir sıra halinde belirtmektedir.

2 — *Alman mahkemesinin mahalli ve milletlerarası yetkisi ise, kararda da belirtildiği gibi, Alman HUMK. nundan kaynaklanmaktadır.*

a. *Alman HUMK. nun 606. maddesine göre, boşanma davalarında yerel olarak yetkili mahkeme, tarafların mutat meskenlerinin bulunduğu veya son defa sakin oldukları yer eyalet mahkemesidir. Kararda bu hükmün HUMK. nun değil, sehven, Alman MK. nun 606. maddesi olduğu belirtilmiştir.*

b. *Söz konusu mahkemenin milletlerarası yetkisi ise, aynı Kanununun 606 b maddesinin 1. bendine dayanmaktadır. Bu hükme göre, boşanma davasında tarafların her ikisi de yabancı devlet vatandaşı ise, erkek veya kadının mutat meskeninin Almanya'da man mahkemelerinin milletlerarası yetkisi vardır. bulunması ve Alman mahkemesinin boşanma kararının, erkeğin mensup olduğu devlet tarafından tanınacak olması hallerinde, Al-*

3 — *Şu hale göre, somut olayda Alman mahkemesinin hem Türk ve hem de Alman Usul Hukuku bakımından milletlerarası yetkisi vardır ve bu mahkeme söz konusu davaya bakabilir.*

B. Uygulanacak Hukuk Bakımından

1 — *Türk hukukunda boşanma davalarının tabi olduğu kanunlar ihtilafı kuralları MÖHUK. madde 13/1'de belirtilmiştir. Buna göre, aynı vatandaşlıkta olan eşlerin boşanma davalarında eşlerin müşterek milli hukuku uygulanacaktır.*

2 — *Alman hukukunda ise boşanmaya uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları, Alman Medeni Kanununun Yürürlüğe Konmasına dair 18 Ağustos 1896 tarihli Kanununun 17. maddesinde belirtilmiştir.*

a. *Bu hükmün 1. fıkrasına göre, boşanma davalarında, davanın açıldığı anda, kocanın vatandaşı olduğu devletin kanunları uygulanır. Kararda da belirtildiği gibi, eşlerin müşterek milli kanunlarının değil, yalnızca kocanın milli kanununun uygulanacağını öngörülmüş olması, Alman anayasa mahkemesince, Anaya-*

olduğu devlet tarafından bu konuda bir tedbir alınıncaya kadar geçerlidir ve bu devlet mahkeme veya makamları bu hususta bir düzenleme yapınca, yabancı devlette alınmış olan tedbirler yürürlükten kalkar.

Türkiye ve Almanya anılan sözleşmeye taraf olduğu için, Alman mahkemesinin velâyet konusunda anılan sözleşme hükümleri uyarınca yapmış olduğu düzenleme yerindedir ve ahdi hukuka da uygundur. Esasen, söz konusu tedbir Türk hukuku hükümleri gözönüne alınarak verilmiş olsaydı bile, durumda yine bir değişiklik olmayacaktı. Zira böyle bir halde MK. nun 148. maddesi hükmünün uygulanması söz konusudur. Buna göre, boşanma halinde «hâkim, ana babayı dinledikten sonra hakkı velâyetin kulanılmasına... dair iktiza eden tedbirleri ittihaz eder». Somut olayda baba hâpiste olduğuna göre, Türk hâkimi de ana babayı dinledikten sonra, çok önemli başka bir sebep olmadıkça velâyeti mutlaka davacı anneye verirdi. Bu bakımdan Alman mahkemesinin kendi iç hukuku olan Alman MK. nun 1671. maddesini uygulayarak almış olduğu velâyetin tevzii kararı, usul ve esasa uygundur.

C. Sonuç

Alman Mahkemesinin söz konusu kararı, 2675 sayılı MÖHUK. nun 42. ve 38. maddelerinde belirtilen tanıma ve tenfiz şartlarını taşımaktadır.

**YENİ SEÇİLENLER
EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR**

Ali Rıza GENİŞ (*)

YENİ SEÇİLENLER

● **H. SERVET ÇOLAKOĞLU**

1923 yılında Görele'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1947 yılında bitirdikten sonra, Sarıkamış Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlayan Çolakoğlu, sırasıyla Şereflikoçhisar, Foça, Akhisar C. Savcı Yardımcılığı ile Kocaeli C. Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

28.4.1975 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve çeşitli meslek dergilerinde yayımlanmış yazılarından başka, «Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Hukuku», «Sosyal Sigortala» adlı kitapları da bulunan Servet Çolakoğlu, Üyesi olduğu Onuncu Hukuk Dairesi Başkanlığına 24.12.1985 günü seçilmiştir.

● **ŞEFİK ÇOLAK**

1928 yılında Elazığ'da doğmuş, 1949'da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 1952'de Pasinler Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Çolak, bu mesleğini Hozat Hâkimliği, Malatya C. Savcı Yardımcılığı, Gürün C. Savcılığı, Kırşehir Hâkimliği, Ankara C. Savcı Yardımcılığı, Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü ile Ankara Hâkimliği yaparak çeşitli yurt yörelerinde sürdürmüştür.

Yargıtay Yetkili Tetkik Hâkimi iken, 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Şefik Çolak, Altıncı Ceza Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **SELAHATTİN YERTUT**

15.2.1926 günü Afyon'da doğmuş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950'de bitirmiştir. 1953 yılında Seyitgazi Sorgu Hâkimi olarak mesleğe başlayan Yertut, sırasıyla Yozgat C. Savcı Yardımcılığı, Kırıkkale Savcılığı, Ankara C. Savcı Yardımcılığı ve Baş Yardımcılığı ile Ankara Hâkimliği ve Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve «Askeri Yargıya Tabi Olma Şartları» adlı yayımlanmış kitabı bulunan Selahattin Yertut, Sekizinci Ceza Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

(*) **Yargıtay Yayın Müdürü**

Sicil numarasına göre sıralanmıştır.

● **AHMET YÜKSEL**

1927 yılında Boyabat'da doğmuştur. 1949-1950 Öğretim Döneminde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitiren Yüksel, 15.5.1952 günü Ankara Hâkim Adayı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Sivas, Kemah, Ankara C. Savcılığı, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Müşavirliği ve aynı Bakanlık Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Ahmet Yüksel, Sekizinci Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **TEMEL ÇAĞLAYAN**

1926 Trabzon doğumlu Çağlayan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950'de bitirmiş ve 1953'de de Kars Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamıştır. Daha sonra sırasıyla Uluborlu C. Savcı Yardımcılığı, Maçka C. Savcılığı, Gümüşhane, Keskin C. Savcılığı, Ankara C. Savcı Yardımcılığı ve Altındağ C. Savcı Yardımcılığı görevlerinde bulunan Temel Çağlayan, Yenimahalle C. Savcısı iken 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Ondördüncü Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **İBRAHİM ÇAKIROĞLU**

1926 yılında Hasanoglan'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1950 senesinde bitirdikten sonra, Konya C. Savcı Yardımcısı olarak 1952'de göreve başlayan Çakıroğlu, Mazgirt C. Savcılığı, Cihanbeyli C. Savcılığı, Çamlıdere Hâkimliği, Polatlı Tapulama ve Sorgu Hâkimliği, Yargıtay Tetkik Hâkimliği, Ankara Hâkimliği ile Ankara Birinci Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen İbrahim Çakıroğlu, Onikinci Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **İSMET TEKİN**

Nallıhan 1928 doğumlu Tekin, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951'de bitirdikten sonra, 1954 yılında Adıyaman C. Savcı Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlamış, mesleğini Kırıkkale C. Savcılığı, Adalet Bakanlığı Müfettişliği ve Başmüfettişliği ile Teftiş Kurulu Başkanlığı yaparak sürdürmüştür.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen İsmet Tekin, Sekizinci Ceza Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **ASLAN ÖZASLAN**

1927 yılında Lâdik'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1957'de bitirdikten sonra, 1958 yılında Ulubey (Ordu) Hâkimi olarak ilk mesleğe başlayan Özaslan, Sinop Hukuk Hâkimliği, Müfettiş Hâkimliği, Adalet Müfettişliği ve Başmüfettişliği görevlerinde de bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Aslan Özaslan, Yedinci Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **İHSAN ÖZKAYA**

1931 yılında Giresun'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1960'da ilk mesleğe başlayan Özkaya sırasıyla; Sivrice, Arde-

şen, Keşap C. Savcılığı, Korgan Hâkimliği, Fethiye C. Savcı Yardımcılığı ve Karadeniz Ereğlisi C. Savcılığı ile Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen İhsan Özkaya, Birinci Ceza Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● DAVUT TOPÇUOĞLU

1932 yılında Mardin'de doğmuştur. 1956-1957 Öğretim Döneminde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 29.6.1959'da Araban Sulh Hâkimi olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Burdur Sulh Hâkimliği, Aydın Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, Ankara Hâkimliği, Ankara Hukuk Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Davut Topçuoğlu, Beşinci Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● KÂMİL KADIOĞLU

1935 yılında Borçka'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, 31.8.1960 günü Ankara Hâkim Adayı olarak ilk mesleğe başlamıştır. Daha sonra 1964'ün Mart Ayı'nda Hizan Hâkim Yardımcılığına atanan Kadroğlu, sırasıyla; Arhavi Sorgu Hâkimliği, Haymana Ceza Hâkimliği ve Yargıtay Onüçüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Kâmil Kadıoğlu, önceleri Tetkik Hâkimi olarak görev yaptığı aynı Dairede bu kez Üye olarak yeni görevine başlamıştır.

● ADNAN HAMZAOĞULLARI

Diyarbakır 1934 doğumlu Hamzaoğulları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Azdavay C. Savcısı olarak ilk mesleğe başlamış ve bu mesleğini Malatya C. Savcı Yardımcılığı, Ankara C. Savcı Yardımcılığı ve Suçüstü C. Savcılığı, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nde yetkili C. Savcılığı, Ankara Hâkimliği, Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, Beşinci Ceza Dairesi ve Onuncu Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimlikleri yaparak sürdürmüştür.

«İçtihatlı - Notlu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Askerî M. ve Yargılama Usulü Kanunu, Sıkıyönetim ve İlgili Mevzuat», «İçtihatlı - Notlu - Açıklamalı Ceza ve Usul Kanunları», «İçtihatlı - Notlu Açıklamalı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İlgili Mevzuat» adlı yayımlanmış yapıtları bulunan Adnan Hamzaoğulları, 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Beşinci Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● UĞUR TÖNÜK

Şebinkarahisar 1934 doğumlu Tönük, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959 yılında bitirdikten sonra, 1961'de Solhan C. Savcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Sinop C. Savcı Yardımcılığı (Sinop Cezaevi Mümessilliği), İstanbul C. Savcı Yardımcılığı (İmralı Cezaevi Mümessilliği), İstanbul C. Savcı Yardımcılığı ve Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı yaparak sürdürmüştür.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Uğur Tönük, Yedinci Ceza Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● SAİM TÜKENMEZ

Çıldır 1938 doğumlu Tükenmez, 1961 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 30.7.1964'de Eruh Hâkim Yardımcısı olarak Mesleğe başlamış ve Ardahan Hâkimliği, Foça Hâkimliği ve Adapazarı Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Saim Tükenmez, 1.9.1981'den beri Tetkik Hâkimi olarak görev yaptığı Altıncı Hukuk Dairesi'nde bu kez üye olarak görevini sürdürmektedir.

● NAMIK BENLİ

Arapkir'de 1935 yılında doğmuştur. 1959'da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Artvin C. Savcı Yardımcısı olarak 1962 senesinde mesleğe başlamış, Niğde C. Savcı Yardımcılığı ile Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı yaparak mesleğini sürdürmüştür.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Namık Benli, Beşinci Ceza Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● KADİR TOKMAN

15.6.1934'de Afyon'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959 yılında bitirdikten sonra, 1962 Ekim'inde Sason Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini sırasıyla; Derik, Ulubey, (Uşak) Hâkim Yardımcılığı, Ulubey (Uşak) Hâkimliği, Burdur Sulh Hâkimliği ve aynı yer Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine Seçilen Kadir Tokman, Tetkik Hâkimi olarak görev yaptığı Yedinci Hukuk Dairesi'nde bu kez Üye olarak yeni görevine başlamıştır.

● ERDOĞAN AKTEKİN

Kastamonu 1935 doğumlu Aktekin, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959'da bitirdikten sonra, 1962 yılında Başkale Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini sırasıyla; Daday Sorgu ve Hukuk Hâkimliği, Yargıtay Tetkik Hâkimliği ile Anayasa Mahkemesi Raportörlüğü yaparak sürdürmüştür.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Onuncu Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlayan Erdoğan Aktekin, 1972-1973 yılları arasında ve bir yıl süreyle Fransa'da Kamulaştırma Hukuku dalında incelemelerde bulunmuştur.

● ERCAN EGEMEN

Adana 1936 doğumlu Egemen, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, Bulanık Hâkim Yardımcısı olarak 1962 yılında mesleğe başlamış, sırasıyla Silvan Hâkimliği, Ayancık Hukuk Hâkimliği, Polatlı Hukuk Hâkimliği ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

«2490 sayılı Artırma Eksiltme ve İhale Yasası», «Hukuk Genel Kurulunun On Yıllık Emsal Kararları», «2886 Sayılı Devlet İhale Yasası Ve İnşaat İşleri» adlı ortaklaşa yayımlanan yaptıkları bulunan Ercan Egemen, 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Onbeşinci Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **YÜCEL KOCABAY**

1936 yılında Sivas'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1962'de bitirdikten sonra, Kumru (Ordu) Hâkimi olarak 1964 senesinde mesleğe başlayan Kocabay, Bafra Sorgu Hâkimliği, Sulh Hâkimliği ve Ceza Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği ile Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği görevlerinde de bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Yücel Kocabay, Dördüncü Ceza Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **DEMİREL TAVİL**

1937 Rize Doğumludur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1962'de bitirdikten sonra, 1967 yılında Erciş C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Tavil, Adana Yetkili C. Savcı Yardımcılığı, Rize C. Savcı Yardımcılığı ile Ankara C. Savcı Yardımcılığı ve Baş Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Demirel Tavil, Dokuzuncu Ceza Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **NIYAZİ DURAK**

1939 yılında Göle'de doğmuştur. 1962'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Mart 1967'de Hamur Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Durak, Akçadağ Hâkimliği, Serik Tapulama Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve «Topluluk Mülkiyeti Konusunda master yapan Niyazi Durak Yedinci Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **NECDET MUTİŞ**

1436 yılında Ruscuk'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959-1960 öğretim yılında bitiren Mutiş, 1963'de Posof C. Savcı Yardımcısı olarak göreve başlamış ve sırasıyla Maden C. Savcı Yardımcılığı, Polatlı C. Savcı Yardımcılığı ve Polatlı C. Savcılığı ile Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı yapmıştır.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Necdet Mutiş, Yedinci Ceza Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **HAKKI SÜHA TERZİBAŞIOĞLU**

1931 yılında Muğla'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitiren Terzibaşioğlu, 1964 senesinde Çayırılı (Erzincan) Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, sırasıyla Sandıklı Hâkimliği, Sivas Hukuk Hâkimliği, İstanbul Ticaret Mahkemesi Başkanlığı, görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine Seçilen Hakkı Süha Terzibaşioğlu, Yedinci Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● **NEVZAT TANKUT**

1936 yılında Adıyaman'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1962-1963 öğretim döneminde bitirdikten sonra, Karakoçan C. Savcı Yardımcısı olarak 1965'de mesleğe başlayan Tankut, Tunceli C. Savcı Yardımcılığı, Olur (Er-

zurum) Hâkim Yardımcılığı, Tunceli Ceza Hâkimliği, Sirt Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Amasya Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ve Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Nevzat Tankut, Birinci Ceza Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● CAHİT ÖZDİKİŞ

Bergama'da 1938 yılında doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1962'de bitirdikten sonra, Halfeti C. Savcı Yardımcısı olarak ilk mesleğe 1966 senesinde göreve başlayan Özdikiş, Çayıralan C. Savcı Yardımcılığı, İmralı Yarı Açık Cezaevi Müdür Mümessilliği, Adalet Bakanlığı Müşavir, Başmüsavir ve Tetkik Hâkimliği yaparak görevini sürdürmüştür.

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü iken, 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Cahit Özdikiş, İkinci Ceza Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● ERASLAN ÖZKAYA

1939 Hacıbektaş doğumlu Özkaya, 1962 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1964'de Hâkim Adayı olarak mesleğe girmiş ve sırasıyla; Hınıs C. Savcı Yardımcılığı, Tuzluca Hâkim Yardımcılığı, Pazarcık, Haymana ve Ankara Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Eraslan Özkaya, Birinci Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● REFİK ER

1941 yılında Kemaliye'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1964'de bitirdikten sonra, 29.4.1967 günü İstanbul Hâkim Adayı olarak mesleğe giren Er, Ulus, Erdemli ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Yüksek Lisans Öğrenimi de gören Refik Er, Karşıyaka (İzmir) Hâkimi olarak görev yaptığı sırada, 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Yedinci Hukuk Dairesi'nde görevine başlamıştır.

● CEMİL ÇETİNER

Aydın 1939 doğumlu Çetiner, 1964'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Taşlıçay Hâkim Yardımcısı olarak 1969 yılında göreve başlamış ve bu görevini Taşlıçay Hâkimliği, Sorgun Hukuk Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü'nü de bitiren ve 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Cemil Çetiner, Birinci Hukuk Dairesi'nde yeni görevine başlamıştır.

● YILMAZ ALASU

1941 Karamürsel doğumlu Alasu, 1964 - 1965 öğretim döneminde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Erzincan Hâkim Adayı olarak mesleğe 1969 yılında başlamış, sırasıyla; Selendi, Kula C. Savcı Yardımcılığı, Kula C. Savcılığı, Yalova C. Savcı Yardımcılığı ve Tekirdağ C. Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Kocaeli C. Savcı Yardımcısı olarak görevini sürdürürken, 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Yılmaz Alasu, Sekizinci Hukuk Dairesi'nde görevine başlamıştır.

● HÜSEYİN DENİZ

Gürün 1942 doğumlu Deniz, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1966'da bitirdikten sonra, 1971 yılında Şavşat Hâkimi olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini sırasıyla; Yenipazar Hâkimliği, Şereflikoçhisar Asliye Ceza Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği, Yargıtay Tetkik Hâkimliği ve Askeri Yargıtay Daireler Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunarak sürdürmüştür.

Yargıtay Genel Sekreter Yardımcılığı görevinde bulunduğu sırada, 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Hüseyin Deniz, 1.11.1986 gününe kadar Birinci Başkanlık Üyesi olarak görev yapacak ve bu tarihten sonra da Onbirinci Hukuk Dairesi'nde görevini sürdürecektir.

● NİHAT YAVUZ

1941 Mardin doğumlu Yavuz, 1966'da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 20.3.1971 günü Hilvan Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlamış ve bu mesleğini sırasıyla Hilvan Tapulama Hâkimliği, Kaman Hukuk Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

1980 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde «Medeni Hukuk Dalında» master yapan ve başta Yargıtay Dergisi olmak üzere çeşitli meslek dergilerinde bilimsel inceleme yazıları yayımlanan Nihat Yavuz, Üçüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve aynı dairede Üye olarak yeni görevine başlamıştır.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

● HİKMET HİMMETOĞLU

Senirkent'te 1920 yılında doğan Himmetoğlu, 1942'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, aynı yılın 29 Haziran'ında mesleğe girmiş ve sırasıyla Çapakçur Hâkim Yardımcılığı, Bingöl Hâkimliği, Niğde Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ve Sulh Hâkimliği, Akhisar Sulh Hâkimliği, Adalet Müfettişliği ile Eskişehir Asliye Hukuk Hâkimliği yaparak görevini sürdürmüştür.

18.12.1964'de Yargıtay Üyeliğine seçilen Hikmet Himmetoğlu, Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi iken 10.4.1978 günü aynı dairenin başkanlığına birinci, 19.4.1982 günü ikinci kez seçildikten sonra, 5.12.1985 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● BÜLENT AKMANLAR

1926 yılında İstanbul'da doğan Akmanlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950'de bitirdikten sonra, 30.11.1953 günü Tunceli Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş, sırasıyla Beyşehir Ceza Hâkimliği, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı, Ankara C. Savcı Yardımcılığı, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı ve C. Başsavcı Baş Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Çeşitli gazete ve meslek dergilerinde yayımlanan yazılarının yanı sıra, Yargıtay Dergisi'nin «Dünya Hukukundan Haberler» köşesindeki güncel çevirileri ile tanınan,

Yayın ve Tasnif Kurulu Başkanlığı'nda yapan Bülent Akmanlar, Sekizinci Ceza Dairesi Üyeliğinden 3.3.1986 günü ve kendi isteğiyle emekli olmuştur.

● **KEMAL CANBAZOĞLU**

Konya 1920 doğumludur. 1941 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, sırasıyla Erzurum, Aşkale Hâkimlikleri, Kırıkkale ve Kırşehir Tapu-lama Hâkimliği, Selçuk Hâkimliği ile Ankara Ticaret Mahkemesi Üyeliği görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 1.10.1985 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● **ZEKİ KILIÇ**

1936 yılında Kozan'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960 yılında bitirdikten sonra, Gürpınar, Çamardı, Ulukışla Hâkimliklerinde bulunmuştur.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği görevinde de bulunan Zeki Kılıç, Üçüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği'nden 20.12.1985 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **BEKİR SITKI KARAKAYALI**

1921 yılında Ayaş'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirdikten sonra, sırasıyla Tortum, Bayburt C. Savcılıkları, Ankara C. Savcı Yardımcılığı, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimliği, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği'nden 2.1.1986 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **HÜSEYİN ORHANETTİN ATAK**

1921 Çanakkale doğumlu Atak, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1944 yılında bitirdikten sonra, 7.9.1948 günü Viranşehir C. Savcısı olarak mesleğe başlamış, mesleğini Ceyhan, Bartın, Kayseri ve Ordu C. Savcılıkları yaparak sürdürmüştür.

Yargıtay C. Başsavcısı olarak görevini sürdürürken, 21.4.1986 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

Yeni seçilen; ÇOLAKOĞLU, ÇOLAK, YERTUT, YÜKSEL, ÇAĞLAYAN, ÇAKIROĞLU, TEKİN, ÖZASLAN, ÖZKAYA, TOPÇUOĞLU, KADIOĞLU, HAMZAOĞULLARI, TÖNÜK, TÜKENMEZ, BENLİ, TOKMAN, AKTEKİN, EGEMEN, KOCABAY, TAVİL, DURAK, MUTİŞ, TERZİBAŞIOĞLU, TANKUT, ÖZDİKİŞ, ÖZKAYA, ER, ÇETİNER, ALASU, DENİZ ve YAVUZ'a görevlerinde başarılar; emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan HİMMETOĞLU, AKMANLAR, CANBAZOĞLU, KILIÇ, KARAKAYALI ve ATAK'a da yaşamları boyu sağlık ve mutluluklar dileriz.

YASALAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER

● YASALAR

Resmi Gazete Tarihi:	No:	Sayfa:	Yasanın Adı:
30.1.1986	19004	1	Kanun No : 3256 Kabul Tarihi : 22.1.1986 1136 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
7.2.1986	19012	1	Kanun No : 3257 Kabul Tarihi : 23.1.1986 Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu.
23.2.1986	19023	1	Kanun No : 3258 Kabul Tarihi : 11.2.1986 Hacer Yıldırım ve Çeşmi Çadircı'ya Vatani Hizmet Tetibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun.
23.2.1986	19028	1	Kanun No : 3259 Kabul Tarihi : 11.2.1986 İslâm Kalkınma Bankasına Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun.
23.2.1986	19028	2	Kanun No : 3260 Kabul Tarihi : 12.2.1986 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kanada Hükümeti Arasında Nükleer Enerjinin Barışçı Maksatlarla Kullanılması Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasını Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
26.2.1986	19031	1	Kanun No : 3262 Kabul Tarihi : 20.2.1986 10.11.1983 tarihli ve 2951 Sayılı Tekel Bey'iyeleri Üçte Birlerinin Dağıtımı Hakkında Kanunun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
26.2.1986	19031	2	Kanun No : 3263 Kabul Tarihi : 20.2.1986 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Haşimi Ürdün Krallığı Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alman Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Diğer Bazı Hususları Düzenleme Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
2.3.1986	19035	1	Kanun No : 3261 Kabul Tarihi : 18.2.1986 İstanbul Teknik Üniversitesi 1968, 1969, 1970, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981 ve 1982 Mali Yılları Kesinhesap Kanunu.

4.3.1986	1903?	1	Kanun No : 3264 Kabul Tarihi : 27.2.1986 Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
8.3.1986	19041	1	Kanun No : 3265 Kabul Tarihi : 4.3.1986 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Irak Cumhuriyeti Hükümeti Arasında 27 Ağustos 1973 Tarihli Ham Petrol Boru Hattı Anlaşmasına Ek Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
12.3.1986	19045	1	Kanun No : 3266 Kabul Tarihi : 6.3.1986 1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun Bazı Maddeleri ile Türk Ceza Kanununun 426, 427 ve 428 inci Maddelerinin Değiştirilmesine ve 1117 Sayılı Kanuna Ek Maddeler İlâvesine Dair Kanun.
19.3.1986	19052	1	Kanun No : 3267 Kabul Tarihi : 11.3.1986 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19 uncu Maddesinin Birinci ve İkinci Fıkraları ile Türk Ceza Kanununun 304 üncü Maddesinin III üncü Fıkrasının Değiştirilmesine ve 647 sayılı Kanunun Ek 2 inci Maddesine İki Fıkra Eklenmesine Dair Kanun.
19.3.1986	19052	2	Kanun No : 3268 Kabul Tarihi : 12.3.1986 Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu.
25.3.1986	19058	1	Kanun No : 3269 Kabul Tarihi : 18.3.1986 Uzman Erbaş Kanunu.
9.4.1986	19073	1	Kanun No : 3271 Kabul Tarihi : 2.4.1986 6.12.1983 Tarihli ve 2969 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
9.4.1986	19073	1	Kanun No : 3272 Kabul Tarihi : 3.4.1986 11.1.1954 Tarihli ve 6219 Sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
15.4.1986	19079 Mükerrer	1	Kanun No : 3270 Kabul Tarihi : 28.3.1986 22.4.1983 Tarih ve 2820 Sayılı Siyasî Partiler Kanunu, 26.4.1961 Tarih ve 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile 10.6.1983 Tarih ve 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanunlara Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun.

16.4.1986	19080	1	Kanun No : 3273 Kabul Tarihi : 9.4.1986 3093 Sayılı Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu Gelirleri Kanununun Geçici İkinci Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
25.4.1986	19088	1	Kanun No : 3274 Kabul Tarihi : 16.4.1986 Hazine ve Dışticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun. (Hazine ve Dışticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında 13.12.1983 Tarih ve 188 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Hazine ve Dışticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında 188 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında 8.6.1984 Tarih ve 232 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun).
25.4.1986	19088	11	Kanun No : 3275 Kabul Tarihi : 16.4.1986 Remzi Gürkan, Hakkı Şenhür, Embiya Çavuş, Sabit Hafızoğlu, Mehmet Dırdıoğlu, Zülfiye Tabak ve Nadire Kafkaslı'ya Vatani Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun.
25.4.1986	19088	11	Kanun No : 3276 Kabul Tarihi : 16.4.1986 16.6.1983 Tarih ve 2846 Sayılı Kanunun Geçici Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
25.4.1986	19086	12	Kanun No : 3277 Kabul Tarihi : 17.4.1986 8 Mart 1950 Tarihli ve 5590 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun.
6.5.1986	19099	1	Kanun No : 3278 Kabul Tarihi : 22.4.1986 2644 Sayılı Tapu Kanununun 35 inci Maddesi ile 442 Sayılı Köy Kanununun 87 inci Maddesine İkışer Fıkra Eklenmesine Dair Kanun.
6.5.1986	19099	2	Kanun No : 3279 Kabul Tarihi : 29.4.1986 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Ek Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun.
6.5.1986	19099	5	Kanun No : 3280 Kabul Tarihi : 30.4.1986 5682 Sayılı Pasaport Kanununun Değişik 22 inci Maddesinin Birinci Fıkrasına Bir Cümle Eklenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.
6.5.1986	19099	5	Kanun No : 3281 Kabul Tarihi : 30.4.1986 21.8.1981 Tarih ve 2514 Sayılı Bazı Sağlık Personelinin Devlet Hizmeti Yükümlülüğüne Dair Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.

6.5.1986	19099	7	Kanun No : 3282 Kabul Tarihi : 1.5.1986 27.7.1967 Tarih ve 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.
13.5.1986	19106	1	Kanun No : 3283 Kabul Tarihi : 6.5.1986 Bazı Kanunlarla Tanınmış Olan Gümrük Muafiyetlerinin Kaldırılması Hakkında Kanun.
16.5.1986	19109	1	Kanun No : 3285 Kabul Tarihi : 8.5.1986 Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu.
22.5.1986	19114	1	Kanun No : 3284 Kabul Tarihi : 7.5.1986 8.6.1949 Tarihli ve 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Aynı Kanunun 10 Ek Madde ile 15 Geçici Madde Eklenmesi ve 3.3.1954 Tarihli ve 6311 Sayılı, 2.3.1970 Tarihli ve 1239 Sayılı, 8.7.1971 Tarihli ve 1425 Sayılı, 24.12.1980 Tarihli ve 2363 Sayılı Kanunların Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
22.5.1986	19114	13	Kanun No : 3286 Kabul Tarihi : 13.5.1986 28.3.1983 Tarih ve 2809 Sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Hakkında 41 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunun 11 inci Maddesinin (a) Bendinin Değiştirilmesi ve Aynı Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
22.5.1986	19114	13	Kanun No : 3287 Kabul Tarihi : 13.5.1986 2955 Sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.
28.5.1986	19120	1	Kanun No : 3288 Kabul Tarihi : 15.5.1986 1380 Sayılı Su Ürünleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
28.5.1986	19120	4	Kanun No : 3289 Kabul Tarihi : 21.5.1986 Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun.
3.6.1986	19126	1	Kanun No : 3291 Kabul Tarihi : 28.5.1986 1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 7.11.1985 Tarihli ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun.

3.6.1986	19126	6	Kanun No : 3292 Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun.	Kabul Tarihi : 28.5.1986
3.6.1986	19126	7	Kanun No : 3293 2813 Sayılı Telsiz Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.	Kabul Tarihi : 28.5.1986
7.6.1986	19130	1	Kanun No : 3290 24.2.1984 Tarih ve 2981 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Ekleneceği Hakkında Kanun.	Kabul Tarihi : 22.5.1986
7.6.1986	19130	8	Kanun No : 3295 2809 Sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Hakkında 41 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunun Geçici 10 uncu Maddesinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun.	Kabul Tarihi : 2.6.1986
7.6.1986	19130	8	Kanun No : 3296 2977 Sayılı İdarî Usul ve İşlemlerin Yeniden Düzenlenmesi ile İlgili Yetki Kanununun Süresinin Uzatılması Hakkında Kanun.	Kabul Tarihi : 3.6.1986
14.6.1986	19134	1	Kanun No : 3294 Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu.	Kabul Tarihi : 29.5.1986
19.6.1986	19139	1	Kanun No : 3298 Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun.	Kabul Tarihi : 3.6.1986
19.6.1986	19139	3	Kanun No : 3299 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.	Kabul Tarihi : 3.6.1986
19.6.1986	19139	4	Kanun No : 3300 9.7.1945 Tarih ve 4792 Sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.	Kabul Tarihi : 4.6.1986
19.6.1986	19139	6	Kanun No : 3301 2872 Sayılı Çevre Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.	Kabul Tarihi : 4.6.1986
19.6.1986	19139	7	Kanun No : 3302 31.8.1956 Tarihli ve 6831 Sayılı Orman Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun.	Kabul Tarihi : 5.6.1986
19.6.1986	19139	10	Kanun No : 3303 Taşkömürü Havzasındaki Taşınmaz Malların İktisabına Dair Kanun.	Kabul Tarihi : 5.6.1986
19.6.1986	19139	11	Kanun No : 3304 2521 Sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı,	Kabul Tarihi : 5.6.1986

Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanuna Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.

19.6.1986 19139 11

Kanun No : 3305 **Kabul Tarihi : 5.6.1986**
20.11.1981 Tarihli ve 2560 Sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna İki Ek Madde ile Bir Ek Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.

19.6.1986 19139 12

Kanun No : 3306 **Kabul Tarihi : 5.6.1986**
Adana İlinde Seyhan ve Yüreğir Adıyla İki İlçe Kurulması Hakkında Kanun.

19.6.1986 19139 16

Kanun No : 3307 **Kabul Tarihi : 5.6.1986**
1.9.1956 Tarihli ve 6850 Sayılı Milletlerarası Finansman Kurumuna Katılmak İçin Hükümete Salâhiyet Verilmesine Dair Kanunun Değişik 2 inci Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.

19.6.1986 19130 16

Kanun No : 3308 **Kabul Tarihi : 5.6.1986**
Çıkraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu.

● T Ü Z Ü K L E R

Resmi Gazete

Tarihi: **No:** **Sayfa:** **Tüzüğün Adı:**

28.4.1986 19091 1

Karar Sayısı : 86/10534
Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonu Hakkında Tüzük.

2.5.1986 19095 1

Karar Sayısı : 86/10623
Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahis Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük.

● Y Ö N E T M E L İ K L E R

Resmi Gazete

Tarihi: **No:** **Sayfa:** **Yönetmeliğin Adı:**

30.1.1986 19004 19

Karar Sayısı : 85/10260
İlk Defa Devlet Kamu Hizmeti ve Görevlerine Devlet Memuru Olarak Atanacaklar İçin Mecburi Yeterlik ve Yarışma Sınavları Genel Yönetmeliği.

			Karar Sayısı : 86/10286
30.1.1986	19004	26	Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik'in Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik.
6.2.1986	19011	5	1615 Sayılı Gümrük Kanununa Bağlı Gümrük Yönetmeliğinin 709 uncu Maddesinin 4 üncü Paragrafının Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
			Karar Sayısı : 86/10314
14.2.1986	19019	2	Ad Değiştirme Uzmanlar Kurulu Kuruluş, Görev ve Çalışma İlke ve Usulleri Hakkındaki Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Karar.
20.2.1986	19025	8	Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliğinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
20.2.1986	19025	8	2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 61 ve 121. Maddeleri Uyarınca Hâkimlik ve Savcılık Mesleğinde Bulunanlara Uygulanacak Sicil Fişleri Yönetmeliğinin Değiştirilmesi Hakkındaki Yönetmelik.
4.4.1986	19068	11	Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanuna Göre Arananların Yakalanmalarına Yardımcı Olanlara Ödenecek Para Ödülüne Dair Yönetmelik.
11.4.1986	19075	17	Bağ - Kur Genel Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik.
15.4.1986	19079	12	1615 Sayılı Gümrük Kanunu'na Bağlı Gümrük Yönetmeliğinin 187 inci Maddesine 5 inci Paragraf Eklenmesine Dair Yönetmelik.
15.4.1986	19079	13	Sendika ve Konfederasyonların Kuruluşunda İstenecek Belgelerin Şekli ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik.
20.4.1986	19084	14	Tarihi ve Bedii Değeri Olan Taşınmazların Kiraya Verilmesi Hakkında Yönetmeliğin 5 inci Maddesine Üç Fıkra Eklenmesine Dair Yönetmelik.
29.5.1986	19121	1	Karayolları Trafik Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.

Y A R G I T A Y Y A Y I N L A R I

- Prof. Dr. Karl Oftinger «BORÇLAR KANUNUNUN GENEL KISMINA İLİŞKİN FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI» Çeviren Avukat Kemal Dayındarlı
Üç renkli kapak, 408 sayfa 1100.— Lira
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU
Cilt : 1-7, Yıl : 1975-1981, Üç renkli gofre kapak 880.— Lira
- YARGITAY KANUNU — HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KANUNU HÂKİMLER VE SAVCILAR KANUNU — İLGİLİ YÖNETMELİKLER
Plastik kapak, Birinci hamur kağıt Tükendi
- Andreas von Tuhr «BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI» Çeviren Avukat Cevat Edege
Cilt : 1-2, Lüks ciltli, 1128sayfa 1650.— Lira
- YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARLARI (Ofset ikinci basım)
Hukuk Bölümü
Cilt : 1 Yıl : 1926-1941, Lüks ciltli 2200.— Lira
Cilt : 2 Yıl : 1942-1944, Lüks ciltli 1650.— Lira
Cilt : 3 Yıl : 1945-1947, Lüks ciltli 2475.— Lira
Cilt : 4 Yıl : 1948-1956, Lüks ciltli 2200.— Lira
Cilt : 5 Yıl : 1957-1980, Lüks ciltli 2475.— Lira
Ceza Bölümü
Cilt : 1 Yıl : 1927-1940, Lüks ciltli 2750.— Lira
Cilt : 2 Yıl : 1941-1946, Lüks ciltli 2750.— Lira
Cilt : 3 Yıl : 1947-1980, Lüks ciltli 2750.— Lira
- Majno «CEZA KANUNU ŞERHİ»
Cilt : 4 Lüks ciltli 715.— Lira
(Birinci, ikinci ve üçüncü ciltler tükendi)

● **YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ YARGI YILI KONUŞMALARI (1943 - 1978)**

Üç renkli kapak, 375 sayfa 275.— Lira

● **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**

Cilt : 1 Yıl : 1975 Sayı : 1 - 12 660.— Lira
 Cilt : 4 Yıl : 1978 Sayı : 3 - 12 (Birinci ve ikinci sayılar tükendi) 550.— Lira
 Cilt : 6 Yıl : 1980 Sayı : 1 - 12 1320.— Lira
 Cilt : 7 Yıl : 1981 Sayı : 1 - 12 1980.— Lira
 Cilt : 8 Yıl : 1982 Sayı : 1 - 12 2640.— Lira
 Cilt : 11 Yıl : 1985 Sayı : 1 - 12 3960.— Lira
 Cilt : 12 Yıl : 1986 Sayı : 1 - 12 5940.— Lira
 (İkinci, üçüncü, beşinci, dokuzuncu ve onuncu ciltler tükendi)

● **YARGITAY DERGİSİ**

Cilt : 1 Yıl : 1975 Sayı : 1, 3, 4 (İkinci sayı tükendi) 165.— Lira
 Cilt : 2 Yıl : 1976 Sayı : 1, 2, 3 (Dördüncü sayı tükendi) 165.— Lira
 Cilt : 4 Yıl : 1978 Sayı : 1 - 4 220.— Lira
 Cilt : 5 Yıl : 1979 Sayı : 1 - 4 220.— Lira
 Cilt : 6 Yıl : 1980 Sayı : 1 - 4 440.— Lira
 Cilt : 7 Yıl : 1981 Sayı : 1 - 4 660.— Lira
 Cilt : 8 Yıl : 1982 Sayı : 1 - 4 770.— Lira
 Cilt : 9 Yıl : 1983 Sayı : 1 - 4 880.— Lira
 Cilt : 10 Yıl : 1984 Sayı : 1 - 4 880.— Lira
 Cilt : 11 Yıl : 1985 Sayı : 1 - 4 1320.— Lira
 Cilt : 12 Yıl : 1986 Sayı : 1 - 4 1980.— Lira
 (Üçüncü cilt tükendi)

● **Hesap Numaralarımız :** 1 — T.C. Ziraat Bankası Kızılay/Ankara Şubesi 304 - 110
 2 — Posta Çekleri Merkezi 92932

● **Adres :** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (06658) Bakanlıklar/ANKARA

● **Açıklama :** 1 — Yayın bedellerine Katma Değer Vergisi dahildir.
 2 — Abone bedeli gönderilirken açık adres belirtilmeli, adres değişikliği en kısa sürede bildirilmelidir.
 3 — Gönderilen bedelin hangi yayına ilişkin olduğu açıklanmalıdır.
 4 — Temsilcimiz yoktur. Ödemeli gönderilmez.