

T.C.
YARDA
KİTAPLIGI
Sayı 4

YARGITAY DERGİSİ

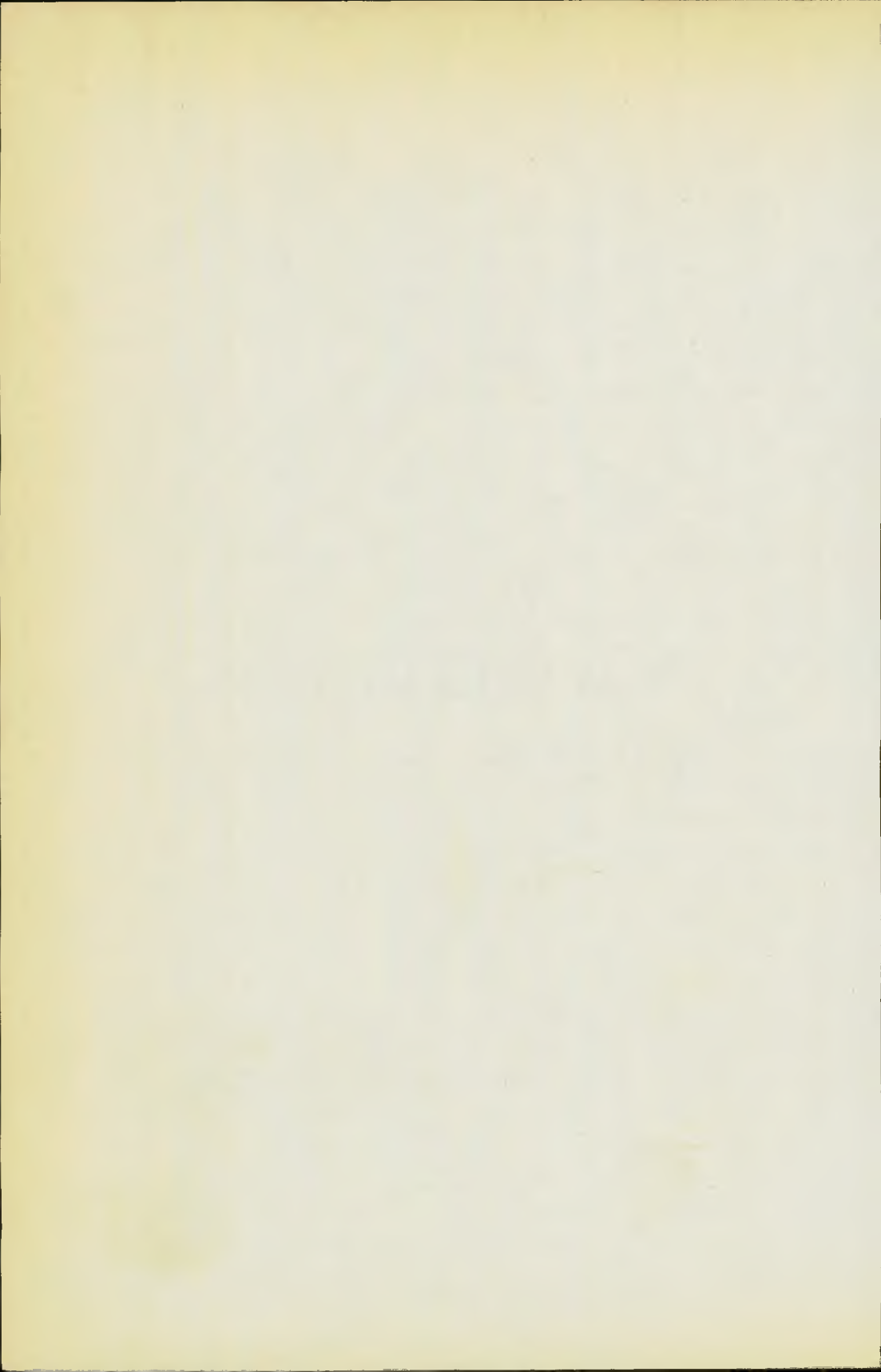
CİLT 1

1975

SAYI 4

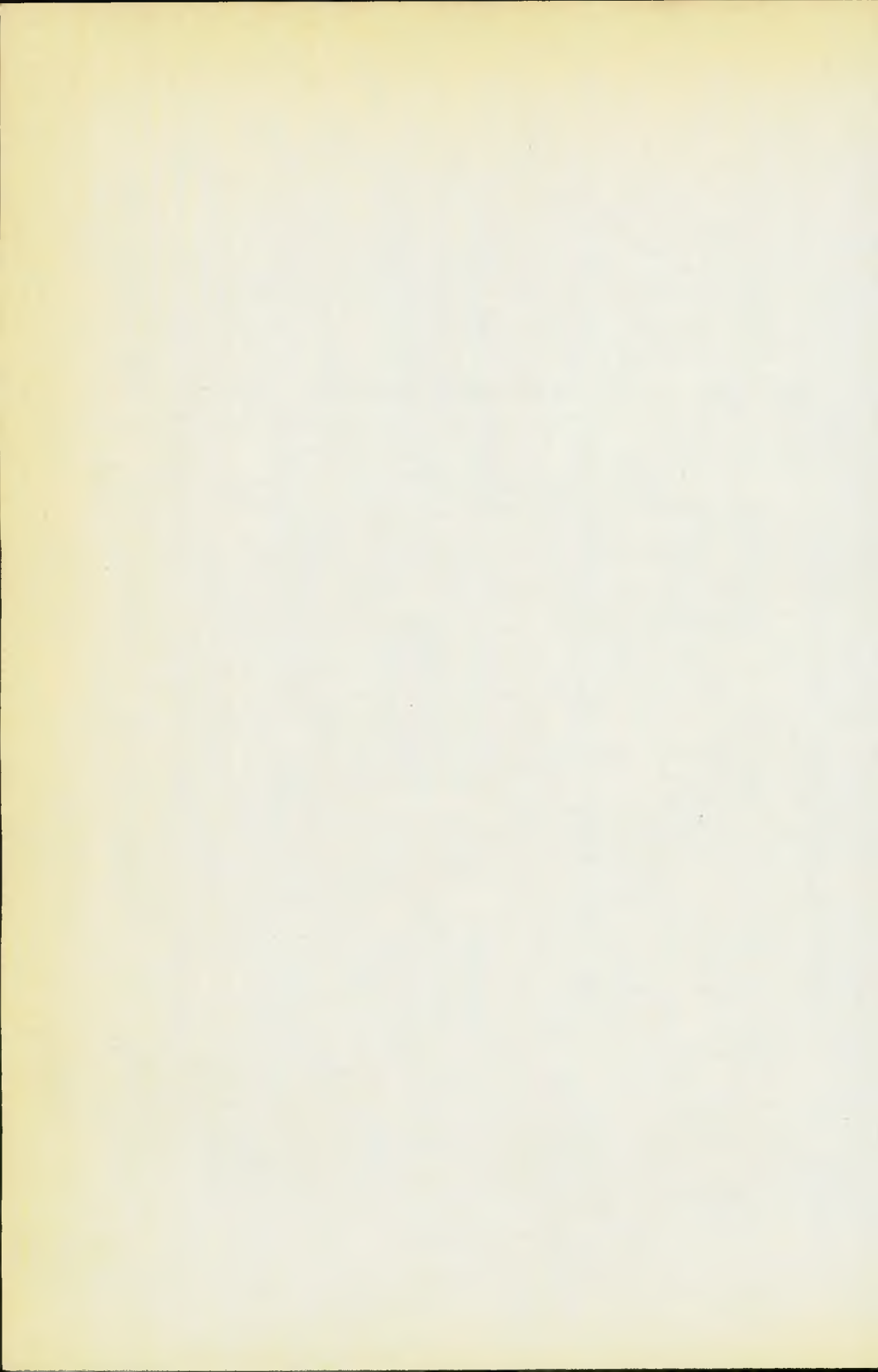
NİSAN

Ajans - Türk Matbaacılık Sanayii / Ankara - 1975



İÇİNDEKİLER

		Sahife
1 — İçindekiler		3
2 — Esat ŞENER	Tereke Ve Saklı Payın Hesaplanması	5 - 21
3 — İsmail DOĞANAY	Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devâlüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler, Akdin Yerine Getirilmesine Mâni Olur Mu ?	47 - 61
4 — Eyüp Sabri ERMAN	Limited Şirketlerde Teşkilât, Yönetim Ve Sorumluluk . .	47 - 61
5 — Emin BAŞAKLAR	Uygunlamada Babalık Davaları	63 - 81
6 — Nihat SAYINALP	Hukuk Davalarında Gıyap Kararının Sonuçları	83 - 93
7 — Dr. Altan KAYNAK	Örgütlenmiş Suç Ve Mafya (LCN)	95 - 118
8 — Metin ERTUĞRUL	İskence Ve Ötesi Özgürlüğün Bedeli	119 - 126
9 — Hüseyin ANARAL	Ad, Alâmet, Resim Ve Ses Üzerindeki Hakların Korunması	127 - 139
10 — Dr. Hasan İ. BIYIKLI	Suçbilim Açısından Tutuklama	141 - 160
11 — Sinâ CİMCOZ	Bir Alman İçtihadı Dolayısıyla İdare Muhtariyeti Prensibi Üzerine Düşünceler	



TEREKE VE SAKLI PAYIN HESAPLANMASI (*)

ESAT ŞENER

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı

I. GİRİŞ :

Tenkis davalarında, terike ve saklı payın hesaplanmasında öylesine yanlışlıklara rastlıyoruzki, bazen bu denli yanlışmanın sebebi ni bile anıyamıyoruz. Bunda, Medenî Kanunun bu konudaki hükümlerinin yetersizliğinin önemli ölçüde etkisi olduğu bir gerçek olmakla beraber, ilmî ve kazaî içtihadlar üzerinde yeterince durulmamasının payının da büyük olduğunu saklamamak gerektir. Hükümlerin bu yüzden bozulması ile, bir yandan vatandaşlar, haklarını geç almanın sıkıntısını çekerken hâkimler de inanarak ve özenerek verdikleri kararların onanmamış olması karşısında üzüntü duymaktadırlar. İşte bu ikili tedirginliği azaltabilmek umudu ve özellikle bu arada çeşitli şekilde açığa vurulan isteklerin teşviki ile evvelce başladığımız yazı dizisine devam ediyoruz.

II. TERİKE (1)

Tereke, ölenin hak, alacak, borç ve her çeşit mallarının tümüdür. Buna miras diyenler de vardır.

Tenkis davalarında uygun bir sonuca ulaşılması, net terekenin bilinmesi ile mümkün olur. Aksi halde gerçek saklı payın tespiti mümkün olamaz. Medenî Kanununda tenkise esas olmak üzere, terekenin belirlenmesi ile ilgili bir hükme yer verilmemiş «tasarruf nisabı» nın hesabı sebebi ile terekenin nasıl tespit edileceği açıklanmış (M.K. 454, 455, 456 gibi) dolaylı olarak hükümler öngörülmüştür.

(*) Bu yazı, Yargıtay Dergisinin 1975 yılı 1 ve 2. sayılarında yayınlanan yazı dizisinin devamıdır.

(1) Kelimenin aslı terike olmakla beraber, Tereke şeklinde kullanılmış, halk buna alışmıştır. (Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ferit Devellioğlu, 1962, Sh. 1304, Ali Himmet Berki, Miras ve Tatbikat, 1946, Sh. 25 ve sonrası, Türk Hukuk Lûgatı, 1944, Sh. 336). Biz de kararlarımızda bazen terike, bazen tereke diye yazıyoruz. Tereke deyimini öylesine yerleşmiş, bunu terike yapmanın imkânı kalmamıştır.

III. TEREKENİN AKTİFİNİN TESPİTİ

Terekenin hesaplanması için iki ana işlem yapılır. Biri aktifin bulunması, diğeri pasifin belirlenmesidir.

Bu konu, çeşitli uyuşmazlıklar doğurmaktadır. Onun için olabildiğince anlaşmazlık ihtimallerini sıralayıp geniş bilgi vermeyi uygun buluyorum. Böylece uygulamacılara yardımcı olabileceğimi sayıyorum.

A) ALACAKLAR

1 — Şarta bağlı alacaklar :

Uygulamada bu konu çok tartışmalıdır. Bu bakımdan ayrıntıya girmek zorunluluğunu duyuyorum.

Şarta bağlı alacaklar iki tür olur. Ya alacak talikî şarta (B.K. 149) bağlıdır, ya da şart infisahîdir. (B.K. 152).

Bu konudaki görüşleri üç bölümde toparlamak mümkündür.

a) Bir kısım bilim adamları, talikî şarta bağlı alacakların terekeye eklenmemesi, infisahî şarta bağlı olanların ise, hesaba katılması düşüncesindedirler. Görüşlerini, aynı konudaki Alman Medenî Kanununun 2313. maddesine dayatmaktadırlar. (2)

b) Karşı görüş diyebileceğimiz bir kısım bilim adamları ise, şarta bağlı alacaklar tahsil edilemeyeceği için, mübadele değeri olmayan alacaklarda olduğu gibi, şarta bağlı alacakların da terekeye eklenmeyeceğini savunmaktadırlar. (3) «Mübadele değeri bulunmayan alacak» deyimi ile, hatıra niteliği taşıyıp para ile ölçülmesi mümkün olmayan taşınır. (Menkul) mallar anlatılmak istenmektedir. (4)

c) Bir kısım bilim adamları ise, şarta bağlı alacakların terekeye eklenmeyeceğini, ancak, ileride şartın gerçekleşmesi halinde, yararına vasiyet veya bağış yapılan kişilerin, tasarruf nisabının yeniden hesaplanmasını isteme haklarının saklı olduğunu beyan etmektedirler. (5)

(2) Prof. Zahit İmre, Türk Miras Hukuku, 1968, Sh. 342, Prof. Nuşin Ayiter, Miras Hukuku, 1971, sh. 135, Prof. ESCHER, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Miras Hukuku, Ş. Şakir Ansay Çevirisi, 1949, sh. 166, Prof. A. Naim İnan, Miras Hukuku, 1969, sh. 221, Doçent Fikret Eren, Türk Medenî Kanununda Tenkis davası, 1973, sh. 28, Dipnot 10.

Not : Prof. İmre, Ünlü Hukuk Tuor'un aynı görüşte olduğunu, Prof. İnan ise, Prof. Vitalin bu görüşü benimsediğini ayrıca ifade etmektedirler.

(3) Prof. Kemal Oğuzman, Miras Hukuku Dersleri, 1972, sh. 221.

(4) Prof. ESCHER, Age. Sh. 166, No : 8.

(5) Prof. A. Samim Gönensay - Kemâlettin Birsen, Miras Hukuku, 1956, Sh. 54 - 55.

Bize göre infisahî şarta bağlı alacakların terekeye eklenmemesini düşünmek bile mümkün değildir. Çünkü : Bu tür alacaklar ölüm anında zaten mevcuttur. Şayet ileride infisahî (bozucu) şart gerçekleşirse alacak ortadan kalkar. İnfisahî şart, kanunun tarifine göre, meşkûk bir hadisenin yani, şüpheli ve ileride olacağı belli olmayan bir olayın meydana gelmesidir (B.K. 152). Şart gerçekleşinceye dek taraflar sözleşme hükümlerine uymak zorunda olup, onun gereklerini yerine getirmekten kaçınamazlar. (6) Hal böyle olunca infisahî şarta bağlı alacağın terekeye eklenmemesi düşünülemez. Yani, mevcut bir alacağın ileride değerini yitireceği gibi bir varsayım ile tereke dışı bırakılması kanuna aykırı olur. Ancak, ileride infisahî (bozucu) şart gerçekleşirse hesapların buna göre gözden geçirilmesine zaten engel yoktur. Hatta zorunluk vardır.

Talikî şarta bağlı alacaklara gelince : Kanunun deyimine göre, bir hakkın doğumu, meşkûk, yâni şüpheli ve gelecekte ne olacağı bilinmeyen bir olayın meydana gelmesine bağlı olursa tâlikî şart (B.K. 149) var demektir. Talikî şarta bağlı alacak aslında yoktur. Şart gerçekleşirse hak doğar. Oysa terekenin mevcudu ölüm günündeki duruma göre tesbit olunur. Gereği yokken talikî şarta bağlı alacağın terekeye eklenmesine gözyumulmakla tereke tutarı yükselecek, böylece tasarruf nisabı miktarı haksız yere çoğalacak ve bundan saklı pay sahipleri zarar göreceklerdir. Bu, tam anlamı ile haksızlık olur. Denebilir ki, ya ileride alacak gerçekleşirse ne olacaktır ? Bu takdirde musaleh (yararına vasiyet yapılan) veya bağış ya da herhangi bir sebeple miras bırakandan karşılıksız bir fayda sağlayan kişi hesapların yeniden yapılıp hakkının verilmesini isteyebilir. Buna engel yoktur.

Öyle ise talikî şarta bağlı olan alacaklar terekeye eklenmeyecek, infisahî şarta bağlı olanlar eklenecektir.

2 — Şüpheli alacaklar :

Eğer borçlunun aczi gerçekleşmiş, yâni hakkında aciz belgesi alınmış ise, (İcra ve İflas Kanunu Madde : 105, 143) alacağın terekeye eklenmemesi gerekir. (7) İleride tahsil imkânı doğarsa, şarta bağlı alacaklarda olduğu gibi, elbette hesabın gözden geçirilmesi hakkı saklıdır.

(6) Prof. Fritz Funk, Borçlar Hukuku, Veldet - Selekler Çevirisi, 1944, Sh. 223.

(7) Prof. M. Reşit Belgesay, Medenî Kanun Şerhi, Miras, 1952, Sh. 37, İmre Age. Sh. 342, Escher Age. Sh. 166, Eren, Age. Sh. 36.

Bir noktaya değinmekte yarar vardır. Rehinli bir alacağın borç-lusu aciz halinde ise, bu takdirde, teminat olarak elde tutulan taşınırın, (Menkul) değerinin terekeye eklenmesi tabiidir.

İpotekli alacaklar için de aynı kural geçerlidir. Sınırlı kefalete bağlı alacaklar için de aynı şekilde işlem yapılacağı sözgötürmez. Ancak, kefil de acze düşmüş ise bu durumda terekeye hiçbir şey eklenmez. (8)

Eğer şüpheli alacağın borçlusu tam aciz halinde değilse ve tahsil umudu varsa duruma göre, alacağın tamamının ya da, makûl bir ölçü içinde tahsil edilebilir miktarının terekeye eklenmesi gerekir. (9)

3 — Vadeli Alacaklar ve Faizleri :

a) Vadeli ve faizli alacakların terekeye aynen ekleneceği şüphesizdir. Bu alacakların ölüm gününe kadar gerçekleşmiş faizleri, diğer deyimle geçmiş günler faizi ana para niteliği almış olurki, bunların da terekeye eklenmesi şüphesizdir. (10) Geleceğe ait faizlerin de hesaplanması ve alacağına bunun da eklenmesi tabiidir.

b) Vadeli ve fakat faizsiz alacaklara gelince : Prof. Echer, vadedi alacakların ölüm günü ile vade günü arasındaki süre için faizlerinin hesaplanıp asıl alacaktan indirilmesi ve geriye kalanın terekeye eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir (11) ki bu görüş destekten yoksun kalma tazminatlarında uygulanagelen kurala benzetmekte olup ilk bakışta çekici olmakla beraber, aslında yanıltıcıdır. Çünkü : Bu düşünce tarzı benimsenirse, miras bırakanın vadesiz alacaklarının dahi muhtemel tahsil süreleri tesbit edilerek ölüm günü ile ödeme imkânının elde edileceği farz edilen gün arasındaki süre için faizi hesaplanıp asıl alacaktan indirilmesi gerekecektir ki, buna, gerek sayın ESCHER, gerekse onun fikrine katılan Sayın İnan ve Eren'in dahi olumlu cevap vereceklerini sanmıyoruz. (12)

4 — Borsaya kayıtlı hisse ve borç senetleri ve dövizler :

Gerek esham (Hisse Senedi) gerekse tahvilâtın (Ödünç verme senetlerinin) ölüm gününde borsada işlem gören değerlerinin, di-

(8) İmre, Age. Sh. 342, ESCHER Age. Sh. 166, İnan Age. Sh. 221.

(9) ESCHER Age. Sh. 166.

(10) Ayiter, Age. Sh. 135, Gönensay - Birsen, Age. Sh. 54, Eren Age. Sh. 36.

(11) ESCHER Age. Sh. 166, Eren, Age. Sh. 36, İnan Age. Sh. 221.

(12) İnan, Age. Sh. 221, Eren, Age. Sh. 36.

ğer deyimle itibarî (Nominal) kıymetlerinin terekeye eklenmesi gerekir. (13) Bunların ölüm gününe kadar gerçekleşmiş faizlerinin de terekeye eklenmesi tabiidir.

Terekede çıkan yabancı paraların da ölüm günündeki Türk parası karşılıklarının T. C. Merkez Bankasından sorularak terekeye eklenmesi lâzımdır. (14)

Borsada kayıtlı olmyanların değeri ise taraflarca tespit edilir. Aksi halde hâkim tayin eder. Sayın Gönensay ise, ölüm günündeki ortalama değer (fiatın) esas alınmasını ileri sürmektedir. (Age. Sh. 54) Buna katılmak güçtür. Çünkü : Medenî Kanunun 454. maddesi ölüm günündeki değeri öngörmüştür.

5 — Mâmelek ortaklığı birliği ve benzeri haller :

Miras bırakanın mal varlığının tamamı veya bir bölümü başka bir mal varlığı ile (mâmeleki) ile karışık durumda olabilir. (B.K. 180) Ölen ölüm sırasında bir aile şirketinin üyesi durumunda bulunabilir. (M.K. 599) Eşi ile mal birliğini (M.K. 191) veya mal ortaklığını (M.K. 211) kabul etmiş olabilir. İşte bu gibi hallerde, her şeyden önce miras bırakanın payı tespit edilip terekeye eklenmelidir. (15)

6 — İntifa hakları :

Miras bırakanın ölümü ile sona ermeyen intifa haklarının kapitalize kıymetleri terekeye eklenir. (16)

İrtifak hakları esasen çok kez para ile değerlendirilecek durumda değillerdir. Ancak bu hak dolayısıyla hâkim taşınmazın (yararına irtifak hakkı konan taşınmaz) değeri artar. Buna karşılık, Hâdim taşınmazın (irtifak hakkı ile yükümlü taşınmaz) değeri ise düşer. İşte yukarıda açıklanan sebepler gözetilerek değer tesbiti gerekir. (17)

7 — Hatıra niteliği olmayan eşya :

Miras bırakanın aile resimleri, mektupları ve benzeri (hatıra niteliği egemen) olan mallarının değeri terekeye eklenmez. Ancak

(13) İnan, Age. Sh. 221, Prof. ESCHER, Age, Sh. 166, Eren, Age, Sh. 36.

(14) İnan, Age. Sh. 221.

(15) Eren Age. Sh. 27, Dipnot : 6, İmre Age. Sh. 340, Dipnot : 2, Escher Age. Sh. 163, Not : 5.

(16) ESCHER Age. Sh. 166, Oğuzman Age. Sh. 221, M.K. 510.

(17) ESCHER Age. Sh. 166.

bunların bir kısmının antik değeri ve sanat eseri olması mümkündür. Bunların mübadele, yâni paraya çevrilme imkânları olduğu için ölüm günündeki değerlerinin terekeye eklenmesi lâzımdır. (18) Şayet taraflar eşyanın niteliği bakımından uyuşmazlığa düşerlerse hâkimin müdahalesi ile bu anlaşmazlığın çözülmesi icap eder.

Eğer nitelik yönünden anlaşmazlık olmayıpda değere itiraz edilirse bilirkişiye başvurulmalıdır. Sayın Gönensay ve Birsen ise bu takdirde malın ortalama değerinin terekeye eklenmesini tavsiye etmektedirler. (19)

8 — Taşınmazlar ve taşınırılar :

a) Bunların ölüm günündeki değerleri terekeye eklenir. Şayet üzerlerinde takyitler varsa (İpotek, rehin, benzeri haklar) bunlardan müstahlas (Arınmış) değerleri terekeye ilâve olunmalıdır. (20)

b) Bazen miras bırakan mal yerine parasını vermektedir. Yâni birisine taşınmaz almayı düşündüğü zaman, alman taşınmazın parasını vermekte, tapudaki işlemde kendisi perde arkasında kalmaktadır. Bu muvazaalı işlem yüzünden terekeye neyin eklenmesi düşündürücü olmaktadır. Amaca göre yorum yapılarak, taşınmazın ölüm günündeki değerinin terekeye eklenmesi gerekir. Verilen para eklenmez. Zira burada gerçekte para bağışlanmamış, mal satın alınmıştır. (20a)

9 — Nafakalar :

Nafaka alacağı şahsa bağlı olmakla beraber, dava açılmakla mamelekî nitelik alır. Onun için ölüm anına kadar geçen süreye ait nafaka terekeye dahil olur. Bu itibarla birikmiş nafakaların da tereke alacağı olarak terekeye eklenmesi lüzumludur. (21)

10 — Manevî Tazminat :

Manevî tazminat şahsa bağlıdır. Ancak miras bırakan dava açarsa mirasçılar davayı yürütebilir. Bu husus, hukukun ana kurallarından olmakla beraber, nişan bozma ile ilgili olmak üzere

(18) ESCHER Age. Sh. 163, İmre Age. Sh. 342, İnan Age. Sh. 220, Ayiter Age. Sh. 135, Gönensay - Birsen Age. Sh. 54.

(19) Gönensay - Birsen Age. Sh. 54.

(20) ESCHER Age. Sh. 164.

(20a) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 31/10/1974 gün ve 4880/6247 sayılı kararı.

(21) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 6.5.1974 günlü ve 2936/2775 sayılı kararı (Yargıtay Kararlar Dergisi, 1975, Cilt : 1, Sayı : 5, Sh. : 47).

Medenî Kanunun 85/2. maddesinde bu yön teyidi nitelikte tekrarlanmıştır. O halde, ölenin sağlığında kullanmadığı dava hakkını mirasçılar hâlefiyet yolu ile kullanamayacakları için, böyle bir hak terekeyi etkilemez. Ancak, açılmış bir dava varsa, hüküm verilmesi muhtemel tazminat tutarının terekeye eklenmesi mümkündür. Ne varki ileride dava reddedilir veya eklenen miktardan aza hüküm verilirse hesapların yeniden gözden geçirilmesi gerekir.

11 — Emekli İkramesi :

Eğer ölen kişi göreve devam ederken ölmüş ise, emekli ikramiyesi, emekli aylığı almaya hak kazananlara aittir. Yani bu para terekeye dahil değildir. Onun için ölenin reşit çocukları mirasçı olmalarına rağmen emekli aylığı alamıyacaklarından, aylık bağlanacak kişi veya kişiler ikramiyenin tümünü alırlar. Eğer emekli aylığı alacak kimse olmazsa ikramiye kimseye verilmez. Bu yön 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 89. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. O halde emekli ikramiyesi terekeye eklenemez.

Şayet bir kimse emekliye ayrılmasını istemiş, isteği kabul olunarak işlemlere başlanmış ve henüz ikramiye almadan o kişi ölmüş ise, emekli ikramiyesinin mirasçılara ait olacağı az önce sözü edilen 89. maddenin son fıkrasında açıklanmıştır. Bu takdirde ise emekli ikramiyesi terekeye eklenir. (21a)

IV. SİGORTALAR :

Miras bırakanın, ölümü halinde ödenmek üzere başkası yararına yaptığı veya kendi adına yapıp da sağlığında başkasına devrettiği, ya da kendi adına yapmakla beraber, ıvazsız (karşılıksız) olarak başkasına temlik ettiği sigortalar satınalma (iştirâ) değerleri üzerinden tenkis edilirler. (M.K. 509) Çünkü : Miras bırakan bu davranışı ile saklı payı zedelemiş olmaktadır. (22) İşte bu sebeptendirki anılan sigortaların ölüm günündeki iştirâ (satın alma) değerlerinin terekenin aktifine eklenmesi Medenî Kanunun 456. maddesinde açıkça belirtilmiştir.

Sigortacı, alacağı prim karşısında, sigortalının ölümü halinde policede yazılı kişiye (lehdara) sigorta bedelini ödeme yükümlüğü altına girmiş ise buna hayat sigortası (Uzun yaşamaya karşı si-

(21a) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27.2.1967 günlü ve 953/1097 sayılı kararı (Atasoy - Yazıcı, Şahis, Aile, Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin kararları, 1970, Sh. 866).

(22) Eren, Age. Sh. 101; İmre Age. Sh. 348; Güneşay - Birsan Age. Sh. 113; T. Ticaret Kanunu M. 1325 - 1329.

gorta) denir. (23) Bu tür sigortalar, yâni hayat sigortaları Medenî Kanunun 509. maddesinin kapsamı dışında kaldığı için (24) Sigorta tutarı, diğer deyimle ödenecek tazminat terekeye eklenir.

V. ÖLÜME BAĞLI OLMİYAN VE TENKİSE TÂBİ TEBERRULAR :

Miras bırakanın sağlığında yaptığı bağışlamaların bir kısmı tenkise tâbî değildir. Bir bölümü ise tenkis edilebilir. İşte tenkisi hukukça mümkün olanların değerleri terekeye eklenir. (M.K. 455) Böylece terekenin gerçek aktifinin bulunması sağlanmış olur. (25)

Burada önemli bir konuya değinmekte yarar vardır. Sağlığında teberrudan yararlanan kişi aciz halinde ise, acaba bağışın değeri terekeye eklenecektir ? Bu husus bilim alanında tartışmalıdır. Bir görüşe göre : (26) Kendisine ölüme bağlı olmayan bir tasarrufla teberru yapılan kişi aciz halinde ise, ona bağışlanan malın değeri terekeye eklenmemelidir. Şayet ilâve edilirse, tereke tutarı yükselecek, dolayısıyla tasarruf nisabı da çoğalacak, buna rağmen saklı pay sahibi fiilen bir meblağ elde edemeyeceği için zararlı çıkacaktır. Oysa değer eklenmezse saklı pay ile tasarruf nisabı oranında bir denge meydana gelecek ve Medenî Kanunun 512 maddesi gereğince aciz halindeki kişiden önceki bağış sahibinden saklı pay tahsil edilecektir.

Diğer bir görüşe göre ise : (27) aciz haline rağmen teberruun değeri terekeye eklenmelidir. Çünkü : Medenî Kanunun 455. maddesi hiçbir ayırım yapmadan, terekeye ilâveyi öngörmüştür. Öte yandan tenkis davası, yenilik doğurucu olup eda ile ilgisi bulunmamaktadır. Onun için, sonuçta davacının alacağını alıp alamıyacağını önemi yoktur. Diğer taraftan, aciz halinin tesbiti davayı gereksiz yere uzatacaktır. Bu ise, tenkis davasının zamanaşımına uğraması gibi sonuçlar doğurabilecektir. (28) Eğer terekeye ekleme yapılmazsa Medenî Kanunun 507/1. maddesi gereğince miras payına karşılık peşin teberru alan mirasçının durumu haksız yere diğer saklı pay

(23) Bu konuda geniş bilgi için : (Esat Şener, Yargıtay Dergisi, 1975, cilt I, Sayı 1, Sh. 22).

(24) İnan, Age. 228; Oğuzman, Age. Sh. 229; Belgesay, Age. Sh. 113, İmre, Age. Sh. 349; Eren, Age. Sh. 28.

(25) İmre, Age. Sh. 345; Eren, Age. Sh. 36; İnan, Age. 224; ESCHER, Age. Sh. 171 ve sonraki Yargıtay 2.H.D. nin 20.4.1972 günlü ve 2411 / 2447 sayılı kararı.

(26) Gönsay - Birsan, Age. Sh. 94.

(27) Eren, Age. Sh. 32; İmre Age. Sh. 347.

(28) Açılmış ve aralıksız devam eden bir tenkis davasının zaman aşımına nasıl uğrayacağını yazar açıklamamıştır. Bu fikre katılmak bize göre güçtür.

sahiplerinden iyi hale getirilecektir. Yâni, bu mirasçı hem teberru tutarını alıp yararlanacak, hem de böyle bir bağışa nail olmamış gibi saklı payını alacak böylece mükâfatlandırılmış olacaktır. Oysa tasarruf nisabı ve saklı pay objektif olaylara dayanmalı, sübjektif durumlara göre hesaplanmamalıdır.

Son görüşe ağırlık vermek uygun olur. Zaten doktrinde ege-men olan düşünce de bu doğrultudadır.

Tenkise tâbi ölümüne bağlı olmayan teberrular nelerdir: (M.K. 455)

A — Miras bırakanın sağlığında, miras payına karşılık (mah-suben) teberru kabul eden mirasçı, mirası red (M.K. 545) Mirastan iskat (M.K. 457) veya mirastan mahrum olma (M.K. 520) gibi se-beplerle mirasçılık sıfatını yitirir ise, iade borcu ortadan kalkar. Böylece bu teberrular tenkise tâbi olur. (29) O halde bunların değeri, Medenî Kanunun 455. maddesi gereğince terekeye eklenir.

B — Miras bırakanın sağlığında, miras payına karşılık (mah-suben) bağış alan fûrû, iadedden muaf tutulmuş olupta bu yolla sak-lı pay zedelenmiş ise bu teberru tenkis edileceği için değeri tereke-ye ilâve olunur. (30)

C — Miras payının peşinen alınması (Kanunî deyimi ile, miras hissesinin berveçhi peşin tasfiyesi) amacı ile yapılan teberrular ten-kise tâbî olup terekeye eklenir. (31)

D — Miras bırakanın ölümünden önceki bir sene içinde «Do-ğum, nişan, evlenme, sünnet düğünü ve benzeri gün ve törenlerde ge-leneksel olarak verilen hediyeler» dışındaki bağışlar tenkise tâbidir. (M.K. 507/3) Öyle ise bunların da değerlerinin terekeye eklenmesi zorunludur. (32)

E — Saklı payı giderme amacı ile yapılan tüm bağışlar (M.K. 507/3) ile her çeşit temlikî tasarrufların (M.K. 507/4) da değerleri terekeye eklenir.

VI. TEREKENİN AKTİFİNİN TESPİTİ İLE İLGİLİ EK BİLGİ :

1) Medenî Kanunun 454. maddesi açıkça ölüm günündeki du-ruma işaret etmiştir. Öyle ise hangi konuda olursa olsun terekeye

(29) İnan, Age. Sh. 225, Ayiter, Age. Sh. 137, Gönsay - Birsan Age. 83 - 84, İmre, Age. Sh. 382, Eren Age. Sh. 67.

(30) Prof. İnan, Age. Sh. 226, Gönsay - Birsan Age. Sh. 84, Prof. İmre Age. Sh. 382.

(31) Prof. İnan, Age. Sh. 226, Prof. Eren Age. Sh. 84.

(32) İnan, Age. Sh. 226, İmre Age. Sh. 383 - 384.

eklenecek değer ölüm tarihindeki değerdir. Zaten bunun aksini söylemek mümkün değildir.

2) Miras bırakanın değer bakımından açığa vurduğu irade, terekenin aktif ya da passifinin tespitinde etken olamaz. Çünkü : Medenî Kanunun 454. maddesi emredici niteliktedir. Onun için miras bırakanın gerek vasiyetnamesinde, gerekse ölüme bağlı olmayan tasarruflarında beyan ettiği kıymetler bağlayıcı değildir. (33)

3) Değer yönünden uyumsuzlukların hâkim tarafından tesbiti gerekir. (34)

4) Değerlerinin terekeye eklenmesi gereken malda onarım ve benzeri sebeplerle bir değer artışı olsa bile, malların temlik günündeki niteliklerine göre, ölüm tarihindeki değerlerinin tesbiti gerekir. (35)

5) Tenkise tâbi bir malı temellük eden veya bağış yolu ile alan kişi malı elinden iyi niyetle çıkarmış ise, ölüm gününde elinde kalanın değeri (36) terekeye eklenir. (M.K. 508) Eğer o kişi kötü niyetli ise tam değerinin eklenmesi gerekir. (37)

VII. TEREKENİN PASSİFİNİN TESPİTİ :

1 — Cenaze Giderleri :

Ölenin cenaze giderlerinin terekenin pasifine, yani borçları arasına katılması gerekir. (M.K. 454) Bu konuda ya taraflar belli bir rakam üzerinde anlaşılır. Ya da bu konuda delil gösterirler. Mahkemece bir sonuca ulaşılır.

Cenaze giderlerinden maksat, sadece defin masrafı demek değildir. Gazetede ilân ücreti, Kur'an, Mevlût gibi dualar için hocalara verilen paralar helva ve yemek gibi geleneksel giderler, ölenin yakınlarına olayı duyurma, yakın yerdekileri getirme masrafları, tabut, mezar yeri ve taşı alıp yaptıрма harcamaları ve benzeri masraflar da terekeden ödenir. (38) Normal ölçüleri aşan masraflar terekeden ödenmez. Her ne kadar Sayın Prof. İnan, Prof. Tuor'a

(33) İmre, Age. Sh. 341, Ayiter Age Sh. 134.

(34) Ayiter, Age. Sh. 135.

(35) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 25.6.1971 günlü 4120/4129 sayılı kararı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 25.5.1973 günlü ve 3553/3461 sayılı kararı, Y.H.G.K. 5.12.1962 günlü ve 130/68 sayılı kararı.

(36) İmre Age. Sh. 397 - 398.

(37) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 21.5.1971 günlü ve 3261/3333 sayılı kararı.

(38) ESCHER, Age. Sh. 167, Oğuzman Age. Sh. 222; İmre Age. Sh. 343, İnan, Age. Sh. 223, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 23.11.1950 günlü 1419/963 sayılı kararı.

atfen bu masrafın normali aşan kısmının vekâletsiz tasarruf (BK. 410) kurallarına göre isteneceğini (39) ileri sürmekte ise de, bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü : Vekâletsiz tasarruf, bir kimsenin yararına veya tahmin olunan maksadına göre yapılan iştir. Olayda, ölenin yararından söz edilemez. Tahmin olunan amaç ise tamamen izafîdir. Kaldıki ölen dilerse vasiyet yolu ile arzusunu açıklayabilirdi. Bunu yapmamış olmasına rağmen, tahmine ve tamamen kişisel düşünceye dayanan bir yorum ile gereksiz masraflarla terekeyi sorumlu kılmak mümkün değildir. Mirasçılarının yükümlülüğü Medenî Kanunun 454. maddesi ile sınırlandırılan makul masraflardır. Öyle ise vekâletsiz tasarruf yolu ile onlardan da bir şey istenemez. Şu halde mirasçılar gerek terekeye izafetle, gerekse şahsen, olağanın dışındaki cenaze giderlerini ödemekle sorumlu tutulamazlar.

2 — Ölenle birlikte oturanlar :

Ölenle birlikte yaşayanların bir aylık iâşe tutarları terekenin pasifine geçirilir. Yâni bu masraflar terekeden ödenir.

Ölenle birlikte yaşayanlardan maksat, yalnız mirasçılar olmayıp, aynı zamanda ölenin fiilen yardım edip beraberinde oturduğu kişilerdir. (40) Bu hüküm, Borçlar Kanununun 45. maddesinde yer alan destekten yoksun kalanlara paralel bulunmaktadır. Medenî Kanunun 585. maddesine dayanılarak, 454. maddeyi mirasçılara özgü bir hüküm olarak yorumlayan (41) görüşe katılmıyoruz. Çünkü : Kanun koyucu sırf mirasçıları öngörmüş olsaydı 585. maddede olduğu gibi 454. maddede de mirasçı deyimini kullanırdı. Yine, eğer amaç mirasçılar idi ise 585. maddenin açıklığı karşısında 454. maddede ayrı bir düzenlemeye lüzum görmezdi. Oysa bu hükümle, evlâtlık ilişkisi olmamakla beraber ölen tarafından evlât gibi büyütülenler, arada tabii babalık bağı olanlar, bakıp gözetme (B.K. 511) sözleşmesi olmamasına rağmen miras bırakanla oturan kişiler ve bu nitelikteki kimseler öngörülmüştür.

İâşe tutarı hesaplanırken, miras bırakanın sağlığında kullandığı ölçü ve miktar, diğer deyimle onlara sağladığı yaşayış tarzı esas alınmalıdır. (42)

(39) İnan Age. Sh. 223.

(40) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 7.2.1974 günlü ve 8135/705 sayılı kararı. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 30.12.1974 günlü ve 8374/8163 sayılı kararı (Yargıtay Kararlar Dergisi, Cilt : I, Sayı : 10, Sh. 45).

(41) İmre Age. Sh. 344, Oğuzman Age. Sh. 223, İnan, Age. Sh. 224.

(42) Oğuzman Age. Sh. 223.

3 — Terekenin mühürlenmesi ve defterinin tutulması :

Terekenin defterinin tutulması (M.K. 531, 559) mühürlenmesi, tesbiti gibi masraflar da terekenin pasifine kaydedilir.

4 — Ölenin Borçları :

Ölenin borçlarının terekeden ödenmesi tabiidir. Ancak bir kısım borçlar vardır ki, nitelikleri bakımından tartışmalara yol açmaktadır.

A) ŞARTA BAĞLI BORÇLAR :

Bunlar ya talikî şarta ya da infisahî şarta bağlı olurlar. (42a) Infisahî şarta bağlı borçlar (B.K. 152) ölüm anında mevcut olduğu için bunların terekenin pasifinde gözetilmesi gerekir. İleride infisahî şart gerçekleşirse hesabın yeniden gözden geçirilmesi istenebilir. Talikî şarta bağlı borçlar ise (B.K. 149) Terekenin passifinde yer almaz. Çünkü : Talikî şart gerçekleşinceye kadar doğmuş bir borçtan söz edilemez. Ama gelecekte talikî şart gerçekleşirse hesabın yeniden yapılmasını isteme hakkı saklıdır. (43)

B) TERBİYE MASRAFLARI :

Miras bırakanın ölümü sırasında henüz öğrenimlerini tamamlamamış olan veya malûl (sakat) durumda bulunan çocuklara tahsis sırasında uygun bir tazminat verilir. (M.K. 608/2) Bu kural, ölüm anında eğitim ve öğrenimlerini tamamlayan çocuklarla ölüm yüzünden bundan yoksun kalan veya sakatlıkları sebebi ile bu imkândan yararlanamayan çocuklar arasında eşitliğin sağlanması amacıyla yöneliktir. (44) İşte bu tazminatların terekenin borçları arasına katılması gerekir. (45)

C) REŞİT ÇOCUKLARIN TAZMİNATI :

Ailesi ile birlikte oturan reşit çocuklar bazen özel iş sahibidirler, bazen ailenin işinde çalışırlar. Şayet özel işleri sebebi ile elde ettikleri gelirlerini veya hizmetlerinin karşılığını aileye tahsis etmiş iseler (M.K. 610) ve bunu yaparken açıkça bağışlama amacı taşımıyorlarsa, ölüm halinde terekeden muhik (haklı) bir tazminatın ve-

(42a) Şarta bağlı alacaklar bakımından yukarıda III.A/1 de geniş bilgi vardır.

(43) İmre Age. Sh. 343, ESCHER, Age. Sh. 167.

(44) İmre Age. Sh. 766, Oğuzman Age. Sh. 222, Belgesay Age. Sh. 252, Gönensay - Birsan Age. Sh. 337.

(45) Oğuzman, Age. Sh. 222; İnan Age. Sh. 222; Eren Age. Sh. 28; ESCHER Age Sh. 167.

rilmesini istiyebilirler. Kanun koyucu bu ilke ile, mirasçılar arasında eşitliği ve malî dengeyi sağlamak istemiştir. (46) İşte bu tazminatların da terekenin borçları arasına katılması, yâni tereke mevcudundan indirilmesi icap eder. (47)

D) VADELİ BORÇLAR :

Vâdeli, yâni, henüz muaccel olmamış borçların da terekenin passifine intikali gerekir. (48)

E) MİKTAR BAKIMINDAN MUVAZAALİ ÖDEMELER :

Miras bırakan gerçek değer altında satış yaptığı için, bu muvazaalı işlem tenkise tâbî tutulursa ödenen para terekenin borçları arasına katılıp passife geçirilir. (48a)

VIII. NET TEREKEYE GÖRE SAKLI PAYIN HESABI :

a) Yukarıda açıklandığı üzere tesbit olunan terekenin aktifinden, terekenin passifini teşkil eden miktar çıkartılarak net tereke tutarı bulunur. (48 b)

b) Eşin miras payı saklı payına (M.K. 453) eşit olduğu için net terekeden eşe düşen miras payı, saklı pay olarak ayrılır, ondan sonra tasarruf nisabı ve diğer saklı paylar hesaplanır.

Uygulamada bu sıraya çok kez uyulmamakta, önce tasarruf nisabı, daha sonra eşin saklı payı tesbit olunmaktadır ki, bu tür işlemin yanlışlığı açıktır. Şöyleki : Eş ile füruun birleştiğini varsayalım. Ve miras meselesini 16 kabul edelim. Buna göre eşin miras payı $1/4$, yâni $4/16$, tasarruf nisabı $3/16$, füruun saklı payı ise $9/16$ dır. Bu hesaba nazaran 1600 liralık bir terekenin $4/16$ sının karşılığı olan 400 lirası eşin saklı payı, $3/16$ sının tutarı olan 300 lira tasarruf nisabı, $9/16$ sının karşılığı olan 900 lirası ise füruun saklı payıdır. Eğer az önce açıkladığımız hata yapıldıysa önce tasarruf nisabı hesaplanırsa, **tasarruf nisabı dörtte bir olduğu için**, 1600 liranın 400 lirası tasarruf nisabı, geriye kalan 1200 liranın $1/4$ olan

(46) İmre Age. Sh. 771, Oğuzman Age. Sh. 222, İnan, Age. Sh. 409, Yargıtay H. G. K. 18.4.1962 günlü ve 37/32 sayılı kararı Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16.5.1968 günlü ve 2517/3198 sayılı kararı.

(47) İmre Age. Sh. 443, Oğuzman Age. Sh. 222, İnan Age. Sh. 222, ECSHER Age. Sh. 167.

(48) ESCHER Age. Sh. 167.

(48a) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 25.1.1963 günlü ve 7693/481 sayılı, yine aynı dairenin 5.3.1960 günlü ve 1297/1484 sayılı kararı.

(48b) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 11.3.1976 günlü ve 1856/2131 sayılı kararı.

300 lira eşin, artan 900 lira da fûruun saklı payı olur. Bu durumda eş 100 lira zararlı, tasarruf nisabına nail olan ise 100 lira kârlı çıkmış olur.

Görülüyorki önce eşin saklı payının indirilmesi ile hesaba başlanması zorunluğ u vardır.

Bir noktaya daha işaret edelim. Mirasçılar arasında eş yoksa, sıranın önemi mevcut değildir. Yani, ister terekeden önce tasarruf nisabı indirilip geriye kalan saklı pay olarak kabul edilsin, isterse önce saklı pay bulunup artan üzerinden tasarruf nisabı hesaplan-sın, sonuç değişmez.

c) Uygulamada sık sık rastladığımız yanlışlıklar temlik dışı te-
rekenin saklı paya aksettirilmesi konusundadır.

Doğru bir sonuca ulaşılabilmesi için saklı payın bulunması ile yetinilmemesi, temlik dışı terekeden davacının miras payına düşenin hesaplanması, bunun saklı paydan indirilmesi suretiyle tenkisi gereken gerçek miktarın bulunması gerekir. (49) Aksi halde, öyle yanlış ve çelişik durumlar doğarki, bazan bağışa nail olan kimse kanunî miras hakkından bile az bir miras alma durumuna düşebilir. Bu yön öylesine açıktır ki örnekle açıklayıp gereksiz ayırıntıya girmekten kaçınıyorum.

IX. SEÇME HAKKI :

Muayyen mal vasiyet için Medenî Kanunun 506. maddesinde öngörülen kural, ölüme bağlı olmayan tasarruflarda da uygulanagelmektedir. (50)

Dava konusu şeyin taksimi mümkün olmadığı takdirde davalı dilerse tasarruf nisabının kendisine ödenmesi şartı ile malı geri verir, isterse saklı pay karşılığında malı alıyor. (51)

Tenkis davasında seçme hakkı kamu düzenini ilgilendirmedigi için miras bırakan düzenleyici tavsiyelerde bulunabilir. (52)

(49) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 9.3.1972 günlü ve 645/1375 sayılı ve yine aynı dairenin 5.4.1968 günlü ve 1314/2210 sayılı kararı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 18.2.1972 günlü ve 169/862 sayılı kararı.

(50) İmre Age. Sh. 398, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 3.3.1972 günlü ve 3833/1244 sayılı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 9.3.1972 günlü 645/1375 sayılı kararı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 14.3.1972 günlü ve 1956/1526 sayılı kararı.

(51) Y. 2. H. D. nin 5.3.1972 günlü ve 3833/2144 sayılı, Y. 2. H.D. 25.2.1973 günlü ve 983/1903 sayılı kararı, İmre Age. Sh. 399.

(52) İmre Age. Sh. 399, Y. 2. H.D. 11.5.1972 günlü ve 2831/2982 sayılı kararı.

Seçme hakkı davalıya aittir. Ancak, davalı bu hakkı kullanmak istemezse, hak davacıya geçer. Böyle hallerde, Mahkemece durum davalıya açıkça hatırlatılmalı, buna rağmen seçme hakkını kullanmazsa, neyi seçtiği davacıdan sorulmalıdır. (53) Dava, davalının gıyabında yürütülmekte ise davalıya ihbarname gönderilerek seçme hakkını kullanmak üzere mahkemeye çağırılmalı, gönderilecek davetiyede duruşmada bulunmadığı takdirde bu hakkın davacıya geçeceği yazılmalıdır. (54)

Mahkemece keşif ve inceleme yapılmalı, malın değerinde eksiklik meydana gelmeden bölünmesi mümkün ise, alınacak rapor uyarınca ilgililer aarsında bölüştürülmeli, eğer dava taşınmaz ile ilgili ise bağımsız tapulara bağlanmak üzere davacı tarafın saklı payına düşenin onun adına, geriye kalanın ise aynı şekilde davalı namına tesciline karar verilmeli (55) şayet bölünme mümkün değilse, seçme hakkına göre işlem yapılmalıdır.

X. DEĞİŞİK ZAMANLARDA TEMLİK :

Olen kişi çeşitli zamanlarda başka başka kişilere ölüme bağlı olmayan tasarruflarda bulunmuş ise tenkis, son tarihliden başlayarak eski tarihliye doğru gidilmek üzere yapılır. (56) Bu kural öylesine mantıkî ve hak duygularına uygundurki üzerinde durmaya bile gerek yoktur. Şayet yapılan tasarruflardan tarihi belli olmayan varsa en yeni tarihli olarak kabul edilmelidir. (57)

Bağışlama taahhüdünün söz konusu olduğu hallerde taahhüt tarihi esas alınmalıdır. Çünkü : O anda mal varlığı azalmış, mamelek borç altına girmiştir. Bağışın daha sonra yerine getirilmesi sonucunu etkilemez. Öyle ise Medenî Kanunun 512. maddesine göre tasarruflar sıralanırken bağış taahhüdünün tarihi esas alınmalıdır. (58)

XI. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUN SAKLI PAY SAHİBİ MİRASÇILAR İLE SAKLI PAYI BULUNMAYAN MİRASCI VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE YAPILMASI HALİNDE TENKİS ŞEKLİ

Medenî Kanunun 503. maddesinde, «Saklı pay sahibi birçok mirasçıya ölüme bağlı tasarruf yolu ile yapılan ve tasarruf nisabını

(53) Y. 2. H.D. 11.2.1972 günlü ve 2831/2982 sayılı kararı, İmre Age. Sh. 399.

(54) Y. 2. H.D. 14.3.1972 gün ve 1956/1526 sayılı kararı, İmre Age. Sh. 399.

(55) Y. 2. H.D. 3.3.1972 günlü ve 3833/1244 sayılı, Y. 2. H.D. 9.3.1972 günlü ve 645/1375 sayılı kararı.

(56) İmre, Age. Sh. 404, Gönensay - Birsen Age. 91, Belgesay Age. Sh. 115, Oğuzman Age. Sh. 232, Ayiter Age. Sh. 144.

(57) İmre Age. Sh. 404.

(58) İmre Age. Sh. 404, Gönensay - Birsen Age. Sh. 92.

aşan teberrular, bu mirasçılardan her birine saklı paylarından fazla düşen miktarlarla orantılı olarak tenkise tabidir.» dendikten sonra, 505. maddede ise «Tasarrufu yapan kimsenin aksini kasdettiği tasarruftan anlaşılmadıkça, mirasçı nasbolunan veya kendilerine diğer bir şekilde teberru yapılan kimselere ait paylar, orantılı olarak tenkise tâbidir.» hükmü öngörülmüştür.

Kanun yapıcı ölüme bağlı tasarrufun birden fazla saklı pay sahibi mirasçı yararına yapılması hali ile, saklı pay sahibi olmayanlar yararına ölüme bağlı tasarrufun yapılması ihtimalini gözeterek hükümler sevkettiği halde, saklı pay sahibi mirasçılar ile saklı payı olmayan mirasçı veya üçüncü kişiler yararına birlikte teberruda bulunulması ihtimalini gözetmemiş, bu halde ne yapılacağını belirtmemiş, böylece bir kanun boşluğu meydana gelmiştir. Bu kanun boşluğunun doldurulması bakımından çeşitli fikirler ileri sürülmektedir.

1 — Bir kısım hukukçulara göre, saklı pay sahibi mirasçıların saklı pay tutarları, yararlandıkları teberru tutarından indirilmeli ve saklı payı aşan miktarlar bulunmalı, saklı payı olmayanlara vaki teberru miktarları da tesbit olunmalı, bu suretle davacının ölüme bağlı tasarrufla saklı payına tecavüz teşkil eden tutar davalılardan mütenasiben alınmalıdır. (59) Biz de bu görüşteyiz. Çünkü : Kanun boşluğu bu şekilde doldurulmakla kanunumuzun sistemine, ruhuna ve güttüğü amaca ve ayrıca hakkaniyete uygun bir çözüm yolu bulunmuş olur. Zaten maddede (mahfuz hisseyi aşan miktarın) tenkisi öngörülmüştür. Bu suretle hem saklı pay korunacak, hem de kanun boşluğu yine kanun koyucunun amacına elverişli şekilde doldurulmuş olacaktır. Esasen Dairemizin uygulaması da bu yoldadır. (60)

2 — Ölüme bağlı tasarruftan yararlanan kimselerin saklı pay sahibi olup olmadıklarına bakılmaksızın teberruların tüm olarak payları oranında tenkise tâbi tutulması gerektiğini de savunanlar vardır. Prof. Rossel, İsviçre Medenî Kanunu Şerhinde bu görüşü Prof. Escher'e maletmekte ise de, (61) Prof. İmre, sonradan Escher'in kanaatını değiştirdiğini beyan etmektedir. (62)

(59) Prof. İmre Age. Sh. 410-412 Aiter Age. Sh. 146, Prof. Rossel Hâkimlere mahsus kanun şerhi Cilt : 2, Sh. 651.

(60) Y. 2. H.D. 4.12.1971 günlü ve 6730/7009 sayılı kararı, Oğuzman Age. Sh. 235.

(61) Prof. Rossel, Age. Sh. 651.

(62) Prof. İmre, Age. Sh. 412.

Oysa bu düşünce tarzı, kanunen korunmuş saklı pay kuralını zedelediği için kabul olunamaz.

3 — Bir görüşe göre de, ölüme bağlı tasarrufla yapılan teberru tutarları her davalıdan eşit olarak tenkis edilmeli ve davacının saklı payına tecavüz eden tutar tahsil olunmalıdır. (63) Bu fikri savunmak cidden güçtür. Zira eşitlik ilkesini izah etmek mümkün değildir.

Konunun aydınlığa kavuşması ve görüşler arasındaki farkın anlaşılması, doğru çözüm yolunun meydana çıkması için bir örnek vermekte yarar vardır. (64)

Görülüyorki Medenî Kanunun 503. maddesi, gerçekten aydınlığa kavuşturulması zorunlu bir maddedir. Yeni Medenî Kanun tasarisında 503. maddenin eski haliyle muhafaza edildiğini görüyoruz. Oysa bu önemli kanun boşluğunun doldurulması kaçınılmaz bir durumdur. Hattâ bu kanunun ne zaman yürürlüğe gireceği kestirilemeyeceği için, tasarı bile beklenmeden 503. maddenin değiştirilmesi yoluna başvurmakta yarar vardır. Kanunu uygulayan Dairenin mensubu olarak bu boşluğun doldurulmasına öncelik verilmesini gönülden arzu etmekteyim. (65)

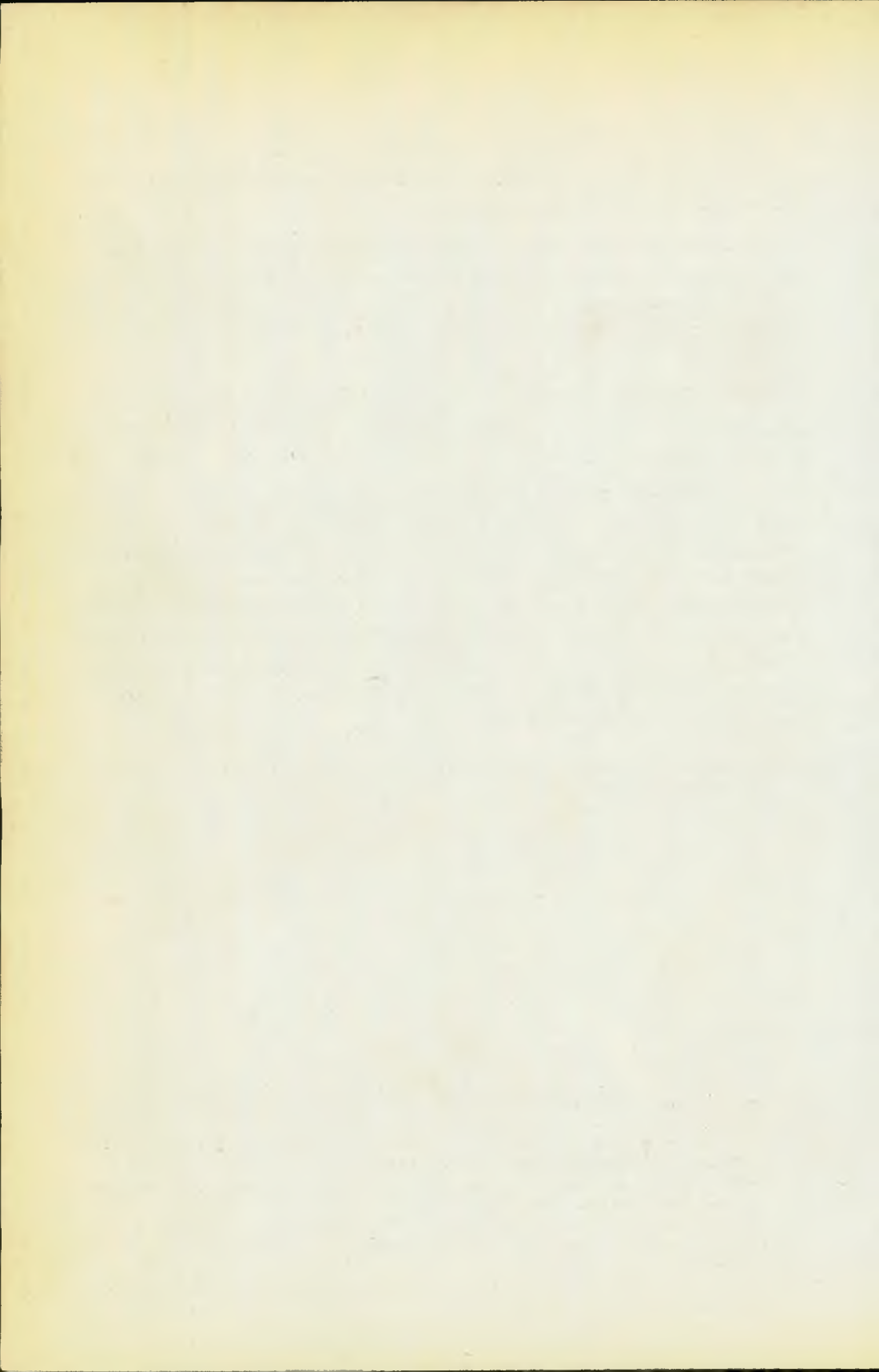
NOT : Gelecek sayıda mirasta iade konusu işlenecek, ondan sonra ise, tenkis ve iadenin hesapları bakımından teknik bilgi verilecektir.

(63) Prof. Rossel, Age. Sh. 651.

(64) 32.000 lira tutarında terekesi bulunan birisi ölüme bağlı tasarrufla oğlu A'ya 24.000 lira, kardeşi B'ye 8.000 lira teberrada bulunmuş, oğlu C'ye birşey bırakmamıştır. C tenkis davası açmıştır :

- a) Birinci görüşe göre (A) dan 7.200 lira, (B) den 4.800 lira, tenkis edilerek (C) nin 12.000 liralık saklı payı hüküm altına alınacaktır.
- b) İkinci görüşe göre, (A) dan 9.000 lira, (B) den 3.000 lira tenkis olunarak (C) nin 12.000 liralık saklı payı tahsil olunacaktır.
- c) Üçüncü görüşe göre ise (A) dan 6.000 lira (B) den 6.000 lira tenkis olunup (C) nin 12.000 liralık saklı payı tahsil edilecektir. (Misâl Rossel'den alınmıştır. Prof. Rossel, Age. Sh. 651).

(65) Esat Şener, I. Türk Hukuk Kongresine sunulan Tebliğ (Medenî Kanunun Miras bölümünde yetersiz bazı hükümler) 1971, sh. 20 - 22.



SÖZLEŞME YAPILDIKTAN SONRA DEVÂLÜASYON SEBEBİYLE PARA DEĞERİNDE MEYDANA GELEN BÜYÜK DEĞİŞİKLİKLER, AKDİN YERİNE GETİRİLMESİNE MÂNİ OLUR MU ?

İSMAİL DOĞANAY

Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi

I — GİRİŞ

Son bir kaç yıl içinde, Türkiye’de ve hatta dünyanın her yerinde fiyatların, daha önceki yıllarda alışılmış ve bir dereceye kadar — velevki istemiyerek de olsa — normal karşılanagelmış oranların çok üstünde hızlı bir artış göstermesi, özellikle dar ve sabit gelirli kimselerin geniş şikâyetlerine ve hatta — haklı olarak — gerek kendilerinin ve gerekse çocuklarının geleceklerinden endişelenmelerine yol açmış bulunmaktadır.

Dünyanın, 1929 - 1930 yıllarındakilere çok benzer bir iktisadî bunalıma doğru oldukça hızlı olarak sürüklendiği, bu arada, memleketimizin de bir kaç yıldır % 20 ilâ % 25 şe ulaşan bir enflasyon baskısı altında bocaladığı, bazı malların serbest piyasadan çekildiği ve bu nedenle de sağda solda uzayıp giden ve mal kıtlığının bir ifadesi olan kuyrukların ve özellikle harp yıllarında sık sık görülen karaborsanın hortladığı yolundaki genel şikâyetleri, ilerisi için duyulan karamsarlığı daha da artırmaktadır.

Para değerindeki istikrarsızlık, — siyasî veya iktisadî rejimi her ne olursa olsun — hemen hemen her ülkede görülen bir olaydır. Ancak, para değerindeki artma veya azalmanın hız ve miktarı veya bunun zamanı, her ülkede değişik şekillerde kendisini gösterir.

Para değerindeki değişimler — hukukî bakımdan — başlıca şu iki temel sorunu ortaya çıkarmaktadır :

1) Akidden doğan para borçlarında — sözleşmede — «değer koruyucu» herhangi bir kayıt mevcut değil ise veya «para borcu» akidden doğmamış ise, para değerindeki değişimler karşısında tarafların hukukî durumu nasıl değerlendirilip telif edilecektir ? Akdin vücut bulmasından (BK. m. 1 - 40) sonra para değerinin düşmesi veya yükselmesi halinde o akidden dolayı borçlu veya alacaklı du-

rumunda olan kimse, akdin feshedilmesini veya para değerindeki değişme oranında o akdin tâdilini, para borcunun yeni duruma göre ayarlanmasını, talep edebilecekmidir ?

2) Vücut bulan akidde «para değerini koruyucu» herhangi bir kayıt mevcut ise (BK. m. 83/f.2) — altın kaydı, yabancı para (döviz) ile ödeme kaydı, akdin ifa edileceği tarihteki para değeri endeksine göre ödeme kaydı... gibi — bu kayıt hukukî bakımdan geçerli bir kayıttır mı ? Şayet geçerli ise bu gibi kayıtların hüküm ve sonuçları nelerdir ?

II — PARA DEĞERİNİN DEĞİŞMESİ HALİ

A) Enflâsyon ne demektir ?

Bilindiği gibi «enflâsyon», istihsal edilen mal ve hizmetlerin para ile ifade edilen değerlerinin devamlı ve önemli ölçüde artması ve bunun karşılığında o mal ve hizmetleri satın alacak olan paranın tedavül hacminin aynı ölçülerde ve hızla genişleyip değer kaybetmesi halidir. Başka bir deyişle, paranın «iştira - satın alma» gücünü kaybetmesi ve bu suretle fiyat düzeyindeki aşırı ve sürekli bir artış olayıdır. Bunun, teorik olarak en kısa izahı ise; «üretim» ile «harcamalar» yani «arz» ve «talep» arasında bir dengesizliğin ortaya çıkması halidir. Taleplerin, genel üretim düzeyinden daha fazla olduğu zamanlarda, fiyatlarda bir artış olacağı en basit bir iktisat kaidesidir.

B) Enflâsyonun meydana getirdiği çeşitli sorunlar

Çok defa, enflâsyonun peşinden işsizlik, gelir veya üretim azalması veyahut da olduğu yerde duraklaması, bütçe ve ödemeler açığı, gerek büyük ve gerekse küçük «yatırım yapma» isteksizliği, «altın» veya altından yapılmış eşyalara karşı fazla istek... gibi iktisadî olayları doğurduğu için, son derece tehlikeli ve zararlıdır. Enflâsyonun bu tehlike ve zararları, daha ziyade her nevi yiyecek ve giyecek eşyalarında aşırı fiyat artışlarına sebep olması, piyasada rasyonel bir şekilde hesap yapma olanaklarını tamamen ortadan kaldıracak bir düzeye ulaşip bunun sonucu olarak da, yatırım ve üretimi, artık, kârlı bir iş olmaktan çıkarıp iç ve dış piyasada tıkanıklık yaratacak bir ortam yaratması ile kendisini gösterir.

Daha önce de değinildiği üzere, enflâsyon dönemlerinde, para arzı ile fiyatlar arasında, çok yakın bir ilişkinin mevcudiyeti aşikâr

bulunmaktadır. Hızla artan para ve «emisyon» hacmi karşısında aynı hızla üretim artırılıp «arz ve talep» dengesi temin edilemediği için, tüketiciler, piyasada fiyatları hızla yükselen malları artık satın alamaz bir hale düşerler.

Bilindiği üzere, piyasaya para arzı yani «emisyon» her ülkenin kendi özel mevzuâtlarına göre yapılır. Bizim memleketimizde para basma hakkı, münhasıran, bir emisyon bankası olan «Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası» na aittir. Bizde, altın ve döviz olarak — Merkez Bankasında — herhangi bir karşılığı olmadığı halde piyasaya para sürmede, daha çok, siyasâl ve sosyal etkenler büyük bir rol oynamaktadır. Genellikle bizim memleketimizde, kamû sektörünün, kendi gelirinden daha fazla bir harcama safhasına girmesi ve bu fazlalığı da «Merkez Bankası» na finanse ettirmek istemesi veyahut da tarımsal malların desteklenmesi amacıyla hükümetin özel sektör karşısında bu nevi malları mübaya'a etmek istemesi ve bir de kamu iktisadî kuruluşlarının yıllık bütçelerinde açıklık olması halinde, onların bu açıklıklarını, başka bir ifade ile zararlarını kapatmak arzusu, büyük bir rol oynamaktadır.

C) Sözleşmenin yerine getirilmesinden önce, hükümetce para değerinin değiştirilmesi olayından, borçlu veya alacaklıdan hangisi daha çok yararlanır?

Bilindiği üzere, para borçlarında borçlu, ödemesi gereken parayı, kendi alacaklısı veya onun kanunî hâleflerine ödemekle borcundan kurtulmuş olur. Bu itibarla borçlu mütemerrit (BK. m. 101 - 106) olmadığı sürece, para değerinde meydana gelen değişmelerin nef'i ve hasarı alacaklı durumunda olan tarafa aittir. Para değerinde meydana gelen bu değişikliğin fiilî veya hukukî olması arasında hiçbir fark yoktur. Farzı - muhâl, 1969 yılı başlarında, bir kimseden beş yıl vâdeli olarak 5.000 lira borç para almış olan bir kimse, vâdesinde, bu borcunu ödemek suretiyle o borcundan tamamen kurtulmuş olur. Halbuki, o paranın verildiği 1969 yılında 5.000 liraya, meselâ 20 adet «Cumhuriyet altını» satın almak mümkün iken, vâdenin hulûl ettiği 1975 yılı başında ise aynı adet ve aynı cinsten altın alabilmek için alıcı aşağı yukarı 6.500 lira gibi büyük bir fark ödemek zorunluğundadır. Zira, aradan geçen beş yıl zarfında — ve özellikle para değerinin % 66 nisbetinde değer kaybına sebep olan 10 Ağustos 1970 günlü devâliasyon kararıyla — kâğıt paranın satın alma gücü çok düşürülmüş ve 1969 yılındaki 100

kuruşun «iştirâ kuvveti - satın alma gücü» o tarihe nazaran, hükümet kararı ile 34 kuruşa kadar indirilmiş bulunmaktadır. Fakat borçlu, bu büyük düşüşe rağmen 1969 yılında borç olarak aldığı 5.000 lirayı yine 5.000 lira olarak ödemek suretiyle borcundan kurtulmuş olur. Elbetteki bu şekildeki bir ödemedan daima borçlu olan taraf kârlı çıkmakta, diğer taraftan, borç para veren alacaklı ise, zarar görmektedir.

Şayet para değerinde düşme değil de bir yükselme (deflasyon) meydana gelmiş ise, o zaman, bundan alacaklı yani ödünç para veren kimse yararlanır. Çünkü, deflasyonda, halkın mallara karşı talebi azalırken, paraya karşı isteği o nisbette artar. Üretim mallarının satışındaki azalma ile birlikte mal stokları artar ve bunun sonucu olarak da mütemadiyen fiyatlar da bir düşme olur. Altın'a karşı halkın gösterdiği ilgi azalır. Çünkü, iç ve dış piyasalarda paraya karşı olan güven derecesi azaldığı nisbette, halkın da altın'a karşı olan ilgisi o nisbette artar. Bilindiği üzere, bizim halkımız ve özellikle üretici durumunda olan köylümüz, malının değerini altınla kıyaslamayı itiyat haline getirmiştir. Altın'ın değeri yükseldiği nisbette o da kendi malını daha pahalıya satmayı arzu eder.

Para değerinin düşmesi halinde âkidlerden daima borçlu durumunda olan tarafın kazançlı çıkacağına dair görüş, — ki, biz buna izafî ve itibarî değer nazariyesi de diyebiliriz — ancak, borçlunun borcunu ödemede gecikmemiş, başka bir deyişle, «temerrüde» düşmemiş olması halinde söz konusu olur. Borçlu — vâdenin hulûlüne rağmen — borcunu ödememek suretiyle «mütemerrit» duruma düştüğü takdirde, Borçlar Kanununun 102 inci maddesinde yer alan (Mütemerrit olan borçlu borcun tehhürle ifasından dolayı zarar ve ziyan tediyesine mecbur olduğu gibi kazağra vukua gelecek zararlardan da mes'uldür.) şeklindeki hüküm gereğince, para değerinde meydana gelen değer kaybı zararlarını da alacaklıya ödemek zorundadır. Bu durumu nazarı itibare alan bir kısım alacaklılar, sözleşmelere «altın şartı» nı koyarak borçlunun — vâdenin hulûlünde — borcunu «altın» olarak ödemesini derpiş etmektedirler (BK. m. 83) Yargıtay'ın oturmuş içtihatlarına göre de sözleşmeye konulan «altın şartı» (1) muteberdir. Ödeme şekli altın olan borçların

(1) Devletin malî itibarına dokunmamak ve kanunun korumadığı hakkın fena kullanılmasına müncer olmamak kaydı ile âkidlerde «altın» ile tediyeğin şart koşulması muteberdir. Mislinin piyasada temin ve tedariki mümkün oldukça, mevzu'u altın olan borçların mislen ödemesi icap eder. Aksi halde vâdenin hulûl ettiği, vâde yoksa borcun kanunen muâccel olduğu tarihteki râyici üzerinden borcun ifası lâzımdır.

Yarg. İç. Birleştirme Kararı, 19/2/1947 gün ve E. 7, Resmi Gazete, 11/7/1947 gün ve 6655 sayı'da yayınlanmıştır.

yerine getirilmesinde — piyasadan bu nevi altının tedariki mümkün bulunduğu takdirde — borcun aynen yani o nevi altın ile ödenmesi, aksi halde o nevi altının vâde günündeki râyici esas tutularak borcun bu râyiç üzerinden ödenmesi iktiza eder.

Ç) Paranın iç değerindeki değişmeler

Paranın iç değeri, zamanla, ya kendiliğinden (fiili olarak) veya hut da yetkili mercilerin aldığı idarî ve malî karar üzerine — düşme veya yükselme şeklinde — vuku bulur.

Genel olarak görülen şekil, para değerinin yani «iştira - satın alma gücü» nün zamanla fiilen düşmesi halidir. Daha önce de değinildiği veçhile, ödeme vasıtalarının aşırı bir derecede piyasada artması ve bu arada ücret ve fiyatların hızla yükselmesi ve bir de üretim vasıta ve mallarının talebi karşılayamaması... gibi hallerde, para, eski değerini yani satın alma gücünü kaybeder. Para değerindeki fiilî düşüşün rizikosunu, daima alacaklı taraf çeker. Yukarıda da işaret edildiği veçhile, hele sözleşme tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süre uzadığı müddetce, bundan daima kârlı çıkan taraf, o akdin borçlusu durumunda olan kimsedir.

Para değerinin zamanla ve kendiliğinden — başka bir deyişle fiili olarak — değer kaybı, normal bir çerçeve içerisinde kaldığı müddetce (Pacte sund'servanda — ahte vefâ kaidesi icabı olarak) her iki tarafı bağlayıcı mahiyetini aynen muhafaza eder. Ancak, paranın iç değeri «fiilî olarak» o kadar çok düşebilir ki, bu gibi olağanüstü durumlarda — paranın değer kaybından — meydana gelen zararların alacaklı olan tarafa yükletilmesi; hak, adâlet, doğruluk ve iyiniyet kaideleri ile artık bağdaştırılamaz bir hale girer. Sözleşmenin yapıldığı anda karşılıklı edimler arasında mevcut olan dengenin — sonradan para değerindeki fiilî düşme nedeniyle — taraflardan biri aleyhine bozulması halinde, (ahde vefâ - Pacta sund'servanda) ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmak adâlet ve hakkaniyet ve hele objektif hüsnüniyet kaidelerine (MK. m. 2) aykırı bir durumun ortaya çıkması sonucunu yaratır.

Para değerinin «fiilen yükselmesi» — para değerinin fiilen düşmesi olayından farklı olarak — sık ve her ülkede görülen bir olay değildir.

D) Para değerinin, kanun veya yetkili bir makamın idarî tasarrufu ile değiştirilmesi hali

Para değerinin «iç değerindeki düşme» hali genel bir şekil alıp bundan hemen hemen bütün alacaklılar zarar görür bir hale gelince veya siyasî sebepler, zamanın hükümetini, para değerinin düşürülmesi istikametinde zorlar bir şekle bürününce, paranın iç değerinin, kamu veya idarî bir tasarrufla değiştirilip yeniden tesbit etmek zorunluğu kendiliğinden ortaya çıkar.

Büyük bir siyasî olay veya iktisadî bir kriz veyahut da enflasyon tesiri ile ya da bir kanunla veya yetkili makamın idarî bir tasarrufu ile para değerinin değiştirildiği hususu, sık sık görülüp bilinmektedir. Gerek çıkarılan bir kanun hükmü ile ve gerekse idarî bir tasarrufla para değerinin düşürülmesinden daha önce doğmuş olan kamu veya özel hukuk alanındaki «alacak» ve «borç» ilişkilerinin akibetleri ne olacaktır? Kanaatımızca, eski para değeri üzerinden doğmuş olan hukukî ilişkisinin — yeni duruma göre — intibakı, ya yeni bir idarî tasarrufla (2) veya yargı organlarının verecekleri kararlarla, ancak yapılabilir.

- (2) İkinci Dünya Harbinin yarattığı iktisadi buhran ve özellikle enflasyon nedeni ile memleketimizde de fiyat yükselişlerine karşı hükümetler müteâhhitler lehine bazı idarî kararlar almak zorunluğunu hissetmişler ve bu meyanda :

11 Mart 1942 tarihli Bakanlar Kurulu Kararında, (İhaleden sonra işçilik ve malzeme fiyatlarında yükselme husule geldiği ve ait olduğu Bakanlıkça mutlâk zaruret görüldüğü takdirde aradaki farkın müteâhhide ödenmesi hususunda mukavelelere hüküm eklenmesinin uygun görüldüğü) belirtilmiş ve bundan kısa bir süre sonra alınan diğer bir Bakanlar Kurulu Kararı ile de (13/7/1942 tarihli) (İnşaat mukavelelerinde hilâfına kayıt bulunsa dahi, her hâdisenin tetkike tâbi tutulması ve bunların bazılarında müteâllik hizmetlerin ifasına inkıtasız devam olunması, idarî ve askerî veya diğer mühim sebeplerle zarurî görülür veya mukavelelerin feshi veya eski şartlarla devam ettirilmesinin müteâhhide tahammül edemeyeceği ağır zararları mâruz bırakacağı muhakkak bulunursa bu gibi hallerde emprevizyon kaidesine itibarla salâhiyetli mercilerin bu hâdiseler üzerinde takdir hakkını kullanarak ve bir nisbet ile mukayyet olmayarak her işin göstereceği lüzum ve ihtiyaca ve arz'ettiği mahiyete göre fiyat tereffülerinin tamamen veya kısmen kabulü ve bu hususta yapılacak tetkikatın bütün vatandaşların hakları üzerinde seyyanen bir muâmelenin tatbikini temin edeceği) açıklanmıştır.

Türk parasına göre bir Doların değerini 260 kuruştan 980 kuruşa çıkaran 4 Ağustos 1958 günlü devâlûasyon kararının yarattığı iktisadi kriz ve özellikle hızlanan mevcut enflasyon nedeniyle, kamu sektörü ile ilgili mevcut inşaatların âkibetlerini nazarı itibare alan hükümet, 16/7/1959 tarih ve 4/11884 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 4/8/1958 tarihinden önce ihale edilmiş olan inşaat, âmelivat ve tesisat işleri müteâhhitlerine ödenecek olan fiyat farkları hakkındaki esasları tayin ve tesbit etmek zorunluğunu hissetmiştir.

1939 - 1945 yılları arasında devam eden «İkinci Dünya Savaşı» nı müteakip Almanyada harpten önceki para borçlarının enflasyon nedeniyle değer düşüklüğüne maruz kalan yeni paraya nasıl dönüştürüleceği 27 Haziran 1943 gününde yürürlüğe giren (Unstellungsgesetz - Dönüştürme Kanunu) adı verilen 35 maddelik bir kanunla düzenlenmiş ve ayrıca yine Almanyada 26/3/1952 tarihli (Akid Yardımı Kanunu) adı verilen ve 24 maddeden oluşan diğer bir kanunla da mahkemelere — tarafların durumu ve menfaat vaziyetlerine göre — akdi vecibelerini yeni şartlara uygun şekle sokabilme talep ve yetkisi verilmiştir.

E) Paranın dış değerindeki değişme hali ?

Bilindiği üzere para değeri — yabancı para (döviz) piyasasındaki arz ve talebe göre de — değişebilir. Bu türlü para değeri değişmelerini «serbest kur» veya «sabit kur» sistemine göre para değeri değişmesi şeklinde tâvsif etmek mümkündür.

Yabancı para (döviz) ile ödeme yapıp ancak ondan sonra akdi vecibesini yerine getirmek zorunluğunda kalan bir «Türk borçlusu», — değeri kendiliğinden yani fiilî olarak veya resmî makamların idarî tasarrufu ile düşürülmüş — Türk parası ile döviz satın alabilmek için, elbetteki, sözleşmeden önceki zamana nazaran daha çok Türk parası ödemek ıstırarında kalacaktır. Başka bir deyişle, Türk parasının değerindeki değişmeler; yabancı borçluyu, yabancı paranın (dövizin) dış değerindeki değişmeler ise, Türk borçluyu — borçluluk ve alacaklılık sıfatlarına göre — leyhte veya aleyhte iyice etkiler.

Memleketimizde Türk parasının değeri, Cumhuriyetin ilânından 1931 yılına kadar «İngiliz lirası», daha sonra «Fransız frangı» esas alınmak suretiyle ve dolaylı bir şekilde «altın esası» na bağlı iken, 9 Eylül 1946 tarihinde yapılan devalüâsyon ile, söz konusu «altın esası» terk edilerek, o gün bugündür, Türk parasının değeri, Amerikan parası olan «Dolar» esasına göre tesbit edilmektedir.

Daha önce de değinmiş olduğumuz veçhile, bir akitte, Türkiye'de ifası gereken bir borç miktarı yabancı bir memleket parası ile ödeneceği yani «aynen ödeme» hususu sözleşmeye derç'edilmiş ise (BK. m. 83/f. 2), borçlu doğrudan doğruya anlaşmada açıklanan o yabancı memleket parası (döviz) ile ödemede bulunmak zorunluğundadır. Ancak, sözleşmede akdin harfiyyen icrası yani «aynen ödeme» veya buna muâdil sair bir ifade kullanılmamış ise, o zaman, borçlu ödemeyi taâhhüt ettiği o yabancı parayı (döviz) vâdenin hulûl ettiği gündeki Türk parası râyici (karşılığı) üzerinden ödeyebilir (3). Borçlar Kanununun bu hükmüne müşabih bir hüküm de «Türk Ticaret Kanunu» nun 623 üncü maddesinde yer almış bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre; (Poliçenin ödeme yerinde râyici olmayan bir para ile ödeneceği şart koşulduğu takdirde, bedeli, vâde günündeki kıymetine göre o memleket parası ile ödenebilir. Borçlu ödemede geciktiği takdirde, hâmil poliçe bedelinin di-

(3) 1211 sayılı (Merkez Bankası Kanunu)'nun 4 ve 39 uncu maddeleri hükümlerine göre, yabancı memleket parasının (dövizin) râyici münhasıran «Merkez Bankası»'nca tesbit ve tayin olunur.

lerse vâde günündeki dilerse ödeme günündeki râyice göre memleket parasiyle ödenmesini istiyebilir.) Aynı maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre de, keşideci poliçe bedelinin muayyen bir para ile ödenmesi gerekeceğini yani «aynen ödeme» şartı ile düzenlemiş ise, o zaman, ödemede bu şartın aynen uygulanması gerekecek demektir.

Şayet borçlu, borcunu belirtilen vâde gününde değilse, daha sonra ödeyecek olursa, o zaman, bu gecikmeden — başka bir deyişle — temerrüitten doğan zarar yani yabancı paranın (dövizin) râyîç değerinin (yabancı paralar karşısında millî para değerinin düşürülmesi demek olan devâlüasyon sonucu) yükselmesinden meydana gelen fiyat farkı borçluya ait olduğu için, onun bu zarara katlanması gerekir (BK. m. 102, 105). Fiyatlar düşerse, o zaman da, vâde tarihi esas alınarak ödeme yapılması icap edecektir (4).

III — PARA DEĞERİNİN DEĞİŞMESİ SONUCU, BORCUN İFASINDA MEYDANA GELEN GÜÇLÜK

Sözleşmenin düzenlenmesi tarihinden sonra enflasyon sebebi ile hükümet tarafından başvuru «devâlüasyon» nedeniyle para değerinde meydana gelen büyük düşüş sonucu, borçlu, borcunu yerine getirmede pek büyük bir güçlüklerle karşılaşsa, bu hali, «akdin ifasında imkânsızlık» olarak tâvsif etmek yerinde bir hareket olur.

Gerek Borçlar Kanunu ve gerekse sair kanunlarımız tarafından açık bir şekilde hükme bağlanmamış olan bu konuda iki ayrı görüş karşı karşıya gelmektedir. Bunlardan — oldukça eski ve artık terk edilmekte olan — liberâl görüşe göre; borçlu, serbest irâdesi ile imzalamış olduğu sözleşmenin yerine getirilmesi ile iktisaden mahvolursa dahi «Pacta sunt servanda - ahde vefâ» kaidesine göre akdi vecibesini yerine getirmeye zorunludur.

Diğer bir görüşe göre ise, sözleşme yapıldığı sırada, tarafların, sözleşmeyi yapmalarına ve irâdelerinin o istikamette birleşmelerine sebep olan şartlar daha sonra önemli surette değişmişse, artık taraflar o akitle bağlı tutulamazlar. Bu görüşe doktrinde, «Clausulâ rebûs sic stantibûs - beklenmeyen hal şartı» veya «emprevizyon teorisi» adı verilmektedir.

Genellikle, borcun ifasındaki büyük «güçlük - imkânsızlık» hali özellikle harp veya «devalüasyon» kararlarının yarattığı iktisadî kriz devrelerinde söz konusu yapılmaktadır.

(4) Prof. Dr. SELÂHATTİN SULHÎ TEKİNAY. Borçlar Hukuku, 3. Bası, İst. 1974, S : 557, No. 13.

Bir kimse, bir sözleşme ile, tamamını veya büyük bir kısmını ancak yurd dışından temin edebileceği bir malın teslimini — özelikle böyle bir malın mütevalî bir şekilde teslimini — veya bir inşaatın yapım ve ikmalini taâhhüt etmiştir; fakat, mal kıtlığı veya o mallara devletce sonradan el konulması, sözleşme yapılırken akla ve hayâle gelmeyen bir nisbette fiyat yükselişleri, düşman işgali, malın taşınmasında meydana gelen güçlük ve bozukluklar ve navlun bedellerine (taşıma ücretlerine) yapılan zamlar, ihracat ve ithalât yasakları, abluka (ambargo)... gibi zorunluklar neticesi olarak borçlu — kendisine hiçbir kusur isnadı kabil olmaksızın — taâhhüdünü yerine getirememek gibi çok güç bir mevki'e düşmüş olabilir. Bu gibi haller — sözleşmenin taraflarınca — önceden düşünülerek borçlu veya alacaklı lehine olarak sözleşmeye — «altın şartı» ile ilgili olarak daha önce de değinildiği veçhile (BK. m. 83/f. 2) — bu yolda hükümler konulmuş ise, o zaman, ortada halli gereken bir güçlük pek olmaz. Asıl büyük güçlük, sözleşmede bu yolda hiçbir hüküm ve açıklık olmaması ve bir de sözleşme şartlarında — yukarda değinilen dış etkenlerle — husule gelen esashı değişiklikler neticesinde akdin ifası imkânsız bir hale gelmiş olsa bile, ifanın ancak önceden tahmin edilememiş olan fedakârlıklar pahasına ancak mümkün olması ve bu fedakârlıklarla mukabil ivâzlar arasında da açık bir nisbetsizlik denecek derecede bir fark husule gelmesi hallerinde, kendisini gösterir. İşte tam bu safhada, yukarda değinmiş olduğumuz «Pacta sunt servanda - ahde vefâ» prensibine dayanan ve her ne pahasına olursa olsun akdî vecibenin, borçlu tarafından, aynen yerine getirilmesini isteyen ve sözleşme hükümlerine göre «alacaklı» durumunda olan taraf ile eski «Summun sus, summa inirina» yani «en büyük hak, en büyük haksızlıktır» kaidesine sığınarak sözleşmenin metnine değil ve fakat kendi yükümlülüklerine bir hudut çizen o meşhur «hak ve nasâfet» kaidelerine dayanan ve bu kaidenin dışında herhangi bir fedakârlığa asla katlanamayacağını iddia eden borçlunun menfaatleri arasında bir ihtilâf başgösterir (5).

Bir taraftan sözleşmelerde «ahde vefâ», diğer taraftan «hak ve nasâfet» kaidesine göre hareket edilmesi gerekeceği yolundaki birbirine zıt bu iki görüşün telifi için, hukukcular, her memlekette çetin münakaşalara girişmişlerdir.

(5) Ord. Prof. Dr. ANDREAS B. SCHWARZ, Harbin hususî aktitler üzerindeki tesiri, Türk Hukuk Kurumu adına 21/3/1943 tarihinde Ankara Dil - Tarih ve Coğrafya Fakültesinde verilip Doç. Dr. Hikmet Belbez tarafından tercüme edilen konferans, Adliye Dergisi, sene 1944, Sayı : 2, Sayfa : 190 - 191.

Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca önceden tahmin edilemeyen ve o akdin in'ikadında iki tarafın irâdelerinin karşılıklı olarak birleşmelerine müessir olan hal ve şartların değişmesi sonucu borçlunun artık taâhhüdünü yerine getirmeye kadir olamadığı noktayı nazarı yani «clausulâ rebus sic stantibûs - beklenilmeyen hal şartı», kanâatımızca, uyuşmazlıkların çözülmesinde en âdil bir hal şekli olarak kabul edilmelidir. Çünkü, bu gibi hallerde akte yapılan müdahale — tarafların lâhik olan irâdeleri dışında — hariçten vâki olmaktadır. Akdin vücut bulmasına müessir olan şartların kökten değişmesi karşısında, bizzat akdin, artık ifayı istemediği veya bu değişikliklerin önceden tahmin edilebilmiş olmaları halinde tarafların o akdi yapmalarına aklen ve mantıken imkân bulunmadığının kabulü iktiza eder. Başka bir ifade ile, akdin mer'iyet hudutları bakımından, — daha sözleşme yapılırken — başlangıçta taraflar akte, tefsir yoluyla ve zımnî olarak «clausulâ rebus sic stantibûs - beklenilmeyen hal şartı» nı peşinen koymuş bulunmaktadırlar (6). Böyle bir durumda borçluyu o akitten kim kurtaracak ? Başka bir ifade ile, borçlu, kendi âkidi durumunda olan alacaklıya, (... bu akdin şartları onu yerine getirmeye imkân vermiyecek bir şekilde kökten değişti, artık ben bu akitle bağlı değilim, ben bu akdi tek taraflı olarak fesh'ettim !...) deyip işin içinden çıkacakmı, yoksa sözleşmedeki şartların gerçekten borçlunun iddia ettiği gibi kökten değişip değişmediği yönünün bir mahkeme marifetiyle tahkik ve tesbitimi gerekecek ?

A) Yabancı memleketlerdeki uygulama şekli

a. Fransa'da :

Muhafazakâr bir noktayı nazarın hâkim olduğu Fransa'da; akdi bağlılığa hariçten bir müdahale ancak «forje majeur - mücbir sebep» veya en ufak bir şüpheye imkân bırakmıyacak bir şekilde «mutlâk bir imkânsızlık» sonucu mümkün olabilir. Taşıma güçlükleri, devletce mala el koyma ve özellikle fiyatlarda görülen yükselişler... gibi gerek harp ve gerekse devalüasyon yüzünden doğan güçlükler ne kadar büyük olursa olsunlar, yine, borçluyu akdi vecibesinden kurtaramazlar, meğer ki bu haller yüzünden taâhhüdün ifası sadece güçleşmiş değil, kelimenin tam mânasiyle «imkânsızlaşmış» olsun. Birinci Cihan Harbi'ne rastlayan 1916 yılında «Bordeaux» belediyesine karşı şehre sabit bir fiyat üzerinden havagazı ve elektrik cereyanı vermeyi taâhhüt etmiş olan müteâhhit bir firmanın,

(6) ANDRES B. SCHWARZ, agk. S : 191.

kömür fiyatlarındaki beş misli artışı ileri sürerek sözleşmedeki sabit fiyatın, yeni kömür fiyatlarına göre artırılması yolundaki «fiyat farkı» talebi, o zamanki Fransız kaza mercilerince olumlu karşılanmış ve gerekçe olarak da fiyatlardaki yükselişlerin, tarafların, akdin in'ikadı sırasında tahmin edebilecekleri azamî hadleri dahi aşmış ve bu suretle «sözleşmenin iktisadî temelini tamamiyle sarsılmış» olduğu yönü belirtilerek, istenen fiyat farkının ödenmesine karar verilmişti (7).

b. Almanya'da :

Hâkimlerinin hukuk yaratıcılığı ile nazari sahada çalışan bilim adamlarının müşterek gayret ve mesaipleri sonucu, Alman mahkemeleri, söz konusu uyumsuzluğu çözerken, sözleşmenin borçlusu durumunda olan tarafın edâ ve yükümlülüklerinin, «borçluya hiçbir kusur isnadı kabil olmaksızın, edânın imkânsız bir hale gelip gelmediği» noktasından hareket ederek, borçlunun bu hadde kadar elinde olan her şeyi yapması lâzım geldiği görüşünde birleşmişler ve hatta daha sonraları bu içtihatlarını borçlu lehine yumuşatarak, borçludan beklenebilen fedakârlıkların imkânsızlık haddine varmadan daha önce «iyiniyet» kuralları icabı olarak «nasafet haddinde» nihayete ereceğini kabul etmekten çekinmemişlerdir. Alman mahkemeleri, akdin değişen şartlara intibak ettirilmek suretiyle mukabil ivâzın artırılması gerektiği hususunda karar verirlerken, daima; «âkidlerin her türlü hesap ve tahminlerinin dışında kalmış olan olayların ortaya çıkmış olması gerektiği» şartını gözönünde bulundurmuşlardır.

Alman mahkemelerinin en son görüş ve uygulamaları; sözleşmeye göre borçlu durumda olan tarafın akdî vecibesini yerine getirmesi halinde, «çok müşkil bir duruma düşmesi» ihtimâl dahilinde bulunduğu hallerde, borçlunun yükleneceği zararın mümkün mertebe — alacaklı durumda olan diğer tarafa da bölüştürülmesi suretiyle — «hak ve nasafet» kaidelerine göre hüküm tesisi gerektiği noktasında, toplanmaktadır (8).

c. İngiltere'de :

Bilindiği üzere, kara Avrupası yazılı hukukundan ayrı ve daha ziyade örf ve âdete dayanan İngiliz «Commen Law» hukuk sistemi-

(7) ANDRES B. SCHWARZ, agk. S : 192.

(8) ANDRES B. SCHWARZ, agk. S : 193.

ne göre; «akid bir edâ vâdi değil, bil'âkis alacaklıya hakkı olan edâyı behemâl elde edeceğine dair verilen bir garantidir; meğer ki, bu garantiden istisna edilmiş olan haller tahâddüs etmiş olsun.» Bu görüş, daha ziyade, 19 uncu asrın ikinci yarısında ve özellikle Kral VII inci Edward'ın âni hastalanması sonucu, adına düzenlenen «Coronation cases» adı verilen «Taç giyme merâsimi» nden sarfınazar edilmesi üzerine, merasim alayının geçeceği sokaklara bakan evlerinin pencerelerini büyük bedellerle kiraya veren bina sahiplerinin — belirtilen nedenle hiç merasim yapılmamasına rağmen — kiralayanlar aleyhine mahkemeye müracaatla, kira bedellerinin tahsilini talep etmeleri üzerine belirgin hale gelmiştir. İngiliz mahkemeleri, merasim alayının geçişini, akdin bir «temeli - foundation» u olduğu ve hastalık nedeniyle merasim yapılmasından sarfınazar edilmesi suretiyle «kira akdi» nin teminat altına aldığı edâ «garantisi» nin artık «imkânsız» bir hale girdiği noktasından hareket etmişler ve bu suretle kara Avrupasının «edânın imkânsızlığı» prensibini, onlar da benimsemiş bulunmaktadır (9).

B) Memleketimizdeki uygulama şekli

a. Fertlerin yaptıkları hususî akitlere devletin müdahalesi :

Memleketimizde harbin ve devalüasyon kararlarının ortaya çıkardığı iktisadî buhranın hususî akitler üzerine tesiri ve başka bir ifade ile ferdlerin akit yapma hususundaki irâde muhtariyetlerine devletin müdahalede bulunması hali genellikle iki şekilde tezahür etmiş bulunmaktadır. Devletin bu müdahalesinin şekil ve mahiyeti — özellikle harp yıllarını yaşayanlarca — malûm bulunmaktadır. Buhranlı devrelerde gerek ithâl edilen ve gerekse dahilde istihsâl edilen her nevi mallarda başgösteren «kıtlık» ve bunun bir sonucu olarak «arz ve talep» arasındaki dengesizlik nedeniyle ortaya çıkan pahalılık sebebiyle halkın büyük bir kısmının çok güç şartlar içerisinde yaşama çabasını biraz olsun hafifletebilmek arzu ve gâyesi ile devlet, bir taraftan fertlerin «sözleşme - anlaşma» yapma hürriyetlerini tâhdit ve takyid etme, diğer taraftan âmir hükümlerle (Millî Korunma Kanununda olduğu gibi) akitlerin muhtevalarını tayin ve tesbit etmek suretiyle, her nevi spekülasyon hareketini başı boşluktan kurtarıp zabt ve rabt altına alma yoluna gitme zorunluğunu duymuştur. Devlet bu yoldaki tedbirini, ya bir kısım eşya ve malların fiyatlarını tesbit ve dondurmak veya istihlâki — nedreti hissedilen malların alım ve satımını vesikaya bağlamak sure-

(9) ANDRES B. SCHWARZ, agk. S : 196.

tiyle — kısıtlama (tâhdit) yoluna giderek, alır. Hatta devlet, aynı mülâhazalarla, çok defa, ahdî münasebetlerin zorla devâmını bir ihtiyaç haline sokmakta ve özellikle «gayrimenkul kira akdi» alanında bina sahiplerinin kira akdini fesh'edebilme imkânını, onların aleyhine olarak, son derece daraltma yoluna da gitmiş bulunmaktadır.

Gerek mesken ve gerekse işyeri olarak kullanılan binaların toplum hayatındaki önemi, en ufak bir tartışmayı icap ettirmeyecek kadar açıktır. Hele nüfusu büyük bir hızla artan, aileleri yeni yeni ailelere bölünen ve fakat buna karşılık mesken ve işyeri yapımı aynı hıza ayak uyduramıyan ve nüfusunun büyük çoğunluğu bina sahibi olmayan memleketimizde bu önem daha da açıktır. Devlet, mesken ve işyeri miktarının bu yoldaki istekleri yeteri kadar karşılayacak bir durumda olmaması nedeniyle, sür'atle yükselen kira bedellerini makûl bir seviyede tutabilmek arzu ve endişesi ile, — yukarda da değinildiği veçhile — harp yıllarında «Millî Korunma Kanunu» ve bu kanunun yürürlükten kaldırılmasını takip eden yıllarda da «Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun» hükümleriyle, mesken ve işyeri kiralarının olağanüstü yükselmelerini, mümkün mertebe önleme yoluna gitmiş bulunmaktadır.

Yukarda da değinildiği veçhile, mesken ve işyeri kiralarının, uzun zamandanberi memleketimiz için bir toplum sorunu haline girdiği kuşkusuzdur. Bilindiği üzere, «Türkiye Cumhuriyeti Anayasası»nın 36 ncı maddesinin birinci fıkrası hükmü, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğunu açıkca belirttikten sonra, onu takip eden diğer fıkralarında da bu hakkın kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceğini ve keza mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağını hükme bağlamak suretiyle, devletin, kira işlerini kanun hükmüyle düzenlemesine ve bu alanda bazı sınırlama ve kısıntılar yapmasına imkân bahşetmiş bulunmaktadır. Anayasanın verdiği bu imkân ve yetkiye dayanılarak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce çıkarılan 6570 sayılı «Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun» un 2 ve 3 üncü maddeleri hükümleriyle «kira paraları» 12 Mayıs 1953 râyici esas alınmak suretiyle tamamen dondurulmuştu; bu dondurma kararından sonraki senelerde hernevi inşaat malzemesi fiyatlarındaki hızlı artış ve hükümetce — memleketimiz için para birimi kabul edilen dolara nazaran — alınan devalüasyon kararı ile Türk parasının değerinin düşürülüşü ve ayrıca yine devlet tarafından bina ve arazi vergilerine yapılan zamlar karşısında kira parasına esas alınan 1953 kira râ-

yicinin — bina sahipleri bakımından — «gülünç» denecek bir seviyede kalışı ve alınan kira parasının, yapılan masrafları dahi karşılayamaması hali, mal sahiplerinin haklı sızlanmalarına yol açmıştır. Nihayet mülkiyet hakkı'nın özünü zedeleyen ve Anayasa'nın hiçbir kimse ve zümreye imtiyaz tanımayan ve sözü geçen kanunun 12 inci maddesinde yer alan «eşitlik ilkesi» ne aykırı düşen bu sınırlama yani «Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun» un 2 ve 3 üncü maddeleri hükümleri, 26/3/1963 tarihli «Anayasa Mahkemesi» kararı ile iptâl edilmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararında; mesken ve işyeri darlığının bulunduğu memleketlerde devlet tarafından zamanında gerekli tedbir alınmadığı takdirde — talebin fazlalığı sebebiyle — kiraların anormal bir şekilde yükseleceği ve bu yükselişin de ister istemez hayat pahalılığına sebep olacağı ve netice itibariyle hayat pahalılığının toplumda büyük bir huzursuzluk yaratacağı ve bu nedenle de kira paralarının devletin kontrol ve müdahalesine tâbi tutulmasında kamu yararı olduğu hususu, belirtilmiş bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesince iptâl edilen söz konusu iki madde yerine, kanun koyucu tarafından yeni hükümler getirilmeyince bu sahada bir kanun boşluğu meydana gelmiş ve bu boşluk sırasıyle 18/11/1964 gün ve 2/4, 7/7/1965 gün ve 5/5 ve en son olarak da 21/11/1966 gün ve 19/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararlarıyla doldurulmuş bulunmaktadır.

b. İstisna akdi bakımından ifanın imkânsızlığı hali :

Borçlar Kanununun «götürü taâhhüt» kenar başlığını taşıyan 365 inci maddesi hükmüne göre, bir işin «götürü» yapılması pazarlık edilmiş ise, müteâhhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmağa mecburdur. Velevki yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla emek (sây) ve masrafı mucip olsa bile, müteâhhit kararlaştırılan bedelin artırılmasını isteyemez. Ancak, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında da belirtildiği veçhile, önceden tahmin olunamayan veya tahmin olunup da her iki tarafca nazara alınmayan haller işin yapılmasına mâni olur veya yapılmasını son derece güçleştirirse hâkim, hâiz olduğu takdir hakkına dayanarak ya akitte kararlaştırılan bedelin artırılmasına ya da akdin feshine karar verebilir. Bu madde hükmünde söz konusu olan husus, sadece «beklenemezlik» halidir; zira «mutlâk imkânsızlık» hali Borçlar Kanununun 117 inci maddesinde hükme bağlanmış olup buna göre, «Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün ol-

mazsa borç sâkıt olur.» yani borçlu kendiliğinden borcundan kurtulmuş olur.

Borçlar Kanunumuzun 365 inci maddesi hükmü, kanundaki bu mevcudiyetini; bilirkişi veya fen adamlarının genellikle tahmine dayanan keşif raporlarına müsteniden sabit fiyatlar (götürü bedel) üzerinden ihale veya pazarlık usulü ile müteâhhitlere yaptırılan «tünel» inşaatları sonucu ortaya çıkan tecrübelere medyundur. İlk keşif raporlarına göre «yumuşak» veya sadece «küskülük» toprak olarak tahmin edilen ve fakat tünelin kazılması işine başlandıktan kısa bir süre sonra, ilk tesbit ve tahmin hilâfına olarak, tünel kazılacak dağ veya tepenin tamamen «sert toprak» ve hatta ancak dinamit patlatılması veya elektrikli makkap kullanılması suretiyle parçalanıp delinmesi gereken «taş ve kaya» sahası olduğu ortaya çıkan bir tünelin, — iş sahibi müessese ile müteâhhit arasında kararlaştırılan — o ilk «götürü bedel» üzerinden delinip bitirilmesini istemek, müteâhhidin iktisaden mahvolmasını istemek demektir. İşte, bu gibi önceden tahmin olunamayan ve işin yapılmasını son derece güçleştiren bu gibi «beklenememezlik» hallerini nazarı itibare alan kanun koyucu, Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmünü sevk'etmiş bulunmaktadır. İncelememizin bundan önceki kısımlarında da değinmiş olduğumuz veçhile, söz konusu fıkra hükmü, «clausula rebus sic stantibus - beklenilmeyen hal şartı»nın formüle ediliş şeklidir. Bu fıkra hükmünün uygulanabilmesi için, önceden tahmin edilemiyen veya meydana gelebileceği taraflarca kabul edilmiş bulunan olağanüstü hallerin ortaya çıkması ve bu durumun, imâl edilecek şeyin (eserin) tamamlanmasını imkânsız kılması veya son derece güçleştirecek bir vasıfta olması ve bu elverişsiz durum ve şartların hiçbir suretle müteâhhidin kusur, ihmâl veya bâsiretsizliğinden doğmamış olması şarttır. Tabii âfetler, havaların inşaata müsait gitmemesi, malzeme yokluğu, malzeme fiyatları ile işçi ücretlerinin yükselmesi... gibi haller, buraya dahildir.

Bir olayın önceden tahmin edilebilir bir olay olup olmadığı, başka bir deyişle, beklenilmeyen hal şartını hâiz bulunup bulunmadığı hususu, iş hayatında uygulanan «objektif» ölçülere — aynı meslekteki mütehassıs bilirkişilerin varacakları — «ortalama kanaat» ve düşüncelere göre tesbit edilir. Bu tesbit esnasında genellikle, yapılan işin çeşidi, kullanılacak olan malzemenin cins ve nev'i, yapıldığı yer, özellikle, akdin icrası için taraflarca kararlaştırılan süre içerisinde malzeme ve işçilik ücretlerinde, önceden tahmin edilemiyen

bir değişiklik olup olmadığı, hususları gözönünde tutulur. Akdin yapılması sırasında, o işin müteâhhidince, önceden tahmin edilemeyen malzeme ve işçilik ücretlerindeki yükselişler, sözleşmenin yerine getirilmesi halinde müteâhhidin tıpkı eskisi gibi ticarî hayatını devam ettirmesine engel olmayacak ve o işten elde etmesi mümkün ve muhtemel kâr ve kazanca göre de kendisinin katlanması gereken bir zarar nisbetinde ise, o zaman, olayda Borçlar Kanununun 365/f. 2 hükmünün müteâhhit lehine uygulanmasına olanak yoktur. Müteâhhidin o işten elde etmesi mümkün ve muhtemel kâr ve kazancı ile, işi bitirmesi halinde uğrayacağı zarar arasındaki farkın, müteâhhidin iktisaden mahvolması derecesine çıkmış bulunması şart değildir (10).

Karşılıklı taâhhütleri hâvi bütün akitlerde söz konusu olan ve akde bağlılığın hudutlarını çizen «objektif hüsnüniyet kaidesi» (11), Borçlar Kanununun 365/f. 2 hükmüne dayanan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde de uygulanır (12). Bir akitle borçluya tahmil olunan mükellefiyetler — akitten önceki şartların borçlu aleyhine esaslı bir şekilde değişmesine rağmen — olduğu gibi bırakılıp, o akdin aynen ifasını istemek, «objektif hüsnüniyet» kaidelerine aykırı bir davranış olur. Böyle bir halde alacaklı hak ve nasafet kaidelerine uygun bir hal tarzına yanaşmazsa borçlu, Borçlar Kanununun 365/f.2 hükmüne dayanarak, ya kararlaştırılan bedelin artırılmasını veya akdin feshini isteyebilir. Böyle bir halde, tarafların vecibelerinin, hüsnüniyet kaidelerine göre takdir ve tesbiti icap eder (13).

«Makine Kimya Endüstrisi Kurumu» tarafından ihale suretiyle inşa' ettirilen «Barut Fabrikası» su tesisatı ve boru döşeme işi ile ilgili olarak ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, taraflar arasındaki sözleşmenin II inci maddesinde yer alan; (müteâhhit ihale tarihinden sonra vergi ve resimler konulması, malzeme fiyatının yükselmesi, nakliye ve işçi ücretlerinin artması gibi sebeplere istinat ederek fazla para verilmesi veya müddet uzatılması talebinde bulunamayacaktır) hükmüne rağmen, İkinci Dünya Harbinin yarattığı iktisadî buhran sebebiyle inşaat malzemesi fiyatları ile usta ve âmele ücretlerindeki bir misli yükselişi, — Borçlar Kanununun 365/2.f hükmü muvacehesinde — davacı müteâhhidin, da-

(10) ANDRES B. SCHWARZ, agk. S : 199.

(11) Medenî Kanununun ikinci maddesi, (Herkes, haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riâyatle mükelleftir.) hükmünü ihtiva etmektedir.

(12) Ord. Prof. A. ESAT ARSEBÜK, Borçlar Hukuku, C. 2, İst. 1943, S : 886.

(13) A. VON THUR, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, Cevat Edege tercümesi, Sayfa : 179, No. 25 ve 267.

valı Makina Kimya Kurumundan fiyat farkı talep etmesine yeterli bir sebep saymış ve aksi davranışın Medeni Kanununun ikinci maddesinde yer alan «objektif hüsnüniyet» kaidelerine aykırı olacağını kabul etmiştir (14).

c. Memleketimizde, devalüasyon veya enflasyon nedeniyle para değerinin düşmesi hali — istisna akidleri dışındaki diğer akidler için — «beklenmiyen hal» şartının kabulüne imkân verir mi ?

Daha önce de değinmiş olduğumuz veçhile, «istisna» akidleri dışında kalan diğer akidlerde de, sözleşmenin düzenlenmesinden sonra, borçlu tarafından önceden tahmin olunamayan veya tahmin olunup da her iki tarafca nazara alınmayan haller, borçlunun akdi vecibesini yerine getirmesine imkân vermez veya son derece güçleştirirse, hâkim, gerek Medeni Kanunun ikinci maddesinde yer alan «objektif hüsnüniyet» kaidesine göre ve gerekse Borçlar Kanununun 365/f.2 hükmünün borçlu taraf lehine «kıyas yoluyla» uygulayarak, uyuşmazlığı halletmek yetkisine sahiptir.

Evvelce, İsviçre ve Almanya'da öğretim üyeliği yapıp daha sonrakı yıllarda da İstanbul Hukuk Fakültesinde «Medeni Hukuk ve Roma Hukuku» profesörlüğü yapmış olan ve meşhur «Borçlar Hukuku» şârihi Andreas Von Thur'un, İsviçre'de hayrülhâlefî sayılan, Ordinaryüs Profesör Dr. Andreas B. Schwarz «Türk Hukuk Kurumu» adına Ankara'da verdiği (Harbin hususî akitler üzerindeki tesiri) adlı konferansının bir yerinde bakınız (15) aynen ne diyor :

(Şimdi istisna akdine mahsus olmak üzere konmuş olan Borçlar Kanununun 365 inci maddesi hükmünün diğer akidler hakkında da kıyas yoluyla tatbik olunup olunamayacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Kanaatımca buna hiçbir mâni olmadığı gibi, tahaddüs eden menfaatler ihtilâfında görülen tam benzerlik bizi âdeta kıyas yoluyla tatbika zorlamaktadır. Çünkü ortada, diğer bir akitte borçlunun daha az müsait muâmele görmesini icabettirecek hiçbir sebep yoktur. Fazla olarak harp ve iktisadî buhran meseleleri her şeyden evvel teslimi tazammun eden akidlerden çıkmaktadır ve bunlarda teslim edilecek malı tedarik mükellefiyeti istisna akidindeki müteâhhidin mükellefiyetiyle hemen hemen aynı mahiyettedir. Görüşümde yanılmıyorsam Profesör A. Esat Arsebük Türk hukuk ilmine hediye etmiş olduğu son büyük eserinde aynı noktayı naza-

(14) Yarg. HGK. 22/1/1958 gün ve E. 1958/T-1, K. 1958/7.

(15) ANDREAS B. SCHWARZ, Adliye Dergisi, Senc : 1944, Sayı : 2, Sayfa : 198.

ra iştirak etmektedir (16). Esasen kanun, önceden tahmin edilemiyen halleri, diğer akdî münasebetlerde de nazarı itibare aldığı içindir ki, kanaatimca kıyas yoluna tereddüt edilmeden gidilebilir. Meselâ, zirâî gayirmenkullerin kiraya verilmesi halinde Borçlar Kanununun mukavele ile ortadan kaldırılamıyacak olan 282 inci maddesi hükmü mucibince kiracı, «fevkalâde felâket hallerinde yahut tabîî hâdiselerden dolayı bir zirâî gayrimenkulün her vakit ki hasılatı ehemmiyetli surette azalırsa kiracı kiradan münasip bir miktarının indirilmesini istiyebilir.)

Borçlar Kanununun «istisna» akidleri için kabul etmiş olduğu 365/f.2 hükmünün «kıyas yolu» ile diğer akid nevilerinde de uygulanabilmesi için, akdin yapılması sırasında, taraflarca önceden tahmin edilemiyen ve o akdin vücut bulmasına, başka bir deyişle, iki tarafın irâdelerinin karşılıklı olarak birleşmelerine, müessir olan hal ve şartların değişmesi sonucu edânın bu yüzden son derece güçleşmiş olup olmadığı yönünün, iyice tahkik ve tetkiki icap eder.

Borçlar Kanunumuzun mehâzı olan İsviçre'de de aynı görüş hakim bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda (17) Borçlar Kanununun 365/f.2 yer alan (beklenmeyen hal şartı) prensibinin bütün akid nevilerinde de uygulanabileceği açıkca belirtilmiş bulunmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu şârihlerinden Ordinaryüs Profesör Andreas Von Tuhr'da, merhum Cevad Edege tarafından dilimize tercüme edilen meşhur eserinin muhtelif yerlerinde aynı görüşü belirtmekte ve şöyle demektedir :

(İki tarafa borç tahmil eden akidlerde, hal icaplarının, evvelce tahmin edilemiyen sebeplerle, esaslı surette değişmesi — bilhassa para kıymetinin «dövizin» düşmesi ve müteakiben fiyatların tebeddülü — neticesinde iki eda arasındaki münasebet âkidlerden biri-

(16) «Her hangi bir akde bağlılığın hudutlarını hüsnüniyet prensiplerinde aramak ve bu hudutları hüsnüniyet kaideleriyle çerçevelemek en doğru bir yoldur. Filhakika borçluya bir akitle tahmil olunan mükellefiyetleri, hal icaplarının esaslı bir surette değişmesi halinde olduğu gibi bırakmak hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir hareket olur. Şu halde eğer alacaklı nesafet esaslarına uygun bir hal tarzına yanaşmazsa borçlu akdi ikale edebilir.»

A. ESAT ARSEBÜK, a.g.e. S. : 886 - 887.

(17) Federal Mahkemenin 7 Aralık 1971 tarihli bir kararında aynen, (Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen ve önceden görülemeyen haller sebebiyle edimler arasında açık bir nisbetsizlik bulunur ve bu nisbetsizlik karşısında taraflardan birinin kendi talebinde direnmesi, hakkın kötüye kullanılması mahiyetini alırsa, hâkim Medeni Kanununun ikinci maddesi gereğince sözleşmeyi değiştirmek veya iptâl etmek imkânına sahiptir.»

(BGE. 97 II 390 = JdT 1973 I 80), (S. SULHI TEKİNAY, a.g.e. S : 764, dip no. 13 b. naklen alınmıştır.)

nin edası diğer tarafın yapmağa mecbur olduğu müteakbil edanın aklen artık muâdili olarak kabul edilemeyecek derecede değiştiği — yani edalar arasında iktisadî muâdelet kalmadığı — takdirde akdin feshi mümkündür. Evvelce oldukça ender vaki olan bu gibi hallerde, eski doktrin zımnî bir şartın «clausula rebus sic stantibus» hal icaplarının pek fazla değişmesi neticesinde hâkimin akdi fesih ve tâdili» mevcudiyetini kabul ediyordu, ki bu şart mucibince, hal icapları esaslı bir değişikliğe uğradığı surette akit artık tarafları bağlamazdı. Az bir zamandanberi bu faraziyeden vazgeçildi; «pacta sunt servanda - akde sadakat» prensibinin hüsnüniyet kaidesi ile mahdut bulunduğu kabul olundu. Binâenaleyh borçlu taraf kendi edasına mukabil hiçbir eda elde edemeyecek veya sadece tamamıyla gülünç kıymette bir eda elde edecek derecede hal icapları değişmiş ise, akit ile borçluya tahmil edilen mükellefiyetleri idame ettirmek hüsnüniyete muhâliftir. Bu sebeple diğer taraf, hakkaniyete uygun bir hal sureti kabul etmediği takdirde, borçlunun akdi fesh'etmesine müsaade olunacaktır. Bu hususta Alman Temyiz Mahkemesi daha ileri gitmiş ve eğer taraflardan biri edasını evvelce yerine getirmiş bulunur — meselâ kiraya verilen apartmanın kaloriferle ısıtılmış bulunması halinde olduğu gibi — ve bu arada kömür fiyatları olağanüstü yükselmiş olursa, mezkûr tarafa münasip bir fiyat tezyidi istemek hakkının tanınmasının mümkün bulunduğunu ve bu suretle kira akdinin yeni hal icaplarına uydurulabileceğini kabul etmiştir.) (18). Aynı şârih eserinin diğer bir yerinde de (19), şöyle demektedir :

(Mükellefiyetlerin fâhiş derecede ağırlaşması denilen imkânsızlık iktisadî sebeplerden ileri gelir; bu hal şu takdirde hasıl olur : edanın kıymeti bunun yerine getirilmesi için yapılması lâzım gelen masrafa nisbetle — umumî görüşe ve işlerdeki teâmüle nazaran — mânasız ve cüz'î ise, hüsnüniyet kaidelerine göre de borçluya böyle bir mükellefiyet tâhmil edilemez.)

İsviçre Federal Mahkemesi üyelerinden Dr. H. Oser ile Profesör Dr. W. Schönenberger tarafından müştereken kaleme alınıp merhum Dr. Recai Seçkin tarafından dilimize çevrilmiş olan «Borçlar Hukuku» adlı eserde de (20) aynı görüş benimsenerek, sözleşmenin yapılmasından sonra ve özellikle akdin yerine getirilmesi sırasında ahval ve münasebetlerde meydana gelen değişikliğin fev-

(18) A. VON THUR, a.g.e. C. II, S : 692.

(19) A. VON THUR, a.g.e. C. I, S : 267.

(20) Dr. H. OSER — Dr. W. SCHÖNENBERGER, Borçlar Hukuku, Dr. Recai Seçkin tercümesi, Adalet Bakanlığı yayınlarından, Ank. 1947, Sayfa : 844.

kalâde vaziyetlerden ileri gelmesi ve ayrıca bu vaziyetlerin taraf-larca önceden kestirilebilecek mahiyette olmaması şartı üzerinde durulmakta ve ilâveten de borçluyu yıkacak bir edanın hüsnüniyet kaidesine aykırı sayılması gerektiği ve bu itibarla da edanın borç-ludan istenemeyeceği hususu belirtilmektedir.

Borçlar Hukuku sahasında söz sahibi olan yerli yazarlarımızın büyük bir kısmı da tıpkı yabancı meslekdaşları gibi, sözleşmenin düzenlendiği zamandaki hal ve şartların, tarafların karşılıklı ola-rak yüklendikleri borçlara tamamen başka bir anlam verecek şekil-de temelden değişmesi halinde, borçlunun hâkimden, sözleşmedeki karşı edimin artırılmasını veya borçtan tamamen kurtulmasını iste-meğe hakkı olduğunu belirtmektedirler (21).

Memleketimizde de, karşılıklı edimleri havi bil'umûm akitler-de — para değerinin değişmesi sonucu — borçlunun akdî vecibe-sini yerine getirmesine imkân vermiyecek bir şekilde sözleşme şartlarında büyük değişiklikler meydana gelirse, borçlu, hâkimden, kararlaştırılan bedelin artırılmasını veya akdin feshini talep etmek imkân ve yetkisine sahiptir. Esasen, «Maliye Bakanlığı» bu gibi hallerde, yani gerek enflasyon ve gerekse devalüasyon nedeniyle para değerinin düşürülmesi üzerine — genellikle, askerî birliklerle devlete ait yatılı okullara şeker veya şekerden mamûl reçel ve em-sâli yiyecek maddeleri teslimini taâhhüt eden müteâhhitlere — o malın eski alış fiyatı ile yeni alış fiyatı arasında — müteâhhit aley-hine — meydana çıkan büyük fark, «normal piyasa temevvüçlerini» aştığı takdirde, bu farkın, müteâhhide ödenmesi gerektiği, görü-lündedir (22).

Bu meselenin halli için, Borçlar Kanunununda — 365/f.2 hük-mü dışında — ikinci bir mesnet bulmaya imkân olmadığı kanısın-dayım. Bir an için, başka bir çözüm şekli olarak Borçlar Kanunu-nun 24 üncü maddesinin 4 üncü bendinde yer alan (Hata ettiğini

(21) — A. ESAT ARSEBÜK, a.g.e. C. II, S : 886 + 887.

— S. SULHİ TEKİNAY, a.g.e. S : 763 - 765.

— Prof. Dr. NECİP BİLGE, Borçlar Hukuku, Özet borç münasebetleri, Ank. 1971, S : 256.

— Prof. Dr. KENAN TUNÇOMAG, Alman hukukunda borcun ifasında aşırı güçlük (Muame-lenin temeli) ile ilgili objektif görüşler, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sene : 1967, Cilt : XXXII, Sayı : 3 - 4.

— Prof. Dr. KENAN TUNÇOMAG, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İst. 1972, S : 482 - 483, (... imkânsızlık sonradan meydana gelmiş olmalıdır. İmkânsızlığın doğma-sında borçlunun bir kusuru olmamalıdır. İmkânsızlık yüzünden kendisine bir kusur isnat edilemeyeceğini isbat yükü borçluya aittir.) K. TUNÇOMAG, a.g.e. S : 483.

(22) Şeker fiyatlarının artırılması sebebiyle husule gelen farkların müteâhhitlere ödenip öden-miyeceği hakkında Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliğinin 7/6/1967 gün ve 4198-6769/2719 sayılı mütelaası.

iddia eden tarafca akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazarı itibare alınmasına ticarî doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması) hükmüne dayanılmak istenildiğini düşünelim. Her ne kadar kanunumuzun bu bendi hükmü, hakkiyle anlaşılmasını güçleştirecek bir derecede çok muhtasar ve vüzuhtan âri olarak kaleme alınmış ise de, bir «hata»nın bu fıkra hükmüne göre «esaslı» sayılabilmesi için akdin esaslı unsurlarına taâlluk etmesi ve ayrıca da akid yapılırken var olması şarttır (BK. m. 23). Başka bir ifade ile, burada söz konusu ettiğimiz 24/4 bendi hükmü akid yapıldığı sırada — yani gelecekte değil — geçmişte veya akdin in'ikadı anında mevcut olan «hata» hallerine taâlluk etmektedir. Sonradan meydana gelecek unsur değişikliklerini kapsamamaktadır.

d. Devaluâsyonun (beklenmeyen hal) sayılıp sayılmayacağına dair Yargıtay'ın görüşü nedir ?

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, «Sosyal Sigortalar Kurumu» na karşı, yüzde doksana yaklaşan kısmı ithâl malı olan muhtelif cins tıbbî âlet ve malzemenin «alım ve satımı» ile ilgili sözleşmenin düzenlenmesinden bir kaç gün sonra hükümetce Türk parasının değerini — dolara nazaran — % 66 nisbetinde düşüren 10 Ağustos 1970 tarihli «devaluâsyon» kararını, Borçlar Kanununun 117 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve (Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sâkit olur) şeklindeki hükmünün uyuglanmasına yer veren ve akdin ifasını imkânsızlaştıran bir hal sayılamıyacağı ve kaldı ki taraflar arasında düzenlenmiş olan sözleşmenin 18 inci maddesi hükmü ile davacı şirketin sözleşmenin düzenlenmesinden sonra (cihaz ve malzeme fiyatlarına zam yapılması, gümrük resimlerinin artırılması, yeni vergi ve resimler ihdâs edilmesi vesaire gibi sebeplerle) fiyat farkı istemiyeceğini peşinen kabul etmiş olduğu gerekçesi ile, mahkemenin; «devaluâsyon» kararını «beklenmeyen hal şartı» saayan ve bu itibarla da taraflar arasındaki akdin feshine ve teminat mektuplarının iâdesine imkân veren ısrar kararını, 18 oya karşı 14 oyla bozmuş (23) bulunmaktadır.

Bu incelemenin yazarı başta olmak üzere bir kısım «Hukuk Genel Kurulu» üyesi, yerli ve yabancı ilim adamlarının görüşü istikametinde — sözleşmenin düzenlenmesinden sonra — Türk parasının değerini (dolara nazaran) % 66 nisbetinde düşüren o meşhur

(23) Yarg. HGK. 2/4/1975 gün ve E. 1973/T-569, K. 1975/432 (İstanbul 16 ıncı Asliye Hukuk Mahkemesinin 10/5/1973 gün ve E. 1973/123, K. 410 numaralı ilâmı).

10 Ağustos 1970 tarihli «devalüasyon» kararının en tipik bir «beklenmeyen hal şartı» olduğunu ve sözleşmenin 18 inci maddesi hükümünün hiçbir zaman davacı şirketin — devalüasyon nedeniyle — farkı fiyat ve akdin feshi talebinden feragatini tazâmmun eden bir hüküm sayılamıyacağını ve söz konusu hükmün tâdâdî bir mahiyette olduğu ve ayrıca bugünkü mevzuât hükümleri muvâcehesinde «devalüasyon» kararının yeni bir gümrük veya sair malî bir vergi ihdâsı olarak kabulüne asla olanak bulunmadığı ve maddede yer alan (vesaire) edâtının ise orada sayılan üç halden çok daha ağır neticeler doğuran «devalüasyon» kararına da teşmil etmeye imkân bulunmadığı ve bu ibârenin münhasıran orada sayılan hususlardan daha hafif sonuçlar doğurabilecek hal ve şartlara matûf olduğu ve aksi görüşün Medeni Kanununun ikinci maddesinde yer alan «objektif hüsnüniyet» kaidesine tamamen aykırı olacağı hususları ile diğer bazı sebepler (24) ileri sürmek suretiyle, ekseriyet bozma kararına muhâlefet etmişlerdir.

Sözleşmenin düzenlenmesinden sonra ortaya çıkan fevkalâde hal ve şartlar sonucu olarak akdin gerek mâna ve gerek metin ola-

(24) «... sözleşme yapılmasından önce görülmeyen ve fakat akdin vücut bulmasından sonra ortaya çıkan şartlar taraflardan birinin sözleşmeye sadık kalması halinde onun durumunu fevkalâde güçleştirecek derecede ağır ve yüksek külfetler tahmil ederse böyle bir duruma düşen borçlu için artık o akdin ifasının imkânsızlığını kabul etmek gerekir. Doktrin bu hususta ittifak halindedir... İki edâ arasındaki münasebet âkidlerden birinin edâsı diğer tarafın yapmağa mecbur olduğu mütekâbil edânın artık aklen muâdilî olarak kabulüne imkân vermiyecek derecede değiştiği takdirde, taraflar arasındaki sözleşmenin feshi mümkündür... Taraflar arasındaki uyumsuzluğun Borçlar Kanununun 365/f. 2 hükmüne göre halledilmesi iktiza eder. Sözleşme şartlarının değişmesi ve böyle bir sözleşmeye uyulması hali borçlu için hoş görülebilecek bir nisbeti aşıyorsa diğer tarafın (pacta sunt servanda - ahde vefâ) iddiasında ısrar etmesi — Federal Mahkemenin de kabul ettiği veçhile — sözleşmenin iptalini veya mukabil edimin artırılmasını gerektirir.

Tacirler arasında «cezaî şart» ın indirilmesini önleyen ve Türk Ticaret Kanunun 24 üncü maddesinde yer alan âmir hükme rağmen (cezaî şartın borçlunun iktisaden mahvını mücip olacak derecede ağır ve yüklü olması halinde) hâkim tarafından kısmen indirilmesine veya tamamen ortadan kaldırılmasına imkân veren ve aksi davranışı (âdâp ve ah-lâka) aykırı sayan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20/3/1974 gün ve E. 1970/T-1053 ve K. 222 sayılı son derece isabetli kararı ile para değerinin % 66 nisbetinde düşürülmüş olmasından neş'et eden bu dava arasında borçlu şirket lehine büyük bir benzerlik bulunmaktadır. Devalüasyon kararı ile Türk parası değerinin % 66 gibi büyük bir nisbette düşürülmesi karşısında, olayda borçlu durumda olan davacı şirketin teslimini taahhüt ettiği cihaz ve malzemeleri her ne pahasına olursa olsun ve bütün sermayesini hiçe indirecek derecede yurd dışından ithâl edip davalı Sosyal Sigortalar Kurumuna teslim etmesini beklemek Madeni Kanunun ikinci maddesinde yer alan (objektif hüsnüniyet) kaidesine aykırı ve akdin icrasını imkânsız kılan bir haldir.

Gerek Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin ve gerekse Hukuk Genel Kurulu'nun müstekâr içtihatlarına göre gayrimenkul alım ve satım akidlerinde ivazlar arasında % 50 aşan bir nisbetsizlik hali (gabin) iddiasının mevcudiyeti için yeterli sayılmaktadır. Dava konusu olayda ise, davacı ile davalı Sosyal Sigortalar Kurumu arasında düzenlenmiş olan sözleşmenin in'ikadından bir gün sonra hükümetçe alınan devalüasyon kararı ile Türk parasının değeri (dolara göre) % 66 nisbetinde düşürüldüğüne nazaran aynı içtihat nedeniyle tarafların karşılıklı edâları arasında bariz bir nisbetsizlik ortaya çıkmış bulunmaktadır.

rak eski anlamını tamamen kaybetmesine rağmen borçluyu o sözleşme ile körü körüne bağlı sayarak onu çok ağır külfetler altında bırakmak, kanâatımızca, hak ve adâlet duyguları ile kabili telif bir davranış olarak kabul edilemez.

Devalüasyon kararı ile para değerinin düşürülmüş olması halini, Türk Ticaret Kanununun 20/f.2 de yer alan «bâsiretli bir iş adamı gibi hareket etme» ilkesi ile çözümlemeye imkân yoktur. Bâsiret ancak, normal piyasa şartlarının devam ettiği sürece söz konusu olur. Son derece bir gizlilik içerisinde, ne zaman ne miktar ve ne şekilde alınacağı bilinmeyen bir «devalüasyon» kararını, «bâsiretli iş adamı» ilkesi ile telif etmeğe asla olanak yoktur.

Söz konusu «devalüasyon» kararını «beklenmeyen hal şartı» kabul etmeyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının yegâne dayanağı olan ve davacı şirketin farkı fiyat talebinden peşinen feragati olarak tâvsif edilen sözleşmenin 18 inci maddesi hükmünün, bir an için — ekseriyetin anladığı mânada — bir «feragat» olduğunu kabul etsek bile, bu feragat ancak Medeni Kanunun ikinci maddesinde çizilen sınırları aşmamak kaydı ile hüküm ifade eder (25). Bu husus «Barut Fabrikası» inşaatı ile ilgili olup daha önce

Bu bariz nisbetsizliğe rağmen borçlu davacıyı hâlâ akidle bağlı kabul etmek — büyük bir ihtimalle — bütün sermayesini bu alım-satım akdi zımında kaybetmesi sonucunu ve hatta onunla da yetinmiyerek evindeki şahsî eşyalarını dahi satıp yine akdi vecibesini yerine getirmesini istemek gibi bir hali ortaya çıkarır. Böyle bir hal, hiç şüphesiz ki, objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırıdır.

Sözleşmenin in'ikadından sonra hükümetçe alınan devalüasyon kararı ile borçlunun ihtiyar etmek zorunluğunda kalacağı mali ve ticarî külfet — karşı edime göre — müadelet ölçüsünü aştığı takdirde hâkim ya tamamen akdi fesh'eder veya karşı tarafın edimini borçlu taraf lehine çoğaltacak bir şekilde hüküm tesis eder.

İkinci Cihan Harbinin yarattığı iktisadî buhran devrelerinde hükümet tarafından alınan müteâddit kararnameler ile inşaat malzemesi fiyatları ile usta ve işçilik ücretlerinde görülen aşırı yükselişler göz önüne alınarak müteâhhitlere fiyat farkı verilmesi hali de, bizim bu yoldaki görüşümüzün haklılığını isbatlayan başka bir husustur.

Bizce böyle bir durumda mahkemece yapılacak şey şudur :

Davacı şirketin «Ticaret Sicili» ndeki ana sözleşmesinin celbi ile ortaklar tarafından şirkete konulan sermaye miktarı göz önünde tutulmak suretiyle davanın dayanağı olan alım-satım sözleşmesinin aynen yerine getirilmesi halinde davacı şirketin eskisi gibi ticarî faaliyetine devam edebilme imkânını bulup bulamayacağı ve ayrıca Türk parası değerini % 66 nisbetinde düşüren devalüasyon kararı sonunda iki tarafın edimleri arasında ne gibi bir fark husule geldiği ve bu farkın Medeni Kanununun ikinci maddesindeki «objektif hüsnüniyet» kaideleri ile kabili telif olup olmadığı hususları Borçlar Kanununun 365/f. 2 hükmü muvacehesinde — gerekirse bu nevi tıbbî cihaz ve malzeme fiyatlarından anlayan bilirkişilerden de mütalâa alınmak suretiyle — incelenerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir.»

(İsmail Doğanay imzalı muhalefet şerhi)

(25) Dr. H. OSER — Dr. W. SCHÖNENBERGER, a.g.e. madde 373, No. 12, BECKER, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, S : 1934, madde 373, No. 11.

değınmiş (26) olduğumuz «Yargıtay Hukuk Genel Kurulu» kararında açıkca belirtilmiş bulunmaktadır.

«Yargıtay Hukuk Genel Kurulu» bir kararında, sözleşmenin düzenlenmesinden sonra borçlunun akıl hastalığına tutulmuş olması halini, «akdin ifasını imkânsız kılan ve borçluya isnat olunamayan» bir sebep olarak kabul etmiştir (27).

«Yargıtay Hukuk Genel Kurulu» Türk Ticaret Kanununun 24 üncü maddesinde yer alan (Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 104 üncü maddesinin ikinci fıkrası ile 161 inci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 409 uncu maddesinde yazılı hallerde, fâhiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez.) âmir hükmüne rağmen çok yerinde bir görüşle, cezaî şartın borçlu tacirin iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek olması halinde, hâkimin bu cezayı kısmen veya tamamen iptâl edebileceğine karar (28) vermiş bulunmaktadır.

Söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak «Hukuk Genel Kurulu» n-da cereyan eden müzakereler esnasında da etraflıca belirtmiş olduğumuz veçhile, biz şahsen, hükümetce alınan ve para değerini yüzde elliye bulacak bir nisbette düşüren «devalüasyon» kararını borçlu lehine bir «beklenmeyen hal şartı» olarak kabul etmenin hak ve adâlete en uygun bir davranış olacağı kanısındayız.

(26) 14 numaralı dip notundaki Yarg. HGK. ait 22/1/1958 gün ve E. 1958/T-1, K. 1958/7 numaralı karar.

(27) Yarg. HGK. 7/12/1966 gün ve E. 1966/T-844, K. 1966/313.

(28) Yarg. HGK. 20/3/1974 gün ve E. 1970/T-1053. K. 1974/222.

LİMITED ŞİRKETLERDE TEŞKİLÂT, YÖNETİM VE SORUMLULUK

EYÜP SABRİ ERMAN

Limited Şirket; iki veya daha çok gerçek veya Tüzel kişi tarafından, bir ticaret ünvanı altında kurulan, esas sermayesi belirli fakat bu sermaye için anonim şirkette olduğu gibi hisse senedi çıkarılamayan, borçları varlığı ile müemmen, ortaklarının sorumluluğu koymağı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı bir ticaret şirketi türüdür, (Tic. K. : 503).

Bir şirketin, Türk Ticaret Kanununun tavsif ettiği anlamda «Limited Şirket» sayılabilmesi için şu unsurların bulunması şarttır.

1 — ŞİRKETİN KONUSU :

Sigortacılık hariç olmak üzere, yasaların yasaklamadığı her çeşit ekonomik maksat ve faaliyetler için limited şirket kurulabilir. Başka bir deyimle; limited şirket konusunu, anonim şirkette olduğu gibi ticarî olsun olmasın herhangi bir muamele teşkil edebilir. Yeterki esas mukavelenamede şirketin uğraşacağı konu açık ve etraflıca gösterilmiş, sınırlandırılmış olsun.

2 — ŞİRKETİN TİCARET ÜNVANI VE MERKEZİ :

Şirketin ünvanı, «Limited» kelimeleri bulunmak şartile, ortaklarca serbestce tayin edilebilir, (Tic. K. : 45). Bu ticaret ünvanına, işletmenin genişlik ve önemi yahut malî durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir kanaatin meydana gelmesine mahal verecek nitelikte veya gerçeğe veyahut kamu düzenine aykırı olmamak şartile, işletmenin mahiyetini gösterir ekler yapılabilir, (T.K. : 48).

Şirketin merkezi; muamelelerinin yürütüldüğü mahaldir. Bu mahal aynı zamanda tüzel kişinin ikâmetgâhı sayılır, (Med. K. : 49). İşletmenin ünvan ve merkezinin esas mukavelenamede gösterilmesi zorunludur. (T.K. : 505/I).

Şubelere gelince ; her şube, kendi merkezinin ticaret ünvanını, şube olduğunu belirterek kullanmak mecburiyetindedir. Bu ünvana,

şube ile ilgili ekleri yapabilir. Merkezi yabancı memlekette bulunan bir şirketin Türkiye'deki şubesinin ticaret ünvanında, merkezin ve şubenin bulunduğu yerlerin ve şube olduğunun gösterilmesi şarttır.

3 — ŞİRKETİN SERMAYESİ :

Limited şirketin, miktarı muayyen ve sabit bir esas sermayesi bulunur. Bu sermaye on bin Türk lirasından az olamaz. Sermayenin tavanı kısıtlanmış değildir. Her bir ortağın koyacağı sermaye eşit veya birbirinden farklı olabilir. Ancak ; en az beşyüz lira veya beşyüz liranın misli olması gerekir. Devir için bölme ve mirasın bölüştürülmesi hali hariç olmak üzere ortağın sermayesi bölünmez bir bütündür. (T.K. : 507, 516, 517).

Şirket esas mukavelenamesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça ortaklar, koymayı teahhüt ettikleri sermayeyi itibârî değerleri oranında para olarak ödemeğe mecburdur, (T.K. : 528). Fakat; esas mukavelenamede, ortağın (ayın) nevinden bir şeyi sermaye olarak koyması kararlaştırılabilir. Bu takdirde ortağın koymayı teahhüt ettiği (ayının) neden ibaret olacağı, değerinin nasıl biçileceği, teahhüt ettiği sermayeye ne miktarda mahsup edileceği ve bunun karşılığı olarak esas sermayede kendisine ne miktarda bir iştirak payı düşeceği hususlarının mukavelenamede açıkca yazılı olması şarttır, (T.K. : 508, 528).

Neler Sermaye Olabilir : Sorumluluğu sınırlı ve ancak kendi varlığına münhasır olan limited şirketin bu özelliğini gözönünde tutan Ticaret Kanunumuz, şirket sermayesinin para olarak ödenmesini, ancak statüde yer verilmesi halindedirki ortağın 528 inci maddesindeki koşullar çevresinde sermaye taahhüdünü (Aydın) olarak yerine getirebileceğini kabul etmiştir.

(Aydın kabilinden bir şey) deyimi, ekonomik değeri haiz taşınır ve taşınmaz malları kapsamına alır. (Aydın ve şey) dışındaki değerler bunun dışında kalır. Limited Şirkette, Ticaret Kanunumuz sermayeye ilişkin hükümlerle bir sınırlama yapmış bulunmaktadır. Nelerin sermaye olabileceğine mütedair genel kuralı tesbit eden 139. uncu madde hükmü uygulanarak bu sınırın genişletilemeyeceği, örneğin ; şahsi emek, ticarî ünvan ve itibar, intifa hakları, telif hakları ilâh gibi (aym ve şey) dışında kalan değerlerin limited şirkete sermaye yapılamayacağı kanısındayız.

Hisse Senedi Çıkartma Yasağı : Limited şirket esas sermayesinin anonim şirket sermayesinden farkı ; mukabilinde hisse senedi

çıkartma yasağıdır. Gerçi, limited şirkette sermaye hisseler bölünmüştür. Fakat, bu hisseler için, kıymetli evraktan mahdud ve kolayca tedavül hassasını haiz hisse seneti çıkarılmasını kanun yasaklamıştır.

Limited şirket sermayesi ancak, statünün tadili suretile azaltılıp çoğaltılabilir.

4 — ŞİRKETİN VE ORTAKLARIN SORUMLULUĞU :

Limited şirket de anonim şirket gibi bir sermaye şirkettir. Şirketin borçlarından dolayı münhasıran ve bütün varlığı ile şirket tüzel kişiliği sorumludur. Ortakların şirket borçlarından dolayı sorumlulukları, koymayı teahhüt ettikleri sermaye miktarı ile sınırlıdır. Sermaye koyma teahhütlerini yerine getirdikleri oranda sorumluluktan kurtulurlar. Sermaye borcunu tamamen yerine getirmiş, bunu kısmen veya tamamen geri almamış veya kendisine haksız yere kâr veya faiz ödenmemiş bulunan ortak şirket borçlarından dolayı hiç bir şekilde mesul tutulamaz, (T.K. 532).

Sorumluluk Nedenile Ortağa Müracaatın Şekli : Ortaklardan, sorumluluklarına müsteniden talepte bulunmak hak ve yetkisi şirkete, infisahı halinde tasfiye memurlarına, iflas halinde ise iflas idaresine aittir. Şirket alacaklıları, doğrudan doğruya ortaklara müracaat ve onları takip ve dava edemezler.

«..... Limited Şirket ortakları, teahhüt ettikleri sermayeyi tamamen koymamış, kısmen veya tamamen geri verilmiş veya haksız yere kâr veya faiz ödenmiş olması halinde bu meblağlar nisbetinde sorumludurlar. Ancak, bu sorumlulukları üçüncü kişilere, şirket merci için kendilerini doğrudan doğruya takip veya dava etmek yetkisi sağlamaz. Sermaye taahhüdünün tamamlanmasını, haksız aldıkları paraların iadesini istemek şirketin yetkili organlarına aittir. Bu yetki, şirketin infiaşlı haline tasfiye memurlarına, iflas halinde iflas idaresine geçer. - Yr. İc. İf. D. : 11/4/1969. K. : 4029».

LİMİTED ŞİRKETİN YÖNETİMİ - ORGANLAR :

Ticaret Kanunu, Limited Şirketin yönetim ve temsil işlerini ortakların cümlesine yani Ortaklar Kuruluna bırakmıştır. Şirket esas mukavelenamesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça ortaklar hep birlikte, müdür sıfatı ile şirket işlerini idareye ve şirketi temsile yetkili ve buna mecburdur, (T.K. : 540).

Yönetim ve temsil işleri, şirket ana sözleşmesi veya ortakların kararı ile ortaklardan veya hariçten bir veya daha fazla kişilere bırakılabilir. Ortak sayısı yirmiden fazla olan limited şirkette bir veya daha fazla denetleyici (Murakıp) bulunur, (T.K. 548).

Ana sözleşme veya ortaklar kurulu kararı ile, birden fazla yönetici (müdür) tâyin edilmesi ve hattâ bunlar anonim şirketteki benzer bazı görev ve yetkilerle donatılarak (Yönetim Kurulu) diye adlandırılması hiç bir zaman bu yöneticiler topluluğuna, Ticaret Kanununun anonim şirketin idaresinde genel kurul ve müdürler dışında, şirketin daimi bir organı olarak görevlendirdiği (Yönetim Kurulu - İdare Meclisi) niteliğini sağlamaz. Ana sözleşme veya ortaklar kurulu kararında geçen (Yönetim Kurulu) deyiimi, lûgat anlamında ve birden fazla yöneticiden kurulu topluluğu ifade zarureti ile kullanılmış bir kelimedir. Kanunun, limited şirketin yönetimi bakımından tesbit ettiği müdür veya müdürler statusünü değiştirmez, (T.K. : 540 - 545).

Yargıtay Ticaret Dairesinin, 12/3/1971 tarihli, 1932 sayılı kararında; «..... Ortaklığın yönetimi, sözleşme gereğince Yönetim Kurulu yerine kaim olmak üzere üç kişilik bir kurula bırakılmıştır. Limited ortaklık yöneticileri hakkında da uygulama yeri bulan anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümler gereğince, gerekli özeni göstermeyen yöneticiler sorumludurlar. Zimmetine külliyetli para geçiren müdürün durumu ile ilgilenmemek, özen borcuna aykırı düşer, yöneticilerin sorumluluğunu gerektirir...»

denilmekte ise de bu ifade, yukarıdaki açıklamamızı red ve cerh eder bir nitelik taşımamaktadır. Karar metninden anlaşıldığına göre limited şirket statüsünde, şirketin yönetimi üç kişilik bir ortaklar gurubuna tevdi edilmiş, bunun dışında birde hariçten müdür tâyin olunmuştur. Müdürün haksız eylem ve işlemlerinden dolayı nezaret ve kontrol vazifesi ile yükümlü ortaklar topluluğunun mesuliyeti söz konusudur.

Şirket işlerini idare ve şirketi temsil ile görevlendirilmiş ortaklar topluluğu bir nevi (Yönetim Kuruluna) benzetilmiş olmasına rağmen, anonim şirkette; seçimi, toplantı tarzı, görev ve yetkileri, verebilecekleri kararları ilâ... Ticaret Kanunu ile ele alınıp tâyin ve tesbit edilmiş, şirket teşkilâtına dahi kanunî bir organ olan (Yönetim Kurulu - İdare Meclisi) olarak kabul edilemez. Bu yön Ticaret Dairesi kararından da anlaşılmakta, yöneticiler topluluğu hak-

kinda, lim. şirkette temsil yetkisini haiz kişilerin sorumluluklarını esbit eden 542 inci maddenin atıf yaptığı(Anonim şirket idare meclisine dair 321 inci madde hükmünün uygulanacağı belirtilmekle yetinilmiştir. Kararda, anonim şirket (Yönetim Kurulunun) tâbi olduğu diğer hükümlerin uygulanacağına dair hiç bir kayıt bulunmamaktadır.

ORTAKLARIN OY HAKKI :

Şirket ana sözleşmesinde, aksine bir hüküm kabul edilmiş olmadıkça, her ortağın oy hakkı, koyduğu sermaye miktarına göre hesaplanır. Her beşyüz lira bir oy hakkı sağlar. Ancak, bir ortak bütün ortakların haiz oldukları oy sayısının üçte birinden fazlasına sahip olamaz, (T.K. 531).

Ortaklar, şirket ana sözleşmesine koyacakları hükümlerle oy hakkını, Ticaret Kanununun emir edici hükümleri kapsamı dışına çıkmamak şartı ile diledikleri gibi tayin ve tesbit edebilirler. Dikkat edecekleri önemli nokta; bir veya daha fazla ortağı oy hakkından yoksun edici veya ortaklardan birine diğerlerinin oy sayısının üçte birini aşar şekilde oy sağlayıcı bir hüküm tesisinden kaçınmak olmalıdır. Statüye, buna aykırı olarak konulan hükümler geçersizdir.

OY HAKKINDAN MAHRUMİYET :

Hakkında, ibra kararı verilecek ortak, bu karar alınırken oy hakkını kullanamaz, (T.K. 537). Ticaret Kanununun limited şirketler bölümündeki hüküm bundan ibarettir. Halbuki; ibrâ dışında; ortağın şahsı, karı veya kocası, usûl ve fûruğu ile şirket arasında, iki tarafın menfaatleri bakımından çatışan, ortağı şirket aleyhine oy kullanmağa iten daha bir çok haller söz konusu olabilir. Anonim şirketlerde durum daha geniş şekilde ele alınmış ve «pay sahiplerinden hiç birinin kendisi, karı veya kocası veyahut usûl ve fûruğu ile şirket arasındaki şahsi bir işe veya davaya dair olan müzakerelerde oy kullanamayacağı» kabul edilmiştir, (K.T. : 374). Aynı sakınca ve oy hakkından yoksun kılmayı gerektiren durum hiç kuşkusuz limited şirketler içinde varidi hatırdır. Biz; bu durumdaki bir ortağa oy verme hakkı kullandırılmaması kanısındayız.

KARAR NİSABI :

İster yirmiden fazla ister eksik ortaklı olsun bütün limited şirketlerde, ortaklar kurulunda bir işin olumlu şekilde karara bağ-

lanabilmesi için ödenmiş esas sermayenin hiç olmazsa yarısından fazlasını temsil eden ortakların görüşülen husus lehine oy vermiş olmaları gerekir. Aksi takdirde karar hükümsüzdür, (T.K. 536).

ORTAKLARIN TOPLANTILARI VE KARARLARI :

Bu konuyu işleyebilmek için limited şirketleri ;

- a) Yirmiden fazla ortaklı şirket,
 - b) Yirmi ve daha az ortaklı şirket,
- olmak üzere ikiye bölerek incelemek zorundayız.

YİRMİDEN ÇOK ORTAKLI LİMİTED ŞİRKET :

Yirmiden çok ortaklı limited şirketlerde, ortaklar genel kurulu, müdürler tarafından, her yılda bir defa ve iş yılının sona ermesini izleyen üç ay içinde toplantıya çağırılır. Bunun dışında, şirket ana sözleşmesi hükümlerince veya şirketin menfaatleri gerektirdikçe dahi toplantıya çağırılır. Esas sermayenin onda birini temsil eden ortak veya ortaklar, toplantının maksadını göstermek suretile genel kurulun toplantıya çağırılmasını müdürden isteyebilirler. Müdürler, bu isteği münasip bir müddet içinde yerine getirmezlerse Ticaret Mahkemesi, teklif sahiplerinin talebi üzerine genel kurulun toplantıya çağırılmasına karar verir, (T.K. : 538). Bu kabil şirketlerin genel kurul toplantıları hakkında anonim şirketlerin genel kurul toplantılarına ait Ticaret Kanunu hükümleri tatbik olunur, (T.K. : 368 - 378, 536/I). İçlerinden birinin itiraz etmemesi şartile ortakların, toplantıya çağırma hakkındaki merasime riayet etmeksizinde genel kurul halinde toplanmaları, yetkisine giren hususları görüşerek karara bağlamaları mümkündür. Ancak, bu toplantıda bütün ortakların hazır bulunması şarttır.

YİRMİ VE DAHA AZ ORTAKLI LİMİTED ŞİRKET :

Yirmi ve daha az ortaklı limited şirket ortaklar kurulu toplantılarına, anonim şirket genel kurul toplantılarına ait hükümler uygulanmaz. Ortaklar, statüde aksi kararlaştırılmış olmadıkça hep birlikte, müdür sıfatı ile şirket işlerini idareye ve temsile mezun ve mecbur oldukları için, ortaklar kurulu yalnız karar mercii değil aynı zamanda şirket işlerini yürütmek ve onu temsil etmek yükümlülüğü bakımından bir müdürler topluluğudur.

Yekdiğerini yakından tanıyan, güvenen, her zaman, her şekilde bir araya gelmeleri mümkün az ortaklı limited şirket ortaklar

kurulu toplantıları ve karar alma şekli üzerinde Ticaret Kanunumuz bazı özel hükümler sevk etmek ihtiyacını duymuştur. Durumu ikiye bölerek incelemek lâzımdır.

a) Şirket ana sözleşmesinde, ortaklar kurulunun nasıl toplanacağı, kararlarını ne suretle alacağı hakkında, kanunun emir edici hükümlerine aykırı düşmemek şartile özel hükümler sevk olunabilir. Hatta, çok ortaklı şirketlerinkine benzer hükümler konması da mümkündür. Bu halde, statü çevresinde hareket edilmesi zorunludur. Zira; ana sözleşme hükümlerinin, kanunun müfessir hükümlerinden önce uygulanması genel hukuk kurallarının bir gereğidir.

b) Şirket ana sözleşmesinde, ortakların toplantıları, karar alma şekli vesaire hakkında özel hükümler bulunmadığı takdirde meselenin, Ticaret Kanununun ve bunun meskût bıraktığı yerlerde az ortaklı limited şirketlere ait olup memleketimizde de benimsenmiş genel hukuk kurallarının ve bunları belirleyen ilmi ve kazaî içtihatların ışığı altında çözüme ulaştırılması lâzımdır.

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, az ortaklı limited şirket ortaklar kurulu toplantılarında anonim şirket genel kurul toplantılarına ait hükümler uygulanmaz, (T.K. : 536/I). Bu tür limited şirket ortaklar kurulunun, karar ittihazı için 538 inci maddede yazılı şekil ve şartlar dahilinde toplantıya çağırılmaları mümkün olduğu gibi kanunumuz 536 inci maddenin 2 inci fıkrası ile, toplantı yapılmadan, yazılı oy toplamak suretile karar istihsalinde imkân sağlamıştır. Yani; statüde önleyici bir hüküm bulunmadıkça ortakların toplantıya çağırılmasına ve binnetice bir araya getirilip toplanmalarına lüzum ve zaruret görülmeden, sırf muhabere ve yazılı oy gönderme suretile, yetkilerine giren meselelerde karar almaları mümkündür. Böyle bir kolaylık; işletmenin daha iyi, daha verimli yürütülmesi, şirket yarar ve çıkarlarının zamanında gereği gibi karşılanabilmesi ilâh, bakımlarından lüzumlu ve şirketin bünyesine uygundur.

Ortakları yazılı oy vermeğe davet yönetici tarafından yapılır. Bu halde yönetici, yazılı oyla karara bağlanmak istenen işi veya alınması düşünülen karar taslağını teahhütlü mektupla ortaklardan her birine göndererek konu üzerine kendilerini aydınlatır, tâyin edilen süre içinde yazı ile cevaplandırmasını, oyunu bildirmesini ister. Ortaklar olumlu veya olumsuz şekildeki oylarını, yine yazılı şekilde şirkete bildirir. İleride anlaşmazlık halinde isbatı kolaylaştırmak

için bu mektubunda teahhütlü gönderilmesi veya şirkete verildiğine dair makbuz alınması şayanı tavsiyedir. Yöneticinin; gönderdiği mektupta, kesin bir süre tesbit edip bu müddet içinde cevap verilmemesi halinde olumlu oy kullanmış sayılacağını ortağa tebliğ etmeside mümkündür. Böyle bir tebliğ, ortağı cevap vermek külfetinden kurtarmak, işin sürüncemede kalmasını önlemek bakımlarından faydalı olur.

Sırası gelmişken tatbikatta karşılaşılması mümkün bir duruma parmak basmakta fayda umuyoruz.

Limited Şirket, müdür tâyin edilmeyip ortaklar tarafından hep birlikte idare ve temsil edilmekte ise toplantıya veya yazılı oy vermeğe daveti kim yapacak. Ortaklar idare hususunda aralarında iş bölümü yapmışlarsa mesele yok. Çağrı bununla vazifeli ortak tarafında yapılır. İş bölümü yapılmadığı, ortaklar, kurulun toplantıya veya yazılı oy vermeğe çağırılmasında olumlu bir sonuca varamadıkları takdirde ne olacak ? Biz, teklifte bulunan ortağın Ticaret Mahkemesinden karar alması gerekeceği düşüncesindeyiz.

KONU ÜZERİNE İLMÎ VE KAZAİ İÇTİHATLAR :

Kanunun metni, uygulamadaki aşamalar ve genel hukuk kuralları açısından açıklamaya çalıştığımız durum hakkında daha kesin bir sonuca varabilmek için Türk ve ecnebi hukukcularının meseleyi inceleyen yazılarını buraya aktarmakta fayda ummaktayız.

Sayın Prof. Dr. Jur. Ernst Hirsch'in görüşü :

«..... idareye teallûk etmeyen muameleler söz konusu olunca ortakların karar ittihaz etmesi lâzımdır. Bu hususta Ticaret Kanunu ortakların adedine göre farklı hükümler koymuştur. Ortakların adedi yirmiden fazla ise karar, anonim şirkette olduğu gibi ancak genel kurul toplantısında ittihaz edilebilir. Ortak adedi yirmi ve daha az ise, hissedarlar toplanmadan, muhabere ile de karar ittihaz edebilir.....»

Tatbikatta rastlanan şekil şudur ; Şirket müdürleri, söz konusu hususu yahut mutasavver kararı tahriren, teahhütlü mektupla ortaklara tebliğ eder. Ortaklarda reylerini tahriren bildirirler. Bu hususta ortaklar yazılan mektupta, vüsül tarihinden itibaren (.....) gün içinde teahhütlü olarak cevap verilmesi meşruttur. Bu müddet zarfında cevap alınmadığı takdirde mevzuu bahis olan hususu kabul etmiş ad olunur. - Ticaret hukuku, Sahife : 117.»

«..... ortak sayısı yirmi ve daha az limited şirketlerde ortakların karar vermeleri ve toplanmaları bir kayda tâbi değildir. Bu kolaylık dolayısıyledir ki ekseri şirketleri yirmiden fazla ortaklı olmamağa âzami derecede dikkat ederler.

Nihayet, yirmi ve daha aşağı ortaklı şirketler yazılı bir oy toplanması veya herhangi bir suretle bir toplanma ile karar alabildikleri halde yirmiden fazla ortak bulunduğunda, her hesap devresi sonunda ve nisabın bulunmasına dikkat etmek, statü tadillerinde olağanüstü toplantılar yapmak gibi külfetler, limited şirket kurucularını şirketin genel kurul toplantısına tabi olmayacak bir şekilde kurulmasına gayret etmelerini sonuçlamaktadır.....

Yirmi ve daha az ortaklı şirketlerde ortakların yazılı oy verme suretile karar almaları usulü caridir. Bu usulde, şirketi yönetenler herhangi bir hususta ortakların kararına lüzum ve ihtiyaç duyduklarında her ortağa aydınlanması gerekli bulunan mevzuu yazılı olarak bildirirler. Ortaklarda bu hususdaki mütalâaalarını yine yazılı olarak şirkete yollarlar. - K. Ş. Onsun. Ticaret şirketleri. Sa. : 355 - 356.»

«..... Ortak sayısı yirmi ve daha az limited şirketlerde, toplantı yapmadanda, ortakların yazılı reyleri ile karar almak mümkündür. Karar almak için mutlaka toplantı yapılması şart değildir. Fakat, şirket ana sözleşmesine böyle bir durumda dahi toplantı yapılmadan karar alınamayacağı yolunda bir hüküm konulmuş ise o zaman bu hüküm mucibince ve toplanmadan karar alınamaz. Şayet alınmış ise hükümsüz olur..... - İsmail Doğanay. Türk Ticaret Kanunu Şerhi. Sa. : 1087 - 1088. - »

Görülüyorki; yirmi ve daha az ortaklı limited şirketlerde ortakların, yetkilerine giren herhangi bir husus üzerinde, toplanmadan, yazılı oy vermek suretile karar almaları mümkündür. Müdürler; idare işleri dışında kalan ve behemehal ortaklar kurulunun muvafakatının alınmasına bağlı işlerde, Ortaklar Kurulunu toplantıya çağırarak, toplamak ilah, gibi külfetli ve zaman kaybını mucip işlere tevessül etmeksizin, yazılı oy toplama usulüne göre derhal oy toplayıp gerekli kararı istihsal etmek ve işi geciktirmeksizin yapmak imkânını bu suretle elde etmiş olurlar. Statüye bu şekilde karar istihsalini önler bir hüküm konulmuş olmadıkça sistem yürür.

MÜDÜRLER :

Şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça ortaklar hep birlikte, müdür sıfatı ile şirket işlerini idareye ve şirketi temsile yet-

kili ve hatta buna mecburdur, (T.K. : 540). Birkaç ortaklı şirkette birlikte idare ve temsil mümkün olabilir, ortak sayısı arttıkça sakıncalı ve güç bir durumla karşılaşılacağı muhakkaktır.

Ortaklardan her birinin yönetim işlerinde yeter derecede bilgili ve tecrübeli olması, düşünce bakımından aynı noktada birleşmeleri her zaman mümkün olmayacağı gibi çabukluk ve kolaylık isteyen idare işlerinin gecikmesini, aksamasını gerektireceği de muhakkaktır. Çok ortaklı şirketlerin idare ve temsil işlerinde başgösteren bu zorluk ve sakıncaları, ortaklara ait yönetim ve temsil yetkisinin yöneticilere tevdiini zorunlu kılmaktadır.

Şirket statüsü ile veya sonradan ortaklar kurulu kararı ile idare ve temsil yetkisi ortaklardan birine veya bir kaçına bırakılabileceği gibi ortak olmayan kişilerinde vazifelendirilmesi mümkündür. Ortak olmayan yöneticiler (müdürler) dahi yetki ve sorumluluk bakımından, ortaklar arasından seçilen yöneticilere ait hükümlere tabidir, (T.K. : 540 - 541).

Yukarıda da açıkladığımız gibi, limited şirket ortaklar genel kurulu, anonim şirket genel kurulundan farklıdır. Şirket işlerini yürütmek, şirketi temsil etmek, idare işlerinin dışında kalan meselelerde karar almak ve tatbik etmek yetkileri ortaklar kurulundandır. Anonim şirketteki gibi ayrıca, yönetim ve temsil yetkisini haiz yönetim kurulu (idare meclisi) şeklinde kanunî organları yoktur. Ortaklar Kurulunun; haiz olduğu yetkilerden şirketi idare ve temsil işlerini bir veya daha çok yöneticilere (müdürlere) bırakması mümkündür. Bazılarınca, birden fazla müdürden kurulan ve yönetim kurulu diye adlandırılan yöneticiler topluluğu anonim şirket yönetim kuruluna benzetilmek istenmişse de bu görüşte isabet olmadığı kanısındayız. Zira; Ticaret Kanunu, anonim şirkette idare ve temsil işlerini genel kurul dışında, devamlı şekilde vazife gören, tasarrufları ile hissedarların tümünü etkilemesi ve şirketi temsil etmesi bakımından hissedarlar genel kurulunca seçilen veya azledilen, en az üç ortakdan kurulu ve en çok üç yıl için seçilmiş Yönetim Kuruluna (İdare Meclisi) vermiştir. Bu kurul, şirketi idare ve temsile memur kanunî bir organdır. Ayrıca genel müdür veya müdürler tayin edilebilir, bular yönetim kurulunun üyesi değil bunun nezaret ve murakabesi altında vazife gören kişilerdir.

YÖNETİM VE TEMSİL

T. Ticaret Kanunu, yöneticilerin görev ve yetkilerinden söz ederken (şirket işlerini idare ve şirketi temsil) ibarelerini kullan-

Limited şirketlere gelince; müdürleri ibra etmek yetkisi (T.K. : 539/5.) ortaklar kuruluna ait olduğuna göre aleyhlerine tazminat davası açmağa karar vermekte bu kurula ait olmak lâzımdır. Karara, esas sermayenin hiç olmazsa yarısından fazlasını temsil eden ortakların olumlu oy vermeleri lâzımdır. Karar nisabı tahassül etmese dahi esas sermayenin onda birini temsil eden ortaklar dava açılmasına taraftar iseler, anonim şirkete ait esaslar dahilinde yine dava açılması zorunluğu doğar.

Sırası gelmişken, tatbikatta rastlanması olağan bir mesele üzerinde de durmak istiyorum. Limited şirketin, eşit hisseli iki ortakla veya esas sermayenin yarısı veya daha fazlası ortaklardan birine, geri kalanı diğerlerine ait olmak üzere üç veya daha fazla ortakla kurulduğunu, hariçten atanan yöneticinin, ağır kusur ve hatta kasdi hareketleri ile şirkete ve dolayısı ile ortaklara büyük zararlar verdirdiğini gözönüne getirelim, yarı hisse sahibi ortak, yönetici ile işbirliği etmiş veya onun karı veya kocası veyahut usûl ve fûruğ gibi yakın akrabasıdır. Yönetici ile birlikte ortaklar kurulunun toplanmasını, karar almasını önleme çabası içindedir.

Anonim şirketin genel kurul toplantılarına ait hükümler ancak yirmiden fazla ortaklı limited şirket ortaklar kurulu toplantılarında tatbik edilebilir. Yirmiden az ortaklı limited şirket ortaklar kurulu bu hükümlerin kapsamı dışındadır. Halbuki, limited şirketlerde karar nisabı tesbit edilmekle yetinilip toplantı nisabı hakkında bir hüküm getirilmemiştir. Az ortaklı şirkette, ortaklar toplantıya veya yazılı oy beyanına çağırılmak suretile gerekli kararın istihsaline çalışılacaktır. Ancak, iki ortaktan birinin yahut üç veya daha fazla ortaklı şirkette yarıdan fazla hisseye sahip ortağın toplantıya veya yazılı oy beyanına icabet etmemesi veyahut olumsuz oy kullanması halinde kurulun karar alabilme olanağı kalmayacaktır. Bu durumda ne gibi bir işlem yapılması gerekir? Bize göre; büyük hisse sahibi ortağın olumsuz oy kullanarak karar alınmasını önlemesi, yani hakkını kötüye kullanması halinde, olumlu oy kullanan ortakların temsil ettikleri hisse en az esas sermayenin onda biri ise yukarıda izahına çalıştığımız esaslar çevresinde şirketce dava açılması zorunludur. Ne ekseriyet ve nede azınlık kararı ile dava açılması olanağı elde edilemediği takdirde ortakların ve alacaklılarının şahsen dava açmaları imkânı doğmuş olur.

Büyük hisse sahibi ortağın durumu, karar alınacak hususla şahsen ilgili bulunmadığı nedeni ile oy hakkından mahrumiyetini gerektirdiği ve medeni yasanın 2 inci maddesi gereğince hakkını kö-

tüye kullanma niteliği arz ettiği için bu kurallar çevresinde düşünülerek bir sonuca vardırılmasında mümkün olacaktır.

Yargıtay ticaret dairesi, eşit hisseye sahip, iki ortaklı limited şirkette, ortaklardan birinin şirkete zarar veren hareketlerinden dolayı diğer ortağa tazminat davası açmak hakkı tanımıştır. Bu karara göre ;

«..... 556 ıncı maddenin atfı gereğince, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına ilişkin hükümler limited ortaklıklarda da uygulanır. İki kişilik bir limited ortaklıkta ortaklardan birinin ortaklık mallarını başka bir ortaklığa nakil eden diğer ortak aleyhine Ticaret Kanununun ortaklarada dava hakkı veren 309 ve 336 ıncı maddeleri gereğın dava açmaları mümkündür. «Tic. D. Ta. : 16/11/1970, K. No : 4464.»

ORTAKLARIN VE ŞİRKET ALACAKLILARININ DAVA HAKLARI :

«..... Yönetim Kurulu üyeleri, müdür ve murakıpların, yükümlerini hiç veya gereği gibi yapmamaları, şirketin, münferit hissedarların ve şirket alacaklılarının leyhlerine çeşitli talep hakları doğurur.....

Kanun münferit hissedarlara, şirketin alacaklılarına, muayyen kayıt ve şartlar altında, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler aleyhine tazminat hakkı tanımıştır. Münferit hissedarlar, yönetim kurulunun, itimadı kötüye kullanarak şirketi zarara sokmaları ve binnetice hissedarların kâr ve tasfiye bakiyesi üzerindeki paylarını azaltmalarına karşı himayesiz bırakılmamalıdır..... Anonim şirketin tazminat istemek hakkından hukuken geçerli bir şekilde vazgeçmesi veya ekseriyeti aranının bulunmaması yahutta şirket sermayesinin muayyen bir kısmını temsil eden azınlığın husule gelmemesi yüzünden tazminat talebinin yapılmaması halinde münferit ortaklara, şirket alacaklılarına, kendi nam ve hesaplarına meclis üyeleri ve müdürler aleyhine tazminat davası açmak hakkı tanınmıştır. Münferit alacaklılar ve hissedarlar, tazminat davası açarken ancak kendi menfaatlerini gözetirler. - Prof. Dr. Ernst Hirsch. Ticaret Hukuku, Sa. : 102 - 104. par : 266.»

Ticaret Kanununun 342 inci maddesinde, müdürün, yükümlerini gereği gibi veya hiç yerine getirmemesi halinde «idare meclisi üyelerinin mesuliyetlerine ait hükümler gereğince şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı mesul olacağını, bu esasa aykırı bir şartın esas sözleşmeye konması veya müdürün idare mec-

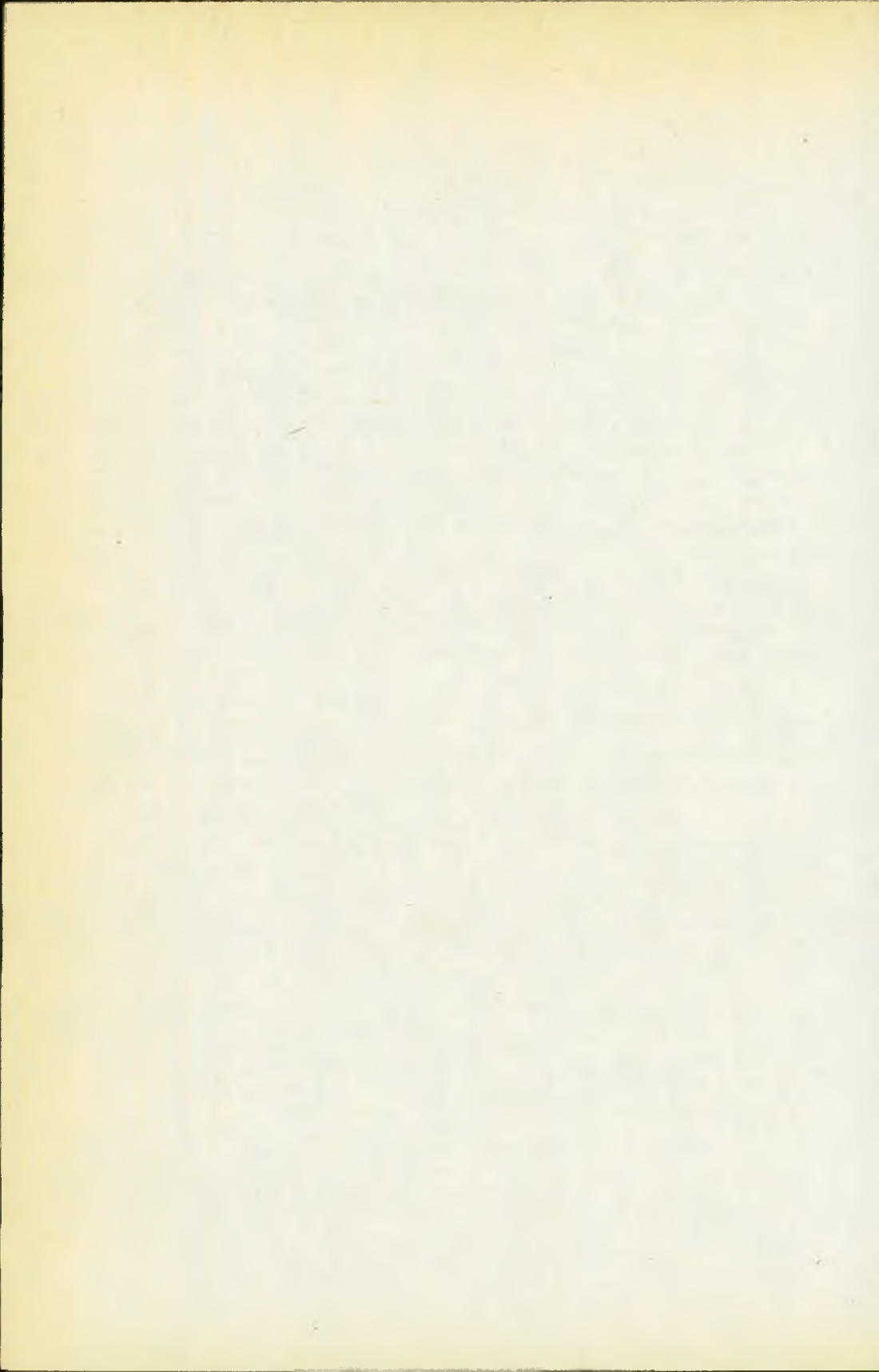
lisinin emri ve nezareti altında bulunması mesuliyetini bertaraf etmeyeceğini» açıklamak suretile münferit ortakların ve şirket alacaklılarının bu haklarını tanımış bulunmaktadır. Münferit hissedar veya alacaklılar dava haklarını, genel kurulun dava açmaktan vazgeçmesi, karar veya dava açma nisabının tahassül etmemesi halinde kullanırlar.

DENETİCİLER :

Deneticinin vazifesi, şirket işlerini ve muamelelerini denetlemektir. Ortak sayısı yirmiyi aşan limited şirketlerde bir veya daha fazla denetici tâyin edilir. Statüde aksine bir hüküm yoksa anonim şirketteki deneticilere ait hükümler (T.K. : m. 353, 354, 355, 356, 358, 359.) bunlar hakkında da uygulanır.

Yirmi ve daha az ortaklı limited şirkette denetici tâyini zorunluğu yoktur. Fakat, statü veya ortaklar kurulu kararı ile bir veya daha fazla denetici tayin edilebilir. Yetkileri ve tabi oldukları usul tesbit edilebilir.

Şirket işlerinin idaresi ve şirketin temsili ortaklardan bir veya bir kaçına bırakıldığı takdirde bu yöneticilerin dışındaki ortaklar Borçlar Yasasının 531 inci maddesi hükümleri çevresinde şirket işlerini denetlemek yetkisini haizdirler.



UYGULAMADA BABALIK DAVALARI

EMİN BAŞAKLAR

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi

GİRİŞ VE TANIMLAR :

Bilindiği gibi, nesep, lûgat anlamı itibariyle, bir kimsenin fer'ilerini ifade etmektedir. Bir başka deyimle nesep, aile içerisindeki bireylerin hısımlık bağlantısıdır. Yani, çocuğun ana ve babayla olan hısımlık ilişkisidir. Bu nedenledir ki, ana cihetinden olan nesep bağına analık, baba ile olan bağına da babalık denmektedir. (1).

Nesebin biyolojik bağlantısı yanında biyolojik olmayan ve ancak, aynı sonucu doğuran diğer bir çeşidi vardır. O da, akdî dediğimiz, sun'î nesep bağlantısıdır. (2). Evlâtlık ile evlât edinen arasındaki nesep bağlantısı işte böyledir. (M.K. 257 Md.)

Medenî Kanunumuz açısından nesep, tâbi olduğu hükümlere göre, sahih ve sahih olmayan nesep olarak ikiye ayrılmış olup, sahih neseplilerin kimler olduğu Medenî Kanunun 241. maddesinde belirlenmiştir. Şöyleki : evlilik mevcut iken veya zevalinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu müddet geçtikten sonra, asıl olan doğan çocuğun nesebi sahih addolunmamaktır. Demek oluyorki, evlenme anından itibaren ne zaman doğarsa doğsun ve evliliğin zevalinden itibaren de 300 gün içinde doğan çocukların neseplerinin sahih olması esastır. Bu bağ ve müddet dışında doğan çocuk ise, genel olarak, gayrı sahih neseplidir.

Evliliğin feshi halinde dahi, fesih sebebine bakılmaksızın, yurkarda belirtilen koşullarda doğan çocuğun nesebi sahihtir. Ve sahih olarak kalır. (M.K. 125).

Evliliğin zevalinden itibaren 300 günün hesabında zeval tarihinin tesbiti önemli bulunmaktadır. M.K. 93. maddesine göre evlilik, vefat, boşanma veya evliliğin butlanı nedeni ile zail olabileceğinden zail oluş (ortadan kalkış) sebebine göre başlangıcın hesap-

(1) Prof. ESAT ARSEBÜK, Medenî Hukuk. C. 2, S : 371.

(2) Prof. HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU, T. Medenî Hukuku. C. 2, S : 314 - T. 1965.

lanması gerekir. Birincisinde başlangıç ölüm tarihidir. Boşanma veya evliliğin butlanında ise bu hususta verilmiş mahkeme kararının kesinleşmesi tarihidir. (3). Zira, ahvali şahsiyeye ilişkin hükümler, ancak, usulen kesinleştiklerinde infaz olunabilir ve netice hasıl ederler. (H.U.M.K. 443 - Son).

Söz konusu 241. maddede yer alan (evlilik mevcut iken) ibaresinin, çocuğun ana rahminde normal olarak meydana geliş zamanına göre, gerçeğe uymadığı, çocuğun haksız olarak kabulünü zorunlu kıldığı ileri sürülebilir. İşte, kanun koyucu, gerçeğe aykırılık teşkil eden kanunî karine sonuçlarından kocayı koruyabilmek için aynı kanunun 242. maddesi ile, ayrıcalık teşkil edecek olayların meydana gelebileceğini gözönünde tutarak, kocaya bu yönde bir itiraz hakkı tanımıştır. Koca, bu madde hükmüne dayanarak evlilik içinde ve hatta zevalinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun kendisinden olmadığını iddia ve nesebi red imkânına sahiptir.

Kanun koyucu tanımını yaptığı nesebi sahih çocukların dışındaki çocukların neseplerinin sahih olmadığını belirttikten sonra, buna rağmen bazı koşullarda nesepleri gayri sahih durumunda olabilecek çocukların neseplerinin düzeltilmesine de olanak sağlamıştır. Şöyleki : Medenî Kanunun 247 ve 249. maddelerine göre, evlilik haricinde doğan çocukların nesebi, ana ve babanın birbirleri ile evlenmeleri ile kendiliğinden sahih olabileceği gibi, birbirleri ile evlenmeyi vâdedipte birinin vefatı veya evlenme ehliyetinin sona ermesi nedeni ile evlenemeyen ana ve babadan doğan çocukların, istek üzerine, neseplerinin düzeltilebilceği kabul edilmiştir.

Demek oluyor ki, evlilik dışında doğupta anası ve babası sonradan birbiriyle evlenmemiş veya birbiriyle evlenmeyi vâdeden ana veya babası vefat etmiş yahut evlenme ehliyetini kaybetmiş kimse-lerden doğan çocuklar dışındaki çocukların kesin olarak nesepleri ana yönünden, gayri sahih bulunmaktadır. Medenî Kanunun 247 ve 249. maddesine göre nesepleri düzelmemiş çocuklarda başlangıçta gayri sahih neseplidir. Hatta evlilik içinde doğupta nesebi reddolunan çocuklarda gayrisahihi nesepli çocuklardır. (4). Ancak, ne var ki, nesebi reddolunan çocuklardan anası ve babası sonradan evlenen çocukların nesepleri, Medenî Kanunun 247. maddesine göre düzelebilir.

(3) Prof. BAKİ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü. S : 796 - T. 1974.

(4) Prof. ŞAKİR BERKİ, Alman, İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında evlilik dışı doğan çocuklar. S : 74, T 1963.

Evlilik dışında belli bir kadın ve erkek ilişkisinden meydana gelen çocukların babalarının toplum içinde belirlenmesinde ana, baba ve çocuk, hatta toplum açısından yarar bulunmakla kanun koyucu böylesine meydana gelmiş çocukların babalarının tespit edilmesine olanak sağlanmış bulunmaktadır.

Evlilik haricinde doğan çocukların tabii babalarının tespiti çeşitli memleketlerde değişik gerekçelerle değişik sonuçlara ulaşmıştır. Örneğin : Fransa'da tabii babanın aranması veya sübutundaki güçlükler ve bu arada ortaya çıkabilecek çeşitli rezalet ve aile veya bireylerin şantaja maruz kalabileceği ihtimalleri karşısında babalık davalarının açılmıyacağı kabul edilmiş iken daha sonra bazı koşullarda buna imkân verilmiştir. (5). Zira, babalık davasının tanınmamasının daha vahim olaylara, örneğin; çocuk düşürmelerine hatta yeni doğmuş çocukların öldürülmelerine kadar varan kötü sonuçlara sebep olduğu görülmüştür. Ayrıca, rezaletten sakınılırken, zina sebebi ile boşanmaya veya nesebin reddine imkân verilmiş olması ile bu düşüncenin temelinde doğru olmadığı ve faydası bulunmadığı anlaşılmıştır. (6). Bu nedenle, babalık davalarının kabulü ile kızların iğfal olunmalarının önüne kısmen de olsa geçilebileceği ve aynı zamanda ana gibi, gerçek babanın da evlilik dışı ilişkilerde işlediği kusurun hesabını vermek zorunda olduğunun bilinmesinin yararlı olacağı düşünülmüştür. (7).

Maddî olay olarak, çocuğu doğuran kadının o çocuğun anası olmasının kuşkusuz bir gerçek olmasına karşı, ananın bazı hallerde kimden ve ne zaman hâmile kaldığı doğanın sırrı olmakla ana tarafından dahi kesin olarak saptanamaz.

Bu sebeptendir ki, doğa gereği, karineye bağlanması zorunlu görülen babalıkla ilgili davalar sıkı koşullara bağlanmak istenmiştir. Medenî Kanunumuzun da babalık veya neseple ilgili hükümlerinin bu ilkeler gözönünde tutularak düzenlendiğine şüphe yoktur.

Medenî Kanunun 290. maddesine göre nesebi sahih olmayan çocuğun anası doğuran kadındır. Malûm olanın tekrarı gibi görünen bu tanımda bir kavram noksanı veya bir ifade bozukluğu göze çarpmaktadır. Zira, elbetteki çocuğu doğuran kadın o çocuğun anası olacaktır. O halde, ifade edilmek istenen nedir ? Kanımızca, burada ifade edilmek istenen, çocuğun ana tarafından nesebinin gayri sa-

(5) Prof. ESAT ARSEBÜK, M.H. C. 2, S : 412.

(6) Prof. ESAT ARSEBÜK, M.H. C. 2, S : 413.

(7) Prof. ESAT ARSEBÜK, M.H. C. 2, S : 414.

hih olduğudur. Anılan maddenin bu fıkrasını böyle anlamanın madde hükmüne manâ kazandıracağı kanısındayız. (8).

Aynı maddenin ikinci fıkrası gereği, nesebi sahih olmayan çocuğun babası tanıma veya bir hükümle gerçekleşecektir. Bundan da anlaşılmaktadır ki, babası henüz belli olmayan çocuk, anası yönünden gayrı sahih nesepli olmasına karşı henüz babası tanıma veya babalık davası ile gerçekleşmeyen çocuğun baba yönünden nesebi yoktur. (9). Evlilik dışı meydana gelmiş bir çocuğun tanıma veya babalık davası sùbutu ile nesebi ancak gayrı sahih olmaktadır.

Nesep konusunda, evlilik dışı meydana gelen çocuğun nesebinin düzeltilmesi üzerinde durmayacağımız gibi, babanın çocuğu kendi arzusu ile tanınması üzerinde de durmayacağız. İnceleme konumuz babanın kendi arzusu ile çocuğu tanımaması üzerine çocuk veya ananın açacağı babalığın subutuna ilişkin dâvâlardır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, babalık davası ile güdülen amaç, tabii nesep bağının varlığının tesbitinden ibarettir. Babalık davasının sonucunda babalığın subutuna rağmen çocuğun nesebinin gayrı sahih olması ve sahih nesepte olduğu gibi haklarına tamamen kavuşamamış olması âdeta çelişki arzetmektedir. Bazı Avrupa devletlerinde ve bizde, evlilik dışı ilişkileri evlilik düzeyinde tutmamak ve bireyleri meşru ilişkilere zorlamak bir anlamda hak ve adaletin gereği gibi görünmekte ise de, kanunî haklarından kısıntı yapılan, ayrıcalık teşkil eden bir takım hükümlere tabi tutulmak istenen çocukların kusuru nedir ? Ana ve babaların kusuru veya günahı çocuklara neden yüklenmektedir ? Buna mantıki bir gerekçe bulmak mümkün değildir. Nitekim Türk Kanun koyucusu memleketimiz şartlarını gözönünde tutarak, anne ve baba ilişkileri dahil belli koşullarda evlilik dışı doğan çocukların neseplerini, zaman zaman çıkardığı af kanunları ile sahih kabul etmiş veya buna imkân vermiştir.

Kanımızca, bu çeşit af kanunları ile, babalık hüküm ve sonuçlarının yetersiz olması nedeni ile nesep yönündeki gayrı âdil neticenin izleri haklı olarak yokedilmek istenmektedir. Bunun, psikolojik ve toplumsal faydalarını açıklamaya bile lüzum yoktur. Neseple ilgili af kanunlarına babalık davalarının sonuçları bölümün-

(8) Prof. ŞAKİR BERKİ, Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında evlilik dışı doğan çocuklar. S : 10 - T. 1963.

(9) Prof. ŞAKİR BERKİ, Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında evlilik dışı doğan çocuklar. S : 55 Dip Not 53 - 1963.

de ayrıca değineceğimizden burada geniş açıklamaya girmek istemiyoruz.

BABALIK DAVALARINDA KONU :

Babalık davalarında konu, ana yönünden tazminat, çocuk yönünden nafaka olabileceği gibi, sadece bütün ahvâli şahsiye sonuçları itibariyle babalığa ilişkin de olabilir. Hatta her iki isteği de kapsayabilir. Tazminat ve nafakaya ilişkin istekler bir alacak davası, babalığa bütün neticeleri ile hükmedilmesi isteği ise ahvali şahsiye davası niteliğindedir. (10).

Ananın alacakla ilgili davası için çocuğun sağ veya ölü doğmasının önemi yoktur. Dava, çocuk doğmadan açılmış ise babalık davası artık sadece nakdi sorumluluğa inhisar edecektir. Zira, çocuk sağ doğmakla ancak şahsiyet iktisap edeceğinden, ölü doğmakla şahsiyeti söz konusu olmayan bir çocuğun babalığı da söz konusu olamayacağından davaya devam sonuç doğurmıyacaktır. (M.K. 27 Md.) Çocuğun ölü doğması halinde, annenin nakdi tediyeyle ilişkin olarak açacağı veya açmış bulunduğu davaya M.K. nun 297/2. maddesi hükmüne göre devam edip sonuçlandırmak olasılığı vardır. Çocuğun düşmesi halinde de durum aynı olmak lâzımdır. Ancak, şunu hatırlatmak gerekirken, bu durumda dahi, en azından, çocuğun biyolojik veya tabii babasının ispatı şarttır. Çocuğun ölümü veya düşmesi halinde ise annenin iddiasını ispat etmesi oldukça güçlük arzedeceğinden isteği karşılamaya değer olup olmadığını davanın açılmasından evvel, olayların sureti cereyanına ve toplanabilecek delillere göre, gerçekten iyice düşünmek icap eder. Ana ve çocuğun, babalık davasında — ister nakdi tediyeyle ilişkin, ister ahvali şahsiyeye ilişkin olsun — çocuğun evvel emirde ana ile babanın evlilik dışı cinsel birleşmesinden meydana geldiğinin subutu şartı bulunmaktadır. Alacak niteliğindeki istekler veya ahvali şahsiye ile ilgili isteklerin kanunî koşullara ve onların ispat derecesine göre kabulü daha sonra düşünülecek hususlardır. Çocuğun tabii babası gerçekleşmedikçe neticeci talep hakkında başkaca inceleme ve araştırma işlemlerine gerek bulunmamaktadır. Evvelce usulen çocuğun tanınmış olması şüphesiz, ahvali şahsiyeye ilişkin olarak babalık davası açılmasına manidir. (*)

(10) 2. H.D. E. 345 K. 395 T. 29.1.1973.

Prof. Esat Arsebük, M.H. C. II, S : 458 - 459.

(*) Duruşma devam ederken çocuğun ölmesi halindeki durum için

BABALIK DAVALARINDA DAVACI :

Böylece, pek özet ve genel olarak, babalık davalarının konusunu belirttikten sonra kanunun konusunu 297. madde ile tayin ettiği davaları kimlerin açabileceği geçebiliriz.

Medenî Kanunun 295. maddesine göre babanın hükmen tayinini evlilik dışı doğum yapan ana ve çocuğun isteyebilecekleri kabul edilmiştir. Ana ve çocuk ayrı ayrı olarak, hem nakdi tediye ve nafaka ve hem de şahsi sonuçları ile babalığa hükmedilmesini hâkimden isteyebilirler. (11). Ana ile çocuk birlikte dava açabilecekleri gibi, ayrı ayrı da açabilirler. Ananın açtığı davanın reddi çocuğun dava hakkını ortadan kaldırmaz. Zira, evlilik haricinde cinsi münasebette bulunan seviyesi şüpheli bir kadının babalık davasının subutu için gerekli çabayı göstermemesi veya gösterememesi mümkündür. (12). Kanun koyucu, ananın bu kötü veya iyi niyetli noksan davranışının sonuçları ile çocuğu bağlı tutmak istemediği içindir ki, 298. madde hükmü ile, evlilik dışı meydana gelen çocuğa mahkemenin durumdan haberdar olması halinde, onun haklarını lâıyık ile koruması amacı ile bir kayyım tayinini öngörmüştür. Babalık davalarının mutlaka küçüğe tayin olunan kayyım huzuru ile görülmesi kanun ve 2.5.1960 gün ve 5/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereği bulunmakla, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin uygulaması da bu yoldadır. (13)

Müddet geçmesinin söz konusu olmadığı bir zamanda anne dava açmadan ölürse acaba annenin varisleri dava açabilecek midir ? Kanımızca, annenin alacak niteliğindeki doğmuş hakları bakımından, genel kuralda olduğu gibi, dava açmasında sakınca yoktur. Meğerki, alacak niteliğindeki isteği manevî tazminata ilişkin olmasın. Ancak, Kanunun açık hükmü karşısında, ahvali şahsiyeye ilişkin babalık davasını açamaması gerekir.

Çocuk, kendine kanun ve içtihadı birleştirme kararları ile tanınan, hak düşürücü süre içinde, ölürse ne olacaktır ? Küçüğün veya babalığı sözkonusu olan çocuğun mirasçıları böyle bir davayı açabileceklermidir ? Kanunda bu hususta açıklık yoksa da Medenî Kanunun 249. maddesinin mirasçılara tanıdığı hakkı, Kanunun sistemi bakımından, tanımak gerekecektir. İlgili daire görüşü bu merkez-

(11) H.G.K. E. 2/9 K. 55. T. 7.11.1962.

(12) Prof. ESAT ARSEBÜK, M.H. C. II. S: 458.

(13) 2. H.D. E. 1643 K. 1560 T. 21/3.1969.

2. H.D. E. 1071 - K. 1142 - T. 29.2.1969.

dedir. Ancak, bu iki konu da tartışmaya değer ve de tefsire muhtaçtır. Ne varki, biz uygulamayı belirtmeye çalışıyoruz. Kanımızca bu hususlar gerçekte içtihadı birleştirme veya kanun konusu olabilecek nitelikte bulunmaktadır.

Şüphesiz, açılmış davalardan sonra anne veya çocuğun ölümle-ri halinde varislerinin usulen davaya devamlarında hiç bir kanunî veya usulî sakınca yoktur. Belki, zorunluk vardır. (*)

Demekki, babalık davalarında bir yanlışa düşülmemesi için babalığı söz konusu olan küçüğe herşeyden evvel bir kayyım tayin ettirilerek ve bu hususta yetki alınarak babalıkla ilgili davaların bir kayyım huzuru ile yürütülmesi gerekli bulunmaktadır. Açılmış davalarda böyle bir noksanlık varsa derhal tamamlaması icap eder. Şunu da belirtmek gerekir ki, bu noksanlık davanın reddini gerektirmez. Davanın her safhasında tamamlanarak davaya devam mümkündür. Sonradan davaya gelen kayyımdan ayrıca delilleri sorularak davaya devam edilmesi gerekir. (14).

Anılan kanun hükmünün yerine getirilmesinin faydası büyüktür. Bir defa çelişkili karar çıkması önlenmektedir. İkinci olarak, kanımıza göre, tüm hak ve borç sahipleri bir araya geldiğinden bu konuda ilerideki tarihlerde meselenin tekrar ele alınmasına mahal kalmamakta, netice olarak babalık davası davalıyı senelerce Demoklesin kılıcı altında kalmaktan, çocuğu da kararsız durumdan kurtarmaktadır. Bir an evvel herkesin ne olduğunun bilinmesinde şüphesiz büyük yarar vardır.

Ananın yalnızca kendisi için nakdi tediyat yönünden açtığı dava da kayyım tayini zorunlu değildir. Zira ortada, çocuğun ahvali şahsiyesini ilgilendiren bir durum yoktur.

Annenin küçük olması veya vesayet altında olması halinde duruma göre davayı kanunî temsilcisinin açmasında da sakınca bulunmamaktadır.

Annenin çocuk adına, onu temsilen aynı zamanda dava açması olanağı yoktur. Zira, annenin, evlilik dışı dünyaya getirdiği çocuğun üzerinde temsil yetkisi bulunmamaktadır. Yani, kanunen, sahih nesepde olduğu gibi velilik sıfatı yoktur. Bu itibarladır ki, Medenî Kanunun 298. maddesi gereği böyle bir durumdan haberdar olan mahkeme herşeyden evvel onun menfaatlerini korumak için çocuğa bir kayyım tayin eder. İşte, mahkemede çocuğu temsil ede-

(14) 2. H.D. 16.2.1973 gün ve E. 827 K. 862.

(*) 2. H.D. 25.3.1976 gün ve E. 2396, K. 2624.

bilecek olan bu kayyımdır. (15). Uygulamada, annenin bilerek veya bilmeyerek çocuğu temsilen açtığı davada, anneye, çocuk için kayyım tayin ettirmesi ve işbu dava için kayyıma yetki alınması yolunda, mehil verilmekte daha sonra gelecek kayyım huzuru ile davaya devam olunmaktadır. Anne bu işleri yapmadığında mahkeme re'sen Sulh Hâkimini bu hususta haberdar ederek yetkili kayyımın tayinini istemekte, tayin olunduğu bildirilen kayyıma tebligat yapılarak duruşmaya devam olunmaktadır.

Küçüğe kayyım, Medenî Kanunun 298. maddesine göre, doğumdan sonra tayin edilebileceği gibi, onun menfaatlerinin korunabilmesi için, doğumdan evvelde tayin edilmesi mümkün bulunmaktadır. (16). M.K. 27. maddesi, ikinci bendine göre sağ doğmak kaydı ile ana rahmine düştüğü andan itibaren çocuk medenî haklardan faydalanma hakkına haizdir. Ancak, çocuğun ölü doğması halinde babalık davasının çocuk yönünden konusu ve aynı zamanda tarafı kalmıyacağından çocuk yönünden davaya devam imkânsız hale gelmektedir. Ölü doğmakla çocuğun mirasçısı sözkonusu olmadığından varisleri huzuru ile davaya devam olanağı da kalmamaktadır.

BABALIK DAVALARINDA SÜRE :

Babalık davalarının belli bir süre içinde açılması Medenî Kanunun 296. maddesinde öngörülmüştür. Buradaki süre hak düşürücü niteliktedir. Yani, zaman aşımı süresi değildir. (17). Bu nedenle, hâkim dava açıldığında kanunî sürenin geçip geçmediğini itiraz ve def'i vaki olmasa dahi re'sen gözetmek zorundadır.

Medenî Kanunun 296. maddesine göre, babalık davasının çocuk doğmadan evvel veya doğduğu andan itibaren nihayet bir sene içerisinde açılması gerekir. Kanunun anılan hükmü, ifadesi itibariyle, davayı ister ana, ister çocuk açsın, kesin niteliktedir. Şu veya bu nedenle bu müddetin uzatılması sözkonusu olamaz. Sürenin başlangıcı ise doğum olayının cereyan ettiği tarihtir. Bu itibarla, mücerret nüfus kaydındaki doğum tarihi daima müddetin başlangıcı olamaz. Çünkü, kasıtlı veya kasıtsız olarak, doğum tarihinin nüfusa yanlış geçirilmesi mümkündür. Bu itibarla, nüfus kaydında-

(15) H.G.K. 7.11.1962 gün ve E. 2/9, K. 55, İç. Bir. K. 2.5.1960 gün ve E. 5. K. 8.

(16) 14 nolu dip nottaki içtihadı birleştirme kararına bakınız.

(17) Prof. ESAT ARSEBÜK, M.H. C. II, S : 472.

Prof. HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU, T.M.H. C. II, S : 423, T. 1965.

2. Hukuk Dairesi, 29.2.1972 gün ve E. 1071, K. 1142.

ki tarihin aksi, bir hastahane kaydı veya şahsî delile dayanılarak ispatlanabilir. Böyle bir durumda süre başlangıcının gerçek doğum tarihinden hesaplanması gerekeceğinden çocuğun nüfusa kayıtlı olmaması halinde tarafların gösterecekleri delillerin dinlenerek, bu hususta, ona göre karar verilmesi icabedecektir.

Kanunun, süre yönünden koyduğu hüküm anne yönünden hiçbir mazeret dinlenmeden uygulanmasına karşı çocuk yönünde böyle olmamaktadır. Nedeni de 2.5.1960 gün ve 5/8 sayılı içtihadı birleştirme kararıdır. Bu karar gereği, çocuk için müddetin başlangıç tarihi küçüğe kayyım tayin edildiği tarihtir. Şüphesiz bu ilke çocuğa doğumdan sonra kayyım tayin edilmiş olması haline münhasırdır. Şayet, çocuğa doğumdan evvel kayyım tayin edilmiş ise dava açma süresi doğumdan itibaren bir yıl olacaktır.

Anne için doğumdan itibaren bir yıl geçmişse dava hakkı mutlak suretle düşmüş olur. Örneğin; annenin baba tarafından hile ile oyalanmış olması halinde dahi bu husus anneye mazeret olarak bir hak vermez. (18). Ancak, M.K. 303. maddesine göre, anne gebe kaldığı zaman evliye idiye babalık davası, nesebin reddinin gerçekleşmesi ile çocuğun nesbeinin sahih olmadığına hüküm verildikten sonra ikame edilebileceğinden bu takdirde babalık davasının ikamesi için kanunun tayin ettiği bir senelik süre nesebin sahih olmadığına ilişkin hükmün verilmesinden itibaren başlar. Yani nesebin reddine dair kararın kesinleşmesi tarihinden başlar. (19).

Doğuşta nesebi sahih olan çocuğun nesebinin reddi ile gayrı sahih olması halinde çocuk için de babalık davası açma süresi yine red kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren hesaplanacaktır. Ancak, küçüğe kayyım tayini gerektiği hallerde bir yıllık sürenin yine kayyım tayini tarihinden başlayacağı muhakkaktır.

Nesebin reddi davalarında Medenî Kanunun 242. maddesinde yazılı süre kocanın ittilamdan itibaren başlayacağından kanunun öngördüğü süre kesin bir süre niteliğinde sayılamaz. Baba, olayın özelliğine göre, çocuğun rüştüne erişmesinden sonra da çocuğun kendisinden olmadığını öğrenmiş olabilir. Böyle bir halde dahi çocuk yönünden babalık davasındaki bir yıllık süre nesebin reddine ilişkin hükmün kesinleşmesinden itibaren hesaplanacaktır.

Küçük adına davayı açmakla görevli kayyımın ihmali sonucu, müddet nedeni ile, hak düşecek olursa bundan kayyım, gereğinde

(18) Prof. ESAT ARSEBÜK, M.H. C. II, S : 424, T. 1965.

Prof. HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU, T.M.H. C. II, S : 424, T. 1965.

(19) Prof. HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU, T.M.H. C. II, S : 424, T. 1965.

vesayet makamı sorumludur. Buradaki sorumluluğun maddî olacağına şüphe yoktur. Müddet bakımından şöyle bir ihtimalde akla gelebilir : Dava süresinde yetkisiz mahkemede açılmış ise yetkili mahkemede dava açılması için B.K. 137. maddesi ile kabul edilen ek 60 günlük müddetten faydalanılacak mıdır ? Bu soruya hayır demek icab eder. Zira, babalık davasındaki süre hak düşürücü olmak ve B.K. 137. maddesindeki sürenin ise zaman aşımı süresi bulunmakla ek süre böylesine bir davada sözkonusu olmayacaktır. Yetkisizlik kararı üzerine de H.U.M.K. göre yetkili mahkemede davaya devam isteğinde bulunulmuş olması gerekir. Yetkisizlik kararı kesinleşmesinden sonra 10 gün içinde yetkili mahkemede davaya devam isteğinde bulunulmadığında artık ilâve müddet hesabı yapılmıyacak o tarihe göre geçen müddet nazara alınarak hareket edilecektir. Mahkemenin gecikmiş devam talebi karşısında davayı reddetmesi icab eder.

BABALIK DAVALARINDA DAVALI :

Medenî Kanunun 295. maddesi 2. bendine göre babalık davası çocuğun babası iddia olunan kimse veya onun mirasçıları aleyhine açılabilir.

Babalık davasında, öz nokta, ana ile tabii babanın cinsî ilişkileri sonucu çocuğun meydana gelmiş olmasıdır. Bu bakımdan ana veya babanın medenî haklarını kullanmaya ehil olup olmanalarının, mümeyyiz bulunup bulunmamasının, küçük olmasının, akıl hastası olup olmasının veyahuk kanunî nedenlerden biri ile hacir altında bulunup bulunmadığının baba olmaya etkisi yoktur. Babalık davası açılabilmesi için, yukarda sayılan, bu haller engel teşkil etmez. Anılan hallerin ana veya baba yönünden mevcudiyeti ancak onları mahkeme huzurunda kimlerin temsil edeceği meselesini ortaya çıkarır. Tebligatların temsilcilere yapılmasında takip olunacak usul ve kanun hükümlerinin diğer davalardakilerden farkı yoktur.

Davanın açılmasına engel teşkil etmediğini belirttiğimiz bu hallerin iddianın kabul veya reddi yönünden de kesin etkileri bulunmamaktadır. İleride temas edeceğimiz gibi, bütün neticeleri ile babalığa hükümde bazı hallerin etkisi söz konusu olabilecektir.

Baba hakkında açılan dava sırasında babanın ölümü üzerine tüm mirasçılarına tebligat yapılarak davaya devam olunabilir. (H.U.M.K. 41). (20).

Dava açılmadan baba olduğu iddia olunan kimse vefat etmişse doğrudan mirasçıları aleyhine dava açılması icap eder. Dava pek tabii olarak tüm varisleri aleyhine açılacaktır. Olurki, baba ölmüş variste bırakmamıştır. Bu takdirde, durum ne olacaktır ? Kanunda açıklık yoksa da, ölen tabii babanın mallarının Hazine'ye intikal edeceği Medenî Kanunun 448. maddesi gereği olmakla ona sahip olmak isteyen çocuğun açacağı babalık davasında hazinenin hasım gösterilmesini olağan ve mantıki bir netice olarak kabul etmek icap eder. Burada sırası gelmişken bir noktayı belirtmek isteriz. Bir çok kimse, hazine veya devleti, mirasçı bırakmadan ölen kimsenin mirasçısı olarak düşünmekte ve anlamaktadır. Oysaki, hazine böyle bir durumda mirasçı değil miras kendisine intikal eden Kamu Tüzel Kişisidir. Mirasçı bırakmaadn vefat eden kimsenin babalığının subutu için açılacak davada Hazinenin hasım gösterileceğinde bütün bilim adamları birlik halinde olduğu gibi, Yargıtay uygulaması da bu yoldadır. (21).

GÖREV :

Babalık davalarında görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Bilindiği gibi, kanunun açıkça görevli Mahkemeyi belirtmediği hallerde görevli mahkeme Asliye Mahkemeleridir. Babalıkla ilgili davalarda görevli Mahkeme, Medenî Kanunda, açıkça gösterilmemiş bulunduğu göre görevli mahkemenin Asliye Mahkemeleri olacağına şüphe yoktur. (22).

Babalıkla ilgili görevden bahsederken, sırası gelmemiş olmakla beraber, tabii babalığın veya bütün neticeleri ile babalığın subutu ile beraber çocuk için takdir olunmuş nafakaların artırılması eksiltilmesi gibi davalarda görevli mahkemeye de temas etmek yerinde olacaktır.

Sonradan sadece nafaka davası olarak açılacak davalarda görevli mahkemeyi belirtmeden evvel, nafakanın artırılması, eksiltilmesi veya evvelce tayin edilmemiş ise yeniden nafaka hükmedilmesi istenen gayrimeşru ilişkilerden meydana gelmiş çocukları evvel emirde yaşlarına göre ikiye ayırmak gerekir : Birincisi, 18 yaşını bitirmemiş çocuklar, ikincisi, 18 yaşını bitirmiş çocuklar. Birinci grup çocukların leyh ve aleyhine sonradan açılan nafaka ile ilgili davalara bakmak Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevine dahil bulun-

(21) Prof. ESAT ARSEBÜK, M.H. C. II, S : 471 - 477.

Prof. HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU, T.M.H. C. II, S : 423, T. 1965.

(22) 2. H.D. 5.11.1973 gün ve E. 6412, K. 1239.

maktadır. (23). Zira, çocuklar küçük olsalar bile nafakaların takdiri ve kaldırılması ile ilgili dava Medenî Kanunun 306 ve 307. maddeleri ile ilgili bulunmaktadır. Genel olarak küçük çocukların nafaka istekleri ya evlilik mevcut iken Medenî Kanunun 161 - 162. maddelerine veya boşanma davası varken Medenî Kanunun 137. maddesine, boşanma ile neticelenen olaylarda ise, Medenî Kanunun 148 maddesine dayanmaktadır. Ve hepsinde, evlilik birliği sırasında meydana gelmiş, çocuklar söz konusudur. Oysa ki, nesebi gayrı sahih çocuklar dediğimiz ve babalık davalarına konu olan çocukların anne ve babalarının birbirleriyle evliliği yoktur. Bu nedenle, bu nitelikteki gayrı sahih nesepli çocukların nafaka davalarına H.U. - M.K. nunda öngörülen biçimde Sulh Mahkemelerinde bakılmasına olanak bulunmamaktadır. (24). Hatta Af Kanunları ile nesepleri sahih hale gelen çocukların nafaka davaları dahi ana ve babaları evli olmadığı için Asliye Mahkemelerinde rüyet edilmesi icap eder. (25). Ancak, Af Kanunları gereği ana ve babanın evliliklerinin de tescil edilmiş olması hali ayrıcalık teşkil eder. Evlilik dışında dünyaya gelen gayri sahih nesepli çocukların ana ve babalarının birbirleriyle M.K. 247. maddesine göre evlenmeleri ile neseplerinin sahih olması halinde de ayrıcalık vardır. Bu durumdaki çocukların nafaka davalarına Sulh Mahkemelerinde bakılması icap eder. Büyük olsalar bile.

Çocuk 18 yaşını bitirmiş ise ileride de belirteceğimiz gibi burada da konuyu ikiye ayırmak gerekir : Birincisi, sadece tabîî, diğer bir deyimle, biyolojik babalık hali; ikincisi, bütün neticeleri ile babalık halidir. Birinci halde çocuğun baba yönünden nesebi üzerinde bir yenilik olmadığı veya baba yönünden nesebsiz kaldığı için Medenî Kanunun 306. maddesine göre nafaka davasına Asliye Mahkemelerinde bakılacaktır. Ve 18 yaşından sonra bu çocuklar gerçek babalarından nafaka alamıyacaklardır. İkinci gurup ise, babalığa bütün neticeleri itibariyle hükmedildiği için nesepleri gayrı sahih olsa dahi, babanın füruu olmakla gerektiği takdirde nafaka davalarına Medenî Kanunun 315. maddesi gereğince Sulh Hukuk Mahkemelerinde bakılacaktır.

Ancak, son çıkan 1711 sayılı Kanunla H.U.M.K. nunda yapılan değişiklikte Sulh Mahkemelerine yeni bir kısım davalara bakmak görevi yüklenmiş bulunmaktadır. Bunlar arasında ilginç olanlarından bir tanesi de usulün değişik 8. maddesinin 4 numaralı bendinde sayılı T.M.K. 311 - ile 314 maddesi ile ilgili olan işlerdir. Belki

(23) 2. H.D. 20.1.1972 gün ve E. 26, K. 302.

(24) 2. H.D. 20.1.1972 gün ve E. 26, K. 302.

(25) 2. H.D. 17.1.1974 gün ve E. 10, K. 216.

kolaylık olsun diye bu işler Sulh Hâkimine verilmiş olabilir. Ancak, ortada çelişki arzeden durum meydana getirilmiştir. Şöyleki : Babalık davasının şahsî sonuçlarıyla sûbuta erip neticelenmesi halinde velâyetin kime verileceği Asliye Mahkemesince tayin ve takdir olunurken babalık davasının söz konusu olmadığı veya babalık davasının görülmesinden sonraki durumlarda ihtilaflı velâyet konusu hakkında Sulh Mahkemeleri yetkili kılınmıştır. (26). Bu nedenle, kanun koyucu tarafından konuya başlangıçta verilen ehemmiyetin sonradan ihmal olunduğu görülmektedir.

YETKİ :

Çocuk ve ananın açacağı babalık davasında ikâmetgâhları Türkiye olmak kaydı ile iki yetkili mahkeme kabul edilmiştir. Davacıya bunlardan birisinde dava açabilme hakkı tanınmıştır. Birincisi, davacının doğumu zamanındaki Türkiye'deki ikâmetgâh mahkemesi, ikincisi de davalının dava zamanındaki ikâmetgâhının bulunduğu mahkemedir. (M.K. 299/1. md.).

Ana ve çocuğun ikâmetgâhı Türkiye haricinde olup, davalı Türk de yabancı bir memlekette sakin ise dava davalının Türkiye'de kayıtlı bulunduğu mahal mahkemesinde de ikâme olunabilir. Ana ve çocuğun ikâmetgâhı yabancı memlekette iken davalının ikâmetgâhı Türkiye'de ise dava yine Medenî Kanunun 299. maddesine göre davalı babanın ikâmetgâhında açılacaktır.

Türk uyruklu ana ve babadan doğan çocukların babalık davaları ile ilgili yetkili mahkemeyi izah ederken hatıra gelen yabancı uyruklu ana ve babaların durumuna az da olsa uygulama yönünden değinmek faydalı olacaktır.

Türk, Alman, Avusturya ve İsviçre Hukuku yönünden gayri sahih nesepli çocukların anası ile aralarında doğuştan nesep bağı vardır. Fransız ve İtalyan Hukukuna göre ise tabii analık hukukî analığı yani çocukla ana arasında nesep bağını meydana getirmektedir. Böylesine doğmuş çocukların anaları ile nesep bağları usulen analarının onları tanımasına bağlıdır.

Baba yönünden de çocuk ile baba arasındaki nesep bağı bazı ülkelere göre değişik durum arzetmektedir. Örneğin; genel deyimle gayri meşru diye nitelendirdiğimiz ilişkilerden doğan çocukların durumu ile meşru veya evlilik bağı içinde doğan ve sahih nesepli

dediğimiz çocukların durumlarının farklı olmadığı Amerika Birleşik Devletleri ile Rusya'da iki çocuk grubu arasında haklar ve neseb yönünden farklılık yoktur. Buna mukabil İsviçre, Fransa, Almanya, Avusturya ve İtalya'da gayrı sahih nesepli çocukların varlığı veya ayırımı, bizde olduğu gibidir. Veya benzemektedir. (Prof. Erdoğan Göğen, Devletler, H.H. Sh. 211 - 220).

Yabancı uyruklu baba aleyhine Türkiye'de Medenî Kanun hükümlerine göre babalık davası açılmasında sakınca yoksa da alınacak ilâmın tenfizi sözkonusu olabilir. (*) Bu yönden ilgili ülke ile memleketimiz arasında karşılıklı anlaşma olup olmaması ehemmiyet arzeder. Kanımızca, yabancı babanın ülkesi kanunlarının babalıkla ilgili hükümlerinin T.M.K. hükümleri gibi bir imkân sağlayıp sağlamadığına dikkat etmek gerekecektir.

T. M. Kanununa aykırı olan veya daha geniş imkânâ sahip yabancı baba ülkesi kanununun uygulanması kamu düzeni düşüncesi ile sakıncalı olacaktır. Aksinin de varit olabileceği gibi.

Ana da baba da yabancı ise durum ne olacaktır ? 23 Şubat 1330 tarihli (Memaliki Osmaniye'de bulunan tebaayı ecnebiyenin hukuk ve vezaifi hakkında kanunu muvakkat) m 4. maddesinde aile hukuku ile ilgili davaların bakılması tarafların rızalarına bağlanmıştır. H.U.M.K. 76. maddesi gereğince de tarafların dayandıkları kanunun, Türk Medenî Kanunu açısından, kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir.

Bu nedenle, yukarıda işaret ettiğimiz gibi, babalığa imkân veren Fransız, Alman ve İsviçre gibi yabancı uyruklu kişilerin davalarına bakılması mümkündür. Ancak, islâmiyet esasları uygulanan arap ülkelerinde babalık ve tanıma söz konusu olmadığından arap uyruklu ana ve babaların babalık davasına bakılıp neticelendirilmesi olanağı bulunmamaktadır.

Ana yabancı ise uygulanacak kanun hükmü babayı ilgilendirdiği için bir Türk baba hakkında yabancı uyruklu bir ananın Medenî Kanunun hükümlerine göre usulen dava açmasında ve bunun Medenî Kanunun hükümlerine göre sonuçlandırılmasında ayrıcalık ve sakınca yoktur.

Davanın kim aleyhine açılacağı konusuna son vermeden Medenî Kanunun 299. maddesinin son bendine de kısaca temas etmek istiyoruz. Medenî Kanunun 299. son fıkrası gereği, babalık davası, menfaatlerini koruyabilmesi için davalının ikâmetgâhındaki Hazine

(*) H.U.M.K. nun 16. md. koşullarında.

memuruna haber verilecektir. Ne varki, tatbikatta bu ilke çok defa uygulanmamaktadır. Baba olduğu iddia olunan kimsenin mirasçısı bulunmaması halinde Hazine babanın mirasçısı yerine geçeceği ve Hazine'nin menfaati ancak böyle bir olayda söz konusu olacağı için babanın mirasçısının varlığı anlaşılan hallerde bu noksanlık çok defa, ihmal olunmaktadır. Medenî Kanunun 299. madde hükmünün yerine getirilmesinin mahkemece resen veya taraflarca istenmesi halinde (bu işleme gerek olmadığı) biçiminde bir iddia ileri sürülemeyecektir.

BABALIK DAVALARINDA İNCELENECEK DELİLLER :

Yukarıda, gayrimeşru yani evlilik dışında doğan çocuğun babasının kim olduğunun tespitinin bazen annenin dahi bilemeyeceği kadar güç olduğunu ve bu nedenle kanun koyucunun zorunlu olarak babalıkta karineye dayandığını belirtmiştik.

Medenî Kanunun 301. maddesine göre, çocuğun doğumundan evvel 300 üncü gün ile 180 inci gün arasında, çocuğu doğuran ana ile cinsi münasebette bulunmuş olma hali babalığa karine sayılmakta, ancak, davalının babalığı hakkında **ciddî şüpheler uyandıracak**) haklı nedenler varsa karine geçersiz kalmaktadır.

Çocuğun ana rahmine düştüğü andaki cinsel teması ispat etmek yükümlülüğü davacı tarafa aittir. (M.K. 6 md.). Temasın olmayacağı veya olmadığı, olsa dahi çocuğun kendisinden olmadığını ispat etmek de, şüphesiz baba veya mirasçıya veya davalıya ait olacaktır.

Rapor, İkrar, Tanık, Yazılı Belge :

Davalı veya baba olduğu iddia olunan kimse babalık iddiasını kabul etmez veya kendinden olmadığını iddia ederse, bu takdirde, genel olarak doktor raporu ile birlikte onu teyit edecek her türlü delille iddianın ispatı yoluna gidilecektir. (27). Pek tabi savunma da aynı delil serbestisine sahiptir. Nesep veya babalık davalarında delil yönünden en önde gelen doktor raporlarıdır. Diğer delillerin rapor sonucuna göre, dinlenip dinlenmemesi daha sonra düşünülecek husustur. Genel olarak raporlar, cinsi ilişkide bulunduğu iddia olunan ana ve babadan, kan ve benzerlik muayenelerine göre, küçüğün meydana gelmesinin mümkün olduğu veya imkânsız olduğu biçimindedir. Bu sonuca varmak için gerekli teknik bilgilere

ihtiyaç göstermek, ayrıntılarına girmek, şüphesiz, mütehassısların işidir. Herhalde ayrıntılı incelemeyi yapabilen kurum elemanlarına inceleme yaptırmak yararlı olur. Tıp bilimi kurallarına göre, küçüğün davacı ana ve davalı babadan meydana geldiğini kesin olarak, bugün için, tespiti imkân olmadığı anlaşılmaktadır. Buna karşı, mütehassıslar çocuğun o ana ve babadan meydana gelmediğini kesin olarak tespit ve iddia edebilmektedir. Bu nedenle, çocuğun davaya konu olan ana ve babadan meydana gelmesine imkân olmadığına ilişkin rapor verilmiş olması halinde artık başkaca delil incelenmesine ve toplanmasına gerek kalmamaktadır. Davanın reddi usulen doğru bir karardır. Ancak, doktor raporları genellikle (olabilir) ibaresi taşıdığından davacı veya davalı taraf iddia ve savunmalarını sair delillerle ispat etmek imkânına sahip bulunmaktadır. Yalnız, bu nitelikteki bir rapor münhasıran taraflardan biri leyh ve aleyhine telâkki olunamaz.

Tarafların kan ve benzerlik muayenelerine olanak bulunduğu takdirde raporun bazen kesin ve bazen de tamamlayıcı delil olacağına şüphe yoktur. Davalı sağ olmakla beraber adresi bulunmadığında veya gaip olduğunda durum ne olacaktır? Böyle bir durumda rapor dışındaki delillerin önem kazanacağı muhakkaktır. Fakat, şahsî veya sair dellilere dayanılarak verilen karardan sonra meydana çıkan davalı babanın kan muayenesi itibarıyla baba olmasına imkân olmadığı anlaşılırsa ne yapılacaktır? Böylesine kesin bir raporun alınması halinde iadei muhakeme sebebi yapılmasının mümkün olacağı kanısındayız. (28).

Doğumdan evvel açılmış davalarda ispat edildiği iddia olunan cinsel ilişki günlerinin değerlendirilebilmesi için şüphesiz doğum bekleneciktir. İddia sureti ve tarihlerine göre doğumun evvel veya sonra olması hallerinin meydana getireceği güçlük nedeni ile zaruret olmadıkça doğumdan sonra dava açmanın en emin yol olacağına inanıyoruz.

Babalık davasının konusu ister alacak, ister ahvali şahsiye ile ilgili olsun ilke olarak davada en evvel sübutu veya ispatı gerekli husus küçüğün annesinin davalı baba ile cinsel temasından meydana gelmiş olduğu hususudur. (28a). Cinsi birleşmenin bir defa veya çok defa olmasının önemi yoktur. Cinsi ilişkinin devamlılık arzeden niteliği, ilerde göreceğimiz gibi, sonuca yani babalık davasındaki istek kapsamının genişliğine veya hukukî sonuçlarına etkili olabilmektedir.

(28a) 2. H.D. 19.10.1961 gün ve E. 5187, K. 6286.

(28) Örneğine uygulamada tesadüf edemedik.

Doktor raporu sonucunun imkân vermesi halinde davacı ve davalı iddia ve savunmasını her türlü delille ispat edebilir. Örneğin : İkrar, şahsi delil, yazılı delil, kesin delil niteliğinde olabilecek bir dava muhtevası ve kesin hüküm gibi. (29).

Davalının duruşma sırasındaki, olayın cereyanına dair, ikrarı veya davadan evvel belge ile ispatlanan aynı nitelikteki bir ikrarı delil niteliği taşır. Ancak, bu ikrarın bir maksatla yapılmış olabileceği nazara alınarak her şeyden evvel çocuğun o anne ve babadan meydana gelip gelemeyeceğinin doktor raporu ile saptanması gerekir. Özellikle anne ve çocuğun baba olarak ayrı ayrı kişileri göstermeleri halinde ikrarın diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi zorunluğu doğar. Bu gibi olaylarda tüm delillerin toplanması gerekeceğine şüphe yoktur.

Davadan evvelki harici ikrarın şahsi delil ile ispatlanmasına kalkışılması halinde de tanıkların ifade ettikleri ikrarın diğer delillerle doğrulanmış olup olmadığına dikkat edilmelidir. Hiç olmazsa aksini kanıtlayan delillerin bulunup bulunmadığını gözden uzak tutmamak gerekir.

Babalık davalarında, davalının şahsından sadır olmuş yazılı bir belge, (örneğin, bir mektup) cinsel yakınlığın ispat belgesi olabilir. Böylesine bir belgede, mektubun yazılış maksadı, kime hitaben yazıldığı ve tarihi önem taşır. Böylesine bir yazılı belge buna göre değerlendirilmeli, dolaylı bir ifade taşıması halinde de diğer delillerle birlikte mütalâa olunmalıdır.

Yazılı belge anne tarafından da tanzim edilmiş olabilir. Bu takdirde belgenin bir savunma delili olacağına şüphe yoktur.

Bazan, belge, resmî bir kayıttan ibarettir. Örneğin; annenin hamileliği veya hamile olamayacağına dair bir doktor veya mütehas-sıs raporu gibi. Böyle bir belge erkek içinde düşünülebilir. Erkeğin iktidarsızlığı ile ilgili bir rapor veya muayene sonucu kayıt veya hut cinsel temas yapamıyacak derecede hareketsiz halde olduğunu gösteren rapor gibi.

Annenin hamile kaldığı zaman baba ile buluşma imkânı olmayan bir yerde olması veya babanın uzakta bir yerde olmasında mümkündür. Örneğin; uzak bir şehir veya yabancı memlekette bir şehir oteli gibi. Bu durumlarda otel ve polis kayıtları bir belge niteliği taşır. Hatta, babanın hapiste bulunduğu dair hapisane belgesi

de, yerine göre, babayı başlıbaşına kurtaracak yazılı bir delildir. Annenin başkaları ile ilişkisinin bulunmadığının açıkca belli olduğu hallerde, baba ile anne arasında cereyan etmiş bir ırza geçme davası veya zina davası da bir delil olabilir.

Kesin Hüküm - Kuvvetli Delil

Babalık davasının reddi sonucunu doğuran bir husus da taraflar arasında aynı konuda evvelce açılıp reddedilmiş ve kesinleşmiş bir ilâmın bulunması halidir. Böyle bir durumda, aynı taraflar arasında davaya devam ve delillerin inceleme olanağı yoktur. Meğerki, bu hüküm sadece anne veya sadeec çocuğun davacı olduğu bir davaya ait olsun. Zira, yukarıda da belirttiğimiz gibi, annenin açtığı davanın sonucu çocuğu bağlamaz.

Ananın açtığı dava çocuğu bağlamaz dedik. Aksi de olabilir. Yani çocuğun açtığı dava da anne için kesin hüküm teşkil eylemez. Ancak, bu davalardan biri diğeri için kuvvetli delil olabilir.

Ciddî Şüphe - İffetsizlik

Medenî Kanunun 301. maddesindeki karineyi çürütecek, yani anne ile babanın hamilelik sıralarındaki cinsî ilişkilerinin subutuna rağmen çocuğun davalı babadan olmadığının kabul edileceği ayrıcalık teşkil eden halleride kanun koyucu ayrıca belirtmiş bulunmaktadır.

Kocaya tanınan bu ispat hakkı ile davalının babalığına hükmedilmesinin önüne geçilmiştir. Bunlardan bir tanesi aynı maddenin son fıkrasında (babalık hakkında ciddî şüpheler uyandıracak hallerin) mevcudiyeti, diğeri de aynı kanunun 302. maddesinde belirtilen (kadının gebe kaldığı zaman iffetsizlikle melûf olması) halidir. Her iki hali de iddia ve ispat davalıya aittir. (30).

Kanunda nelerin ciddî şüphe uyandıracak haller olduğu açıklanmamış veya bunun tanımı yapılmamıştır. Bu hususu olayın cereyanına ve koşullara göre takdir etmek gerekmektedir. Örneğin; doğum zamanına göre ananın hamile kaldığı hesaplanan tarihte babanın geçici iktidarsızlığı veya annenin esasen hamile bulunması gibi. Bu iki halin, geçmişteki bir hastane kaydı veya doktor raporu ile ispatı mümkündür. Gerçekten, böylesine bir durumun kanıtlanması halinde artık karineye itibar olunamayacağı gibi, bu haller ciddî şüphe uyandıracak niteliktedir.

(30) H.G.K. 23.10.1968 gün ve E. 803, K. 709 - 2. bent -.

Medenî Kanunun 302. maddesi ile davalıya, babalık davasından kurtulmak için tanınmış bir diğer hak da annenin hamile kaldığı zamanda iffetsizlikle melûf olduğunun ispatı hakkıdır. Buradaki melûf olma hali, kadının her erkeğe kolayca, karşılıklı veya karşılıksız, teslim olmayı itiyat haline getirmiş olmasını ifade eder. Veya o kötü huya bulaşmış, onun içinde bulunmuş olması halini ifade eder.

Böylesine bir huya sahip kadının, gerçekte, hamileliğinin hangi erkekten olduğunu tespiti imkân yoktur. Bunu çok defa kendisinin dahi bilmesi mümkün değildir. İşte, kanun koyucu böylesine düşkün bir kadının iddiasından erkeği korumak amacı ile cinsel ilişki ispatlanmış olsa da babanın teşhisinde ve sûbutunda gerçeğe ulaşamayacağını düşünmüştür. İffetsizlikle melûf olma sadece genelev veya randevü evi kadınlarına mahsus bir hal sebebi değildir. Özel yerlerde çalışan veya kendi evinde tek başına bu alışkanlığını sürdüren bir kadın da iffetsizlikle melûf sayılır.

Yalnız burada önemli bir noktayı tekrar etmek isteriz. İffetsizlik hali hamile kalma zamanına ait olmalıdır. (31). Örneğin; böylesine bir yaşantı ve çalkantı içinde olan kadının, davalı erkekle yaşadığı sırada, işini ve kötü yaşantısını terk etmiş ve o erkekle ciddiyet içinde karı koca gibi yaşamış ise çocuğun bu şartlar altında ana rahmine düşmesi nedeniyle davanın Medenî Kanunun 302. maddesi gereğince reddi gerekmez. Kadının, çocuğun ana rahmine düştüğü zamana nazaran, geçmişi veya doğumdan sonra kötü yaşantıya başlamış olması kadın aleyhine delil olarak kabul edilemez.

Davalının savunmasında belirtilmemiş veya davalı davaya gelmemiş olduğu hallerde, davacı delillerinden babalık hakkında ciddi şüphelerin varlığı veya ananın iffetsizliği anlaşıldığında, babalığa engel teşkil eden bu halleri hâkimin re'sen nazara alması gerekir. Zira, babalık davası, bir yönü itibariyle de kamu düzenini ilgilendirir. Ancak, davalının ileri sürmemesi veya gelmemesi halinde, bu yönden hâkimin tahkikat açması veya yaptığı tahkikatı derinleştirmeye teşebbüs etmesi tarafsızlık ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenledir ki, mahkemece, sadece delillerin incelenmesi sırasında kendiliğinden ortaya çıkan durumlar nazara alınmalıdır. Bunda usulî bir sakınca olmadığı kanısındayız. (32).

(31) H.G.K. 16.12.1967 gün E. 300, K. 619.

2. Hukuk Dairesi. 16.11.1964 gün E. 5920, K. 5541.

(32) (Babalık davalarının sonuçları ve Neseple ilgili Af Kanunları).

Derginin diğer sayısında inceleme konusu yapılacaktır.



HUKUK DAVALARINDA GIYAP KARARININ SONUÇLARI

NİHAT SAYINALP
Yargıtay Tetkik Hakimi

PLÂN :

- I. GENEL BİLGİLER VE TARİHÇE
 - A) Giyap kararı hakkında genel bilgiler
 - B) Tarihçe
- II. KESİNLEŞEN GIYAP KARARININ SONUÇLARI
 - A) Mahkemeye kabul edilmemek
 - B) Karşı tarafın ileri sürdüğü vakıları ikrar etmiş sayılmak
- III. DİLEKLER

BİBLİYOGRAFYA

- 1 — BAKİ KURU : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1974.
- 2 — BİLGE UMAR : İspat Yüğü, 1968.
- 3 — CEVDET ÇATALKAYA, ABDURRAHMAN TARIKOĞULLARI, MUSTAFA HAMDİ ÖZCAN : Yeni içtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1965.
- 4 — İLHAN E. POSTACIOĞLU : Medenî Usul Hukuku Dersleri, 1970.
- 5 — İSMAİL HAKKI KARAFAKİH : Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, 1952.
- 6 — LUTFİ ÖMERBAŞ, SACİT ÇETİNTAŞ : Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu Emsal kararları ve İçtihadı Birleştirme kararları. Cilt, 2/955.
- 7 — MUSTAFA REŞİT BELGESAY : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu şerhi. Cilt, 3, 1950.
- 8 — NECİP BİLGE : Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 1967.
- 9 — NUSRET OZANALP : Tapulama Kanunu Şerhi, 1971.
- 10 — ÖZCAN KARADENİZ : Roma Hukuku, 1974.
- 11 — SABRİ ŞAKİR ANSAY : Hukuk Yargılama Usulleri, 1960.

I — GENEL BİLGİLER VE TARİHÇE :

A) GENEL BİLGİLER :

Taraflar mahkemeye çağrılmadıkça tahkikat ve yargılama yapılamaz. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 73 üncü mad-

desi gereğince ana kural vicahi yargılamadır. (1) Ancak aynı kanunun 398 inci maddesine göre iki taraftan biri tahkikat veya muhakeme için tayin olunan günde gelmediği veya gelip te cevaptan kaçındığı takdirde hakkında giyap kararı verilir. Giyap kararının verildiği celsede hiç bir işe bakılmadan dava başka güne bırakılmış ise gaibe tayin olunan günde gelmesi tebliğ edilir. Duruşmada hazır olup ta cevaptan kaçınana ayrıca tebligat yapılmaz. Gaip tebliğ edilen belirli günde gelmezse, cevaptan kaçınan ertesi oturumda da kaçınırsa haklarındaki giyap kesinleşir. Giyap kararı verilen oturumda bazı işlemler yapılmışsa gaip beş gün içersinde bunlara itiraz ederek yeni bir gün tayin ve karşı tarafa tebliğ ettirebilir. Aksi takdirde giyap kesinleşir. (H.U.M.K. 401 ve sonraki maddeleri) Usul yasamıza göre giyap kararı kesinleşince şu sonuçlar doğar :

1 — Gaip muhakemeye kabul olunmaz.

2 — Karşı tarafın ileri sürdüğü vakıaları ikrar etmiş sayılabilir. Aynı yasanın 409 uncu maddesi uyarınca taraflardan hiç biri gelmediği veya gelip te davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dava yenileninceye kadar işlem den kaldırılır.

Yukarda özetlenen hükümler Sulh ve Asliye Mahkemelerindeki sözlü ve yazılı yargılama usullerinde uygulanır. Basit usulü muhakemede giyap kararı tebliğ edilmez. (H.U.M.K. 510) Tapulama Mahkemelerinde 766 sayılı kanunda açıklık olmayan hallerde sözlü muhakeme usulü uygulanır. (Tapulama K. Mad. 58) Ancak bu mahkemeler özel bir usule tabi olup Tapulama Kanununda açıklık olan hallerde o usul gözönünde tutulmalıdır. Nitekim Tapulama Mahkemelerinde de giyap kararı tebliğ edilmez, hazır bulunanların yüzlerine karşı gelmeyenlerin huzuruna bakılmaksızın duruşma yapılır. (Tap. K. Mad. 63) Çünkü Tapulama Kanununun 54 üncü maddesi gereğince hâkim tarafların delillerini topladığı gibi resen tahkikatı genişletmek ve başka deliller de toplamak yetkisini haizdir. Tapulama Kanununun amacı itibarıyla hâkim, taşınmaz malın kimin adına teşcil edileceğini belirtmekle yükümlü olup bu kanundan doğan davalarda giyap kararı tebliğ edilmez. (2)

B) TARİHÇE :

Bugünkü hukukun yaratıcıları kuşkusuz eski Romalılardır. Eski Roma hukuku başlangıçta daha çok güçlüyü korurken zamanla

(1) NECİP BİLGE, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 1967, S : 542.

(2) NUSRET OZANALP, Tapulama Kanunu Şerhi, 1971, S : 257 - 260, 261.

yumuşamışsa da izleri silinememiş, şimdiki hukuka olumlu veya olumsuz yönlerden derin etkilerde bulunmuştur. Roma'da ilk zamanlarda davacı davalıyı zorla resmî görevli önüne götürebilirdi. (3) 12 Levha kanunlarına göre kiralık döneminden başlayarak Milattan sonra 4 üncü Yüzyıl ortalarına kadar bir kimse hakkını çiğnediğini ileri sürdüğü kişiyi sözle Majistra önüne çağırırdı. Çağrılan kişi buna uymazsa çağıranın onu yakalayıp zorla Majistra önüne getirme hakkı vardı. Çağrılan kişi direnir ve karşı kuvvet kullanırsa bazı cezalara çarptırılırdı. Burada Majistra devleti temsil ederdi. Zorla veya müeyyidelerle onun önüne getirilemeyen davalı mahkûm edilemez, hakkındaki dava görülemezdi. Majistra davanın dinlenme yeteneği olup olmadığını inceler, hukuka aykırı bulursa reddeder, aksi takdirde yargılama koşullarını tespit ederek özel hâkime gidilmesine karar verirdi. Özel hâkim önüne gelmeyen taraf davayı kaybederdi. Hâkim önüne gitmeden önce padişaha başvurma usulü Osmanlı İmparatorluğunda da vardı. Padişahın devletin yargı gücünün de başı olarak uyuşmazlığı çözümlemeye yetkili kadırlara Roma'daki Formülalara benzer tahkik fermanları (Emirleri) gönderdiği bazı mer'a davalarındaki belgelerden anlaşılmaktadır.

Roma'd'a Milattan sonra 4 üncü Yüzyılda sistem dışı yargılama usulü uygulanmaya başlanmıştır. Bu usul şimdiki esaslara yakın olup dava dilekçesi Majistrayı Adalet işlerinde temsil eden resmî hâkime sunulurdu. Hâkim isteği ilk bakışta yasaya aykırı görmezse karşı tarafı davet ederdi. Davalı duruşma gününde gelmezse dava gıyabında görülür, davacı gelmezse dava düşerdi. (4) Eski hukukumuzda (Osmanlı devletinde) davacı davayı takip etmezse genel olarak yargılamaya devam edilemezdi. Davalı gelmezse bazı şekil ve şartlarla davanın onun gıyabında görülme olanağı vardı. (5)

Şu kısa tarihçeden anlaşılmaktadır ki ilk çağlarda merkezî devletin otoritesi mutlak olmakla birlikte her alana karışmadığından yurttaşların özel hayatlarının özgürlük sınırları daha genişti. Bu geniş sınırları koruyabilmek için onların güçlü ve silahlı olmak zorunluğu vardı. Devlet yurttaşlar arasındaki hukuk davalarına da fazla karışmıyordu. Hatta davalıyı davet ve yargı kuvveti önüne getirme işi dahi özel kişilere yüklenmişti. Bu durum zamanla değişmişse de izleri günümüze kadar gelmiştir. Bugün dahi bir hukuk davasını açmak, koğuşturmak ve sonuçlandırmak bir miktar gücü

(3) İLHAN E. POSTACIOĞLU, Medenî Usul Hukuku Dersleri, 1970, S : 440 - 441.

NECİP BİLGE, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 1967, S : 542.

(4) ÖZCAN KARADENİZ, Roma Hukuku, 1974, S : 305, 314, 321, 357, 358.

(5) SABRİ ŞAKİR ANSAY, Hukuk Yargılama Usulleri, 1960, S : 326 - 327.

gerektirmektedir. Çünkü adlî müzaharet olanağı varsa da kötünîyetli davalıların adreslerini bulmak, delilleri hazırlamak, çok kere uzak köylerden yetkili mahkemeye gelerek uzun süre dava koğuş-turmak son derece yıpratıcı ve güç işlerdendir. Aynı güçlük kısmen davalı için de düşünölmelidir. Yirminci yüzyılda devletin kişisel öz-gürlöklere el attığı alanlar çoğaldıkça hukuk davalarında da kamu yararına koğuş-turma yöntemlerinin genişliyeceğı anlaşılmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri yasamızdaki giyap işlemine ilişkin hü-kümleri incelerken bu tarihi gerçekleri gözönünde tutmak, bir ta-raf giyaba düştü diye davayı onun aleyhine çözümleme yoluna git-meyerek olanak elverdiği oranda gerçek hak sahibini araştırmayı amaç edinmek gerekmektedir. Çünkü giyabi yargılama bazı haller-de davaların uzamasına ve kötünîyetli kişilere engel olabilirse de çok kez güçlüyü koruyan, güçsüzü hakkından yoksun bırakan bir sistemdir.

II — KESİNLEŞEN GIYAP KARARININ SONUÇLARI

Hukuk Usulü Muhakemeleri kanunumuz hakkındaki giyap ka-rarı kesinleşen tarafın muhakemeye kabul edilemiyeceğini ve has-mın ileri sürdüğü vakıaları ikrar etmiş sayılabileceğini bildirmek-tedir. Aslında mehzaz kanun olan Nöşatel usul yasasında gaip olan, karşı tarafın ileri sürdüğü olayları evvelce inkâr etmemiş olmak şartıyla ikrar etmiş addolunabilir denilmektedir. Bu hüküm dahi aşağıda açıklanacağı üzere yetersizdir. (6)

Şimdi bu sonuçları ayrı ayrı inceleyelim :

A) MUHAKEMEYE KABUL EDİLMEMEK :

Muhakemeye kabul edilmemek demek iddia ve savunma yap-a-mamak, delil ibraz edememek, duruşma ve öteki işlemlerde söz hakkı bulunmamaktır. İlhan E. Postacıoğlu, Necip Bilge, Baki Ku-ru ve öteki usul hukuku yazarlarına göre ispat yükü altındaki ta-raf giyaba düştüğü takdirde onun ileri sürdüğü olay ispat edile-memiş sayılacaktır. Ancak giyap kararı tebliğinden önce belge ib-raz etmişse o incelenecek, tanık listesi vermiş ve masrafını yatır-mışsa onlar çağrılarak dinlenecektir. İspat külfeti giyapta olana değil de davayı koğuş-turana düşüyorsa karşı tarafın ikrar etmiş sayılamıyacağı hallerde davayı izleyen taraf iddia veya savunmasını

(6) NECİP BİLGE; sözü geçen eser, S : 552 - 553.

İSMAİL HAKKI KARAFAKİH, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, 1952, S : 163.

ispatla yükümlüdür. Kanımızca özet olarak yukarda yazılan bilimsel görüşler uygulamadan geride kalmış, Yargıtay içtihatları sorununa daha fazla açıklık getirmiş bulunmaktadır. Bu içtihatlardan önemli bir kaç tanesi özet olarak aşağıya alınmıştır :

a — Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 3/11/1954 gün ve 2/69-75 sayılı kararında «Davalı gıyap kararına rağmen duruşmaya gelmediğinden savunmasını ispat etmemiştir. Davacının delilleri incelenerek sonucuna göre karar verilmelidir.» denilmektedir. (7)

b — Aynı kurulun 8/12/1971 gün ve 1968/T-25-726 sayılı kararında «Taraflar tüccardır. Davacı davasında ticarî defter kayıtlarına dayanmıştır. Davacı davayı takip etmemiş, hakkındaki gıyap kararı kesinleşmiştir. Davayı takip eden davalı davaya cevap vermeksizin davacının gıyaba düştüğünden söz ederek ispat edilemeyen davanın reddini istemiş, mahkeme de hiç bir soruşturma yapmadan davayı reddetmiştir. Bu yolsuzdur. Davalı davayı takip ettiğine göre verilecek karar kesin hüküm sonuçlarını doğuracaktır. O halde davalının davaya karşı cevabı sorulmak, davayı kabul ederse o yolda karar verilmek, cevap vermez veya inkâr ederse masrafı davalıdan alınarak ticarî defterler incelenmek, davalı masraf vermezse usulün 415 inci maddesi uyarınca Hazinesinden alınmak ve sonucuna göre karar verilmek gerekir» denilmiştir.

c — Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13/12/1974 gün ve 1968/I-840/101 sayılı kararında «Dava taksim sözleşmesi uyarınca davacıya bırakılmış olan tarlanın tapuya tesçili isteğinden ibarettir. Davacı davayı takip etmemiştir. Davalı, keşfe lüzum yoktur, masraf yatırmayacağım davanın reddini isterim demiştir. Mahkeme davalı tarafın da davayı takip etmediği sonucuna vararak usulün 409 uncu maddesi uyarınca dava yenileninceye kadar dosyanın işleminden kaldırılmasına karar vermiştir. Çoğunlukça bu kararın temyiz kabiliyeti olduğu kabul edilmekle dosya incelenip gereği görüldü : Davalı davayı takip ettiğini bildirdiğine göre keşif masrafını yatırmaması dosyanın işleminden kaldırılmasını gerektirmez. Keşif yapılmadan hüküm imkânı bulunmadığı takdirde masraf Hazinesinden alınarak keşif yapılabileceğinden hükmün bozulmasına» karar verilmiştir. (8)

Bu kararlar henüz oturmuş içtihat niteliğini kazanamamışlarsa da ötedenberi kabul edilmekte olan husus davacının gıyaba düş-

(7) LÜTFÜ ÖMERBAŞ - SACİT ÇETİNTAŞ, Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları ve İçtihadı Birleştirme Kararları, 1955, Cilt : 2, S : 4.

(8) Bu iki içtihad Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal kararlar dosyasından alınmıştır.

mesinin mutlaka davanın reddini gerektirmeyeceği gibi ispat yükü davalıya düşen hallerde davalı hakkındaki gıyap kararının kesinleşmesi davanın her zaman kabulü sonucunu doğurmayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6/3/1963 tarihli bir kararında «Tasarruf serbestliği bulunan davalarda dahi gaibin duruşmaya gelmemesi her halde onun aleyhinde karar verilmesini gerektirmez. Dosyada mevcut veya gaip bulunmadan toplanabilecek delillere göre karar verilmesi gerekir.» denilmektedir.

Gıyap müessesesini incelerken iki zıt esasın topluma en yararlı biçimde uzlaştırılması gerektiği düşünülmelidir :

a — Gıyap kararının gerçek hak sahibi aleyhine sonuçlar doğurması olanak elverdiğince önlenmelidir.

b — Kötüniyetli kişilerin haksız dava açarak veya uzatarak karşı tarafa ve topluma emek ve zaman kaybettirmelerine engel olunmalıdır.

Mahkemeye kabul edilmeyen taraf usulün 412 inci maddesi uyarınca para cezasına çarptırılabilirse de onun asıl cezası başkaca iddia ve savunmada bulunamamaktır. Bu yön kötüniyetli kişilerin yukarıda (b) kısmında belirtilen davranışlarına engel olabilecek bir müeyyide teşkil eder. Bu nedenle olanaklar elverdiğince gerçek hak sahiplerinin davaları kaybetmemelerine çalışılmalıdır. Medeni yasanın 6 ıncı maddesine göre kanun hilafını emretmedikçe taraflardan her biri iddiasını ispatla yükümlüdür. Ancak ispat yükü olan taraf her zaman delil ikamesine zorunlu olmayıp genel kural olarak normal halin aksini ileri süren tarafın delil ikamesiyle yükümlü bulunduğu kabul edilmektedir. Örneğin iyiniyetle tapu siciline dayandığını savunan kişinin kötüniyetli bulunduğu karşı tarafça ispat edilemezse savunma sabit olmuş sayılır. (9)

Yukarda Hukuk Genel Kurulunun kamu hukuku ve düzenini ilgilendirmeyen iki dava hakkında davacı gıyabında yargılama yapılırken masraf Hazinesinden alınarak keşif ve bilirkişi incelemesi yapılabileceğine ilişkin kararlarını açıklamıştım. Yüce Genel Kurulun bu kararları gerçek hak sahibini araştırmak yönünden isabetli ve adaletin amacına uygundur. Ancak kararlarda gösterilen gerekçe bakımından yine aynı kurulun kaleminden aldığım 15/5/1974 gün ve 1972/2 - 605 - 528 sayılı kararla karşılaştırılmaları yararlı olacaktır. Bu kararda özetle «Türk Yargı sistemine göre hâkim kanun-

(9) BİLGE UMAR, İspat Yükü, 1968, S : 21 ve sonrası.

da resen inceleneceği yazılı olanlar dışında resen bir davayı çözemez. Asıl kural delillerin taraflarca hazırlanması prensibi olup Usulün 414 üncü maddesi uyarınca dayandığı delilin masrafını yatırmayan tarafa hâkim kesin mehil verir, o mehil içinde de yatırılmazsa o tarafın bu delili ikame hakkı düşer. Hâkimin resen inceleyemeyeceği bir davada ispat yükü kendisine düşen taraf kesin mehle rağmen masraf yatırıp o delili inceletmezse mahkeme karşı tarafın rızası hilafına ispat yükünü ona yöneltemez veya usulün 415 inci maddesi uyarınca masraf Hazinesinden alınmak suretiyle resen soruşturma yönüne gidemez.» denilmektedir. Demek ki yüce Genel Kurul vicahî yargılama usulünde hâkimin resen inceleyeceği hususlar dışında delillerin taraflarca hazırlanması prensibini doğrulamaktadır. Aslında yasa da böyle emretmektedir. Yukarda bunun aksine olarak gaibin delilinin Hazinesinden masraf alınarak incelenmesini öngören kararlar kanımızca gıyap müessesesinin sertliğini azaltma yolunda olumlu adımlar teşkil etmektedir.

Şu halde yukarda açıklanan ilmî eserlere göre ispat yükü olan tarafın gıyap kararından önce dayandığı ve masrafını da yatırdığı deliller incelenebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bazı kararlarında daha da ileri giderek gaip keşif veya ticarî defterlere dayanmışsa masraf karşı taraftan veya Hazinesinden alınarak gaibin bu delillerinin incelenmesine olanak tanımıştır. Ancak masrafın Hazinesinden alınmasına ilişkin olan bu içtihatlar oturmuş durumda değildir.

Bu yazıda sorunu kendi kişisel görüşüme göre de incelemek isterim. Gıyapta bulunan tarafın hangi delilleri incelenmelidir ? Bir kez gıyap kararından sonra yeni delil ileri sürülemez, iddia ve savunmada bulunulamaz. Gaibin gıyap kararı tebliğinden önce ileri sürüp masrafını da yatırdığı delillerin incelenmesi gerektiği de ilmî ve kazaî içtihatlarda tartışmasız kabul edilmektedir. Ancak gaibin dayanıp ta masrafını yatırmadığı delillerin durumu ne olmalıdır ? Söz konusu sorunu delilleri teker teker inceliyerek tartışalım :

a) Tanıklar :

Gaip tanık listesi vermiş olup ta masraf yatırmamışsa doktrin ve mahkeme içtihatlarına göre bu tanıklar dinlenemez. Masraf ta yatmışsa dinlenir. Kişisel kanıma göre tanıkla ispatı gereken bir davada davacı gıyaba düşmeden önce usulün 274 üncü maddesi uyarınca tanık listesi vermişse davalı davayı takip ettiğine göre o tanıkların da masrafını yatırmalı, aksi taktirde usulün 409 uncu

maddesindeki gibi dosya işleminden kaldırılmalıdır. Gerçekten davacı davayı takip etmemektedir. Davalı takip edeceğini bildirmişse de davayı takip hâkime kanaat verecek şekilde inceleme yapılmasını sağlamak demektir. Bu itibarla gerçeğin meydana çıkması için davayı takip ettiği kabul edilmesi gereken davalının ortada ileri sürülen tanıklar varken bunları dinletmemesi iyiniyet kurallarına aykırı olur. Davalı bu tanıkların masrafını yatırmamakta direnirse bu beyanını davayı takip etmemek şeklinde kabul etmek uygun olur kanısındayım.

b) Bilirkişi ve Keşif :

Bilirkişi ismi bildirilmese dahi dava veya savunmada dayanılmış ya da işin çözümlenmesi bu delillere bağlı bulunmuş ise mahkeme keşfe karar verir. Ancak resen incelenmesi gerekmeyen bir davadaki keşif kararı o delile dayanan gaip yararına olup masrafını yatırmışsa yapılması gerektiğinde kuşku yoktur. Masraf yatırmadan gıyaba düşmüşse bazı yargıtay kararlarına göre masraf Hazinesinden alınarak keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmalıdır. Çünkü karşı taraf bu masrafı yatırmayabilir. Kanımca davayı takip eden taraf bu masrafı yatırmalı veya usulün 409 uncu maddesi uygulanmalıdır. Örneğin davalı hem davayı takip etsin, hem de davacının tapulu yerini işgal ettiği ileri sürüldüğü halde o tapuyu tatbik ettirmesin ve bu suretle tapu kaydına aykırı bir kesin hüküm elde edebilsin demek iyiniyet kurallarına ve hukukun amacına ters düşer. Bu taktirde davalı davanın incelenmesini istemiyor demektir. Hâkim iki tarafın da takip etmediği bir davada kamu yararı yoksa ben illa keşif yapacağım ve masrafı Hazinesinden alacağım diyemez. (H.U.M.K. 72, 185 vs.)

c) Senet, Belge ve Ticarî Defterler :

Usulün 326 ıncı maddesi gereğince senet, belge ve ticarî defterlerin ibrazı zorunluğu vardır. Gıyaba düşen bunlara dayanmışsa karşı taraf veya üçüncü kişilerin ibraz zorunluğu bulunmaktadır. Bu deliller hakkında da aynı hususlar düşünülebilir. Davayı takip eden taraf senet ve belgelerin getirtilme masraflarını vermezse yukardaki bentlerdeki gibi işlem yapılabilir. Davayı takip eden taraf senedin yedinde bulunduğunu inkâr eder ve yalan yere ant içerse bu yön usulün 445 inci maddesi uyarınca yargılamanın iadesi nedeni olabilir.

d) İsticvap :

Yukarda 8/12/1971 tarih ve 1968 T-/26- 726 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında açıklandığı üzere bir taraf gıyaba düşse dahi hâkim karşı tarafın davaya cevabını almalı ve açık olmayan hususlarda onu isticvap edebilmelidir. Bu cevap veya isticvap üzerine hâkim davanın hükme yeterli şekilde açıklanmış olduğunu anlarsa usulün 214 üncü maddesi uyarınca tahkikatın bittiğini bildirebilir. Aslında davaya ve isticvaba cevap vermemenin müeyyideleri usulün 198 ve 234 üncü maddelerinde gösterilmiştir. Davaya cevap vermeyen iddiayı inkâr etmiş sayılır ve savunma genişletilemez. İsticvaba karşılık vermeyen taraf ise tertip olunan soruları ikrar etmiş sayılır. Usul yasamızın 398 inci maddesinde duruşmaya gelip te cevap vermeyen taraf aleyhinde gıyap kararı çıkarılması öngörülmüşse de kanımca buna gerek yoktur. En doğrusu karşı tarafın gıyabındaki bir davayı takip eden tarafın yukarda açıklandığı üzere mahkemece incelenmesi gereken bir delilin masrafını vermekten kaçınması halinde davadan çıkarılması ve bu suretle Usulün 409 uncu maddesinin uygulanmasıdır kanısındayım.

e) Yemin :

Hâkimin delil durumuna göre gıyapta da resen yemine başvurabileceği kuşkusuzdur. Gıyaba düşen taraf davayı takip eden tarafa gıyap kararından sonra kesin yemin teklif edemez. Ancak gıyaptan önce kesin yemin teklif etmiş ve yemin edilecek yön belirlenmiş olursa bu yeminin de takip edene yöneltmesi gerekir. Gıyaba düşen tarafın yeminden başka delili yoksa karşı tarafa ant içirilir. Gıyaptan önce yeminle birlikte başka deliller de ileri sürmüşse usulün 354 üncü maddesi uyarınca öteki delillerin inceleme olanağı varken yemine başvurulmayıp o deliller yeterli görülmezse karşı tarafa ant içirilmelidir. Davayı takip eden tarafın gaibi isticvap ettirmesini ve ona yemin yöneltmesini aşağıda ayrıca inceleyeceğiz.

B) GAİBİN KARŞI TARAFA İLERİ SÜRÜLEN VAKIALARI İKRAR ETMİŞ SAYILMASI :

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 408 inci maddesi mehzaz kanun olan Nöşatel Usul Kanununda «mahkemeye kabul edilmeyen taraf dava, cevap veya bunlara karşılık olan dilekçelerinde inkâr etmemiş olmak şartıyla karşı tarafın ileri sürdüğü vakıaları ikrar etmiş sayılabilir» şeklinde kaleme alınmıştır. Kanımızca Nö-

şatel Kanunu dahi açık olmayıp karışıklığa meydan verebilecek durumdadır. Bir kez inkâr eden tarafın duruşmaya gelmemekle onu ikrar ettiği düşünülemez. Açıkça inkâr etmeyipte hiç cevap vermemesi dahi inkâr sayılacağından giyap üzerine hiçbir soruşturmaya gidilmeden hüküm verilemez. Gaibin ikrar etmiş sayılabilmesi için ileri sürülen vakıanın normal hale uygun düştüğünü doğrulayan bazı karine ve belirtiler bulunması zorunludur. Örneğin gaip evvelce verdiği dilekçelerde ileri sürülen vakıaları açıkça inkâr etmeyecek onları doğrulayan bazı karşılıklarda bulunmuş veya hayatın normal akışı susmanın ikrardan geldiğini kabule elverişli ise ikrar etmiş sayılabilir. Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 30/4/1939 tarih ve 45/45 sayılı kararında «Mücerret giyap kararı hüküm sebebi olmayacağından davacı iddiasını usulen isbat etmelidir» denilmiştir. (10)

Gıyapta bulunanın ikrar etmiş sayılmasını gerektirecek bir durum yoksa hâkim önce kendisini isticvap için çağırabilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 230 ilâ 235 inci maddelerinde yazılı usul dairesinde gaip isticvap için yapılan davete uymadığı veya uyup ta ikrar kabulüne elverişli beyanlarda bulunduğu takdirde başka delile gerek kalmaz. Aksi halde hâkim davayı takip eden taraftan iddia veya savunmasını ispata yarayacak deliller sorar. Delil gösteremediği taktirde kesin yemin'e, gösterilen delilleri tamamlamak için de resen yemine başvurur. (H.U.M.K. madde 337 vb.) Usul Kanunumuzun 408 inci maddesi Roma Hukukunun ilk çağlarının izlerini taşımaktadır. Ancak bugünkü uygulamada bazı doğrulayıcı delil ve emareler olmadıkça mücerret giyap kararı üzerine karşı tarafın ileri sürdüğü olaylar ikrar edilmiş sayılmamaktadır. Ayrıca Hâkimin resen incelemesi gereken hususlarda gaibin ikrar etmiş sayılmasının önemi yoktur. (Görev, ehliyet, Medeni Kanunun 149, 150, vb.)

III — DİLEKLER :

Yukardanberi yapılan incelemenin ışığı altında dileklerimiz ikiye ayrılmaktadır :

a — İlmi ve kazai içtihatlarda kabul edildiği üzere Usul yasaımızın 408 inci maddesi açıklığa kavuşturulmalıdır.

b — Kişisel kanıma göre bazı değişiklikler gerekmektedir.

(10) CEVDET ÇATALKAYA - ABDURRAHMAN TARIKOĞULLARI - M. HAMDİ ÖZCAN, Yeni İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1965, S : 495.

a — Usulün 408 inci maddesinin şu şekilde veya buna benzer şekilde değiştirilmesinin uygun olacağı anlaşılmaktadır :

«Muhakemeye kabul olunmayan taraf hasmının dermeyeran ettiği vakıaları teyit edecek delail ve emare mevcut ise onları ikrar etmiş sayılabilir.»

b — Kişisel kanıma göre Usul Kanunumuzun gıyap faslına bir madde eklenerek «Gaibin gıyap kararından önce iyiniyetle ileri sürdüğü delillerin incelenmesi gerekir. Bu delillerin gerektirdiği masrafların gaipten alınmasına olanak bulunmadığı takdirde hâkim karşı tarafın yatırmasını emreder. Karşı tarafın bu masrafları yatırmaması davayı takip etmediği anlamına gelir.» Bu (b) bendindeki teklifim H.U.M.K. nun ispat yükü kurallarıyla çatışabilir diye tartışılacaktır. Ancak kadastro gören bir taşınmaza ilişkin el atmanın önlenmesi davasını örnek aldığımızda davacı gıyap durumuna düştü diye davanın reddi mi, yoksa karşı taraf ta yatırmazsa 409 uncu madde uyarınca işlem yapılması mı daha yararlı olacaktır ? Davalı davayı takip ederek kesin sonuca bağlamak istiyorsa mevcut delillerin masraflarını yatırmalıdır. Bu deliller mahkemece resen araştırılması gerekmeyen hususlarda olup mahkeme esasen masrafı Hazineden alarak onları inceleyebilir. Ancak davanın çözümlenmesine etkisi olmayan veya gaip tarafından kötüniyetle ileri sürülen deliller ayrık olmak üzere deliller incelenmeden meydana getirilecek bir kesin hüküm onun bu niteliğini sarsar ve adalete aykırı olur.



ÖRGÜTLENMİŞ SUÇ VE MAFYA (LCN)

Dr. ALTAN KAYNAK

Hacettepe Üniversitesi Sosyal ve İdarî Bilimler
Fakültesi Suç Sosyolojisi Öğretim Görevlisi

PLÂN:

I. GİRİŞ VE TANIM

II. MAFYA

- 1 — Tarihçe,
- 2 — İç yapı,
- 3 — İç denetim,
- 4 — Dış denetim,
- 5 — Faaliyetleri.

III. AVRUPA VE A.B.D.'nin KARŞILAŞTIRILMASI

IV. BİR TANIM DENEMESİ

V. TÜRKİYE'DE ÖRGÜTLENMİŞ SUÇ

I — GİRİŞ VE TANIM :

Günümüzde örgütlenmiş suç, endüstrileşmiş liberal Batı ülkelerinin sorunu gibi görünmektedir. Hatta diyebiliriz ki, büyük ölçüde A.B.D. nin sorunudur. Avrupa'da henüz A.B.D. düzeyinde bir suç örgütü mevcut değildir. Ancak A.B.D. deki Mafya diye bilinen büyük suç örgütünün uluslararası çalışması nedeni ile ilerde Avrupa'da daha yoğun bir şekilde faaliyet göstermesi, mevcut örgütlerin giderek ekonomik güçlerini arttırarak büyümeleri olasılıkları gözden uzak tutulmamak gerekir. Bu nedenlerle sorun günümüzde bir ölçüde Avrupa'nın da sorunudur diyebiliriz. Türkiye gibi endüstrileşme süreci içindeki ülkeler açısından sorun ise aşağıda göreceğimiz ve sonuç kısmında da belirtileceği gibi ilerisi için alınacak tedbirler açısından önem taşımaktadır. Özellikle ileri endüstri ülkelerinin liberal ceza ve ceza usulünü benimsemiş, fakat bu ülkelerdeki düzeyde bir kontrol mekanizmasına sahip olmayan Türkiye'de sorunun daha da önemli olduğu düşünülebilir.

A.B.D. deki örgütlenmiş suç kounsunda, kurulan çeşitli komisyonların raporlarında (1) toplu ve geniş bilgiler bulabiliyoruz (*).

Task Force Raport'da örgütlenmiş suç şöyle tarif edilmektedir : «**Vatandaşların ve hükümetin kontrolu dışında faaliyet gösteren bir topluluktur. Bazı faaliyet alanlarını kontrol altına almak ve mümkün olduğu kadar fazla menfaat temin etmek gayesini güder. Gücünün büyük bir kısmını kanunsuz hizmet ve malları piyasaya sürmekte kullanır. Yasak talih oyunları, uyuşturucu maddeler ve benzeri bazı maddelerin tüketimini kançılama gibi. Bunlar birçok kanuni kuruluşlar ve işçi teşekkülleri içine sıkı bir şekilde yerleşmiştir.**» (2).

Avrupa Konseyi bünyesi içindeki Krimonolojik Araştırmalar Enstitüleri Müdürlerinin 1970 yılında toplanan XIII. Konferansında kabul edilen tarif ise şudur : «**Örgütlenmiş suç, yasa dışı servis ve malların veya kanun tarafından düzenlenmemiş servis ve malların sunulmasıdır, genellikle bu hizmet ve mallara aşırı talep vardır. Tehdit ve zor vasıta olarak kullanılmaktadır. Katil buna dahildir.**» (3). Avrupa Konseyinde benimsenen bu tanım Türkiye açısından daha anlamlıdır. Bilindiği gibi ülkemiz Avrupa Konseyi üyesidir ve söz konusu Araştırma Enstitüleri Müdürleri Konferanslarında, İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü tarafından temsil edilmektedir.

Yukarıdaki iki tanım bir çok noktalarda birleşmektedir. Bu iki tanım birlikte gözönünde tutulmak suretiyle örgütlenmiş suçun özellikleri aşağıdaki noktalarda belirlenebilir :

a) Üyeleri yasa dışı faaliyet gösteren örgütlenmiş bir gurup oluşturlar.

b) Bu faaliyetlerin merkezini, kanun tarafından düzenlenmemiş ya da yasaklanmış, fakat aşırı talebe sahip bulunan servis ve mallar teşkil eder.

(1) *Task force Report on Organized Crime*. The U.S. President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, U.S. Government Printing Office, Washington 1967, *Crime of Violence*, A Staff Report Submitted to the National Commission on the Causes and Prevention of Violence, U.S. Government printing office, Washington, 1969.

(x) Bu raporlar bir çok fransızca yayına da kaynak teşkil etmiştir. Bize, fransızcanın daha kolay gelmesi nedeni ile, bu raporlar konusunda bazen ilk plânda fransızca kaynaklara başvurduk.

(2) GILBERT Jean - Paul, CRESSY et SUSINI Jean, *Le crime Organisé*, in, *la Criminalité Urbaine, Analyse des Travaux du troisième Symposium International de Criminologie Comparée*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1973, p. 119.

(3) Ibid., p. 120.

c) Bu faaliyetlerin yürütülmesi için adam öldürmeye kadar varan zor kullanmanın yanında, kamu ve diğer kuruluşlara sızma veya bunları satınalma yollarına başvurulur.

Aslında bütün bu özellikler tek bir cümlede toplanabilir; Yasa dışı ekonomik faaliyet gösteren bir örgüttür

İki tanımda da üzerinde durulan «Suç fiili» dir, suç olayının diğer elemanları yani «Fail ve mağdur» dikkate alınmamıştır. Bunun nedeni olarak, ceza politikası açısından daha fonksiyonel bir tanım yapmak gayesi güdülmüş olması düşünülebilir. Biz bu noktalar üzerinde kısaca durmak istiyoruz. Örgütlenmiş suçlu guruplarının üyeleri hayatlarını suçtan kazanmaktadırlar. E. Seelig'in tipolojisinde bu nitelikteki suçlular «Profesyonel suçlular» gurubuna girmekte (4) ve örneğin «tesadüfî suçlulardan» bu özellikleri ile ayrılmaktadır (5). Aslında bu ayırım bir anlamda pozitivistlere uzanmaktadır (6). Profesyonel suçlular suç dışında hiç bir mesleği olmıyan veya devamlı bir mesleği olmıyan ve geçimlerini birinci derecede suçtan sağlayan kişilerdir. Başka bir deyişle suçu meslek edinmişlerdir. Bu açıdan salt olarak örgütlenmiş suçtan değil, fakat «örgütlenmiş - profesyonel suçtan» bahsetmek gerekecektir.

Ancak daha önce bir nokta üzerinde durmak gerekmektedir ki bu da örgütlenmiş suçun beyaz yaka suçluluğu ile olan ilişkisidir. Bilindiği gibi beyaz yaka suçlularının yaşadıkları çevre suçlu çevresi değildir. Bunlar topluma iyi bir uyum yapmışlardır ve uğraşlarını sistematik olarak suça alet ederler. Göreceğimiz gibi ABD.'nde beyaz yaka suçluluğu örgütlenmiş suçun bir parçası haline gelmiştir. Bu nedenle artık bu suçun faili klâsik anlamda bir «profesyonel» suçlu değildir. Yani devamlı suçlu muhitte yaşayan ve genellikle toplumun alt tabakasına mensup bir kişi değildir. Esasen bu noktadan hareketle J. Pinatel «suçlu muhit içindeki - suçlu muhit dışındaki örgütlenmiş suç» ayırımı yapmaktadır (7). Pinatel suçlu muhitteki örgütlenmiş suç faillerini profesyonel suçlu, suç muhiti dışındakileri ise beyaz yaka suçluları olarak görmektedir. Ancak buradaki kriter, bir ölçüde, Avrupa'daki örgütlenmiş suçlu faaliyetleri yansıtmaktadır. Gerçekten de Avrupa'da örgütlenmiş suç ile beyaz yaka suçlarının işbirliği ABD. ölçüsünde sözkonusu değildir.

(4) SEELIG Ernest, *Traité de Criminologie* Trad de l'Almand. par PETÎT L. PARISER M., Paris, P.U.F. 1956, p. 57.

(5) Ibid., pp. 57 - 131.

(6) Pozitivistlerdeki alışkanlık nedeni ile suç şleyenler ve tesadüfî suçlular ayırımı buna örnek teşkil eder. Bkz. FERRÎ E., *La Sociologie Criminelle*, Paris, Felix Alcan, 1905, p. 139.

(7) PINATEL, op. cit., pp. 336 - 341.

Bu nedenle literatürde profesyonel suçlu normal olarak bir işi olmıyan suçlu tipini, yasal bir işde çalışmayı reddeden bir suçlu tipini içerir (8). Bunun yanından örgütlenmiş — organisé — terimi ise suçun plânlı olarak işlenmesini vurgular. Bu anlayışa göre örgütlenmiş suç bir kişi tarafından da işlenebilir. Halbuki ABD.'nde örgütlenmiş profesyonel suç — professional organized Crime — mafya tipi suç faaliyetlerini vurgular (9). Hatta doğrudan doğruya mafyayı hatırlatır. Mafya yasa dışı ekonomik faaliyet gösteren bir örgüt olduğu için profesyonel suçlu ile beyaz yaka suçluları arasında Avrupa literatüründe olduğu gibi bir ayırım sözkonusu değildir.

Bunların yanında bazı sosyologlar örgütlenmiş suçun geleneksel suçun karşıtı gibi kullanılmaktadırlar (10). Pek açık olmıyan bu ayırmada belirtilmek istenen günümüz endüstri toplumundaki suç ve suçlu tipinde eskiye nazaran meydana gelen değişikliklerdir.

Yine bazı düşünürler örgütlenmiş suçun bir özel şeklinden, sosyo - politik örgütlenmiş suç - political - social organized crime - dan bahsetmektedirler. Örneğin Albini, Kıbrıs'daki E.O.K.A. tedhiş örgütünün faaliyetlerini bu tür bir suçlu faaliyet olarak görmektedir (11). Bilindiği gibi bu örgüt ilk olarak İngiliz idaresine karşı çıkmıştı. Ancak Prof. Dönmezer, E.O.K.A. ile karşılaştırma yapmamakla beraber birçok noktalarda benzerlik gösteren Çakırcalı çetesinin Amerika'daki örgütlenmiş suç ile mukayese edilmeyeceği görüşündedir (12). Pek çok ülkedeki örgütlenmiş suçlu gurupları, suçlu faaliyetlerinden önce veya sonra politika hayatına müdahale etmişlerdir. Zannediyoruz ki burada önemli olan siyasi ve adî suç ayırımıdır. Bu konuda pozitivistlerden beri çeşitli kriterler öngörülmüştür (13). Burada önemli olan belli bir ideali gerçekleştirmek için mevcut kamu düzenini şiddet kullanarak değiştirmek kriteridir. Görünüşte kişisel çıkar değil, belli bir inancın gerçekleştirilmesi söz konusudur ve bu tür suçlar genellikle örgütlenmiş guruplar tarafından işlenir. Günümüz Latin Amerika'sında, İngiltere'sinde, Lübnan'da ve daha bir çok ülkede örgütlenmiş guruplar şiddet hareketlerine

(8) SEELIG, op. cit., p. 57.

(9) MACK A. John, *The Crime Industry*, portsmouth, Saxon House, D.C. Heath Ltd. 1975, p. 3.

(10) LUNDBERG A. George, SCHRAG C., Clarence, LARSEN N., Otto, *Sosyoloji*, Çev. Ozan kaya Ö., Gürkân Ü., cilt II, Ankara, Türk Siyasî İlimler Derneği Yay. 1970, ss. 279 - 80.

(11) ALBINI L. Josephe, *The American Mafia*, New York, Appleton - Century - Crofts, 1971, pp. 43 - 45.

(12) DÖNMEZER Sulhi, *Kriminoloji*, II. Baskı, İstanbul, İst. Üniv. Yay. No : 933, 1962, s. 54.

(13) LOMBROSO César, LASHI R. *Le Crime Politique et les Révolutions*, trad de l'italien par Bouchard A. tome II. Paris, p. V, GARRAUD P., *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, Tome 1., Paris 1913, pp. 59, 226, LEVY - BRUHL H., *Les Délit Politiques*, Rev. Fran. Sociale, 1964, pp. 131 - 139.

başvurmaktadır. Ancak bu hareketler çoğu kez özel şahısların da menfaatlarını ihlâl etmektedir. Doktrinde hem politik düzene karşı işlenmiş ve fakat aynı zamanda özel bir menfaati zedelemiş suçlar bilindiği gibi karışık siyasî suç — Murtabıt siyasî suç — (délit politique complexe - délit politique connexe) şeklinde ayrılmaktadır (14). Yalnızca politik gaye ile işlenmiş olan suçların ayrı bir kategori teşkil ettiği açıktır (15). Özellikle kişisel çıkar açısından adî suçlardan ayrılmaktadır. Ancak karışık ve Murtabıt siyasî suçlarda durum değişmektedir. Örneğin bu siyasî suç örgütlerinin bir mağazayı kendi siyasî amaçlarına menfaat temin etmek için soymaları halinde durum ne olacaktır ? Eğer siyasî niteliğinden çok adî suç niteliği ağır basıyor ise örgütlenmiş suç kabul edebilecek miyiz ? Biz doktrinde konuya bu açıdan yapılmış bir yaklaşıma rastlamadık. Ancak bu konunun çözümünde örgütlenmiş suçun «Profesyonel» niteliği bize yardımcı olabilir. Zannediyoruz ki kriminoloji literatüründeki anlamda bir profesyonel suçluluğu, karışık ve murtabıt siyasî suçlarda görmek mümkün değildir. Bu nedenle hem adî hem siyasî nitelikteki bu tür suçları da ayrı bir grupta düşünmek gerekir.

Ancak Lombroso'nunda zamanın İtalya'sı için belirttiği bir noktayı gözden kaçırmamak gerekmektedir. Suç örgütleri bazen siyasî kisve altında çalışmaktadırlar. Başka bir deyişle adî suç işlerken siyaseti âlet etmektedirler. Örneğin Latin Amerika'daki siyasî maksatlı gerilla örgütleri arasında bu kisveye bürünen suç örgütleri vardır (16). Aynı şekilde Nazilere karşı kurulan Fransız Mukavemet Teşkilâtının zaman zaman gayesinden saptığı bilinmektedir. Başka bir deyişle profesyonel suçlu gurupları bir siyasal örgüt kisvesi içinde adî suç işlemişlerdir. Zannediyoruz ki bu tür örgütler, suç örgütleri olarak nitelendirilmek gerekir.

Görüldüğü gibi konuya çeşitli görüş açılarından bakıldığı için tanımlar ve kavramlara verilen anlamlar arasında bir birlik mevcut değildir. Sanırız ki bunun nedeni klâsik anlamda örgütlenmiş suçun yerini çağın koşullarının belirlediği bir örgütlenmiş suç almaktadır ve burada etkin değişken endüstrileşme hareketidir. Bu nedenledir ki biz bu yazımızın sonunda, günümüz koşulları ışığı altında bir tanım denemesine girişeceğiz.

(14) STRACHOUNSKY S., *De la Détermination des Délits à Caractère Politique*, These, Montpellier, 1926, p. 95, LEVY - BRUHL, *ibid.* p., 137.

(15) GARRAUD, *op. cit.*, p. 199.

(16) LUIS - HAYOS Fernando, *La Délinquance Juvenile et la Criminalité en Amérique Latine*, in, *L'Amérique Latine, Développement et la Société* polycopié, Montréal, Université de Montréal, 1973, p. 446.

II — MAFYA :

1. TARİHÇE :

Lombroso 1876 yılında yayınladığı büyük eserinde «Suçlu birlikleri» — associaion de malfaiteurs — adı altında zamanının örgütlenmiş suçlu gurupları konusunda bilgi vermektedir (17). Bu örgütlerin en büyüklerinden ikisi Cammora ve Mafya'dır. Lombroso Napoli'deki Cammora'yı zamanının en büyük suçlu organizasyonu olarak gösterir. Bu örgüte üye olarak girebilmek için uzun bir çıraklık devresine ihtiyaç vardır (2 ile - 8 yıl). Bu süre için de adayın gurbun güvenliğini kazanması, belli sınavları vermesi gerekir. Aslı üyeliğe alınırken haç şeklinde konulmuş iki bıçağın üzerine şu yemini eder; «Otoritenin düşmanı olacağıma, polisle hiç bir ilişki kurmayacağıma, hiç bir zaman hırsızları ele vermiyeceğime, aksine onlara, hayatlarını daima tehlikeye atan kişiler gibi özel bir sevgi göstereceğime yemin ederim» (18). Örgütün faaliyetlerinden bazıları ise kısaca şöyle; Kumarhanelerden, fuhuş yapılan yerlerden, gazete satıcılarından, dilencilerden, kasaplardan haraç almak, kumar oynamak v.s.. Bu örgüt politikaya da müdahale etmiş, Bourbon taraftarlarını desteklemiş ve Kralın portresini satmak suretiyle büyük servetler edinmişlerdir (19).

Mafya'ya gelince Sicilya adasında kurulmuş olan bu suç örgütü başlangıçta değişik adlar kullanmıştır - Bonachi, Sgaraglione gibi; Daha sonra bir halk komedisi olan «I Mafiosi» den esinlenerek Lombroso'ya göre 1870 yıllarında «Mafia» ismini almıştır (20). Bu teşkilâta Cammora'nın Sicilya'daki şekli denebilir. Mafya'nında her suç örgütünün olduğu gibi bir kanunu vardır, ancak yazılı değildir. Üyeler buna kesin şekilde uyarlar. Bazı hükümlerini şöyle sıralayabiliriz ; Bir suça şahit olduğu zaman suçluyu ele vermemek, yalancı şahitlik yapmak, kamu kuvvetinin daima karşısında olmak, silâh taşımak. Üyeler bu hükümlere uymazlarsa çok ağır bir şekilde cezalandırılır ve bu ceza çoğu kez ölüm cezasıdır. Kural dışına çıkan üyeye kendini öldürmesi de emredilebilir. Ölümüne mahkûm edilen kişinin evinin kapısına bir haç çizilir ve bir el silâh atılır. Bu cezadan kurtuluş hemen hemen mümkün değildir (21). Mafia'nın o zamanki gelir kaynakları hakkında şu bilgileri buluyoruz. Özel

(17) LOMBROSO César, *L'Homme Criminel*, Tome II. Deuxieme ed. Paris, Felix Alcan, 1895, p. 539.

(18) Ibid., pp. 543 - 44.

(19) Ibid., p. 545.

(20) Ibid., p. 548.

(21) Ibid., p. 550.

intikam işleri, kaçakçılık, kumar, hırsızlık, şantaj, silâhlı soygun, kamu işlerinin suistimali (22).

Bu örgüt toplumun üst kademelerine kadar sızmıştır. Politika-ya Mafia'nın da girdiğini görüyoruz. Vermek istediği görünüm fakiri ve halkı koruyan, hükümete karşı bu uğurda mücadele veren bir örgüt görünümüdür. Bu tutumun amacı, kahraman kisvesi altında rahatça suçlu faaliyetini yürütmektir. Samimiyetsizliklerini zaman zaman cephe değiştirmelerinde görmek mümkündür.

Lombroso'nun zamanının suç örgütleri hakkındaki genel değerlendirmesini şöyle özetleyebiliriz : Suç örgütleri büyük şehirlerin ürünüdür. Topluma ve düzene karşıdır; ancak kendi işlerinde katı bir düzen yürütürler. Gerçek bir sosyal organizasyondur. Başında daima bir diktatör bulunur ve içinde gerçek bir iş bölümü vardır. Bu düzen yazılı olmıyan fakat katı bir halde uygulanan örgüt kanunu ile sürdürülür (23).

Aşağıda göreceğimiz gibi geçen asrın Sicilya Mafya'sı ile günümüz Amerikan Mafya'sı bir çok noktalarda bir asırlık zaman farkına rağmen pek az değişmiştir.

Günümüz Amerikan Mafya'sına gelince, ilk olarak bir isim değişikliği üzerinde kısaca durmak istiyoruz. Suç örgütü günümüzde Mafia değil fakat «La Cosa Nostra» kısa şekli ile LCN olarak anılmaktadır. FBI'a göre bu değişikliği Mafya örgütü kendisi yapmıştır (24). Ancak İtalyan asıllı ve «The American Mafia» isimli kitabın yazarı Joseph L. Albini böyle bir değişikliğin söz konusu olmadığını ve bunun nedeninin bir yanlış anlaşılardan ibaret bulunduğunu iddia etmektedir (25). 1963 yılında Mc Cellen başkanlığındaki komisyonda ifadesine başvurulmuş Mafia üyelerinden Joseph Valachi'ye örgütün adı sorulduğunda «La Cosa nostra» cevabını vermiştir ve bundan sonra örgütün isim değiştirdiği kanısı uyanmıştır. Ancak bu kelime İtalyan dilinde «bu bizim meselemiz» ya da «bizim işimiz» anlamında kullanılan yaygın bir kelimedir ve Valachi aslında Hâkime İtalyanca bu sizi ilgilendirmez demek istemiş ancak yanlış bir değerlendirme ile, cevap, örgütün adı olarak kabul edilmiştir. Albini'nin sözkonusu iddiasına rağmen günümüzde kriminoloji literatüründe Mafia'dan çok La Cosa Nostra kullanılmaktadır.

(22) Ibid., p. 549.

(23) Ibid., pp. 539 - 541.

(24) Crime of Violence op. cit., p. 195.

(25) ALBINI, op. cit., pp. 224 - 25.

Zannediyoruzki en önemli olan husus LCN'in diğer ülkelerdeki suç örgütlerinin boyutlarını çok çok aşması olayıdır. Daha aşağıda Avrupa ve Birleşik Devletlerin karşılaştırılmasına kısaca değinmeden önce bu olayın A.B.D. de nasıl gerçekleştiğine bir göz atalım. Bu konuda bir çok düşünürün şu fikrini bizde paylaşıyoruz; Örgütlenmiş suçun Amerika'da güçlenmesinde 1920 ve 1933 yılları arasındaki içki yasağı en önemli rolü oynamıştır (26). Gerçektende bu yıllarda örgütlenmiş suç astronomik kârlar elde etmiş ve büyük bir malî güce ulaşmıştır. Alkol yasağı yürütülmesi güç bir tedbir olarak düşünülebilir. Yasama organları bu konuda yanılmışlardır. Büyük ölçüde Avrupa'dan gelen alkollü içkilerin yasaklanmasına Avrupa ekonomisi tahammül edemez ve büyük bir sorun yaratırdı (27). Beri yandan alkole olan talebi bir kanun ile kısmaya imkân yoktu ve doğal olarak, kaçakçılık kaçınılmazdı. Söz konusu yasak kanunu Amerikan halkı tarafından adil bir kanun olarak nitelendirilmemiş ve kaçakçılık faaliyeti bu nedenle doğru ve uygun kabul edilmiştir (28).

Bu durum ise örgütlenmiş suçun işini büyük ölçüde kolaylaştırmıştır. Halkın desteğinden yoksun ve halk tarafından haksız olarak nitelenen bir yasa elbette yürüyemiyecekti. Bu yasağın neticesinde ABD. herhangi bir ülkedeki suç örgütleri ile kıyaslanamayacak ölçüde bir malî güce sahip «Mafia» problemi ile karşı karşıya kalmıştır. Esasen günümüzde de suç örgütleri en büyük kârlarını talebi yüksek olan ve fakat yasa dışı ilân edilen mal ve hizmetlerden elde etmektedir. Buna fuhuş ve kumarı örnek olarak vermek mümkündür. Bu konulardaki yüksek talebi kısmadan yasaklarla önlemek mümkün değildir. Eğer talebi kısmadan yasak konmuşsa aslında kanun koyucu bu hizmetlere olan yoğun talebi görmezlikten gelmekte ve dolayısı ile suç örgütlerinin ekmeğine yağ sürmektedir. Fuhuşu önlemek mümkün olmadığı için serbest bırakmak esasen denenmiş bir yoldur ve özellikle toplum sağlığı açısından faydaları açıktır. Aynı şekilde eğer kumarı önlemek mümkün olmuyorsa Devlet kontrolü altında serbest bırakmak veya devletin bunu tamamen kontrolü altına alması bir yol olarak düşünülebilir. Özellikle ABD.'nde örgütlenmiş suç en büyük kârını günümüzde talih oyunlarından kazanmaktadır. Resmi talih oyunları — Millî Piyango, at yarışları, bazı gazinolar — talebi yeteri kadar karşılaya-

(26) DÖNMEZER, op. cit., s. 52, GILBERT, et al., op. cit., p. 120 - 121.

(27) GILBERT, et al., op. cit., 121.

(28) ALBINI, op. cit., p. 10, DÖNMEZER, op. cit., p. 52.

mamakta ve artan talepten elde edilen kâr suç örgütlerinin gücüne güç katmaktadır (29).

Netice olarak diyebiliriz ki neticeleri düşünülmeden konmuş olan içki yasağından büyük bir kapital elde eden Amerikan suç örgütü Mafia bu kapitalini giderek artırarak bugün yıkılması güç bir kuvvet haline gelmiştir.

2. İÇ YAPI :

Suç bizatihi yasa dışı ve çoğu kez gizli bir uğraşıdır. Bu nedenle suç örgütünü tanımak, doğru bir şekilde tanımak güçtür. Örgütlenmiş suç ilk plânda ABD.'nin sorunu olduğu için en yoğun çalışma da bu ülkede yapılmıştır. Gerek kişisel gerekse komisyonlar halinde yapılan çalışmalar sonucu LCN hakkında birtakım bilgiler elde edilmiş bulunmaktadır. 1951 yılında Amerikan Senatosu kararı ile kurulan ve başkanına izafeten «Kefauver» ismi ile bilinen raporda Amerika millî hudutları içinde Mafya adıyla anılan uluslararası suç örgütünün kurulmuş olduğu belirtilmiştir (30) ve zamanla örgütün yapısı ve çalışması hakkında daha detaylı bilgiler elde edilmiştir. Günümüzde LCN «Aile» adıyla anılan 24 üniteden kurulmuştur. Bu 24 ailenin toplam 5.000 üyesi vardır. Çeşitli eyâletlere dağılmış olan bu aileler en az 20, en çok 700 kişiden oluşmaktadır. Aile mensupları İtalyan asıllıdırlar (31).

Yapı itibariyle Aileyi otoriter bir devlete benzetebiliriz (32). Başta yetkileri sınırsız diyebileceğimiz bir şef vardır (bak şema). Bundan sonra şefe bağlı şef yardımcısı gelir. Yine direk şefe bağlı bir danışman bulunur ki genellikle ailenin yaşlı bir üyesidir. 3. derecede şef yardımcısına bağlı Caporegima - Lieutenant - lar vardır. Bunların sayıları ailenin büyüklüğüne göre değişir ve en aşağıda soldiers'ler ya da workers'lar denen geniş tabaka bulunur. Bu alt tabaka, aile üyesi kabul edilmezler ve İtalyan asıllı olmaları şart değildir. Soldiers'lerin sayısı ailenin büyüklüğüne göre 20 ile 250 arasında değişir. Şef aşağı tabaka ile temas kurmaz ve bu nedenle polise karşı emniyettedir. Coparegime'ler aşağı tabaka ile yukarı tabaka arasındaki irtibatı sağlarlar. Ayrıca operasyonlar'da şef vazifesini görürler ve Soliders'lerden paraları toplarlar. Soliders'ler ken-

(29) Bknz. Task Force Report p. 2, GILBERT, op. cit., p. 126 - 133.

(30) KEFAUVER Estes, Crime in America, Garden city, New York, Doubleday and co., Inc, 1951, in, DÖNMEZER, op. cit., s. 53.

(31) Task Force Report, op. cit., pp. 7 - 8.

(32) FRUSTENBERG, H. Mark, Violence and organized Crime, in, crime of Violence p. 913.

di başlarına da iş yapabilirler. Ancak bu hak için örgüte bir miktar para ödemek mecburiyetindedirler. Yirmi dört ailenin en yüksek organı «Commission» dur. Daha çok yargı organı görevini görür, başka bir deyişle LCN'nin yüksek mahkemesidir. Kararlarına katı itaat vardır ve en güçlü ailelerin üyelerinden oluşur. Başka bir deyişle 24 ailenin tümünün temsilcisi yoktur. Üye sayısı 9 ile 12 arasında değişir, en güçlü aileler daimi üyesidir. (New York'daki 5 aile Philadelphie, Buffalo, Detroit ve Chicago'daki aileler) Commission'un kuruluşu demokratik olmadığı gibi âdil bir mahkeme de değildir. Üyeler birbirlerine eşit gözle bakmazlar. New York'daki beş aile otoriteyi elinde tutar. Commission'un mevcut 24 aile üzerinde etkinliği vardır (33).

Son olarak aile örgütü içindeki «Enforcer» a temas edelim. Bir örgütte bir veya birden fazla bulunabilen Enforcer hakkında çok fazla bir bilgiye sahip değiliz. Genellikle aile dışından seçilen kişilerdir ve aile fertlerinin veya aile dışındaki kişilerin cezalandırılmalarında kullanılır. Karar yetkisi yoktur, sadece verilen emirleri uygular. Örgütün iç kontroluna değinirken buna tekrar döneceğiz (34).

Görüldüğü gibi örgütün iç yapısı katı bir hiyerarşi üzerine kurulmuş ve aynı yapıya sahip 24 aile ve bunların üzerindeki yüksek bir yargı organından ibarettir. Şef sınırsız bir otoriteye sahiptir. Ailenin herhangi bir ferdi hakkında ölüm cezası verebildiği gibi (35) ayrıca kendinden sonra gelecek kişiyi bizzat tâyin eder (36). CRESSY, LCN'nin otoritesinin rütbeye ve uzmanlığa göre olmak üzere ikiye bölündüğüne inanmakta ve örgütün, yeteneğin ve tecrübenin, otorite açısından rütbe ve statüden daha önemli olduğu bir sisteme doğru kaydığını ileri sürmektedir (37).

Örgüt bazı özel hizmetleri için normal kamu kuruluşları ya da özel kuruluşları kullanmamakta bu hizmetleri kendi kapalı bünyesi içinde yapmaktadır. Örneğin özel doktorlara, özel avukatlara sahiptir (38). Yapılan araştırmalar LCN'nin üyelerinin pek çoğunun üniversite diplomasına sahip olduğunu ortaya koymuştur (39). Kaldı ki maddî olanaklar ile tahsilin doğru orantılı olduğu A.B.D. de bü-

(33) Ibid., pp. 8 - 34.

(34) FRUSTENBERG, op. cit., p. 914.

(35) Task Force Report, op. cit., p. 10.

(36) GILBERT, et al. op. cit., p. 131.

(37) FRUSTENBERG, op. cit., p. 914.

(38) Task Force Report, op. cit., p. 30.

(39) GILBERT, et al. op. cit., p. 132.

yük bir malî güce sahip olan LCN'nin bu açıdan dışarı ile kolayca rekabet edebileceği doğaldır.

3. İÇ DENETİM :

Suç örgütünün iç denetimi, onun hayatiyeti için en önemli unsuru teşkil eder. Bu tür denetimin iki önemli ve birbirinden ayrılmayan fonksiyonu vardır. Birincisi üyelerin ihanetini önlemek, ikincisini örgütün çalışmasını disiplin içinde ve en çok kâr edecek şekilde yürütmek. Bunun için üyelerin birbirleri ile olan ilişkilerinin ve kişisel davranışlarının kurallara bağlanması gerekir. Bu LCN'nin yazılı olmıyan kanunu ile belirlenmiş ve kural dışı davranışlar yine aynı kanunla cezalandırılmıştır.

LCN örgütünde üyeler birbirlerine karşı güç kullanma haklarından vazgeçmişler ve bu hakkı sınırsız olarak en üst kademedeki kişiye vermişlerdir. Kanunun ihlali halinde cismâni cezayı kabul etmişlerdir. Buna ölüm cezası dahildir. Ölüm cezası, arkadaşları hakkında verilmiş olabilir; buna rağmen infazı herhangi birine verilmiş ise bunu yerine getirmeye mecburdurlar. Çünkü emir yukardan verilmiştir, kanunidir dolayısıyla uygulanması gerekir. Her üye bilir ki şef kendisi hakkında da ölüm ya da herhangi bir cismâni ceza verebilir. Cezaların infazı günümüzde daha çok aile dışından olabilen «Enforcer» lara verilmektedir. Bunlar sadece infaz yetkisi olan tarafsız kişilerdir (40).

Örgütün iç kontrolunda çok önemli bir yeri olan «Omerta» müessesesine temas etmek istiyoruz. Omerta, genel anlamda «susma kanunu - Code of Silence - ya da «sır vermeme» olarak çevrilebilir (41). Yasa dışı bir örgüt için bu son derece önemli bir kuraldır. Kökenini Sicilya Mafiasında buluyoruz. Bilindiği gibi Sicilya eski çağlardan beri çeşitli istilalara uğramış ve bunlara karşı çeşitli davranış kalıpları geliştirilmiştir. Omerta bunlardan bir tanesidir. Her istilaya uğramış toplumda düşmana sır vermemek, o toplumun üyeleri tarafından beklenen bir davranıştır. Albini, bize Omerta'n'ın devamlı ve uzun süre bu tür istilalara uğramış olan Sicilya kültüründe çok önemli bir yeri olduğunu şeref ve haysiyete sahip bir erkek ile eş anlamlı kullanıldığını söylüyor (42).

Kökeni çok eski olan Omerta günümüz LCN örgütünde iki anlamı içermektedir. Bunlardan birincisi genel olarak suçlulara yar-

(40) FRUSTENBERG, op. cit., p. 914.

(41) ALBINI, op. cit., p. 107.

(42) Ibid., p. 110.

dım etmek ki iç kontrol ile direkt ilgili değil. İkinci anlamı ise örgüt hakkında resmî makamlara bilgi vermemek, onlarla iş birliği yapmamak başka bir deyişle örgütün yasa dışı faaliyetlerini her ne pahasına olursa olsun açıklamamak (43). Bu kanuna sıkı bir şekilde uyulması örgüt için hayati bir önem taşıması yanında öteki yüzüyle resmî makamlar için büyük bir engel teşkil etmektedir.

LCN üyeleri gözünde Devlet ve Devletin temsilcisi polisin tam anlamı ile bir «DÜŞMAN» ı ifade etmesi bunun yanında «susma kanunu» na karşı gelmenin örgüt tarafından en şiddetli şekilde cezalandırılacağı korkusu iç kontrolün en önemli iki dayanağını teşkil etmektedir.

4. DIŞ KONTROL :

Yasa dışı faaliyetlerin polis ve yargı organları ile çatışmadan devamı için son derece önemlidir. LCN'nin bu konuda iki ana silâhı vardır. Kamu görevlilerinin satın alınması ve şiddete başvurma. Kamu görevlilerinin satın alınması konusu 1951 yılında yayınlanan ve yukarda da işaret ettiğimiz Kefauver raporunda şöyle belirtilmiştir ; «**Amme hizmetlerini yerine getiren ve siyasî alanda faaliyet gösteren binlerce namuslu ve fedakâr memur ve politikacı yanında rüşvetçi ve irtikapçı geniş bir kitle yer almıştır** (44). Gerçekten LCN kamu görevlilerini satın alma konusunda büyük başarı göstermiş hatta zaman zaman mahalli otoriteleri tümüyle kendine bağlayabilmiştir. Al Capon, Şikago mahallî idaresine hâkim olmuştu. Bir raporda suç örgütü üyelerinden birisinin ifadesine dayanılarak, sahil polis teşkilâtlarından birisindeki personelden yarısının LCN'den muntazam surette rüşvet aldığına ve her ay polisten yapılacak baskınların listesini ve örgütün işlerini aksatacak herhangi bir plânı derhal örgüte bildirdiğine işaret edilmektedir. Yine aynı raporda Cumhurbaşkanlığı suç komisyonu raporundan naklen ; «**Eldeki bütün veriler mahalli makamların satın alındığı yerlerde örgütlenmiş suçun geliştiğini göstermektedir.**» ifadesine yer verilmiştir (45). Şiddet kullanmanın dış denetimde ikinci yol olduğunu söylemiştik. Bir kere şunu belirtelim ki Susma Kanununa uyma — Omerta — sadece örgüt üyelerine yüklenmiş bir sorumluluk değil, aynı zamanda örgüt dışındaki kişilerin de uyması gereken

(43) MACK, op. cit., p. 125.

(44) DÖNMEZER, op. cit., p. 54.

(45) FRUSTENBERG, op. cit., p. 915.

bir husustur (46). Yani LCN üyesi olmıyan kişiler eğer Mafya'ya ait bir sırrı veya suçu açıklarlarsa örgüt tarafından cezalandırılırlar. Ancak günümüzde çoğu kez örgüt için şiddete başvurma gereği kalmamaktadır. Bir polis yetkilisinin dediği gibi «... **Suçlu guruplar tarafından şiddet, dikkatle hesaplanarak kullanılmıştır... bu kullanılış o derece başarılı olmuştur ki şiddet sonucu yerleşen korku, şiddet kullanma ihtiyacını azaltmıştır** (47). Şiddete başvurma aynı zamanda aileler arasında meydana gelen anlaşmazlıklar sonucu, birbirlerine karşı kullandıkları bir yoldur. Her nekad «commission» bu tür çatışmaları önleyici bir fonksiyona sahip ise de zaman zaman meydana gelen çatışmaları tümü ile önleyememektedir. Ancak aileler arası çatışmalar giderek azalmıştır (48).

Şiddet kullanmayı önliyen diğer bir hususta kamu oyunun tepkisinden kaçınmaktır. 1920 lerde Al Capon şiddet kullanmanın özellikle adam öldürme olaylarının kamu oyunun tepkisi dolayısıyla gazetelerin bu tür olaylara karşı kampanya açmasını tahrik ettiğini görünce mümkün olduğu kadar şiddetten kaçınma politikasını benimsemiştir (49).

Örneğin 1919 - 1934 yılları arasında suç örgütleri tarafından Şikago'da işlenmiş 765 katil suçuna karşılık bunun iki misli bir zaman periyodun'da 1935 - 1967 yılları arasında aynı şehirde suç örgütleri ancak 229 katil suçu işlemişlerdir (50).

5. FAALİYETLERİ :

LCN'nin faaliyetlerini yasal ve yasa dışı olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. İlk olarak yasa dışı faaliyetlerine değineceğiz. Yukarda belirttiğimiz gibi suç örgütlerinin en önemli gelir kaynaklarını yasa dışı hizmet ve mallara olan geniş talebi karşılamak teşkil etmektedir. Bu yasa dışı talepleri üç ana kategoride toplayabiliriz :

Talih oyunları : Maddî imkânları statüyü tayin eden en önemli faktör haline geldiği endüstrileşmiş toplumlarda buna paralel olarak kolay kazanç son derece yaygın bir arzu olmuştur. LCN yasal olarak sunulan hizmetlerin karşılayamadığı geniş bir talebi karşılamamış ve en büyük kârını bu tür talih oyunlarından kazanmasını

(46) MACK, op. cit., p. 118.

(47) FRUSTENBERG, op. cit., p. 915.

(48) MACK op. cit., p. 39.

(49) PİNATEL, op. cit., p. 337.

(50) FRUSTENBERG, op. cit., p. 911.

bilmiştir. Halen ABD.'nde LCN'nin yılda talih oyunlarından milyarlarca dolar kazandığı hesaplanmaktadır (51).

Tefecilik : Birçok ülkede olduğu gibi ABD.'nde bankalar kredi talebinin tümünü karşılayamamaktadırlar. Bu nedenle kişiler başka yollar aramak zorunluluğunda kalmaktadır. Bu zorunluluğu iyi değerlendiren LCN haftada % 150 oranına kadar yükselebilen bir faizle para vermek suretiyle bu çok kârlı işe el atmıştır (52). Ayrıca yüksek tuttuğu faiz nedeni ile ödeme güçlüğünde kalan müşterisinin bu durumundan istifade etmek suretiyle onu yasa dışı ortak olmaya kolayca itebilmektedir. Bu durumda kalan lokanta sahibi örgütle bazı anlaşmalar yapmaya zorlanır. Örneğin et ve içkiyi belli yerlerden alması istenir ve böylece örgüt, kaçak et için kaçak ve çalınmış içki için bir pazar elde etmiş olur (53).

Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı : (*) Günümüzde uyuşturucu madde kaçakçılığının LCN ye kumar ya da tefecilik ölçüsünde kazanç sağladığı zannedilmemelidir. Bir kere bu işi tümüyle ele almış değildir (54). Ancak yinede yasa dışı faaliyetleri arasındadır.

Bu ana uğraşları dışında LCN, şantaj, haraç, intikam, hileli iflas, fuhuş gibi yasa dışı uğraşılarda da bulunmaktadır (55).

Yasal uğraşları : Örgüt yasa dışı uğraşlarından elde ettiği büyük kârları yasal girişimlerde de kullanmaktadır. Ancak yasal görünümdeki bu girişimlerinde tamamen yasal sınırlar içinde kaldığı zannedilmemelidir (56). Bu tür faaliyetleri şu alanları kapsamaktadır; gıda maddeleri üretimi, gayri menkul alım satımı ve inşaat işleri, restoran işletmeciliği, eğlence yerleri işletmeciliği, dokuma işleri, çeşitli makinaların ticareti ve işçi sendikaları içindeki faaliyetleri (57).

LCN'nin yasal ve yasa dışı faaliyetleri ABD. ekonomisinde önemli bir yer tutmaktadır. Szabo'nun dediği gibi örgütlenmiş suç Ku-

(51) GILBERT, op. cit., p. 126.

(52) Ibid., p. 127.

(53) FRUSTENBERG, op. cit., p. 915.

(***) Burada uyuşturucu madde terimi hakkında bir düzeltme yapmak istiyoruz. Ülkemizde «uyuşturucu madde» terimi anlamı itibariyle anlatmak istediği alanın ancak bir kısmını kapsamaktadır. Başka bir deyişle afyon ve müştakları gibi bir takım «uyuşturucular» — depressants — için doğrudur. Buna karşılık kokain, amfetamin gibi «uyarıcılar» — Stimulan — için doğru değildir. Fakat ülkemizde bu terim Fransızca'daki «drogue» terimi karşılığı olarak yerleşmiştir. Bu nedenle bizde aynen kullanıyoruz. (Uyuşturucu maddelerin sınıflandırılması için bkz. PELICIER Yves, THUILLIER Guy, La drogue, Paris, P.U.F., 1972p. 15).

(54) Task Force Report, p. 2, GILBERT et al., op. cit., p. 130.

(55) GILBERT, Ibid., p. 122.

(56) MACK, op. cit., p. 40.

(57) WOLFGANG E. Marvin, SAVITZ Leonard, JOHNSTON Norman, *The Sociology of Crime*, Second ed New York, John Wiley and Sons, Inc., 1970, p. 184.

zey Amerika'da «... dördüncü güç haline gelmiş, bir turuva atı gibi ekonomik ve politik müesseselerin içine yerleşmiştir (58).» Bu o kadar doğrudur ki eğer LCN faaliyetlerini bir anda durdursa, ekonomik alanda büyük bir boşluk meydana gelecektir (59). Eğer bu örgütün çok geniş bir talebi karşıladığını düşünürsek bu durumun bir sosyal bunalımı doğuracağını tahmin etmek güç olmasa gerek.

III — AVRUPA VE ABD.'NİN KARŞILAŞTIRILMASI :

Avrupa Konseyi bünyesinde kurulan dört kişilik bir komisyonun hazırlayıp 1973 yılında konseye sunduğu raporda, Avrupa ve ABD.'deki örgütlenmiş suçun karşılaştırılmasında mevcut iki görüşten birisi komisyon tarafından tercih edilmiş ve konsey tarafından da benimsenmiştir. Reddedilen görüş Cressey'e aittir. Buna göre Avrupa'da örgütlenmiş suç ABD.'deki aşamanın ilk safhasındadır. Giderek güçlenecek, daha iyi örgütlenmiş olacak, Amerika'daki gibi dokunulmazlık kazanacak ve sonunda Amerikan modeline benziyecektir (60). Amerika ve Avrupa arasındaki sosyal ve politik açıdan mevcut olan büyük farkları nazarı itibara almaması nedeni ile bu görüş Komisyon tarafından reddedilmiştir. Komisyonun benimsediği görüş Cressey'nin görüşünün tam tersi olup her ülkenin kendine özgü koşullara sahip olması nedeni ile örgütlenmiş suç açısından her yerde geçerli olabilecek bir gelişim düşünülemez. Başka bir deyişle suç her ülkede «kendine özgü» olma niteliğini koruyacaktır (61).

Komisyonun günümüzde ABD. ve Avrupa'daki örgütlenmiş suç açısından öngördüğü farklılıkları şöyle özetleyebiliriz :

1 — Örgütlenmiş suç Avrupa'da ABD.'ne göre daha az önemlidir.

2 — ABD.'lerinde örgütlenmiş suç birçok yasal meslek sahipleri ile özellikle avukatlarla sıkı bir işbirliği içindedir. Avrupa'da hiçbir yasal mesleğin suç örgütlerinden büyük kazanç sağladığı düşünülemez. (Burada yukarıda da işaret ettiğimiz gibi LCN'nin kendi üyelerinin en iyi şekilde eğitime olanak ve eğiliminin payı olmak gerekir.) ABD.'ninde suç örgütleri birinci sınıf avukatlara sahiptir.

(58) SZABO Denis, in, *La Criminalité Urbaine*, op. cit., p. 11.

(59) FRUSTENBERG, op. cit., p. 926.

(60) CRESSEY R.D., *Criminal Organisation*, London, Heinement, 1972 p. 4. in, MACK op. cit. 39 p

(61) MACK, *Ibid.*, pp. 39, 40.

3 — Avrupa'da ABD.'deki gibi, polis, idare, mahallî ve merkezi politikacıların satın alınması sözkonusu değildir.

4 — Avrupa'da suç örgütleri genellikle kısa ömürlüdür. Amerika'da ise nesilden nesile geçmektedir. Örneğin Fransa'nın Marsilya kentindeki Guerini kardeşlerin kurduğu örgüt 20 yıldan biraz fazla yaşayabilmiş, 1970 yılında da mahkûm edilmişlerdir. Aynı şekilde İngiltere'de Richardson ve Kray Kardeşler 20 yıl dahi faaliyet gösteremedi 1967 - 1969 yıllarında mahkûm edilmişlerdir.

5 — Nihayet en önemli fark ABD.'nde suç örgütleri toplum içinde pek çok ekonomik faaliyete el atmıştır. Başka bir deyişle ekonomik bir fonksiyona sahiptir. Avrupa'da ise toplumu özellikle orta sınıfı etkileyen bu tür bir ekonomik fonksiyona sahip değildir (62).

Görüldüğü gibi gerek nitelik, gerek nicelik bakımından Avrupa ve ABD.'nde farklılıklar vardır. Acaba bu farklılıklar ne ölçüde sosyo - kültürel nedenlere, ne ölçüde salt olarak endüstrileşme sürecine bağlanabilir. Komisyonun sosyal ve siyasal nedenlere bağlanmasına katılırız, ancak acaba bir değişken olarak endüstrileşme süreci toplumsal yapının diğer öğelerini bu arada suç olayını etkilemeyecek midir ? Bizce etkileyecektir.

Bunun neticelerini şöyle özetleyebiliriz : Günümüzde en ileri endüstri ülkesi olan ABD.'nde örgütlenmiş suç dünyanın diğer kapitalist ülkelerine kıyasla nitelik açısından değişiktir ve büyük boyutlara erişmiştir. Endüstrileşme süreci diğer ülkelerde de aynı ölçüde gerçekleştiği zaman örgütlenmiş suçun bu değişkenle birlikte bu niteliğinde ve niceliğinde değişikliğe uğraması kaçınılmazdır. Ancak değişikliğin mutlak surette Amerikan modeline doğru olacağını iddia etmiyoruz. Hatta bunu mümkün de görmüyoruz. Çünkü ABD.'ndeki LCN örgütünün yukarıda işaret edildiği gibi kendine özgü birtakım nitelikleri vardır. Ancak giderek endüstrileşen başka bir deyişle ABD. ölçüsünde endüstrileşen liberal kapitalist ülkelerde örgütlenmiş suçun niteliğinde ve niceliğinde değişiklikler meydana gelmesi kaçınılmazdır. Bu değişikliğin süreci belki her ülkenin kendi koşulları tarafından tayin edilecektir. Ancak neticesi itibariyle ABD.'ndeki örgütlenmiş suç problemi ile karşılaşılacağı hipotezini gözden ırak tutmamak gerekir. İşte bu noktada LCN bizim için önemli bir örnek, alacağımız tedbirler için hareket noktası olma niteliğine sahiptir.

Endüstrileşme süreci içinde olan ülkemiz açısından da aşağıda değineceğimiz gibi Avrupa ve Amerika arasındaki karşılaştırma önem taşımaktadır.

IV — BİR TANIM DENEMESİ :

Ferri geçtiğimiz asrın son çeyreğinde şöyle diyordu : «**Feodal toplumda kan ve şiddet suçluluğu vardır, burjuva toplumunda hırsızlık ve dolandırıcılık suçları, aynı şekilde gelecek toplum da kendi karakterine uygun olan suçu yaratacaktır**» (63). Aslında Ferri burada fikrini siyasal sınıflamaya dayandırmamaktadır. İşaret etmek istediği «Medeniyet» dediği endüstrileşme hareketi ve buna bağlı olarak değişen ve değişecek olan toplumsal koşullardır (64). Zannediyoruz ki günümüz endüstri toplumu, Ferri'nin o zaman işaret ettiği gibi kendine has suçluluk türü yaratmıştır ve bu çağdaş örgütlenmiş suçtur. Genel anlamda örgütlenmiş suç şu unsurları içerir :

- 1 — Fail
- 2 — Fiil - faaliyetleri (-)
- 3 — Mağdur
- 4 — Örgütlenme.

Bu unsurları geçen yüzyıldaki örgütlenmiş suç için veya günümüz örgütlenmiş suçu için geçerli kabul edebiliriz. Ancak değişmiş olan bu unsurların içeriğidir. Bu unsurları teker teker kısaca inceleyelim.

1 — Fail : Günümüz örgütlenmiş suçunda en önemli değişikliklerden biri fail açısından olmuştur. Örgütlenmiş suç faili artık klâsik anlamda ki profesyonel suçlu tipi yani suçlu muhitte devamlı temas halinde olan aşağı tabakaya mensup kişi değildir. Gelişme beyaz yaka suçlusu tipine doğru olmuştur (65). Suç örgütü üyeleri üniversite diplomalı, okumuş kişilerdir. Çoğu kez iş adamı statüsündedirler — Bussines — Type Criminal (66).

2 — Fiil - Faaliyetleri : Klâsik anlamda hırsızlık, dolandırıcılık, gasp vs. günümüz örgütlenmiş suçunun faaliyetlerinin ana unsuru değildir. Daha ziyade ekonomik — yasa dışı — faaliyet niteliğindedir. Bussines - Type Crime.

(63) FERRI, op. cit., p. 197.

(64) Ibid., pp. 199 - 201.

(65) MACK, op. cit., pp. 14, 15.

(66) Ibid. pp. 15, PINATEL, op. cit., p. 340.

3 — Mağdur : Bilindiği gibi genellikle pozitivistlere kadar suç olayında «fiil» ön plânda alınmıştır. Pozitivistlerle birlikte suç olayı yeni bir boyut kazanmıştır. Bu «fail» dir. İşte 1948'lerden itibaren özellikle Von Hentig ile birlikte suç olayı üçüncü bir boyut kazanmıştır (67). Bu «suç mağduru» dur. (****) Gerçekten de bir olayı oluşturan unsurların hiçbirisinin ihmal edilmemesi bir zarurettir. Bu bakımdan bu gelişim kriminoloji bilimi için kaçınılmaz bir gelişmedir. Örgütlenmiş suçta mağdurların durumuna gelince, günümüzde bu suçun kurbanlarının niteliğinde bir değişiklik olduğunu görüyoruz. Biz bu değişikliği göstermede Seelig'in tipolojisini kullanacağız (68). Suça iştirak açısından beş türlü mağdur düşünebiliriz. 1) Suça iştirak etmiyen - non participante, 2) Mağdur olmağa müsait - prédisposé, 3) Tahrik eden, 4) İştirak eden, 5) Yalancı mağdur. Zannediyoruz ki bu ayrıma göre günümüz örgütlenmiş suçun da mağdur suça iştirak eden hatta suçu tahrik eden tipe genellikle uygundur. Yani birinci tipin mağduru gibi yolda parası çalınmamış veya evi soyulmamıştır. Aksine suç fiilini talep etmektedir, örneğin yasa dışı kumarı ya da uyuşturucu maddeyi. Başka bir deyişle mağdur suç örgütü ile iştirak halinde işbirliği halindedir ve zannediyoruz ki bu fark çağdaş örgütlenmiş suçun çok önemli niteliğini teşkil etmektedir.

4 — Örgüt : Yukarıda sözünü ettiğimiz ve Avrupa Konseyine sunulan rapor kitap halinde bastırılmıştır. Bu kitaba verilen isim örgütlenmiş suçun günümüzde örgütlenme biçimini en iyi şekilde anlattığı kanısındayız ; The Crime industry - Suç endüstrisi.

Yukarıda anlatmaya çalıştığımız ve günümüz suçluluğunu karakterize eden örgütlenmiş suçun özellikleri belki daha çok ABD.'ndeki örgütlenmiş suçun özelliklerini vurgulamaktadır. Ancak biz yukarıda değindiğimiz Creessy'e büyük ölçüde katılarak, bu genel niteliklerin giderek endüstrileşen bütün liebral ülkelerde daha belirgin bir biçim alacağı hipotezini muhafaza ediyoruz. Bu özelliklerin ışığı altında çağdaş örgütlenmiş suçu şöyle tanımlayabiliriz :

(****) Günümüzde «mağdur» yeni bir bilme, mağdur bilim, «victimologie» ye konu olmuştur. Bir çok yabancı kitapta ve bu arada Türkiye'de yayınlanan bir makalede bu kelimenin kriminolojik anlamda ilk defa 1956 yılında Mendelson'nun kullandığına işaret edilmiştir. Ancak Prof. Fattah'ın ifadesine göre bu yanlıştır ve ilk defa kriminolojik anlamda 1949 yılında Wertham tarafından kullanılmıştır. (bkz. FATTAH Mahmut Ezzat Mahmoud, *Les Facteurs qui Contribuent au Choix de la Victime dans les cas de Meurtre en vue de vol*, Thèse de doctorat Mars 1968, université de Montréal, p. 15.

(67) Bkz. Von HENTIG, *The Criminal and His Victim*, New Haven, Yale University Press, 1948. H. ELLENBERGER, *Relations Psychologiques entre le Criminel et la Victime*, Rev. Int. Cr. pol. Technique, 1954, p. 103 à122.

(68) FATTAH, op. cit., pp. 97 - 107.

«Geniş kitlelerin yasa dışı ve yasal mal ve hizmet taleplerini, yasa dışı yollardan karşılamak suretiyle büyük kazançlar sağlayan, özel ve kamu sektörüne sızmış, gerektiğinde zora başvuran, beyaz yaka suçlularından kurulu bir suç endüstrisi.»

Görüldüğü gibi tanımda «Örgütlenmiş» terimi sözlük anlamında alınmamış çağımızın suçluluğunun niteliğini belirleyen ve bu nedenle kendine özgü içeriği olan bir terim olarak kullanılmıştır.

Tanımımız belki örgütlenmiş suçun işleyebileceği bütün suçları kapsamamaktadır. Haraç, şantaj v.s. gibi. Ancak bizim gayemiz çağdaş örgütlenmiş suçun ana niteliğini «yasa dışı ekonomik faaliyet» olmasını ön plâna aldık.

Diğer bir husus «örgütlenmiş siyasî suçların» yine tanımımız dışında kalmasıdır. Ancak zannediyoruz ki iki suç arasında formel bir benzerliğin ötesinde hiç bir ilişki yoktur.

V — Ö N L E M E :

Suç evrensel bir olaydır, ancak suç türleri ve suç frekansı için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Başka bir deyişle ihlâli suç kabul edilen toplumsal normlardan sapış, her yerde ve her zaman görülmüştür, görülecektir. Ancak bu bizi ümitsizliğe götürececek bir genelleme değildir. Çünkü evvelâ normlardan sapma frekansı evrensel değildir. Bunun yanında ihlali ceza tehdidi altına alınmış normların, toplum ve kişisel zarar açısından aralarında bir hiyerarşi vardır. Bu hiyerarşi de evrensel değildir ve toplumun değer yargıları tarafından tâyin edilir. Yani suç olayı zaman ve mekân içinde kalitatif ve kantitatif olarak değişikliğe uğrar ve bu değişkenler üzerinde etkin olmak mümkündür. Bu nedenle «Önleme» ile suçun «evrenselliği» arasında çatışma söz konusu değildir.

Biz çağımızın suçu olarak nitelediğimiz örgütlenmiş suç hakkında iki ana tedbir öngörmekteyiz.

1 — Suç politikası açısından : Günümüz endüstrileşmiş liberal demokrasilerinde bir adli krizden bahsedilmektedir. Biz bu konuda Prof. Szabo'nun fikirlerine aynen katılıyoruz. «Liberal demokrasilerde adli mekanizma kendi isteği ile etkisiz kalmaktadır... Adli mekanizma yetersizliği özellikle endüstrileşmiş toplumlarda örgütlenmiş suç için uygun bir ortam yaratmakta, onu tahrik etmektedir... Örgütlenmiş suç korku ve tehdit diyalektiğine dayanır ki bu adli mekanizmayı felce uğratar. Bu durumun düzeltilmesini yalnızca bu organdan beklemek hatadır. Bunun için çeşitli devlet organlarının iş-

birliği şarttır (69). Gerçekten de kuvvetler ayrılığına dayalı liberal demokrasilerde yargıyı bu anlamda yalnız bırakmanın tehlikeleri açıktır. «**Evvelâ şunu kabûl etmek gerekir ki klâsik suç ortadan kaybolmaktadır. Bu nedenle bu olaya paralel olarak adli mekanizmanın — hâkim, polis, v.s. — buna ayak uydurması ve bilim adamlarının fildişi kulelerinden çıkmalarıyla gelecek toplumun ihtiyaçlarına cevap verilebilir** (70) ».

Özellikle endüstrileşme süreci içinde bulunan ülkeler açısından diğer bir husus büyük önem taşımaktadır kanısındayız; **ÖRGÜTLENMİŞ SUÇA ERKEN MÜDAHALE**. Kendine özgü bir ekonomik menfaat birliğine dönüşme eğiliminde olan örgütlenmiş suç (71), zamanla malî güç kazanmakta, hatta buna paralel olarak yıkılması güç bir siyasî güce ulaşmakta ve giderek toplumdan sökülüp atılması imkânsızlaşmaktadır. Amerikalı sosyologlar kendi ülkelerinde bu durumu şöyle ifade ediyorlar; «**Örgütlenmiş suç halkın kötülüğünü farketmesinden çok daha önce siyasal ve ekonomik alanlara kök salmıştır** (72) ».

Endüstrileşmekte olan ülkelerin ABD.'ndeki hataya düşmeleri gerekmediği gibi bu hatadan ders almaları ve bir halk özdeyişindeki gibi yılanın başını küçükken ezmek için bütün çabaları göstermeleri gerekir.

2 — Ekonomik tedbirler : Şunu hemen belirtelim ki suç politikası açısından alınacak tedbirleri, ekonomik tedbirlerden soyutlamak mümkün değildir ve bizim ayırımımız sadece pratik bir ihtiyaca cevap vermekte, konuları daha iyi vurgulamayı amaçlamaktadır.

Günümüz örgütlenmiş suçunun gelişip kuvvetlenmesinde yasa dışı mal ve hizmetlere olan geniş talebi karşılamak suretiyle elde ettiği büyük kazançların birinci derecede rol oynadığına yukarıda işaret etmiştik. Bu konuda zannediyoruz ki daha gerçekçi olmak gerekmektedir. Yani eğer yasa dışı olarak nitelediğimiz mal ve hizmetlerin talebini kısmak imkânı mevcut koşullar altında fiilen mümkün olmuyor ise bu durumu kabul etmek ve buna göre tedbir almak gerekir. Yani örgütlenmiş suçun devamlı surette bu talep nedeni ile büyük kârlar elde etmesini önlemek için sadece yasal tedbirlerle yetinmemek, bunun yanında gerçekçi ekonomik tedbirler

(69) SZABO, op. cit., pp. 7, 8.

(70) Ibid, p. 12.

(71) PINATOL, op. cit., p. 79.

(72) LUNDBERG et al. op. cit., s. 281.

almak gerekir. Burada klâsik fuhuş örneğine tekrar dönmek istiyorum. Fuhuş aslında günümüz değer yargılarına göre onanmıyacak bir olaydır. Ama önüne geçilmesi mümkün olmıyan bir olaydır. Burada iki ayrı tutum düşünebiliriz. Birincisi bunun bazı kişilere vergisiz kazanç sağladığını ve gizliliği nedeni ile kontrol edemediğimiz için zührevi hastalıkların yayıldığını bildiğimiz halde, değer yargılarımıza ters düşen bu onaylamadığımız davranışı suç kabul eder, ya da daha gerçekçi bir tutumla serbest bırakmak cesaretini gösterir ve yukardaki mahzurları önlemeye çalışırız. Zannediyoruz ki örgütlenmiş suçun faaliyetlerinin büyük kısmı için yukarıdaki tercih geçerlidir. Örneğin kumar onaylanacak bir şey değildir. Ancak fiilen önlenmesi mümkün de değildir. Bu konudaki geniş talep görmemezlikten gelinir ise bundan elde edilen kazanç, gizli yapılması nedeni ile kontrol dışı olduğu için vergilendirilmeyecek ve aynı zamanda fahiş olacaktır. Vergi alınmamasının ilk plânda Devletin, fahiş olmasının ise özel kişilerin zararına olduğu açıktır. Yapılacak iş bunun geçerliğinin kabul edilmesi ve devlet tarafından «Kamu yararına ekonomik kuruluş veya bir faaliyet» olarak ele alınması ve bu talebin karşılanmasıdır. Bu yapılırsa vatandaşlar makul ölçülerde zarara uğramak suretiyle bu ihtiyaçlarını tatmin edecekler, öte yandan da suç örgütlerinin fahiş kazançlar elde etmek suretiyle güçlenmesinin önüne geçilecektir.

Aynı şekilde salt ekonomik tedbirler almak suretiyle, yani kredi talebini tümüyle karşılamak suretiyle örgütlenmiş suçun tefecilikten elde ettiği kazançta kesilebilir. Bütün bunların yanında örgütlenmiş suçun yasa dışı yollardan yürüttüğü yasal üretim ve hizmetlerin sıkı ve devamlı kontrol edilmesi gerekir.

Ancak bazı faaliyetler vardırki bunların ekonomik tedbirlerle önlenmesi mümkün değildir. Örneğin uyuşturucu madde kaçakçılığı. Burada diğer tedbirlerle mücadele gerekmektedir.

Zannediyoruz ki örgütlenmiş suçun ana kazanç yolları tıkanır ve malî gücü azaltılırsa, siyasal gücünde zayıflayacak ve alınacak idarî ve kazai tedbirlerle birlikte büyük ölçüde toplumdan sökülüp atılması olanakları doğacak, hiç değilse önemli bir sorun olmaktan çıkacaktır.

Bütün bu tedbirlere ilâve olarak büyük şehirlerde en müsait ortamını bulan (73). Örgütlenmiş suça karşı büyük şehir problem-

(73) SZABO, op. cit., p. 6, 7, MACK, op. cit., p. 39, LOMBROSO, op. cit., p. 539.

lerine, kötü şehirleşmeye karşı alınacak tedbirlerle de savaşılmak gerekir.

VI — TÜRKİYE'DE ÖRGÜTLENMİŞ SUÇ :

Ülkemizde bu konuda yapılmış bilimsel araştırmalara biz rastlamadık. Ancak bilinen bazı hususlardan Türkiye'de bu tür örgütlenmenin belirdiğini söylemek sadece bir tahminden ibaret olmasa gerekir. Bunlardan en önemli iki hususu örnek olarak kısaca belirtmek istiyorum. SİGARA - MERMİ ve SİLÂH KAÇAKÇILIĞI. Bu maddeler yurt dışından kaçak olarak getirilmekte ve büyük kârlarla yurt içinde satılmaktadır. Bu tür faaliyetlerin devamlı olarak yapılabilmesi için şu şartların mevcudiyeti kaçınılmazdır : 1 — İyi bir örgütlenme - uluslararası plânda, 2 — Beyaz yaka suçluları ile irtibat, 3 — Kolluk kuvvetlerinin zaafı, 4 — Bu mallara karşı geniş bir talep. Eğer her istediğimiz zaman ve genellikle pek çok yerde kaçak sigara bulabiliyor isek yukardaki koşulların varlığını kabul etmek ZORUNDAYIZ. Türkiye'de işlenen adam öldürme suçlarının büyük bir kısmı ruhsatsız patlayıcı silâhlarla işlenmektedir. (Bizim yaptığımız ve yayınlanmamış araştırma sonuçlarına göre) ve zannediyoruz ki bunların büyük bir kısmı yabancı kökenli kaçak silâhlardır.

Endüstrileşme süreci içinde olan ülkemizde LCN gücünde bir örgüt olduğunu düşünemeyiz. Yine aynı şekilde LCN ölçüsünde ekonomik bir menfaat birliği haline geldiği de söylenemez. Ancak çağdaş örgütlenmiş suçun kendi ölçüsünde varlığını ve ülkemiz koşullarına uygun olarak yasa dışı faaliyet gösterdiğini söylemek mümkündür. Bizim anolojik düşünce ile vardığımız bu sonuç aslında kamu oyuna ve onu oluşturan yayın organlarına yabancı değildir. Zaman zaman büyük şehirlerdeki eğlence yerleri, ya da sebze ve et halleri «Mafya» sı, çok trajlı gazetelerin baş sayfalarında büyük manşetlere konu olurlar. Bu işaretler ekonomik faaliyetlerin sistematik olarak bazı suç örgütleri tarafından yasa dışı yürütülmeğe başlandığının belirtileridir. Ve bir ölçüde de olsa içinde gerçek payı olduğunu sağ duyu ile inkâr etmek olanaksızdır. ABD.'nde yukarıda söylediğimiz gibi LCN'nin güçlenmesinde özellikle 1920 lerde başlayan içki kaçakçılığının neden olduğunu hatırlarsak piyasada istendiği zaman kaçak sigara bulunmasını sadece ekonomik bir problem olarak görmek korkunç bir yanlışlık olacaktır. Amerikalı sosyologların sözlerini burada bir defa daha tekrar etmek istiyorum «Örgütlenmiş suç halkın kötülüğü fark etmesinden çok daha önce siyasal ve ekonomik alanlara kök salmıştır.».

Vatandaşlar ve ilgililer keyifle içtikleri kaçak sigaranın bedellerini ilerde çok pahalıya ödeyecekler ve aynı zamanda ülkeye'de ödeceklerdir.

Türkiye, suç örgütlerinin faaliyetlerini ERKEN ÖNLEME durumunda ve mecburiyetindedir. Eğer suç örgütlerinin kolay ve yüksek kazançları özellikle ülkemize has kaçakçılığın yolları tıkanmaz ise büyük bir mali güce erişecek olan bu örgütler kısa zamanda ekonomik ve siyasal alanda, yıkılması giderek zorlaşacak bir iktidara kavuşacaklardır. Biz yukarıda genel olarak önleme tedbirlerine değindik. Bu ve bunlar dışında alınabilecek pek çok tedbir ülkemiz koşulları altında düşünülmeli ve en kısa zamanda uygulama alanına konmalıdır.

KAYNAKLAR

- ALBINI J. : The American Mafia, New York, Appleton-Century-Crofts, 1971.
- CRIME OF VIOLENCE. : a staff report submitted an the National Commission on the Causes and Prevention of Violence, Washington, U. S. Government Printing Office, 1969.
- DÖNMEZER S. : Krim'noloji, 2. baskı, İstanbul, İst. Ün. yay. No : 933, 1962.
- ELLENBERGER H. : Relations Psychologiques Entre le Criminel et la Victime, Rev. Int. Cr. Pol. Tech., 1954.
- FATTAH E. M. : Les Facteurs qui Contribuent au Choix de la Victime en Vue de Vol, thèse de doctorat, Université de Montréal, 1968.
- FERRI E. : La Sociologie Criminelle, Paris, Felix Alcan, 1905.
- FRUSTENBERG H. M. : Violence and Organazed Crime, in, Crime of Violence Washington, 1969.
- GARRAUD P. : Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français, tome I., Paris, 1913.
- GILBERT J. P., CRESSY et SUSINI J. : Le Crime Organisé, in, La Criminalité Urbaine, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1973.
- LEVY-BRUHL H. : Les Délits Politique, Rev. Franc. Sociale, 1964.
- LOMBROSO C. : L'Homme Criminel, tome II., 2m ed., Paris, Felix Alcan, 1895.
- LOMBROSO C., LASHI R. : Le Crime Politique et les Révolutions, trad. par. Bouchard A., tome II., Paris, 1892.
- LUIS-HAYOS F. : La Délinquance Juvénile et la Criminalité en Amérique Latine, in, Amerique Latine, Développement et la Société, policopié, Montréal, Université de Montréal, 1973.
- LUNDBERG A. G., SCHRAG C. C., LARSEN N. O. : Sosyoloji, Çev. OZANKA-YA O., GÜRKAN Ü. : Cilt II., Ankara, Siyasal İlimler Derneği Yay., 1970.
- MACK A. J. : The Crime Industry, Portsmouth, Saxson Hous, D. C. Heath Ltd., 1975.
- PINATEL J. : Traité de Droit Pénal et de Criminologie, tome III., Paris, Librairie Dalloz, 1963.

SEELIG E.: Traité de Criminologie, trad. par Petit I., Pariser M., Paris, P.U.F., 1956.

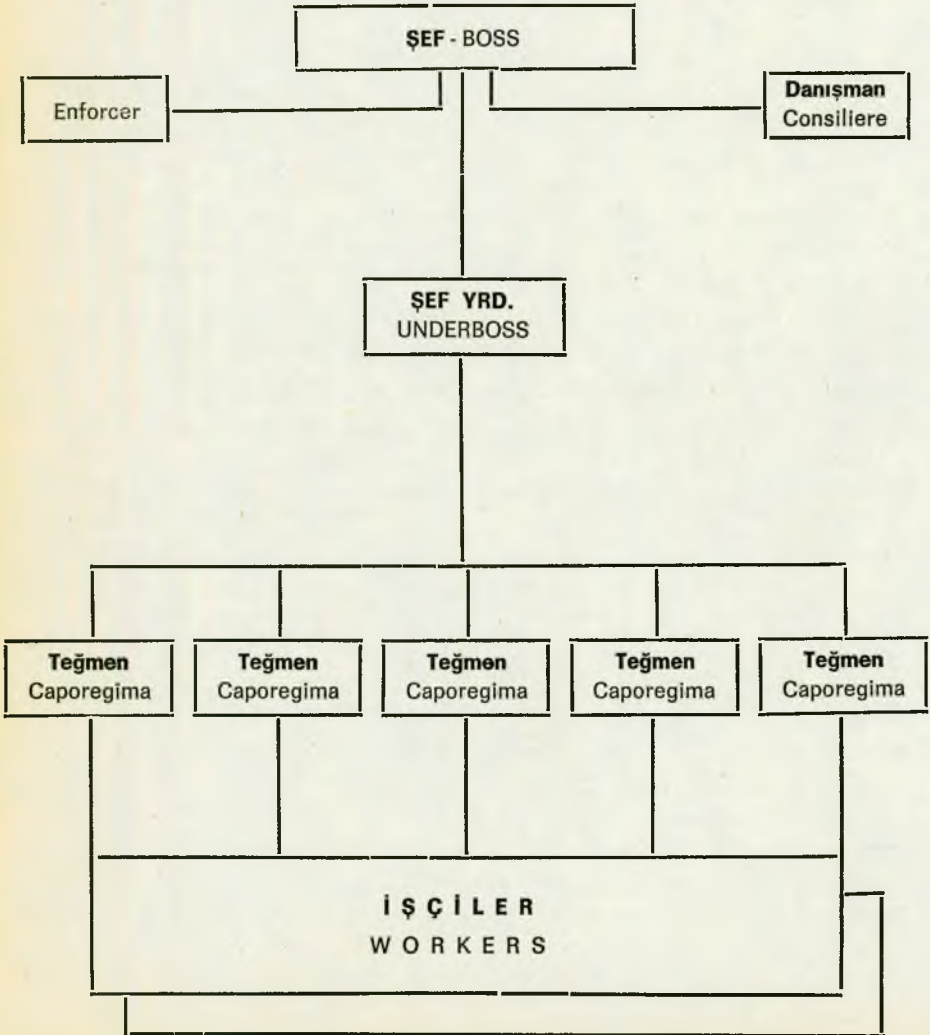
STRACHOUNSKY D.: De la Détermination des Délits à Caractère Politique, Thèse, Montpellier, 1926.

SZABO D.: La Criminalité Urbaine-editeur-Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1973.

TASK FORCE REPORT ON ORGANIZED CRIME, The U.S. President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Washington, U.S. Government Printing Office, 1967.

VON HENTIG H.: The Criminal and his Victim, New Haven, Yale University Press, 1948.

WOLFGANG E. M.: et al., The Sociology of Crime, second ed., New York, Jhon Wiley and sons, Inc., 1970.



İŞKENCE VE ÖTESİ ÖZGÜRLÜĞÜN BEDELİ

METİN ERTUĞRUL
Bilecik Ceza Hâkimi

PLÂN :

- 1 — Giriş,
- 2 — Tarif ve kapsamı,
- 3 — Amacı,
- 4 — Tahlili,
- 5 — Hukukumuzda durum,
- 6 — Sonuç.

BİBLİYOGRAFYA

- 1 — Beccaris - Suçlar ve cezalar (*Dr. MUHİTTİN GÖKLÜ* tercümesi 3 baskı).
- 2 — *Prof. FARUK EREM* : T.C.H. Cilt 2. Hususi hükümler.
- 3 — *Prof. FARUK EREM* : Hukuk Buroşürleri ve yazıları.
- 4 — *Prof. Faruk EREM* : Adalet psikolojisi, 3. baskı.
- 5 — *MUHTAR ÇAĞLAYAN* : T.C.K. nu.
- 6 — *NEJAT ÖZÜTÜRK* : T.C.K. nu.
- 7 — T.D.K. Türkçe sözlük.
- 8 — Hukuk lügatı.
- 9 — Meydan - Larousse
- 10 — Resmî kararlar dergileri.
- 11 — *SAMİ SELÇUK* : İlgili yazıları.

1 — GİRİŞ :

Zabıtaya intikal eden olaylarda, özellikle sanık durumunda bulunanlar tarafından, kendilerine işkence yapıldığı ve hazırlık tahkikatındaki ikrar ifadelerinin işkence ile alındığı iddiaları ötedenberi ileri sürülmektedir. İddia sahipleri samimi olabilecekleri gibi, suçun sonuçlarından kurtulma maksadına matuf ve gayri samimi de olabilirler. Bu şekilde ileri sürülen iddiaların sadece hukukî vec-hesini incelemekte fayda görüldüğü için bu yazı hazırlanmıştır.

2 — TARİFİ VE KAPSAMI :

İşkence iddialarında meseleye nüfuz edebilmek için nelerin işkence olduğunu veya nelerin işkence olmadığını bilmek gereklidir.

T.D.K. Türkçe sözlükte işkence (aşırı eziyet) olarak tarif edilmiştir.

Türk Hukuk Lûgatında ise işkence (herhangi bir maksatla birisine cismen eza verici harekette bulunmak veya maznunlara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı muameleler yapmak, onlara eza ve cefa etmek şeklinde belirtilmiştir.

Meydan - Larousse da ise işkenceden (bir kimseye maddî veya manevî olarak yapılan aşırı eziyet) şeklinde bahsedilmiştir.

Çeşitli Yargıtay içtihatlarında ise işkence (zorunlu - zarurî - olmayan vahşice davranışlar) olarak belirtilmiştir. (1).

İlim adamlarımızdan bazıları işkenceyi (mağdurun hayatını iza- le maksadı haricinde münhasıran ona fiziki azap ve ızdırap vermek maksadını muhtevi hareketlerin işkence ve tazip sayılması gerektiği) şeklinde belirlemişler (2), bazı ilim adamları ise işkenceyi (öldürmek gaye ve niyetinden daha öteye giden bir niyetin tezahürü sayılan ve ölüm neticesini istihsal bakımından zaruri bulunmayan vahşiyane hareketler) olarak tarif etmişlerdir. (3).

Hepsinde ortak olan husus işkencenin, ona maruz kalanın bedeni ve ruhi yapısında zarar veya tehlike meydana getirmiş olmasıdır.

Tarihin her devrinde daima işkence ve türlerine rastlanmıştır. Özellikle totaliter devletlerde işkence meşru sayılır hale gelmiştir. İşkence insanların yaşamında okadar derin iz bırakmıştır ki aradan yıllar geçmiş olmasına rağmen halâ engizisyon mahkemelerinin İtalya ve İspanya'da uyguladığı işkenceler unutulamamıştır.

Maruz kalanın bedenî ve ruhî yapısında zarar veya tehlike meydana getiren fiiller olarak nitelenen işkencenin kapsamı nedir ?, işkence türleri olarak, yaşayan bir insanın parmaklarını kırma, üzerinde yanan sigara söndürme, aç bırakma, kutsal varlıklara ve manevî değerlere küfür ettirme, kırbaçlama, uyutmama, elektrik cere-

(1) Y. C. G. K. 15/4/1963 gün 1 - 17/17.

(2) Prof. S. Dönmezer.

(3) Prof. Faruk Erem.

yanına tutma ve müstehcen yerlerine tecavüz gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkmıştır. Genel olarak yapılan bir fiilin işkence olup olmadığını nasıl anlayacağız ?, zira yapılan bir fiil, ona maruz kalanın anlayışına göre bazılarında işkence sayılabildiği gibi bazılarında sayılmayabilirdi. Fakat her halükârda insan haysiyetine yaraşmayan ve suçu itiraf ettirmek için yapılan ve maruz kalanın bedenî ve ruhî yapısında zarar veya tehlike meydana getiren aşırı fiilleri işkence olarak kabul etmek gerekir. İşkence mücerret sadist bir düşünce ile değilde sanığa suçu itiraf ettirmek için yapıldığında bir başka önem kazanmaktadır. Zira kendisine suç isnat edilen kimse- nin psikolojik durumunu iyi anlamak gerekir. Sorgusu sırasında sanık şahsi endişe içindedir sorguya çeken, sorguya çekilen, sorgu yeri ve zamanı sanığın üzerinde tesir icra ederler. Eğer sanık gerçekten masum ise, haksızlığa uğrama korkusu içindedir. Yok eğer suçlu ise aleyhindeki durumun neden ibaret olduğunu bilmemesi onda heyecan doğurur (4) bu sebeplerle Adalette gerçeği aramakta harici görüşöşlere kapılmamak gerektiğini hiçbir zaman unutmamak lâzımdır.

3 — A M A C I :

İşkence yapılmasında güdülen amaçların çeşitli olduğu ileri sürülmektedir :

a — Suçluyu cezalandırmak için işkence yapıldığı iddia edilmektedir. Hazırlık tahkikatı safhasında bulunan ve zan altında olan şahsın suçlu olduğu kesinlikle anlaşılamadan cezalandırma maksadı ile nasıl işkence yapılacaktır ?, hem bu takdirde Yargıç ve Savcıya ne lüzum kalıyor ? ;

b — Sanığa suçu itiraf ettirmek için işkence yapıldığı ileri sürülmektedir. Zira itirafın ispat edici gücüne okadar inanılmaktadır ki itiraf edilen olayın aksi düşünülmemektedir.

c — Delil araştırmak için işkence yapıldığı bildirilmektedir. Hiç bir usul yasasında delil elde etmek için işkencenin yapılabileceği hakkında hüküm yoktur.

d — Suçun ve suçlunun şeriklerini açığa çıkarmak için işkence yapıldığı iddia edilmektedir. Oysaki kendi kendini ithama zorlanan şahıs başkasını daha kolaylıkla itham edebilir. Hem bu şekilde ileri

(4) Prof. Faruk Erem - Adalet Psikolojisi, Sh. 225.

sürülen iddia ihaneti müdafaa ve hiyaneti meşrulaştırmış olmu-
yor mu ?,

e — Bilgi elde etmek için işkence yapıldığı ileri sürülmektedir.
İşkence ile elde edilen bilgi ne derece inandırıcı olacaktır ?,

f — İfadeler arasındaki tenaküzü bulmak ve suçlunun muhte-
mel diğer suçlarımda ortaya çıkarmak amacı ile işkence yapıldığı,
ileri sürülen diğer bir iddiadır. Fakat ifadeler arasındaki tenakuzu
gidermenin ve muhtemel diğer suçlarıda ortaya çıkarmanın yolu
herhalde işkence olması gerekir.

4 — TAHLİLİ :

İnsanın aklına hemen şu soru geliyor, neden işkence ? Yukarıda
belirtildiği gibi işkenceden suçluyu cezalandırmak, delil araştırmak,
suçu itiraf ettirmek, bilgi elde etmek ve hakikatı meydana çıkarmak
amaçlarının güdüldüğü iddia edilmektedir. Ancak her insanın be-
den ve karakter yapısı farklıdır. Zayıf bünyeli birisi gerçek suçlu
olmasa bile tahammül edemediği işkenceden kurtulmak için suçlu
kabul edecek, bunun aksine kuvvetli bünyeli biriside gerçek suçlu
bile olsa işkenceye tahammül edip suçluluğunu saklıyacaktır, bu so-
nuç ne derece adil ve insanî bir uygulama olabilir ?.

Bir kerre maznun savunma hakkına sahiptir. Hiçbir kimsenin
kendi kendisini itirafı kolay kolay kabul edilemez. Maznun bir usul
safhasında mecbur bırakıldığı için itiraf etmiştir. Yani bir bakıma
kendi kendisini itham etmiştir «Bir adamın kendi kendisinin itham-
cısı olmasını istemek iddiası çok korkunç ve pek gülünçtür. Haki-
kat sanki onun adaleleri ve sinirleri içine gizlenmiş gibi, onu işken-
ce ile çıkarmağa çabalamak vahşet ve budalalıktır» büyük cezacı
Beccaria böyle söylemektedir (5) işkencenin gayri insanî ve kanun-
suz olduğu bundan güzel ifade edilemezdi işkence bedeni teşekkü-
latı zayıf bir masumu mahvetmek ve sağlam doğmuş bir mücrimi
kurtarmak için pek emin ve pek mahirane bir keşiftir. Cezalandırıl-
mış bir mücrim, reziller için bir misal ve ibrettir. Bir masumun
mahkûm olması ise bütün iffet ehline ait bir meseledir, hırsız ve ka-
til olmayacağım iddiası adeta ağzıma kendiliğinden geliyor, fakat
hiçbir gün bir hırsız ve katil gibi cezaya çarpılmayacağım demek
pek cüretkârane birşey olur. İsticalin ve muhakeme usulünün ken-
disinde bir cinayet tevehhün eylediği masum bir adamın hali kadar
feci bir hal yoktur (6).

(5) Beccaria - Suçlar ve Cezalar. Sh. 157 ve devamı.

(6) La Bruyere (Muhtar Çağlayan T.C.K. Cilt : 1, Sh. : 786).

Diğer taraftan maznun ekseriya sorgu safhasında işkenceye maruz kaldığını tesbit ettirecek imkânı bulabiliyormu ? Şikâyet hakkı, rapor alınması gibi haklarını rahatlıkla kullanabilecekmidir gerçekten işkenceye maruz kalmış ise bu fiili işleyen kendi suçluluğunu örtbas etmek için zaten her yola başvurur. O halde kutsal savunma hakkını sanık nasıl kullanabilecektir ?, işkence ile elde edilen sade itiraf, maznunun mahkûmiyeti için kâfi kabul edilecek midir ? İkrar diğer delillerle teyit edilmedikçe mahkûmiyete yeter olmadığı birçok Yargıtay Kararlarında kabul edilmiştir. İtiraf işkence sonucu olabilir, asıl faili saklayıp kurtarma maksadına matuf olabilir ve nihayet aşırı heyecan ve ruhî bir çöküntü sonucuda olabilir. İşte bu ihtimalleri önlemek için yargıtayımız haklı olarak mücerret ikrarı kâfi görmüyor.

Maznunun hazırlık tahkikatında sorgusu sırasında gerçek suçlu olduğu kesin olarak belli değildir. Zira bu durum kesin mahkeme hükmü ile anlaşılabacaktır. Daha başlangıçta böyle bir mahkeme hükmü yokken maznun nasıl Hâkimden önce cezalandırılabilir ? O zaman mahkemelere ne lüzum kalıyor ? Zira mahkemeler onama mercii değildirler. Araştırma ile suçu ve suçluyu ortaya çıkaracaklardır, ortada kesin bir hüküm yokken hiçkimseye kesin suçlu gözü ile bakılamaz ve ceza niteliğinde hiçbir uygulamada yapılamaz. Böyle olunca işkenceye ne gerek kalıyor ? Yoksa onu tatbik edenlerin elinde sadist hisleri tatmin aracımı olacaktır ?.

Bir suç ya var, yahut yoktur, varsa zaten kanunun tayin ettiği ceza verilecek demektir, bu takdirde işkence lüzumsuz kalmaktadır, şayet suç yoksa bir masuma eza ve cefa etmek müthiş bir vahşet olmuyor mu ? (7) işkence sonucu vücudun kendi kendisine ihaneti çağımızda kabul edilir bir sonuç değildir.

5 — HUKUKUMUZDA DURUM :

A) Anayasamız yönünden : Anayasanın 14. maddesinde aynen (herkez yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir.

Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti, kanunun açıkca gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş Hâkim kararı olmadıkça kayıtlanamaz.

Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz.

(7) Beccaria - Suçlar ve Cezalar.

(İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza konulamaz.) Hükmü yer almıştır. Bu hüküm Anayasamızın temel hak ve ödevler kısmında kişinin hakları ve ödevleri bölümünde yer almıştır. Yani bir kimseye işkence yapılamaz hakkı kişi haklarından sayılmıştır. Can emniyeti ve vücut bütünlüğünün masun olması bütün hürriyetlerin ilk şartıdır. Kişi haklarına dokunulamıyacağıda Anayasanın 10. maddesinde belirtilmiştir. Bir bakıma kişi hakları devletin himayesindedir. Anayasamız yönünden durum böyle olunca suç isnatı altında bulunan bir şahsa işkence yapılması yasa dışı ve peşin ceza niteliğinde olmuyor mu ?

B) C.M.U.K. nun yönünden : İşkencenin, suçluyu itiraf ettirmek için yapıldığı çoğunlukla ileri sürülür yani bir usul safhasında yapılmaktadır ve özellikle sanığın sorgusu ile ilgilidir. Sorgu Ceza Usulü Yasamızın 135. maddesine göre yapılmaktadır bu maddede, suç işlediği zannı altında bulunan bir kimseye işkence yapılabileceği yazılı değildir. O kadar ki zanlıya susmak hakkı bile tanınmıştır. Bu sebeple T.C.K. nun 243. maddesi konmuştur. Dolayısıyla sorgu sırasında zanlıya suçu itiraf ettirmek için yapılacak işkence önce bu maddeye aykırı düşer.

C) T..CK. nu yönünden :

1 — T.C.K. nun 450/3. maddesinde öldürme fiilinin, canavarca bir his veya işkence veya tazip ile ika edilmesi müeyyideye bağlanmış ve faile idam cezası verileceği bildirilmiştir. Burada failde hem öldürme kastı ve hemde işkence çektirme kastı mevcut olmalı ve işkencenin ölümden önce yapılması aranmalıdır yani ölümü istihsal için zaruri bulunmayan fiiller müeyyidelendirilmiştir. (8).

2 — T.C.K. nun 243. maddesinde ise aynen (Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından vesair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için işkence eder yahut zalimane veya gayri insanî veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa 5 seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ile mahkûm olur. Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452. sair hallerde 456. maddeye göre terip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır) hükmü yer almıştır, bizim asıl üzerinde durmak istediğimiz yasa hükmü budur, zira şikâyetlere konu olan ve sorgu sırasında cürmü söyletmek için zanlı bulunan kimseye yapılan işkenceyi bu madde müeyyide altına almıştır. Bu maddenin uygulanabilmesi için :

(8) Y.C.G.K. 15/4/1963 gün 1 - 17/17.

a) Kanunî unsur : Maddede sayılan kimselerden birisinin zanlı bulunan kimseye işkence etmesi,

b) Zanlıya cürmü söyletmek için işkence sayılacak fiillerin icra edilmesi (Maddî unsur),

c) Failin, zanlının ikrarını alma maksadı ile hareketi gibi unsurların teşekkül etmiş olması gerekmektedir. İşte bu maksatlarla mağdurun bedeni ve ruhî yapısında zarar veya tehlike meydana getiren fiillerin yapılması halinde bu madde uygulanabilecekti. (9). Ancak burada bir hususa dikkat edilmesi gerekir; İlgili kimsenin, cürmü değilse, cürmün delillerini söyletmek için maznuna işkence etmesi ve kötü muamele yapması halinde bu madde değil T.C.K. nun 245. maddesi uygulanacaktır. Burada işkencenin adi müessir fiilden ayırt edilmeside gereklidir. Zira işkence mağdura daha vahim tesir icra eder (10). T.C.K. nun 243. maddesinde ayrıca işkence yapan görevlinin bu fiili sonucunda işkence olunan kimse ölürse T.C.K. nun 452. maddesinin tatbiki gerekeceği ve sair hallerde T.C.K. nun 456. maddesinin uygulanması gerekeceği hükmünde yer almıştır. Hazırlık tahkikatında cürmü söyletmek için zanlıya yapılan işkence fiili bu şekilde gayet isabetli olarak müeyyide altına alınmış olunmasına rağmen işkence iddialarının hiç bir zaman ve kesin olarak önüne geçilemediğide görülmektedir.

6 — SONUÇ :

İzah edildiği üzere Anayasamız, usul ve ceza yasalarımız işkenceyi kesinlikle yasaklamıştır. İşkencenin esasında demokratik hukuk devleti ile, hukukun üstünlüğü ve insan haysiyeti ile bağdaşır hiçbir yönü yoktur. Suç işlediği zannı ile bir kimseye suçunu itiraf için işkence yapılması, onu kaybedeceği veya kazanacağı hiçbirşeyi kalmayan içi kin ve intikam dolu bir kimse durumuna sokmaz mı ? gerçekten suçlu olduğu çeşitli delillerle anlaşılanlar, zaten mücerret işkence yapıldığı iddiası ile kendilerini Adaletin pençesinden kurtaramazlar.

İnsan suçlu zannı altında bulunsa bile nihayet bir insandır. Onu cemiyetten uzaklaştırmak değil cemiyete kazandırmak gerekir. Esasında cezanın gayelerinden biriside budur, bu adaletin ve insan haysiyetinin de gereğidir. Suça ve suçluya infaz ve krimonoloji ve diğer bilimlerle yaklaşılmalı ve insan onuruna saygı çerçevesinde ce-

(9) Y.1.C.D. 15/9/1970 gün 3576/2486.

(10) Y.1.C.D. 12/6/1956 gün 1893/1410.

za politikası saptanmalıdır. Zira ceza, ancak sorumluluk duygusunu geliştirmekle amacına ulaşabilir. Ceza Hukukunda suçlunun eğitim düzeyi, aile ve meslekî çevresi, ruh dünyası ve kişiliğini oluşturan etkenler yani kısaca onun kişilik dosyası daima nazara alınmalıdır. (11), işkence ise bütün bunların hiçbirinde faydalı bir sonuç doğurmaz. Hiç şüphe yokki, Allah bize emanetlerimizi (Devlet işlerini) ehline teslim etmemizi ve insanlara hükmettiğimiz zaman adaletle hükmetmemizi emrediyor. (12).

Peşin ceza niteliğinde olan işkencenin insan haysiyeti ile bağdaşır yönü olamaz. Ne yönden bakılırsa bakılsın işkencenin Anayasamız ile, ceza ve usûl yasalarımız ile, temel hukuk kuralları ve hukukun üstünlüğü ilkesi ve nihayet savunmanın kutsallığı ile bağdaşır yönüde yoktur. Adaleti herkezin güven duyduğu halde tutmak için insan haysiyetine yaraşır şekilde ve çağımızda ters düşen işkenceyi kesin olarak ortadan kaldırmak ve asla müracaat edilmesinin gerektiğini hiçbir zaman unutmamak lâzımdır.

Suçlu zannı altında bulunan bir kimseyi, halin ızdırabından kurtulmak için, istikbalin bütün korkunç felâketlerine boyun eğerek bir duruma sokmamak gerekir. Zira bir bakıma hukuk insanlıktır. (13) Ve de insanı özgürlüğünün bedelini arar duruma getirmemektir.

(11) Sami Selçuk - İlgili yazıları.

(12) Kur'an-ı Kerim - Nisa suresi 58. Ayet.

(13) Prof. Faruk Erem - Ceza Adaleti isimli yazıları.

AD, ALÂMET, İŞARET, RESİM VE SES ÜZERİNDEKİ HAKLARIN KORUNMASI

HÜSEYİN ANARAL
Çayireli C. Savcı Yrd.

I. GENEL OLARAK AD, ALÂMET, İŞARET, RESİM VE SES

II. KORUNAN HAKKIN NİTELİĞİ

III. HAKKA TECAVÜZ EDENLER VE TECAVÜZ ŞEKİLLERİ

A) Tecavüz eden

B) Tecavüz şekilleri

- 1 — İltibasa yer verecek şekilde kullanma,
- 2 — Çoğaltma ve yayımlama.

IV. DAVA HAKKI

A) Genel olarak

B) Hak sahibinin açabileceği davalar

- 1 — Hukuk davaları,
 - a) *İhtiyatî tedbir talebi,*
 - b) *Tesbit davası,*
 - c) *Eski hale iade davası,*
 - d) *Tecavüzün önlenmesi davası,*
 - e) *Tazminat davası,*
 - f) *Hükmün ilânı.*

2 — Ceza davaları.

C) Zamanaşımı

D) Yetkili ve görevli mahkeme

V. SONUÇ

I — GENEL OLARAK AD, ALÂMET, İŞARET, RESİM VE SES :

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuz genel olarak eser sahibinin eseri üzerindeki haklarını korumak amacını taşımaktadır. Eser sahibinin eserine vermiş olduğu «ad» üzerinde menfeatinin bulunduğu şüphesizdir. Zira, ekonomik faydası açısından ad eserin önemli bir parçasıdır. Diğer taraftan adın başkasının eserinde kullanılması

manevî zarar da doğabilir. Bu nedenle ad'ın korunması Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun yanında 5680 sayılı Basın Kanununda tanzim yeri bulmuştur. (m. 8).

Alâmet eseri tanıtmaya yarayan ve benzerlerinden ayırıcı vasıf taşıyan bir işaret, iz veya sembol olabilir. Alâmetin hukukî himayesi haksız rekabet esaslarına göre yapılmaktadır. Alâmet markadan farklıdır nitekim markalar Markalar Kanunda etraflıca korunmaya ilişkin hükümlere sahiptir. Ayrıca, eserle ilgisi ve manevî özelliği gereği, alâmet tek başına (eserden ayrı olarak) devredilemez, marka üzerindeki hak ise başkasına devredilebilir, haczedilebilir, üzerinde lisans sözleşmesi tesis edilebilir. Neticede, alâmet'in korunması gayrî maddî bir şey (fikir ürünü) olması niteliği taşımaktadır. Maddî'lik unsuru yoktur.

İşaret, resim ve ses (bir eserin korunması burada söz konusu olmamakla beraber) bir aracın yardımıyla tesbit edilir veya çoğaltılırsa ve yayılırsa himaye konusu olabilmektedir. (FSEK. m. 84). Burada hak sahibinin korunan hakkı daha çok «ticarî» mahiyet arzeder. Himaye edilen ise eserin sahibi değil; eseri nakle yarayan bir araçla tesbit eden ya da çoğaltan müteşebbisdir. Müteşebbis, kendisine özgü bir usul veya araçla bir eseri, bir resmî, işaret veya sesi tesbit veya yayan kimsedir. Üçüncü şahısların müteşebbisin emeğinden haksız yararlanmalarını kanun önlemek amacını gütmektedir. İşaret, resim ve ses'in eser niteliği taşıyamaması önemli değildir, zira maksat müteşebbisin emeğinin korunmasıdır.

İncelememizin konusu, bir ad, alâmet veya işaret, resim ve ses üzerindeki hakların nasıl bir himayeyi gerektirdiği, kanunların bu yoldaki yeterliliği ve yürürlükte olan durumdur.

II — KORUNAN HAKKIN NİTELİĞİ :

Fikrî emeğin ürünü olmakla beraber «eser» niteliği taşımayan fikir mahsülleri üzerindeki haklar haksız rekabet esaslarına göre himaye görmektedirler. Bunun sonucu olarak ad, alâmet ve bir eserin çoğaltılmış nüshalarının şekillerinin korunması için söz konusu ad ve alâmeti taşıyan eserin fikir ve san'at hayatında geçerliliğini sürdürmesi gerekli ve yeterlidir. (1). Bir işaret, resim veya sesi tekrara yarayan araçlar üzerine tesbit edilmesi halinde de bu araç üzerindeki haklar da haksız rekabet esasına dayanan bir himayeden yararlanırlar. Zira, bu halde korunan eser değil, bu türlü

tekrar veya çoğaltma araçlarını yapan müteşebbisin emeğidir. Teknik kolaylıklarla kopya veya kısmî değişiklikler yaparak teşebbüs sahibinin emeğinin ürününden haksız olarak yararlanılmasında haklılık kabul edilemez. Nitekim kanun koyucu hukuka aykırı bu tür davranışları men hakkını müteşebbise tanımıştır : FSEK. nun 83. maddesinde bir eserin adı, alâmeti ve çoğaltılmış nüshalarının şekilleri himaye edilirken, aynı kanunun 84. maddesinde de eser niteliği taşımayan her nev'i fotoğraflar, sinema filmleri, resimler ve ses yahut işaretlerin bir nakil aracıyla haklı olarak tesbit eden veya çoğaltan kimse korunmaktadır.

III — HAKKA TECAVÜZ EDENLER VE TECAVÜZ ŞEKİLLERİ :

A) TECAVÜZ EDENLER :

Ad, alâmet, işaret, resim ve ses üzerindeki hakka tecavüz ancak üçüncü şahıslar tarafından vaki olabilir. Eser sahibi kendisinin eseri üzerinde değişiklik yapmak yetkisi her zaman mevcuttur. Önemli olan husus mütecaviz kişinin herhangi bir şahıs olabilmesidir. Nitekim, Fikir ve San'at Eserleri Kanunumuz tecavüz eden'in tacir olmasını aramamıştır. Tecavüz bir veya birden fazla şahıslar tarafından yapılabilir.

B) TECAVÜZ ŞEKİLLERİ :

Genel olarak tecavüzün iltibasa mahal verecek tarzda ad'ın, işaret'in, alâmet'in veya resim yahut sesin kullanılması, çoğaltılması, yayılması ile tezahür ettiği görülmektedir.

1. İltibasa Yer Verecek Şekilde Kullanma :

Bir eserin ad veya alâmetinin veya çoğaltılmış nüshalarının şekillerinin «iltibasa» yer verecek tarzda, başka bir eserde kullanılması en çok rastlanılan bir tecavüz şeklidir.

Tanınmış bir eserin şöhretinden istifade ile reklâm yapmak ve bu yolla kazanç elde etmek amacıyla yanıltıcı bir tekzip tarzı kullanılarak kulağı veya gözü aldatmak mümkün olabilmektedir. Örneğin, adın bir harfinin değiştirilmesi, aynı görünümü verecek biçimde düzenlenmesi, renk ve çizgi değişimleri veya gözden kaçacak ekler kullanılması v.s..

Eser sahibinin eserinin dış görünümüne belirli bir biçim verecek umuma arzı halini aynen kopya etmek veya yanıltıcı şekillerle benzerlik sağlamakla iltibas yapılmış olabilir. Bu itibarla iltibas kavramı yanıltmanın veya aldatmanın bulunduğu her ifade tarzında anlamını bulmaktadır. Bununla beraber, iltibasın varlığından söz edebilmek için topluma arz edilmiş, âlenileşmiş bir ad, alâmet veya nüshanın mevcudiyeti aranmalıdır. Kamuya arz edilmemiş bir eser veya onun ad veya alâmetinin iltibas konusu olması olanaksızdır. Çünkü, haksız kullanma ancak umuma arz edilmiş bir eserde ortaya çıkar ve himaye dışı kalır. Kanun haklı bir emek ürününün haksız yararlanmalar karşısında korunması amacını gütmektedir. İltibas ise haksız faydalanma yoludur.

2. Çoğaltma Ve Yayımlama :

Bir işaret, resim veya sesin aynı araçtan faydalanılarak çoğaltılması veya yayımlanması o aracı ilk defa kullanarak tesbit veya çoğaltma yapan müteşebbisin hakkına tecavüz teşkil eder. Üçüncü şahsın hareketinin müteşebbisin hakkına tecavüz sayılabilmesi için, ses, işaret veya resmi tekrara yarayan aracı kopya etmesi ve kullanması şarttır. Çünkü, kanun «aynı vasıtanın kullanılması» ve kamuya arzedilmesi unsurlarının birlikte bulunmasını aramaktadır. Diğer taraftan, çoğaltma konusu olan her nüsha diğeri kadar değerli olduğundan bu halde asıl kopya söz konusu olamaz. (1).

Kanun müteşebbisin çoğaltmasını «haklı» olması halinde korumaktadır. Haklı bir çoğaltma veya yayımdan maksadın ne olduğu kanunda açık olarak belirtilmemekle beraber eser sahibinden bu maksatla alınan «izin» hareketin haklılığını sağlayabilir. Eser sahibinin bir müzeye devrettiği eserinin çoğaltılmasını veya yayımını açıkça men etmemesi halinde, bu eserden faydalanma yetkisi bir kararname ile devlete veya bir müesseseye bırakılabileceği Yargıtay'ca kabul edilmektedir. (2). Kanaatımızca, müzeye devredilen eserin çoğaltılması veya yayımı açıkça men edilmediğinden bir müteşebbisin ses, işaret veya resmi tekrara yarayan bir aletle müzeden bu eseri teksir veya tesbit etmesi halinde — müze yetkilisinin izninin alınması kaydıyla — haklılık vardır. Çünkü, eser sahibi eserinden faydalanılmasını önlemek istememiştir; böyle bir isteği olsaydı eserini herkese açık bir kuruluş olan müzeye devir ve teslim etmezdi. Yargıtay müzeye devredilen eserden faydalanmanın Ba-

(1) Poroy, R.: Fikrî Hukuk Dersleri (Ders notları Teksir) sh. 5.

(2) Y.T.D., 5. III. 1971, E. 70/2684, K. 71/1697 Batider, 1971, C. VI. S. 2, sh. 427.

kanlar Kurulu kararı ile tâyin edilebileceğini ve bunun devlet veya bir müesseseye verilebileceği görüşünde olduğuna göre, eserden istifade edilmesinin belirli bir sınırlama içinde yapılabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Bu sonuçtan hareketle, müteşebbisin usulüne uygun yapılmış bir yayımdan tekrara yarayan bir âletle tesbit veya teksir yapabilmesi tabii görülebilir. Şüphesiz eseri müzeye devredenin gerçek iradesi yönünde hareket edilmesinde yarar vardır.

Koruma süresi geçmiş eserlerde eser sahibinden izin alınmasına lüzum yoktur. Bu itibarla koruma süresini Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa göre doldurmuş eserler serbestçe tesbit ve çoğaltılabilirler.

İşaret, ses, resim tekrarlama aracı ticarî amaçla kullanıldığında aynı araçtan masrafsız ve zahmetsizce faydalanılması haklı bir sebebe dayanmamakla beraber üçüncü şahıs bir çoğaltma veya yayım faaliyetinde bulunmazsa müteşebbis himaye görmez. Çünkü, himaye sadece çoğaltma veya yayım hallerini kapsamaktadır. (1).

IV — DAVA HAKKI :

A) GENEL OLARAK :

Haksız rekabet müessesesi Türk Ticaret Kanununda ve Borçlar Kanunda olmak üzere iki ayrı yerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 83 ve 84. maddelerinin son fıkralarında tecavüz eden hakkında haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Burada, ayrı konunun ayrı ayrı kanunlarda tanzim tereddüt husule getirebilir. Gerçekten, FSEK. nun ad, alâmet, işaret, resim ve ses'in korunmasında getirdiği haksız rekabet hükümleri açık değildir. Yürürlükte bulunan T.T.K. nun haksız rekabete ilişkin hükümleri İsviçre hukukundan alınma kaidelerdir. Kanunun hazırlık döneminde İsviçre Hukukunda olduğu gibi haksız rekabete dair Borçlar Kanunu hükümlerinin kaldırılması bizim memleketimizde de düşünülmüştür. (1). Bununla beraber komisyon çalışmaları sonunda Borçlar Hukukundaki haksız rekabete dair hükümlerin aynen bırakılması uygun görülmüştür. Ancak, Türk Ticaret Kanununun haksız rekabeti düzenleyen maddelerinde değişiklik yapılmadan sadece Türk Ticaret Kanunun Mer'iyet

(1) Ayiter, N. : Hukukta Fikir ve Sanat ürünleri, Ankara 1972, sh. 76.

(1) Bozer, A. : Türk Ticaret Kanununa göre Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası ve Ticarî Usûl, 27 Nisan / 3 Mayıs 1959, Tebliğ, sh. 62.

ve Tatbik Şekli hakkındaki Kanunun 41. maddesinin 2. bendine eklenen bir madde ile T.T.K. nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin uygulama alanı gösterilmiştir. Kanun koyucunun bu yoldaki tasarrufu Borçlar Kanunu ile T.T.K. nun arasında uygulamada haklı tereddütlere ve yorumlara yol açılmıştır.

Bir görüşe göre, FSEK. nun 83 ve 84. maddeleri hükümlerinde sözü edilen haksız rekabet yasağı B.K. nun 48. maddesi hükmüne göre çözümlenmelidir. Çünkü, «haksız rekabet» terimi 5846 sayılı FSEK. nun yayım tarihinde yürürlükte olan Ticaret Kanununda değil, sadece Borçlar Kanununda kullanılmıştır. Kaldı ki, Borçlar Kanununun 48. maddesine eklenen (a) fıkrasında ticarî işlere ait haksız rekabet hükümleri saklı tutulmuştur. (2).

Diğer bir görüşe göre, tecavüz edenin tacir olup olmamasına bakılmalı ve buna göre bir ayırım yapılmalıdır. Tecavüz fiilinin tacir tarafından yapılması halinde Türk Ticaret Kanunu hükümleri; başka şahıslar tarafından yapılması halinde Türk Ticaret Kanunu hükümleri; başka şahıslar tarafından yapılması halinde ise Borçlar Kanunu (B.K. m. 48) uygulanmalıdır. (3).

Gerçekten Borçlar Kanunun 48. maddesi hükmü ile T. Ticaret Kanununun 56 - 65. maddelerinin uygulama alanlarını ayrı ayrı tâyin ve tesbit etmek güçtür. Kanaatımızca, sorunun ekonomik açıdan ele alınması çözüm kolaylığı sağlayabilir. Türk Ticaret Kanunu haksız rekabeti şu şekilde tarif etmektedir: «Haksız rekabet, aldatici hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadî rekabetin her türlü suiistimalidir». (T.T.K. m. 56). Bu hükümden anlaşılacağı üzere, haksız rekabete dair hükümler sadece ticarî işlerde değil, iktisadî rekabetin her türlü kötüye kullanılması hallerinde de uygulanabilir. Bu halde ise esasen Borçlar Kanunun 48. maddesinin tatbik alanı ortadan kalkar. (4). Diğer taraftan, iktisadî her türlü haksız rekabet halleri «ticarî iş» sayılmak suretiyle de yine T.T.K. nun 56 - 65. maddelerinin tatbiki mümkündür. (5). (T.T.K. m. 3).

FESK. nun 83. maddesinin son fıkrasında, «Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete müteallik hükümler uygulanır» denilmekte, aynı

(2) Örs, H. F. : Türk Hüsusi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara 1958, sh. 24 - 26. Tandoğan, H. : Türk Mesuliyet Hukuku, 1961 sh. 311 - 312 ve no : 11, 14.

(3) Ayiter, N. : age., sh. 254.

(4) Bozer, A. : Bankacılar için Ticaret Hukuku Bilgisi, Ankara 1972, sh. 72.

(5) Karayalçın, Y. : Ticaret Hukuku Ticarî İşletme, Ankara 1968, sh. 452.

ifade 84. maddenin son fıkrasında da tekrarlanmaktadır. Görüldüğü gibi metinlerde haksız rekabette tecavüz edenin tacir olması gerektiği prensibinden hareket edilmiş ise de, bu kurala bir istisna getirilerek haksız rekabet hükümlerinin mütecavizin tacir olmaması halinde dahi uyuglanacağı belirtilmiştir. Burada tarafların ayrıca ticarî işletmeyle ilgili bulunması veya tavir olması hallerinde T.T.K. hükümleri, diğer halde B.K. nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin uygulanacağı şeklindeki yoruma katılmak güçtür. Çünkü, T.T.K. nun haksız rekabete ilişkin hükümleri bütün iktisadî hayata şamildir. (1). Türk Ticaret Kanunun Mer'iyet ve Tatbik Şekli hakkındaki Kanunun 41. maddesinin (a) fıkrası ile B.K. nun 48. maddesine eklenen ikinci fıkra hükmünde «Ticarî işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanununun hükümleri mahfuzdur» denilmekte, bu hükümle T.T.K. nun 56. maddesi değiştirilmektedir. Diğer taraftan T.T.K. nun tanzim tarzı daha geniş kapsamlı ve ayrıntılıdır, B.K. nun 48. maddesi ise dar bir şekilde tanzim edilmiştir, yetersizdir. (2). Kanaatımızca, T.T.K. nun 56 -65. maddeleri karşısında — İsviçre Hukukunda olduğu gibi — B.K. nun 48. maddesinin tamamen kaldırılması, ikili düzenlemeye son verecek tek çözüm şeklidir.

B) HAK SAHİBİNİN AÇABİLECEĞİ DAVALAR :

Haksız rekabet yüzünden zarar gören veya zarar tehlikesine maruz bulunan eser sahibi veya müteşebbis, bu fiili işleyenlere karşı hukuk davaları açabileceği gibi haksız rekabet fiili hizmet veya işin yapılması sırasında müstahdem veya işçi tarafından işlenmişse, bunların istihdam edenlerine karşı da tazminat davası açılabilir. Ancak, istihdam eden haksız fiilden doğan zararın vuku bulmaması için hal ve durumun icap ettirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu, yahut dikkat ve itina gösterse bile zararın doğmasına mani olamayacağını isbat ederse sorumluluktan kurtulmuş olur. (B.K. m. 55). Buna karşılık, işçi veya müstahdemin mes'uliyeti devam eder.

Haksız rekabetle ilgili bulunan diğer hukuk davalarında istihdam edenin böyle bir def'i dermeyer hakkı yoktur, dava kendisine tevcih edilir. Basın yoluyla işlenen haksız rekabet fiilinde, kusur varsa fiili işleyen şahıs aleyhine, fiili işleyen kusursuz ise Ba-

(1) Bozer, A. : age., sh. 72.

(2) Karayalçın, Y. : age., sh. 452 ve not 21.

sın Kanununda gösterilen sıraya göre ; yazı işleri müdürü, nâşir, matbaa sahibi aleyhine dava ikame edilebilir. (Basın K. m. 16/4). Maddî ve manevî tazminat davasının açılması Borçlar Kanunu hükümlerine tâbidir.

Ad, alâmet, işaret, resim veya ses üzerinde hak sahibi olan kimsenin açabileceği davaları haksız rekabet hukuku kuralları içinde hukuk ve ceza davaları olarak iki kısımda incelemek gerekir.

1. Hukuk Davaları :

Haksız rekabet halleri hukuk davaları ile bir korunmaya tâbi tutulmuştur. Bu koruma sınırları içine, hak sahibinin ihtiyatî tedbir talebi, fiilin haksızlığının tesbiti, haksız rekabet halinin men' ettirilmesi, yanıltıcı beyanların düzeltilmesi, zarar tazmini, hükmün ilânı halleride girmektedir.

a) *İhtiyarî tedbir talebi :*

İhtiyatî tedbir, dava açılmadan önce veya dava sırasında ait olduğu mahkemeden istenebilir. Bununla, eser sahibi veya müteşebbis dava açmadan evvel mevcut durumun olduğu gibi saptanmasını, delillerin tesbitini yahut gerekli tedbirlerin tâyini mahkemeden isteyebilmektedir. Burada mahkemenin, görevli hukuk mahkemesi olması yeterlidir, ayrıca mahkemenin selâhiyetli olup olmadığı aranmaz. Buna karşılık, mahkemeden tedbir kararı isteyen teminat göstermesi ve tedbir kararının alınmasından başlayarak on gün içinde esas hakkında dava açması zorunludur. (HUMK. m. 110). Asıl davanın açılması halinde ise ihtiyatî tedbir kararın kendiliğinden kalkacağı kanun hükmüdür. (HUMK. m. 109).

b) *Tesbit davası :*

Bu davanın amacı, failin fiilinin haksız olduğunun tesbitidir. Bu itibarla tesbit davası ile tam bir sonuca varılmış olunmaz. Haksız rekabet yasağına uymayan kimsenin, haksızlığının ve haksız olarak ika ettiği zararın tesbiti, daha sonra açılacak asıl davaya delil olacağı için önemlidir.

c) *Eski hale iade davası :*

Ad ve alâmetlerin iltibasa mahal verecek tarzda kullanılmasından doğan maddî ve manevî zararların tazmini yanında, sözü edilen haksız davranış sonunda kamuya arz edilmiş eserlerin toplama

tılması, yanlış beyanların düzeltilmesi de hak sahibi tarafından talep edilebilir. Yanıltıcı ifadeler yayım araçları ile yapılmışsa, aynı yayım araçları kullanılarak düzeltilmesi istenebilir. Eski hale getirme davasının açılmasının amacı, yanlış olan halin giderilmesidir. (1). Davacı, mahkemece verilen düzeltici nitelikteki kararın ilânını da talep edebilir.

d) Tecavüzün önlenmesi davası :

Bu dava ile haksız rekabetin men'i gayesi güdülmektedir. Tecavüz devam ediyorsa men ettirmek, tekrarlanması ihtimali varsa bunun önlenmesini talep etmek davacının hakkıdır. Bu davanın açılabilmesi için mütecavizin kusurunun bulunması aranmaz. Men kararının davalıya tebliğinden sonra, haksız rekabet fiilinin aynen veya bazı değişikliklerle aynı şahıs tarafından tekrarlanması halinde kanunun cezaî müeyyidesi uygulama alanı bulur. (Bkz. T.T.K. m. 64/son).

e) Tazminat davası :

Maddî ve manevî tazminat davasının açılabilmesi mütecavizin kusurunun bulunması şartına bağlıdır. Çünkü, haksız rekabet, haksız fiilin bir çeşididir. Maddî tazminat davasında hâkim, davacı lehine, davalının haksız rekabet sonucunda elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir. (T.T.K. m. 58/e).

Manevî tazminat davasının açılabilmesi Borçlar Kanunun 49. maddesindeki şartların varlığına bağlıdır. Bununla beraber, manevî zarara hükmedilmesi için fiilin maddî bir zarar doğurmuş olması şart değildir. (2).

Manevî zarara uğrayan eser sahibi veya müteşebbis yanında, haksız rekabet yüzünden zarar gören üçüncü şahıslar da manevî tazminat talep ve dava hakkına sahiptirler. (3).

f) Hükmün ilânı :

Davacı, haksız rekabet davasıyla elde ettiği kararın ilân edilmesini mahkemeden isteyebilir. Bu konuda talep yoksa, mahkeme hükmün ilânına kendiliğinden karar veremez. Karar, kesinleştik-

(1) Bozer, A. : age., sh. 74.

(2) Y. 4. H.D., 4/6/1930, K. 3080, Tepeci, K. : sh. 140, (Örs, H. F. age., sh. 95 den naklen).

(3) Örs, H. F. : age., sh. 95.

ten sonra ilân edilir. Hükümün ilân edilmesi istemi, dava açılırken yapılmalıdır, sonradan böyle bir talep iddianın genişletilmesi sayılır. Mütecevizin kusurlu olup olmamasının, davacının ilân isteminde bulunmasına etkisi yoktur. İlanın muhtevası, hükümün özeti olup hâkim tarafından tesbit edilir. İlan masrafı davalıya aittir. (T.T.K. m. 61). Hükümün ilânı hukuk davaları için söz konusudur. Çünkü, ilâm bir müeyyide olarak konulmuştur. (1).

Ceza davalarında hükümün ilânı kabul edilmemiştir. (T.T.K. m. 64, 65).

2. Ceza Davaları :

Kasten veya iltibasa mahal verecek tarzda ad ve alâmetlerin kullanılması T.T.K. nun 57. maddesinde yazılı fiillerden birini teşkil eder. Bu suretle haksız rekabet suçu meydana gelir. Haksız rekabet suçları takibi şikâyete bağlı mevaddandır. Bu itibarla, ancak suçtan zarar görenin yazılı şekilde şikâyeti üzerine, kasten iltibas yapan şahıs hakkında ceza davası açılabilir.

Haksız rekabetin men'i hakkındaki kesinleşmiş hükme rağmen, haksız rekabet fiiline aynen veya bazı değişikliklerle devam etmek tekerrür sayılır. Bu halde suç re'sen takip edilir. (2).

Kanun, cezaları para cezası ve hapis cezası veya ağır para cezası bazı hallerde her iki nev'i birlikte düzenlemiştir. (T.T.K. m. 64, 65).

C. ZAMANAŞIMI :

Haksız rekabet davalarının zamanaşımı süresi, haksız fiil zamanaşımından daha kısa olarak tesbit edilmiştir. Her türlü haksız fiil davasında zamanaşımı bir ve üç yıllık zamanaşımına tâbidir. Buna göre, eser sahibi veya müteşebbis haksız rekabet fiilini öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde ve herhalde bu hususu öğrendiği günden başlayarak üç yıl içinde dava açabilecektir.

Haksız rekabet suçunun işlenmesi halinde açılacak davanın zamanaşımı süresi ise beş yıldır. (T.C.K. m. 102/4). Ceza davası için söz konusu olan beş yıllık zamanaşımı süresi, hukuk davası için konulan zamanaşımından daha uzun olduğundan, haksız rekabet

(1) Örs, H. F. : age., sh. 109.

(2) Bozer, A. age., sh. 76.

dolayısıyla açılacak hukuk davası ceza davasının zamanaşımına tâbidir. (T.T.K. m. 62).

D. YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME :

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 76. maddesinde bu kanun ile ilgili davalarda dava olunan şeyin miktarına ve kanunda gösterilen cezanın derecesine bakılmaksızın görevli mahkemenin Asliye Mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır. 5846 sayılı F.S.E.K. nun telif hakkına ilişkin olması dolayısıyla bu kanundan doğan davalar Asliye Hukuk Mahkemesinde değil, Asliye Ticaret Mahkemesinde görülecektir. (1). (T.T.K. m. 4/4). Diğer taraftan mesele Ticaret Mahkemelerinin iş sahası açısından hareket edilerek de aynı çözüme varılabilir. Nitekim, hem Borçlar Kanunun haksız rekabete ilişkin hükümleri (T.T.K. m. 4/3) hem de Türk Ticaret Kanunun haksız rekabeti düzenleyen hükümleri (T.T.K. m. 4/1) gereğince, uyuşmazlıklar Asliye Ticaret Mahkemesinde çözümlenecektir. Bağımsız Ticaret Mahkemelerinin bulunmadıkları yerlerde, bu davalara Ticaret Mahkemesi sıfatıyla Asliye Hukuk Mahkemeleri bakacaktır.

Haksız rekabet dolayısıyla, açılan ceza davasında tazminata da hükmedilmesi talep edilmişse Ceza Mahkemesi C.M.U.K. nun 358. maddesini uygulayacaktır. Bu durumda Ceza Mahkemesi hem ceza hükümlerini hem de Borçlar Kanunun tazminata ilişkin hükümlerini tatbik edecektir. Ceza Mahkemesinin beraet kararı vermesi halinde ayrıca tazminat istemi hükme bağlanmamışsa dosya bu konuda hüküm tesisi için Asliye Ticaret (Asliye Hukuk) Mahkemesine gönderilir.

Yetkili mahkeme, mütecavizin ikâmetgâhı mahkemesidir. Davalının birden fazla olması halinde, dava bunlardan birinin Türk Medeni Kanunu gereğince ikâmetgâhı sayılan yerde açılabilir. (H.U.M.K. m. 9).

SONUÇ :

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenen ad, alâmet, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının dış şekilleri, resim, ses ve işaret üzerindeki eser niteliği taşımayan haklar, anılan kanunla yeterli bir korunmaya tabi tutulmamışlardır.

(1) Bozer, A. : a.g.e. sh. 65.

Krş. : Belgesay, Mustafa R. : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955, sh. 14.

Kanun koyucunun haksız rekabet ilkesine bağladığı hukukî ve cezaî müeyyidelerin kanundaki yerleri dağınıktır. Haksız rekabet hükümleri ise iki ayrı kanunda yer almıştır. Kanunun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunun tatbik sahasına girmesi uygulamada görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Nitekim, Ticaret Kanunun 56-65 ve Borçlar Kanunun 48. maddesi haksız rekabete ilişkin emredici mahiyette hükümler getirmektedir. Diğer taraftan Borçlar Kanunun hizmet akdi dolayısıyla 348. maddesinde, ticarî mümessil ve ticarî vekil dolayısıyla 455. maddesinde de haksız rekabeti düzenleyen hükümlere rastlamaktayız.

Aynı konuya yönelik ayrı ayrı kanunlarda yer alan hükümler karşısında Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda sözü edilen haksız rekabetten doğan uyuşmazlığa bizce Ticaret Kanunun uygulanması gerekmektedir. Esasen Ticaret Kanunun haksız rekabet konusundaki hükümleri başlangıçta Borçlar Kanunun yetersiz 48. maddesini kaldırmak amacını taşımaktadır. Bununla beraber her iki kanun hükümlerinin yürürlükte olması karşısında uyuşmazlığı çözümlemede daha ayrıntılı ve kapsamlı olan Ticaret Kanunundan yararlanmak daha faydalıdır. Aslında haksız rekabet konusu, başlı başına özel bir kanun konusu olmak lâzım gelir. Çünkü, haksız rekabet kamu düzenin ve ekonomik düzenin yakından ilgilendiği bir konudur. (1). Bu sebeple haksız rekabet hükümlerinin yeri Borçlar Kanunu olmamak gerekir. Telifi oldukça güç bir durum arzeden bu karmaşıklıktan, Hükümet tasarısının gerekçesinde gösterildiği gibi B.K. nun 48. maddesinin kaldırılması zaruretime inanmaktayız. (2).

(1) Bozer, A. : age. sh. 71.

(2) Karayalçın, Y. : age., sh. 452 - Bozer, A. : age., sh. 75.

KISALTMALAR

age.,	: Adı geçen eser.
agt.,	: Adı geçen tebliğ.
B.K.	: Borçlar Kanunu.
C.	: Cilt.
C.M.U.K.	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu.
F.S.E.K.	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu.
H.U.M.K.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
K.	: Kanun.
Krş.	: Karşılaştırmamız. Karşı Görüş.
m.	: Madde.
T.T.K.	: Türk Ticaret Kanunu.
S.	: Sayı.
Sh.	: Sahife.
Y.T.D.	: Yargıtay Ticaret Dairesi.

BİBLİYOGRAFYA

- ARSLANLI, HALİL. *Prof. Dr.*: Fikri Hukuk Dersleri, İstanbul, 1954.
- AYİTER, NÜŞİN. *Prof. Dr.*: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1972.
- BELGESAY, MUSTAFA N., *Ord. Prof. Dr.*: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 1955.
- BOZER, ALİ. *Prof. Dr.*: Bankacılar için Ticaret Hukuku Bilgisi, Ankara, 1972.
- BOZER, ALİ. *Prof. Dr.*: Türk Ticaret Kanununa göre Ticaret Mahkemelerinin iç sahası ve Ticarî Usul, 27 Nisan / 3 Mayıs, 1959 Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Tebliği.
- ERMAN, SAHİR. *Prof. Dr.*, ÖZEK, ÇETİN. *Doç. Dr.*: İzahlı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat İstanbul, 1964.
- HIRSCH, E. ERNEST, *Ord. Prof. Dr.*: Hukukî Bakımdan Fikrî Say, C. II.
- HIRSCH, E. E. *Ord. Prof. Dr.*: Fikrî ve Sinaî Haklar, Ankara, 1948.
- KARAYALÇIN, YAŞAR. *Prof. Dr.*: Ticaret Hukuku, C. 1. Ticarî İşletme Ankara, 1968.
- ÖRS, HALİL FAHRİ. *Dr.*: Türk Hususî Hukukunda Haksız Rekabet Ankara, 1958. (Doktora tezi)
- POROY, REHA. *Prof. Dr.*: Fikrî Hukuk. (Ders Notları Teksir)
- TANDOĞAN, HALÛK. *Prof. Dr.*: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961.
- TOPÇUOĞLU, HAMİDE. *Prof. Dr.*: Fikrî Haklar. (Ders Notları) Ankara, 1964. (Teksir)
- YETKİN, S. KEMAL. *Prof. Dr.*: Estetik Dersleri Ankara, 1942.



SUÇBİLİM AÇISINDAN TUTUKLAMA (*)

J. VERIN (**)

Çeviren : Dr. HASAN İ. BİYIKLI
Ankara C. Savcı Yardımcısı

Tutuklama, her zaman etrafında en çetin tartışmaların yapıldığı bir kurum olarak kalmıştır. İnsanların hak ve özgürlükleri ve ya toplum çıkarlarının korunması yolunda harekete geçen, savaşa atılanlar yalnız hukukcular olmamıştır. Bunu anlamak için, GAROFALO'nun 19. yüzyılda tutuklamaya karşı olanları yanıtlamak üzere yazdıklarını okumak yeterlidir : «Deniliyor ki, tutuklama çoğu zaman adaletsiz sonuçlar doğuran ve ancak son derece ciddi nedenlerin bulunması halinde, örneğin suçlunun kaçması olasılığının var olduğu hallerde kullanılmalıdır. Bütün bunlar uygulama ile hiç bir ilişkisi olmayan, gerçeklerle yüz yüze gelmemiş öğretim üyeleri tarafından ortaya atılan, kısa zamanda ortak kanı haline dönüşüveren, basın tarafından spekülasyon konusu yapılan ve konu hakkından hiç bir bilgisi olmayan yasa koyucu tarafından, günün birinde alelacele yasa biçimine dönüştürülüpveren sözlerdir.» (1). GAROFALO için ortadan kaldırılması gerekli bir kurum varsa o da tutuklama değil salıvermedir. Zira salıverme, «günümüzde hukuk kurumları arasında en zararlı olanlarından biridir. Salıverme, «günümüzde hukuk kurumları arasında en zararlı olanlarından biridir. Salıverme, cezalandırmanın anlam ve amacına ters yönde etkiler yaratan, mahkemelerin ciddiyetini yitirip, tiyatro sahnesine dönüşmesine yol açan, suç kurbanlarını ve polisleri umutsuzluğa düşüren, suçluları yüreklendiren bir kurumdur.»

Günümüzde saldırı hedefi tamamen değişmiş görünmektedir. Bu saldırıların salıverme (tahliye) kurumuna yapılandan daha yumuşak olduğu söylenemez. M. GARÇON'un tutuklamanın kötüye kullanılmasına (suistimaline) karşı açtığı savaş hatırlanacaktır. O'na göre; «Tutuklamanın kötüye kullanılması güncel bir skandal,

*) «La detention préventive et la Criminologie», R.S.C., 1969, sayı : 3, s. : 707 - 712, 1969, sayı : 4, s. : 917 - 924.

(**) J. VERIN, Fransa Adalet Bakanlığı yargıçlarındandır.

(1) R. GAROFALO, La criminologie, éd. F. ALCAN, 1890, s. : 377 - 387.

insan onuru ve kişiliğine indirilen ağır bir darbedir.» (2). M. GARÇON böylece tutuklamaya insan onuruna ve kişiliğine zarar veren bir önlem (tedbir), hukuk uygulamasında keyfiliğe yol açan bir kurum olması nedeniyle karşı durmaktaydı. Prof. Dr. VOUIN ise, alaylı bir dille, «Fransa'da tutuklama kurumunun kötüye kullanıldığı bir gerçektir. Şiddetle cezalandırmağa taraftar olan hukukcular dışında hiç kimsenin bu gerçeğe karşı duracağını sanmıyoruz...» (3) diye yazmaktaydı. Tutuklama için skandal deyimi günümüzde basında, Moral ve Politik Bilimler Akademisi toplantılarında (4), sık sık kullanılır olmuştur. Tutuklamanın kötüye kullanılmasının önlenmesi parlamento da (5), bakanlar kurulu toplantılarında (6), Ulusal ve Uluslararası suç bilim ve ceza hukuku kurultaylarında tartışılmaktadır.

Fakat tutuklamanın aleyhindeki ve tutuklamanın kötüye kullanılmasının önlenmesi yolunda gösterilen çabalar, sorunun ilmi yönden çözümü için yeterli olmaktan uzaktır. Bütün bu çabalar, tutuklama kararlarının sayısını azaltmaya yaramadığı gibi, şiddetle cezalandırmaya taraftar olan yargıçların sessiz direnişini kuvvetlendirmektedir. Çeşitli adalet bakanlarının, tutuklama kararlarının sayısını azaltmak için yayımladıkları sirküleri uygulamaya koymak konusudna uğradıkları başarısızlıklara (7), yasa koyucunun Fransız C.M.U.Y. 139 maddesinde açıkladığı kuralların, kurultaylarda tutuklamanın kötüye kullanılmasını önleme, tutuklamanın ayrıl (İstisnai) bir tedbir haline getirilmesi ve tutuklama kararlarının yürütümü (infazı) için özel bir rejim yaratılması yolunda ortaya atılan istek ve dileklerin hiç bir sonuç vermediğine tanık olmaktadır.

Sorunun çözülmemiş olması nedeni ile hukukcular arasında doyumsuzluklar ve hoşnutsuzluklar devam etmektedir (8). Ba-

(2) Fransız Moral Bilimler Akademisinin, «Tutuklamanın moral ve psikolojik etkileri» konusunda düzenlediği toplantıda geçen tartışmalar (27 Mart 1952) İn bull. de la Soc. Inter. de Criminologie, Ière sem. 1952, s. : 11-54. M. GARÇON'un bu konuda yazdığı son makaleye bakınız. İn. Le Monde, 7.10.1966.

(3) R. VOUIN, Le cas du docteur Colin, R.S.C., 1964, s. 832-840.

(4) Séance du 4 Eylül 1968.

(5) Voir par exemple Le Pouvoir Judiciaire, no. : 214, déc. 1966.

(6) Intervention de G. POMPIDOU, rapportée par Le Figaro, 3 Mars 1966.

(7) Adalet Bakanlarından biri, M. MARIE, 1947 yılında yayınladığı ve daha öncekilerden daha etkili olmayan bir sirkülerde, bu etkisizliği umutsuz bir dille ifade etmekteydi : «..... Daha önce bu konuda verilen talimatların teorik ve utopik temenniler sayılması ve yararsız şeylermiş gibi uygulanmadan bir köşeye atılmış olmaları gerçekten umut kırıcı olmaktadır.»

(8) R. VOUIN, loc. cit. P. CORNIL. İnfaz açısından bu problem tatminkâr bir çözüme henüz ulaşamamıştır. (Le regime de la detention preventive. Rev. Inter. de Criminologie et de police Techn., 1954, no : 3, s. : 161-172).

zılarına göre ortaya atılan ve tartışılan anlamsız bir sorundur (9), bazıları ise sorunun yanlış biçimde ortaya konulduğu ve yeni baştan bilimsel bir yöntemle ele alınması gerektiği kanısındadırlar (10).

Öyle anlaşıyor ki, toplumsal niteliğe sahip bu sorun şimdiye kadar, bir sorumlu veya sorumluluk arama, bir dava, mevcut uygulamanın bir savunusu olarak tamamen adlî ve hukukî yönden ele alınmış, bu ise ilmî bir çözüme ulaşılması için elverişli bir ortam oluşturmamıştır. Gerçi şimdiye kadar bir çok suç bilimci (Kriminolog) konu üzerinde çalışmış ve yazılar yazmıştır. Ancak, bu çalışmalarda ilmî araştırmalardan çok, yasalara, hukuk uygulamalarına veya tutukluların tabi tutuldukları yürütüm (infaz) rejimine dayanılmak yolu seçilmiştir. Bu çalışmaları bütüncü bir çözüme ulaştırmak, bir senteze bağlamak, tutuklamanın nedenleri ve sonuçları üzerindeki araştırmaları sorunun dar hukukî sınırları içinde bırakmaksızın en son noktasına götürmek, hiç kimseyi hoşnut etmeyen bugünkü durumdan kurtulmak için çareler aramak yine suç bilimcilere düşen bir işlev (görev) olmaktadır.

Bu yazımızda, suçbilimin tutuklama sorununa getirmek zorunda olduğu üç açıklığı, betimleyici, açıklayıcı ve aktif çalışmalarla belirtmek ve böylece soruna derhal bir çare bulunmasındaki zorunluğu ve gerçek bilimsel araştırmalara girililmekte acele edilmesi gerektiğini göstermek istiyoruz.

I — BETİMLEYİCİ ARAŞTIRMALAR :

A) Tutuklama uygulamasının yaygınlığı : Tutuklama uygulamasının yaygınlığı üzerinde ortaya atılan çelişik fikirler, bu uygulamanın kötüye kullanılıp - kullanılmadığı yolundaki tartışmalar, tutuklamanın, yeterli ve tam anlamı ile sınırları belirlenmiş bir önlem (Tebdir) olmadığını açıkca ortaya koymaktadır.

(9) Bak özellikle, A. BRAUNSCHWEİNG'in Federal Yargıçlar Birliği 1966 yılı kurultayında okuduğu rapor. *Le pouvoir Judiciaire*, no : 210, juin - juillet, 1966, s., 10 - 11 ve DARGENT *Le Monde*, 22.12.1966.

(10) Bak Birleşmiş Milletler Konsültatif gurubunun, 5 - 11.12.1961 tarihleri arasında yaptığı. «Suçluluğun önlenmesi ve suçluların ıslâhı» konulu toplantısı : «Büyük ve yetişkin olmayan suçluların tutuklanması üzerine yapılan araştırmalar, tutuklama kararından beklenen yararların ve tutuklamanın amaçlarının açıklığa kavuşturulması tutuklama yerine geçebilecek önlemlerin yaratılması için, devam etmek zorundadır.», F. CLERK, *La détention préventive*, *În Rev. Pén. Suisse*, 1968, s. : 150. «Toplumsal bilim dallarındaki ilerlemeler, tutuklamanın dayandığı ilkelerin tartışılmaz olduğu yolundaki düşüncüyü ortadan kaldırmıştır. Y. MARX, Avrupa Ceza Hukuku Kurultayı (Bruxelles, 7-9. Nov. 1968) Geleneksel bir kurum olarak tutuklama uygulamacılarla, teorisyenleri karşı karşıya getirmektedir. Her iki grup üzerinde bir anket gerçekleştirilmesi iyi olur (R.S.C. 1969, s. : 24).

Bazılarına göre tutuklamanın kötüye kullanıldığı açıkça ortadadır. Zira ayral (istisnai) olması gereken tutuklama, kural haline dönüştürülmüştür. Diğerlerine göre ise, «Bu önlemin kötüye kullanıldığı savları (iddiaları), ne sayıca, ne de nitelik yönünden ispatlanabilmiştir.» (11). Şimdiki uygulamanın bir başka savunucusu ise, «Tutuklama önleminin kötüye kullanıldığını ileri sürenler, bir taraftan yargılananlardan ancak 1/4'ünün tutuklandığını gösteren istatistikleri, öte yandan yargıçların sorumluluklarını kavramış oldukları gerçeğini hafife almaktadırlar» (12, diye yazmaktadır. Aca-ba, tutuklama konusunda verilen rakamlara güvenilebilir mi? M. GARÇON, tutuklama konusunda verilen rakamların toptan red edilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır: «Bana rakamlarla cevap vermeyiniz, zira onların tümü yanlıştır.» (13). Aslında M. GARÇON'un bu yöndeki reddi gerçek nedenlere dayanmaktadır. Gerçekten, hükümlü sayısının son derece kabarmasına neden olan hafif suçlar için tutuklama zaten söz konusu değildir. Bu tür hafif suçların, tutuklananlar oranının, tutuklanmayan mahkûmlar yanında çok küçük kalması sonucunu doğuracağı açıktır.

Tartışmaların böylesine uzaması, tartışmacıların tutuklamanın kötüye kullanılması kavramı ve karşılaştırma ölçütlerinde anlaşılmış olmalarından ileri gelmektedir. Tartışmacılardan çoğu ceza evlerinde bulunan mahkûmlarla, tutuklananlar arasındaki orana önem vermektedir. Bazıları ise, karşılaştırmayı tutuklama kararları sayısı ile, hazırlık soruşturması sayısı arasında yapmaktadır (14). Bunlardan başka, tutuklama sayısı ile, takipsizlik ve beraat kararları arasında paralellik kurmak isteyenler de vardır. Fakat, bu son ölçütü benimseyenler, takipsizlik veya beraat kararlarının her zaman masumiyet sonucu olmadığını, böylece tutuklamanın haklılığını ortadan kaldırmayacağını belirten hukuk uygulamacıları tarafından reddedilmektedir (15).

Oysa, tutuklama uygulamasının yaygınlığı hakkında doğru bir fikir sahibi olmak için, yıllık adli istatistiklerin yetersizliği yüzün-

(11) Rapport de la LE GUNHEC, 9. Fransız Kriminoloji Kurultayı (Montpellier, 26 - 28. Sep. 1968).

(12) R. DARGENT, loc. cit.

(13) Loc. cit. 13.

(14) Bak, J - P DOUCET, La détention préventive : mesures exceptionnelles ? (Gaz. Pal. 1966, I ere septembre, s. : 135) Yazar ortaya koyuyor ki; 1952 yılından 1957 yılına kadar sorgu yargıçlarının el koyduğu işler genel davaların % 54,2 sini teşkil etmektedir. Aynı ölçüyü kullanarak, LE GUENEHEC (loc. cit.), 1960 - 1965 yılları arasında, tutuklama kararlarının, hazırlık evraklarına oranla, sorgu yargıçlarına giden işlerin giderek daha önemli olmaya başladığını ortaya koymaktadır.

(15) Bak LE GUENECEH'in raporu, bu oran 1960 yılında % 4,22 den, 1965 yılında % 2,63'e inmiştir.

den doğabilecek yanlışların gözönüne alınması ve bu istatistiklerin yetersizliği üzerinde yapılan araştırmaların derinleştirilmesi zorunlu görünmektedir (16). Örneğin, tutuklama kararını veren makamların türü, tutuklama süresi ve tutuklamanın yürütüm rejimi bu istatistiklerde göz önüne alınmamaktadır veya ayrıntılı biçimde gösterilmemektedir. Tutuklama kararı, tutuklananın işlediği suçun niteliği, cinsi ve önemi ve kamu oyununda yarattığı tepki yönünden de değerlendirilmelidir. Tutuklama sayısı ile, cezai takip arasındaki oranla yetinilmeyip, mahkûmiyet ve özgürlüğü kısıtlayıcı cezaya mahkûm edilenler sayısı arasında da oran kurulmalıdır. Bu açıdan tutuklama sürelerinin bilinmesi, mahkûmiyet süreleri ile, tutuklama süreleri toplamı arasında bir oran kurulabilmesi için kaçınılmaz görünmektedir (17).

B) Tutuklama kararlarının saikleri ve tutuklanan kişilerin özellikleri : Tutuklama kararlarının sayısı doğru dürüst saptandıktan sonra, tutuklama kararlarının saikleri, tutuklananların kişiliklerinin araştırılması gerekmektedir. Bu ise yargıçlar katında anketler gerçekleştirilmesini, örnek olarak seçilmiş dosyaların incelenmesini ve tutuklananlar üzerinde kişilik özelliklerini ortaya koyacak araştırmalar yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

GRAVEN'in tutuklamanın sonuçları konusunda söylediği gibi; «Suç bilim ceza hukukuna uygulanan insanî bilim olarak işe yarayacaksa, her durumu derinlemesine ve kendi karmaşıklığı içinde ele almalı, çözüme bağlamalıdır.» (18).

Bu tür araştırmalar, tutuklama sorununun çözümüne yardımcı olmakla kalmayıp, adli psikolojiye, suçlu ile suç kurbanı ve dolayısıyla suçlunun çevresi ile olan ilişkilerine aydınlık getirecek, tehlikeli kişiler sayısını saptamada, ceza ve tevkif evlerinin yapım biçimlerinin geliştirilmesinde, tutuklama kararlarının, tutuklanan-

(16) Böyle istatiki bir araştırmanın güzel bir örneği için bak, Le Home Office Research Unit (Londres, 1960), «Time Spent Awaiting Trial».

(17) Biz 1968 yılında Montpellier'de yapılan Kriminoloji kurultayında (Eylül, 1968) tutuklamanın süresi ve sayısını, Yürütüm evleri Genel Müd. yıllık raporları ve genel adalet istatistiklerine dayanarak hesaplamaya çalışmıştık. Ancak, 1912 yılından günümüze kadar ele aldığımız bu rakamlarda pek çok şey eksik olduğu gibi, elde edilen bilgiler de güvenilir değildir. Aşağı - yukarı bir hesaplama, 1960 yılından itibaren oranlar şöyledir: Asiyelik ve ağır cezalı işlerin % 20 si, mahkûmiyetle sonuçlanan işlerin % 50 si, ertelenmiş hapis cezaları ile sonuçlanmış işlerin % 90 nı tutuklu iş teşkil etmekte, ceza evindeki tutuklu iş teşkil etmekte, ceza evindeki tutuklu sayısı, genel mevcudun % 40 nı meydana getirmektedir.

(18) J. GRAVEN, «Réf. faite.....» editorial de la rev. Inter de criminologie et de pol. technique. Avril - juin, 1968.

lar üzerindeki etki ve sonuçlarının saptanmasında yardımcı olmaktadır.

C) Tutuklama kararının sonuçları : Tutuklamanın suçlu yönünden olduğu kadar suçluyu yargılama durumunda olanlar yönünden de son derece önemli sonuçlar doğurduğunu biliyoruz. Bu sonuçların tam bir bilançosunu çıkarmak betimleyici araştırmalara düşen bir görevdir. Bu tür çalışmalar ilk görüldüğünden daha uzun ve geniş olacaktır.

a) Tutuklamanın yargısal kararlar ve mahkûmiyet kararlarının sayısı üzerindeki etkileri incelenmeğe değer bir konudur. Bir suçbilimci tarafından New York'ta gerçekleştirilen çalışma (19), tutuklamanın, mahkûmiyet kararları sayısını hissedilir ölçüde etkilediğini, sanık yönünden yargılamanın mahkûmiyetle sonuçlanması olasılığını önemli derecede artırdığını ortaya koymuştur. Tutuklama kararlarının bu yöndeki etkilerinin çeşitli nedenleri bulunmaktadır; tutuklanan kişi özgür olan sanığa göre savunmasını hazırlamak bakımından daha kötü bir durumdadır, dış görünüşü, moral yapısı, duruşmadaki görünümünü, istemiyerek de olsa, kendisini yargılayanları kendi aleyhinde etkileyecek yönde olmaktadır.

Bir başka araştırmacı Amerikan sistemini ele alarak (20) bu sonuçları doğrulamış ve çoğu zaman tutuklamanın, tutuklunun suçlu olduğu kanısını kuvvetlendiren bir etken rolü oynadığı sonucuna varmıştır.

Kanada da, M. C. FRIEDLAND, aynı önemi haiz suçlar için tutuklama kararları ile aşağıdaki faktörler arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu saptamıştır :

- Avukatlar tarafından savunulan tutuklu sayısının azlığı,
- Tutukluların çoğu zaman mahkûm edilmeleri,
- Tutuklu işlerin pek azının beraat ile sonuçlanması,
- Tutuklu işlerin büyük bir kısmının, özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyetle sonuçlanması (21).

(19) A. RANKIN, New York Univ. Law Review, Juin, 1964, no : 4, s. : 641 ve devamı (Özeti, R.S.C. 1956, s. : 215).

(20) R. GOLDFARE, Ransom A. Critique of the American Bail System, New York, 1965 (Özeti, R.S.C., 1967, s. : 278).

(21) Detention before Trial. A study of criminal cases in the Toronto Magistrates courts. Toronto, 1965 (Özeti, R.S.C. 1967, s. : 279).

b) Tutuklama kararlarının tutuklanan kişilerin ruhî yapısı, meslekî ve ailevi ilişkileri, dolayısıyla daha sonraki hayatı üzerindeki etkileri, CARBONNIER (22), GRAVEN (23), HEUYER (24) gibi bilim adamları tarafından incelenmiştir. Bu konuda yapılacak araştırmalar, tutuklama kararlarının sanığa sağlayabileceği yararları da ihmal etmeksizin tam ve edraflı bir tablo verecek biçimde yapılmalıdır (25).

c) Tutuklamanın yürütüm yönünden doğurduğu sonuçlar daha derinlemesine araştırmaların yapılmasını gerekli kılmaktadır. Zira bir hayli önemli saydığımız bu sonuçların, bütün boyutları ile görülmediğini ve ortaya konmadığını sanıyoruz. En başta tutuklananların yürütüm kuruluşlarında tabii tutuldukları rejim bütün ayrıntılarına kadar incelenmelidir.

Birleşmiş Milletler Teşkilâtının bir araştırmasında, modern infaz (yürütüm) sistemlerinin, tutuklananların tabii oldukları yürütüm rejimi konusunda ortaya çıkardığı çelişkili duruma değinilmektedir. Bugün uygulanmakta olan yürütüm sisteminde tutuklananlar, mahkûm olanlara göre, daha kötü duruma düşmüş bulunmaktadır. Oysa, tutuklananların daha iyi bir durumda olmaları, daha serbest ve avantajlı bir yürütüm rejimine tabi tutulmaları çok daha akla uygundur (26), P. CORNİL (27), F. CLERK (28), J. VERNET (29), SCHULTZ ve bir çok diğerlerinin yaptığı çalışmalar, tutuklamanın yürütüm biçiminin geleneksel ilkelere bağlı kaldığını, mahkûmların cezalarının yürütümü sırasında bilimsel gelişmelerin meyvalarından yararlandırılmağa başlandığı bir sırada, tutuklananların bundan yoksun bırakıldıklarını açıkca ortaya koymuştur. Öte yandan, yürütüm rejiminin insanileştirilmesi sonucu mahkûm lehine kabul edilen dışarıda çalışma, izin, şartla salıverme gibi kurlardan tutuklananların yararlanması olanak dışıdır. Bu farklılıklar ilk anda sanıldığından çok daha önemli sonuçlar doğurabilir.

(22) Instruction criminelle et liberte individuelle, Paris, 1937.

(23) Voir éditorial précité.

(24) Bak iki numaralı notta adı geçen tutanaklar.

(25) Mis en relief par le Prof. LARGUIER aux 14. journées de Defense Sociale, Fribourg, 28-29. oct. 1966 (R.S.C., 1967, no : 3, sup., s. : 1-126).

(26) Première session dec. 1969, loc. cit. Voir également, Le traitement des détenues avant le jugement, Fondation inter. penal et pénitentiaire, dec. 1961.

(27) Örneğin bak, Le régime de la détention préventive, loc. cit.

(28) Réflexion sur la détention préventive, in études pénologique à la memoire de sir Lionel FOX, La Haye, 1964, s. : 50-60, La detention préventive, Rev. Pén. Suisse, 1968, s. : 149-173.

(29) Voir intervention aux 14. journées de Defense sociale Précitée.

Örneğin, cezası tutukluluk süresine eşit olan bir mahkûm, bu olanaklardan hiç bir zaman yararlanamamaktadır.

Diğer taraftan erteleme ve özellikle denetimli erteleme (probation) gibi önlemler (tedbirler) tutuklama yüzünden yararlılıklarını ve niteliklerini tamamen yitirmektedirler. Bu tür önlemlerin en büyük amacı, suçluyu ceza evinin kötü etkilerinden korumaktır. Oysa, daha önce tutuklanarak ceza evine konmuş ve sonra mahkûm edilerek cezası ertelenmiş kişinin ceza evinin kötü etkilerinden korunmuş olduğu söylenemez. Tutuklama cezanın korkutucu etkisini, bazı suçlular yönünden hafiflettiği gibi, suçlunun ailesi ve meslek çevresi ile olan ilişkilerini bir süre için kesmesine yol açmak suretiyle, denetimli erteleme kararı verildiği hallerde denetim görevlisinin işini bir hayli zorlaştırmaktadır. Öte yandan ceza evindeki hava suçluyu, özgürlüğü içinde islah etme olanağını tamamen ortadan kaldıracak biçimdedir. Bu nedenlerle tutuklandıktan sonra mahkûm edilerek, cezası ertelenen kişilerin tekrar suç işleyip işlemedikleri araştırmağa değer bir konudur.

Şayet tutuklama, suçlunun özgür veya yarı özgür bir ortamda islahını bu biçimde tehlikeye düşürüyorsa, aynı zamanda, karmaşık bir infaz sistemi ve rejimini gerekli kılarak, yürütüm kuruluşları idarecilerinin cesaretini kırmakta, kapalı ortamda islah yöntemlerinin aksak işlemisine neden olmaktadır (31).

Bu gerçek bizi daha önemli bir sorun üzerinde araştırmalar yapmağa yöneltmektedir : tutuklamanın, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalarla olan ilişkileri.

Kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların uzun zamandan beri en sert dille eleştirilene uğramasına karşın tutuklama gibi varlığını sürdürebilmiş olması bir rastlantı sonucu değildir. Zira tutuklama ile kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar arasında çok sıkı bir neden sonuç ilişkisi vardır. Mahkûmiyet süresinden, tutuklama süresinin indirilmesi sonucu bir çok normal süreli hapis cezası kısa süreli cezaya dönüşmektedir. Bu konuda yapılacak araştırmalar, kısa süreli hapis cezalarının ortaya çıkmasına neden olan işleyişi (mekanizmayı), polisten mahkemeye kadar olan aşamaları ile açıklayacak biçimde olmalıdır.

Fakat buradan itibaren betimli araştırmamız, etolojik bir araştıra niteliğine bürünmektedir. Zira buraya kadar yaptığımız araş-

(31) Bak bundan önceki yazımız, «Faut-il encore des maison d'arret et de correction» RSC, 1966, s. : 640 ve devamı.

tırmalar bizi tutuklamanın bunca eleştirilere karşın varlığını nasıl koruduğu ve tutuklama konusunda duyulan endişelere cevap vermeğe zorlamaktadır.

II — AÇIKLAYICI ARAŞTIRMALAR :

Bu çalışmalar sırasında yetkili makamları tutuklama kararı almaya yönelten nedenleri araştırmaktan çok tutuklama önlemini, toplumsal ve hukukî bir kurum olarak, bütüncü bir anlayışla ele almak istiyoruz. Burada cevaplandırılması gerekli soru, bu kadar eleştirilen, yasa koyucu ve adalet bakanları tarafından yaygın uygulanmasına karşı savaşılan tutuklamanın niçin hâlâ böylesine yaygın bir uygulama alanı bulduğudur.

Gerçekten tutuklama önlemini ayral (istisnaî) bir önlem (tedbir) haline getirmek için girişilen uğraşlar ilk bakışta sanıldığından daha az inandırıcı ve etkili bir biçimde sürdürülmüştür. Genel ilkeler ve kesin kurallar (32) koymaktan çekinen yasa koyucu işnel (fiili) gerçekleri resmî bir dille doğrulamakla yetinmiş, tutuklama kararını düzenleme yerine, tutuklamanın uzatılması kararını düzenleme yolunu tutmuştur. Gerçekten, J. P. BOUCET'in de açıklıkla ortaya koyduğu gibi; yasalardaki önemli boşluk tutuklama kararının değil de, daha az önemli olan, tutuklama kararının yenilenmesini düzenlemiş olmasıdır. (33). Bu konuda, 4.6.1960 tarihli kararnamenin, usul yasasının 139. maddesini değiştiren hükmü, tutuklama kararlarının gerekçeli verilmesini buyuruyordu (âmirdi). Ancak bu hükmün doğurduğu umutlar, Yargıtayın, tutuklama kararlarının hukuk ve amaca uygunluk yönünden denetlenmesini, reddetmesi ile tamamen sönmüş bulunmaktadır.

Ne olursa olsun, tutuklamanın kötüye kullanılmasını yasalardan ileri gelen bir durum saymak olanağı yoktur. Belirtildiği gibi (34), yasa yargıçlara bütün sanıkları tutuklama yetkisi vermekteyse de, bu hiç bir zaman bütün sanıkların tutuklanmalarını buyurduğu anlamına gelmez. Böylece tutuklama önleminin kötüye kullanılmasında gözler ister istemez yargıçlara çevrilmekte, CASAMAYOR'un dediği gibi; «tutuklamanın kötüye kullanılmasının önlenmesinde her şeyin yargıçların elinde olduğu» düşünülmektedir. Bu düşünce biçimi, uygulama ve öğretide (doktrinde) en yaygın fikri temsil etmekte, sık sık yargıçların ellerindeki yetkiyi kötüye kul-

(32) Bak, BESSON - OUVINARPAILLANGE, Code Anoté de Procédure pénale. art. 137.

(33) J. - P. DOUCET, «La détention...» İn. Gaz Pal. 1966. l'ère sem. s., 131.

(34) CASAMAYOR, «Détention Préventive», Le Monde, 7. Dec. 1967.

landıklarından veya savaş yıllarından kalan kötü alışkanlıkların sürüp gittiğinden (35), ikrarda bulunması için sanığa baskı amacıyla tutuklama yoluna gidildiğinden (36), sanığı adaletin eli altında bulunmasını sağlamak için tutuklamanın bir araç olarak kullanıldığından, erteleme veya beraat (aklama) kararı ile adaletin pençesinden kurtulma şansı görülen sanıklara cezaevi hayatını tattırmak için tutuklama önlemine baş vurulduğundan (37) söz edilmektedir.

Kuşkusuz bütün bu söylenenlerde gerçek payı vardır. Özellikle tutuklama süresinin uzunluğu, adalet mekanizmasının, maddî olanakların kıtlığı nedeni ile, son derece yavaş işlemesiyle açıklanabilir. Ancak bütün bu sayılan nedenlerin, tutuklama gibi böylesine geniş bir toplumsal olayı açıklamaya yetmiyeceği ortadadır. Bu bölümün başında ortaya attığımız sorunu, sorumluluklar kişilere yüklenilmek istendiği sürece kesin bir çözüme bağlayamayacağımız açıktır. M. LARGUER, tutuklamanın kötüye kullanılması ve yaygın uygulanması karşısında şaşkınlığa düşen öğrencilerine : «Bugün dersimi dinleyen ve tutuklamanın kötüye kullanıldığından emin, fakat yarın yargıç olduğundan aynı yanlış uygulamaya devam edecek bir iki kişinin aranızda bulunduğunu düşünmek beni umutsuzluğa düşürüyor» diye sesleniyor ve «acaba adalet sisteminin bozulduğundan kuşkulanan mı gerekir?» diye soruyordu (38).

Kanımızca suç bilimciler tutuklama olayının açıklanmasında bu açıdan, yani adalet sistemi açısından hareket etmek zorundadırlar. Şayet tutuklama önleminin uygulamadaki yaygınlığını artıran bir mekanizma varsa, bu toplumsal bir mekanizmadır. MERTON tarafından ileri sürülen kuralı akıldan çıkarmamamız gerekir : «Görülen ve kolaylıkla izlenebilenden çok, temeldeki gizli nedenleri ortaya koymak daha yararlıdır» (39).

Burada, bir diğer toplumsal bilim kuralı da önemli rol oynamaktadır. G. SCALLE tarafından ortaya konulan bu kuralı, «İşlevsel Çeşitlilik» kuralını kısaca açıklamaya çalışalım (40).

(35) M. GARÇON, «Les incidence morales et psychologiques de la détention préventive», Bull. de la Sté. Inter. de criminologie, 1. sem. 1952. (Önce tutuklama kararı verilir, sonra gerekçeleri düşünülür.)

(36) M. GARÇON, ibid, (Onu özgür bırakamam, çünkü itiraf etmek istemiyor).

(37) Bak CONNEN, intervention au congres de L'U.F.M. (Le pouvoir judiciaire, juin - juillet, 1966, s. : 12) «Eğer küçük suçlu ceza evi hayatının ne olduğunu biliyorsa, cezasının ertelenmesi yararlı olacaktır. Küçük suçlunun ceza evi hayatı hakkında kısa da olsa bir tecrübesi yoksa, ya cezaevinden aşırı derecede korkacak veya hiç korkmayacaktır. Bu nedenle eğitim amacıyla çocuğun bir kaç gün ceza evinde tutulması yararlı olabilir.»

(38) Intervention aux 14. Journées de Defense Sociale (Fribourg, 28-29. Septembre. 966) RSC, 1967, supp. no : 3, s. : 49.

(39) R. K. MERTON, Social Theory and social Structure, Glencoe, III, The Free Presse, 1949.

(40) Manuel de droit international public, Paris, 1944, s. : 21.

Uluslararası adli düzenin eski ve hâlâ varlığını sürdüren aksaklığı, kuruluşundaki bir eksiklikten ileri gelmektedir. Uluslararası adli düzen, yasama yürütme ve kaza organlarına sahip bulunmak zorundadır. Oysa bu temel organlar mevcut değildir. Uluslararası düzen, her toplumun temeli olan bu üç işlevi yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde varlığını sürdüremez. Bu işlevleri devletlerin hükümetleri hem kendi hesaplarına, hem de uluslararası topluluk adına yerine getirmektedir. Ama yasama, yürütme ve yargı işlevlerinin eksik ve düzensiz (gayri muntazam) bir biçimde yerine getirildiği gözden kaçmayacak biçimde açıktır. İşlevlerin yerine getirilmesi amacı ile devletler, bazen uyuşum içinde hareket etmekte (Nurenberk Mahkemeleri örneği), bazen ise kendi hesaplarına, tek taraflı hareket etmekte ve savaş'a kadar gitmektedirler. Bu tür davranışların ortaya çıkardığı anarşik durumu ve günümüzde devletlerarası ilişkilerde ortaya çıkardığı kısır döngüyü herkes kabul edecektir. G. SCELLE, ortaya koyduğu bu kurala, ulusal ve uluslararası düzenlerden çeşitli ve ilginç örnekler göstermektedir. Sistemde bir bozukluk olduğu zaman, bir kuruluş yerine diğeri, onun yerini almakta ve işlevlerini yerine getirmektedir. Bu kuralın temeli doğal bir zorunluluk olup, hükümetlerin uyguladığı politikanın bir sonucu değildir.

Ceza hukukunda bozukluklar kuruluşlarla ilgili değildir. Ceza mahkemeleri ve yürütüm (infaz) kuruluşları mevcuttur, ancak adli işler çok yavaş olarak yerine getirilebilmektedir. Ceza adaleti, yasa tarafından uygulanması öngörülen cezaların uygulanmasını, haklı görülebilecek bir süre içinde sağlayamamaktadır. Adli organlardaki patolojik aksaklıklardan ileri gelen bu ağır işleyiş, diğer organlardaki bozuklukların da etkisiyle, doğal bir gereğin yerine getirilmesini önlemektedir; bu gerek, suçlunun en kısa zamanda cezalandırılması gereğidir. İşte burada, işlevsel çeşitlilik kuralı etkisini göstermektedir. Hazırlık soruşturması ile görevli yargıç veya savcılar işlevlerinin sınırını aşarak, bozuk ve ağır işleyen adalet mekanizmasının eksikliğini tamamlamaya çalışmakta, suçlunun derhal lâ-yık olduğu cezaya çarptırılmasını sağlamak amacı ile tutuklama önlemine baş vurmaktadır.

Böylece tutuklama bir ceza usul kurumu olmaktan çıkıp, gerçek bir ceza haline dönüştürülmüş bulunmaktadır (41). Oysa tu-

(41) Bak, A. BRAUNSCHWEİNG, Rapport aux congres de L'U.F.M. de 1966 (Mükerrir veya ilk defa suç işleyen kimsenin cezasını tutuklandığı günden itibaren çekmeğe başlandığını kabul etmek için fikirlilik olmaz mı ? Tutukluluk süresi, mahkûmiyet süresinden indirildiğine ve tutuklu işlerin büyük bir kısmı mahkûmiyetle sonuçlandığına göre bu gerçeği nasıl inkâr edebiliriz.)

tutuklamanın kötüye kullanılması, yalnız yetkilerin aşılması veya kötüye kullanılmasına bağlandığında kolayca kınanabilecek bir davranış olarak görünmektedir.

Toplumsal gerçek şudur ki; en önemli adli otoriteler ağır ceza veya asliye ceza mahkemeleri değil, savcılar ve sorgu hakimleridir. Eğer onlar yönünden tutuklama mahkûmiyet kararı sayılıyorsa, verdikleri ve yargı niteliğini taşıyan, yani aklama (Beraat) kararı yerini alan, takipsizlik veya men'i muhakeme kararlarını hatırlamak gerekir.

Şayet arzulanan hızlı adalet sistemi gerçekleştirilemeyecekse, GAROFALO'nun önerdiği ve «sağduyuya, akla aykırı, yanlış bir temele dayanan, halk oyu tarafından anlaşılmasına olanak bulunmayan», özellikle SPENGER'in belirttiği gibi, «ağır, derhal uygulanan ve kamu oyunda şok etkisi yaratan cezaların uygulandığı» bir adalet sistemine doğru kayma olacağı açıktır. Aylar veya seneler sonra verilecek veya uygulanacak cezalar hiç kimsenin ilgisini çekmemektedir. Öte yandan, GAROFALO'nun belirttiği gibi, davaların mahkemeler önünde sürüldüğü bir sırada verilecek salıverme kararlarının ne kadar tehlikeli olabileceğine ilişkin binlerce örnek verilebilir (42). 1856 Yasasından bu yana, bu yasanın en ağır suçların faillerini bile 50 frank karşılığı salıverme olanağı yarattığı halâ anlatılmaktadır. Komşusu tarafından, sekiz ay yatmağa mecbur olacak biçimde yaralanan kişinin, hasta yatağından, kahvede sakın sakın kahvesini yudumlayan faili seyretmek zorunda kalışı da anlatılan çarpıcı öykülerden biridir. (43 ve 44)

Zamanında Fransa'da olduğundan daha ağır işleyen bir adalet mekanizması karşısında, GAROFALO tutuklamayı, zararlı kişilerin derhal toplumdan uzaklaştırılması için zorunlu ve son derece yararlı bir kurum olarak görmekteydi.

Burada bizim yukarıda ileri sürdüğümüz tez, tutuklamanın yaygın uygulamasını değil de, bu yaygın uygulamanın neden hâlâ devam ettiğini göstermesi yönünden çok sağlam bir destek bulmuş olmaktadır. Özgürlüğü bağlayıcı cezaların temel olduğu bir ceza adaleti sisteminde, tutuklama vazgeçilmez bir kurum olarak varlı-

(42) GAROFALO'nun verdiği örnek.

(43) La Criminologie, éd. ALCAN, 1890, s.: 380 ve dev.

(44) R. DARGENT, «La détention préventive», le MONDE, 22 Dec. 1966, «Kamu oyu bir katilin küçük bir çocuğun ırzına geçmiş olan bir kimsenin kaçtıktan sonra rahatca evine dönmesi ve ceza gününü evinde rahatca beklemesini anlamakta ve hoş görmekte zorluk çekecektir.»

gını kolayca sürdürebilecektir. Oysa, suçlunun topluma katılmasını, kazandırılmasını, özgürlüğü kısıtlayıcı cezalar dışında kalan tedbirlerle sağlamaya çalışan bir ceza sisteminde, tutuklama aynı ilgi ve gerekliliğe sahip olmayacaktır. Böylece, kısa süreli hapis cezaları ile tutuklama önlemine karşı girişilen savaşta neden başarılı olunmadığını göstermiş oluyoruz. Bu iki kurumdan her biri diğerine o derece bağlıdır ki, her ikisi üzerinde aynı zamanda etki yapılmadıkça olumlu bir sonuca ulaşılması olanaklı değildir.

Yargıçlara, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar yerine yeni tedbirler bulmak, sorunu çözümlemeye yetmiyecektir. Zira yargıç uzun süreli cezalar verme yolunu seçse bile, tutuklama süresinin mahkûmiyet süresinden indirilmesi ve şartlı salıverme yüzünden ceza kısa süreli hapis cezasına dönüşmektedir. Savcı ve sorgu hakimine gelince : onların elinde bulunan seçeneklerde çok çeşitli değildir. Gerçekten, savcı veya sorgu yargıcı, sanığın özgürlüğünü belirsiz bir süre için ortadan kaldırmak veya suçluyu tamamen özgürlüğü içinde bırakmaktan başka bir seçeneğe sahip değildirler. Bu durum karşısında mevcut arzu edilmeyen durumun sürüp gitmesine şaşmamak gerekir. Zira bu sistem içinde, aksaklığı ve gecikmiş cezaların doğuracağı sakıncaları önlemenin tek yolu tutuklama önlemi olmaktadır.

Daha önce söylediğimiz gibi, bu çare, yani tutuklama kurumu yeterli bir çare olmaktan çok uzaktır. Hatta sistemdeki aksaklığı düzeltmek şöyle dursun, büsbütün artırmakta veya yeni sorunlar doğurmaktadır. Herşeyden önce tutuklama, kurum olarak ceza evlerinde uygulanan ıslah yöntemlerinin yenileştirilmesi ve düzeltilmesine engel olmaktadır. İşte burada, adalet sistemindeki aksaklığın, tutuklama dışında ne ile ve nasıl düzeltebileceğini sormamız gerekir. Bu ise aktif çalışmaların konusunu oluşturmaktadır.

III — AKTİF ÇALIŞMALAR :

Aktif (etkin) araştırmalar, tutuklama karşısında seçim olanakları yaratmak zorunda ve amacındadır. Arzulanan sonucun elde edilebilmesi için eylem ve araştırmaların birleştirilmesi gereği bu alanda çok daha belirgin olarak kendini göstermektedir. Bilimsel çözüm önerileri, adli organizasyon ve usul hükümleri veya yürütüm sisteminde uygulanmaya hazır tasarılar eksik değildir. Tutuklamanın düzenlenmesi için gösterilen kişisel gayretler de azımsanmıyacak kadar çoktur.

Her şeyden önce, tutuklamanın düzenlenmesi ve kötüye kullanılmasının önlenmesi konusunda gösterilen gayretlerin yenilenmesi yolunda ileri sürülen ve daha önce açıkladığımız nedenlerle başarısız kalmaya mahkûm görüşleri bir kenara bırakmamız gerekecektir (45).

Ortaya atılan ilk çözüm yoluna göre, tutuklama kararı alınabilecek haller yasa tarafından sınırlanmalı ve bir bir sayılmalıdır. Bu çözüm, 1937 yılında CARBONIER tarafından savunulmuştur (46). CARBONIER, bu görüşü savunurken, kişide psikolojik şok yaratan ve onarılması olanaksız yıkım meydana getiren şeyin tutuklama kararından çok, tutukluluğun ilk günleri olduğunu, bu nedenle tutuklama süresinin kısıtlanması veya tutuklama rejiminin düzeltilmesinden çok, tutuklanabilecek suçlu sayısının azaltılmasının daha yararlı olduğunu belirtmekteydi. GRAVEN, bu çözüm önerisi üzerinde önemli bir araştırma yapmış (47) ve bu çalışmasında, federal C.M.U. yasasında, tutuklama kararlarının gerekçelerinin, yani tutuklama kararı verilebilecek hallerin bir bir sayılmış olmasının sanıklar yönünden taşıdığı güvenceye dikkatleri çekmiştir (48). İsveç Ceza Usul Yasasından da, bu konuda ilginç bir örnek olarak söz edilebilir (49).

Fransız C.M.U. yasasının 139 maddesi ve 4.6.1960 tarihli yasa kuvvetindeki kararnamenin bize verdiği tecrübeye göre, ne kadar arzulanır olursa olsun yasal ayarlamaların, sorunun temeline ilişkin reformlar gerçekleştirilmedikçe yararlı olmayacağını kesinlikle söyleyebiliriz. Bu reformlar iki yönden gerçekleştirilmek zorundadır : Daha hızlı bir adalet sistemi sağlamak amacıyla adalet sistemi ve ceza usul yasasında değişiklikler yapılması, tutuklama rejiminin daha yararlı olması, düzenli biçime getirilmesi için ceza yürütüm kuruluşlarının ve infaz yöntemlerinin değiştirilmesi.

A) Ceza Usul Yasası ve Adliye Örgütü : Adalet mekanizmasının hızlı işleyişini sağlamak için, her şeyden önce, hazırlık ve ilk so-

(45) Bak intervention de G. SABATIER à la réunion du conseil superieur de L'Administration Penitentiaire du 19 Novembre 1968 in rev. penit. et de droit penal, 1969, s. : 289 : Her şeyden önce, tutuklamanın istisnai bir tedbir olduğunu kesin olarak kabul etmemiz gerekir..... Şayet, yaptığımız girişimler gerçekten enerjik olsaydı, yani tutuklananlar sayısını yarıya indirebilseydik veya 1/3 oranında azaltabilseydik....»

(46) «Instruction Criminelle et liberte individuelle» in rev. generale de droit, 1937, s. : 113 - 187 ve 1938, s. : 87 ve dev.

(47) J. GRAVEN, Les condition d'une réglementation satisfaisante de la detention prevention, Rev. Intern. de droit penal, 1959, s. : 189.

(48) Bak, intervention aux 14. journées de defense sociale.

(49) G. TURPIN DE CRISSE. RSC, 1969, s. : 225.

ruşturma aşamasındaki işlemlerin çabuklaştırılması gerekir. Gerçekten, B. BRAUNSCHEİNG'in belirttiği gibi, «soruşturma çoğu zaman, formaliteler, kötü çalışma yöntem ve koşulları yüzünden gereksiz yere uzamaktadır» (50). Aynı hukukcuya göre; «Soruşturma organlarında çalışan personelin dengesiz dağılışı, soruşturma organlarının yeteneklerini aşan derecede işe koşulmaları, soruşturma usulünün yavaşlığı ve çarpaşık yapısı, soruşturma araçlarının ve koşullarının son derece kötü olması» genellikle bu yavaş işleyişin nedenleri olarak sayılabilir.

Kuşkusuz, soruşturma yöntemleri konusunda yapılacak yenilikler tutuklama süresinin kısılması sonucunu doğuracaktır. Fakat sorunun gerçek çözümüne bu yolla ulaşmak olanaksızdır. Soruşturma organları, en kısa zamanda sanığın lâayık olduğu cezaya çarptırılacağından emin olmadıkça, tutuklama kararları sayısı daima yüksek kalacaktır.

Adalet Bakanlığı henüz hazırlık aşamasında olan bir tasarı ile (51), soruna bir başka yolla çare aramak eğilimindedir. Buna göre, soruşturma organlarına tutuklama ile, özgür bırakma arasında kalacak bir seçenek yaratılmakta, bir önlem uygulama olanağı yaratılmağa çaba gösterilmektedir. Bu önlemin adı, Adli Denetim (La libértée Controlée) dir (52). Bu tedbir (önlem), sanığın tutuklanması yerine, özgür bırakılması, fakat bunun yanında bazı yasak ve yükümlülükler altına konmasından oluşmaktadır. Adli Denetim altına alınan sanık, soruşturma organı tarafından emredilen davranış biçimlerine uymayan hareketlerde bulunur, örneğin konulan yasağa karşı araba kullanır, kulüplere gider, içki içer veya tedavi kuruluşuna devam etmezse tutuklanabilir. Diğer taraftan, aynı tasarı ile kefaletle tahliye koşulları hafifletilmiş ve taksitle ödeme esası benimsenmiştir.

Bize öyle geliyor ki, tasarı soruşturma makamlarına iki aşırı (Ekstrem) uçtan birini seçmek zorunluluğundan kurtulma olanağı yaratmak suretiyle, tutuklama sayısını azaltma yolunda önemli sayılabilecek bir ileri adım atmıştır. Ancak tutuklama kararı verme

(50) Rapport aux congrés de l'U.F.M., perécitee.

(51) Bu tasarının ana hatları, 9. Fransız Kriminoloji Kongresinde, Adalet Bakanlığı temsilcisi olan R. SCHMELCK tarafından açıklanmıştır.

(52) Bu tasarı, Haziran 1973 yılında gerçekleşmiş ve sözü edilen tedbir, adli denetim (Le controle judiciaire) adı altında uygulanmaya başlanmıştır. Fazla bilgi için bak, Hasan İsmet BIYIKLI, «Les mesures applicables aux mineurs delinquant», Thèse, POITIERS, 1971, cilt : 1, s. : 98; Hasan İ. BIYIKLI, «Ceza adaletinin değişen çehresi», Ankara Barosu Dergisi, sayı :, s. : (Çevirmenin notu).

yetkisine sahip adli organlar, iki aşırı uç arasında kalan bu seçeneğe sık sık baş vuracaklar mıdır? Adli Denetim altında bulundurulacak sanıkları denetleyecek uzman personelin yetiştirilmemiş olması nedeni ile, yaratılacak olan bu yeni önlemin uygulamada kendinden beklenen yararları sağlayamayacağından korkulmalıdır. Kanımızca, bu konuda daha ileri atılımlar yapmak, soruşturma organlarına Probation (denetimli erteleme) veya yarı açık ortamda islah (La liberté Surveillée) gibi mahkûmiyet niteliğinde olan önlemlere eş değer önlemler uygulama olanağı sunmak gerekir. Şayet, yazımızın ikinci kısmında ortaya koyduğumuz tez doğru ise, sanığın adalet organları önünde hazır bulundurulmasını amaçlayan olumsuz yükümlülükler koyan önlemler, soruşturma organlarının ikinci amacını, yani hızlı adaleti, suçlu olduğuna inanılan sanığın lâyık olduğu cezaya çarptırılmasını sağlamak yetmiyecektir.

Tutuklama yerine konabilecek önlem olumlu bir içeriğe (muhtevaya) sahip olmalı ve özellikle etkililiği ve yaygınlığı uzman personel ve olanaklarla sağlanmalıdır. Bu konuda P. AMOR (53); «Probation'a benzeyen ve suçluya mahkeme önünde görünmesinden önce uygulanabilen bir önlem önermektedir.» Böylece yazar; «sanık ileride mahkûm olduğu takdirde eğitici ve islah edici girişimler erken başlatılmış ve mahkûmiyet kararının yürütümü (infazı) çok daha kolaylaşmış olacaktır. Şayet aklama (beraat) kararı verilecek olursa, girişilen islah faaliyetleri sanık üzerinde eğitici sonuçlar doğuracak, zarar getirmeyecektir.» Sanıyoruz ki; adli denetim önlemine bir de yarı açık ortamda islah önlemi katılacak olursa, soruşturma organlarına yeni bir seçenek daha sunulmuş olacaktır. Bu seçeneğin uygulamada ilgi göreceği kesindir.

Yaptığımız öneriler kuşkusuz, son derece ileri bir aşamaya gelinmesini gerektirmektedir. Yasalarda yapılacak değişikliklerin etkili olabilmesi için, uygulamada izlenecek en uyumlu yol konusunda araştırmalar yapılması gereklidir. Önerdiğimiz kuruluşlar, yeni bir ekip, yeni yürütüm kuruluşları yaratılmasını, uzman personel yetiştirilmesini gerektirmektedir. Tutuklama öylesine kökleşmiş bir kuruluştur ki, bunun yalnız yasalarda yapılacak değişikliklerle ve masraf yapılmaksızın sınırlandırılabilceğine inanmak yanlış olur.

Zaten, yapılacak verimlilik hesapları, bu yolda yapılacak masrafların yeni tutuklu evlerinin inşası için yapılacak masraflardan daha fazla olmayacağını gösterecektir.

(53) Intervention au conseil superieure de l'administration pénitentiaire, séance du 18. Nov. 1968, in rev. pénit. et de droit pénal, 1969, s.: 293 ve 307.

Yargılamadan önce uygulanabilecek olan önlemlerin, sanığın suçluluğunu kabul anlamına geleceği ve yargı öncesi ceza uygulanması anlamı taşıyacağı yolunda ileri sürülebilecek eleştirilere cevap vermek gerekirse, bu tür önlemlerin (gözlem, yarı açık ortamda islah v.b... gibi.) 1945 yılından beri küçük suçlulara uygulanmakta olduğu, bu yüzden küçük suçluların hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmadığı bir yana, suçlu çocuklar yönünden bir hayli yararlı olduğunu hatırlatmakla yetineceğiz. Unutmamak gerekir ki, soruşturmanın uzun ve ağır olduğu hallerde tutuklama süresi, sonradan verilen mahkûmiyet süresine eşit olmaktadır. Öngördüğümüz önlemler adli geleneklerden kurtularak, baştan itibaren ve gecikmeksizin eğitici önlemlerin uygulanması fırsatını doğuracaktır (54). Ayrıca güvence olarak, bu tür önlemlerin uygulanması sanığın rızasına bağlı tutulabilir.

Çocuk ceza hukukundan verdiğimiz örnek, bizi tutuklama sorununa aranacak çözümün adalet kuruluşlarında çok daha köklü değişiklikler yapılması gerektirdiğini düşünmeğe zorlamaktadır. 1945 kararnamesi, çocuk ceza hukukunun en önemli sorunu, hızlı adaletin gerçekleştirilmesini sağlamış bulunmaktadır. 1945 kararnamesi hızlı adaleti gerçekleştirmek için, hazırlık soruşturması ve ilk soruşturma arasındaki geleneksel ayrılık ilkesini kaldırmıştır. Böylece hazırlık soruşturmasını yürüten çocuk yargıcına, ileride uygulanması olasılığı bulunan önlem belirli bir ağırlık derecesini geçmiyorsa, son soruşturmayı yapma ve karar verme yetkisi sunulmuştur. Görüldüğü gibi, çocuk yargıçları ile çocuk mahkemeleri arasındaki yetki bölüşümünü işlenen suçun ağırlığı gibi soyut bir kavrama değil, her suçlu çocuğa uygulanacak ceza veya önlemin türü gibi somut bir kavrama dayandırılmıştır.

Çocuk ceza hukukunda benimsenen bu sistemin, asliyelik işlerde normal ceza hukukuna aktarılmasından büyük sakıncalar doğacağını sanmıyoruz (55). Sorgu yargıcı veya savcı uygulanacak ceza belirli bir sınırı aşmadıkça işin aslı üzerinde karar verme yetkisine sahip kılınmalıdır. Bu tür yetki dağılımı tarafların kabulü koşulu-

(54) 24 Aralık 1953 tarihli yasanın soruşturma makamlarına, itiyadi sarhoşluk suçu sanıklarına medikal önlemler uygulama yetkisi verdiğini hatırlamalıyız. Bak, GOLETY, «Les inculpés intoxiqués», RSC, s. : 724; MERLE - VITU, traité de droit criminel, 1967, s. : 543.

(55) Aynı yönde bak, F. CLERK («La detention preventive», rev. penal SUISSE, 1968, s. : 149 ve devamı; Aynı biçimde, Rev. Inter. de droit pénal, 1962, s. : 509 ve dev.) Yazır, bazı ülkelerde, soruşturma makamlarına ceza kararnameleri ile karar verme yetkisi tanınması yolundaki eğilimlere dikkati çekmekte ve Belçika'da, sorgu yargıçlarına, suçluya bir şans tanıma ve hakkında yapılan takibi erteleme yetkisinin verilmiş olması örnek olarak gösterilmektedir.

na da bağlanabilir (56). Böylece sanık ve müdahil taraf, toplu mahkemelerin güvencesini veya yargı organı güvencesini yeğ tutma olanağına her zaman sahip olacaktır. Zaten kararın temyiz edilmesi halinde taraflar bu güvenceye kavuşacaklardır. Hazırlık soruşturması ve son soruşturmanın ayrılığı ilkesinin dokunulmaz sayıldığı zaman artık geride kalmıştır. Tutuklamanın kazanmış olduğu ve halâ korumakta olduğu önem, hazırlık soruşturması ve son soruşturmanın ayrılığı ilkesinin günümüzde bir tabu (fiksiyon) haline dönüştürülmüş olduğunun en güzel kanıtıdır. Oysa bu ilke uygulanmadığı zaman, soruşturma sırasında sanığı yakından tanıma olanağı bulmuş olan soruşturma makamının suçlu kişiliğine daha uygun bir önlemleri, zaman kaybetmeksizin seçmesi ve uygulamaya koyması olasılığı son derece artacaktır.

Bu başlık altında önerdiğimiz değişiklikler (reformlar), tutuklama sayısında hissedilir bir azalma sağlayacaktır. Ancak, her şeye karşın, bazı hallerde tutuklama gerekli bir önlem varlığını sürdürecektir. Şu halde aktif çalışmaların ikinci ve son bölümünde, tutuklamanın yürütüm rejiminin düzeltilmesi için gerekli girişimler ele alınmalıdır.

B) Tutuklama Rejimi : Değişiklik önerileri, iki ana başlık altında toplanabilir. Bunlardan birincisi, tutuklamayı cezalandırma amacına dönük bir önlem olmaktan çıkarmak, bunun için tutuklama kararlarının yürütümü için özel kuruluşlar yaratmaktır.

İkinci değişiklik, tutuklama süresini ölü bir süreç olmaktan çıkartmak, suçlunun gözlemi, hatta islâhı için yararlı olabilecek hale getirmek için gereken işleri gerçekleştirmektedir (57).

Fransa'da, tutuklama önleminin cezalandırma amacına dönük olarak kullanıldığında kuşku yoktur (58). Artık 1840 yıllarının yasa koyucusunun öneri ve arzuları doğrultusunda hareket ederek tutuklama kararlarının yürütümü için özel kuruluşları yaratma zamanı gelmiştir (59).

(56) Fransa Ceza Usul Yasasında yargılanan kişinin rızası ile uygulanan herhangi bir önlem yer almamıştır. İngiliz, probation önleminin denetimli erteleme ismi altında benimsenmesi anında, mahkûmun rızası koşulu aranmamıştır. Fakat eğitici ceza ve cezada eğitim amaçları güdülmesi fikri yayıldıkça bu anlayışın terk edilmesi zorunluluğu daha belirgin bir hal almaktadır.

(57) Intervention de VESELE au congres de droit penal Européen (rBuxelles, nov. 1968), loc. cit.

(58) C. FAYARD, La détention préventive et garde à vue en droit français, in rev. de droit penal et de crim, Buruxelles, 1966, s. : 117 - 133; Kamu oyu tutuklamanın bir suçluluk ön yargısı olduğu yolundadır. (A. TOULEMON, note sous T. C. Nancy, 2. juin. 1965, Gaz. Pal. 21-24.8.1965).

(59) S. SARRERAHT, La détention des adultes avant le prononcé du jugement, in rev. de droit pen. 1951, s. : 17 - 49.

Bu öneri, aynı zamanda, tutuklama önlemine olumlu bir nitelik ve içerik (muhteva) vermek için, tutuklamayı sanığı adalet elinde tutmaktan öteye, suçlu olduğuna inanılan kişiyi eğitmek amacıyla kullanmak için de geçerlidir. Tutuklananların ve mahkûmların, mahkûmlara uygulanan yürütüm rejiminin hâkim olduğu ceza evlerinde bir arada bulundurulmalarının, tutukluların islâh ve gözlemi için olumlu sonuçlar doğurabileceğini düşünmek ilk bakışta olanaklıdır (60). Fakat, ceza evlerinde tutuklananların barındırılmasının, onların islahı ve gözlemi yönünden girişilecek faaliyetleri büyük ölçüde baltalamaktadır (61). Uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya çarptırılmış bulunan ve daha önce uzunca bir süre tutuklu kalmış olan mahkûmların bile, gözlem merkezlerinde veya mahkûmiyetlerinden sonra nakledildikleri ceza evlerinde gözleme tabii tutulabildiklerini biliyoruz.

Yakın zamanda kaybından büyük üzüntü duyduğumuz, J. B. HERZOG'un yazdığı gibi, «gözlem merkezleri toplumsal ve psikolojik yönden bir ankete tabi tutulmaları gerekli olan kişilerin yararlı biçimde ve hukuka uygun olarak tutulabilecekleri tek yerdir.» Yazara göre bunun iki nedeni vardır. «Gözlem merkezleri, ceza evi niteliklerine sahip olmayan ve toplumsal korunma akımının tutuklama anlayışına cevap veren kuruluşlardır. Diğer taraftan tutuklu gerçek bir ceza evi ortamında olmayacağı için, gerçek kişiliğinin doğrulukla ve kolaylıkla saptanması olanağı vardır.» Bu açıklamalardan sonra HERZOG, şöyle devam ediyordu : «Bu açıdan gözlem merkezlerinin kurulmasını, tutuklama rejiminin düzeltilmesi ve kişilik testlerinin yararlı biçimde gerçekleştirilmesi için zorunlu bir koşul olarak görmek mümkündür.» (62) ve (63).

Çocuk ceza hukukundaki gözlem merkezleri gözönünde bulundurulacak olursa, büyük suçlular için kurulacak gözlem merkezlerinde genel havanın tarafsız veya soğuk olmayacağı, tersine bütün

(60) P. CANNAT, La mise en oeuvre des peines dans les maison d'arret, Rev. Penit. et de droit pén., 1960, s. : 38 ve dev.

(61) P. CANNAT, daha sonraki bir çalışması, La maison d'arret de demain, in l'évolution du droit criminel contemporaine, rec. d'études a la memoire de J. LEBERT, Paris, 1960, s. : 75 - 84.

(62) J. B. HERZOG, «Reflexion sur la detention preventive», Rev. Inter. de droit pénal. 1952, s. : 337 - 345.

(63) Bak aynı yönde, S. NORMAN, «The detention Home», The annals of the American Academy of Political and Social Science, jan. 1949, s. : 158 - 166, M. HOOPER, «The modernisation of Canada Jails» in Rev. Canadienne de Criminologie, 1964, s. : 405 - 418. J. DIAMOND, «Some Arcnitectural Considerations for a modern Remand and diagnostic centre», İbid, 467 - 474. C. BOUCHARD, «Renouveler et repenser les prisons» İn actes du 4. congrès de recherches sur la delinquance et la criminalité, Montreal, 1964, s. : 24 ve dev.

anket uygulamalarının, hiç bir sanığın hoşnutsuzluğuna yer vermiyecek bir sevecenlik havası içinde ve islâh ortamı yaratılarak gerçekleştirileceği düşünülebilir.

Bu önerilere karşı her zaman bütçe sorunları ile itiraz edilmektedir. Fakat, yön eylem araştırmaları ile ortaya çıkarılacak hesapların bu eleştirilere yeterince cevap vereceğini sanıyoruz. Nitekim, seçim, mevcut hukukî durumla, yeni gözlem merkezleri kurulması arasında yapılacak değildir. Aynı zamanda, yeni ceza yürütüm kuruluşlarına ehil personel yetiştirmek kaçınılmaz olmuştur. Bu personelin yetiştirilmesi son derece masraflı bir iştir. Şu halde seçim, aşırı güvenlik önlemleri alma zorunluğu yüzünden son derece pahalıya mal olan geleneksel ceza evleri inşaaası ile, birden çok gereksinmeye cevap verebilecek yürütüm kuruluşlarının yaratılması arasında yapılacaktır.

Ancak aktif bir çalışma, yani belirli bir bölgede bir modern ceza yürütüm kuruluşları bütününün yaratılması yolu ile önerilen değişikliklerin verimliliği ve isabeti denenebilir. Ancak bu yeni denemenin verimliliği ve maliyeti hesaplanırken yalnız bina ve işletme masrafları değil, aynı zamanda, mükerrirlerin sayısındaki azalmadan dolayı ortaya çıkabilecek maddî yararların da gözönünde tutulması gerekir (64).

(64) Biz daha önceki bir çalışmamızda böyle aktif bir deneyin ana hatlarını çizmeğe çalışmış-

BİR ALMAN İÇTİHADI DOLAYISIYLA İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Av. SİNÂ CİMCOZ

OLAY

Merkezi Hultsfred'de (İsveç) olan bir İsveç firması (davacı), bir Alman firmasını (davalı) özel bir makinenin imâl edilmesi için tevkil etmişti. Alman firmasının vekâletini teyid eden belge aşağıdaki şartları ihtiva ediyordu : «fob Hamburg», «Belge karşılığı ödeme» bakiye teslim «içinde bulunulan satım ve teslim şartlarına uygun olarak». Bu teslim şartları bir hakem mahkemesi anlaşmasını da ihtiva ediyordu : Yabancı müşterilerle ihtilâf halinde Paris'teki Milletlerarası Ticaret Odası'nın Hakem Mahkemesi yetkili olacaktır.

Makine davalı tarafından teslim edilmiş, davacı ücreti ödemişti.

Davacı iddia olunan maddî ayıplardan dolayı tekeffül taleplerinde bulunarak, makinenin teslimi için ödenen ücretin teminat altına alınmasını istiyordu.

LG, davayı (Alman hukukunu tatbik ederek) tekeffül taleplerinin zamanaşımına uğramış olması dolayısıyla reddetmiştir.

OLG, Kendisine gelen davada, ayıp ihtarını ve tekeffül taleplerini zamanaşımı noktasından incelerken, irade muhtariyeti prensibine taallük eden aşağıdaki hususları da karar altına almıştır. (*)

«İsveç firmasının davalı Alman firmasından makine satın alması halinde tarafların hukukî münasebetinin hangi devlet hukukuna göre karara bağlanacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Taraflar arasındaki hukukî münasebet, İsveç veya Alman hukukuna veyahut başka bir hukuk düzenine tâbi olsun öncelikle sarîh veya zımnî olarak açıklanan irade beyanlarına göre çözülecektir. Muayyen bir millî hukuka yapılan atıf zımnî olarak da vuku bulabilir. Meselâ bir yetki anlaşması ile. Yabancı müşterilerle ihtilâf halinde Paris'teki

(*) OLG kararının tam ve Almanca metni için bkz. IPR Rechtsprechung 1960 - 1961, Obligationenrecht, Sh. 101 - 107.

Milletlerarası Ticaret Odasının Hakem Mahkemesinin yetkili olacağı kararlaştırılmışsa da böyle bir anlaşma karşısında tarafların hukukî münasebetine tatbik edilecek hukuk cevapsız kalmaktadır. Milletlerarası Ticaret Odası'nın Hakem Mahkemesinin merkezinin Paris'te olması ve usulü muhakemesini Fransız hukukuna göre şekillendirmesi, bu mahkeme anlaşmasından maddî - hukukî karar (hüküm) için Fransız hukukunun yetkili olacağı, sonucu çıkarılamaz. Milletlerarası Ticaret Odasının Hakem Mahkemesi kendisine arzolunan hukukî ihtilâflarda Fransız hukukuna göre değil, fakat DHH nun prensiplerine göre karar vermektedir.

Burada gerçek (hakiki) bir irade beyanı olmadığı için — bu sarih veya zımnî olarak izhar edilebilirdi — akit statüsü farazi (mefruz) irade beyanına göre karara bağlanacaktır. Tarafların hukukî münasebetinin hükme bağlanabilmesi için tarafların tatbikini istedikleri hukuk düzenine, düşünmüş oldukları mümkün hukuka yaklaşılacaktır. Mefruz iradenin araştırılması gerçekten tarafların, mefruz ve sübjektif tasavvurlarının tetkikine değil, bilâkis mantıki menfaatler dengesine taallûk etmektedir.

Taraflar arasında şahsî karakter taşıyan bir akit meydana gelmiştir ki, bu heriki devlet hukukuna göre, satım hukukuna tâbidir. Ancak her iki hukuk düzenini arasında tâli bir fark vardır : İsveç hukuku Alman hukukunun aksine satım akdi ile istisna akdi arasında bir ayırım gözetmemektedir. Bu akit her iki hukuk düzenine göre ticarî satış olarak mütalâa edilen bir akde taallûk etmektedir.

Tarafların gerçek veya mefruz iradeleri tesbit edilemiyorsa, akit statüsü ifa mahalline göre karara bağlanacaktır. İfa mahallinden ne anlaşılacağı lex fori'ye yani Alm. M. K. ndaki prensiplere göre tayin edilecektir. Taraflar ifa mahalli hususunda anlaşma yapmamış olduklarından her iki tarafın mükellefiyetleri için birbirine uygun ifa mahallinden ve yeknesak akit statüsünün tatbikinden hareket edilemez. İfa mahalli her iki taraf için değişik olduğu gibi, tarafların akdi mükellefiyetleri de değişik yerlerde ifa edilmiştir. Davalının aynî edası Schw. (Federal Almanya'da), ve davacının nakdi edası (ödemesi) Hultsfred'de (İsveç'te).

Tarafların akdi mükellefiyetleri için, esas ifa mahallerinin değişik devletlerde olması karşısında davalının aynî eda mükellefiyeti Alman hukukuna, davacının ödeme mükellefiyeti İsveç hukukuna göre karara bağlanacaktır.»

I. OLG KARARININ TAHLİLİ :

Borç münasebetlerinden doğan ihtilâfların hallinde irade muhtariyeti prensibinin uygulanması, biri iç hukukta, diğeri devletler hususi hukukunda olmak üzere iki ayrı anlama gelir.

İç hukukta bu kaide, kamu düzeni ve kanunların âmir hükümleri mahfuz kalmak şartı ile tarafların mukavelelerinin muhteva ve neticelerini serbestçe tayin edebileceklerini belirtir.

Milletlerarası alanda ise bu kaide, milletlerarası bir borç ilişkisine uygulanacak kanunu tarafların seçebilme hürriyeti, yetkisini ifade eder. Fransız Yargıtayı «milletlerarası akit» kavramını şöyle nitelendirmiştir : «İnikadı anından itibaren, hükümleri itibarile hudutlardan öteye emtia sevkini ve mukabilinde dışarıdan para celbini öngören mukavelelerdir.» (1).

Bir Türk ile bir Alman'm, Fransa'da yaptıkları satış akdini, İtalyan Kanununa tâbi kılmaları halinde, tarafların mukavelelerinde kabul ettikleri bu husus DHH'nda muteber sayılmaktadır. Görüldüğü gibi irade muhtariyeti prensibi, milletlerarası hukuk alanında yabancı unsuru (2) kapsayan borç ilişkilerinin hallinde uygulanacak kanunun tayini bakımından bahis konusu olmaktadır.

İrade muhtariyeti prensibi, mukavele ile sıkı ilgi ve bağlantısı bulunan bütün hususları içine alan bir prensip değildir. Yani bu prensip sınırlıdır. Ezcümle âkit tarafların ehliyeti, mukavelenin şekil şartları, irade muhtariyeti prensibinin şümulu dışında kaldığı gibi, kamu düzenine ilişkin hususlarda da irade muhtariyeti prensibi uygulanmaz.

Görüldüğü gibi akitler alanında hukukî ilişkinin tâbi olacağı kanunu tayin yönünden taraflara, prensip olarak muhtariyet tanınması kanunlar ihtilâfı alanında bir bağlama kaidesi olarak tecelli etmektedir.

İrade muhtariyetinin uygulanması açısından bazı metodlar vardır. Bunları şöylece ayırdetmek mümkündür.

— Taraflara yetkili kanunu tayinde tam bir bağımsızlık tanınmıştır (Sübjektif metod); bu takdirde akit tümü ile bu seçilen kanuna tâbi kılınabilecektir.

(1) Bkz. Uluocak, Sh. 138, not. 432.

(2) Yabancı unsur, toprak olabileceği gibi, tarafların tabiiyeti de olabilir. Berki, Sh. 175.

— Buna karşılık akde uygulanacak kanun, muayyen objektif irtibat noktaları nazara alınarak hâkim tarafından tayin edilebildiği zaman (objektif metod), akit kuruluş şartları bakımından bu kanuna tâbi olacak, seçtikleri kanun bu kanuna aykırı olmadığı nispette uygulama alanı bulabilecektir.

İstinaf Mahkemesi mevzubahis olayda taraflar arasındaki hukukî münasebetlerin, İsveç veya Alman hukukuna veya başka bir hukuk düzenine tâbi olsun, öncelikle, sarîh veya zımmî olarak açıklanan irade beyanlarına göre çözülebileceğini kararında belirtmiştir.

Tarafların akit kanunu (lex obligationis) hakkında sarîh veya zımmî bir irade açıklamaları mevcutsa, akit, tarafların serbest iradeleri ile tayin ettikleri kanuna tâbi olur.

Bu uygulama mevzuat, içtihat ve doktrin tarafından desteklenmiştir. Bugün birçok devlet mevzuatında (3) taraflara akit kanunu seçiminde tam bir muhtariyet tanınmıştır. Ferdi irade, kamu düzeni ile sınırlandırılmak kaydı ile, yetkili kanunu seçebilmekte mutlak serbestiye sahiptir.

«Maddî menkûl mallara ait milletlerarası satışlara uygulanacak kanun» a dair La Haye Sözleşmesi'nin 2. maddesinde milletlerarası alanda irade muhtariyeti prensibinin kabul edildiği ve bu prensiple ilgili olarak sübjektif görüşün objektif görüşe tercih olduğu anlaşılmaktadır (4).

Benelux Devletleri (Belçika, Hollanda, Lüksemburg) arasında DHH kaidelerini birleştirmek maksadile hazırlanan kanuna göre de, mukavelelerin emredici ve tamamlayıcı hükümlerinde tarafların seçmiş oldukları kanuna tâbi olacakları esası vazedilmiştir. (5).

Taraflara kanun seçiminde serbesti tanıyan hukuk sistemlerin de, seçilen kanunun mukavele ile irtibat halinde olması genellikle aranmaktadır.

Taraflar, mukavelelerinde çıkacak ihtilâfların muayyen bir devlet mahkemesinde görüleceğine dair bir şartı öngörmüşler ise (yetki anlaşması), tarafların zımmî olarak bu devlet kanununa yetki tanımış oldukları neticesine varılabilir. Bu husus OLG kararında da belirtilmiştir.

(3) Bkz. Reczei, Sh. 252; Göger, Sh. 292; Uluocak, Sh. 141 - 143. Bu meyanda Rusya, Çekoslovakya, Polonya DHH kaideleri; Alman, İngiliz, İsviçre, Fransız içtihatları; Amerikan Mahkemelerinin kararlarına dayanarak meydana getirilen, yarı resmi kanun niteliğinde olan 1968 tarihli Restatement metni.

(4) Seviğ, V. R. Sh. 107; Uluocak, Sh. 142.

(5) Uluocak, Sh. 142.

Tarafların sarîh veya zımmî hiçbir irade açıklamaları olmadığı, gerek olay ve gerekse İstinaf Mahkemesinin kararından anlaşıl-maktadır. Ancak, yabancı müşterilerle ihtilâf halinde Paris'deki Mil-letlerarası Ticaret Odası'nın Hakem Mahkemesi'nin yetkili olacağı her iki tarafça kararlaştırılmıştır. Bir hakem mahkemesine bir ih-tilâfı hal için yetki tanıyan anlaşma, tatbik edilecek hukuk bakı-mından mutlaka birşey söylemiş değildir. Fakat buna rağmen mu-ayyen bir memlekette ikâmetgâh sahibi daimi bir hakem mahke-mesinin tayini, bilhassa eğer o hakem mahkemesi nizamnamesi ve-ya ihtisas sahası itibarile daima muayyen bir hukuk tatbik etmek-te ise, tarafların bu mahkemenin tatbik ettiği hukuku seçtiklerine dair iradelerinin mevcudiyeti karinesinden hareket edilebilir (6).

Ancak İstinaf Mahkemesi, Milletlerarası Ticaret Odası'nın ha-kem mahkemesinin kendisine arzolunan hukukî ihtilâflarda İran-sız hukukuna göre değil, fakat DHH'un prensiplerine göre karar vermekte olduğunu kabul ederek, akit statüsünü mefruz irade be-yanına göre karara bağlama yoluna gitmiştir. Diğer bir ifade ile taraflar kanun seçimini düşünmüş olsa idiler, hangi kanunu benim-semiş olmak ihtimalleri mevcut olabilirdi, bu husus araştırılacak-tır. Burada mukavelenin inikadı anındaki hal ve şartlar, kullanılan dil, tarafların vatandaşlığı, ikâmetgâhı, akit yeri, ifa yeri, akdin ekonomisi, tarafların menfaati v.s. gibi akdin en ziyade bağlı ol-duğu hukuk sisteminin tayinine gidilecektir. Esasen İstinaf Mah-kemesi bu hususun tarafların sübjektif tasavvurlarının tetkikine değil, bilâkis mantıki menfaatler dengesine taallûk ettiği görüşü-nü belirtmiştir.

Tarafların kanun seçimine dair iradeleri açık veya dolaylı ola-rak tesbit edilemiyorsa, içtihat ve doktrin akde uygulanacak kanu-nu tayine yarıyacak kriterler kabul etmiştir. Tarafların mefruz ira-desini tayine yarıyacak olan bu kriterlerle güdülen hedef, sonraları akdin «en ziyade irtibat halinde bulunduğu hukuk sistemini» n (yersel ilişki) tesbitinde nazara alınmıştır (7).

Doktrinde ileri sürülen, mevzuat ve uygulamada yer alan, ta-rafların sükûtu halinde akde uygulanacak kanunu tayine yarıyan kriterler şunlardır :

HÂKİMİN KANUNU (lex fori) : En zayıf hal tarzlarından bi-rinin bu olduğu muhakkaktır. İhtilâfın nerede çıkacağı belli ol-

(6) Nomer, Sh. 524.

(7) Uluocak, Sh. 144.

mayacağına göre, önceden tarafların mukavele muvacehesindeki durumlarını kesinlikle tesbit etmeleri mümkün değildir. (8).

MİLLÎ KANUN (Lex patriae) : Taraflar aynı vatandaşlıkta ise, akit kanunu seçilmemiş ise, müşterek millî kanunları akde uygulanır. Tarafların müşterek millî kanunlarının hükümlerini diğer devletler mevzuatının hükümlerinden daha iyi bildikleri farzedilmektedir (9). İtalyan Kanununda bu kanun, seçim yapılmadığı hallerde, akit yeri kanunundan önce uygulanır (10).

İKÂMETGÂH KANUNU (lex domicilii) : Bir kısım müellifler akit kanununu borçlunun borç altına girdiği sıradaki ikâmetgâhı kanunu olarak tavsif etmişlerdir. İkâmetgâh kanunu kıstası, önce sinallagmatik akitlerin «karşılıklı» olma vasfını, akitte mevcut vahdeti, haleldar ettiği düşüncesiyle tenkit edilmişse de, sinallagmatik akitlerde karakteristik edim borçlusunun ikâmetgâhı kanununun yetkili olması şeklinde bir çözümle bazı uygulamalarda kabul edilmiştir.

AKDİN YAPILDIĞI YER KANUNU (lex loci contractus) : Taraflar mukavelelerini hangi ülkede yapmışlar ise, o ülke kanunu akit kanunu (lex obligationis) olarak uygulanır. Akit mahallinin ekseriya tesadüfi olması, gaipler arasında aktedilen mukavelelerde, akit yerinin tayininin her sisteme göre değişiklik arzemesi, mektup, telgraf veya telefonla yapılan akitlerde inikat yerinin tesbitinin güç olması, bu kriterin de tenkide uğramasına sebep olmuştur (11).

AKDİN İFA EDİLDİĞİ YER KANUNU (lex loci executionis) : Bu kanun akit yeri kanununa kıyasla üstünlük arzeder. Âkit tarafların sükûtu halinde icra yeri kanununu gözönünde tutmuş olmaları kuvvetle muhtemeldir. Ancak ifa mahallinin mukaveleden açıkça anlaşılmadığı veya akdi borcun bir «yapmama borcu» (12) olduğu hallerde ifa mahallinin tayini güçlük arzedecektir. Bu sakınca icra mahallinin tayininde lex fori'nin tatbiki ile giderilmek istenmiştir; hâkim borç nevini gözönüne alarak kendi kanununa göre ifa yerini tayin edecektir. Ayrıca karşılıklı taahhütleri ihtiva eden akitlerde, iki ifa mahallî olacağından, ifa mahallinin tayini güçlük arz-

(8) Oser / Schöenenberger (Ter. : H. Avni Göktürk), Sh. 94; Kocayusufpaşaoğlu, Sh .370.

(9) Yörük, Sh. 396.

(10) Uluocak, Sh. 148.

(11) Oser / Schöenenberger (Ter. : H. Avni Göktürk), Sh. 92; Yörük, Sh. 399; Kocayusufpaşaoğlu, Sh. 374; Seviğ, M. R., Sh. 486.

(12) Rekabet memnuiyetinde olduğu gibi.

edebilecektir. Bu mahzurun giderilmesi için de «üstünlük arzeden, esaslı olan edimin icra edileceği yer» e itibar edilmesi gerektiği fikri öne sürülmüştür (13). İsviçre Federal Mahkemesi de, iki tarafa borç yükleyen akitlerde, birden ziyade kanunun uygulanmasını önlemek amacile (küçük parçalama veya küçük ayırma prensibi - die kleine Spaltung) (14) borç münasebetinde üstün niteliği haiz olan edim» in ifa yeri kanununa yetki tanımıştır (15). Federal Mahkeme muayyen tip akitlerde «karakteristik edim» i de tayin etmiştir. Vekâlet akdinde vekilin edimi, ariyette ariyet verenin, karz akdinde, ödünç verenin, satım akdinde, satıcının edimleri Federal Mahkemece «karakteristik» (tipik, üstün) edim olarak nitelendirilmiştir (16). Ancak bu içtihatlarla bakılarak, her hadisenin kolayca çözümlenebileceği sanılmamalıdır. Bazı akitlerde karakteristik edimin tesbiti hayli müşkülât arzedebilir. Trampa gibi bazılarında ise imkânsızdır. Belki bir gayrimenkûl ile bir menkûl trampa ediliyorsa, gayrimenkûllerin bulundukları yer kanununa tâbi olması umumî bir kaide olduğundan, bütün akde bu kanunun tatbiki yoluna gidilebilir (17). Fakat iki menkûl trampasında mevzubahis sistem işlemediği gibi, karakteristik edim kriterine de başvurulamaz. Bu hâlde ikinci derecede bir kıstas olarak akdin yapıldığı yer nazarı itibare alınmakta ve akdin yapıldığı yer kanunu (lex loci contractus) uygulanmaktadır (18).

Mukaveleye, ifa mahallî yeri kanununun tatbikine diğer tenkit de şudur. Pozitif hukukta, icra (ifa) mahallî kavramı değişken bir şekilde kabul edilmiştir. Meselâ Türk Borçlar Hukukunda, para borçları «portable» dir. Yani, para borcunun ifa yeri alacaklının ikâmetgâhıdır. Alman hukukunda ise para borçları «querable» dir. Yani icra yeri, borçlunun ikâmetgâhıdır. Görülüyor ki, ifa mahallinin değişiklik göstermesi, bir fasit daire meydana getirmektedir (19).

İncelediğimiz OLG kararının küçük parçalanma prensibini benimsediğini belirtmiştik. İstinaf Mahkemesine göre taraflar ifa mahalli hususunda anlaşma yapmamış olduklarından her iki tarafın

(13) Schnitzer, Sh. 644 ve 649 - 650.

(14) İncelediğimiz OLG kararı küçük ayırma prensibini benimsemiştir.

(15) Fed. Mah. 1952'den beri gerek küçük parçalama ve gerekse akdin hükümleri ve sonuçları hakkında iki ayrı kanunun (akit yeri ve ifa yeri kanunları) uygulanması sistemine (büyük parçalama - die grosse Spaltung) son vermiştir. Bkz. Schnitzer, Sh. 624; Kocayusufpaşaoğlu, Sh. 383 - 384.

(16) Seviğ, V. R. / Nomer / Sakmar, Sh. 141; Uluocak, Sh. 146; Kocayusufpaşaoğlu, Sh. 386 - 388.

(17) Oser / Schönenberger (Ter. : H. Avni Göktürk), Sh. 116.

(18) Seviğ, V. R. / Nomer / Sakmar, Sh. 141.

(19) Berki, Sh. 177 - 178.

mükellefiyetleri için birbirine uygun ifa mahallinden ve yeknesak akit statüsünün tatbikinden hareket edilemez. Mahkeme ifa mahallî gibi tarafların akdi mükellefiyetlerinin icrasının da değişik yerlerde olduğu, bu durum karşısında davalının aynı eda mükellefiyetinin Alman hukukuna, davacının ödeme mükellefiyetinin de İsveç hukukuna göre karara bağlanacağını kabul etmek suretiyle, akdin parçalanması pahasına, her bir borç hakkında değişik kanun uygulanmasına yönelmiştir.

II. ALMAN JÜRİSPRÜDANSINDA İRADE MUHTARİYETİ İLE İLGİLİ UYGULAMA (20)

Alman jürisprüdansında iki belli başlı kaide belirmektedir.

- 1) Tarafların iradesine hürmet etmek,
- 2) Tarafların açık veya kapalı, dolaylı, kanun seçiminde bulunmadıkları hâlde ifa (icra) yeri kanununa bakmak.

1) Sarih irade kaideten hürmete mazhardır. Zımmî iradenin mevcudiyeti şu emarelerden anlaşılmaktadır :

- Formüller, âdetlere atıftan istihraç,
- Tarafların davadaki hareketi,
- Her iki tarafın Alman tebaasından olması,
- Alman mahkemesine müracaattan Alman Kanununu kabul ettikleri manâsının çıkarılması (21).

2) Alman mahkemesi tarafların açık veya dolaylı kanun seçiminde bulunmadıkları hâlde, ifa yeri kanununa (22) yer verir. Ancak burada Alman içtihadı akdin parçalanması pahasına her bir borç hakkında değişik kanun uygulamasına yönelmiştir (küçük parçalama). Yani iki tarafa borç yükleyen akitlerde her iki âkidin borcu ayrı ayrı kanunlara bağlanmıştır. Bu uygulamanın kaynağı ise Almanya'da halâ etkisini muhafaza eden SAVIGNY'nin sistemidir.

III. TÜRK DHH SİSTEMİNDE AKDE UYGULANACAK KANUNUN TAYİNİ :

Türk DHH sisteminde akde uygulanacak kanunun tayini hususunda mevzuatımızda kesin bir hüküm bulunmadığı ve Yargı-

(20) Bkz. Seviğ, V. R. a.g.m. Sh. 404 - 405.

(21) Fakat bu her zaman varit değildir. Bazen taraflarca yetki tanınan Alman Mahkemesi yabancı hukuku tatbik eder.

(22) Akdin taallük ettiği işin mahiyetine en uygun kaideyi de tatbik ettiği hâller vardır.

tay içtihadının da henüz belirmemiş olması nedeni ile müellifler yabancı doktrin ve içtihattan faydalanarak kıstaslar vermeye çalışmışlardır.

Akitler alanında Türk Hukuku yönünden irade muhtariyeti prensibinin tam olarak uygulanabileceği, B.K. ndaki 19 ve 20. maddelerindeki hükümlerin ancak iç hukuktaki akit serbestisini gidermeye yöneldikleri, irade muhtariyeti alanında ise seçilen kanunun emredici hükümlerinin uygulanması ile ortaya çıkacak mahzurların giderileceği ileri sürülmüştür (23). Tarafların açık veya zımnî iradeleri mevcut değilse, yukarıdaki görüşü dermeyen eden müelliflerden bir kısmı akit kanununun objektif bağlama kurallarına göre tesbitini (24) diğerleri ise, mefruz iradenin aranmasını ileri sürerler (25).

Başka bir görüşe göre ise, irade muhtariyeti muayyen bir kanunun sınırları dahilinde uygulanabilir. Bu fikri savunanlardan bir kısmı B.K. nun 19. ve 20. maddeleri ile Muvakkat Kanunun 4. maddesini birlikte mütalâa ederek irade muhtariyetinin esasını iç hukukun mezkûr maddelerine dayandırdıktan sonra Türkiye'de icra edilecek akitler hakkında Türk Kanununun emredici hükümleri dahilinde tarafların seçtikleri kanuna yer verilebileceğini, Türkiye dışında tanzim edilen ve icra edilecek akitler hakkında ise, tanzim yeri kanununa göre akdin sıhhati tesbit edildikten sonra, tanzim mahallinin çizdiği sınır dahilinde irade muhtariyetinin uygulanabileceğini veya akit kanunu olarak mukavelede karakteristik edimin ifa yeri memleketi kanunu veya kanunlar ihtilâfı nazarı itibare alınarak, tarafların irade muhtariyetinin tayin edilebileceğini kabul ederler (26). Diğer bir kısmına göre ise, mukavele kül halinde tek bir «lex obligationis» e tâbi kılınmalıdır; şayet bu akit kanunu irade muhtariyetini kabul ediyor ise, akit gene kül halinde seçilen kanuna terkedilecektir, kabul etmiyorsa tarafların seçtiği kanun «lex obligationis» in çizdiği sınır dahilinde, tamamlayıcı hükümlerde mukavele hükmü olarak nazarı itibare alınacaktır. Taraflar hiçbir irade beyanında bulunmamış iseler, akit kanununun tamamlayıcı hükümleri emredici kaideler gibi uygulanacaktır (27).

(23) Nomer, Sh. 522; Göger, Sh. 301, Esener, Sh. 512; Berki, Sh. 179.

(24) Nomer, Sh. 526. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bir kararı da bu merkezdedir. Bkz. Göger (İçtihatlar), Sh. 176.

(25) Esener, Sh. 512 - 513.

(26) Seviğ, M.R. / V.R., Sh. 580 - 584; Seviğ, V.R. a.g.m. Sh. 415.

(27) Kocayusufpaşaoğlu, Sh. 393; Müellife göre akit kanunu, karakteristik edimin icra yeri kanunudur; bu metotla bir sonuca varılmazsa, ikinci derecede karakteristik edimin borçlanıldığı andaki borçlunun ikâmetgâhı kanunudur. Bkz. Sh. 389.

İrade muhtariyeti prensibinin doktrinde uğradığı tenkitlerin ciddiliğini gözönünde bulunduran bir görüş ise bu prensibin uygulanmasının pozitif hukukumuz açısından Muvakkat Kanunun dar veya geniş yorumuna göre değişebileceğini ve bu nedenle kesin bir kıstas olamayacağını belirterek akde uygulanacak kanunun tayininde haklı olarak objektif kıstastan faydalanılmasını teklif eder (28).

IV. OLG KARARININ TÜRK DHH YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ :

Bahis konusu OLG kararının Türk Hukuku açısından değerlendirilmesine gelirsek, diyebiliriz ki; yabancı bir unsuru havi bir ihtilâfı halletmekle yükümlü olan Türk hâkimi, hangi kanunu uygulayacağını tayin etmek zorundadır. Bunun için de herşeyden evvel münasebetin hukukî mahiyetini tesbit edecektir.

Her devletin kendine mahsus kanunlar ihtilâfı hükümleri mevcut olduğu ve bunlar birbirine pek uymadığı için ihtilâfların halli zaruri olarak memleketten memlekete geçecektir. Diğer bir ifade ile DHH konusuna giren bir hukukî ihtilâfın konusu olan hukukî ilişki veya işlem değişik kanunlara göre değişik nitelendirilebilir. Bu kanunlar hukukî ilişki veya işlem hakkında yetkili olabiliyor ise, bu kanunlardan hangisinin ihtilâf hakkında nihaî olarak yetkili olacağı hususunun tesbiti, ihtilâf konusu hukukî ilişkinin veya işlemin hukukî niteliğinin tayinine bağlı olduğu hallerde «vasıf ihtilâfı» ndan bahsedilir.

Şu halde vasıf ihtilâfları, herhangi bir hukukî münasebetin hukukî mahiyetinden doğan ihtilâflardan ibarettir. Hukukî münasebeti (ilişkiyi) tavsif etmek, ona hukukî bir mahiyet, hüviyet izafe eylemek demektir.

Tavsif, hak hâmili, hak mevzuu, hukukî fiil ve hukukî muamelelerin muhtelif pozitif hukuklarda tasnifidir. Demek oluyor ki, bir hukukî münasebetin mahiyetini tayin hususunda çeşitli mevzuat ayrılığın mevcudiyeti, vasıf ihtilâflarını doğurmaktadır.

Vasıf ihtilâflarına hangi kanunun uygulanacağı hususunda iki sistem (29) mevcuttur.

a — Vasıf ihtilâfında «lex fori» nin yetkisi,

b — Vasıf ihtilâfında «lex causae» nin yetkisi.

(28) Uluocak, Sh. 156.

(29) Diğer bir sistem olan, vasıflandırmada mukayeseli hukuk aracılığı ile genişletilmiş kavramlardan faydalanma metodu için, bkz. Uluocak, Sh. 200; Göger, Sh. 85 - 86.

a — Bu sistem vasıflandırmada *lex fori*'nin yetkisini kabul etmiştir. İhtilâfı gören yargıç, ihtilâf konusu olan hukukî ilişkiyi, işlemi, konuyu kendi hukukuna göre muayyen bir hukukî kategoriye dahil edecektir.

b — Vasıf ihtilâfları diğer bir sisteme göre *lex causae* ile halledilmek gerekir. Vasıflandırma, hukukî ilişki hakkında yetkili kılınan kanun (*lex causae*) dahilinde yapılmalıdır.

Devletler mevzuatı, vasıf ihtilâfları ile pek fazla meşgûl olmuş değildir. Fakat, hemen şuna işaret edelim ki, bu hususta klâsik sistem, yani hâkimin kanununun «*lex fori*» uygulanması esası kabul edilmiştir.

DHH ile iştigal eden Türk hukukçuları vasıf ihtilâflarının tâbi olacağı kanun mevzuunda, *lex fori*'nin uygulamasına mütemayil görünmektedirler (30).

Biz de aynı kanunun tatbikini yerinde bulmaktayız. Çünkü vasfın tayini, bir ihtilâf kaidesinin tefsirinden başka bir şey değildir. Binaenaleyh, hâkim ancak mensup olduğu devletin DHH sistemine göre, münasebetin hukukî mahiyetini tesbit etmek zorundadır. Diğer taraftan vasfın tayini, uygulanacak kanunun tayini için zaruridir. Hangi kanunun kabili tatbik olduğu, ancak hukukî münasebetin mahiyeti tayin edildikten sonra tesbit olunabilir. Hukukî münasebetin mahiyeti tayin edilmeden, tatbik edilecek kanunu meydana çıkarmaya ve binnetice ihtilâfın halledilmesine imkân yoktur. *Lex fori*'nin uygulanması fasit daire nedeni ile de zaruridir. Ancak malların, taşınır veya taşınmaz olduğunu tayin etmek hususunda yetkili kanun *lex fori* değil, malların kain olduğu yer kanunu «*lex rei sitae*» dur. (31).

Yukarıdaki açıklamalarımızın ışığı altında OLG kararı ile ilgili olarak çözülmesi gereken birinci problem şudur : Alman firması ile İsveç firması arasındaki sözleşme (akit), bir istisna (eser) midir yoksa bir satım akdimidir ? Karardan anladığımıza göre İsveç hukuku Alman hukukunun (ve dolayısıyla Türk hukukunun) aksine satım akdi ile istisna akdi arasında bir ayırım gözetmemektedir. Alman firması ile İsveç firmasının yaptıkları akdi Türk hâkiminin, *lex fori*'ye göre çözeceği akla gelebilir. Ancak irade muhtariyeti sahasında hâkimin kanununun tatbik edilmemesi hususunda ileri sürülen fikir, hemen bütün müellifler tarafından kabul edil-

(30) Uluocak, Sh. 202; Seviğ, M.R. Sh. 335; Seviğ, M.R./V.R., Sh. 412; Yörük, Sh. 131.

(31) Berki, Sh. 40 - 41; Göger(Sh. 84; Uluocak, Sh. 197; Seviğ, V.R., Sh. 146.

miştir. Denmiştir ki, malûm olduğu üzere, irade muhtariyeti prensibi, mukavelelere, tarafların diledikleri kanunun uygulanacağını ifade eder. Akitler sahasında herhangi bir vasıf ihtilâfı muvacehesinde bulunulduğu zaman, tavsif, davanın görülmekte olduğu Mahkeme Kanunu ile değil, mukavelelerini istedikleri kanuna tâbi kılmak yetkisini haiz olan taraflarca tayin edilebilir. Demek oluyor ki, iradenin muhtariyeti prensibinin şümûlüne giren herhangi bir meselede taraflar, mukaveleyi idare edecek kanunu tayin etmek yetkisine sahip oldukları gibi bu kanunu meydana çıkarmak için zaruri olan tavsifi de tayin edebilirler (32). Kanaatimizce, sarîh veya zımnî irade beyanlarının mevcudiyeti halinde kabul edilecek olan bu görüş, iradenin herhangi bir şekilde açıklanmadığı hallerde lex forinin uygulanmasına mani olmayacaktır.

Olayda tarafların sarîh veya zımnî iradeleri mevcut olmadığına göre Türk hâkimi her iki firma arasındaki münasebetin hukukî mahiyetini lex fori'ye, yani Türk hukukuna göre tesbit etmek zorundadır. İsveç firması Alman firmasını bir özel makinenin imali ile vazifelendirmiştir. İki firma arasında meydana gelen bu akit Borçlar Kanunumuza göre bir istisna akdidir. B.K. 355. maddesi istisna akdini şöyle tarif etmektedir : «İstisna bir akittir ki, onunla, bir taraf (Müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.» Bu kanuni tarife dayanarak istisna (eser) sözleşmesinin unsurlarını şöylece tesbit edebiliriz :

- a — Bir eser meydana getirme,
- b — Eser için karşılık (ücret) vadetme,
- c — Anlaşma.

Tesbit ettiğimiz bu üç unsur firmaların yaptığı anlaşmada da mevcuttur. Böylece bahis konusu akdin, lex fori'ye göre yapılan vasıflandırması sonunda, bir istisna akdi olduğunda şüphe yoktur.

Alman firması ile İsveç firması arasındaki akit bir istisna akdi olarak kabul edildiği takdirde, tesbit edilmesi gereken bir problem de, bu akdin Muvakkat Kanunun kapsamı dışında kalıp kalmadığıdır.

Muvakkat Kanunun 4. maddesindeki, bütün hukuk ve ticaret davalarının Türk Kanunlarına göre görüleceği öngören hüküm, akitler alanında uygulanacak kanunu tayine yarıyacak başlıca kaideyi

teşkil eder. Konumuz yönünden maddeyi değerlendirecek olursak, borçlar hukuku ve ticaret hukuku sahasındaki akdî ilişkiler, yapılan mukaveleler Türk Kanununa tâbi olacaktır. İrade muhtariyetinin, sistemimiz yönünden prensip olarak uygulanabileceğini kabul ettiğimiz takdirde, tarafların seçmiş olduğu kanun hükümlerine, Türk kanununun emredici nükümleri dışında kalan maddelerinde, uygulanma olanağı tanınacaktır (33). Görüldüğü gibi Muvakkat Kanunun mezkûr hükmü, iç hukukun (B.K. nun 19 ve 20. maddeleri) mukavele serbestisinden ileri gidememektedir. Ancak tamamlayıcı hükümlerde yabancı bir kanuna yer verilebilmektedir. Burada önemli olan husus zikredilen madde muvacehesinde hangi akitlerin Türk kanununa tâbi olacağının tesbitidir. Muvakkat Kanun Türkiye'de bulunan yabancıların hukuk ve vazifelerine ilişkin bir kanundur ve bu kişilerin akdi borç münasebetlerini düzenlemektedir. Diğer bir ifade ile Muvakkat Kanunun 4. maddesi sadece Türkiye'de bulunan yabancıların Türkiye'de yaptıkları akitleri nizamlamaktadır (34).

İlgili madde şöyledir : «Teb» ayı ecnebiyyeye müteallik ve emvali gayrimenkûleye ait bilcümle deavi ile mevaddı sairei hukukiye ve ticariye ve cezaiye davaları teb'ayı Osmaniye alâkadar olmazsa dahi mehakimi devleti âliyede kavanin ve nizamat ve usulü Osmaniyyeye tevfikân rüyet olunur.» Bu hükümden ilk nazarda Türkiye'de aktedilen mukavelelerin Türk kanununa tâbi olacağı sonucu çıkarılabilir. Doktrin Türkiye'de icra edilecek akitleri de kanunun kapsamına dahil edilebilecek Türk mukavelesi olarak öngörmüş ve Türk kanununa tâbi kılmıştır (35).

Biz, Muvakkat Kanunun 4. maddesinin ilgili hükmünün bu sonucu sağlayacak açıklıkta olmadığı kanaatindeyiz. Bugünün birçok ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak bulunan mezkûr madde muğlak hükmü ile üzerinde durduğumuz akdi ilişkilere uygulanacak kanunun tayini bakımından sunî yorumlara yol açmakta ve Türk DHH'nun değişik tefsirlere tâbi kılınması sonucunu doğurmaktadır. Kanımıza göre «4. maddenin konumuza ilişkin hükmü dar veya geniş yorumlandığı takdirde, kapsamı değişebilecektir. Dar anlamda sadece Türkiye'de yapılan akitler bu hükme tâbi olacak, geniş anlamda ise Türk mukavelesi niteliği tanınan akitlerde (icra yeri Türkiye'dir, veya akdin ekonomisi Türkiye'de mahallileşmeyi sağlamak-

(33) Uluocak, Sh. 155; Seviğ, V. R., Sh. 108.

(34) Göger, Sh. 300.

(35) Seviğ, V. R., Sh. 108.

tadır v.s...) bu kategoriye dahil kılınabilecektir» (36). Akdin inikat ve icra yeri Türkiye dışında olduğu veya akit ekonomisi itibarile yabancı bir ülkede mahalleştiği takdirde, bahis konusu akdin Muvakkat Kanunun kapsamı dışında kaldığı aşikârdır.

İsveç firması ile Alman firması arasında meydana gelen istisna akdi de Türk DHH uygulaması bakımından Muvakkat Kanunun kapsamı dışında kalmaktadır, zira akdin inikat ve icra yeri Türkiye dışındadır ve ekonomisi itibarile yabancı ülkede mahallileşmektedir.

Muvakkat Kanunun kapsamı dışında kalan akitler hakkında irade muhtariyetinin uygulanma derecesi, evvelce de belirttiğimiz gibi, Türk doktrininde değişik açıdan ele alınmaktadır.

Biz Muvakkat Kanunun kapsamına girmeyen akitler hakkında objektif irtibat noktaları nazara alınarak akdin yargıç tarafından muayyen bir hukuk düzenine bağlanması kanatindeyiz. Yargıç mukavelenin arzettiği hal ve şartlardan, tarafların kanun seçimine dair olan irade beyanlarından faydalanarak, bağlı kalmıyarak, akdin en ziyade ilgili bulunduğu ülkeyi tayin etmek suretiyle, akdi bu ülkeye, doktrinin kullandığı terim ile ifade edersek, yerleştirecektir. Binnetice tarafların kanun seçimine dair beyanı objektif irtibat noktalarından birini teşkil edecektir. Taraflar muayyen bir kanun seçiminde bulunmadıkları taktirde, yargıca ya mefruz irade araştırılması veya objektif kural dahilinde en ziyade yersel ilişkinin tayini gibi yetkilerin verilmesi fikrindeyiz.

OLG kararına konu teşkil eden olayda tarafların sarih veya zımnî iradeleri mevcut olmadığı gibi mefruz iradeleri de tesbit edilememektedir. Bu durumda yargıcın mefruz irade araştırmasında bulunması sonuçsuz kalacaktır. Türk yargıcı objektif kural dahilinde akdin en ziyade ilgili bulunduğu ülkeyi tayin edecektir. Meselemizde bir istisna akdi söz konusudur. Böyle bir akitte işin yapılacağı yer önem arz etmektedir. Dava donelerine göre bu yer (memleket) Almanya'dır. Binaenaleyh Türk hâkimi akdi bu ülkeyi (yani Almanya'ya) yerleştirmelidir.

KISALTMALAR

a.g.m.	: Adı geçen makale
A.H.F.D.	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
Alm.M.K.	: Alman Medenî Kanunu
B.K.	: Borçlar Kanunu
Bkz (bkz)	: Bakınız
C.	: Cilt
D.H.H.	: Devletler Hususi Hukuku
Fed. Mah.	: Fedral Mahkeme
İ.H.F.M.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
I.P.R.	: Internationales Privatrecht
L.G.	: Landgericht (Bidayet Mahkemesi)
O.L.G.	: Oberlandesgericht (İstinaf Mahkemesi)
Sh.	: Sahife
Sy.	: Sayı
Ter. E.	: Tercüme eden
v.s.	: Vesaire

BİBLİYOGRAFYA

- BERKİ, O. F.* : Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları. 2. bası, Ankara, 1971.
- ESENER, T.* : DHH nda İradenin Muhtariyeti Prensibi. AHFD, 1954, Sy. 1-2, Sh. 478-513.
- GÖĞER, E.* : Kanunlar İhtilâfı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları), Ankara, 1973.
- GÖĞER, E.* : DHH (Kanunlar İhtilâfı) 3. bası Ankara, 1975.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.* : DHH nsa tarafların sükutu halinde akitleri tit-bik edilecek Kanun. İHFM, 1957, C. XXI, Sy. 1-4, Sh. 356-393.
- NOMER, E.* : Milletlerarası Hâkemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilâfı. IV. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Tahkim 1965, ayrı bası. Sh. 499-534.
- OSER / SCHONENBERGER* : İsviçre Bağlamalar Kanunu Şerhi (H. Avni Gök-türk Tercümesi.) B'rinç Fasikül, Ankara, 1935.
- RECZEI, L.* : Internationales Privatrecht. Budapest, 1960.

SCHNITZER, A. F. : Handbuch des Internationales Privatrechts. 4. bası, C. II, Basel, 1958.

SEVİĞ, M. R. : Devletler Hususi Hukuku, 2. bası, C. I, İstanbul, 1947.

SEVİĞ, M. R. / V. R. : Devletler Hususi Hukuku. 3. bası, İstanbul, 1962.

SEVİĞ, V. R. : İrade İstiklâli Esası Hakkında Muhtelif Temayüller. A. Samim Günensay'a Armağan, İstanbul, 1955. Sh. 353-416.

SEVİĞ, V. R. : Kanunlar İhtilâfı, 2. bası, İstanbul, 1974.

SEVİĞ, V. R. / NOMER, E. / SAKMAR, A. : Devletler Hukuku Pratik Çalışmaları. İstanbul, 1972.

ULUOCAK, N. : Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları). İstanbul, 1971.

YÖRÜK, A. K. : Devletler Hususi Hukuku. 2. bası, İstanbul, 1950.