



KURULUŞ: OCAK - 1975, YIL : 22, SIRA SAYI: 87

YARÇIN DAY DERGİSİ



CİLT : 22

TEMMUZ - 1996

SAYI : 3

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan **Müfit UTKU**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **Ali Rıza GENİŞ**

YAYIN KURULU

Başkan : **Hakkı DİNÇ** (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : **Şener GÜNGÖR** (11. Ceza Dairesi Üyesi)
Dr. Ş. Ekrem SERİM (9. Hukuk Dairesi Üyesi)
Erol ERTEKİN (15. Hukuk Dairesi Üyesi)
Halil KILIÇ (17. Hukuk Dairesi Üyesi)

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüze bağlamaz.
 - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödenmez.
 - Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
 - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
 - Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilerek aktarılabilir.
 - Gerek görüldüğünde, yazının özüne değinmeyen yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
-

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir yayınlanır.**
 - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Caddesi No: 3) 06658 Ankara.
 - **Telefon:** (0-312) 425 16 32 - 425 16 49
 - **Faks :** (0-312) 419 41 11
 - **Abone Servisi :** 417 44 60 / 3505, 3506
 - **Santral (ek bina) :** (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 10 (5 hat)
 - % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **1996 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 404.000.- liradır.**
 - Dergi bedeli, **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304230/110-4** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932** numaralı hesaplarımızdan birine aktarılıarak yada **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve C. Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 20 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
 - Dış kapak düzeni : Ertekin KAYA
 - İç kapak düzeni : Faruk AFŞAR
-

ISSN 1300 - 0195

İÇİNDEKİLER

1- GENEL KONULAR

- a) Doç. Dr. Sami SELÇUK : Yargılamada Nesnellik Bağlamında Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi Sayfa
213-219

2- ANAYASA HUKUKU

- a) Sadi BÜYÜKEREN : Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Kesin Hükümlerin Çatışması 220-245

3- CEZA HUKUKU

- a) Coşkun ERBAŞ : Tarihi Gelişimi İçinde Gözetimle Erteleme (Denetimli Serbestlik-Sursis Avec Mise À L'épreuve) ve Fransa'daki Uygulaması İle Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu Öntasarı Metinleri (II) 246-288

- b) Dr. Silvia TELLENBACH : Örgütü Eleveren Tanıklığın Düzenlenmesi 289-298

4- MEDENİ HUKUKU

- a) Doç. Dr. Etem Saba ÖZMEN : Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (MK. 83. Madde Değişikliği (I) 299-321

5- BORÇLAR HUKUKU

- a) Temel DOĞANGÜN : Paydaş Veya Ortaklardan Biri Tarafından Üçüncü Şahsa Kiralanan Yerde Diğer Paydaş Veya Ortakların Talep Hakkı 322-339

- b) **Levent AKIN** : İşçi Ücretlerinin Otomatik Para Çekme Makinaları İle Ödenmesinin Hukuki Niteliği ve İspatı Sorunu 340-363
- 6- TİCARET HUKUKU**
- a) **Refik ER** : Çekten Cayma ve Çekin Ödenmesinin Men'i 364-375
- 6- ÖZEL HUKUK**
- a) **Gürkan Ahmet GENÇKAYA**: Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Bulunan Arazilerin Mer'adan Ayrılması 376-385
- 7- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE**
- a) **Doç. Dr. Şeref ÜNAL** : Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın Mitap-Müftüoğlu-Türkiye Olayına İlişkin 25 Mart 1996 Tarihli Kararı 386-389
- 8- FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI**
- a) **Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI** : İşçi ve Müteahhitlerin Kanuni İpotek Hakkı 390-393
- 9- YARGITAY'DAN HABERLER**
- a) **Ali Rıza GENİŞ** : Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar 394-400

YARGILAMADA NESNELLİK BAĞLAMINDA YAZILI HUKUK VE YARGIÇ İLİŞKİSİ

Doç. Dr. Sami SELÇUK (*)

Önce "**yargıç kimdir**" ve "**neden bağımsız olmalıdır?**" sorularını yanıtlayalım.

Yargıç, insanlık tarihinin başından bu yana, hemen her dönemde, adalet dağıtırken sürgit bir güç (otorite) olmuştur. Doğaötesi (metafizik) dönemde mistik; dinsel (teolojik) dönemde tanrısal; bilimsel (pozitif) dönemde laik bir güçtür yargıç. O yüzden bütün siyasal iktidarlar bu gücü ya elde tutmuşlar ya da ele geçirmek istemişlerdir. Unutmayalım ki, yakın çağlara dek, toplumun başındakiler aynı zamanda yargıçtılar. Bu karanlık dönemler, erkler ayrığılı ilkesinin benimsenmesiyle birlikte, artık geride kalmıştır. Çünkü ne zaman yargıya politika girmişse, adalet orada kirlenmiştir, kirlenmiştir (1).

Öyleyse yapılacak ilk iş, bütün öznelere/güçlere karşı yargıyı, yargıcı bağımsız kılmaktır. Yargıç yalnızca yasama, yürütme karşısında değil, toplumdaki ve düzendeki bütün özneler ve güçler karşısında da bağımsız; her türlü doğrudan/dolaylı etkiden, baskıdan uzak olmalıdır. Olmalıdır ki, yansız olarak karar verebilsin (2).

Prof. Eichenberger'e göre, yargıç bağımsızlığının beş görünüşü vardır: Yargıcın yansızlığı, yargıcın devlet karşısında bağımsızlığı, yargıcın özerkliği (düşünsel bağımsızlığı), toplum karşısında yargıcın özgürlüğü, kendine karşı yargıcın bağımsızlığı (3).

(*) **Yargıtay 4. CD. Başkanı.**

- (1) SELÇUK, Yargı Bağımsızlığı, Cumhuriyet, 5.9.1991.
- (2) L'Indépendance, l'efficacité et rôle des juges, Recommandation, n. R (94) 12 et exposé des motifs, Référence juridique, Strasbourg, 1995, s. 7.
- (3) İleten: HABSCHIED, Droit judiciaire privé suisse, Genève, 1981, s. 41.

Görülüyor ki, yargıç bağımsızlığı, yargıcın yürüttüğü etkinliğin / işin niteliğinden kaynaklanmaktadır (4). Bir "kast" ayrıcalığı değildir. Temel amaç da, yargıcın karar verirken yansızlığını ve beyin özgürlüğünü sağlamaktır. Ancak, bu yansızlık, yargıçlık yeterliliğinin yalnızca bir yüzüdür. Doğru deyiş, nesnelliktir (objektifliktir); nesnel mantıkla davranabilme yeteneğidir / yeterliliğidir (5).

Burada anahtar kavramın nesnellik bağlamında yargıçlık ve yargılama yeterliliği olduğunda kuşku yoktur. Eğer yargı görevini yürüten biri bu yeterliliğe sahip değilse, yargılama ve adalet tehlikede demektir. Kurulan yargı (hüküm) kuşkulu olacak, saygınlığını yitirecektir. O nedenle bu yazıda yasa ve yürütme karşısında bağımsızlığı sağlayan düzenlemelere değil, yalnızca nesnellik ve sonuçlarına değinilecektir.

"Nedir yargıcın nesnel mantıkla davranma ilkesi (il principio di ragione obbiettiva)?" Şimdi de bundan söz edelim.

Yargıç, her türlü etkiden arınmış olmalı, herkes için geçerli bir mantıkla konuya yaklaşabilmelidir. Yasanın nesnel istenci somut olayda ancak böylelikle gerçekleşebilir. Zira yargıç, somut olay karşısında hukukun ne dediğini söyleme yetkisini (potere di jus dicere: jurisdiction) kullanırken (6), başkalarına ve kendisine karşı yabancı kalabilmelidir. Her yargılamada, bir hukuksal ihlal, dolayısıyla uyuşmazlık söz konusudur. Bu uyuşmazlığı ise, o uyuşmazlıkla doğrudan ya da dolaylı ilgili olanlar çözemezler; sadece başkaları çözebilirler. Buna öğretide "yabancı / uzak ya da üçüncü olmaklık" denilmekte (7), yargıcın yanlar üstü (super partes) olması istenmektedir (8). Bu doğru bir saptamadır. Çünkü nesnellik, felsefe sözlüklerinde de bireyüstü, birey dışı, öznenen bağımsız, herkes için genelgeçerlik kazanmış gerçeklik, yargı olarak tanımlanır (9).

(4) MUSSO, (E.S.), Giudice (nozione), Enciclopedia del diritto, Milano, 1969, XVIII, s. 938.

(5) FOSCHINI, Sistema del diritto processuale penale, Milano, 1965, I, n. 143; KUNTER, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, n. 179, 181. Ayrıca bakınız: İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 6.

(6) CORDERO, Procedura penale, Milano, 1985, s. 253; DUVERGER, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, 1975, I, s. 177.

(7) FOSCHINI, 335, 336; FAZZALARI, Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.), Enciclopedia del diritto, Milano, 1970, XIX, s. 354; FAZZALARI, Istituzioni di diritto processuale, Padova, 1986, s. 394.

(8) BELLAVISTA, Lezioni, 1968, s. 153.

(9) AKARSU, Felsefe terimleri sözlüğü, T.D.K.Y., Ankara, 1975, s. 125.

Görülüyor ki, nesnel mantıkla davranmanın iki yüzü vardır: Birincisi, yanlara göre yargıcın durumu: Yansızlık. İkincisi, kendine karşı / göre yargıcın durumu: Kişisellikten arınmışlık (10).

Yansızlık ilkesi, "herkesin yasa önünde eşitliğini" sağlar. Yargılamada işbirliği (kolektiflik) ilkesine karşın, başkaları karşısında yargıç yansız olmalı, yasa karşısında herkesin eşitliği sağlanmalıdır. O nedenle kimse kendi davasının yargıcı olamaz (nemo iudex in propria causa). Yargılama yasalarında, yargıcın yasaklılık ve ret nedenlerine bu kaygılarla yer verilir.

Kişisellikten arınmışlık ise, "yasa herkes için eşit uygulanır" kuralının hem nedeni, hem de sonucudur. Zira adalet terazisindeki tartı aynı kalmalıdır. Yargıç ise bizzat kendine karşı yansız, kayıtsız kalabilmeli, kendini, "ben"ini bütünüyle elemelidir. "Ben"ini elenmesi olayını yargılamada gerçekleştiremeyen bir yargıç, yargılama yeterliliğinden yoksundur.

Ülkemizde yansızlık kuralı ve kavramı üzerinde çok durulmuştur. Ancak, kişisellikten arınmışlık kavramı üzerinde pek durulmamıştır.

Kuşkusuz nesnellüğün olabildiğince arı duru gerçekleştirilmesi oldukça zordur. Çünkü yargıç da bir canlıdır, insandır. Her insan gibi değer yargıları, duygu ve tutkuları vardır. Yargıyı (hükmü) hem mantık ve hem de psikolojik bir süreçte hazırlayan yargıcın, duygusuz bir makine olduğu ileri sürülemez. O hem yargılar, hem de duyumsar (11). Ancak, bu gerçeğe karşın, yargıç, yargıçlık yeterliliğini kazanabilmek için, yargılama sırasında ortalama hüküm verme yeteneğini aşmalı, bütün duygularını ve kişisel görüşlerini, düşüncelerini, inançlarını kökten kazımalı, silmelidir. Aguesseau'nun sözünü ettiği "kalb kararları"ndan (arrets de coeur) uzak durmak, dostluk, düşmanlık duygularından arınmak her yargıcın ödevidir. Zekânın doğru sonuçlara ulaşabilmesi, tutkuların düzgünlüğüne bağlıdır (Duclos) (12). Kuşkusuz yargıcın kendini bütünüyle dışlaması, özerk ve kendine karşı bağımsız olması, yargıcın özniteliğine / yapısına bağlıdır (13). Mecelle'de, yargıcın bilimsel niteliğinden (md.1793), ayırdetme gücünden (md.1794) ve ayrıca niteliklerinden, "nefse" egemen olacak denli akıllı, bilge (hakîm), anlayışlı, kavrayışlı (fe-

(10) FOSCHINI, s. 336.

(11) GORPHE, Les décisions de justice, Paris, 1952, s. 100-114, 171; EREM, Adalet Psikolojisi, Ankara, 1977, s. 267, 270.

(12) GORPHE, s. 180.

(13) HABSCHEID, s. 42.

him), doğrudan ayrılmaz (müstakim), güvenilir (emin), vekarlı ve ağırbaşlı (mekin), sağlam (metin) olmasından söz edilmesi, bu açıdan çok anlamlıdır. (md.1792).

Yargısal kararın psikolojik sürecinde önyargılı, inatçı, hasta, yorgun v.b. düşünce ve etkenlerin yeri olmamalıdır (14). Nasıl ki bir sarkacın yeterliliği hızlı gitmesinde değil, düzgün gitmesinde (Vauvenargues) (15) ise, yargıcın doğruluğu da nesnel ve hukuka uygun karar vermesinde yatar. Yargıç; sanıktan, kamuoyundan, çevreden, toplumsal katmanlardan, siyasal karar ve kanılardan etkilenmemelidir. Genelleştirici, içgüdüsel, çelişmeci, öznel, çöş-kulu v.b. kararlardan kaçınmalı, bunlara eşit uzaklıkta olmalı; kişisel izlenimlerden ve yorumlardan çok, çağcıl bilim ve mantığa göre karar vermelidir. İçebakış yöntemiyle, yani kendisini sanıkların, yakınanların, yanların yerine koyarak varılan yargılar düşseldir ve yanlıştır. Bu nedenlerle de tehlikelidir (16). Kişisel görüşlerini yargısına yansıtan bir yargıç, yukarıdaki nitelikleri taşıyan bir yargıç değildir. Çünkü o toplum adına değil, kendisi ya da yanlar için karar vermiş ve özgörevinden uzaklaşmış bir yargıçtır (17).

Yargıcın uzmanlaşması, toplu yargı, yargılamada derece çokluğu, yargıcın duruşmada tartışılmamış özel bilgilerine dayanarak karar verememesi, yargıcın kararları nedeniyle dokunulmazlığı ve en sonunda da yasallık ilkesi, yargıcın nesnelliğini sağlayan kurumlardır (18).

Özellikle yasallık ilkesi bu konuda temel işleve sahiptir; özgürlükçü demokrasinin vazgeçilmez ögesidir (19). Yargıç, her şeyden önce yazılı hukuka göre karar verir. Eski yargı kararları bile onun için yalnızca bir düşüncedir. Yazılı hukuk yargıcı zorlar. Yargıç yazılı hukukun, yasanın üzerinde olamaz (20). "Yargıçlar, Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun" düşen vicdani kanılarına göre karar verirler (Anayasa, md. 138/1), kendilerinden "menkul ve müdevver" kanılara göre değil (21). Çünkü yargılama, kişisel kaygıların ve gö-

(14) KUNTER, n. 17, 179, 324. Önyargılı olmayı önlemek için, kimi ülkelerde duruşmadan önce yargıcın dosya incelemesi yasaklanmıştır.

(15) GORPHE, s. 177.

(16) EREM, s. 270-272.

(17) FOSCHINI, s. 339.

(18) FOSCHINI, s. 340, 341.

(19) DUVERGER, s. 176.

(20) Fransız Yargıtay Başkanı DRAI'nin 1994 ve 1995 Yargıtayı açış konuşmaları.

(21) HABSCHEID, s. 371.

rüşlerle ideolojilerin doyum yeri değil, halk adına yasanın uygulanmasıdır; hukuk düzeninde halk adına egemenliğin kullanılmasının bir yansımasıdır (22).

Yazılı hukuk, sözgelimi bir yasa, yargıcın hukuk anlayışına uymayabilir. Ancak, yargıç onu uygulamak zorundadır. Bir yargıç, hukukçu bir yurttaş olarak, yazılı hukuku, yani olan hukuku (de lege lata) olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından bir bilimsel çalışmada elbette her yönüyle ele alabilir, eleştirebilir. Eleştirmelidir de. Bu onun hukuka, insanlığa ve topluma karşı yerine getirmesi gereken sıradan bir ödevidir. Çünkü, her hukukçu gibi, yargıç da 24 saat yargılama yapmaz. Ama, o kendine ve herkese karşı sorumlu ve sorunlu bir bireydir. Bu yüzden de, hem bir düşünce üreticisi (müçtehit), hem bir toplum önderi ve yol göstericisi (mürşit), hem de bir hukuk savaşçısıdır (mücahididir). Bunun doğal sonucu da şudur: Söz konusu eleştiri görevini yerine getirmek ne kahramanlıktır, ne de yüreklilik. Görevi yerine getirmekten kaçılmaz ki bu bir kahramanlık, yüreklilik olsun. Ancak, yargılama yaparken, yazılı hukuku, örneğin bir yasayı iyidir / kötüdür diye yargı kararında eleştiremez, uygulamamazlık edemez. Çünkü, yargılama yürürlükteki yasalara göre ve yürürlükteki yasaları uygulamak için yapılır. Olması gereken hukuku uygulamak için değil. Sokrates'ten beri bilinen bu gerçek binlerce kez vurgulanmıştır: "Yasalara, yasa oldukları için saygı gösterilir, doğru oldukları için değil" (23).

Eğer tersi yapılırsa, ilkin yorum kuralları çiğnenmiş olur. Çünkü yorum bahanesiyle, olandan olması gerekene ulaşamaz, bu mantık dışıdır (24). Yargıç yorum yaparken, bir kişi değil, bir kurumdur. Yazılı bir metni yorum kurallarına göre algılamak ve uygulamak zorundadır. Zoraki yorum (interprétation forcée) ya da normu örselemek (torcere la norma), yorum yetkisinin çarpıtılmasıdır, kötüye kullanılmasıdır. Yargıç metne titreyen ellerle yaklaşmalı, metne bağlı kalmalı, onun nesnel iradesine yalnızca metin içindeki sözcüklere amaca göre anlam vererek ulaşmalıdır. Bu da, sözcükler darlaştırılarak ya da genişletilerek yapılabilir. Ancak, yorum bahanesiyle metin revizyona tabi tutulamaz. Yapılırsa bir ahlak sorunuyla karşı karşıya gelinmiş olur (25).

(22) ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, 1927, I, s. 540; MUSSO, s. 938; SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, Enciclopedia del diritto, Milano, 1970, XIX, S. 218-220.

(23) MONTAIGNE, *Essais*, France Loisirs, Paris, 1967, s. 663. PASCAL, ECO'nun da benzer özdeyişleri vardır.

(24) PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, 1989, s. 26.

(25) Geniş bilgi için bakınız: SELÇUK, 30.6.1995 tarihli ve 1/1 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararına yazılan karşıoy: Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 1995, sayfa: 1722-1739.

İkinci olarak, ülkeyi ya da kimi zayıf toplum katmanlarını kurtarma, kol-lama bahanesiyle ve kişisel kaygılarla, ideolojilerle, inançlarla yazılı hukuku dışlama girişimleri, erkier ayrılığı ilkesinde temellenen özgürlükçü demokra-siye ters düşer. Çünkü yargıçlar, yasalara göre sadece hüküm kurarlar, ama asla hükümet etmezler. Edemezler. Ederler; politik, kişisel kaygılarla, inanç-larla hüküm kurarlarsa orada artık parlamenter rejimden, erkler ayrılığından, demokrasiden ve hukuka bağlı devletten değil, yargıçlar hükümetinden, yani dikastokrasiden söz edilir. Yargıçlar hükümeti deyişi de, yargılama yetkisini bu türden kaygılarla kullanan "parlement"lar nedeniyle 1741'de ilk kez Saint – Germain tarafından Fransa'da ortaya atılmıştır (26). O yüzden yargı yet-kisini kullanırken, bağımsızlık bahanesiyle hükümet etmekten, yargıçlar hü-kümeti noktasına gelmekten özenle kaçınılmalıdır (27).

Üçüncü olarak, buna benzer kaygılarla yazılı hukuku yargı kararında eleştirmek bile, erkler arası saygıya ve erkler aykırılığı ilkesine aykırıdır. Böyle bir gerekçenin yargılaşmasına izin verilemez. Çünkü bu tür bir gerekçe yetki aşımı (excès de pouvoir) nedeniyle sakattır. Nitekim, "iğreti tutkuların esinlenmiş yasanın korkunç sonuçlarından", "yazılı hukukun ölçüsüz istisna" getirdiğinden söz eden mahkeme kararlarının kesin yargıya dönüşmesine Fransız Yargıtayı izin vermemiştir (28). Yine Fransız Yargıtayı, ticari kiralarla ilgili yasayı uygulamakla birlikte eleştiren yargı kararını aynı gerekçeyle bozmuştur (29). Bu bozma kararları elbette yerindedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, yazılı hukuku uygulamakla yükümlü bir yargıcın yargılama dışındaki düşünsel etkinliklerde, olan (yürürlükteki) yazılı hukuku (de lege lata) olması gereken hukuka (de lege ferenda) göre değerlendirmesi, gerektiğinde onu eleştirmesi ne denli ödevi ise, bir yargı kararında bunu yapması, yansızlığını ve yargıçlık yeterliliğini gölgeleyici bir tutumdur. Böyle bir davranış, yargıla-ma ve adaleti kirletir. Buna kimsenin hakkı yoktur.

Özetle, nesnel mantıkla davranan bir yargıç, hem yansızdır ve hem de kişisellikten arınmış bir yargıçtır. Her yargıcın da böyle olması zorunludur. Düşünsel ve psikolojik olarak bunu beceremeyenlerin yargıçlık yapmaya hakları yoktur. Çünkü onlar, daha işin başında önyargıyla doldurdukları bir

(26) PERROT, s. 26.

(27) MUSSO, s. 940.

(28) 17.5.1907 ve 9.7.1908 tarihli kararlar için bakınız: MIMIN, *Le style des jugements*, Pa-ris, 1978, n. 106.

(29) 30.5.1967 tarihli kararlar için bakınız: PERROT, s. 25.

beyne ve vicdana sahiptirler. Böyle bir beyin ve vicdan ise, yargıçlık yapmak için çok yaşlı ve çok hastadır.

Diyelim şudur.Türk hukukçusu ve özellikle yargıcı, yargılamanın ve yargı kararlarının kişisel ideolojilere, kaygılara, görüşlere, inançlara araç kılınmasına engel olmalıdır. Yüzeysel değil, derin hukukun yürek vuruşlarını karar ve içtihatlarının her sözcüğünde duyumsamalıdır. Çağın değerleri ve ruhuyla ancak böylelikle denk düşülebilir.

Hukuk ve adalet sevdalısı her meslektaşın içinde yer alması gereken soylu bir kavgadır bu. "Ne korkunçtur düşmek kavganın haricine" (N.Hikmet).

ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ VE KESİN HÜKÜMLERİN ÇATIŞMASI

Sadi BÜYÜKEREN (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : I- Giriş. II- Tarihsel Gelişim ve Anayasanın Üstünlüğü İlkesi, A- Egemenlik. B- Osmanlık İmparatorluğu'nda Egemenlik Anlayışı. C- Cumhuriyet Döneminde Egemenlik Anlayışı. 1- Yasama Meclisinin Yargısal Denetim ile Denetlenmediği Dönem. 2- Yasama Meclisinin Yargısal Denetim ile Denetlendiği Dönem. III- Anayasa Mahkemesi ve Anayasaya Uygunluk Denetimi. A- Anayasa Mahkemesi'nin Sistemimizdeki Yeri. B- "Yargıç Devleti" Çekincesi. C- Anayasaya Uygunluk Denetimi. IV- Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Bağlayıcılığı ve Etkisi. A- İptal Kararlarının Bağlayıcılığı. B- İptal Kararlarının Etkisi. V- Özel Hukukta Mahkeme Kararları. A- Kesin Hüküm. B- Şekli ve Maddi Anlamda Kesin Hüküm. C- Kesin Hükümlerin Bağlayıcılığı ve Etkisi. D- Kesin Hükümlerin İcra Zamanlaşımı. E- Özel Hukukta Kesin Hükümlerin Çatışması. VI- Hukuk Mahkemeleri Kararları ile Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Çatışması. VII- S o n u ç.

I- GİRİŞ

1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası (153. maddesi ile), Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümeyeceği, yani eski anlamıyla makalede şamil olmama ilkesini benimsemiştir. Parlamenter hukuk devletinin en temel özelliği olan "**hukukun üstünlüğü**" ilkesi ile "**Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği**" ilkesinin uyum içinde olduğu söylenemez. Egemenliği millet adına kullanan kişi, kurul ya da organların, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı kalarak, görevlendirilip yetkilendirildikleri alanlarda faaliyette bulunmaları amaçlanır. Norm çıkarmak suretiyle egemenliği millet adına kullanan yasama meclisinin, oluşturduğu herhangi bir normun, Anayasa'ya uygunluk denetimi sonunda, bütün uygar ülkelerde kabul edilen, hukukun bilinen prensiplerine ve Anayasa'nın açık hü-

(*) Yargıtay 17. HD. Tetkik Hâkimi.

kümlerine aykırı olduğunun saptanması ile iptaline dair verilen Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi; hukukun üstünlüğü ilkesinden ne şekilde uzaklaşıldığının veya bu ilkenin ne biçimde çiğnendiğinin anlatımıdır. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir normun, yasama meclisinden çıkıp yürürlüğe girdiği günden itibaren, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasına kadar geçen süre içinde uygulanabilirliği, hukukun ve Anayasanın üstünlüğü ilkesi ile çatışmaktadır. Anayasa Mahkemesi "hukukun üstünlüğü" ilkesini temin etmek ve hayata geçirmek için Anayasaya aykırı bir normu iptal ederken, aynı zamanda kamu düzenini ve kamu yararını temin etmektedir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesi istisnasız ve katı biçimde Anayasa hükmü olarak mevcut bulunmakta ise de; konumuz itibariyle, **kesinleşmiş özel hukuka ilişkin yargı kararları ile verildiği anda kesin olan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, uygulanabilirliği ve çatışması üzerinde duracağız.** Öncelikle, ileri süreceğimiz görüşlerin gerekçesini oluşturması nedeniyle, Anayasa hükümleri ve mevcut normlar çerçevesinde konu ile ilgili hukuki müesseselerin ortaya konulmasını uygun bulduk.

II- TARİHSEL GELİŞİM VE ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ

A. Egemenlik

"Hakimiyet" olarak da kullanılan egemenlik sözcüğü ile milletin ve milletin oluşturduğu tüzel kişilik olan devletin haiz olduğu yetkilerin tümü açıklanmak ve anlatılmak istenmektedir.

"**Egemenlik, kayıtsız şartsız milletindir**" ilkesi, ilk olarak 26 Ağustos 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nde (madde: 35) "Her egemenliğin özü esas olarak Milletindir. Hiçbir heyet, hiçbir fert açıkça millettten kaynaklanmayan bir otoriteyi kullanamaz." hükmü ile ortaya konulmuştur. Sonra 3 Eylül 1781 Fransız Anayasası'nda da olduğu gibi (madde:1) "Egemenlik tekdir, bölünemez, devredilemez ve zamanaşımına uğrayamaz. Millete aittir. Halkın içinden bir bölüm ya da fert bu egemenliğin kullanılmasını kendisine maledemez" (1) ifadesi ile egemenliğin kayıtsız ve şartsız millete ait olduğu ilkesi ulusal anayasalarda yer almaya başlamıştır.

(1) TEZİÇ E., Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), İstanbul- 1991, sahife: 93.

B. Osmanlı İmparatorluğu'nda Egemenlik Anlayışı

Dünyada özellikle Fransa'da bu gelişmeler meydana gelirken, Padişah ve Ailesinin egemenliği ile şekillenmiş Osmanlı İmparatorluğu'nda ise; Senedi İttifak (2), Tanzimat (Gülhane Hattı Hümayunu) (3), Islahat (4) ve Adalet Fermanları (5) adı altında Padişah ve Ailesinin egemenliğini kısıtlayan hükümler ortaya konulmuş, ilan edilmiştir. Ancak bunların bir kısmı uygulamaya konulabilmiş, bir kısmı ise uygulamaya konulamamıştır. 23 Aralık 1876 tarihine gelindiğinde ilk Osmanlı Anayasası (Kanuni Esasisi) ilan edilip yürürlüğe konulmuşsa da; birçok devlet ve özellikle Fransa "milli egemenlik" ilke ve akımları ile yeni devlet sistemlerini oluştururken, Osmanlı Anayasası'nda Meclis-i Mebusan ile Meclis-i Ayan'dan meydana gelen, fakat hemen hemen yok denecek kadar az yetkisi olan Umumi Meclis kurulmuş, **egemenliğin kayıtsız şartsız Osmanlı Ailesi'ne ait olduğu, yasama ile yürütme yetkisinin Padişahda bulunduğu ve yargı gücünün ise bağımsız kılındığı** (6) kuralları ile yetinilmekten daha öteye gidilememiştir.

C. Cumhuriyet Döneminde Egemenlik Anlayışı

Cumhuriyetin ilk yıllarında 85 sayılı Kanun ile 20.1.1337 (1921) tarihinde kabul edilen ilk Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (**1921 Anayasası**) birinci maddesinin ilk cümlesinde "Hakimiyet bila kaydü şart milletindir" ibaresi ile egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu ilkesini getirmiş, ikinci maddesinde "İcra kudreti (7) ve teşri selahiyeti (8) milletin yegane ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisi'nde tecelli ve temerküz eder (9)" demek suretiyle de milletin egemenliğinin Büyük Millet Meclisi tarafından temsil edilip kullanılacağı açıklanmıştır. Sonradan 491 sayılı Kanun ile 20.4.1924 tarihinde Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (**1924 Anayasası**) (10) da 3, 4 ve 6. maddelerinde

(2) (1223)-(1807) Şaban'ın ortası.

(3) Şaban 1255 (1839) tarihinde.

(4) 28 Şubat 1856 tarihinde.

(5) 1292 (1875) yılında.

(6) BİNGÖL İ., Ülkemizde Anayasa Hareketleri, 1993, sahife: 53.

(7) İcra kudreti: Yönetme erki, hükümet etme yetkisi.

(8) Teşri selahiyeti: Yasama, kanun koyma yetkisi.

(9) Tecelli ve temerküz etmek: Meydana çıkıp, baş gösterip belirme ve merkezlenip, toplanıp yığılması.

(10) 16 Ramazan 1342 ve 20 Nisan 1340 (1924) Resmî Gazete no: 7.

ynı ya da benzer hükümleri (11) tekrarlamak suretiyle yine milli egemenlik ilkesi, yani egemenliğin kayıtsız ve şartsız millete ait olduğu ilkesi benimsemiştir. Bu **millî egemenlik ilkesinin** yanısıra hem 1921 Anayasası'nda hem de 1924 Anayasası'nda, **Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi** de mevcut ve geçerliydi. Ancak bu ilkelerin anılan Anayasa'larda yer alması, çok partili parlamento rejiminin Anayasa'larda düzenlendiği gibi işlemesi için yeterli olmadı.

1. Yasama Meclisinin Yargısal Denetim İle Denetlenmediği Dönem

1924 Anayasası'nın yürürlükte bulunduğu son zamanlarda; bazen iktidar partisinin milletvekillerinin erk üstünlüğü, bazen hükümetin egemenliği, hatta çoğu zaman da yürütme gücüne yaptığı etkiler ile iktidar partisinin egemenliği öne çıkıp, **millet egemenliği, iktidara seçimle gelmiş olmanın hukuka aykırı düşen cesaretliliğine yenik düşürülmek istenilmiş ve tüm olup bitenler anayasal kurallara rağmen meşru gösterilmeye çalışılmıştır.**

Demokrasi, iktidarı, seçmenlerin oyuyla işbaşına gelen temsilcilere teslim etmek zorunda olduğundan, iktidarı kullanan meclisin istekleri, ulusun çoğunluğunun isteklerine karşıt olabilir. Meclis, eğer ağır basan bir güce güvenebilirse, dokunulmazlık kazanmış olmanın rahatlığı ve hukuka (ya da Anayasa'ya) dayanmayan yersiz cesareti ile çoğunluğun isteklerine aykırı hareket edebilir (12).

Çoğulcu parlamenter sistemlerde, Anayasa'larla meclislerin egemenliği ile ilgili hükümler getirilmiş ise de; mecliste çoğunluğu sağlayan iktidarın, Millet Meclisi'nin üzerinde hükümet egemenliği oluşturma yolundaki girişimleri, demokratik sistem ile amaçlanan düzeni bozan ve dengeyi sarsan icraatları engellenememiştir. Egemenliğin, kayıtsız şartsız millette olduğu ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkelerinin sadece benimsenmeleri, bu ilkelerin hayata geçirilmesinde yeterli olamamıştır.

Çoğunluğa dayanan parlamento sisteminde asıl mesele yasamacı'yı yürütücü'ye göre güçlendirmek meselesi değildir. Bunların her ikisi de hükümete ve meclislere egemen olan çoğunluğun elindedir. Bir tek elde toplanmış

(11) **1924 Anayasası madde: 3** "Hakimiyet bila kaydü şart millettir."

1924 Anayasası madde: 4 "Türkiye Büyük Millet Meclisi, milletin yegane ve hakiki mümessili olup, milletin namına hakkı hakimiyeti istimal eder."

1924 Anayasası madde: 6 "Meclis, teşri selahiyetini bizzat istimal eder."

(12) RUSSEL B., İktidar (Power: A New Social Analysis) 1938, sahife: 197.

olan böyle bir gücün karşısında muhalefetin söz hakkını ve hareket olanaklarını garantiye almak gerekir. Kanunların Anayasa'ya uygun olup olmadıklarını anlamak için yapılacak bir kontrol, parlamento yöntemlerine ters düşen bir davranış değildir. Bunun tek bir amacı vardır. O da meclislerde yapılan görüşmeler sırasında, ya da bunların onayladıkları kanun metinlerinin kapsamı içinde, çoğunluğun, muhalefeti baskı altına almasını engellemektir (13). Dolayısı ile irtibatsız görünse bile, çoğunluğa dayanan parlamento sisteminde iktidarı, yargı denetimine tabi tutmak, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi çerçevesinde, egemenliğin kayıtsız ve şartsız millete ait olduğu ilkesinin temini için gereklidir. Aksi takdirde **çoğulcu parlamenter sistemin gereği olan seçimler ile; yasama ve yürütme faaliyetleri denetlenemeyen meclis ve hükümetler oluşturmak, seçimle gelen hanedanlar, padişahlar veya krallar oluşturmaktan öteye gidemez.**

2. Yasama Meclisinin Yargısal Denetim İle Denetlendiği Dönem

Yukarıdaki açıklamalar gösteriyor ki; 1924 Anayasası'nın, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesini gerçekleştirdiği ve hayata geçirdiği söylenemez. 334 sayılı Kanun ile 9.7.1961 tarihinde kabul edilen **1961 Anayasası** (14) egemenlik anlayışını diğer önceki Anayasa'lar gibi açıklarken ayrıca egemenliğin kullanılışı bakımından farklı bir formül benimseyerek, tüm düzenlemelerine ışık tutan, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmeyi amaçlamıştır.

Egemenlik, kayıtsız şartsız Türk Milleti'nindir. Millet, egemenliğini Anaysanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, belirli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiç kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz (Anayasa madde: 4).

Yasama yetkisi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez (madde: 5).

Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir (madde: 6).

Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır (madde: 7).

(13) DUVERGER M., Seçimle Gelen Krallar (Bilimsel ve İnceleme Dizisi: 8) sahife: 169 ve devamı.

(14) 20 Temmuz 1961 gün ve 10859 sayılı Resmî Gazete ile yayımlandı.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır (madde: 8).

Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler (madde: 147) (15).

Anayasa Mahkemesi kararları kesindir.

.....

Anayasa Mahkemesi kararları, Resmi Gazete'de hemen yayınlanır ve Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar (madde: 152).

Son iki paragrafta belirtilen 1961 Anayasası'nın 147 ve 152. maddeleri ile bu maddeler arasında kalan diğer hükümler ve 8. madde, egemenliğin kullanılmasında, Anayasa'nın üstünlüğü ve bunun teminindeki güvenceyi de kuşkuya yer bırakmayacak şekilde düzenlemiştir.

1961 Anayasası, Anayasa'nın üstünlüğünü sadece teorik düzeyde ifade etmekle yetinmemiş, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimini benimsemek suretiyle, Anayasa üstünlüğünün gerçek güvencesini ve müeyyidesini sağlamıştır. 1961 Anayasası'na göre bu denetim bazı durumlarda genel mahkemelerce de yapılabilmeyle beraber, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde esas görev, 1961 Anayasası ile kurulmuş olan Anayasa Mahkemesi'ne düşmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını ve kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetiminin kabulünü 1961 Anayasası'nın en önemli ve etkili yeniliklerinden biri saymak yanlış olmaz (16).

1961 Anayasası'na göre, daha uzun, ayrıntılı ve katı kurallar getiren, otorite-hürriyet dengesinde otoritenin ağırlığını artıran, yürütme organını devlet yapısı içinde güçlendiren, **1982 Anayasası'nın** (17) 6. maddesinde;

(15) 1961 Anayasası'nın 147. maddesinin birinci fıkrası, 20 Eylül 1971 günü kabul edilen ve 21 Eylül 1971 tarihli Resmî Gazete ile yayımlanan 1488 sayılı Kanunun getirdiği değişiklikten sonra şu şekilde düzenlenmiştir. "**Anayasa Mahkemesi, Kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclis İçtüzüklerinin Anayasa'ya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler**" (SOYSAL M., Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Ankara-1975, sahife: 81).

(16) ÖZBUDUN E., Türk Anayasa Hukuku, Ankara-1990, sahife: 19-20.

(17) 9 Kasım 1982 gün ve 17863 mükerrer sayılı Resmî Gazete ile yayımlandı.

egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu, 11. maddesinde; Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü, 146 ila 153. maddelerinde de; egemenliğin kayıtsız şartsız millette bulunduğu ve Anayasa'nın bağlayıcılığı ile üstünlüğü ilkelerinin teminatı olan Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş, görev ve yetkileri ile kararlarının etkisi düzenlenmiştir. Açıklanan konular itibarıyla 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndaki benzer hükümleri daha kazuistik bir ifade ile tekrar etmektedir.

III- ANAYASA MAHKEMESİ VE ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ

A. Anayasa Mahkemesi'nin Sistemimizdeki Yeri

1961 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi, Üçüncü Bölümde "Yargı" başlığı altında, ama "Yüksek Mahkemeler" alt başlığının dışında en son kısımda ayrı bir başlık ile ayrıca düzenlendiği halde, 1982 Anayasası bu sistemden ayrılarak, Anayasa Mahkemesi'ni Dördüncü Bölümde "Yargı" başlığı altında yer alan "Yüksek Mahkemeler" içinde ve öncelikle düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenen görev ve yetkileri itibarıyla, "Yüce Divan" sıfatı ile gösterdiği yargısal faaliyeti bakımından "Yüksek Mahkemeler" içerisinde yer alması yerinde ise de; bir kısım normların şekil, bir kısım normların ise hem şekil hem de esas yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapan Anayasa Mahkemesi'nin bu son olarak açıklanan, yani "Yüce Divan" sıfatı ile yerine getirdiği yargısal faaliyetleri dışında kalan görev ve yetkileri bakımından, Anayasa'nın "Genel Esaslar" başlığını taşıyan ilk kısımda, 11. madde kapsamında veya bu maddeden hemen sonra düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

"Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü" başlığını taşıyan 1982 Anayasası'nın 11. maddesi; "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" hükmünü içermektedir. Bu maddede açıklanan emredici kuralların ne şekilde gerçeklik bulacağını düzenleyen hükümlerin, yani Anayasa Mahkemesi'nin sistemimizdeki yeri, yetki ve görevleri ile kararlarının etkinliğinin açıklandığı kuralların "Genel Esaslar"ın düzenlendiği kısım içerisinde yer alması daha gerçekçi olurdu.

Her parlamenter sistem, Anayasa'ya uygunluk denetiminde, Anayasa Mahkemesi ile yargısal denetim biçimini kabul etmemiştir. Parlamenter dev-

letlerden bir kısmı, parlamentoların içerisinde "**Özel Komisyon**" kurulmasını ve tasarıların norm halini almadan önce özel komisyondan geçirilmesini kabul ettiği halde, bir kısım devletler de üstün yetkili "**Anayasa Jürisi**" seçerek, bu jürinin kurallarına uyma zorunluluğunu benimsemiştir (18). Ülkemizde Anayasa'ya uygunluğun denetlenmesi ve Anayasa'nın üstünlüğünün temini için "**Yargısal Denetimin**" kabul edilmiş olması ayırt edici ve genel özelliklerdendir.

Diğer yandan normların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi için gösterilen yargısal faaliyet ve yetkiler, bilinen ve klasik anlamda (Yerel Mahkemeler, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından yerine getirilen) yargısal faaliyet ile aynı değildir. Mevcut bir normun somut ilişkilerde somut olaya tatbik edilmesi ile mevcut bir normun Anayasa'ya ve daha üst bir norma uygun olup olmadığının belirlenmesi, uygun değilse yürürlükten kaldırılma sonucunu getirecek şekilde iptaline karar verilmesi birbirinden farklı yargısal faaliyetlerdir. Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın Birinci Kısımda kaleme alınan "Genel Esaslar" başlığı altında düzenlenmesi gerektiği yolundaki görüşlerimizi tekrarlıyoruz.

B. "Yargıç Devleti" Çekincesi

Genel oy ile seçilen yasama organının karşısında aynı ölçüde demokratik kaynaklı olmadığı ileri sürülen bir denetim mekanizmasının konulmasının tehlikesinden ve kısaca "yargıç devleti" yaratmaktan sözedilmekte ise de; yargılanan ve hüküm giyen yasama organı olmayıp, bu organdan çıkan normdur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi görev ve yetkileri itibarıyla ortadan kaldırdığı normun yerine yenisini koyma yetkisi ile donatılmadığı gibi yasama organının üzerinde de yer almamaktadır (19). Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerini sadece şekil yönünden Anayasa uygunluk denetiminde sınırlı yetkiye sahip olduğu halde (1982 Anayasası madde: 148/2), kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün ve yasama dokunulmazlığının kaldırılması ile milletvekilliğinin düşmesine ilişkin kararların hem şekil, hem de esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetimi yapabilmektedir.

(18) SOYSAL M., 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Ocak-1977, sahife: 200.

(19) SOYSAL, Adı geçen eser, sahife: 201-202.

Anayasa'da sayılan normların Anayasa'ya uygunluğunun denetimi, Anayasa Mahkemesi'nde **iptal** veya **itiraz** davasına konu edilen normun, Anayasa hükümleri ile çatışıp çatışmadığının belirlenmesi, çatışıyorsa iptal edilmesi, aksi takdirde uygunluğunun karar altına alınmasıdır. Elbette Anayasa'ya uygunluğu denetleme yetkisi çok önemli ve çok güçlü bir yetkidir. Ancak Anayasa Mahkemesi evvelce yürürlükte bulunan ya da yeni çıkarılan bir norm için hiçbir zaman kendiliğinden (re'sen) harekete geçmemekte ve Anayasa gereğince egemenliği millet adına kullanma yetkisi ile donatılmış, yasama yetkisinin kullanıldığı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin üyelerinden biri veya belirli bir kısmının, yürütme organı içerisinde sayılan Cumhurbaşkanının veya Türk Milleti adına yargı yapma yetkisi ile donatılmış bağımsız mahkemelerin dava açması ile Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılabilir. Kısaca, **Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasını talep edebilme hakkı, yine millet adına egemenliği kullanma yetkisi ile donatılmış kişi, kurul ve yargı organlarına tanınmıştır.** Bütün bu açıklamalar ışığı altında "yargıç devleti" çekincesini anlamak güçtür. Nitekim, egemenliği millet adına kullananlar, yine egemenliği millet adına kullanma yetkisine haiz organ eliyle denetlenmektedir.

C. Anayasaya Uygunluk Denetimi

Unutulmamalıdır ki; anayasal yargı denetimi, siyasal iktidarların geçerliliğini sağlamakta, rejim tartışmalarını, siyasal buhranları önlemekte, demokrasiyi öz ve biçim olarak gerçek kılmaktadır. (Anayasa Mahkemesi ile) çoğunluk baskısı kırılmakta, Cumhurbaşkanı ile yasama organı karşı karşıya geldiğinde anlaşmazlığı çözecek bir başvuru kapısı (olarak) ulusuna hizmet için açık bulunmaktadır (20).

Anayasa'ya uygunluk denetiminin esas bakımından yapılması ve Anayasa'ya aykırılıkların saptanması sırasında, normun oluşturulmasındaki sebep ve nedenlerdeki takdir yetkisi yasama meclisine aittir. Bu denetim sırasında Anayasa Mahkemesi'nce yerindelik denetimi yapılamaz. Ancak normun itiraz edilmesindeki nihai amacın kamu yararına ve kamu düzenine uygun olması gerektiği de yasama organı tarafından iyi bir biçimde takdir edilmelidir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi tarafından normların içerdiği hukuki durum ve oluşturmayı amaçladığı sonuçları itibarıyla "**hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde kabul edilen prensiplerine, ayrıca Anayasa'nın açık hü-**

kümlerine" (21) aykırı olmamak gereğine uygun nitelikte oluşturulup oluşturulmadığı denetlenmektedir.

IV- ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI VE ETKİSİ

A. İptal Kararlarının Bağlayıcılığı

Sadece bir önsöz, sadece bir sunuş zannedilmesinin aksine, sadece madde numarası taşımayan "Anayasa Başlangıç Hükmü" ile

.....

"Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milleti'ne ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi veya kuruluşun bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icapları ile belirlenmiş **hukuk düzeni dışına çıkamayacağı**;"

.....

kurallı, emredici özelliği itibariyle 1982 Anayasası'nda yerini almıştır.

Egemenliğin temsil edildiği tek organ Türkiye Büyük Millet Meclisi değildir. 1961 ve 1982 Anayasalarına göre egemenlik kapsamındaki yasama-yürütme yetkisini kullanan ve ulusun temsilcilerinden oluşan kamutay (meclis), yine egemenlik kapsamındaki yargı yetkisini kullanan bağımsız yargılıklar (mahkemeler) demokrasinin başlıca göstergesidir (22).

Anayasa gereğince yürütme yetkisi yukarıda açıklandığı gibi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna tanınmış olup, yürütme görevi de bu kişi ve kurul tarafından yerine getirilecektir. Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin oluşturduğu normları, aldığı kararları ve iç hukuka kazandırdığı uluslararası hukuktan aktarılan kuralları yürütür ve uygular.

Özel hukukta yargı ise; sadece 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde açıklanan "...Hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan meselede hâkim örf ve âdete göre, örf ve âdet dahi yoksa kendisi vazı kanun (23) ol-

(21) Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı: 2, sahife: 288-293 (Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1964 gün ve E: 1963/166, K: 1964/76 sayılı kararı).

(22) ÖZDEN, Adı geçen eser, sahife: 178-179

(23) Vazı kanun: Kanun yapan, kanun hazırlayan ve yürürlüğe koyan, yasaman.

saydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek (24) idiye ona göre hükmeder" kuralı gereğince hakkında düzenleyici norm bulunmayan davalarda şartları oluşturduğu takdirde sadece o dava ile sınırlı olmak kaydıyla yasa koyucu gibi hareket edebilecek, diğer tüm yargı işlerinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin oluşturduğu ve iç hukuka kazandırdığı normları uygulamak durumunda olacaktır. Hâkim, Türk kanunlarını doğrudan doğruya uygulamakla görevlidir (25). Anayasa gereğince mahkemeler bu görevlerini yerine getirirken bağımsızdırlar. Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre yargılama yaparak kararlarını vermektedirler.

Bir bakıma, hem yürütme organları hem de yargı organları, yasama organının oluşturduğu ve iç hukuka kazandırdığı normları uygulamak durumundadırlar.

Yürütme organları, hem yasama meclisi hem de yargı organları tarafından denetlenir. Yargı organı ise yine yargı tarafından kendi içerisinde denetlenmektedir. Millet iradesinin mutlak üstünlüğüne, yine bu üstün irade ile oluşan Anayasa'ya bağlı olarak çalışmak durumunda olan yasama organı ise **oluşturduğu normlar itibariyle** Cumhuriyetin ilk dönemindeki gibi denetlenemez değildir. Sistem itibariyle yasama, yürütme ve yargı erklerinde ayrılığı (kuvvetler ayrılığını) benimseyen parlamenter demokratik hukuk devleti içerisinde yasama organının denetimi, (dolaylı olarak) oluşturduğu normların Anayasa'ya uygunluklarının denetlenmesi suretiyle yapılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararları, Anayasa'nın 153/1. maddesi uyarınca kesindir. Yani, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı kanun yoluna (temyiz ve karar düzeltme yollarına) başvurulamaz. Kanun yollarına başvurma olanağı olmayan iptal kararları ittihaz edildiği anda **şekli anlamda** kesin olduğu gibi, dava konusu normun Anayasa'ya uygunluğunun veya aykırılığının saptanmış olması bakımından da aynı zamanda **maddi anlamda** da kesindir. Anayasa'nın anılan maddesinin son fıkrası hükmüne göre: "Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete'de hemen yayımlanır ve **yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.**"

Anayasa'ya uygunluk denetimi sonunda, verilen karar; dava konusu normun Anayasa'ya uygunluğunun saptanması ile Anayasa'ya aykırılık iddiası-

(24) Vazetmek: Koymak.

(25) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.11.1962 gün ve E: 6/88, K: 67 sayılı ilamı.

nın ve iptal ya da itiraz davasının reddi yönünde ise; söz konusu norm, yürütme ve yargı organları ile idari makamlar tarafından uygulanmaya devam edilecek, aynı zamanda gerçek ve tüzel kişiler bu norma dayalı ilişkileri gibi, hak arayıp, hak kaybedebileceklerdir. Anayasa Mahkemesi tarafından işin esasına girilerek itiraz veya iptal davaları reddedilmiş ve bu kararlar Resmi Gazete'de yayımlanmışsa, artık yayım tarihinden itibaren on yıl geçmedikçe aynı normun Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyeceğinden, bu yönüyle **red kararlarının bağlayıcılığı; sadece Anayasa Mahkemesi'ne iptal veya itiraz davası açabilme yetkisiyle donatılmış kişi, kurul ve organları süre yönünden bağlayıcıdır.**

Ancak, Anayasa'ya uygunluk denetimi sonunda, dava konusu edilen normun Anayasa'ya aykırılığının saptanması ile iptaline karar verilerek, iptal kararının gerekçesi ile birlikte Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla (iptal kararının yürürlüğe gireceği ayrıca bir süre kararlaştırılmamışsa) söz konusu norm yürürlükten kalkar. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının bağlayıcılığından, ülke içerisinde tüm Devlet organları ile gerçek ve tüzel kişiler etkilenir. Yasama organı, iptal edilen normla oluşturulmak istenilen sonuçları tekrar aynı biçimde veya benzer biçimde oluşturmayı gerçekleştirilememeye yönüyle bağlıdır (26). Yargı organları, Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilen norma dayanılarak açılmış ve açılacak davalara artık bakamayacak ve iptal edilen norma dayalı karar veremeyeceklerdir. Yürütme organı ve idari makamlar da; Anayasa'ya aykırı bulunduğu için iptal edilen norma dayanarak iptalden önceki gibi işlem ve uygulama yapamayacaklar, gerçek ve tüzel kişiler de yürütme ve yargı organlarından ve idari mercilerden iptal edilen normun oluşturduğu sonuçları talep edemeyecek, dava konusu yapamayacak, ayrıca iptal edilen norm nedeniyle haklı veya haksız olamayacaklardır.

(26) Yasama organı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen, iptal edilen norm ile aynı sonuçları oluşturacak yeni bir normu (hukukun ve Anayasa'nın üstünlüğü ile yargısal denetimin bağlayıcılığı ilkelerini tanımaz bir tutum içine girerek) yürürlüğe tekrar koymak isterse; **a-** aynı konuda önceden açılmış, incelenerek sonuçlandırılmış iptal veya itiraz davasının ortaya koyduğu maddi anlamdaki kesin hükmün sonuçları itibarıyla, Anayasa Mahkemesi, yasama organının hukuk ve Anayasa'yı bertaraf etmeye yönelik bu uygulaması karşısında, iptal veya itiraz davası açılmasını beklemeden **kendiliğinden (re'sen) harekete geçebilmeli**, **b-** bu şekilde çıkartılan norma hiç yürürlük tanınmadan Anayasa Mahkemesi hemen **yürürlüğü durdurma kararı verebilmelidir**. Anayasanın üstünlüğüne inanan, hukuka saygılı ve aynı zamanda cerasetli siyasal iktidarlar tarafından bu hususlarda yapılması gerekli değişiklik ve düzenlemenin bir an evvel gerçekleştirilmesi dileğimizdir.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek yürürlükten kaldırılan normların, iptal kararından önce açılan ve görülmekte olan davalar ile yine iptal kararından önce idari makamlara yapılan ve sonuçlanmamış olan talep ve başvurulara ait işlemlere uygulanma olanağı yoktur.

B. İptal Kararlarının Etkisi

Anayasa'ya uygun bulunmadığı saptanan normun Anayasa Mahkemesi tarafından iptaline karar verilerek, Resmi Gazete'de iptal kararının yayımlanmasıyla; kamu düzeninde ve kamu vicdanında oluşturduğu hukuka aykırılık vakası son bulmaktadır. İptal kararı ile ortaya yeni bir durum, yeni bir hukuki çerçeve çıkmakta ise de; bu Anayasa'ya uygunluk denetiminde, yargısal denetim metodunun seçilmesinden kaynaklanan sonuçtur. Bu sonuç Anayasa Mahkemesi'nin meydana getirdiği bir sonuç olmayıp, doğrudan yasama organını etkileyen bir sonuçtur.

Yasama organının çıkardığı yeni bir norm veya ülkemizde Anayasa'ya uygunluk denetimi ile ilgili "yargısal denetim" in benimsenmesinden önce yürürlüğe konulan normlar nasıl ki herkes için bağlayıcı ve bilinmesi-uyulması gerekli ise; bu normlardan birinin ya da bir kısmının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi de herkes için etkili olup, sonuç ve hüküm meydana getirir (27).

V- ÖZEL HUKUKTA MAHKEME KARARLARI

A. Kesin Hüküm

1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 237. maddesi "Kesin Hüküm" başlığını taşımakta ve "Kaziyei muhkeme, ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir.

Kaziyei muhkeme, mevcuttur denilebilmek için iki tarafın ve müddeabihin ve istinat olunan sebebin müttehith olması lazımdır" (28).

Kesin hüküm, uyuşmazlıkların yanlar arasında kesin bir biçimde halledilmesi, çözümlenmesidir. Türk Milleti adına yargılama yetkisini kullanan bağımsız mahkemeler, herhangi bir dava (uyuşmazlık) konusunda yer ve za-

(27) ÖZBUDUN, Adı geçen eser, sahife: 396 ve devamı.

(28) BİLGE N.,-ARSLAN R., Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (Kanun no: 1086, Kabul tarihi: 18.6.1927. Resmi Gazete ile yayımı: 2-3-4 Temmuz 1927) sahife: 147.

man itibariyle defaatle meşgul edilemezler. Aynı zamanda, uyuşmazlıkların halinde ülke içinde hukuk ve yargıdan faydalananlar arasında istikrar, hukuka saygı ve yargıya güven ancak hükümlerin kesinleşmesi (kesin hüküm) ile sağlanabilir.

B. Şekli Ve Maddi Anlamda Kesin Hüküm

Hükümler ya yasa gereği olarak temyiz edilememelerinden dolayı kesindir (29) ya da temyiz edilebilen kararlarda olduğu gibi kanun yoluna başvurma süresinin geçirilmesi, süresi içinde kanun yoluna başvurulmuş ama hükmün Yargıtay tarafından onanması, onama kararına karşı karar düzeltme yolunun bulunmaması, karar düzeltme yolunun açık olması halinde, karar düzeltme yoluna başvurma süresinin geçirilmesi veya karar düzeltme talebinin reddedilmesi ve son olarak da temyiz incelemesi sonunda bozulan yerel mahkeme kararının karar düzeltme yoluna başvurulduğunda hükmün onanmış olması hallerinde (30) şekli anlamda kesin hüküm oluşur.

Maddi anlamda kesin hüküm ise; şekli anlamda kesinlik kazanan kararlara tanınan kanuni hakikat (gerçeklik) vasfıdır. Maddi anlamda kesinlik kazanmış hükümler, mahkeme kararlarına güvenilmesi ve uyulması, yanlar arasındaki uyuşmazlığın bütün bir gelecek için son bulması ve çelişkili kararlar verilmesine engel teşkil etmesi ile toplum hayatı için gerekli olan istikrarı sağlamaktadır.

C. Kesin Hükümlerin Bağlayıcılığı Ve Etkisi

Genel olarak, **mahkeme kararları yasama, yürütme organları ile idareyi bağlar. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.** Bu âmir hükümler Anayasa'nın 138/4. maddesinde yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının aksine, özel hukukta kesin hüküm, yalnız uyuşmazlığın yanları için kesinlik teşkil eder. Yanlar arasındaki uyuşmazlık nedeniyle ilk açılan (birinci) davada oluşan kesin hüküm, aynı yanlar arasında aynı konu ve aynı sebebe dayanılarak açılacak ikinci davanın, kesin hüküm nedeniyle reddedilmesi sonucunu taşır. Birinci ve ikinci

(29) H.M.U.K.nun 427/2. maddesi uyarınca miktar ve değeri "1 Ocak 1990 tarihinden itibaren dört yüz bin lira" sınırını geçmeyen taşınır mal ve alacak davaları sonunda verilen kararlar kesindir.

(30) H.M.U.K.nun 432, 437 ve 440. maddeleri.

davanın yanlarının aynı sayılabilmesi için, her iki davada davacı ve davalı sıfatını taşıyan kişilerin karşılıklı taraf durumunda bulunmaları yeterlidir. Kesin hüküm, yanların haleflerini (31) de bağladığı halde, üçüncü kişileri (istisnaları bulunmakla birlikte) etkilemez. Kısaca kesin hüküm, o davanın davacı, davalı ve asli müdahil (katılan) sıfatını taşıyan kişi ya da kişiler için kesinlik teşkil eder. Ayrıca kesin hükmün, davada taraf olan kişiler ile bunların haleflerinin de dışında bulunan üçüncü şahıs durumundaki kişilere etkili olduğu istisnai durumlar yasalarımızda mevcuttur (32).

Kesin hüküm, yanları bağlayıcı olduğu kadar, mahkemeleri de bağlar. Mahkemeler; konusu, sebebi ve yanları aynı olan kesin hükme rağmen, aynı şekilde sonradan açılan davayı inceleyemezler. Sonradan açılan davada yanlardan biri kesin hüküm itirazında bulunursa, davanın esasına girilmeden, mahkemece yargıdan yararlanabilme (görülebilirlik) şartı bulunmadığı gerekçe gösterilmek suretiyle ikinci davada red kararı verilmesi gerekir.

D. Kesin Hükümlerin İcra Zamanaşımı

Kesin hükümlerin icra edilebilmesi, yani hükümde belirlenen hakkın, haksız taraftan alınıp hak sahibine teslim edilebilmesi için; kesin hükmün ve bu hükümde belirtilen hakkın zamanaşımına uğramamış olması gerekir.

Zamanaşımı; kanunda belirtilen şartlar altında belirli bir sürenin geçmesi sonucu hakkın elde edilememe sürecine girmesidir.

İlama (kesin hükme) dayanan icra takiplerinin son işlem üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 39/1. maddesi hükmüdür. Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 135/2. maddesi de; ilamların on yıllık bir zamanaşımı sürecine tabi olduklarını belirtmektedir. İlamların on yıllık zamanaşımına tabi olması kuralı mutlak değildir. Taşınmaz mülkiyetine, taşınmaz üzerindeki diğer aynı haklara (33), şahsın hukukuna ve aile hukukuna (34) ilişkin ilamlar on yıllık zamanaşımına

(31) Halef: Kanuni veya akdi nedenlerle birinin yerine geçen, ardıl.

(32) Örnek olarak, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1242. maddesinin ikinci fıkrasının son bendi "Kaptan aleyhinde verilen hüküm veya kesinleşen takip donatana da saridir" hükmünü içermekte ve aynı iş ilişkisi içinde olan kaptan veya donatan, sadece kaptanın taraf bulunduğu bir davadan sonra verilen ve kesinleşen hükmün, donatanı da bağlayacağı (veya donatanın da bu hükümden yararlanacağı) özel olarak istisnai biçimde düzenlenmiştir.

(33) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 11.2.1959 gün ve 10/12 sayılı (Resmi Gazete'de yayımı: 29.4.1959 gün ve 10194 sayı ile).

(34) Yargıtay İcra-İflas Dairesi Kararı, 5.12.1967 gün ve 11172/11042 sayılı.

tabi değildir (35). Sınırlı olarak sayılan esaslara ilişkin ilamlar her zaman icra edilebilirler. Bu tür kesin hükümlerin zamanaşımına uğramaları sözkonusu olamaz.

E. Özel Hukukta Kesin Hükümlerin Çatışması

Yukarıda, mevcut bir kesin hükme rağmen, kesin hükmün yanları ile, konusu ve sebebi aynı yeni dava açılması halinde mahkemece red kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştik. Uygulamada, sonradan açılan davada kesin hüküm itirazının yapılmaması, ikinci açılan davaya bakmakta olan mahkemenin kesin hüküm bulunduğunu bilememesi hallerinde yeni bir kesin hüküm ortaya çıkabilir. Her iki kesin hükmün aynı sonucu hüküm altına alması halinde dava konusu hakkın mevcut olup olmadığının mükerrer belirlenip ortaya konulmasından başka herhangi bir sorun yoktur. Ancak kesinleşen hükümler birbirine aykırılık teşkil ediyorsa 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 445/10. maddesi uyarınca yargılamanın iadesi (İade-i Muhakeme) yoluna başvurulabilir. Anılan Usul Kanunu'nun 450/2. maddesi gereğince; birinci kesin hükme aykırı olarak verilen ikinci kesin hükmün iptaline karar verilip, birinci kesin hükme icra kabiliyeti tanınmaktadır. Doktrinde, biraz önce açıklanan kanun hükümlerine rağmen, ikinci kesin hükmün birinci kesin hükme dayanmadan ve ikinci kesin hüküm birinci kesin hükmün etkisinde olmadan verilmiş bulunması nedeniyle, ikinci kesin hükümle birinci kesin hüküm iptal edilmiş sayılır ve yargılamanın iadesi yoluna başvurmaya gerek bile olmadığı belirtilerek, ikinci kesin hükme üstünlük tanınması, böylelikle ikinci kesin hükmün icra edilebileceği (yerine getirilebileceği) görüşü savunulmaktadır (36).

VI- HUKUK MAHKEMELERİ KARARLARI İLE ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARLARININ ÇATIŞMASI

İktidari ve muhalefeti ile tüm ulusun temsilcilerinden oluşan yasama organının, yaşıyan ve gelişen hukukun gereği olarak norm düzenleme ihtiyacını karşılayan faaliyetleri Anayasa'nın verdiği yetki ile yerine getirilir. Bu yetki, DÜZENLEYİCİ YETKİ'dir. Normların Anayasa'ya uygun olup olmadığının belirlenmesi faaliyetleri ise; yine Anayasa'nın tanıdığı yetki ile Anayasa

(35) KURU B., İcra ve İflas Hukuku, Ankara-1983, sahife: 469 ve 501.

(36) KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara-1984, cilt: 4, sahife: 3568.

Mahkemesi tarafından yerine getirilmektedir. Bu yetki ise; DENETLEYİCİ (DÜZELTİCİ) YETKİ'dir.

Mevcut normun yasama organı faaliyeti sonunda yürürlükten kaldırılması ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek ortadan kaldırılması sonuçları bakımından (bütün yönleriyle) aynı değildir. Özel hukukta her uyuşmazlık ortaya çıktığı anda (ve yargı önüne götürüldüğü günde) yürürlükte bulunan normlara göre yargılaması yapıp karara bağlanır. Çekişmenin yargı önüne götürüldüğü günde yürürlükte bulunan norm, yargılamanın devamı sırasında yasama organı tarafından yürürlükten kaldırılrsa bile, çekişmenin çıktığı ve yargı önüne götürüldüğü andaki şekliyle yürürlükteymiş gibi somut olaya uygulanır ve buna göre karar verilir. Oysa, Anayasa Mahkemesi iptal kararı ile ortadan kaldırılan norm, iptal kararından önce açılan dava ile yargı önüne götürülmüş ve halen görülmekte olan uyuşmazlıklara artık uygulanamaz.

Düzenleyici yetki kullanımı ile bir normu yürürlükten kaldırmak, önceden o normdan yararlanma hakkının elde edilmiş olmasını etkilememektedir. Denetleyici (düzeltici) yetki kullanarak bir normu ortadan kaldırmak ise, iptal edilen normdan yararlanma hakkının elde edilmiş olmasını tanımamakta ve uygulanmasına hiçbir zaman olanak vermemektedir. İşte, Anayasa Mahkemesi iptal kararları, elde bulunan uyuşmazlıklara (iptal kararından önce yargı önüne götürülmüş olsalar bile) etki etmekte ve artık dayanılan ve iptal edilen normun davaya uygulanmasına olanak vermemektedir. Kısaca; Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi eldeki davalara uygulanamaz.

Eldeki davalar (karara bağlanmamış uyuşmazlıklar) bakımından durum yukarıda açıklandığı şekilde olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile kesinleşmiş hukuki durumların sonuçlarının ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı ve bu hususların yargı organları tarafından yeniden ele alınıp incelenmesine olanak sağlayıp sağlamayacağı sorunu bulunmaktadır.

Yukarıda açıklandığı gibi kesin hüküm, yanlar arasında ortaya çıkmış çekişmenin (davanın), bütün bir gelecek için son bulmasını temin eder.

Kesin hükmün gereği yapılmış yani icra edilmiş ise, ortada hukuk ve yargının faaliyet alanına giren bir durum da kalmadığından, Anayasa Mahkemesi iptal kararından sonra hukukun ve yargının konusu olmaktan çıkan vak'anın yeniden ele alınıp incelenmesine olanak yoktur. Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi, gereği yerine getirilmiş kesin hükümler bakımından açıktır, yoruma muhtaç değildir.

Ancak özel hukuk alanında kesin hükümlerin oluşması ile içeriğinin (hükümün) icra edilmesi çoğu zaman aynı anda olmaz. Yukarıda açıklandığı gibi, on yıllık icra zamanaşımına tabi olan kesin hükümler bulunmakla birlikte, hiç bir zaman icra zamanaşımına tabi bulunmayan ve her zaman icra edilebilen kesin hükümler de bulunmaktadır.

İcra edilebilme özelliğini, zamanaşımına uğramış olmaları nedeniyle yitiren kesin hükümler icra edilmek istenildiğinde karşı tarafın zamanaşımı itirazı ile karşılaşırsa artık icra edilemezler. Bu yönüyle icra zamanaşımına uğramış ve karşı tarafın zamanaşımı itirazı ile karşılaşmış kesin hükümler bu durumları itibariyle yine hukukun ve yargının konusu olmaktan çıkarlar.

İcra edilebilme özelliğini (zamanaşımına tabi oldukları halde) yitirmemiş kesin hükümler ile icra zamanaşımına tabi olmayan kesin hükümler ise; sanıldığı gibi aksine icra edildikleri sırada, sadece icra hukukunun hükümlerinden yararlanmazlar. Kesin hükmün içerdiği hakkın mevcut olup olmadığını yargılama sırasında belirlemede faydalanılan (yanlara tatbik edilen) norm, kesin hükmün icra edilmesi sırasında da bu kere icra organı, ya da kesin hükmün gereğini yerine getirmek durumunda olan idari makam tarafından uygulanmaya devam edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararından sonra icra edilmemiş ve kesinleşmiş hukuki durumların sonuçlarının ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı sorunu somut bir olayı tahlil ederek, net bir biçimde görüşlerimizi açıklayabilmek için aşağıdaki değerlendirmeyi yapmak durumundayız.

743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 443. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'da ve Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.1981 tarihli kararında yer alan **eşitlik ve aile ile çocuğun korunması** ilkelerine aykırı bulunması gerekçesi ile 11.9.1987 tarihinde, 1/18 sayılı karar ile iptal edilmiştir. Anılan iptal kararının 29.3.1988 tarihinde, Resmi Gazete'de yayımlanmasından **önce**, görevli mahkemede hasımlı olarak açılan veraset davası sonunda verilen ve yanları arasında kesin hükmün sonuçlarını meydana getiren veraset ilamında (mirasçılık belgesinde); miras bırakan kişinin hem nesebi sahih, hem de nesebi sahih olmayan çocukları (mirasçıları) mevcut olduğu için, nesebi sahih olmayan çocuk (yahut bunun mirasçılığı), nesebi sahih çocuğa (yahut bunun mirasçılığına) verilen payın yarısını alacak biçimde karar verilmiş olması söz konusudur. Bu mirasçılık belgesinde açıkça yasa ve madde numarası belir-

tilmemiş olsa bile, miras bırakanın mirasçılarında uygulanan norm Türk Medeni Kanunu'nun 443. maddesidir. Tüm mirasçılarda davada davacı ya da davalı bulunacak şekilde veraset davasının hasımlı açılması nedeniyle de verilen karar yanlar arasında kesin hüküm teşkil edecektir. Diğer yandan mirasçılık belgeleri (veraset ilamları) zamanaşımına uğramayan ve her zaman ilgilileri tarafından dayanılabilen kararlardandır.

Mirasçılardan birinin veya birkaçının bu içerikteki veraset ilamına (mirasçılık belgesine) dayanarak, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından **sonra** miras bırakandan kalan taşınmazı kendi adlarına, mirasçılık belgesinde açıklanan payları oranında intikal işlemlerinin yapılmasını ilgili Tapu Sicil Müdürü'nden talep etmeleri halinde, söz konusu intikal işlemini yapacak Tapu Sicil Müdürlüğü; yanlar arasında kesinleşmiş mirasçılık belgesini uygulamak suretiyle intikali yaparak nesebi sahih olmayan çocuğa (veya mirasçılara), nesebi sahih çocuğa (veya mirasçılara) verilen payın yarısını alacak şekilde kesin hükmün gereğini yerine getirirken. Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarının yanı sıra idari makamları da bağlayıcı olduğu kuralını gözdardı ederek, kendisi de idari makam olduğu ve iptal kararları ile bağlı bulunduğu halde, iptal edilerek ortadan kaldırılan Türk Medeni Kanunu'nun 443. maddesinin ilgili hükümlerini iptal edilmemiş gibi uygulamaya devam edebilecek midir?

Elbette idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır ve yasama ile yürütme organı gibi idare de mahkeme kararlarını değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Ancak aynı idare, iptal edilerek ortadan kaldırılan normun, artık ilgililerine uygulanamayacağını açıklayıp ortaya koyan Anayasa Mahkemesi iptal kararları ile de bağlıdır.

İşte bu nedenle; somut olayda Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1987 gün ve 1/18 sayılı iptal kararı ile zamanaşımına uğramayan ve iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından önce kesin hüküm halini alan **veraset ilamı (mirasçılık belgesi)** icra aşamasında, ilgili herhangi bir idare (veya herhangi bir yargı organı) tarafından hükümlerinin yerine getirilmesi (ya da hükümlerine bağlı kalınarak yeni bir karar verilmesi) sırasında **çatışmaktadır**. Asıl çatışma, mahkeme kararlarının bağlayıcılığının düzenlediği Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası (37) ile Anayasa Mahkemesi kararlarının zaman

(37) **1982 Anayasası madde: 138/son** "Yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

içindeki etkisinin ve bağlayıcılığının düzenlendiği yine 153. maddesinin beş ve altıncı fıkraları (38) arasındadır.

İdare, hem yerel mahkemenin kesin hükmü ile bağlıdır, hem de itiraz edildiği ve yayımlandığı anda kesin olan Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile bağlıdır. İdare, yerel mahkemenin kesin hükmüne mi, yoksa Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına mı itibar edecektir? Hangisi ile kendisini bağlı sayacaktır? Hangisini icra etmek durumunda olacaktır?

Anayasa'nın herhangi bir hükmü, normun iptaline karar verilmiş olmasına rağmen iptal edilen norm ile oluşan kesin hükümlerin icra edilebilir olduğuna işaret etmemektedir. Elbette mahkeme kararlarının yerine getirilmesi hiçbir surette geciktirilemez. Ancak, Anayasa Mahkemesi iptal kararlarına da hiç kimse, hiç bir sebeple uymamazlık edemez.

Anayasa'ya uygunluk denetiminin amacı gözönünde tutulduğunda; yasa- ma organı tarafından hukuk düzenine katılan normun, yargı tarafından özel hukuk alanında kullanılıp – değerlendirilerek yanlar arasındaki uyumsuzluğa tatbik edildikten sonra kurulan ve kesinleşen hükmün, sonuçları icra edilerek yanlar arasındaki uyumsuzluk hukukun ve yargının konusu olmaktan çıkmış ise; Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi nedeniyle yapılabilecek bir şey yoktur. Aynı şekilde oluşan kesin hüküm icra edilmemiş ise; ve bu arada kesin hükmün dayanağı olan norm da hukukun üstünlüğünü gerçekleştirme amacıyla Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek ortadan kaldırılmışsa artık bu şekilde kalmalı, şekli ve maddi anlamda kesin hüküm halini korusa bile, hükümleri yerine getirilememeli, icra edilememelidir.

Anayasa'ya uygunluk denetimi sonrasında, Anayasa'ya aykırılığı saptanmış ve iptal edilerek ortadan kaldırılmış normun, iptalden evvel uygulanmasıyla oluşturulmuş ve kesin hüküm halini almış kararların, hükümlerinin yerine getirilmesinde ısrarcı olunmasıyla; yargıya saygı ve mahkeme kararlarının güvenilirliği temin edilemez. Kamu hukukunun bir dalı olan ceza hukukunu uygulamak durumundaki ceza mahkemelerinin kararları, kesin hüküm halini almış, hatta mahkumiyetin infazına başlanmış olsa bile, mahkumiyeti gerektiren eylemi belirleyen normun, Anayasa Mahkemesi tarafından

(38) **1982 Anayasası madde: 153/5-6** "İptal kararları geriye yürümez. Anayasa Mahkemesi iptal kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar."

iptal edilmesi halinde, hükümlünün infazına o anda son verilmesi, ceza yargısına olan güveni mi sarsmaktadır! Aksine hukuka ve yargıya saygıyı kuvvetlendirmekte, güveni arttırmaktadır. Bir an için cezaların (suçların) kanuniliği ilkesinin gereği olarak Anayasa Mahkemesi iptal kararından sonra suç olmaktan çıkarılmış veya iptal ile hükümlünün lehine yeni bir durum meydana getirilmiş olması nedeniyle ceza hukukunda bu şekilde uygulamada bulunulduğu savunulabilir. Fakat özel hukukta da 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde belirlenen "örf ve âdet hukuku ve hâkimin hukuk yaratması" olgularının dışında kanunilik ilkesi mevcuttur. Zaten örf ve âdet hukuku ve hâkimin hukuk yaratması halinde Anayasa Mahkemesi'ni ilgilendiren "anayasa meselesi" yoktur. Örf ve âdet hukuku veya hâkimin o uyuşmazlık konusu için yarattığı hukukun Anayasa'ya uygunluğunu ancak Yargıtay değerlendirip – denetlemek durumundadır. Bütün bu nedenlerden ötürü özel hukuk alanında kanunilik ilkesinin geçerli olmadığını söylemek mümkün değildir.

Hukuka güven, sadece somut vak'alara norm uygulaması yapan yerel mahkeme kararlarının salt ve kayıtsız uygulanmasını savunmakla temin edilemez. Anayasa Mahkemesi iptal kararları, normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın hemen altında ama kanunların üzerinde yer aldığına göre; Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesini istisnasız biçimde benimsemek, kesin hüküm nedeniyle hukukun kötüye kullanılmasını savunmayı da beraberinde getirir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi; kesin hükmün içeriği icra edilerek, uyuşmazlık hukukun ve yargının konusu olmaktan çıkmış ise uyuşmazlıkların Anayasa Mahkemesi iptal kararından sonra tekrar ele alınamayacağı, yargının konusu yapılamayacağı hususunda mutlak olarak uygulanmalıdır. **Anayasa'nın üstünlüğünü temin etmek ve hayata geçirmek yetkisinin sonucu olan Anayasa Mahkemesi iptal kararları karşısında, kesin hükümle bile olsa belirlenen hakkın icra edilmek suretiyle sahiplenilmediği, elde edilmediği vak'alarda, sadece kesin hükümlerin bağlayıcılığı ve mahkeme kararlarının yerine getirilmesini hiç kimsenin geciktirmeyeceği kurallarından hareket ederek, bu şekildeki bir hükmü icra edilebilir göstermek, Anayasa'ya aykırılığı saptanan norma geçmişe yönelik ayrıcalık tanımak olur. Anayasa'ya aykırılığı saptanan norma geçmişe yönelik ayrıcalık tanımaktansa, Anayasa Mahkemesi iptal kararına bu ayrıcalığı ve üstünlüğü tanımak, Anayasa'ya uygunluk denetiminin amacına ters düşmez.**

Alman Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralının istisnaları düzenlenmemiş olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşuna Dair Kanunda, iptal edilen hukuk normuna dayanılarak oluşmuş kesin hükümlerin icra edilemeyecekleri emredici kural olarak bulunmaktadır (39) (40). Anayasa'ya uygunluk denetimi ile oluşturulan ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşuna Dair Kanunda yerini alan bu istisna kuralının, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda veya 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanununda da yer alması gereklidir. İptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesinde istisnaya yer verilmeden, kuralın lâfzi yorumuyla uygulanması, hak ve adalete ayrıca eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar meydana getirebilir.

Kesin hükümlerin çatıştığı bir başka husus da, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına ve iptal kararlarının tüm organlar gibi yargı organlarını da bağlayıcılığı kuralına rağmen iptal edilen norm, ortadan kaldırılmamış gibi sehven yerel hukuk mahkemelerinden verilen kararlar, kanun yoluna başvurulmadan kesin hüküm halini alabileceği gibi, kanun yoluna başvurulması halinde de aynı şekilde iptal edilen norm ortadan kalkmamış gibi değerlendirilerek yerel mahkeme kararı onamak veya karar düzeltme talebi reddedilmek suretiyle de kesin hüküm meydana getirilebilir. Anayasa Mahkemesi iptal kararından sonra oluşan yasal boşluğun, hakim tarafından yine iptal edilen normdakine benzer bir şekilde doldurulamayacağı açıktır. Nitekim, Anayasa'ya aykırılığı saptanmış normun düzenlediği biçimde, artık hâkim de yasal boşlukları o olay için doldururken Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile bağlıdır. Anayasa Mahkemesi iptal kararından sonra iptal edilen normun uygulanmasına devam edilmesi (41) veya yasal boşluğu doldururken iptal edilen normun belirlediği düzenleme çerçevesinde, yasal boşluğun doldurulmaya çalışılması ceza hukuku bakımından suç, özel hukuk bakımından da haksız fiil meydana getirebilir. Konumuz, Anayasa Mahkemesi iptal kararına rağmen iptal edilen normu uygulayan hakimin veya mahkeme heyetinin cezalandırılması ya da tazminata mahkum edilmesi ile ilgili olmayıp, bu şekildeki uygulama sonunda ortaya çıkabilecek kesin hükme değer verilip verilemeyeceğidir.

(39) BİLGE N., Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu, Adalet Dergisi, Kasım-Aralık 1990, Sayı: 6, sahife: 73 ve devamı.

(40) Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §: 79 II "İptal edilen bir hukuk normuna dayanarak fakat hakkında kanun yoluna başvuralamayacak nitelikteki kararlar kesindir. **Ancak bu tür kararlar icra edilemezler.**"

(41) ÖZBUDUN, Adı geçen eser, sahife: 397.

Taniğin ya da bilirkişinin yalan şahadette bulunduğu veya gerçeğe aykırı bilirkişilik yaptıkları mahkeme kararları ile sabit hale geldiğinde yargılamanın yenilenmesi yolunu açan Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, hâkimin veya mahkeme heyetinin, yürürlükten Anayasa Mahkemesi iptal kararı ile kaldırılan normu uygulamaya devam etmesi suretiyle oluşturduğu kesin hükme rağmen yargılamanın iadesi yolunu tanımamıştır. Hem yürürlükte bulunmayan, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırılığı saptanarak ortadan kaldırılan norm nedeniyle hem de oluşan yasal boşluğun, Anayasa'ya aykırılığı saptanan normun düzenlendiği biçimde hakim tarafından da doldurulamayacağına göre; bu şekilde kesinleşen hükmün, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı karşısında hiçbir zaman icra edilebilme, içeriğinin yerine getirilebilme olanağı olmamalıdır. Kurulduğu, kesinleştiği ve icra edilmeye kalkışıldığı tüm anlarda. Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olan bu kesin hükme, sadece kesin hüküm olduğu ve kesin hükümlerin yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceği kuralı nedeniyle icra edilebilme kabiliyetinin bulunduğunu savunmak, hem Anayasa'yı hem de kanunları amaçları dışında yorumlamak ve uygulamak olur.

Nitekim, Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında; hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri kuralı yer almaktadır. O halde Anayasa'ya uygunluk denetimi sonrasında Anayasa'ya aykırılığı saptanan norma dayanılarak verilen ve kesin hüküm halini alan kararlar, kanunilik ilkesinden yoksun buldukları için hiçbir zaman icra edilememeli ve bu tür kesin hükümler için yargılamanın yenilenmesi yolu ile iptali de temin edilmelidir.

VII- SONUÇ

İncelememizde; Anayasa'ya uygunluk denetimi, özel hukuk ile anayasa hukukunda ortaya çıkan kesin hükümlerin çatışmasını belirlemeye çalıştık. Uygulamada Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin iki somut yaklaşımla gerçekleştirildiğini belirledik. Bu somut yaklaşımlardan birincisi; Anayasa Yargısı'nın doğal sonucu olarak bizim hukukumuzda da yer alan, Anayasa'ya aykırılığı saptanan ve iptal edilen normun uygulanmasına son verilmesidir. İkinci somut yaklaşım ise; hukukumuzda bir an evvel kazandırılması dileğinde bulunduğumuz, Anayasa Mahkemesi iptal kararından **önce** veya **sonra** iptal edilerek ortadan kaldırılan norma dayanılarak oluşturulmuş kesin hükümlerin icra edilememesidir.

Anayasa'nın açık hükümlerine aykırı davranarak, keyfiliğe yönelerek yasa organının özel hukuka getirdiği normların, ilgililerine uygulanması suretiyle oluşan kesin hükümler **kazanılmış hak** olgusu ile siperlenerek ve Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı en katı haliyle uygulanarak kesin hüküm halini almış kararların dayandığı normun iptal edilmiş olmasına rağmen içeriğinin icra edilebilirliğini savunmakla varılacak sonuç; kamu vicdanını zedeleyici ve kamu düzenini bozucu sonuçlar meydana getirir.

Özel hukuk alanında herhangi bir uyuşmazlığın yargı önüne götürülebilmesi için, davacının bu uyuşmazlıkla ilgili dava açmakta hukuki yararı bulunmalıdır. Davacının mahkemelerden hukuki himaye talep edebilmesi için korunmaya değer bir yararının bulunması zorunludur. Korunmaya değer bir yararın mevcut olup olmadığı ise özel hukuk disiplinleri arasında sayabileceğimiz ticaret, borçlar, eşya, aile, miras ve şahın hukuku alanlarında mevcut olan normlarla belirlenir. Yargılama sonunda verilen kararın kesinleşmesi ile kesin hükümlerle bağlı olan yanların, korunmaya değer yararları açıklanmaktadır. Belirtilen hukuk disiplinleri içerisinde yer alan herhangi bir normun Anayasa'ya aykırılığının saptanması ile ortadan kaldırıp, hukuk sisteminden çıkarılmasıyla yargı önündeki uyuşmazlık; hukuksal dayanaksız ve konusuz kalabilir. Bu durumda, yargılama sonunda "esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmekle uyuşmazlık konusunun, hukuk sistemi içinde himaye edilemez hale geldiği açıklanmaktadır.

Hukuk disiplinleri içinde yer alan icra (ve iflas) hukuku ise; kesin hüküm halini almış korunmaya değer yararın, sonradan Anayasa Mahkemesi iptal kararı ile hukukun himayesinden çıkartılmış olmasına rağmen söz konusu (hukuki) yararı ilgisine teslim edebilmek için zor kullanamamalıdır. Hukuk disiplinleri birbirini tamamlayıcıdır, birbirleriyle çatışır durumda olamazlar.

Genel hukuk sistemi içinde yer alan icra (ve iflas) hukukunun, yine aynı sistem içerisinde yer alan anayasa hukukunu ve anayasa yargısı ile Anayasa Mahkemesi iptal kararlarını tanımama sonucuna götürecek şekilde, iptal kararlarına rağmen özel hukuk kesin hükümlerinin icra edilebilirliğini savunmak, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ile bağdaştırılmaz.

Anayasa Mahkemesi iptal kararından önce kesin hüküm halini almış kararlar. Anayasa Mahkemesi iptal kararının yayımlanmasından sonra icra edilememeli, hükümleri yerine getirilememelidir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararı ile ortadan kaldırılan norma rağmen, iptal edilmemiş ve yürürlükte kalan normlar nedeniyle yeni bir düzenleme ortaya çıkmış ise; icra edilmemiş olmak kaydıyla iptal kararından önce oluşmuş kesin hükümler, yeni düzenlemeden yararlanma hakkını engellememeli, bu durum aynı konuda önceki ve sonraki kesin hükümlerin ortaya çıkması nedeniyle yargılamanın iadesinin konusunu oluşturmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi iptal kararından sonra, iptal edilen norma dayanılarak verilen ve kesinleşen tüm kararların Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 450/2. maddesinde olduğu gibi iptaline karar verilmeli, bu tür kararlar hiç bir zaman icra edilememelidir.

Normlar hiyerarşisinde Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının Anayasa'nın hemen altında ama kanunların üzerinde yer almasına ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesine göre; icra edilmemiş özel hukuk kesin hükümleriyle Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının çatışması halinde, Anayasa Mahkemesi iptal kararlarına işlerlik ve üstünlük sağlanması, hukuk devleti olmanın en doğal sonucudur.

—oOo—

KAYNAKÇA

1. **BİLGE, Necip** : Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu, Adalet Dergisi, Kasım-Aralık 1990, Sayı: 6.
2. **BİLGE, Necip -ARSLAN, Ramazan** : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Olgaç Matbaası, Ankara-1977.
3. **BİNGÖL, İrfan** : Ülkemizde Anayasa Hareketleri, 1993.
4. **BORÇLAR KANUNU ve İLGİLİ MEVZUAT** : Adalet Bakanlığı Yayınları, Kanunlar Serisi, No: 72 Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara-1986.
5. **DUVERGER, Maurice** : Seçimle Gelen Krallar, Bilimsel ve İnceleme Dizisi: 8, Kelebek Yayınları, İstanbul.

6. DEVELİOĞLU, Ferit -
KILIÇKINI, Neval : Osmanlıca - Türkçe Sözlük, Rafet Zaimler Kitabevi,
İstanbul-1975
7. İCRA VE İFLAS KANUNU ve
İLGİLİ MEVZUAT : Adalet Bakanlığı Yayınları, Kanunlar Serisi, No: 69,
Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara-1986.
8. KIRATLI, Metin : Alman Federal Mahkemesi, Sevinç Matbaası, 1963.
9. KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Yetkin Basım Yayım ve
Dağıtım A.Ş., Ankara-1984.
10. KURU, Baki : İcra ve İflas Hukuku, Olgaç Basım-Yayın Dağıtım,
Ankara-1983.
11. OLGAÇ, Senai : Kazai Ve İlmî İçtihatlara Göre Türk Medeni Kanunu
Şerhi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul-1969.
12. ÖZBUDUN, Ergun : Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara-
1990.
13. ÖZDEN, Yekta Güngör : Hukukun Üstünlüğüne Saygı, Bilgi Yayınevi, Anka-
ra-1990.
14. RUSSELL, Bertrand : İktidar (Power: A New Social Analysis-1938),
Cem Yayınevi, İstanbul-1990.
15. SOYSAL, Mümtaz : Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,
(1969-1970-1971-1973 ve 1974 Değişikliklerine Göre
Yeniden Düzenlenmiş Tam Metin), Doğan Yayınevi,
Ankara-1975.
16. SOYSAL, Mümtaz : 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi,
Ocak-1977.
17. T.C. ANAYASASI : Seçkin Yayınevi, Ocak-1977.
18. TEZİÇ, Erdoğan : Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.,
İstanbul-1991.
19. TÜRK KANUNU MEDENİSİ ve
İLGİLİ MEVZUAT : Adalet Bakanlığı Yayınları, Kanunlar Serisi No: 96,
Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara-1991.

**TARİHİ GELİŞİMİ İÇİNDE GÖZETİMLE ERTELEME
(DENETİMLİ SERBESTLİK – SURSIS AVEC MISE À L'ÉPREUVE) VE
FRANSA'DAKİ UYGULAMASI İLE KONUYA İLİŞKİN TÜRK CEZA
KANUNU VE ÖNTASARI METİNLERİ (*)**

(II)

Coşkun ERBAŞ ()**

● **ANLATIM DÜZENİ : ÜÇÜNCÜ BÖLÜM. §3- Gözetimle Ertelemede Alınan Önlemlerin Muhtevasının Tayininde etken Olan Düşünceler, Hukuki Yapı ve Sınırları. I- Uyulması Zorunlu Önlemlerin Biçimlendirilmesindeki Düşünceler. Genel Olarak. A- Önlemler Belirlenirken Dikkat Edilmesi Gerekli Hususlar. a- Aşırılıktan Kaçınmalı. b- Uygulama Olanağı Bulunmalı. c- Amaca Uygunluk Olmalı. d- Gereklilik Bulunmalı. e- Hukuk Devleti ve Sosyal Toplum Anlayışı Dışına Taşmamalı. B- Önlemlerin Eğitim ve Sosyal Rehabilitasyonu Temine Yönelik Olarak Sınırlandırılması İle İlgili Düşünceler. a- Gözetim Önlemleri Kesin, Anlaşılır ve Uygulanması Kolay Olmalıdır. b- Denetleme Olanağı Bulunmalıdır. c- Suçlunun Uslanma Çabalarına Moral Destek Sağlanmalıdır. d- Suç Etkenlerine, Karşıt ve Uygun Önlemler Alınmalıdır. e- Alınan Önlemlerin İşlenen Suç ve Suçlunun Kişiliğiyle Uyum ve Dengede Olmasına Dikkat Edilmelidir. f- Önlem ve Vecibelerin Süresi, Deneme Süresini Aşmamalıdır. c- Önlem ve Vecibelerin Hukuksal Çerçevesi. a- Örf ve Adet. b- Anayasa. c- Yasalar. d- Karma Sistem. II- Tecil Deneme Müddeti İçindeki Gözetim Önlemlerinin Uygulama Biçimleri. a- Zorunlu Uygulama. b- Takdiri Uygulama. c- Gözetimin Tecil Süresinin Tamamına Teşmil Edilmesi. d- Gözetimin Küçükler İle Sınırlanması. e- Tescilde Deneme Süresinin Gözetimsiz Bırakılması. III- Mahkuma Empoze Edilen Önlemler ve Vecibelerde Değişiklik Yapılması. IV- Empoze Edilen Önlemler ve Yüklenen Özel Vecibelerin İçeriği ve Şahsi Haklar. A- Genel Olarak Alınan Önlem ve Vecibelerin İçerdiği Hususlar. B- Şahsi Hak Kavramı. a- Suçtan Doğan Zararın Tazmini. aa- Zararı Belirleyecek Mahkeme. bb- Zararın Ödenme Zamanı. b- Şahsi Hakkın Kapsamı ve Ödeme Koşulları. aa- Maddi ve Manevi Zarar. bb- Ödemeyi Yapacak Olan Kişi. cc- Ödemede Rıza Şarttır. dd- Talep**

(*) Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1996. Sayfa: 12-51'den devam.

(**) Yargıtay 8. CD. Tetkik Hâkimi.

Edilmiş Olmalıdır. DÖRDÜNCÜ BÖLÜM §4- Fransız Mevzuatına Göre Gözetimle Erteleme (Denetimli Serbestlik) Koşulları. I- Gözetimle erteleme Uygulama Şartları. a- Gözetimle Ertelemeden Yararlanabilecek Olan Mahkumiyetler ve Suçlar. 1- Önceki Mahkumiyetler Gözetimle Ertelemeyi Engellemez. 2- Gözetimle erteleme Sadece Cürüm ve Adi Suçlara İlişkin Hapis Cezalarına Uygulanır. b- Gözetimle Ertelemeye Karar Vermeye Yetkili Mahkemeler ve Hakimin Yetkileri İle Hakime Yardımcı Personel. 1- Yetkili Mahkemeler. 2- Hakimin Yetkileri. 3- Gözetim ve Deneme Görevinin İfasında Hakimin Yardımcıları. aa- Denetim Memurları. bb- Denetim Komitesi. cc- Özel Yardım Dernekleri. II- Fransız Hukukunda Gözetimle Ertelemenin Muhtevası. A- Gerçek Anlamda Tescil. a- Tescilin Mahkumiyet Üzerine ve Cezanın İnfazına Etkileri. B- Gözetime Konulma. a- Muavenet ve Müzaheret İle Gözetim Önlemleri. Genel Olarak. aa- Tüzüğün 56. Maddesi Kapsamı. bb- Tüzüğün 57. Maddesi Kapsamı. b- Denemeye Konulan Mahkuma Empoze Edilen Özel Vecibeler. aa- Tüzüğün 58 ve 59. Maddelerinde Gösterilen Özel Riayet Koşulları Tadadi ve Sınırlayıcıdır. aaa- Mahkumun Yararlanması ve Rehabilitasyonu İle İlgili Hükümler. bbb- Üçüncü Şahısların Yararını Gözönünde Tutan Hükümler. ccc- Tüzüğün 58. Maddesi Kapsamı. 1- Fransız Ceza Yargılama Usulü Kanununa İlişkin Tüzüğün 58. Maddesinde Sayılan Vecibelere, Mahkemelerce Yenileri Eklenemez ve Burada Sayılan Vecibeler Değişikliğe Uğratılmak suretiyle genişletilip Sınırlandırılmaz. 2- Mahkemenin Anılan Vecibeleri Uygulamadaki Yetkilerin Sınırları. 3- 17 Temmuz 1970 Tarihli Kanundan Önceki Durum ve Bu Konuda Anılan Kanunun Getirdiği Yenilikler. bb- Mahkuma Vecibeleri Empoze Etmeye Yetkili Mahkemeler. 1- Genel Mahkemeler ve Askeri Mahkemeler. 2- Cezaları Uygulama Hâkimi (İnfaz Hâkimi). 3- Cezaları Uygulama Hâkiminin Kararlarına İtiraz Üzerine Asliye Ceza Mahkemesinin Yetkileri. III- Gözetimle Ertelemenin Sona Ermesi (Çözülmesi). A- Mahkumun İyi Halli Olması ve Davranışlarının İyiye Yönelmesi Varsayımı. Genel Olarak. a- Deneme Periyoduna Ait Sürenin Bitimi Üzerine, Mahkumiyetin Normal Olarak Sona Ermesi Hali. b- Deneme Sırasında ve Mahkumiyetin Süresinden Önce Son Bulması. B- Mahkumun İyi Halli Olmayışı ve Davranışlarının Kötüye Yönelmesi Varsayımı. Genel Olarak. a- Denemeye Tabi Tutulan Mahkumun Kendisine Tahmil Edilen Vecibeleri Yerine Getirmemesi Durumu. aa- Tutuklama İçin Gerekli Şartlar. bb- Deneme Süresinin Uzatılması. cc- Cezanın Kısmen İnfazına Karar Verilmesi. dd- Gözetimle Ertelemeden Geri Kalan Sürenin Tamamının İnfazı. b- Deneme Altına Konulmanın Mahkumiyeti Müteakip Yeni Bir Suç İşlemesi (Yasaya Aykırı Bir Davranışta Bulunması). c- Gözetimle Ertelemenin Olağan dışında Sona Ermesi. Genel Olarak. a- Önceki Daha Şedit Bir Ceza İle İçtima Halinde Gözetimle Ertelemenin Bu Şiddetli (Baskın) Ceza İçinde Karışıp

Kaybolması. b- Genel ve Özel Af durumlarında Gözetimle Ertelemeye Yansıyan Etkiler. IV- Genel Menfaate Hadim Bir İşte Çalışma Koşuluna Bağlı Kılınan Gözetimle Erteleme. Genel Olarak. a- Genel Menfaatlere Hadim Bir İşte Çalışma Zorunluluğu. 1- Mahkumun Huzuru ve Müeyyideye Uymayı Kabul Etmesi Gereği. 2- Çalışma Ortamı. 3- Ücret. 4- Süre. 5- İşin Bitirilmesi Zorunludur. 6- Cezaları Uygulama (İnfaz) Hâkiminin Yetkileri. aa- Mahkuma İş Verecek Olan Kamuya Hadim Derneklerin Yetki ve İstek Koşulu. bb- İş Kanunu Hükümlerine Uyulması Zorunluluğu. b- Mahkumun Çalışması Sonunda Doğabilecek Sorumluluklar.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3- Ş GÖZETİMLE ERTELEMEDE ALINAN ÖNLEMLERİN MUHTEVASININ TAYİNİNDE ETKEN OLAN DÜŞÜNCELER, HUKUKİ YAPI VE SINIRLARI

I- UYULMASI ZORUNLU ÖNLEMLERİN BİÇİMLENDİRİLMESİNDEKİ DÜŞÜNCELER

Genel Olarak

52- Gözetimle erteleme altına yerleştirilen mahkumun uyması için öngörülen önlemler, onun iyi hal göstermesi ve düzgün bir yaşama sahip olmasında, ona muavenet ve müzaharetde bulunulması amacına yöneliktir. Hal böyle olunca da;

Cezası ertelenen mahkum, deneme müddeti içinde, bir başka suç daha işlemekten çekinmesi gereğinin yanında, normal bir insanın yaşantısı gibi düzenli bir hayat da sürmelidir. Empoze edilen önlemler ve yüklenen vecibelerin en belirgin karakteristiği ise mahkumun uslanması iyi halin avdet etmesi ve ıslahın gerçekleşmesi noktalarında toplanmaktadır (1).

Burada mahkuma empoze edilecek önlemlerin ve yüklenecek vecibelerin nasıl ve nelerden ibaret olması gerektiği sorusu karşımıza çıkmaktadır. İşte bazı kanunlar, bu konuda hangi hususların önlem ve vecibe olarak hükümlüye empoze edilebileceğini tek tek saymışlar ise de, gerek uygulama ve gerekse doktrindeki baskın olan düşüncelerin, kanunlarda sayılmış olan bu

(1) Önder, age., s. 270.

şartların kesin ve değişmez olmayıp, durumun arzedeceği özelliklere göre değerlendirilebilmesine imkan vermesi, hakim tarafından gerekli görülen yeni önlem ve vecibeler ittihazına olanak verilmesi etrafında birleştikleri gözlenmektedir. Burada belirtelimki, Fransız Ceza Usul Kanununa İlişkin Tüzüğü'nün 58. maddesinde sayılan özel vecibeler, tadadî mahiyette olup, hakim tarafından bunların değiştirilemeyeceği, yerine yenilerinin konulamayacağı ve kapsamlarının genişletilemeyeceği içtihat edilmiştir (2). Ancak anılan yasa maddesinde sayılan sınırlar içinde kalmak şartıyla, işbu vecibelerden bir kısmını veya tamamını uygulayabileceği gibi zaman içinde, değişen koşullara göre bir kısım vecibeleri veya bu vecibelerin tümünü kaldırma yetkisi hakime bırakılmış olduğu görülmektedir (3).

A- ÖNLEMLER BELİRLENİRKEN DİKKAT EDİLMESİ GEREKLİ HUSUSLAR

53- Hâkimin takdir hakkını serbestçe kullanması, yasal hudutlar içerisinde kalmak şartıyla her istediğini, önlem veya vecibe olarak mahkuma empoze edip edemeyeceği, bunun bir sınırı olması gerektiği düşüncesinden hareket edildiğinde, akılcı bir yaklaşımla aşağıda saptanan hususlara ulaşılabileceği mümkündür. Bu hususların uygulama ve doktrinde de yerini bulmuş olduğu açıkça gözlenmektedir.

a- Aşırıktan Kaçınılmalı

54- Mahkumun davranışlarını düzene koyacak olan önlem ve vecibelerde aşırılığa gidilmemesi, müdahalenin sadece onun iyi hal göstermesi ve topluma yeniden adaptasyonuna yardım edecek bir amaca yönelik bulunması gereklidir. Zira, aşırı yük getirilmesi halinde mahkum yakınmaya başlayacak ve alınan önlemlere uymaktansa hakkında hükmolunan cezayı çekmeyi tercih edebilecektir.

b- Uygulama Olanağı Bulunmalı

55- Mahkuma uyması için empoze edilen şartlar, onun kişiliği ve ekonomik bünyesi itibarıyla ifa edilebilir mahiyette olması gerekmektedir. Mahkumdan gücünün üstünde yük getiren şartlara riayeti beklenemez. Bu tür bir yükümlülük, ona yararlı olmaktan çok zarara sebep olur. Ayrıca onun, maddi

(2) Merle-Vitu, age., s. 1002.

(3) Bkz. İlerde, n. 178-179, 182, 186.

ve manevi bir çöküntü içine düşmesine, topluma karşı kin duymasına ve kişilik bozukluklarının artmasına yol açabileceği için müessesenin ıslah gayesinden de uzaklaşmış olunacaktır.

c- Amaca Uygunluk Olmalı

56- Yüklenen vecibeler ve uyulması istenen önlemler, mahkumun suç işlemesindeki etkenler gözönünde bulundurularak, bir daha bu kabil olaylara karışmaması, suçun etkilerinden ve uzantılarından uzak tutulmasına yardımcı olacak şekilde düzenlenmelidir. Faile, onu suç işlemeye iten kişisel koşullardan uzaklaştırma, sosyal rehabilitasyon ve yeniden topluma kazandırma ile ilgisi olmayan vecibeler yüklemekten mutlaka kaçınılmalıdır. Zira, suçlunun yeniden topluma döndürülmesi ve cemiyet hayatına itibaka hazırlanması amacına uygun bulunmayan önlemlerin faydası olmayacaktır.

d- Gereklilik Bulunmalı

57- Amaca uygunluk ögesi ile birlikte mahkumun, uyması istenen önlemler ve vecibelerin yüklenmesinde açıkca bir gereklik olmalıdır. Gereği bulunmadığı halde, sırf gözetim altına alınan kişinin zora koşulması gibi, yersiz yükümlülükler onun topluma intibakında zorluklar çıkarmaktan başka bir sonuç meydana getirmez.

Zira, asıl amaç, mahkumun yeniden sosyal çevreye uyum ve ıslahını sağlamak olduğuna göre, esasen ondaki iyiniyet ve düzelme eğilimini görüp, hapisyanenin kapalı ortamından uzaklaştırılarak denetimli serbestliğin lûtuflarından yararlandırdığımızı ve hür ortama layık gördüğümüze göre hedefimiz, el birliğiyle onu suç işlerken içine düştüğü zor durumdan çıkarmak ve topluma yeniden kazandırmak olmalıdır. Gereklik, hatta zaruret olmadıkça onun hakaretlerine müdahale etmekten kaçınılmalı, davranışlarını kısıtlamayı en aza indirgeyerek, düzelme arzusunun kendisinden gelmesi ve ancak kendi isteğiyle, yardıma ihtiyaç duyduğu alanlarda önlemler alınması, gözetimle erteleme müessesesinin ruhuna daha uygun düşecektir (4).

e- Hukuk Devleti ve Sosyal Toplum Anlayışı Dışına Taşmamalı

58- Yüklenen vecibeler ve alınan önlemler daha ziyade hukuk devleti ve sosyal toplum anlayışına uygun düşecek yükümlülükleri ihtiva etmeli, bu anlayışın dışında, mahkumun serbest ortam içersindeki normal yaşama dü-

(4) Dönmezer-Erman, age., s. 18, p. 1661.

zenine engel olucu, ona eziyet verici, yasaların ve sosyal toplum anlayışının benimsemediği koşullar dayatmaktan kaçınılmalıdır. Böylece onun için, de yaşanan topluma uyum sağlaması kolaylaşmış olacaktır.

B- ÖNLEMLERİN EĞİTİM VE SOSYAL REHABİLİTASYONU TEMİNE YÖNELİK OLARAK SINIRLANDIRILMASI İLE İLGİLİ DÜŞÜNCELER

59- Suçlunun uyması için öngörülen önlemler ve yerine getirilmesi istenen yükümlülükler onun topluma yeniden kazandırılması temel amacına yönelik olduğuna göre, bu amaca ulaşmanın ana espirisi onun eğitilmesi ve sosyal bir rehabilitasyona tabi tutularak topluma yeniden uyum sağlayacak hale getirilmesinde toplanmaktadır. Bu gayeye hizmet edecek olan önlemler ise, onun kişiliği ile yakından ilgilidir.

Bu nedenle onun kişiliğini geliştirmeye yönelik eğitim ve terbiye önlemlerine ağırlık verilmesi ve kişilik bozukluklarına sebebiyet verebilecek yükümlülükler tahmilinden kaçınılmasında görüş birliği vardır (5).

a- Gözetim Önlemleri Kesin, Anlaşılır ve Uygulanması Kolay Olmalıdır

60- Meseleye eğitim, sosyal rehabilitasyon ve uygulama açılarından bakıldığında, gözetim altına alınmış bulunan suçluya empoze edilen riayet şartları, yanlış anlamaya meydan vermeyecek şekilde açık ve net bir ifade taşımalıdır. Aksine, kesinlik arzetmeyen, anlaşılması zor, değişik anlamlara ve yorumlamaya müsait (muğlak), bu nedenle de uygulama sırasında çelişki doğurabilecek ifadeler içeren yükümlülükler getirmekten kaçınılmalıdır. Bu yükümlülüklerin içeriklerinin gözetim görevlilerince yanlış değerlendirilmesi, suçlular üzerinde olumsuz etkiler yapacağından, eğitim ve ıslah amaçlarından da uzaklaşmış olacaktır. Bu sebeple gözetim önlemlerinin içeriklerinin kesin, anlaşılır ve uygulanmasının kolay olmasına dikkat edilmesi gereği vardır.

b- Denetleme Olanağı Bulunmalıdır

61- Kuruma, sosyal ve eğitimci bir bakışla yaklaşıldığında, yüklenen yaptırımların ne ölçüde uygulanabildiğinin, bir ölçüsü de suçlunun uyumdaki başarısının denetlenmesinin imkan dahilinde olmasıdır. Denilebilir ki denet-

(5) Önder, age., s. 273.

leme olanağı bulunmayan bir yaptırım yok hükmündedir. Üstelik yüklenen vecibenin denetlenme olanağı bulunmadığını fark eden suçlu, ruhsal dürtülerinin etkisiyle anılan riayet şartlarını ihlal etmeyi deneyecek, böylece vecibelerin müeyyidesiz kaldığını görünce de, kötü alışkanlıklarını sürdürmeye devam imkanı bulacağından, uslanma yerine, ıslah amacından uzaklaşmaya yönelebilecektir. Deneme süresi boyunca sigara, içki, uyuşturucu kullanmayı engelleyen yükümlülükler, bu anlamda kontrolü güçlükler arzeden önlemler arasında sayılabilirler. Uygulamada bazı devletler ceza infaz sistemlerinde bu gibi yükümlülükler getirmekten kaçınmakta iseler de, bazıları bu ayrımı yapmıyor. Örneğin, Fransız Ceza Usulü Kanununa İlişkin Tüzüğün 58. maddesinde içki miktarının dozajının kaçırılmaması miktarının artırılması gibi hususlar, mahkuma yüklenen özel vecibeler arasında yer almıştır (6).

c- Suçlunun Uslanma Çabalarına Moral Destek Sağlanmalıdır

62- Suçlunun problemlerine elatılması onun sorunlarıyla ilgilenilmesi ve yeniden topluma kazandırılması amacıyla maddi ve manevi yardımlarda bulunmayı hedefleyen bir kurum olan "DENETİMLİ SERBESTLİK" rejimi altına yerleştirilmiş olan suç failleri işledikleri suçun etkilerinden uzaklaşmada yalnız bırakılmayarak kendilerine nasihat ve telkinlerde bulunacak bir gözetim memuruna tevdi edilmektedir. Zira, ceza hukukundaki baskın görüş suçluluğu bir nevi toplum kurallarına uyumsuzluk ve ruhsal hastalık olarak ele almaktadır ki, hastalığın tedavisinde işin moral yönü ve suçlunun manevi açıdan desteklenmesi son derecede önem kazanmaktadır. İyi hali ve uslanma eğilimi görülen suçlunun ceza evinin kapalı ortamına bırakılmayarak onun ruhsal yönden rehabilitasyonunu yeniden toplum içindeki eski yerini almak arzusuna ilişkin çabalarının moral yönden desteklenmesi, bu çerçevede sosyal ve eğitimci bir yol izlenmesi açısından serbest ortamda gözetime alınması ve bu cümleden olarak alınacak önlemlerde de moral değerlere ağırlık verilmesinin kurumun ıslah amacına büyük katkısı olacaktır.

d- Suç Etkenlerine, Karşıt ve Uygun Önlemler Alınmalıdır

63- Sosyal ve eğitim ağırlıklı bir rehabilitasyonun amaçlarından biri de faili suça iten etkenlerden uzaklaştırmaktır. Ancak bu yapılırken suçlunun kişilik yapısı ve karakterinin etraflıca incelenmesi, onu suça iten ruhsal, de-

(6) Bkz. ilerde, n. 186:10.

uni ve harici, toplumsal dış sebeplerin tesbiti, ardından da bu etkenleri ortadan kaldıracak karşıt ve uygun önlemlerin alınması oldukça önem arz etmektedir. İşte bu aşamada alınacak riayet önlemleriyle onu suça iten etkenlerden uzaklaştıracak ve yeniden suç işlemesini (mükerrirliği) önlemeye matuf önlemlerin alınması, suçlunun uslanması ve topluma kazandırılması bakımından sosyal rehabilitasyonun başarısını büyük ölçüde arttıracığında kuşku yoktur.

e- Alınan Önlemlerin, İşlenen Suç ve Suçlunun Kişiliğiyle Uyum ve Dengede Olmasına Dikkat Edilmelidir

64- Yukarıda da değinildiği üzere eğitimci ve sosyal rehabilitasyonun hedeflerine ulaşılmasında başarıya götürecek çalışmalar arasında, suçun etkenlerinin ve suçlunun suça itilmesindeki kişilik bozukluklarının araştırılması da yer almaktadır. Bu çalışmalarda, gözetim memurları yanında hizmet veren, sosyolog ve psikologların yardım ve katkıları önem arzeder. Bu elemanların yaptıkları araştırma ve çalışmalar sonucunda getirilen öneri ve önlemler, mahkumun toplumda yeniden yerini almasında yani, sosyal rehabilitasyonunda önemli bir işlev üstlenmektedir. Önlemlerin ne gereğinden az olması, ne de fazla yük getirmemesi için çaba sarfedilmelidir. Şunu vurgulamak gerekir ki yeterince etkin olmayan önlemler ıslaha yetmeyeceği gibi gereğinden fazla yük getiren önlemler de, onu isyana sevkedeceğinden, riayet önlemlerinin titizlikle dengelenmesi gerekmektedir.

f- Önlem ve Vecibelerin Süresi, Deneme Süresini Aşmamalıdır

65- Nihayet bu bağlamda riayeti gerekli unsurlar arasında, mahkuma empoze edilen önlemler ve vecibelerin, tecilin deneme süresi ile sınırlanması gereklidir. Bu müddetin iyi hal ile geçirilmesi onun sosyal çevreye yeniden uyum sağladığının bir göstergesidir. Öyle ise bunun tahakkuku ile tecil müessesesinden beklenen gaye hasıl olmuş demektir. Bu sürenin son bulmasıyla mahkuma yüklenen vecibeler de son bulacaktır. Bu süre Fransız Ceza Usul Kanununun 738. maddesinin 2. bendinde, 18 aydan az ve 3 yıldan fazla olarak belirlenemeyeceği yolundadır (7).

C- ÖNLEM VE VECİBELERİN HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

66- Denemeye konulan suçlunun uyması zorunlu önlemler ve yüklenen vecibelerin dayanağı ve çerçevesinin çizilmesinde hangi kıstaslar esas alı-

(7) Bkz. ilerde, n. 147.

nacaktır? Dayanaklardan yoksun keyfi yükümlülükler getirmenin mümkün olup olmadığı, üzerinde tartışılması gerekmektedir.

Burada mahkuma yüklenmiş olan vecibelerin ve yerine getirilmesi istenen önlemlerin, yasal çerçeve ile sınırlanması yanında, örf ve adetlere kadar uzanan geniş bir perspektife yayıldığına ve keyfilikten kaçınılmasına dikkat çekilmektedir (8).

a- Örf ve Âdet

67- Denemeye konulan suçluya empoze edilen önlem ve vecibelerin keyfilikten uzak olması ve belirli bir ölçüde yasal çerçeveye dayandırılması gerektiğinde fikir birliği vardır. Ancak, bu yasal dayanağın sınırlarını nereye kadar götürebileceğimiz sorusu karşımıza çıkmaktadır. Mademki bu önlemler mahkumun sosyal rehabilitasyonu ve onun toplumdaki yerini yeniden almasına, normal olarak cemiyet yaşamına dönmesine yardımcı olmaya matuftur. Öyleyse alınacak önlemler ve yüklenecek vecibeler de, toplumun yaşayış tarzı, örnek alınmalıdır. Toplumun yaşamını biçimlendiren örf, âdet, gelenek, görenek olarak ötedenberi uygulanagelen, yerleşmiş kaideler bütününden yararlanılması akılcı bir çözüm yolu olarak gösterilmektedir. Ancak karşı düşüncede olanlar ise, örf ve âdetin sınırlarını kesin olarak saptamanın güçlüğü, bu sınırların toplumdaki topluma değiştiği, hatta, aynı toplum içinde bile bölgeden bölgeye de büyük farklılıklar arzettiğini ileri sürerek, böylece örf ve âdetin, önlemlerin sınırı ve dayanağı olarak kabul edilmesinde yetkiler çok geniş tutulmuş olacağını ifade etmektedirler.

b- Anayasa

68- Bir başka alternatif olarak da suçluya yüklenen vecibeler ve onun uyması istenen önlemlerin dayanağı olarak, Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulması ve dayanağın Anayasa çerçevesinde saptanması üzerinde durulmaktadır. Ancak örf ve adetlerin geniş ve tesbitinin zorluklar arzemesi yanında, buradada dar ve katı bir çerçeve içine sıkışmış kaidelere bağımlı kalınacaktır. Gözetim altına konulmakla suçludan istenen, onun topluma bir an evvel uyum sağlayabilmesi ve ıslahı olduğuna göre, bu hususun elde edilmesine yardımcı olacak önlem ve vecibelerin, sadece Anayasa sınırları içinde tutulması bir ölçüde sosyal hayatın güncel akışına birtakım kısıtlamalar ve engeller getireceğinden, bu önlemlerde, Anayasanın

(8) Önder, age., s. 276.

tek başına kıstas olarak kabul edilmesi ve dayanak olarak alınması müessesenin gayesine hizmet etmekten uzak kalmaktadır.

c- Yasalar

69- Bu alanda önlemler ve vecibelerin dayandığı sınırlar Anayasayla birlikte yürürlükte olan tüm yasalara da dayanmalı ve bu çerçevede dışına çıkan yükümlülükler getirilmesinden ise sakınılması gerektiği de savunulan fikirler arasında geniş bir yer tutmaktadır. Örneğin, mahkuma İş Kanununda öngörülen yasal çalışma süresinden daha fazla bir süre ile çalışma yükümlülüğü tahmil edilmesi tasvip edilemez.

Suç failini ceza evine kapatmak yerine onu denetimli bir serbestliğe tabi tutarak, açık ve hür bir ortamda toplum yaşamına intibakının sağlanmasına çalışıldığına göre, yüklenen vecibelerin hiçbir zaman, toplumsal ve yasal kuralları ihlâl edecek biçimde düzenlenmemesi için dikkat edilmelidir. Zira, onu toplumu oluşturan sıradan kişilerin uyması gerekenden fazla olarak, yasal mevzuat çerçevesi dışında kalan, birtakım yükümlülükler altına sokmak ıslaha yardımcı olmayacak, aksine olumsuz yönde etkileyecektir.

d- Karma Sistem

70- Bir kısım düşünürlere göre ise mahkuma yüklenen vecibeler ve ona uyması için tahmil edilen önlemlerin sınırları ve dayanağının en azından Anayasa'nın kişilere tanıdığı temel hak ve özgürlüklere ters düşmemeli ayrıca yürürlükteki yasalara riayet edilmek kaydıyla bunlara aykırı bulunmayan örf ve âdet çerçevesindeki hükümlerden de yararlanılması gerektiği noktasında birleşilmektedir.

II- TECİLİN DENEME MÜDDETİ İÇİNDE GÖZETİM ÖNLEMLERİNİN UYGULANMA BİÇİMLERİ

71- Gözetimin tecil sisteminde kabulüyle bu müesseseyi kendi mevzuatlarına dahil etmiş bulunan ülkelerin ceza politikalarına göre, sistemin uygulanmasında değişiklikler olduğu gibi uygulamada hâkimlerin yetkilerinde de birtakım farklılıklar göze çarpmaktadır.

a- Zorunlu Uygulama

72- Gözetimle erteleme sisteminde tecile karar verilince, ardından gözetim önlemlerinin zorunlu olarak alınması mecburiyeti getirilmiştir. Tecile

layık görülen mahkum, bu aşamada kendi haline terk edilmeyerek, onun ıslahı ve topluma yeniden adaptasyonunun sağlanması için öngörülen önlemler ve yerine getirilmesi istenen özel vecibeler saptanarak, gözetim elemanlarınınca, belli bir plan çerçevesinde, bu önlemler ve vecibelere uygun olarak, bazı yardımlar gerçekleştirilir. Bu yardım önlemlerinin kontrolü yapılarak, önlemlerin aksayan kısımlarının giderilmesi temin edilir ve bu sayede mahkumun tecilin deneme süresini iyi hal ile tamamlamasına çalışılır.

Bu sistemde hâkimin tecile karar vermesinden sonra gözetim önlemlerini uygulamamak gibi bir takdir hakkı yoktur. Yani, tecille birlikte mutlaka gözetim önlemlerini de beraberinde almak zorundadır ki bu durum, basit (dene-timsiz) erteleme ile aradaki en önemli farktır (9).

b- Takdiri Uygulama

73- Hâkim tecile karar vermekle halin icaplarına göre tecilin deneme süresi boyunca hiçbir önlem almaz ve mahkuma hiçbir yükümlülük tahmil etmeden onu serbest bırakır. Gözetimsiz (basit) tecilde olduğu gibi. Ancak, mahkumun kendi başına ıslahı nefis edemeyeceği, bir müddet gözetim ve yardıma ihtiyacı bulunduğu sonucuna varırsa, ona tecilin deneme müddeti içinde ıslah ve sosyal çevreye yeniden uyum göstermesi yönünde bir takım vecibeler yükleyerek bazı önlemler alabilir. Bu aşamada, hâkim, kararında tamamen serbest olarak takdir hakkını kullanmaktadır. İşte halen Fransa'daki uygulama bu sistem içinde mütalâa edilebilir. Yani basit tecil (sursis simple) Fransız Ceza Usul Kanununun 734 ve devamı maddelerinde yer aldığı halde, bunun yanında gözetimle tecilede yine Ceza Usul Kanununun 738 ve devamı maddelerinde yer vermiştir (Sursis Avec Misa à L'Épreuve).

Fransız Ceza Usul Kanununda hâkimin tecile ilişkin yetkileri ve bu konudaki takdir hakkı çok geniş bir biçimde yer almaktadır. Basit (gözetimsiz) tecilin yanında yer alan ve ona göre daha nitelikli olan gözetimli tecile de yer vermesinin yanı sıra, anılan yasanın 738. maddesinin son fırcasına göre, mahkeme gözetimle ertelemeye karar verdiği takdirde, bunun icrasının geçici olduğuna karar verebileceği gibi, mahkumiyet için tesbit ettiği hapis cezasının sadece bir kısmını cezaevinde geçirdikten sonra, diğer bir kısmı için de tecil uygulaması yapabilme yetkisine sahiptir. Yine cezanın bir kısmı için gözetimsiz (basit) tecil uyguladığı halde, diğer bir kısmı için gözetimle tecil uy-

(9) Dönmezer-Erman, age., s. 18, p. 1661.

gulanmasına da karar verebilmektedir. Yani hâkim halin icaplarına göre tecildeki deneme süresini istediği gibi tayin etme yetkisine sahiptir (10).

c- Gözetimin Tecil Süresinin Tamamına Teşmil Edilmesi

74- Yukarıda Fransız ceza tecil sisteminin aksine, bazı ülkelerdeki uygulamada ise gözetimle ertelemeye hükmolunduğunda, gözetim süresi, tecile hükmolunan mahkumiyete ilişkin cezanın süresinin tamamını içine alır. Yani cezanın bir kısmının gözetime tabi tutulması diğer bir kısmının ise gözetimsiz olarak bırakılmasına imkan tanınmamaktadır. Japonya'da olduğu gibi.

d- Gözetimin Küçükler İle Sınırlandırılması

75- Bu sistemde gözetimle erteleme ancak küçük suçlular için öngörülmektedir. Bu yöntem Fransa'da 2 Şubat 1945 tarihli Kanun Hükmünde Kararnamede yer almaktadır (11). Anılan sistemde erişkinler için tecilde gözetim önlemleri almaya ve vecibeler yüklemeye gerek duyulmamıştır. Böylece büyükler için müzaharet ve yardıma ihtiyaç görülmediği onların kendi hallerine bırakılarak toplum içinde normal yaşamlarını sürdürmelerine imkan tanındığı halde, küçükler için bunun tam aksine, onları koruma ve ihtiyaç duydukları alanlarda yardıma yönelik önlem ve vecibelerin alınması ve toplum içerisine dayanaktan yoksun olarak bırakılmamaları gerekli görülmüştür.

e- Tecilde Deneme Süresinin Gözetimsiz Bırakılması

76- Nihayet tecilde bir başka sistem ise tecilin deneme süresi boyunca hiçbir gözetim ve önleme başvurulmadan, ıslah ve mahkumun topluma yeniden kazandırılması yolunda herhangi bir muavenet ve müzaharete bulunmaksızın onun, tüm destek ve olanaklardan yoksun bir durumda tamamen serbest bırakılmasından ibaret olan sistemdir. Burada mahkumun suçu işlediği çevre içerisinde, kendi başına terkedilerek mükerrirliğe yol açabilecek olan ve suçluluğun uzantıları arasında yardımsız, korumasız bedeni ve ruhsal rahatsızlıklarıyla başbaşa kalmasına göz yumularak, ıslaha ve rehabilitasyona yönelik hiçbir önlem alınmadan tecile karar verilmekte, onun toplum içerisinde serbestçe bırakılması gibi bir yöntem benimsenmektedir. Türk Ceza Kanunundaki tecil sistemi bu katagoride yer almaktadır (12).

(10) Bkz. ilerde, n. 147.

(11) **Merle-Vitu**, age., s. 997.

(12) **Erem**, age., s. 329; **Dönmezer-Erman**, age., s. 9 vd.; Bkz. TCK. md. 89 vd.; 647 S. K. md. 6; 2253 S. K. 2552 S. K. ile değ. md. 38.

III- MAHKUMA EMPOZE EDİLEN ÖNLEMLER VE VECİBELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

77- İslah ve rehabilitasyon amacıyla mahkumlara tecilin deneme süresi içinde empoze edilen, uyulması zorunlu önlemler ve yerine getirilmesi ön-görülen vecibeler zaman içinde değerlerini yitirmiş ve faydalı olmaktan çıkmış olabilirler. İşte bu gibi durumlarda gözetim elemanlarının saptadıkları hususlar ve getirilen öneriler doğrultusunda, bir kısım önlemlerin iptali, bir kısmının değiştirilmesi ve kısmen de yeni önlemler vazedilmesi gereği doğabilecektir. Bu gibi hallerde, hâkim, saptanan yeni koşullara göre düzenlemeler ve riayet şartlarında değişiklikler yapabilmelidir. Aksi takdirde güncelliğini yitiren önlemleri sürdürmek bir fayda temin etmekten uzak olacaktır.

78- Daha önce tesbit edilmiş önlemlerin zaman içinde hayatın olağan akışına ters düşmesi, yani güncel olarak önemini yitirmesi ve artık mahkumun ıslahına, sosyal ortama yeniden adapte olmasına yardım konusunda bir fonksiyon icra etmediği gibi, luzumsuz bir takım formaliteden ibaret kaldığının görülmesi halinde; mahkum için fazladan bir yük teşkil eden, bu durumun düzeltilmesi ve yerine yeni hükümlerin konulmasındaki zaruret yatsınamaz. Bu bağlamda gözetim elemanlarının üzerinde ağır sorumluluklar vardır. Gözetim elemanları, görevlerini icra ederlerken, karşılaştıkları duruma göre süresiz olarak veya belirli aralıklarda periyodik olarak düzenledikleri raporlar ve mahkemeye sundukları öneriler ile, bu yolda olumlu sonuçlar elde edilmesine yardım ve katkıda bulunarak hakimnin değişen koşullara göre yeni düzenlemeler yapılabilmesi olanağını oldukça kolaylaştırmaktadır.

IV- EMPOZE EDİLEN ÖNLEMLER VE YÜKLENEN ÖZEL VECİBELERİN İÇERİĞİ VE ŞAHSİ HAKLAR

A- GENEL OLARAK ALINAN ÖNLEM VE VECİBELERİN İÇERDİĞİ HUSUSLAR

79- Tecilin deneme süresi boyunca mahkumun riayetle yükümlü tutulduğu önlem ve yerine getirilmesi istenen vecibeler her ne kadar halin icaplarına göre şekillenecek ise de uygulamada bazı kanunlar bu hususları tek tek saymışlar, (Fransız Ceza Usul Kanununa İlişkin Tüzüğün 58. maddesi), bazıları da bu konuda hakime geniş yetkiler vermişlerdir. Biz burada genel olarak beğeni kazanmış olan ve büyük ölçüde uygulama alanı bulan bazı önlem ve vecibeleri sıralamakla yetiniyoruz (13).

(13) Probation et les mesures analogues, s. 353 vd.; Bkz. ilerde p. 186 vd., 201 vd **Erem**, age., s. 368;

80- a- Trafik Kanununda sayılan bazı araçları kullanmaktan kaçınması istenebilir.

b- Gazinolara, kumarhanelere, at yarışlarına gitmemek ve müşterek bahis oynamaktan kaçınması da şart koşulabilir.

c- Mahkumun ev ve işyerindeki çalışmalarından arta kalan süre içinde ne şekilde davranacağı belirlenerek şart olarak yüklenebilir.

d- Mahkumun, tecilde uzaklaşmaya yönelik olarak suçtan zarar gören kişilerden özür dileyerek, suçu işlemekten duyduğu pişmanlığı dile getirmek ve mağdurun zedelenen maneviyatını onarmak suretiyle sosyal barışın sağlanması da yükümlülük olarak getirilebilir.

e- Devlet Hazinesine olan borcunu gücü nisbetinde ödemesi ve belgelemesi istenebilir.

f- Bir mesleki formasyona sahip olması ve kazancını doğru yoldan temin edeceği sağlam ve kalıcı bir meslek edinmesi istenebilir.

g- Mahkumu yeniden suç işlemeye itebilecek bir takım eşyanın taşınması veya bulundurulması yasaklanabilecektir (bıçak, vs. gibi).

h- Çalışmasından dolayı elde ettiği gelirlerin bir kısmını harcamasına müsaade edilmekle birlikte, diğer kısmı için tasarrufa yönelmesi mecburiyeti de şart olarak konulabilir.

ı- Mahkumun yeniden suç işlemesini teşvik edecek, özellikle eski suç ortakları ve suç failleri vs. gibi bazı kişilerle ilişki kurması onları evine ve iş yerine kabul edip barındırması yasaklanabilir.

k- Daha ziyade küçük suçlular için bir öğrenim görme mükellefiyetine de yer verilebilir.

l- Hastaneye yatma veya bir doktorun kontrolüne ve tedavisi altına yerleştirilmeyi kabul etme şartı konabilir.

m- Alkollü içkilerin kullanılmasının men edilmesine ilişkin yasaklar da konabilmektedir.

Krş., **Dönmezer-Erman**, s. 12, nt. 10; İçel, s. g. Rapor. krş. ilerde "Fr. CMUK. Tüz. md. 56-58 p. 184-186; TCK., 1987 Ön Tasarı, md. 80-93; TCK. 1989. Ön Tasarı md. 79-80, 93-98; Bkz. ilerde, p. 192 vd., 199 vd.

n- Belirli bir yerde yerleşmek ve ikamet etmekte şart olarak tahmil edilebilir.

o- Nafaka yükümlülüğünün muntazam olarak yerine getirilmesine ilişkin vecibelerde yükümlülük olarak getirilebilmektedir.

ö- Suçtan doğan zarar, ziyanın karşılanması ve tazminat şartı da bu vecibeler arasında yer alabilmektedir.

B- ŞAHSİ HAK KAVRAMI

a- Suçtan Doğan Zararın Tazmini

81- Günümüzde, gözetimle ertelemeye karar verilmesinde, mağdurun suçtan doğan zarar ve ziyanının karşılanması, onun tatmin edilmesi önerisinin suç failine empoze edilmesine ilişkin riayet şartının, bu kurum içerisinde yerleştiği, pek çok ülke kanununda da revaç bulunduğu görülmektedir. Konuyu derinlemesine incelerken göreceğimiz gibi; buradaki asıl amacın, mağdurların tatmin edilmesi suretiyle sosyal barışın sağlanması ile birlikte, failinin suç nedeniyle meydana getirdiği zararları ödemesi de, ıslaha yönelik fiili nedamet olarak değerlendirilmesi noktasında toplandığı görülmektedir (14).

Esasen suçtan doğan zarar, ziyanın yerine getirilip mağdurun tatmin edilmesini öngören bir uygulama ile mahkumiyetin böyle bir şarta bağlanmak suretiyle gözetimle ertelenmesine karar verilmesi, özel hukuk dalındaki ihtilâfları üstlenen, borcun ödenmemesi halinde hapsen tazyik cezasını andıran bir ceza sistemi olarak gün geçtikçe gelişip yerleşmektedir (15).

aa- Zararı belirleyecek mahkeme

82- Suçtan doğan zararların belirlenmesi pek tabii olduğu üzere suçla ilgili davaya bakan mahkemeye ait olacaktır. Bu görev daha evvel hukuk mahkemesince bu konuda yapılmış bir tesbite de dayanabileceği gibi yargılama aşamasında bulunan ceza davasından evvel mahkemeye delil olarak sunulan bir hukuk mahkemesi kararına atfen de ceza mahkemesinde tesbit edilmiş olabilecektir.

(14) Erem, age., s. 369 vd.; Dönmezer-Erman, s. 72, p. 1711; Önder, age., s. 284 vd.

(15) Krş. TCK. md. 93; İİK. md. 76, 337 vd.; Erem, age., s. 341-369 vd.; Önder, age., s. 284 vd.

bb– Zararın ödenme zamanı

83– Suçtan doğan ve mahkemece saptanan zarar, ziyanın ödenmesi şartının genel kaide olarak, tecilin deneme müddeti ile sınırlı tutulması gerekir. Zira deneme süresinin bitmesiyle sanık iyi halliliğini ispat etmiş olacağından, bu tarihten sonra böyle bir şart yüklenmesi yasal dayanaktan yoksun bulunmaktadır. Ancak burada bir noktaya daha değinmekte fayda vardır. Buna göre mahkuma, tecilin deneme süresinde şart olarak ileri sürülen tazmin mükellefiyetine ilişkin kararın kesinleşmesine dikkat etmek lazımdır. Yüksek Mahkemece, sınırları daralacak veya tamamen yok sayılacak bir tazminatın ödenmesinin, mahkuma şart koşulmasının ilerde daha başka sorunlar doğuracağına kuşku yoktur.

b– Şahsi Hakkın Kapsamı ve Ödeme Koşulları*aa– Maddi zarar – Manevi zarar*

84– Şahsi hak ve suçtan doğan zarar, ziyan kapsamı içerisinde sadece maddi zararları dahil etmek ve maddi olmayan, manevi zararları bu ödeme şartlarının dışında bırakmak hukukun genel prensiplerine ters düşen bir uygulama olacaktır. Öyleyse manevi tazminat zarar kapsamı içinde düşünülmelidir. Burada tecilin deneme süresi içinde mahkum ödemekle yükümlü tutulduğu vecibeler açısından, kime ödeme yapması gerektiği sorusuna gelince: Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukundaki genel kaidelerin burada da cari olacağı tabiidir.

bb– Ödemeyi yapacak olan kişi

85– Ancak ödemelerin bizzat suçun faili tarafından ödenmesi şart koşulabilir mi? Aksine, üçüncü kişi tarafından karşılanması yeterli olacaktır mı?

Bu husus tartışılmalıdır. Ancak, amaç mağdurun zararının telafisi ve sosyal barışın sağlanması olduğuna göre, zararın telâfisi de suçlu veya onun adına üçüncü bir kişice yerine getirilebilmelidir. Burada bir bakıma, suçun vasfı ve suçlunun kişiliği ile ekonomik durumu üzerinde durulmalıdır. Her ne kadar üçüncü kişinin yardımıyla, failin üzerine yüklenen tazminat vecibesinin yerine getirilmesinin kontrolü oldukça zor ise de, bazı özel koşulları ihtiva eden suçlarda, failin uslanmasına hizmet edecek, onun fiili nedametini sağlayacak durumlar varsa, ödemenin bizzat mahkum tarafından yapılması da şart olarak getirilebilmelidir.

cc- Ödemede rıza şarttır

86- Bir başka konu ise, tahmil edilen şarttaki zararın tazmininin, suçlu tarafça rızaen yerine getirilmesidir. Ödemenin icra marifetiyle cebren yapılması halinde, faile yüklenen zararın tazmini şartı yerine getirilmiş sayılamaz ve erteleme düşer. Ancak anılan süre bitmeden yapılan cebri tahsil ise ertelemeyi düşürmeyecektir. Çünkü konulan süre henüz dolmamış olduğundan, şarta riayetsizlik edilmiş sayılamaz.

dd- Talep edilmiş olmalıdır

87- Suçtan doğan zarar, ziyanın telafisinin bizzat suçun mağduru veya yasal temsilcisi tarafından talep edilmesi halinde mümkün olacağına dair Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukundaki yasal tatbikata paralel olarak, burada da talep edilmemiş olan bir tazminat, mahkeme tarafından bir yükümlülük şartı olarak mahkuma tahmil edilmemesi uygun olacaktır. Talep edilmemiş olan bir zarar, bu konuda mağdurun sükutu halinde, bağışlanmış olarak kabul edilmelidir (16).

(16) Erem, age., s. 341; Dönmezer-Erman, age., s. 73; Önder, age., s. 284 vd.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FRANSIZ MEVZUATINA GÖRE GÖZETİMLE ERTELEME
(DENETİMLİ SERBESTLİK) KOŞULLARI

I- GÖZETİMLE ERTELEMENİN UYGULAMA ŞARTLARI

a) *Gözetimle Ertelemeden Yararlanabilecek Olan Mahkumiyetler ve Suçlular*1- **Önceki Mahkumiyetler Gözetimle Ertelemeyi Engellemez**

88- Basit tecilde, yani gözetimsiz ertelemede daha ziyade suçlunun mazisinin temiz olması ve adli geçmişinin üzerinde durulurken, bir yandan da ona güncel olarak uygulanacak olan mahkumiyetin doğası, yani cezai yapısının gözönünde bulundurulması gerekli görülmektedir. Diğer taraftan gözetimle ertelemenin ilk defa suç işleyenlere mahsus olduğu, diğer bir deyişle gözetimle ertelemenin basit tecile göre ilk defa suç işleyenlere daha fazla uygulanacağı yolundaki düşüncelerin doğru olmadığı anlaşılmaktadır. Bu düşüncenin tam aksine olarak Fransız Ceza Usul Kanununun 738. maddesi 11 Temmuz 1975 tarihli değişiklikle genel hukuki düzenlemelerde önceki hapis ve tecilli hapis cezası dahil hiçbir mahkumiyetin gözetimle erteleme-yekarar vermeyi engellemeyeceğini hükme bağlamıştır (1).

Demek oluyor ki gözetimle erteleme alanında, önceki mahkumiyetler Fransız Ceza Hukukunda gözetimle ertelemeye bir engel teşkil etmemektedir. Bu durumu böylece saptadıktan sonra konuyu gözetimle erteleminin tür cezalara uygulanabileceğine yöneltmek gerekiyor.

2- **Gözetimle Erteleme, Sadece Cürüm ve Adi Suçlara İlişkin Hapis Cezalarına Uygulanır**

89- Gözetimle erteleminin sadece cürüm veya adi mahiyetteki suçlara ilişkin hapis cezalarına uygulanacağı Fransız Ceza Usul Kanununun 738. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında Fransız Askeri Ceza Kanununun 369. maddesini değiştiren 24 Aralık 1974 tarihli bir kanun ile askeri suçlar ve cürüm nevinden suçlarla ilgili vaki mahkumiyetler açısından olan

(1) Yukarıda işaret edilenlerin yanında 10 Haziran 1983 tarihli Kanun tarafından 2 Şubat 1981 tarihli Kanundaki ilgili hükümler yürürlükten kaldırılarak mahkumiyetlerini önceden çekmiş olan bazı şiddet eylemleri suçlularının durumlarına da bir istisna getirilmiştir.

kısıtlamalar da kaldırılmıştır. Böylece Askeri suçlar da kapsam içine alınarak basit (yani gözetimsiz) veya gözetimle ertelemeye bu tür askeri suçlar açısından da karar verme olanağı doğmuştur.

Bunların yanında şu hususu vurgulamak gerekir ki, gözetimle erteleme ancak asıl cezaya uygulanacak ve fakat fer'i cezayla para cezalarına uygulanamayacaktır. Bu durumda gözetimle ertelemenin asıl ceza dışında yer alan fer'i ceza ve para cezasına uygulanma olanağı yoktur (2).

Burada bir hususa da özellikle işaret etmek gerekir ki, Fransa'daki gözetimle erteleme sisteminde, gözetim altına konan mahkum hakkında, ona yükümlülük getirici özel vecibeler tahminine ancak cezaları uygulama hâkimi yetkili kılınmıştır. Buna göre, Askeri Mahkemelerden verilen gözetimle erteleme kararları da, ancak asker olan mahkumun sivil hayata dönmesinden sonra, şayet tecilin deneme süresi henüz sona ermemişse, o takdirde cezaları uygulama hâkimine başvurulması üzerine geri kalan süre için bu hâkimce anılan kişiye, uyması gerekli vecibelerle onun ıslahına yardım edecek gerekli önlemler empoze edilecektir.

Bu konuda Askeri Ceza Kanununun 369. maddesi, Ceza Usul Kanununun basit ve gözetimle ertelemeye ilişkin 734'den 747/4. maddesine kadar olan yasa hükümlerinin Askeri Ceza Yasası alanında da uygulanacağını belirterek atıfta bulunmaktadır. Ancak, gözetimle ertelemeyi düzenleyen maddelerde politik suçlara ilişkin mahkumiyetler konusunda bir açıklık getirilmemiştir (3).

b) Gözetimle Ertelemeye Karar Vermeye Yetkili Mahkemeler ve Hâkimin Yetkileri İle Hâkime Yardımcı Personel

1- Yetkili Mahkemeler

90- Cürüm veya adi suçlara ilişkin konulardaki kovuşturmaların rüyetine yetkili mahkemeler ile bunun yanında ancak Askeri Mahkemeler gözetimle ertelemeye karar vermeye yetkilidirler. Diğer bir deyişle gözetimle ertelemeye uygun düşen cürüm ve adi suçlara ilişkin hapis cezalarına hükmetmeye yetkili olan tüm mahkemeler ile bunların yanında askeri mahkemelerin gözetimle ertelemeye karar vermek yetkileri vardır. Bunların dışındakilerin ise gözetimle ertelemeye karar verme yetkilerinin olmadığı anlaşılmaktadır.

(2) Merle-Vitu, *age.*, s. 999, note 2.

(3) Crim., 17 févr. 1972, D., 1972, S. 82.

1970'den önceki dönemlerde yasa metninde mesgüt bırakılan durumu, yani yasanın sukut ile geçtiği yetki boşluğu ancak kazai kararlar ve çocuklara ilişkin yargılama yetkisine ait hükümlerden yararlanmak suretiyle kapatabiliyordu (4). O günlerdeki bu uygulama ile alınan önlemler ise gözetimle ertelemeye ilişkin bir hapis cezasının, şartla salıverme ile benzer nitelikli bir sonuç doğurduğu noktası üzerinde birtakım çekimserliklere yol açıyordu. Fakat, 17 Temmuz 1970 tarihli Kanun bütün bu şüpheleri ortadan kaldırdı. Çünkü, Ceza Usul Kanununun 744/2. maddesiyle küçüklerin yargılanması yetkilerini düzenleyen gözetimle ertelemeye ait hükümlerin yayınlanması soruna çözüm getirmiş oldu.

Basit yani gözetimsiz tecille ilgili bir konu olarak, hâkimler 1970'den beri cezanın bir kısmının ertelenmesinde sadece sınırlı bir yetkiyle tasarrufta bulunuyorlardı. Ancak, Ceza Usul Kanununun yeniden düzenlenen 738. maddesinin son bendiyle bu konu da açıklığa kavuşturulmuştur. Bu hükme göre, bundan böyle mahkeme gözetimle ertelemeye karar vermesi halinde, sadece cezanın infazına ilişkin olarak tayin edilen sürenin belirli bir bölümü için dahi tecil uygulamasına karar verebilecektir. Yani, 1970'den bu yana Fransız gözetimle erteleme sisteminde hükmolunan tecilli cezanın belirlenen süresinin sadece bir bölümü için dahi tecile karar vermek olanağı doğmuştur.

Gözetimle ertelemedeki deneme süresinde mahkumun gözetime tabi tutulması, bu dönemde mahkuma muavenet ve müzaharette bulunarak onun ıslahına yardımcı olunması yolunda alınan kararın uygulanması, diğer özel makamların da tavassutunu ve araya girerek hadiseye yardımlarını gerektirmekte olduğuna temas edilmiştir (5). Burada, sistem için hâkimin yetkilerini ve bu görevi ifadaki yardımcı personele de gözetimle erteleme görevi gerektirmektedir.

2- Hâkimin Yetkileri

91- Burada gözetimle ertelemeye karar verdikten sonra hadiseden el çekmiş bulunan kürsü hâkimlerinin bu konudaki yetkileri artık tamamıyla cezaları uygulama hâkiminde toplanır. Bu hâkim, yani "infaz hâkimi" önceden

(4) T. Enf. Saint-Etienne, 6 févr. 1964, D., 1964.132, note Prélot. et 2 mars 1964, D., 1964.279, note Prélot; T. Enf. Marseille, 7 juin 1960, D., 1960.543, note G.V.

(5) Krş. VIALATTE, De la participation du corps judiciaire et du barreau à la probation, R.S.C., 1964, S. 182.

kararlaştırılmış bulunan birtakım genel yetkilerle donatılmış olup ayrıca, 17 Temmuz 1970 tarih ve 70-643 nolu Kanunla gözetimle erteleme alanındaki yetkileri daha da artırılmıştır. Bu bağlamda ona artık tam anlamıyla gözetimle ertelemedeki deneme sürecinin ustabaşısıdır denebilir.

Ceza Usul Kanununa ilişkin Tüzüğün 53. maddesine göre, gözetimle erteleme rejimine ilişkin olarak, mahkuma yükletilen vecibeler ve onun uyması için alınan önlemlerin infazının kontrolünden, mahkumun ikamet ettiği yerdeki yargı çevresinde bulunan bu hâkim sorumludur. Anılan kontrol yetkileri ona Ceza Usul Kanununun 739. maddesine göre, gerektiğinde mahkumiyet kararları tarafından suçlunun uyması için öngörülen vecibelerin ortadan kaldırılması yetkisini verdiği gibi, ayrıca yeniden düzenlemeye gidilmesi ve önceden alınan önlemlerin değiştirilmesi gibi çok önemli kararlar almak yetkilerini de bahşeder. Bu yetkilerin yanında ceza infaz hâkimi mahkumun davranışlarına göre onu geçici olarak hapsedmeye karar vermek veya mahkumiyetin esasen hiç vaki olmamış (keenlemyekun) sayılması amacıyla üst mahkemenin bir karar almasını da tahrik edebilme yetkisine sahip bulunduğu görülmektedir (6).

3- Gözetim ve Deneme Görevinin İfasında Hâkimin Yardımcıları

aa- Denetim memurları

92- Cezaevi idaresinin eğitimcileri arasından Adalet Bakanlığı'nca beş yıl süreyle bu göreve atanan denetim memurlarının görevleri, denetim işlemlerinin ve kontrolün yanında, asıl ve ana işlev olarak suçlunun ıslahına yardımcı olmaktan ibarettir. Bu memurlar, daha önce de kısmen temas edildiği üzere, gözetimle ertelemeye tabi tutulan mahkumlarla, tecilin deneme süresi boyunca yakın ilişki içerisinde bulunarak, mahkuma yüklenen vecibelerin ve empoze edilen önlemlerin, mahkum tarafından yerine getirilip getirilmediği ve bu önlemlerin, uygulama aşamasında aksayan taraflarını tesbit ile uygulanmasında fayda umduğu hususlarda, hakime periyodik olarak verdiği raporlarla bilgi aktarılmasını sağlamanın yanında, mahkumla bir dost, yakın bir arkadaş gibi ilişki kurmak suretiyle, onun ruhsal ve bedensel her türlü sorunu ve hastalıklarıyla meşgul olarak maddi problemlerine de çözüm bulunmasında ona yardım eden bir hami konumundadır.

(6) Krş. art. 744 nouveau C.P., al. 4; ROSSI, De l'association du juge de L'application des peines à la juridiction de jugement, R.C.P., 1964.I.1833, bkz. ilerde p. 159.

bb- Denetim komitesi (comité de probation) (7)

93- Bu komite Ceza Usul Kanununun D. 545. maddesi hükmüne göre gözetimle ertelemede mahkumlara yardım ve gözetimin kontrolünü sağlayan vasıtalar arasında sayılmıştır. Bu komitenin oluşumu, yardımsever gönüllü kişilerden veya şeref üyelerinden ayrıca komitenin eylemlerine faydalı şekilde katılmak isteyen nitelikli kişiler arasından cezaları uygulama hâkimi tarafından seçilen faal üyelerden, Adalet Bakanlığı'nca kabul edilen fahri delegelerden (murahhas üyelerden) ve cezaevi idaresinin dış servislerinde yer almak üzere atanan bir veya daha çok sosyal yardımcılardan oluşur ki (8) bu komite elemanları denetim sürecini izleyen denetim memurlarının dışında kalırlar.

cc- Özel yardım dernekleri

94- Özel yardım dernekleri ve kamuya hadim cemiyetler, Fransız Ceza Usul Kanununun D. 567. maddesi uyarınca yasa kapsamına alınmışlar ve Denetim Komitesi ile Cezaevinden Salıverilenlere Yardım Komitesinin yanısıra özellikle tahliye edilenlere ve mahkumlara maddi yardımlarda bulunacak ocak ve merkezler kurulmasıyla bunların işletilmesi, bu gibi suç faillerinin sorunlarına çözüm bulabilecekleri kabul ve danışma merkezleri oluşturulması suretiyle adı geçenlerin ikamet sorunlarıyla meşgul olacak müesseseler teşkili konusu özel derneklere havale edilmiş ve bu hizmetlerin anılan dernekler aracılığı ile yerine getirilebileceği öngörülmüştür (9).

II- FRANSIZ HUKUKUNDA GÖZETİMLE ERTELEMENİN MUHTEVASI

A- GERÇEK ANLAMDA TECİL

a- Tecilin Mahkumiyet Üzerine ve Cezanın İnfazına Etkileri

95- 1- Gözetimle erteleme, mahkumiyet üzerinde basit tecildeki aynı etkiyi doğurur. Yani kararın verilmesinden itibaren, asıl cezanın infazını geri bırakır. Fakat mahkumiyetin diğer bütün fer'i sonuçlarının derhal uygulanabilmesine de olanak verir.

(7) Krş. BATBIE, Le fonctionnement d'un comité de probation, in Le fonctionnement du sursis avec mise à l'épreuve, Travaux des XI Journées de défense sociale, Éd. Dalloz., 1961, s. 59.

(8) J. CLUZON, La réalité quotidienne d'un service social de probation, in Le fonctionnement du sursis avec mise à l'épreuve, age., s. 65.

(9) Merle-Vitu, age., s. 1000.

Ceza Usul Kanununun 775/4. maddesine göre, Adli Sicilin 1 ve 2 nolu bültenlerinde yazılı olduğu üzere, Ceza Usul Kanununun 746. maddesi uyarınca, suçtan doğan zarar, ziyan tazminatları ve dava masraflarının ödenmesi yükümlülükleri ile ehliyetsizlik cezaları ve fer'i cezaların infazının gözetimle ertelemeden yararlanamayacağı hükme bağlanmıştır.

2- Gözetimle erteleme ile asıl cezanın infazı deneme süresi boyunca geri bırakılır ki, gözetimsiz tecilin deneme süresinin aksine, gözetimle ertelenmenin süresi, Ceza Usul Kanununun 738. maddesinde belirlenen 18 aylık asgari ve üç yıllık azami sınırlar arasında hâkimin isteğine göre her an değiştirilebilir niteliktedir (10).

B- GÖZETİME KONULMA (La mise à l'épreuve)

a- Muavenet ve Müzaheret ile Gözetim Önlemleri

Genel Olarak

96- Mahkumun sosyal yaşam ve çevreye yeniden intibakının sağlanması ve davranışlarının kontrolü açısından ele alındığında, Ceza Usul Kanununun 739. maddesine göre, kendisini denemeye tabi tutan bir karardan yararlanan, yani gözetimle ertelemeye mazhar olan mahkum, alışılmış ikametgâhının bulunduğu yer yargı çevresi içinde infaz hâkiminin kontrolü altına yerleştirilir. Mahkumun Fransa dahilinde belirli alışılmış daimi bir ikametgâhı yoksa bu defa mahkumiyet kararını veren mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki ceza infaz hâkiminin kontrolü altına alınacaktır.

Mahkum gözetimle ertelemeye tabi olduktan sonra Ceza Usul Kanununa ilişkin Tüzüğün 51. maddesine göre, sosyal çevreye yeniden intibakı ve davranışlarının kontrolünü sağlamak amacıyla alınan önlemlere ve ayrıca yine aynı Tüzüğün 56 ve 57. maddelerinde öngörülmüş olan yardım yani, muavenet ve müzaheret ile gözetim önlemlerinin tümüne uymak mecburiyetindedir.

(10) Bu süre başsavcının davet mühletinin sona erdiği günden geçerli olacaktır: Crim., 29 déc. 1964, B., 350; Dijon, 12 juil. 1966, D., 1967.352. Sürenin hareket noktası üzerine: VITU, Gözlem R.S.C., 2985, p. 286., Bir kısmı gözetimle ertelemeyi ve bir kısmı da hapse kapatılmayı ihtiva eden bir cezaya hükmedilmesi durumunda, denemeye alınma (yani gözetim işine) cezanın hapiste geçecek olan kısmının sona ermesinden itibaren uygulanır.: Crim., 27 juin, 1984, D., 1985.I.12, s. 66; Bkz. C.P.P. art. 138; ilerde p. 147.

aa- Tüzüğün 56. maddesi kapsamı

97- Bu önlemler mahkumun haberi olmadan yapılan bir çeşit polis araştırmalarından ibaret değildir. Gözetim ve denetleme işi cezaları uygulama hâkimi tarafından ve gözetim memuru aracılığı ile yapılır. Bu gözetim, denemeye konulan mahkumun uyumlu ve aktif bir işbirliği yapmasını gerektirir.

Gözetimle ertelemedeki denetim sürecinin iyi hâl ile ikmal edilebilmesi, gerçekten de mahkumun kendisine empoze edilen bir takım güçlüklerle bağımlı kalarak yaşaması, hayatını kendisine yöneltilen önerilere ve önlemlere göre düzene koymasında gösterdiği özen ve dikkat ölçüsünde gerçekleşir ki, bunları kısaca aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür (11):

1- İlgili makamların çağrılarına (davetlerine) icabet etmek vecibesini kabul etmek (Ceza Usul Kanununun 550-566 ve 389. maddeleri gereği olarak),

2- İlgilisinin varlığının mevcudiyetini (isbatı vücudunu) kanıtlamaya yarayan vasıtaların kontrolüne imkan verecek nitelikteki dökümanların veya bilgilerin tümünü onlara (alâkadar makamlara) ulaştırmak,

3- İş veya ikametgâh değişikliklerinin haklı gerekçeye dayandığının kanıtlanması (ikametgâh değişikliğinin sebebinin isbat edilmesi),

4- İkametgâh değişikliklerinden ve bu meyanda sekiz günü müteceviz (geçen) süredeki tüm yer değiştirmelerinden gözetim memurunu haberdar etmek,

5- Yukarıdaki maddede belirtilen yer değiştirmelerden döndüğü zaman gözetim memuru huzuruna çıkarak görünmek,

6- Yabancı ülkelere vaki yer değiştirmelerden önce cezaları uygulama (infaz) hâkiminin ön iznini almak, gibi hususlar sayılabilir (12).

(11) Krş. TCK. ön tasarıları md. 93 vd., bkz. ilerde p. 193 vd.

(12) Paris Yüksek Mahkemesi bir ilamında bu kanunu yorumlamak suretiyle, hâkimin yargılama yetkisi çerçevesinde, deneme altındaki mahkumun zorunlu olarak evinde gözaltında tutulabileceğine de karar vermiştir: Paris, 10 avril 1962, D., 1962.414, Gözlem LEGAL, R.S.C., 1963, s. 558.

bb- Tüzüğün 57. maddesi kapsamı

98- Mahkumun sosyal çevreye yeniden intibak ettirilmesi ve özellikle ailevi ve mesleki olarak yeniden uyum göstermesi (readaptation) amacıyla mahkumun gayretlerini destekleme ve bu amaçları temine matufturki, bu hususlar yasa metninde yeterince açıklığa kavuşturulmamıştır. Zira, bu önlemlerin herbirinin durumun icaplarına göre değişeceği tabiidir. Öyleyse hal ve vaziyet gerektirdiğinde bazen manevi yardım bazen de denetim memuru ve denetim komitesi tarafından veya bütün yardım kurumlarının iştiraki ile müdahale edip araya girerek, meselenin çözümünü sağlayıcı bir takım maddi yardımlar şeklinde de olabilecektir.

b- Denemeye Konulan Mahkuma Empoze Edilen Özel Vecibeler

aa- Tüzüğün 58 ve 59. maddelerinde gösterilen özel riayet koşulları tadadi ve sınırlayıcıdır

99- 86-461 nolu ve 14 Mart 1986 tarihli Kanunla yürürlükten kaldırılmış bulunan Fransız Ceza Usulü Kanununa ilişkin Tüzüğün 59. maddesinde öngörülenler dışında halen yürürlükte bulunan 58. maddeye göre, Fransız Hukukunda, her defasında hapis cezasına çarptırılmaktan bağışık kalan (muaf tutulmuş olan ve normal olarak yargılanabilecek durumdaki) bir suçluya, bundan böyle bir temaül olarak anılan Yasanın 58. maddesindeki yer alan listede sayılan bir çok özel yükümlülükler (vecibelere) riayet etmesi gerektiği hususunun empoze edilmesi için Ceza Kanununun 739. maddesi yetkili mahkemelere bir takım imkanlar sunmaktadır (13), (14).

aaa- Mahkumun Yararlanması ve Rehabilitasyonu İle İlgili Hükümler

100- Bunların büyük bir bölümü, hiç kuşku yokki, ister mahkumun hayatını stabil (hareketsiz ve durgun) hale getirmek veya isterse alışkanlıklarından ve suçluluğunu kamçılayan hal ve hareketlerden kaçınmasını sağlar biçimde olsun anılan hükümler tamamıyla mahkumu engellemeye matuftur ki, bunlar aşağıdaki şekilde sıralanmak suretiyle bir çeşit sınırlamaya tabi tutulduğu sonucuna varılabilir.

(13) Merle-Vitu, age., s. 1002- p. 829 vd.; C.P. art. 739.

(14) Krş. VIALATTE, Des obligations du probationnaire, J.C.P., 1963.I.1805. COUVROT, A propos de deux décrets du 14 mars 1986, les prescriptions du sursis avec mise à l'épreuve et de la libération conditionnelle, R.S.C., 1986, s. 665.

- 1– Bir meslek veya sanatı icra etmek veya mesleki formasyon bilgi ve beceri kazandıracak kursları takip etmek,
- 2– Belirli bir yerde (ikametgâh edinmek) yerleşmek,
- 3– Kontrol önlemlerine (uymak) riayet etmek,
- 4– Tedavi, bakım ve aynı zamanda hastahaneye yatırılmayı gerektirecek durumlarda hastahaneye yatmayı kabullenmek,
- 5– (Trafik Kanununda gösterilen) bazı cins vasıtaları kullanamamak,
- 6– Bazı yerlere sıklıkla gitmemek,
- 7– İçki kullanımında aşırılığa gitmekten kaçınmak (içki miktarını arttırıp kullanımını sıklaştırmamak),
- 8– Yarış alanlarına (at yarışları gibi) gazino ve kumarhanelere (özellikle müşterek bahis kurumları da dahil olmak üzere) gitmemek ve bahse tutuşmamak,
- 9– Özellikle suç ortakları ve suç failleri olmak üzere bazı mahkumlarla sıklıkla görüşüp buluşmamak,
- 10– Özellikle suç işlemiş kişiler olmak üzere bazı şahısları evinde barındırmamak, bu gibileri misafir olarak kabul etmemek,
- 11– Herhangi bir silah bulundurmamak veya taşımaktan kaçınmak (15) gibi yükümlülüklerden bibaret olan bu sıralamanın amaca uygunluğunda kuşku yoktur.

bbb– Üçüncü şahısların yararını gözönünde tutan hükümler

101– Yukarıda sayılanlar yanında, Tüzüğün 58. maddesinde yer alan listede görüleceği üzere böyle bir düzenleme ile mahkumun sosyal adaptasyonu yanında ve daha ziyade üçüncü şahısların yararlarının korunması amaçlanmış olup, bu hükümlerin içeriğinde şaşırtıcı olabilecek konulara yer verilmiştir. Burada, apaçık mahkumun ıslahı ve cemiyete uyum göstermesine dönük hükümlerden daha baskın olarak, üçüncü şahısların menfaatlerinin korunmasına yer ayrılmış olduğu göze çarpmaktadır. Bu hususları kısaca formüle etmek gerekirse:

- 1– Aile giderlerine düzenli olarak yardımda bulunmak,
- 2– Nafaka borcunu muntazam olarak ödemek,

(15) Krş., ilerde TCK. ön tasarıları md. 93 vd. p. 193 vd.

3- Mahkumun ödeme gücüne göre suçtan doğan zarar ziyanın giderilmesi ve benzeri vecibeler, anılan yasa maddesinde yer almaktadır (16).

Parasal bir takım zarar ziyan söz konusu olursa, bunların miktarının belirlenmesinin uygun olacağı içtihat edilmiştir (17). Bu durumda nafaka borçlusu suçlunun, ceza hukuku ile iştigal edenlerin gözünde önemsenmediği inkâr edilemez. Zira denemeye konulma işi ise özellikle (borç için tutuklama) hapsen tazyik ile mukayese edilebilen benzer nitelikli bir infaz yolu olarak hukuk alanındaki değerlere sıkı sıkıya bağlı olarak uygulanan, zorlayıcı bir araç gibi görüldüğünden söz edilmektedir. Aynı şekilde, şartlı tahliye, mağdura veya yasal temsilcisine, borçlu olunan miktarın ödenmesi vecibesine bağlanabileceğine de işaret edilmektedir (18).

Suçtan doğan zarar ziyanın tamirine ilişkin borcun, özde suçlunun parasal koşullara bağlanması suretiyle yerine getirtilmeye zorlanması, sonuçta denetimli serbestlik rejiminin arzuladığı cezalandırma prensiplerine daha uygun düştüğü söylenebilir.

ccc- Tüzüğün 58. maddesi kapsamı

102- Anılan Tüzüğün 58. maddesinde liste halinde sıralanarak, tadadi mahiyette açıklanıp anlatılmış olan ve denetim altındaki mahkumun yerine getirmesi zorunlu görülen, bu vecibeler tamamen kısıtlayıcı bir nitelik taşımaktadırlar. Bu vecibelerin yukarıda sayılanlarla sınırlı tutulması sonucu belirtilmiş olan bu hükümlerin herbirinde katı bir mutlakiyet ve değişmezlik esası vardır.

1- Fransız Ceza Yargılama Usulü Kanununa İlişkin Tüzüğün 58. maddesinde sayılan vecibelere, mahkemelerceyenileri eklenemez ve burada sayılan vecibeler değişikliğe uğratılmak suretiyle genişletilip sınırlandırılmaz.

103- Alınan önlemlerle gözetim ve ertelemeye karar veren mahkemelerin, iş bu Tüzüğün 58. maddesinde yer almış bulunan vecibeleri değiştir-

(16) **Franses-Magre**, De l'obligation du probationnaire d'acquitter les sommes dues à sa victime, J.C.P., 1965.I.1940, Tüzük 58. md. için bkz. ilerde p. 186.

(17) Crim., 25 juin 1986, J.C.P., 1986, Tabl. de jurisprudence 263.

(18) Mağdur veya onun yasal temsilcilerine, borçlu olunan miktarın ödenmesi ile beraber olmak koşuluyla serbestliğe (şartlı tahliyeye) ilişkin düzenleme için bkz., C.P.P. art. D. 536.

meye yetkileri olmadığı gibi, ne bu metinde öngörülme yeni bir vecibe bulup getirmek suretiyle bu listeye yenilerini dahil etmek gibi bir düzenleme yapmak, ne de kurdukları hükümlerde, bu yazılı metinlere bağlı kalmanın ötesinde, bu metinlerde yazılı hükümleri değişikliğe uğratmak, sulandırmak, uzatmak ve genişletmek gibi, kısmi değişikliklere tabi tutmak imkanları da yoktur (19). Çünkü genelde tüm sosyal hukuk devletlerinde olduğu gibi, Fransız Hukukunda da asıl ve temel olan prensip kişisel hak ve özgürlüklere zarar veren, onlara dokunan, durumlara ilişkin olarak uyulması gerekli bütün düzenlemeleri yaparak önlemler almaya veya cezalar vazedip yayımlamaya (ilan etmeye) en geniş ölçüde sadece ve tek başına yasa koyucunun yetkili olacağı kabul edilmiş olmasına göre; mahkemeler ancak yasalarla açıklanıp belirlenmiş olan sınırlar içinde yetki sahibidirler. Bu kısa izahattan da anlaşılacağı üzere anılan Tüzüğün 58. maddesinde yer alan listedeki mahkumun uyma zorunluluğu olduğu ve onun kişisel özgürlüklerini kısıtlamaya matuf vecibeler tadadi mahiyette olup bunlara yenilerinin ilave edilemeyeceği gibi burada yer alan herhangi bir hüküm üzerinde de değişiklik yapılmak suretiyle genişletilemeyeceği açıkça kabul edilmektedir.

2- Mahkemenin anılan vecibeleri uygulamadaki yetkilerinin sınırları

104- Kapsamı anılan Tüzüğün 58. maddesiyle belirlenen sınırlar içinde kalmak kaydıyla, mahkemeler yargılama yetkileri dahilinde olarak, isterlerse mahkuma hiçbir vecibe (yükümlülük veya bir borç) empoze etmeyebilecekleri gibi (20) işlenen suçun yapısal niteliğine veya mahkumun kişiliğinden doğan

(19) Crim., 2 avril 1963, B., 149, D. 1963.506, note Schewin, J.C.P., 1963.IV.66, GÖZLEM. LEGAL, R.S.C., 1963, 556 (Comp. Colmar, 25 oct. 1962, J.C.P., 1962.II.12959, note LACOMBE, Banyodan yayılan gazlarla kiracısının ölümüne sebep olan ve bu gazların yayılmasına neden olduğundan dolayı tedbirsizlikle adam öldürmek suçu ile mahkum bulunan taşınmaz mal sahibine, bu konuda empoze edilmiş bulunan ve yasadaki öngörülme, yani mahkemece duruma göre yeniden vazedilmiş bulunan vecibelerden dolayı, bu karar Yargıtayca bozulmuştur). Crim., 9 juin 1960, D., 1966, S., 111 ayrıca, (çocukla baba arasındaki ilişkinin düzenlenmesiyle ilgili olarak, babanın ziyaret hakkının yerine getirilmesinde, her bir uygulama için yasal vecibeler olduğu halde, görüşme süresi belirlenmediği için, buna dair karar da Yargıtayca bozulmuştur); Crim., 10 nov. 1966, B., 256 (burada mahkuma getirilen yükümlülük yasal idi. Fakat sürede belirsizlik bulunuyordu).

(20) Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 739. maddesinde bu yükümlülükler basit bir olasılık olarak gözükmekte olduğu ve gözetimle erteleme rejiminde mahkumun, mahkeme kararıyla kendisine özel olarak empoze edilmiş olan ve kamu yönetimi tarafından öngörülen, aynı mahiyetteki düzenlemeler ile getirilen yükümlülüklerle de riayet etmesi gereğini de kapsadığı yolunda görüşler vardır. Gözlem **Merle-Vitu**, age.. s. 1003, note 2.

hususiyetlere göre, isterlerse bu listede öngörülen vecibelerden sadece bir kısmının veya uygun gördükleri takdirde, bu listedeki vecibelerin tamamının mahkum tarafından yerine getirilmesini kararlarında gözetimle erteleme ile birlikte şart olarak getirebilirler veya mahkemelerin kararlarını verip dosyadan el çekmelerinden sonraki safhada da cezaları uygulama hâkimi (İnfaz Hâkimi), bu vecibeler üzerinde Tüzükte sayılan liste ile sınırlı kalmak kaydıyla değişiklik yapabilme yetkisini haizdir.

Böylece anılan Tüzüğün 58. maddesi hudutları içinde kalmak kaydıyla mahkemelerin yargılama yetkilerinin üzerinde herhangi bir sınırlayıcı hüküm olmadığı gibi bu alanda mahkemelerin yetkileri oldukça geniş bulunmaktadır (21).

3- 17 Temmuz 1970 Tarihli Kanundan önceki durum ve bu konuda anılan Kanunun getirdiği yenilikler

105- Yukarıda anılan bu sonuncu davranış 1970'den önce bazı mahkemeler tarafından cezaları uygulama hâkimine, mahkumun özel vecibelerinin iptali, yeniden tanzimi veya değiştirilmesine karar vermesi amacıyla düzenleniyordu. Bu şekilde düzenlenen yetkiler, hâkime serbestisinin azamisi ile uygulama yapabilmesine imkân verilebilmesi için kabul edilen bir durum idi.

Mahkemeler, gerçekte bazan anılan vecibelerin uygulanması durumunda, mahkumun kişiliğinin incelenmesinden sonra, yalnızca İnfaz Hâkiminin değerlendirme yapabileceğini sanıyorlardı. Fakat 17 Temmuz 1970 tarihli Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu deneme altına konulmuş olan mahkuma yöneltilecek yükümlülükleri bizzat empoze etmek için Cezaları Uygulama Hâkimini (yani İnfaz Hâkimini) yetkili kılmak suretiyle, bütün bu kaygılara ve yanlış anlamalara cevap vermiş olduğu literatürde yer almaktadır (22).

bb- Mahkuma vecibeleri empoze etmeye yetkili mahkemeler

106- Fransız Ceza Yargılama Yasasının Uygulanmasına Dair Tüzüğün yukardaki bölümlerde incelenen 57 ve 58. maddelerinde sıralanan gözetimle

(21) ORVAIN, Bilan du sursis avec mise à L'épreuve en France, in Le Fonctionnement du sursis avec mise à L'épreuve, Ed. Dalloz, 1961, s. 11 vd.

(22) Mağdurun uğradığı zararların onarılması şartına bağlı tutulan, mahkumun gözetimle ertelemeden yararlanmasını ihtiva eden bir mahkumiyete ilişkin yargı kararı ile, zararın ödenmesi koşulunu belirtme görevinin cezaları uygulama hâkimine bırakılabileceği içtihad edilmiştir: Crim., 11 oct. 1978, B., 267.

ilgili özel vecibeler, Yukarda bu bölümün 1/b kısmında da anlatıldığı üzere öncelikle, gözetimle ertelemeye karar verme yetkisine haiz tüm mahkemelerce yargılama sonunda hükümlerle birlikte belirlenebileceği gibi anılan Ceza Usul Yasasının 739. maddesinin 2. bendi uyarınca cezaları uygulama hâkimi ve bu hâkimin kararlarını itiraz üzerine incelemeye yetkili Asliye Ceza Mahkemesince de alınabilecektir. Ancak, her ne surette olursa olsun Tüzüğün anılan maddelerine ilişkin olarak hükümlenen kararlar ister yargılama sonucu adli bir kararla olsun, isterse cezaları uygulama hâkimince değişen durumlara göre her an için anılabilen inzibati bir karar niteliğinde bulunsun, bu kararlar geçici mahiyette infaza konulabilmektedir. Yani deneme süresinin sonuna kadar değişmez bir biçimde ve bu vecibeleri uygulamaya devam etmek mecburiyeti yoktur. Anılan Yasa ve Tüzükte sayılanlarla sınırlı olmak kaydıyla değişen durumlara göre her an için değiştirilebilen veya yerine yenileri konulabilen hükümlerdirler (23).

1- Genel mahkemeler ve askeri mahkemeler

107- Ceza Usul Yasasının 738. maddesinde öngörüldüğü üzere, bir cürüme ilişkin veya adi suçla ilişkin olarak yargılama yapmaya ve karar vermeye yetkili tüm mahkemeler ile Askeri Ceza Kanununun 369. maddesi uyarınca Silahlı Kuvvetler Mahkemeleri, uyguladıkları yasa maddelerinin kapsamı içerisinde kalmak kaydıyla, gözetim ve ertelemeye karar verirken, gözetim altına konulan mahkumun uyması gereken, Ceza Usul Yasasına ilişkin Tüzüğün 57 ve 58. maddelerinde öngörülen ve tadadî olarak sayılmış bulunan bu özel vecibelere uyması için Tüzük metninde sayılanlara bağlı kalmak koşuluyla, mahkumu yükümlülük altına koyabileceklerdir.

2- Cezaları uygulama hâkimi (infaz hâkimi)

108- Fransız Ceza Yargılama Yasasının 739. maddesinin son bendi kapsamına göre, bir mahkumiyet hükmünün gözetimle ertelemeyi içermesi halinde, mahkum mutad ikametgâhının bulunduğu yargı çevresindeki cezaları uygulama hâkiminin kontrolü altına yerleştirilince, bu hâkim mahkumun kişiliğine ilişkin verileri inceleyerek, Tüzüğün 57 ve 58. maddelerinde öngörülmüş olan hususlarla sınırlı kalmak kaydıyla, mahkumiyet hükmünde öngörülmemiş olan yeni vecibeler getirebileceği gibi, bu hükümde öngörülmüş

(23) Krş. MARC, Le nouveau pouvoir reconnu au juge de l'application des peines d'imposer des obligations supplémentaires aux probationnaires en cours d'épreuve, R.S.C., 1971, s. 1006.

olmakla birlikte, kifayetsiz kalmış olan veya işe yarar olmaktan çıkmış bazı vecibeleri değiştirip, yerine yenilerini koyabilme ve duruma göre bu vecibelerin tümünü birden de ortadan kaldırabilme yetkisine haizdir.

3- Cezaları uygulama hâkiminin kararlarına itiraz üzerine asliye ceza mahkemesinin yetkileri

109- Burada işaret edilmesi gereken önemli bir konu da, cezaları uygulama hâkiminin her zaman için yani sonradan oluşan yeni durumun gerekli kıldığı inzibati nitelikte almış olduğu kararların itiraza konu teşkil etmesi hususudur.

İşte bu sonuncu durumda, tebliğden itibaren hesap edilmek üzere bir aylık süre zarfında, cezaları uygulama hâkiminin bu tür kararlarla getirdiği yeni yaptırımlara karşı mahkumun itiraz hakkı vardır. Mahkumun bu itiraz hakkını kullanarak başvuruda bulunması halinde cezaları uygulama hâkiminin kararı Asliye Ceza Mahkemesince üç ayrı katagoride değerlendirilebilir: Bunlardan birincisi, incelenen "kararın tasdik edilmesi"; ikincisi, "kararın kısmen değiştirilebilmesi"; üçüncüsü de, "bozulup tamamen iptal edilmesi" şeklinde görülür.

Fransız Ceza Usul Kanununun 739. maddesinin 2. bendine göre, Asliye Ceza Mahkemesinin, Ceza İnfaz Hâkiminin kararlarına karşı itiraz üzerine, bu şekilde vermiş olduğu kararlar kesin mahiyettedir. Mahkumun yaptığı itiraz üzerine, Asliye Ceza Mahkemesine yeniden düzenleme yapılmak suretiyle verilen, tasdik veya değişiklik kararlarına uymak mecburiyeti vardır.

Ancak, gerekirki, bu arada Asliye Ceza Mahkemesi daha önce Cezaları Uygulama Hâkimi tarafından öngörülmemiş olan yeni bir vecibe empoze ederse, Asliye Ceza Mahkemesinin bu kararı ilgisine tebliğ edildiği günden hesap edilmek üzere, Cezaları Uygulama Hâkiminin kararının yerine kaim olur. Bununla birlikte Cezaları Uygulama Hâkimi ayrıca, eskiden olduğu gibi, her an için alabildiği ve derhal uygulamaya konulabilen bir kararı ile mahkum tarafından uyulmakta olan özel vecibeleri yeniden düzenleyebileceği veya tamamen ortadan kaldırabileceğine de kuşku yoktur.

III- GÖZETİMLE ERTELEMENİN SONA ERMESİ (ÇÖZÜLMESİ)

A- MAHKUMUN İYİ HALLİ OLMASI VE DAVRANIŞLARININ İYİYE YÖNELMESİ VARSAYIMI

Genel Olarak

110- Gözetimle ertemeleden yararlandırılarak, deneme altına konulmuş olan mahkumun, kararlaştırılan yasal deneme süresinin hitamı ancak, cezasının kesin olarak son bulması ve mahkumiyetin silinip ortadan kalkması ile mümkündür. Burada işaret edilen deneme periyodu boyunca mahkumun gidişatının ve davranışlarının iyi hal arzemesi, tatmin edici ve yeterli görülmesi halinde, deneme sürecinin yasal olarak sona erme süresi beklenmeden, gözetimle ertelemeğin iyi hal ile geçirilmesi sayesinde, bir yargı kararı ile anılan yasal sona erme süresi daha erken bir tarihe alınabilmektedir.

a- Deneme periyoduna ait sürenin bitimi üzerine, mahkumiyetin normal olarak sona ermesi hali

111- Fransız Ceza Usul Kanununun sistemine göre ister tecilin iptalini hükme bağlayan bir mahkumiyet kararını müteakip olsun, isterse cezanın toplamının infazını emreder nitelikte bir kararı takiben olsun, şayet mahkum deneme süresi boyunca, yeni bir suç işlemez veya yasaya aykırı bir davranışta bulunmaz ise veya gözetim ve müzahere* önlemlerinde, veyahutta 739. maddenin uygulamasına ilişkin olarak empoze edilen özel vecibelerde bir kusur etmez ve herhangi bir eksikliği bulunmaz ise, gözetimle erteleme içinde yer alan mahkumiyet esasen hiç vaki olmamış (Keenlemyekun), sayılacaktır.

Gözetimle erteleme rejimi, ertelemeye konu edilen cezanın sadece bir kısmı için uyarlanması halinde, şayet tecilin deneme periyodu içinde, bu denemeye alınma hali herhangi bir şekilde iptale maruz kalmadı ise, Fransız Ceza Yargılama Usul Kanununun 745. maddesinin 2. bendinde, bu mahkumiyetin bütün sonuçlarını içine alacak şekilde esasen hiç vaki olmamış sayılacağı öngörülmektedir.

Böylece anılan Usul Yasasının 775/3. maddesi ve adli sicilini iki nolu bülteninde öngörüldüğü üzere, bu durumda mahkumiyetin tamamı ortadan kalkmış olacaktır. Ayrıca anılan Usul Yasasının 746. maddesinin 3. bölümüne göre ise, ferî cezalar ve ehliyetsizlik cezalarının yürürlüğe girmesi de

duracaktır. Diğer bir anlatımla, bu durumda artık mahkum cezasını çekmekten bağışık tutulmaktadır.

Bu andan itibaren mahkumiyetin silinmesi sadece ve elbette mahkumun geleceğini kapsayacak ise de, mahkumiyetin bu şekilde silinmiş olması, mahkumiyetle ilgili mahkeme masraflarının ödenmesini veya tazminatları veya ferî veyahutta mütemmim cezaların önceki sonuçlarını kapsamayacağı belirtilmektedir (24).

b- Deneme sırasında ve mahkumiyetin süresinden önce son bulması

112- Ceza Hukukunun klasik kurumlarının katı ve sert tutumunu uygun zamanda durdurmak suretiyle, yasa koyucu yetenekli ve iyi hali mahkumların lehine olan bu hükmü öncelikle, gözetime son verilmesi için en elverişli zamanın bulunup değerlendirmesi bakımından hâkime bırakmak istemiştir.

Anılan Usul Yasasınının 743. maddesi, mahkumun alışılmış, (mutad) ikametgahının bulunduğu yerin veya Fransa dahilinde belli bir ikametgahının olmaması halinde ise, mahkumiyet kararını veren yerin Asliye Ceza Mahkemesini, mahkumiyetin esasen hiç vaki olmamış sayılmasına kendiliğinden karar vermesi konusunda yetkilendirmiş ve mahkemenin bu konuda uygun zaman ve koşulları değerlendirmesine olanak tanımıştır.

Burada iki koşul vardır. Bunlardan ilki süreye ilişkindir. Burada, "mahkumun denemeye alınma müddetinin" mahkumiyet kararının kesinleştiğinden itibaren "en az bir sene süreli" olması, ikincisi ise, mahkumun müzaheret ve gözetime ilişkin yüklendiği ve üstlendiği özel vecibelere uygun davranması ve ayrıca tecil uyarlamasınının müktesep hak teşkil etmesi noktalarında toplanmaktadır (25).

B- MAHKUMUN İYİ HALLİ OLMAYIŞI VE DAVRANIŞLARININ KÖTÜYE YÖNELMESİ VARSAYIMI

Genel Olarak

113- Mahkumun, gözetimle erteleme deneme periyodu boyunca olumsuz davranışlarının ve gidişatının kötüye yöneldiğinin göstergeleri ile

(24) Merle-Vitu, age., s. 1004, p. 831.

(25) Merle-Vitu, age., s. 1005, p. 832.

kendisinden beklenen ıslah ve iyi halliliğe ilişkin olumlu davranışlarda bulunmamış olmanın yasal kriterlerini aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür. Buna göre:

1– Gözetim, muavenet ve müzaheret önlemlerine riayetsizlik (26),

2– Kendisine Ceza Usulüne İlişkin Tüzüğün 58. maddesi uyarınca tahmil edilen özel vecibeleri (riayet şartlarını) yerine getirmemesi (27),

3– Bir suç işlemek gibi, yasaya aykırı bir takım davranışlarda bulunması halinde ise, mahkumun iyi hallilikten uzaklaşmış olduğu ve bu hareketleri ile tecile layık olmadığını göstermiş olduğu sonucuna varılacaktır.

Ancak, mahkumun bu şekilde yasal kriterlere aykırılıkta bulunması, gözetimle ertelemenin bir meselesi olarak sayılamayacağı gibi, mahkumun bu olumsuz davranışları, gözetimle ertelemenin çaresizliğini veya başarısızlığını kabul için haklı bir neden ve gösterge olamaz. Zira, bu tür deneyim ve örnekler suçluluğun doğasında vardır. Denebilirki, suçlu bu saplantılarından ani bir harekete kalkışmaksızın sıyrılması zordur. Gözetimle erteleme rejimi ise, mahkumun bu olumsuz davranışlardan arınmasında, ona yardım ve destekte bulunacak etkin bir müessesedir. Anılan misyonun, (bu özel görevin) ifasıyla mahkumların ıslahında olumlu sonuçlar alınmakta olduğu da bir gerçektir.

1970 tarihli Fransız Ceza Yargılama Yasasının kanun koyucusu, bu hükümleri düzenlerken, gözetimle ertelemenin öngörülen yasal süresinin kendiliğinden sona ermesi suretiyle, normal yoldan ortadan kalkmasını mümkün olduğunca sınırlamak suretiyle, mahkumun iyi halliliğe yönelmesine yeni bir şans daha bırakmak gibi bir anlayışı hareket noktası almıştır. Amaç gözetimle ertelemeye ilişkin olarak denetimli serbestlikten yararlanmakta olan mahkumların, ıslaha ve iyi halli olmaya yönlendirilmesi suretiyle bir an evvel hür ortama adapte olmalarının sağlanması ve normaldeki yasal sürenin kısaltılarak, ertelemenin öngörülenden önce kaldırılmasıdır.

(26) Fransız Yargıtayı bu yasal kriterlere uygun davranılmasını istiyor. *Crim.*, 7 dec. 1971, D. 1972.137, note Costa; *Crim.*, 20 avril 1972, D., 1972, S., 139.

(27) Bu kusurların hukuki yapısı (doğası) konusunda Bkz.: *FRANCES-MAGRE*, *Le manquement à une mesure ou à une obligation relative au régime de la mise à l'épreuve constitue-t-il une infraction pénale?*, *R.S.C.*, 1971, s. 649.

**a- Denemeye Tabi Tutulan Mahkumun, Kendisine Tahmil Edilen
Vecibeleri Yerine Getirmemesi Durumu**

114- Gözetimle erteleme sebebiyle belirli olan periot içerisinde denemeye tabi tutulan mahkumun, bu süre esnasında gidişatı kötüye yönelir ve iyi halliliğini ispat edemezse (yani yukarıda gösterildiği üzere yasal kriterlerle belirlenen hususlara aykırılıkta bulunmaya devam ederse) bu ve benzer durumlarda, cezaları uygulama hâkimi veya asliye ceza mahkemesi bizatihi kendi yetkilerine istinaden, ortaya çıkmış olan herbir problemi ayrı ayrı çözümlenip düzenleyebilirler. Bu durumda mahkemenin mahkumu tutuklaması veya deneme süresini uzatması da söz konusu olabilmektedir.

aa- Tutuklama için gerekli şartlar

115- Bu cümleden olarak cezaları uygulama hâkimi anılan Ceza Usul Yasasının 741. maddesine göre yukarıda açıklanan durumlarda üç ana sorun ile karşılaşabilecektir. Hâkimin karşılaşacağı bu durumları şu şekilde açıklamak mümkündür:

1- Mahkumu makamına celbederek sorgusunu (istimamı) yapacak bunu yaparken de, bu konu ile ilgili olarak gösterilen kanıtları toplayacaktır. Bu durumda mahkum hâkim tarafından yapılan çağrıya (davete) uymak zorundadır.

2- Şayet mahkum cezaları uygulama hâkiminin çağrısına uymaz ise bu durumda anılan hâkim onu dinleyebilmek amacıyla, mahkumun kendi yargı çevresi içinde bulunması halinde onu zabıta gücü ile ve süresiz olmak kaydıyla kendi önüne getirtebilir (ihzar edebilir). Bu halin dışında yani mahkum Ceza İnfaz Hâkiminin kendi yargı çevresi dışında bulunması halinde ise bu formaliteyi istinabe yolu ile mahkumun bulunduğu yer yargı çevresindeki infaz hâkimine göndereceği bir talimat ile yerine getirebilir. Yani mahkumun ifadesini istinabe yolu ile aldırabilir.

3- Mahkumun firarda olması halinde ise, cezaları İnfaz Hâkimi bir araştırma veya tutuklama kararı vererek onun bulunduğu anda dinlenmesinin temini ve ifadesine başvurulması için, bulunduğu yerin infaz hâkimi önüne getirilerek hazır edilerek istima işleminin icra edilmesini isteyebilir. Ancak bu hâkim eşit yetkiye sahip olmalıdır. Eşit yetkili hakim bulunmaması durumunda, mahkum bu defa C. Savcısının önüne çıkartılır. Bu sonuncu durumda yani mahkumun hâkim tarafından ifadesinin tesbitindeki engel nede-

niyle C. Savcısının önünde hazır edilmesi halinde, durumu açıklayan bir tutanak tanzim edilerek tutuklama veya araştırma kararını veren hâkime süresiz olarak ulaştırmak gerekmektedir (Ceza Yargılama Usul Kanunu 741/1).

Bütün bu varsayımlar mahkumun gözetim önlemlerine ve kendisine özellikle empoze edilmiş bulunan "riayet şartlarına", vecibelere uygun davranmaması esasına dayanmaktadır. Cezaları uygulama hâkimi mahkumun ifadesini alıp istimalını yaptıktan sonra veya yaptırdıktan sonra, savcılığın uygun talebi üzerine alınan gerekçeli bir kararla, onun en yakın bir cezaevine geçici olarak kapatılması olanak dahilindedir (Anılan Yasanın 741/2. maddesi gereğince).

Fakat bu durumda Asliye Ceza Mahkemesi konuya kendiliğinden (İpso-facto) olarak el koyacaktır. Zira, bu konuda alınacak önlemler üzerinde bir karar vermeye zorunludur. Çünkü mahkum hakkındaki tutuklama müzekkeresinden en geç beş gün sonra, bu konudaki kararını verip gereken düzenlemeleri yapması mecburiyeti getirilmiştir.

Aksi halde mahkumun salıverilmesi lazım geldiği anılan Ceza Usul Yasasının 741/3. maddesinde yer almaktadır. Bu konuda süresi içinde gerekli karar verilmediği ve serbest bırakma da söz konusu olmaması halinde ise, mahkemenin tutukluluğun devamı hususunda gerekçeli bir karar vermesi zorunludur (28).

bb- Deneme süresinin uzatılması

116- Fransız Ceza Usul Yasasının 742. maddesi gereğince mahkumun 739. madde yoluyla sözü edilen Tüzüğün 58. maddesinde öngörülen, özel vecibeleri yerine getirmemesi veya bir mahkumiyeti müteakip yeniden bir yasa hükmünü ihlal etmesi durumunda, ayrıca ailesine yardım etmek, nafaka borcunu düzenli olarak ödemek, Yargı kararı ile, korunmaları kendisine bırakılan çocukları, teslim etmek veya yasaya aykırı davranışı nedeniyle oluşan zarar ziyarı tamir ve tazmin etmek gibi vecibeleri yerine getirmekten isteyerek kaçındığında, Asliye Ceza Mahkemesi öncelikle deneme süresini uzatabilecektir. Böylece yasa koyucunun bu kanunlarda mahkuma kendisini düzeltip ıslaha yönelmesi için yeni bir şans daha vermiş bulunmakta olduğu görülmektedir.

(28) C.P.P. art 741 için bkz., ilerde p. 150.

Ancak mahkeme bu uzatmayı yaparken yapılan uzatmanın toplam süresinin mahkumiyetten itibaren üç yılı geçemeyeceği şartına riayet edecektir. Bununla birlikte diğer yandan da özel ve gerekçeli bir kararla, bu önlemlerin geçici bir uygulama niteliğinde olduğuna da karar verebilir (Ceza Usul Yasasının 741/2. maddesi) (29).

cc- Cezanın kısmen infazına karar verilmesi

117- Asliye Ceza Mahkemesi yukarıda sözü edilen koşullarda, deneme süresini uzattığında, infaz edilecek bölümün süresini belirlemek suretiyle, cezanın kısmen infaz edilmesine de karar verebilecektir. Fakat mahkumun cezasının infazına karar verme hususunda, bunu sadece bir defaya mahsus olmak üzere ve iki ayı tecavüz etmeyecek (geçemeyecek), bir süre için yapabileceği, anılan Ceza Usul Yasasının 742/2. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Yine anılan mahkeme kararının gözetim ve ertelemeye son vermeyeceği ve bu şekildeki mahkumiyetin, tecilsiz olan diğer bir mahkumiyetin sonuçlarına da bağlanamayacağı da 742/2. maddede dercedilmiş hususlardandır.

Asliye Ceza Mahkemesi, özel ve gerekçeli bir kararıyla mahkumun hapis edilmesine de bu şekilde karar verebilmektedir ki, bu husus dahi anılan Ceza Usul Yasasının 742/4. maddesinde yer almaktadır (30).

dd- Gözetimle ertelemeden geri kalan sürenin tamamının infazı

118- Nihayet, mahkeme gözetimle ertelemeyi iptal ederek yürürlükten kaldırmak suretiyle, bunun yerine geri kalan cezanın tamamının infaz edilmesine karar verebilme yetkisinide haiz bulunmaktadır. Bu cümleden olarak özel ve gerekçeli bir kararı ile aynı şekilde mahkumun hapsine karar verme yetkisine sahip olduğu vurgulanmıştır (31). Fakat yasa koyucu, henüz bu durumda bile, şartları deneme altına konulmuş bulunan mahkumun lehine olan özel durumların da gözetilmesi gerektiğini de öngörmüş bulunmaktadır.

Şayet mahkum daha önceden iki ayı gözetimle ertelemeye mahkum olmuş bulunuyor idi ise, yani iki ayı gözetim ve erteleme kalıntısı varsa

(29) Merle-Vitu, age., s. 1006, note 4.

(30) C.P.P. art 742 için Bkz. ilerde p. 154.

(31) Merle-Vitu, age., s. 1006, p. 833.

mahkeme bu durumda birinci cezanın infazını (öncelikle ayıracak) hemen ve doğrudan doğruya ayırabilecek ve mahkumu infazın bir bölümünden veya tamamından bağışık tutabilecektir. Bu husus anılan Ceza Usul Yasasının 742/3. maddesinde yerini almaktadır.

Asliye Ceza Mahkemesi bütün bu kararları alırken yetkisini üç çözüm arasından kendiliğinden seçme hakkına sahiptir. Bunlar anılan Yasanın 741/2. maddesinde öngörülen mahkemenin kendi öz yetkisine dayandığı gibi yine 744. madde gereği olarak da cezaları uygulama hâkimi veya C. Savcısının talebi ile de ele alacağına dair yetkiler olarak sayılabilir. Ancak, mahkuma yüklenmiş bulunan vecibenin yasal olmayışından dolayı ihlal edilmesi halinde kaçınılmaz olarak yukarıda sözü edilen bu üç çözümünde uygulanma olanağı bulunmadığı içtihad edilmiştir (32).

b- Deneme Altına Konuların Mahkumiyeti Müteakip Yeni Bir Suç İşlemesi (Yasaya Aykırı Bir Davranışta Bulunması)

119- Gözetimle erteleme suretiyle denetime tati tutulan mahkum deneme periyodu içerisinde yasaya aykırı bir davranışta bulunur veya yeni bir suç işlerse tecilin düşeceği ve önceden vaki olmuş bulunan diğer tecilli cezaları varsa onlarında aynen infaz edileceği ceza hukukunda genel kaide olmakla birlikte, bu husus Fransız Ceza uygulama sisteminde 1970 tarihinden önceki yasal tatbikat ve halen uygulanmakta olan 17 Temmuz 1970 tarihli, 70/643 sayılı Kanundan sonra olmak üzere iki yönde incelenebilir.

1- 1970 tarihinden önce gözetimle erteleme sırasında adi bir suç veya bir cürüm işlenmesi sebebiyle yeni bir hapis cezasına mahkumiyet kararı verilmesi halinde, mahkum hakkında uygulanmakta olan gözetimle ertelemenin tümü ile ve kendiliğinden ortadan kalkması sonucunu doğurmakta olduğu belirtilmektedir. Gözetim ve ertelemenin böyle bir sonuca ulaşmasına sebebiyet veren yasanın katı hükümler taşıdığı ve insancıl olmaktan uzak bulunduğu müelliflerce vurgulanmaktadır.

2- 17 Temmuz 1970 tarih ve 11 Temmuz 1975 tarihli Kanunlar, yukarıdaki açıklanan bu mekanizmanın katı hükümlerini yumuşatmak suretiyle bu katı işleyiş tarzına kısmen son vermiş oldular.

Anılan 1970 ve 1975 tarihli Yasaların yürürlüğe girmesinden itibaren, ister gözetimle ertelemenin deneme süresinin uzatılması konusunda olsun

(32) Crim., 14 mars 1963, D., 1963. 506, note Schewin; Merle-Vitu, age., s. 1006, note 3.

veya isterse cürüme ait bir ceza veya hapis cezasını gerektiren tedbî mahiyette bir cezaya ilişkin bulunsun, mahkum deneme süresi boyunca herhangi bir mahkumiyete uğrarsa, öncelikle uğradığı bu mahkumiyeti ve bunun yanında, daha evvelce gözetimle erteleme (ile uyumlanmış) şekline dönüştürülmüş önceki tecilli cezaların tamamı veya bir kısmının iptaline karar vermek veya karar vermemek konusunda, hâkim tam selahiyetli ve tamamen serbest bırakılmıştır.

Bu durumda iptal edilen tecil ile ilgili erteli cezalar birbirleri ile veya en son hükmolunan ceza ile karıştırılmaksızın, ilkönce iptal edilip yürürlükten kaldırılan tecillere ait olan ve onlara murtabit cezaların infazıyla işe başlanacağı anılan Ceza Usul Kanununun 744/3. maddesi ile hükme bağlanmıştır.

C- GÖZETİMLE ERTELEMENİN OLAĞAN DIŞINDA SONA ERMESİ

120- Gözetimle ertelemenin fonksiyonları ile bağdaşmayan ceza hukuku kurumlarının gözetim (denemeye konulma süreci) üzerine olan etkileri.

Genel Olarak

121- Gözetimle ertelemenin fonksiyonu (işlevi) her zaman kolaylıkla gerçekleştirilemeyen klasik, zecri nitelikler taşıyan bir sistem üzerine aşılanmıştır. Hernekadar genel olarak ceza hukuku ana prensipleri çerçevesinde çözüm bulunabilir ise de, bu bağlamda karşımıza çıkan meselelerin başında suçların gerçek bir içtimaı gelmektedir. Mahkumun önceki bir mahkumiyeti takiben gözetim ve ertelemeden yararlandığında önceki cezalar ile bu sonuncu gözetimle ertelemenin biri biri içerisinde kaybolup karışacağı kaygısı vardır.

Bunun yanında genel veya özel af da gözetimle ertelemeyi yarıda kesecek ve gözetimle ertelemeyi beklenen yani umulan sonuçlara ulaşılmasını engelleyecektir. Bu konulara da burada kısaca göz atılması yerinde olacağı kanısındayım.

a- Önceki Daha Şedit Bir Ceza İle İçtima Halinde, Gözetimle Ertelemenin Bu Şiddetli (Baskın) Ceza İçinde Karışıp Kaybolması

122- Basit tecilli havi veya hapis edilmeyi gerektiren daha şedit bir ceza ile önceden mahkum olmuş bulunan fail, bu önceki mahkumiyetini takiben

daha sonra bir gözetimle ertelemeye tabi tutulan mahkumiyete çarptırılır ise, bu gözetimle erteleme normal olarak önceki şiddetli (baskın) cezanın kapsamı dahilinde kalacak ve cezalar birbirleri ile karışmış olacaktır. Benzer bir durumda (ki bu hususu yasa koyucu öngörmemiş bulunmaktadır). İkinci Ceza birincisi tarafından apsorbe edilerek ve böylece gözetimle ertelemeyi havi ikinci ceza şedit olan birinci ceza içinde kaybolacaktır. Bu nedenle de gözetimle ertelemenin uygulanması farkedilemeyecek ve gözetimle ertelemeyen yararlanan mahkumun ıslahı sonucuna ulaşamayacaktır.

b- Genel ve Özel Af durumlarında Gözetimle Ertelenmeye Yansıyan Etkiler

123- Yukarıdakine benzeyen bir sorun ile genel af nedeniyle karşılaşılabileceği de ileri sürülebilir. Buna göre Kanunun genel af ile gözetimle ertelemeye tabi mahkumiyeti ortadan kaldırması halinde mahkumun denemeye konulması ile ilgili süreci içeren girişimi özellikle hiç de uygun olmayan bir tarzda men ederek mahkumun ıslaha yönelik çabalarına gem vurulmuş olur (33), (34), (35).

IV- GENEL MENFAATE HADİM BİR İŞTE ÇALIŞMA KOŞULUNA BAĞLI KILINAN GÖZETİMLE ERTELEME (36)

Genel Olarak

124- Gözetimle ertelemeye bir başka uygulama yöntemi ise genel menfaate hadim bir işte çalışma mecburiyetinin kabulü kaydı ile cezanın teciline karar verilebileceği şeklinde tezahür etmektedir. Bu uygulama sistemi Fransız Ceza Hukukuna 10 Haziran 1983 tarihli Kanunla dahil edilmiş bulunmaktadır. Tecilin bu şekilde genel menfaate hadim bir işte çalışma kaydı

(33) Krş., R. MERLE, Le fonctionnement du sursis avec mise à l'épreuve, age., s. 164 vd.

(34) Krş., LARGUIER, Le fonctionnement du sursis avec mise à l'épreuve, age., s. 99 Comp. Crim., 30 mars 1960, D., 1960.430, note J.M.R.

(35) Krş. J. Cl. Proc. pên., art 738à 747, nos 216 vd.; LEVARSSSEUR, Un précédent inquiétant pour l'avenir de la probation (la loi d'amnistie du 30 juin 1969), D., 1969; Chr., s. 233. Af konusunda aynı sorun için (krş. REBOUL, Le fonctionnement du sursis avec mise à l'épreuve, age., s 95). Tecilin kısmen iptali için Bkz.: Crim. 11 févr. 1980, B., 55, gözlem. LARGUIER, R.S.C., 1981, s. 71.

(36) Recherches sur le travail d'intérêt général, Archives de politique criminelle, 1987, no 9, s. 77 vd.; PERDRIOLLE, le travail d'intérêt général, Déviance et société 1984, s. 207; B.M. BOYER, le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général n'est-il qu'une simple variante du sursis avec mise à l'épreuve? R.P.D.P., 1987, s. 103. (cpp. art 747, için bkz. ilerde p. 166.

ile uygulanması ile ilgili yasal düzenlemeler Ceza Yargılama Usul Kanununun 747/1 ve devamı ile bu Yasaya ilişkin Tüzüğün 61/1 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Gözetimle erteleme genel uygulamasına ilişkin tüm hususlar Genel Menfaate hadim bir işte çalışma koşuluyla hükmolunacak olan gözetimle erteleme biçiminde de aynen uygulanacaktır. Bu hususa kısaca işaret ettikten sonra, konuyu aşağıdaki şekillerde açmak mümkündür.

a- Genel Menfaatlere Hadim Bir İşte Çalışma Zorunluluğu

125- Şimdi burada mahkumun cezasının ertelenmesi, bütünüyle gözetimle ertelemeye ilişkin uyulması gereken hususlar yanında, mahkum ayrıca deneme süresi boyunca genel menfaate hadim bir işte çalışmaya katlanmak için dahi zorlanabilecektir. Mahkumun diğer bütün "riayet şartları" yanında anlatıldığı şekilde bir işte ücretsiz olarak çalışmaya tabi tutulması da, bu tür gözetimle erteleme bir rüknü olarak yasada yer almış bulunmaktadır.

Bu sahada sistemin orijinalliği diğer bir görüş açısına yönelmekte olduğunu vurgulamakta fayda vardır. Burada ana unsur sanığın uymaya zorunlu bulunduğu diğer "riayet şartları" yanında kamuya faydalı bir işte çalıştırılmak suretiyle cezaevinin kapalı ortamından daha ziyade yararlı bir yapıya kavuşturulacak. Bu suretle mahkumun, bir nevi manevi rehabilitasyona tabi tutularak, cemiyet içine yeniden dönme şartlarının hazırlanmasında bu uygulama, başka yöntem olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

1- Mahkumun huzurda müeyyideye uymayı kabul etmesi gereği

126- Genel menfaate hadim bir çalışma koşuluna bağlı kılınan gözetimde uygulama yapılabilmesi ancak, sanığın hazır olduğu bir oturma bizzat böyle bir çalışma koşuluna dayalı olarak cezanın tecil edileceğinin hazır bulunan bu sanığa önerilmesi ve onunda bu koşulla cezanın tecilini bizzat kabul ettiğini bildirmesi kaydıyla karar verilebilme olanağı vardır.

2- Çalışma ortamı

127- Bu yöntemle uygulanan tecilde, anılan çalışma müeyyidesinin uygulanması ancak, mahkumun 18 aylık deneme süresi esnasında bir kamu ortaklığı, bir kamu kurumu veya kamuya hadim bir cemiyetin (Derneğin) yararına olarak, genel menfaate hadim bir işin ifasını içerecektir.

3- Ücret

128- Mahkumun genel menfaate hadim böyle bir işte çalışma mecburiyetini kabul etmesi halinde bu çalışmasına karşılık herhangi bir ücret ödenmeyeceği de yasada açıklanmıştır.

4- Süre

129- Yukarıdaki koşullarla mahkumun, cezasının ertelenmesine karar verilmesi halinde, genel menfaate hadim bir işte çalışmanın süresi yetişkinler için, ne 40 saatten az ve ne de 240 saatten fazla olarak tesbit edilemeyecektir. Bu süre küçükler için ise, en az 20 saat ve en fazla 120 saat olarak saptanacağı yasada öngörülmektedir.

Yukarda görüldüğü üzere azami 18 aylık deneme süresi ağır tıbbi, ailevi, mesleki veya sosyal mecburiyetler nedeniyle geçici olarak ertelenebilir ve geriye bırakma mümkün olabilir. Ancak bu süre Asliye Ceza Mahkemesince gözetimle erteleme için Ceza Usul kanununun 742. maddesinde bahsedilen şartlarda en fazla 18 ay için uzatılabilecektir.

5- İşin bitirilmesi zorunludur

130- Genel menfaate hadim olan işin tamamen ifa edilmesinden itibaren deneme süresi sona erecektir. Bu şekilde işin tamamen ifa edilmesi ile mahkumiyetin esasen hiç vaki olmamış sayılacağı vurgulanmaktadır.

6- Cezaları uygulama (İnfaz) hâkiminin yetkileri

131- Gözetimle ertelemenin usta başısı olduğunu daha önceki bölümlerde vurguladığımız infaz hâkimi bu müessese üzerinde en yetkili makam durumundadır. Mahkuma muavenet ve müzaharete bulunacak ve ona yardım edecek olan, gözetim memuru ile diğer gözetim kurumlarının bu alanda da hizmet vermelerini düzene koyacak olan, ayrıca gözetim memurunu ismen belirlemek, işin cinsini, saatini ve işten yararlanacak olan kuruluşları saptamak ve bunları gerektiğinde değiştirmek yetkisine de sahip bulunan, vereceği bir kararla bu konudaki işin yerine getirilme şartlarının biçimini tesbit edecek tek kişi, sadece cezaları uygulama (infaz) hâkimidir.

aa- Mahkuma iş verecek olan kamuya hadim derneklerin yetki ve istek koşulu

132- Anılan infaz hâkimi, yargı çevresi içerisinde bulunan genel menfaate hadim işlerin bir anketle araştırmasını yapar, bu tür işleri saptadıktan

sonra, mahkumu çalıştırmak için istekte bulunmuş ve daha önce yetkilendirilmiş dernekler, kamu kurumları ve kamu ortaklıkları yararına olmak üzere, hakkında genel menfaate hadim bir işte çalışma kararı verilmiş olan mahkumları bu tür işlere yerleştirir.

bb- İş Kanunu hükümlerine uyulması zorunluluğu

133- İş Kanununda yer almış olan hususlar, buna nisbeten gece yapılan çalışmalar, sağlık şartları, iş güvenliği, kadın işçilerin çalışmalarıyla vesair hususlarla ilgili hükümler ve nihayet genç işçilerin çalışma koşullarını belirlemekte olan düzenlemeler genel menfaate hadim bir işte çalışmaya ilişkin tecil uygulamasında da gözetilecektir.

b- Mahkumun Çalışması Sonunda Doğabilecek Sorumluluklar

134- Mahkum tarafından üçüncü kişiler aleyhine husule getirilen zarar, şayet bu zarar genel menfaate hadim işin ifasının sonucu olarak doğrudan husule gelmiş ise, Devlet tarafından karşılanacaktır. Bu halde Devlet işin ifasından zarar gören kişinin halefi durumuna geçer ve ödemesi ile sınırlı olarak rücu hakkını kullanır. Genel menfaate hadim iş ücretli mahkumlar için olan işlere ait yasal çalışma saatleri ile de içtima edebilir.

(SÜRECEK)

ÖRGÜTÜ ELEVEREN TANIKLIĞIN DÜZENLENMESİ (*)

Dr. Silvia TELLENBACH (**)

Pişman olarak suçunu ikrar eden kişilerle ilgili düzenlemeler birçok hukuk düzenlerinde bilinen bir kavramdır. Özellikle İngiliz ve Amerikan hukuku bu konuda düzenlemeler içermektedir (1). Buna karşılık Almanya'da bu müessese ile ilgili olarak çok çekimser davranılmıştır. Yakın zamana kadar Alman hukukunda bu müessese büyük bir önem taşıymıyordu. Ancak Alman hukukunda da faal nedamet veya failin suçun ortaya çıkartılmasında katkıda bulunmasına olumlu bir bakış açısı, ceza tayin edilirken bunun gözönünde tutulması Alman hukukunda Pişmanlık Kanununa benzer bir sonuç doğuruyordu. Fakat bu durum kamuoyunda çok dikkat çekmiyordu (2). Bunun dışında, yeni suçluluk biçimlerinin yeni taktiklerin uygulanmasını gerektirip gerektirmediği tartışılmıştır. Ancak kriminal taktik yöntemlerinin hukuk devleti açısından sınırları da tartışılmıştır (3). Bu nedenle Almanya'da pişmanlık ile ilgili hükümlerin son yıllarda sürekli gündemde olması doğaldır.

1982 yılında Uyuşturucu Maddeler Kanununun 31. maddesi ile sadece uyuşturucu madde suçlarına ilişkin olarak, pişmanlık hükümleri yürürlüğe konulunca bu hükümler önce pek fazla dikkat çekmedi. Bazı yazarların değindiği gibi adigeçen kanunun diğer bazı hükümleri tartışıldığı için, pişmanlık hükümleri gözden kaçmıştı (4).

Ancak, 1986 yılında terör ile ilgili suçlar alanında pişmanlık hükümlerinin yürürlüğe konması sözkonusu olduğunda pişmanlık ile ilgili lehte ve aleyhte

(*) 27.10.1995 Tarihinde Yargıtay Konferans Salonunda Yapılan Konuşma.

(**) **Max-Planck Enstitüsü (Freiburg) Ortadoğu Ülkeleri Sorumlusu.**

(1) *Dietrich Oehler*, Kronzeugen und Erfahrungen mit Kronzeugen im Ausland, ZRP 1987, 41-45; *Klaus Bernsmann*, Kronzeugenregelungen des geltenden Rechts, JZ 1988, 539-545 (539 ff).

(2) *Heike Jung*, Der Rnozeuge - Garant der Wahrheitsfindung oder Instrument der Überführung? ZRP 1986, 38-42(38).

(3) *Jung*, age.

(4) *Andreas Hoyer*, Die Figur des Kronzeugen, JZ 1994, 233-240(239).

bütün gerekçeler tartışıldı. Lehte olanlar, örgüte henüz bağlanmamış veya artık sıkı bağları bulunmayan kişileri örgütten bu şekilde "koparabileceklerini" (5) ve örgüt mensuplarının birbirlerine olan güvenini sarsarak örgütü zayıflatabileceklerini umuyorlardı. Lehte olanların ileri sürdükleri diğer bir nokta ise, pişmanlık hükümlerinin zaten mevcut olan fakat eksik yönleri bulunan hükümlerinin tamamlanması niteliğinde olduğu idi (m. 129a V, 129 VI StGB, m. 153 b, 153 a StPO) (6).

Aradaki temel fark şudur: Zaten mevcut olan hükümler araç suçları kapsamaz: Evvelce işlenmiş bulunan suçların aydınlatılmasında da bir yarar sağlamazlar; bundan başka avantaj sağlanması, iyi sonuç alınması ile bağlantılı olmayıp, sadece başarıya ulaşmasının mümkün olması ile bağlantılıdır. Pişmanlık hükümleri ile ilgili en önemli sorunlar şöyle sıralanabilir: 1. mecburilik prensibine aykırılık 2. Hukuk devleti ve eşit muamele ilkesine aykırılık 3. En ağır suçları işleyen failerin cezadan kurtulmaları nedeni ile vatandaşın hukuka olan saygısının zedelenmesi (7).

Alman Hukukunda mecburilik ilkesinin istisnaları birçok halde vardır. Davayı düşüren haller Alman Ceza Muhakemesi Kanununda kabul edilmiştir (m. 153 ve devamı).

Bununla birlikte temel ilke kamu davasının mecburiliğidir. İstisna kabul etmek için önemli bir gerekçe bulunmalıdır. Bu gerekçenin Anayasa Hukuku açısından uygun olması, daha doğru bir anlatımla eşit muamele ve hukuk devleti ilkelerine uygun olması gerekir. Pişmanlık gösteren faile ceza vermekten vazgeçilmesi diğer failere oranla eşitsizlik oluşturur ve bu nedenle keyfilik yasağı açısından irdelenmelidir. Yani, genel olarak ceza kanunlarının uygulanması ilkesine istisna tanınmanın (8) bu gibi hallerde gerekli bulunup bulunmadığı, maddi bir sebep gözetilerek incelenmelidir. Diğer suç grupları gözönünde tutulduğunda inceleme konusu olan bu alandaki failin gösterdiği özel tehlike hali ve yaptığı eylemin saikleri bir gerekçe olarak ileri sürülebilir. Diğer suç ortaklarına ilişkin olarak bunların suçunun aydınlatılmasına yardımcı olma (9) da önemli bir gerekçedir ve pişmanlık hükümlerine taraftar

(5) BT-Drs. 11/2834, 13.

(6) Bkz. *Hans Hilger*, Die Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten, NJW 1989, 2377 vs. (2378). *Bernsmann* a.g.e.

(7) *Bernsmann*, a.g.e. 540.

(8) *Karl-Heinz Kunert/Klaus Bernsmann*, Neue Sicherheitsgesetze - mehr Rechtssicherheit?, NStZ 1989, 449-461 (458).

(9) *Dirk Lammer*, Terrorbekämpfung durch Kronzeugen, ZRP 1989, 248-252 (250).

olanlar devletin suça etkin bir şekilde mücadele etmek görevinin hukuk devleti ilkesinden türetilmiş bir görev olduğunu vurgularlar. Bu görüşe karşı olanlar, adalet hizmetlerinin yürütülmesinde ceza adalet sisteminin daima adli kurallara bağlı olması, gerektiğini söylerler (10). Ancak, üzerinde fikir birliğine varılmış olan nokta şudur ki: Böyle bir özel muamelenin, gereklilik, uygunluk ve orantılılık ölçütlerine uygun bulunması gerektiğidir.

Gereklilik noktası, araştırmalarda yolların tıkanmış olması anlamı taşır. Bu görüşe karşı denir ki haklarında suç araştırması yapma zor olan başka suçlu gruplar da vardır ve buna rağmen pişmanlık hükümleri uygulanmaz. Ayrıca devlet bu şekilde büyük ölçüde "siyah rakamlara" göz yummak zorunda kalmaktadır (11) ve bunun dışında düşme kararı verme imkânları vardır ve yasada düzenlenmiş olmamasına rağmen bilfiil uygulanan uzlaşma yöntemleri mevcuttur; bu yöntemler uygulanarak soruna makul bir çözüm bulmak mümkündür (12). Frankfurt'lu ceza hukuku profesörü Hassemer (13) hukuk devleti ilkesinin "ne pahasına olursa olsun gerçeğin araştırılması"nı gerektirmediği vurgulamıştır: Çok zor durumda kalınsa dahi bazı metodların uygulanamayacağı konusunda bir inanç mevcut olmalıdır. Mesela, olayın aydınlatılmasına imkan sağlaması ihtimali bulunsa dahi işkencenin yasak olması gibi. Yapılan araştırmaların tıkanması başka türlü ortadan kaldırılamıyorsa ve işlenen suçların doğurduğu baskı o alanda devletin reaksiyon göstermesinden vazgeçmeye engel olursa, kriminal taktik açısından ceza koğuşturmasından vazgeçilmesi mümkündür. Başka bir ifade ile devlet bu suçu koğuşturmadığı takdirde suç baskısının türü ve yoğunluğu açısından hukuk düzeninin tümüne önemli bir ihlal gerçekleşmesinden korkuluyorsa, devletin o alandaki suçluluğa reaksiyon göstermesinden vazgeçilemez (14). Bu sınırların ne zaman gerçekleşmiş olduğu her zaman tartışmalıdır.

Uygunluk noktasından da bazı sakıncalar ve tereddütler ileri sürülmektedir: Yabancı ülkelerin bu konuda geçirdikleri tecrübeden sınırlı bir şekilde yararlanılabilir. Zira, başka türlü teşkilatlanmış ve motivasyonları farklı olan gruplar sözkonusu olduğu gibi, yasal şartlar ile fiili şartlar da farklıdır. Bunun

(10) *Jung*, a.g.e. 40.

(11) *Winfried Hassemer*, Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten - Thesen zu Art. 3 des Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Terrorismus (BT-Drs. 10/6286), StrV 1986, 550,553 (551).

(12) Bkz. *Kunter/Bernsmann*, a.g.e, 457.

(13) *Hassemer*, a.g.e. 551.

(14) *Jung*, a.g.e. 40.

yanı sıra, uyuşturucu maddeler kanunu ile ilgili yapılan karşılaştırmalar da uygun değildir. Zira, koğuşturulan suçların sadece küçük bir kısmı pişmanlık hükümleri sayesinde aydınlatılmıştır (15).

Terörle mücadelede edinilen tecrübe göstermiştir ki; ideolojik yönü olan gruplarda, bu gruplar tarafından "ahlâka aykırı" olarak nitelendirilen devlet tedbirleri grubun birbirine daha çok bağlanmasına neden olmaktadır. Burada dikkati çeken nokta milyonlarca Mark tutarında vadedilen mükafatlar herhangi bir bilgi elde etmeye yaramamıştır (16). Nihayet şu sakınca da ileri sürülmüştür ki, pişmanlık ile ilgili hükümlerin başarısızlıkla sonuçlanması bir süre sonra olumsuz neticeler doğuracaktır. Bunun ise, terör örgütlerini güçlendirici bir sonuç doğurmasından korkulmaktadır (17).

Diğer sakıncalar ve beklentiler orantılılık zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Burada önemli olan bir şart, ele verilen suç ortağının örgüt açısından en azından onu ele veren muhbir kadar önemli olmasıdır. Böylece önemsiz kişiler ele verilerek yarar sağlanması önlenmiş olacaktır. Aynı zamanda önlenen tehlike veya aydınlatılan suç ile cezalandırılmayan eylem arasında hukuka aykırılık açısından bir oran mevcut bulunmalıdır. Bu nedenle çok ağır suçlarda bu yol kapalıdır (18). Nihayet bazı suçlarda, mesela adam öldürme suçlarında bir sınır olmalıdır ve bu suçlar cezasızlık kapsamı dışında bırakılmalıdır (19). Bütün bunlar göstermektedir ki; pişmanlık hükümleri en son çare olarak uygulanmalıdır.

Eşitlik ilkesinin diğer bir yönü de iddia ile müdafaa arasındaki silahlarda eşitliktir. Duruşma alenilik ilkesine dayandığı halde (20), pişmanlık hükümleri duruşmanın değerinin azalması tehlikesini doğurur.

Duruşmanın aleniliği ilkesi delillerin karşılıklı tartışmada ortaya konmasını sağlayarak maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında vazgeçilemeyen bir değer taşır. Buna karşılık pişmanlık hükümlerinin uygulandığı hallerde genellikle ağırlık noktası hazırlık soruşturmasına kaymıştır. Birçok halde örgütü ele veren tanık duruşmada dinlenen bir tanık olmayacaktır; sadece olayın

(15) *Hassemer*, a.g.e. 551.

(16) *Kunter/Bernsman*, a.g.e. 457.

(17) *Lammer*, a.g.e. 250.

(18) *Lammer*, a.g.e. 252.

(19) *Jung*, a.g.e. 40.

(20) *Hassemer*, a.g.e. 552, *Kunter/Bernsmann*, a.g.e. 458.

aydınlatılmasına yardım eden bir kişi olarak gözükcektir. Tanığın güvenilirliğinin sağlanması amacıyla onu herhangi bir şekilde saklamak söz konusu olacak, bu ise müdafaanın tanığa sorular sormak ve onun ifadesinin güvenilir olup olmadığını denetlemek imkanını ortadan kaldıracaktır. Bu ise, yaptığı açıklamalar ile ceza indirimini veya cezasızlığı kazanacak olan tanık bakımından gerçek dışı ifade vermek için önemli bir motivasyon oluşturmaktadır (21). Bu durumun sakıncalarını ortadan kaldırmak amacıyla müdafaanın hazırlık soruşturması sırasında sahip bulunduğu bilgi edinme haklarının genişletilmesi önerilmiştir (22). Yalan yere suçlamaları azaltmak amacıyla, Amerikan hukukunda olduğu gibi "corroboration" zorunluluğunun getirilmesi önerilmiştir (23). Başka bir ifade ile, muhbir tarafından açıklanan olayın başka delillerle de ispat edilmesi zorunlu olmalıdır (24).

"Devletin bir ifadeyi, ceza vermeme karşılığında satınması" problemi bir sorun olarak varlığını sürdürmektedir. Satın alınmış tanıklardan yararlanan bir ceza koğuşturması, güvenilir olma özelliğini tehlikeye atar (25). Ağır suçlar işleyen kişilerin kısa bir süre sonra veya hatta hiç cezalandırılmadan tekrar normal yaşamlarına dönmelerini vatandaşın kabul edemeyeceği belirtilmiştir. Fakat bu görüşe karşı fikirlerin tümünü değerlendiren bir görüş ileriye sürülmüştür. Nihayet pişmanlık hükümleri ile ilgili olarak yapılan bir tanımlama da, bu yöntemin başka türlü elde edilmesi mümkün olmayan başarılarla yol açtığı şekildedir; araştırmalarda pişmanlık hükümlerinin kullanılması sonucunda suçla mücadelede başka türlü elde edilmesi mümkün olmayan başarılar ortaya çıkınca bireyler bunun hukuka uygun olduğuna inanacaklardır (26).

Meclis hukuk komisyonunda dinlenen uzmanlar ve başka vesilelerle yapılan açıklamalar da söz alan kişiler pişmanlık hükümlerinin yasaya gir-

(21) *Harald Turner/Volker Gallandi*, Kronzeuge und strafprozessualer Wahrheitsbegriff, ZRP 1988, 117-118 (118).

(22) *Lammer*, a.g.e. 252.

(23) *Lammer*, a.g.e. 252.

(24) Pişmanlık duyan tanık ile ilgili aleyhte diğer görüşlerin kaynağı, "suçsuzluk karanesinin" ihlali ile ilgilidir. Mesela, hazırlık soruşturması sırasında savcılık hem sanığın lehindeki hem de aleyhindeki delilleri toplamak mecburiyetinde iken, yalnız sanığın aleyhinde olan delilleri toplamak için harekete geçebilir. Bunun dışında pişmanlık duymayan tanıkların, daha ağır ceza gören sanık durumuna düşmeleri tehlikesi ortaya çıkar. Bkz. *Hassemer*, a.g.e. 552.

(25) *Jung*, a.g.e. 40.

(26) *Hoyer*, a.g.e. 236.

mesine karşı gelmişlerse de, federal başsavcılık ve bazı polis makamları karşı görüşü ileri sürmüşlerdir. Bunun neticesinde terör ile ilgili suçlarda pişmanlık hükümlerinin uygulanması önce kabul edilmemiş, fakat 1987 yılında yapılan koalisyon anlaşmasında yasaya dahil edilmesi kararlaştırılmış ve 1989 yılında bu konuda hazırlanan tasarı meclisten geçerek, yöneltilen bütün eleştirilere rağmen yasalaştırılmıştır.

Son yıllarda sürekli olarak artan örgütlü suçluluk hukuk toplumunu özellikle tehdit eden bir tehlike olarak hem Almanya'da, hem de uluslararası alanda kendisini göstermeye başlamıştır. Almanya'da da örgütlü suçlulukla mücadele amacıyla çok sayıda kanun yürürlüğe konmuştur. Örgütlü suçluluk alanındaki pişmanlık hükümleri hakkında gene tartışmalar yapılmakta ise de, bunlar 1986 ve 1989 yıllarında olduğu kadar şiddetli olmayıp, başka bir yönde sürdürülmektedir. Pişmanlık hükümlerini tenkit edenler daha evvelce belirtilmiş olan sakıncaların yanısıra aşağıdaki görüşleri ileriye sürmektedirler. Şimdiye kadar mevcut pişmanlık hükümlerinin suçla mücadelede başarılı olduğunu gösteren somut bilgiler mevcut bulunmamaktadır (27). İleri sürüldüğüne göre, iki Almanya'nın birleşmesinden sonra eski Doğu Almanya'daki çok sayıdaki teröristin tutuklanmasından elde edilen gösterişli başarılar, pişmanlık hükümlerinin başarılı sonuç verdiğini göstermeye yeterli değildir. Tutuklanan kişilerin ifade vermeye hazır olmaları pişmanlık hükümlerinden kaynaklanmamış, aksine bu davranışın temel sebebi, ilgilinin uzun süreden beri terör ortamından ayrılmış ve normal bir hayat kurmuş olmasına ve bu nedenle pişmanlık hükümlerinden yararlanarak cezasının kısaltılmasında menfaati bulunmasına bağlı olmuştur. Bunun için, pişmanlık hükümlerinin yeni tip terör olayları ile ilgili olarak suçu aydınlatmaya yönelik hiçbir yarar sağlamadığı söylenmiştir (28).

Pişmanlık hükümlerinin lehinde olanların ileri sürdükleri önemli bir gerekçe şudur: Terör suçluları fiilin doğru olduğuna inanan kanaat suçluları tarafından işlenirken örgütlü suçluluk sınırsız bir şekilde para kazanmak isteyen failler tarafından gerçekleştirilir. Bu nedenle örgütlü suçluluk alanındaki faillerin koğuşturma makamları ile işbirliği yapmalarının sağlanması mümkündür. Ancak bu işbirliğinin sağlanması için örgütlü suç alanındaki kişilere teklif edilen menfaatin yeterince büyük olması gerekir. Bu düşünceden ha-

(27) *Hans Dahs*, Das Verbrechensbekämpfungsgesetz v. 28.10.1994 - ein Produkt des Superwahlwahr? NJW 1995, 553-557 (557).

(28) *Hoyer*, a.g.e. 234.

rekette, örgütlü suçluluk alanında pişmanlık hükümlerinin örgüt yapısının çöktürülmesine elverişli olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşte olanlar Amerika'da ve İtalya'da elde edilen sonuçların olumlu olduğunu belirtirler (29). Bu hükümlerin başarılı olabilmesi için, tanıkların etkili bir şekilde korunmasının gerekli olduğu vurgulanmıştır (30). Alman Ceza Kanununun 73d maddesinde düzenlenmiş olan mülkiyetin devlete geçmesi tedbirinin genişletilmiş şekli ("erweiterter Verfall") hükümlerine yapılan atıf nedeni ile diğer bazı yazarlar pişmanlık hükümlerinin yersiz bir şekilde genişleyeceğinden korkarlar. Bu anılan maddede yer alan mal aleyhindeki suçlar arasında çete halinde hırsızlık, hırsızlık malın satın alınması veya yasadışı kumar tertipleme suçları da yer aldığı için, bugüne kadar istisnai bir soruşturma aracı olan pişmanlık hükümlerinin ceza muhakemesi alanında kullanılan gündelik bir koşturma tedbirine dönüşmesi tehlikesi vurgulanmakta ve bu tedbirin değerinin düşeceği ve belki de değerinin artacağı ileri sürülmektedir (31).

Meclis, pişmanlık hükümlerinin kabul edilmesine karar verirken, bunların uygulanma süresini önceden 31.12.1995 tarihine kadar sınırlandırdı. Yasa, 1.12.1994 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunduğu için, 13 aylık bu yürürlük süresinin çok kısa olduğu görülmektedir. Zira, örgütlü suçluluk alanındaki araştırmalar genellikle uzun sürdüğü için, bir senelik yürürlük süresinin sonunda pişmanlık hükümlerinin olumlu veya olumsuz sonuç verdiğini söyleyebilmek için yeterli tecrübe henüz elde edilmiş olmayacaktır. Uzmanlar iki veya üç senenin gerekli olduğunu vurgulamaktadırlar (32). Bu nedenle yasanın yürürlük süresinin uzatılması beklenmelidir (33).

(29) *Christian Pfeiffer*, Anhörung 154 vs.; *Gerd Pfeiffer*, Anhörung 176; uyuşturucu madde ile mücadele açısından *Weber*, Anhörung 431.

(30) *Weber*, a.g.e.; *Lammer*, a.g.e. 252.

(31) *Ulfried Neumann*, Zum Entwurf des Verbrechensbekämpfungsgesetzes, StV 1994, 273-276. Bu konuda ileri sürülen diğer bir endişe de, uygulamanın 129. madde fail veya şerikleri ile sınırlı kalmasına ilişkindir. İleri sürüldüğü üzere, hazırlık soruşturmasının başladığı sırada henüz 129. madde anlamında bir teşekkül bulunup bulunmadığı belli değildir; ancak ilgili kişi yardım ettiği takdirde, onun pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmaması hatalı olur. Çünkü daha sonra, bir çete kurulmuş olduğu fakat bunun 129. madde anlamında "suç örgütü" olmadığı anlaşılmış olabilir. Bu nedenle usul kanununun 98a maddesindeki trol ağı uygulanması veya 110a maddedeki gizli araştırmacı düzenlemesindeki formülde olduğu gibi, "çete mensubu veya başka türlü teşkilatlanmış" ibareleri daha elverişlidir, *Weber*, Anhörung, 227.

(32) *Ch. Pfeiffer*, a.g.e. 155.

(33) Bu arada yasanın yürürlük süresinin 1999'a kadar uzatılmasına dair kanun tasarısı Federal Meclis'e sunuldu (BT-Drs. 13/25759).

Yasanın gerekçesinden anlaşıldığına göre, kanunkoyucu hukuk politikası açısından zor bir alana girdiğinin bilincindedir ve son yıllarda ileri sürülmüş bulunan görüşler gözönünde tutulmuştur. Bugüne kadar örgütlü suçluluk konusunda tatmin edici bir tanımlama bulunamadığı belirtilmektedir. Alman Ceza Kanununun 129. maddesinde yer alan suç işlemek için kurulmuş çete kavramına yapılması planlanan bağlama ile suçun örgüt tarafından işlenmesi özelliği muhafaza edilmiştir. Alman Ceza Kanununun 73d maddesinde yer alan "mülkün devlete geçmesi tedbirinin genişletilmiş şeklinde" yer alan "malvarlığı cezası"na yapılan bağlantı yolu ile de düzenleme bugün örgütlü suçluluk tarafından işlenen tipik fiillere ve bu fiillerden kaynaklanan özel tehlikeye yönelik olarak düzenlenmiştir. Gerekçeye göre, toplum açısından doğan büyük tehlikenin önlenmesi yalnız zorunlu ve kabul edilebilir ölçüde kaldığı oranda, pişmanlık hükümlerinden yararlanma kabul edilmiştir. Özellikle eşitlik ilkesinin istisnaları maddi sebeplerin istisnayı zorunlu kıldığı hallerde kabul edilmiştir. Amaç olarak örgütlerin varlıklarını sürdürmesinin önlenmesi ve en azından örgütlerden kaynaklanabilecek olan suçların önlenmesi ön plana çıkarılmıştır. Gerçekten bu hükümlerden yararlanan kişiler zorunlu ölçüde kalmalı ve sadece örgüte bağlı olan kişileri kapsamalıdır; zira örgütlü suçlulukla mücadelede en çok bu kişilerden bir katkı beklenebilir. Kanunun uygulanma alanı genel olarak bu kişiye isnad edilebilen ve örgütün suç teşkil eden faaliyetinin somut bir şekilde konusunu oluşturan suçlar ile sınırlıdır.

Örgütlü suçluluk alanında pişmanlık hükümlerinin kabul edilmesi hukuk tekniği açısından 28.10.1994 tarihli kanun ile 9.6.1989 tarihli "Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ile Terör Eylemlerinde Pişmanlık Hükümlerinin Yürürlüğe Konmasına İlişkin Kanuna" eklenen 5. madde ile gerçekleştirilmiştir. 5. madde yukarıda anılan kanunun 4. maddesinde yer alan pişmanlık hükümlerine atıf yapmaktadır. Bu hüküm, öncelikle terör örgütüne katılma suçunun fail veya şeriklerine ve bu suçlarla bağlantılı suçlara yöneliktir. Bu kişiler koğuşturma makamlarına belirli ölçülerde yardım ederlerse, ceza vermeme veya cezayı indirme mümkündür. Burada özellikle belirtilmesi gereken bir nokta, sağlanan bu avantajların uygulanmasının mecburi olmamasıdır. Türkiye'deki uyuşturucu maddeler hükümleri ile terör ile ilgili maddelerde yer alan, belli şartlar sağlandığında avantajın sağlanmasının mecburi olduğu hükmü Almanya'da yoktur. Pişmanlık duyduğunu söyleyen bir tanık aşağıda belirtilen üç kategoriden birine girer. Bu kişi bizzat kendisi veya üçüncü bir kişinin aracılığı ile koğuşturma

organlarına şu özellikleri taşıyan bir bilgi açıklamalıdır: 1) Verilen bilgi bir suçun işlenmesini önlemelidir. Veya 2) işlenmiş olan bir suçun aydınlatılmasına yardımcı olmalıdır. Fakat failin suça kendi katkısından başka bir başkasının suça katkısının aydınlatılması sözkonusu olmalıdır; veya 3) Anılan örgütlü bir suçun failinin veya şerhiğinin yakalanmasına yol açmalıdır. - Fillerin ne zaman gerçekleşmiş olduğu ve araştırmaların başlamış olup olmadığı Türk kanununun aksine Alman kanununa göre önemli değildir. Önemli olan, pişmanlık duyan tanığın verdiği bilgilerin yukarıda belirtilen amaçlara uygun olmasıdır. Başka bir ifade ile, pişmanlık duyan tanığın kontrol dışında olan sebeplerden kaynaklanan olumsuz sonuçlar bu kişiye yüklenmeyecektir. Diğer taraftan, yasa pişmanlık hükümlerinin uygulanma alanını sınırlandırmıştır: Pişmanlık duyan tanığın eylemi en az bir sene hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiriyorsa, anılan hükümler uygulanabilecektir. orta ağırlıktaki ve basit suçlar alanında mevcut bulunan geleneksel araçlarla yetinilmesi istenilmiştir. Bunun yanısıra pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesinin diğer bir şartı, tanık tarafından açıklanan konular ile kendi işlediği fiil karşılaştırıldığında, pişmanlık hükümlerinin uygulanmasının uygun görülmesi gerekir. Pişmanlık duyan tanık Alman Ceza Kanununun 220a maddesinde yer alan ırkın katli suçunu işlemiş ise, pişmanlık hükümleri uygulanmaz. Kasten adam öldürme suçlarında sadece üç yıla kadar ceza indirim uygulanabilir.

Bu konularda aracılık yapan ilgililerin durumu da özel bir şekilde düzenlenmiştir: Alman Ceza Kanununun 138. maddesinde yer alan icbar mecburiyeti bu kişiler hakkında uygulanmaz. "Corroboration" zorunluluğuna, kötüye kullanmanın cezalandırılacağına ve Türkiye'de terör suçları alanında mevcut bulunan pişmanlık hükümlerinde görüldüğü gibi, pişmanlık gösteren tanığa sağlanan avantajın sadece bir kere uygulanacağına ilişkin kural Alman kanununda yer almamaktadır. Yeni 5. madde örgütlü suçluluk ile bağlantıyı şöyle kurmaktadır: Alman Ceza Kanununun 129. maddesinde yer alan suç örgütü tarafından işlenen suçların fail ve şerikleri ile bunların işledikleri yardımcı fiiller yasa tarafından cezalandırılmaktadır; fakat burada ayrı bir sınırlama getirilmiştir: Sadece Alman Ceza Kanununun 73d maddesinde yer alan mülkiyetin devlete geçmesi tedbirinin genişletilmiş şekline hükmedilmesi gereken fiillerde suçun işlenme amacı olarak kazanç elde etme amacı esaslı sebep olarak ortaya çıkmışsa, anılan hükümler uygulanabileceklerdir. Aşağıda sayılan suçlar bu kapsama girmektedir: Kalpazanlık, euro çeklerde ve çek koçanlarında sahtecilik (m. 146, 150 I; 152a, 150 I), insan ticaretinin ağır şekli (m. 181, 181c), fuhuş yaptıрма (m. 181 al Nr. 2, 181c), kara paranın

aklandırılması suçu (m. 261 I,II,VII 3,4), ayrıca yasa dışı yollarla yabancıların ülkeye sokulması, yasa dışı silah ticareti, teknoloji hırsızlığı ve diğer suçlar. Geçecek olan zaman, bu hükümlere bağlanmış olan umudun yerinde olup olmadığını gösterecektir.

—oOo—

KISALTMALAR :

- Anhörung : Protokolle der 120. Sitzung des Rechtsausschusses (Hukuk komisyonunun 120. oturumunun tutanakları).
- BT-Drs. : Bundestagsdrucksache (Federal Meclis Dergisinin S Sayısı).
- JZ : Juristenzeitung.
- NJW : Neue Juristische Wochenschrift.
- NStZ : Neue Zeitschrift für Strafrecht.
- StGB : Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu).
- StPO : Strafprozeßordnung (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu).
- StV : Strafverteidiger.
- ZRP : Zeitschrift für Rechtspolitik.

**NİŞANIN BOZULMASINDA CAYMA AKÇASI VE CEZAI ŞART
(MK. 83. Madde Değişikliği)**

(I)

Doç. Dr. Etem Saba ÖZMEN (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : 1- Giriş. I- Genel Olarak Konunun Sunumu ve Araştırmanın Amacı. II- Araştırmaya Konu Kanuni Düzenleme. III- Terminoloji. 2- Hukuki İşlem Olarak Nişanlanma ve Nişanı Bozma. I- Amaç. II- Nişanlanmanın Niteliği. A- Nitelik Konusunda Farklı Görüşler. B- Nişanlanmanın Bir Sözleşme Olmasına Bağlı Sonuçlar. 1- Aile Hukukuna Özgü Sonuçlar. 2- Borçlar Hukukuna Özgü Sonuçlar. 3- Nişanlanmanın Araştırmamıza Esas Hukuki Sonucu Olarak: Nişanlanma Evlenmeye Zorlama Hakkı Vermez. IV- Nişanlanmanın Sona Ermesi - Nişanı Bozma. A- Genel Olarak. B- Nişanlanmanın İradî Olarak Sona Erdirilmesi. 1- Nişanlanmayı Karşılıklı Anlaşma İle Bozma (İkale). 2- Nişanın Tek Tarafı Olarak Bozulması. a- Genel Olarak. b- Nişanı Bozma Hakkına Bağlı Hukuki Sonuçlar. aa- Nişanın Bozulması Bozucu Yenilik Doğurucu Haktır. bb- Nişanın Bozulması Şekle Bağlı Değildir. cc- Nişanın Bozulmasında Sebep Gösterme Yükümlülüğü Yoktur. dd- Bozma Sonuçlarını İrade Beyanının Karşı Tarafa Varması İle Meydana Getirir. c- Nişanın Bozulmasında Değişik İhtimaller (Nişanın Bozulması Nedenleri). a- Haklı Nedenle Nişanı Bozma. aa- Karşı Tarafın Kusurlu Davranışı İle Nişanı Bozma. bb- Tarafların Kusuruna Dayanmayan Harici Nedenle Nişanı Bozma. aaa- Nişanı Bozan Tarafın Yaşam Sahasında Oluşan Haklı Nedenler. bbb- Karşı Tarafın Yaşam Sahasında Oluşan Haklı Nedenlerle Nişanı Bozma. b- Haklı Bir Neden Olmaksızın Nişanı Bozma. 3- MK. 83/III Fıkra Hükmünün Getirdiği Hukuki Sonuçlar. I- Genel Olarak. II- MK. 83. Madde Değişikliği Öncesi Hukuki Görünüm. A- Evlenmekten Kaçınma Hali İçin Öngörülen Akti Cezaların Hukuki Sonuçları. B- İfa Edilmiş Geçersiz Edimlerin Hukuki Sonuçları.

(*) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1- GİRİŞ**I- GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU VE ARAŞTIRMANIN AMACI**

MK.muzun bazı maddelerinde değişiklikler yapan 3678 sayılı Kanun ile nişanı bozma konusunda önemli bir değişiklik yapıldığını görüyoruz. Aşağıda eski ve yeni düzenlemenin karşılaştırılması ile de görülebileceği gibi, daha önce yalnızca genel bir ifade ile evlenmeden kaçınma hali için kararlaştırılan tazminatın geçerli olmadığından sözedilmiş iken, bu defa cayma tazminatı ve cezai şartın dava edilemeyeceği hükmü getirilmiştir. Ancak, köklü bir değişiklik olduğundan kuşku duyulamayacak yönü ile, bu tür edimlerin ifası halinde geri istenemeyecekleri MK. 83/II.f hükmüne girmiştir.

Araştırmanın amacı, yeni hükmü eleştirel bir yaklaşımla irdeleyerek diğer boyutu olan başlık parası açısından son derece tehlikeli yönü ile de araştırma konusu yapmaktır. Çünkü, cayma tazminatı aktin doğumu ile birlikte ödenen bir edim olarak, başlık parasına son derece uygun bir kılıf olarak ortaya çıkmaktadır.

İşte bu kapsam çerçevesi içinde "evlenmekten kaçınma" ibaresini sağlam bir temele oturtmak amacı ile nişanı bozma konusunda ön bilgi vererek bu halde cezai şart ve cayma tazminatına ilişkin sonuçları açıklayacağız. Bu temel üzerine, ödenmiş cezai şart ve cayma tazminatına bağlı hukuki sonuçları inceleyeceğiz.

II- ARAŞTIRMAYA KONU KANUNİ DÜZENLEME

MK.'muzun 83. maddesi değişiklikten önce şu şekilde idi. "Kanun, imtina eden nişanlıyı evlenmeye icbar için dava hakkı vermez ve evlenmekten imtina halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şart muteber değildir." Değişiklik ile tek fıkra olan madde bu defa iki fıkraya çıkarılmıştır. Buna göre, "Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez" (I.f.). "Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez" (II.f.) (1).

Bu başlık altında, ilerideki açıklamalara ışık tutması amacı ile hükmün değişiklik gerekçesini de aynen yazmakta yarar görüyoruz. "Nişanlanmada,

(1) 1984 tarihli Medeni Kanun Ön Tasarısının 81. maddesi değişiklik olarak aynen alınmıştır; bk. MKÖT., s. 20. Gerekçe de MKÖT. madde gerekçesinden yararlanılarak kaleme alınmıştır, bk. MKÖT., s. 276.

evlenmeden kaçınma hali ile ilgili olarak karşı tarafa nişandan cayma tazminatı peşin olarak verilmiş ise, nişanın bozulması halinde, bu tazminatın iadesi için dava açılmaktadır. Esasen bu yolda bir tazminat veya ceza şartının dava edilemeyeceği maddede ifade edilmiş bulunmaktadır. Maddede yapılan değişiklikle bu tazminatı önceden ödeyen tarafın bunu geri isteyemeyeceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Kendisini tazminat ödemek mecburiyetinde hisseden kimsenin, sonradan bunu geri almaya kalkışması ahlâki bakımdan uygun bulunmamıştır".

Ayrıca madde, daha sade ve anlaşılabilir bir şekilde iki fıkra olarak düzenlenmiştir (2).

Ayrıntısı ile irdeleneceğimiz gibi, önceki şekli ile geçersizlik müeyyidesine bağlı tazminat ödentisi saptanması, değişiklikle bambaşka bir boyut kazanmıştır. Artık, karşımızda bireksik borç vardır. Gerekçe de bu açıdan ilginçtir. Bu konuda, ödenmiş bir bedelin geri istenmesinin ahlaka aykırı olacağı ifade edilmiştir.

Değişiklikle metne giren ceza şartı ve cayma akçasının birer borçlar hukuku kavramı olması dolayısıyla, MK. 5 hükmünün somut bir uygulaması olarak BK.nun konuya ilişkin hükümleri, niteliği evlendiği ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Niteliği elverdiği ölçüde diyoruz. Çünkü, akçalı hükümler içeren sözleşmeler için getirilmiş kurallar, nişanlanma konusunda çoğu kez uygulanamayacaktır. Zaten, MK. 83 değişikliği de bu açıdan eleştiriyi davet edici niteliktedir.

III- TERMİNOLOJİ

Araştırmamız, terim çeşitliliğine sahip bir çok kuruma dayanmaktadır. İlk olarak, nişanlanmanın taraflarca iradi olarak sona erdirilmesi hakkında kanuni terime sadık kalarak, halk arasında da rağbet gördüğü üzere "bozma" terimini yeğliyoruz. Öğretide bozma terimi ile metne sadık kalanların (3) yanı sıra, nişandan dönme (4) ve cayma teriminin (5) de kullanıldığını görüyoruz.

(2) Gerekçe için bk. Şener Esat: Türk Medeni Kanununda Yapılan Son Değişiklikler, Ankara, 1990, s. 8.

(3) Bozma terimini kullanan yazarlara bk.; Feyzioğlu Necmeddin Feyzi: Aile Hukuku, B.3, İstanbul 1986, s. 48. Köprülü Bülent/Kaneti Selim: Aile Hukuku, B. 2, İstanbul 1983, s. 53.

(4) Hüseyin Hatemi/Serozan Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 50. Bu yazarlar ayrıca, kira veya hizmet aktinden farklı olan nişanlanmada taraflar arasındaki durumun tasfiyesi

Sözleşmeden dönme isimli eserinde bu ve benzer konularda terimler arası farklılıklar üzerinde hassasiyetle duran *Serozan*, nişanlanma konusunda, bir karşılıklı edim ilişkisi olmadığına göre sinallagmatik edim yükümleri ilişkisine özgü dönme de söz konusu olamaz diyerek yine nişanlanmaya özgü bir kavram olarak bozmayı yeğlemektedir (6).

Cezai şart konusunda, kanunda da kullanılan ve artık hukukçu olmaları dahi yaygın kullandığı bu terimi "sözleşmesel ceza" terimine tercih ediyoruz. Cayma akçasını ise kanuni terim zamanı rücu ve öğreti terimi nişanlanma akçası terimleri yerine kullanacağız.

MK. 83/II.f hükmü "cayma tazminatı" terimini kullanmıştır. Gereğede gördüğümüz ifade ile nişandan cayma tazminatının peşin olarak verilmesinden söz edilmektedir. Şimdi cayma akçası karşılığı BK. 156. maddede yer alan "zamanı rücu" teriminin kullanılmaması karşısında cayma tazminatı terimi ile MK. 83/II.f hükmünün cayma akçası (zamanı rücu) kavramına mı işaret ettiği açıkça anlaşılamamaktadır. Pek de hukuki olmayna ifadesi ile MK. 83/II.f hükmü ve buna ilişkin gerekçe ile cayma akçasının kastedildiğini amacına bakarak söyleyebiliyoruz. Çünkü, peşin olarak verilmiş cayma tazminatının başka bir anlamı olacağı söylenemez. BK.muzun öngörmediği bir ihtimal olarak, cayma akçası sayılmayacak şekilde, yani alanında iki katını ödeyeceği bir yükümlülük doğurmaksızın, ödenti yapımış kişinin cayması halinde alanda kalacak bir ödentinin kastedildiği söylenebilecektir. Ancak, karşılıklı menfaatler açısından, herkesçe cayma akçasının biliniyor olması gerçeği karşısında, böyle bir ödenti aktin kurulması esnasında yapan nişanlanmanın alanın cayması halinde hiç bir yükümlülük taşıması olgusuna rıza göstereceğini sanmıyoruz. Tarihi köklerin de aksini savunmamızı haklı kıldığını aşağıda göreceğiz.

2- HUKUKİ İŞLEM OLARAK NİŞANLANMA VE NİŞANI BOZMA

I- AMAÇ

Bildiğimiz ilk yazılı nişanlanma kuralları olan Hammurabi Kanunlarında bu yana var olan nişanlanmanın evrensel bir kurum olarak amacı bellidir (7).

gerektiği için fesihten söz edilemeyeceğini belirtmektedirler. Ayrıca bk., Tekinay Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, B. 7, İstanbul 1990, s. 36. Zevkliler Aydın: Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, B. 3, Ankara 1992, s. 670.

(5) Öztan Bilge: Aile Hukuku, Ankara 1979, s. 38.

(6) Serozan Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1973, s. 120.

(7) Bu konuda bk., Tekinay, s. 9; Zevkliler, s. 658. Öztan, s. 12. Köprülü/Kaneti, s. 47.

Tüm zamanlar boyunca ciddiye alınan evlenmenin hazırlık safhasını oluşturan bu dönemde, tarafların birbirlerini tanımalarını, evlilik hazırlıklarına girişmek için geçecek süre içinde karşılıklı güvenin sağlanmasını sağlayan ve evlenme engellerinin ortaya çıkmasına imkan tanıyan nişanlanmanın önemi yadsınamaz. Belki de, çağlar ilerledikçe bazı amaçların gerekçesi ortadan kalkacak ama evlilik bir kurum olarak mevcut oldukça (yani devlet veya meşru otorite resmi işlemler olarak evliliği bir şekle bağladıkça) nişanlanma da düzenleme konusu yapılacaktır.

Bu amaca bağlı olarak nişanlanmada, tarafları evlenmeye zorlama yükümlülüğü bulunmayacaktır. Böyle bir zorunluluğun dava yolu ile icrasının sağlanması mümkün olsa idi, nişanlanmanın belirttiğimiz ve belki de günümüzde en önemlisi, tarafların evliliğe psişik ve birbirlerine uyum açısından hazır olup olmadıklarını anlama amacı ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu yönü ile nişanlanmada bulunması gerekli zorunlu alt kurum, nişanın bozulmasında sağlanan irade özgürlüğüdür. Araştırmamızın amacı, bu şekilde nişanı bozma konusunda sağlanan serbestiye bağlı olarak getirilen mali boyutlu yani akçalı iki borçlar hukuku konumuna (cayma akcası ve cezai şart) nişanlanma içinde açıklık getirmektir. Bu konuda öncelikle nişanlanmanın niteliği ve nişanı bozmanın hukuki sonuçlarına değinmek gereği açıktır.

II- NİŞANLANMANIN NİTELİĞİ

A- NİTELİK KONUSUNDA FARKLI GÖRÜŞLER

MK.muz, diğer bazı hukuki işlemlerde yaptığı gibi nişanlanmayı tanımlamak yerine, yalnızca "nişanlanma, evlenmek vaadiyle olur" şeklindeki ifadesi ile bir anlamda yasak savmıştır. Bu düşünce tarzında, nişanlanmanın herkesçe biliniyor kabul edilmesinin rol oynaması kuvvetle muhtemeldir. Ancak bu kanuni durum, nişanlanmanın niteliği konusunda bir çok farklı görüşün savunulmasına yol açmıştır.

Bu konuda araştırmamızın hacmi karşısında ayrıntılı açıklamalar yapmamız beklenemez. Bu nedenle açıklamalarımızı, genel eserlere yollama yaparak haklı bulduğumuz görüşlere dayanarak yapacağız.

İlk olarak nişanlanmanın bir hukuki işlem olduğu açıktır. Bir hukuki işlem olarak niteliğine geçmeden önce ikinci olarak yaptığımız saptama, nişanlanmanın evlenme öncesi zorunlu bir ön kurum olarak varlığıdır (8). Çünkü,

(8) Bu konuda bk. Schwarz A.: (çev. Davran Bülent), İstanbul 1942, s. 36. Ayrıca ayrıntılı sayılabilecek bir bilgi için bk., Öztan, 13 ve dp. 12'de anılan yazarlar; aksi görüş için bk. dip 11'de anılan yazarlar.

resmî şekle bağlı evlenme kararını yetkili mercilere bildirmek isteyen taraflar için, çok kısa sürede olsa bile hiç bir geçerlilik şekline bağlı olmayan yani asgari sözlü şekilde yapılmakla geçerli olan nişanlanma mutlaka gerçekleşmiş olur.

Nişanlanmanın niteliği konusundaki farklı görüşlerden (9) baskın olan görüşe katılarak nişanlanmanın bir akit olduğunu kabul ediyoruz (10). Böylece, nişanlanmanın yalnızca bir hukuki ilişki veya hukuki işlem olarak karar olduğu yolundaki görüşlere (11) katılmamış oluyoruz. Bu noktada aktin alt başlık olarak nitelendirilmesi konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Hemen safdışı bırakmak gerekirse nişanlanmanın asıl amacını oluşturan evlenme işlemine bakarak bir ön akit (akit yapma vaadi) olduğu yolundaki görüşe de (12) katılmak mümkün değildir. Çünkü, ön akte yabancı olan hukuki sonuçlar olarak (BK. m. 22), nişanlanma evlenmenin aksine şekil şartına bağlı olmadığı gibi ifaya zorlama (asıl akti kurma yolunda irade beyanında bulunma yükümlülüğü) davasına da imkan vermemektedir (13).

B- NİŞANLANMANIN BİR SÖZLEŞME OLMASINA BAĞLI SONUÇLAR

1- AİLE HUKUKUNA ÖZGÜ SONUÇLAR

Nişanlanma, aile hukukuna özgü olarak BK.muz genel hükümleri çerçevesinde nitelendirilemeyecek bağımsız bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü, aşağıda sıralayacağımız hukuki sonuçların BK.nun genel hükümleri karşısında yeri yoktur. Aile Hukukuna özgüdür diyoruz; çünkü MK. nun 5. maddesinin atfıyla, sözleşmenin doğumuna, hükümlerine ve sona ermesine ilişkin Borçlar Hukuku genel kurallarının nişanlanma konusunda uygulanması bir çok halde mümkün olmaz. Böyle bir kıyas ancak nişanlanma sözleşmesinin niteliği ile bağdaştığı ölçüde mümkün olacaktır.

(9) Bu konuda ayrıntılı bir karşılaştırma için bk.; Feyzioğlu, s. 21 vd.; Hatemi / Serozan, s. 25 vd.

(10) Nişanlanmanın bir akit ve Aile Hukukuna özgü bir akit olduğu yolundaki görüşler için bk., Feyzioğlu s. 23-24; Hatemi/Serozan, s. 31-33; Köprülü/Kaneti, s. 45; Öztan, s. 15-16; Akıntürk Turgut: Aile Hukuku B. 3, Ankara 1978, s. 22; Zevkliler, s. 659-660.

(11) Bu görüşü savunmuş olan Saymen Ferit Hakkı / Kemaleddin Elbir, Türk Medeni Hukuku, C. III, Aile Hukuku İstanbul 1960, s. 42-43 adlı eserinde gerekçe olarak tarafların menfaatlerinin zıt değil aynı amaca yönelik olmasına dayanır.

(12) Schwarz, s. 36.

(13) Değişik bir gerekçe ve nitelendirme için bk. Hatemi/Serozan, s. 32. Ayrıntılı irdeleme konusunda bk. Feyzioğlu, s. 22.

Bu başlık altında *Hatemi / Serozan* ilginç şaptamaları ilerideki açıklamalarımız açısından faydalı olacaktır (14). Buna göre, karşımızda "kişiye sıkı sıkıya bağlı" veya "münhasıran şahsa bağlı hak" olarak adlandırılan bir hak durmaktadır. Bu haklardan bazısı, kişilik alanında kişisel durum oluşturma ve bu kapsamda hukuki işlem yapma ve dava açma hakkı vermektedir (evlenme, ölüme bağlı tasarruf yapma gibi). İşte nişanlanmaya yol açan irade beyanında bulunma hakkı da bu niteliktedir. Sonuç olarak, her iki taraf da, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmaları sonucu beyan ettikleri iradeleri ile nişanlanma sözleşmesine vücut verirler.

Bu başlık altında, aile hukukuna özgü kişisel durum oluşma özelliği karşısında, biraz önce belirttiğimiz MK. m. 5 hükmünün kanuni atfı ile uygulanacak genel hükümlerin uygulanmasında çok dikkatli olmak gerekir. Bir çok halde amaçsal yorum ilkeleri BK. genel hükümlerinin doğrudan uygulanmasının önüne geçebilecektir.

2- BORÇLAR HUKUKUNA ÖZGÜ SONUÇLAR

Nişanlanmanın Aile Hukukuna özgü yönüne rağmen MK. 5 hükmünün atfı ile BK.nun akte ve nişanın bozulmasında kusur konusunda yoğunlaşan yönü ile haksız fiile ilişkin hükümlerinin uygulanmasını bazı hallerde zorunlu kılacaktır (15). Örneğin, kusurlu davranışların belirlenmesinde ve bu tüm davranışlara bağlanan tazminatların hükme bağlanmasında genel hükümler olarak BK.muzun konuya ilişkin hükümleri gözönüne alınmak gerekecektir. Diğer yönden hediyelerin iadesinde sebepsiz zenginleşme kuralları, kanuni yollama ile uygulanmaktadır (MK. m. 86/II. fıkra atfıyla BK. 61 vd.). İşte bu bağlamda diğer örnekler olarak, 3678 sayılı Kanunla değişik 83/II.f.'de yer alan cayma tazminatı ve ceza şartı, BK.nun 156 vd. hükümlerinin uygulanmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Başka bir deyişle, MK. m. 5 hükmünün atfıyla cayma tazminatı ve cezai şartın doğumunun, sona ermesi ve hukuki sonuçları konusunda BK.nun genel hükümleri niteliği elverdiği ölçüde nişanın bozulmasına bağlı olarak uygulanacaktır. Çünkü, araştırma konumuzun ağırlık noktası olan bu iki kurum, MK.muzun anılan değişikliği ile geçerli birer ferî (bağımlı) hukuki işlem den doğan borç kavramından çok farklı boyutta hukuki sonuçlara bağlanmışlardır. Bu konuda yine bir borçlar hukuku kurumu olan eksik borçlara ilişkin hukuki sonuçlar son değişikliğin yorumlanmasında başvuracağımız bilgiler olarak ortaya çıkmaktadır.

(14) Nişanlanma sözleşmesinin hukuki niteliği başlığı altında verilen açıklamalar için bk., *Hatemi/Serozan*, s. 29-33.

(15) Ayrıca bk. Zevkliler, s. 660.

3- NİŞANLANMANIN ARAŞTIRMAMIZA ESAS HUKUKİ SONUCU OLARAK: NİŞANLANMA EVLENMEYE ZORLAMA HAKKI VERMEZ

MK.muzda kendine özgü bir Aile Hukuku akti olarak yerini alan nişanlanmanın hemen göze çarpan ilk yönü evlenmeye zorlama hakkı vermemesidir. MK.nun 83. maddesinin ifadesi ile değişik I. fıkra hükmünce "nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez".

Hemen belirtmek gerekirse nişanlanmanın bir evlenme yükümlülüğü doğurduğu kabul edilmelidir. Evlenmede geçerli özgürlüğün kısıtlanamaması, bu yükümlülüğe yalnızca dava yolunu kapamaktadır. Oysa, yükümlülüğün varlığı bunu yerine getirmekten haksız olarak kaçınan tarafa tazminat müeyyidesi getirmektedir. Tazminat müeyyidesinin varlığı da apaçık bir yükümlülük olgusunun ispatı anlamını taşımaktadır (16). Bu yükümlülüğün ahlâki bir nitelik taşıdığı hemen anlaşılacaktır (17). Ancak hemen bitiveren ve bu yükümlülüğü ortadan kaldıran evlenme iradesinin serbestliği veya özgürlüğü (18) prensibinin üstünlüğü tartışılmazdır. Taraflar evlenmeyi aktetmiş olsalar dahi hiç kimse bu yolda bir dava açmaya hak sahibi olmadığı gibi; hiç bir hâkim de nasıl bir yorum yaparsa yapsın evlenmeye mahkum edemeyecektir. MK. 83 hükmünün lâfzı bu konuda aksi her türlü yorumu geçersiz kılmaktadır.

Ancak, evlenecek gençler üzerindeki aile baskısının ağır olduğu ülkemiz açısından yalnızca dava açmanın önlenmesi yeterli olmayacaktır. Eş deyişle, evlenmeye zorlama hakkının tanınmamış olması ile bu bağlamda oluşan nişanlanma amacının gerçekleşmesi (yani uyumlu ve evliliğe hazır olunma halinde evlenmenin aktedilmesi aksi hallerde ise evlilikten vazgeçilmenin sağlanması) mümkün olmayacaktır. Bu açıdan, mali bir takım yükümlülüklerle evliliğe zorlamanın önlenmesi de kanun koyucunun diğer önemli görevi olmalıdır. Nişanlanan tarafların evlilikten vazgeçmek istemelerine rağmen, sırf mali birtakım yüklerin (özellikle ailelerin katlandığı akçalı edimlerin manevi baskısı ile) tesiri ile evlenmek zorunda kalmaları arzulanan bir sonuç değildir. Hemen anlaşılacağı gibi bu husus araştırmamız açısından büyük önem taşımaktadır.

(16) Tekinay, s. 20-21.

(17) Zevkililer, s. 666, Köprülü/Kaneti, s. 50-51.

(18) Fezyioğlu, s. 41.

Evlenme iradesinin özgürlüğü başlığı altında, tıpkı akit yapma özgürlüğü alt başlıklarında olduğu gibi, nişanlanıp nişanlanmama, nişanlanacak kişiyi seçme, nişanın şekline karar verme, nişana son verme özgürlüğünün tanındığını görüyoruz. Her ne kadar, MK.muzda açıkça ifade edilmese de kanunun ruhunun bunu amir olduğunu kimse inkar edemez. Ancak, bu prensibin akçalı bir takım edim yükümlülüklerinin baskısı ile ihlaline de kanun koyucu engel olmalıdır. *Feyzioğlu*, "aynı prensibin bir başka yönden korunması da, nikah iradesindeki özgürlüğü sınırlamaya elverişli dolambaçlı yollara, dolaylı zorlamalara dahi izin verilmemesinde görülür" demektedir (19). İşte, MK. 83. maddenin eski şekli ile "evlenmekten imtina halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şart muteber değildir" hükmü de evlenme iradesi özgürlüğünün destekleyicisi idi. Biz bu araştırmada eleştirel yaklaşım ile bu desteğin zayıflatıldığını savunuyoruz.

IV- NİŞANLANMANIN SONA ERMESİ - NİŞANI BOZMA

A- GENEL OLARAK

MK.muz nişanlanmanın sona ermesi konusunda da genel ilkeleri biliniyor varsayarak gereksiz tekrarlardan kaçınmıştır. Haklı olarak, tarafların ölümü, gaipliğine hükmedilmiş olması, cinsiyet değişimi, MK.muzda sayılmış kesin evlenme engelleri (m. 92) gibi hallerde nişanlanmanın hükümsüz olacağı konusunda kuşku yoktur. Çünkü, herkesçe bilinen hukuk kurallarının genel olarak hukuki işlemlere etkisinin nişanlanmada farklı sonuçlara yol açmaması karşısında bu konuda eksiklik olduğu eleştirisi yapılamaz.

Araştırmamızın çerçevesini nişanlanmanın taraflarca bozulmasına bağlı bazı hukuki sonuçlar oluşturmaktadır. Bu nedenle hemen nişanlanmadan iradi olarak vazgeçmeye ilişkin sonuçlara geçeceğiz. Ancak, ağırlık noktası oluşturan konular olarak cayma akçası ve cezai şartın, nişanın bu gibi haller nedeniyle geçersiz hale gelmesinde hukuki kaderin ne olacağı sorusu da kısa da olsa cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

B- NİŞANLANMANIN İRADİ OLARAK SONA ERDİRİLMESİ

Yukarıda açıkladığımız niteliği ile evlenmeye zorlama hakkı taşımayan nişanlanmanın bu konudaki doğal sonucu nişanı bozma hakkının zorunluluğudur. Çünkü, evlenmeye zorlama hakkı vermemesi karşısında geçici bir

(19) Feyzioğlu, s. 41.

hukuki ilişki doğuran işlem karşısında olduğumuz kaçınılmazdır. Bu durumda, evlenmeksizin nişanlılık halinin devamlılık arzedecek şekilde sürmesi, nişanlanma değil, belkide fiili birleşme olarak adlandırılmalıdır. Hatta, evlenme önerisinde bulunan bir tarafın karşısında devamlı olarak erteleyen nişanlı tarafın zımni olarak nişanı bozduğu dahi kabul edilmeli, aşağıda inceleyeceğimiz keyfi bozmanın hukuki sonuçları kendisine uygulanmalıdır. Başka bir anlatımla, nişanın evlenme ile sonuçlanmasını istemeyen tarafların, akit olan nişanı ortadan kaldırma yolundaki irade beyanları tek taraflı dahi olsa geçerli kabul edilmek zorunda kalmıştır. Çünkü, unutmuyoruz evlenme özgürlüğünün sağlanması, nişanda ahde vefa (söze sadakat) ilkesinin varlığına engeldir. MK.muzun bu hakkın varlığına dahi işaret etmeden "nişanı bozmanın neticesi" başlığı altında hukuki sonuçlara yönelmesi, bu gerekliliğin tartışmasız biliniyor sayılmasındandır.

1- NİŞANLANMAYI KARŞILIKLI ANLAŞMA İLE BOZMA (İKALE)

Sözleşme özgürlüğünün en doğal uzantısı ikale, akte son verme özgürlüğü kapsamında BK. genel hükümlerinde olduğu gibi nişanlanma konusunda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, borçlar genel teorisi açısından vardığımız sonuca bu defa daha kolay varıyoruz. BK.nundan farklı olarak, keyfi tek taraflı bozmaya imkan tanıyan nişanlanmada, tarafların anlaşarak nişanlanmaya son vermesi evleviyetle geçerlidir.

Buna göre, karşı cinsler yukarıda andığımız kişisel durum oluşturma hakkını kullanmak suretiyle karşılıklı irade beyanları ile nişanlanmaya vücut verdikleri gibi nişanlanmayı da karşılıklı anlaşma ile sona erdirebileceklerdir.

Ancak, konu başlığımız altında son derece dikkatli davranmak gerekir. Bu başlık altında andığımız karşılıklı anlaşma, taraflardan birine tazminat hakkı vermeyen, yalnızca, tarafların evlenmekten vazgeçmelerine dayanak olarak karşı tarafın kusuruna dayanmaksızın doğmuş bir haklı neden (ki bu neden evlenmenin önüne geçecek pisişik arzular dahi olabilir) üzerinde uyuşmadır. Yoksa, taraflardan biri lehine doğmuş bulunan kusur veya haklı nedene dayanarak nişanı bozma hakkının karşı tarafça kabulü (açıkça kabul ile veya itiraz edilmemek sureti ile susma sonucu zımni olarak) ikaleye yol açmayacak ve tazminat taleplerini kaldırmayacaktır. Oysa, nişanın karşılıklı anlaşma ile bozulmasında, evlenmeme konusunda tarafların irade beyanları ile uyuşması söz konusudur. Yoksa, nişanın bozulması yolunda taraflardan birinin beyan ettiği bozma iradesinin diğer tarafa evlenmeye zorlama hakkı vermemesi sonucu dayatılmasından bahsetmiyoruz.

2- NİŞANIN TEK TARAFLI OLARAK BOZULMASI

a- Genel Olarak

Nişanın bozulması (20) MK.muzda tanımlanmamış yalnızca sonuçları itibariyle ele alınmıştır Başka bir ifade ile, doğrudan hükümlerle hak olarak tanımlanmamıştır.

Bu konuda, MK. 5. maddenin atfıyla aktin sona ermesine ilişkin borçlar genel kurallarını burada da uygulayacağız. Bu açıdan dikkat edilirse, Borçlar Kanunu hükümlerini demekten kaçındık. Böylelikle bu konuda MK. 5 hükümünün lâfzını aşarak, borçlar genel teorisinde yatan hukuki ilkelerinin uygulanacağını savunuyoruz. Nişanın bozulması bir hukuki ilişkiye son veren irade beyanı olarak analiz edilmek gerekirse şu hukuki sonuçlar ortaya çıkar.

b- Nişanı Bozma Hakkına Bağlı Hukuki Sonuçlar

aa) Nişanın Bozulması Bozucu Yenilik Doğurucu Haktır

Etkisini başka bir hak veya hukuki ilişki üzerinde gösteren bozma iradesi, nişanlanmayı yani mevcut hukuki ilişkiyi sona erdirmektedir. Doğal olarak, yenilik doğurucu haklara (inşai haklar) özgü sonuçlar burada da geçerlidir. Tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilir; hukuki sonucuna bağlı olarak karşı tarafla anlaşma gerekmez. Karşı tarafla anlaşıldığı takdirde ikaleye (burada, karşılıklı anlaşma ile bozma) vücut verdiğini; haklı nedenle veya karşı tarafın kusuruyla oluşmuş bir davranışa dayanma haline bağlı olarak karşı tarafın kabulü ile hukuki sonuçların değişmeyeceğini bir defa daha tekrarda yarar görüyoruz.

Nişanı bozma hakkı, bir defa kullanıldı mı, vazgeçmek mümkün değildir. Bu nedenle, nişan bir kere bozuldu mu geçersiz hale gelmiş olur. Tarafların bozmadan vazgeçmeleri ikinci kez nişanlanmış sayılmalarına yolaçar.

Bozucu yenilik doğurucu hakların şarta bağlı olarak kullanılmaması konusunda ise dikkatli olmak gerekir. Borçlar Hukukuna ilişkin bir kazandırıcı işlem karşısında olmayışımız ve keyfi olarak nişanın bozulmasına yolaçan MK. sistemi içinde nişanın bozulmasına yolaçan irade beyanı şarta bağlı olarak kullanılabilir. Örneğin, erkeğin nişanlısının dans kurslarına baş-

(20) Bozma terimini tercih gerekçemizi yukarıda açıklamıştık. Bk. yukarıda, 1,III.

laması üzerine gitmekten vazgeçmediği takdirde nişanı bozacağını söylemesi olgusunda bu şarta konu davranışın gerçekleşmesi halinde nişan bozulmuş olabilecektir.

bb) Nişanın Bozulması Şekle Bağlı Değildir

Nişanın bozulması halinde kullanılan irade beyanı aksine bir hüküm bulunmaması karşısında hiç bir şekle bağlı olmadan kullanılabilir. Hiç bir şekle bağlı olmadan nişanın bozulması, asgari olarak sözlü ve tabii bu kapsamda işaretle zımnî irade beyanına yol açan dolaylı sonuç çıkardığımız davranışlarla iradenin dışı vurumu olarak algılanmalıdır. Doğal olarak, yazılı hatta noter ihtarı ile irade şekli kapsamında terci edilmiş adi yazılı ve resmi şekillerin kullanılmasına hiç bir engel yoktur.

cc) Nişanın Bozulmasında Sebep Gösterme Yükümlülüğü Yoktur

Nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesi karşısında hemen ortaya çıkıveren hukuki sonuç nişanı bozma hakkının bir sebep gösterme yükümlülüğüne bağlı olmamasıdır. Başka bir anlatımla, nişanı bozan tarafın karşı tarafa sebebini açıklama yükümlülüğü yoktur (21). Bu konuda ortada, hukuki sonuçları itibarı ile bir külfet olduğu da açıktır. Bu nedenle bu külfetin yerine getirilmemesi haline bağlı olarak doğan haklı bir neden olmaksızın sırf keyfi olarak nişanı bozma sonuçlarına katlanma yükümlülüğünü biraz sonra inceleyeceğiz.

dd) Bozma, Sonuçlarını İrade Beyanının Karşı Tarafa Varması İle Meydana Getirir

Bozucu yenilik doğurucu hak kullanılmakla sonuçlarını meydana getirir. Ancak, bu yolda kullanılan irade beyanının muhataba varması gerekir (22). Bozma iradesi karşı tarafa ulaşmakla nişanlanma o andan itibaren geçersiz hale gelir. Evlenme yükümlülüğünün tek müeyyidesi olan tazminat, ancak koşulları olduğu takdirde talep edilebilir. Ayrıca, konumuzu ilgilendiren çözümlenme ilişkisinin doğurduğu hukuki yükümlülükler de sözkonusu olacaktır.

(21) Feyzioğlu, s. 48; Zevkliler, s. 671.

(22) Feyzioğlu, s. 48.

c- Nişanın Bozulmasında Değişik İhtimaller (Nişanın Bozulması Nedenleri)

MK.muzun nişanın bozulmasına ilişkin açıklamalarının yetersizliği öğretiye de yansımış bulunmaktadır. Bu konuda genellikle nişanın bozulması konusuna nişanın sona ermesi başlığı altında yer verilmiştir. Ancak, bu konudaki farklılıklar nişanın bozulmasının hukuki sonuçları başlığı altında tazminatla ilgili açıklamalarda ortaya konmak istenmiştir.

Biz araştırma konumuz açısından bu farklılıkların bozma hakkının çeşitleri başlığı altında incelenmesini yararlı buluyoruz.

MK.muzun konuya ilişkin hükmü irdelenecek olursa, "Nişanı bozmanın neticesi" başlığı altında, "Nişanlılardan biri, muhik bir sebep yok iken nişanı bozduğu veya iki taraftan birine atfedilecek bir kusur yüzünden nişan bozduğu veya iki taraftan birine atfedilecek bir kusur yüzünden nişan bozulduğu takdirde..." şeklindeki ifadesi ile maddi tazminat düzenlemek istenmiş ise de bozma nedenlerine de yer verilmek istenmiştir.

Görüldüğü gibi hüküm özensiz bir çalışmanın ürünü olarak açık bir düzenleme getirmekten uzaktır. Hükümde, bozma nedeni ikiye ayrılmıştır. Haklı nedenle nişanı bozma ve karşı tarafın kusuru ile nişanı bozma hallerine bağlı olarak tazminat talebine yer verilmiştir.

Buna göre hükmü sırf ifadesine bağlı olarak irdelenecek olursak haklı bir nedenin varlığı ve karşı tarafın kusuru, nişanın taraflarca bozulmasına hak kazandırmaktadır. Buna bağlı olarak, haklı bir neden olmaksızın da nişanın bozulabileceğini hem bu maddenin ifadesinden hem de nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesinin doğal sonucu olarak biliyoruz. Çünkü, nişanlanmanın karşı tarafı evlenmeye zorlama hakkı vermemesi nedeni ile taraflar serbestçe nişanı bozabilmektedirler.

Bu hükme bağlı olarak araştırma başlığımız altındaki sonuçlara yer vermeden önce de öğretiye de yer vermek istiyoruz. Yazarların bir kısmı da kanunda yer alan düzenleniş biçimine bağlı olarak, nişanlanmanın sona ermesi başlığı altında dönme veya bozma terimine işaret etmekte, bozma nedenlerini sona ermenin hukuki sonuçlarında araştırma konusu yapmaktadırlar (23).

(23) Tekinay, s. 24 ve 35 vd.; Hatemi/Serozan, 250 vd.; Feyzioğlu, s. 48; Köprülü/Kaneti, s. 53.

Az da olsa bazı yazarlar nişanı bozma hakkını alt başlıklar altında toplamaktadır (24).

Araştırmamızın içeriği düşünülecek olursa bozmanın hukuki sonuçları olarak bizi yalnızca cezai şart ve cayma akçasının varlığı ilgilendirmektedir. MK. 84 hükmünce düzenlenen tazminat konumuzu ilgilendirmemektedir. Bu nedenle araştırmamızda, bozma hakkının nedenlerine bağlı olarak farklılığını ortaya koymamız gerekmektedir. Alt başlıklar altında incelemeye geçmeden gerekçelerimizi sıralamak istiyoruz.

Görüşümüzce, maddenin lâfzına bağlı olarak nişanı bozmayı iki başlık altında toplamak yanıltıcı sonuçlara götürebilecektir. Çünkü, maddenin ruhu böyle bir ayırma vücut vermemektedir.

Hemen belirtmek gerekirse, kusur sonucu nişan bozma ile amaçlanan bizatihi kusur olamaz. Kusurun söz konusu olduğu hallerde de karşımızda yine haklı neden oluşturacak karşı taraf "davranışı" söz konusudur. Tıpkı haksız fiil teorisinde olduğu gibi, sözleşmeye aykırılık (akti ihlal) oluşturacak ön koşul bir davranış söz konusu olacaktır. İşte buna bağlı olarak, bu davranışın hukuk düzenince beğenilmemesi (hukuka aykırılık) yanında buna sebebiyet veren iradenin pisişik özelliği (ruh hali) yine hukuk düzenince beğenilmeyecek (kusur) (25) ve bu davranış nişanın bozulmasına neden olacak nitelikte olacaktır (illiyet; nedensellik bağı). İşte kusur nedeni ile nişanın bozulması ile amaçlanan budur. Bu konuda ilginç olan kusurun ön koşulu olan hukuka aykırı davranışın saptanması olacaktır. Çünkü, bu noktada akla hemen şu soru gelecektir. kusurlu davranış mutlaka bir normun ihlali şeklinde mi oluşacaktır, yoksa, hâkimin takdirine bağlı olarak yapılan bazı davranışlara sebebiyet verilmesinde kusurlu olmak yeterli olacak mıdır?

Hemen ön saptama ile belirtmek gerekirse, yükümlülük ihlali oluşturmayan bir davranışın kusurlu olması düşünülemez. Bu nedenle, tarafların birbirlerinin hukuki varlık veya menfaatlerini (mameleki veya kişi varlıklarını) koruyan normların ihlali ihlalin, nişanlamadan dönmeyi haklı kılacak kusurlu bir davranış oluşturduğunda kuşku yoktur. Ancak, eklemeyen de yapamayacağımız bulgu, haksız fiil oluşturma zorunluluğunun olmadığıdır. Haksız fiil, bizim aradığımız hukuka aykırılık yanında bu başlık altında yer verme-

(24) Öztan, s. 38-41; Zevkililer, s. 671.

(25) Kusurun nasıl oluşacağı konusunda genel eserlere yollama yapmamız araştırmanın hacmi karşısında anlayışla karşılanmalıdır.

yeceğimiz farklı koşullara bağlıdır. Örneğin, kusurlu davranışın nişanlıya yönelmesi dahi gerekmecektir. Yalnızca, nişanı bu nedenle bozacak tarafın evlenmeyi istememesine yol açacak nicelikte ve nitelikte olması yeterlidir. Bu açıdan haksız fiilin zarar koşulunun yerini, karşı tarafın evlenmekten vazgeçmesine yol açacak haklı bir neden oluşturması yeterli olacaktır. Başka bir ifade ile araştırma konumuz açısından sonuç, pisiştir.

Dikkat edilirse, kusurlu davranış için de haklı neden oluşturmadan söz ettik. Bu bilinçli tercihimize bir başka saptama daha yapmış oluyoruz. Şöyle ki, nişanlanmayı bozma nedenlerini haklı nedenle nişanı bozma ve haklı neden olmaksızın nişanı bozma olarak ikiye ayırıyor ve kusurlu davranışı haklı nedenle nişanı bozma başlığı altında inceliyoruz (26).

a- Haklı Nedenle Nişanı Bozma

aa- Karşı Tarafın Kusurlu Davranışı İle Nişanı Bozma

Biraz önce belirttiğimiz gibi, karşı tarafın kusurlu davranışı nişanın bozulması için haklı neden oluşturacaktır. Bu konuda ortaya çıkan yükümlülük ihlalinde kusur, nişanlı tarafın karşı tarafın haklı olarak evlenmekten vazgeçmesini sağlayacak yükümlülük ihlalinde ortaya çıkacaktır. Buna göre, kusurlu davranışta bulunan nişanlının bu şekilde ortaya çıkan yükümlülük ihlâlinde hâkim takdir hakkı ile karşı tarafın evlilikten beklentilerinin ciddi biçimde sarsılıp sarsılmadığını araştırmalıdır. Yalnızca, nişanlı tarafın malvarlığı ve kişilik haklarının ihlali dahi aranmadan, karşı tarafın, nişanlısını ilgilendirmese dahi devlet aleyhine suç işlemesi, üçüncü şahıslara karşı suç veya haksız fiiller işlemesi bile yeterli olacaktır.

Somutlaştırmak gerekirse, nişanlının dövülmesi (vücut bütünlüğünün ihlali), malın izinsiz tasarruflara konu edilmesi (malvarlığının ihlali), nişanlılar arasında gizli kalması gereken konuların üçüncü şahıslara duyurulması (giz alanının ihlâli) yanında nişanlılıktan doğan sadakat yükümlülüğünün ihlali sonucu doğuran üçüncü şahıslara cinsi münasebet (27) gibi ihlaller kusurlu davranışın haklı neden yaratmasına örnek oluşturacaktır (28). Yalnız başına gerçeğe aykırı bir beyanın dahi hile olarak bozmaya hak kazandıracak bir yükümlülük ihlali olacağında kuşku yoktur.

(26) Bu açıdan Zevkliler'in ayırımına katılıyoruz; bk., Zevkliler, s. 671.

(27) Öztan, s. 33-34.

(28) Aynı zamanda haksız fiil oluşturma halinde BK. 41 vd. hükümleri uygulanacaktır. Hate-mi/Serozan, s. 54.

Bunun yanında, nişanlının zimmet suçu işlemiş olması, üçüncü şahıslarla kavga ederek müessir fiil suçu işlemesi gibi nişanı bozan tarafa karşı ihlal oluşturmayan, fakat haklı neden yaratan kusurlu davranışlara örnektir. Ayrıca, nişanın bozulması başlığı altında ayrı bir başlık oluşturan nişanlı tarafın nişanlılığı devam ederken başka biri ile nişanlanması da, bir nişan bozulmada diğeri oluşamayacağına göre bu başlık altında kusurlu nişan bozulmasına örnektir. Çünkü, yukarıda belirttiğimiz gibi, nişanı bozmaya yönelik irade beyanı hiç bir şekilde bağlı değildir.

Konumuzla ilgili kuracak sonuç getirmek gerekirse, bu başlık altında nişanı bozan taraf tazminat talebinde haklı olacaktır (MK. m. 84). Bu tazminat talebi karşısında, cayma akçası veya cezai şart ödenmişse mahsup sonucu çıkacaktır. Bu konuya aşağıda değineceğiz.

bb- Tarafların Kusuruna Dayanmayan Harici Nedenle Nişanı Bozma

Bu başlık altında taraflardan birinin herhangi bir kusurlu davranışı sonucu oluşan yükümlülük ihlali yoktur. Yalnızca ortaya çıkan harici bir olgunun taraflarca evlenmeye engel sayılması söz konusudur. Ancak, taraflarca subjektif değerlendirme sonucu haklı neden sayılan davranış veya olgunun objektif bir ölçüt ile hâkimin takdir hakkına bağlı olarak haklı neden sayılması da zorunludur.

Bu noktada çok dikkatli davranmak gerekir. Konunun önemine işaret eden *Tekinay* (29)'ın da belirttiği gibi hâkim somut uyumsuzluk karşısında subjektif bir ölçüyle hareket etmemelidir. Hâkim, "nişanı bozma nedeninin önemli olup olmadığını kendi eğilimlerine ve hayat felsefesine göre değil, toplumda ve özellikle nişanlıların mensup buldukları sosyal sınıfta hüküm süren ortak inançları, kanıları ve düşünüş tarzlarını esas tutarak tayine çalışmalıdır (30). Gerçektende haklı neden nitelendirmemiz ile harici neden, bir yaşam sahası içinde oluşur. Bu açıdan, somut uyumsuzluk yaşam sahası içinde oluşan harici nedenin takdir hakkına konu olmasında, hâkimin yaşam sahası değil; tarafların yaşam sahasına benzeyen aynı kültürel dokuda yaşayan objektif makul, orta zekalı dürüst vatandaşların davranışları kriter oluşturmalıdır.

(29) Dernburg'dan aktaran *Tekinay* için bk. s. 37, dp.

(30) Dernburg'dan aktaran *Tekinay*, s. 36, dp.

Bu saptamaya bağlı olarak, haklı neden oluşturacak olgunun her iki tarafın yaşam sahası içinde oluşması mümkündür. Buna göre iki alt başlık daha yaratmak mümkündür. Buna göre, kişi hem kendi yaşam sahası içinde oluşan olgulara, hem de karşı tarafın yaşam sahası içinde oluşan olgulara dayanarak nişanı bozabilecektir.

aaa– Nişanı Bozan tarafın Yaşam Sahasında Oluşan Haklı Nedenler

Bu başlık altında ortaya çıkan harici neden, karşı tarafa kusur nedeni ile nişanı bozma hakkı vermeyecek bir olgudur. Bu karşı tarafın bir davranışı şeklinde oluşacağı gibi sosyal bir olgu olarak da meydana gelebilecektir.

Somut örnekler vermek gerekirse, evliliği yürütemeyecek mali sıkıntıya düşmeye yolaçan iş kaybı, trafik kazası sonucu oluşan sakatlık, ağır hastalığa yakalanma sonucu bu olaylara dayanarak nişanın bozulması söz konusudur. Bu noktada önemle altı çizilmek gerekirse, nişanı bozan tarafın dayandığı kendi yaşam sahasında oluşan haklı nedenlerin oluşumunda kusuru karşı tarafa tazminat hakkı vermez. Örneğin, kişinin ihmali sonucu yaptığı trafik kazası nedeni ile sakat kalması haklı sebeptir. Ancak, bu konuda kusur oluşturan ihmal karşı tarafa tazminat hakkı vermez. Çünkü, kişinin sakat kalmasına yol açan ihmali karşı tarafa karşı herhangi bir yükümlülük ihlalini oluşturmaz.

Sonuç olarak nişanlılar, kendi yaşam sahasında oluşan olgulara dayanarak nişanı bozabileceklerdir. Bu hiç bir şekilde aşağıda inceleyeceğimiz nişanı keyfi bozma ile karıştırmamalıdır. Çünkü, bu halde tazminat talebine yer yoktur. Karşı taraf bu engeli kabul etmese de nişanı bozma hakkı takdir hakkı ile kabul edilmek ve tazminat talepleri reddedilmelidir. Örneğin, sakat kaldığı için nişanı bozan tarafın bu beyana rağmen karşı tarafın evlenmeyi istemesi halinde sırf bu haklı nedeni evlenmeye engel görmeyerek kabul etmeme, nişanı bozan tarafın haklı nedene dayanması ihtimalini ortadan kaldırmaz. Başka bir deyişle, karşı tarafın evlilikte ısrarı tazminat talebine yer vermez.

Bu başlık altında tazminat talep edilemez. Konumuz açısından tazminat talebi olmayınca, cayma akçası veya cezai şartta mahsup sorunu da yaşanmayacaktır.

bbb– Karşı Tarafın Yaşam Sahasında Oluşan Haklı Nedenlerle Nişanı Bozma

Bu ihtimalde karşı tarafın kusurlu davranışına dayanmamakla beraber yaşam sahasında oluşan olgular ve davranışlar nedeni ile nişanın bozulması

söz konusudur. Örneğin, biraz önce verdiğimiz örnekler bu defa karşı tarafa bozma hakkı verecektir. Karşı tarafın evliliği yürütemeyecek şekilde mali sıkıntıya düşmesi, trafik kazasında sakat kalması gibi olayların, bu defa diğer tarafa bozma hakkı vereceğinde kuşku yoktur.

Hâkimin takdir hakkı ile evlilikten kaçınmada haklı sebep yaratacak olgular ve davranışlar çok çeşitlidir (31). Yine tekrar etmek gerekirse, karşı tarafın yükümlülük ihlali oluşturmayan davranışındaki kusur tazminat talebine yer vermeyecektir. Örneğin, kendi tedbirsiz hareketi ile frengiye yakalanan nişanlının bu davranışı, sadakat yükümlülüğünü ihlal sonucu başkasıyla cinsel ilişkisinden doğmuşsa kusurlu davranış nedeni ile tazminata hak kazandıracaktır. Yok eğer frengiye yol açan tedbirsiz hareket (ihmal) karşı tarafın umumi banyoda hijyen kurallarına uymama sonucu oluşmuşsa bu konuda tazminatı kimse haklı bulmayacaktır. Çünkü, ortada yine karşı tarafa karşı oluşmuş yükümlülük ihlali yoktur.

b- Haklı Bir Neden Olmaksızın Nişanı Bozma

Bu başlık altında nişanı bozan tarafın, karşı tarafın kusurlu bir davranışa ya da haklı bir neden oluşturacak olguya dayanması söz konusu değildir. O yalnızca, evlenmeyi arzulamamaktadır. Doğal olarak, bu tutumun mutlaka subjektif bir nedeni bulunmaktadır. Fakat, bu neden haklı neden sayılamayacağı için karşı tarafa tazminat talebine hak kazandırır. Hemen gözleneceği gibi bu tazminatın gerekçesini de bir yükümlülük ihlali oluşturmaktadır. İşte o da, evlenme yükümünün haklı bir neden olmaksızın ihlalidir. Keyfi olarak nitelendirdiğimiz bu bozmada kişinin saiki hukuk düzenince korunmaya değer görülmemektedir ve bu keyfilik, evlenme yükümünün ihlali olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle keyfi olmasından kastımız, kişiye ait subjektif haklı nedenlerin haklı nedenle dönmeye yolaçmasıdır. Gerekçelendirmek gerekirse, nişanlı taraf önceden öngörmesi gerektiği halde öngörmeyerek (evlenmenin gerçekleşmeyeceğini) nişanı bozarak, karşı tarafın kişilik sahasına gereksiz bir müdahalede bulunmuştur. Bir açıdan özen yükümlülüğünün ihlal edildiğini söyleyebiliriz. Bu konuda sorunu "nişanın haklı bir neden olmaksızın bozulması" başlığı altında inceleyen *Zevkliler*, "ortada haklı bir neden olmaksızın nişanı sebepsiz yere bozan taraf kusurlu sayılır" demektedir (32).

(31) Bu nedenlere örnek olarak bk., Feyzioğlu, s. 61 vd.

(32) *Zevkliler*, s. 671.

Bu başlık altında nişanı bozma, karşı tarafa tazminat ödenmesini gerektirir. Bunun da, ödenmiş cayma akçası veya cezai şartta mahsup sorunu yarattığını biliyoruz.

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir diğer ihtimal olarak, nişanlanan tarafların birbirlerine ya da yalnızca birine tazminat talep edilmeksizin nişanı bozma yetkisinin önceden karşılıklı anlaşma ile tanınması geçerli olacak mıdır? Görüşümüzce evlenmeye zorlama hakkı vermeyen nişanlanmada, böyle yetkilerin verilmesinde hukuki bir sakınca olacağını sanmıyoruz. Çünkü, zaten mevcut olan nişanı tek taraflı bozma yetkisinin varlığı karşısında bir kişinin akçalı haklarından vazgeçmesi de kabul edilmek gerekir. Bu takdirde tazminat talebine yer olmayacaktır.

3- MK. 83 III. FIKRA HÜKMÜNÜN GETİRDİĞİ HUKUKİ SONUÇLAR

I- GENEL OLARAK

Yukarıda kanuni düzenleme başlığı altında gördüğümüz gibi araştırmamız, 83. madde kapsamına sokulan iki kavramın (cayma akçası ve cezai şart) hukuki sonuçlarını irdelemeye yöneliktir. Bu konuda araştırma kapsamında bu iki kurum hakkında yalnızca özet bir bilgi vermekle yetineceğiz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için kurumlar hakkında genel eserlere yollama yapmakla yetiniyoruz. Borçlar hukuku genel hükümler konusunda yazılmış eserler ve monografik araştırmalar bu konuda referans niteliğindedir.

Diğer yönden, MK. 83 değişikliğini sağlıklı eleştirebilmek amacıyla bu değişiklikten önceki hukuki durumu irdelemek gerektiği açıktır. Bunu takiben, 83. madde değişikliği sonrası hukuki sonuçları ortaya koymaya çalışacak; sonuç olarak da başlık parasında ortaya çıkan tehlikeli boyutu gözler önüne sermeye çalışacağız.

II- MK. 83. MADDE DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ HUKUKİ GÖRÜNÜM

A- EVLENMEKTEN KAÇINMA HALİ İÇİN ÖNGÖRÜLEN AKTİ CEZALARIN HUKUKİ SONUÇLARI

Kanunkoyucu değişiklik öncesi, "evlenmekten imtina halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şart muteber değildir" ifadesiyle getirdiği kural sonucu evlenme iradesinin mutlak özgürlüğü prensibinin, akçalı yükümlülüklerle dahi kısıtlanmasına rıza göstermemiştir. Bu sonuç o kadar kesindir ki, müeyyide "yokluk" olarak düzenlenmiştir. Bir hukuki işlem olarak MK. m.

5 hükmünün atfıyla geçerli olan BK. 19–20 hükmü kapsamında ahlak ve kamu düzeni düşüncesiyle getirilen emredici kural, beraberinde geçersizlik müeyyidesi doğurmuştur (33).

Bu konuda mehzaz hüküm ile farklılığımızdan doğan sonuç çok ilginçtir. Türk Medeni Kanununun "muteber değildir" ifadesine karşılık İsv. MK. 91 hükmünün Fransızca metni talep edilemez; Almanca metinde ise dava edilemez denmektedir. Doğal olarak, bu ifadeler karşısında acaba eksik borç olarak ödenmiş tazminatların geri istenemeyeceğine ilişkin hukuki sonucu mı ulaşmak gerekeceği tartışılmıştır. Diğer bir deyişle, bu hükümde eksik borçtan mı sözedildiği konusu gündeme gelmiştir. Ancak mehzaz kanun açısından da öğretide tartışmasız olarak geçersizlik müeyyidesinin kabul edildiğini görüyoruz (34). Bu sonuçla MK.muzın değişiklik öncesi ruhunun bu tür evlenmekten kaçınmaya bağlı, akçalı yaptırımlara kapalı olduğunu çekinmeden söyleyebiliriz.

Hükmü lâfzı açısından düzeltici yoruma tabi tutmak gerekir. Şöyle ki, hükümde "tazminat"tan sözedilmiştir. Bu terim hatalıdır. Çünkü, biliyoruz ki, evlenmekten haklı bir neden olmaksızın vazgeçen; yani nişanı bozan tarafın tazminat ödemesi yasa gereğidir. Bu kapsamda, nişanı haklı bir neden olmaksızın bozan tarafın tazminat ödeyeceğine ilişkin yapılmış sözleşmelerin bu hükmün teyidi olarak geçerli olacağına kuşku yoktur. Sonuç olarak, hükümde amacın bu olmadığı herkesin malumudur.

O halde tazminattan kastedilen nedir? İsv. MK. 91 bu konuda akdi ceza yani cezai şart terimini kullanmakta (Vertragsstrafe), tazminat terimine yer vermemektedir. Bu konuda açıklık getiren yazar olarak Öztan, mehzazın ifadesine bağlı olarak, bu akti cezaların, BK. 156 vd. maddelerinde öngörülen cezalar olduğunu haklı olarak belirtmektedir (35). *Feyzioğlu* ise, vaadedilen bu tazminatın bir pey akçası (bağlılık akçesi) bir zamanı rücu (pişmanlık akçesi ya da bir cezai şart şeklinde olması da esası değiştirmez" ifadesi ile bunlar dışında da tazminat kararlaştırılması halini gözardı etmemeye çalışmaktadır.

Görüşümüzce MK. 83 hükmünde, MK. 84 hükmüncü düzenlenen tazminattan farklı bir hukuki ilişkinin düzenlenmeye çalışıldığı açıktır. Burada,

(33) Bu konuda bk., Tekinay, s. 22; Zevkliler, s. 687; Feyzioğlu, s. 41-42; Öztan, s. 32-33.

(34) bu konuda bk. Feyzioğlu, s. 42. dp. 36., Tekinay, s. 22, dp. 6.

(35) Bk., Öztan, s. 32; Ayrıca bk. Tekinay, s. 32.

nişanlı taraflar, nişanın herhangi bir sebeple evlenmeyle sonuçlanmaması ya da yalnızca bozulması haline münhasır olarak önceden kararlaştırılmış ya da miktarı belirlenebilir bir edimi kazanmak arzusundadırlar. Artık, bu noktada nişanın bozulmasında zararı ispat ederek mahkemeden talep edilecek tazminat talepleri söz konusu değildir. Burada tarafların, irade beyanlarının yorumu sonucu, ya kanunda düzenlenmiş cezai şart, cayma akçası gibi kurumlara ya da kanunda yeri olmayan (örneğin, nişanın doğumundan evvel taraflardan birinin evlenmekten kaçındığı takdirde kaybetmek üzere verdiği bir şey) edimlere başvurdukları görülmektedir. Zaten, nişanı bozmaya bağlı olarak taraflar arasında miktarı belirtilmeden "tazminat ödenecektir" şeklindeki kayıtların MK. 84 hükmünün teyidi (kabul edilmesi) olmaktan öte bir anlam ifade etmeyeceği de herkesin malumudur. Çünkü edim belirli olmalı ya da en azından asgari geçerlilik koşulu olarak belirlenebilir olmalıdır. Aksi takdirde geçerli bir borç yükümü kurulmuş olmaz. Örneğin, miktarı belirtilerek tazminat adı altında ifade edilen bir ödenti kararlaştırılmışsa BK. 18 hükmünü uygulayarak tarafların gerçek irade beyanını doğru adlandırarak dönme cezası şeklinde kararlaştırılmış bir cezai şart karşısında olduğumuzu duraksamaksızın söyleyebiliriz.

Sonuç olarak bu bilgilerin ışığı altında, MK. 83 değişikliği öncesi hüküm kapsamını belirlemek gerekirse, tazminat kavramını dışlayarak sanırım şöyle bir ifade kullanabiliriz. MK. 83 hükmü değişikliği öncesi evlenmeye zorlama, yani evlilikten kaçınma hali için kararlaştırılmış her türlü akti edim yükümlülüğü hangi isim altında olursa olsun geçersiz kabul ediliyordu. BK. 18 hükmüne bu konuda yanlışlıkla kullanılan terimler veya muvazaalı terimlere bakılmaksızın geçersizlik söz konusuydu. Hakimin önüne gelen somut uyuşmazlıkta, taraflar ileri sürmese de itiraz oluşturan bu olguya dayalı olarak geçersizliğe hükmetmesi gerekiyordu. Çünkü, yoklukla sakat işleme dayanarak hiç kimse hak iddia edemez. Ayrıca, bu geçersizlik zamanın geçmesi ile de sıhhat kazanmış geçerli bir işleme dönüşmez.

Ayrıca, bu tür akti cezaların ve kararlaştırılmış edimlerin nişanlanma öncesinde veya nişanlanma ilişkisinin sürdüğü sırada kararlaştırılması geçersizlik açısından hiç bir değişiklik yaratmayacaktır (36).

Bu başlık altında dikkat çeken husus, cezai şart veya cayma akçası gibi kararlaştırılmış edim yükümlülüklerinin fer'i (asıl hukuki ilişkiye bağımlılık)

(36) Feyzioğlu, s. 42.

niteliği karşısında bizzat kendilerinin geçersiz kılınmış olmalarıdır. Diğer bir anlatımla, asıl hukuki işlemin geçersizliği başka; ona fer'i hukuki işlemin geçersizliği ise tamamen farklı hukuki sonuçlara tabidir.

B- İFA EDİLMİŞ GEÇERSİZ EDİMLERİN HUKUKİ SONUÇLARI

Araştırma başlığımız altında sağlıklı bir karşılaştırma yapabilmek için değinmeden geçemeyeceğimiz bir konu da MK. 83 değişikliği öncesi, evlenmekten kaçınma hali için kararlaştırılmış edim yükümlülüklerinin geçersiz olmasına rağmen ödenmiş olmaları halinde hukuki sonuçlarının ne olacağıdır? Bu konuda sorun, vardığımız geçersizlik müeyyidesine bağlı olarak tamamen netleşmiştir. Her nasılsa geçersizliği düşünülmeden yerine getirilmiş edimlerin, sebebin geçersiz olmasına dayanarak sebepsiz zenginleşme davasına konu olacağı öğretide de kabul ediliyordu (37).

Böylece, evlenmekten kaçınma hali için öngörülen cezai şartı ödemiş olan taraf, nişanın bozulması üzerine başlangıçta geçersiz olan bu edim yükümünün karşı tarafın mal varlığında yarattığı sebepsiz artışı, BK. 61 vd. hükümlerince talep edebilmekteydi.

MK. 83 değişikliği öncesi, cayma tazminatı konusunda da aynı sonuca ulaşmak gerekecekti (38). Cayma akçası, aktin doğumu ile birlikte verilmektedir. BK. m. 156 hükmünce, MK. 83 hükmünün yasaklayıcı kuralı karşısında cayma akçası alan tarafın gerek evlenme halinde cayma akçasını alıkoyması gerekse, bozması halinde iki katını ödeme yükümlülüğü altına girmesi söz konusu olamazdı. Cayma akçasını veren tarafın, nişanı bozması halinde, verdiğini sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edebileceği açıkça kabul ediliyordu. Tazminatla yükümlü olma halinde ise, ancak ortada aleyhine kesinleşmiş bir hüküm mevcutsa mahsup doğal olarak kabul edilebilecekti.

MK. 83 değişikliği öncesi, cayma tazminatı verilmesi halinde bozmaya bağlı hukuki sonuçları gördük. Peki, cayma tazminatı verilen bir nişanlanmada evlenme gerçekleşmişse kazandırmanın hukuki geleceği ne olacaktır? Başka bir ifade ile, cayma tazminatı iade edilmeyecek midir? Bu konuda da,

(37) Öztan, s. 33.

(38) Yargıtay, "geçerli olmayan bir akit dolayısıyla ödenmiş bulunan pay akçesinin geri verilmesi, sebepsiz mal edinmeye ilişkin hükümler gereğince istenebilir" şeklinde karar vermiştir. HGK'nun 20.5.1964 tarihli E. 764/K. 388 nolu kararı için bk., Dalamanlı Lütfi/Kazancı Faruk : Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. II, İstanbul 1990, s. 715-716.

sebepsiz zenginleşme ile iadeye konu olarak cayma tazminatının talep edilebileceğini kabul ediyoruz. Zamanaşımı duracağı için, yıllar sonra boşanma ile birlikte sebepsiz zenginleşme talebi kabul edilmelidir; yeter ki, evlenme ile birlikte diğer eşe yapılmış bağışlama sebebine dayalı bir ibra söz konusu olmasın.

Ülkemiz açısından nişanlanmada cayma akçası uygulaması pek bilinmemektedir. Aşağıda değineceğimiz gibi bu uygulamanın, MK. değişikliği ile canlandırılmaya çalışılmasına kadar hayırlı olduğunu söyleyebilirdik. Bu açıklamaların ışığı altında MK. 83 değişikliğini artık sağlıklı şekilde incelemeye geçebiliriz.

(SÜRECEK)

**PAYDAŞ VEYA ORTAKLARDAN BİRİ TARAFINDAN ÜÇÜNCÜ ŞAHSA
KİRALANAN YERDE DİĞER PAYDAŞ VEYA ORTAKLARIN TALEP
HAKKI**

Temel DOĞANGÜN (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : Giriş. I- Genel Olarak. 1- Müşterek Mülkiyet Yönünden. a- Paydaşların Müşterek Eşyaya İlişkin Tasarrufları. b- Paydaşların Müşterek Eşyadan Yararlanma ve Kullanma Hakları. 2- İştirak Halinde Mülkiyet Yönünden. II- Haksız İşgal ve Ecrimisil Davaları Koşulları Yönünden. 1- Zilyetliğin Kötüniyete Dayanması. 2- Zilyetliğin Kötüniyete Dönüştürülmesi. III- Ecrimisil Davalarının Hukuksal Vasfı Yönünden. 1- Kira ilişkisi Görüşü. 2- Haksız Fiil Görüşü. IV- Kira İlişkisinin Unsurları ve Tarafları Yönünden. V- Kira Sözleşmesinin Geçerliliği Sorunu. 1- Yokluk Yaptırımı. 2- Butlan Yaptırımı. İptal Kabiliyeti Yaptırımı. VI- Genel Hukuk Kuralları Yönünden. 1- Objektif Hüsnüniyet İlkesi. 2- Sözleşme Özgürlüğü-Hukuksal Güven ve İstikrar İlkeleri. 3- Yetkisiz Temsil. 4-Diğer Mirasçıların Hakları. VII- Yorum Teorileri Yönünden. S o n u ç.

GİRİŞ

Türk hukukunda, özellikle kadaströ çalışmaları tamamlanan yerler olmak üzere müşterek veya iştirak halinde mülkiyet ilişkisinin yoğun olduğu bölgelerde çeşitli hukuki problemler ortaya çıkmaktadır.

Bu problemlerden biri de, paydaş veya ortaklardan sadece birinin, diğerlerinin rıza ve muvafakatını almaksızın, müşterek veya ortak eşya üzerindeki tasarruflarının özellikle de eşyayı kiraya vermesinin ortaya çıkaracağı sorunlardır.

Aşağıda incelenecek makalede, sözkonusu sorunlar Yargıtay kararları ışığında ve hukuk sistemimiz içerisinde bir bütün olarak ele alınmaya çalışılmıştır.

(*) Gümüşhacıköy Hâkimi.

I- GENEL OLARAK

1- Müşterek Mülkiyet Yönünden

a- Paydaşların Müşterek Eşyaya İlişkin Tasarrufları

MK. 624/I. maddeye göre, "Hilâfına mukavele olmadıkça, hissedarlar müşterek mülklerini biliştirak idare ederler". Müşterek mülkiyet ilişkisinde Medeni Kanunumuz, müşterek eşyanın yönetiminde kural olarak çoğunluk ilkesini kabul etmiştir; istisnai olarak da oybirliği ilkesi öngörülmüştür.

Müşterek eşyanın yönetimi konusunda öğretide üçlü bir ayırım yapılmaktadır.

İlk olarak olağan yönetim işleri olarak adlandırılan, müşterek eşyanın bakımı, işletilmesi, korunması gibi alelade işleri MK. 624/II. maddeye göre aksi kararlaştırılmadıkça her paydaş tek başına yapabilir.

İkinci tür, yönetim işleridir. Bu işler müşterek eşyanın kullanım tarzının değiştirilmesi, değerinin artması gibi daha önemli işlerdir. MK. 624/III. maddeye göre bu tasarruflar "pay ve paydaş" çoğunluğu kararıyla yapılabilir.

Doktrin (2) ve uygulamada (3) müşterek eşyanın kiraya verilmesi önemli yönetim işlerinden sayılmıştır. Gerçekten de, müşterek eşyanın kiraya verilmesi MK. 624/II. maddede belirtilen "ufak tefek tamirat ile ziraat işleri gibi" kavramından sayılamaz; bu örneklerden daha önemli ve eşyanın özünü etkileyebilecek, tüm paydaşları ilgilendiren hak ve sorumlulukları olan bir tasarruftur.

Burada konumuz açısından ortaya çıkan en önemli sorun pay ve paydaş çoğunluğu olmaksızın yapılan idari tasarrufun hukuksal sonuçlarıdır.

Her şeyden önce MK.'da idari tasarruf yönünden alınacak kararın şekli ve içeriği konusunda herhangi bir açıklık yoktur. Ancak doktrininde, kararın alınması için yapılacak sözleşmeye, bütün paydaşların katılması ve dinlenmesinin şart olmadığı; bununla birlikte söz konusu eksikliğin ortaklığın za-

(1) Geniş bilgi için bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 412 vd. Oğuzman/Seliçi s. 324 vd.; Ayiter s. 91 vd.

(2) Gürsoy/Eren/Cansel, s. 414, 412; Ayiter s. 92; Oğuzman/Seliçi s. 328.

(3) İBK. 6.7.1955 T. 13/18 sy; İBK 27.11.1946 T. 28/15 sy; 4. HD 27.1.1977 T. 4930/913 sy. ilamlar.

manından önce sona erdirilmesi için haklı bir sebep teşkil edeceği belirtilmiştir (4). Şu halde pay ve paydaş çoğunluğu olmaksızın müşterek eşyanın üçüncü şahsa kiraya verilmesinde, diğer paydaşlar bu hukuksal yoldan yararlanabilirler.

İkinci olarak, söz konusu hallerde diğer paydaş ve paydaşlar müşterek eşyayı kendilerinin muvafakat ve katılımı olmaksızın üçüncü şahsa kiraya veren paydaşın MK.nun 626/a maddesi gereğince hissedarlıktan çıkartılmasını talep ve dava edebilirler (5).

Diğer yandan aşağıda inceleneceği gibi yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, bu kişiler kiraya veren paydaştan intifadan men koşulu aranmaksızın ecrimisil talep edebilirler. Bu kararlar göstermektedir ki, müşterek eşyanın diğer paydaşların muvafakat ve rızası olmaksızın kiralınması halinde, kiralayan paydaş haksız şâgil durumundadır. İyiniyetli kiracı söz konusu durumda haksız işgalci sayılmamaktadır. Meğer ki kötü niyetli olsun veya iyiniyeti kötünüyete dönüştürülmüş bulunsun.

Diğer paydaş veya paydaşların başvurabileceği ve daha köklü çözüm getirici bir başka yol ise, kiralayan paydaşa ve kiracıya karşı kira sözleşmesini iptal davası açmaktır. Ancak bu halde 624. maddedeki emredici kural iyi niyetli ve sözleşmenin tarafı olan kiracıya karşı etkili olur; mahkemece sözleşmenin iptali kararı ile hüküm ve sonuçlarını devam ettirmesi olgusu ortadan kalkar. Diğer paydaşlar sözleşmenin iptali davası ile birlikte kiralayan paydaştan ecrimisil talep edebilirler.

Doğaldır ki yukarıda sayılan olasılıklar, sözleşmenin tarafı olan ve eşyanın müşterek mülkiyet üzere malik olduğunu bilmeyen veya eşyayı kiralayan paydaşın kira sözleşmesi kurmaya yetkili olduğunu sanan iyiniyetli kiracılar için geçerlidir. Aksine kiracı iyiniyetli değilse, kiralayan paydaşla birlikte haksız şâgil durumundadır ve ecrimisil sorumluluğu altındadır.

Müşterek eşyanın yönetimi konusunda yapılan üçüncü ayırım; olağanüstü yönetim işleridir. MK. 625/II. maddeye göre, müşterek eşyanın tamamı üzerinde tasarruf işlemi bulunmak veya eşyanın ekonomik tahsis amacını değiştirmek için paydaşların oy birliği gerekir. Konumuz kira ilişkisi olduğundan öğreti ve uygulamada istikrarlı ve yerinde olarak kira sözleşmesi kurmak olağanüstü yönetim işi sayılmadığından ayrıntıya girilmemiştir.

(4) Gürsoy/Eren/Cansel, s. 414 ve 55 nolu dn.da Haab'a atfen; Oğuzman/Seliçi s. 327.

(5) Y. 6. HD. 24.12.1992 T., 14169/14944 sy. karar.

b- Paydaşların Müşterek Eşyadan Yararlanma ve Kullanma Hakları

Her paydaş kural olarak müşterek eşyayı kullanma ve yararlanma hakkına sahiptir. Ancak bu hak, diğer "mülkiyet hakkı sahipleri" paydaşların yararlanma ve kullanma payının ihlâl edilmeme şartına bağlıdır (6). Bir paydaşın diğerlerinin mülkiyet hakkını, daha açık ve somut deyiimiyle kullanma ve yararlanma hakkını ihlal edici fiilleri hukuken himaye kabul edilemez. Doğal olarak aksi hallerde eşyayı kullanan paydaş diğerlerine karşı haksız şâğil durumuna düşmüş olur.

Konumuz açısından da bir şeyi kiralama, ondan ekonomik anlamda yarar sağlama olduğundan müşterek eşyanın tek başına yaptığı bu işlem, diğer paydaşların mülkiyet haklarını ve dolayısıyla yararlanma ve kullanma hakkını ihlâl eder. Bu nedenle de, söz konusu eylemde bulunan paydaş diğerlerinin mülkiyet hakkını zedelediğinden haksız şâğil durumunda olup; men'i müdahale davasının muhatabı ve ecrimisil sorumluluğu altındadır.

2- İştirak Halinde Mülkiyet Yönünden

MK. 630/II. maddeye göre, aksine hüküm olmadıkça ortakların hakları ve özellikle malik oldukları şeyde tasarruf yetkileri ancak ittifakla verecekleri kararla kullanılabilir.

Elbirliği mülkiyetinde işin türü yönünden bir ayırım yapılmaksızın oybirliği ilkesi kabul edilmiştir.

Bununla birlikte kural olarak gerek 625. madde, gerek 630. madde paydaş veya ortakların şeye ilişkin tasarruflarının geçerliği için aranan oy oranı ve karar yeter sayısını ayrı ayrı ifade etmektedir. Bu nedenledir ki, incelemeyi oluşturan ve yukarıda müşterek mülkiyet konusunda yazılan önemli yönetim işlerinden sayılan kiraya vermeye ilişkin anlatımlar burada da geçerlidir. Aradaki fark sadece, müşterek mülkiyette kira sözleşmesinin geçerliliği için pay ve paydaş çoğunluğu aranırken, elbirliği mülkiyetinde oybirliği aranmasıdır.

Oysa konumuz, paydaş veya ortağın diğerlerinin muvafakat ve rızası olmaksızın üçüncü kişi ile yaptığı kira sözleşmesinin geçerliliği ve diğer paydaş ve ortakların talep hakları sorunudur. Bu açıdan müşterek mülkiyette

(6) Gürsoy/Eren/CanseI, s. 417.

belirtilen, paydaşın iyiniyetli üçüncü kişi kiracıyla arasındaki sözleşmenin iptal edilinceye değin geçerli olduğu yönündeki açıklamalar ile ecrimisil talep hakları konusundaki açıklamalar burada da geçerlidir (7).

II- HAKSIZ İŞGAL VE ECRİMİSİL DAVALARI KOŞULLARI YÖNÜNDEN

1- Zilyetliğin Kötüniyete Dayanması

Herşeyden önce haksız işgalden sözedebilmek için davalının haksız şâgil durumunda bulunması diğer bir anlatımla, zilyetliği "**kötüniyet**"e (8) dayanması gerekir.

Hatta bir kısım yazarlar haksız işgalciyi, eylemini ve sonucunu bilerek ve isteyerek gerçekleştirme olgusunu açık seçik vurgulaması amacıyla "**gasp**" "**saldıran**" olarak nitelemektedir (9).

Böylece haksız işgalin temel unsuru kötüniyetli zilyetlik, zilyetin iade ile mükellef olduğunu bilmesi veya bilmemesinin gerekmesi olarak tanımlanabilir (10). MK.nun 908/son maddesinin gerçek anlamı da budur.

Bu genel açıklamalar ışığında, paydaş veya ortak tarafından diğerlerinin rıza ve muvafakatı olmaksızın malın üçüncü kişiye kiralınması konusu incelendiğinde, yukarıda yapıldığı gibi ikili bir ayırım içinde olaya bakmak gerekir.

Birinci olarak, diğerinin rızası olmaksızın eşyayı kiraya veren "paydaş veya ortak" tipik anlamda birer haksız işgalçi durumundadırlar. Zira, bu halde paydaş veya ortak kira sözleşmesini kurarken, müşterek mülkiyetle pay ve paydaş çoğunluğunu; elbirliği mülkiyetinde ise oybirliğini sağlamak zordur.

(7) Gürsoy/Eren/Cansel, s. 440'da; 'diğer ortaklar borçlandırıncı mualemeye icazet verilerse, muamele geçerlik kazanır' denmektedir. Kanımızca, aşağıda belirtileceği gibi burada muamele kurulmuştur, vardır, ama aksaktır, diğer ortakların icazetiyle bu aksaklık ortadan kalkar, hukuk düzeninin öngördüğü gerçek anlamda ve hukuki korunmaya layık bir işlem haline gelir.

(8) Oğuzman/Seliçi, s. 135; Akipek, s. 279; 3. HD. 16.11.1992 T., 7531/18714; HGK. 14.2.1968 T., 403/76; İBK. 8.3.1950 T., 22/4 sy. kararlar; Malkoç/Kılıçoğlu, s. 743; Özkan, s. 81/2.

(9) Gürsoy/Eren/Cansel, s. 160.

(10) Oğuzman/Seliçi, s. 135-136.

MK. 624 ve 630. maddelerdeki zorunluğ u yerine getirmeyen eşya üzerindeki haklarını aşkın biçimde kullanan paydaş veya ortak(lar) diğerlerinin mülkiyet haklarına saldırı eylemi içinde olup; davranışları birer haksız fiil teşkil eder.

Bu fiili gerçekleştiren paydaş veya ortak(lar) ise haksız şâgil (işgalci) olarak adlandırılırlar. Söz konusu zorunluğ a uymaksızın kira sözleşmesi kuran paydaş veya ortak, başka bir kusur araştırılmasına gerek kalmaksızın kötüniyetli sayılırlar ve tazminat (ecrimisil) sorumluluğ u altına girerler.

Buna karşılık paydaş veya ortakla, bu sıfatlarını bilmeksizin özel bir borç ve bilahare tasarruf ilişkisine giren üçüncü şahsın olağ an yaşam koşullarına göre kötüniyetli olduğ u söylenemez ve dolayısıyla bunun gerektirdiğ i tazminat sorumluluğ undan sözedilemez.

Ancak, üçüncü şahsın eşyanın müşterek ya da elbirligi halinde malik olduğ unu bile bile kira sözleşmesine taraf olması halinde, üçüncü şahıs başlangıçtan itibaren kötüniyetli saymak gerekir ve ecrimisil sorumluluğ u altında bulunur.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, özel hukuka ilişkin kira sözleşmesi diğer paydaş ve ortaklarca iptal cihetine gidilmediğ i sürece geçerlidir; sadece tazminat (ecrimisil) sorumluluğ unun yöneldiğ i kişi veya kişilerin kapsamında farklılaşma olmaktadır.

2- Zilyetliğ in Kötüniyete Dönüştürülmesi

Yukarıda belirtildiğ i gibi, kira sözleşmesi, taşınır satımı gibi özel borç ilişkisinde alıcı açısından taahhüt ve tasarruf işlemlerinin geçerliğ i iyiniyetli olmasına, daha doğrusu kabul iradesini buna yönelik ortaya koymasına bağlıdır. Özel borç ilişkilerinde alıcıya, satıcı (veya kiralayanın) geniş anlamda gerçek hak sahibi olup olmadığ ının araştırma zorunluğ u yüklenemez. Ne var ki muhatap alıcısında sözleşmesinin geçersiz olduğ u konusunda makûl ve dürüst bir muhatap gibi davranması gerekir. Diğer bir deyimle, sözleşmenin kuruluş aşamasında geçersiz olduğ unu bilen muhatapın makûl ve dürüst olduğ u söylenemeyeceğ inden, başlangıçtan itibaren sorumluluk sahibi olduğ u kaçınılmazdır.

Konumuz açısından bakıldığında müşterek veya iştirak halinde malik olunan eşyanın (taşınmaz malın) bir paydaş veya ortak tarafından kiralan-

ması ve içindeki malların satışı durumunda alıcının makûl ve dürüst bir muhataptan beklenen özeni gösterdiği halde malın müşterek veya iştirak halinde olduğunu bilmesi olanaksız ise yapılan sözleşmeler ve hatta teslimler geçerlidir. Farklı bir anlatımla alıcı (kiracı) ilişkide iyiniyetli olduğundan bu iyiniyeti korunmalıdır.

Kiracının iyiniyetinin ortadan kaldırılması diğer paydaş veya ortaklar tarafından sözleşmenin geçersizliği yönünde, tahliye veya men davasına inzimam edecek ihtarnamenin keşide edilmesiyle sağlanacaktır.

Ancak bu şartla kiracının haklı kiracılık sıfatı, haksız şâgile dönüşmüş olacaktır.

Taşınır mal satımı yönünden ise, sözleşme ve teslim anında iyiniyetli olan alıcının hakları korunmalıdır. Bu halde alıcının ihtarname ile haksız şâgil kılınması olanaksızdır. Zira teslimle satım ilişkisi noktalanmıştır. Sözü geçen bu olasılıkta sadece satıcı paydaş veya ortağın haksız zenginleşmeden dolayı diğer paydaş veya ortaklara karşı hukuksal sorumluluğu vardır.

III- ECRİMİSİL DAVALARININ HUKUKSAL VASFI YÖNÜNDEN

Öğreti ve uygulamada ecrimisil davalarının hukuksal vasfı konusunda esas itibariyle iki farklı görüş vardır.

1- Kira İlişkisi Görüşü

Yargıtay son kararlarında ecrimisil davalarında kira ilişkisi vasfı görmektedir (İBK. 25.5.1938 T., 29/37). Ancak bu karar tamamen haksız şâgilin iade mükellefiyetinin kapsamının tayinine yönelik olup; sözkonusu hukuksal kurumun niteliğini açıklamaya yeterli değildir.

2- Haksız Fiil Görüşü

Yargıtay son kararlarında ve ecrimisil davalarında haksız fiil mahiyeti görmektedir (İBK., 8.3.1950 T., 7528 sy. RG.). Gerçekten de, bu davalarda yukarıda belirtildiği gibi zilyedin, kötünüyete dayalı haksız bir eylemi bulunmaktadır. Böylece başta haksız eylem olmak üzere haksız fiilin tüm unsurları ecrimisil davalarında da bir koşul olarak aranmaktadır.

Konumuz açısından bakıldığında iyiniyetli kiracının, BK. 41. madde anlamında "kasten, ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizliği" gibi kusurlu bir

davranışı bulunmamaktadır. O nedenle de hukuksal vasfı haksız fiil sorumluluğu olan ecrimisil tazminatı ile de yükümlü tutulamaz.

IV- KİRA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI VE TARAFLARI YÖNÜNDE

BK. 248. maddeye göre, adi kira bir akittir ki kiralayan onunla kiracıya ücret karşılığında bir şeyin kullanılmasını terketmeyi iltizam eder.

Bu tanıma göre, kira sözleşmesinin esaslı unsurları: Tarafların karşılıklı anlaşması, sözleşme konusu bir mal veya hakkın bulunması, sözleşme konusunun kullanılmasının devri, bir süre sonunda şeyi geri verme borcu veya kira bedelidir (11).

Esasen, tarafların kiralananın kullanılmasının bir bedel karşılığında devri konusunda anlaşması aktin tamamlanması açısından yeterlidir (12). Böylece anlaşma anında sözleşme konusunun bulunmaması dahi sözleşmenin kurulmasını engellemektedir. Sözleşmenin kurulması ile kiracı talep hakkı sahibi olur.

Olaysel açıdan kiracının kiralayanla sözleşme akdetmesi aktin kurulması ve devamı için yeterlidir. Dolayısıyla burada sorun sadece gerçek hak sahiplerinin sözleşmeyi iptal hakları veya kiralayan paydaştan talep haklarıdır.

Diğer yandan, kira aktinin geçerli olarak vücut bulması için kiralanan şeyin mutlaka kiralayana ait olması gerekmemektedir (13). Hukukumuzda alt kira, idare ve intifa hakkı sahiplerinin kiralama hakları mevcuttur. Kaldı ki hiç bir hak sahibi olmayan kimsenin dahi malikinin rızası olmaksızın o şeyi kiraya vermesi, hatta teslimi mümkün ve geçerlidir. **Bu akit BK. 19-20. maddelerdeki hükümlere aykırı olmadığı sürece geçerlidir. Yargıtay da bu görüştedir (Bkz., HGK. 25.3.1963 T., 3/48-44; 13. HD., 18.1.1974 T., 1207/89; 6. HD., 24.1.1977 T., 27/306 sy. kararlar).** Kanımızca müşterek mülkiyette MK. 624. madde gereğince önemli işlerde pay ve paydaş çoğunluğunu arayan hükümlerle; iştirak halinde mülkiyette MK. 630. madde gereğince ortaklar ittifakını arayan hüküm bunlardan biri tarafından iyiniyetli üçüncü şahısla kurulan sözleşmeyi başından beri yok hükmünde kılmaz.

(11) Tandoğan, s. 310.

(12) Tandoğan, s. 310; Fevziöğlü, s. 421; 4. HD., 12.5.1958. 5384/3122; HGK., 4.3.1964 T., 694/179 sy. kararlar.

(13) Fevziöğlü, s. 422.

Diğer paydaşlar bu sözleşmeye açık veya zımni muvafakat verebilecekleri (Bkz., HGK.nun 9.5.1962 T., 6/44-24 sy. ilamı) gibi sözleşmenin iptali yolunda başvurabilirler. O halde, paydaşlardan sadece biri tarafından yapılan kira sözleşmesi BK. 19-20 kapsamında mutlak anlamda yasaya, ahlaka, örf ve adete aykırı sözleşme sayılamaz.

Yargıtay 13. HD.'nin 18.1.1974 T., 1207/89 ve 3. HD.'nin 1.11.1993 T., 4117/18136 sy. kararları da bu doğrultudadır.

Bu durumlarda hak sahibi malını geri alırsa kiralayan kiracıya karşı sorumlu olur (14). Yargıtay 4. HD.'nin 12.5.1958 T., 5384/3122 sy. kararı bu durumu açıklamaktadır.

Bu nedenledir ki, BK. 253. madde gereğince kiralayan kiracıya karşı hak sahibi üçüncü kişinin iddiaları karşısında ve doğrultusunda zapta karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumludur.

Ne varki, Y. 13. HD.'nin 1.5.1995 T., 4302/4421 sy. ilamında, bir paydaş veya ortak tarafından 3. şahısla yapılan kira sözleşmesinin hukuken geçersiz olduğu belirtilmektedir. Bu ilam yorumlandığında, kira sözleşmesinin hiç kurulmamış olduğu; baştan itibaren geçersiz bulunduğu; MK. 624 ve 630. maddelerin mutlak anlamda kamu düzenine ilişkin hükümlerden olduğu sonucuna varılmaktadır. Oysa, iyiniyetli kiracı açısından bu durum haksız sonuç doğurmaktadır. Zira, yukarıda belirtildiği gibi kira sözleşmesi iptal edilene kadar kiracının iyiniyetle aktettiği kira sözleşmesi BK.nun 248. maddesi gereğince geçerli olmaktadır. Kira akdinin geçerli olabilmesi için kiraya verenin mutlaka hak sahibi malik olması koşulunu arama külfetinin kiracıya yüklenmesi, yasanın aramadığı bir yükümlülüğün haricen yasaya eklenmesi anlamına gelir ki, bu durum başlı başına Borçlar Hukukumuzun ruhuna aykırılık teşkil eder.

V- KİRA SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Bir paydaş veya ortak tarafından diğerlerinin rıza ve muvafakatı olmaksızın yapılan kira sözleşmesinin akibetinin ne olması gerektiği, geçersizlik türlerinin tartışılması sorununu gündeme getirmektedir.

Hukuk öğretim ve uygulamamızda "hukuki işlemlerin hükümsüzlük" halleri sınıflanmıştır.

(14) Tandoğan, s. 310.

Buna göre hükümsüzlük halleri özetle;

1- Yokluk

Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının bulunmaması halidir. Bu durumda hukuki işlem varlık kazanamaz, yoktur. Örneğin, hukuki işlemde temel unsur olan irade beyanının bulunmaması gibi (15).

Yukarıda belirtildiği gibi inceleme konusu yönünden kira sözleşmesinin temel kurum unsurlarının bulunduğu ve sözleşmenin geçerli olarak aktedildiği anlaşıldığından yokluk yaptırımına tabi olmadığı açıktır.

2- Butlan

Bir hukuki işlemin unsurları tamam olmakla beraber, geçerlik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek öneme bulunanların gerçekleşmemiş olması halidir. Örneğin, şekle aykırılık, muvazaa gibi. Bu halde de işlem kendiliğinden hükümsüzdür (16).

Konumuz açısından ise yukarıda belirtildiği gibi kira sözleşmesi kurulduğundan ve kiralayan iyi niyetli olduğundan MK.nun 624 ve 630. maddeleri mutlak anlamda kamu düzenini ilgilendirici hükümler sayılamayacağından butlan yaptırımı da söz konusu olamayacaktır.

3- İptal Kabiliyeti

Çeşitli şekilleri olan bu hükümsüzlük türünde ortak ölçü sakat işlemin hükümsüz hale gelmesi için korunan tarafa bir iptal hakkının tanınmış olmasıdır. Bu hak kullanılmadıkça hâkim hükümsüzlüğü re'sen nazara alamaz. İptal hakkı kural olarak tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır. Akit, bu hak kullanılana kadar geçerlidir (17).

İnceleme konusu bakımından, hukuki işlem (kira sözleşmesi) geçerli ancak aksak-sakat aktedilmiştir.

(15) Oğuzman, s. 142; Eren, s. 354; Ataay, s. 177; Tekinay, s. 345.

(16) Ataay, s. 178; Tekinay, s. 344; İnan, s. 149 vd.

(17) Oğuzman, s. 146, 147; Tekinay, s. 349; İnan, s. 149 vd.; Ataay, s. 180, 181'de iptal kabiliyetini "askıda olan hukuki muameleler" olarak nitelemekte ve bunu da muteberlikleri askıda olan hukuki muameleler hükümsüzlükleri askıda olan hukuki muameleler olarak ikiye ayırmaktadır.

Zira, yukarıda belirtildiği gibi paydaş veya ortaklardan biri ile kirala-
layan arasındaki sözleşme geçerli olarak kurulmuştur. Ancak bilahare
ortaya çıkan ve durumdan haberdar olan müşterek ve iştirak halindeki
malikler MK.nun 624. ve 630. maddelerinin kendilerine verdiği hakları
kullanarak söz konusu sözleşmenin bozulmasını ihtar ve talep edebi-
lirler. Bu durumlarda kira sözleşmesi bozucu infisahi koşula bağlı ola-
rak kurulmuş sayılır ve paydaşlarca bu hakka dayanılarak sözleşmenin
geçersizliği talep edilene ve sözleşme geçersiz kılınana değin geçerli
bir sözleşmenin tüm hak ve sonuçlarını doğurur.

Bu doğrultuda olmak üzere diğer paydaşların bir paydaş tarafından ya-
pılan kira sözleşmesinin iptalini sağlamak yerine icazet vermek suretiyle
sözleşmenin devamını ve geçerliliğini temin edebilirler. **3. HD.nin 17.2.1970
T., 5119/4744 sy. kararı** bu durumu açık seçik ortaya koymaktadır.

Diğer yandan, kira sözleşmesine taraf olmayan paydaşların söz konusu
sözleşmeye zımnı muvafakat vermek suretiyle geçerliliğin devamını sağla-
maları olasıdır.

Bu durum da göstermektedir ki, kira sözleşmesi paydaşların irade be-
yanları ve mahkeme kararı ile iptal edilmedikçe geçerliliğini koruyacaktır.

Üstelik hukukumuzda tapu iptali ve tescil davalarında kendine özgü ge-
çersizlik – geçerlilik anlayışı savunulduğuna göre daha özel bir vasfı olan bu
tür davalarda geçersizliği iptal edilebilirlik şeklinde algılamak ve uygulamak
yerinde olacaktır.

VI. GENEL HUKUK KURALLARI YÖNÜNDEN

1– Objektif Hüsnüniyet İlkesi

MK. 2/1. maddeye göre, herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada
iyiniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. MK. 2/2. maddeye göre ise, bir hakkın
sırf gayri izrar eden suistimalini kanun himaye edemez (18).

**Olaysal açıdan bir paydaş veya ortak tarafından taşınmaz malın
kiralınmasına, diğer paydaş veya ortakların durumu bilmelerine rağmen hal ve şartlara göre uzun sayılabilecek bir süre ses çıkarmamış**

(18) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Oğuzman, s. 164 vd.

olmaları veya hal ve hareketleriyle bir itirazları olmadığını göstermeleri halinde sözleşmeye muvafakat vermiş sayılmaları gerekir.

Aksine diğer paydaş veya ortaklar, kiraya veren paydaşı veya ortağı yada kiracıyı sırf rahatsız etmek ve haksız bir takım menfaatler temin etmek için çaba gösterirlerse, örneğin, dava açarlarsa, bunun kanunen korunması mümkün olmamak gerekir. Diğer paydaş ve ortakların bu davranışlarının tespiti ve değerlendirilmesi olay yargıcına aittir.

Y. 4. HD.'nin 5.11.1959 T. 864/7873 sy. ilamı bu doğrultudadır. Kararda, paydaşın icazeti diğerinin kiraya verdiği yerin bitişiğinde olmasına ve akdi öğrenmesine rağmen yıllarca sesini çıkarmaması şeklinde de olabilir denmektedir.

2- Sözleşme Özgürlüğü - Hukuksal Güven ve İstikrar İlkeleri

Özel hukuk alanında kişiler kendi iradeleri ve sorumlulukları çerçevesinde özel ilişkilerini bizzat düzenleyip biçimlendirirler.

Bu bakımdan, kamusal etki ve sonuç gösteren aynı ve şahsi haklara ilişkin davalar haricinde her türlü özel hukuk ilişkisini kurmak sözleşmenin tarafları için olasıdır.

Tüm hukuki işlemlerde bir tarafı, karşı tarafın ediminin kaynağını araştırma yükümü altında bulundurmak hukuksal işlemleri kurulmaz hale getirerek güven ve istikrarın zedelenmesi sonucunu doğurur. Örneğin, gazeteciden gazete alırken bile bu kişinin gerçek - haklı satıcısı olup olmadığının araştırma yükümü altında kalmak gibi. **Aynı şekilde, her kiracı için kiralayanın gerçek mal - hak sahibi olup olmadığını araştırmak yükümlüğünü getirmek 6570 sayılı Kanun ve BK. gereğince alt kiranın dahi geçerli olduğu hukuk sistemimizde içinden çıkılmaz ve haksız sonuçlar doğmasına neden olacaktır.**

3- Yetkisiz Temsil

MK.nun 624 ve 630. maddelerinin aradığı koşullar oluşmadan, daha açık bir anlatımla bir paydaş veya ortak tarafından malın kiralınması halinde, diğer paydaş veya ortaklar bu kira akdi ile bağlı değildirler. Zira, kira sözleşmesinin tarafı olmadıkları gibi, yasanın aradığı koşullar da gerçekleşmemiştir.

Yetkisiz temsil açısından konu iki alt ayrımında incelenebilir:

İlk olarak, kiraya veren paydaş veya ortak kira sözleşmesini tüm paydaş veya ortaklar adına yapmışsa yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulur (19).

BK.nun 38 ve 39. maddelere göre, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlem, temsil olunan icazet verinceye kadar askıdadır. Ancak bu halde icazet verilmeye veya icazetten imtina edilinceye kadar, sözleşmenin tarafları, akit ile bağlı kalacaklar temsil olunan bakımından ise akit hiçbir hüküm ve sonuç doğuramayacaktır (20).

Temsil olunanlar akde sarıh veya zımni icazet vermedikleri takdirde yetkisiz temsilci diğer âkidin (üçüncü şahsın) zarar ve ziyanını tazmin edecektir. Ancak üçüncü şahıs temsilcinin yetkisiz olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor ise, icazetin verilmemesi halinde tazminat talep edemeyecektir (21).

Bu açıklamalar da göstermektedir ki, **kiralayan paydaş veya ortak diğerleri nam ve hesabına hareket ettiği takdirde yetkisiz temsilcidir** ve esasen MK. 624 ve 630. maddelerdeki yasal koşullarda durumu açık seçik ortaya koymaktadır. **Diğer paydaş veya ortaklar akde icazet verdikleri takdirde, yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşme aksak bir sözleşme olmaktan çıkıp; tüm paydaş veya ortaklara karşı hukuken geçerli hale gelir.**

Buna karşılık diğer paydaş veya ortaklar akde icazet vermezler ise, sözleşme geçersiz hale gelecek ve diğer paydaşlar, kiraya veren paydaştan ecrimisil; iyiniyetli kiracıdan ise sözleşmenin geçersizliği ve istihkak davası açmak suretiyle malın iadesini temin edebilirler.

Diğer bir anlatımla, bir zarar meydana gelmesi halinde mümessil ile temsil olunan arasında ya BK. 96 vd. maddelere göre akdi sorumluluk ya da konumuzda olduğu gibi BK. 41 vd. maddeler gereğince haksız fiil ve her halde vekaletsiz iş görme sorumluluğu söz konusu olacaktır.

(19) Oğuzman/Seliçi, s. 328; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 440; Tandoğan s. 351-352.

(20) İnan 239; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 440; Eren C. II, s. 112-113; Tandoğan, 351-352; Feyzioğlu, s. 443.

(21) İnan, 240; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 440; Tandoğan, s. 351-352; Eren, C. II, s. 116, 117; Tekinay, s. 184.

Temsil olunan ile üçüncü şahıs arasındaki ilişki ise BK. 61 vd. maddeleri gereğince sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir sorumluluktur.

İkinci olarak, kira akdini yapan paydaş veya ortak akdi kendi nam ve hesabına yapmışsa. Tandoğan'a göre "akit geçerli olur; zira kira akdi, borç doğurucu bir akit olduğundan başkasının malını da kiraya vermek kabildir" (23). Kanımızca bu alt ayırmada sonuç değişmeyecek; yukarıda belirtilen hukuksal sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Her iki durumda da, diğer paydaşlar, gerek ihtarname keşide ederek, gerek sözleşmenin feshi ve istihkak davası açarak iyiniyetli kiracının kullanımına engel olurlarsa, akdi yapan paydaş, BK. 96, 253, 275. maddeler gereğince borcu ifa edememesinin sonuçlarına katlanır (24).

4- Diğer Mirasçılarının Hakları

Üçüncü şahsa kiralanan yer terekeye dahil ise; yukarıda açıklandığı gibi mirasçılarının miras hakları zail olmamaktadır. İlkin bu kişilerin ihtarname veya dava ile kira sözleşmesini sona erdirmeye ve iptal hakları olduğu gibi gerek kiralayan mirasçıdan gerek bu ihtarnameden sonra kiracı davalıdan tahliye, ecrimisil ve tazminat hakları da vardır.

VII- YORUM TEORİLERİ YÖNÜNDEN

İrade teorisine göre, beyan yorumlanırken beyan sahibinin iradesi; subjektif beyan teorisine göre, muhatabın kendi anlayışına göre beyana verdiği subjektif anlam esas alınmalıdır (25).

Bu teorilerin çeşitli sakıncalarını gideren **yeni güven teorisine** göre ise, taraflar arasında adil bir menfaat dengesini sağlamak amacıyla makûl ve dürüst muhatabın beyana verdiği anlam esas alınmaktadır (26).

Yargıtay 13. HD.'nin 11.10.1994 T 5745/8501 sy. ilamında belirli ölçüde bu doğrultuda, irade beyanına muhatabın iyiniyetle vereceği anlamın araştırılması gerektiğine değinilmiştir.

(23) Tandoğan, s. 351 ve dn. 158'de belirtilen 4. HD., 12.5.1958 T., 5384/3122; HGK., 4.3.1964 T., 694-6/179 sy. ilamlar.

(24) Oğuzman/Seliçi, s. 328, 329; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 440; Tandoğan, s. 351.

(25) Eren, s. 175 vd.

(26) Eren, s. 180 vd.

Her ne kadar bu teoriler irade beyanını yorumlamayı esas almışsa da, dolaylı olarak akitlerin yorumunda da başvurulabilecek kriterler çıkarmak olasıdır.

Olaysal açıdan bakıldığında kiracı - davalı, kiralayan paydaş veya ortağın gerçek hak sahibi olduğu inancı ile hareket etmiş ve taşınmazı kiralamıştır. Onun aksi ispat edilmeyen ve hatta ileri sürülmeyen makul ve dürüst tutumu ile kira sözleşmesi kurulmuştur. Dolayısıyla sözleşmenin gerçek hak sahiplerince iptaline değin iyiniyeti korunmalıdır.

VIII - YARGITAY KARARLARI YÖNÜNDEN

Yukarıda herbir konu başlığı altında çeşitli Yargıtay, Daire, Genel Kurul ve İBK Kararları incelenmiştir. Aşağıda ise, bu ilamlar haricinde konu yönünden dikkat çekici diğer kararlar incelenmeye çalışılmıştır.

1- 1.11.1993 T., 4117/18136 sy. 3.HD. kararı

Davacı paydaş, olayda, ilamdan tam anlaşılma ile beraber müşterek ya da iştirak halinde malik oldukları ev ve tarlanın davalı paydaş tarafından kiraya verildiğini belirterek ecrimisil talep etmiştir.

Yargıtay 3. HD. ise, yukarıda tarih ve sayısı yazılı ilamda "... her ne kadar paydaşlar arasındaki ecrimisil davalarında (kural olarak) ecrimisil istenen sürede, intifadan men koşulunun gerçekleşmiş olması gerekirse de, ecrimisile konu taşınmazın kiraya verilerek hukuksal semere olarak adlandırılan kira geliri elde edilmesi halidir ki, bu durumda intifadan men koşulu aranmaz" demek suretiyle zimmen dahi olsa **davalı paydaşın müşterek veya iştirak halinde malik bulunan taşınmazı kiralamasının iyiniyetli kiracı açısından mümkün ve sözleşmenin geçerli olduğu belirtilmiştir.**

2- 1.11.1993 T., 4117/18136 sy. 3. HD. kararı,

29.1.1993 T., 8083/781 sy. 3. HD. kararı,

18.1.1993 T., 17672/48 sy. 3. HD. kararı,

28.2.1994 T., 2017/3813 sy. 3. HD. kararı,

11.4.1994 T., 4528/5891 sy. 3. HD. kararı.

Bu kararlarda paydaşların birbirinden intifadan men koşulu ile ecrimisil isteyebileceği belirtilmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi ayırık olarak kira ilişkisinde intifadan men koşulu aranmaz.

Söz konusu kararlar birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuçlardan biri de kanımızca, **paydaşlardan biri tarafından haksız olarak tasarruf edilen, daha somut deyimi ile kiraya verilen malda iyiniyetle bu ilişkiye giren kiracıyı korumak gerektiği ve bu halde haksız işgalcinin paydaş olduğu, ecrimisil davasının ise ona karşı açılması gerektiğidir.** Kiracının kötüniyetli olması veya iyiniyetinin kötüniyete dönüştürülmesi bu olasılık dışındadır.

3- Diğer Kararlar

10.7.1940 T., 2/77 sy. İBK. açısından

Söz konus İBK'da, haricen taşınmaz satışında, bedel ödenip taşınmaz mal alana teslim edildiğinde ve bilahare ferağdan imtina edildiği takdirde satış geçersizdir. Bu halde her iki taraf karşılıklı aldığı iade etmelidir. Bir taraf edimini ifa etmezse diğerini ifaya davet edemez. Böylece para iade oluncaya kadar zilyedin taşınmazdan intifaa izin mevcut sayılacağı ve mütemerrit kabul edilmeyeceği, para iade edilene kadar da intifa ettiği semerelerin tazmini ile ve ecrimisil itası ile mükellef tutulamayacağı vurgulanmıştır.

Görülüyor ki, bu örnekte de şekle sıkı sıkıya bağlı taşınmaz mal satımında geçersiz (harici) satış durumunda dahi alıcı zilyedin kötüniyetli olacağı ve ecrimisil ile sorumlu tutulamayacağı anlaşılmaktadır.

Konumuz yönünden yapılan değerlendirmede tamamen özel sözleşme ilişkisine giren davalıların, sözleşmeyi akdetmekle, objektif olarak derhal kötüniyetli hale geldikleri ve fuzuli işgalci oldukları söylenemez.

19.9.1990 T., 965/5339 sy. 13. HD. kararı,

13.4.1958 T., 2444/2867 sy. 6. HD. kararı.

Bu kararlarda, davacının, davalının kiracısı olduğu, gerçek maliklerin açtığı davada kiralananı tahliye edip tazminat ödediğini belirterek kiralayan davalıdan tazminat isteminde bulunması üzerine, davacı ve davalı arasındaki ilişkinin kira sözleşmesi olduğu, geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu, kiralayan davalının şeyin zaptına karşı BK.nun 253, 275. maddeleri gereğince tekellüf ile borçlu bulunduğu, hak sahibi üçüncü kişinin, kiracının hakları ile bağdaştırılamayacak bir iddiada bulunması halinde, kiralayan, kiracının ihbarı üzerine husumeti deruhte etmeye ve dava sonucunda kiracının kiralananı akit gereğince yararlanmasına hanel gelmiş ise tazminat vermeye mecburdur.

Konumuz yönünden bakıldığında, kira sözleşmesinin, gerçek hak sahiplerince davalının temerrüde düşürülmediği sürece geçerli olduğu ve geçerli bir sözleşmenin hüküm ve neticelerini doğurduğu ortaya çıkmaktadır.

21.4.1978 T., 2792/3149 sy. HD.kararı

Taşınmaza tapu ile tasarruf eden kişinin tapu kaydının iptaline ilişkin hükmün kesinleştiği tarihe kadar iyiniyetli olduğunun ve bunun sonucu olarakta işgal tazminatı ile sorumlu tutulamayacağıın kabulü gerekir.

Yine bu karar ışığında konuya bakıldığında kira sözleşmesi iptal edilmedikçe geçerli sayılacağı ve bu yöndeki karar kesinleşene değin kiracının iyiniyetli kabulü gerektiği sonucuna varılabilir.

S O N U Ç

Yukarıda detayıyla incelediğimiz konuda, ulaştığımız sonuçları şu biçimde vurgulamak olasıdır:

Her şeyden önce, paydaş veya ortağın diğerlerinin rızası olmaksızın üçüncü kişi ile kira sözleşmesi kurması MK. 624 ve 630. maddeler bakımından mümkün olmamakla beraber; kurulan sözleşme diğer paydaş ve ortaklarca iptal edilene değin geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Bu halde, üçüncü kişi durumundaki kiracı iyiniyetli olmak koşulu ile, haksız şağil durumunda olan, diğer paydaş ve ortakların rızası olmaksızın şeyi kiraya veren paydaş veya ortak, diğerlerinin rıza ve muvafakatını almadığından kural olarak yetkisiz temsilci durumundadır ve bu kurallara göre diğerlerine karşı sorumlu olacaktır.

Kiraya veren paydaş veya ortağın üçüncü şahsa karşı sorumluluğunun temeli ise, BK.nun 253. maddesindeki zapta karşı tekeffül hükümlerine dayanır.

BİBLİYOGRAFYA

- Akpek, J. : Türk Eşya Hukuku, 1. Kitap, B. 2, Ankara-1972.
- Ayiter, N. : Eşya Hukuku, Ankara-1977.
- Oğuzman, M.K., Seliçi, Ö. : Eşya Hukuku, B. 3, İstanbul-1982.
- Oğuzman M.K. : Medeni Hukuk Dersleri, B. 3, İstanbul-1978.
- Malkoç, A., Kılıçoğlu, M. : Kira-Tahliye-Tespit ve Tazminat Davaları, Ankara-1991.
- Özkan H. : Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, C. II, İstanbul-1987.
- Gürsoy, K.T., Eren, F., Cansel E. : Türk Eşya Hukuku, B., 2, Ankara-1984.
- Tandoğan, H. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, B. 2, Ankara-1974.
- Feyzioğlu, F.N. : Borçlar Hukuku, İkinci Kısım Aktin Muhtelif Nevleri, C. I, B. 4, İstanbul - 1980.
- Eren F. : Borçlar Hukuku–Genel Hükümler, C. I, Ankara-1985.
- Eren, F. : Borçlar Hukuku–Genel Hükümler, C. II, Ankara-1986.
- Ataay, A. : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, B. 3, İstanbul-1981.
- Tekinay, S. S. : Borçlar Hukuku, B. 4, İstanbul-1979.
- İnan, A. N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara-1979.

İŞÇİ ÜCRETLERİNİN OTOMATİK PARA ÇEKME MAKİNALARI İLE ÖDENMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İSPATI SORUNU

Levent AKIN (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : I- Genel Olarak. II- İşverenin İşçi Ücretini Bankaya Yatırmasının Hukuki Yapısı. A- Borcun Nakli (Yüklenilmesi). 1- Tanım ve Özellikleri. 2- Otomatik Para Çekme Makinaları ile Ücret Ödenmesi İşlemi Borcun Yüklenimi Olarak Değerlendirilebilir mi? B- Havale. 1- Tanım ve Özellikleri. 2- Otomatik Para Çekme Makinaları ile Ücret Ödenmesi Havale Olabilir mi? III- Otomatik Veznelerle Ücret Ödenmesinde Ara Değerlendirme. IV- İfa (Ödeme) Yeri Sorunu. A- Para Borçlarında İfa (Ödeme) Yeri. B- İşçi Ücretlerinde İfa (Ödeme) Yeri. C- İşçi Ücretlerinde İfa (Ödeme) Yerinin Kararlaştırılması. a- Bireysel İş Sözleşmelerinde Kararlaştırma. b- Toplu İş Sözleşmelerinde Kararlaştırma. c- İşyeri İş Yönetmeliği ile Kararlaştırma. d- İşyeri Uygulaması. V- Ödeme Şeklinin Yarattığı Sorunlar. A- Gecikme Faizinde Durum. B- Cezai Şartta Durum. C- Fazla Çalışma Ücretlerinde Durum. VI- İşçi Ücretlerinde Otomatik Vezne Makinaları ile Ödenmesinde Nihai Değerlendirme. VII- İspat Sorunu.

I. GENEL OLARAK

Teknolojik ilerleme tüm yaşantımızda olduğu gibi hukuki işlemlerde de etki yaratmaktadır. Nitekim, anılan ilerlemenin bir sonucu olan otomatik para çekme makinaları, klasik borçlar hukuku öğretisindeki para borçlarının nakden ve eylemli ödenmesini bir kenara itip, hesaben ödenme devrini açmıştır. Bunun doğal bir uzantısı olarak günümüzde işçi ücretlerinin ödenmesi de yaygın olarak söz konusu para çekme makinaları ile yapılmaya başlanmıştır. Ancak sözü edilen uygulama, bir çok problemi de beraberinde getirmiştir. O nedenle bu ödeme şeklinin hukuki niteliğinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

(*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Hukuki mahiyetin araştırılmasında otomatik para çekme makinaları ile yapılan ücret ödemelerinin, kendine özgü bir işlem olarak kabulü yerine, mümkünse kanuni bir temele oturtulması, kanımızca bu temele bağlanan hukuki sonuçlardan yararlanılmasını sağlayacağından daha da faydalı olacaktır.

Bu bağlamda, anılan uygulamanın benzerlik arz ettiği bir takım kanuni yapıları, farklılıkları ile birlikte aşağıda kısaca ele aldıktan sonra, en uygun olanını tespit etmeye çalışacağız.

II. İŞVERENİN İŞÇİNİN ÜCRETİNİ BANKAYA YATIRMASININ HUKUKİ YAPISI

A. Borcun Nakli (Yüklenilmesi)

1. Tanım ve Özellikleri

Borcun nakli, üçüncü bir kişinin, alacaklının muvafakatı ile borçlunun borcunu üstlendiği üçlü bir ilişkidir. Bu nedendir ki, İsviçre Borçlar Kanunu'nda borcun yüklenmesi olarak ifade edilmiştir (1).

Borcun yüklenilmesi, Borçlar Kanunu'nun 173 ila 181. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anılan işlem, iç ve dış yüklenme olarak ikiye ayrıldığında daha anlaşılır hal almaktadır. Buna göre borcun iç yüklenimi, üçüncü kişinin, borçluya onun borcunu yükleneyeceği vaadinde bulunmasıdır. Söz konusu vaad alacaklının henüz haberdar edilmemiş olması nedeniyle gerçek anlamda bir yüklenme olmayıp yalnızca borçtan kurtarma vaadidir. Bununla beraber bir sözleşme niteliğini taşıması için taraflarının hukuki işlem ehliyetine sahip bulunmaları ve irade beyanlarının karşılıklı birbirine uygun olması gereklidir. yüklenilen borcun muaccel olması gerekmediği gibi, şarta bağlı olması da önem taşımaz. Yine söz konusu akit ivazlı olabileceği gibi ivazsız da olabilir. Ancak ivazsız olması halinde işlem bir bağışlama taahhüdü karakteri taşıdığından yazılı şekilde yapılması zorunluluğu doğacaktır (BK. 238/1).

Borcun dış yüklenimi ise alacaklı ile yüklenen üçüncü kişi arasında yapılmakta, üçüncü kişinin yaptığı yüklenme icabı alacaklının kabulünü gerek-

(1) İnan, A. Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, Ankara 1973, 513 vd.; Feyzioğlu, Feyzi, Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C. II, İstanbul 1969, 538; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, 438 vd.; Tekinay, S. Sulhi, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1985, 355 vd.; Kocaman, Arif, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1992, 16 vd.

tirmektedir. Eski borçluyu borçtan kurtarması nedeniyle gerçek anlamda bir yüklenin olan söz konusu işlemde, borcun şarta bağlı veya eksik borç olması önem taşımadığı gibi, şahsen ifasının gerekli olması da tarafların anlaşması halinde sorun yaratmamaktadır. Dış yüklenim işlemi de, tıpkı iç yüklenim gibi bir akittir ve tarafların hukuki işlem ehliyetini gerekli kılmaktadır. Ayrıca alacaklı eski borçlu yerine yeni bir borçlu kabul ettiği için alacak üzerinde tasarruf yetkisi de bulunmalıdır. Ancak herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Borç nakledilmiş (yüklenilmiş) olsa da borç ilişkisi sürmekte bir yenileme söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla fer'i haklar (faiz, cezai şart, vb.) varlıklarını korumaktadırlar.

Borcun yüklenimi ile borçlu, borcundan kurtulmaktadır. Yeni borçlu, yüklenen üçüncü kişi olmaktadır. Anılan işlem üçüncü kişi için borç doğurucu nitelik taşıırken alacaklı için kazandırıcı bir işlemdir. Bununla birlikte işlem borçluyu borcundan kurtardığından, alacaklı için aynı zamanda tasarrufi bir işlem olarak da değerlendirilecektir.

Borcun yüklenimi işlemi, ilişkinin koşullarını oluşturan alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasında farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Buna göre alacaklı ve borçlu arasında yukarıda söylendiği gibi borçlunun borcundan kurtulması yanısıra, aksi söylenmedikçe onun için verilen rehin ve kefalet de sona erecektir. Alacaklı ile üçüncü kişi açısından, borç mükellefiyetinin kapsamı yüklenim anına göre belirlenecektir. Üçüncü kişi alacaklıya karşı borçlunun şahsi defilerini kullanamayacaktır. Ancak alacaklıya karşı kendi şahsi defilerini ve eski borç ilişkisinden doğan defileri ileri sürebilecektir. Hemen belirtelim ki borcun yüklenimi sözleşmesi iptal edilirse, eski borç ferileriyle yeniden doğacaktır.

2. Otomatik Para Çekme Makinaları İle Ücret Ödenmesi İşlemi Borcun Yüklenimi Olarak Değerlendirilebilir mi?

Otomatik para çekme makinaları ile ulaşılabilecek şekilde ücretlerin bankaya yatırılması işlemi ilk bakışta borcun yüklenimi ile büyük benzerlik göstermektedir. Bunların bir kaçını şu şekilde sıralayabiliriz.

Borcun yükleniminde borçlu borcundan kurtulmaktadır. Ücretin bankaya yatırılmasında da işveren parayı (ücreti), işçinin hakimiyet alanına sokmaktadır. Böylelikle, ücretin işçinin eline geçmemesine ilişkin sorumluluğu baki kalmak üzere borcundan kurtulmaktadır.

Yine borcun yüklenilmesinde, yüklenim işleminin ardından yeni borçlu, yüklenen olmaktadır. İşverence ücretin bankaya yatırılmasında da, ücret ödeme borcundan şartlı olarak kurtulan işverene karşın, her ne kadar borcun niteliği değişmiş olsa da yeni borçlu parayı (ücreti) kasasında tutan banka olmaktadır. Zira işçi bankanın müşterisidir ve vadesiz hesabında, borçlusunun banka olduğu bir miktar para bulunmaktadır.

Son olarak borcun yüklenimi işlemi, yüklenen için borçlandırıcı bir işlem iken, alacaklı için kazandırıcı nitelik arz eder. İşçi ücretinin bankaya yatırılması da, banka için borçlandırıcı bir işlem iken, işçi için kazandırıcı bir nitelik taşır. Çünkü, işçi artık üzerinde tasarruf edebileceği bir miktar paraya kavuşmuştur.

Her ne kadar sayılan bu benzerlikleri taşısa da, işçi ücretlerinin bankaya yatırılması borcun yüklenimi olarak değerlendirilemez. Zira, her iki işlemde de borçlu borcundan kurtulmakta olsa da, yüklenim işleminde bunu sağlayan borcun yüklenimi işlemi iken, otomatik veznelerden ücret ödenmesinde işvereni borcundan kurtaran, ücretinin bankaya yatırılmasıdır. Dolayısıyla işverenin işlemi bir nakil işlemi olmayıp, aksine tam anlamıyla ücret borcunun ifasıdır. Ancak bunun için işçinin, ücretinin bankaya ödenmesi konusunda icazetinin bulunması gerektiğine şüphe yoktur. Nitekim anılan icazetin ne şekilde olacağı ileride ele alınacaktır.

Hemen belirtelim ki, ücret borçlarının işçinin hesabına yatırılarak ödenmesi işlemlerinde borcun yüklenimi müessesesinin kullanılması da mümkündür. Olası bir sebeple bankadan alacaklı olan işverenin, ücret ödeme borcunu işçisinin rızasıyla bankaya nakletmesi mümkündür. İvazlı nitelik taşıyacak böyle bir yüklenim işlemi sonucunda banka işverene olan borcunun ücret alacağına tekabül eden kısmını işçinin hesabına yatıracak, böylelikle hem işvereni borcundan kurtaracak, hem de kendi borcunu tamamen veya kısmen ifa etmiş olacaktır.

Konumuzdan uzaklaşmamak için, belirtilen özellikleri dışında borcun yüklenimi işleminin diğer hükümlerine değinmiyoruz.

B. Havale

1. Tanım ve Özellikleri

Havale, Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış üçlü bir ilişkidir. Buna göre havalede havale borçlusunu, yollayanın hesabına ve onun vekili olarak havale

alacaklısına para, kıymetli evrak veya misli diğer bir eşya sağlamaya yetkili kılınır. Ancak bu öyle bir sözleşmedir ki yalnızca havale borçlusunu kazandırmaya yetkili kılmakla kalmayıp havale alacaklısını da kabz konusunda yetkilendirir (2).

Üçlü bir ilişki olduğunu belirttiğimiz havalenin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir. Mücerret bir ilişki olması nedeniyle, yollama ile havale lehdarı, yollayanla aralarında bir temel ilişkinin varlığını ispatlamak zorunda değildir. Havale genelde bir ödeme veya kredi aracı olarak kullanılmaktadır.

Havale ilişkisinin doğumu, aleyhine havale yapılanın kabulüne bağlıdır (BK. 458/III). Bu kişinin mutlaka havale yapanın borçlusu olması gerekmediğinden, bir kredi ilişkisi de olabilir. Ancak genelde borçlusu konumunda olmaktadır. Söz konusu kişinin havaleyi kabul etmesi halinde, lehine havale yapılanı ödeme yapma yükümlülüğü doğar. Buna karşın havale yapana karşı kullanılabileceği defileri havale yapılanı karşı ileri süremeyecektir.

Havalenin, aleyhine yapıldığı kişi kadar, lehine yapılan tarafından da kabulü gerekir. Bu kabule rağmen lehdar, parasını aleyhine havale yapılanı alamazsa, havale yapana başvurabilecektir (BK. 458/II).

Havalenin, aleyhine havale yapılanın kabulüne tabi tutulması şüphesiz kendi yararınadır. Ancak kabul etmemesi halinde bunu derhal havale yapana bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde doğacak zararlardan sorumlu tutulacaktır. Buna karşın, havaleyi şartsız kabul eder ve havale lehtarına bildirirse, yalnızca şahsi ve havalenin içeriğinden doğan defileri ileri sürebilecektir. Ayrıca aleyhine havale yapılanın havaleyi kabul etmesine kadar, havale yapanın bundan dönmesi de mümkündür.

2. Otomatik Para Çekme Makinaları İle Ücret Ödenmesi Havale Olabilir mi?

Özelliklerine kısaca yukarıda değindiğimiz havale işlemi, ilk bakışta otomatik para çekme makinalarından ücret ödenmesi işlemine büyük yakın-

(2) Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987, 184 vd.; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1993, 317 vd.; Ülgen, H., Havalenin Geri Alınması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXII, Sayı 2-4, 935 vd.; Özakman, Cumhuriyet, Havale İlişkisinin Borçlar Hukuk Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XL, Sayı 1-4'den ayrı bası, İstanbul 1975, 1 vd.; Kocaman, 85 vd.

lık göstermektedir. Örneğin; havalede, aleyhine havale yapılanın, havale edicinin borçlusu olması gerekmemektedir. Aynı şekilde işveren ile banka arasında da bu tür bir ilişkinin varlığı gerekli değildir.

Bu benzerlik noktasına karşın iki işlem arasında esaslı farklılıklar bulunmaktadır. Söz konusu farklılıkları kısaca şu şekilde sıralayabiliriz:

Havale işleminde biri ödeme diğer kabz (tahsil) olmak üzere iki yetkinin verilmesi söz konusudur. Oysa, otomatik veznelerden ücret ödenmesi işlemi sırasında veya öncesinde bu tür bir yetkilendirme bulunmamaktadır. Zira, işveren kendi hesabı üzerinde tasarrufta bulunmamaktadır. Yalnızca ücreti oluşturan bir miktar parayı, işçi için açtığı veya açtırılan hesaba yatırmaktadır. Dolayısıyla işçinin zaten sahip olduğu, hesabından para çekme yetkisini, ona devretme durumu söz konusu olmamaktadır.

Havalede, aleyhine havale yapılan borçlu, havale lehdarına yaptığı ödeme ile borcundan kurtulmaktadır. Otomatik veznelerden ücret ödenmesinde de borçlu konumunda sayılabilecek banka her ne kadar işçiye yaptığı ödeme ile borcundan kurtuluyor olsa da, alacaklısı işveren değil işçidir.

Havaleyi kabul eden lehdarın havale yapana başvurabilmesi ancak, parasını, aleyhine havale yapılandan alamadığı hallerde mümkündür. Burada da işçi ile işveren, yaptıkları bir ödeme anlaşması ile işçinin ücretini bankadan (ve otomatik veznelerden) almasını kararlaştırmaktadırlar. Ancak, hesabında para olmaması nedeniyle ücretini alamayan işçinin, işverene başvuru hakkı gerek ücret ödeme şekline ilişkin sözleşmeye, gerekse hizmet sözleşmesine dayalı olarak her zaman için bulunmaktadır.

Havale, havale aleyhine yapılanın kabulüne bağlı tutulmuştur. (BK. 453/III). Acaba ücretlerin, otomatik vezneler ile ödenmesi bağlamında işverence bankaya yatırılmak istenen paranın (ücretin) banka tarafından kabul edilmemesi mümkün müdür?

Borçlar Hukuku öğretisinde her ne kadar kural sözleşme serbestisi ise de, istisnai olarak sözleşme yapma zorunluluğu olan haller de bulunmaktadır. Bunların bir kısmı hukuki işlemde doğmakta iken, bizim de ilgilendiğimiz diğer kısmı ise kanundan doğmaktadır. Kanundan doğan sözleşme yapma zorunlulukları özel hukuk kökenli veya kamu hukuku kökenli olabilmektedir (3).

(3) Eren, 370 vd.

Konuyu dağıtmamak için doğrudan, bankaların dahil olduklarına inandığımız, kamu hukuku kökenli kanunlardan doğan sözleşme yapma zorunluluklarını incelemeye geçiyoruz.

Kamu hukuku kökenli kanunlardan doğan sözleşme yapma zorunlulukları, bazı kamu hizmetleri ve hayati maddelerin sağlanması ile ilgili olabileceği gibi (elektrik, su, vb.) fiili tekellerle de ilgili olabilmektedir (kasabadaki tek fırının durumu). Çalışma alanları itibarıyla imtiyazlı olarak değerlendirilmeleri nedeniyle sözleşme yapma zorunluluğuna tabi tutulan bu işlerde bulunan özellikler acaba bankalarda da bulunmakta mıdır? Diğer bir deyişle bankacılık, imtiyazlı bir faaliyet midir? Yüksek mahkememize göre bankacılık işlemleri özel kanunları ile düzenlenmiş ve kuruluşları bakanlar kurulunun iznine bağlı tutulmuştur. Gördükleri işler ise yasal anlamıyla imtiyazlıdır (4). O halde bankalar kendilerine yönelen para yatırma taleplerini kabul etmek zorundadırlar. Fakat iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olmak şartıyla, haksı sebeplere dayanarak anılan taleplerin çevrilmesi şüphesiz mümkündür.

Havale işleminde, aleyhine havale yapılanın bunu kabul etmeyebileceğini yukarıda belirtmiştik. Ancak bunun için havale yapılanın haberdar edilmesi gerekecektir. Oysa otomatik veznelerden ücret ödenmesinde, az önce de belirttiğimiz gibi bankanın kural olarak kabul etmeme hakkı bulunmadığından, ihbar yükümü de olmayacaktır. Bununla birlikte, her hangi bir sebeple işçinin hesabına paranın yatırılmaması halinde, işçinin talebi ile karşılaşan bankanın, iradesi dışındaki böylesi bir olayı, ücreti ödememe sorumluluğu ile karşılaşacak işverene ihbarı yerinde olacaktır.

Havale ilişkisinde, aleyhine havale yapılan herhangi bir kayıt koymasızın havaleyi kabul ettiğinde, lehtara karşı ileri sürebileceği defiler, şahsi defiler ile havalenin içeriğinden doğan defilerden ibarettir. Dolayısıyla havale yapan ile arasındaki ilişkiden doğan defileri ileri sürmektedir. Oysa inceleme konumuzda, banka ile işveren arasında defilere temel oluşturacak bir ilişki kurulmamaktadır.

Havalede, havale yapanın kabulden önce iflası halinde, havale hükümsüz olmaktadır. Buna karşın ücretin otomatik veznelerden ödenmesi işleminde işveren, parayı (ücreti) işçinin hesabına yatırdığı anda tasarrufta bulunmuş olmaktadır. Ayrıca, İcra ve İflas Kanunu'nun 279. maddesi hükmü saklı kalmak üzere, hükümsüzlüğe dayalı bir rücu söz konusu olamayacaktır.

(4) Y. 11. HD. 8.3.1977, 866/1033 (YKD. Ağustos 1978, 329).

Anılan hükme göre, borcunu ödemeyen bir borçlu tarafından, hacizden (m. 86) veya mal bulunmaması nedeniyle acizden (m. 105) veya iflasın açılmasından (m. 165) önceki bir yıl içinde yapılmış tasarruflar iptale tabi bulunmaktadır.

Ancak şunu belirtmekte yarar vardır ki işveren, işçisinin ücretini havale yoluyla da ödeyebilecektir. Buna göre işveren bankaya vereceği bir talimat ile kendi hesabından işçiye ya da onun hesabına bir havale yapabilir. Böylelikle bankaya ödeme, işçiye de tahsil yetkisi vermiş olur. Fakat inceleme konumuzu oluşturan ve uygulamada yoğunluk gösteren, işverenin ücreti doğrudan işçinin hesabına yatırması ve onun otomatik vezne kartıyla doğrudan hesabına ulaşmasını sağlamasıdır. Anılan durum yukarıda sıralanan sebeplerle, havale olarak değerlendirilememelidir.

III. OTOMATİK VEZNELERLE ÜCRET ÖDENMESİNDE ARA DEĞERLENDİRME

Konumuz açısından ücretin ödenmesi, işverenin ilgili bedeli işçinin otomatik vezne kartı ile ulaşabildiği hesabına yatırması yoluyla olmaktadır. Dolayısıyla burada işçi ile banka arasında otomatik vezne kartı kullanımına ilişkin bir sözleşme bulunmaktadır. Banka hesabı üzerinde otomatik vezneler aracılığıyla tasarrufla bulunulması, ortaya yeni bir tür bankacılık işlemi çıkarmamaktadır. Bu halde sadece para çekme, havale gibi klasik bankacılık işlemlerinin yapılabilmesi için müşteri tarafından açıklanması gereken irade beyanı, bankaya yazılı ya da sözlü usulde değil elektronik sistemler aracılığıyla ulaştırılmaktadır (5). Bu şekli ile anılan işlemi, yukarıda sayılan sebeplerle havale veya borcun yüklenimi saymak mümkün görünmemektedir. O halde işçi ücretlerinin ödenmesinde otomatik veznelerin kullanılması nasıl nitelenecek, buna ilişkin sorumluluk hangi hukuki temele dayandırılacaktır?

Kanımızca burada işçinin hesabının bulunduğu banka bir ifa yeri sayılabilir. Zira işveren, bankaya yönelik olarak yaptığı bu işlemi doğrudan işçisine yapmış olsa, ücret ödeme borcunu ifa etmiş olacaktır. Dolayısıyla, işveren tarafından işçiye ödenmek üzere bankaya para yatırılması ifa olarak değerlendirilebilir.

(5) Ancak anılan otomatik vezne kartı kullanım sözleşmesi yanında, banka ile mevduat ilişkisinin de aranacağı şüphesizdir. Vadesiz mevduat genellikle bir usulsüz tevdi olarak nitelendirilmektedir (BK. 472). (Arkan, Sabih, Bankacılıkta Kullanılan Yeni Elektronik Sistemlerle İlgili Hukuki Sorunlar, Ankara 1991, 11, 12).

Ancak sorun bu ara değerlendirme ile çözümlenmemektedir. Acaba işçi, otomasyonun devreye girdiği bir ifa yönteminde zarara uğrarsa, örneğin ücretini hiç veya zamanında çekemezse, bu zararı hangi hukuki dayanak ile tazmin edilecektir? İfa yerinin belirlenmesindeki dayanak işçi ile işveren arasındaki bir sözleşme mi, işverenin tek taraflı olarak getirdiği düzenlemeler mi, yoksa bir kanun hükmü mü olacaktır?

İşte şimdi, sırasıyla ifa yeri kavramını ve bu yerin belirlenme şekillerini ortaya koyarak anılan sorulara cevap bulmaya çalışacağız.

IV. İFA (ÖDEME) YERİ SORUNU

A. Para Borçlarında İfa (Ödeme) Yeri

Borçlar Hukuku genel prensiplerinde belirtildiği üzere, para borçlarında ödeme yeri, alacaklının ifa zamanındaki ikametgâhıdır (BK. 73/1). Dolayısıyla ifa yerinin tespiti açısından alacaklının, alacağın doğum anındaki ikametgâhının bir önemi bulunmamaktadır. Alacaklı alacağın doğumundan sonra ikametgâhını değiştirdiyse ifa (ödeme) yeri, ifa anındaki yeni ikametgâhıdır (MK. 19).

Alacağın doğumundan sonra ikametgâhta gerçekleşen değişiklikler karşısında borçlunun büyük güçlük içine düşmesini istemeyen yasa koyucu, BK. nun 73. maddesinde bir düzenleme getirmiştir. Buna göre alacaklının ikametgâhında ödenmesi gereken bir borcun ifası borcun doğumundan sonra alacaklının ikametgâhını değiştirmesi nedeniyle ciddi ölçüde güçleşmiş ise, borç alacaklının önceki ikametgâhında da ifa edilebilmektedir (BK. 73/1.3).

Para borçları, nakit dışında, banka veya posta çekleri yada kıymetli evrakla da ödenebildiği halde, İş Kanununun 26. maddesi gereğince bizi yalnızca nakdi ifalar ilgilendirmektedir. Nitekim bu maddeye göre işçi ücretlerinin nakden ödenmesi zorunlu bulunmaktadır.

Para borçları götürülecek borçlardan olduğundan taşıma ve havale masrafları borçluya aittir. Yine taşıma esnasında ortaya çıkan tehlike ve zararlardan da borçlu sorumludur. Postada, taşımada ya da havaledeki gecikelerin riski de borçlunun sorumluluğu kapsamındadır.

B. İşçi Ücretlerinde İfa (Ödeme) Yeri

Para borçlarının ödenmesine ilişkin olan ve Borçlar Kanunu'nun 73. maddesinde düzenlenen, borcun alacaklının ikametgâhında ödeceği yolun-

daki genel kural, bu nitelikteki bir borç olan ücret ödeme borçlarında da geçerlilik taşımaktadır. Emredici nitelikte olmayan bu hükmün aksi taraflarca kararlaştırılabilecektir. İşçi-işveren ilişkilerinde bu ayrıkça anlaşmalar, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleriyle yapılabildiği gibi, işverenin tek yanlı olarak belirlediği ancak açık ya da zımni bir icazeti halinde işçiye de uygulanabilen işyeri iç yönetmelikleriyle de getirilebilmektedir.

Buna karşın böyle bir anlaşmanın olmaması halinde ödemenin, Borçlar Kanunu'ndaki hüküm uyarınca her işçinin ikametgahında ayrı ayrı yapılması da pratik açıdan mümkün görülmemektedir. Kaldı ki, ücret ödemelerinin işyerinde yapılması, sağladığı kolaylık ve çabukluk nedeniyle yaygın bir uygulama haline de gelmiştir. Dolayısıyla yazılı bir anlaşma bulunmasa bile, ücretin işyerinde ödendiğini bilen, bilmesi gereken veya orada yapılan bir ödemeyi kabul eden işçinin, daha sonra kanun hükmünün uygulanmasını istemesi hakkı kötüye kullanılmasını teşkil edecektir.

Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi emredici olmayan 73. madde hükmünün aksinin kararlaştırılması her zaman için mümkündür. Nitekim konumuzu oluşturan, işçi ücretlerinin bankalar, özellikle de otomatik vezne makinaları aracılığı ile ödenmesinden önce, açık ya da zımni bu tür anlaşmalar yapılmaktadır. Bu tür anlaşmaların geçerli olduğuna hiç şüphe yoktur.

İşçi ücretlerinin otomatik vezne makinalarıyla ödeneceğine ilişkin anlaşmaların, her zaman için anılan uygulama başlamadan önce yapılması gerekmektedir. İşçiler işe girdikten sonra da böyle bir toplu iş sözleşmesi hükmüne veya işyeri iç yönetmeliğine ya da işyeri uygulamasına tabi tutulabilmektedirler. Çoğunlukta görülen de bu ikinci tip uygulamalar olmaktadır. İşte acaba böylesi bir uygulamaya dahil olmak istemeyen işçilerin, bu durumun dışında tutulmalarını talep etme hakları mevcut mudur? Bunu, işçi ücretlerini otomatik veznelere ödenebilir kılan düzenleme ve uygulamalara göre incelemek daha yararlı olacaktır.

C. İşçi Ücretlerinde İfa (Ödeme) Yerinin Kararlaştırılması

a. Bireysel İş Sözleşmelerinde Kararlaştırma

İş Kanunu açısından emredici olan ücretin nakden ödenmesidir. Kanunda ödeme yerine ilişkin emredici her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle ödeme yeri sorunu, İş Kanunu hükümlerine göre genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu hükümleri ile çözülecektir. Yukarıda da belirtil-

diği üzere Borçlar Kanunu'na göre para borçlarında ifa yeri, ifa anında alacaklının ikametgâh yeridir. Fakat bu hüküm emredici olmadığından taraflar, konumuz bağlamında işçi ve işveren, bunun aksini kararlaştırabilmektedirler. Sözü edilen ayrıksı kararlaştırma ise hizmet akitleri ile yapılabilmektedir. Genelde de ayrı bir ifa yeri tespiti sözleşmesi yerine, hizmet sözleşmelerine bir hüküm olarak eklenmektedir.

Hizmet sözleşmelerine işçi ücretlerinin otomatik vezne makinaları aracılığı ile ödeneceğine ilişkin hüküm konulması karşısında, bu durum işverenler açısından bir borç oluşturacaktır. O nedenle ihlali örneğin anılan makinalardan ücretlerin ödenmemesi işverenin ücret ödeme borcunu tam ve gereği gibi yerine getirememiş olması nedeniyle akde aykırılık oluşturduğundan Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi anlamında sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilecektir (6).

Bu arada konumuzla ilgisi nedeniyle Toplu İş sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesine değinmek istiyoruz. Söz konusu maddeye göre hizmet akitlerinin, toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini, toplu iş sözleşmesi hükümleri almaktadır. Ancak, yine aynı maddeye göre, böylesi bir çatışmanın varlığı halinde hizmet aktinin işçi lehindeki hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. İşte acaba ücretlerin otomatik veznelerden ödeneceğine ilişkin bir sözleşme hükmü işçi lehinde midir?

Çok kısa bir geçmişi olan otomatik veznelerin, şu ana kadarki hizmetleri incelendiğinde, sağlamakta oldukları faydaların, getirdikleri külfetlere göre çok daha fazla olduğu görülecektir. Dolayısıyla otomatik veznelerle ücret ödeme kayıtlarının kanımızca, işçi lehine olduğu kabul edilmelidir (7). Ancak,

(6) Konumuzla ilgisi nedeniyle burada yalnızca işverenin sorumluluğuna değinilmiş olması, tek sorumlunun işveren olduğu anlamına gelmemektedir. Otomatik veznelerin çalışmasından doğan sorunlardan hiç şüphesiz bankalar da sorumlu tutulabilmektedir. Bu bağlamda bankaların, otomatik veznelerin kullanımı konusunda gerekli açıklama ve uyarıları müşterilerine (işçilere) yapmaları ve kartın kullanımından sonra periyodik olarak bilgi vermeleri gerekmektedir. EFTA (Electronic Fund Transfer Act)'nın getirdiği düzenlemelere göre, bankalar anılan türden bilgileri gerek işlem öncesi ve sonrasında gerekse belirli aralıklarla müşterilerine bildirmekle yükümlüdürler (m. 1693/b,c,d). Yine aynı kanunla bankaların bu bildirimlerine karşı itiraz imkânı da verilmiştir (m. 1693, f/a,b,e/2). Ancak benzer nitelikli düzenlemelere hukukumuzda yer verilmemiştir. Banka kayıtlarına da sadece, otomatik veznenin verdiği banka işlem kaydı ile itirazda bulunulabileceği genel şartnamelerde belirtilmiştir (Arkan, 15, 16).

(7) Aynı yönde bkz. Başbuğ, Aydın, İşçi Ücretlerinin ATM (Automated Teller Machines–Otomatik Vezne Makinaları) ile Ödenmesinden Doğan Sorunlar, İş Hukuku Dergisi, Nisan–Haziran 1993, 209 vd.

gelecekteki teknolojik ilerlemelerin bu sistemi işçi açısından külfetleri fazla bir sistem haline getirmesi halinde, anılan 6. madde doğrultusunda otomatik veznelerle ücret ödenmesine ilişkin hizmet akdi hükmünün, bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile bertarafı mümkün olabilecektir (8).

b. Toplu İş Sözleşmelerinde Kararlaştırma

İşçi ücretlerinin otomatik veznelerle ödeneceğine ilişkin düzenlemeler, toplu iş sözleşmelerine de konulabilmektedir. Toplu iş sözleşmeleri ile getirilen hükümler bireysel iş sözleşmelerini etkileyebilmektedir. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesine aykırılık oluşturan bireysel iş sözleşmesi hükümleriniyerini, toplu iş sözleşmesi hükümleri almaktadır (TSGLK. 6). Dolayısıyla, hali hazırda işçi lehine olduğunu söyleyebildiğimiz işçi ücretlerinin otomatik veznelere ödenmesi uygulaması, böylesi bir düzenlemeyi içermeyen bireysel iş sözleşmelerine toplu iş sözleşmesi aracılığı ile getirilebilmektedir. Ayrıca toplu iş sözleşmelerinin bu etkisi, sözleşme süresiyle de sınırlı kalmamakta, süresibiten toplu iş sözleşmelerinin hizmet akdine ilişkin hükümleri, yenisi yürürlük kazanıncaya kadar hizmet akdi hükmü olarak varlıklarını sürdürmektedirler (TSGLK. 6).

c. İşyeri İç Yönetmeliği İle Kararlaştırma

İşverenlere tek taraflı olarak düzenleme yapma imkanı veren işyeri iç yönetmelikleri Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Mesai kaideleri başlıklı bu maddeye göre iş sahibi (işveren), işin düzeni için belirli kurallar getirebilmektedir (m. 315). Ancak anılan kurallar her ne kadar tek taraflı olarak iş-

- (8) Bilgisayarın günlük hayata getirdiği kolaylıklar, şimdilik kaydı ile işçinin lehine bir uygulama olarak değerlendirilmesini sağlamaktadır. Zira insan unsurunun ortadan kalktığı işlemlerde hata riski son derece azalmakta ve hem işgücünden hem de zamandan büyük tasarruf sağlanmaktadır (Bu konudaki şaşırtıcı rakamsal örnekler için bkz. M. Ken Kuwahara, Elektronik Bankacılığın Gelişmesi, Bunun İş Hayatı ve Sağlık Üzerindeki Etkileri, Çeviren: CanTuncay, Bankis 2. Uluslar Arası Semineri, Banka ve Hizmet Sektöründe Yeni Teknolojinin Doğurduğu Sorunlar ve Alınması Gereken Önlemler, İstanbul 1987, 36-46. Ayrıca bkz. Öner Eyrenci, Bankalarda Bilgisayar Kullanılmasının İşlişkilerine Etkileri, Aynı Seminer, 152-155). Nitekim bilgisayarın dünya genelinde kabul edilmesine sebep olduğu iddia edilen iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki elektronik bilgi işlenmesinin devlet idarelerince gittikçe daha kolay kullanılmaya başlanması diğeri, ortaya çıkan bilgi krizinin hukuk düzeninin iş görmesini ciddi olarak tehdit etmesidir (Spiros Simitis, Electronis Data Processing and The Law, Law and State, Vol. 6, 1972, 122). İşte anılan bu unsurlardan ikincisinin bir sonucu da elektronik ödeme sistemleridir. Bu ödeme sistemleriyle bürokratik işlemler son derece azalmış ve yoğun bilgi akışının yaratacağı karmaşa engellenmeye çalışılmıştır. Ancak ileride, söz konusu sistemlerin yaratabileceği sorunlar, onların yeniden değerlendirilmelerine sebep olabilecektir.

verence belirlenmekte olsa da, işçinin zımni bir muvafakatı olmadıkça onu bağlamamaktadır. Zımni muvafakat ise, söz konusu kuralların önceden yazılması ve işçiye bildirilmesinden sora ortaya konacaktır. Kendine bildirilen iç yönetmelik kurallarının ardından çalışmasını sürdüren işçinin, zımni muvafakat verdiği kabul olunacaktır (9).

Konumuzu oluşturan otomatik veznelere ücret ödenmesi, bu anlamda bir iç yönetmelik hükmü olarak da getirilebilir. Ancak ücret ödeme şekline ilişkin hükmün işçi açısından bağlayıcı olabilmesi, mutlaka yazılı olarak belirlenmiş olmasına ve işçiye bildirilmesine bağlıdır. Dolayısıyla iç yönetmeliğin işyerinde herhangi bir yere asılması, kanunun açık ifadesi karşısında, işçiye borç yükleyemeyecektir.

Bireysel iş sözleşmesinden sonra hazırlanan ve işçinin zımni kabulüne sunulan yönetmelik hükmünün kabulü, onu iş sözleşmesinin parçası kılacağından ihlali akde aykırılık sayılacaktır (BK. 96). Böyle bir yönetmelikle iş akdi hükümlerine aykırı bir düzenleme getirmekte ise, işverende iş akdi hükmünü değiştirme iradesi olduğu düşünülecektir. Zımni kabul ise bu hükmü, akdin de hükmü haline getirecektir.

Bireysel iş sözleşmesinden önce hazırlanan ücreti otomatik veznelere ödeneceğine ilişkin yönetmelik hükmü de, işçinin bireysel iş sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıysa, zımni kabulü ile geçerlik kazanır. Dolayısıyla da sözleşmenin parçası halini alır.

d. İşyeri Uygulaması

Buraya kadar belirtmiş olduğumuz düzenlemelerde otomatik vezne makineleri ile ücret ödenmesi, sonuçta yazılı bir dayanak bulmaktadır. Buna karşın iş hukuku uygulamasında işçi işveren ilişkilerine hukuki anlamda hak ve borçlar yükleyen bir başka dayanak daha vardır ki, o da işyeri uygulamalarıdır.

İşyeri uygulamaları, bu durumları ile hukuki bir nitelik taşımamalarına karşın, bazı hallerde hizmet akdi hükmü, diğer bir deyişle iş koşulu haline gelebilmektedirler. Sözü edilen haller, anılan uygulamaların sürekliliği konu-

(9) Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, 29 vd.; Soyer, Polat, Genel İş Koşulları, İzmir 1987, 77. Süzek, Sarper, İş İlişkilerinin Sona Ermesine İlişkin Kararlar, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, İstanbul 1991, 41; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1994, 85.

sunda işçilerde bir kanaatin oluştuğu ve buna zımni icazet verdikleri hallerdir. Böylesi hallerde, ücretlerinin otomatik veznelere aracılığı ile ödendiğini gören işçiler, bunun süreceğine iyiniyetle kanaat getirir ve icazet verirlerse, söz konusu uygulama artık bir iş koşulu yani hizmet akdi hükmü haline gelmiş kabul edilecektir. İhlali ise bunun doğal bir sonucu olarak akde aykırılık oluşturacaktır (BK. 96).

V. ÖDEME ŞEKLİNİN YARATTIĞI SORUNLAR

A. Gecikme Faizinde Durum

Gecikme faizi, ücretin ödenmesinde gecikilmesi halinde ücretin parçasını oluşturmayan bir miktarı ifade eder. Hukuki ifadeyle, asıl borç olan ücretin yanında yer alan ferî bir borçtur.

Borçlar Kanunu'na göre, asıl borç sakıt olduğunda ferî borçlar da sakıt olmaktadır (BK. 113). Dolayısıyla ücret borcu ifa edildiğinde, gecikme faizi borcu da düşmektedir. Ancak, yine aynı hükme göre, işlemiş olan faizler, talep hakkının saklı tutulduğu beyan edilmiş ya da halin icabından anlaşılması ise düşmeyecektir (10). Hükmün karşıt anlamından çıkarılan bu sonucun otomatik vezne makinaları ile ücret ödemelerinde uygulanması hayli sorun yaratacaktır.

Normal şartlarda, gecikme faizi talebinin mümkün olduğu bir halde ücret yani asıl borç tahsil edilirken, ferî nitelikli gecikme faizinin saklı tutulduğu kaydı, borçluya verilen makbuzaya düşülmektedir. Böylelikle gecikme faizinin daha sonra da talep edilebilmesine imkan sağlamaktadır. Bu tür bir kaydın konulmadığı ancak halin gereği anılan talebin saklı tutulduğunun anlaşıldığı hallerde de aynı sonuç doğabilmektedir. Örneğin, asıl borcun sona ermesinden önce faiz hakkında açılmış ve devam etmekte olan bir davanın olması halinde, faiz hakkının saklı tutulduğu halin gereğinden anlaşılmaktadır. Ancak otomatik vezne makinalarıyla yapılan ödemelerde, olası gecikme faizi

(10) Yüksek Mahkememiz de konuya ilişkin bir kararında "...asıl alacağı oluşturan kıdem tazminatını oluşturan ... lirayı ... tarihinde almış ve ödeme sırasında bu alacağın geçmiş günler faizini saklı tuttuğuna dair bir beyanda bulunmamıştır. Böylece bu miktar alacağın ferî'si niteliğinde bulunan gecikme zammı talebi sukut etmiştir." görüşlerine yer vermiştir. Y. 9. HD. 17.9.1985, 5538/8060 (Kamu-İş, Tühis, Türk Kamu-Sen Yargıtay Kararları, C. 1, İstanbul 1989, 119). Aynı yönde bkz. YHGK. 18.11.1992, 9-588/647 (YKD. Şubat 1993, 4 vd.), Y. 11. HD. 12.4.1977, 5177/1604 (Uygur, Turgut, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, 2. cilt, Ankara 1990, 518), Y. 9. HD., 23.2.1984, 1276/1808, Y. 9. HD., 23.5.1985, 2786/5562 (Uygur, 538).

alacağını saklı tutmayı sağlayıcı bir kayıt düşme imkanı bulunmamaktadır. Doğal olarak, yatırdığı para (ücret) karşılığında banka tarafından işverene verilen makbuzaya, gecikme faizinden haberi dahi olmayan banka memurundan kayıt düşmesini beklemek de mümkün olmasa gerekir. Böyle bir durumda ise başvurulacak tek yol olarak "halin gereği" kriteri kalmaktadır. Acaba burada gecikme faizinin saklı tutulduğu halin gereğinin bir sonucu olarak değerlendirilebilir mi?

Borçlar hukuku ilkelerinin iş hukukuna uygulanmasında, onları rehabilitasyonu ve iş hukukunun bünyesine uygun düşmesi esastır (11). Ayrıca Borçlar Kanunu'nun sözü edilen hükmü, elektronik işlemlerin şu anda bulunduğu seviyenin hayal dahi edilemediği dönemlerin ürünüdür. Böylesi bir durumda bu hükümlerden günümüze uygun çözümlere ulaşabilmek, ancak hükümlerin amaçlarına inmekle mümkün olacaktır. Bu nedenle, maddede belirtilen türden beyanların yapılamayacağı haller için getirilmiş kolduğunu düşündüğümüz "halin gereği" kriterine başvurulabileceği kanısındayız (12). Böylece otomatik vezne makinalarından parasını ücretini çeken işçi, tahsil edemediği gecikme faizinden vazgeçmiş olmayacak, ayrıca onu da işverenden talep edebilecektir.

Bundan başka diğer bir çözüm yolu da 113. maddenin düzenleyici hüküm olmasından çıkarılabilir. İşçi ve işveren, ücretin otomatik veznelere ödeneceğine ilişkin yapılan anlaşmanın metninde, ücretin ödenmesi ile olası gecikme faizlerinden vazgeçilmiş olmayacağını kararlaştırabilirler. Böylelikle parasını çeken işçi hiçbir kayıt koymamış olsa bile daha sonrası için gecikme faizini talep hakkını saklı tutmuş olur.

B. Cezai Şartta Durum

Asıl borca bağlı fer'i borçlardan bir diğeri de cezai şarttır. Borçlar Kanunu'na göre akdin icra edilememesi gibi ihlâl hallerinde cezai şart kararlaştırılabilmektedir (BK. 158). Dolayısıyla ücret borcunun anılan türden ihlallerinde de cezai şart kararlaştırılması mümkündür. Ancak, kanunumuzda cezai şart seçimsiz, ifaya eklenen ve ifayı engelleyen olmak üzere üç şekilde düzenlenmiştir. Konumuz açısından önemli olan ise ifaya eklenen cezai şarttır. Zira, diğer tiplerde asıl borç (ücret) veya fer'i borçlardan (cezai şart) herhangi birinin ifası ile diğeri bertaraf edilebilmektedir. Oysa, ifaya eklenen

(11) Süzek, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1991, 18.

(12) Aynı yönde bkz. Başbuğ, 218.

cezai şartta asıl borcun (ücretin) ödenmesi, feri borç olan cezai şartı ortadan kaldırmamaktadır (BK. 158/II).

O halde işçi, otomatik vezne makinalarında söz konusu ihtirazi kaydı nasıl koyabilecektir? Koyamayacaksa sorun nasıl çözülecektir? Acaba asıl alacağı kabulden yani ücretin tahsilinden önce ileri sürülmüş bir ihtirazi kaydın hükmü nedir?

Alman Federal Mahkemesi, kabulden önce açıklanmış saklı tutmayı, alacaklının cezai şartı saklı tutma iradesi kabul sırasında devam etse bile hükümsüz saymaktadır. Aynı mahkemeye göre kabulden önce cezai şartın ödenmesi için bir dava açılmış olsa dahi, kabul zamanında hakkın saklı tutulması zorunludur. Buna karşın kanımızca da isabetli olarak *Tunçomağ*, bu derece şekilci davranılmasını eleştirmektedir. Yazar alacaklının cezai şartı saklı tutma iradesinin kabul zamanında da devam ettiği ortada ise kabulden önce açıklanan saklı tutmanın yeterli olacağını savunmaktadır (13).

Anılan görüşten hareket edildiğinde, işçinin işvereni ile yaptığı bireysel hizmet sözleşmesinde veya ücretin otomatik veznelere ödeneceğine ilişkin sözleşmede sözü edilen ihtirazi kaydın konulması mümkün görülebilir. Bu sözleşmelerde otomatik veznelere ücretin çekilmesinin, ona bağlı cezai şartlardan vazgeçildiği şeklinde değerlendirilemeyeceği kararlaştırılabilir. Aynı hükmün toplu sözleşmelerle de getirilebilmesi mümkün olmalıdır.

Otomatik veznelere ücret ödenmesi konusunda, ücretin ifasına eklenen türden cezai şartın tahsilinde problemlerle karşılaşmaktadır. Zira, Borçlar Kanunu'na göre alacaklı cezai şarttan doğan talep hakkını saklı tutan bir kayıt koymadan asıl alacağını tahsil ettiyse, cezai şartı talep hakkını yitirmektedir (BK. 158/II). Acaba otomatik veznelere ücret tahsilatında böylesi bir problemle karşılaşan işçinin, cezai şartı saklı tutan kaydı koyamaması gerçekten onun hakkını ortadan kaldırmalı mıdır?

Kanun koyucu, yukarıda da belirttiğimiz gibi gecikme faizi ile ilgili olarak anılan problemi çözmüş ve halin icabı kriterini getirmiştir. Böylece işçinin gecikme faizini talep hakkını saklı tutmuş olmasını, koymasının gereken bir kayda bağlamayıp, halin icabından doğduğunu kabul etmiştir (BK. 113/II).

Kanunun 158. maddesinde belirtilen, cezai şartın saklı tutulması, diğer

(13) *Tunçomağ*. Kenan, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul 1963, 118.

bir deyişle ihtirazi kayıt öne sürme hakkı, hakkın korunmasına yarayan yenilik doğuran bir hak karakteri taşır. Dolayısıyla, açık, varması gerekli bir irade beyanını gerektirir ve doğrudan cezai şartı ilgilendirmelidir. Yoksa, başka bir alacağın saklı tutulması, cezai şartın düşmesine engel oluşturmaz (14).

Cezai şart konusunda ihtirazi kayıt koyma zorunluluğunun otomatik vezneler açısından yarattığı problemi gidermek için faizlere hasredilmiş 113. maddenin çözüm şeklinin kıyasen uygulanması da düşünülebilir. Yukarıda da değinildiği gibi faizlerde, talep hakkını saklı tutan kaydın konulamadığı hallerde halin icabı kriterinden yararlanılmaktadır. Aynı çözüm yolu, otomatik veznelerden ücret ödenmesi bağlamında cezai şartı talep hakkının saklı tutulmasında da kullanılabilir. Zira, 113. maddenin başlığı borçların ferilerinin sukutudur. Her ne kadar ikinci fıkra hükmü açıkça inhisari nitelik taşısa da, bunu, kanun koyucunun sözü edilen imkanı cezai şarta tanımak istememesine değil, o dönemde böylesi bir teknolojik ilerlemeyi öngörememesine bağlamak gerekir. Kaldı ki adalete uygun çözümü sağlayacak olan anlayış da budur. Ancak, istisnai hükümlerin dar yorumlanması gerektiği düşüncesinden hareketle, söz konusu imkanı da bir başka ferî hak olan cezai şart açısından yalnızca otomatik veznelerden yapılan tahsilatlarla sınırlandırma yarar görmekteyiz.

C. Fazla Çalışma Ücretlerinde Durum

Fazla çalışma ücreti, kanunda gösterilen nedenlerle kanuni günlük çalışma süresinin dışında yapılan çalışma karşılığı alınan ücrettir ve asıl ücretten tamamıyla bağımsız bir karakter taşır. Yani, asıl borca bağlı ferî bir borç değildir. Bu nedenle hak kazandığı fazla çalışma ücretini, hesabına yatırılmadığı için asıl ücreti ile otomatik veznelerden çekemeyen işçinin bu hakkı, asıl ücretini çekmekle düşmemelidir. Fazla çalışma ücreti için bağımsız bir talep hakkı her zaman bulunmalıdır.

Fazla çalışma ücretinin kısmen ödenmesi, yani işçinin hesabına kısmen yatırılması ve o kısmın çekilmesi halinde de, bakiye miktarı talep hakkı düşmeyecektir (BK. 68, 113). Zira, bakiye kısım asıl borç açısından ferî bir nitelik taşımaz, asıl borcun kendisidir. Bu nedenle kısmen ifanın kabulü, bakiyeden feragat anlamına gelmeyecektir. Bakiyenin ferî borç karakteri ta-

(14) Tunçomağ, 116.

aşımaması nedeniyle kısmi ifanın kabulünde, bakiyeyi talep hakkını saklı tutan bir beyana gerek kalmayacaktır.

Ancak Yargıtay, fazla çalışma ücretinin kısmen ödenmesi halinde farklı bir anlayış benimsemiştir. Buna göre yüksek mahkeme, ihtirazi kayıt belirtmeden bir miktar fazla çalışma ücreti alan işçinin, önceki aylarda yaptığı fazla çalışma karşılıklarını almış olduğunu ve önceye ait aynı nitelikte alacaklarından vazgeçmiş olduğunu kabul etmektedir (15). Fakat yukarıda açıklanan sebeplerle, ücretin ödenmeyen kısmı ferî borç niteliği taşımadığından, varlığı asıl borca bağlı olmadığı gibi ihtirazi kayda da ihtiyaç duyulmayacaktır (16).

VI. İşçi Ücretlerinin Otomatik Vezne Makinaları İle Ödenmesinde Nihai Değerlendirme

İnceleme konumuza ilişkin ara değerlendirmede ödemeyi yapan bankayı, işçi ücretini ödeme borcu açısından bir ifa yeri olarak değerlendirmiştik. Bunun yanısıra yine yukarıda ücretlerin otomatik veznelerden ödenmesini, işçi ile işveren arasında yapılan bu konuya ilişkin bir sözleşmeye dayandırmıştık.

Şimdi bir adım daha ileri giderek otomatik veznelere ile ücret ödenmesinden doğacak zararlardan işverenin sorumlu tutulması için yeni bir dayanak öneriyoruz. Kanımızca işçinin hesabının bulunduğu yani otomatik vezne makinaları aracılığı ile ücretin ödendiği bankayı işverenin, Borçlar Kanunu'nun 100. maddesi anlamında yardımcı saymak mümkündür. Anılan maddeye göre, bir borcun ifasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında verdikleri zararlardan sorumlu olmaktadır. Bunun için bir yardımcının varlığının, yardım edilenle zarar gören arasında akdi ilişki bulunmasının yanısıra, sorumluluğun genel şartları sayılan hukuka aykırılık, zarar ve uygun illiyet bağının var olması yeterlidir. Yardımcı kişi ile yardım edilen arasında herhangi bir akdi ilişkinin varlığı da aranmamaktadır.

Sayılan şartları otomatik vezne makinaları ile ücret ödenmesi açısından değerlendiresek; yardımcı kişi sayılabilecek bir suje burada da bulunmaktadır. Bu, işçinin hesabını barındıran bankadır. Yardım edilen işveren ile, üc-

(15) Y. 9. HD. 4.5.1987, 4342/4454 (Kamu-İş 1988, 234).

(16) Aynı yönde bkz. Başbuğ, 221.

retini hiç ya da zamanında alamadığı için zarar gören işçi arasında ücret ödeme şekline ilişkin bir anlaşma vardır. Anılan anlaşma münhasıran ücret ödeme şekline ilişkin olarak yapılmış olabileceği gibi, hizmet sözleşmesinin bir hükmü olarak da kararlaştırılmış olabilir. Ücretin tam ya da zamanında ödenmemesi durumunda hukuka uygunluk sebepleri olmadığından hukuka aykırılık da mevcuttur. Bunlara, oluşan maddi zarar ve otomatik vezne makinasının kullanımı ile zarar arasındaki illiyet de eklendiğinde 100. maddeye dayalı sorumluluk için tüm şartlar tamamlanmış olacaktır. Dolayısıyla otomatik veznelere ücreti tam ya da zamanında ödenmeyen ve bu nedenle zarara uğrayan işçi, işverenle arasındaki sözleşmenin yanısıra, yardımcı kişinin davranışından sorumluluk bağlamında 100. maddeye de dayanabilecektir. Üstelik ikinci yol işçi için daha da elverişli olacaktır. Zira, yardımcı kişinin davranışından doğan sorumluluk kusura dayanmayan bir sorumluluktur. Yani işveren, ücret borcunu ifa için işçi adına ilgili bankada hesap açtırmada veya otomatik vezne makinasının sebep olduğu zararda bir kusurun olmadığını, gereken tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlarsa dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. İşveren ancak, ücret borcunu bizzat gerçekleştirmiş olsaydı oluşan zararda kusurlu sayılmayacak idiyse sorumluluktan kurtulacaktır (mücbir sebep, vb.). Diğer bir deyişle, banka yerine bizzat borçlu işveren ifade bulunsaydı, zararın oluşumu onun açısından bir kusur oluşturacak idiyse, sorumluluk ancak o zaman söz konusu olabilecektir.

Borçlar Kanunu'nuzun 100. maddesi yardımcı şahsın davranışından sorumluluğun, taraflar arasında yapılan bir sorumsuzluk anlaşmasıyla da kaldırılabilirliğini düzenlemiştir (BK. 100/son). Ancak yine aynı maddeye göre, alacaklı borçlunun hizmetinde ise bu tür bir anlaşmayla ancak hafif kusurundan doğan sorumluluğun bertaraf edilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla konumuz açısından, işçi ile işveren arasında yapılan böylesi bir sorumsuzluk anlaşması ile bertaraf edilebilecek olan yalnızca işverenin hafif kusuru olacaktır.

Kanımızca, otomatik vezne makinaları ile ücret ödemelerine 100. madde hükmünü uygulamak iş hukukunun işçiyi koruyucu esaslarına da uygun düşecektir. Bu durum iş ilişkilerinin güçlü tarafını oluşturan ve bu konuda insiyatifini kullanarak otomatik vezne kartı kullanım teklifini işçilere götüren işverenlerin sorumluluğunun, anılan uygulamaya sadece bir icazetle katılan işçilere oranla daha kapsamlı tutulmasını sağlayacaktır. Böylelikle sistemin tercihinde büyük takdir hakkı olan tarafın, sorumluluğun da büyük bölümünü üstlenmesiyle, sözü edilen otomatik vezne kullanımının işleyişinin daha sağlıklı hale geleceği kanısındayız.

VII. İspat Sorunu

Ticari hayatta uzun süreden beri uygulanmakta olan bilgisayar teknolojisi, artık günlük yaşamda da ağırlığını büyük ölçüde hissettirmektedir. Bilgisayarların yaygınlaşması işlem kolaylığı ve ve sürati açısından tartışılmaz bir yarar sağlamakla birlikte, yarattığı ispat sorunları ile ispat hukukunda güçlüklerle sebep olmaktadır. Zira, bilgisayar nedeniyle orjinal belge kullanımı tarihe karışmak üzeredir. Onun yerine, bilgisayar çıktıları geçerlilik taşıyan asıl belgeler haline getirilmek istenmektedir. Ancak orjinal belgelerin aksine, bilgisayar kayıtlarına ulaşılma ve tahrif edilebilme kolaylığı bu konuda bankalar açısından olası bir keyfi uygulamayı akla getirmektedir.

Vergi hukuku açısından ele alındığında kanun koyucu anılan tehlikeyi dikkate alıp Vergi Usul Kanunu'ndaki düzenlemeyi getirmiştir. Böylelikle bilgisayar kayıtlarının geçerliliği için onların, yasalarda belirlenen tasdik ve kayıt düzeni koşullarını taşıyan defterlere, yetikli ve sorumlularca imzalanmış belgelere aktarılması zorunluluğu doğmuştur (VUK. 183, 219) (17). Buna karşın banka-müşteri ilişkilerinde bilgisayar kayıtlarının niteliği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat bankalar müşterileri ile yapmış oldukları sözleşmelerinde genellikle –banka kayıtları esaslı– şeklinde bir hükme yer vermektedirler. Bu hüküm, usul hukuku anlamında delil sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Delil sözleşmesi, belirli bir olay veya hukuki işlemin, yalnızca belirli bir delille veya diğer delillerin yanında o delillede ispat edilebileceğine ilişkin yapılan sözleşmedir (HUMK. 287, 289). Bunlardan ilki usul hukukunda münhasır delil sözleşmesi olarak adlandırılırken diğeri münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak nitelenmektedir. Banka genel şartnamelerinde yer alan hükümlere dayanarak ortaya çıkan delil sözleşmesi münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak nitelenmelidir. Böylece müşterilere banka kayıtları dışındaki delillerden de yararlanma imkanı verilecektir. Hemen belirtmekte yarar vardır ki, bazı genel şartnamelerde yer alan banka kayıtları kesin delildir ifadesinin bir geçerliliği yoktur. Zira kesin deliller kanunen sayılmıştır ve bu anlamda bankaların kesin delil üretme hakkı bulunmamaktadır (18).

(17) Altuğ, Osman, Elektronik Bankacılıkta Bilgisayar Kayıtlarının Delil Niteliği, Elektronik Bankacılık ve Hukuk, 51. Ticari defterlerin bilgisayarla tutulmasına ilişkin Vergi Usul Kanunu düzenlemesi sonucunda onların kesin delil olduğu kabul edilir. Ancak bu, defterlerin imza ihtiva etmesinden dolayı değil, Ticaret Kanunu'nun 82 ve sonraki maddelerinden dolayıdır. Kuru, Baki, Elektronik Bankacılık ve Hukuk, Tartışmalar, 135.

(18) Kesin deliller; ikrar (HUMK. 236), kesin hüküm (HUMK. 237), senet (HUMK. 286) ve yemindir (HUMK. 377).

Otomatik veznelerden ücret ödenmesi bağlamında konuya bakıldığında acaba bilgisayar çıktılarının hukuki nitelendirilmesi nasıl olacaktır? Banka işlemlerinde genellikle bilgisayar çıktıları müşterilere imzalatılmaktadır. Bu durumda anılan belgenin kesin delil niteliği taşıyan bir senet olduğunu kabul etmek fazla abartılı olmayacaktır. Ancak konumuzu oluşturan asıl sorun otomatik veznenin verdiği belgenin hukuki niteliğinde ortaya çıkmaktadır. İmzayı içermeyen bu belgenin kesin delil (senet) olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. O halde geriye yalnızca takdiri delil olma ihtimali kalmaktadır. Takdiri deliller tanık (HUMK. 254-274), bilirkişi (HUMK. 275-286) ve özel hüküm sebepleridir (HUMK. 367). Acaba ilk ikisine giremeyeceği kesin olan bu belgeler özel hüküm sebebi sayılabilir mi? Bu soruya olumlu cevap verilebilir ama bunun pratik bir sonucu olmayacaktır. zira özel hüküm sebepleri, senetsiz ispatı mümkün konularda kullanılmaktadır. Bunun sınırı ise yirmibin lira olduğundan onu aşan miktarlar açısından bir anlam ifade etmeyecektir (19). Kaldı ki hali hazırda para çekme sınırı dahi hemen her bankada en az ikiyüzellibin liraya yükseltilmiştir.

Senetle ispat zorunluluğunun bulunmadığı miktarların çok küçülmesi, bilgisayar kayıt ve çıktılarının delil niteliğini yok etmek üzere olduğundan Avrupa Konseyi bu konuda bir tavsiye kararı almıştır. 20 sayılı Tavsiye Kararı'na göre, senetle ispat zorunluluğu kaldırılmalı veya hiç olmazsa miktarı artırılmalıdır. Bunun yanında bilgisayar kayıtlarına esas olan belgeler mikrofilmlere geçirilerek saklanabilmeli ve delil olabilmelidir. Ancak, her şeye rağmen orijinal belgeler belli bir süre saklanmaya devam edilmelidir. Buna karşın yine tavsiye kararına göre bilgisayar kayıtlarına geçirilen belgelerin saklanma sürelerinin, mikrofilmlere geçirilen belgelerin saklanılma süresine göre çok daha fazla olması gerekmektedir. Zira, bilgisayar kayıtlarının bozulma riski, mikrofilme oranla daha yüksek görülmektedir. Sayılan türden kayıtların aksi ispatlanana kadar geçerli sayılması gereği ise anılan tavsiye kararının özünü oluşturmaktadır. Fakat kayıtların delil olabilmesi, sistematik olması, orijinal belgelere uygun tutulması ve harici etkenlere karşı korunmuş olması ön koşuluna bağlanmıştır (20)

(19) Kuru, 133.

(20) Council of Europe, Recommendation N. R(81) 20, Harmonisation of laws relating to the requirement of written proof and the admissibility of reproduction of documents and recording on computers, Strasbourg 1982; Recommendation No. R(81) Adopted by The Committee of Ministers of The Council of Europe on 11 December 1981 and Explanatory Report, Strasbourg 1982, 15 vd.; Ünal, Şeref, Bankacılık Sektörü ve Bilgisayar Verilerinin Delil Olma Niteliği, Elektronik Bankacılık ve Hukuk, 66 vd.

20 sayılı Tavsiye Kararı'nda bilgisayar verilerinin mahkemelerce delil olarak kabul edilmesi ilke olarak benimsenmekle beraber, bu veriler ispat hukuku açısından ancak aksinin kanıtlanması mümkün bir karine olarak kabul edilmektedir. Bilgisayar verilerinin suistimale ve sahteciliğe açık olması bunlara dayanılarak sağlıklı karar verilmesini güçleştirmektedir. Nitekim, bu tür verilere dayanılarak verilen kararların çoğu kez, özellikle verilerdeki eksiklik ve yetersizlikler yüzünden gerçeği yansıtmadığı ve hatalı olduğu açıklıkla ortaya çıkmıştır (21).

Bilgisayar teknolojisinin günümüzde ulaştığı yüksek düzey ve verilerin işlenmesinde kullanılan geliştirilmiş program ile teknikler dahi, bu verilerin delil olarak kullanılması açısından tam anlamıyla güvenli bir ortam sağlamamıştır. Türkiye açısından ise durum daha da güvensizdir. Türkiye, 20 sayılı Tavsiye Kararı'na temel teşkil eden, verilerin toplanmasına ilişkin 1981 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ni imzalamakla beraber henüz onaylamamıştır. Onaylamanın ön şartı bilgisayar verilerinin korunması konusunda milli mevzuat oluşturulmasıdır. Bu konuda bir tasarı hazırlanmış olmakla beraber, henüz yasalaşmadığı için, bugün ülkemizde bilgisayar verileri herhangi bir disipline tabi olmaksızın toplanmakta, işlenmekte, açığa vurulmakta ve muhafaza edilmektedir. Ayrıca, 20 sayılı Tavsiye Kararı'ndaki ilkeler iç hukumuza ve uygulamaya yansıtılmadığı için bankacılık sektörü dahil bütün sektörler kendilerine göre geliştirdikleri çeşitli yöntemlerle uygulamalarını sürdürmektedirler (22).

(21) Fourth Report of THE Data Protection registrar, London 1988, 53 vd. (Ünal, 69'dan naklen).

(22) Milli hukukumuzda, bilgisayar kayıtlarının korunmasına yönelik bir düzenleme bulunmaması, gümrük birliğine girmiş bulunan Türkiye için sorun yaratabilecek. Avrupa'dan bilgi akışına engel oluşturabilecektir. Anılan türden bilgi akışı sağlamak için birçok ülkede, bilgiyi koruyucu milli düzenlemelere gidilmiştir. Bunlardan biri de İngiltere'deki 1984 tarihli Bilgi Koruma Kanunu'dur (The Data Protection Act.). Söz konusu kanunla uygulamada, elektronik kişisel kayıtlar korunmak istenmiştir. Bunun için her üç yılın sonunda yenilenmesi gereken bir tescil sistemi getirilmiştir. Sözü edilen tescil, elektronik kayıtları kullanacak olanlara bir takım yükümlülükler getirmektedir. Kullanıcılar bilgileri, kanuni sınırlar içinde, kişilere zarar vermeyecek şekilde kullanabilmektedirler. Aksi halde hak sahiplerinin düzeltirme hakkı yanında, zararlarını dava etme hakkı da bulunmaktadır. Ayrıca bilgi koruma kanunu bilginin, kullanım amacının gerektirdiğinden daha uzun süre korunmasını da şart koşmuştur (John Preece, The Use of Computers in General Practice, Cambridge 1994, 278, 279). Buna karşın tıpkı ülkemizdeki gibi. İsviçre'de de özellikle iş ilişkilerinde, verilere karşı korunma konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı durum toplu iş sözleşmesi konusundaki veriler için de geçerlidir (Manfred Reh binder, Elektronik Bankacılık ve İş Hukuku, Çeviren: Öner Eyrenci, Banksis Uluslararası Semineri, Banka ve Hizmet Sektöründe Yeni Teknolojinin Doğur-

Anılan hukuki durumun farkında olan bankalar, bilgisayar kayıtlarını kullanabilmek için yukarıda da söylediğimiz gibi delil sözleşmesi yapmakta, bunu genel şartnamelerine bir hüküm olarak koymaktadırlar. Her şeye rağmen anılan kayıtlar kesin delil niteliğinde olmadığından aksi müşterilerce, konumuz bağlamında işçiler tarafından ispatlanabilecektir. Buna karşın delil sözleşmesinin varlığı inkar edilemeyeceğinden, bilgisayar kayıtlarının işçiyi bağlamayacağından söz edilemeyecektir.

Acaba, otomatik veznelerin verdiği makbuzlar, yazılı delil başlangıcı sayılabilir mi? Anılan belgelerin işçiler lehine yazılı delil başlangıcı sayılması mümkündür (23). Zira, bankadan sadır olmuş bir belge niteliğindedir. Fakat, banka lehine yazılı delil başlangıcı oluşturması mümkün değildir. Çünkü, müşteri tarafından verilmemiştir. Kaldı ki yazılı delil başlangıcı oluştursa bile, özelliği gerekçi tanık dinlenilmesine imkan sağlayamayacaktır. Bu tür otomatik vezne makinaları başındaki işlemlerde şahadet de pek mümkün görünmemektedir (24).

Otomatik vezne makinalarının yarattığı ispat sorunlarını çözmeye yönelik çalışmalar anılan tavsiye kararlarından ibaret değildir. Bunun yanında Esca (European Credit Sector Associations) tarafından da bir takım düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, belli bir işlemin müşteriye ait kart ve şifrenin kullanımıyla gerçekleştirilmiş olup olmadığı veya işlemin hiç ya da gereği şekilde yapılıp yapılmadığı konusunda müşteri ile kurum arasında uyumsuzluk çıkarsa, kartı çıkaran kurumun, işlemin kayıtlarına düzgün şekilde geçirilerek müşteri hesabının borçlandırıldığını ve teknik bir arızanın bulunmadığını, kendi belgelerine dayanarak ortaya koymak zorunda olduğunu göstermiştir (m. 15). Ayrıca maddenin devamında uyumsuzluk konusu işlemten önce ve sonra yapılan benzeri işlemlerin doğru şekilde kayda ge-

duğu Sorunlar ve Alınması Gereken Önlemler, İstanbul 1987, 30, 31). Fransa'da ise konumuzu oluşturan türden bilgilerin korunmasına ilişkin özel bir kanun bulunmamaktadır. Burada bilgisayara yönelik koruma yalnızca, bilgisayar programlarına ilişkindir ve fikir ve sanat eserleri kanunu kapsamında gerçekleştirilmektedir. Sözü edilen programlar özel hükümlerle korunurken, anılan programların içinde yer alan eserlerden alınacak veriler, fikir ve sanat eserleri kanununun genel hükümleriyle korunmaktadır. (Lucas, A., Report General Banques de Donnees et Droit d'Auteur, Actes de 57 Congres de l'ALAI, Quebec 1990, 315).

(23) Yazılı delil başlangıcı, iddianın ispatına tamamen yetmemekle beraber, bunun vukuuna delalet eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraftan sadır olmuş bulunan belgedir (HUMK. 292/II).

(24) Kuru, 133, 134.

çirilmiş olmasının da, sistemin düzgün şekilde çalışmış olduğu yolunda aksi ispat olunabilen bir karine oluşturacağı belirtilmiştir (25).

Sonuç olarak, otomatik veznelerin verdiği makbuzların işçi aleyhine senet ve yazılı delil başlangıcı olma özelliği bulunmamaktadır. Ama, işçi ile banka arasında yapılan ve sözleşme özgürlüğünden dolayı geçerliliği şüphe götürmeyen delil sözleşmesi sebebiyle bankanın bilgisayar kayıtlarının delil niteliği bulunmamaktadır. Bu konuda yapılması gereken ise, tıpkı Vergi Usul Kanunu'ndaki gibi bir düzenleme getirerek, bilgisayar kayıtlarının ancak usulünce onaylanmış defterlere geçirilmesi halinde delil sayılabileceğini belirtmekten ibarettir.

—oOo—

ÇEKTEN CAYMA VE ÇEKİN ÖDENMESİNİN MEN'İ

Refik ER (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : A- Genel Olarak. B- Bu Konudaki Yasal Düzenleme. I- Cayma. 1- Caymada Yetkili Kişi. 2- Caymada Süre. 3- Caymada Şekil. 4- Caymada Sebep Aranır mı? 5- İhtiyati Tedbir Alınarak Çekin Ödenmesi Durdurulabilir mi? 6- Caymanın Keşideci - Hamil Yönünden Sonuçları. II- Ödemede Men. 1- Men'de yetkili kişi. 2- Men'de Sebep Aranır mı? 3- Men'de Şekil. 4- İyiniyetli Hamilin Durumu. 5- Men'de Süre. 6- Men Halinde Muhatap Bankanın Hukuki Durumu. 7- Keşidecinin Bu Hakkını Kötüniyetle Kullanması.

A- GENEL OLARAK

Türk Ticaret Yasasında çek keşide edenlerin bazı koşullarının gerçekleşmesi halinde keşide edilen çekten cayarak çekin muhatap bankaca ödenmesini engellemektedir.

Çek mevsub bir havaledir (1). Borçlar Yasasınının 461. maddesinin ikinci fıkrasında; "Muhälünaleyh (havale ödeyicisi) havaleyi kabul ettiğini beyan edinceye kadar muhil (keşideci havale eden) havaleden rücu edebilir" kuralı getirilmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi çekte bir havale olduğuna göre keşideci bu kurala uygun olarak çekten cayabilir. Ne varki ticari ilişkilerin çok gelişmiş olduğu ve özellikle ödemelerin çekle yapıldığı bir dönemde bu kuralın çok geniş uygulanması birçok sorunu doğuracağı açıktır. Nitekim yasa koyucu da bunu gözönünde tutarak caymayı belli kurallara bağlamıştır.

Uygulamada çoğukez çekten cayma ile ödemeden men'i birbirine karıştırılmaktadır. Bu iki kavramı açıkladığımız zaman her ikisinin ayrı kavramlar olduğu açıkça anlaşılacaktır.

(*) **Yargıtay Onursal Üyesi.**

(1) Eriş - Uygulamada Çek Hukuku, 2. Baskı, 1995. Ank., Sh. 118.

B- BU KONUDAKİ YASAL DÜZENLEME (TTK. m. 711)

Bu konu, T.T. Yasasının 711. maddesinin birinci fıksasında düzenlenmiştir. Türk Ticaret Yasasının üçüncü ayırımında; "Ödeme ve ödemedeki imtina" başlıklı bölümünün dördüncü başlığında bulunan 711. maddenin birinci fıkrası aynen: "Çekten cayma ancak ibraz müddeti geçtikten sonra hüküm ifade eder" biçiminde kural koymuştur.

Bu kural, 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra da aynen geçerlidir.

I- Cayma

"Çekten cayma" sözcüklerinin isabetli olmadığı ileri sürülmüştür (2). Aslında bu cayma yukarıda da açıkladığımız gibi havaleden rücadur. Yoksa cirantalara karşı cayma mümkün değildir.

1- Caymada Yetkili Kişi

Çekten cayma yetkisi yalnızca keşideciye tanınmış bir haktır. Başka bir anlatımla hamilin böyle bir hakkı yoktur. Bu nedenle hamilin mahkemeye giderek ödemenin men'i kararı aldırması ya da ödemeyi men ettirmesi için keşideciyi ikna etmesi gerekir.

Muhatap yönünden de soruna baktığımızda muhatap hamile karşı hiçbir zaman kambiyo borcu altına girmediğinden TTK.nun 711. maddesi, muhatap - hamil ilişkisini ilgilendiren bir hüküm değildir. Buna karşılık bu maddenin öğretide egemen görüşe rağmen Lex imperfecta (yaptırımsız hüküm) sayılması gerektiği ileri sürülmüştür (3).

Keşideci muhatap yönünden sorunu incelediğimizde şu sonuçların ortaya çıktığını görürüz.

a- Cayılmış olan çeki, ibraz süresinde sonra ödeyen muhatap keşideciye karşı sorumlu olur.

b- Cayılmış olan çeki, ibraz süresi içinde ödeyen muhatap keşideciye karşı sorumlu olmaz.

(2) Öztan - Kıymetli Evrak, Sh. 741.

(3) İnan - Kıvanç - Ticaret Hukuku Sempozyumu, 1984, Ank., Sh. 145.

c- Cayılmış olan çeki, caymanın hükümsüzlüğüne rağmen ibraz süresi içinde ödemeyen muhatap keşideciye karşı sorumlu değildir. Çünkü talimata uygun davranmıştır. Bu durumda muhatap hamile karşı da sorumlu tutulamaz.

2- Caymada Süre

Kural olarak çekten cayma yasanın koyduğu 10 gün ve 3 aylık ibraz sürelerinden sonra mümkündür. Başka bir anlatımla ibraz süresi içinde çekten caymak mümkün değildir. İbraz süresi içinde caymaya imkan tanındığı takdirde muhatap keşidecinin cayması ile çek bedelini yetkili olmaktan çıkar, buna rağmen hamile ödemede bulunursa ödediği meblağı keşidecinin nezindeki karşılığında mahsup edemez. Kendi hesabına ödemede bulunmuş sayılır.

İbraz süresi içinde çekten caymak yasal olarak yasaklanmışsada ibraz süresi içinde çekten cayılmış olması halinde bu cayma ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade eder. Bilindiği gibi ibraz süresinin geçmesi halinde (TTK. 711/2 mad.) dahi muhatap çek bedelini ödeyip ödememekte muhtardır. Muhatap öderse keşideciye rücu, hesaptan düşme imkanı ibraz süresi içindeki ödemede olduğu gibi devam eder. Buna karşılık ibraz süresi geçen çeki ödemezse ne hamile nede keşideciye karşı sorumlu olmamaktadır. Çekten cayılması halinde ise ibraz süresinin bitiminden itibaren muhatabın çeki ödeme yetkisi kalkmış demektir. Buna rağmen ödemede bulunan muhatap çek tutarını keşidecinin hesabından düşemez.

3- Caymada Şekil

Çekten caymak için yasa özel bir şekil öngörmemiştir. Ne varki cayıldığıının kanıtlanması keşideciye ait bulunduğundan her halde yazılı olarak yapılmasında yarar vardır. Yazılı olmaması halinde ise keşidecinin cayma iradesini muhataba ulaştırdığına ilişkin muhataptan bir belge almasında da yarar vardır.

Hesaptan çekin karşılığının çekilmesinin bir cayma olup olmadığı tartışmalıdır. Yargıtay, paranın çekilmesini bir cayma anlamına gelmiyeceğini belirtip hatta ibraz süresinden sonra dahi keşideciyi sorumlu tutmaktadır (4). Aksi görüşü savunanlar da mevcuttur (5).

(4) 12. HD.'nin 29.11.973 tarihli Kararı (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1978, Sh. 208).

(5) İnan - Serpil-age. Sh. 145.

4- Caymada Sebep Aranır mı?

TTK. nun 711. maddesinde, keşidecinin çekin ödenmemesi hususunda muhataba bildirmesini yeterli görmüş ve her hangi bir sebep göstermesini aramamıştır.

Keşideci lehdarla aralarındaki temel ilişkiyi ileri sürerek lehdarın sözleşme hükümlerini yerine getirmediğini, malı göndermediğini, hile yaptığını, emniyeti suistimal ettiğini ileri sürerek çekin ödenmesini durduramaz. Bu nedenler ibraz süresi için geçerli değildir.

Yani Çek Yasası, muhatap bankaya ibraz süresi içinde çeki ödeme yükümlülüğü getirdiğinden, muhatap Bankanın keşidecinin bu tür ödememe, çekten cayma taleplerini reddederek çeki ödemesi gerekir (6).

5- İhtiyati Tedbir Alınarak Çekin Ödenmesi Durdurulabilir mi?

Bilindiği gibi, ihtiyati tedbir bir usul kurumu olup HUMK. nun 101 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Mahkemeler çoğu zaman Usul'ün bu maddeleri uyarınca çekin ödenmesini tedbir yoluyla durdurmaktadırlar. Bu şekilde bir ihtiyati tedbir mevcudiyeti halinde muhatap bu çeki ödemiyecektir. Aksine hareket edilmesi Usul'ün 113/A maddesine göre suç teşkil eder.

Burada çekin lehdarın elinde olması hali ile ciro edilmiş halini ayırmak gerekir.

Bu tür ihtiyati tedbir kararları ancak temel ilişkide taraf çek lehdarının çeki ödemek için muhatap bankaya ibrazı halinde mümkün olur. Lehdarın çeki üçüncü kişilere ciro etmesi halinde keşideci temel ilişkiyi yeni hamillere ileri süremeyeceğinden mahkemenin tedbir kararı vermemesi gerekir (7).

Ancak uygulamada birçok mahkemeler bu ayrıma özen göstermeden ihtiyati tedbir kararı vermektedirler.

Bu konuda bir sorunda açılan menfi tesbit davasının karşılıksız çek keşide edilmesi suçunun oluşmasına etki edip etmiyeceğidir..

(6) Reisoğlu - Çek (T. Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında) Sh. 103.

(7) Reisoğlu - age., sh. 103. - Aynı görüş Eriş-age., sh. 119.

Uygulamada özellikle Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ve Onuncu Ceza Dairesi'nin görüşüne göre, keşide; çalınma, kaybolma, hile veya zorla alınma gibi (TTK. 711/3) iradi olmayan harekete dayanıyorsa keşidecinin cezalandırılmaması gerekir (CGK., 9.10.1989 tarih ve 7-213/280 s.K). Bu hallerin dışında keşidecinin çek'te yazılı miktar kadar borcu olmadığına veya çek'in teminat olarak verildiğine ilişkin iddiaların ve bu konuda açılan hukuk davalarının suçun oluşmasına engel teşkil etmediği kabul edilen bir görüştür.

Yargıtay Onuncu Ceza Dairesi'nin 25.12.1995 tarih ve 1995/11820-12540 sayılı kararında, yukarıdaki ilkeleri belirttikten sonra; "ibraz tarihinden önce açılan ve suça konu çekin her ne suretle olursa olsun geçerliliğinin tartışılması sonucunu doğuracak menfi tesbit davasının İcra İflas Kanununun 72. maddesi hükmü ile 3863 sayılı Yasa ile getirilen değişiklik gözönüne alındığında, olayda TTK.nun 599. maddesinin tatbik olanağı bulunmadığı ve hamilin kendi cirantasına karşı başvurmasına yasal engel olmadığı nazara alınarak suç konusu çekin ibraz tarihi olan 1.3.1993 tarihinden önce 29.12.1992 tarihinde Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'ne açılan menfi tesbit ve iptal davası üzerine 22.10.1993 tarihinde kesinleşen kararla sanığın suç'a konu çek nedeniyle borcu olmadığına tesbit edildiğinin anlaşılmasına göre sanığın beraat yerine hukuk davasının ibraz tarihinden önce veya sonra ayrımı yapılmadan sonuca varılması yasa'ya aykırıdır" şeklinde karar vererek yerel mahkemenin mahkûmiyet kararını bozmuştur.

Yüksek Mahkeme, bu kararında iki özel durumu gözönünde tutarak genel ilkeden ayrılmıştır.

Birincisi, menfi tesbit davaları açılması halinde hamilin kendi cirantasına karşı başvurmasına yasal engel bulunmamaktadır. O halde, keşidecinin açılan bu dava sonucu çek alacaklısı görünen kişiye borcu olmadığı sonucu çıkması halinde cirantaların da bir zararı doğmadığına göre artık bu çek'e karşılıksız çek diyemezsin ve beraat kararı vermesi gerekir.

İkinci hareket noktası ise, menfi tesbit davasının ibraz süresinden önce açılması halidir.

3167 sayılı Yasada değişiklik yapan 3863 sayılı Yasanın 1. maddesi; "...şikayet süresi çek'in bankaya ibraz tarihinde başlar..." ilkesini getirmiştir. Kanaatimizce davanın çekin ibrazından önce veya sonra açılması sonuca etkili değildir. Zira, hüküm sonuçlarını kesinleşmeden itibaren doğuracaktır.

Şayet hüküm sonuçların davanın açılış tarihine göre doğursaydı açılış tarihi 3863 sayılı Yasanın 1. maddesindeki ilkede dikkate alındığında önem arzederdi. Bu nedenle Yüksek Mahkeme'nin genel ilkeye ters düşen kararını benimsemek mümkün değildir, dahası Daire'nin suçun oluşmasını veya oluşmamasını sırf ibraz süresinden önce açılan bir davaya bağlaması maddi hukuka aykırıdır.

Burada bir konuda çekin ödenmemesine ilişkin Hukuk Mahkemelerinden verilen tedbir kararlarının şikayet süresine etkisi olup olmadığıdır.

Yargıtay Onuncu Ceza Dairesi'nin 28.11.1995 tarih ve 1995/10313 - 11262; 27.6.1995 tarih ve 1995/5732 - 6401; 23.11.1995 tarih ve 1995/8231 - 11076 sayılı kararları (yayınlanmamıştır) bu konuyu açık ve seçik biçimde işlemiştir. Ne varki 27.6.1995 tarihli karar iki Sayın Üye'nin muhalefetiyle alınmıştır.

Yüksek Daire özetle, şikayet süresinin başlama tarihinin tedbirin kalktığı tarih olduğunu belirtirken muhalefet koyan Sayın Üyeler ise yasanın açık hükmüne göre şikayet süresinin bankaya ibraz ile başladığını bu nedenle ibrazın yeterli olduğunu, çekin ödenmemesi bakımından konulan tedbirin sonuca etkisi olmadığını belirtmişlerdir.

Lâfzi yorumdan hareket edildiğinde, muhalif görüşün doğru olduğu sonucu çıkar, ne varki çoğunluk görüşünde belirtilen ve Onikinci Hukuk Dairesi'nin 21.5.1992 tarih ve 14081/7005 sayılı kararında açıklanan durum karşısında, TTK. nun 723. maddesini gözardı etmek mümkün değildir.

Çoğunluk görüşünde belirtildiği gibi ödemenin ihtiyati tedbirle önlenmesi bir mucbir sebeptir. Bunda, hem uygulamada hem de öğretide çekişme yoktur. Bu durumda, TTK. nun 723/3. maddesinin açık hükmü karşısında tedbirin kalkmasından sonra ödeme maksadı ile çekin bankaya ibrazı 3863 sayılı Yasada belirtilen ".....şikayet süresi çekin bankaya ibraz tarihinde başlar" kuralındaki "**ibraz**" şeklinde anlamak gerekir. Kanaatimizce burada kimin yararının korunacağı önem arz etmektedir.

Keşideci çoğu zaman iyi niyetli olmayabilir. Açılan bir dava da usulî bir işlem olan "**tedbir**" sonucu alacaklının hakkı muhtel olabilir.

Kaldiki bankaya ibrazdan maksat, çeki tahsil etmektir. Uygulamada bankalar çekin arkasına hiçbir zaman tedbirin mahiyetini açıklamamaktadır. Bazı hallerde ne için tedbir konulduğunu da bilmemektedirler. Zira, bankaya

gönderilen tedbiri bildirir mahkeme müzekkeresinde de açıklık olmamaktadır.

Tüm bunlardan ayrı olarak, tedbirli davanın keşideci aleyhine sonuçlanması da mümkündür.

Çek keşide işleminin, teknik hukuk açısından bir havale işlemi olduğu da düşünülürse, çoğunluk görüşünün hukuka daha uygun olduğu sonucu çıkmaktadır.

Bu nedenlerle, tedbirin kalktığı hamile tebliğ edilinceye kadar şikayet süresinin işletilmemesi hukuka uygun olur.

Keşidecinin ihtiyati tedbir koydurması durumunda çeki bankaya getiren hamil çek'in karşılığı olup olmadığını öğrenemediğine göre "ibraz" işlemi yapılmamış demektir. Gerçek anlamda ibraz tedbirin kalkmasından sonraki ibrazdır. Bu nedenle şikayet süresini de bu tarihten başlatmak doğrudur.

Sayın *Eriş'* te, keşidecinin, mahkemeye başvurarak mahkemeden çek'in ödenmesinin men'i kararını almışsa bu da ihtiyati tedbir niteliğinde bir karardır. Böyle bir karar varken çek'in ibrazı olanaksızdır diyerek bu görüşü doğrulamaktadır (*Eriş - Uygulamada Çek Hukuku*, 2. Baskı, Sh. 159).

6- Caymanın Keşideci - Hamil Yönünden Sonuçları

a- İbraz süresi içinde çek ibraz edilmemişse keşideci caymış olsa da olmasa da hamile karşı sorumlu değildir. Çünkü hamilin müracaat hakkı düşmüştür.

b- Keşideci caymış ve süresi içinde ibrazına rağmen çek ödenmemişse, keşideci hamile karşı hem müracaat borçlusı sıfatıyla, hemde karşılıksız çek fiilinin faili olarak sorumludur.

II- Ödemeden Men

Bu konu, TTK.nun 711/3. maddesinde düzenlenmiştir. Bu konu ile cayma konusunu birbirine karıştırmamak gerekir. Yasa aynen: "Keşideci çek'in kendisinin veya üçüncü bir kimsenin elinden rızası olmaksızın çıkmış olduğu iddiasında ise muhataba çek'i ödemekten men edebilir" şeklinde düzenlenmiş olup, görüldüğü gibi burada ön koşul olarak "Çek'in rıza hilâfına elden çıktığı" ilkesi getirilmiştir.

1- Men'de Yetkili Kişi

Burada muhatap bankayı ödemedi men edecek kişi keşidecidir. Çek tedavüle çıkarılmadan önce keşidecinin veya tedavüle çıkarıldıktan sonra da üçüncü bir kimsenin, bu üçüncü kişi hamil, hamil vekili veya emaneten bırakılan her hangi bir kişi olabilir; Elinden rızası olmaksızın çıkmış olabilir. Tüm bu hallerde men yetkisi yine keşideciye aittir.

Ancak uygulamada çoğu kez çek'in hamilin elinde iken rızası hilâfına elinden çıktığı görülmektedir. Bu durumda ne olacaktır.

Bu durumda hamil keşideciye müracaat edecektir. Onu ikna edebilirse keşideci muhatap bankaya ödememe talimatı verecektir.

Ancak bu halde de men eden keşideci olduğu halde iptal davasını hamil açacaktır.

Hamilin bu isteğinin keşidecinin yerine getirmemesi halinde hamilin gideceği yer mahkemedir. Burada açacağı bir iptal davası ile birlikte ödememe yönünden bir ihtiyati tedbir kararı alması gerekecektir.

2- Men'de Sebep Aranır mı?

Yasa koyucu bunu "çekin rıza hilâfına elden çıkma" koşuluna bağlamıştır.

Rıza hilâfına elden çıkma ise ne anlama gelmektedir.

Bu çaldırma, kaybetme veya zorla alınma şeklinde olabilir. Öğretide rızayı kaldıran (ifsat) hallerde buraya sokulmaktadır (8).

3- Men'de Şekil

Keşidecinin çekin muhatap banka tarafından ödenmemesini sağlaması için keşidecinin muhataba yazılı olarak çekin kendi elinden veya üçüncü kişi hamil elinde iken çalındığını veya kaybedildiğini, zorla elinden çıktığını açık seçik olarak bildirecek, ayrıca çekin ödenmemesini de isteyecektir.

Görüldüğü gibi keşidecinin elinden rızası hilafına çıktığını bildirmesi yeterli olmayıp ayrıca ödenmemesini de bildirecektir.

(8) Domanıç - Kıymetli Evrak, Sh. 636.

Ödenmemesini bildirmemesi halinde muhatap bankayı ödemede daha dikkatli olmaya sevk edecektir. Bu halde yetkili hamil çeki bankaya ibraz ederse ve ödenmesini isterse, banka çek karşılığını ödemek zorundadır (9).

Burada bir konuya açıklık getirmek gerekmektedir:

Keşide, TTK. nunda gösterilen tüm unsurları taşıyan bir çeki henüz lehbara teslim etmeden çaldırabilir, kaybedebilir veya imzalanmış ancak doldurulmamış bir çeki yine çaldırabilir, kaybedebilir. Bu halde de keşideci aynı yöntemle ödemededen men edebilir.

Keşidecinin boş çek yapraklarını kaybetmesi halinde ise durum ne olacaktır?

Bu durumda çek sahibi, TTK. nun 724. maddesine göre bu durumu hemen muhatap bankaya bildirmesi gerekir. Keşidecinin bunu bildirmesi halinde banka ibraz edilecek çekleri ödememesi gerekecektir. Burada artık keşidecinin ayrıca ödeme yasağı koymasına gerek yoktur (10).

Muhatab bankaya keşideci yukarıda belirttiğimiz biçimde başvurması halinde muhatabın bu beyanın doğru olup olmadığını araştırma yetkisi yoktur. Banka buna mutlak uyacaktır. Aksi takdirde banka, keşideciye karşı sorumlu olur.

Banka, keşideci ile hamil arasındaki hukuki ilişkide taraf değildir.

Keşidecinin bu men istemi haksız ve yasal değilse yetkili hamil ve diğer çek ilgililerine karşı sorumlu olacaktır.

4- İyiniyetli Hamilin Durumu

TTK. nun 704. maddesi; "Çek, herhangi bir suretle hamilin elinden çıkmış bulunursa ister hamile yazılı bir çek bahis mevzuu olsun, ister ciro suretiyle nakledilebilen bir çek bahis mevzuu olup da hamil hakkını 702. maddede göre ispat etsin çek eline geçmiş bulunan yeni hamil ancak çeki kötü niyetle iktisap etmiş olduğu veya iktisapta ağır bir kusuru bulunduğu takdirde o çeki geri vermekle mükelleftir" hükmünü getirmiştir.

(9) HGK.'nun, 9.12.1975 tarih ve 100/1667 s. kararı.

(10) Reisoğlu - age., Sh. 105.

Buradaki hukuki sorun, çeki elegeçirenin yetkili hamil olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Kaybedilen bir çeki ciro suretiyle alan hamilin, bu çeki kötü niyetle aldığı sabit olmadıkça yetkili hamil sayılır (11).

Başka bir anlatımla, hamilin kötü niyetli veya ağır kusurlu olduğu kanıtlanmadığı sürece hamil yetkili hamildir.

İşte bu durumda yetkili hamilin durumu ne olacaktır. Kural olarak keşidecinin çekin ödenmesini durdurmaması gerekir.

Ne varki TTK. 711/son, keşidecinin "Çekin rıza hilâfına elden çıkması halinde mutlak şekilde muhatap bankayı ödemededen men yetkisi vermiştir" (12).

Bankanın yukarıda açıkladığımız gibi men talimatının doğru olup olmadığını araştırma yetkisinde olmadığına göre çeki ibraz edenin yetkili hamil olması sonuca etkili olmayacak ve dolayısıyla banka çeki yine ödemiyecektir.

Hamilin yetkili olup olmadığı ancak açılacak bir davada incelenecek bir konu olup banka bunda da taraf olmayacaktır. Ta ki bankanın da kusuru bulunsun.

5- Men'de Süre

Yasa da herhangi bir süre tayin edilmemiştir. Ancak, işin mahiyeti icabı men talimatı çekin ibraz süresi içinde önem taşır. Çünkü, çek süresi içinde ibraz edilmezse keşideci ibraz süresi geçtikten sonra hiç bir neden göstermeden çekten cayması mümkündür. İbraz süresinden sonra keşidecinin ödemededen men talimatı TTK.nun 711/ilk maddesi uyarınca çekten cayma olarak yorumlanmalıdır.

6- Men Halinde Muhatap Bankanın Hukuki Durumu

Yukarıdan beri açıkladığımız gibi keşidecinin talimatının doğru olup olmadığı, hukuka uygun bulunup bulunmadığı muhatap tarafından tartışılmaz.

(11) Y. 11. HD.'nin, 5.10.1992 tarih ve 2657/9584 s. kararı.

(12) Reisoğlu - age., Sh. 105.

Muhatap buna mutlak uyacaktır. Ancak muhatap bankanın da bu konuda yapacağı işler vardır.

Muhatap banka öncelikle çekin arkasına keşidecinin men talimatını, yani ödememe sebebini yazıp bu çeki hamile iade edecektir.

Ayrıca, çalınma iddiası varsa bunun C. Savcılığına ihbarının yapılacağı da ileri sürülmektedir (13).

Ne varki, kanaatımızca bu durum bankayı olayda taraf durumuna getirmektedir. Halbuki şikayetin suçtan zarar gören kişiye bırakılması daha uygun olur. Başka bir anlatımla, banka kötü niyetli keşidecinin yanında yer almış olur.

Banka ibraz edilen ve arkası yazılıp iade edilen çekin bedelini her halükârda blokeye alacaktır.

Çekin karşılığının olmaması veya kısmen karşılığının olması halinde bununda çekin arkasına yazması ve kısmî karşılığı da blokeye alması gerekmektedir.

Blokeye alınan çek bedelinin kime ait olacağı ve bu kaydın ne kadar süre devam edeceğine ilişkin yasal bir düzenleme yoktur.

Hamil, yetkili hamilse (TTK. 704) blokedeki bedel hamile, değilse keşideciye ait olacaktır.

Aidiyet meselesi, özellikle keşideci veya hamilin alacaklılarının blokedeki bu para üzerinde haciz koydurmak istemesi halinde önem arz etmektedir.

Bu durumda banka haciz şerhini koyup durumu bir yazı ile İcra Müdürlüğüne bildirmesi gerekir.

Haczin uygulanması ise aidiyet sorununun çözümünden sonra mümkündür.

Banka ayrıca, çekin süresinde ibraz edilmesi halinde men'e ilişkin yapmış olduğu işlemi keşideciye de bildirmelidir.

Tüm bu çekişmeli hallerde muhatap banka bu parayı tevdi mahalline yatırılmasını isteyebilir mi?

(13) Reisoğlu - age., Sh. 106.

Bilindiği gibi, BK. nun 91 ve 95. maddeleri tevdi mahalli isteme hallerini düzenlemiştir.

BK.nun 91. maddesinde; alacaklının direnimi halinde borçlunun tevdi mahalli tayinini isteyebileceğini, BK. nun 95. maddesinde ise ifa imkansızlığı nedeniyle yine borçlunun tevdi mahalli tayini isteyeceği düzenlenmiştir.

Banka, burada hukuki anlamda borçlu değildir. Ancak ileride sorumluluk yüklenmemesi bakımından borçlu kavramını geniş olarak yorumlamak gerekir.

Kaldığı blokedeki bu paranın ne kadar sürede tutulabileceği yönü de belli değildir.

7- Keşidecinin Bu Hakkını Kötüniyetle Kullanması

Bazı hallerde keşideci çekin karşılığının olmaması veya kısmen karşılığının olduğunu bile bile ve kötü niyetle men hakkını kullanabilir.

Keşideci ile hamil arasındaki bu çekişmenin çözümlenmesinde keşidecinin kötü niyetle hareket ettiği yargı kararıyla kesinleşirse böyle bir çekin karşılıksız çek işlemine tabi tutulması gerekir. Bunun sonucu ise 3167 Sayılı Kanununun 7, 8 ve 16. maddelerinin uygulanmasıdır.

—oOo—

KAYNAKÇA

- Domaniç, Hayri : Kıymetli Evrak, 1990, İstanbul.
- Eriş, Gönen : Uygulamalı Çek Hukuku, İkinci Baskı, 1995 Ankara.
- Reisoğlu, Seza : Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 1981, Ankara.
- İnan, Nurkut-Kıvanç, Serpil : Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1984.
- Öztan, Fırat : Kıymetli Evrak Hukuku, 1976, Ankara.

DEVLETİN HÜKÜM VE TASARRUFU ALTINDA BULUNAN ARAZİLERİN MER'ADAN AYRILMASI

Gürkan Ahmet GENÇKAYA (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : I- Giriş. II- Devlet Malları. 1- Kamu Malları. 2- Özel Mallar. III- Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Bulunan Yerler. IV- Mer'alar. V- S o n u ç.

I- GİRİŞ

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren, kadastro davalarının usul ve esasında belirgin düzelmeler görülmüş, mevzuata toparlayıcı bir kanun olarak rahatlık getirmiştir. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'ndan önce; il ve ilçe belediye sınır çizgisinin bir tarafında 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu uygulanmakta iken, diğer tarafında ise tamamen değişik hükümler taşıyan 766 sayılı Tapulama Kanunu hükümleri uygulanarak çelişik durumlar yaratılıyordu. Asıl olan, mal sahiplerine kadastro sayesinde gayrimenkullerine kesin ve endişesiz olarak sahip olduklarını hissettirmek olduğuna göre 3402 sayılı Kadastro Kanununun Hükümet gerekçesinde ve 1. maddesinde açıklandığı üzere amacı; "Türk Medeni Kanununun öngördüğü şekilde tapu sicilini tesis ederek ülke bütününde birliği sağlamaktır."

Tapu sicilini tesis etmekteki amaç, ilk bakışta zilyedin malını üçüncü kişilere karşı koruma altına almak gibi gözükse de dünyadaki kadastro faaliyetleri ve nedenleri incelendiğinde ülkeden ülkeye değişen amaçlar ortaya çıkmaktadır.

Genel olarak dünyanın her tarafında kadastro, mali veya hukuki amaçlarla yapılmaktadır. Mali amaçta kadastro, vergiye esas olmak üzere yani adilane vergi almak için yapılmakta; hukuki amaçta kadastro ise gayrimen-

(*) Gümüşhane Hâkimi.

kulün sahibini ve niteliğini tespit edebilmek amacıyla yapılmaktadır. Fransa ve İtalya'da kadastro sırf mali amaç ile yapıldığı halde; Almanya'da kadastro, mali ve hukuki amaçlarla yapılmaktadır (1). Türkiye'de ise kadastronun mali mi, yoksa hukuki amaçla mı yapıldığını tespit için 3402 sayılı Kadastro Kanununun Hükümet gerekçesi ile vergi kanunlarını gözden geçirmek gerekmektedir.

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun Hükümet gerekçesinde; "Memleketimizde sosyal, ekonomik, teknik ve hukuki alanlardaki gelişmeler, şehirleşme, imar hareketleri, toprak faaliyetleri, yol, baraj, sulama tesisleri, araziye ilişkin vergi ve kredi problemleri, kamulaştırma işlemleri, toprak ve tarım reformu ve benzeri hizmetler kadastronun öncelikle bitirilmesini gerektirmektedir" denilerek mali amaç ön plana çıkarıldığı halde; muafiyet, istisnalar ve indirimlerden oluşan Vergi Kanunlarımızda gayrimenkullerin vergiye esas değerleri, genel olarak o köy ve kasaba halkından seçilen komisyonlarca tahmin edilmekte veya beyan usulüne göre tesbit edilmektedir (2). Bu durum da göstermektedir ki, Türkiye'de kadastro mali amaçla yapılmaya çalışılmakta ise de sonucu itibariyle hukuki amacın dışına çıkılamamaktadır.

3402 sayılı Kadastro Kanununun genel olarak hukuki amacı yani taşınmazın niteliğini ve zilyedi ile malikini tespit etmekte yeterli olduğu şüphesizdir. Ancak çağımızın ihtiyaçları çoğalmakta, görüş ve düşünceleri sürekli değişmektedir. Buna rağmen madde incelendiğinde 1960 Anayasası'na aykırı olmayan ancak bütünü itibariyle Anayasanın ulaşmak istediği hedeflere taban tabana zıt olan 766 sayılı Tapulama Kanununun (3) bir çok maddesinin çağın gereklerine uygun olarak düzenlenmeden 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na katılması ve gerekse Yargıtay'ın bazı içtihatlarla sıkı sıkıya bağlı kalması bugün uygulamada bazı problemlere neden olmaktadır. Burada sadece Devlet mallarından olan mer'a ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler üzerinde durularak hukuki amacın ne derece hakkaniyete uygun olarak yerine getirildiği ve mali amacın yerine getirilmesi için yapılması gereken düzenlemeler tartışma konusu yapılacaktır.

(1) H. Ziya Türkkan: Fransa-Almanya-İsviçre Kadastroları, 1936.

(2) Şükrü Kızılot: Vergi Kanunu ve Uygulaması, 1994.

(3) Doç. Dr. Kevork Acemoğlu: Tapulama Kanununun İncelenmesi ve Eleştirilmesi, 1970.

II- DEVLET MALLARI

Devlet mallarını ikiye ayırarak incelememiz mümkündür:

- 1- Kamu malları,
- 2- Özel mallar.

Kamu malları da şu şekilde bir ayrıma tabi tutulabilir:

A- Devletin umumun istifadesine terk ve tahsis etmiş olduğu umumi yollar, köprüler, resmi binalar, okullar, hastaneler, parklar ve buna benzer hizmet malları.

B- Sadece bir kısım halkın istifadesine terk ve tahsis edilmiş kamu malları- ki bu mallardan ancak kanunen istifade hakları olan kimseler faydalanabilirler-, bir veya birkaç köyün ayrı ayrı veya ortak istifade hakkına sahip olduğu mer'a, yaylak ve kışlaklar gibi orta malları.

C- Özelliği itibariyle herhangi bir tahsis iradesine ihtiyaç olmaksızın herkesin faydalanabildiği Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan denizler, göller, dağlar, tepeler, tarıma elverişli olmayan sahihsiz yerler ve 23.11.1960 tarih, 138 sayılı Kanun ile değişik Medeni Kanun'un 679. maddesine göre yeraltı suları gibi sahihsiz mallar.

Özel mallar ise; mahiyetleri itibariyle özel mülkiyete konu olabilen ve devletçe herhangi bir kamu hizmetine ayrılmamış olan ve mülkiyeti devlete ait olan menkul veya gayrimenkullerdir (4).

III- DEVLETİN HÜKÜM VE TASARRUFU ALTINDA BULUNAN YERLER

Kamu malları arasında sayılan ve sahihsiz mallar kavramı içine giren Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlere ilişkin düzenleme, Medeni Kanun'un 641 ve 912. maddelerinde yer alan hükümlere paralel olarak 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16/C maddesinde "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi tarıma elverişli olmayan sahihsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel suların istisnası saklı kalmak üzere, tescil ve sınırlandırmaya tabi olmadığı" şeklinde yer almıştır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, özel bir hüküm

(4) İhsan Özmen-Halim Çorbacı: Kadastro Kanunu Şerhi, 1991.

bulunmadıkça Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler işgal veya adi ya da olağanüstü zamanaşımı yoluyla iktisap olunamazlar.

Uygulamada çoğu zaman görülmüştür ki, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler, il, ilçe ve köy yerleşim merkezleri dışında, ulaşımı genellikle güç olan yerlerde etrafı eski taş duvarlarla veya kavak ağaçları konularak çevrilmiş, otları temizlenmiş yerlerdir. Medeni Kanununun ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun açık hükümlerine karşın bu tür yerlerin zilyetlikle kazanılmasına imkan olmamasına rağmen vatandaşlarca kullanılması alışkanlığı, eski hukukumuzda mevat araziyi tahcir etme (başkalarının müdahalesine karşı arazinin etrafını çevirme) müessesesinin bir devamıdır. Tahcirde, Sultan'ın izni aranmaksızın bu tür yeri imar ihya etmek için tahcir edene üç sene tanınmakta, böylece boş, kıraç, taşlık bir arazi tarım arazisi vasfını kazanabilmekteydi (5).

Günümüzde ise yurt ekonomisine, faydalı olacağı düşüncesinden hareketle, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 17. maddesi, "Orman sayılmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen araziden, masraf ve emek sarfı ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen taşınmaz mallar 14. maddesindeki şartlar mevcut ise imar ve ihya edenler veya halefleri adına, aksi taktirde Hazine adına tespit edilir. İl, ilçe ve kasabaların imar planının kapsadığı alanlarda kalan taşınmaz mallarda bu hüküm uygulanmaz" hükmü ile imar - ihya yoluyla mülkiyet kazanmayı düzenlemiş, böylece alın terinin de değerlendirme yoluna gidilmiştir. Ancak, eski ve yeni hukukumuz bu konuda karşılaştırıldığında 3402 sayılı Kadastro Kanununun 17. maddesinin, gerek Arazi Kanununa ve gerekse Mecelle'ye göre imar - ihya için daha ağır şartlar içerdiğini görmek mümkündür.

Mecelle'nin 1275 ve 1276. maddelerine göre "mevat (ölü) bir araziye tohum ekmek, fidan dikmek, tarlayı nadas etmek, sulamak için harklar açmak, arazinin etrafına duvar çevirmek" ihya sayılır (6). Oysa, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 17. maddesi ihya eylemleri konusunda tam bir açıklık taşımakta, bu konudaki Yargıtay kararlarını incelediğimizde, Hukuk Genel Kurulu'nun 18.5.1984 tarih, 7-148/564 sayılı kararına göre, bir yerde imar ihyanın varlığının kabul edilebilmesi için taşlık, çalılık, fundalık yerlerin ya da delice-

(5) Prof. Dr. Halil Cin: Osmanlı Toprak Düzeni, 1992.

(6) Prof. Dr. Halil Cin: Osmanlı Toprak Düzeni, 1992.

liklerin para ve emek sarfıyla kültür arazisi veya zeytinlik haline getirilmesi, bu eylemin 20 yılı aşkın bir süreye ulaşması ve bu tür yerlerin il ve ilçe imar planlarının kapsadığı alanlar dışında bulunması gerekmektedir.

Yalnız burada dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır ki; Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler genellikle dağlık, taşlık nitelikte, toprak kalınlığı az olan, tabanı kayalık, eğimi bir hayli fazla olan yerlerdir. 3402 sayılı Kadastro Kanununun hükümlerine göre bu nitelikteki bir yerin 17. maddeye göre imar ihya yolu ile kazanılıp kazanılamayacağı araştırılması yapılırken şahsın buradaki zilyetliğinin 20 yılı aştığı şahit ve bilirkişi beyanları ile anlaşılmalı olsa dahi, refakatte götürülen ziraat mühendisi veya jeoloji mühendisi teknik bilirkişiler yaptıkları incelemelerde arazinin eğiminin fazla olması, su tutma kabiliyetinin bulunmaması, erezyona tabi olması, toprak kalınlığının az olması, arazi içinde yer yer yüzeye çıkmış kaya kütlelerinin bulunması gibi, teoride doğru nedenlerle rantabl (verimli) tarım yapılmasının mümkün olmadığından bahisle tarım arazisi olmadığını bildirir raporlar vermektedirler. Böylece 20 yıl veya daha fazla süre ile yapılan emekler boşa gitmektedir. Ancak, köylü bu tür bir yerden kendi geçimini sağlayacak kadar verim elde etmektedir ve harcadığı emekle kıraç bir araziye komşu parsellerden ayırde-dilecek niteliğe getirmiş, belki diktiği birkaç ağaç ile yeşillendirmiştir. Genellikle, bu tür Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler imar ihya edilmiş dahi olsa bilirkişilere değeri sorulduğunda, kimsenin bu tür yerlere para vermeyeceğini, satım olanağının bulunmadığını beyan etmektedirler. Kanatımca bu türden maddi değeri olmayan Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yerlerin kazanılmasının 3402 sayılı Kadastro Kanunundaki gibi sıkı şartlara bağlı tutulması ülkenin yeşillendirilmesi ve tarım arazilerinin çoğaltılarak kente göçün önlenmesi yönünde bir engeldir.

IV- MER'ALAR

Kamu malları içinde orta malı olarak nitelenen mer'anın bir tarifini yapmak gerekirse, mer'a; bir veya birkaç köy veya kasaba halkına tek başına veya müştereken kullanılmak üzere, yetkili makam tarafından tahsis edilmiş olan veya böyle bir tahsis bulunmasa dahi kadimden beri köy veya kasabalar tarafından hayvanlarını otlatmaları ve otundan yararlanmaları için kullanılan ve hak sahiplerinin mevcut intifa hakları dışında üzerinde fiili ve hukuki tasarruflarda bulunamadıkları arazi parçasına verilen isimdir (7).

(7) Prof. Dr. Halil Cin: Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak, Kışlak, 1980.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu eski bir içtihatı ile Arazi Kanunnamesi hükmünü benimseyerek, bir yerde mücerret hayvan otlatmanın o yerin mer'a olmasını gerektirmeyeceğini belirterek "kullanma ve tahsisin" mutlak surette bir arada bulunması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu içtihattan anlaşılacağı üzere köy veya kasaba halkı bir yerde hayvanlarını otlatmakta olmalarına rağmen, o yer yetkili makamlarca tahsis edilmemiş ise oraya mer'aya dair hükümler uygulanmaz; oraya olsa olsa Arazi Kanunnamesi 105. maddede anlamını bulan otlakiye demek daha doğru olur.

Mer'aların birinci unsuru "tahsis" dir. Mer'a tahsisleri Osmanlı Devleti'nde Kadı ve naipin önergesi üzerine zamanın Padişahları tarafından verilen fermanlar ile olurdu (8). Tahsisin geçerli olması için yetkili makam tarafından yapılmış olması gerekir. Ancak, bu şekilde yapılmış tahsis dahi, Yargıtay 7. HD.'nin 7.2.1974 tarih, 10295/450; 6.4.1973 tarih, 1772/2407; 26.3.1974 tarih, 9270/1499 sayılı kararlarına göre, tapu senedi niteliğinde olmayıp sadece ispat vasıtası olarak kabul edilmektedir.

Bundan başka çeşitli kanunlar ile de bir takım kuruluşlara zaman içinde mer'a tahsisi yapmak hakkı tanınmıştır. Örneğin, 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanununda, mer'aları tahsis etmeye yetkili makamlar, toprak ve tarım reformu bölgelerinde Toprak ve Tarım Reformu Bölge Başkanlığı, Ormanlık Bölgelerde Toprak ve Tarım Bakanlığı Müsteşarlığı; toprak ve tarım reformu bölgeleri dışında Köy İşleri Bakanlığı; bu tür yerlerdeki ormanlık bölgelerde Köy İşleri ve Orman Bakanlığı müştereken yapmaya yetkiliydiler. Bu kuruluşların bir yerin mer'a olduğuna dair yaptıkları tespitler geçerli bir tahsis kararı niteliğinde sayılmıştır (9).

Mer'aların ikinci unsuru "kadimlik"tir. Tahsis kaydı yoksa mer'anın kadim olup olmadığı araştırılır. Kadim, başlangıcı kimse tarafından bilinmeyecek derecede eski olan demektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.11.1975 tarih, 1/337-1524 sayılı kararında, mer'alar üzerinde işleyen süre ne kadar uzun ve kullanma ne kadar eski olursa olsun, başlangıcı biliniyorsa kadim olma durumu gerçekleşmez denilmiş; ayrıca Yargıtay 7. HD.'de 3.4.1969 tarih, 1965/2711 sayılı kararında, istifade hakkına sahip olan köyün de kadim olması gerektiğini, 1923 yılında kurulan köyün kuruluş tarihi bilindiği için kadim olmayacağını açıklamıştır.

(8) Zerrin Akgün: Mer'a Hukuku, 1968.

(9) Prof. Dr. Halil Cin: Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak, Kışlak, 1980.

Mer'anın kadim olduğunun ispatına bilirkişi sözleri tek başına yeterli olmayıp, şahitle ispat edilmesi gerekir. Ancak, bu şahit beyanları da Yargıtay'ın çeşitli kararlarına göre açık, kesin ve yeterli olmalıdır. Yani, Yargıtay Birinci HD.'nin 20.3.1970 tarih, 1940/1539 sayılı kararına göre, "Benim bildiğim 60 yıldan beri mer'adır, ondan önce de babam ve dedem de buranın mer'a olduğunu söylediler" demeleri gerekmektedir.

Anadolu'nun bir çok bölgesinde mer'alar hakkında tahsis belgeleri bulunmamakta, bu konuda bilirkişi ve şahit sözlerine itibar edilerek mer'alar tespit edilmektedir. Bu şekilde yapılan tespitler neticesinde de, ilk olarak Osmanlı Devleti zamanında belli bir amaca hizmet için ortaya çıkarılan mer'a kavramı giderek amacından uzaklaştırılmakta ve zaman içerisinde Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yerlerden ayrılmayacak duruma getirilmektedir.

Mer'a davalarında Yargıtay, artık yerleşiklik kazanmış kararlarında, şahitlerin tarafsızlığı, dürüstlüğü gibi şahsi vecibeleri yanında şahit ve bilirkişilik yapacak kişilerin davada taraf olamayan civar köy veya kasaba ahalisinden olmaları gerektiğini ısrarla savunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.12.1971 tarih, 1/811-716 sayılı kararında da belirtildiği şekilde "adli örf" haline gelen bilirkişi ve şahitlerin komşu köylerden seçilmesi, günümüzde, düşünüldüğü şekilde adaletli neticeler meydana getirmemektedir.

Yargıtay bu tür kararları ile, davada doğrudan doğruya menfaatleri bulunan aynı köyden şahitlerin gerçeği söylemeyeceklerini düşünmüş ise de, bir hukuk kuralı olarak asıl olan, şahitlerin aksi ispatlanana kadar doğru söyledikleri olduğundan, burada bu kural gözardı edilmiştir. Ayrıca, hızlı nüfus artışı ve buna bağlı olarak gelişen geçim sıkıntısı ile, köyden kente göç giderek hızlanmakta, köy nüfusu azalmakta ve bunun neticesi olarak mer'a davasında aynı köyden dahi bilirkişi ve şahit bulmak güç olduğu halde civar köyden bilirkişi ve şahit teminini istemek davayı uzatmaktan başka bir işe yaramamaktadır.

Eski yıllarda mahkeme heyeti bir köye keşfe gittiğinde, ilgi uyandırması ve bütün köy halkının toplanması nedeniyle böyle bir ortamda hâkimin bilirkişi seçiminde zorlanması sözkonusu olmadığı halde; bugün köylerde yapılan keşifler, kendi mülküne dokunulmadığı takdirde köylünün ilgisini çekmemekte ve hatta "şahit veya bilirkişi yapıyorum, vereceğim beyanlar neticesinde taraflarla ilişkilerim bozulur" endişesi ile köylüler keşif saatinde köyü terketme yoluna gitmektedirler.

Bunun yanında, Anadolu'nun birçok yerinde kimse tarafından kullanılmayan, bitki örtüsü çalılıktan ve yer yer bodur ağaçlardan oluşan, dağlık, taşlık tipik Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerden olan arazi parçaları halk tarafından mer'a olarak adlandırılmakta ve kadastro tespitleri sırasında köyden seçilen tutanak bilirkişilerinin kendilerince işe yaramaz bu tür yerleri, mer'anın gerçek anlamını bilmediklerinden sahihsiz, kiraç topraklar anlamında mer'a olarak tespit ettirmeleri neticesinde bu tür yerlere komşu olan ve genellikle tarım arazisi olan taşınmazlar da, mer'adan açıldığı iddiası ile karşı karşıya kalmaktadır. İkiyüzbin liralık alacak davasında güvenilir sayılmayan şahit beyanı milyonlar değerindeki toprak çekişmelerinde biricik delil sayılarak dönümlerce toprak niteliğine bakılmaksızın ziyedi adına veya mer'a olarak tescil edilmektedir (10). İşte bu tür davalarda şahit ve bilirkişilerin komşu köylerden seçilmesi büyük bir anlam taşımaz, çünkü tespit kesinleşmiş dahi olsa mer'a olduğu kesinleşen komşu parselin gerçekten tahsisli mer'a olup olmadığı veya kadimden beri gerçek anlamı ile mer'a olarak kullanılıp kullanılmadığı araştırılıp sonuca ulaşmak daha adeletli, süratli ve kesin netice verecektir.

Ayrıca mer'alar yukarıda tanımı yapıldığı şekilde bir köy veya kasaba halkının kullanımına tahsis edilen yerlerdir ve bu nedenle aynı köyden seçilecek bilirkişi ve şahitlerin dolaylı olarak kendilerinin de yararlanacakları, gerçekten mer'a olan bir yeri bir tek şahsın mülkiyetine geçirilmesine izin vermeyecekleri de "mahalli örf" olarak kabul edilmelidir. Şayet Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda bahsettiğimiz kararında belirtildiği şekilde, şahit ve bilirkişilerin komşu köyden seçilmesi adli örf ise ve mutlaka uygulanacak ise, bu kuralın, özellikle her iki tarafı da şahıslar değil köy olan ve taraflarca mer'a olduğu tartışmasız olan, ancak hangi köye ait olduğu dava konusu edilen mer'a davalarında uygulanması hakkaniyete daha uygun olacağı gibi, gerçek anlamı ile mer'alar tespit edilerek, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerden kesin çizgiler ile ayrılması sağlanacaktır.

V- SONUÇ

Memleketimiz, ekonomisi büyük ölçüde tarıma dayalı bir ülkedir. Buna rağmen görülmüştür ki, bazı yıllarda tarım ürünü ithal etme yoluna gidilmektedir. Bu durumun başlıca nedenlerinden biri de uçsuz bucaksız ülke topraklarının verimli bir şekilde kullanılamamasıdır. Bu durumun başlangıcı

(10) Doç. Dr. Kevork Acemoğlu: Tapulama Kanunu İncelemesi ve Eleştirmesi, 1970.

olarak ta Cumhuriyet Dönemi toprak hukuku mevzuatının yürürlüğe girmesini gösterebiliriz.

Kanaatimce, Ülkemizde tarımın yaygınlaştırılması ve verimli hale getirilmesi için bilhassa Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler konusunda Osmanlı Devleti zamanında uygulanan miri araziye yakın bir düzenleme yapılmalıdır.

Osmanlı Devleti'nde miri araziler, gerektiği taktirde çıplak mülkiyeti Devlet Hazinesine bırakılarak tasarruf hakkı kamunun menfaati doğrultusunda kullanılırdı. Miri arazinin mülkiyeti şahıslara verildiği taktirde miras meselesi ile parçalanarak toprağın randımanının azalması sözkonusu olacak, bu da haraç toplamayı zorlaştıracaktı (11).

Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler yukarıda da açıklandığı gibi genellikle dağlık, taşlık, eğimi yüksek olan, ulaşımı güç olan yerlerde bulunan, satılmaya kalkıldığında para etmeyen verimsiz topraklardır. Bu toprakların büyük bir kısmı 3402 sayılı Kadastro Kanununa göre tapulama dışı bırakılmakta ve az çok tarıma elverişli olan veya vatandaşlarca imar ihya edilerek yeşillendirilen, ancak kazanılmaya yeterli şartları taşımayan yerler de Hazine adına tapuya kaydedilerek köylülerin bu tür yerlerdeki faaliyetleri men edilerek yeniden kiraç, verimsiz ve erezyona açık bir hale dönmesi sağlanmaktadır.

Hazinenin bu toprakları elinde tutmasının mali açıdan hiçbir faydası yoktur. Satmaya kalkıldığında kimse almayacaktır, hiç kimsenin kullanımında olmadığı için vergi toplamak da mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, bu tür Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler, kuru mülkiyeti Hazineye bırakılarak, tasarruf hakkı bizzat arazinin olduğu yerde oturan ve işletecek olan şahıslara süresiz ve ilk etapta bedelsiz olarak verilebilir. Bu tür yerler şahıslara mutlaka tarım yapılması şartı ile verileceğinden, tarım yapılmaya ve verim alınmaya başlandığında elde edilen mahsulün tespit edilecek oranına göre Hazineye gelir elde etmek mümkün hale gelecektir.

Bunun yanında, yapılan tarımın verimli olmasının en büyük etkeni, yörenin özelliklerine göre ekim yapılmasıdır. Şayet Hazine kuru mülkiyetini kendisinde tutup, tasarruf hakkını şahıslara verdiği Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerleri; yörenin özelliklerine göre teknik imkanlardan

(11) Prof. Dr. Halil Cin: Osmanlı Toprak Düzeni, 1992.

yararlanarak, ekilmesi ve yetiştirilmesi yüksek verim sağlayan mahsulleri tespit ederek, kamu yararı gereğince tasarruf sahiplerinin bunları ekmesini sağlayabilecek olursa tüm toprakların verimli ve faydalı kullanılması sonucuna ulaşılacaktır.

Tasarruf hakkı şahıslara verilen arazilerin tek bir elde toplanmasını ve toprak ağalarının oluşmasını önlemek amacıyla, tasarruf sahibinin araziye satma hakkı bulunmamalı, ancak kiraya verebilmesi sağlanmalı ve kullanmak istemediğinde tasarruf hakkı Hazineye dönmek suretiyle, Hazinesinin yeniden şahıslara tasarruf hakkını verebilmesi mümkün hale gelebilmelidir. Bu tür yerlerin mülkiyeti Hazineye ait olduğu için bir müdahale durumunda tasarruf sahibinin şikayeti ile dava açma hakkının Hazineye ait olması gerekir.

Bu tür bir düzenleme yapılırken öncelikle mer'alar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler birbirlerinden kesin çizgiler ile ayrılmalı, kullanım amacına uygun olması açısından mer'a olarak tespit edilen yerlerin geniş ve üstün vasıflı yerler olmasına dikkat edilmeli, böylece buralarda otlatılan hayvanların ürünlerinin de o nispette bol ve üstün kaliteli olması sağlanmalıdır. Bunun yanında mer'aların bakımı, ıslahı ve korunması da sağlandığı takdirde ülke ekonomisinin hayvancılık alanında da gelişmesi söz konusu olacaktır.

Bunun için yapılması gereken, öncelikle yasal düzenlemenin getirilerek, kurulacak bir komisyon ile yurt çapında gerçek mer'alar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler tespit edilerek, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerin kuru mülkiyeti Hazinesinde kalmak üzere tasarruf hakkı çiftçilere verilmelidir. Böylece kadastro faaliyetinden güdülen hukuki amaç yerine getirildiği gibi, işleyecek toprak sahibi olan çiftçi huzura kavuşturularak kente göç önlenecek; tarımsal üretim, ihtiyacı karşılayacak nitelik ve miktara getirilerek, Devletin vergi gelirlerinin artırılması suretiyle kadastronun mali amacının da yerine getirilmesi sağlanmış olacaktır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI DİVANININ
Mitap - Müftüoğlu - TÜRKİYE OLAYINA İLİŞKİN
25 MART 1996 TARİHLİ KARARI (*)

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (**)

• **ANLATIM DÜZENİ** : 1- Konu. II- Avrupa İnsan Hakları Kararı. A- Türk Hükümetinin İtirazları. 1- Gözönüne Alınan Süre. 2- Tazminat. III- S o n u ç.

I- KONU

Şikayetçiler, yasadışı Dev-Yol Örgütü üyesi oldukları şüphesiyle, 22 ve 23 Ocak 1981 de Ankara'da yakalanmış ve Ankara Sıkıyönetim Mahkemesi'nin talebi üzerine 23 Nisan 1981 tarihine kadar polis gözetiminde tutulmuşlardır.

Sıkıyönetim Mahkemesinde yargılanan şikayetçiler, bu mahkemenin 19 Temmuz 1989 tarihli kararıyla müebbet hapse mahkum edilmişlerdir.

27 Aralık 1993 tarihinde Sıkıyönetim Mahkemelerinin kaldırılması üzerine, dosyaları Yargıtay'a intikal ettirilmiş ve cezaları 25 Aralık 1995 de Yargıtay'ca onanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na 14 Aralık 1989 tarihinde başvuruda bulunan şikayetçiler, yargılanmadan uzun süre tutuklu kalmalarının Sözleşmenin 5 (3). maddesine aykırı olduğundan yakınmışlardır. Şikayetçiler ayrıca, Sözleşmenin 6. maddesi anlamında tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanmamaları ve davalarının makûl sürede sonuçlandırılmamasının anılan maddeye aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.

Olayın, taraflar arasında dostane çözümle sonuçlandırılması girişimlerinin başarısız kalması üzerine, Komisyon, 8 Aralık 1994 tarihinde raporunu

(*) European Court of Human Rights, Press Releases Strasbourg, 11-27 March 1996, S. 5 vd.

(**) Hâkim-Adalet Bakanhğı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanı.

hazırlamıştır. Raporda, oybirliğiyle Sözleşmenin 5 (3) ve 6 (1). maddelerinin ihlâl edildiği tesbit edilmiştir.

II- AVRUPA İNSAN HAKLARI DİVANI KARARI

Şikayetçiler Divan önünde de:

- Uzun süre tutuklu olarak yargılandıklarından,
- Davalarının makûl sürede sonuçlandırılmadığından ve

- Sıkıyönetim Mahkemesinin kanunla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme sayılmayacağından, dürüst ve âdil bir şekilde yargılanmadıklarından yakınmışlardır.

A- Türk Hükümeti'nin İtirazları

Türk Hükümeti, süre yönünden Divan'ın davaya bakmaya yetkisi bulunmadığı ve şikayetçilerin iç hukuktaki kanun yollarını tüketmedikleri şeklinde iki itirazda bulunmuşlardır.

Türkiye, Divan'ın yargı yetkisini kabul ederken yaptığı bildirimde, bu yetkiyi 22 Ocak 1990 tarihinden sonra vukubulacak olaylar bakımından kabul ettiğini bildirmiştir.

Olayda, davayı gören Sıkıyönetim Mahkemesi, kararını 19 Temmuz 1989'da vermiştir. Bu tarih, 22 Ocak 1990'dan önce olduğundan, şeklen Divan'ın yargı yetkisinin bulunmadığını kabul etmek gerekebilir. Ne var ki, Türk Hükümeti aynı itirazı Komisyon'a da yapmış, Komisyon bunu kabul etmeyecek raporunu hazırlamıştır.

Divan, davanın makûl sürede sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığının tesbitinde 22 Ocak 1990'dan sonraki süreyi esas almıştır. Bununla beraber, karar verirken davanın o tarihte hangi aşamada olduğunu da değerlendirmiştir.

1- Gözönüne alınan süre

Davalar, 22 ve 23 Ocak 1981 tarihlerinde şikayetçilerin tutuklandıkları tarihlerde başlamış ve 28 Aralık 1995 tarihinde Yargıtay'ın karar vermesiyle sonuçlanmıştır. Dava, böylece yaklaşık 15 yıl sürmüştür. Bununla beraber, Divan sadece 22 Ocak 1990'dan sonraki yaklaşık 6 aylık süreyi gözönüne

almıştır. Ne var ki, bu tarihe kadar davanın yaklaşık 9 yıl sürdüğü de hesaba katılmıştır.

Dava'nın makûl sürede sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığının belirlenmesi, her somut olayın kendine özgü koşullarına bağlıdır. Bu konuda özellikle davanın karmaşıklığı, şikayetçiler ve yetkili makamların tutum ve davranışları gözönüne alınır.

Somut olayda, Sıkıyönetim Mahkemesi kararını 19 Temmuz 1989'da vermiş ve dosyayı Askerî Yargıtay'a havale etmiştir. Dosya, oradan da Yargıtay'a havale edilmiştir. Bu arada geçen süre 6 yıldır. Divan, davanın karmaşık niteliğini kabul etmekle beraber 6 yıllık süreyi haklı gösterecek somut bir delil de bulamamıştır. Kaldı ki, davanın bu aşamaya kadar 9 yıl sürdüğü de gözönüne alınmalıdır. Böylece Divan, Sözleşmenin 6 (1). maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır.

2- Tazminat

Somut olayda şikayetçilerin, herhangi bir maddi zarara uğradıkları tesbit edilememiştir. Bununla beraber kendilerinden herbirine 80.000 Fransız Fransı manevi tazminat ödenmesi kararlaştırılmıştır. Taraflara ayrıca mahkeme masrafı olarak toplam 60.000 Frank ödenmiştir.

III- SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde herkesin kanunla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız bir mahkemede, dürüst bir şekilde yargılama hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Ayrıca, dava makûl bir sürede sonuçlandırılmalıdır. Sözleşme bu konuda hukuk, ceza veya idari davalar açısından herhangi bir ayırım yapmamıştır.

Somut olayda şikayetçiler, Sıkıyönetim Mahkemelerinin kanunla kurulmuş tarafsız ve bağımsız mahkeme sayılmayacağından bahisle, davalarının Sözleşmeye uygun olarak dürüst bir şekilde görülmediğinden yakınmışlarsa da, Divan bu konuya girmemiş, sadece süre unsurunu gözönüne almıştır.

Kökleşmiş Divan İçtihatlarına göre, bir davanın uzun sürüp sürmediği somut olayın özelliklerine göre belirlenmektedir. Bu bağlamda olayın karmaşıklığı, sanık sayısı, ve davacının, davanın seyri sırasındaki tutum ve davranışları da gözönüne alınmaktadır. Bu çerçevede, eğer davacı mahke-

meye sürekli olarak dilekçe vererek yeni iddialar ortaya atıp da mahkemeyi bunları incelemeye zorlamışsa, davanın uzamasına kendisinin sebebiyet verdiği kabul edilerek şikayeti reddedilmektedir.

Aynı şekilde, yargı organlarının uzun süre hiç bir soruşturma, duruşma yapmadan hareketsiz kalmaları, Sözleşmenin 6. maddesine aykırı sayılmaktadır. Nitekim, somut olayda Divan bu gerekçeyle davanın makûl sürede sonuçlandırılmadığını tesbit etmiştir.

İŞÇİ VE MÜTEAHHİTLERİN KANUNİ İPOTEK HAKKI

Çeviren

Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI (*)

(M) Anonim Şirketi'ne karşı (G)'nin açtığı davada, II. Hukuk Dairesi'nin 7 Ekim 1994 tarihli kararından alınmıştır (Karar düzeltme müracaatı).

İşçi ve müteahhitlerin kanuni ipotek hakkı; MK. m. 839/fıkra 2 süresinin başlangıç noktası:

İşin sona ermesinden önce müteahhide iş bırakılırsa, işi bırakma tarihi MK.nun 839/2. maddesindeki sürenin başlangıç noktasını teşkil eder. Bu tarihten sonra işi bitirmek için çalışmalara devam ederse, sözleşmenin fesih tarihini aynı şekilde dikkate almak gerekir mi? Bu davada bu sorun karara bağlanmamıştır. İş sahibi sözleşmenin derhal feshini ileri süremiyordu. Zira, müteahhidin mutlaka yapılması gereken bazı işleri hâlâ ikmal etmesi istenmişti (Gerekçe 1).

28 Kasım 1987 tarihinde (G), bir villanın inşaatı için genel müteahhit olan (P) ile bir eser sözleşmesi imzaladı. Duvar işlerinin müteahhidi (M) Anonim Şirketi 14 Aralık 1988 tarihine kadar kazı işlerini, kanalizasyonların bir kısmını ve bodrum katının betonunu ifa etti (döşeme betonu, duvarlar, temel betonları). Ocak 1989'da drenajları ve dolgu işlerini yapmak için geldi. Daha sonra, hava şartlarından dolayı inşaatın kesintiye uğramasından dolayı şantiyeyi terketti.

24 Nisan 1989'da (P) sözleşmeyi feshetme yetkisini saklı tutarak, gelecek 1 Mayıs'dan önce işlere yeniden başlaması için (M) Anonim Şirketi'ni

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

KAYNAK : Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse Recueil Officiel 120 e Volume II partie, sayfa 389-391.

temerrüde düşürdü. Ertesi günü 18 Nisan'da formüle edilen bir talebi tekrar ederek, (M) Anonim Şirketi işe devam edebilmesi için gerekli olan planları istedi. 29 Mayıs 1989 tarihli mektupla, (P) bodrum katında biriken suyun pompa ile dışarıya atılmasını ve havalandırma pencerelerinin açılmasını ve bodrum seviyesinin kurutulması için gerekenin yapılmasını talep etti. Genel müteahhit, geriye kalan işlerin başka bir müteahhide ihale edilmiş olması nedeniyle, sözleşmenin ani sonuç doğurur biçimde feshedilmiş olduğunu açıklıyordu. (M) Anonim Şirketi cevaben istediği planların verilmesini beklediğini bildirdi. İşin ondan alınması halinde, yapılmakta olan işleri bitirmeliydi (beton kalıbının sökülmesi, malzemenin ve tesislerin şantiyeden çıkarılması). Bu da 4-5 gün alırdı. Bunu takiben, kesin hesabı çıkaracaktı, (G)'nin villası üzerinde kanuni ipotek tesis edilmesini isteyecekti. 5 Haziran'dan 7 Haziran 1989 tarihine kadar (M) Anonim Şirketinin bir duvarcı ve iki amelesi, bodrum katının tavan kalıplarının sökülmesi, malzemenin kaldırılması ve şantiyenin temizlenmesi işinde çalışmıştır.

7 Eylül 1989'da (M) Anonim Şirketi, 34.690,60 İsviçre Frangı + faizleri için (G)'nin parseli üzerinde işçi ve müteahhitlere ait, geçici kanuni ipotek kaydettirdi. Daha sonra tescilin muvakkat nitelikli olması ve 30 Haziran 1990 tarihine kadar hakkını elde etmesi ve (M) Anonim Şirketi'nin mahkemeye müracaat etmesi için süre tesbit edildi. İşlemler devam ederken taraflar bir anlaşma imzaladılar. Buna göre, (G), (M)'ye borçlu olduğunu kabul ediyor ve ona, kanuni ipoteğin kesin tescili ile elde edebileceği 34.606,20 İsviçre Frangı'nı faizleri ile birlikte ödemeyi taahhüt ediyordu. Bu taahhüdün garantisini üzere ve kanuni ipoteğin yerine (G), (M) Anonim Şirketi'nin emrine 35.000 İsviçre Franklık bir banka teminat mektubu veriyordu, bu durumda (M) Anonim Şirketi kanuni ipotekten vazgeçiyordu. Davanın esasına ait kararda (G), (M) Anonim Şirketi'ne 29.112,80 İsviçre Frangı ve ayrıca 9 Eylül 1989'dan itibaren %5 temerrüt faizi ödemeye mahkum oldu. (M) Anonim Şirketi bu durumda, (G) tarafından verilen banka teminat mektubunu ödemeye koydu. (G)'nin karar düzeltme müracaatını alan Federal Mahkeme bu müracaatı reddetti ve temyiz edilen hükmü onadı.

GEREKÇELERİN ÖZETİ

1) Karar düzeltme talebinde bulunan Kanton Mahkemesi 29 Mayıs'da eser sözleşmesinin feshinden sonra 3 ayı aşan bir süre, 7 Eylül'de ihtilâflı kanuni ipoteğin tescilini kabul ettiği için, kendisine MK. nun 839. maddesinin kötü bir uygulamasını yaptığı şeklinde bir tenkid yöneltmiştir. Böylece çok açık olan Federal Mahkeme İçtihadını (ATF 102 II 206) ihlâl etmiştir.

a) Bir eski içtihad olan (ATF 39 II 205), teyid eden bu içtihadın hükümlerine göre, işin bitirilmesinden evvel iş müteahhitten alınmış ise, MK. m. 839/2'deki sürenin başlangıç noktası son yaptığı işin tarihi değil, müteahhitten işin alındığı tarihtir. Müteahhit işi yapmayı reddettiği ve sözleşmeden döndüğü zaman da durum aynıdır. Gerçekten, alışıldığına göre, böyle bir durumda, fesih anında müteahhitten ne malzeme ne de iş beklenebilir. O zaman, müteahhit işi bitirmiş olsaydı, normal olarak nasıl bir kesin hesap çıkaracak idiyse, aynı şekilde yaptığı işlere ait belirgin bir hesap çıkarabilir (ATF 102 II 206 gerekçe 1a p. 208; cf. en outre arretes tessinois du 29 decembre 1989 in DC 4/92, p. 103. n. 180 et zurichoises du 14 janvier 1980 in ZR 79/1980, p. 152 ss; Leemann, n. 16 ad art. 839 CC; R. Schumacher, Das Bauhandwerkerplandrecht, 2e ed. 1982, p. 180 s., no. 640s.).

b) İlk derece hâkimler yukarıda zikredilen içtihadı bilmiyor değillerdi. Fakat bu içtihadın dayandığı olayın durumunun, bu davadaki ile aynı olmadığı değerlendirilmesini yaptılar. Aradaki fark ise, burada sözleşmenin feshinden sonra kalıp sökme işleri ile şantiyenin temizlenmesi işlerinin devam etmiş olmasıdır.

Gerçekten, ilgide sunulan bu iki karar, eser sözleşmesinin feshinden sonra iş ifa eden müteahhidin durumuna uymamaktadır. Birinci kararın hükmüne göre (ATF 39 II 205), müteahhit en son işini Ocak 1911 tarihinde yapmıştı ve genel müteahhitte mutabık kalan iş sahibi 10 Nisan 1912 tarihinde eser sözleşmesini feshetmişti; kanuni ipotek ise onu takip eden ayda talep edilmiş ve tescil edilmişti.

İkinci karar ise (ATF 102 II 206) çok az iş ve malzeme gerektiren, güvenlik sebebiyle ifa edilen işlerin, işin bitirilmesi nitelikli kabul edilip edilmeyeceği sorununu incelemiştir (Gerekçe 1b aa p. 209).

MK. m. 839 hükmünün (var oluş sebebi) "Ratio legis" işçilerin ve müteahhitlerin korunmasıdır. Yukarıda belirtilen içtihadtaki istisnai olay durumu, sözleşmenin feshi halinde üç aylık sürenin başlangıç noktasının belirtilmesini gösteriyordu. Kendi iradesi dışında bir sebeple, örneğin, iklim koşulları veya grev sebebiyle üç ay içinde işi ifa edemeyip de, iş sahibi tarafından iş elinden alınırsa kanuni ipotek kaydedilmesi hakkından mahrum bırakılabilir. O zaman sözleşmenin feshi tarihi, MK. m. 839/2'deki sürenin başlangıç noktasını teşkil edebilir.

c) Bitiş işlerini, iş sahibinin açık veya örtülü mutabakatı ile müteahhidin sözleşmeyi fesih tarihinin dikkate alınıp alınamayacağı sorununu, genel

olarak burada incelemeye hiç gerek yoktur. Gerçekten, 29 Mayıs 1989 tarihinde genel müteahhit açıkça, bazı işlerin ifasını duvar işlerini yapan müteahhitten istemiştir. Bu mektubun gönderme tarihini alarak, iş sahibi sözleşmenin derhal feshini ileri süremez. Genel müteahhitten alınan kesin talimatla yapılması istenen diğer iş ise şantiyeden malzemenin kaldırılması ve gerekli olan bazı işlerin ifasıdır (kalıpları sökme, şantiyeyi temizleme gibi). Karar düzeltme müracaat sahibinin düşüncesi hilâfına; bu işler asgari önemi olan tâli iş olarak dikkate alınmayıp, müteahhidin faaliyetine zaman tanıyan kaçınılmaz işlemler olarak dikkate alınmalıdır (ATF 102 II 206 consid. 1 b aa p. 209).

MK. m. 839/2'nin açık metninden anlaşıldığına göre, üç aylık süreyi başlatan, işlerin bitirilmesidir. Davalı henüz kendisine tanınan süre olan 2 Haziran'da görevini bitirmeyip 7 Haziran'da bitirmiştir. Bu durum, gerekli olduğu tartışmasız olan söz konusu işlerin MK. m. 839/2 anlamında bitiş işleri olarak nitelendirilmesini engellemez. O halde, Kanton Mahkemesi 7 Eylül tarihinin, 3 aylık kanuni sürede meydana geldiğini kabul ederek geçici tescili yapmasıyla Federal Kanunu ihlâl etmemiştir. Buradan çıkan sonuca göre, müracaatın I-III taleplerinin reddi gerekmiştir.

Karşılaştırma İçin

İsviçre BK.

m. 839/2

Türk BK.

m. 809/2

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Derleyen
Ali Rıza GENİŞ (*)

• Ali Haydar KARAHACIOĞLU

1931 yılında Vakfikebir'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1954'de bitirdikten sonra, Ünye Hâkim Adayı olarak 1956 senesinde mesleğe başlayan *KARAHACIOĞLU*, sırasıyla; Tutak, Göle, Araklı ve Ordu Hâkimlikleri ile Yargıtay Tektik Hâkimliği ve Yargıtay Genel Sekreter Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Fransızca bilen, 29.12.1977 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen, "Tapulama ve Toprak Reformu Yasası", "Kanunlarımızda Müddetler", "Kat Mülkiyeti Kanunu", "Tapulama Kanunu", "Ortaklığın Giderilmesi Davaları", "Tahliye Davaları", "Adli ve İdari Yargıda Kamulaştırma" adlı eserleri ile çeşitli meslek dergilerinde yayımlanmış güncel konulu makalelerinin yanı sıra, yedi tane şiir kitabı da olan şair *Ali Haydar KARAHACIOĞLU*, 12.9.1988'den beri sürdürdüğü Beşinci Hukuk Dairesi Başkanlığı'ndan, yasal yaş sınırı nedeniyle 31.7.1996 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• Mustafa Sadrettin AYKONU

1931 yılında Sinop'ta doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1954'de bitirdikten sonra, Sinop Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *AYKONU*, sırasıyla; İspir Hâkim Yardımcılığı, Ilgaz, Gerede, Bartın, Zonguldak ve Alanya Hâkimlikleri ile Anayasa Mahkemesi Raportörlüğü görevinde bulunmuştur.

"Anayasa Yargısı" adlı dört ciltlik ortak bir yapıtı ile çeşitli konularda yayımlanmış makaleleri bulunan ve 20.5.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Mustafa Sadrettin AYKONU*, Onüçüncü Hukuk Dairesi Üyeliği görevinde de bulunduktan sonra, 20.9.1993'te seçildiği Onbeşinci Hukuk Dairesi Başkanlığı'ndan, yasal yaş sınırı nedeniyle 10.2.1996 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

• **Seyfettin ÇETİNELLİ**

1933 yılında Balıkesir'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1961'de bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1964 senesinde mesleğe başlayan ÇETİNELLİ, sırasıyla; Çelikhane, Şarkışla, Divriği ve Ayancık Hâkimlikleri ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Seyfettin ÇETİNELLİ*, Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi iken, 15.2.1993 günü seçildiği aynı Dairenin Başkanlığından, kendi isteği ile 21.9.1995 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Münir ONAN**

31.5.1931 günü Ankara'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1957'de bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 29.8.1957 tarihinde mesleğe başlayan ONAN, sırasıyla; Çat ve Sarız Hâkimlikleri ile Seydişehir, Afyon Cumhuriyet Savcılıkları ve Adalet Başmüfettişliği görevlerinde bulunmuştur.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Münir ONAN*, İkinci Ceza Dairesi Üyesi iken, 8.3.1994'te seçildiği aynı Dairenin Başkanlığından, yasal yaş sınırı nedeniyle 31.5.1996 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **M. Edip DOĞRUSÖZ**

1931 yılında Antakya'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955'de bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak 1957 senesinde mesleğe başlayan DOĞRUSÖZ, sırasıyla; İmranlı ve Gazipaşa Cumhuriyet Savcılıkları ile Kozaklı, Erdemli, Kalecik ve Ankara Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Lisans Semineri ile Londra'da bir yıl süreli "Mukayeseli Hukuk ve Ceza Davaları" konularında akademik çalışma yapan Doğrusöz'ün "Rehin Hukuku", "Kira Tesbit Davaları", "Sular Hukuku", "Kamulaştırmasız Elkoyma-Elatmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları" isimli eserleri ile yayımlanmış makaleleri vardır.

Fransızca, İngilizce ve Arapça bilen, 21.2.1980 günü Yargıtay Üyeliğine, 11.7.1990 tarihinde de Üçüncü Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilen *M. Edip DOĞRUSÖZ*, bu görevinden, 24 Aralık 1995 milletvekili genel seçimi ile kısa bir süre ayrılmış, daha sonra döndüğü Yargıtay Üyeliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 1.7.1996 günü emekliye ayrılmıştır.

• **Mehmet DEMİRTÜRK**

1930 yılında Yozgat'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955'de bitirdikten sonra, 24.6.1957 günü Yozgat Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *DEMİRTÜRK*, sırasıyla; Silvan Hâkimliği, Kozaklı, Şarkikaraağaç, Turhal Cumhuriyet Savcılıkları, Burdur Hâkimliği, Burdur Hukuk Hâkimliği ile Yenimahalle Sulh ve Yenimahalle Asliye Hukuk Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve emekli oluncaya kadar Yönetim Kurulu Üyeliği görevini de sürdüren *Mehmet DEMİRTÜRK*, Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyeliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle, 10.9.1995 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **K. Nihat FADILLIOĞLU**

1931 yılında Elazığ'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955'de bitirdikten sonra, Tekirdağ Hâkim Adayı olarak 1957 senesinde mesleğe başlayan *FADILLIOĞLU*, sırasıyla; Göksun, Samsun, Zile, Ankara Hâkimlikleri ile Yüksek Hâkimler Kurulu Müfettiş Hâkimliği ve Adalet Müfettişliği görevlerinde bulunmuştur.

Çeşitli gazete ve dergilerde yayınlanmış makaleleri ile karikatürleri bulunan ve 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *K. Nihat FADILLIOĞLU*, Altıncı Hukuk Dairesi Üyeliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 1.1.1996 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Yusuf Servet KİTİŞ**

1930 yılında Dinar'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959'da bitirdikten sonra, Dinar Hâkim Adayı olarak 26.5.1959 günü mesleğe başlayan *KİTİŞ*, sırasıyla; Bulanık, Van Hâkim Yardımcılıkları ve Akdağmadeni, Aksaray Hukuk Hâkimlikleri ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Fransızca bilen, 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve "Kamulaştırma Davaları" adlı ortak bir eseri bulunan *Yusuf Servet KİTİŞ*, Beşinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 1.12.1995 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Muallâ ERMAN**

6.6.1931 günü Sivas'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1953'de bitirdikten sonra, Sivas Hâkim Adayı olarak 1955 senesinde mesleğe başlayan *ERMAN*, sırasıyla; Horasan ve Divriği Hâkim Yardımcılıkları, Çorum, İnebolu, Çankırı, Kırıkkale Hâkimlikleri ile Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Mualâ ERMAN*, Altıncı Hukuk Dairesi Üyeliği görevinde de bulunduktan sonra, Onikinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 7.6.1996 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **İhsan ÖZKAYA**

1931 yılında Giresun'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1958'de bitirdikten sonra, Giresun Hâkim Adayı olarak aynı yıl mesleğe başlayan *ÖZKAYA*, sırasıyla; Sivrice, Ardeşen, Keşap Cumhuriyet Savcılıkları, Kozan Hâkimliği, Fethiye ve Elazığ Cumhuriyet Savcı Yardımcılıkları ile Karadeniz Ereğlisi Cumhuriyet Savcılığı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *İhsan ÖZKAYA*, Birinci Ceza Dairesi Üyeliği görevinde de bulunduktan sonra, Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyeliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 20.5.1996 tarihte emekliye ayrılmıştır.

• **Hakkı Süha TERZİBAŞIOĞLU**

1931 yılında Muğla'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1963 senesinde mesleğe başlayan *TERZİBAŞIOĞLU*, sırasıyla; Çayırılı, Sandıklı, Sivas ve İstanbul Hâkimlikleri ile İstanbul Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

Çeşitli dergilerde yayımlanmış genel ve mesleki konularda makaleleri bulunan, 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Asil Üyeliği ile aynı Kurul'un Başkan Vekilliği görevlerinde de bulunan *Hakkı Süha TERZİBAŞIOĞLU*, Onbirinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 2.3.1996 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Ahmet SEVGİLİ**

1930 yılında Kozan'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1966'da bitirdikten sonra, Kozan Hâkim Adayı olarak 1967 senesinde mesleğe başlayan *SEVGİLİ*, sırasıyla; Durağan Hâkimliği, Mardin Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, Sandıklı Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Yüksek Hâkimler Kurulu Müfettiş Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği ve Askeri Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Ahmet SEVGİLİ*, Beşinci Ceza Dairesi Üyeliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 18.12.1995 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Sadrettin ÇELİK**

1931 yılında Ağrı'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959'da bitirdikten sonra, Ağrı Hâkim Adayı olarak 31.7.1959 tarihinde meseleğe başlayan *ÇELİK*, sırasıyla; Ağrı, Kavak Hâkimlikleri, Iğdır ve Karabük Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlıkları ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

6.12.1988 günü Yargıtay Üyeliğine Seçilen *Sadrettin ÇELİK*, İkinci Ceza Dairesi Üyeliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 1.7.1996 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Mustafa Vehbi BENLİ**

1930 yılında Burdur'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1954'de bitirdikten sonra, Burdur Hâkim Adayı olarak 1956 senesinde mesleğe başlayan *BENLİ*, sırasıyla; Erciş Hâkim Yardımcılığı, Erciş, Sivaslı, Biga Cumhuriyet Savcılıkları, Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Adalet Başmüfettişliği, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Başmüsavirliği, Eskişehir Hâkimliği, Ankara Ceza Hâkimliği ile Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ve Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

3.9.1990 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Mustafa Vehbi BENLİ*, Beşinci Ceza Dairesi Üyeliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 5.12.1995 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Mehmet Mesut AKTÜRK**

1931 yılında Osmaniye'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955'de bitirdikten ve bir süre Sayıştay Denetçi Yardımcısı görevinde bulunduktan sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak mesleğe başlayan *AKTÜRK*, sırasıyla; Kozluk Hâkim Yardımcılığı, Ayaş Cumhuriyet Savcılığı, Ayaş Hâkimliği ve Beypazarı Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.8.1991 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Mehmet Mesut AKTÜRK*, Üçüncü Hukuk Dairesi Üyeliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 1.3.1996 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Emin Kaya KURŞUN**

1.7.1931 yılında Osmancık'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 20.1.1961 tarihinde mesleğe başlayan *KURŞUN*, sırasıyla; Durağan, Mecitözü, Kayseri Hâkimlikleri, Ankara Ticaret Mahkemesi Üyeliği, Ankara Asliye Hukuk Hâkimliği ve Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı ile Ankara Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen ve 7.6.1992 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen *Emin Kaya KURŞUN*, Birinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden yasal yaş sınırı nedeniyle 1.7.1996 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Nail ADİLTÜRK**

10.11.1930 günü Bursa'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1952 yılında bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak 1954'de mesleğe başlayan *ADİLTÜRK*, sırasıyla; Eruh Hâkimliği ve Sarayköy Hâkimliği ile Kırıkkale Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1976 senesinde Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan *Nail ADİLTÜRK*, Yedinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği görevinde de bulunduktan sonra, Üçüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 7.11.1995 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Necati BOYNUKISA**

17.1.1931 günü Çankırı'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1954'de bitirdikten sonra, 1956 senesinde hâkimlik stajına başlayan *BOYNUKISA*, sırasıyla; Arguvan Cumhuriyet Savcılığı ile Bismil, Pötürge, Bulancak ve Şerefli-koçhisar Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuş, Ondördüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 16.1.1996 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Orhan Atila ŞEŞEN**

18.7.1931 günü İzmit'te doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1958'de bitirdikten sonra, Samsun Hâkim Adayı olarak 31.5.1958 tarihinde mesleğe başlayan *ŞEŞEN*, sırasıyla; Çelikhân Hâkimliği, Çumra Hâkimliği, Çatalzeytin Hâkimliği, Pasinler Hâkimliği ile Olur Hâkimliği ve Sungurlu Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

19.6.1979 tarihinde Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde "Topluluk Mülkiyeti" alanında master yapan *Orhan Atila ŞEŞEN*, Ondördüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği görevinde de bulunduktan sonra, Yirminci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 1.7.1996 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan; KARAHACIOĞLU, AYKONU, ÇETİNELLİ, ONAN, DOĞRUSÖZ, DEMİRTÜRK, FADILLIOĞLU, KİTİŞ, ERMAN, ÖZKAYA, TERZİBAŞIOĞLU, SEVGİLİ, ÇELİK, BENLİ, AKTÜRK, KURŞUN, ADİLTÜRK ve BOYNUKISA ile ŞEŞEN'e, yaşamları boyu sağlık ve mutluluklar diler, onurlu hizmetlerinden dolayı teşekkür ederiz.