

İZMİR BAROSU DERGİSİ

OCAK • 1996 • SAYI: 1

Üç ayda bir yayınlanır.

İzmir Barosu Dergisi'nde yayınlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazılar yayınlansın veya yayınlanmasın geri verilmaz. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.

İZMİR BAROSU DERGİSİ

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına
Başkan
Av. Kasım SÖNMEZ

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Bahattin Özcan ACAR

YAYIN KURULU

Av. Bahattin Özcan ACAR, Av. Gülbahar AKAN, Av. İsmail ALTUN
Av. Sevil ALTUN, Av. Ümit AYDİL, Av. Hakan BİNTEPE,
Av. Levent DAĞAŞAN, Av. Nevzat ERDEMİR, Av. Erdem GÜMÜŞ,
Av. Metin İPEKLİ, Av. Müge KARALOM, Ah. Mihrigül KELEŞ,
Av. Cenal SAYGI, Av. Figen KOÇ, Av. Cafer ÖZKAN,
Av. Emin ÖZMEN, Av. Mehmet SEYREK, Av. Çetin TURAN,
Av. Hasan YALÇIN, Av. KEMAL YAZGAN,

DİZGİ

DİZTEK • Tel: 441 30 72
847 Sk. Büyükbeyler İşh. No: 8/309 Konak • İZMİR

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU

Salihağa İşhanı Kat: 7 İZMİR
Tel: 425 43 81 - 484 80 41

BASIM YERİ

Anadolu Matbaacılık Tic. 863 Sk. No: 50 K.6
Tel: 441 08 35 Konak • İZMİR

İÇİNDEKİLER

SAYFA

Av. Bahattin Özcan ACAR

Dergi Üzerine 5-6

Av. Kasım SÖNMEZ

Demokrasi 7-8

Prof. Dr. Peter GILLES

(Çev. Doç. Dr. Hakan PEKCANİTEZ)

Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması 9-28

Sadi BÜYÜKEREN

Anayasaya Uygunluk Denetimi

ve Kesin Hükümlerin Çatışması 29-50

Dr. L. Kemal REİSOĞLU

Basında Cevap ve Düzeltme Hakkı 51-59

Av. Mehrigül KELEŞ

Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanun Kaldırılmalıdır 61-68

Av. A. Turhan SÖZEN

Mahsul Satışlarında Don Zararları 67-71

Av. M. İskender ÖZTURANLI

Büyük Hukukçular: 9 Mahmut Esat BOZKURT 72-80

YARGI KARARLARI 81-163

YİTİRDİKLERİMİZ 164-165

Bahattin Özcan ACAR ()*

Günümüzde insan hak ve özgürlüklerin korunması, güvenceye alınması bir iç hukuk, bir anayasa, yasa sorunu olmaktan öte uluslararası nitelik kazanmıştır. Onun için "insan hakları" kavramı artık kişinin özgürlük ve onurunun güvence altına alınması anlamında kullanılmakta, hak ve özgürlüklerin kuramsal alandan çıkılıp uygulamalarla kurumsallaştırılması amaçlanmaktadır. Güvence altına alınmasının da tek başına ulusal düzeyde sağlanamadığı gerçeği karşı-sında ulusalüstü bir yargı mekanizması, ulusalüstü bir pozitif hukuk sisteminin etkinliği tüm dünyada kabul görmektedir.

İzmir Barosu tarafından oluşturulan "İnsan Hakları Hukuk ve Hukuk Araştırmaları Merkezi" bu amaçla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulamasıyla ilgili yoğun eğitim çalışmaları yürütmekte, gelecekte de kurumsallaşmayı hedeflemektedir.

Bu çerçeveden bakıldığında Dergimizin bu sayısında yer alan "YARGI FAALİYETİNDE KİŞİLİĞİN VE KİŞİLİK ALANININ KORUNMASI" başlıklı çeviri bakışımıza derinlik kazandırmaktadır. Prof. Dr. Peter GILLES tarafından hazırlanıp, Doç. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'in çevirisiyle yayımlanan bu inceleme Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde konferans olarak sunulmuştur. Bu yazıda insan kişiliğinin ve onurunun hazırlık aşamasında ya da infaz kurumlarında değil mahkemelerce yürütülen yargı faaliyeti sırasında da (son soruşturma sırasında) korunması gerektiğine, bu korumanın salt ceza hukukunda değil medeni hukuk alanında da olması gerektiğine dikkati çekmektedir. Karşıtirmalı hukuk açısından ele alınan ve kısaca mahkeme sırasında kişilik haklarının ve özel hayatın ihlali ve korunması olarak nitelenen konuda en can alıcı çelişki "İNSAN ONURU" ile "KAMU YARARI-GERÇEĞİN ORTAYA ÇIKMASI" arasındaki çelişkidir.

Yazıda kişilik haklarının hangilerinin yargılama konusu dahi yapılamayacağı, alenilik ile medyanın yargı faaliyeti öncesinde, sırasında ve sonrasındaki yayınlarının bu hakların ihlaliine sebep olup olmayacağı, delillerin toplanması, tartışılması ve değerlendirilmesi aşamasında sanığın dışında mağdur ve tanıkların da kişiliklerinin korunmasına yönelik düzenlemeler, uygulamalar, yasak deliller, yasak yöntemlerle elde edilen deliller, sonuç olarak mahkemelerce verilen hükümlerin kamuya duyurulması sırasında dahi bu korunmaya gösterilmesi gereken özen irdelenmektedir.

Kasım SÖNMEZ (*)

1971'de 12 Mart Muhtırasından sonra kurulan Erim Hükümeti döneminde, kamulaştırılan taşınmazlara ödenecek bedelin beyan edilen emlak vergisi değerini aşamayacağı kuralını getiren yasal düzenleme yapılmıştı. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildi. Bu iptal kararından önce açılan bedel arttırma ve eksiltme davalarından sonuçlananlar ile henüz sonuçlanmayanlar arasında dengesizlik, adaletsizlik ve kaos yaşandı.

Yargıtay 17. H. D. Tetkik Hakimi Sadi BÜYÜKEREN bir başka örnekten, M.K.nun 443. maddesindeki nesebi sahih olmayan çocuklara kalan miras payının yarım olmasına ilişkin hükmün Anayasa Mahkemesi'nin 29.3.1988 tarihinde yayımlanan iptal kararından önce hasımlı olarak görülen ve kesin hüküm niteliği taşıyan veraset belgelerinin infaz ve icrasından hareketle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarıyla özel hukuka ilişkin kesin hükümlerin çelişmesini, özellikle bu hükümlerin icra edilebilirlik ya da edilemezlik sorununu incelemektedir.

Yargıtay 11. H. D. Onursal Başkanı Dr. L. Kemal REİSOĞLU'nun "Basında Cevap ve Düzeltme Hakkı" başlıklı yazısı medyatik egemenliğin sürdüğü, zaman zaman kişi onuruna yönelik yayınların yargı niteliğini aldığı günümüzde önemli bir konuyu ortaya koymaktadır.

Yayın Kurulu üyemiz Av. Mehri Gül Keleş güncel bir konuyu, Memuri Muhakematı Yasası'nı ele almış, bu çağdışı yasanın derhal yürürlükten kaldırılması zorunluluğuna dikkat çekmiştir.

Ege ve Akdeniz Bölgelerinde önem taşıyan "bahçede mahsül satışları"nda hasar olayına, don zararlarına ilişkin Yargıtay Kararını inceleyen Av. A. Turhan SÖZEN'in yazısı da bu sayımızdadır.

Üstadımız Av. M. İskender ÖZTURANLI Büyük Hukukçular'a bu sayıda M. Esat BOZKURT ile sürdürmektedir. Büyük Hukukçular serisinin 10. sırasında gelecek sayıda M. Kemal ATATÜRK'ün yer alacağı ve yazı serisinin bu şekilde sonuçlanacağı üstadımızca belirtilmiştir.

Dergimizin 1996/2 sayısı Avukatlık Mesleği ile ilgili yayınların yer aldığı (bir bakıma) özel sayı olacaktır. Mesleğimizle ilgili yazı göndermek isteyenlerin yazılarını bu sayı için bekliyoruz.

Buluşmak dileğiyle.

DÜZELTME:

Dergimizin 1995 Temmuz sayısında yayımlanan "YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA YABANCI PARA ALACAKLARININ TAHSİLİ" -Doç. Dr. Mekan PEKCANITEZ- başlıklı yazının 23. sh.nin 3. paragrafının 4. satırında 420.000.000 lira yerine 140.000.000 lira olarak yazılmıştır. Hatadan dolayı özür diler, düzeltiriz.

1976 yılında Metin Cengiz, Av. Cemal Erdem, Av. Esen Yücel ve şimdi aramızda olmayan ama bizi bir araya getiren sevgi ve saygıyla andığımız Av. Remzi Kardeş'le beş kişi ortak avukatlık bürosu kurmuştuk.

Yönetiminde ve paylaşmada eşitlikçi, çalışmada eşit katılımcı bir büro idi. Görev dağılımına göre birbirimize yardımcı oluyorduk. Dünya görüşümüzün ortak bir sonucu idi birlikteliğimiz. Daha sonra ayrılışımız da aynı görüşlerimizin sonucu olacaktı.

O arada Pol-Der İzmir Şubesi'nin de avukatlığını yürütüyorduk. Aynı zaman diliminde Çağdaş Hukukçular Derneği İzmir Şube Başkanı idim. Pol-Der genel kurulu vardı fuardaki bir salonda. Oraya davetli idik. Genel kurulda yönetim kurulu başkanı Sadık Balkozak Çağdaş Hukukçular Derneği şube başkanı ve kendi hukukçuları olarak benim genel kurulda konuşma yapmamı divan başkanlığına önerdi. Divan başkanı olan bir polis müdürü öneriyi uygun bulmadığını söyleyince öneri sahibi yönetim kurulu başkanı, önerinin genel kurulda oylanmasını istedi. Öneri oylandı ve oybirliğine yakın bir çoğunlukla konuşma yapmam kabul edildi. Bunun üzerine divan başkanı istifaya etti ve yeni seçilen divan başkanı beni kürsüye davet etti. O an demokrasi adına, ortaya çıkan durumu değerlendirmek gerektiğini düşündüm. Konuşmamda özetle "İşte demokrasi budur, demokrasi başkalarının düşüncelerini açıklamalarından korkmamaktır, genel kurulunuz bunu başarmıştır, demokrasi yolunda çalışmalarınızda başarılar dilerim" dedim.

Yıllar geçti. 12 Eylül darbesinden sonra gözüaltına alındığımda bu konuşmamı dinleyen bir polis memuru yanıma yaklaştı beni o konuşmamdan dolayı tanıdığını, bir isteğim olup olmadığını sordu. Ani olarak gözüaltına alındığım için haber iletmem gereken yerlerin telefon numaralarını verdim.

Kısaca halkın kendi kendini yönetmesi şeklinde öğretilen demokrasi, ilk olarak eski Yunan'da ortaya çıkmış, "polis" denen şehir devletlerinde halk dolaysız olarak aldığı kararlarla kenti yönetmiştir. Başka bir deyişle yönetimi temsilciler eliyle değil bizzat yürütmüştür. İşte bu devrede bir çok düşünür ortaya çıkmış, o dönemin düşüncülerinin sözleri ve kişilikleri bugüne kadar birçok konuda mihenk taşı olmuştur.

İnsan beyninin üzerinden baskıyı kaldırıp, onun serbestçe düşünmesi ve düşündüğünü söyleyebilmesi olanağı sağlanınca düşüncenin gelişmesi ve

daha yeniyi, daha iyiyi üretmesi mümkün olacaktır. Eski Yunan'dan sonra gelen baskıcı yönetimlerin egemen olduğu yüzyıllarda yeni düşüncüler yetişmemiştir.

Günümüze geldiğinde, 1789 Fransız Devrimi'nden sonra gelişen demokrasi düşüncesi bugün ekonomik bir zirve burunmüştür. Demokrasiyi ekonomiden (ekonomik güç odaklarından) ayırmanın imkansızlığı ile karşı karşıyayız. Hele temsilci demokrasilerde, halkı temsil edecek kişiler, delege ve üst yönetim engellerini ekonomileriyle aştıklarında mevcut yapının bir parçası olup demokrasinin işlemesine (!) yardımcı olurlar.

Oysa demokrasi halkın kendi kendini yönetmesi demek olduğuna göre;

- Eşitlikçi bir sosyal yapı,
- Katılımcı bir yönetim anlayışı,
- Özgür düşüncenin özgürce ifade edilmesi,
- Eğitimde fırsat eşitliği,
- Paylaşımında derin, olması gerekir.

Sıkça söylenen "gayri safi milli hasıladan kişi başına düşen gelir şu kadar, bu kadar" sözleri gerçeği yansıtmaktan uzaktır. Geçen gün Kültür Bakanı A. Oktay Güner "kitap fiyatları bizde fert başına düşen gelire göre ucuzdur" dedi. Milyonlarca işsiz, yine milyonlarca gizli işsiz varken, asgari ücretle geçinmeye çalışan dört milyon aile varken, büyük sermayedarların, bankaların kasalarına giren trilyonları nasıl bu milyonların cebine giriyormuş gibi gösterebiliriz. Zamların, enflasyonun kemirdiği sosyal yapıyı sağlıklı bir hale getirmenin yolu demokrasiyi tüm kurallarıyla, ekonomik ve sosyal ilkeleriyle de işletmekten geçer.

Gençler okullarda yönetime katılmalı, çalışanlar çalıştıkları yerde söz sahibi olmalı, halkın doğrudan temsilini sağlayacak yöntemler geliştirilmeli, yönetimler şeffaflaşmalı, karakollar halkın denetimine açılmalı ve halk olarak her alanda örgütlenip katılımcı bir anlayışa sahip olunmalıdır.

Katılımcı ve yönetimi paylaşımcı düşüncemizin sonucu İzmir Barosu yönetimi olarak yönetimde katılım ve paylaşım ilkimizin somut göstergesi, komisyonlarımızın başarılı çalışmalarıdır. Bu çalışmalarda görev alan çok sayıda üyemiz özveriyle yönetime katıldılar, yetki ve sorumluluk paylaştılar.

Baromuz bünyesinde oluşan, baro bütçesine hiçbir yük getirmeden çalışan kısa adıyla İnsan Hakları Merkezi dediğimiz etkinlik işte böyle bir anlayışla doğdu.

Bunun gibi yeni çalışma alanlarının doğabilmesi için öneriler ile birlikte meslektaşlarımızın komisyonlarımızda görevlere talip olmalarını bekliyoruz. İstiyoruz ki demokrasiyi yönetim anlayışı olarak kurumsallaştıralım, sürekli bir gelişme çizgisi yakalayalım. Sevgi ve saygılarımla. □

YARGI FAALİYETİNDE KİŞİLİĞİN VE KİŞİLİK ALANININ KORUNMASI (*)

Prof.Dr.Peter GILLES/Frankfurt/M (**)

Çev.Doç.Dr.Hakan PEKCANİTEZ (***)

Demokratik ve hukuk devleti olduğunu iddia eden tüm ülkelerde milli anayasalar, uluslararası anlaşma ve beyannamelerle garanti edilen ve "temel haklar"da denilen, insan haklarının korunması ve ihlali ve buna bağlı olarak insanlık onuruna riayet edilmesi bilimsel, politik ve pratik alanda ilginin odak noktasını oluşturmaktadır. İsteyerek veya istemeyerek kendisini devletin yargısı veya yargı çarkı içinde bulan kişilerin, kişiliğinin (şahsiyetinin) ve kişilik alanının korunması, ulusal ve uluslararası alanda oldukça önem taşımaktadır.

1. Giriş: Usul Hukuku ve İnsan Hakları

Eskiden beri ve özellikle aydınlanma döneminden bu yana hemen göze çarpan, gerçek suçlularla mücadele bir tarafta, insan haklarının korunması diğer tarafta olmak üzere, bu problemde tespiti zor olan sınırı göz önünde tutan ceza ve ceza usul hukukçuları olmuştur.

Karanlık orta çağdaki cadılara, yani, hristiyan dinine karşı çıkan kadınlara karşı açılan davalar, işkence ve engizisyonlardan sonra bu alandaki koruma ile ilgili ilk örnekler, 1789 tarihli Fransız İnsan Hakları ve Vatandaşlık Beyannamesi'nde, 1808 tarihli Napolyon Ceza Kanunu'nda ve 1849 tarihli Frankfurt İmparatorluk Anayasası'nda yer almıştır.¹ Burada sözü edilen konu, bugün de ilk derecede sadece ceza ve ceza usul hukukçularını hareketlendirmiştir, ancak bu şaşılacak bir durum değildir. Çünkü bir ülkenin sadece hukuki değil, politik kültürü açısından da geçerli hassas bir ölçüt olan ceza usul hukuku, devletin zor kullanarak suç isnat edilen kişiye karşı tahkikat ve soruşturma yapma usulünü düzenlemektedir ve bu üçüncü kişilere de etkili olmakta ve bu faaliyet genellikle kamunun meraklı gözleri önünde cereyan etmektedir.

Ceza usul hukuku sırt şüphe halinde tahkikat yapılmasını, şüpheli ve hatta şüpheli olmayan kişinin vücuduna müdahale imkânı tanımaktadır. Ayrıca sanığın geçici olarak tutuklanması, zorla hakim önüne çıkarılması, kamuya ait bir psikiyatri hastanesine yatırma ve orada haftalarca gözetim altında bulundurma, senelerce tutuklama, zorla yabancı bir konutta tutma

(*) Bu konu Dokuz Eylül Üniv. Hukuk Fakültesi'nde konferans olarak sunulmuştur.

(**) Frankfurt Johann Wolfgang Goethe Üniv. Hukuk Fakültesi öğretim üyesi

(***) Dokuz Eylül Üniv. Hukuk Fakültesi öğretim üyesi

(1) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hassemer, Menschenrecht Strafprozess (Ceza Hukukunda İnsan Hakları) Krit V 1988, s.336 vd.

ve tahkikat için bu kişinin özel eşyalarına el koyma, postasını alma ve açma, telefon konuşmalarını gizlice dinleme ve not etmeye izin verilmektedir. Sanık olmayan dinleyici ve seyirciler dahi, mahkemenin düzen veya huzurunu bozar veya mahkemenin yüceliğine veya diğer talimatlara aykırı davranırsa, tutuklanma ve para cezasına çarptırılma tehlikesini hesaba katmalıdır. 2

Bu hukuki imkânların gösterdiği ürkütücü tablo ve bunlarla bağlantılı bazı gerçek olaylar, özgürlük, mülkiyet, kişilik ve kişilerin özel alanının, devletin yargı çarkı içinde, kanuna uygun veya aykırı şekilde tehlikeye düşürülebilir veya zarar verebilir. Bu nedenle de, bu problemler adeta ceza hukukçularının elindedir. Ayrıca bu problem, diğer yargılama usûllerine nazaran, ceza usul hukukunda özellikle açık ve uygulaması yaygındır.

Burada sözü edilen bu problem, medeni hukukçular ve özellikle medeni usul hukukçuları arasında bugüne kadar tartışılmamış, en azından önemli bir konu olmamıştır. Bu durum özellikle Federal Almanya için geçerlidir. Yalnız, medeni usul hukuku bilminde, uluslararası tartışmalar, bu sektörün baskısı ve Federal Anayasa Mahkemesi'nin aktif içtihatları, temel hakların yargısal faaliyet sonucu ihlâlini, yavaş yavaş "medeni usul ve anayasa hukuku" ilişkisiyle incelenmektedir.³ Bununla birlikte tam olarak bakıldığında, bu yargılamanın, anayasa hukukuna ilişkin esasını, taraflara iddia ve savunma hakkı tanınması, tabii hakim ve yeni olarak adil yargılanma hakkı gibi, adli temel haklar ve kişilerin devlete karşı hukuki korunma ve yardım talebinde bulunma hakları oluşturmaktadır. Buna karşılık, medeni usul hukukunda veya medeni yargıda, insan onuru veya kişiliğin korunması gibi sorunlar incelenmemiş veya bu konuda sadece münferit bazı somut sorunlar incelenmiştir. Bu seçilen konu, şimdiye kadar medeni usul hukukunda incelenmiş genel bir konu değildir.

Bu çalışma ile arzulanan, konunun tüm etkisini medeni usul hukuku için de aydınlatmaktır.

II. Giriş: Problemin Zorluğu ve Konunun Sınırlanması

Burada incelenen konu, devletin yargı faaliyeti içinde kişilik haklarının ve özel hayatın ihlâli ve korunmasıdır. İlk olarak, problemin görünüşü, ele alınışı ve çözümlemesi derinlemesine mukayeseli olarak ele alınırsa, bunun

(2) Karş. Alman Ceza Usul Kanunu (StPO) § 51 I, 70 II, 81 vd., 94 II, 99 vd., 100a vd., 102 vd., 111b, 112 vd., 127, 134, 132 II, 150 I, 164, 230 II, 261, 290, 443 vd.; Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu (GVG) § 173, 177 vd.

(3) Örneğin Karş. Schwab/Gottwald, "Anayasa ve Medeni Usul Hukuku" (Habscheld (Yayımlayan), Gerçek Hukuki Koruma ve Anayasaya Uygun Düzenleme), Würzburg 7. Uluslararası Usul Hukuku Kongresi Genel Raporu, 1983, s. 11 vd.; Bender/Weber, Anayasanın Usul Hukukuna Etkisi (Der Einfluss der Verfassung im Zivilprozess), Gilles (Yayımlayan), Hukuki Korunmanın Halkılık ve Anayasaya Uygun Düzenleme, Würzburg 7. Uluslararası Usul Kongresine sunulan Alman Eylem Raporu, 1983, s.1 vd.; Alman medeni usul hukukuna örnek olarak: Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Baskı, s. 6 vd. ve s.12 vd. ve orada anılanlar.

olağanüstü zor, oldukça geniş olduğu görülür. Bunun yanında, bu konu, yine olağanüstü hassas, belirsiz ve buna uygun olarak hukuki açıdan zor anlaşılabilir ve zor çözülebilir problemlerle doludur. Bu nedenle konunun aşağıdaki gibi radikal şekilde sınırlanması zorunludur.

1. Problemin Güncelliği ve Boyutu

Konunun ne kadar güncel olduğunu, kadın hareketleri döneminde, tecavüzün, farklı cinslere karşı eşit davranılmasının, aids döneminde, mahkeme tarafından zorunlu kılınan tıbbi test veya elektronik dönemdeki dinleme cihazlarının kullanılması yeteri kadar göstermektedir. Ancak konunun güncelliği sadece bu tür sansasyonel olaylara dayanmaz. Genel olarak kişilerin kişilik haklarına, kişiliklerine ve özel hayatlarının gizli alanına saygı gösterme hakkının gelişmesi ve çeşitli yeni gelişmelerle haklarındaki bilgilerin korunması, bu kişilere veya üçüncü kişilere sadece kuvvetli bir hukuki statü sağlamaz, aynı zamanda devletin tecavüzüne karşı kamusal ve dış alanda koruma ve sınır temin eder.

Konunun boyutuda açıktır. Özel yararları, devletin yargısından, yargılama faaliyetinden ve mahkemelerin veya mercilerin işlemlerinden doğan ihlâline karşı koruma, tüm dünyadaki insan hakları ve yargı ile sıkı sıkıya bağlıdır. Yine insan hakları ve onurunun korunması için ulusal ve uluslararası alanda tüm dünyadaki tartışmalar yanında birçok anayasa ve uluslararası anlaşma ile teminat altına alınan, fakat sadece kağıt üzerinde kalan hakların gerçekleştirilmesi için birçok zorluklar mevcuttur. 4

2. Konunun Çok Yönlülüğü ve Farklılığı (Differenziertheit)

Konunun neden olağanüstü zor olduğu sorusu hemen şu şekilde cevaplanabilir:

Kişilik, kişilik alanı, özel hayatın gizliliği, özel yaşam ve benzeri hukuki tartışmalar, birçok kanunda daimi olarak ifade edilmiş olmasına rağmen, hukuk, sosyal bilimler ve felsefi açıdan tam olarak açıklanamamıştır. Kişinin ve kişiliğin korunan değerleri olağanüstü belirsiz ve tespiti oldukça zordur. Yine somut bir olayda, hangi koruma alanı hukuki bir tasarrufla etkilenir, ciddi olarak tehlikeye düşer ve gerçekte ihlâl edilir, kişinin koruma alanı nerede başlar ve nerede sona erer veya ne zaman kişinin temel hakları kamu yararından önce veya sonra gelir, bu sorulara cevap vermek oldukça zordur. 5

Belirsiz korunan değerlerin anlam ve karşılıklarının kanunlarda formüle

(4) Örneğin, Alman Anayasası m.1 ve 2; Alman İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler için Avrupa Konvansiyonunun özellikle 8. maddesi.

(5) Bu konuda özellikle bkz. Krauss, Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozess, Festschrift für Gallas, 1973, s. 365 vd.

edilişi veya içtihatlarda veya bilimsel ⁶ alandaki tanım ve tarifleri de yeterli değildir. Bu belirsiz değerleri, kişinin insanlık onuruna saygı veya kişilik hakkı olarak ifade etmek veya bunu özel, aile, eş, cinsiyet, fikri, hissi veya ruhi yaşamla eşit tutmak ya da özel yaşamın sürdürülmesi için kesinlikle dokunulmaz alan olarak kişinin ar, onur, inanç, fikir, kanaat ve vicdan hürriyeti ile bağları kurmak veya genel olarak kişilik hakkı olarak tanımlamak, bunun hakkında karar vermek de yeterli değildir. Yargı alanında somut olarak veya kişilik hakkının genel olarak ayırımı veya kişiliğe saygının somutlaştırılması ya da kişinin korunan özel alanının etkilenip etkilenmediği konusunda genel bir bağlayıcı açıklama, genel kişilik hakkı denilen temel haklardan, özellikle, isim ve resim üzerindeki hak, ifade, gizli not, kişisel sırlar ve hakkındaki bilgi hakkında karar verme ⁷ konusunda bizzat belirleme hakkından ayırt edilmesi için yeterli değildir.

Ayrıca bu alanda sayısız olaylar ve ihtimaller düşünülebileceği veya gerçekleşebileceği ve kişisel yararlar çeşitli hukuk sistemleri ve yargılama usullerinde çeşitli şekilde etkilenip tehlikeye girebileceği ve ihlâl edilebileceği için konu oldukça zordur. Bununla adli yargı alanındaki işlem ve tedbirlerin neden olduğu muhtemel ve güncel ihlâl vakıalarının çok ve çeşitli olması vurgulanmak istenmiştir.

Bunların yanında, bir ulus içinde ve çeşitli kültürlerde ilgili hukuk ve kanunlar (anayasa, adli yargı alanındaki kanunlar, adli personelle ilgili kanunlar, usul kanunları vb.) aynı olmasına rağmen, söz konusu olaya hakimini, hukukçuları ve diğer kişilerin nasıl karşı koyacağı oldukça farklıdır.

Bu açıklamalar genelleme yapmayı ve bundan sonraki problemin tartışılmasında radikal kısaltmayı kaçınılmaz yapmaktadır.

3. Konunun Zorunlu Kısaltılması

İlk olarak kişilik hakkının korunan değerleri ve kişilik alanında ortaya çıkabilecek olan ve hiçbir şekilde hukuki nitelikte olmayan hususlarda beyhude biçimde tanım teşebbüsünde bulunulmayacak ve bu tür alanlar ya sınırlandırılacak veya üzerinde hiç durulmayacaktır.

İkinci olarak, ulusal nitelikteki hukuki sorunlar üzerinde mümkün olduğu oranda durulmayacak, uluslararası alanda anlamı olan ve gerçek probleme ilişkin, yargı sistemlerindeki usul ve bünye farkı nazara alınmadan çeşitli ülkeler eşit olarak ele alınacaktır.

Üçüncü olarak konunun karşılaştırmalı hukuk açısından uluslararası hu-

(6) Karş. Schwertner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, Alt, Recht und Praxis der Briefkastenwerbung, 1987, s. 75 vd.; Hubmann, Persönlichkeitsrecht, 2. Bası, 1987.

(7) Bu konuda özellikle bkz. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 15.12.1983 tarihli kararı, BVerfGE 66, s.1 vd.

kuki görünüşü hakkında kısa bilgi verilerek, bir Avrupa ülkesindeki veya diğerindeki özel düzenleme, temsil edilebilir veya hukuki problemin çözümünde örnek olabilir niteliğe sahipse, geniş olarak ele alınacaktır. Somut olaylarda özellikle Alman Hukuku hakkında bilgi verilecektir.

Dördüncü olarak, açıklamalar medeni ve ceza usul hukuku esas alınarak yapılacaktır. Ancak, problemin ilgilendirmesi halinde katı davranılarak, diğer yargı kolları veya çeşitleri üzerinde durulmayacağı anlamına gelmez. Örneğin, çekişmesiz yargı alanında, velâyet, vesayet, evlilik, aile ve çocukla ilgili konular bu anlamda düşünülebilir.

Beşinci olarak, aşağıdaki düşünceler, sadece medeni ve ceza usul hukukundaki tahkikat aşaması üzerinde yoğunlaşacak, buna karşılık, icra ve infaz ve bunun gibi, ön soruşturma veya herhangi bir şekilde polis veya savcının yaptığı hazırlık soruşturması dikkate alınmayacaktır. Bununla birlikte, son olarak sayılan hallerde, kişilere karşı devletin cebir uygulamasının (Tutuklama, cezanın infazı, emniyet ve muhafaza tedbirleri alma, infaz kurumlarına yerleştirme, önleme ve tazyik hapsi vb.) kişisel ve özel alanı tehlikeye düşürebileceği veya düşürdüğü ender bir hal değildir. Bu nedenle bu haller de göz önünde tutulacaktır.

Altıncı olarak, bu çalışmada, yargı alanında, kişiye veya kişilik alanına yapılan ihlâller çok açık ise, bu haller ya hiç incelenmeyecek veya çok kısa olarak üzerinde durulacaktır. Bununla ilgili olarak özellikle, işkence, beyin yıkama veya başka bir şekilde insanlık dışı, insanı aşağılayıcı, insan onurunu hiçe sayan işlemler, sözde hukuki veya adli denilen işlemler veya insanı yargılama objesi olarak aşağılayan, bunun yerine hukuk subjesi olarak esas alan fiiller sayılabilir. Bu sayılanların yerine, özellikle uyumsuzluk konusu olan ve sınır halleri dikkate alınacaktır. İşleyen adli mekanizmada, bir taraftan özel yararlar hakkındaki farklı görüşler, diğer taraftan devlet ve kamu yararları hakkındaki çeşitli görüşler ele alınacaktır.

Konunun sınırlandırılmasına rağmen, hakkında bilgi verilmesi ve tartışılması gereken sorunlar kalabilir.

4. Tartışmanın Çıkış Noktası Olarak Yargılama Örneği

Her adli sistemde farklı usulî düzenlemeler bulunabileceğinden ve gerçekte bulunduğu, basitlik amacıyla, örnek bir tahkikat aşamasından hareket edilecektir. Karar safhasındaki örnek, daha az hukuki ve kendi açısından yargının kendi sistemi içinde özel bir sistem olabilir. Özel kişiler ile resmi kişiler arasında değişik şekilde kendisini gösterebilir. Usule uygun olarak burada davacının hukuki görüş ve iddiaları yazılı hale getirilir, diğer tarafa tebliğ edilir, taraflar arasında sözlü veya yazılı değişim yapılır veya

karşılıklı görüşme yapılır, açık olmayan, inkâr edilen veya tartışmalı olan vakıalar araştırılır, olay açıklanır ve tespit edilir, hukuki sorunlar incelenir ve cevaplanır ve bunun arkasından yargılamanın, duruşmanın ve kararın sonuçları kaleme alınır, tefhim, tebliğ veya ilân edilir.

Örnek bir davadaki sözü edilen safhalar, incelenen olaya veya vakıalara bakılmaksızın ortaya çıkar ve sözü edilen hukuki uyumsuzluk yargılamaya katılanların özel yaşamlarındaki görüş ve durumlarıyla ilgili ise, bu kişi veya kişilik haklarının korunması için dikkat edilmesini gerektirir.

Eğer bu hukuki uyumsuzluk, kişisel veya oldukça özel karakterde ise, bu problem kendiliğinden ortaya çıkar.

III. Asıl Problemin Konulması

Burada örnek bir tahkikat aşamasında ana hatlarıyla gösterilen safhalar veya karakteristik olaylar, çok yönlü ilginç problemleri en azından kabaca ayırmaya ve sistematize etmeye yaramaktadır. Bu problemler, genel olarak, yargının bizzat etkilendiği problemler veya belli hukuki ve maddi materyallerin yargı yoluyla ileri sürülebilirliği (Justizialitât) veya usuli nitelikte olması, daha sonra, prosedüre ilgili problem, yani, hukuki işlemin yargılamanın durumuna veya yargılamaya uygun olması, vakıaların toplanması ve değerlendirilmesi, bu vakıaların araştırılması ve değerlendirilmesiyle ilgilidir. Son olarak karar aşamasıyla ilgili, özellikle yargısal kararın yargılamanın sonucunun açıklanması, yazılması, tebliği ve ilanı ile ilgili problemlerdir.

1. Yargı Yoluyla İleri Sürülebilirlik (Justizialitât) Problemi

Burada ilgilenilen problemin kabaca sistematize edilmesinden hareket edilirse, ilk önce cevaplanması gereken önemli bir sonuç ile karşılaşılır. Kişilikle veya kişiye sıkı sıkıya bağlı ya da kişiliği ilgilendiren hangi işler önceden yargısal tedbirlerle örtülemez veya yargılama faaliyetinin çarkına sokulamaz veya sokulmamalıdır? Buradaki sorun, bazı hususların ya hiç ya da sınırlı olarak yargı yolunda ileri sürülebilirliği veya dava edilebilirliğidir. Yargı yolunda ileri sürülebilirlik veya dava edilebilirlik şeklinde belirtilebilecek olan bu problem, Almanya'da veya başka bir yerde, ceza hukuku veya medeni hukuktaki maddi hukuk normlarının değişmesi, kaldırılması veya düzenlenmesi yönünden pek önemsiz değildir. Ceza hukuku alanında bir davranışın suç olması veya suç olmaktan çıkarılması veya medeni hukukta subjektif maddi hakların temini veya reddi, bunların icrası, yani bir davranışın hukukta düzenlenmesi veya düzenlenmemesi tartışmalıdır. Bu düşüncenin sebebi belli yaşam olaylarının aydınlanması, bunların mahkeme

önündeki yargılamada usuli gerçekleşme imkânına bağlıdır. Bu da zorunlu olarak işin dava yoluyla ileri sürülmesi halinde önlenemeyecek şekilde yargılamaya katılanları incitebilir, onlara zarar verebilir. Bu nedenle maddi hukuki düzenlemeler tüm olarak hesaba katılmaz veya mevcut düzenlemeler, bu tür etkisi nedeniyle kaldırılır.

Bu konuda ceza hukuku alanında birçok örnek vardır. Örneğin, 1968 yılında İtalyada, 1969 yılında Almanya'da zinanın 8 suç olmaktan çıkarılması bu düşünceden kaynaklanmıştır. Zira buradaki soruşturma devletin, kişinin özel yaşamına ve iç ilişkisine katlanılmaz bir müdahalesi sonucunu doğurur. Bu düşünceye karşı, -Avrupa çapında- evlilik içi tecavüz suçunun 9 düzenlenmesi yönünde tartışma başlamıştır. Bu tartışmada karşı görüş olarak, bu durumda hakim ve savcının eşlerin yatak odasını tahkik edeceği ve eşlerin özel hayatın gizli alanının perdesini zorla açması gerektiği ileri sürülebilecektir. Bu tür bir tartışma için, kamu hukukuna ilişkin ve kamusal hukuki koruma yararı bir tarafta, özel yararlar diğer tarafta olmak üzere, medeni hukuk alanında çok sayıda örnekler bulunabilir. Avrupa hukuk düzenlemelerinde, eşlerden birinin diğerine karşı açtığı, evlilik birliğinin temelini sarsılması davası, bu nedenle tazminat davası veya üçüncü kişiye karşı açılan men veya zina davası bu yüzden reddedilir. Bu şekilde evlilik birliğinin objektif ve geniş koruma alanına müdahalesine izin verilmemiştir. 10

Yine bazı ülkelerde boşanma için geçerli olan "kusur prensibi" yerine, "evlilik birliğinin temelini sarsılması prensibi" 11 kabul edilmiş ve evliliği başansızlıkla sonuçlanması dış nedenlere göre, "masa ve yataкта ayrılık" şeklinde genel anlamda tahmin edilmiştir. Bunun sebebi, kusur prensibi esasına göre açılan boşanma davasında, "kirli çamaşırların" ortaya çıkması ve mahkemenin eşlerin cinsel yaşamla ilgili sorunlarını araştırmak zorunda olmasıdır. Gerçekte bu araştırmanın onlarca sene aşağılayıcı tarzda sürmesi çok sık görülmekte idi.

Belli bir işin usuli işlemleri, muhakemesi ve araştırılması, kişilik hakkı veya özel hayatı aşırı derecede ihlâl edebileceğinden veya tehlikeye düşürebileceğinden, kanunlar bazı maddi hukuka ilişkin talepleri önceden reddetmiştir. Bu gibi hususlar yargının konusunu teşkil etmez. Avrupa ülkelerinde, bazı belli haklar kabul edilmiştir fakat bunların yargı yolunda ileri sürülmesi veya dava edilebilirliği ve hukuki korunma sağlanması aynı nedenle reddedilmiştir. Buna örnek olarak, nişanlanma hakkındaki düzenleme verilebilir. Nişanlanma, nişanlılar için bir evlenme yükümlülüğü (Pflicht) gerektirir, fakat bu yükümlülük dava edilemez, nişanlıların evlenme için irade

(8) Alman Ceza Usul Kanununun 172. paragrafı, 1969 tarihli Kanunla kaldırılmıştır.

(9) Karş. Frommel, Das Kiegliche Ende Der Reform der Sexuellen Gewalttätigkeit ZRP 1988, s.233 vd.

(10) Örneğin, BGH Z 6, 360; 23, 215; BGH, FamRZ 1973, 295.

(11) Karş. BGB § 1585. Bu paragraf 14.6.1976 tarihli kanunla getirilmiştir.

özgürlüğü zedelenemez.¹² Yine Avrupa'da aile hukuku alanında eşlerin karşılıklı yükümlülükleri hakkında, eşlerin ortak yaşamın tanzimini dava etmeleri, sadakatsizlik nedeniyle diğer eşin ikaz edilmesi, yükümlülüğünün hatırlatılması veya boşanma davasının hatırlatılması veya buna uygun olarak verilen kararın cebri icra yolu ile icrası yasaklanmıştır.¹³

Bu bağlamda, Alman¹⁴ ve İsviçre özel hukukundaki bazı ilginç hukuki düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir. Evlenme tellâli ve eş bulma bürosunun alacağı, tabii borç olarak kabul edilir. Ancak bununla ilgili ücret alacağını dava edilmesi üzerine, bu talep reddedilmiştir. Aksi halde hakim, tellâlin veya aracının gelecekteki evlilik veya arkadaşlık için gerçekte etkili olup olmadığını incelemesi gerekir. Bu hizmeti yerine getirenin sözleşmeye uygun olarak ücrete hak kazanıp kazanmadığının araştırılması, evliliğin ve aile barışının çekilmez şekilde zedelenmesine neden olur ve birlikte yürütülen özel hayatın gizli alanı ihlâl edilir. Almanya'da bu konuda geniş olarak temsili edilen görüş, arkadaşlık bürosuyla ilgili ücret alacağını, hukuki açıdan dava edilemez, adliye intikal edilemez olarak açıklamak istemektedir. Aksi halde, mahkemenin incelemesinin, arkadaş bulmak için başvuruların iç alemine tecavüz ve gizli arzularının açıklanması veya iç dünyasının tüm olarak ortaya çıkarılması sonucunu doğurur ve bu kişileri, camdan, yani içi görünen özel hayatının gizli alanı olmayan insanlar haline getirir.¹⁵

Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi,¹⁶ evli bir erkekle, evli olmayan sevgilisi arasındaki ahlâka aykırı metres vasiyetnamesiyle ilgili bir davada, gerçek aşk ilişkisinin koşullarının incelenmesinde sakınca görmemiştir.

Eğer kişinin özel hayatının gizli alanının hukuki koruma sınırı olması düşüncesi kabul edilirse, gelecekte, "ticari yaşam yardımı" da denilen ve kişilik alanına derin şekilde etki eden, psikoanaliz, psikoterapi, kişiliğin açılması, bizzat tecrübe kursu, arkadaşlık ve aile danışma kursu, iktidar testi ve kişiliğin tespiti hakkında da yargısal hiçbir inceleme yapılmamalıdır.

Maddi hukuka ilişkin bir düzenleme ihtiyacı varsa, ki bu ceza veya özel hukuka ilişkin olabilir, bu düzenlemenin yargılama faaliyeti içinde gerçekleşmesi, kişisel veya temel ve hatta insan haklarının korunmasıyla ilgili olması halinde, sorunlar çıkar. Yargı yolunda ileri sürülebilme problemi, özellikle mahkemeden istenen hukuki korunmanın tamamen reddi ile çözülemez. Çünkü yargılama katılanların kişiliklerinin, kişilik alanının veya

yaşamlarının gizli alanını bir taraftan korunmakla birlikte, diğer taraftan yargılamaya diğer katılacak olanların temel hakları ihlâl edilir. Örneğin, birçok anayasada düzenlenmiş olan ve temel hak ve insan hakkı olarak düzenlenmiş bulunan tarafların hakim tarafından dinlenme hakkı (rechliches Gehör)¹⁷ ihlâl edilir. Bu nedenle yargılama içinde tedbirlerin alınması, kişisel hakların ihlâl edilmesini önlemek veya en azından bazı hallerde azaltmaya yönelik olmalıdır.

Bu konuda ikinci sorun, belli bir davada kişisel hukuki değerler söz konusu olursa, bu davada yargılamaya uygun işlemler nasıl olmalıdır? Bununla ilgili olarak, öncelikle yargılamanın ve işlemlerin içeriği değil, şekli ve usule uygun olması üzerinde durulacaktır.

2. Yargılamanın Şekli, Yargılamaya Uygun Davranma Sorunu

Burada konuyla ilgili tüm batı Avrupa ülkelerinde¹⁸ geçerli olan yargısal işlemlerin aleniliği kuralı ile ilgili sorun ortaya çıkmaktadır ki, medeni usul hukuku için aleniyetin, zamana uygun olmayan bir usul kuralı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁹ Buna karşılık çoğunluk, aleniyet prensibinin, tüm yargılama usullerinde, içtihatların halk tarafından kontrolü için fedakârlık edilemez bir yol ve hukuk devletinin vazgeçilmez esası olarak kabul etmiştir. Bugün için mahkeme salonlarının aleniliği, sadece meraklı veya sırf eğlence ihtiyacı olan bazı dinleyici veya seyircilerin hukukun temsilcisi olarak tatmin olması değil, kamunun bilgi, kontrol ve yarı için karşımıza çıkmaktadır ve duruşmaların aleni olması, toplu yaşamımızda herhangi bir vatandaşın içtihat faaliyetini kritik edebilen refakatçisi olmasıdır. Basın araçları olan, radyo ve televizyon görülmekte olan veya sonuçlanan yargılama hakkında spekülasyon veya sansasyon hırsıyla veya aşağılayıcı biçimde lüzumsuz ayrıntılara girerse, devletin yargı faaliyetinin medya yolu ile kamuya açıklanması,²⁰ burada bizi ilgilendiren problemi ortaya çıkarmaktadır.

Yargılama faaliyetinde duruşmaların aleni olması ve usul hukukunda sözlülük veya yazılı usule rağmen yapılan kısmen sözlülük halinde, kişilerin özel yaşamının aydınlanması veya yargılamaya katılan kişilerin özel yaşamlarının gizli alanı bazı kişiler - bu kişiler, taraflar, mağdur, tanık ve dinleyiciler olabilir- tarafından öğrenilmesi sonucunu doğurur ve yine davayla il-

(12) Örnek olarak BGB § 1297

(13) Kars. BGB § 1353; Alman ZPO § 880/2.

(14) İsviçre Borçlar Kanunu, m.416; BGB § 856. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gilles, Eheanbahnung und Partnerschaftsvernittlung, 1985.

(15) Gilles, "Intimsphäre als Rechtsschutzschränke - Zur Justizlabilität programierter Persönlichkeitsdaten im Dienstleistungsbereich", FamRZ 1988, s.132 vd.

16 BGH FamRZ 1984, 141 vd.

(17) Örneğin, Federal Alman Anayasası, m. 19, IV; 20; 101/1; 103/1

(18) Temel Haklar ve İnsan Haklarının Korunması Hakkında Konvansiyon (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten) (MRK), m.6; Alman GVG (Mahkemeler Teşkilatı Kanunu, § 169; Avusturya ZPO m.525, 793; İsviçre ZPO m.24; (Eski) Doğu Alman StPO § 311; Ayrıca bkz. Fögen Der Kampf um die Gerichtsöffentlichkeit, 1974.

(19) Kars. Kobl, Die Öffentlichkeit des Zivilprozesses - eine unzeitgemässe Form?, Festschrift für Ludwig Schorr von Carlstedt, 1973, s.235 vd.

(20) Bkz. Kleinkecht, Schutz der Persönlichkeit des Angeklagten durch Ausschluss der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung, Festschrift für Erich Schmidt-Leichner, 1977, s.112 vd.; Ayrıca kars. Scherer, Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit, 1979.

gili kişilerin namus ve şereflerini ihlâl edici, lekeleyici veya yüz kızartıcı olabilir ve bu onların şöhret, otorite, onur ve inanırlıklarına gölge düşürebilir, kredilerini azaltabilir, toplumdaki dışlanabilirler veya kendilerinde psikolojik zararlar doğurabilir.

Bütün bunlardan sonuç olarak çıkan, tüm Avrupa mahkemeleri veya usul kanunlarında, ilgililerin bu gibi hallerde özel yaşamlarının gizli kalması veya güvenilir şekilde yargılama yapılması esasının kabul edilmesidir. Örneğin, aile, çocuk ve hacir kararıyla ilgili konularda yapılan yargılamaların yasa gereği aleni olması kısmen veya tamamen yasaklanmış veya hakime bu yönde imkân tanınmıştır. Bu haller çeşitli hükümlerde, davaya katılanların veya tanığın "kişisel yaşam alanı", "özel sırları", "özel yaşam veya aile yaşamı" ve hatta Fransız Usul Kanunu'nda belirtildiği gibi, "özel yaşamın gizli alanı" şeklinde sayılmıştır. Kanun tarafından gizlilik veya aleniliğin kısmi sınırlanması zorunlu olarak düzenlenmemişse, bu halde sadece mahkemenin takdirine bırakılmamış, ilgili kişilerin bu yönde uygun talebine bağlı kılınmıştır. Bunun yanında, bu kuralın çeşitli şekillerde kamu yararı veya kamusal yarar gibi duyarlı olaylarda istisnai olarak aleni duruşma yapılması öngörülmüştür.²¹

Özellikle, yargılama faaliyetinin basına açıklanmasıyla ilgili hususlara değinilmeden geçilmemelidir. Bu konuda Avrupa'daki mahkemelerde ve usul kanunlarında açıkça düzenlenen hükümlerle, radyo, televizyon filmi ve fotoğraf çekilmesi genel olarak yasaklanmıştır ve hakime her somut olayda bununla ilgili sınırlama²² imkânı verilmiştir. Bu düzenlemeler sadece yargılamanın akışını engellemek değil, yargılamaya katılanların kişilik haklarının korunmasına yöneliktir. Bu konuyla ilgili belirtmesi gereken bir husus da, ceza usul hukukunda düzenlenen hükümlerde, doktor, merci, bilirkişi ve belli bazı tanıkların açıklanması yasaklanmıştır.²³

Özellikle tecavüzle ilgili seksüel fiillerde, basından zarar görenleri ve bu tecavüze maruz kalan kadını alçaltıcı veya küçük düşürücü nitelikteki haberlerden kofumak için, Alman kanun koyucusu tarafından "Mağdurun Korunması Kanunu"²⁴ kabul edilmiştir. Bu Kanun'la ceza ve diğer yargılama usullerinde mağdur ve tanıkların korunması amaçlanmış ve Almanya bu Kanun'la Avrupa'da diğer ülkeler için öncü olmuştur. Bu yeni Kanun'la,

(21) Örneğin, MFK, m.6; Alman GVG § § 170, 171, 171b, 172; Alman JGG m. 423; İtalyan ZPO m.423, 434/2; Fransız ZPO m.525 b; İsviçre (Zürh) ZPO § 372 İsviçre GVG § 135/3 Avusturya ZPO § 172/2; Avusturya JGG § 41/1; (Eski) Demokratik Alman Cumhuriyeti ZPO §§ 43/1, 44/1.

(22) Kars. Alman GVG § 169; İsviçre (Zürh) GVG § 135/1; MFK m.6/1; İtalya için özellikle bkz. Solheid, Die Gerichtsöffentlichkeit im italienischen Verfahren, 1984, s.124.

(23) Alman StPO § 256.

(24) Kars. Böttcher, Zum Ausschuss der Öffentlichkeit nach § 172 Nr.2 GVG, DRiZ 1984, 17; Rieß/Hilger, Das neue Strafverfahrensrecht - Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987-, NSiZ 1987, 145, 148; Schünemann, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NSiZ 1986, 193, 199.

Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nda, duruşmanın aleni olması yerine gizli yapılmasıyla ilgili düzenleme yapılmıştır.²⁵ Buna göre, duruşmanın aleni olması ve aleni görüşme yapılması, ilgilinin yararını ihlâl ediyorsa ve aleni duruşma yapılmasında kamu yararı ağır basmıyorsa, alenilik sadece davaya katılanların veya tanığın kişisel yaşamının söz konusu olması halinde değil, mağdurun kişisel yaşamının söz konusu olması halinde de kaldırılarak, gizli olarak yapılabilir. Bu düzenleme ve Mağdurun Korunması Kanunu'daki düzenlemeler, gelecekte ceza usul alanında tecavüze uğrayan mağdurun muhakemesinde aşağılayıcı muameleye uğramasını önlemeye muktedir değildir. Bu yeni düzenlemeler, hakim gerçeği bulma faaliyeti ile, kişiliğin korunması arasında sınır ilişkisinde belgelerin gizlenmesine etki edecek ve kadınların tanık olarak özel problemleri ve diğer yargılamaya katılanların açıklamalarıyla ilgili duyarlı olmaya zorlayacaktır.

Bilgi transferi ve tebligatın dilekçe ile yapıldığı yazılı yargılama usullerinde, yargılamaya katılanların özel yaşam alanlarının gizli kalması için, çeşitli kanunlar, kişisel alanın korunması yararını ele almıştır. Bunu ya dosyanın incelenmesi işini, yargılamaya doğrudan katılanlarla sınırlamış veya üçüncü kişilerin bu tür dosya incelemesini, yargılamadaki ilgili kişilerin icazetliyle mümkün kılmış ya da üçüncü kişilerin dosyanın içeriği hakkında bilgi edinmesini, kanuna uygun olarak yapılan, sözlü duruşmanın gizli olması dışında, sırların gizli tutulması yararına ağır bastığı haklı yararı bulunması halinde kabul etmiştir.²⁶

Dosyanın özel hallerde incelenmesiyle ilgili ilkel düzenlemeye rağmen, bu konunun önemi, gerek ulusal ve gerekse uluslararası alanda açık ve tartışmasızdır. Burada Alman hukukuyla ilgili özel sorunlar üzerinde durulabilir. Yargılama giderleriyle ilgili (adli yardım) yargılamada, dosyanın içeriği, bu yönde talepte bulunan kişinin kişisel ve ekonomik durumunu yansıtıyorsa, karşı tarafın bu dosyayı inceleme yetkisi yoktur. Yine üçüncü kişi veya mercilerin, boşanma davasıyla ilgili dosyayı inceleme hakkı oldukça sınırlanmıştır.

Bunların yanında, yargılamaya katılanların, geçmişteki hastalıkları, tıbbi ve özellikle psikiyatrik bilrikişi veya hekimin susma yükümlülüğü olan hallerdeki belgeleri incelenemez. Medeni usul hukukunda yeni bir içtihatla, mallarını kaçırmaması nedeniyle iptal davası açacak olan kişinin, karşı tarafın ekonomik durumu hakkındaki belgeleri incelemesi kabul edilmemiştir.²⁷

Prosedürle ilgili son problem, dosyayla ilgili bilgi ve belgelerin, hukuki yardım²⁸ yolu ile gönderilmesi veya mahkeme tarafından bu belge ve bil-

(25) Kars. Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu (GVG) § 171 b.

(26) Örneğin, Alman ZPO § 299, Alman StPO § 147, Avusturya ZPO § 219/2

(27) Kars. BVerfGE 27, 344; BGH NJW 1984, 740; Ayrıca bkz. Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl. 1987, § 147 Rnr. 21.

(28) Bkz. Alman GVG §§ 156, 166.

gilerin açıklanması ve başka bir yere verilmesiyle ilgilidir. Kişilik ve kişi hakkındaki bilgilerin korunmasıyla ilgili bilincin artmasıyla bu konuda görüşler ortaya çıkmıştır. Bunun sonucu olarak, hukukçu ve politikacılar, ceza, vergi, hacir, nafaka ile ilgili gizli ve saklı tutulması gereken belge ve bilgileri mahkemelerden, veya gençlik daireleri veya sosyal kurumlardan, bunların gizli tutulması konusunda tedbir almaksızın, kolayca elde edilmesi veya bunların verilmesini kabul etmemişlerdir. Kişilikle ilgili hassas bilgilerin gönderilmek veya verilmek suretiyle açıklanmasında, bu belgelerin bir davada -örneğin, medeni usul hukukunda - bazı belgelerin yanında kullanılacaksa, kişiliğin korunması sorunu, 29 sıkça ortaya çıkar. Buradaki belgeler sadece yargılamaya katılanların korunan kişilik alanını ihlâl etmez, devletin diğer kurumlarının, ıslah, iyileştirme ve sosyalleştirme ile ilgili çabalarını da ciddi olarak tehlikeye düşürebilir. Bu soruna Almanya'da, yeni bir Adli Tebliğat Kanunu ile çözüm aranmaktadır.

3. Vakıaların Toplanması ve Uyuşmazlığın Açıklanmasıyla İlgili Sorunlar

Doğru karar verilebilmesi amacıyla, tahkikat aşamasında, olayın gerçek temelini aydınlanması için, tüm usul kanunları hassasiyet göstermişler ve kararın temelini oluşturan vakıaların tam olarak teminini ve bunların davaya getirilmesini sağlamak istemiştir. Bizzat mahkemelerce vakıaların toplanması ve açıklanması gerekmeyen hallerde, medeni usul hukukunda bu ödev, olay hakkında en iyi bilgi sahibi olacağı düşüncesiyle taraflara bırakılmıştır. Ceza usul hukukunda ise bu ödev, öncelikle soruşturma veya davayı açan organa ve özellikle savcıya, fakat bunun yanında mahkemeye ve hatta kendisine karşı dava açılan kişiye aittir.³⁰ Burada sadece inceleme konusu dışında bırakılacak olan savcı tarafından yapılan soruşturma safhasında değil, ceza mahkemesindeki karar aşamasında sanık veya şüpheli hakkında yeterli kadar bilgi toplanmadığı takdirde ilerlenemez. Çünkü ceza mahkemesinin önemi, sanığı kişilik ve hukuk sujesi olarak sadece sınırlı olarak tanımayı ve onu belli ölçüde yargılama objesi olarak kullanmayı, yani vakıaların toplanması ve olayın aydınlanması aracı olarak kullanmayı gerektirir. Gerçi sanığa ve şüpheliye genel olarak özgürlük tanınır ve bir olay hakkında dinlenmesi sırasında isterse konuşur, isterse susabilir.³¹

Kural olarak kendisine mahkeme önünde geleceğini bizzat belirleme, kendi kararının hakimi olma ve savunmasını kendisine göre serbestçe seçme imkânı verilmiştir. Bu konuda tartışmalı olan, sanığın veya davalının

(29) Bkz. Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG) kararı, OLGZ 72, 360.

(30) Karş. Medeni usul hukuku için: Alman ZPO §§ 139, 273; Ceza usul hukuku için: Alman StPO §§ 160, a/2, 166/1, 202, 206.

(31) Karş. Alman StPO § 136; Avusturya StPO § 245/2; İsviçre (Basel) StPO § 26/1, İsviçre (Luzern) StPO § 79; Fransız ZPO m. 114/1.

zorunlu olduğu durumda inatla inkâr etme veya yalan söyleme veya cezayı gerektiren yanlış beyanda bulunma hakkına sahip olup olmadığıdır. Bu konuda bir ölçüde görüş birliği içinde olunan husus, sanığın veya şüphelinin kendi aleyhine tanık olarak görev yapan kişi olarak görülemeyeceği, yani kendisini itham etme zorunluğunun³² bulunmadığıdır. Bu nedenle, Avrupa usul kanunları, soruşturmada kendisi hakkındaki vakıaların tahkikiyle ilgili ifade vermeme veya cevaptan kaçınma hakkı tanımışlardır.³³ Bununla birlikte mahkemeler ifade veya cevap vermektan kaçınan sanık aleyhine olumsuz sonuçlar çıkarmaktadırlar. Birçok Avrupa usul kanununa göre, yüzleştirme yapılabilmesi için, sanık, mahkemede hazır bulunmakla³⁴ yükümlüdür. Yine, keşif yapılabilmesi veya hüviyet tespiti için gerekli olan tedbirlerden, fotoğraf ve parmak izi alınmasına tahammül etmek zorundadır. Değişimin tanınabilmesi için, sakal veya saç takarak bunun saptanmasına katlanmalıdır. Ayrıca kamuya ait psikiyatri hastanesine götürülerek psikolojik durumunun incelenmesine ve orada müşahade altına alınmasına, doktor tarafından vücudunun muayenesine, kan ve diğer vücut sıvılarının alınmasına katlanmak zorundadır.³⁵ Eğer kişi bu tedbirlerin alınmasına rıza göstermezse, kişiliğine ne kadar derin şekilde müdahale edildiği veya edilebileceği daha da açıktır. Aynı şekilde, burada herhangi bir şekilde müdahale yapılabilmesi için, haklı olması gerekir.

Ancak, maalesef bu konuda sınırla ilgili teklif edilen hükümler yeterli değil veya çok şüphelidir. Çünkü teklif edilen hükümler, bu tür tedbirlerin geçerliliğini, yargılamanın önemine veya ilgilinin sağlığı için tehlike oluşturmaları halinde vazgeçilmesine bağlamaktadır. Alman Ceza Usul Kanunu'nda bu konuda yeni bir hüküm bir ölçüde açıktır. Bu hükme göre, bir kadının utanma duygularını inciten vücudunun muayenesi, belli bir kadın veya doktora bırakılabilir ve bu muayenenin başka bir kadın veya yakınının yanında bulunarak yapılmasına izin verilebilir.³⁶ Sanık veya şüphelinin sadece vücuduna müdahale edilmez, aynı zamanda özel eşyaları teminat altına alınabilir, postasına el konulabilir, telefon görüşmeleri dinlenebilir, elbiseleri aranabilir ve sırf ona ait olan şeyler de dahil, özel evrakı incelenebilir.³⁷

Yargılamaya katılanlardan özellikle tanığa, yaşamının gizliliğiyle ilgili sorular sorularak, belirli hallerde kişiliğine veya özel hayatına ağır şekilde tecavüz edilebilir veya rızasına rağmen, kişisel eşyalarının incelenmesi veya vücudunun muayenesi - izlerin vücudundaki tespiti, soy ve kan tespiti gibi

(32) BGHSt 10, 9; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Berlin 1977; Ayrıca bkz. Lüderssen, "Rollenkonflikte im Verfahren: Zeuge oder Beschuldigter", Wistra 1983, s.231 vd.

(33) Karş. Alman StPO § 136/1.

(34) Karş. Alman StPO §§ 230, 231.

(35) Bkz. Alman StPO §§ 81, 81 a, 81 b.

(36) Alman StPO § 81 d.

(37) Örneğin, Alman StPO §§ 94, 99, 100 a, 102, 110.

nedenlerle olabilir- için zorlanabilir.³⁸ Sanık ve şüpheli hakkındaki gibi, burada da kanuni sınır maalesef açık değildir. Sözü edilen Mağdurun Korunması Kanunu'yla Alman hukukunda getirilen düzenlemeye göre, tanığın namusuna ilişkin veya kişisel yaşam alanına yönelik soruların, "mutlak vazgeçilmez" olması halinde sorulabileceğini belirten hükmü de pek açık değildir.³⁹

Tanığın kişiliğinin korunmasına ilişkin kurallara göre, ceza muhakemesinde, tanık veya bilirkişi ile savcının veya sanığın çapraz sorgusunda, mahkeme başkanı, bu sorgulama yetkisini kötüye kullanırsa, tanığın dinlenmesini yasaklayabilir ya da olaya ilişkin olmayan⁴⁰ soruları geri çevirebilir. Bu bağlamda, çocuk veya genç tanıklar, sorgulama psikolojisi nedeniyle, mahkeme başkanı tarafından yalnız olarak dinlenir ve diğer kişilere bunlara soru sorma hakkı, tanığın durumu için zarar verici nitelikte olmasından korkulmuyorsa, verilebilir.⁴¹

Tüm Avrupa'daki düzenlemelerde - yakın kişilerin tanıklık yapmayı reddetme hakkı gibi - veya mesleki nedenlerle - bu da din adamları, avukatlar ve gazetecilerin tanıklıktan kaçınması gibi - tanıklık yapma veya bilirkişi raporu vermekten kaçınması hakkı tanınarak, bilirkişi ve tanığın kişiliğinin korunması önemli ölçüde sağlanmaya çalışılmıştır.⁴² Tanıklık veya bilirkişilik yapmaktan kaçınma hakkı özellikle mesleki sır saklama yükümlülüğünün olduğu hallerde daha da açıktır. Sanık, şüpheli veya tanık kendisini bizzat itham etmeyeceğinden, özellikle kendileri hakkında cezai soruşturma açılmasını gerektiren hallerde, bilgi vermekten kaçınabilirler.

Tanıklıktan kaçınmayla ilgili sorun hakkında yeni bir karar, Alman asliye mahkemesine⁴³ aittir. Bu kararda, gençlerin uyuşturucu alışkanlıklarıyla ilgili özel bir kuruluştaki çalışan danışmanın, tanıklıktan çekinme talebi - bu meslek grubu için o zamana kadar öngörülmemişti- reddedilmiştir. Red gerekçesine göre, uyuşturucu müptelası veya hastalarının isimleri, ceza takibi yapan mercilere verilmesi, uyuşturucuyla ilgili önemli bir yardım teşkil etmektedir. Bu konuda görev yapan kişinin ceza hukukuyla ilgili mercilere ifade vermesi, kamu yararı açısından istenebilir.

Kişiliğin korunmasıyla ilgili sınırlar sadece mahkemede tanıklık veya bilirkişilik yapmaktan çekinme hakkında değil, yemin hakkında da konulmuştur. Bu nedenle usul kanunları, yeminin yerine getirilmesini, hem dini

inançlar, hem de dini inanç olmaksızın vicdani sebepler göz önünde tutularak, belli inanç gruplarının inanç şekilleri nazara alınarak veya yemin etmek yükümlülüğünde olan kişi inanç ve vicdani nedenlerle yemin etmek istemiyorsa, yemine yakın beyanlarla ifadesi kuvvetlendirilerek, yeminin yerine getirilmesini öngörmüşlerdir.⁴⁴

Tanığın kişiliğinin korunmasıyla ilgili, yukarıda anılan Mağdurun Korunması Kanunu'yla, Alman Ceza Usul Hukukunda getirilen hükümle yenilik getirilmiştir. Buna göre, tanığın dinlenmesi sırasında, sanığın orada bulunması genç tanığın sağlığı yönünden bir tehlike oluşturacak veya geleceği yönünden zararlı olacaksa, sanık duruşma salonundan uzaklaştırılır.⁴⁵

Vakıaların tespiti ve olayın açıklanmasıyla ilgili ceza usul hukukundaki koruma tedbirleri ve sorunlar, ceza usul hukukuna aittir. Şimdi medeni usul hukukuyla ilgili sorunları incelemeye geliyoruz. Ancak bu konudaki yasal çareler oldukça yetersizdir. Bunun nedeni, medeni usul hukukunda hükmün temelini teşkil eden vakıaların tam olarak mahkemeye getirilmesi işi taraflara ve özellikle davacıya aittir. Buna karşılık duruşmalara gelip gelmeme veya davayı üstlenme ve davacının iddialarına şu ya da bu şekilde karşı koyma hakkında davalı serbesttir. Bu durum, medeni usul hukukunda geçerli olan, tasarruf ilkesi veya taraflarca hazırlama ilkesine uygundur. Medeni usul hukukunda kendiliğinden harekete geçme ilkesi veya kendiliğinden araştırma ilkesi geçerli değildir, yine, medeni usul hukukunda maddi değil, şekli gerçek esastır. Ancak, medeni usul hukukunda da tarafların mahkemeye ne isterlerse getiremeyecekleri, aksine vakıaları mahkemeye gerçeğe uygun ve tam olarak getirilmek yükümlülüğünde oldukları görüşü kabul edilirse, bu halde, kişiliğin korunmasıyla ilgili sorunlar çıkar. Buna göre, tarafların mahkemeye bilgi verme yükümlülüğü, onların namus veya haklarında ceza soruşturması açılabilir olan hallerde sınırlanmıştır. Doktrin ve uygulamada da, bu gibi hallerde tarafın beyanda bulunmama hakkı çeşitli şekillerde kabul edilmiştir.⁴⁶

Medeni usul hukukunda tarafın, olayın aydınlanabilmesi ve gerçeğin tespiti için gerektiğinde kendi aleyhine vakıaları getirmekte ne ölçüde yükümlü olduğu oldukça tartışmalıdır. Zira taraf bunu yapmaktan zorunda kalmazsa, karşı tarafın davayı kazanmasına kendi eliyle yardım etmiş olacaktır. Eğer medeni usul hukukunda doğruluk ve dürüstlük ilkesine çok önem verilir ya da abartılırsa, aleyhine vakıaları da mahkemeye getirme yükümlülüğüne olumlu cevap vermek gerekir.

Medeni usul hukukunda da, annelik ve babalığın tespitiyle ilgili davalarda,

(38) Karş. Alman StPO §§ 81 c; 103.

(39) Alman StPO § 68 a.

(40) Karş. Alman StPO §§ 239, 240, 241.

(41) Alman StPO § 241 a.

(42) Bunun için bkz. Alman StPO §§ 52, 53, 55, 63, 76; Aynı husus İtalya ve İsviçre için geçerlidir. Karş. Noll, *Strafprozessrecht*, Zürich 1970; Karş. LG Mainz, NJW 1988, 1744. (Uyuşturucu danışmanın tanıklıktan çekinmesi hakkında).

(43) LG Mainz, NJW 1988 1744.

(44) Örneğin, Alman ZPO §§ 481, 484.

(45) Alman StPO § 247.

(46) Karş. Wassermann, *Der soziale Zivilprozess*, 1978, s.97 vd.; Stümer, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozess*, 1976; Aynı yazar, *Parteilichkeiten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess*, ZfP 98 (1985), s. 237 vd.

tarafı ve üçüncü kişiler, vücutlarının muayenesine, kan tahlili için kan alınmasına tahammül etmek ve keşfin konusu olarak hazır olmak zorundadırlar. 47

Medeni usul hukukunda da, bilirkişi ve tanığın kişiliğinin korunmasıyla ilgili hükümler, ceza usul hükümlerinden farklı değildir. Kişisel yakınlık veya mesleki nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkı medeni usul hukukunda da vardır. Örneğin, eşler, nişanlılar veya yakın akrabalar, din adamları, gazeteciler veya sır saklayan kişiler tanıklıktan çekinebilir. Bunların yanında, medeni usul hukukunda, tanık ifadesinin doğrudan mali zarara neden olacağı veya tanığın namusunu etkileyici ya da hakkında cezai soruşturma açılmasına neden olabilecek, mesleki veya sanatsal sırların ihlâl edileceği ekonomik nedenlerle de çekinme hakkı tanınmıştır. 48 Bilirkişilikten çekinmek içinde aynı hususlar geçerlidir. 49

Burada şunu tespit etmek gerekir; gerek ceza gerekse medeni usul hukukunda, kişiliğin veya yargılamaya katılanların özel yaşamlarının korunması için, doğru bilgi ve gerçek vakıaların tespiti, her ne pahasına olursa olsun gerçekleşmeyecektir. Bu tespit sadece, vakıaların toplanması veya olayın aydınlanması ve görüşülmesinde değil, delillerin incelenmesi aşamasında da geçerlidir.

Şimdi, ulusal, uluslararası, bilimsel, pratik ve politik ilginin uzun süredir toplandığı inceleme konusunun ağırlık noktasına geliyoruz. Bu alanda ulusal, uluslararası bilimsel, pratik ve politik ilgi uzun süredir bulunmakla birlikte, burada incelenen kişisel haklar devletin yargı faaliyeti içinde ihmal edilmiştir.

4. Vakıaların Araştırılması ve Olayın Tespiti

Vakıaların araştırılması açısından kişiliğin korunmasında yine öncelikle ceza usul hukuku ele alınacaktır. Çünkü ceza usul hukukunda yargılama açısından kişiliğe tecavüz herşeyden önce tecrübelerle sabit ve tiptir, cezaya çarptırma, veya emniyet tedbirleri veya iyileştirme sadece suça değil, suçluya bağlıdır ve suçlunun tüm kişiliğinin araştırılmasını gerektirir. Tehdit eden yaptırım açısından, sadece ağır suçlarda değil, diğer suçlarda da suçun inkâr günceldir. Bu nedenle, ceza takibinde bulunan organların suçun açıklanmasını sağlamak amacıyla az ya da çok baskı uyguladıkları belirtilmelidir.

Bununla birlikte, Avrupa'daki kanunlar, şüpheli veya sanığın irade özgürlüğünün ihlâl edilerek zorlanması kesin olarak yasaklamıştır. Bu ne-

(47) Alman ZPO § 372 a; Yunan ZPO m. 378.

(48) Kişisel veya mesleki nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkı için karş. Alman ZPO § 383; Avusturya ZPO § 321; Yunan ZPO m.418, 419; Japon § ZPO 280; (Eski) Demokratik Alman Cumhuriyeti ZPO § 56; Maddi nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkı için bkz. Alman ZPO § 384.

(49) Alman ZPO § 408.

denle, bu kişilerin kötü muamele, eziyet, vücutuna müdahale, dayak atma yolları, işkence, aldatma, hipnoz, tehdit veya kanunda öngörülmemiş şekilde imtiyazların vaadedilmesi ya da hafıza ve muhakeme yeteneğini etkileyen diğneme metodlarına tabi tutulması yasaklanmıştır. 50

Bazı ülkelerde bunların dışında şüpheli kişiye tuzak kurar şekilde, telkin edici veya suçla ilgili olmayan seksüel yaşamı hakkında utandırıcı veya alçaltıcı sorular sorulması yasaklanmıştır.

Aynı hususlar, tanık veya bilirkişinin dinlenmesi ve kendilerine soru sorulması için de geçerlidir.

Amerika'daki bazı eyaletlerden farklı olarak, tüm Avrupa'da yalan makinasının kullanılması kesin olarak yasaklanmıştır, çünkü, Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında 51 belirttiği gibi, kişinin bu şekilde sorgulanması, onu bir cihazın eki yapar ve onu kişi olarak aşağılayıcı niteliktedir.

Şüpheli, sanık veya bilirkişi ve tanığın dinlenmesiyle ilgili ceza usul hukukundaki bu sınırlamalar yanında, Avrupa'daki ceza ve medeni usul kanunlarında, "delil yasakları" ile ilgili sınırlamalar getirilmiştir. Bunlardan öncelikle, "delil gösterme yasağı" belli delillerin hiçbir şekilde mahkemeye delil olarak sunulmayacağı veya delil olarak kullanılmayacağı anlamındadır. Birçok delil gösterme yasağı, kişilik hakkının korunması veya yargılamaya katılan veya üçüncü kişilerin özel yaşamının gizli alanının korunmasına hizmet eder. Bu yüzden, öncelikle, hastalıkla ilgili belgeler, doktor raporu, tıbbi araştırma raporları, bir hastanenin hasta kartları veya uyuşturucu veya alkol bağımlısı kişiler hakkındaki hassas bilgilerin bulunduğu dosya veya belgeler, yazılı delil olarak kullanılamaz. 52 Bunun gibi, günlük notlar, aşk mektupları veya mahrem resimler 53 de aynı şekilde delil olarak kullanılamaz. Bununla birlikte, yeni bir mahkeme kararına göre, 54 bir doktorun muayenehanesinde el konulan hasta kartları ve hasta kağıtları, bu doktorun hastalık kasasına karşı hile suçunun ispatı için delil olarak kullanılabilir. Yine bazı mahkemeler, tacirler arasında gizli görüşmeler hakkındaki not ve protokollerin delil olarak kullanılmasına karşı koymamıştır.

Burada incelenen problemin en tartışmalı noktasını hukuk kurallarının ihlali veya temel haklara tecavüz ile, örneğin, ilgilinin özel alanına tecavüz edilerek elde edilen delillerin veya delil sonuçlarının ne dereceye kadar da vada değerlendirileceğidir. Bu soru, Amerika'da "zehirli bir ağacın meyvaları"

(50) Alman StPO § 136 a; İsviçre (Bern) StPO § 106; İsviçre (Luzern) StPO § 78; İspanya StPO § m.389.

(51) Federal Mahkemenin bu karar için bkz. BVerfGE NSTZ 1981, 446.

(52) Bunun için bkz. BVerfG, NJW 1972, 1123; BVerfGE 44, 353; Karş. LG Bochum, NJW 1988, 1533 (Hasta kartları ve raporlarına el konulması hakkında)

(53) Karş. BGHSI 19, 325; 14, 358; BGH NJW 1988, 1037 (Günlükteki notların değerlendirilmesi hakkında)

(54) LG Bochum, NJW 1988, 1533.

deyişi altında tartışılmıştır. Bu sorunun cevabı uluslararası alanda tartışmalı ve çeşitli kanunların bu konudaki cevapları oldukça farklıdır. Örneğin, USA, İngiltere ve (eski) sosyalist ülkelerde, kanuna aykırı şekilde elde edilen delillerin, Avrupa'daki görüşe şaşırtacak ölçüde aykırı biçimde, **değerlendirilebileceği**, buna karşılık Avrupa ülkelerinde - ki Almanya bu konuda en yukarıda yer alıyor-- yasal hükümlerin ve hatta anayasa kurallarının herhangi bir şekilde ihlâl edilmesi sonucu elde edilen delillerin **çok şüpheli olarak kullanılabilirliği** kabul edilmektedir.⁵⁵ Avrupa'daki kanunlarda, yargılama için önemli ve gerçeğin bulunmasındaki kamu ve devletin yararını, kişiliğin korunmasına nazaran daha üstün kabul eden anglo-amerikan ve sosyalist ülke kanunlarından farklı olarak, bu tür delillerin değerlendirilmesi hakkında birçok düzenleme vardır. Nitekim, Avrupa'da, yüksek mahkemeler veya anayasa mahkemeleri, genel veya prensip olarak, mektup, posta ve haberleşme gizliliğinin ihlâl edilmesiyle elde edilen bilgilerin, yasak dinleme cihazlarıyla gizlice dinlenen telefon görüşmeleri veya gizlice ses bandına alınan görüşmelerin, delil olarak kullanılması yasaklanmıştır.⁵⁶ Bunun gibi, sır saklama yükümlülüğüne veya gizli tutma kurallarına aykırı olarak elde edilen tanık ifadeleri değerlendirilemez. Bunun gibi, polisteki gözaltı sırasında hücreye gizlice sokulan kişinin⁵⁷ ifadesi veya sanığın, polisin güvendiği kişi (Vertrauensmann, V-Mann) tarafından gizlice banda alınan telefon görüşmesindeki açıklamaları değerlendirilmez.⁵⁸ Polisin güvendiği kişilerce veya ajan provokatörler tarafından elde edilen delillerin ve bu kişilerin suçla ilgili açıklamalarının ne şekilde değerlendirileceği hakkında, Avrupa'da değişik görüşler ileri sürülmüştür.⁵⁹

Bunların dışında, özel notlar veya dökümanlar ve Watergate skandalındaki gibi, fotoğraf ve filmler ve cezayı gerektiren bir fiil sonucu, örneğin, bir eve girilerek hırsızlık sonucu elde edilen deliller değerlendirilemez.

Delillerin gösterilmesi ve değerlendirilmesiyle ilgili genel tartışmada, özel alanın korunmasındaki yarar bir tarafta, adli yargıdaki devletin yararı ve özellikle, yargının özel yaşam alanını ihlâl etmeksizin suçu gerçek biçimde koşturması diğer tarafta olmak üzere, önem taşımaktadır.⁶⁰ Bu dokunulmaz alanın nerede başladığı ve nerede bittiği ve ne tür bir içeriği olduğu aslında açık değildir. Bunun için, delil gösterme ve değerlendirme

(55) Genel olarak bkz. Schwab/Gottwald, *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, 1983'te Würzburgta düzenlenen 7. Uluslararası Usul Kongresi Genel Raporu (in: *Generalbericht des VII. Internationalen Kongresses für Prozesrecht in Würzburg 1983*, s.172).

(56) Bu yönde BVerfGE 34, 388; BGHSt 14, 358; BGH, NJW 1986, 2261; OLG Köln, WM 1986, 1531 (Sözleşmeyle ilgili görüşmelerin gizlice banta alınması hakkında).

(57) Bunun için bkz. BGH, Az. 5 StR 66/86, 28.4.1987.

(58) Karş. BGHSt, NJW 1983, 1570.

(59) Bunun için özellikle bkz. Tiedemann/Sieber, "Die Verwertung des Wissens von V-Lauten im Strafverfahren", NJW 1984, s.753 vd.

(60) BVerfGE 34, 283.

yasağı dogmatik olarak, mutlak ve nisbi olarak ayrılabilir, fakat ağır suçlarda (terör, adam öldürme, casusluk, kaçırma, şantaj) mutlak yasak deliller; sıkça nispileşmektedir. Buna gerekçe olarak, bu hallerde, cezai koşturma yararının daha fazla ağır bastığı ve suçun ispatı için aslında geçersiz olan delil göstermenin ve değerlendirmenin, geçerli olduğu gösterilmektedir.⁶¹ Buna örnek olarak Alman Federal Mahkemesi'nin yeni bir karar⁶² gösterilebilir. Federal Mahkeme güneşlenen bir kadının keskin bir aletle arkasından bıçaklanması sonucu vahşice öldürülmesiyle ilgili davada, bir sanığın, kadınlarla ilişki kurmakta zorluklarını açıkladığı günlük benzeri notlarını, suçun ispatı için, değerlendirilebilir olarak açıklamıştır.

Ağır suçlardaki delil yasaklarının nispliği konusunda, isnat edilen suç, aslında geçersiz olan bir delilin yardımı ile gerçekten ispat edilebilirse, makul görülebilir, buna karşılık, ağır bir suçta çok zayıf bir suç belirtisi varsa veya şüphelinin temel hakları ihlâl edilerek elde edilmişse, bu delil reddedilmelidir.

5. Yargılama Sonucunun, Özellikle Yargısal Kararın Tefhim, Tebliğ ve İlânı ile İlgili Sorunlar

Temel hakların yargı içindeki son ihlâli, dinlemenin, duruşmanın ve delil gösterilmesinin belli sonuçları veya kararın gerekçesi tefhim veya tebliğ edilirse, doğrudan ilgili taraflar dışındaki kişilerin de bunu öğrenmesi halinde mümkün olabilir. Mahkeme tutanaklarında herhangi bir şekilde tahkir edici veya aşağılayıcı ifadelerin yer alması asıl olarak bizi ilgilendirmiyor, zira bunlar daha çok tesadüfi niteliktedir. Bizi asıl ilgilendiren sorun, yargılama sonucunun açıklanması, yazılması ve ilânı ve özellikle hükmün tefhim ve ilânıdır. Bu bağlamda, özellikle gizli yapılan duruşmalar önem taşır ve sadece hükmün fıkrası değil, gerekçelerinin de aleni olmamasını gerektirir. Bu son durumda, hükmün yazılması, hüküm suretleri veya hükmün fotokopisi ile ilgili hükümler önem taşır. Bu sayılanlar sadece ilgili kişilere verilmelidir. Avrupa'da bu görüşün bazı istisnaları vardır, nitekim, hukuki yararı ağır basan üçüncü kişiler, doğrudan yargılamayla ilgili olanların rızasını almaksızın, hükmün suretini, fotokopisini veya en azından bu konuda bilgi almaktadır.⁶³ Bu tür hukuki yarar, avukatlar ve hukukla ilgili bilim adamları veya mesleki veya ekonomik nedenlerle belli hükümlerin içeriğiyle ilgili kişiler için kabul edilmektedir. Bazı ülkelerde ise, ilgili kişinin kişiliğinin korunması amacıyla, kararın kopyası veya suretlerinin anonimleştirilmesi ve özellikle kişi isimlerinin karalanması veya tanınmaz hale getirilmesi gereklidir.⁶⁴

(61) Bu anlamda BGHSt 19, 325.

(62) BGH NJW 1988, 1037.

(63) Örneğin, Alman ZPO § 299/2.

(64) Karş. Stein/Jonas, *Kommentar zum Zivilprozessordnung*, 20. Aufl. 1984, § 299, Rdr. 21.

Bu tür kişilik hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin duyarlılığı daha azdır. Bu Mahkemenin geniş anlayışına göre, aleni olarak yapılan duruşmalarla ilgili hükümleri herkes alabilir veya fotokopisini yapabilir.⁶⁵

Birçok ülkede, adli mercilerin hükümleri veya diğer resmi belgelerin suretleri, mahkemelelerin ilân tahtalarına veya levhalarına asılarak bu şekilde ilân yolu ile tebliğ edilmektedir. Ancak bu tür tebliğatlarla ilgili kişiliğin korunmasına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Yalnız Alman Medeni Usul Kanunu'na göre, aile ve çocukla ilgili hususlarda, mahkemedeki levhaya, bu belgelerin sadece özetleri asılabilir.⁶⁶ Ancak, ihmal veya işlerin çokluğu nedeniyle, boşanma ve nafaka talepleri tam gerekçeleriyle asılmaktadır ki, bunun sonucunda kişilerin özel hayatlarının gizliliği, yetkisiz olarak aleniye açıklanmaktadır.⁶⁷

Bu konuda incelenmesi gereken son bir husus, mahkeme kararlarının gazete muhabirleri tarafından topluma açıklanması veya mahkeme kararlarının karar derlemeleri veya meslek dergilerinde yayımlanmasıdır.⁶⁸

Bu konuda Avrupa'daki görüş ve uygulamalar oldukça farklıdır. Örneğin, Almanya ve Avusturya'da, kararlardan, sadece taraf ve tanığın isminin değil, bunların yanında, hakim ve diğer adliye ilgililerinin ve hatta gerçek ve tüzel kişileri ima veya formüle eden hususların tanınmaz hale getirilerek kesin biçimde anonimleştirilmesi gerekmektedir. Buna karşılık İsviçre ve Fransa'da mahkeme kararlarındaki tüm isimlerin anılarak yayımlanmasında bir sakınca görülmemektedir. Mahkemelerin verdikleri kararlarda ilgili kişisel bilgilerin korunması hakkında Avrupa'ya genel olarak bakıldığında, İngiltere ve Amerika'ya nazaran daha dikkatli ve hassas davranıldığı görülmektedir. İngiltere ve Amerika'da, bu bilgilerin gizli tutulmasındaki yararlar ilgili çok az istisna vardır. Mahkeme kararları, resmi derlemelerde, tüm katılanların adıyla anılır, sistematik olarak yazılır ve dış dünyaya açıklanır.

IV. Sonuç

Bu çalışmayla, kişilerin kişilik ve özel yaşam alanı bir tarafta, yargısal düzenlemeler ve uygulama diğer tarafta olmak üzere, bu konudaki önemli problemler hakkındaki görüşler genel olarak verilmeğe çalışıldı. Ancak başlangıçta belirlenen konunun olağanüstü zorluğu herhalde görüldü. Özel sorunlar hakkında geniş açıklamalar ve esaslı hukuki karşılaştırma yapılmadı. Fakat bu genel bakış, özellikle medeni yargı olmak üzere, yargı içinde özel hayatın ve kişilik hakkının korunmasındaki hukuki düşünce ve olaylara bakış sağladıysa, bu sorunlar hakkındaki bilinci kuvvetlendirdiyse veya belki buna neden olduysa ya da derinlemesine düşünmeye neden olmuşsa, başlangıçtaki amaca ulaşılmıştır. □

(65) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)), NJW 1986, 2177.

(66) Alman ZPO §§ 203, 204.

(67) Karş. Finger, "Öffentliche Zustellung und Datenschutz bei familiengerichtlichen Verfahren" NJW 1985, s.2684 vd.

(68) Hirte, "Mitteilung und Publikation von Gerichtsentscheidungen - Zum Spannungsverhältnis von Persönlichkeitsschutz und Interessen der Öffentlichkeit", NJW 1988, s.1898 vd.

ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ VE KESİN HÜKÜMLERİN ÇATIŞMASI

Sadi BÜYÜKEREN (*)

I. GİRİŞ

II. TARİHSEL GELİŞİM VE ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ

A. Egemenlik

B. Osmanlı İmparatorluğunda Egemenlik Anlayışı

C. Cumhuriyet Döneminde Egemenlik Anlayışı

1. Yasama Meclisinin Yargısal Denetim İle Denetlenmediği Dönem

2. Yasama Meclisinin Yargısal Denetim İle Denetlendiği Dönem

III. ANAYASA MAHKEMESİ VE ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ

A. Anayasa Mahkemesinin Sistemimizdeki Yeri

B. "Yargıç Devleti" Çekincesi

C. Anayasaya Uygunluk Denetimi

IV. ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI VE ETKİSİ

A. İptal Kararlarının Bağlayıcılığı

B. İptal Kararlarının Etkisi

V. ÖZEL HUKUKTA MAHKEME KARARLARI

A. Kesin Hüküm

B. Şekli ve Maddi Anlamda Kesin Hüküm

C. Kesin Hükümün Bağlayıcılığı ve Etkisi

D. Kesin Hükümün İcra Zamanlaşımı

E. Özel Hukukta Kesin Hükümlerin Çatışması

IV. HUKUK MAHKEMELERİ KARARLARI İLE

ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARLARININ ÇATIŞMASI

VII. SONUÇ

KAYNAKÇA

I. GİRİŞ

1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası (153. Maddesi ile). Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümeyeceği, yani eski anılatımla makale şamil olmaması ilkesini benimsemiştir. Parlamento hukuk devletinin

(*) Yargıç, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi

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 faaliyetle 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 hükümlerine aykırı olduğunun saptanması ile iptaline dair verilen Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi; hukukun üstünlüğü ilkesinden ne şekilde uzaklaştığının veya bu ilkenin ne biçimde çiğnendiğinin anlatımıdır. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir normun, yasama meclisinden çıkıp yürürlüğe girdiği günden itibaren, iptal kararının Resmi Gazetede 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 yürümeceği ilkesi istisnasız ve katı biçimde Anayasa hükmü olarak mevcut bulunmakta ise de; konumuz itibarıyla, 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 oluşturmaya 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 Beyannamesinde (Madde: 3) "Her egemenliğin özü esas olarak Milletindir. Hiçbir heyet, hiçbir fert açıkça millettten kaynaklanmayan bir otoriteyi kullanamaz." hükmü ile ortaya konulmuştur. Sonra 3 Eylül 1791 Fransız Anayasası'nda da olduğu gibi (Madde: 1) "Egemenlik tekdir, bölünemez, devredilemez ve zaman aşımına 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.

B. Osmanlı İmparatorluğunda Egemenlik Anlayışı

Dünyada özellikle Fransa'da bu gelişmeler meydana gelirken, Padişah ve Ailesinin egemenliği ile şekillenmiş Osmanlı İmparatorluğunda ise; Sened-i İttifak², Tanzimat (Gülhane Hattı Hümayunu)³, İslahat⁴ ve Adalet Fermanları⁵ adı altında Padişah ve Ailesinin egemenliği 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 deneyecek kadar az yetkisi olan Umumi Meclis kurulmuş, **egemenliğin kayıtsız şartsız Osmanlı Ailesine 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 20.1.1937 (1921) tarihinde kabul edilen ilk Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1921 Anayasası) birinci maddesinin ilk cümlesinde "Hakimiyet bila kaydü şart millettindir." ibaresi ile egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu ilkesini getirmiş, ikinci maddesinde "İcra kudreti⁷ ve teşri selahiyeti⁸ milletin yegane ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisinde 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 aynı ya da benzer hükümleri¹¹ tekrarlamak suretiyle yine milli egemenlik ilkesi, yani egemenliğin kayıtsız ve şartsız millete ait olduğu ilkesi benimsenmiştir. Bu milli egemenlik ilkesinin yanısıra hem 1921 Anayasası'nda hem de 1924 Anayasası'nda, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi de mevcut ve geçerliydi. Ancak bu ilkelere anılan Anayasa'larda yer alması, çok partili parlamento rejiminin Anayasa'larda düzenlendiği gibi işlemesi için yeterli olmadı.

(2) (1223) - (1807) Şaban'ın ortası

(3) 26 Şaban 1255 (1839) tarihinde

(4) 28 Şubat 1856 tarihinde

(5) 1292 (1875) yılında

(6) BİNGÖL İ. Ülkemizde Anayasa Hareketleri 1993 sayfa: 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 belime ve merkezlenip, toplanıp yığılmak. (Develioğlu F. - Kılıçkını N. Osmanlıca - Türkçe Sözlük 1975 - İstanbul)

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

(11) 1924 Anayasası madde: 3 "Hakimiyet bila kaydü şart Milletindir"

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

1924 Anayasası madde: 8 "Meclis, teşri selahiyetini bizzat istimal eder."

1. Yasama Meclisinin Yargısal Denetim ile 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 Meclisinin 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 ilkelere göre sadece benimsenmeleri, bu ilkelere 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 olan böyle bir gücün karşısında muhalefetin söz hakkını ve hareket olaraktan 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 başı 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 ile Denetlendiği Dönem

Yukarıdaki açıklamalar gösteriyor ki; 1924 Anayasası'nın Anayasa'nın üstünlüğü ilkesini gerçekleştirdiği ve hayata geçirdiği söylenemez. 334 sayılı

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

(13) DIJVERGER M. *Seçimle Gelen Krallar (bilimsel ve İnceleme Dizisi: 8)* sahife: 169 ve devamı.

Kanun ile 9.7.1961 tarihinde kabul edilen 1961 Anayasası¹⁴ egemenlik anlayışını diğer öncelikle 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 Milletininindir. Millet, egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, belirli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçkimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz. (Anayasa Madde: 4)

Yasama yetkisi, Türkiye Büyük Millet Meclisininindir. 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)

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 Gazetede 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 kullanılması sırasında, Anayasa'nın üstünlüğü ve bunun teminindeki güvenceyi de kuşkuyla 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 yapılabilmekle beraber, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde esas görev, 1961 Anayasası ile kurulmuş

(14) 20 Temmuz 1961 gün ve 10659 sayılı Resmi Gazete ile yayımlandı.

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

olan Anayasa Mahkemesine düşmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını ve kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetiminin kabulünü, 1961 Anayasası'nın en önemli ve en 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 Anayasası¹⁷ 6. Maddesinde; 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 ilkelilerinin teminatı olan Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş, görev ve yetkileri ile kararlarının etkisi düzenlenmiştir. Açıklanan konular itibarıyla 1982 Anayasası, 1961 Anayasa-sı'ndaki benzer hükümleri daha kazuistik bir ifade ile tekrar etmektedir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ VE ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ

A. Anayasa Mahkemesinin 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 kurallardır.

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" in düzenlendiği kısım içerisinde yer alması daha gerçekçi olurdu.

Her parlamenter sistem, Anayasa'ya uygunluk denetiminde, Anayasa Mahkemesi ile yargısal denetim biçimini kabul etmemiştir. Parlamenter devletlerden bir kısmı, parlamentolarının 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 Denetim" 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 kurulmasının tehlikesinden ve kısaca "yargıç devleti" yaratmaktan söz edilmekte 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 Anayasaya uygunluk denetiminde sınırlı yetkiye sahip olduğu halde (1982 Anayasası Madde; 148/2), kanunların, kanun hükmünde kararnamelelerin, 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.

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

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

(17) 9 Kasım 1982 gün ve 17863 mükerrer sayılı Resmi Gazete ile yayımlanmıştır.

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

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

hiçbir zaman kendiliğinden (re'sen) harekete geçmemekte ve Anayasa gereğince egemenliği millet adına kullanma yetkisi ile donatılmış, yasama yetkisinin kullanıldığı Türkiye Büyük Millet Meclisinin 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 yapılabilmektedir. 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 yorundelik 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 hükümlerine" 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 "Anayasanın Başlangıç Hükmü" ile

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

(20) ÖZDEN Y. G. Hukukun Üstünlüğüne Saygı Kasım 1990 Sayfa: 148

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

kuralı, emredici özelliği itibarıyla 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 yargı organları (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 hakim örf ve adete göre, örf ve adet dahi yoksa kendisi vazır kanun ²³ olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek ²⁴ idiyse 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. Hakim, 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 itibarıyla cumhuriyetin ilk dönemindeki gibi denetlenemez değildir. Sistem itibarıyla yasama, yürütme ve yargı erklerinde ayrılığı (kuvvetler ayrılığı) benimseyen parlamenter demokratik hukuk devleti içerisinde yasama organının denetimi, (dolaylı olarak) oluşturduğu normların Anayasa'ya uygunluklarının denetlenmesi suretiyle yapılmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi bu denetimi de Anayasa Mahkemesi yapmaktadır.

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

(23) Vazır kanun: Kanun yapan, kanun hazırlayan ve yürürlüğe koyan, yassaman.

(24) Vazetmek: Koymak.

(25) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.11.1962 gün ve E: 6/86, K: 67 sayılı ilamı.

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 itiraz 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 Gazetede 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 iddiasının 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 ilişkilere girip, hak arayıp, hak kaybedebileceklerdir. Anayasa Mahkemesi tarafından işin esasına girilerek itiraz veya iptal davaları reddedilmiş ve bu kararlar Resmi Gazetede 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 ve iptaline karar verilerek, iptal kararının gerekçesi ile birlikte Resmi Gazetede yayımlanmasıyla (iptal kararının yürürlüğe gireceği ayrıca bir süre kararlaştırılmamışsa) söz konusu norm yürürlükten kalkar, Anayasa Mahkemesi 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 gerçekleştiremeye yönüyle bağılıdır.²⁶ Yargı organları, Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilen norma dayanarak 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

(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 denetiminin bağlayıcılığı ilkelerini tanımayan 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'ya birtaraf olmaya yönelik bu uygulaması karşısında iptal veya itiraz davası açılmasını beklemeden kendiliğinden (re'sen) harekete geçebilmeli, b- bu şekilde çıkarılan norma hiç yürürlük tanınmadan Anayasa Mahkemesi hemen yürürlüğü durdurma kararı verebilmelidir. Anayasasının üstünlüğüne inanan, hukuka saygılı ve aynı zamanda cesaretlil siyasal iktidarlar tarafından bu hususlarda yapılması gerekli değişiklik ve düzenlemenin bir an evvel gerçekleştirilmesi dileğimizdir.

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.

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 Gazetede 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 Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 237. maddesi "Kesin Hüküm" başlığını taşımakta ve "Kaziyel muhkeme, ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında mutaberrdir.

Kaziyel muhkeme, mevcuttur denilebilmek için iki tarafın ve müddeabihin ve istinat olunan sebebin muttehit olması lazımdır."²⁸

Kesin hüküm; uyumsuzlukların yanlar arasında kesin bir biçimde halledilmesi, çözümlenmesidir. Türk Milleti adına yargılama yetkisini kullanan bağımsız mahkemeler, herhangi bir dava (uyumsuzluk) konusunda yer ve zaman itibarıyla defaatle meşgul edilemezler. Aynı zamanda, uyumsuzlukların halinde ülke içinde hukuk ve yargıdan faydalananlar arasında istikrar, hukuka saygı ve yargıya güven ancak hükümlerin kesinleşmesi (kesin hüküm) ile sağlanabilir.

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

(28) BİLGİN. - ARSLAN R. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (Kanun no: 1086, Kabul tarihi: 13.6.1927, Resmi Gazete ile yayımı: 2-3-4 Temmuz 1927) sahife: 147

B. Şekli ve Maddi Anlamda Kesim 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 hallerinde³⁰ şekli anlamda kesin hüküm oluşur.

Maddi anlamda kesin hüküm ise; şekli anlamda kesinlik kazanan kararlara tanınan hukuki hakikat (gerçeklik) vasfıdır. Maddi anlamda kesinlik kazanmış hükümler, mahkeme kararlarına güvenilmesi ve uyulması, yanlar arasındaki uyumsuzluğun 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 amir hükümler Anayasa'nın 138/4. maddesinde yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının aksine, özel hukukta kesin hüküm, yalnız uyumsuzluğun yanları için kesinlik teşkil eder. Yanlar arasındaki uyumsuzluk nedeniyle ilk açılan (birinci) davada oluşan kesin hüküm, aynı yanlar arasında aynı konu ve aynı sebebe dayanarak açılacak ikinci davanın kesin hükmü nedeniyle reddedilmesi sonucunu taşır. Birinci ve ikinci davanın yanlarının aynı sayılabilmesi için, her iki davada davacı ve davalı sıfatını taşıyan kişilerin karşılıklı taraf durumunda bulunmaları yeterlidir. Kesin hüküm, yanların haleflerini³¹ 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 durumlarda yasalarımızda mevcuttur.³²

Kesin hüküm, yanları bağlayıcı olduğu kadar, mahkemeleri de bağlar. Mahkemeler, konusu, sebebi ve yanları aynı olan kesin hükme rağmen, aynı

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

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

(31) Halef: Kanunî veya akdî nedenlerle birinin yerini geçen, ardıl.

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 zamanaşımına 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 hukukuna³⁴ ilişkin ilamlar on yıllık zamanaşımına 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 Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445/10. maddesi uyarınca yargılamanın iadesi (lade-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

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

(33) Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı, 11.2.1959 gün ve 10/12 sayılı (Resmî Gazetede yayımı: 29.4.1959 gün ve 10194 sayı ile).

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

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

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

İktidarı 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 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 uyumsuzluk 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 kaldırılabilir, 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 uyumsuzluklara 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 uyumsuzluklara (iptal kararından önce yargı önüne götürülmüş olsalar bile) etki etmekte ve artık dayanan ve iptal edilen normun davaya uygulanmasına olanak vermemektedir. Kısaca; Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi eldeki davalara uygulanamaz.

Eldeki davalar (karara bağlanmamış uyumsuzluklar) 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, yarılar arasında ortaya çıkmış çekişmenin (davanın), bütün bir gelecek için son bulmasını temin eder.

Kesin hükmün gereği yapılmış yani icra edilmiş işe 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 (hükmünün) icra edilmesi çoğu zaman aynı anda olmaz. Yukarıda açıklandığı gibi, on yıllık icra zamanasına tabi olan kesin hükümler bulunmakla birlikte, hiç bir zaman icra zamanasına tabi bulunmayan ve her zaman icra edilebilen kesin hükümler de bulunmaktadır.

İcra edilebilme özelliğini, zamanasına uğramış olmaları nedeniyle yitiren kesin hükümler icra edilmek istenildiğinde karşı tarafını zamanasını itirazı ile karşılaşırsa artık icra edilemezler. Bu yönüyle icra zamanasına uğramış ve karşı tarafın zamanasını itirazı ile karşılaşmış kesin hükümler bu durumları itibarıyla yine hukukun ve yargının konusu olmaktan çıkarılır.

İcra edilebilme özelliğini (zamanasına tabi oldukları halde) yitirmemiş kesin hükümler ile icra zamanasına 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 belirlemekte faydalanan (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 sorununun somut bir olayı tahlii 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 11.9.1989 tarihinde 1/18 sayılı karar ile iptal edilmiştir. Anılan iptal kararının 29.3.1988 tarihinde Resmi Gazetede 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 (mirasçılar) mevcut olduğu için; nesebi sahih olmayan çocuk (yahut bunun mirasçıları), nesebi sahih çocuğa (yahut bunun mirasçılarına) verilen

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

payın yarısını alacak biçimde karar verilmiş olması söz konusudur. Bu mirasçılık belgesinde açıkça yasa ve madde numarası belirtilmemiş olsa bile, miras bırakanın mirasçılara uygulanan norm Türk Medeni Kanunu'nun 443. maddesidir. Tüm mirasçının 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 Gazetede yayımlanmasından sonra miras bırakandan kalan taşınmaz kendi adlarına, mirasçılık belgesinde açıklanan payları oranında intikal işlemlerinin yapılmasını ilgili Tapu Sicil Müdürlüğünden 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 mirasçısına), nesebi sahih çocuğa (veya mirasçısına) 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 gözardı 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 Gazetede 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 düzenlendiği Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası³⁷ ile Anayasa Mahkemesi kararlarının zaman içindeki etkisinin ve bağlayıcılığının düzenlendiği yine 153. maddesinin beş ve altıncı fıkraları³⁸ arasındadır.

(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 bunları yerine getirmesini geciktiremez."

(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."

İdare, hem yerel mahkemenin kesin hükmü ile bağlıdır, hem de itiraz edildiği ve yayımlandığı anda kesin olan Anayasa Mahkemesinin 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; yasama 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 gerçekleştirmek 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 iptal edilmesi halinde, hükümlünün infazına o anda son verilmesi, ceza yargısına olan güveni mi sarsmaktadır. 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 adet hukuku ve hakim-in hukuk yaratması" olgularının dışında kanunilik ilkesi mevcuttur. Zaten örf ve adet hukuku ve hakim-in hukuk yaratması halinde Anayasa Mahkemesi'ni ilgilendiren "anayasa meselesi" yoktur. Örf ve adet hukuku veya hakim-in o uyumsuzluk 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 edilmez. 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 kötüyü kullanılmasını savunmayı da beraberinde getirir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi; kesin hükmün içeriği icra edilerek, uyumsuzluk hukukun ve yargının konusu olmaktan çıkmış ise uyumsuzlukların 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 geciktiremeyeceği 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 ayrıcağı ve üstünlüğü tanımak, Anayasa'ya uygunluk denetiminin amacına ters düşmez.

Alman Anayasa'sında, 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 Mahkemesinin Kuruluşuna Dair Kanunda yerini alan bu istisna kuralının, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda veya 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanununda da yer alması gereklidir. Aksi takdirde Anayasa'nın 153. maddesinin beşinci fıkrasının düzenlediği, iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesinde istisnaya yer verilmeden, kuralın lafzi yorumuyla uygulanması, hak ve adaletle 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 bağla-

yıcılığı 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 onanmak 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 hakim de yasal boşlukları o olay için doldururken Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile bağlıdır. Anayasa Mahkemesi iptal kararından sonra iptal edilen normun uygulanmasına devam edilmesi⁴¹ 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. Korumuz, Anayasa Mahkemesi iptal kararına rağmen iptal edilen normu uygulayan hakim in veya mahkeme heyetinin cezalandırılması ya da tazminata mahkum edilmesi ile ilgili olmayıp, bu şekildeki uygulama sonunda ortaya çıkabilecek kesin hükme değer verilip verilemeyeceğidir.

Tanığın ya da bilirkişinin yalan şahadette bulunduğu veya gerçeğe aykırı bilirkişilik yaptıkları mahkeme kararları ile sabit hale geldiğinde yargılamanın yenilenmesi yolunu açan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, hakim in 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 düzenlediği 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; hakimlerin 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 il-

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

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

kesinden yoksun bulundukları için hiçbir zaman icra edilememeli ve bu tür kesin hükümler için yargılamanın yenilenmesi yolu ile iptali de temin edilememelidir.

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'ya aykırılığı saptanan ve iptal edilen normun uygulanmasına son verilmesidir. İkinci somut yaklaşım ise; hukukumuza bir an evvel kazandırılması dileğinde bulunduğumuz Anayasa Mahkemesi iptal kararından önce veya sonra iptal edilerek ortadan kaldırılan norma dayanılarak oluşturulmuş kesin hükümlerin icra edilememeleridir.

Anayasa'nın açık hükümlerine aykırı davranarak, keyfiliğe yönelerek yasa organının özel hukuka getirdiği normların, ilgilerine 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 savunmakta varılacak sonuç; kamu vicdanını zedeleyici ve kamu düzenini bozucu sonuçlar meydana getirir.

Özel hukuk alanında herhangi bir uyumsuzluğun yargı önüne götürülebilmesi için, davacının bu uyumsuzlukta 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 şahsın hukuku alanlarında mevcut olan normlarla belirlenir. Yargılama sonunda verilen kararın kesinleşmesi ile kesin hükümle bağlı olan yararın, korunmaya değer yararları açıklanmaktadır. Belirtilen hukuk disiplinleri içerisinde yer alan herhangi bir normun Anayasa'ya aykırılığının saptanması ile ortadan kaldırılıp, hukuk sisteminden çıkarılmasıyla yargı önündeki uyumsuzluk; hukuksal dayanaksız ve konusuz kalabilir. Bu durumda, yargılama sonunda "esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmeyle, uyumsuzluk 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 ilgilisine teslim edebilmek için zor kullanamamalıdır. Hukuk disiplinleri birbirini tamamlamaktadır, 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 götüreceği 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 Usulü Muhakemeleri 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. □

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, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara-1986.

5. DUVERGER Maurice

Seçimle Gelen Krallar
Bilimsel İnceleme Dizisi: 8
Kelebek Yayınları, İstanbul
Osmanlıca-Türkçe Sözlük
Rafet Zaimler Kitabevi, İstanbul-1975.

6. DEVELİOĞLU Ferit
KILIÇKINI Neval

- | | |
|--|---|
| 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 Anayasa Mahkemesi
Savınç Matbaası, 1963. |
| 9. KURU Baki | Hukuk Muhakemeleri Usulü
Yetkin Basım Yayın 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 İctihallara 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, Ankara-1990. |
| 14. RUSSEL 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, Ağustos-1985. |
| 18. TEZİÇ Erdoğan | Anayasa Hukuku
Beta Basım Yayın 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. |

BASINDA CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

Dr. L. Kemal REİSOĞLU (*)

Yasama, yürütme ve yargı'dan sonra dördüncü kuvvet olarak kabul edilen basın, halen memleketimizde içinde bulunduğu durumu, en çok okunan bir gazetemizin bir yazarı, diğer değerli bazı köşe yazarları gibi, şöyle yansıtmıştır.

"Biz gazeteciliğin ne olduğunu da unutmuşuz. Belli çıkar hesapları, çanak tutmalar, yağcılıklar, adamına göre muamele etmeler ön plana geçmiş... Medya yozlaşmış sadece sansasyon peşinde koşar olmuş. Medyanın göbeğine yüzlerce çıkarıcı dolmuş." (Bk.: Hürriyet, 7.1.1996)

Basınımız acaba neden böyle oldu; bu, sadece kendisinden kaynaklanan bir durum mu; yoksa başka etkenler de var mı?

Çok önemli gördüğümüz bu konu üzerinde hep beraber düşünebilmek için, biz bu yazımızda bazı dökümanlar ortaya koymanın yararlı olabileceği kanısını taşıyoruz. Ancak konuların kişiselleşmemesi için, kaynaklarını göstererek nakledeceğimiz olaylarda hiç bir isim zikretmemeye özen göstereceğiz.

Hemen belirtelim ki, basının 1940'lı yılların başlarında içinde bulunmuş, basınla ilgili yasaların hazırlanmasında, bunların uygulanmasında hizmet etmiş ve basının yüce değerine inanmış bir kimse olarak (Bk.: Yargıtay Dergisi, 1987/3 ve 1988/1-2) en büyük dileğimiz, basınımızın kendisine ve memleketimize layık bir seviyeye gelmesi, promosyonlara ümit bağlamış bir halden çıkıp, mesleğin ilkelerine uygun, aranan, güvenilen ve okunan, saygın mevkiine yerleşmesidir.

A- Konumuzla ilgili olarak değerlendirmeye alacağımız olaylardan önce, cevap ve düzeltme hakkını belirleyen, ilgililerin genellikle bildiği, fakat bütün şartları ile birlikte hatırlamakta zorlandıkları, kaldırılan ve halen yürürlükte olan yasal hükümlerini tekrar dikkatle okumakta yarar vardır:

BASIN KANUNU m. 19:

1. Bir kişinin, haysiyet ve şerefine dokunan veya kendisi ile ilgili gerçeğe aykırı hareketler, düşünceler ve sözler izafesi suretiyle açık veya kapalı şekilde bir mevkutede yapılan yayımdan dolayı ilgili veya yetkili temsilcisi

yayının yapıldığı tarihten itibaren **iki ay içinde imzasını taşıyan cevap veya düzeltme yazısını** mevkutenin sorumlu müdürüne verebilir veya gönderebilir.

II. Sorumlu müdür, cevap veya düzeltmeyi aldığı tarihten üç gün içinde inceler ve yayınlanmasına karar verdiği takdirde inceleme süresinin bitiminden sonra çıkacak **ilk nüshada** metne hiç bir mülahaza ve işaret **katmaksızın** ve bu cevap veya düzeltme dolayısıyla herhangi bir **mütalaa beyan etmeksizin** aynen ve tamamen yayınlanmaya mecburdur.

III. Cevap veya düzeltmenin zamanında yayınlanmaması halinde ilgili yayınlanması gereken tarihten itibaren **yirmi gün içinde** evrakı ile birlikte bulunduğu yer **sulh ceza hakimine** başvurur.

Sulh ceza hakimi **iki gün içinde** cevap veya düzeltmeyi; suç mahiyetinde olup olmadığı, yayın ile **ilgisi** bulunup bulunmadığı, kanunda yazılı **şekil ve şartları** taşıyıp taşımadığı ve mevkuteye yapılan başvurunun yayından itibaren **iki ay içinde** yapılıp yapılmadığı **cihazlarından inceleyerek**, cevap veya düzeltmenin yayınlanmamasına veya aynen yayınlanmasına **karar verir**. Bu karar ilgililere tebliğ olunur.

IV. Bu karara karşı ilgililer **dört gün içinde asliye ceza hakimine** evraklarını da vermek suretiyle **itiraz** edebilirler. Asliye ceza hakiminin I numaralı fıkradaki hususları da dikkate almak suretiyle **iki gün içinde** itirazı inceleyerek vereceği karar kesindir.

V. Cevap veya düzeltmenin öncelikle cevaba sebebiyet veren yazının yayınlandığı sayfa ve sütunda veya bunların eş değerinde okumayı güçleştirmeyecek şekilde imla kurallarına uygun olarak, eş büyüklükte ve karakterde harflerle cevap ve düzeltmeyi gerektiren yazı için başlık yapılmış veya resimler konulmuş ise, cevap veya düzeltmede tespit edilecek başlık veya resmin de yayınlanması gerekir.

VI. İlgilinin talebi veya hakim kararı üzerine yayınlanan cevap veya düzeltmede, **bu maddedeki şekil ve şartlara uyulmaması halinde** ilgili cevap veya düzeltmenin yayınlandığı tarihten itibaren **yirmi gün içinde** evrakı ile birlikte **SULH CEZA HAKİMİNE başvurup** cevap ve düzeltmenin bu maddedeki şekil ve şartlara uygun olarak **yeniden yayınlanmasına karar verilmesini talep** edebilir.

Son fıkra: Yeniden yayınlama kararı üzerine yapılacak yayınlarda da bu maddedeki şekil ve şartlara uyulmadığı takdirde **her defasında bu fıkra hükümleri ayrı ayrı tatbik olunur** ve her aykırı davranış **29 uncu maddeye** göre ayrı ayrı cezalandırılır.

Basın Kanununun 11.5.1988 tarih ve 3445 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmış olan 29 uncu maddesi:

Ondokuzuncu maddede yazılı mecburiyete riayet etmeyenler hakkında 200 liradan 1000 liraya kadar ağır para cezası hükmolunarak **neşrinden imtina edilen** cevap ve düzeltmenin de aynı mevkute de ondokuzuncu maddede gösterilen şekil ve şartlar dairesinde yayınlanmasına karar verilir.

B. Şimdi basındaki cevap ve düzeltme hakkına konu olan olayları kısaca inceleyebiliriz. Bunlardaki uyumsuzluk, yargı yoluna müracaatla sonuçlandığı ve kesin şeklini itiraz üzerine asliye ceza mahkemesinde aldığı için, aynı mahkemenin kesin kararlarında yasanın yorumunun nasıl yapıldığının incelenmesi, ilginç olacaktır.

Basın kanunumuz, şimdi yalnız büyük şehirlerimizde değil, memleketimizin hemen hemen bütün il ve ilçelerinde uygulanabilmektedir. Aşağıdaki kesin kararlar, Alanya Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilmiştir.

1. As. C. Mh. nin 21.11.1994 tarih ve 1994/285 sayılı kararı:

Olay, Alanya'da yayınlanan (.....) gazetesinin 20 Eylül 1994 tarihli nüshasında en iri harflerle "Filançadan... Büyük Çalım" başlıklı ilk sayfeyi tamamiyle kaplayan yazıya "Filanca... Çalım Yapmaz" başlıklı cevabın, bu gazetenin 20 Ekim 1994 tarihli nüshasında ilk sayfede aynı sütunlarda aynı harflerle yayınlanması gerekirken, 3 üncü sayfede silik, okunmaz bir şekilde yayınlanması nedeniyle Sulh Ceza Mh. nce cevabın yasaya uygun olarak yayınlanmasına ilişkin 21.10.1994 tarih ve 1994/119-611 sayılı kararın yerine getirilmemesi üzerine yapılan müracaatı kabul ederek bu mahkemenin, yasal süre olan iki gün içinde 19 uncu maddenin VI ncı bendi hükmüne göre verdiği, yasadaki şekil ve şartlara uygun olarak cevabın yeniden yayınlanmasına ilişkin 3.11.1994 tarih ve 1994/611 sayılı kararın Asliye Ceza Mh. tarafından ilgilinin 3.11.1994 tarihindeki itirazının, iki günlük yasal süre dikkate alınmıyarak 18 gün sonra 21.11.1994 tarih ve 1994/285 sayılı kararla kaldırılmasından ibarettir.

İtiraz mercii olan As. Ceza Mh. nin gerekçesi aynen şudur:

"Noter aracılığı ile veya başka bir surette gönderilen cevap ve düzeltme metni yayınlanmadığı takdirde S.C. Mh. nden bu konuda karar alınacağı ve bu karara karşı ilgililerin itiraz edebilecekleri, itiraz olunmayıp kararın kesinleşmesi halinde gazete açısından cevap ve tektiz metninin yayınlanması gerekip yayınlanmaması halinde **S. C. Mh. ne yeniden bu konuda başvuru dair bir usul öngörülme**yip, aynı yasanın 29 uncu maddesinde düzenlenen cezai müeyyidelerin uygulanması ile birlikte yeniden yayınlatma kararının alınması gündeme gelip, bu yönde karar almak görev ve yetkisi

5680 sayılı yasanın 29 uncu maddesindeki cezai müeyyideler, usulüne uygun açılacak dava sonucu davaya bakmaya görevli mahkemeye alt olmakla yasadaki usul ve esaslara uygun olmayan Alanya S.C. Mh. nin 3.11.1994 gün ve 1994/119-611 sayılı kararına yönelik itiraz yerinde görülmele kabulü ile kararın kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir."

HUKUKSAL DEĞERLENDİRME:

As. C. Mh. nin kararı, 15.7.1950 tarih ve 5680 sayılı Basın Kanununun - yukarıda metni mevcut- yürürlükten kaldırılmış olan 29 uncu maddesine dayanmıştır. Halbuki bu madde hükmü, 11.5.1988 tarih ve 3445 sayılı kanunun 8 inci maddesi ile değiştirilmiş ve As. C. Mh. nin yeniden yayınlamaya karar verme yetkisi kaldırılmıştır.

15.7.1950 Tarih ve 5680 sayılı Basın Kanununun 19 uncu maddesi de 7.6 .1956 tarih, 6733 sayı; 29.11.1960 tarih, 143 sayı; 10.11.1983 tarih, 2950 sayı ve 11.5.1988 tarih, 3445 sayılı kanunlarla dört defa değişikliğe uğrayarak yürürlükteki halini almıştır.

Gazetenin S.C.Mh. nin kararını yerine getirmemesi halinde cevabı gönderenin müracaat mercininin As. C. Mh. değil, S.C. Mh. olduğu, yukarıdaki metnin okunmasından da anlaşılacağı gibi- 3445 sayılı kanunla değişik 19 uncu maddenin VI inci bendi hükmünün emri icabıdır. Yürürlükteki 29 uncu maddeye göre, ancak ceza verilir; yeniden yayınlanma kararı verilmesi S. C. Mh. nin görevidir. 19 uncu maddenin hiç bir metninde "noter aracılığı ile" tebliğ hükmü de yer almamıştır; cevap veya düzeltmenin sorumlu müdüre verilmesi, ya da kendisine her hangi bir suretle gönderilmesi yeterlidir.

As. C. Mh. kararı kesin olduğu için, aleyhindeki yegane yol olan CMUK nun değişik 343 üncü maddesi gereğince, kanuna bu suretle vaki muhalefetin yazılı emirle ortadan kaldırılması için müracaat edilen Adliye Bakanlığının Basın Kanununun 19 ve 29 uncu maddelerinin ilga edilerek yeni metinlerin yürürlüğe girdiğinden maalesef haberinin olmadığı da. müracaata bir cevap bile vermemesinden anlaşılmaktadır.

Kusur, elbette hakimnin değildir; adliye kütüphanelerini muntazam ve yeterli surette takviye etmeyerek hakimlere okumak ve mevzuatı, ilmi ve kazai ihtihatları tam olarak takip etmek imkanı vermiyen Adliye Bakanlığınınındır.

2. As. C. Mh. nin 28.11.1994 tarih ve 1994/296 sayılı kararı:

Olay, "aynı" gazetenin 29 Eylül 1994 tarihli nüshasında, "Halk (Filancaya) soruyor..." "Temel ne zaman?" başlıkları ile en iri harflerle baştan başa birinci sayfayı kaplayan ve 3 üncü sayfada devam eden "... Hukuk Fakültesi

Vakfı Yönetim Kurulunun baskın bir toplantı ile yeniden belirlendiği", bunun tereddüt ve kaygı yarattığı, "işte tüzüğün 8 inci maddesindeki hüküm" başlığı ile tüzükte mevcut olmayan ve Vakıf Yönetimini tamamiyle haksız çıkaran uydurma bir metin yayınlanması ve diğer gerçeğe aykırı ve atalarından kalan çok büyük mal varlığını bağışlayan Vakfın Kurucusunu ve Vakfı küçük düşürücü, şeref ve haysiyet kırıcı ithamlar nedeni ile -filmlerdeki mizansenle sanki duruşma sırasında adeta parmağı ile o şahsı göstererek ifade edilen- "Halk (Vakfın kurucusuna) soruyor?" sorusunu cevaplamak ve yanıltıcı beyanlara karşı gerçekleri açıklayarak iddia edilen halkın "tereddüt" ve "kaygılar" ını gidermek amacı ile hazırlandığı ifade edilen cevap ve düzeltme metninin yayınlanmasına, "gazetenin yayını haber niteliğinde" olduğundan bahisle S. C. Mh., 18.11.1994 gün ve 1994/125-647 sayılı kararla müsaade etmeyince, bu karar aleyhinde As. C. Mh. ne itiraz edilmesi şeklinde gerçekleşmiştir.

A. C. Mh. nin itirazı reddeden kararının gerekçesinde:

"İncelenen yazı içeriğinde cevap ve düzeltme hakkının yayınlanmasını haklı kılaacak 5680 sayılı yasanın 19/1. maddesinde öngörülen (haysiyet ve şerefe dokunan, kişi ile ilgili gerçeğe aykırı hareket ile düşünceler ve sözler izafesi) unsurlarının gerçekleşmediğinin anlaşıldığının" belirtilmesi ile iktifa edilmiştir.

HUKUKSAL DEĞERLENDİRME:

"Aynı" gazetenin baş sahifesinde "Halk (Filancaya) soruyor?" şeklinde cevap verilmesi için soru yönetildiği ve ne tüzük bakımından ne de fiilen asla mümkün olmamasına rağmen halkı "tereddüt" ve "kaygıya" sevk eden "baskın" şeklinde bir toplantı yapılarak Yönetim Kurulunun yeniden belirlendiği ithamının alenen beyan edildiği ve Vakıf Tüzüğünde mevcut olmayan bir metin, "işte tüzüğün 8 inci maddesindeki hüküm" şeklinde halk açıkça aldatıldığı ve daha pek çok iftiralara yer verildiği ve bunların cevaplandırılmasının istendiği, müracaat dilekçesinde ifade edildiği halde, gazetenin yazısının şeref ve haysiyete dokunmayan, hele gerçeklere aykırı olmayan haber şeklinde kabul edilerek açıklama ve düzeltme hakkının kullanılmasının engellenmesinin, Basın Kanununun değişik 19 uncu maddesinin ilk bendinin metnine ve ruhuna tamamiyle aykırı olduğu ve adalete olan güveni sarsıcı nitelik taşıdığı, düşünülmeğe değer bir olgudur.

3. As. C. Mh. nin 29.11.1994 tarih ve 1994/297 sayılı kararı:

Kararın konusu kısaca şöyledir:

"Aynı" gazete, Vakıf ve kurucusu hakkında 1994 Eylül ayının 20 sinde "Filanca'dan (vakfın kurucusu) Büyük Çalım", 21 inde "Filanca.... Paranın Peşinde" ve 29 unda "Halk (Filanca'ya) soruyor?" manşetli baş sahifeyi tamamiyle kaplar şekilde aleyhteki kampanyayı, 30 Eylül 1994 tarihinde de devam ettirmiş ve o günkü nüshasının (Çuvaldız) sütununda Vakfın Kurucusunu, "Alanya'da Adliye Sarayının yapılmasına engel olan adam" olarak ilan etmiştir.

"Hukuk Fakültesi Olayı" başlıklı yazıda, "aslında bu konuda söylenecek çok şey var" diye okuyucunun merakının tahrir edildiği, "Fakülte kuruluş aşamasında doğru bildiğimizi kimseden çekinmeden söylediğimiz için çalışmalarından uzak tutulduk" cümlesi ile yazıya devam edilerek bu çalışmalar hakkında şüphe uyandırarak güvenin sarsılmasına çalışıldığı ve gerçeklere aykırı daha bir takım dolaylı yollardan itham ve imalarda bulunulduğu, "neticede çeşitli yerlere yazılan yazılar sayesinde Adliye Sarayı yapılması engellendi. Şimdi bakalım kaç yıl sonra bir Adliye Sarayımız olacak?" şeklinde kamuoyunun aleyhte bir kaniye sürüklenmek istendiği ileri sürülmüştür.

Buna karşı konuyu aydınlatmak ve kamuoyunun yanlışısını düzeltmek için ilgilinin, yukarıdaki gerekçe ile hazırladığı cevabının, S.C.Mh. 18.11.1994 gün ve 1994/126-646 sayılı kararında, aynen "haysiyet ve şerefe dokunan bir yazı görülemediği" gerekçesi ile yayınlanmasını kabul etmemiştir.

İtirazı, As. C. Mahkemesi de "haysiyet ve şerefe dokunmadığı" kelimelerine, "gerçeğe aykırı" bir yönün bulunmadığını da ilave ederek, kesin olarak reddetmiştir.

Gerek bu, gerekse yukarıda (2) No.da açıklanan kesin kararlara karşı, Basın Kanununun değişik 19 uncu maddesi hükmüne muhalefetten dolayı yazılı emir verilmesi için Adliye Bakanlığına müracaat edilmiş ise de, Bakanlık her iki müracaatı da "mahkemenin takdirine" atfen, yazılı emir yoluna gidilmeyeceğini bildirerek ret etmiştir.

HUKUKSAL DEĞERLENDİRME: Adliye Bakanlığının kararı, esas bakımından hukuka muhalefet nedeni ile yerinde değilse de, kesin kararlar aleyhinde bir müracaat yolu açmamak bakımından makul karşılanabilir, elbette bunun da istisnaları bulunmalıdır. Nitekim, tirajı yüksek bir İstanbul gazetesinin 1960'lı yılların sonlarına doğru, Yargıtay aleyhinde manşetten verdiği haberi yalanlayan Yargıtayın cevabı ile ilgili olarak İtirazı inceleyen İstanbul'da bir As. C. Hakimî, "kimse Yargıtayın aleyhinde bulunamaz" gerekçesi ile itirazı reddedince Bakanlık, yazılı emir vermiştir. Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi kararı bozmuş ve tekzip aynı gazetede yayınlanmıştır.

Biz burada, yukarıda (2) ve (3) No.larda açıklanan her iki olayda, sayın hakimlerin, aleyhte günlerce devam eden bir kampanyanın halkalarını teşkil eden yayınların amacının ne olduğunu nasıl algılayarak neden "şeref ve haysiyete" dokunmadığı ve özellikle yayındaki iddiaların gerçeğe uygun ve onları yalanlayan cevapların doğru olmadığı sonucuna hangi yönden ulaştıklarını anlayabilmiş değildir.

4. As. C. Mh'nin 5.12.1995 gün ve 1995/24-25 sayılı kararı: Aynı mahkemenin diğer bir kesin kararına konu olan olay kısaca şöyledir:

Büyük bir İstanbul gazetesinin adını da taşıyan bir (Akdeniz) gazetesinde 1 Kasım 1995 günü, "Dekanın Fakülte Öfkesi" başlığı ile altı sütun üzerinden bir beyanat yayınlanmıştır. Bunda Dekan, "Alanyada fakülte binası yapma sözü verip, bu sözünü yerine getirmemekle suçladığı" kişinin, "bu sözünün, 1992 yılında çıkarılan 3837 sayılı yasada da aynen yazılı olduğunu, ancak şimdi böyle bir söz vermediğini, fakültenin Devlet-Vatandaş işbirliği ile yapılması gerektiğini söylüyor" şeklinde bir beyanat vermiş, suçlanan kişinin de "fakülte inşaatının başlatılmamasında rektörün suçu olduğunu ileri sürdüğünü" ifade edilmiştir.

Suçlanan kişinin, ertesi günü gazetenin sorumlu müdürlüğüne hitaben gönderdiği yazı ilerdeki cevap ve düzeltme yazısı, gazetenin bir görevlisi tarafından 2 Kasım 1995 tarihinde adı yazılmak ve imzası atılmak suretiyle teslim alınmıştır.

Aleyhinde yayın yapılan kişi, cevap ve düzeltme yazısında, "verdiği sözü inkar ettiği" yolundaki ithama karşı, "ben sayın dekanı hiç görmedim, ne ona ne de bir başkasına böyle bir söz vermedim, bu iddiası ve -sanki ödevim imiş gibi- bana atfen "inşaata girişemedim" sözünün gerçek dışı olduğunu" beyan ettikten sonra "Fakültenin kuruluş yasanının gerekçesi hakkında da doğru olmayan iddialarda bulunulmuştur" diyerek "fakülte inşaatının, bunu inşa ettirecek olan Üniversite tarafından, kendisinin tapuda bağışladığı dört arsa üzerinde, Vakfın ODTÜ'ne hazırladığı projelere göre ihale edildiğinden sayın dekanın haberi olmadığını" beyanla "artık dedikodulara ve sekiz yıllık çileye son defa yeter diyoruz" şeklinde açıklamada bulunmuştur.

Sorumlu müdür, Basın Kanununun 19 uncu maddesi gereğince, cevap ve düzeltmeyi, aldığı 2 Kasımdan itibaren üç günlük inceleme süresinin bitimi olan 6 Kasımda yayınlamadığı için, o gün S.C. Hakimliğine başvurulmuş ve Hakim iki günlük yasal süre içinde 7 Kasım 1995 gün ve 1995/103-752 sayılı ile yayınlanması kararı vermiştir.

Gazete 10 Kasım tarihli nüshasında yasaya aykırı olarak bazı değişiklikler yaptıktan sonra kendi koyduğu fakülteyi Dekan Engelliyor" başlığı ile cevap ve düzeltmeyi yayınlamıştır.

Gazetenin sorumlu müdürünün avukatı, cevap yayımlandıktan 6 gün sonra 16 Kasım 1995 tarihinde İzmir'de mahkemede kaydı yapılan dilekçesi ile sadece "yayının objektif nitelikte haber olduğu ve cevabın yayımlandığından S. C. Mh.nin haberdar olmadığından" bahisle bu mahkeme kararının kaldırılmasını, cevap ve düzeltme talebinin reddini, As. C. Mh.nden dilekçe ile istemiştir.

As. C. Mh. İzmir'den gönderilen dilekçenin 22 Kasım'da intikalinden itibaren 2 günlük süreyi geçirerek 13 gün sonra itirazı kabul ederek "yayınlatmak isteğinin kimin adına yapıldığının, bu isteğin maddi ve hukuki gerekçelerinin, haberin hangilerinin gerçeğe aykırı olduğunun ve delillerinin, cevabın gazeteğe gönderilen metin olup olmadığının gazete merkezinde cevabı alanın sorumlu müdür olup olmadığının" S.C.Mh.nce araştırılmadığı gerekçesi ve "cevabın yayınlanmasının süresinde olup olmadığının anlaşılmadığından" bahisle S.C. Mh. kararının kaldırılmasına kesin olarak karar vermiştir.

HUKUKSAL DEĞERLENDİRME

a) Muteriz vekili sadece vekaletnamesi ile yayınlanan cevabı havi gazete nüshasını dilekçesine eklemekle yetinmeyerek, itirazın dört günlük yasal süre içinde yapıldığını kanıtlamalıdır.

b) Sorumlu müdür yerine gazete idare merkezinde görevli kişiye cevap ve düzeltmenin muhatap adına tebliğinin, Tebligat Kanunu ve Posta Kanunundaki düzenlemelere de uygun bulunduğu, nitekim Basın Kanununun 19 uncu maddesindeki cevabın "gönderilebileceği" hükmü karşısında Postaya da verilebileceği, uygulamanın da çoğunlukla bu şekilde olduğu, "bizzat muhataba tebliğ" esasının kabulünün "ulaşamama, tebellüğden imtina" gibi sakıncaları bulunacağı düşünülmelidir.

c) Cevap, "beyanatta bulunanı hiç görmediği ve ne ona, ne de bir başkasına iddia edilebilir söylemediği" esasına dayandığına, görmemek, söylememiş olmak ve dekanın neden dolayı fakülte inşaatının üniversite tarafından ihale edilmiş olmasından haberdar bulunmadığı isbat edilemeyeceğine göre, bir isbat yükünün kabulü ve kaldı ki bunun ters olarak cevap verenden istenmesi, doğru değildir.

ç) Sulh ve Asliye Ceza Mahkemelerinde, cevap ve düzeltme ile ilgili olarak sadece "süre, ilgi, suç, şekil ve şartlar" bakımından "yayın ve cevap" hakkında inceleme yapılacağına ifade edildiği ve başka bir koşul konulmadığı kabul edilmelidir. Bu koşulları taşıyan cevaptan sorumluluk, ayrı kurallara tabidir.

d) Muterizin sayın avukatı, mahkemenin dayandığı gerekçede belirtilen hususların hiç birini ileri sürmemiş, sadece cevabın yayımlandığını S.C.Mh.-nin bundan haberi olmadığını ileri sürerek itirazda bulunmuş, buna rağmen bu mahkemenin kararının kaldırılmasını, cevap ve düzeltme talebinin reddini istemiştir.

e) Cevabın yayınlanmış olmasının cevaba itiraz hakkını kaldıracağı gözönünde tutulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda kısaca özetlemeye çalışılan dört olayda da cevap ve düzeltme hakkını kullanan aynı kişi olduğu halde, olayların konusu ayrı, fakat As. C. Mh.nin kesin kararları hep "cevabın yayınlanmasını ret" şeklinde tecessülü etmiştir. Bu kararların hukuksal gerekçelerini, (2 ve 3) No.larda haberin gerçeğe aykırı olmadığına, şeref ve haysiyete dokunmadığına nasıl anlaşıldığını çözmek, (1) No. da anlatılan olayda yürürlükten kaldırılan hükme müsteniden verilen kararlar (4) No.da açıklanan olayda cevap ve düzeltmeyi gazete yayınladığı halde, sayın hakim, bu hususta "yayınlanamaz" şeklinde karar vermesini anlamak, olanaklar içinde değildir.

Acaba cevap hakkının kullanılmasında yasalar daha dikkatli olarak kullanılsa bu önemli konuda bütün memlekette uygulamada birlik sağlansa, basında hatta medyada daha fazla bir sorumluluk duygusu hasıl olmaz mı ve basınımız, kendilerinin de itiraf ettikleri bugünkü durumundan zaman içinde daha kolaylıkla kurtararak gerçekten layık olduğu inandırıcı ve güvenilen Dördüncü Kuvvet vasfına kavuşmaz mı?

Yargıtay'ın iş hacmi bu kabil kararları incelemeye elverişli olmadığından takipsizlik kararına karşı itiraz gibi, Basın Kanununa göre Sulh Ceza Mahkemesinde tek hakim verildiği kararlara karşı da As. C. Mh.ndeki tek hakim değil, en yakın Ağır Ceza Mahkemesinin görevli olmasını kabul etmek ve kararlarda birliği sağlamak için de Yargıtay C. Başsavcılığına itiraz üzerine verilen kararların birer nüshasının gönderilerek re'sen ya da ilgilinin başvurusu üzerine, aleyhe de etki yapacak şekilde, Yargıtaya başvurma yetkisini tanımak ve bu yolda Basın Kanununda değişiklik yapmak ihtiyacı bulunduğu inarındayız. □

MEMURIN MUHAKEMATI HAKKINDAKİ KANUN KALDIRILMALIDIR

Mehrigül KELEŞ (*)

Giriş

1913 yılında padişah iradesiyle çıkarılan ve Osmanlı döneminden kaima ender kanunlardan birisi olan Memurin Muhakemati Hakkındaki Kanun, uygulamada Adaletin başına birçok dertler açmaktadır.

Son zamanlarda üzerindeki tartışmaların yoğunlaştığı Memurin Muhakemati Hakkındaki Kanun (kısa adıyla MMK), memurların ve özel yasalarda belirtilen diğer bazı kamu görevlilerinin görevlerinden dolayı ya da görevleri sırasında işledikleri suçlara uygulanan bir yargılama yasasıdır.

Ülkemizde disiplinler bir sorumluluğu gerektiren memuriyet, özel bir yargılama sistemine de tabi tutulmuştur.

"Yargılama Birliği" prensibine önemli bir istisna getiren MMK'nun uygulanma koşullarını ana hatlarıyla şöylece belirtmek mümkündür:

MEMURIN MUHAKEMATI HAKKINDAKİ KANUNUN UYGULANMA KOŞULLARI

1) Suçun Faili Memur Olmalıdır.

MMK memuru tarif etmediğinden Türk Ceza Kanunundaki "memur tanımı" esas alınmaktadır. TCK'nın 279. m.sine göre, "Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur ve müstahdemleri ile devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır".

Ancak hemen belirtelim ki, TCK'nın "memur" tanımına uyduğu halde MMK'ya tabi olmayan memurlar da bulunmaktadır. Örneğin KİT Personeli ve Özel Öğretim kurumu elemanları TCK anlamında memur olmalarına rağmen MMK prosedürüne tabi değildirler. MMK'nın memura uygulanabilmesi için ilgili kurum yasasında açık bir düzenleme gerekmektedir.

2. Suç Görev Suçu Olmalıdır.

Suç, memuriyet görevinden dolayı veya memuriyet görevinin yapılması sırasında işlenmiş olmalıdır.

3. MMK'nun Uygulanmasına Engel Olacak Bir Düzenleme bulunmamalıdır.

Bazı durumlarda suçun faili memur, işlenen suç da görev suçu olduğu halde MMK uygulanmaz. Bu durum, Özel yasal düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Buna ayrımcı istisnalar diyebiliriz. Bu istisnalar (1) şunlardır;

- a) Anayasa'nın 145. maddesinde yazılı kamu görevlileri,
- b) Hakimler kanunu uygulaması,
- c) 3628 Sayılı Yasa Uygulaması
- d) Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar
- e) Evlendirme Memurlarının İşledikleri suçlar,
- f) TCK. m. 160. hükmü.
- g) 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu Uygulaması
- h) Devlet Güvenlik mahkemesi Kuruluş Görev ve Yargılama Usulü Kanunu Hükümleri uygulaması.

4. MMK'nın Uygulanmasını Gerektiren Diğer Düzenlemelerin Varlığı

Bazı kanunlar da ilgili personeline MMK'nın uygulanacağı hükmünü içermektedirler. Buna MMK'nın katılımcı istisnaları da diyebiliriz. Bu katılımcı istisnalar (2) şunlardır:

- a) Özel İdare Memurları,
- b) Belediye Başkanları ve Belediye memur ve müstahdemleri,
- c) Köy muhtarları ve Muhtarla birlikte suç işleyen İhtiyar meclisi ve Üyeleri,
- d) Çarşı ve mahalle bekçileri,
- e) Jandarma personeli,
- f) Sahil Güvenlik Komutanlığı Personeli,
- g) Çiftçi malları koruma görevlileri,

MMK UYGULANMASINDA İZLENECEK USUL

Suç haberinin "doğrudan doğruya", "ihbar" veya "şikayet" üzerine alınmasının ardından amirin emri ile iptidai tahkikat yapılacaktır. Bu tahkikatı amir veya görevlendirdiği soruşturmacı, eski adıyla muhakkikler yapmaktadır. Bundan sonra hazırlanan soruşturma dosyası fezleke ile birlikte idari soruşturmayı yapacak olan idari kurula sunulur. Sonuç çıkarma bu kurul tarafından yapılır ve sonuçta son soruşturmanın Açılması kararı (Lüzumu muhakeme kararı) veya son soruşturmanın Açılmaması (Men-i muhakeme kararı) verilir.

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

Soruşturmacılar (eski adıyla muhakkikler) bugün "hazırlık soruşturmasını yapan savcı durumundadırlar. Savcıdan farkları, yaptıkları soruşturmada sonuç çıkaramamaları, yani işin mahkeme önüne götürülüp götürülemediği konusunda bir karar vermemeleridir" (3) Bu konudaki karar idari kurullar vermektedir.

1412 sayılı CMUK nu değiştiren 21.5.1985 gün ve 3206 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, soruşturmacıların yaptıkları işlemler "ilk soruşturma" kabul edilmekteydi. Değişiklik getiren kanun hükmünün ardından, ilk soruşturma safhası hazırlık soruşturmasına indirildiğinden, MMK hükümlerine göre yapılan soruşturma da hazırlık soruşturması safhasına tekabül etmektedir. Bu durumda, soruşturmacıların yetkileri C. Savcılarının yetkileriyle eşleşmiş görünmektedir (4). Soruşturmacılar, bazı istisnalar dışında soruşturma sırasında C. Savcısı gibi hareket edebilecekler ve kanunda savcılar tanınan yetkileri kullanabileceklerdir. Ancak soruşturmacılar, Savcılarının aksine bazı hususlara karar veremeyeceklerdir. CMUK'da öngörülen tüm soruşturma safhası, "soruşturma" ve "karar"ı da içermekte ve bütünlük arz etmektedir. Oysa MMK uygulamasında hazırlık soruşturmasının "soruşturma safhası" soruşturmacılar eliyle "karar" safhası ise kanunle belirlenmiş idari kurullar eliyle yürütülmektedir.

Soruşturmacının yetkileri şunlardır:

- 1) Tanığın çağırılması ve ifadesinin alınması (CMUK m. 45),
- 2) Tanığa ihzar müzekkeresi keşilmesi (CMUK 46 ve 154 m.)
- 3) Bilirkişi atamak ve ücretini takdir etmek (CMUK m. 65-72)
- 4) Keşif yapmak (CMUK m. 78)
- 5) Arama yapmak (CMUK m.94-100).
- 6) İstinabe suretiyle soruşturma yapmak (CMUK m.63-216,282),
- 7) Saniği sorguya çekmek (CMUK m. 132-135),
- 8) Zabıtaya talimat vermek ve zabıtaya soruşturma yaptırmak (CMUK m. 154).
- 9) İdari görev ve yetkiler (CMUK dışında). Bu görev ve yetkiler; işten el çekirmek, görev yerinin değiştirilmesi için gerektiğinde öneride bulunmak, zarar meydana getirilmiş ise tazmin önerilerini içeren rapor düzenlemek, disiplin cezasını gerektiren bir suça rastlanırsa disiplin cezası teklif raporu düzenlemek, ihbar ve şikayetin garaz neticesi yapıldığı kanaatine varır ise ve iddianın aşısızlığı anlaşırsa Devlet memurları Kanununun 25. maddesi gereğince kamu davası açılmasını öneren raporu düzenlemektir (5).

Soruşturma tamamlandıktan sonra bu fezleke düzenlenir ve soruşturma evrakı fezleke ile birlikte, son soruşturmanın açılması veya açılmaması

yönünde karar verecek olan idari kurula gönderilir.

İdari kurul kararlarına itiraz mümkündür. MMK. 5. madde, son soruşturmanın açılması kararları üzerine memurun kararın kendisine tebliğinden itibaren 5 gün içinde bir üst kurula itiraz edebileceğini öngörmektedir. Memur üst kurula başvurmasa dahi son soruşturmanın açılması kararlarını üst kurul her halükarda incelemektedir. Son soruşturmanın açılmaması kararı verilmiş ise, şikayetçi ve sanık memurun bağlı bulunduğu daire amiri 5 gün içinde bir üst kurula itiraz edebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup bu kararlara karşı denetim muhakemesi yolu bulunmamaktadır.

Sanık memur hakkında son soruşturma Adliye Mahkemelerinde yapılır.

İDARİ CEZA YARGILAMASININ SAKINCALARI VE KALDIRILMASI GEREKLİLİĞİ

Memurların özel bir Yargılama sistemine tabi tutulmaları gerektiğini ifade edenler, gerekçelerini şu noktalarda toplamaktadırlar;

1) Memurların görevlerini gerektiği gibi ifa edebilmeleri için, gelişigüzel iftiralar ve şikayetler ile mahkemeler önüne çıkarılmamaları gerekir. Bu durum memurun nüfuz ve otoritesini, dolayısıyla devletin otoritesini sarsar. İdarenin ve devletin otoritesini korumak gerekmektedir (6).

2) Adliye, idari mekanizmayı bilmez. Memurlara isnad edilen suçun belirlenmesi belirli bir tekniği ve uzmanlığı gerektirir. Bu da idari bir incelemeyle mümkündür (7).

3) İdare ve adli makamlar birbirinden bağımsız kılınmalıdır. Bu nedenle memurun görev suçu bakımından ayrı bir yargılama usulünün izlenmesi, bu prensip gereğidir (8).

4) Kamu hizmetleri devamlılık ve düzenlilik arzeder. Bu hizmetlerin aksamadan yürütülmesi, memurun işinden kalmaması, masraf etmemesi gerekmektedir. Aksi halde idarenin işleri aksar (9).

5) İdarenin otoritesinin ve kamu hizmetinin korunması düşünceleriyle memuriyet, suçun cezasını nasıl ağırlaştırıyorsa, aynı düşünce memurların ceza koşturmasının da ayrı bir usulde yapılmasını gerektirir (10).

Bu ileri sürülen gerekçeleri eleştirerek memurların ayrı bir yargılama usulüne tabi olmamaları, herkes gibi yargılanmaları gerektiğini ileri sürenler ise eleştirilerini şu noktalarda toplamaktadırlar;

1) Memurların şeref ve haysiyetini koruma sebebi haklı bir gerekçe değildir. Genel Yargılama makamları memur olmayanlarınkini koruduğu gibi memurların şeref ve haysiyetini de korumakla yükümlüdür (11). Ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun isnat ve iftiralara karşı Korunma Başlığı

altındaki 25. maddesi, memuru bu tür iftiralara karşı zaten korumaktadır. bu maddeye göre, "Devlet memurları hakkındaki ihbar ve şikayetler, garaz veya mücerret hakaret için, uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı ve soruşturma veya yargılamanın tabi olduğu kanuni işlem sonucunda bu isnat sabit olmadığı takdirde, merkezde bu memurun en büyük amiri, illerde valiler, isnatta bulunanlar hakkında kamu davası açılmasını Cumhuriyet Savcılığından isterler". Bu hüküm karşısında MMK'nın ayrıca memuru korumasına gerek bulunmamaktadır.

2) Adli makamların idari mekanizmayı bilmediği gerekçesi de haklı görülmez. Adli makamlar bilmedikleri konularda uzman bilirkişiye başvurur. Ancak "suç" hukuki bir kavram olduğundan idarecilerin bunu bilmediği haklı olarak söylenebilir (12).

3) İdarenin adli makamlar karşısında bağımsızlığı korumaktan da bahsolunamaz. Memurun Muhakematı Hakkındaki Kanun ile yargılama yürütmenin değil, tam tersine yürütme yargılamanın işine karışmaktadır. Ayrıca bir Hukuk Devleti'nde yargılama makamlarının bağımsızlığından, etki altında kalmamasından bahsedilir. Fakat idarenin yargılama makamlarına karşı bağımsızlığından, kendine özgü yargılamadan nasıl bahsolunabilir. "Bir memlekette kaç yargılama olur. Devlet içinde devlet mi kuruluyor" (13).

4) Memurun işinden kalmaması, masraf etmemesi sebebi de haklı bir gerekçe teşkil etmez. Adli yargılama ile idari yargılama arasında bu bakımdan hiçbir fark yoktur. Kaldı ki, suç ve suç muhakemesi konusunda uzman savcılarımız dururken, ilgi alanı suç ve suç muhakemesi olmayan kurulların yargılama yapması işlerin daha da uzamasına neden olabilir (14).

5) İdarenin otoritesini korumak gerekçesi de haklı görülmez. Korunması gereken "Devletin otoritesi"dir. Bu da ancak kanunlara riayetle olur. Suçlu olduğu sanılan memurun amiri tarafından kayınıldığı inancı doğmamalıdır. Asıl bu inanç devletin otoritesini sarsar. İş ehline bırakmak gerekmektedir. Memurlar hakkında ceza davasının açılıp açılmayacağı konusunda gerekli şartların mevcudiyetini en iyi adli makamlar takdir edebilirler (15).

GÖRÜŞÜMÜZ

Kanımızca da Memurun Muhakematı Hakkındaki Kanun'un kaldırılması gerekmektedir. Şöyle ki;

MMK- "Yargılama Birliği" prensibine aykırıdır Yargılama Birliği'nden ancak zorunlu istisnai durumlarda ayrılmak mümkündür. MMK, 1913 yılında henüz nizami Mahkemelerin kurulmadığı dönemde çıkarılmıştır. O yıllar için çıkarılış gerekçesi haklı olabilir. Ancak bugün için halen yürürlükte kalmasını haklı gösterecek hiçbir neden kalmamıştır. İl Meşrutiyetle başlanan yargılama birliği prensibini tamamlamak için bu kanunun kaldırılması zorunluluğu

çoktan gelmiştir (16).

MMK, Adli Yargıya Güvensizliğin bir Ürünüdür.

Modern Hukuk anlayışına aykırı düşen MMK, İdarenin Devlet egemenliği içinde ayrı bir egemenlik iddiasını yansıtmaktadır (17). Bu yasa, "Devlet Otoritesi" ile "memur" kavramını özdeşleştirerek yanlıya düşmüş, devlet yönetimini ve saygınlığını korumak amacıyla çıkarılmış olmasına rağmen uygulamada görevlileri koruyan bir araca dönüşmüştür. MMK uygulamasıyla ayrıcalıklı bir sınıf ve seçkin bir yargılama yaratılmıştır (18). Esasen hazırlık soruşturması niteliğinde olan sorgulama aşaması, suç ve suç muhakemesi konusunda uzman olmayan muhakkikler eliyle yapılmakta ve suç muhakemesiyle ilgili olmayan kişilerin oluşturduğu kurullar memur hakkında dava açılıp açılmayacağına karar vermektedirler. Örneğin İl İdare Kurulu'nda yer alan Vali, Vali Yardımcısı, Hukuk İşleri Müdürü, Defterdar, Sağlık Müdürü, tıpkı Savcı gibi memur hakkında son soruşturmanın açılmasına karar vermektedirler. Yasanın uygulaması Adli yargıya güvenilmediği izlenimi vermektedir.

MMK, " Kanun Önünde Eşitlik İlkesi"ne Aykırıdır.

Anayasamızın 10. maddesinde ifadesini bulan kanun önünde eşitlik ilkesine göre, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar". MMK'nın kapsamına giren kişiler hakkında ayrı bir ceza yargılaması uygulanması, kanun önünde eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır.

MMK, Hak Arama Hürriyetini de kısıtlamaktadır. Anayasamızın 36. maddesinde ifade edildiği üzere, "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir". MMK, memurların görev dolayısıyla veya görevleri sırasında işledikleri suçtan mağdur olanların hak arama hürriyetlerini kısıtlamaktadır. Sanık memur hakkında, yetkili idari kurulların son soruşturmanın açılmaması kararı vermeleri üzerine mağdurların yapabileceği pek birşey kalamamaktadır. Bu durumda mağdurların dava açma hakları ellerinden alınmaktadır. Ayrıca amirlerin emri soruşturmada etkili olduğu gibi, idarenin maiyetindeki memuru korudukları da sık sık görülen olaylardır.

"Hazırlık Soruşturmasının Gizliliği" kuralı ihlâl edilmektedir. Esasen hazırlık soruşturması niteliğinde olan sorgulama aşaması, suç ve suç muhakemesi konusunda uzman olmayan muhakkikler eliyle yapılmakta, dosyalar elden ele dolaşmakta, amirlerin emri soruşturmayı etkileyebilmekte ve

hatta yönlendirilebilmektedir. Bu da hazırlık soruşturmasının gizliliği kuralını ihlal etmektedir.

MMK, Sanık Memuru da Adil bir yargılanma Hakkından mahrum etmektedir. Esas işi suç ve suç muhakemesi olmayan muhakkikler, soruşturmayı yaparken kişisel dürtülerin etkisinde kalmakta, delillerin takdirinde leih ve aleyhteki bütün delilleri dikkate almayabilmektedirler. Sanığın savunma haklarının temel öğeleri olan "Bilgi alma hakkı" ve "görüş bildirme hakkı" tam olarak sanığa sağlanmamaktadır. Ayrıca uygulamada sanığın avukatlık hizmetlerinden yararlanma hakkı da tam olarak sağlanmamaktadır.

MMK, Usul Ekonomisine de aykırıdır. Ceza Yargılama Yasası'na göre savcılıkça dava açılmış ve bunun yanlışlığı soruşturma ya da temyiz aşamasında anlaşılmışsa, ön soruşturmaya dönülmektedir (19). Bu da zaman kaybına yol açtığı gibi adalete olan inancı zayıflatmaktadır.

MMK, Hukuk Devleti lkesine aykırıdır. Mukuk Devleti'nde hiçbir hukuka aykırılığın hukuk denetimi dışında kalmaması gerekir. Hukuk Devletinde yürütme organının yargı organı karşısında bağımsızlığından veya ayrı yargılama sisteminin uygulanmasından bahsedilemez. Ancak tersi, yani yargının bağımsızlığı ve hukukun üstünlüğü mutlaka gerçekleştirilmelidir.

Önemli sakıncalarını belirtmeye çalıştığımız Memurun Muhakematı Hakkındaki Kanunun hiç vakit kaybedilmeksizin kaldırılarak Anayasanın 129/son maddesinde öngörülen "İzin sistemi"ne geçilmesi gerekmektedir. Böylece adalete olan inancı güçlenmesi mümkün olabilecektir. □

DİPNOTLAR:

1. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZENSOY, T.R.; Kamu Görevlilerinin Yargılanması Usulü, T.C. İçişleri Bakanlığı Yayını, Ankara 1990, sh? 36 vd.
2. ÖZENSOY, 32 vd.
3. KUNTER, N; Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1989, sh. 152
4. ÖZENSOY, 51
5. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZENSOY, 52 vd.
6. BEŞE, H.K; Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri, Ankara 1943, sh. 8; KULAN, R; Memurların Yargılanmaları Usulü ile 1609 Sayılı Kanuna Tabi Suçları, Ankara 1985, sh. 4 vd.
7. BEŞE, 8; KUNTER, 152
8. KULAN, 4
9. KAYRA, M; " Memurlar Ayrı muhakeme Usulüne tabi Olmalı mıdır. " (Siyasi İlimler Mecmuası, 1930, S: 232, s. 138 vd)
10. KULAN, 5
11. KUNTER, 152
12. KUNTER, 152 vd.
13. KUNTER, 152
14. ÖZTÜRK, B; Uygulamalı Suç muhakemesi hukuku, C: 2, İzmir 1988, sh. 266
15. KUNTER, 156
16. Aynı görüş için Bkz. KUNTER, 156
17. KUNTER, 156
18. SELÇUK, S. ; Yargıtay 4. Ceza Dairesi Bşk. , Cumhuriyet Gazetesi, 18.2.1996
19. Bkz. SELÇUK, Cumhuriyet Gazetesi, 18.2.1996

MAHSUL SATIŞLARINDA DON ZARARLARI

A. Turhan SÖZEN (*)

GİRİŞ

Özel haller veya anlaşmalar gibi istisnalar dışında genel olarak satılan şey'in nef'i ve hasarı (yarar ve zararı) sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcıya aittir. Her hangi bir zarar vukuunda bu hükmün uygulanabilmesi için satış sözleşmelerinin sadece kurulmuş olmaları yetmez, bundan başka "ferden muayyen" bir şeyin satılması, satılan şey yalnızca "Nev'i ile belli" ise ayrıca ayırt edilmiş bulunması da gerekir.

Yarar ve zararın alıcıya yükletilmesinin bilimsel gerekçesi şudur: satımın hemen yerine getirilebilir niteliği ve alıcının ifayı istememesinin kendisinin ihmali olarak kabul edilmek gerekmesi. (1) Aksine bir hüküm olmadığından, bir menkul satımı olarak mahsul satışlarında da kural olarak aynı hükümler geçerlidir. Fakat Yüksek Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 15.9.1994 tarih ve 1994/6197 esas ve 1994/7583 sayılı kararında, mahsul (Narenciye) satımı ile ilgili olarak, satılan şey'in belirlenebilirliği üzerine, koyduğu bazı sınırlamalarla sorumluluğun yer değiştirdiği yeni bir anlayış getirmiş bulunmaktadır. "Satış sözleşmesinin kuruluşu anında miktar gösterilmesi, ayrıca mahsulü fiilen ayırt etme ve akte tahsis" (2) Aksi halde zarar satıcı uhdesinde kalır, alıcıya intikal etmez.

Kararın bu anlayışla uygulanmasının sürdürülmesi halinde, aşağıda açıklandığı üzere, miktarın belirtilmediği "Götürü usulde" benzer türden sürekli sözleşmeler yapan ve sık sık "Don" zararları ile karşılaşan büyük bir üretici kitlesinin mağduriyeti kaçınılmaz olacaktır.

KARAR ve "FERDEN MUAYYEN" MAHSUL:

Yüksek Mahkemenin bu karar, ferdan muayyen her hangi bir mal satışı söz konusu olduğunda, zararın daha sözleşmenin kuruluşundan itibaren alıcıya intikal etmesi gerektiğini doğrulamakla beraber, satılan şey ağaç üzerinde ve henüz olgunlaşmamış bir mahsule müteallik olduğu takdirde bu ilkedan ayrılmış görünüyor. Buna da sebep satıldığı zaman henüz mütemmim cüz niteliğindeki bir mahsulde, mahsul henüz ham ve ağaç üzerinde iken ifa isteminin yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır. Yüksek Mahkeme, bu halde zararın alıcıya intikali için ortaya koyduğu "fiilen ayırt

etme"den ve "filen" denilerek ayrıca bir eylemden söz etmiş olmasından; gerçekte sadece olgunlaşmış değil, toplanmış olmak gibi ondan da daha ileri duruma gelmiş bir mahsul düşünmektedir. (3) O halde henüz bu halde bulunmayan bir mahsul öncesi "akte tahsis"te söz konusu olamayacağından, onda vukubulacak hasarın daha sözleşmenin kuruluşu ile birlikte alıcıya intikal ettiği bir satış sözleşmesi de hukukîen yapılamıyacak demektir.

Yüksek mahkemenin hakkında hiç bir kanunî engel bulunmayan böyle bir durumu kısıtlayan kararının hukuka ne derecelerde uyduğunu tesbit edebilmek için, ayrıntıya pek yer verilmeden açıklanan maddî olaylar ve özellikle sözleşmenin niteliği üzerinde bir nebze durmak gerekmektedir. Ancak bu kararın kesin olarak ortaya koyduğu bir husus varsa o da "Don" zararlarının "Hasar" kavramı içinde görülmekte olmasıdır.

KARARIN DAYANDIĞI MADDİ OLAYLAR:

Kararın taraf iddialarını açıklayan kısmında davacının (bahçe sahibinin) götürü satış yaptığı iddiasına karşılık, davalının kilo ve birim fiyat ile satın aldığı savunması vardır. Bir tür belirleme sayılabilecek Washington Portakalı ve Mandalina satışından söz edilmiştir. Yüksek Mahkeme, farklı hukukî sonuçlara yol açan bu iki iddiada her hangi bir nitelendirme yapmadan davacının iddiasına yer verdiği, kilo ile satış savunması ve diğer miktar, tahsis gibi ayrıntılar üzerinde durmadığı görülüyor. Kararın olayın kabul şekline ilişkin bu bölümünü önemine binaen aynen alıyorum:

"Anılan sözleşmeden, davacının Mandalina ve Washington ağaçlarında bulunan mahsulü davalıya sattığı ancak, mahsulün olgunlaşıp toplama durumuna geldiğinde ifa edilebileceği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifade ile satım akdi tamamlanmış fakat satım konusu mahsulün alıcının teslimine ilişkin ifa mahsulün olgunlaşması tarihinde yerine getirilecektir."

Görülüyor ki Yüksek Yargıtay'ın sözleşmede en çok ilgilendiği kısmın akdin mahiyetinden ziyade ifa (teslim) hususudur. Bu bakımdan davacının talep ettiği tazminat miktarını, kabul biçimine göre artık "Götürü" olarak yapıldığı anlaşılan bir satışın "Satış Bedeli" olarak yorumlamak yanlış olmayacaktır. Esasen miktardan ve ayrıca birim fiyatının yer almadığı bir sözleşme ile -ki kararda bununla ilgili bir açıklama bulunmamasını dikkate alarak ifade ediyoruz- kilo ile yapılmış bir satıştan söz etmek zaten mümkün değildir. Bütün bunları dikkate alarak Yargıtayın hukukî bakımdan tartışılabilir bir karar vermesine yol açan hususun, satışın niteliğinden ziyade zararın intikalini belirleyen esaslar olarak mahsul satışlarında ifa ve teslimde atfettiği önem çok açık bir rol oynamıştır. (7) O halde sorunun, hemen "Nev'en Satış"

a kayarak çözülmeye çalışılmasının doğru veya yanlışlığından çok, miktar ihtiva etmiş olmasa da yapılmakta olan götürü satışlarla olgunlaşma öncesi satılan mahsullerin ferden akte tahsisinin mümkün olup olamayacağının belirlenmesinden geçiyor. Bunun için önce "Götürü Satışın" ne olduğunu tanımak gerekir.

GÖTÜRÜ SATIŞLAR VE HUKUKİ NİTELİĞİ:

Mahsul -konumuz itibarıyla narenciye- satışlarında "Götürü Satış"ın onu diğer satışlarından ayıran başlıca özelliği miktarın belli olmamasıdır. (4) Sözleşmede meyva, ağaç olarak bir miktardan hatta birim fiyatından söz edilmiş olsa bile bedel ve mahsul belli olduğu sürece, bu sözleşmenin "götürü satış" olması niteliğini değiştirmez. Satış yapılan mahsul alanının ve mahsul yılının ve satış bedelinin ve bir de yiyecek olarak sahibine kaç ağaç bırakıldığının sözleşmeden anlaşılabilir olması bu anlamda yeterli bir belirlemedir. Sözleşmeyi müteakip mal bir depo görevi yapan ağaçta kalabileceği mevsim boyunca alıcının emrine terkedildiğinden, -ihtiyaç duyarsa bekçi de koymaktadır- özel bir sebep olmadıkça bu tür sözleşmelerde meyva toplanma tarihine de yer verilmez. Bu satışların bir başka özelliği ise genellikle meyvaların olgunlaşmasından önce, hatta çok zaman ağaçlar çiçek halinde iken yapılabilmesindedir. Bu tür erken satışlarda alıcı mahsulü ağaç üzerinde bekleterek değerlendirdiği için don, dolu ve sert rüzgarlar gibi meyva miktarını ve kalitesini etkileyen zararların riskini de yüklenir. Satıcının mahsulünü bir an önce elden çıkarmasının amaçlarından biri de budur. Bu bakımdan sözleşmeler tarafların her zaman göz önünde tuttıkları böyle bir risk halini zımnen içerirler. Çünkü alıcının bu risk karşılığında, satıcı ile, toplama zamanındaki muhtemel zararı dikkate alan bir meyva miktarı üzerinden ve o tarihe ait fiyatın çok altında bir bedelle ve toplama tarihine kadar yayılan kısmi ödemelerle anlaşmak gibi bir çıkarı vardır. Çoklukla bu çıkar o kadar yüksektir ki yıllarca sürmüş uygulamalarda alıcıların şimdiye kadar risk yüzünden problem çıkardıkları pek görülmemiştir.

Görüldüğü gibi Narenciye mahsulü üzerine kurulmuş Götürü Satışlar, olgunlaşma öncesi de yapılabilen ve aksine bir tarih belirlenmemiş ise ifa tarihinin genel olarak alıcının ihtiyarına bırakıldığı bir satış türüdür ve bir menkul satış olarak da her zaman geçerli bir hukukî işlemdir. (B.K. 184/2) Şimdi bu satışta sadece ifa edilebilir bir satış gerekçesinden yola çıkarak hasarı genel kuralın aksine satıcıya yüklemek için ne gibi bir hukukî zorunluluk vardır? Doğrusu bunu anlamak için olumlu bir cevap vermek mümkün değildir.

Bir defa mahsul satışları kural olarak olgunlaştıktan sonra teslimi mümkün olan ve bu niteliği bilinerek menkul satışı olarak yapılabileceği kanunla benimsenmiş bir satış türüdür. Bu özelliğine rağmen, hasara ilişkin kuralda bir değişiklik yapılmamış olduğuna göre genel hükmün gerekçesinden hareketle olgunlaşmadan akte tahsis edilemeyeceği düşünülerek zarar alıcının üzerinden almanın ne gereği ve nede bir hukuki dayanağı vardır. Aynı sonuca varmak için ayrı bir satış türü olan ve kendi içinde kuralları olan "Nev'en" yapılmış bir satış örneği almak ta hiç mümkün değildir. Çünkü kanun "yalnız nev'en tayin edilmiş ise" diyerek böyle bir karşılaştırmaların önünü daha başından kesmiş ve ferden muayyen mal kavramının mahsul satışlarında uygulanmasını önleyen hiç bir hukuki hüküm koymamıştır.

Sözleşmelerde akte tahsisin geçerli olması için mutlaka miktar gösterilmesi gibi bir zorunluluk yoktur, en azından bu akte tahsisin "olmaz ise olmaz" şartı değildir. Bir depodaki stokun tümünün satışında miktar aranmaz. (5) Bir bahçenin satışında da durum bundan farklı değildir. Kararın kendisinden esinlendiği anlaşılan Feyzioğlu eserinde nev'en satışlara ilişkin "fiilen" ayırt etmekten söz etmiş ise de takip eden açıklamalarda bu tabiri tekrarlamadığı ve üzerinde Yüksek Mahkemenin anladığı manada durmadığı gibi, mahsul satışlarını da kapsar biçimde "mal misli olsun olmasın aynı cins eşyadan tefrik edilerek müşahhas bir duruma konulmuş ise akit muayyen sayılır" ve "ne'fi ve hasarda akdın inikadı itibaren alıcıya geçer" demiştir. (6)

Hasarın intikaline ilişkin hükümler tamamlayıcı hukuk kurallarıdır. Bu bakımdan hasarın genel kuralın dışında satıcı uhdesinde kalması isteniyorsa, bu husus sözleşmede açıkça belirtilmelidir. Olgunlaştıktan sonra toplayacağını bilerek belirli bir çıkar çerçevesinde mahsul satın alan kimsenin önceye ait hasar riskini de göze aldığı ve bu yüzden genel kuralı teyid eden zımni bir anlaşma olduğunu da kabul etmek gerekir. (7) Nasıl satışta vade konulması bundaki çıkarı sebebiyle hasarın alıcıya aldiyetini engelleyen bir sebep teşkil etmiyorsa, (8)

Türkiye'nin ve narençiyeye satışlarının gerçeği budur. Bu türden menkul satışlarında hasarın intikaline ilişkin bir boşluk söz konusu ise boşluğu bu gerçeğe uygun doldürmek ta tatbikatçıların görevidir.

SONUÇ:

Hasarın kararın bu halile uygulanması don zararlarının intikalinde alıcıya götürü satışla sağladığı çıkarlarına ilaveten bir de karşılığında esasında hukukun kendisine ait olan bir riskten kurtulma şansı da getirmektedir. Bu sebeble yerleşmiş uygulamalara güvenerek sözleşmeler yapan üreticilerin

"don" afetine maruz kalmaları halinde çıkarlar dengesinin alıcı lehine böylece değiştirilmiş olması yüzünden mağdur olacakları muhakkaktır. Bu bakımdan yukardaki açıklamalar ışığında Yüksek Yargılayın mahsul satışlarında hasarın intikalini etkileyen miktar, fiilen ayırt etmek ve "Nev'en satış" a ait mülahazalar üzerinde kanunun açık hükümlerine ve yerleşmiş uygulamalara ters düşmeyen bir açıklık getirmesinde büyük yarar vardır. □

DİPNOTLAR

1. Dr. H. Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme ilişkileri madde 184-551, Çev. Dr. A. Suat Dura, 1934, s. 24.

2. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 15.9.1994 tarih ve 1994/6197/7587 tarihli kararı, Yargıtay Kararları Dergisi yıl 1995 sayı 1, s. 57 "Sözleşme de görüldüğü veçhile tarafların mahsulün miktarı üzerinden bir anlaşmaları mevcut değildir. Yine akdın kuruluşu sırasında fiilen ayırd edilmiş ve akte tahsis edilmiş belirli bir mahsulde bulunmamaktadır. Bu anlamda taraflar arasında nev'i satımı kurulmuştur."

3. a.g.e.: "Satılan narençiyenin ayırd edilmesi ve akte tahsisinin, yine davalıya hukukun teslimi edilmiş olmasının ancak mahsulün istihsal edilmesiyle mümkün görüleceği, kemale erme (olgunlaşma) zamanına bağlandığı"

4. *Türk Hukuk Lugatı*, Türk Hukuk Kurumu Yayınlarından, Maarif Matbaası, Ankara 1944.

5. Oser/Shönerberger, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Akdın Muhtelif Nev'ileri, Fasikül I, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri, sayı 6, Ankara Yarıaşik Cezaevi Matbaası 1966. s. 28 "Bununla beraber muayyen stokun tamamı ferden tayin edilmiş şey hükmündedir. Yani (tefrikten önce) bütün stok mahvolursa müşteri semeni ödemekle mükelleftir"

6. Dr. Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku, Hususi Kısım, Akdın Muhtelif Nev'ileri*, Cilt I, Üniversite Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1961, s. 83 "Hasar mevzuunda muayyen mebiden maksat tefrik ve akte tahsis edilmiş mebidir. Bunun içindir fiilen tefrik edilmiş ve akte tahsis edilmiş eşya hakkında da aynı hüküm caridir. Zira-tekrar edelim- hasar bakımından mebidin muayyen olması demek, akde mevzu teşkil eden eşyanın mahiyeten muayyen eşyadan olması demek değildir. Mebl misli olsun olmasın aynı cins eşyadan tefrik edilerek müşahhas bir duruma konulmuş ise akit muayyen sayılır"

7. Oser/Shönerberger a.g.e. s. 32.

8. Dr. H. Becker a.g.e. s. 24 "İfası kabil bir satımın şart olduğu temelinden vadeli satımda da tehlikenin ilkin vade günü alıcı üzerine geçtiği sonucu çıkarılabilmelidir. Ancak vadenin verilmesi nedeni tehlikenin dağıtılması ile ilgili olmamak gerekir. Özellikle vade alıcının çıkarı nedeni ile isteniyorsa böyle bir bağlantı yoktur."

BÜYÜK HUKUKÇULAR: 9 Mahmut Esat BOZKURT

M. İskender ÖZTURANLI (*)

Mahmut Esat Bozkurt, Mustafa Kemal'in kadrosunda görev yapan, Atatürk ilkelerini yaşamı boyunca savunan bir devrimci ve büyük bir hukukçudur. Genç yaşında İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra İsviçre'ye giderek Friborg Üniversitesi'nde hukuk dalında lisans eğitimi görmüş ve hukuk doktorası yapmıştır. 1918 yılında tamamladığı doktorasının tezi "Osmanlı Kapitilasyonları" dır.

Ülkenin düşman saldırısına uğraması üzerine yurda dönen Bozkurt, Kuşadası'nda kurulan 120 kişilik Kuvayı Milliye Birliği'nin başına geçmiş, Aydın ve çevresindeki ulusal kuvvetleri örgütlemiştir. 1920 yılında Birinci TBMM'nde İzmir milletvekilidir. Meclis çalışmalarının yanısıra "Hakimiyeti Milliye", "Yeni Gün" gazetelerinde yazılar yazmıştır. Kurtuluştan sonra da bu alışkanlığını sürdürmüş "Ahenk", "Anadolu", "Ulus", "Halkın Dostu", "Halkın Sesi", "Hürriyet", "İttihat", "Köylü", "Sadayı Hak", "Tan", "Vakit", "Yeni Asır", "Yeni Sabah" gazetelerinde çeşitli tarihlerde ve değişik konularda yazılar yazmıştır. Yayımladığı kitaplar arasında, "Türk İhtilalinde Vatan Müdafası" (1939), "Atatürk İhtilali" (1940), "Devletler Arası Hukuk" (1940), "Devletler Hukuku" (1940), "Aksak Demir'in Devlet Politikası" gibi yapıtları vardır.

1920 yılında Milli Eğitim Bakanlığı ile Adalet Bakanlığına aday gösterilen Mahmut Esat, bu önerileri kabul etmemiştir. Mustafa Kemal'e yazdığı mektupta, "Ülkedeki yasalarda ve adliyede radikal değişiklikler yapılması gerektiğini" belirtmekte, "dönemin Bakanlar Kurulu ile bu işin gerçekleştirilemeyeceğini, bu nedenle adaylığı kabul etmediğini" söylemektedir. Milli Eğitim Bakanlığını kabul etmeme gerekçesi ise "Milli eğitim işlerinin yabancı olduğu için bakanlığın uzman bir kişiye verilmesi"dir. Bu nedenlerle bakan adayları arasından adının çıkarılmasını rica etmiş, "bunların dışında her hangi bir görevde çalışmaya hazır olduğunu" vurgulamıştır.

Mahmut Esat, daha sonra 1922-1924 yılları arasında İktisat Bakanlığı, 1924-1930 arasında da Adalet Bakanlığı yapmıştır. Serbest Cumhuriyet Fırkası denemesi sırasında bakanlıktan çekilmiştir. Çekilme nedeni olarak İsmet Paşa'ya gönderdiği telgrafta Türk milleti ve devrimi aleyhine olan gelişmeler sonunda "Meclis'te ve fırkada faydalı ve serbest çalışmayı amaçladığı" için istifaya ettiğini belirtmiştir.

1923 yılında İzmir'de toplanan 1. İktisat Kongresi'ni Bakan olarak hazırlamış ve kongreye bildiriler sunmuştur. Kongre, liberal ekonomi yönünde

kararlar almıştır. Mahmut Esat ise devletçiliği savunmuş, daha doğrusu devlet sosyalizminden yana olduğunu söylemiştir. Bilindiği gibi ancak 1930'larda Türkiye, Mahmut Esat'ın çizgisine gelmiş, birinci beş yıllık kalkınma planı ile devletçi bir politikaya yönelmiş ve bu sayede dünya ekonomi buhranını atlatabilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti o yıllarda Osmanlı borçlarını sterlin olarak ödemesine karşın 1932-1938 arası enflasyon yüzde sıfırdır. Kalkınma hızı ise yüzde yedi dolayındadır.

Mahmut Esat, 1925 yılında açılan Ankara Hukuk Mektebi'nde bir süre okuttuğu "İhtilaller Tarihi" derslerinde, Türk ihtilalinin öteki ihtilal hareketleri içindeki yerini belirtmeye çalışmıştır. 1933 üniversite reformundan sonra "Devrim Tarihi Dersleri" okutmaya başlamıştır. Kemalist devrim ideolojisini genç kuşaklara anlatmaya çalışmıştır. Bu ders notları daha sonra "Atatürk İhtilali" adlı bir kitaba dönüşmüştür. Ayrıca Siyasal Bilgiler Fakültesinde "Devletler Hukuku" öğretmiştir.

Bozkurt, "Atatürk İhtilali" adlı kitabında "devlet sosyalizmi nedir" diye sormakta ve şu yanıtı vermektedir: "Özel mülkiyeti tanıyan, fakat insanın insan tarafından sömürülmesini önlemek ve ulusal kalkınmayı başarmak için devlete ekonomik işlerde kontrol ve teşebbüs hak ve yetkisini kabul eden bir sistemdir." Ayrıca şu çarpıcı tümceler de eklemektedir sözlerine: "Nasıl ki bir devlet, kuvvetlilerin zayıfı ezmemesi için Ceza Kanunu ile cezalandırmayı görev edinmişse, edinmek zorunda kalmışsa, ekonomik bakımdan da zayıfı sömüren kuvvetliyi önlemesi, haksızlığa, soygunculuğa meydan vermemesi gereklidir."

Devlet sosyalizmini gerçekçi bir yaklaşımla ele alan Mahmut Esat, devletçi sistemi şöyle savunmaktadır: "Devletçi sistem komünizme şu yoldan üstündür, komünizm gerçekleşmeyecek bir dava peşindedir. Devletçi sistem ise, gerçekleşmesi her zaman mümkün ve verimli bir tez ardındadır. Devletçi sistem, sosyal haksızlıkları, insanın insan tarafından sömürülmesini tam olarak ortadan kaldıracak mı? Hayır! Şu halde ne yapacak? Soygunculuğu asgari hadlerine indirecektir. Biz tarihle beraber, tarihin gerçekleriyle beraber yürüyoruz. Biz gerçekçiyiz. Nereye kadar gideceğiz ve nerede duracağız? Tarih nerede durursa! Fakat tarih durmayacaktır. Durmak ölmek demektir. Hayat ilerlemektir. Faşizm hayatı gerilerde arıyor, ölecektir. Komünizm, hayatı tarihin de ilerisinde arıyor, düşecektir. Hayatın dışında kalacaktır."

"Dünya komünizmde mi karar kılacak, yoksa faşizmde mi" diye soran Bozkurt, bu soruya şu yanıtı vermektedir: "Bana öyle geliyor ki Kemalizmde. Çünkü Kemalizm yirminci yüzyıldır." Çok iyi bilmektedir ki Kemalizm katı kuralları getirmemiştir. İlkelerinden biri devrimciliktir. Bu ilke sayesinde akla ve bilime dayanmaktadır. Bilim değişken ve devingendir. Bilimsel gerçekler za-

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

manla değişmektedir. 17. Yüzyılın doğruları 19. Yüzyılda yanlış çıkmıştır. 19. Yüzyılın doğrularıysa 20. Yüzyılda doğruluğunu yitirmiştir. Bilimde katı kural yoktur. Faşizm katı kurallara dayandığı için çökmüştür. Nasyonal sosyalizm katı kuralları benimsediği için yıkılmıştır. Komünizm katı kurallardan yana olduğu için dağılmıştır. Ama Atatürkçülük dımdık ayaktaadır.

Atatürkçülüğün barışçıl ve insancıl ilkelerini uygulama alanına getirmeye çalışan Mahmut Esat, komünizmi benimsemediği gibi, kolektivizmi de kabul etmez. "Ekonomik alanda optimum yatırım ve üretimi sağlamak, siyasal alanda özgürlüğü, hukuk devletini ve demokratik rejimi ayakta tutacak bir karma ekonomi düzeninin Türkiye için en doğru yol olduğu kanısındadır.

Halktan yana, işçiden yana ve köylüden yanadır Mahmut Esat. 1921 yılında "Hakimiyeti Milliye" gazetesinde yazdığı yazılarda, "halkçılığı, sosyal adaleti, emeği ve sosyal güvenliği" savunduğunu görürsünüz." Yüzyılımızın devlet örgütlerinde en büyük eksiklik, emeğe layık olduğu yeri ve hakkı sağlayamamasıdır. Oysa bir toplulukta emek, ulusal varlığın muhassasıdır" diyen Bozkurt, 9.12.1921 tarihli yazısında şunları söylemektedir: "Türkiye ve Türkiyeliler esirlik kabul etmiyorlar. Tarihte her hareketinde dünyaya yeni devirler açan milletimiz, bugün de vatanını kurtarıırken dünya önünde bütün insanlık için yeni bir "Ana Hukuk" ile çıkıyor. Bu hukukun adına, dünyanın mazlûm ulusları halk efendiliği ve emek saltanatı diyeceklerdir." Mustafa Kemal'in "emek misakı millisi" yolu ile "çalışanların cumhuriyeti" ni kurmak amacından yola çıkan Mahmut Esat, halkçılık, devletçilik ve laiklik ilkelerini büyük bir beceriyle savunmakta, "Atatürk ihtilali" adlı yapıtında şu sonuca varmaktadır: "Ben ihtilal terimini doğru, inkılap deyimini yanlış buluyorum. Bundan dolayıdır ki bu kitaba (Atatürk İhtilali) adını verdim. İhtilal, bir şeyin esasını değiştirerek yerine yepyeninin konulmasıdır. İnkılap ise bu değildir. İnkılap, bir şeyin aslını muhafaza ederek başka bir kalıba girmesi, başka bir hale geçmesidir."

Mahmut Esat'a göre "tam ve olgun" anlamıyla ihtilal, "mevcut politik, sosyal ve ekonomik bir düzen yerine, yine politik, sosyal ve özellikle ekonomik yeni ve ileri bir düzeni zorla ve çoğu zaman silah gücüyle başaran harekettir." Türk ihtilali bunu yapmıştır. "Saltanatın yerine cumhuriyeti getirmiştir."

Her zaman ve her türlü koşullarda ezilen kitlelerin yanında yer alan Mahmut Esat, köylünün ve işçinin haklarını savunanlara "komünist ya da sosyalist damgasını yapıştırma gayretini güdenler, şahsi menfaatlerini çalışanların zararlarında arayanlardır" diye haykırabilen bir devrimcidir. Ülkede "her şeyin Türk işçisi tarafından yapıldığı, ama her türlü yoksulluğa da Türk işçisinin katlandığı" kanısındadır. "Bu ülkeyi onun kanı korumuştur, gerektiğinde yine koruyacaktır. Ülke, Türk işçisinin emeği üzerinde yükseliyor ve yükselecektir." 1933 yılında Anadolu gazetesinde "Yemiş Çarşısı Faciası", "Kıravatlı

Eşkiyalar" adlı yazılarında, incir ve üzüm üreticilerinin İzmir, Yemiş Çarşısında bir kaç ihracatçı ve simsarın elinde olduğunu söyleyerek, bunu bir "facia" tüccar ve simsarları da "kıravatlı eşkiye" olarak nitelemektedir. Halkın çıkarlarını savunduğu için, işçinin yanında köylüye de yer veren Bozkurt, "derebeyliğin yalnız adı kaldı, mütegalibe kasabalarda yüzüstü yere serildi. Ama tefeci ve faizci kuduz gibi ayakta durmaktadır" diye yakınmaktadır (1933).

Mahmut Esat, devlet sosyalizmini 1920'lerde savunan bir kişidir. Bağımsızlık savaşı yıllarında Marx'ın Kapital'ini cebinde taşımaktadır. 1930'lar ve 1940'larda Marx'tan hayranlıkla söz etmek bir cesaret işidir. 1941 yılında Milli Eğitim Bakanlığı'na yayımlanan Max Beer'in "Sosyalizm ve Sosyal Mücadelelerin Tarihi" adlı kitabına bir önsöz yazmıştır. Bu önsözde, "hemen hemen her ülkede, Karl Marx'ın Kapital'inin çevirisi olduğunu belirttikten sonra şunları söylemektedir: "Fikrin en tehlikelisi gizli kalanıdır. Her hangi bir fikri açıkça ortaya koymak ve kritiğini yapmak - eğer zararlı ise - onu önleyecek çarelerin başında gelir. Bir fikri yenmek için alınacak tedbir işkence değildir. Fikirler işkence ile imha edilemez. İmha için tek çare, her hangi bir fikrin karşısına daha kuvvetli fikirlerle çıkmaktır. Tarih böyle diyor."

"Maarif Vekaleti'nin" Sosyalizm ve Sosyal Mücadelelerin Umumi Tarihi"ni dilimize çevirmesi, bu hakikatleri görüp bildiğinin en açık bir belgesidir" diyen Mahmut Esat, önsözü şu tümcelerle tamamlamaktadır:

"Klemenso 9 konferansında der ki (Cumhuriyetçi ve demokrat olarak doğdum ve öyle öleceğim. Fakat itiraf etmeliyim ki, demokrasinin haykırın ıstırabını Marx'ı okuduktan sonra duyabildim.) Klemenso gibi milliyetçiliğiyle övünen bir adam böyle düşünmektedir. Ve demokrasiyi yaşatmak için çareyi sosyalizmde bulmaktadır."

Burada biraz durmak ve düşünmek zorundayız. Bugün ülkemizde düşüncesinden ötürü tutsakevlerinde çürütülen insanlar vardır. Bir anayasa kitabı yazan düşünürlerimiz yıllarca cezaevlerine kapatılmışlardır. "Ortanın solu" deyimini kullanan devlet adamlarına Moskova'nın yolu gösterilmiştir. Mahmut Esat'sa Atatürk Türkiye'sinde devlet sosyalizmini savunmuştur. Bu konuda kitaplar yazmış, yüzlerce yazı yayımlamıştır. Fakültelerde dersler vermiştir. Hakkında ne bir kovuşturma yapılmış, ne de bir dava açılmıştır. Aksine kendisine devletin en üst katlarında görevler verilmiştir. 1922'de İktisat Vekilidir. 1924 yılında Adalet Bakanlığı'na getirilmiştir. Türk hukuk devrimini gerçekleştirmesi için olanaklar sağlanmıştır. Mustafa Kemal ve arkadaşları Mahmut Esat Bozkurt'a Ekonomi ve Adalet Bakanlıklarını teslim etmişler, onu "ülke sorunlarını çözme amacıyla ileri sürdüğü görüşlerinden ötürü kinamak, ya da cezalandırmak şöyle dursun, ödüllendirmişlerdir."

Bozkurt, Kemalizmin özgün savunucularından biridir. Atatürk'ün kad-

rosunda yer almıştır. Atatürk döneminde siyasal yaşam, bu kadro sayesinde belirlenmiş ve şekillenmiştir. Araç ve amaçta birlikte hareket eden bu kadro, akla, ulusal egemenliğe, bilime dayanarak "cumhuriyetçi, halkçı, ulusçu, devletçi, laik ve devrimci" ilkeler doğrultusunda çağdaş uygarlığa ulaşmak isteyen devrimci bir kadrodur. Bu kadro içinde Mahmut Esat'ın, ülkemizin hukuk devletine yönelişindeki çabaları unutulmayacak değerdedir.

Bilindiği gibi Atatürk devrimi, laik bir devlet kurmuş, laik bir hukukun temellerini atmıştır. Ne var ki laik toplum yaratılamamıştır. Bu, kolay bir iş değildir. Laik devleti kurmak ve işletmek için inanmış devlet adamlarının parlamen-todan bir yasa çıkarmaları yeterlidir. Ama laik toplumu yaratmak çok güçtür, çok zordur. Bunun için öncelikle toplumun kültür ve eğitim sorununun çözül-mesi gereklidir. Bu da zamana bağlıdır. Atatürk'ün yaşam süresi buna izin vermemiştir. Daha sonraki devlet yöneticileri de akıl almaz bir bağnazlıkla Atatürk ilkelerini uygulama alanından kaldırmışlar, yapıtlarını teker teker yıkmışlardır. Devrimin kaiesi olarak düşlediği Halkevleri ve Halkodaları ile köye ışık ve aydınlık götürecektir Köy Enstitüleri 1950'lerde, birer bilim yuvası olarak düşündüğü Türk Dil Kurumu ile Türk Tarih Kurumu ise 1980'lerde yıkılıp yok edilmiştir. Bu nedenle daha sonraki yıllarda laik toplumu gerçekleştirmek bir yana, laik devlet ve laik hukuk tehlikelere atılmıştır.

Önce laiklik ilkesi örselenmiş ve yıpratılmıştır. Sonra da ödün üstüne ödün verildiği için devrimcilik tutuculuğa, hatta gericiliğe dönüştürülmüştür. 1961'ler-de Anayasa'ya giren devrim sözcüğü bile 1982'de Anayasa'dan çıkarılarak, yerine yeniden inkılap deyimi getirilmiştir. Milliyetçilik, bir yandan mukaddesat-çılığa, öte yandan etnik ayrımcılığa çekilmiştir. Devletçilik ve halkçılık tarihe karıştırılmıştır. Bu nedenle de cumhuriyet kurum ve kuruluşlarının çoğu ya-ralanmıştır.

Mahmut Esat bir devrimcidir. Tıpkı Atatürk gibi "devrimin yasasının bütün yasaların üstünde" olduğu inancındadır. Hiç kuşkusuz devrimin de bir hukuku vardır ve olmalıdır. İşte bu hukukun bazı ülkelerde olduğu gibi despotizme dönüşmemesinde Mahmut Esat'ın rolü büyük olmuştur. Adalet Bakanlığı sırasında Borçlar Yasası, Ceza Yasası, İcra İflas Yasası, Mahkemeler Kuruluş Yasası, Hukuk ve Ceza Yargılamaları Usulü Yasaları yürürlüğe girmiştir. Bun-ların tümü çağdaş uygarlığın ve laikliğin yolunu açan yasalardır. En önemlisiyse, bugün "Yurttaşlar Yasası" dediğimiz "Medeni Kanun"dur.

Nasıl Roma Hukukundan söz edildiğinde Justinianus, "Fransız Medeni Ka-nunu" denildiğinde Napolyon akla gelirse, "Türk Yurttaşlar Yasası"ndan söz edildiği zaman da Mahmut Esat akla gelmektedir. Yasanın gerekçesi başlı başına bir başyapıt niteliğindedir. Mahmut Esat'ları söz ettiğimiz bir yazıda bu gerekçenin bazı kısımlarını aktarmamak büyük bir eksiklikler.

Mahmut Esat, çağdaş yasaların yanında onları uygulayacak genç bir hukukçu kuşağının yetiştirilmesi için Ankara Hukuk Mektebi'nin (Ankara Hukuk Fakültesi) açılmasına öncülük etmiştir. Bir gün Mustafa Kemal kendisine, "bir çok yasa tasarısı hazırlıyorsun. Onları uygulayacak yargıçların var mı" diye sormuştur. Bu soruya "onları da yetiştireceğim" yanıtını veren Mahmut Esat, sözünde durmuş ve 1925 yılında Ankara Hukuk Mektebi'ni açmıştır. Açılış konuşmasını Mustafa Kemal yapmıştır. Türkiye'nin en büyük hukukçusu olduğuna inandığım Atatürk'ü bundan sonraki son yazımda ele alacağım. Şimdilik şunu söylemeliyim ki, Türk hukuk devrimi büyük devlet adamı Atatürk'le Mahmut Esat'ın birlikteliğiyle gerçekleştirilmiştir. Bunu yadsımak ola-naksızdır.

Bozkurt-Lotüs davasında Türkiye'yi Fransa'ya karşı Lahey Adalet Diva-nı'nda büyük bir yetenekle savunan Mahmut Esat, bu davayı kazanmakla Türkiye Cumhuriyetini batılı devletler düzeyine çıkarmış ve Türk hukukunu dünyaya tanıtmış olan bir Adalet Bakanı'dır. Aynı zamanda laiklik ilkesinin "Türkiye Cumhuriyeti" nin temel taşı olduğunu özümseyen ve bu yolda dur-madan savaşım veren bir Atatürk devrimcisidir. Dinin siyasal yaşamdan çıkarılması uğraşında büyük hizmeti vardır. Dinin softaların ve bilgisizlerin elin-den kurtarılması ve "makamların en yükseği olan vicdanlarda yer alması" gereğini yüksek sesle haykırmıştır.

Bütün bunlar bir yana, "Türk Yurttaşlar Yasası"na yazdığı gerekçe Mahmut Esat Bozkurt'un ölümsüz olmasını sağlayacak değerdedir. Bilindiği gibi bu yasa, 1924 "Öğretim Birliği Yasası"ndan sonra laikliği uygulama alanına ge-tiren temel bir yasadır. 1926 yılında yürürlüğe girmiştir. O yıllarda Anayasa'da "devletin dini islam dinidir" yargısı vardır. O günün koşullarında bu yargıyı ana-yasadan çıkarmak olanaksızdır. Bu nedenle çeşitli din ve mezheplerden kişileri ulusal egemenlik ve çağdaşlık doğrultusunda birleştirme işi Yurttaşlar Yasasıyla başlamıştır. Uygarlığı ve laikliği toplum katlarına taşıyan bu yasanın gerekçesinde Mahmut Esat, Yurttaşlar Yasası ile laiklik arasındaki ilişkiyi şöyle vurgulamaktadır:

"Bugün Türkiye Cumhuriyeti'nin bir Medeni Kanunu yoktur. Yalnız sözleş-melerin küçük bir bölümünü kapsayan Mecelle vardır. 1851 maddeli bu yasanın günümüzde uygulanabilen maddesi üçyüz dolayındadır. Mecelle'nin esas ve ana çizgisi dindir. Oysa insan yaşamı her gün hatta her an değişim-lerle karşı karşıyadır.

Kanunları dine dayalı olan devletler, kısa bir zaman sonra memleketin ve ulusun isteklerini karşılayamazlar. Çünkü dinler, değişmez hükümleri açık-larlar. Yaşam yürür, istekler hızla değişir. Dine dayalı kanunlar, ilerleyen yaşam sürecinde biçimden ve ölü sözcüklerden fazla bir değer ve anlam

taşımazlar. Değişmemek dinler için bir zorunluluktur. Bu nedenle dinlerin yalnızca bir vicdan işi olarak kalması, çağımız uygarlığının esaslarından ve eski uygarlıkla yeni uygarlığın farklarından biridir. Özünü dinden alan kanunlar, uygulandıkları toplumları indirdikleri çağlara bağlarlar. İlerlemeyi önleyen önemli nedenlerden biri budur.

Ulusal ve sosyal yaşamın düzenleyicisi olan ve yalnız ondan esinlenmiş olması gereken bir Medeni Kanun'dan Türkiye Cumhuriyeti'nin yoksun kalması, ne yüzyılımızın uygarlık gerekleriyle, ne de Türk ihtilalinin kapsadığı anlam ve kavramlarla uyuşamaz. Bu amaçla hazırlanan Türk Medeni Kanunu, uygar uluslar arasında en kusursuz ve halkçı olan İsviçre Medeni Kanunu'ndan alınmıştır.

Çağımızın uygarlık ailesine bağlı ulusların gereksinimleri arasında esaslı bir fark yoktur. Sosyal ve ekonomik ilişkiler, insanlığın büyük ve uygar bir kitlesini bir aile haline getirmiş ve getirmektedir.

Türk yenilenme tarihi tanık tutularak denilebilir ki, Türk ulusu bu çağın gereksinimlerine uygun olarak meydana getirilen akla uygun yeniliklerden hiçbirine karşı çıkmamıştır. Unutmamak gerekir ki Türk ulusunun kararı, çağdaş uygarlığı tüm ilkeleriyle kabul etmektir. Bunun en göze çarpan kanıtı devrimin kendisidir. Nitekim çağdaş uygarlıkla Mecelle hükümleri uyum içinde değildir. Ne var ki Mecelle ve buna benzer hükümler de Türk ulusunun yaşamıyla uyumlu değildir.

Şu yönü de saptamak gerekir ki, çağdaş uygarlığı anlamak ve özümsemek kararlılığında olan Türk ulusu çağdaş uygarlığı kendine değil, kendini çağdaş uygarlığın gereklerine uydurmak zorundadır. Yaşama kararında olan bir ulus için bu şarttır.

İsviçre, Almanya, Fransa politik ve ulusal birliklerini, ekonomik ve sosyal gelişmelerini Medeni Kanunlarını yürürlüğe koymakla başarmışlardır. Bu saydığımız konulardaki esas, din ile devletin kesin olarak ayrılığıdır.

Çağdaş uygarlık düzeyinde olan devletlerin ilk ilkesi, din ile dünyayı ayrı görmektir. Bunun aksı, devletin kabul ettiği din esaslarını kabul etmeyen kimselerin vicdanlarına baskı olur ki, modern devlet anlayışı bunu kabul edemez. Din, devlet nazarında, vicdanlarda kaldıkça saygındır ve dokunulmazdır.

Çağdaş devlet dini dünyadan ayırmakla, insanlığı tarihin en kanlı girişimlerinden kurtarmış, dine gerçek ve devamlı bir taht olan vicdanı ayırmıştır. Özellikle çeşitli etnik grupları kapsayan devletlerde tek bir yasanın bütün toplulukta uygulama alanı bulabilmesi için bunun, din ile ilişkisinin bulunmaması, ulusal egemenlik için zorunluluktur. Çünkü yasalar dine dayalı olursa, vicdan özgürlüğünü benimsemesi gereken devlette, çeşitli dinlere bağlı vatandaşlar için ayrı ayrı yasalar yapmak gerekir. Bu durum, çağdaş devlette esas olan politik, sosyal, ulusal birliğe tamamen karşıt olur.

Türk ulusunun yüksek temsilcisi olan Büyük Meclis'in kabul ve onamasına sunulan Türk Medeni Kanunu tasarısı yürürlüğe konulduğu gün, ulusumuz kendisini çevreleyen yanlış inançlardan ve kararsızlığından kurtulmuş, geri kalmış uygarlığın kapılarını kapayarak, yaşam ve verimlilik sağlayan çağdaş uygarlığın içine girmiş olacaktır."

İşte gerekçe budur ve bu gerekçe o yılların mantığı içinde kolay kolay yazılamayacak bir yüksekliktedir. Ama ne var ki 70 yıl sonra bugün bazı çevreler, yeni yasa niteliğinde bir Medeni Kanun'un çıkarılmasını istemektedirler. Kuşkusuz bunca yıl sonra Yurttaşlar Yasası'nın bazı yargılarının değiştirilmesi zorunlu hale gelmiştir. Dilini de günümüz diline uyarlamak gereği hiç bir zaman yadsınamaz. Ama bu çevrelerin amacı bu değildir. Tarihsel bir değer taşıyan ve laiklik ilkesini çarpıcı biçimde gündeme getiren gerekçeyi ortadan kaldırmaktır. Bu düşünce yandaşları ülkemizde laik devlet ve laik hukuku dışlayarak şeriat hukukunu getirmek isteyenlerdir. Mahmut Esat'ın çabalarıyla yetişen Türk hukukçuları, onun anıtsallaşmış yapıtı olan gerekçeyi gericilere teslim etmeyeceklerdir. Çünkü buna izin vermenin, çağdaşlıktan, uygarlıktan ve laiklikten vazgeçmek olacağını çok iyi bilmektedirler. □

YARGI KARARLARI

**MEMUR SENDİKASININ TÜZEL KİŞİLİĞİ OLMADIĞINDAN
AKTİF DAVA EHLİYETİ YOKTUR;
TOPLU SÖZLEŞME İMZALAYAMAZ**

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU

1994/4-493 E.
1995/1075 K.
06.12.1995 T.

ÖZET : Dernek, sendika ve si-
yasal parti kurma hakkının Ana-
yasa'da öngörölmüş bulunması,
bunların tüzelkişilik kazanması
için yeterli olmayıp, bunun için

yasal bir düzenlemeye dayanılması zorunludur.

Öte yandan, davada sıfat, davanın görülebilirlik koşulu olup yargı-
lamanın her aşamasında re'sen nazara alınması gerekir. Memur sen-
dikasının aktif dava ehliyeti olmadığından davanın reddi gerekir.

Taraflar arasındaki "toplu sözleşmeden doğan alacak" davasından
dolayı yapılan yargılama sonunda; Gaziantep 2. Asliye Hukuk Mah-
kemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 22.6.1994 gün ve 390-380 sayılı
kararın incelenmesi davalı Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili tarafından
istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 13.12.1994 gün
ve 5865-11183 sayılı ilâmiyle; (... Davacıyı temsilen Tüm Belediye Memurları
Sendikası tarafından açılan davada, davalı belediye ile toplu iş sözleşmesi
yapıldığı, ancak davalının sözleşme ile öngörülen yükümlülüklerini yerine ge-
tirmedeği belirtilerek, alacağın ödenmesi istenmiştir.

İstem mahkemece kabul edilmiştir.

Dosyadaki delil ve belgelere göre TÖM BEL-SEN adına bir memur sen-
dikasının kurulduğu, bu sendika ile belediye arasında 27.2.1993 tarihinde
"Toplu İş Sözleşmesi" adlı bir sözleşmenin yapıldığı anlaşılmıştır. Davacı da
657 sayılı Yasa'ya tabi ve atama tasarrufuna göre davalı belediye'de çalışan
personel olup adına temsilen davayı açan sendikanın da üyesidir. Bu hu-
suslar tartışmasızdır. Tartışmalı olan yön, bu nitelikteki bir sendikanın, şu an-
daki hukuki statüsü itibarıyla toplu iş sözleşmesi yapıp-yapamayacağıdır.

Yürürlükte bulunan mevzuata göre, memur sendikası adı ile bir ku-
ruluşun teşkilinde hukuki bakımdan bir engel bulunmamaktadır. Bu
sonuç, Dairemiz kararları ile de kabul edilmiştir (4.H.D.11.7.1994 T. 8217-
6585 sayılı karar...). Ne var ki, memur sendikaları salt kamu hizmeti yapan
memur statüsünde bulunan kişiler tarafından kurulmuştur.

657 sayılı Devlet Personel Yasası'nın 4. maddesinde "... Devlet ve diğer
kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli

kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler..." in memur sayılacağı ifade edilmiştir. Yine Anayasa'nın 128. maddesinde de memurların atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin yasa ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Memurların sendika kurmalarını engelleyen yasal bir kural bulunmamakla birlikte, şu andaki durum itibarıyla toplu iş sözleşmesi yapabileceklerine dair yasal düzenleme henüz yapılmamıştır. Anayasa'nın 53. maddesinde işçilerin ve işverenlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma koşullarını düzenlemek amacı ile toplu iş sözleşmesi yapabilecekleri kuralı yer almış ve toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına da kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. İşte bunun sonucu olarak 1983 yılında 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu yürürlüğe konulmuştur.

Toplu İş Sözleşmesi, işveren ile çalışan arasında hizmet aktırın yapılmasını, kapsamını, sona ermesini, sözleşme ile tarafların hak ve yükümlülüklerini, uygulanmasını, çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yöntemleri düzenlerler. Belirtilen bu sonuçları da anlaşılabileceği üzere, kamu hizmetini yürüten bir memurun atanması, görevi, yürüttüğü işin nitelik ve kapsamı, sahip olduğu güvenceler itibarıyla (Anayasa madde 129/5 ve 657 sayılı Yasa'nın 13. maddesi) bir kamu kurumu ile arasındaki hukuki ilişki ve düzenleme, iş yasasına tabi olan işçi-işveren arasındaki ilişki gibi kabul edilemez. Bundan dolayı da, memur sendikaları yasal düzenleme olmadığı için kamu kurum ve kuruluşları ile toplu iş sözleşmesi yapamazlar. Çünkü bu nitelikte bir sözleşme, için yasal bir düzenlemenin yapılması zorunludur. Bu zorunluluk gerçekleşmeden yapılan sözleşmeler yasal ve taraflar yönünden bağlayıcı olamaz. Bu nedenle de taraflardan biri sözleşmeye dayanarak o sözleşme ile sağlanan haklardan söz ederek talepte bulunamaz.

Açıklanan esaslar gözetilerek davanın reddi gerekli iken, karar yerinde yazılı gerekçe ile istemin kabulüne hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Gaziantep Büyükşehir Belediye Başkanlığı Vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'na incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Temyize konu dava, 657 sayılı Yasa'ya tabi ve atama tasarrufuyla memur statüsünde çalışmakta olan kişi adına Tüm Belediye Memurları Sendikası tarafından açılıp yürütülmüştür.

Bu durumda olayda öncelikle çözüme ulaştırılması gereken husus, Devlet Memurları Kanunu'na tabi personeller kuruluğu anlaşılan sendikanın, tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı ve buna göre de aktif dava ehliyeti bulunup bulunmadığının tesbitidir.

Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin bir kısmı, hiçbir yasal düzenlemeye gerek olmadan doğrudan doğruya kullanılabilir nitelikteki özgürlüklerdir. Örneğin yerleşme ve seyahat, düşünceyi açıklama, din ve vicdan özgürlükleri, önceden herhangi bir yasal düzenlemeye gerek olmadan doğrudan doğruya kullanılabilir hak ve özgürlüklerdir. Yasa koyucu, bu özgürlükleri, ancak Anayasa'da öngörülen nedenlerle ve hakların özüne dokunmamak koşuluyla kanunla sınırlayabilir.

Yine Anayasa'da yer alan, dernek, sendika, siyasi parti kurmak, toplu sözleşme grev ve lokavt gibi hak ve özgürlükler ise, yasal düzenlemeye dayanmadan, doğrudan doğruya kullanılmaları mümkün olmayan özgürlüklerdendir. Çünkü, Anayasa'nın 33., 51., 53 ve 54. maddelerinde bu hakların kullanılmasının kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. **Anayasa'da tanınmış olmasına rağmen henüz yasal düzenleme yapılmamışsa, dernek, sendika ve siyasi partinin tüzel kişilik kazanması mümkün değildir.**

Öte yandan, bir kuruluşun tüzel kişilik kazanması konusunda irade serbestliği ilkesi uygulanamaz. Çünkü, gerçek kişiler, diledikleri şekilde tüzel kişilik kuramazlar. Bunun için, kanunda hangi tüzel kişiliklerin ne şekilde kurulabileceğinin gösterilmesi gerekir. Böyle bir düzenleme yoksa, kişilerin bir araya gelip istedikleri gibi tüzel kişilik oluşturmaları mümkün değildir. Yasa'nın, bu konuda, irade açıklanmasına hukuki sonuç bağlamış olması gerekir. Ayrıca yasa'da bu hususta irade açıklanmasının ne şekilde yapılacağı, yani daha açık bir ifade ile, ne gibi belgelerin hangi yetkili makama verileceğinin ve hangi andan itibaren tüzel kişiliğin doğduğunun düzenlenmiş olması zorunludur. Örneğin, dernek, sendika, siyasi parti, ticaret şirketleri, vakıf gibi kuruluşların her birisi için yasal düzenlemeler yapılmış olduğundan, bunlar ancak o yasalarda öngörüldüğü şekilde kuruldukları takdirde, tüzel kişilik kazanabilirler. Bunlar dışında örneğin, aile birliği, miras şirketi, adi ortaklık gibi birlik ve topluluklar isteseler de, tüzel kişilik kazanamazlar. Bütün bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, **dernek, sendika ve siyasi parti kurma hakkının Anayasa'da öngörülmüş bulunması, bunların tüzel kişilik kazanması için yeterli olmayıp, yasal bir düzenlemeye dayanılması zorunludur.** Aksi halde, tüzel kişilikten söz edilemez. Bu düşünce, Anayasa'daki demokratik hukuk devleti ilkesine de aykırı değildir. Çünkü, hukuk düzeni bunu zorunlu kılmaktadır. Gerçek kişilerden ayrı bir hukuki varlığı olan tüzel kişilerin Devlet tarafından kamu yararı düşüncesiyle denetlenmesi, bütün demokratik hukuk devletlerinde kabul edilmiş temel bir ilkedir.

Davacı memur adına davayı açan sendikanın kurulduğu tarihte, henüz kamu çalışanlarının sendika kurabileceklerine dair yasal bir düzenleme bulunmadığı için, yukarıdaki açıklamalara göre bu sendikanın tüzelkişilik kazanmadığının kabul edilmesi gerekir.

Davada sıfat, davanın görülebilirlik koşuludur ve davanın her aşamasında re'sen nazara alınması icap eder. Dava elde iken yürürlüğe giren 2709 sayılı T.C. Anayasası'nın Başlangıç ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair 4121 sayılı kanunun 4. maddesi ile Anayasa'nın 53. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları arasında eklenen fıkra da yukarıda ifade edilen kabulü değiştirecek içerikte değildir.

Bu durumda mahkemece aktif dava ehliyetinin yokluğu nedeniyle davanın reddedilmesine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilip yürütülerek sonuçlandırılması doğru değildir.

O halde usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince bozmada oybirliği, sebebinde oyçokluğu ile BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 6.12.1995 gününde karar verildi.

KARŞIOY YAZISI

Davacıyı temsilen Tüm Belediye Memurları Sendikası açtığı davada davalı Belediye ile yapılan toplu sözleşmede öngörülen parasal haklarının verilmesini istemiştir.

Mahkemece istem kabul edilmiş, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ise, toplu sözleşmeye taraf olan sendikanın tüzel kişilik kazanmış olmasına rağmen yasal bir düzenleme olmadığı için yapılan toplu sözleşmenin bağlayıcılığının olamayacağı belirtilerek karar bozulmuştur.

Yerel Mahkemenin direnmesi üzerine, Hukuk Genel Kurulu'na sözleşmede taraf olan Tüm Belediye Sendikasının zaten kurulmadığı belirtilerek sıfat yokluğundan davanın reddedilmesi gerektiği belirtilerek, değişik gerekçe ile karar bozmuştur. Açıklanan bu gerekçeye katılmamaktayım. Şöyle ki;

Karar, iç hukukta devlet memurları için bir düzenlemenin yapılmaması olması esasına dayanmaktadır. Diğer bir anlatımla, yasal bir düzenleme olmadan bir tüzel kişiliğin kazanılamayacağıdır. Halbuki yasal bir düzenleme olmadan da, gerçek kişiler ortak bir amaca hizmet için bir araya gelmek, bu amaç uğruna çalışmak veya o amaca hizmet etmek için emek ve ser-

mayelerini birleştirdikleri durumlarda o kuruluşun tüzel kişilik kazanacağı kabul edilmelidir. Burada önemli olan yön amacın sürekli olması ve bu amacın hukuka ve ahlaka aykırı bulunmamasıdır. Hukuk, yazılı olanın yanında yazılı olmayan hukuk kurallarını da kapsamaktadır. Demek oluyor ki, bir topluluğun tüzelkişilik kazanabilmesi için toplum yapısının belirli bir aşamaya varmış olması, sürekli amaçlara hizmet ve bu amaçlar çevresinde birleşme düşüncesinin doğması ve gerçek kişilerden bağımsız olarak hak ehliyetine sahip bulunması gerekmektedir.

Özel hukuk alanında, tüzelkişilik, bir kişilik kurma hukuki işlemi ile oluşurlar. Hukuki işlemde, hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir irade açıklamasıdır. İrade açıklaması bu amaca yönelikse, tüzelkişilik kurulmuş olur. Yeterki mevcut hukuk düzeninin bu sonuca engel olmaması ve yasaklanmamasıdır. Tüzelkişiliğin kazanılması için ilgili olduğu ileri sürülen kurumların iznine gerek yoktur. Zaten M.K.nun 45 ve 53. maddelerinde bu yön açık biçimde ifade edilmiştir. Kuruluşun veya topluluğun tüzelkişilik kazanabilmesi için, amacının Yasa'ya ve ahlaka aykırı olmaması M.K.nun 45/2. maddesinde belirtilmiştir. Aynı Yasa'nın 71. maddesinde de, tüzelkişiliğin amacının Yasa'ya veya ahlaka aykırı olması halinde fesholunacağı hükme bağlanmıştır.

Açıklanan bu ilkeler gözetildiğinde, Siyasi Partiler Yasa'sının 5., 2821 sayılı Sendikalar Yasa'sının 6., Dernekler Yasa'sının 4. maddesinde önceden izin alınmaksızın, parti, sendika ve dernek kurulabileceği ve tüzel kişilik kazanacağı belirtilmiştir. Bu gün ihtiyaç duyulan bu kuruluşlar için Yasa çıkarıldığı, yarın başka kuruluşlar için ihtiyaç doğabileceği düşünüldükçe, onların da tüzelkişilik kazanması için mutlaka bir Yasa çıkarılması gerekmez. Zaten parti, sendika ve dernek gibi kuruluşların tüzelkişilik kazanmaları, Yasa ile değil, onlar ve benzeri kuruluşlar belli bir amaç için birleştiklerine ilişkin bulunan irade beyanlarını içeren dilekçeyi ilgili kuruluşa vermekle tüzelkişiliği kazanmış bulunmaktadır. O yasa kuruluşlara tüzelkişiliği kazandırmak için değil, o kuruluşların çalışma yöntemini belirlemek içindir. Yasa da, o kuruluşun organları, hakları, ödevleri, çalışma yöntemleri gibi düzenlemeler yer almaktadır. Belli ve sürekli bir amaç uğruna birleşenlerin meydana getirdiği kuruluş, tüzelkişilik kazanmış bulunmasına karşın o kuruluşun çalışma yöntemi hakkında yasal bir düzenleme mevcut değilse, yaptığı faaliyetler yasal bir düzenlemeye dayanmıyorsa, diğer bir anlatımla yasal düzenleme yoksa, ismi ne olursa olsun o alanda ve aynı ismi taşıyanlarla aynı işi yapamayacaklardır.

Somut olayda da, kurulmadığı kabul edilen ve Sendika adı verilen kuruluşun tüzelkişilik kazanması herhangi bir kurumun iznine bağlı değildir. Kuruluşa sendika adının verilmiş olması, onunda 2821 sayılı işçi sendikalarının

sahip olduğu haklara sahip olması ve onun yetkilerini kullanması sonucunu doğurmaz. O halde, tartışmalar sırasında da ileri sürüldüğü üzere, böyle bir kuruluş sendikaların sahibi olduğu hakları kullanamıyorsa, hukuk alanında varlığında gerek yoktur. Diğer bir anlatımla, hukuki varlık da kazanamaz denmiştir. Böyle bir savı şöyle yanıtlayabiliriz. Her doğan insanın konuşması, yürümesi vs. gerekir. Konuşamayan yürüyemeyen bir insanın varlığına gerek yok mu diyeceğiz. Bir varlığın, bir kuruluşun var olması başka şey bir takım haklara sahip olması ve onları kullanması başka şeydir. Her insan doğumundan itibaren medeni haklara sahiptir. Ancak her insan bu hakları kullanamaz. Kullanması için fiil ehliyetine sahip olması gerekir. İşte davamıza konu olan kuruluştaki, belli ve sürekli bir amaç etrafında birleşenlerin bu iradelerini valiliğe bildirmekle, tüzelkişilik kazanmıştır.

Bir an için, tüzelkişilik kazanılması mutlaka bir Yasa'nın var olmasına bağlıyorsa, bize göre bu yasal düzenlemede mevcuttur. Şöyle ki, 4.11.1950 tarihinde imzalanan ve 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı Yasa ile onaylanarak Türkiye'nin iç hukukuna aktarılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinde herkesin barışçı amaçlarla çıkarlarını korumak için sendika kuracağı öngörülmüştür. Aynı hak, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Paris Şartının 1. Bölümünün 5. maddesinde de ifade edilmiştir. Bunlardan ayrı olarak kısaca (ILO) olarak adlandırılan Uluslararası Çalışma Örgütüne ait 87 ve 151 sayılı sözleşmelerde 25.11.1992 tarihinde Yasa ile kabul edilmiştir. 87 sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına ilişkin sözleşmenin özellikle 2, 3, 10 ve 11. maddeleri ile, 151 sayılı Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine ilişkin sözleşmesinde 1, 2, 3, 4 ve 5. maddelerinde; çalışanlar, önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve üye olmak hakkına sahip oldukları ifade edildikten başka, kamu makamlarının bu hakkı sınırlayacak veya kullanılmasına engel olacak her türlü müdahaleden sakınmaları gerektiğinde hükme bağlanmıştır. 151 sayılı sözleşmenin 3. maddesinde "Kamu Görevlileri Örgütü" deyimi, oluşumu ne olursa olsun, amacı kamu görevlilerinin çıkarlarını savunmak ve geliştirmeye yönelik örgüt anlamına geldiğinde belirtilmiştir.

Bu tür uluslararası sözleşmelere katılım, Yasa ile olmaktadır. Diğer bir anlatımla, sözleşmenin TBMM'de kabul edilmesi gerekmektedir. Bu kabul sonucu, o sözleşme iç hukukumuzdaki bir Yasa gibi Hukuki sonuç doğurmaktadır. Hal böyle olmasına karşın, Anayasa'nın 90/5. maddesinde bu ilke ayrıca hükme bağlanmış ve bu nitelikte olup yasalaşan sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine dahi götürülemeyeceği belirtilmiştir.

Tüm bu düzenlemeler gözönünde tutulduğunda, davaya konu edilen kuruluşun belirtilen yasal dayanak nedeniyle de tüzelkişilik kazandığı kabul edilmelidir. Tüzelkişiliğin kazanılması için Yasa'nın varlığı bir koşul olarak ileri sürülüyorsa, birden fazla Yasa'nın var olduğu ortadadır. Bu Yasa'larla, adı geçen kuruluşun (sendika adının bulunması sonuca etkili değildir) bir sendika gibi faaliyet göstermesi elbette beklenemez. O faaliyetlerde grev ve toplu sözleşme yapma hakkıdır. İşte ancak bunun için bir yasal düzenleme gereklidir. Çünkü çalışma usul ve yönteminin belirlenmesi gerekir. Bu düşüncemizi güçlendiren 151 sayılı sözleşmenin 1. maddesinin 3 nolu bendinde, "Bu sözleşmede öngörülen güvencelerin Silahlı Kuvvetlere ve polise ne ölçüde uygulanacağı ulusal Yasa'larla belirlenecektir" hükmü getirilmiştir. Burada adı geçen bu hizmet birimlerinin sözleşme dışında tutulduğu düzenlemenin ulusal hukuka bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bunun dışında kalan çalışanların sözleşme dolayısıyla Yasa kapsamına alındığı ve kurulduğu kabul edilmelidir.

Kurulmadığı belirtilen kuruluşun adında "Sendika" kelimesinin olması, o kuruluşun mutlaka 2821 sayılı İşçi Sendikalarının sahip olduğu hak ve yetkileri kullanacağı anlamına gelmez. Nitekim, 1961 Anayasa'sında, 1971 yılında yapılan değişiklikle, 119. maddenin 3. fıkrasında, işçi niteliği taşımayan çalışanlarca kurulacak örgütlere, "Sendika" sözcüğü yerine "Kuruluş" sözcüğünü koymuştur. Bunun gerekçesinde (... kamu hizmetlileri kuruluşlarının gerçek manada sendikal bir faaliyette bulunmaları mümkün değildir. Şu halde bu kuruluşların "Sendika" olarak isimlendirilmesi her şeyden önce kavram karışıklığına sebebiyet vermekte, ayrıca "Sendika" teriminin etkisiyle bu kavrama olduğundan başka bir anlam verilmesi eğilimini ortaya çıkarmaktadır... Bu itibarla... kamu hizmeti görevlilerinin mesleki menfaatleri korumak ve geliştirmek amacıyla kurulacakları tüzelkişiliklerin "Sendika" olarak değil, "Kuruluş" olarak isimlendirilmesi, uygun görülmüştür" biçiminde açıklamıştır. Bu da düşüncemizi güçlendirmektedir. Zaten dairemizde, bu kuruluş bir sendikadır. İşçi sendikaları da dahil olmak üzere tüm sendikaların sahip olduğu hakları kullanacağını savunmamaktadır. İddiamız, bunun bir kuruluş olarak tüzelkişilik kazandığı yönündedir.

Denebilir ki, bu tür bir kuruluş, toplu sözleşme ve grev yapamayacaksa, var olduğunun bir anlamı da yoktur. Halbuki durum hiçte öyle değildir. Bu gün dahi, kapatılan ve benzeri sendikalar Türk kamuoyunda ve siyasi alanda mesleki bir baskı grubu olarak varlığını kanıtlamış bulunmaktadır. Aidatlar almakta, sayısız toplantılar yapmakta hatta Türkiye'deki siyasi ve ekonomik gündemi dahi belirlemektedirler. Bu yapıların hiçbiride hukuk dışı ve ahlaka aykırı değildir. Hatta 1965 yılında yürürlüğe giren 624 sayılı Devlet Personel Sendikaları Kanununda da, grev dolayısıyla toplu iş sözleşmesi yap-

ması yasaklanmıştır. O yasa'da da bu kuruluşun adı "Devlet Personeli Sendikası" idi. Yasa'nın 1. maddesinde de adının "Sendika" veya "Meslek Birliği" olarak adlandırılacağı belirtilmişti.

Açıkladığım bu olgular itibarıyla, tüzelsizlik kazandığını kabul ettiğimiz kuruluşun adında "Sendika" kelimesinin bulunması, onun mutlaka, sendikaların sahip olduğu hakları kullanacağı anlamına gelmez. Üyelerinde, bu hakları talep etme hakkını vermez.

Türkiye'de dört-beş yılı aşkın süreden bu yana, anılan kuruluşların var olduğu inkar edilmeyecek bir vakıdır. Şu aşamada bunların hukuken kurulmamış, dolayısıyla tüzelsizlik kazanmadıklarının kabul edilmesi yukarıda ifade edildiği üzere, gerek yazılı olmayan ve gerekse yazılı olan özellikle kabul edilen sözleşmelerin kurallarına aykırı bulunmaktadır. Bundan dolayıdır ki, varılan sonucun hukuka uygun olmadığını düşünmekteyim.

Kurulduğunu kabul ettiğim bu kuruluşları, fiili bir durum olarak da nitelendiremeyiz. Bu kuruluşların her biri tüzüklerini hazırlayıp, ilgili makama sunmuşlardır. Çok yüksek miktarlara varan aidatlar toplanmaktadır. Tüm bunlardan sonra, bu kuruluşları yok saymak, kuruluştan bir düzeni kabul etmemek sonucunu doğurur.

Anayasa'nın 49. maddesinde "Devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltme, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek... elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır." kuralı yer almıştır. Davaya konu olan Kuruluşların varlık ve etkinlik kazanmalarını isteyenlerde çalışan kamu görevlileridir. Bu nitelikteki kuruluşların, özel işyerinde çalışanlardan farklı bazı koşullara bağlı tutulmaları doğaldır. Ancak bunların hukuken var olmadığını, doğmadığını kabul etmek doğru değildir.

Yukarıda açıklanan nedenler ve tüm hukuk ilkeleri gözetildiğinden bu kuruluşların tüzelsizlik kazandıklarının kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Bundan dolayı da kararın, özel dairenin bozma gerekçesi doğrultusunda bozulması gerektiği kanaatinde olduğumdan, çoğunluğun bozma gerekçesine katılamamaktayım. □

Bilal KARTAL
4: Hukuk Dairesi Üyesi

Gönderen: Mehmet Handan SURLU - Yargıtay Üyesi

PAYDAŞLIKTAN ÇIKARILMA KARARI İÇİN BU HAKKIN AĞIR BİR BİÇİMDE İHLAL EDİLMİŞ OLMASI GEREKİR

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU

1995/6-752 E.
1995/907 K.
01.11.1995 T.

ÖZET : Medeni Yasanın 626.
maddesine eklenen 626/a maddesi
gereğince paydaşlıktan çıkarma
kararı verilebilmesi için bir payda-
şın tutum ve davranışı ile diğer

paydaşların tümüne ya da bir bölümüne karşı olan yükümlülüklerini
ağır biçimde ihlal etmesi ve bu davranışı yüzünden müşterek mülkiyet
ilişkisinin çekilmez hale gelmesi gerekmektedir. Yasal haklarını kul-
lanmaktan başka eylemi bulunmayan paydaşın paydaşlıktan çıkartıl-
masına karar verilmesi yasaya uygun değildir.

Taraflar arasındaki "paydaşlıktan çıkarma" davasından dolayı yapılan
yargılama sonunda; Samandağ Sulh Hukuk Mahkemesince davanın kabu-
lüne dair verilen 20.9.1994 gün ve 1993/12-1994/257 sayılı kararın in-
celenmesi davalı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin
14.12.1994 gün ve 12413-12708 sayılı ilamı ile; (... 3678 sayılı yasa ile Me-
deni Kanunun 626. maddesine eklenen 626/a maddesi gereğince his-
sedarlıktan çıkarma kararı verilebilmesi için;

a) Bir paydaşın tutum ve davranışı ile diğer paydaşların tümüne veya bir
kısımına karşı olan yükümlülüklerini ağır surette ihlal etmesi,

b) Bu davranışı yüzünden müşterek mülkiyet ilişkisinin devamının
çekilmez hale gelmesi gerekmektedir.

Maddede bahsedilen yükümlülüklerin ağır surette ihlali dâiminden ku-
surun özel bir yoğunlukta ve önemde bulunması amaçlanmıştır. Ağır surette
ihlal unsurunun gerçekleşebilmesi için, paydaşın kasten ve bilerek
müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesi gerekir.
Fiilin işleniş tarzı, paydaşların sosyal ve ekonomik koşulları ile, objektif iyi
niyet kuralları değerlendirilerek, her olayın özelliğine göre hakkaniyete uygun
adil bir çözüm getirilmelidir.

Davanın açılması, paydaşların hem pay, hem de paydaş bakımından
çoğunlukla karar vermelerine bağlı olduğu gibi, çıkarma istemini haklı gören
Hakimin, çıkarılacak paydaşın payını karşılayacak kısmın müşterek mülkten
ayrılıp ayrılmayacağını ve çıkarılacak paydaşa tahsisinin mümkün olup ola-
mayacağını incelenmesi, tahsis mümkünse fen ahlına tanzim ettirilerek

krokinin, taşınmaz Belediye ve mücavir alan hudutları içerisinde ise, İmar Yasası ve yönetmeliği uyarınca bu ayrımın mümkün olup olmadığının Belediyeden taşınmaz Belediye ve mücavir alan dışındaysa aynı hususun İl İdare Kurulundan sorularak saptanması, ayrımı mümkün olmayan payın dava tarihindeki değeri ile, devrini isteyene verilmesinin dava dilekçesinde istenip istenmediğinin gözönünde tutulması, hisseyi karşılayacak kısmın maldan ayrılarak ayrılması mümkün olmazsa ve bu paya talip olan paydaş bulunmazsa, ancak tayin edilen uygun süre içinde temlik edilmeyen payın açık artırma ile satışına karar verileceğinin düşünülmesi icabeder.

Maddeye eklenen 626/b bendi ile de, bu kuralların kıyas yolu ile intifa veya diğer bir ayni hak veya tapuya şerh edilmiş kira gibi şahsi hak sahibine de uygulanacağı kabul edilmiştir.

Olayımızda; Davacılar vekili 1228 parsel sayılı taşınmazın Köyün mesken alanı içerisinde bulunduğunu, taşınmaz üzerinde 6 ailenin barındığı meskenlerin mevcut olduğunu, yolu, cephesinin dar olması nedeniyle paydaşlar arasında taksim yapılamadığını, davalının taşınmazda **küçük bir hissesinin olduğu** ancak, payından daha fazla hisseyi diğer paydaşlardan istemesinin huzursuzluk yarattığını, hatta davalının bir kısım paydaşların kendilerine ait yerde yapmak istedikleri tasviye işlerine cömür ve şiddet kullanılarak engel olduğunu bu nedenle paydaşlıktan çıkarılmasını talep etmişlerdir.

Davalı iddianın doğru olmadığını savunmuştur.

Dinlenen davacı tanıkları davalının babalarından kendilerine kalan taşınmazda kardeşlerinin yapmak istediği tasviye işlemine mani olduğu, paydaşlar arasında yapılmak istenen taksime engel olduğunu bildirmişler, başka aykırılıktan bahsetmemişlerdir.

Bu hal, Medeni Kanunun değişik 626/a maddesinde açıklanan **davalının diğer paydaşlara karşı olan yükümlülüklerini ağır surette ihlal ettiği ve müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirdiğini gösteremeyeceğinden**; davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm verilmesi hatalı görüldüğünden hükmün bozulması gerekmektedir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kağıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle davalıya atfedilen fiil ve davranışların Yasal hakların kullanılmasından ibaret bulunması nedeniyle bu eylemlerin diğer paydaşlara karşı olan yükümlülüklerin ağır biçimde ihlali olarak nitelendirilemeyeceği aşikar olduğuna göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K. nın 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 1.11.1995 gününde oybirliği ile karar verildi. □

Gönderen: Mehmet Handan SURLU - Yargıtay Üyesi

KAMULAŞTIRMALARDA ÖDEME NEDENİYLE YÜZDE 30'U AŞAN EK ZARARLARIN GİDERİLMESİ İSTENEMEZ

YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

1995/5-806 E.

1995/983 K.

15.11.1995 T.

ÖZET : Yasakoyucu, ülke olarak enflasyon olgusunun yoğun olarak yaşandığı ve yıllık enflasyon oranının yüzde otuzlardan yükseklerde bulunduğu tarihlerde

yürürlüğe koyduğu 3095 sayılı yasayla faizleri yüzde 30 olarak belirlemiştir. Bu nedenle anlaşmalı mevduat faizi getirisinden söz edilip yüzde 30 temerrüt faizinin aşılması doğru değildir.

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy Asliye 4. Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 9.12.1994 gün ve 1993/373 E - 1994/942 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 21.2.1995 gün ve 1995/2635-3876 sayılı ilamı ile; (... Dava kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi nedeniyle davacının faiz alacağı dışındaki munzam zararının tazmini istemine ilişkindir.

Mahkeme'ce dava kabul edilmiştir.

Kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi halinde davacının sadece faiz isteme hakkı doğacağı düşünülmeden ayrıca munzam zararın doğduğundan bahisle, davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmüştür...) gerekçeyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü.

B.K.nun 105. maddesi uyarınca borçlu kendisine hiç bir kusur isnat edilmeyeceğini isbat etmedikçe borcun geç ifasından dolayı alacaklının geçmiş günler faizini aşan zararını tazmin ile mükelleftir.

Bu nedenle öncelikle alacaklının geçmiş günler faizini aşan zararının mevcut bulunduğunun kanıtlanması gerekir.

Somut olayda ihtilafsız kamulaştırma bedelinin geç ödenmesinden dolayı yasal temerrüt faizini aşan zararın meydana geldiği öne sürülmüş ve bu zararın doğuşu enflasyon olgusu ile ödenmesi gereken paranın bankaya takyitli olarak bloke edilmiş olmasına bağlanmıştır.

Dava dilekçesinde nasıl belirlendiğine yönelik yeterli açıklama yapılmadan 19.377.162.822.- lira olarak tazminat talebinde bulunulmuştur. Mahkeme Temerrüt olgusunu kabul ederek zarar miktarının tesbiti için re'sen arayış içine girmiş, konu bilirkişi kurullarına havale edilmiştir. Bilirkişi kurulları ihtimallere göre hesap yaparak zarar miktarlarını belirlemişler, mahkeme'ce, anlaşmalı mevduat faizi esas alınarak tesbit edilen miktara itibar edilerek 5.685.202.559 lira munzam zarara yasal faizi ile hükmedilmiştir. Hüküm açıkça davacının ihtilafsız bedeli zamanında alması halinde bankaya anlaşmalı ve vadeli olarak yatıracağı varsayımına dayanmaktadır. Oysa somut olayda varsayımı dayanılarak ilgili tarafın T.M.K.nun 6. maddesindeki isbat külfetinden kurtulamayacağı aşıkardır. Mahkeme'ce hüküm altına alınan tazminat bedeli kanıtlanmış bir zararın karşılığı değildir. Anlaşmalı mevduat faizine hükmedilmesi ise gerek Borçlar Kanunu'na ve gerekse 3095 sayılı Kanun hükümlerine açıkça aykırıdır.

Kaldı ki 3095 sayılı Kanun, ülke olarak enflasyon olgusunun yoğun olarak yaşandığı ve yıllık enflasyon oranının yüzde otuzlardan yükseklerde bulunduğu tarihlerde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucu buna rağmen faiz ile ilgili iradesini % 30'luk miktar ile açıklamıştır. Bu nedenle temyize konu davada anlaşmalı mevduat faizi getirisinden söz edilip dolaylı yoldan % 30 temerrüt faizinin aşılması doğru değildir.

Hal böyle olunca davacı tarafca, geçmiş günler faizini aşan bir zararın varlığı kanıtlanmadığından Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ve davanın reddi gereğine değinen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

O halde direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 15.11.1995 gününde, oyçokluğu ile karar verildi. □

Gönderen: Mehmet H. SURLU - Yargıtay Üyesi.

RÜCU DAVALARINDA İŞVERENİN SORUMLULUĞU SINIRSIZ DEĞİLDİR

YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

1995/10-856 E.

1995/1073 K.

06.12.1995 T.

ÖZET : 506 sayılı yasanın 9. ve 10. maddelerine göre açılan rücu davalarında, 26 ncı maddenin öngördüğü sınırlamanın (tavanın) uygulanması hak ve nesafet kurallarına uygun düşer. Esasen her sorumluluğun bir yerde bitmesi gerekir. Kişilerin ölünceye kadar kendilerinin, ölümleri halinde onların hâlefi durumunda bulunan mirasçılarının aynı olay nedeniyle sonsuza dek dava tehdidi altında tutulmalarına cevaz vermek gerek usul hukukunun, gerekse maddi hukukun evrensel kurallarına aykırıdır. Bu nedenlerle, hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği tazminat (tavan) miktarını önce kusur durumu hiç gözetilmeksizin belirlemek ve belirlenen tazminat miktarını geçmemek üzere davalının olaydaki kusursuzluğu dikkate alınarak Borçlar Yasasının 43. ve 44. maddeleri uygulanarak varılacak sonuç uyarınca rücu alacağına hükmetmek gerekir.

Taraflar arasındaki "rücuan tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Altınözü Asliye Hukuk (İş) Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 2.6.1994 gün ve 1994/78-103 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin H.U.M.K.nun 381 ve 388 ncı maddelerine uygun biçimde bir tefhim yapılmadığı cihetle kararın tebliği tarihinden itibaren temyiz süresinde bulunduğu kabul suretiyle işin esas' ile ilgili olarak yapılan inceleme sonunda verilen 8.11.1994 gün ve 1994/12991-18498 sayılı ilamı ile; (...1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerekçelere göre, sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava, zararlandıncı sigorta olayına maruz kalan sigortalıya veya hak sahiplerine Kurumca yapılan sosyal sigorta harcamalarının rücuan ödettirilmesi istemine ilişkindir. Dava konusu olayda 9 ve 10. maddelerin öngördüğü koşulların oluştuğu uyumsuzluk konusu değildir. **Uyumsuzluk, 10. maddeye dayanan rücu davalarında 26. maddesinin öngördüğü "tavanın" uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır.**

Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 9 ve 10. maddeleridir. Anılan 10. maddenin üçüncü fıkrasındaki, "ancak yukarıda-

ki fıkralarda belirtilen sigorta olayları için Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile, gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede sözü geçen tarife göre hesap edilecek sermaye değerleri tutarı 26. maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın işverene ayrıca ödetilir" hükmü yer almıştır. Anılan hükümde yazılı "sorumluluk halleri" ibaresi sözlük anlamıyla sorumluluğa neden olan maddi olguları başka bir anlatımla kusur durumunu hedeflemektedir. Yoksa sorumluluğun kapsam ve tutarını içermez. Gerçekten, 10. maddenin yollamada bulunduğu 26. maddenin ilk metninde sorumluluğu tazminat tutarı bakımından sınırlayan bir hüküm yer almamış ve böyle bir sınırlama 3395 sayılı Kanunla maddeye dahil edilmiştir. O halde, Kanun yazım tekniği açısından 10. maddenin 26. maddeye sonradan getirilen tazminat tutarı sınırlamasını dışladığı düşünülemez. Öte yandan, işverenin kusurlu ve suç sayılır eyleminden dolayı sorumluluğunu düzenleyen 26. maddede 3395 sayılı Yasayla yapılan değişiklik ile işverenin ödemesi gerektiği rücu tazminatının miktarına sınır getirilmiştir. Başka bir anlatımla, kusurlu veya suç sayılır eylemi ile sigortalıya veya hak sahiplerine sosyal sigorta harcamalarının yapılmasına neden olan işverenin ödeyeceği rücu tazminatı miktarı sigortalı veya haksahiplerinin işverenden isteyebileceği tazminat miktarı ile sınırlandırılmıştır.

Hal böyle olunca ve özellikle kusursuz sorumluluğu öngören 10. maddeye dayanılarak açılan rücu davalarında da 26. maddenin öngördüğü tavanın kıyas yoluyla uygulanmasının hak ve nesafet kurallarına uygun olacağı, esasen davanın yasal dayanağını oluşturan 10. maddenin uygulamaya cevaz verdiği, engelleyici hüküm içermediği açıktır.

Mahkemeye yapılacak iş, **sigortalının veya haksahiplerinin işverenden isteyebileceği tazminat (tavan) miktarını önce kusur durumunu hiç gözetmeksizin belirlemek ve belirlenen tazminat miktarını geçmemek üzere tarafların kusurlu veya kusursuz durumları nazara alınarak Borçlar Kanununun 43, 44. maddeleri gözönünde tutularak rücu alacağına hükmetmekten ibarettir.**

Mahkemeye, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasa aykırıdır....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemeye önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'na incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davada, işkaza sonucu yaralanan sigortalının haksahiplerine bağlanan gelirin peşin değerinin tahsili için 506 sayılı Yasanın 9 ve 10. maddesine dayanılarak daha önce açılan rücu davasının kabulü sonuçlanıp kesinleştiği, bilahare kat sayının artması nedeniyle gelirlerde artış meydana geldiği öne sürülmüş bu artışın peşin değerinin 9 ve 10 uncu maddeye göre davalıdan tahsiline karar verilmesi istenmiştir.

Dava konusu olayda 9 ve 10. maddelerin öngördüğü koşulların oluştuğu hususu tartışmasızdır. Uyuşmazlık, 506 sayılı Yasanın 26. maddesinin getirdiği tavan sınırlandırılmasının 9 ve 10. maddeye göre açılan rücu davalarında da uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın 9 ve 10. maddeleridir. 9. madde aynen "işveren çalıştırdığı sigortalıları örneği Kurumca hazırlanacak bildirimlerle en geç bir ay içinde Kuruma bildirmeye mecburdur." hükmüne getirmiştir. İş verence bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde izlenecek yol ve işverenin sorumluluğunun kapsamı 10. maddede düzenlenmiştir. Anılan maddede de bildirimsiz sigortalı çalıştırılmış ve bir işkaza meydana gelmiş ise, Kurum ilgililere gerekli sigorta yardımlarını yapar ve bu yardımlar için 10 ncu maddenin son fıkrası gereğince işverene rücu eder. Zira bu fıkra "Ancak yukarıdaki fıkralarda belirtilen sigorta olayları için Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa, bu gelirin 22 nci maddede sözü geçen tarife göre hesabedilecek sermaye değerleri tutarı 26 ncı maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın işverene ayrıca ödetilir." hükmü yer almıştır. Buradaki "sorumluluk halleri" ibaresi sorumluluğa neden olan maddi olgular ve kusur durumunun tesbitini hedeflemektedir. Yoksa sorumlu tutulacak tazminat miktarını belirlemeyi amaçlamamaktadır. Çünkü işverenin 26. maddeye göre sorumluluğu kusur esasına 10. maddeye göre sorumluluğu ise kusursuzluk ilkesine dayanır. İşkazasının oluşumunda işverenin hiçbir kusuru yoksa bile sigortalıyı Kuruma bildirmemiş ise yapılan sigorta yardımlarından ötürü 10. maddeye göre sorumlu tutulur.

İşte, "26 ncı maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın" ibaresi kusursuz sorumluluğu ifade etmek için metinde yer almıştır.

Bu açıklamaların ışığında öncelikle belirlenmesi gereken husus, 9 ve 10. maddeye göre açılan rücu davalarında, işverenin sorumluluğu sınırının tazminat miktarı bakımından nereye kadar gideceği başka bir anlatımla ileriki yıllarda her katsayı artışında gelirlerde artış söz konusu olacağından işverenin hudutsuz bir biçimde bu artışlardan sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Özel Dairenin bozma kararında 26. maddede olduğu gibi 9 ve 10. maddeye dayanılarak açılacak rücu davalarında da

işverenin sorumluluğuna sınırlama (tavan) getirilmesi gerektiği görüşünün benimsendiği görülmektedir.

Gerçekten 26. maddenin birinci fıkrasında, "her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarife göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödetilir" hükmü getirilmiştir. Böyle bir sınırlama 26. maddeye ilk defa 3395 sayılı Yasa ile ve bu konudaki boşluğu dolduran Yargıtay İçtihatlarından esinlenerek dahil edilmiştir. Yasa koyucunun aynı değişikliği 10. maddede yapmamış olması, bu maddeye göre açılan davalara sınır tanımadığı anlamına gelmez. Öte yandan 10. maddenin amaca yönelik yorumlanmasından bu maddeye göre açılan davaların sınırsız şekilde süreceği sonucu çıkmamaktadır. O itibarla kusursuz sorumluluğu öngören 9 ve 10. maddeye dayanılarak açılan rücu davalarında da 26 ncı maddenin öngördüğü sınırlamanın (tavanın) kıyas yoluyla uygulanmasının hak ve nesafet kurallarına uygun düşeceği açıktır.

Esasen her sorumluluğun bir yerde bitmesi gerekir. Kişilerin ölüncüye kadar kendilerinin, ölümleri halinde onların halefi durumunda bulunan mirasçılarının aynı olay nedeniyle sonsuza dek dava tehdidi altında tutulmalarına cevaz vermek gerek Usul Hukukunun gerekse Maddi Hukukun evrensel kurallarına uygun düşmez.

10. madde ile 26. madde arasında benzerlik bulunmadığı, dolayısıyla kıyas hükümlerinin uygulanmayacağı görüşü ile, sınırlamanın, zamanaşımı veya Borçlar Kanununun 43, 44. maddelerinin uygulanması suretiyle gerçekleştirilebileceği görüşlerine de itibar etmek mümkün değildir. Zira, 26. madde ile 10. madde Kurumun rücu hakkını düzenlemiş olup ayrıldığı tek nokta sırasıyla kusurlu ve kusursuz sorumluluğa ilişkin olmalıdır. Tek bir noktada ayrılığın varlığı kıyas hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Özellikle rücu alacaklarının miktarının hesaplama şekli, izlenecek yol bakımından aralarında aynıyet vardır. 1992/3 esas sayılı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı ile her artış aynı bir olgu kabul edilerek zamanaşımının olay tarihinden değil artışın onayı tarihinden itibaren hesap edileceği kabul edildiğinden davanın zamanaşımı hükümleriyle sınırlandırılması yoluna da gidilememektedir. Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddelerinin uygulanması da uyuşmazlığı bir yerde bitirmemektedir. Bu uygulama sadece hükmedilen tazminat miktarından bir kesiminin indirilmesi sonucu doğurabilir.

Hai böyle olunca mahkemece, yapılacak iş, haksahiplerinin işverenden isteyebileceği tazminat (tavan) miktarını önce kusur durumunu hiç gözötmeksizin belirlemek ve belirlenen tazminat miktarını geçmemek

Üzere davalının olaydaki kusursuzluğu dikkate alınarak Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddeleri uygulanarak varılacak sonuç uyarınca rücu alacağına hükmetmekten ibarettir.

Bu itibarla, Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda açıklanan ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 6.12.1995 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞIOY YAZISI

Sigortalı Abdurrahman, işveren davalı Mehmet'in otobüsünde şoför olarak çalışırken, 10.3.1985 günü kullandığı otobüsün dağılan mafsallı bilyasını çekiç keski ile vurarak onarmak isterken kopan bir parçanın gözüne isabeti sonucu % 32 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmiş, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından kendisine gelir bağlanmış ve masraf yapılmış, olayda % 50 sigortalı ve % 50 oranında da kaçınılmazlık öngörülmüş ve böylece işveren davalı Mehmet'in kusuru bulunmamış ise de, sigortalı 1.9.1984 de işe girmiş ve bu tarihten başlayarak bir aylık yasal süre, içerisinde işe giriş bildirgesi verilmemiş ve olay bu süre geçtikten 4 aydan sonra yani sigortalı kaçak olarak çalıştırılırken meydana gelmiş olduğundan, 506 sayılı Kanun m:9-10'a dayanılarak, 988/171 esasta açılan rücu davasında, işverenin kusursuzluğu % 50 oranında hakkaniyet indirimi sebebi olarak kabul edilip, isteğin % 50 sine karar verilmiş ve bu karar Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 19.10.1993 tarih ve 5415/11032 sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiştir.

Arada geçen sürede işkazası gelirinde Kanun ve Karamamelerle artışlar olmuş, bağlanan gelir peşin değeri 229.993.105.- TL'ye ulaşmış, ilk dava ile bunun ancak 5.491.838.- liralık kısmı tahsil edildiğinden bakiye 224.501.267.- TL. den işverenin kusursuzluğunu ve önceki davadaki % 50 hakkaniyet indirimi oranını gözönünde tutan davacı Kurum, sadece 109.527.195.- TL. yi yani B.K. m: 43-44'e göre yapılacak hakkaniyet indirimini, önceki davada uygulanan hakkaniyet indirimi oranını kendisi benimsenerek, indirimli miktar olarak istemiş ve yerel mahkeme örnek bir şekilde bu isteği aynen kabul etmiştir.

Davalı Avukatının temyizi üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 8.11.1994 tarih ve 12291/18484 sayılı ilamıyla o güne kadarki uygulaması ve içtihadını değiştirerek, yazılı şekilde yerel mahkeme kararını bozmuş, yerel mahkeme direnmiş, davalının temyizi üzerine yüksek Hukuk Genel Kurulu dahi, özel Daire görüşünü benimseyerek, yazılı gerekçelerle direnme kararını bozmuştur.

Bu karara aşağıdaki gerekçelerle karşıyım, şöyle ki ;

A) Usul yönünden:

Özel Daire çoğunluğu, 30 yılı aşkın bir tatbikatı ve yerleşmiş içtihadı, Yargıtay Kanununun 15/b maddesindeki prosedürü işletmeden ve kendisini yasa koyucu yerine koyarak ve anılan maddeye aykırı bir şekilde değiştirmiş ve Hukuk Genel Kurulu'nun sayın çoğunluğu da, bu gerçeği gözardı ederek, İçtihadı Birleştirme mekanizmasını işletmeden, konuyu kendisi çözümlyerek, anılan maddeyle kurulan sistemin işlemlerini engellemiştir.

Bu yönetime karşıyım.

B) Esas yönünden:

Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 9-10 maddeleri olup, bu maddelerdeki koşulların oluştuğu, hatta bu konularda kesin hüküm bulunduğu ve bu davanın, Kanun ve Karamamelerle yapılan gelir artışlarına ilişkin olduğu konularında, uyumsuzluk yoktur.

Uyumsuzluk, kaçak işçi = kayıt dışı işçi çalıştıran ve primlerini ödemeyen, yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenlere ilişkin 9-10. maddelere dayanan davalarda, yasal prosedüre uygun olarak - kayıtlı işçi çalıştıran, bildirimlerini veren ve primlerini ödeyen fakat sigorta olayının meydana gelmesinde, özel maddede = (26. madde) yazılı türden kusuru bulunan işverenlere rücu edilmesi konusunu düzenleyen 26. maddedeki tavan sınırının, kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı, keza kıyasen uygulamanın zorunlu olduğu görüşünün geçerliliği için gösterilen gerekçelerin varit olup olmadığı konusundadır.

Hemen belirtilmesi gerekirken, sayın çoğunluğun kararında, her nedense, 9-10. maddelerin kaçak işçi çalıştıran, Kuruma prim ödemeyen ve kayıt dışı iş gören yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenlere rücu edilmesi konusunu düzenlediği, kuvvetle vurgulanacağı yerde, olayın bildirimsiz sigortalı çalıştırma gibi, sanki masumane bir olgudan işe giriş bildirgesi verilmemesinden kaynaklandığı şeklinde, bir takdim tarzına yer verilmiştir. Bu eksiklik, sayın çoğunluğu, sonuçta, kıyasın calz olduğu görüşüne getirmiştir. Oysa, ülke gerçekleri gözönünde tutularak, kaçak işçi çalıştıranın yaygın bir uygulaması bulunduğu, sosyal güvenlik sistemini ve ülke ekonomisini temelden sarstığı vurgulanmalıydı. Kaçak işçi çalıştırma vakası ile, 9-10. mad-

delerin, bunu önlemenin medeni cezası olduğu gerçeğinin telaffuzundan özenle kaçınılmıştır.

Burada özellikle, 9 ve 26. maddelerin hukuksal niteliklerini açıklamak gerekir. Şöyleki, 506 sayılı Kanunun m:10, işyerinde sigortalı çalıştırıldığına işveren tarafından süresinde Kuruma bildirilmemesi halinde, işverene yönelik müeyyidesini düzenlemektedir. İşveren çalıştırdığı sigortalıları, örneği Kurumca hazırlanacak bildirimlerle (işe giriş bildirgesi) en geç bir ay içinde, m:9 uyarınca, Kuruma bildirecektir. Şayet bildirmez ise, sigortalıyı kaçak çalıştırmış olacaktır. Prim ödemeksizin, yasal yükümlülüklerini yerine getirmeden çalıştırmış olacaktır. İşte kaçak çalıştırılan bu kişiler, bildirim süresi geçtikten sonra, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık risklerinden herhangi birine maruz kalırlarsa, kaçak çalıştırmalarına, Kuruma tescilli olmamalarına rağmen Kurum, kendilerine gerekli sigorta yardımlarını yapacaktır. Ancak m:10/3 uyarınca "yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile, gelir bağlanırsa, bu gelirin 22. maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödetilecektir." Oysa, iş kazası, meslek hastalığı halinde, Kurumun harcamaları m:26 ve, hastalık halinde ise m: 39, 41 uyarınca, işverene ve üçüncü kişilere, rücuhan ödetilebilmektedir. m:10/3'de ise kurumun karşıladığı risk, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık ve analık riski olmasına karşın, o maddelerden ayrı, halefiyete dayanmayan, sırf işverene ve onun bildirge vermeme eylemine yönelik, bağımsız bir rücu davası öngörülmüştür. Halefiyete dayanmamaktadır. Çünkü, işveren sigorta olayının meydana gelmesinde, kusursuzluğu nedeniyle, sigortalısına karşı sorumlu olmasa bile, bildirge vermemesi yüzünden, Kuruma karşı sorumlu olabilmektedir. İşveren sigorta olayının meydana gelmesinde, ister kusurlu, ister kusursuz olsun, bildirge vermemesi nedeniyle, Kuruma karşı sorumlu olacaktır. Yani, burada, işverenin bildirge vermeme-kaçak işçi çalıştırma eylemi, bir çeşit medeni ceza ile, kusursuz rücu tazminatı sorumluluğu ile, cezalandırılmaktadır. İşverenin bu eylemi, ayrıca 506 sayılı K.M: 140/b uyarınca, idari para cezası ile dahi müeyyidelendirilmiştir. İşverenin, m:10/3'e dayanan sorumluluğunun haleflik ilkesi ile ilgisi olmadığı 10.H.D.nin 7.2.1984 T. ve 14444/1527, 8.3.1987 T. ve 921/1096 s. 14.9.1987 T. ve 4220/4215 s. 24.3.1992 T. ve 2264/3672 s. 27.3.1990 T. ve 8961/2902 s. 30.5.1989 T. ve 2781/4811 s. 6.3.1989 T. ve 187/2054 sayılı kararlarında ve öteki bir çok kararlarında vurgulanmıştır.

Gerçekten, burada işyerinde kaçak çalıştırılan işçiye yardım yapma yükümü, kuruma, özel bir kanun maddesiyle yükletilmiştir. İşçi, sigortalı olarak tescilli olmadığı halde, sosyal bir düşünceyle S.S. Kurumu devreye sokulmuş belli risklerle karşılaşması halinde, ona, yardım etmekle mükellef kılınmıştır. İşçide icabında işveren ve işyeri de, tescilli olmadığı ve Kurumca

bilinmediği ve de işverenden hiç bir prim ve yarar sağlamadığı, halde, sırf ekonomik açıdan güçsüz olan işçi, ortada kalmasın diye, Kurum, yükümlülük altına sokulmuştur. İşveren, sigorta olayının meydana gelmesinde kusursuz da olsa, diğer bir deyimle, m: 26 uyarınca işverene rücu caiz olmasa bile m: 10'a göre rücu mümkün olacaktır. M:26'ya giren hallerde, işveren prim ödediği ve iş kazası ve meslek hastalığına karşı işçinin resmi sigortalanması işlemini sağladığı için, kusuru olmayan olaylarda, sorumluluktan kurtulmakta, m: 10'da ise, kaçak çalıştırma, sigortalattırmama eylemi nedeniyle sigorta olayının oluşmasında kusuru olmasa da, Kurumu yasal yardım yükümlülüğü ile karşı karşıya bıraktığı için, işveren, Kurumun giderlerini karşılamakla yükümlü tutulmaktadır. Böyle bir sonuç ve ilişkide, ne klasik, ne de temelinde rücu hakkı bulunan türden, yasal bir halefiyet söz konusu değildir. m: 26'da ise, Kanundan doğan ve temelinde rücu hakkını içeren bir halefiyet ilişkisi vardır ve bu nedenle, oradaki işverenin rücu sorumluluğuna, önceleri Yargıtay İçtihatlarıyla ve sonra 3395 sayılı Kanunun bu içtihatları benimsemesi ile, yasal olarak, "... sigortalı veya hak sahipleri kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere" şeklinde bir tavan sınırı uygulanmıştır. Şu halde, 26. maddede tavan sınırı uygulanması, haleflik ilkesinin gereği ve sonucudur. m: 10'a dayanan davalar ise, haleflik ilkesine dayanmayıp, kaçak işçi çalıştırmanın medeni cezasını oluşturmakla, böyle bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. O kadar ki, 3395 sayılı K.ile 26/1 madde değiştirilerek tavan sınırı konurken, 10/3 maddeye hiç dokunulmamıştır. Yasa koyucunun bu davranışı tamamen, bilinçlidir.

İmdi, m: 10/3'e dayanan tazminat davalarında sorumluluğun sınırı ve kapsamı nedir? Bunu m: 10/3 "Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile, gelir bağlanırsa bu gelirin 22. maddede sözü geçen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri tutarı, 26. maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın işverene ayrıca ödetilir" şeklinde belirlenmektedir. Demek ki, her ne masraf yapılmışsa veya gelirlerin peşin sermaye değeri ne ise, o, işverenden alınacaktır. 26. maddede ise, aynı şeylerin, yani gider ve gelirlerin peşin değerlerinin, hemen aynı sözcüklerle işverene ödetileceği yazılı olmakla beraber, "sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olarak" şeklinde bir tavan sınırı getirilmektedir. Bu sınır, 10/3 maddede yoktur. Daha önce halefiyettten hareketle, içtihaden kabul edilen bu tavan sınırını, 3395 sayılı Kanunla 26/1 maddeye ekleyen yasa koyucu, yukarıda belirtildiği gibi 10/3 maddeye hiç dokunmayarak 10. madde için böyle bir sınır söz konusu olmayacağını, özellikle ifade etmiş olmaktadır. İsteseydi, m: 10'a da, aynı sınırı koyardı.

Bugüne kadarki Yargıtay uygulaması da, istisnasız bu görüşler çevresinde şekillenmiş iken, bu davada, yasal düzenlemelerin esprisine, hukuki dayanaklarına ve açık yasa metinlerine aykırı bir tarzda, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu tarafından, 506 sayılı K.m: 10/3'e dayanan davalarda da m: 26'daki tavan sınırının kıyas yoluyla uygulanması gerekeceği kararlaştırılmıştır.

Oysa, 26. maddedeki tavan sınırı, 10. maddeye dayanan rücu davalarında kıyasen uygulanamaz. Neden uygulanamayacağının gerekçelerini sıralamadan önce, sayın çoğunluğu bu kaniya vardırıran kimi hatalı görüşleri belirlemek gerekir.

Genel Kurul kararında, 26. madde ile 10. maddenin ayrıldığı tek noktanın, birinin kusurlu ötekinin kusursuz sorumluluğa ilişkin olduğu, tek bir noktada ayrılığın kıyası engellemeyeceği ifade edilmiştir. Oysa, ayrılık, tek noktada değil, birçok noktadadır. Tek noktada ayrılıyorlar, kıyas bu sebeple caizdir demek, büyük bir hukuksal yanılgıdır. Zira, 10. madde kusursuz bir mesuliyet halini düzenliyor denbilirse, aslında, burada işverenin bildirme vermeme - (yapması gereken bir işi yapmama eylemi) vardır. Ve bu eylemi, m: 10/3 deki müeyyide ile, medeni ceza ile cezalandırmıştır. Demek ki, burada işverenin, yapmama şeklinde, menfi, kusurlu bir eylemi vardır. Ve bu eylemin cezası konmuştur. Kusursuz mesuliyet kavramı ile sigorta olayının meydana gelmesinde, kusursuz da olsa, bu müeyyidenin tatbik edileceği vurgulanmaktadır. Oysa, 26. madde de, işçisini Kuruma bildiren, primini ödeyen, yasal yükümünü yerine getiren, kısaca yasal çalışan işveren, o maddede yazılı özel kusurları işlerse, diğer bir deyişle, sigorta olayının meydana gelmesinde açıklanan türde kusuru sebkederse, bu kusurlu eylemi ile zarara uğrattığı işçisine, Kurumun yasal yükümlülüğü gereği yaptığı harcamaları, Kurum işçinin halefi olarak işverenden isteyebilmektedir. İkinci fıkrası ilede, olaya karışan 3. kişi ve kusurları varsa onları çalıştıranlarada rücu edebilmektedir.

Bu önemli farktan başka 2'nci fark, 10. maddedeki dava açıklandığı gibi, medeni ceza olup, haleflik ilkesine dayanmazken, 26. madde suikeneris Kanuni haleflik ilkesine dayanmaktadır. Ve 26. maddeye tavan sınırı, haleflik ilkesi nedeniyle konulmuştur. Bu yön, 1.7.1994 T. ve 3/3 sayılı içtihadı birleştirme kararında da vurgulanmıştır. Zira haleflik söz konusu olmadıkça, tavan sınırı konamaz. 10. maddeye tavan sınırı konmamış olmasının, en önemli sebebi de budur.

Üçüncü fark, 10. maddenin hem işkazası ve meslek hastalığı, hem hastalık, hem analık sigortalarını kapsamına karşın, 26. maddenin sadece işkazası ve meslek hastalığı sigortası koluna münhasır bulunmasıdır.

Dördüncü fark, amaç bakımındandır. 10. madde, sigortalının tescilini sağlamayı, kayıt dışı-kaçak işçi çalıştırılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Bu amaç, primli sistemle çalışan bir sosyal güvenlik sisteminde, yaşamsal bir önem taşımaktadır. Yaptırımlarında bu amaca paralel olması doğaldır.

26. maddede ise, böyle bir amaç yoktur. Orada işveren sigortalılarının bildireceğini Kuruma vermiş, yasal yükümlülüklerini yerine getirmiş, primlerini ödemiştir. Orada, sadece işverenin işçi sağlığı ve işgüvenliği önlemlerine uyması, uymaz ise kusuru oranında rücu tazminatı ödeyeceği öngörülmüştür. Fakat orada Kurum, sigortalının halefi olarak bu rücu davasını açtığından, sigortalının-işçinin işverenden isteyebileceği tazminat miktarı-kadar, sınırlı bir tazminat yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmiştir.

Görülüyor ki, bu 2 madde arasında 1 noktada değil 4 'ayrı noktada farklılık mevcut olup, bunlar nitelikce de ayrı müesseseleri oluşturmaktadırlar.

Sayın çoğunluğun, 10. maddedeki "sorumluluk halleri aranmaksızın" ibaresinin, 10. maddedeki sorumluluğun, kusursuz sorumluluk olduğu anlamına geldiği, tazminatın miktar ve tavanı ile ilgili olmadığı biçimindeki yorumu da, hatalıdır ve yanlıştır.

Bu sözcüklerin, 26. maddedeki kusur halleri aranmaksızın, onlar olmasada 10. maddeye göre sorumluluk gerçekleşir anlamına geldiği kuşkusuzdur. Fakat, sadece bu anlamla sınırlı değildir. Kimileri, tavan sınırı 3395 sayılı Kanunla 26. maddeye konulduğu ve 10. madde 506 sayılı Kanunun kabul tarihi olan 17.7.1964'den beri aynen mevcut olduğu için, "sorumluluk halleri" sözcüklerinin sonradan yürürlüğe giren bir kanunla getirilen tavan sınırını içermeyeceğini savunmaktadırlar. Çoğunluk kararında da ifade edildiği ve 26. madde değişiklik gerekçesinde yazıldığı gibi, 3395 sayılı Kanun, 26. maddedeki işverenlerin rücu tazminatı sorumluluğuna, tavan sınırını getirirken, Yargıtay'ın 3395 sayılı Kanundan önce mevcut olan müstekar içtihadını, Kanun metnine ithal etmiştir. Diyelim ki, bu içtihad "rücu tazminatını sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı" tutuyordu ve 506 sayılı Kanunun kabulünden çok önceki tarihlere kadar uzanan bir geçmişi vardı. O halde, yasa koyucu, bu tavan sınırının 26. madde bakımından, uygulamada mevcut olduğunu, aksine 10. madde bakımından da böyle bir sınırlamanın mevcut olmadığını biliyordu. Ve düzenlemesini buna göre yapmıştır. Bu bakımdan 10/3 maddede "... 26. maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın işverene ayrıca ödetilir..." demiş idi.

"Sorumluluk halleri" tabiri kapsamlı bir sözcüktür. Sadece kusur aranıp aranmayacağına matuf değildir. Bir sorumluluğun, özel bir maddede sınırlı

bir sorumluluk olarak düzenlenmesi halinde, bu sorumluluk sınırı dahi, sorumluluk halleri kapsamı içinde düşünülür. Sorumlu kişi, nasıl sorumlu olacak? ne kadar sorumlu olacak? Esasen sorumlulukta önemli olan, sorumluluğun kapsamıdır. 26. madde sorumluluğun kapsamını, kusurlu ve sınırlı bir sorumluluk olarak belirlemiş iken ve 10. maddede ise, bu maddeye göre sorumlulukta "26. maddedeki sorumluluk halleri aranmaz" denilmiş iken, bu son değişikimin kusuru kapsayıp, sorumluluk sınırını kapsamadığını savunmak tam bir çelişki ve yanlışlıı oluşturunur.

Sayın çoğunluğun bu kararındaki diğer bir yanlışlıı ve çelişki, rücu alacağının miktar ve hesap şeklinin, gerek 10 ve gerek 26. maddeye dayanan rücu davalarında aynı olduğunun, ileri sürülmesidir. Rücu davalarında tazminatın belirlenmesinde kullanılan 2 çeşit tavan mevcuttur. Bunlardan birisi, iç tavan, yeni Kurumun sigortalıya yada haksahiplerine yaptığı masraflar ve gelir bağlanmış ise peşin sermaye değerleri toplamıdır. Bu konuda her iki maddede bir fark olmadığı doğrudur. Esasen olamazda; Çünkü Kurum ne harcamışsa onu isteyebilecektir. Bu, her iki rücu davasında aynıdır. Fakat, dış tavan, yani "sigortalı veya haksahibi kimselelerin işverenden isteyebilecekleri miktarı" belirleyen tavan, 26. maddede mevcuttur. 10. maddede mevcut değildir. Bunun gerekçeleri yukarıda açıklanmıştır. Bu dış tavanın hesaplanma biçimi ise, iç tavanınkinden tamamen farklıdır. Hal böyle iken, her iki davada tazminatın hesap şekli aynıdır, demek büyük bir yanlışlııdır. Kaldıkı 26. maddede dış tavan, saptanan kusur oranına göre belirlenecektir. Bunun 10. maddeye aynen uygulanamayacağını farkedén özel Daire ve Genel Kurul çoğunluğu, kararlarında, tavan hesabının kusur nazara alınmaksızın ve bu yönden kusur indirimi yapılmaksızın gerçekleştirilmesini öngörmek zorunda kalmışlardır. Buna rağmen, gerek 10 ve gerek 26. maddede rücu alacağının hesap şeklinin aynı olduğunu yazmaları, tam bir çelişkidir.

Sayın çoğunluğun kararındaki diğer bir yanlışlıı, "992/3 Esas sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararıyla, her artışın ayrı bir olgu sayılıp zamanaşımı olay tarihinden değil, artışın onay tarihinden itibaren hesap edileceğinden, davanın zamanaşımı, hükümleri ile sınırlandırılması" oyluna gidilemeyeceği" şeklindeki sözlerdir. Bu talihsiz sözler tam bir yanlışlııyı içermektedir. Gerek Resmi Gazetede, gerek Yargıtay Kararlar Dergisinde yayımlanan bu İçtihadı Birleştirme Kararının, 10. maddedeki rücu davasıyla hiç bir ilişkisi bulunmadığı gibi, bu kararda 506 s.K. 10. maddesine ilişkin hiç bir sözcük ve mütealeaya yer verilmemiştir. Bunun aksini söylemek mümkün olmadığı halde, 26/1. maddeye ilişkin bulunan bu İçtihadı birleştirme kararından bahsedilerek, 10. maddeye dayanan rücu davalarının zamanaşımıyla sınırlandıramayacağı sonucunun nasıl çıkarıldığını anlamak mümkün değildir. Olsa olsa, 10 ve 26. maddedeki rücu davalarının birbirine benzediği

yoilu saplantının etkisiyle, bu sözcükler kullanılmış olabilir ki, gerçeğe ve sosyal güvenlik hukukunun verilerine tümüyle aykırıdır.

Bir defa, 26/1. maddeye dayanan rücu davalarının tabi olduğu zamanaşımı süresi, başlangıcı ve revalovize edilen gelirlerin peşin değerinin dava konusu yapılabileceği, o tevhide içtihad kararında çözümlenmiştir. 505 S.K. 10. maddesi haleflik ilkesine dayanmadığı için, burada akti zamanaşımı uygulanmayıp, bildirge vermeme, kaçak işçi çalıştırma haksız eylemi nedeniyle, zarar meydana geldiğinden dolayı, B.K. m: 60 daki haksız eylem zamanaşımı tatbik edilir. Ve bilindiği gibi bu zamanaşımı zarar görenin; yani burada Kurumun, zarara ve faile itilası tarihinden itibaren bir sene ve her halde olayın vukuundan itibaren 10 seneden ibarettir. Hal böyle iken 1994 T. ve 3 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında sözü edilen kuralların ve akti zamanaşımı hükümlerinin buradada uygulanacağından söz edilmesi ve zamanaşımı kurallarının dahi 10. maddeye dayanan rücu tazminatını kanıtlamaya sonucuna varılması, fiili ve bilimsel gerçeklere uymayan bir yanlışlııdır. Bu davaların zamanaşımı süreleri de, tabi oldukları zamanaşımının cinside ve başlangıç tarihinde farklı olup, bu yön, 506 sayılı Kanunun 10 ve 26. maddelerine dayanan rücu davalarının diğer bir ayrılığını kanıtlamaktadır.

Genel Kurul kararındaki diğer bir yanlışlıı, B.K. m: 43-44'ün madde 10'a dayanan rücu tazminatlarında yetersiz kaldığının belirtilmiş olmasıdır. Sayın çoğunluğun kararının sonunda dahi B.K. m: 43-44'ün uygulanması ve sonuca böyle varılması istenilmekte olduğu halde, bir yandan da bu maddelerin yetersizliğini savunmak çelişkidir.

Aslında, burada sorun şudur:

M: 10'a dayanan rücu davalarında, koşullar oluşmakla beraber, sigorta olayının meydana gelmesinde, işverenin hiç kusuru yoksa veya belli bir oranda ise, buna karşın sigortalı, 3. kişiler kusurlu iseler veya kaçınılmaz etkenlerin olayda, payı varsa, bunlar, tazminatın şumulünün tayininde hiç etkili olmayacak mıdır? Dairemizin, giderek Yargıtay'ın uygulamasında, bu haller, genel hüküm niteliğinde olup, bu davalarda da uygulanması gereken, Borçlar Kanununun madde 43 ve 44 çevresinde, tazminatta bir indirim nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu konuda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Ne var ki, ekonomide enflasyonist baskıların etkili olduğu dönemlerde, 10. madde çevresinde, Kurumca karşılanan riskler nedeniyle, özellikle sigortalılara gelir bağlanan hallerde, bu gelirlerde, zaman zaman, Kanun ve Karamelerle ayarlamalar ve artışlar yapılmaktadır. Bu işlemler, büyük oranda enflasyonun gelirden meydana getirdiği erimeyi gidermek, kısmen de gelir seviyesini iyileştirmek amacıyla yapılmaktadır. İşte bu gelir artışları, m: 10/3 çevresinde, işverenden ayrıca istenmektedir. 10. H. Dairesi, giderek

Yargıtay uygulamasında, bu artışların zamanasını sınırları içerisinde istenebileceği kabul edilmektedir. Bu işler, artış gerçekleştikçe devam ettiğinden, sınır arama eğilimi, bu olgulardan doğmuştur. Gerçekten, sonradan yapılan artışlar için, zamanasını sınırları içinde, dava açılabilir. Fakat, bu davalar, büyük çapta, devletin ekonomide istikrarı sağlayamaması ve enflasyonu ortadan kaldıramaması, yada hiç değilse, gelir ve ücretleri eritemeyecek bir orana indirmemesi yüzünden açıldığı için, bu risklerin yükünü, tümüyle bildirge vermeyen, kaçak işçi çalıştıran işverene çekirmek, adalet ve nesafete ters düşmektedir. İşveren, bildirge vermemek, kaçak işçi çalıştırmakla, işbu medeni cezayı hak etmekle beraber, enflasyonun oluşması sürmesinde bir kusuru olmadığından, artışlara ilişkin rücu davalarında, tazminatın Borçlar Kanununun m: 43, 44 çevresinde, aynı bir indirime tabi tutulması gerekir. Nasıl ki sigorta olayının meydana gelmesinde işverenin kusuru olmadığı, buna karşın, sigortalı ve 3. kişinin kusurlu bulunduğu veya olay kaçınılmaz olduğu zaman, Borçlar Kanununun m: 43 ve 44'e göre, %50'den az olmamak üzere, tazminatta bir hakkaniyet indirimi yapılıyorsa, işverenin kusuru olmayan, buna karşın devletin kusurundan oluşan enflasyon olgusu nedeniyle yapılan gelir artışlarının rücu tahsiline ilişkin davalarda da, yeniden bir hakkaniyet indiriminin, aynı maddeler uyarınca ayrıca uygulanması, adalet ve nesafete uygun olur. Diyelim ki, önceki davada, sigortalının karşılıklı kusuru ve işverenin kusursuzluğu nedeniyle, işveren, gelirlerin % 40'ı oranında rücu tazminatıyla sorumlu tutulsa, artış davasında yukarıda açıklanan nedenlerle, % 20 oranında bir hakkaniyet indirimide gözönünde tutularak gelir artışlarının % 80'i indirilip, % 20'si ile sorumlu tutulabilir. Sonradan açılacak davalarda, bu indirim adalet ve nesafetin gerektirdiği bir miktar olarak belirlenebilir ve icabında tazminattan sarfınazarda edilebilir. Diğer bir deyimle, artışlardaki enflasyon payının, önceki davada uygulanan hakkaniyet indirimi oranını artırıcı bir etken olarak kabulü, icabeder.

Bu işlem, 506 sayılı K. m: 10/3'deki özel hükme, Borçlar Kanununun m: 43, 44'deki genel kurallarının uygulanması suretiyle gerçekleştirmiş olur ve tamamen yasaya uygun bir nitelik taşır.

Bu imkan ve yol ve yasal cevaz varken, nitelikçe, kıyası caiz olmayan, başka yasal rücu sistemlerine, Kurumlarına ait, yöntem ve müesseseleri, tüm Yargıtay uygulamasına ters düşecek biçimde, m: 10/3'e dayanan artış davalarında, kıyasen uygulamaya kalkışmak, Kanuna aykırı ve hukuk düzenini altüst eden, dava ekonomisi ilkesine de uymayan bir davranıştır.

Çoğunluğun kabulünün aksine, B.K. m: 43-44 hakime, hükmü adalet ve nesafete uygun hale getirmek için hukuksal müesseseleri zorlamadan, sarsmadan, altüst etmeden, geniş bir insiyatf tarımaktadır. Bu mukayeseli hukukta da böyle kabul edildiği halde, anılan genel nitelikli hükümlerin, ye-

tersizliğini savunmak, bilimsel verilere aykırıdır ve müesseseleri zorlayarak, sarsarak, altüst ederek kıyasa gitmeyi asla gerektirmez. Hakim, Borçlar Kanununun m: 43-44 gereğince işin özelliğini -kaçak işçi çalıştırmanın ve hametini- yasa koyucunun amacını ve o maddelerde yazılı öteki hususları denkleştirerek, sorumluluğu, adalet ve nesafete uygun bir yerde noktalayabilir. Rücu tazminatından sarfınazar bile edebilir. Onun için bu maddeler, hiç bir zaman yetersiz sayılamaz. Bunlar yetersiz, kıyasa gidelim denilemez. Hak ve nesafet kıyası gerektiriyor, usul hukukunun ve maddi hukukun evrensel kuralları, bunu gerektiriyor denilemez. Böyle bir evrensel kural yoktur. Esasen burada kıyas mümkün değildir. Kıyas müessesesine ilişkin hukukun genel ilkeleri, böyle bir kıyası yasaklamaktadır. Şöyleki; Burada öncelikle kıyasın ilkelerinden söz etmek zorunludur.

Hukukta kıyasın hangi koşullarda yapılabileceği ve kıyasın ilkeleri, şöyle özetlenebilir. (Bakınız,

- Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bern 1966, Art, 26B, Nr. 346-348

- Prof. Dr. Zahir Imre, Medeni Hukuka giriş, Shf: 199-211, İst. 1986

- Karl Larenz, Allgemeiner Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts 6 Auflage, München, 1983 S.77,

- Reinhold Zippelius, juristische Methodenlehre, 4 Auflage, München 1985, shf: 60 dvm.

- Jürgen Baumann, Einführung Die Rechtsnissenschaft, 7 Auflage, München 1984, shf: 110-112.

- Prof. E. Hirsch, Wolf Cernis çevirisi, Ankara 1978 sf: 106-107

- Prof. Dr. H. V. Velidedeoğlu, T.M.H. Umumi Esasları, İst. 1951, shf: 31,

- Prof. Dr. Y. Karayalçın, Hukukta Metod, 1994 Shf: 103 ve dvm.

- Dr. Egger, İsviçre Medeni Kanunu genel Giriş, Wolf Cernis Çevirisi Shf. 73 ve dvm.)

1. Belli münasebeti düzenleyen kanun hükmünün, başka konularda dahi uygulanacağını, Kanun metni açıkça düzenler. Böyle hallerde o hüküm, tartışmasız biçimde öteki münasebete uygulanır.

Bizim olayımızda 26'ncı maddenin 10'uncu maddeye dayanan davalarda uygulanacağı konusunda açık bir cevaz bulunmadığı tartışılmaya-
cağından, böyle bir açık kıyasın, söz konusu olmadığı meydandadır. Aksine "... 26'ncı maddedeki sorumluluk halleri aranmaksızın..." şeklinde ifade edilmiş bir kıyas yasağı vardır.

2. Açık bir kıyasın uygulama buyruğu-cevazını öngören bir hüküm yok ise, kıyas ancak aşağıdaki koşullar oluştuğunda uygulanabilir:

a) Kanunda boşluk bulunmalıdır. Davanın yasal dayanağını oluşturan yasa, ilgili tarafların hak ve borçlarını düzenlerken, bir eksiklik, boşluk bırakmalıdır. Diğer bir deyişle hukuki bir sorunu düzenleme dışı bırakmalıdır. Mevcut kuralların yorumuyla, düzenleme boşluğu bulunup bulunmadığı öncelikle saptanmalıdır. Düzenleme boşluğu yoksa, kıyas yapılamaz. Düzenleme boşluğu bulunup bulunmadığı, yorum yoluyla belirlenmeye çalışılırken, Kanundaki temel düşünceler, amaçlar gözönünde tutulur.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 10'ncu maddede "... Kuruma yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22'nci maddede sözü geçen tarife göre hesabedilecek sermaye değerleri tutarı, 26'ncı maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın işverene ayrıca ödetilir..." denilmiştir. 26'nci maddedeki gibi "... sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." denilmemiştir. O halde, kıyasın uygulanması istenilen maddede sınırlı, 10'ncu maddede ise böyle bir sınır aranmaksızın sorumluluk öngörülmüştür. 10'uncu maddede sorumluluğun miktarı açıkça belirtilmiştir. Hiç bir Kanun boşluğu yoktur. Kanunun metni ve amacı açıktır. Sorumluluk miktarı açısından bir düzenleme boşluğu bulunduğundan söz edilemez. O halde, kıyasın vazgeçilmez unsuru olan "Kanun boşluğu bulunması" unsuru, davanın yasal dayanağını oluşturan 10'uncu maddede mevcut değildir.

b) Vakıalar ve bunlara uygulanacak hukuksal müesseseler arasında "benzerlik" bulunmalıdır. Benzerlik olmayan hallerde kıyas uygulanamaz.

Olayımızda, yeni 506 sayılı Kanun m: 10'a dayanan olayda, sorumluluk nedeni, kaçak-kayıt dışı işçi çalıştırılması, işyerinde çalıştırılmaya başlayan işçinin 1 aylık yasal süre içerisinde S.S. Kurumuna bildirilmemesi ve işçinin tescil dışı kalmasına yol açmasıdır. İşçinin işkazası ve meslek hastalığına maruz kalması ikincil bir nedendir.

Oysa 506 sayılı Kanun m: 26'ya dayanan davalarda, işçi yasal süresinde Kuruma bildirilmiş, tescilli sağlanmış primleri ödenmiştir. İşveren bu konulardaki yasal yükümlülüklerini yerine getirmiştir. Ancak işverenin, başka konularda, yani işgüvenliği ve işçi sağlığına ilişkin konularda kusuru vardır. Bu nedenle sorumlu tutulmaktadır.

Bu iki rücu müessesesinin benzer olmadıkları ve ayrıldıkları noktalar, yukarıda çoğunluğun kararının benzerlik konusundaki gerekçeleri değerlendirirken etraflıca açıklanmıştır.

O halde, gerek olaylar, gerekse 10 ve 26'nci maddeler arasında benzerlik yoktur. Aksine orada açıklanan ayrılıklar vardır. Böylece benzerlik koşulu da oluşmadığından kıyas caiz değildir.

c) Kıyas edilen ve kıyasın uygulanan hükümler arasında bir amaç birliği, amaçsal eşdeğerlilik bulunması lazımdır. Böyle bir amaçsal birlik ve eşdeğerlilik var ise kıyas yapılabilir. Yok ise kıyas yapılamaz.

Bizim problemimizde, kıyasın uygulanan 26'nci madde ile, kıyas edilen 10'ncu madde arasında hiçbir amaç birliği ve amaçsal eşdeğerlilik yoktur. 10. maddede yasa koyucu tescilli, primli bir sigorta sistemi sağlamak, bunun içinde kayıt dışı -kaçak işçi çalıştırılmasını önlemek, işverenlerin prim ödeme yükümlülüklerinden sıyrılmalarını engellemek istemiştir. Bu konu sigorta sisteminin aktüeryal dengesi ve ülke ekonomisi ve sosyal güvenlik sisteminin işlerliği açısından fevkalade önemli olduğu için, bu amaçlara aykırı girişimlerin 10. maddede, cezai açıdan 140. maddede, özel bir biçimde, hukuki ve cezai müeyyideye bağlanmıştır. Bu yaptırımların kuvvetini, yasa koyucunun amacına aykırı biçimde kıyas yoluyla zayıflatmaya hakimnin yetkisi yoktur. Bu yasa koyucunun işidir. Hakimnin bu amaçları ortadan kaldıracak kıyas uygulaması, bir çeşit fonksiyon gasbidir. 26'nci maddenin amacı ise, tamamen farklıdır. Orada işçi Kuruma bildirilmiştir. Tescilli sağlanmıştır. Primleri ödenmiştir. Orada işverenin rücu tazminatıyla müeyyidelendirilmesinin amacı işverenin işgüvenliği, işçi sağlığı önlemlerini almaya özen göstermesini ve suç sayılır eylemlerden kaçınmasını sağlamaktır.

Görülüyor ki, 2 madde arasında, hiç bir amaç birliği ve amaçsal eşdeğerlilik yoktur.

O halde, bu unsurda gerçekleşmediğinden burada kıyas caiz değildir.

d) Kıyasta eşit değerliye eşit davranılmalıdır.

Eş değer 2 Kanunun birinde mevcut olan kuralların uygulanması, öteki konudaki kural yokluğunun yarattığı eşitsizliği giderebilmelidir. Çoğunluk kararında bu ilkeye de uyulmamış, kaçak işçi çalıştıran işveren ile, yasal şekilde ve yükümlülüklerini yerine getirerek işçi çalıştıran işveren, aynı kefeye konulmuştur. Böylece eşitliğe tamamen aykırı, sosyal güvenlik sisteminin özelliklerini, finansman ve aktüeryal dengesini ve ülke ekonomisini dikkate almayan bir sonuca ulaşılmıştır. Adeta, kaçak-kayıt dışı işçi çalıştırılması, teşvik olunmuştur.

e) Kıyasta en önemli ilkelerden biriside, kıyasın hukuki güvensizlik yaratmaması, ilgili tarafların çıkarlarının tartılıp değerlendirilmesi, yaşam gerçeklerine, sosyolojik ve ahlaki ölçülere uygun olması zorunludur. Sayın çoğunluğun kararında bu ilkelerde nazara alınmamıştır.

Gerçekten, yasal işçi çalıştıranla, kaçak işçi çalıştıran, kıyas sonucu aynı kurallara tabi tutulursa-hele hele yukarıdan beri açıklanan fiili ve hukuki açıklamalara rağmen- sayın çoğunluğun yaptığı bu kıyasla, hukuki güven yarattığını, menfaatler dengesini iyi değerlendirdiğini, yaşam gerçekleri ile sos-

yolojik ve ahlaki ölçülerini gözetmediğini söylemek olanaksızdır. Zira, bir ülke ekonomisi ve sosyal güvenlik sistemi için, en kabul edilemeyecek vakıa olan kaçak işçi çalıştırma olgusuna, müeyyidesini her ne sebeple olursa olsun kıyas yoluyla törpüleyerek prim vermek, anılan değer yargısını dikkate almama manasına gelir. Karar bu nedenle de hatalıdır.

f) Kıyasta hakim yetki gasbından sakınmalı özellikle yasa koyucunun görev alanına müdahale etmemelidir.

Gerçekten, Yasama organının amacı, tercihi ve değerlendirmesi kaçak işçi çalıştırmayı engellemek ve müessir bir şekilde hukuki ve cezai yaptırıma tabi tutmak yönünde olup, bu amaçla 10'uncu maddedeki kuralları tercih etmiş ve koymuş iken, hakim, bunları akamete uğratabacak biçimde, yasama organının açık ve kesin tercihi yerine, 26'ncı maddeyi kıyas yoluyla 10'uncu maddeden kaynaklanan davalarda da uygulamak şeklinde tavır ve tercih koyması, bir çeşit fonksiyon gasbidir. Böyle konularda hakim kanun koyucununkinden farklı bir hüküm veremez.

O halde, 506 sayılı Kanun m: 26'nın aynı Kanunun 10'uncu maddesinden kaynaklanan rücu davalarında kıyasan uygulanabileceğini öngören sayın çoğunluğun kararı, kıyas ilkelerine de tümüyle aykırı bulunmaktadır.

g) Öte yandan, bir dönemde, yani 1803 sayılı Af Kanununun yürürlüğü döneminde, Af Kanununun 9/A maddesinde "... 506 sayılı Kanunun, 10'uncu maddesinin son fıkrasındaki ödeme, 26'ncı maddedeki sorumluluk hallerinin tahakkuk etmesine bağlıdır..." denilerek 26'nci maddenin, 10'uncu maddeye dayanan davalarda da uygulanacağı kabul edilmişti. Bu uygulama, zaman içerisinde hükmünü icra ederek ortadan kalktı ve uygulamada bu hükmün 10'uncu maddeyi değiştirmediği ve 1808 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan olaylarda, 10'uncu maddenin uygulanacağı içtihaden kabul edilmişti. 1803 sayılı Kanunun 9/A maddesi açık bir kıyas hükmüydü. Hükmünü icra edip ortadan kalktı. Sonradan, 506 S.K. değiştiren bütün yasalarda, bu yolda bir yeni hüküm konulmadı ve 10'uncu madde değiştirilmedi.

Sayın çoğunluk, bu tarihi değişimide dikkate almamıştır. 1803 sayılı K. madde 9/A'nın ortadan kalkmasıyla açık kıyas olanağının ortadan kalktığını ve sonradan da kıyasa olanak veren hiç bir yasa çıkarılmadığını da, gözardı etmiştir.

Çoğunluk kararındaki diğer bir hatada şudur:

Kurum, bu sigorta olayı nedeniyle 229.933.105.- TL. peşin sermayeli gelir bağlamış, ilk davada bunun 5 milyon lirasını alabilmiş, işbu 2'nci davada ilk davadaki kusur durumları ve hakkaniyet indirimini gözönünde tutarak sadece 109.527.195.- TL. istemiştir. Sayın çoğunluk, bozma kararında B.K. m: 43-44 ile hakkaniyet indirimi yapılmasını önermiştir.

Oysa, davacının harcamalarına kusur ve hakkaniyet indirimini bizzat uygulayarak bunu dilekçesinde açıklayarak talepte bulunduğu halde mükerrer hakkaniyet indirimi yapılamaz. Bu yön gerek Özel Daire, gerekse H.G.K. çoğunluğunca gözden kaçırılmıştır. Hakime hakkaniyet indirimi yap demek, mükerrer indirim ve noksan tazminat tahsiline neden olur.

Kaldı ki, çoğunluk kararında, "10'ncu maddenin tavan sınırlandırması uygulanmasına cevaz verdiği ve engelleyici bir hüküm içermediğinin" ileri sürülmesi aynı bir yanılgıdır. Bir kusursuz sorumluluk halinin, tavanla sınırlandırılması için, yasal cevaz hükmünün bulunması gerekir. İke olarak, kabul edilen bir sorumluluk halinin, sınırlandırılması, açık kanun hükümleriyle öngörülmemiştir. Böyle bir sınır, diğer bir deyişle, yasal cevaz hükmü olmadıkça, genel hüküm yok diye, mahiyeti başka bir sorumluluk düzenine özgü sınırlamalar, kusursuz sorumlulukta, kıyasan uygulanamaz.

Bundan başka, çoğunluk kararında "... tavanın kıyas yoluyla uygulanmasının hak ve nesafet kurallarına uygun düşeceği sorumluluğunun bir yerde bitmesi gerektiği sonsuza dek dava tehdidi..." gibi genel gerekçelerin, özellikle bu davada hiç yeri bulunmamaktadır.

Kaçak çalıştırdığı işçisine, 229.993.105.- TL. harcayan Kurum daha henüz bu meblağın 5 milyon lirasını alabilmiş ve bakiye 109.527.195.- TL.sini dava etmişken bu gibi icapsız ve genel gerekçelerle, yazılı şekilde karar verilmesinde hak ve nesafete uygun bir yön bulunmadığı da ortadadır.

Açıklanan nedenlerle, yerel mahkemenin tamamen usul ve kanuna uygun olan kararının onanması gerekirken yazılı gerekçelerle bozulmuş olmasına karşıyım. □

Teoman OZANOĞLU
10. Hukuk Dairesi Başkanı

Gönderen : Mehmet H. SURLU - Yargıtay Üyesi

AKDİ FAİZE DAVA TARİHİNDEN FAİZ UYGULANIR

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
1995/11-891 E.
1995/1113 K.
13.12.1995 T.

ÖZET : Sözleşme faizine gecikme faizi yürütülmesi Borçlar Yasasının 104. maddesi hükmü gereğidir. Bu gibi durumlarda dava tarihinden itibaren faize hük-
m olunması gerekir.

Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin Asliye Ticaret Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 1.12.1993 gün ve E.1991/199, K.1993/634 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 13.6.1994 gün ve E. 1994/1342, K.1994/5049 sayılı ilamıyla: (...Davacı vekili, müvekkilinin 26.9.1988 tarihinde, davalı banka nezdindeki döviz tevdiat hesabından 36.805.37 ABD Dolarının Libya'ya transferini istemiş, ancak davalının müvekkili hesabından bu parayı düşmekle beraber zamanında transfer yapmadığı gibi, 3.4.1990 tarihinde transferin istenilen parayı aynen iade ettiğinden bu süre içinde parayı kullanmadığını, **26.9.1988 tarihinden 3.4.1990 tarihinde transferin istenilen parayı aynen iade ettiğinden, bu süre içinde parayı kullanmadığını, 26.9.1988 tarihinden 3.4.1990 tarihine kadar tahakkuk ettirilmesi gereken 2760 ABD Doları faiz karşılığı 10.910.280 TL'nin davalıdan 3.4.1990 tarihinden itibaren banka reeskont faizi ile tahsilini talep ve dava etmiştir.**

Davalı vekili, havale talimatı üzerine, Bankası Mersin Şubesi-nin muhabir bankasına havale mesajını verdiğini, muhabir bankanın havale talimatı bulunmadığını bildirdiğini, gecikmenin muhabir bankadan kaynaklanıp, kendilerine düşen dikkat ve özeni gösterdiklerinden ve davacının parayı alırken hakkını saklı tutmadığından davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere dosya kapsamına ve bilirkişi raporuna göre, anapara ödenirken faiz talep hakkı saklı tutulmasa dahi bunun istenebileceği davalının muhabir bankanın eyleminden sorumlu olduğu, 2760 ABD Doları karşılığı 10.754.781 lira olup, BK.nun 104/3. maddesine göre istemin ana paranın faizi olduğundan faize faiz yürütülmeyeceği gerekçesiyle, taleple bağlı kalarak 10.754.781 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istek ve faiz isteminin reddine karar verilmiştir.

1. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. Davacı vekilinin temyizine gelince, davacı davalı bankadaki döviz tevdiatı hesabından davalı banka tarafından çekilen ancak talimat uyarınca mu-

habir bankaya ulaştırılmayan 36.805.37 ABD Dolarının iki seneye yakın bir süre sonra aynı hesaba iade edilmesi nedeniyle o dönem boyunca bu hesaba işletilmesi gereken sözleşme faizini talep ve dava etmiş bulunmaktadır. Bilirkişilerce de hesaplama bu ilkeye göre yapılmıştır. Bu durum karşısında davacının talep ettiği sözleşme faizine temerrüt faizi yürütülmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak yazılı şekilde bu kaleme ilişkin istemin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'na incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildikleri anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk faiz istemine ilişkindir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan nedenlere göre:

1. Davalının hükme yönelttiği temyiz itirazları dairece reddedilmiş olmakla hakkındaki hüküm kesinleşmiştir. Hakkındaki hüküm kesinleşmiş olan da direnme kararını temyiz hakkı bulunmadığından davalının temyiz isteği bu nedenle reddedilmelidir.

2. Davacı vekilinin temyizine gelince:

Borçlar Kanunu'nun 104. maddesinde: "Faiz veya mütedahil iratların yahut bağışladığı bir miktar paranın tediyeinden temerrüt eden borçlu bunlar için geçmiş günler faizini ancak icraya veya mahkemeye müracaat gününden itibaren tediyeye mecburdur." hükmüne yer verilmiştir.

Somut olayda da istek temerrüt faizi değil, akdî faize ilişkindir. Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun yukarıda açıklanan 104. maddesi gereğince dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi icap edeceği aşıkardır. Bu yön düşünülmeksizin faiz isteğinin reddedilmesi doğru değildir.

O halde usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ:

1. Davalı vekilinin temyiz isteğinin reddine.

2. Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harçlarının geri verilmesine, 13.12.1995 gününde oybirliği ile karar verildi. □

Gönderen: Mehmet Handan SURLU - Yargıtay Üyesi

ALACAKLININ ADRESİ BULUNMAYAN TAKİP TALEPLERİNDE BU NOKSANLIĞIN İCRACA TAMAMLATTIRILMASI GEREKİR

YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

1995/12-962 E.

1995/1146 K.

20.12.1995 T.

ÖZET : Yasa, takip talebi ve ödeme emrinde, alacaklının adresinin bulunmasını öngördüğünden, vekille yürütülen işlerde dahi bu eksikliğin icraca verilecek uygun bir süre içinde tamamlattırılması gerekir. İcra Tetkik Mercii'nce takibin bu nedenle iptali yerinde değildir.

Taraflar arasındaki "takibin iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 7. İcra Hakimliği'nce davanın kabulüne dair verilen 11.10.1994 gün ve 784-630 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 19.1.1995 gün ve 1994/16709 1995/272 sayılı ilamıyla; (... Takip alacaklı adına vekili tarafından yapılmıştır. Gerek takip talebinde gerekse ödeme emrinde vekilin adresi belirtilmiştir. HUMK.nun 62-68, Avukatlık Kanunu'nun 41 ve Tebligat Kanununun 11. maddesi uyarınca tüm tebligatların vekile yapılması gerekeceğinden alacaklının adresinin gösterilmemiş olması takibin iptalini gerektirmez. Mercice şikayetin reddine karar verilmek gerekirken kabulü isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nda incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Takip talebi ve ödeme emrinde, alacaklının adresinin gösterilmesi İİK. 58 ve 60. maddesi hükümleri gereğidir.

Ancak ifade edilmelidir ki sözü edilen belgelerde salt alacaklının kimliğinin yanlış veya eksik gösterilmesi, borçlunun çıkarlarına zarar vermedikçe takibin hükümsüzlüğünü ve iptalini gerektirmez.

İİK.nun 58. maddesinin 2. fıkrasının 1. bendinde sözü edilen ikametgah tabiri, teknik anlamda ikametgah olmayıp, bundan amaç alacaklının

tebliğe elverişli adresidir. Takip, alacaklı vekili eliyle yürütüldüğü takdirde tebligatlar da vekile yapılmalıdır.

Nitekim HUMK. 62-68, Avukatlık Kanunu 41 Tebligat Kanunu 11. maddesi hükümlerine göre de vekil aracılığı ile yürütülen işlerle ilgili tüm tebligatların kural olarak vekile yapılması asıdır. O halde somut olayda alacaklı adresinin takip talebi ve ödeme emrinde gösterilmemiş olmasının borçlunun çıkarlarına bir zarar vermeyeceği açıktır. Ne var ki takip talebi ve ödeme emrinde yasa, alacaklı adresinin bulunmasını öngördüğünden bu eksikliğin giderilmesi gerekir ancak bu eksikliğin giderilmesi için de mercice takip iptal edilmeyip, icra dairesince verilecek süre içinde tamamlanmasından ve buna uygun ödeme emri tebliğ edildikten sonra takibe devam edilebileceği şeklinde şikayetin kabulü gerekirken takibin iptaline karar verilmesi doğru değildir. O halde usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 20.12.1995 gününde, oybirliği ile karar verildi. □

Gönderen: Mehmet Handan SURLU - Yargıtay Üyesi

MÜFLİS ŞİRKETİN VERGİ BORCUNUN YÖNETİCİDEN TAHSİL EDİLİP EDİLEMeyeCEĞİNE İDARİ YARGI KARAR VERİR

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
1995/19-662 E.
1995/1149 K.
20.12.1995 T.

ÖZET : "Müflis şirketin vergi borcunun yöneticiden tahsil edilip edilemeyeceği" biçiminde ortaya çıkan uyuşmazlıkta idari yargı görevlidir. Böyle durumlarda, iflas idaresinin nizalı vergi alacağını herhangi bir karar vermeden, sıra

cetveline yazması ve müflisin başvurabileceği yasal yollara kendisinin başvurması gerekir.

Taraflar arasındaki "kayıt-kabul" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 14.12.1993 gün ve 1991/1408-1993/1562 sayılı kararın incelenmesi davacı Hazine vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 7.10.1994 gün ve 6585-9028 sayılı ilamıyla; (... 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesine göre, Anonim Şirketlerin yönetici olan davalı müflisin varlığından şirketlere ait vergi alacağının tahsil edilebilmesi iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır.

Bunlardan birincisi, şirketlerden vergi alacağının tahsil olanağının kalmaması diğer bir şart ise, yöneticinin kast ve ihmali ile görevini yerine getirmemesi sonucu vergi alacağının tahsil edilememesidir.

Bu iki şartın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin taraf delilleri toplanarak saptanması ve hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekir.

Yerel Mahkeme kararının yukarıda açıklanan gerekçe ile bozulması gerekirken, değişik bir gerekçe ile yanığı sonucu bozulduğu görülmekle, Dairenin bozma kararının kaldırılarak belirtilen gerekçe ile mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı Hazine vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'na incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık müflis A.P. A.Ş. ve A. Pl. A.Ş.'nin vergi borcunun VUK'nun 10. maddesi gereğince müflis yöneticinin iflas masasına yazdırılıp, yazdırlamayacağı ve anılan hükümdeki

koşulların iflasta sıra cetveli düzenlenirken ne şekilde dikkate alınması gerektiği noktalarında toplanmaktadır.

VUK'nun 10. maddesinde, "tüzel kişilerde hükümlülerin ve kısıtlıların vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği, bu görevlerin yerine getirilmemesi yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların, kanuni ödevlerini yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı" hükmü bağlanmıştır. Davacı Hazine vekili de, bu hükmü göre müflis A.P. A.Ş. ve A.Pl. A.Ş.'nin vergi borcunun şirketlerin yöneticisi olan müflis A.A.'nın iflas masasına kaydını talep etmiş, kayıt talebinin iflas idaresince reddi üzerine İ.L.K.nun 235. maddesi uyarınca, temyize konu bu kayıt-kabul davasını açmıştır. İflas idaresi, kayıt talebini reddederken, müflis şirketlerin vergi borcunun yönetici müflis A.A.'nın iflas masasına kayıt aşamasına gelmediğini gerekçe göstermiştir. Belirtmek gerekir ki iflas idaresinin red gerekçesi ile ilgili "müflis şirketin vergi borcunun yöneticiden tahsil edilip edilemeyeceği" şeklinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkta, adli yargı değil, idari yargı görevlidir. Böyle bir durumda, iflas idaresinin nizalı vergi alacağını herhangi bir karar vermeden, sıra cetveline yazması ve müflisin başvurabileceği kanuni yollara kendisinin başvurması gerekmektedir. Bilimsel görüşler de bu yöndedir (B. Kuru, İflas ve Konkordato Hukuku 1971, Sh. 313; N. Berkin, İflas Hukuku 1972, Sh. 355; E. Yılmaz, İflas idaresi 1976, sh. 97). Vergi alacağının kayıt talebinin reddi üzerine açılan kayıt-kabul davasında VUK'nun 10. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılmayacağından, iflas idaresinin vergi alacağının kayıt talebini reddetmeyerek, sıra cetveline geçirmesi ve kayıt koşullarının bulunmadığı kanaatinde ise, iflas idaresinin kanuni yollara başvurma hakkı saklı kalmak üzere (VUK. Md. 162-377/1) sıra cetveline, müflis şirketin iflas masasından alacağın tamamen veya kısmen tahsil edilememe koşuluyla kaydına karar verilmelidir. Öncelikle müflis şirketlerden tahsil edilememe koşulunun aranması halinde müflis yöneticinin iflas masasının daha önce tasfiye edilmesi durumunda, vergi alacağının yöneticiden tahsil edilememesi sonucu ortaya çıkar ki, bunun da VUK'nun 10. maddesinin getiriliş amacına aykırı düşeceği kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca bu yönler düşünülürsün önceki kararda direnilmesi doğru değildir. O halde usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 20.12.1995 gününde oybirliği ile karar verildi. □

Gönderen: Mehmet Handan SURLU - Yargıtay Üyesi

**BÖRDÜNCÜ DÖNEMİN KİRA PARASININ TESBİTİNDE
YÖRESEL VE SOSYO-EKONOMİK ALANDAKİ
DEĞİŞİKLİKLER DİKKATE ALINMALIDIR**

YARGITAY

3. HUKUK DAİRESİ

1995/12583 E.

1995/12834 K.

06.11.1995 T.

ÖZET : Toptan Eşya Fiyat Endeksinin üç kez kira artırımında esas alınmasından sonraki dönemlerde yörede ve sosyo-ekonomik alanlardaki değişiklikler olabileceğinin kabulü ile yerinde inceleme yapılmalıdır.

Dava dilekçesinde kira parasının 1.4.1995 gününden başlayarak aylık 24.181.807 lira olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü ihtetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü,

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak, 1.4.1995 tarihinde başlayan dönem kira parasının mahkemeden tesbiti istenilmiştir.

Mahkemece Toptan Eşya Fiyat Endeksi uygulanmasına göre kira parası artırılarak tesbit edilmiştir.

Dava dosyası incelendiğinde hak ve nesafet uygulanmasına göre kira parasının 1.4.1991 tarihinde tesbit edildiği o tarihten bu yana 4 yıl geçtiği anlaşılmaktadır. Tesbiti istenilen dönem 5. dönem olmaktadır.

Bu nedenlerle Toptan Eşya Fiyat Endeksinin üç kez artırımı esas alınmasından sonraki dönemlerde yörede ve sosyo-ekonomik alanlarda değişiklikler olabileceğinin kabulü ile yeniden mahallinde inceleme yapılmalıdır.

18.11.1964 tarih ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına kira parası hakim tarafından hak ve nesafet kurallarına göre takdir edilmesi gerekmektedir.

Bunun için öncelikle dava konusu yerin yeniden kiralanması halinde getirebileceği kira parası bilirkişiler tarafından belirlenmelidir. Böyle bir belirleme yapılırken benzer yerlerin kira sözleşmeleri incelenmeli, dava konusu

yer ile ayrı ayrı karşılaştırılmalı kira parasına etki eden hususlar üzerinde de ayrıca durulmalıdır.

Dava konusu yerin yukarıda açıklandığı üzere getirebileceği kira parası usulünce saptandıktan sonra bu husus dikkate alınmak suretiyle hak ve nesafet kurallarına göre hakimce bir kira parası takdir edilmelidir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün H.U.M.K.nun 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 6.11.1995 gününde oybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Av. Naci ARSLAN - İZMİR

KİRA SÖZLEŞMESİNDEKİ "MUACCELİYET KOŞULU" GEÇERLİDİR

YARGITAY
6. HUKUK DAİRESİ

1995/9144 E.
1995/9526 K.
09.10.1995 T.

ÖZET : Kira bedellerinden birisi süresinde ödenmediği takdirde o kira dönemine ait diğer ayların kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin koşul geçerli olup tarafları bağlar. Bu nedenle muaccel hale gelen ve ödenmeyen aylara ilişkin kira parası talep edildiğinde, o dönemin sonuna kadar olan kira paraları da muaccel olacağından, bunların aynı ihtarname ile istenmesi gerekir. Aynı ihtarnamelerle istenilip "iki haklı ihtar nedeniyle tahliye" isteminde bulunulmasına olanak yoktur.

Mahalli Mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı Tahliye davasına dair karar davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava iki haklı ihtar nedeniyle kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkeme kiralananın tahliyesine karar vermiş ve hüküm davalı vekili tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, davalı kiracının 1.6.1993 - 1.6.1994 kira yılı içerisinde iki haklı ihtarla neden olduğunu iddia ile kiralananın tahliyesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı istenen kiralaların konutta ödenmek istendiği halde davacı tarafın kabul etmemesi üzerine konutta ödemeli olarak gönderildiğini, davacı tarafça alınmayınca tevdi mahalline yatırdığını, İcra Müdürlüğüne davacının istemesi üzerine gönderilen ihtarlı ödeme emrine göre de istenen kira paralarının takip dosyalarına yatırıldığını belirtep yersiz açılan davanın reddini savunmuştur.

Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 1.6.1989 başlangıç tarihli ve 4 yıl süreli ve 6570 sayılı yasanın 11. maddesine göre yıldan yıla yenilenerek devam etmiştir. Sözleşmenin özel şartlarının 11. maddesinde (Yeni dönemde kira ödemesi aylık peşin ödenecektir. Kira bedellerinden birisi süresi içinde ödenmediği takdirde o kira dönemine diğer ayların kira bedelleri muaccel olacağını kiracı kabul eder) şeklinde hüküm yer almıştır. Bu koşul tarafları bağlar.

Davacı 11.1.1994 tarihinde gönderilen ve 12.1.1994 tarihinde bizzat tebliğ edilen tel. ihtar ile Ocak 1994 kirası istenmiştir. Daha sonra davacı tel. ihtar ile icra takipleri ile ödenmeyen aylara ait kira paraları yönünden takip yapıp istekte bulunmuştur.

Gönderilen tel. ve ihtarlı ödeme emirleri davalıya tebliğ olunmuştur. Sözleşmenin özel şartlarının 11. maddesine göre muaccel hale gelen kira paralarının herhangi birinin ödenmemesi halinde o kira yılının sonuna kadar olan kira paralarında muaccel olacağı kabul olunmuştur. Bu durumda davacının muaccel hale gelen ve ödenmeyen aylara ilişkin kira parasını talep ettiği zaman o dönemin sonuna kadar olan kira paralarının da muaccel olduğundan aynı ihtarla istemesi gerekirken bölerek sonra da diğer ihtarlarla konu yapması mümkün değildir. Sözleşmenin özel şartlarının 11. maddesi nazara alınarak iki haklı ihtarla dayanan tahliye davasının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde tahliye kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle hükmün BOZULMASINA ve istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine 9.10.1995 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen Av. Bülent KAÇAR - İZMİR

"EKSİK SİGORTA" DA TAZMİNAT HESAPLAMASI "PROPORSİYON İLKESİ" NE GÖRE YAPILIR

YARGITAY

11. HUKUK DAİRESİ

1995/3545 E.
1995/5564 K.
29.06.1995 T.

ÖZET : Sigorta bedelinin sigorta değerinden düşük olması durumunda, sigorta bedelinin sigorta değerine olan oranı dahilinde tazminatın hesaplanacağı, yani proporsiyon ilkesinin uygulanacağı yasa hükmüdür.

Taraflar arasındaki davadan dolayı Karşıyaka 4. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen 29.3.1995 tarih ve 88/242 sayılı hükmün temyizden tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili, davalı şirket tarafından kasko rizikolarına karşı sigortalanmış müvekkiline ait araca 27.7.1994 tarihinde park halinde iken kimliği belirlenemeyen bir aracın çarparak hasarlanmasına sebebiyet verdiğini, talep edilmesine rağmen poliçe teminatındaki (17.788.017) lira hasar bedelinin ödenmeyip düşük bedel ödenmek istendiğini ileriye sürerek bu meblağın en yüksek banka faizi ile davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı sigorta vekili cevabında, sigortalı aracın sigorta değerinin hasar tarihinde yükselmiş olması sebebiyle eksik sigorta mevcut olup, poliçe genel şartları uyarınca yapılan proporsiyon hesabına göre belirlenen (11.048.000) lira hasar bedelini davacının kabul etmediğini, bu durumda davaya sebebiyet verilmediğini savunarak davanın reddini, yargılama giderleri ile davalının sorumlu tutulmamasını istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere, bilirkişi raporuna nazaran, kasko sigortası poliçe genel şartlarının A-6 maddesine göre noksan (eksik) sigorta tatbikinin gerektiği, buna göre davalının ilk celsede davayı kabul etmekle ve davaya da sebebiyet vermediği sonucuna varılarak davanın kısmen kabulü ile (11.048.000) liranın 27.9.1994 tarihinden yürütülecek % 78 reeskont faizi ile davalıdan tahsiline fazlaya ilişkin talebin ise reddine, masrafların davacı üzerinde bırakılmasına ve davalı yararına ücreti vekalet taktirine karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosya kapsamından sigortalı aracın kasko sigorta sözleşmesi yapılırken gerçek değeri olan (250.000.000) TL üzerinden sigorta ettirildiği, ancak kısmi hasarın olduğu **riziko tarihinde araç değerinin (431.000.000) TL'ye çıktığı** anlaşılmaktadır. Konuyla ilgili TTK'nun 1299 ncu maddesine göre, sigortaca ödenmesi gereken sigorta bedeli, sigorta ettirilen menfaatin rizikonun gerçekleştiği andaki değerine göre saptanır ve kısmi hasar halinde sigorta sözleşmesinde aksine bir hüküm yok ise sigortaca ödenecek tazminat miktarı, sigorta bedelinin sigortalı malın gerçek değerinin tamamına olan nispetine göre tayin olunur. Keza, eksik sigortayı düzenleyen TTK'nun 1288. maddesinde de kısmi hasar halinde tazminatın, **Sigorta bedelinin sigorta değerinden düşük olması durumunda** ve yine sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, **sigorta bedelinin sigorta değerine olan oranı** dahilinde hesaplanacağı diğer bir deyişle, tazminat hesaplanmasında **proporsiyon ilkesinin** uygulanacağı hükme bağlandıktan sonra, sigorta sözleşmesinde artan sonraki değer üzerinden ödeme yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmasa bile sigorta ettirene noter aracılığı ile ihtar çekilmesi ve ek prim ödenmesi koşulu ile sözleşmenin tek yanlı değiştirilmesi ve bu şekilde **yeni değer sigortası yaptırma imkanı tanınmış** bulunmaktadır. İşte aslında yasada düzenlenmiş olan bu husus sigorta poliçesi genel şartlarının A.6 maddesinde (**Eksik Sigorta**) başlığı altında düzenlenmiş ve tekrarlanmıştır. Yasada düzenlenen hususlar hakkında, aynı hükümlerin poliçe genel şartlarına konulmuş olması halinde genel şartların sigorta ettirene verilmemiş olması, sigortacı aleyhine bir sonuç doğurması düşünülemez. Bu nedenlerle davacı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmediği gibi, dava konusu alacak miktarı davadan önce davalı sigortaca tazmin edilmesi kabul edilmiş bulunmasına göre, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılıp, davacı yararına avukatlık ücreti tayin edilmemesinde de usul hükümlerine aykırılık teşkil etmediğinden davacı vekilinin bu yöne ilişkin itirazları da varit görülmemiş ve dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre hükmün onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, 29.6.1995 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Av. Bülent KAÇAR - İZMİR

SİGORTALININ TEMERRÜDÜ İHBAR TARİHİNDE BAŞLAR

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ
1995/6257 E.
1995/7434 K.
12.10.1995 T.

ÖZET : İhtiyari mali sorumluluk sigortasında sigortacıya yapılan ihbarla sigorta bedelini ödeme borcu muaccel hale gelir ve bu ihbar sigortacıyı temerrüde

düşürür. Bu nedenle, haksız fiil sorumlusu olarak sigortalının, olay tarihinden itibaren ödemek zorunda kaldığı faizin, olayın sigortaya bildirildiği tarihten önceki bölümünü isteme hakkı yoktur.

Taraflar arasındaki davadan dolayı Bornova 1. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen 1.5.1995 tarih ve 234-326 sayılı hükmün temyizden tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili, müvekkiline ait ve davalı şirkete trafik ve ihtiyari mali sorumluluk poliçeleri ile sigortalı aracın karıştığı trafik kazasında üçüncü şahıs aracında meydana gelen hasarın davalı kaçırdığı için açılan dava sonucu müvekkili tarafından ödendiğini ileri sürerek, 7.000.000 TL'nin olay tarihinden dava tarihine kadar faizi olan 7.510.000 TL ile birlikte toplam 16.510.000 TL'nin dava tarihinden itibaren faiziyle davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, zamanaşımının dolduğunu, ikametgahları olan Beyoğlu Mahkemelerinin yetkili olduğunu ve teminat limitlerinden bakiye 7.000.000 TL'nin kaldığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan deliller ve yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucuna göre yetki ile zamanaşımı itirazlarının yerinde olmadığı ve davacının aleyhine hüküm kurulan miktarı olay tarihinden itibaren faiziyle isteyebileceği gerekçesiyle, 15.282.825 TL'nin davalıdan tahsiline, ana para olan 7.000.000 TL'ne dava tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerekçeli sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin

aşağıdaki faizin başlangıcıyla ilgili bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. Motorlu araç işleteni olan davacı, aracının trafik kazasında üçüncü şahıs aracına verdiği zararı karşıladıktan sonra, bu hasarın sigorta teminatı içinde kaldığını ileri sürerek, aracını ihtiyari mali mesuliyet poliçesi ile sigortalayan davalı aleyhine tazminat isteminde bulunmuştur.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinde motorlu araç işleteninin o aracın işletilmesi bir şeyin zarara uğramasına neden olursa bu zarardan sorumlu tutulacağı belirtiltikten sonra aynı Yasa'nın 90. maddesinde maddi tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevi tazminat konularında Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümlerinin uygulanacağı açıklanmıştır. Haksız eylemden kaynaklanan davalarda, eylemin olduğu anda zarar görenin alacağı muaccel hale geleceğinden, kural olarak olay tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekmektedir.

İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortasından doğan uyumsuzluklarda ise, tazminat alacağının ne zaman muaccel olacağı saptanırken, KTK'nun 100. maddesinde aynı Yasa'nın tazminat ve giderlerin ödenmesi ile ilgili 98 ve 99. maddelerine yollama yapılmadığı gibi genel şartlarda da buna paralel bir düzenleme bulunmadığı için genel hükümlere başvurulması uygun düşer. Konuyla ilgili genel düzenlemenin yapıldığı Türk Ticaret Kanunu'nun 1299. maddesi uyarınca, sigortacının sigorta bedelini ödeme borcu, rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya ihbar borcunun aynı Yasa'nın 1292. maddesi hükmüne doğduğu tarihte muaccel olur. TTK'nun 1292. maddesinde ise, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini haber aldığı tarihten itibaren beş gün içerisinde sigortacıya haber vermekle zorunlu olduğu bildirilmiştir. Nitekim ihtiyari Mali Sorumluluk Sigortası genel şartlarında da bu maddeye paralel olarak sigorta ettirenin sorumluluğunu gerektirecek her olayın öğrenildiği tarihten itibaren beş gün içerisinde sigortacıya bildirilme yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortasında sigortacıya yapılan ihbarla sigorta bedelini ödeme borcu muaccel hale gelir ve bu ihbar sigortacıyı temerrüde düşürür.

Açıklanan bu durum karşısında, davacının haksız fiil sorumlusu olarak aleyhine açılan davada yükümlü tutulduğu olay tarihinden itibaren yürütülen faizi ödemek zorunda kalması davacıya, sigortacısının sigorta bedelini ödeme borcunun henüz muaccel hale gelmediği sigortacı davalıya olayın bildirildiği tarihten önceki döneme ait gecikme faizinden sorumlu olmayan davalıdan bu parayı isteme hakkı vermeyeceğinden, mahkemece davacının ihtiyari mali sorumluluk sigortası poliçesi

ile karşılanan teminat dolayısıyla davalı sigortalıya olayı bildirdiği tarih gözönünde bulundurularak poliçe bedeli olan 7.000.000.- TL'ne bu tarihten itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, daha geriye gidilerek yazılı şekilde olay tarihinden itibaren faize hükmedilmesi doğru olmadığından hükmün bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte yazılı nedenle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte yazılı nedenlerle kararın davalı yararına BOZULMASINA 12.10.1995 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Av. Mehduh EMEKLİ - İZMİR

İHBAR KOŞULUNUN YERİNE GETİRİLMEMESİ SİGORTALININ HAKLARINI BERTARAF ETMEZ

YARGITAY

11. HUKUK DAİRESİ

1995/3732 E.

1995/4812 K.

05.06.1995 T.

ÖZET : Aracın devralındığı si-

gortaya bildirilip rizikodan önce

zeliynamede düzenlettirilmiş oldu-

ğuna göre, bu aracın plaka numara-

rasının değişikliğine ilişkin son-

raki zeyilnameye dayanılarak zararın giderilmesi isteminin reddi yasal değildir. Öte yandan bir kasda dayanmadıkça, ihbar koşulunun yerine getirilmemesi sigorta ettirenin sigortadan kaynaklanan haklarını ortadan kaldırmaz.

Taraflar arasındaki davadan dolayı İzmir 2. Asliye Ticaret mahkemesince verilen 10.11.1994 tarih ve 142-990 sayılı hükmün temyizden tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı Vekili, davalı şirket nezdinde mecburi mali mesuliyet sigorta poliçesi ile sigortalı olan müvekkiline ait aracın dava dışı H.K. ait araca çarparak hasarlanmasına sebebiyet verdiğini, Hüseyin Koç tarafından açılan tazminat davası nedeniyle müvekkilinin (58.000.000) TL'nin reeskont faizi ile davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, kaza tarihinde davacının poliçe nedeniyle hak sahibi olmadığından dava açamayacağını, **ihbar mükellefiyetinin süresinde yerine getirilmediğini** savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; toplanan delillere nazaran, kaza tahininin 12.4.1992 olup davacının ise poliçeden doğan hakları 21.4.1992 tarihli zeyilname ile devraldığı, bu itibarla kaza tarihinde poliçe sahibi olmadığından davacının poliçeye dayanarak dava açamayacağı, öte yandan davacının ihbar yükümlülüğüne de yerine getirmedeği sonucuna varılarak davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava konusu zorunlu trafik sigortalı araç davacı İsmail tarafından rizikonun gerçekleşme tarihinden önce 24.2.1992 tarihinde dava dışı İbrahim ile birlikte dava dışı sigorta ettirenden devir alınarak keyfiyet davalı sigortalıya bildirilmiş ve bu konuda zeyilname düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu

durum karşısında davacının riziko tarihinden önce dava dışı İbrahim ile birlikte sigorta ilişkisinin davalı sigorta şirketi ile kurmuş bulunmasına rağmen mahkemece sadece araç plaka numarasının değişikliğine ilişkin ve rizikonun gerçekleşmesi tarihinden sonraya ait 21.4.1992 tarihli zeyilnameye dayanılarak davanın reddi doğru olmadığı gibi, ihbar koşulunun yerine getirilmemesi bir kasta dayanmadıkça sigorta ettirenin sigortadan kaynaklanan haklarını bertaraf edemeyeceği de düşünülmeden davanın yazılı gerekçelerle reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına BOZULMASINA 5.6.1995 tarihinde oy birliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Av. Oğuz Fikret ŞAHİN - İZMİR

ALACAKLI VEKİLİNİN SATIŞA ÇIKARDIĞI MALİ İHALEDE BİZZAT ALMIŞ OLMASINDA YASAYA AYKIRILIK YOKTUR

YARGITAY

12. HUKUK DAİRESİ

1995/10250 E.

1995/10365 K.

12.07.1995 T.

ÖZET : Alacaklı vekili takip konusu alacağı temellük edip kendi adına takibe devam edemez. Ancak, hacizli malın ihalesine katılarak malı satın almasına yasal bir engel bulunmamaktadır.

28.1.1993 tarihinde yapılan açık artırmada taşınmaz icra takibini alacaklı namına yürüten Av. A.Ç.'ye ihale edilmiştir. Borçlu vekili mercie verdiği şikayet dilekçesinde alacaklı vekilinin kendi adına ihaleye katılıp satılan malı iktisap edemeyeceğini ileri sürerek ihalenin feshini istemiştir. Avukatlık Kanunu'nun 47. maddesinde avukatın "el koyduğu işlere ait çekişmeli hakları edinmekten veya bunların edinilmesine aracılıktan yasaklı olduğu" kabul edilmiştir. Alacaklı vekili takip konusu alacağı temellük edip kendi adına takibe devam edemez. Hacizli malın ihalesine iştirak edip malı satın almasına yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle mercii karar bozulacak yerde onandığından şikayetçinin karar düzeltme talebinin kabulü gerekmektedir. □

Gönderen: Av. Talih UYAR - İzmir

GÖNDERENİN NOTU:

Yüksek mahkemenin yukarıdaki içtihatı görüşüne katılamıyoruz. Avukatlık Kanunu'nun 47. maddesindeki yasak, avukatın hem "alacaklı vekili" ve hem de "borçlu vekili" sıfatıyla takip ettiği bir icra dosyasında satışa çıkarılmış olan malı ihaleye, şahsen katılıp satın almasını kapsar. Bu yasak kanımızca kamu düzeniyle ilgili olduğundan yapılan ihalenin "süresiz şikayet yolu ile" feshini gerektirmelidir.

Bu nedenle, yüksek mahkeme "avukatın 'borçlu vekili' sıfatıyla takip ettiği bir icra dosyasından satışa çıkarılan malı, ihaleye katılıp şahsen satın almasının Avukatlık Kanunu'nun 47. maddesi kapsamına girdiği" kabul etmişken (Bknz: İLD 27.2.1967 T.E: 1330 K: 2031 "UYAR, T. İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması 1988 sh: 762 vd.") yukarıdaki içtihat alacaklı vekilinin, borçlunun hacizli taşınmazını, ihaleye katılıp şahsen almasının aynı yasağın kapsamı dışında kaldığının kabul edilmesi isabetli olmamıştır.

**TAŞINIR MALIN KIYMET TAKTİRİNDEN SONRA İKİ YIL
GEÇMİŞ İSE YENİDEN KIYMET TAKTİRİ YAPILMALIDIR**

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ
1995/1045 E.
1995/1125 K.
31.01.1995 T.

ÖZET : Taşınır malın kıymet taktirinin yapılması ile ihale tarihi arasında iki yıldan fazla bir zaman geçtiği dikkate alınarak yeniden değer taktiri yapılmalıdır.

Alacaklının sair temyiz itirazları yerinde değilse de 60.787.000 TL. tahmini değerli taşınır mallar 29.7.1993 tarihinde 24.500.000 TL'ye ihale edilmiştir. İİK 116/2 maddesi hükmüne göre, satış bedelinin tahmin edilen bedelin % 40'ını bulması ve ayrıca satış ve paylaşım masraflarını da geçmesi şarttır. Satış bedeli tahmini değer % 40'ını bulmuşsa da satış masraflarını karşılamamaktadır. Öte yandan, kıymet takdir 5.10.1990 tarihinde yapılmış, bu tarih ile ihale tarihi arasında iki yıldan fazla bir zaman geçtiği halde yeniden kıymet takdir edilmeden ihalenin yapılmış bulunması doğru değildir. □

Gönderen: Av. Talih UYAR - İZMİR

**TAHLİYE İLAMİ DEVLETE KARŞI
ZORLA YERİNE GETİRİLEMEZ**

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ
1995/11030 E.
1995/11010 K.
12.09.1995 T.

ÖZET : İcra İflas Yasasının 82/1. maddesi hükmü karşısında devlete karşı haciz yapılamayacağı gibi, devlet hakkında alınmış olan "tahliye ilamı"nın da zorla infaz edilmesine olanak bulunmamaktadır.

Davalı - Borçlu: Adelet Bakanlığı (.....) Mahk. Başk.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı merci kararının müddeti içinde temyizden tetkiki Alacaklı Vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye 3.7.1995 tarihinde gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldüğü düşünülür:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle usul ve kanuna uygun merci kararının İİK'nun 366. ve HUMK'nun 438. maddeleri uyarınca (ONANMASINA) 124.500 lira onama harcı alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına 12.9.1995 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Yasalar önünde, fertler ve devlet eşittir. Devlet lehine ayrıcalık tanınan haller özel hükümlerle düzenlenmiştir. (İİK'nun 82/1 gibi) Anayasamızda devletimizin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Devlet hukuka saygılı ve mahkeme ilamlarının infazını duraksamaya yer vermeyecek tarzda yerine getirmek zorundadır. Fertler için de geçerli olan bu kural devlet için haydi haydi geçerli olup, aksi hukuk devleti olma niteliğini zedeler. Hakkındaki takip kesilen ve temerrütden tahliyesine karar verilen borçlu Vergi Dairesi açısından ilamın infazı yasal bir zorunluluktur. Devletin kiralayacak birçok yeri ancak kiralayanın mahdut yeri olduğu da nazara alındığından, aksine bir uygulama adalet duygusunu zedeleme ve hukukun üstünlüğü prensibini, yargıya olan inancı sarsar.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle onama yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum. □

H. KARAKIŞ - 12. Hukuk Dairesi Üyesi

GÖNDERENİN NOTU

Yüksek mahkemenin yukarıdaki (çoğunluk) görüşü düşündürücüdür. Yakın zamana kadar, Devlete karşı -yasada buna engel özel bir hüküm bulunmadığından- Devlet hakkında alınmış olan tahliye ilamları infaz ediliyordu. 70'li yıllardan beri bu uygulama devam ediyordu... (Bknz: 12.HD.24.5.1984 T. 4296/6608;HGK.27.2.1980 T.12-485/1374;12.HD.18.9.1978 T.7202/5159 vb. "UYAR, T.İcra Hukukunda Tahliye; sh: 259 vd.)

Gönderen: Av. Talih UYAR - İZMİR

ANA PARAYA DÖNÜSMÜŞ OLAN FAİZE GECİKME FAİZİ YÜRÜTÜLEBİLİR

YARGITAY

12. HUKUK DAİRESİ

1995/18199 E.

1995/18577 K.

28.12.1995 T.

ÖZET : Sözleşmeye göre dü-

zenlenen bonolardaki bedele da-

hil edilmiş bulunan akdi faiz

Borçlar Yasasının 104/1. madde-

sine göre ana para faizine dönüş-

müş olduğundan takip ya da dava tarihi itibarıyla bu miktarlar üzerinden gecikme faizi istenebilir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı merci kararının müddeti içinde temyizden tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye 11.12.1995 tarihinde gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü.

Taraflar arasında akid edilen 26.2.1991 tarihli protokole göre borçluya taşınmazın karşılığı olarak Amerikan Bankalarına verilen % 10 faiz kabulü ile bir ödeme planı yazılarak bonolar düzenlenmiştir. Takip konusu bonoların içinde, **kararlaştırılan bu akid faizi mevcuttur.** Borçlar Kanununun 104/1 maddesi uyarınca bu tür faiz, ana para faizi sayıldığından takip veya dava tarihi itibarıyla temerrüt faizi istenebilir. Nitekim 1.6.1995 tarihli bilirkişi raporunda da sözleşmede kararlaştırılan **akdi faizin ana paraya dönüştüğü ve buna faiz istenebileceği** açıklanmıştır. Bu durumda borçlu isteminin reddi gerekirken ek raporda senetlerin içindeki akdi faiz miktarı hesaplatılarak oluşan 4.450.573 ABD. doları üzerinden borçlu isteminin kabulü isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile merci kararının yukarıda açıklanan nedenle yeniden İİK.366 ve HUMK.428 maddeleri uyarınca BOZULMASINA 26.12.1995 gününde oybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Av. Talih UYAR - İZMİR

GÖNDERENİN NOTU

Yüksek mahkeme, yukarıdaki çok yeni tarihli kararında "faiz" niteliğinden çıkıp "ana para" haline gelmiş olan alacağa- bu alacağın da va-

desinde ödenmemesi halinde- geçikme (temerrüt) faizi yürütülebileceğini" belirterek, uygulamada bu konuda zaman zaman düşülen tereddütleri gidermiştir.

Yüksek mahkeme daha önce de aynı doğrultuda içtihatla bulunmuştur:

"BK'nın 104/1 maddesinde sözü edilen ana para faizidir. Ana para faizi, müstakilen dava veya icra takibine konu edildiği takdirde, anılan başvuru tarihlerinden itibaren geçmiş gün faizi istenebilmesine bu madde hükmü cevap vermektedir.

BK. 104/son'da ise 'geçmiş gün faizinin ödenmemesinden ötürü ayrıca faiz yürütülemeyeceği' hükmüne bağlanmıştır. Şu hale göre, BK'nın 104. maddesinin 1. ve son fıkraları birlikte ele alındığında, her bir fıkrada bahsi geçen faizlerin yekdiğerlerinden farklı olduğu aşikardır. Aksini düşünmek çelişkiye düşmek olurdu. Olayda takip konusu ilamda tahsiline yer verilen faz alacağı ana para faizi olmayıp, kamulaştırma bedelinin geç ödenmesinden ötürü ortaya çıkan geçmiş gün faizi alacağı olup, bu meblağa yeniden faiz yürütülmesine, BK'nın 104. maddesinin son fıkrası keza faizin asıl alacağı katılmak suretiyle toplamı üzerinden, 3095 SK'nın 3. maddesi hükmü engeldir.

O halde merciin 42.645.547 TL. faiz alacağına, takipten önceki ve sonrakı dönemlerde yeniden faiz yürütülmesine yasa hükümleri cevap vermediğini nazara almak suretiyle, bu yönle ilişkin itirazın da kabulüne karar vermesi gerekirken, yazılı şekilde karar tesisi isabetsizdir.

(12 HD 8.2.1990 T.E. 1979/7411 K: 901) "UYAR, T. Gerekçeli-Notlu, İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, 1996 sh: 1492"

Benzer bir uyuşmazlıkta Yargıtay 15 HD'de aynı görüşü benimsemişti:

Dosyada mevcut 6.4.1987 gün ve 22/2-1189 sayılı davacı Bakanlık yazısı üzerine davalı Mehmet 21.4.1987 tarihli cevabında aynen "42.511.710 TL. borcunun tamamını 25.8.1987 günü saymanlığa yatırmayı beyan ve taahhüt ediyorum" demek suretiyle borcunu kabul etmiş ve borç ana para haline dönüşmüştür. Davalının bu ödeme teklifi Bakanlığın talebi üzerine Ankara 21. Noterliği'nin 27.5.1987 gün ve 16219 nolu taahhünamesine bağlanmış, diğer davalı Cahit de bu taahhünameyi müteselsil borçlu olarak imzalamıştır. Aynı taahhüname de "borcun ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde reeskont haddinde temerrüt faizi alınması" da öngörülmüştür.

BK'nın 104. maddesinde "faiz alacağının tediyesinde temerrüt eden

borçlunun bunlar için geçmiş günler faizini ancak icraya veya mahkemeye müracaat gününden itibaren tediye mecbur olduğu bunun aksine dair olan her şartın cezai şart hakkındaki hükümlere tevfi kan takdir olunacağı, geçmiş günler faizinin tediyesinde temerrüt sebebiyle faiz yürütülemeyeceği" belirtilmiştir.

Geçmiş günler faizinin tediyesinde temerrüt sebebiyle faiz yürütülemeyeceği esası, Dairemizce de kabul edilmektedir nevar ki dava konusu edilen alacak davalıların kabul beyanları ve ödeme gününün belirlenmesiyle bir ana para (kapital) alacağına dönüşmüş ve aynı taahhüname de davalılar temerrüt faizinin dahi reeskont haddi oranında ödeneceğini kabul etmişlerdir. BK'nun 104/1 mucibince kapital alacağına icra veya mahkemeye başvurma gününden itibaren temerrüt faizi yürütülmesi mümkün bulunmaktadır...

Günümüzdeki enflasyon oranı, bankaların uyguladıkları faizin nispeti, bir yerde adi işlemlerle ticari işlemleri uygulanan faiz oranlarını da eşit hale getirmiş bulunmaktadır. Bugün tacir olmayan bir kişi bile mevcut parasını bankaya yatırarak ve işleyen faizi ana paraya ekleyerek tekrar işletmekte ve parasını en faydalı biçimde kullanmaya özen göstermektedir. Bu nedenle davacının, davalılara yaptıkları bir nevi sözleşme ile mevcut faizin miktarını tespit ederek belli bir vadeye bağlamaları ve vadesinde ödenmediği takdirde yeniden temerrüt faizi uygulanacağını kabul etmeleri bugünkü ticari hayat şartlarında BK 104/1-son maddesine aykırı kabul edilemez. Zira alacak "faiz" niteliğinden çıkıp "ana para" haline dönüşmüştür. İşte bu nedendir ki artık asıl alacağı faiz alacağıdır denilemez. Bu sebeple de dava tarihinden itibaren istenen reeskont haddi üzerinden faize hükmedilmesi gerekir.

(15 HD 27.4.1989 T.E: 1988/3466 K: 1989/2141)

Bu uygulama doktrin tarafından da tasvip edilmektedir. (BKnz: ARKAN, S. Ticari İşletme Hukuku, 1993, sh: 77)

KARZ İPOTEĞİ "LİMITLİ" KABUL EDİLEMEZ

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ
1995/13485 E.
1995/13950 K.
18.10.1995 T.

ÖZET : Borçlunun konut kredisinden kaynaklanan borcu için banka lehine tesis edilmiş ipotek için "limitli" olduğunun kabul edilmesi yerinde değildir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı merci kararının müddedi içinde temyizden tetkiki Alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye 28.8.1995 tarihinde gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü.

İcra takibine dayanarak yapılan ve alacaklı banka lehine tesis edilmiş olan ipotek cari hesap şeklinde işleyen bir ticari kredinin değil, borçlunun bankadan kullandığı ve geri ödeme tablosu ipotek aktinde yazılı doğmuş bulunan konut kredisi borcu için tesis edilmiş bir karz ipotegidir. Bu itibarla icra dairesinin ve mercinin ipotek için limitli olduğu yönündeki kabulü yerinde görülmemiştir.

Ayrıca borçlunun anılan konuda bir itirazı mevcut bulunmamış ve takip kesinleşmiş ve satış da yapılmıştır. Kesinleşen takip gereğince işlem yapmak üzere şikayetin kabulüne karar verilmek gerekirken reddi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilin temyiz isteminin kabulü ile merci kararının yukarıda yazılı nedenle İİK. 366 ve HUMK. 428, maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 18.10.1995 gününde oybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Av. Nail Yılmaz TOKSÖZ - İZMİR

TASARRUFUN İPTALİNDEN SONRA BORÇLU VE ÜÇÜNCÜ KİŞİ HACZEDİLMEZLİK ŞİKAYETİNDE BULUNAMAZLAR

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ
1995/11388 E.
1995/11631 K.
20.09.1995 T.

ÖZET : İcra iflas Yasasının 277. vd. maddelerine göre, taşınmaz hakkında "tasarrufun iptali"ne karar verildikten sonra, lehine tasarruf yapılmış olan üçüncü kişi "takipte taraf olmadığı" için, borçlu da "satış ile mülkiyeti üçüncü kişiye geçmiş olduğu" için, haczedilmezlik şikayetinde bulunamazlar.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı merci kararının müddeti içinde temyizden tetkiki Alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye 10.7.1995 tarihinde gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü.

Alacaklı tarafından borçlu hakkında yapılan takipte, alacaklı Konya Asliye 4. Hukuk Mahkemesinde "tasarrufun iptali" davası açmış ve "1731 ada, 13 parselde kayıtlı taşınmazın 300/8941 hissenin satışına ilişkin tasarrufun iptaline" karar verilmiştir. Bu hisse üzerine haciz konulmuş, borçlu ve payı satın alan 3. kişi "meskeniyet şikayeti"nde bulunmuşlardır. Takipte sıfatı bulunmayan 3. kişinin şikayet hakkı yoktur. İİK. 283. maddesi uyarınca alacaklı iptal davası sabit olduğu takdirde dava konusu mal üzerinde ocbri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder. 3. şahıs üzerindeki kaydın tashihi mahâl olmadan gayrimenkulün haciz ve satışını isteyebilir. Satış ile mülkiyet 3. kişiye geçmiş bulunduğundan, borçlunun meskeniyet şikayetinde bulunması da mümkün değildir. Mercice bu yönler gözetilerek "şikayetin reddine" karar verilmek gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile merci kararının yukarıda yazılı nedenle İİK. 366 ve HUMK. 428 maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 20.9.1995 gününde oybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Av. Talih UYAR - İZMİR

GÖNDERENİN NOTU:

Yüksek mahkeme bir başka olayda da tetkik mercii tarafından "iptal davası so-

nucunda, lehine takip borçlusu tarafından yapılan satış işleminin iptali üzerine, üçüncü kişinin takipte taraf olmadığı için iptal davası açamayacağını" belirten 3.11.1995 T. ve 291/376 sayılı (Manisa İcra Tetkik Mercii) kararını oybirliği ile onamıştır. (12 HD 4.12.1995 T. 17158/17127).

Bu durumda "iptal davasına konu olan şeyin (taşınırın/taşınmazın) haczi kabil mallardan olmadığı" hususunun iptal davasına bakan mahkemede ileri sürülmesi gerekcektir. Halbuki iptal davası konusunda verilen kararları temyizden inceleyen Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ise aşağıdaki kararında bunun mümkün olmadığını şu şekilde ifade etmiştir:

"Alacaklı tarafından borçlu aleyhine yapılan icra takibinde borçlunun borcu karşılar malı bulunmadığından icra memurunca borçlu hakkında aciz belgesi düzenlemekle, alacaklı tarafından "borcun doğum tarihinden sonra, borçlu tarafından eşine yapılan taşınmaz satışı hakkında tasarrufun iptali" istenmiştir. İlk MD. 277 ve 278 maddeleri hükümlerindeki dava koşulları gerçekleşmiş ve borçlunun eşine yapmış olduğu satışın anılan yasa maddelerine göre mal kaçırma amaçlayan bağış niteliğinde bulunduğu anlaşılmıştır. Nedeniyle, davanın kabulü gerekmektedir. Taşınmazın borçlu yönünden haczedilmezliği iddiası, açılan işbu iptal davasında ileri sürülme-yeceği gibi mahkemece bu husus gözetilerek davanın reddedilmesi usul ve yasa aykırıdır." (15 HD 17.12.1987T. E. 3690 K.4496) "Bknz: UYAR, T. İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, 1992 sh: 45 vd."

Yukarıdaki içtihatı katılmak mümkün değildir. Çünkü, İlk MD. 277 vd'ye göre açılan iptal davasının konusu "iptale tabi tasarruf sebebiyle, borçlunun üçüncü kişiye devretmiş olduğu mal veya hak üzerinde, davacı alacaklının cebri icra yoluyla hakkını alma yetkisini elde etmesi"dir. (İlk MD. 283), (KURU, B. İflas ve Konkordato Hukuku, sh: 388) İptal davasına konu olan mal veya hakkın, haczinin mümkün olması gerekir. Borçlunun haczi mümkün olmayan bir mal veya hakkı üzerindeki tasarrufu, İlk md. 278-280'deki koşullar gerçekleşse dahi iptale tabi değildir. Bir malın haczedilip edilemeyeceğine karar verme yetkisi icra tetkik mercisine ait olmakla beraber, iptal davasında bu husus bir ön mesele teşkil ettiğinden, iptal davasına bakan mahkeme, iptali istenen tasarruf konusu mal veya hakkın haczinin mümkün olup olmadığına kendisi karar verecektir. (Bknz: KURU, B. a.g.e, sh: 388, dipnot: 4-GÜRDOĞAN, B. İflas Hukuku, sh: 233 dipnot: 617-SARISÖZEN, İ. İcra ve İflas Hukukuna Göre İptal Davalarında Yargılama Usulü "ABD 1977/2, sh: 281, dipnot: 3 - UYAR, T. a.g.e, sh: 30") Ayrıca belirtelim ki, - iptal davalarına ilişkin kararları incelediği dönemde verdiği bir kararında- Yargıtay İcra ve İflas Dairesi de, "iptal davasına, haczi mümkün olan hakların konu teşkil edebileceğini" belirtmiştir. (Bknz: İİD. 12.4.1969 İ. T. E: 1421, K: 4104 "RKD. 1969/11, sh: 123")

Buraya kadar belirttiğimiz nedenlerle iptali istenen tasarruf konusu malın aslında haczinin mümkün olup olmadığının iptal davasına bakan mahkemece incelenmesi "isabetli" değil "zorunlu"dur. Çünkü, daha sonra bu hususun ne "borçlu" ve ne de "lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi" tarafından ileri sürülmesi teknik olarak mümkün olmayacaktır.

MAHKEMECE TESBİT EDİLEN KİRA PARASI BRÜT OLARAK KABUL EDİLİR

YARGITAY

13. HUKUK DAİRESİ

1995/7062 E.

1995/8051 K.

26.09.1995 T.

ÖZET : Kira ge'lerinden öden-

mesi gereken stopaj ve diğer ver-
giler kira bedeline dahildir. Kira
sözleşmesinde yazılı miktarın net
kira parası olduğu şeklindeki ka-

yıtlar yasadaki düzenlemeyi ortadan kaldırmaz. Yalnızca kira parasın-
dan stopaj ve diğer vergiler kesildikten sonra kiralayana ödenmesi ge-
reken bakiye miktarı ifade eder. Mahkemece kira parasının tesbitine
ilişkin ilamda belirtilen kira parasını brüt kira bedeli olarak kabul etmek
gerekir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilam-
da yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükümün
süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi
gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalının 1994/960 esas sayılı mahkeme ilamına istinaden
şirketin kira farkı olan 33.432.888 TL.yi mahkeme yargılama gideri olan
2.535.049 TL. olmak üzere toplam 35.828.615 TL.yi davalı kiralayanın banka
hesabına yatırdığını borcu olmadığı halde hakkında yeniden icra takibine
giriştiğini mağdur olmamak için kira alacağı farkını mükerren ödemek zo-
runda kaldığını ileri sürerek fazla ödenen toplam 33.951.124 TL.nin davalı-
dan ödeme tarihinden itibaren en yüksek banka faizi ile birlikte geri alınma-
sını istemiştir.

Davalı davacının mecurun kirasını bu yıl kadar net düşük ödemişken
bu yıl 1.3.1994 tarihinden itibaren septanan kiralari muhtesar ve SSDF ver-
gilerini keserek ödemesi gerektiğini savunmuş davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm davacı tarafından
temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlığın çözümü kira tesbit ilamında hüküm altına alınan kira
parasının brüt ve net olup olmadığının belirlenmesinde toplanmaktadır. Mah-

kemece kira parasının tesbitine ilişkin ilamda tesbit edilen kira parasının net olduğu kabul edilmiş davanın reddine karar verilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanuna göre mal ve hakların kiraya verilmesiyle elde edilen gelirden alınması gereken Gelir Vergisinin Mükellefi kiralayan olup, kiracı ise yasa da yazılı mal ve hakların kiralınması karşılığı yapılan ödemelerden belirli oranda ve kiraya verenin gelir vergisine mahsuben tevkiyat (stopaj) yapmak suretiyle yatırmak zorunda olan bir şahıstır. Yasadaki bu düzenleme tarzına göre kira gelirinden ödenmesi gereken stopaj ve diğer vergilerin kira bedeli içinde olduğu konusunda kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. O nedenle kira sözleşmesinde yazılı miktarın net kira parası olduğu şeklindeki kayıtlar yasadaki az yukarıda belirtilen düzenlemeyi ortadan kaldırmaz. Sadece kira parasından stopaj ve diğer vergiler kesildikten sonra kiralayana ödenmesi gereken bakiye miktarı iade eder. Hal böyle olunca kesinleşen kira parasının tesbitine ilişkin ilamda belirlenen kira parasıdır. Bu ilamda tespit edilen kira parasının net veya brüt olduğu konusunda bir açıklık olmasa dahi bunun brüt kira parası olduğu değişik bir anlatımla kiralayanın gelir vergisine mahsuben kiracının yasal olarak tevkif etmek ve yatırmak zorunda bulunduğu stopaj ve diğer vergilerinde bu kira parasının içinde olduğu açıktır.

O halde mahkemece kira parasının tesbitine ilişkin ilamda belirtilen kira parası brüt kira parası olarak kabul edilmeli. Hasıl olacak sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Mahkemece değerlendirmede yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına BOZULMASINA, 26.9.1995 gününde oybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Av. Oğuz Fikret ŞAHİN - İZMİR

"SIRA CETVELİ" NDE İHALE TARİHİNE KADAR İŞLEYEN FAİZLERE YER VERİLİR

YARGITAY

19. HUKUK DAİRESİ

1995/4880 E.

1995/5909 K.

27.06.1995 T.

ÖZET : Vergi dairesinin hacizden sonra tahakkuk eden vergi alacakları için ayrıca haciz konulmadığı için sıra cetveli düzenlenirken bunlar için pay ayrılmaz.

Ancak, 6183 sayılı yasanın 51. maddesi uyarınca satış tarihine kadar işleyecek gecikme faizlerinin hesaplanarak alacağı eklenmesi gerekir.

Davacı vekili, müvekkilinin borçluya ait taşınmaz üzerine 19.2.1991 tarihinde haciz koyduğunu, mahcuzun satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde satış bedelinin davalı alacaklıya ödenmesine karar verildiğini, davalı hazinenin 2.8.1988 tarihinde koyduğu haczin iki yıl içinde satış istememesi nedeniyle düştüğünü, düşmese bile tapu kaydındaki miktarın esas alınması gerektiğini ileri sürerek sıra cetvelinin iptalini talep etmiştir.

Davalı hazine vekili, "müvekkilinin hacze konu alacağının 6183 sayılı yasa hükümlerine göre birinci sırada yer alması gerektiğini, düzenlenen sıra cetvelinin usul ve yasaya uygun bulunduğunu belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, "iddia, savunma ve toplanan delillere göre davalı hazinenin, borçlunun taşınmazdaki hissesine 341.789.- TL. alacak için haciz koyduğu, 75.870.000.- TL. lik takibin satış tarihinden sonra olduğu gerekçeyle davalı hazinenin alacağının birinci sırada 341.789.- TL. olarak yer alacak şekilde sıra cetvelinin iptaline" karar verilmiş, karar davalı hazine vekilince temyiz edilmiştir.

1. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı hazinenin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. Satış ve paylaşma konu taşınmazın tapu kaydına davalı Mal Müdürlüğü tarafından 2.8.1988 tarihinde haciz konulmuş ve alacak miktarı 341.789.- TL. olarak belirtilmiştir. Mal Müdürlüğü, 2.8.1988 tarihli hacizden sonra tahakkuk eden vergi alacağı için ayrıca haciz koymadığından, sonradan oluşan alacağı için bu nedenle pay ayrılmaz. Ancak, 341.789.-

TL. alacağı için 6183 sayılı yasanın 51. maddesi uyarınca "satış tarihine kadar işleyecek" gecikme zammı hesaplanarak bulunacak miktar kadar pay ayrılması gerekir. Mahkemece bu yön gözden kaçınılarak hüküm kurulması isabetsiz olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bendde açıklanan nedenle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bendde açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, 27.6.1995 oybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Av. Talih UYAR - İZMİR

GÖNDERENİN NOTU:

Yüksek mahkemenin yukarıdaki kararında ihalede satılan taşınır/taşınmaz mal hakkında düzenlenen "sıra cetveli"nde alacaklıların alacaklarına "ihale tarihine kadar" faiz yürütüleceğini belirtmiştir. Karardan açıkça anlaşılacakla beraber yaptığımız araştırmada, karara konu olan uyuşmazlıkta ayrıca "ihalenin feshi" davasının da açılmış olduğunu tesbit ettik. Bu durumda, yapılan ihale hakkında ihalenin feshi davası açılması halinde, ihalenin feshi istemi reddedilip, ihale kesinleştikten sonra "sıra cetveli" düzenlenirken, icra müdürü tarafından alacaklıların alacaklarına "ihale tarihine kadar" mı yoksa "ihalenin kesinleştiği" (hatta: "sıra cetvelinin yapıldığı") tarihe kadar mı faiz yürütülecektir?

Yüksek mahkeme yukarıdaki kararında "ihale tarihine kadar" faiz yürütülmesini istemiştir. Bu ilginç -ve uygulama için de oldukça önem taşıyan- konu hakkında kendisiyle görüştüğümüz değerli meslektaşım sayın Prof. Dr. Ramazan Arslan'da "faizin ihale tarihine kadar yürütülmesinin -dağıtılacak ihale bedeli aynı olduğundan - isabetli olacağını" belirtmişken değerli meslektaşım sayın Prof. Dr. Ejder Yılmaz ise "faizin ihalenin kesinleştiği tarihe kadar hesaplanmasının daha doğru olacağını" değerli hocamız sayın Prof. Dr. Baki Kuru da "faizin sıra cetvelinin düzenlendiği tarihe kadar hesaplanması gerektiğini" belirtmiştir.

Kanımızca "alacaklıların alacaklarına ihalenin kesinleştiği tarihe kadar faiz yürütülmesi" daha adil olacaktır. Bu çözüm şekli özellikle borçlunun ihalede satılan malından başka malvarlığı olmaması halinde önem taşır. "ihalenin feshi davasının devamı süresince işleyen faizleri için alacaklıya ihale bedelinden ödeme yapılamayacağı" ileri sürülürse borçlu, güvendiği birisine kendi aleyhine takip yaptırarak, bu dönemde işleyen faizlere haciz koydurabilir ve böylece kötüniyetli borçlular ödüllendirilmiş olur.

Ayrıca belirtelim ki uygulamada genellikle, sıra cetveline girecek alacaklara "ihalenin kesinleştiği tarihe kadar" faiz yürütülmektedir.

YABANCI PARA BORCU İFLAS MASASINA "YABANCI PARA" OLARAK KAYDEDİLEMEZ

YARGITAY

19. HUKUK DAİRESİ

1995/4096 E.

1995/6124 K.

04.07.1995 T.

ÖZET : İflas tarihinde masa-

nın aktif ve pasiflerinin eşit biçim-

de ve aynı zamanda belirtilerek

müflisin tüm alacaklılarına eşit

ödeme yapılması esastır. Bunu

sağlamak için de yabancı para alacakların aynı paraya (Türk parasına) çevrilmesi gerekir. Çeviri zamanı ise, iflas kararının verildiği tarihtir.

Taraflar arasındaki kayıt-kabul davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, müvekkili banka ile müflis şirket arasında mevcut borçların tasfiyesi amacıyla 29.4.1991 tarihli protokol düzenlendiğini, protokole göre 4.320.580.650.- TL. alacağın 1/2'sinin DM., 1/2'sinin ise USD. olarak ödenmesinin taahhüt edildiğini ve taksitde bağlandığını, ilk taksidin ödenmemesi üzerine, protokolün 2/5. maddesi uyarınca tüm borcun muaccel hale geldiğini, 15.7.1993 tarihinde iflasına karar verilen ve tasfiye işlemleri devam eden müflis şirketin iflas masasına yabancı para olarak yapılan kayıt talebinin, kısmen Türk Parasına çevrilerek kabul edildiğini, kısmen de reddildiğini ileri sürerek, 1.816.855.- DM. ve 1.162.753.- USD'ın % 15 faiziyle birlikte masaya kaydına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı iflas idaresi cevap vermemiş ve duruşmalara gelmemiştir.

Mahkemece, taraflar arasındaki protokol hükümlerine göre yabancı para alacağının aynen veya olmadığı takdirde fiili ödeme günündeki Türk Lirası karşılığının ödeneceği kaydıyla masaya kaydedilebileceği gerekçesiyle 1.816.285.- DM. ve 1.162.387.- USD alacağın masaya kaydına, ödeme sırasında döviz olarak ödeme imkanı olmadığı takdirde fiili ödeme günündeki rayce göre Türk Parasına çevrilmesine, ödeme gününe kadar yıllık % 15 faiz yürütülmesine karar verilmiş, karar davalı iflas idaresi tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyumsuzluk, yabancı para borcunun masaya yabancı para olarak kaydedilip kaydedilemeyeceği konusunda toplanmaktadır.

Yabancı para alacaklarının iflas masasına kayıt şekli konusunda İcra ve İflas Kanunumuzda açık bir hüküm yoktur. Sadece, İcra ve İflas Kanunumuzun 198. maddesinin 1. fıkrasında, konusu para olmayan alacakların, ona eşit bir kıymette para alacağına çevrileceği öngörülmüştür. Öğretide, konusu yabancı para olan alacaklarında anılan yasa hükümlerine göre iflasın açıldığı andaki döviz kuru üzerinden Türk Parasına çevrilerək iflas masasına yazdırılacağı kabul edilmiştir (Kuru; 8. İcra ve İflas Hukuk. C.3, 1993 Sh. 2943, Arar.K.İcra ve İflas Hükümleri C.2. İflas. 1945. Sh.87). İcra İflas Kanununun 195. maddesinde iflasın açılması ile müflisin borçlarının muaccel olacağı ve iflasın açıldığı güne kadar işlemiş faiz ve takip masraflarının ana paraya ilave edilerek masaya kaydedileceği öngörülmüştür. Bu hükmün amacı, iflas tarihinde masanın aktif ve pasiflerinin eşit şekilde ve aynı zamanda belirlenerek müflisin tüm alacaklarına eşit ödeme yapılmasıdır. Bunu sağlamak için de yabancı para alacakların aynı paraya (Türk Parasına) çevrilmesi gerekir. Çevril zamanı ise, yabancı para alacakları ve konusu para olmayan alacaklar için iflas kararının verildiği tarih olmalıdır (Pekcanitez, H. Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, 1994. SM. 143.)

Diğer taraftan yabancı para alacağının aynen kaydı, alacaklılar arasında eşitliği ön planda tutan İflas Hukukunun bu prensibini de zedelemiş olacaktır. Zira iflasta imtiyazlı alacaklar İ.İ.K.'nın 206. maddesinde ilk beş sırada sayılmış olup, yabancı paranın masaya aynen kaydedilmesi halinde, yabancı para alacakları lehine kanunda öngörülmeıen bir imtiyaz yaratılmış olur. Bu durumda ise, aynı sırada bulunan Türk Parası alacaklısı ile yabancı para alacaklısı arasında eşitsizlik meydana gelir. Bu sonuç ise, her sıradaki alacaklıların eşit hakka sahip olduğu belirten İ.İ.K.'nın 207. maddesine aykırılık teşkil eder.

Mahkemece, yukarıdaki ilkeler doğrultusunda davacının müflis şirketten olan alacağının iflas tarihindeki kur üzerinden Türk Parasına çevrilerək masaya kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine 4.7.1995 gününde oybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Av. Talih UYAR - İZMİR

BANKALARIN ALDIĞI PROVİZYON ÜCRETİ HİZMET KARSİLİĞİ OLUP YASALDIR

YARGITAY

19. HUKUK DAİRESİ

1995/11002 E.

1995/10490 K.

01.12.1995 T.

ÖZET : 3167 sayılı yasanın 4.

maddesinde, "muhatap bankanın,

çek hesabı açılmış olan şubesi

dışındaki, herhangi bir şubesine

ibraz edilen çek karşılığı, o şube

tarafından provizyon istenmek suretiyle..." ödeneceği öngörülmüş olup bu ücret yapılan bir hizmetin karşılığında alınmakta olduğundan yasalıdır.

Taraflar arasındaki itirazın iptaline davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde Cumhuriyet Savcısı tarafından bozma istenilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı, Bankaya ibraz ettiği çek için, provizyon bedeli adı altında 100.000.- TL'nin haksız ve hukuka aykırı olarak davalı tarafından alındığını, haksız olarak alınan paranın tahsili için davalı-borçlu hakkında icra takibi yaptıklarını, ancak takibe itiraz edildiğini, belirterek, haksız olan itirazın iptali ile % 40 icra İnkâr tazminatının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, bankaların provizyon ücreti alma hakkını kanundan aldığını, Bankalar Kanunu'nun 40/1. maddesi ve bu maddeye dayalı olarak yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararı ile bankaları provizyon ücretini tespitle serbest bıraktığını, provizyon ücretinin yapılan hizmetin karşılığı olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, ilamda yazılı gerekçeler ile davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm (miktar itibarı ile) temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

İzmir 5. Sulh Hukuk Mahkemesince verilen 14.3.1995 gün, 1995/1800 Esas, 1995/278 Karar sayılı bu hükmün kanun yararına bozulması, Adalet Bakanlığı'nın talebi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından istenilmekle dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

Türk Ticaret Kanunu'nun 708. maddesinde çekin ibrazı ile ilgili yasal düzenlemeye yer verilmiş ve ayrıca 3167 sayılı Kanunun 4. maddesinde, "Muhatap bankanın, çek hesabı açılmış olan şubesi dışındaki, herhangi bir şubesine ibraz edilen çek karşılığı, o şube tarafından provizyon istemek suretiyle..." ödeneceği öngörülmüştür.

Davaya konu çekin, davalı bankanın çek hesabı açılan Çeşme şubesine ibraz edilmeyip, aynı Bankanın Halit Ziya Şubesinden tahsil istendiğine göre, anılan şubenin Çeşme Şubesinden provizyon alması, yukarıda değinilen yasa gereği olup, provizyon ücretinin yapılan bu hizmetin bedeli olduğu kuşkusuzdur.

Bu itibarla davalı bankanın aldığı ücret, Yasaya ve bu konudaki mevzuata uygun olduğundan, mahkemece davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle H.U.M.K.nun 427/7. maddesi gereğince, hükmün sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına BOZULMASINA, dosyanın yerel mahkemeye gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdi'ne ve kararın bir örneğinin Resmi Gazete'de yayınlanmak üzere Adalet Bakanlığı'na gönderilmesine, 1.12.1995 tarihinde oybirliği ile karar verildi. □

Gönderen: Av. Ali Bülent ÖZDOĞAN
İZMİR

ÖNCESİ ORMAN OLAN ARAZI, BİTKİ ÖRTÜSÜ YOKEDİLMİŞ OLSA BİLE "ORMAN SAYILIR YER" KABUL EDİLİR

YARGITAY

20. HUKUK DAİRESİ

1995/4612 E.

1995/5232 K.

25.04.1995 T.

ÖZET : Orman sınırlandırıl-

ması yapılmayan ya da sınırlandırıl-

ılmanın ilk olarak yapıldığı yer-

lerde, bir yerin orman niteliğinin

ve hukuksal durumunun 3116,

4785, 5658 sayılı yasa hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Tesbitler için, uzman bilirkişiler kuruluna, kadastro paftası, orman tahdit haritası ve tapu uygulaması yaptırılmalı, ortaya çıkacak durumu ayrı ayrı renklerle işaretlenerek tüm bilirkişilerin imzasını taşıyan keşfi izlemeye, denetlemeye, duraksamaya yer vermeyecek biçimde elverişli kroki düzenletirilmeli, tarım bilirkişisine taşınmaz üzerinde mevcut bitki örtüsü incelettilirmek suretiyle cins, miktar ve yaşlarına belirtil rapor alınarak oluşacak sonuç kapsamında hüküm kurulmalıdır.

Taraflar arasındaki orman tahdidine itiraz davalarının birleştirilerek yapılan yargılaması sonunda; davaların reddi, kamulaştırma bedelinin serbest bırakılması yolunda kurulan 04.12.1994 günü hükmün Yargıtayca duruşmalı olarak incelenmesi Orman Yönetimi, K. Y. ve H.V.O. tarafından istenilmekle, tayin olunan 24.01.1995 günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden Orman Yönetimi vekili ile K.Y. vekili ve karşı taraftan L.T. geldiler, açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelenlerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi. İş karara bırakıldı. Bilahare dosya içindeki tüm belgeler incelenip, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı Orman Yönetimi, İzmir Narlıdere Mahallesinde 137 ada, 993 parsel sayılı taşınmazın tümüyle orman olduğunu ileri sürerek tapu kaydının iptalini istemiş; daha sonra 9 numaralı orman tahdit komisyonunun 5 numaralı ekibi tarafından taşınmazın tümüyle orman tahdit sınırı içerisine alınmasına rağmen komisyonca 44, 45, 46 orman sınır noktaları dışarı çıkarılan 1650 m2'lik bölüme K.Y. ise, taşınmazın orman tahdit sınırı

içerisinde bırakılan kesimine karşı itirazda bulunmuşlar; mahkemeye, orman tahdidinin kesinleştiğinden, daha sonra yapılan 6831 sayılı yasanın 2/B uygulamasıyla sınırlandırmada bir değişiklik yapılmadığından bahsile, Orman Yönetiminin 1650 m2'lik kesim ile K.Y.'ın (B) ve (D) harfleriyle işaretli bölüm hakkındaki davalarının reddine; orman tahdidinin 44 ila 47 sınır noktalarından geçirilmesine; kamulaştırma bedelinin serbest bırakılmasına karar vermiş; hüküm, Orman Yönetimi, K.Y. ve katılan H.V.S. tarafından temyiz edilmiştir.

Getirilen belge ve kayıtlara göre, çekişmeli taşınmaz, 18.03.1947 günü kesinleşen kadastro sonucu Narlıdere (.....) Çiftliği (.....) mevkiinde 63 ada, 3 parsel numarasıyla tesbit ve böylece tescil edilmiş; daha sonra bu kayıt ifraz edilerek, dava konusu 993 parsel oluşmuştur. Öte yandan yörede 09.09.1976 günü çalışmaya başlayan 9 numaralı orman tahdit komisyonunun 5 numaralı ekibi, çekişmeli kesimi tümüyle orman tahdit sınırı içine almış; buna karşı itirazları inceleyen komisyon bir kesim yeri orman sınırı dışarısına çıkarmış; 28.10.1980 günü ilan edilen tutanaklara karşı Orman Yönetimi 05.10.1981'de tapu kaydının iptalini istemiş; 22.10.1981 gününde Orman Yönetimi 27.10.1981 günü dilekçe ile de K.Y. orman tahdidinin iptali istemiyle birleştirilen davaları açmışlardır. **Davalar 6831 sayılı yasanın açıldıkları tarihte yürürlükte bulunan 1744 sayılı yasa ile değişik 11. maddesindeki bir yıllık süre içerisinde ve tahdide karşı açıldığından, orman tahdidinin kesinleştiğinden söz edilemez, taşınmazın orman sayılan yerlerden bulunup bulunmadığı anılan yasa hükümleri uyarınca araştırılmak gerekir.**

Orman sınırlandırılması yapılmayan veya sınırlandırılmanın ilk olarak yapıldığı yerlerde, bir yerin orman niteliğinin ve hukuki durumunun 3116, 4785 ve 5658 Sayılı Yasa hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. 3116 Sayılı yasa ile sadece devlet ormanları belirlenmiştir. 13.07.1945 tarihinde yürürlüğe giren 4785 Sayılı Yasanın 1. maddesi gereğince 2. maddesinde sayılan istisnalar dışında bütün ormanlar devletleştirilmiş, devletleştirilen ormanlardan bazıları sonradan yürürlüğe giren 5658 Sayılı Yasa ile idareye tabi tutulmuştur. İadenin koşulları yasada gösterilmiştir.

Öte yandan kadastroca 63 ada, 3 parsel 31.10.1935 gün ve 15 numaralı 605.946 m2'lik tapu kaydı uygulanmak suretiyle 1.336.082 m2, olarak tesbit edilmiştir. Dayanak kayıt doğuda yasak mıntika; batıda Kadarokya tepesinden yağcayı nısıf tülüne münted hattı mustakim ile Beyza hissesine ayrılan mera; kuzeyi çeşmeli zade çiftliği arazisi; güneyi bozalan tepeleri ve yağcayı ile çevreli olup, mevcut bu durumu itibarıyla **değişken sınırlıdır.**

Değişken sınırlı olan kayıtlar miktarları ile geçerli bulunduklarından, kaydın bu niteliği ile uygulanması; buna göre kapsamının tayini ve müfrez 993 sayılı parselin tamamen veya kısmen bu kapsam içinde olup olmadığının belirlenmesi icabeder.

O halde, mahkemeye, kadastro tesbitinde 63 ada, 3 parsel revizyon gören 31.10.1935 tarih, 15 numaralı kayıt ilk oluşumundan itibaren tüm tedavül kayıtları varsa, ifraz krokisi ile birlikte tapu idaresinden, eski tarihli memleket haritası, hava fotoğrafları ve varsa, amenajman planı ilgili yerlerden getirilip, önceki bilirkişiler dışında serbest orman mühendisleri arasından seçilecek üç orman mühendisi veya yüksek mühendisi, bir tarım mühendisi ve bir harita mühendisinden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığı ile yeniden yapılacak keşifte kadastro paftası orman tahdit komisyon ve ekibince düzenlenen haritalar birbirine karşılaştırılmak suretiyle 63 ada, 3 parsel ile bundan müfrez çekişmeli 993 parsel zeminde gösterilmeli; krokisine işaretlenmeli; yerel bilirkişiler ve bunların bilmediği sınırlar için tarafların göstereceği tanıklar dinlenmek suretiyle tapu kaydı ilk tesis tarihinden itibaren uygulanmak suretiyle sabit sınırlar belirlenmeli; tedavülde sınır ve yüzölçümü farklılıkları varsa, nedenleri üzerinde durulmalı kayda miktarıyla itibar gerektiğinden sabit sınırlardan başlamak suretiyle yapılacak ölçüm sonucu dava konusu 993 parselin bu kapsam içinde kalan ve kalmayan kesimleri belirlenip, yüzölçümleri hesaplanarak krokide gösterilmeli; bundan sonra ilgili yerlerden getirilen memleket haritası, hava fotoğrafları ve varsa, amenajman planları uzman bilirkişiler kurulu aracılığı ile çekişmeli taşınmaz ile birlikte çevre araziye de uygulanmak suretiyle, taşınmazın öncesinin bu belgelerde ne şekilde nitelendirildiği belirlenmeli; 3116, 4785 ve 5658 Sayılı Yasalar karşısındaki durumu saptanmalı; tapu ve zilyetlikle ormandan toprak kazanma olanağı sağlayan 3402 sayılı yasanın 45. maddesinin ilgili fıkraları, Anayasa Mahkemesinin 01.06.1988 gün ve 31/13 E.K.; 14.03.1989 gün ve 35/13 E.K. ve 13.06.1989 gün ve 7/25 E.K. sayılı kararları ile iptal edilmiş olduğundan, **bu yollarla ormandan yer kazanılamayacağı, öncesi orman olan bir yerin üzerindeki orman bitki örtüsü yok edilmiş olsa dahi, salt orman toprağının orman sayılan yer olduğu düşünülmeli; kesinleşmemiş tahdit söz konusu olduğuna göre, uzman bilirkişiler kurulu eliyle yerine uygulanan kadastro paftası, orman tahdit haritası ve tapu uygulaması sonucu hasıl olan durum ayrı ayrı renklerle işaretlenerek tüm bilirkişilerin imzasını taşıyan keşif izlemeye ve denetlemeye duraksamaya yer vermeyecek biçimde elverişli krokî düzenlettirilmeli; tarım bilirkişisine taşınmaz üzerinde mevcut bitki örtüsü**

incelettirilmek suretiyle cins, miktar ve yaşlarını belirtir rapor alınmalı ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir hüküm kurulmalıdır.

Açıklanan biçimde bir araştırma, inceleme ve uygulama yapılmadan kurulan hükümde isabet bulunmadığı gibi, 3402 sayılı yasanın 25. maddesinde yazılı işlerden bulunmayan kamulaştırma bedeline ilişkin uyuşmazlık kadastro mahkemesinin görevine dahil bulunmadığı halde, kamulaştırma bedelinin serbest bırakılması yolunda karar verilmesi de usul ve yasaya aykırı, bütün bu hususlara yönelik temyiz itirazları yerindedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; Orman Yönetimi, Kamil Yıldırım ve Himmetül Vahit Okudan'ın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**; 6831 sayılı Yasanın 11. maddesi uyarınca orman tahdidine itiraz davaları harca tabi bulunmadığından, peşin alınan temyiz harçlarının temyiz edenlere iadesine; dava tarihinde yürürlükte olan avukatlık ücret tarifesine gereğince duruşmada hazır bulunan orman Yönetimi ve K.Y. vekilleri için takdir edilen 5000'er lira vekillik ücretinin bu mümeyyizlerde dahil olmak üzere davacı ve davalılardan tahsili ile ayrı ayrı Orman Yönetimi ve K.Y.'a ödenmesine. 25.04.1995 gününde oybirliği ile karar verildi. □

Gönderen: Av. Bilal EYÜBOĞLU - İZMİR

SANIGIN EŞİNE YAPILAN TEBLİGATTAN HABERLİ OLMADIGINA İLİŞKİN SAVUNMASI ARAŞTIRILMALIDIR

YARGITAY
CEZA GENEL KURULU

1994/4-207 E
1994/231 K.
24.10.1994 T.

ÖZET : Kocasının borcu için haczedilip kendisine yeddiemin olarak bırakılan sanık, bu malların satış yerine getirilmesi için gönderilen muhtıradan haberdar

olmadığını savunduğuna göre bu hususun araştırılması gerekir. Kaldı ki, Tebligat Yasasının 39. maddesi hükmü karşısında, borçlu kocaya yapılmış olan tebligatı geçerli kabul etmeye de olanak bulunmamaktadır.

Yeddiemin yükümlülüğünden kaçınma suçundan sanık F.Y.'nin TCY'nin 276/1. 647 sayılı yasanın 4. maddeleri gereğince 550.000 lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına ve bu cezasının ertelenmesine ilişkin Babaeski Asliye Ceza Mahkemesince verilen 20.11.1992 gün 198/267 sayılı hükmün sanık vekili tarafından temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 4. ceza dairesi 7.9.1993 gün 6244/5779 sayı ile;

"Haczedilen eşyayı belli günde satış yerine getirmesi için sanık adına çıkarılan tebliğ kağıdının borçlu olan kocaya tebliğ edildiğinin koca tarafından da bu tebligatın sanığa bildirilmediğinin savunulmasına göre bu husus araştırılmadan sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi" isabetsizliğinden bozmuş.

Yerel Mahkeme 12.11.1993 gün 254/274 sayı ile;

"7201 sayılı yasa gereğince tebligat, tebliğ yapılacak şahıs bulunmadığı takdirde birlikte oturan aile fertlerinden birine yapılacaktır. 5584 sayılı yasanın 17. maddesi uyarınca da, faahhütlü mektup, alıcısı bulunmadığı takdirde kendisiyle birlikte oturan ailesinden birine veya yetişkin olan birisine verilecektir. Satış günü ile ilgili tebligat sanıkla aynı çatı altında oturan eşine yapıldığından geçerlidir." gerekçesiyle önceki hükümde direnmiştir.

Bu hükmün de Yargıtayca incelenmesi, sanık vekili tarafından süresinde istenildiğinden dosya; Yargıtay C. Başsavcılığının "onama" istemli 23.6.1994 günü tebliğnamesiyle Birinci Başkanlığa gönderilmekle Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Kocasının borcu nedeniyle haczedilen ve yediemin olarak kendisine irakılan mahcuz malları, tebliğe rağmen satış yerinde hazır bulundurmamışından bahisle sanığın cezalandırılması karar verilmiştir.

Sanık, C. Savcılığı ve duruşmada alınan beyanlarında, satış yer ve zamanını bilmediği için eşyaları götüremediğini, satış gününü bildirir davetiye- in tebliğ edilmediğini savunmuştur.

Mahcuz malların belli gün ve saatte satış mahallinde hazır bulundurulmasına ilişkin icra memurluğu muhtırası, 13.7.1992 tarihinde, sanığın eşine ani icra dosyasının borçlusuna tebliğ edilmiştir.

Yediemin yükümlülüğünden kaçınma suçunun oluşması için, usulüne uygun tebligata rağmen mahcuz malların satış mahallinde hazır bulundurulmaması, sanığın satış gününü bilmesine rağmen kendisine teslim edilen eşyaları hazır bulundurmamaya satışa bilerek engel olması gerekir.

7201 Sayılı Tebligat Yasasının 16. maddesi gereğince sanığın eşine tebliğ olunan satış gününü bildirir muhtıranın, aynı yasanın 54. maddesi yarınca en kısa zamanda muhatabı olan sanığa verilmesi gerekmektedir. anık ise aşamalarda, tebliğ evrakını almadığını savunmuş ve bu konuda bir araştırma yapılmamıştır.

Öte yandan, tebligatı alan sanığın eşi, icra dosyasında borçlu olup hac- olunan ve sanığa teslim edilen malların sahibidir. Bu nedenle yediemin olan şii ile çıkarları çatışmaktadır. Yedieminin satış gününü öğrenerek eşyaları atış yerine getirmesi ve satışın yapılması aleyhinedir. Tebligat Yasasının 9. maddesinde "kendilerine tebliğ yapılması caiz olan kimselerin o davada asım olarak ilgileri olduğu takdirde muhatap namına kendilerine tebliğ apılamayacağı" da hükme bağlanmıştır. Bu nedenle de, sanığın geçersiz lan tebligatı öğrenip öğrenmediğinin, tebligatı olan borçlu da dinlenmek su- etiiyle araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden direnme ökmünün bozulmasına karar verilmiştir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle, Yerel Mahkeme direnme hükmünün Bozulması- a, tebliğnamedeki onama isteyen düşünceye aykırı olarak 24.10.1994 günü ybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Mehmet Handan SURLU - Yargıtay Üyesi

VERGİ BEYANNAMELERİNİN SERBEST MUHASEBECİLERE İMZALATILMASI ZORUNLULUĞU GETİREN HÜKÜMLERİN İPTALİ İÇİN ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURU KARARI

DANİSTAY
4. DAİRE

1995/1195 E.
30.10.1995 T.

ÖZET : Vergi yükümlüsünün, özel yasada ve uygulamada belli edilen bir yöntemle tek yanlı ola- rak saptanan bir ücret karşılı- ğında, "vergi beyannamesinin im- zalanması"nı sağlamak için belirli bir meslek grubuyla sözleşme yap- maya zorlanması onun maddi ve manevi varlığının gelişmesini önleyen bir yöntemdir. Verginin, yasalarda belirlenen kurallara uygun / olarak beyan edilip edilmediğini denetlemek devlet organlarına ait / bir görev olup Anayasanın 128 nci maddesinde de belirtildiği gibi, bu hizmet ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. V.U.K.nun 4008 sayılı yasanın 6 ncı maddesiyle eklenen mükerrer 227 nci mad- desinin hükmünün Anayasaya aykırı olduğu kanısına varıldığından Ana- yasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmiştir.

Av. Önder Sav Vekili Av. Tezcan Çakır tarafından, 23.2.1995 günlü ve 22211 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Vergi Beyannamelerinin Serbest Muhasebeci ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerce İmzalanması Hakkında 1 Sıra No.lu Genel Tebliği'nin iptali dileğiyle Maliye Bakanlığına karşı açılan dava incelendi:

Maliye Bakanlığı, 23 Şubat 1995 günlü ve 22211 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "1 Sıra No.lu Vergi Beyannamelerinin Serbest Muhasebeci ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerce İmzalanması Hakkında Genel Tebliği" ile, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na 4008 sayılı Kanunun 6 ncı mad- desiyile eklenen mükerrer 227 nci maddenin Bakanlığa verdiği yetkiye da- yanarak, 1995 yılı gelirlerine ilişkin olup, 1996 yılında verilmesi gereken yıllık gelir vergisi beyannamelerinden başlayarak yıllık gelir ve kurumlar ver- gisi beyannamelerinin serbest muhasebeci ve serbest muhasebeci mali müşavirlerce imzalanması ve bu iş için mükelleflerin bunlarla sözleşme yap- ması zorunluluğunu öngörmüştür. Serbest avukat olarak çalıştığı anlaşılan davacının Maliye Bakanlığı'nın bu tasarrufunun hukuka ve dayanağı kanun maddesinin Anayasa'ya aykırılığından söz ederek iptali dileğiyle açtığı davanın görüşülmesine, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 227 nci maddesi hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varılarak, Ana- yasa'nın 152 nci maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve

Görevleri Hakkında Kanunun 28 inci maddesi uyarınca, konunun Anayasa Mahkemesi'ne sunulması uygun görülmüştür.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 227 nci maddesinde, "Maliye Bakanlığı;

1. Vergi beyannamelerinin 3568 sayılı Kanuna göre yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavirler tarafından da imzalanması mecburiyetini getirmeye, bu mecburiyeti beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibariyle ayrı ayrı uygulamaya,

2. Vergi kanunlarında yer alan muafiyet, istisna, yeniden değerlendirme, zarar mahsubu ve benzeri hükümlerden yararlanmasını Maliye Bakanlığı'nca belirlenen şartlara uygun olarak yeminli mali müşavirlerce düzenlenmiş tasdik raporu ibraz edilmesi şartına bağlamaya,

Bu uygulamalara ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Yukarıdaki fıkra hükümlerine göre beyannameyi imzalayan veya tasdik raporunu düzenleyen meslek mensupları, imzaladıkları beyannamelerde veya düzenledikleri tasdik raporlarında yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi ziyaına bağlı olarak salınacak vergi, ceza, gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulurlar.

2 numaralı bent hükmüne göre yararlanılması yeminli mali müşavirlerce düzenlenmiş tasdik raporu ibraz şartına bağlanan konularda, tasdik raporunu zamanında ibraz etmeyen mükellefler tasdik konu haktan yararlanamazlar. Ancak Maliye Bakanlığı tasdik raporlarının ibraz süresini iki aya kadar uzatmaya yetkilidir." denilmektedir.

Bu suretle idari bir kuruluş olan Maliye Bakanlığı'na vergi yükümlülerinin uymak zorunda oldukları ve aksine hareketleri ceza ile müeyyidelendirilen bir yükümlülük getirme yetkisi tanınmaktadır. Nitekim Maliye Bakanlığı mükerrer 227 nci maddenin tanıdığı yetkiye dayanarak bu davada iptali istenen 1 Sıra No.lu Vergi Beyannamelerinin Serbest Muhasebeci ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerce imzalanması Hakkında Genel Tebliği ile, yükümlülerce verilecek yıllık beyannamelerin sözü edilen meslek mensupları tarafından imzalanması zorunlu hale getirmiştir.

Vergi beyannamelerinin maddede belirtilen meslek mensupları tarafından da "imzalanması mecburiyetinin" yasada öngörülmesinin uygun olup olmadığının saptanması ve böyle bir mecburiyetin yasa ile getirebileceği Anayasa hükümleri açısından mümkün görülebilir ise, bu mecburiyetin beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibariyle uygulanması konusundaki yetkinin Maliye Bakanlığı'na devredilmesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunun incelenmesi gerekli görülmüştür.

Yasa koyucunun, vergi beyannamelerinin belirlenen meslek mensupları tarafından da imzalanması mecburiyetinin getirilebileceğini kabul etmesi Anayasamızın 5, 6, 12, 48 ve 128 inci maddelerine aykırı bulunmuştur.

Vergi, kamu giderlerini karşılamak üzere herkesin mali gücüne göre vermekle yükümlü olduğu ekonomik değerler olup, alacaklısı, ülkesi üzerindeki egemenlik hakkına dayanan Devlet, borçlusu ise vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu düşen gerçek veya tüzel kişilerdir. Vergilendirme yetkisi, Anayasamızda yer alan hukuk devleti ilkesi gereği, vatandaşların hukuk güvenliği ve "kanunsuz vergi olmaz." ilkeleri göz önüne alınarak, vergilerin kanuniliği esasları içinde yasama organınca düzenlenir. Verginin yasama organınca konulmuş sayılabilmesi için, mükellefinin, matrahının, oranının, tarh ve tahakkukunun mükellefine düşen ödevlerin ve denetiminin yasama organınca düzenlenmesi gereği açık olmakla birlikte, yasama organının da bu düzenlemeyi yaparken Anayasa kuralları içinde kalmak zorunluluğu ortadadır. Yukarıda belirtildiği gibi vergi, egemenlik hakkına dayanan devlet ile temel hak ve ödevleri bulunan vatandaş arasında mevcut bir alacak ilişkisi-dir.

Sosyal hukuk devleti kavramı devlete, toplumsal düzenin koruyucusu olarak ve egemenlik hakkına dayanarak kural koyma, suçluları yakalama ve ceza verme görevi ile birlikte fertlerin sosyal ve ekonomik haklarını güvence altına alma sorumluluğuna da yükler. Vergi nedeniyle devlet ile mükellef arasında doğan ilişkinin düzenli bir şekilde işlenmesi için devlet tarafından, egemenlik gücüne dayanarak bazı kurallar ve yaptırımlar getirilirken, yükümlülerden bazı ödevleri yerine getirmeleri, bazı şeyleri yapmaları istenilirken, kişilerin hak ve özgürlük alanlarına, mülkiyet haklarına müdahale edebileceği açık olduğundan, Anayasamızın vergiye ilişkin doğrudan düzenlenen hükmü, "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmın "Siyasi Haklar ve Ödevler" ile ilgili Dördüncü Bölümde "vergi ödevi" başlığını taşıyan 73 üncü maddesinde yer almıştır. Bu da Anayasamızın vergi hukuku nedeniyle kişilik haklarının özüne dokunulmamasına gösterdiği özen nedeniyledir.

Anayasanın 12 inci maddesinde, "Herkes, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir." denilmektedir.

Vatandaşın, Anayasanın, temel haklar ve ödevler bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerinden olan vergi borcunu ödemek üzere devletle olan ilişkisinin gereklerini yerine getirirken, devletle yapısal bir bağı bulunmayan, Anayasa'nın 128 inci maddesine belirtildiği gibi devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerini gördürdüğü memurlar ve diğer kamu görevlilerinden ol-

mayan bir grup meslek mensubunun fiili yardımına mecbur edilmesi, üstelik bu mecburiyet nedeniyle mali külfet altına sokulması Anayasanın özüne ve hükümlerine uygun görülmemiştir.

Anayasanın 5 inci maddesi, devletin temel amaç ve görevleri arasında, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmayı, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı da saymıştır. Kişinin vergi ödevini yerine getirirken devlet dışında bir meslek mensubunun denetimine "isteği dışında" mecbur bırakılması onun maddi ve manevi varlığını geliştirmesini engelleyen ekonomik ve sosyal bir engeldir.

Vergi Mükellefinin, özel kanunda ve uygulamada belli edilen bir yöntemle tek taraflı olarak saptanan bir ücret mukabil, "vergi beyannamesinin imzalanması" nı temin için belirli bir meslek grubuyla madde metninin verdiği yetkiye dayanılarak sözleşme yapmaya zorlanması onun maddi ve manevi varlığının gelişmesini önleyen bir yöntemdir. Kişi kendini böyle bir yardıma muhtaç görürse Anayasanın 48 inci maddesine belirtildiği gibi sözleşme hürriyeti dahilinde bunu sağlamak hakkına zaten sahiptir. Kişi, sözleşme hürriyeti çerçevesinde ister odaya kayıtlı olan meslek mensuplarıyla çalışır. İsterse kendi muhasebe sistemini kurarak muhasebeci eliyle işlemlerini yürütür veya hiç muhasebeci çalıştırmaz ve bu tercihinin mali külfetine ve kanuni sonuçlarına kendi isteğiyle katlanır. Kanunda böyle bir zorunluluğun öngörülmesi Anayasanın 5, 12 ve 48 inci maddelerine aykırıdır.

Öte yandan Anayasanın 6 ncı maddesine göre, egemenlik kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiç bir surette hiç bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiç bir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz. **Devletin egemenlik hakkına dayanarak aldığı verginin, kanunlarda belirlenen kurallara uygun olarak beyan edilip edilmediğini denetlemek sadece Devlet organlarına aittir ve Anayasanın 128 nci maddesinde belirtildiği gibi bu hizmet, ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.** Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylıkları v.s. kanunla düzenlenir ve devlet eliyle yürütülür. İşletmelerin faaliyetlerinin sonuçlarını ilgili mevzuat çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutarak gerçek durumu ilgililerin ve resmi mercilerin istifadesine sunmak üzere özel bir kanunla düzenlenen serbest muhasebecilik, serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleğini bir odaya bağlı olarak yürüten kişilerin memur veya kamu görevlisi olmadıkları açıktır. Bunlar serbest meslek mensubudurlar ve 3568 sayılı kanunun 47 nci maddesinde, bunların

görevleri sırasında veya görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı fiillerinin niteliğine göre Türk Ceza Kanununun devlet memurlarına ait hükümleri uyarınca cezalandırılmalarının öngörülmesi, kamu görevlisi sayılmalarını gerektirmez. **Üstelik bunların yapacağı denetim devletin denetim hakkını da sona erdirmemektedir. Bu denetim, mükellefe ek bir mali külfet yükleyerek belli bir meslek grubunun iş sahasını genişleterek idareye belli bir kolaylık sağlamak amacını gütmektedir. Ancak bu düzenleme beyannameyi imzayalacak meslek mensubunun zorunlu olarak mükellefin defterlerini tutmak, bilanço, kar - zarar tablosu ve beyannamelerini düzenlemek ve benzer işleri yapmak gibi sonuçlar da doğuracağından (ki iptali istenen idari düzenleme ile sözleşme imzalama zorunluluğu da getirilmiştir.) mükellef aleyhine sonuçlar ortaya çıkarılabilecektir.** Yasaya göre, yapılan bu işlemler nedeniyle bir vergi ziyat ortaya çıkarsa, mükellefle beraber meslek mensubunun da vergi, ceza ve gecikme faizlerinden sorumlu olduğu kabul edilmişse de, bunların fiilleri nedeniyle mükellefin ceza tehdidi altına bırakılması cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu gibi, mükellefi kendi idaresi dışında vergi ve ceza tehdidi altına sokmaktadır. Mükellefle devlet arasında, böyle karmaşık hukuki sorunlar çıkarılabilecek şekilde zorunluluk getirilerek, bir meslek grubunun dahil edilmesi, Anayasa'ya uygun görülmemiştir.

Yasayla vergi beyannamelerinin meslek mensupları tarafından da imzalanması mecburiyetini getirme ve bu mecburiyeti beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulamaya ait usul ve esasların belirlenmesi konusunda Maliye Bakanlığına yetki devredilmesi ise ayrıca Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa hukukunun temel ilkelerinden biri olan ve hukuk devletinin özünü oluşturan "kanun önünde eşitlik" ilkesi, Anayasamızın 10 uncu maddesinde "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." ifadeleriyle yer almıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi, vergi hukukunda diğer alanlara oranla daha fazla önem taşımaktadır. Zira vergi, devletin egemenlik gücüne dayanarak vatandaşlardan cebren ve karşılıksız olarak alınan ekonomik değerlerdir. Bu nedenle, bu konuda çıkarılan kanunların vatandaşlara tam, doğru ve eşit olarak uygulanması gerekmektedir. Vergi Kanunları önünde eşitlik, benzer koşullar içinde olanların aynı vergi yüküne tabi olmasını, denetim yönünden de aynı kurallara tabi olmasını ifade eder. Ancak konunun hangi koşullar altında benzer veya aynı olduğunu belirlemek Anayasadaki kurallar çerçevesinde kanun koyucuya aittir.

Vergi Kanunları, verginin konusu, mükellefi, matrahı, tarifi, tahsil şekilleri gibi vergilendirme olayının temeli olan hususları mutlak hükme bağlamalıdır. Bir mali yükümlüğün yerine getirilmesi, bu yönleriyle yeterince be-

irlenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyerek keyfi uygulamalara yol açabilmesi olasıdır. Bu nedenle vergi ile ilgili ödevlerin ve verginin tahsiline ilişkin zorunlulukların çerçevesinin belli başlı unsurları da açıklanarak Anayasadaki ilkeler içerisinde kanunla düzenlenmesi gerekir. Kanunla yapılması gerekli düzenleme yetkisi yürütme organına tanınmaz.

227 nci maddede yer alan "Maliye Bakanlığı vergi beyannamelerinin 3568 sayılı kanuna göre yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir veya yemimli mali müşavirler tarafından da imzalanması mecburiyetini getirmeye, bu mecburiyeti beyanname çeşitleri mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir." şeklindeki hüküm, vergilerini beyan üzerine ödeyen mükelleflerin bir kısmının beyannamelerinin meslek mensuplarına imzalatılması, imzalatılmaları halinde müeyyideye maruz bırakılmaları, bir kısmının bundan muaf tutulması sonucunu doğurabilir. Nitekim uygulama böyle olmuştur. Bu husus kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasanın 91 inci maddesine göre, T.B.M.B. Bakanlar kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemez. Anayasanın bu maddesinde öngörülen haklardan olan vergi ödevi, kanun hükmünde kararname ile bile düzenlenemezken, idareye, bu ödevin yerine getirilmesi için mükelleflere yüklenilen bir "zorunluluğu getirme" yetkisinin tanınması, üstelik bu zorunluluğun sınırlarının ve kimlere uygulanacağını kanunda belirlenmesi Anayasanın 7, 10, 73 ve 91 inci maddelerine aykırıdır.

Bu nedenlerle 213 Sayılı Vergi Kanunu'nun 4008 sayılı kanunun 6 ncı maddesiyle eklenen mükerrer 227 nci maddesi hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varıldığından, Anayasa'nın 153 ncı ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 28 inci maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, kararla birlikte dosyada bulunan dava dilekçesi, müdahil dilekçeleri ve ekleri ile Davalı İdarenin savunması ve Danıştay Savcısı düşüncesinin tasdikli bir örneğinin Anayasa Mahkemesi-Başkanlığı'na gönderilmesine 30.10.1995 gününde oy birliğiyle karar verildi. □

BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ SINIRLARINDAKİ İLÇENİN ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ KANALIYLA İDARİ YARGIDA DAVA AÇILABİLİR

DANIŞTAY
6. DAİRE

1995/1774 E.
1995/3152 K.
19.09.1995 T.

ÖZET : İzmir 3. İdare Mahkemesi'ne gönderilmek üzere, temyiz dilekçesinin bağımsız bir ilçe olan ve ayrı bir asliye hukuk mahkemesi yargı çerçevesi niteli-

ğinde bulunan Karşıyaka Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimliği'ne verilmesinin 2577 sayılı yasanın 4 üncü maddesine aykırı olduğunu kabul etmeye olanak yoktur.

YAYIN KURULU NOTU: İzmir 3. İdare Mahkemesi'nin, "yerleşim özellikleri itibarıyla il merkezi ve il merkezinin devamı niteliği taşıyan ilçelerdeki asliye hukuk mahkemesi yargıçlıkları kanalıyla Büyükşehir'deki idare yargı mercilerinden dava açılmayacağı; bu yolla yapılan başvuruların süreleri kesmeyeceği" yönündeki 20.03.1995 tarih, 1993/1181 E., 1994/1288 K. sayılı kararı Dergimizin 1995/Nisan sayısında (sayfa: 190 - 192) yayımlanmıştır. Aşağıda yerel mahkemenin bu kararını bozan Danıştay 6. Daire'nin kararını okurlarımızın bilgisine sunuyoruz.

İstemin Özeti: İzmir 3. İdare Mahkemesinin 20.3.1995 günü, E: 1995/1181, K: 1994/1228, T.No: 1995/72 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu öne sürülerek bozulması istenilmiştir.

Savunmanın Özeti: Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirinin bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Tetkik Hakimi Selçuk Topal'ın Düşüncesi: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 4'üncü maddesinde dava ve davayla ilgili her türlü dilekçelerin İdare veya Vergi Mahkemesi bulunmayan yerlerde Asliye Hukuk Hakimliklerine verilebileceği hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm karşısında, temyiz dilekçesinin **müstakil bir ilçe olan Karşıyaka Asliye Hukuk Hakimliğine** verilmesine kanuna aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle İdare Mahkemesince temyiz dilekçesinin mahkeme kayıtlarına intikal ettiği tarih esas alınarak temyiz isteminin süreaşımı yönünden reddedilmesinde isabet görülmediğinden, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı Aynur Şahinok'un Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle İdare Mahkemesi kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

İzmir, Urla, 19 D III-b 19 D III-o pafta, 1280 ada, 2 sayılı parselin ucuz konut yapımı amacıyla kamulaştırılmasına ilişkin 25.11.1992 günlü, 789 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen İzmir 3. İdare Mahkemesinin 21.12.1994 günlü, E: 1993/1181, K: 1994/1228 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istemiyle yapılan başvuru üzerine İdare Mahkemesince, mahkeme kararının davacıya 26.1.1995 gününde tebliğ edildiği, her ne kadar temyiz dilekçesi mahkemeye gönderilmek üzere **Karşıyaka Asliye Hukuk Mahkemesine 27.2.1995 gününde verilmiş ise de**, İdare mahkemesi bulunan İzmir ilinde dilekçelerin yalnızca İdare Mahkemesine verilebileceği, temyiz dilekçesinin yasal temyiz süresi geçtikten sonra 16.3.1995 tarihinde idari mahkemesinde kayda geçtiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle temyiz isteminin süreaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş; bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2577 sayılı Yasanın 4. maddesinde: "Dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak, Danıştay veya alt olduğu mahkeme başkanlıklarına idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına verilebilir." hükmü yer almaktadır.

Dava ve temyiz dilekçelerinin kural olarak alt oldukları mahkeme başkanlıklarına verilmesi gerekmekte ise de; sözü edilen yasa hükmüyle kanun koyucunun idare ve vergi mahkemelerinin ülkenin birçok yerinde bu-

lunmaması durumunu gözönünde tutarak ve ilgilileri bu yönden kolaylık sağlayarak gereksiz harcamalardan kurtarmak amacıyla dilekçelerin, savunmaların ve davalara ilişkin her türlü belgenin diğer yanında asliye hukuk hakimliklerine de verilebileceği öngörülmüştür.

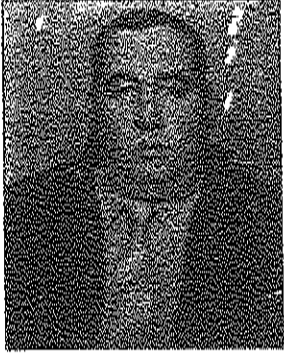
Dosyanın incelenmesinden, temyiz dilekçesinin İzmir 3. İdare Mahkemesine gönderilmek üzere 27.2.1995 tarihinde Karşıyaka Asliye Hukuk Hakimliğine verildiği ve bu dilekçenin 16.3.1995 tarihinde idare mahkemesi kayıtlarına geçtiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle bakılan uyumsuzlukta, temyiz dilekçesinin, İzmir 3. İdare Mahkemesine gönderilmek üzere **müstakil bir ilçe olan ve ayrı bir asliye hukuk mahkemesi yargı çevresi niteliğinde bulunan Karşıyaka Asliye Hukuk Hakimliği'ne** verilmesinin 2577 sayılı Kanunun 4'üncü maddesine aykırı olduğunu kabul etmeye olanak bulunmamaktadır. 26.1.1994 günü tebliğ edilen İzmir 3. İdare Mahkemesinin 21.12.1994 günlü, E: 1993/1181, K: 1994/1228 sayılı kararın temyizine ilişkin 27.2.1995 günlü dilekçe ile Karşıyaka Asliye Hukuk Mahkemesi kanalıyla talep edilen temyiz istemi süresinde olduğundan, idare mahkemesince temyiz isteminin süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle İzmir 3. İdare Mahkemesinin 20.3.1995 günlü, E: 1993/1181, K: 1994/1228, T.No: 1995/72 sayılı kararının **BOZULMASINA**, 252.400.- TL. karar harcı ile fazladan yatırılan 188.500.- TL. harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 19.9.1995 gününde oybirliğiyle karar verildi. □

Gönderen: Av. Türkyılmaz ÖZBEK - KARŞIYAKA

YİTİRDİKLERİMİZ



Av. Olgun BALKANLI
Sicil No: 1382
Doğum Tarihi: 01.01.1947
Baro Kayıt T.: 12.12.1973
Vefat T.: 30.01.1996



Av. Türkyılmaz ÖZBEK
Sicil No: 3146
Doğum Tarihi: 10.01.1958
Baro Kayıt T.: 06.09.1988
Vefat T.: 05.03.1996



Av. Yusuf KARA
Sicil No: 2439
Doğum Tarihi: 1946
Baro Kayıt T.: 14.09.1972
Vefat T.: 09.01.1996



Av. İshak CİHAN
Sicil No: 1380
Doğum Tarihi: 30.06.1944
Baro Kayıt T.: 12.12.1973
Vefat T.: 02.01.1995

YİTİRDİKLERİMİZ



Av. Özcan PIŞKIN
Sicil No: 1218
Doğum Tarihi: 29.12.1939
Baro Kayıt T.: 01.12.1972
Vefat T.: 03.10.1995



Av. Mustafa YÜCELEN
Sicil No: 2400
Doğum Tarihi: 01.01.1937
Baro Kayıt T.: 10.07.1984
Vefat T.: 08.08.1995



Av. Başar ÜNSAL
Sicil No: 947
Doğum Tarihi: 01.01.1937
Baro Kayıt T.: 13.12.1967
Vefat T.: 05.03.1996



Av. Yalçın ÖNDER
Sicil No: 1006
Doğum Tarihi:
Baro Kayıt T.: 07.01.1970
Vefat T.: 19.03.1996

Ölümlerine değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz. ☐

İzmir Barosu Yönetim Kurulu