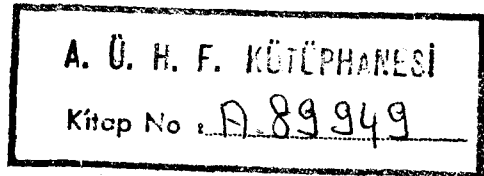


ANKARA HUKUK FAKÜLTESİ  
ELLİNCİ YIL ARMAĞANI

1925 - 1975

CİLT: I



1998-1999

Year	1998	1999
1	100	100
2	100	100
3	100	100
4	100	100
5	100	100
6	100	100
7	100	100
8	100	100
9	100	100
10	100	100
11	100	100
12	100	100
13	100	100
14	100	100
15	100	100
16	100	100
17	100	100
18	100	100
19	100	100
20	100	100
21	100	100
22	100	100
23	100	100
24	100	100
25	100	100
26	100	100
27	100	100
28	100	100
29	100	100
30	100	100
31	100	100
32	100	100
33	100	100
34	100	100
35	100	100
36	100	100
37	100	100
38	100	100
39	100	100
40	100	100
41	100	100
42	100	100
43	100	100
44	100	100
45	100	100
46	100	100
47	100	100
48	100	100
49	100	100
50	100	100
51	100	100
52	100	100
53	100	100
54	100	100
55	100	100
56	100	100
57	100	100
58	100	100
59	100	100
60	100	100
61	100	100
62	100	100
63	100	100
64	100	100
65	100	100
66	100	100
67	100	100
68	100	100
69	100	100
70	100	100
71	100	100
72	100	100
73	100	100
74	100	100
75	100	100
76	100	100
77	100	100
78	100	100
79	100	100
80	100	100
81	100	100
82	100	100
83	100	100
84	100	100
85	100	100
86	100	100
87	100	100
88	100	100
89	100	100
90	100	100
91	100	100
92	100	100
93	100	100
94	100	100
95	100	100
96	100	100
97	100	100
98	100	100
99	100	100
100	100	100

## İÇİNDEKİLER

### BİRİNCİ BÖLÜM

<b>Prof. Dr. Tuğrul ANSAY</b> : Hukuk Öğretimi ve Ankara Hukuk Fakültesi ... ..	3
Ankara Hukuk Fakültesinin 50. Açılış Yıldönümü Dolayısıyla <b>Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu</b> Tarafından 5/Kasım/1975 Çarşamba Günü Bu Fakülte'deki Törende Yapılan Konuşma ...	21
<b>Prof. Dr. Avni ZARAKOLU</b> : Atatürk Devrimleri ve İktisadî Kalkınma	39
<b>Prof. Dr. Adnan ÖZTÜREL</b> : Adlî Tıp Dalının 50 Yılda Türkiye'deki Gelişimi ve Bugünkü Durumu ... ..	51

### İKİNCİ BÖLÜM

<b>Prof. Dr. İlhan ARSEL</b> : Ekonomik Canlılığı ve Gelişmeyi Sağlama ya da Engelleme Konusunda Din Adamının Rolü ... ..	81
<b>Prof. Dr. Şakir BERKİ</b> : Quelques études à l'occasion du 50 <sup>ème</sup> anniversaire de l'adoption du Code Civil ... ..	125
<b>Dr. Erol CANSEL</b> : Velâyet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Nedeniyle Kaldırılması ... ..	137
<b>Prof. Dr. Fikret EREN</b> : Medeni Hukuk ve Toprak - Tarım Reformu Kanunu Açısından Tarım İşletmelerinin Tahsis Şartları ... ..	149
<b>Dr. Z. HAFIZOĞULLARI</b> : Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları ...	193
<b>Prof. Dr. Baki KURU</b> : İcra Takibi Konusu Alacağın Temliki ... ..	213
<b>Von Reinhard MUSSGUG</b> : Die Haftung des Staates für das rechtswidrige Handeln seiner Organe ... ..	223
<b>Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN</b> : Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği ... ..	265

<b>Doç. Dr. Bilge ÖZTAN :</b> Kanunî Müşavirlik ve Federal Mahkeme'nin Bu Konuya İlişkin Görüşü ... ..	297
<b>Prof. Dr. Adnan ÖZTÜREL :</b> Adli Tıp Bakımından Kızamık ... ..	329
<b>Prof. Dr. Seza REİSOĞLU :</b> Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Or- taya Çıkan Sorunlar ... ..	335
<b>Dr. Lâle SİRMEN :</b> Nişanın Bozulmasında Manevî Tazminat ... ..	359
<b>Dr. Ejder YILMAZ :</b> Davada İnanca ... ..	381

# BİRİNCİ BÖLÜM

INTRODUCTION

**HUKUK ÖĞRETİMİ**  
**VE**  
**ANKARA HUKUK FAKÜLTESİ**

**Prof. Dr. Tuğrul ANSAY. LL.M. M.C.L**

**I — SUNUŞ :**

Bugün burada Ankara Hukuk Fakültesinin 50. kuruluş yıldönümünü kutlamak için toplanmış bulunuyoruz. Bu müesseseye 5 Kasım 1925 tarihinde Atatürk'ün konuşmasıyla «Ankara Adliye Hukuk Mektebi» olarak öğretime başlamıştı. Müessesenin önemi hem Türkiye Cumhuriyetinin ilk yüksek okulu olmasından, hem de o tarihlerde başlatılması düşünülen hukuk devrimlerinin uygulayıcılarını yetiştirecek bir kaynak görevini üstlenmesinden ileri geliyordu. Kuruluşundan çok kısa bir süre sonra, 17 Şubat 1926'da Medenî Kanun'un kabul edilmesi ve bunu diğer temel kanunların izlemesi bir raslantı olmayıp, Mektebin yeni devletin hayatında aldığı yerin önemini yansıtan belgelerdir. Daha ziyade bir meslek okulu olarak ve 3 yıllık eğitim süresi ile öğretime başlayan bu kuruluş önceleri Adalet ve daha sonra da Millî Eğitim Bakanlıklarına bağlı kalmıştı. Ancak sonradan fakülte haline dönüştürülerek Ankara Üniversitesinin nüvesini teşkil etmiştir. Bu arada öğretim süresi de 1941 yılında 3 yıldan 4 yıla çıkarılmıştır.<sup>1</sup>

Fakültemiz ilk öğretim yılında 339 öğrenci ile öğretime başlamıştı. İlk yıllarda toplam öğrenci sayısı 1400'ü geçmiyordu. İlk mezunların sayısı ise 143 idi. Daha sonraları öğrencilerin ve mezunların sayısında aşırı yükselmeler olmuştur. 1974-1975 ders yılında Fakültemize 545 Türk ve 18 yabancı uyruklu öğrenci kaydolmuş-

\* 5 Kasım 1975 tarihinde Ankara Hukuk Fakültesinde yapılan 50. yıl törenindeki konuşmanın genişletilmiş ve dipnotları ile tamamlanmış şeklidir.

<sup>1</sup> Tarihçe için bak.: *T. Ansay, Hukuk Eğitiminde Reform*, 26 Ank. H. F. Der. 262 vd. (1969).

tur. 1974 - 1975 ders yılında öğrencilerimizin sayısı 4.500 dolaylarında idi. Aynı yılda Fakülteyi bitirenlerin sayısı ise 411'i buldu. Fakültemizin Türk aydınları arasında bugüne kadar yetiştirmiş olduğu mezunların sayısı 15.000'i aşmıştır.

Fakültemizin kuruluşundan beri geçen elli yıl içinde Türk toplumu kültürel, iktisadî ve siyasal alanda büyük aşamalardan geçmiştir.<sup>2</sup> Asırlarca tarıma dayanan, geri kalmış bir iktisadî düzen içinde bocaladıktan sonra endüstrileşme yolunda yapılan ilerlemelerin ve bunun sonucu ortaya çıkan kentleşmenin ülkemizde süratli toplumsal değişikliklere sebep olduğunu görmekteyiz. Bir yandan büyük sermaye gelişirken, bunun karşısında işçiler de örgütlenerek sendika biçiminde yeni güçler oluşturmuşlardır. Siyasal yaşantımız da gelişmelerden etkilenmiştir. Tek partili bir ortamdan, çok partili demokratik bir düzene geçilerek bu alanda önemli tecrübeler arkada bırakılmıştır. Anayasamız yenilenmiş, Sosyal Hukuk Devleti bir ana ilke olarak Anayasamıza girmiştir. Gene bu 50 yıllık devrede Türk Devletinin iç istikrarını sağladıktan sonra dışa açılarak, dünyadaki gelişmelere paralel bir biçimde uluslararası kurumlara, topluluklara katılmış olduğunu görüyoruz. Özellikle son 10 yılda ortaya çıkan yurt dışına işçi göçü Türk toplumunun bünyesine yepyeni bir görünüş verecek niteliktedir.

Eğitim alanında izlediğimiz değişikliklerin beklenen gelişmeyi gösterdiğini söylemek sanırım doğru olmasa gerek. Orta öğretimde ağırlığın genel liselere verilmesi, liselerden mezun olmada aranan yeterlik sınavlarının azaltılarak kolaylaştırılması, üniversite kapılarına büyük hücumları doğurmuştur. Bu hücum sonucu ortaya çıkan yığılmalar yüksek öğretim müesseselerine girişte bir değerlendirme türü olan merkezî sınav sistemine üniversitelerimizi istemeden itmiştir. Yurdun çeşitli yerlerindeki liselerin olanaklarındaki farklılık da üniversitelere erişen öğrenciler arasında temel bilgiler bakımından yetersizliklere ve bazan da öğrenim yönünden aşırı seviye farklarına neden olmaktadır.

Geniş ve kaba hatları ile çizmeğe çalıştığım bu manzara içinde Ankara Hukuk Fakültesinin yeri ne olmalıdır? Sanıyorum Cumhuriyet Türkiye'sinin 50. yılını yaşamakta olan kuruluşunda bu soru-

<sup>2</sup> Karş. *Brugmans*, Prospects for law in contemporary society (Proceedings of the Third European Conference of Law Faculties, Council of Europe, Strasbourg 1974), S. 13 vd.

ya bizlerden sonra hizmet edecek yeni kuşakların dikkatle eğilmesi gerekmektedir.

## II — ANKARA HUKUK FAKÜLTESİ VE HUKUK ÖĞRETİMİ:

A. Yurdumuzda sadece genel kültür verebilecek ve tatbikatın geliştirdiği yeni alanlara gençleri yetiştirecek yüksek öğretim kuruluşlarının son zamanlara kadar yaygın olmaması bazı Batı ülkelerinde olduğu gibi, daha başlangıçtan beri, gençlerimizin ilgisini hukuk fakültelerine çeken nedenler arasında sayılabilir. Özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde orta öğretimden sonra öğrenciler kollejlere üniversite düzeyindeki genel öğrenimlerini yapabilmekte, hukuk fakültelerine mezuniyet sonrası öğrenim için devam etmektedirler. Oysa Avrupa geleneğinde hukuk fakülteleri, hemen orta öğretimi izleyen ve tıp, ilahiyat, felsefe ve hukuk şeklinde dört fakülteden biri olarak uzun süreler üniversitenin temelini teşkil etmişlerdir. Yakın zamanlara kadar Avrupa ülkelerinde hukuk öğrencilerinin sayısı diğer fakültelerde okuyan öğrencilere oranla çok yüksek olmuştur.<sup>3</sup> Ancak son yıllarda fen ve edebiyat fakülteleri biçiminde genel, veya iktisat, iş idaresi, siyasal bilim veya eğitim gibi özel fakültelerin kurulması ile hukuk fakültelerinin görmekte oldukları fonksiyon bu kuruluşlara dağıtılmağa çalışılmıştır.

Fakültemizin bir meslek okulu görünümünün, kuruluşundan çok kısa bir süre sonra değişmesi ve Ankara'da bir fakülte seçimi

<sup>3</sup> Ülkenin adı	Fakülte sayısı	Yaklaşık öğrenci sayısı
Belçika	10	10.550
Federal Almanya	25	35.600
Danimarka	2	4.650
Finlandiya	2	3.110
Fransa	40	98.000
İngiltere	24	7.700
İtalya	28	93.220
Hollanda	8	14.050
Norveç	2	3.180
Avusturya	5	4.450
İsveç	3	8.850
Sovyetler B.	7	4.500
İspanya	17	25.100

(1973 rakamları, Kaynak, Neue Juristische Wochenschrift, Sa. 40, S. VI 1974).

imkânının bulunmaması da gençlerimizi Hukuk Fakültesine yönelten nedenlerdendir. Ankara Hukuk Fakültesini bugüne kadar bitiren 15.000 dolaylarındaki mezunumuz sadece yargıç, savcı, avukat veya noter olarak faaliyet göstermişlerdir denemez. Mezunlarımızın başka alanlara da yöneldikleri ve bu alanlarda üstünlük sağladıkları bir gerçektir. Avrupa ülkelerinde de rastladığımız bu çok yönlülük<sup>4</sup> bugün dahi geçerliliğini sürdürmektedir. Başlangıçta düşünmemiş olsa bile<sup>5</sup> hukukçu dar anlamdaki hukuk mesleği dışındaki alanlara yönelmek suretiyle topluma yararlı olmağa çalışıyor: Türk kültürüne edebî yazıları - romanları, şiirleri, tiyatro eserleri -, Türk siyasal hayatına parlamento içindeki veya dışındaki faaliyetleri ile yön veren Ankara Hukuk Fakültesi mezunlarının sayısı hiç de az değildir. Yapılan bilimsel bir araştırma, siyasal hayata atılmayı düşünen kişiler için hukuk tahsilinin ve dolayısıyla avukatlığın, toplum sorunlarına ve bizzat toplumu oluşturan kişilere yakınlık sağlamak suretiyle bir üstünlük doğurduğunu göstermektedir.<sup>6</sup> Gerçekte de siyasal partilerimizde hukuk mezunları önemli mevkilere gelmekte, siyasal liderlik görevini yüklenmektedirler. Millet Meclisi üyelerinin 1970 yılında % 33,1'i, Cumhuriyet Senatosu üyelerinin ise aynı yılda % 38,8'i hukuk mezunu idi<sup>7</sup>. Pek çok mezunumuz idareci veya iş adamı olarak kamu sektöründe, özel sektörde başarılar sağlamıştır. Basın ve yayın alanında hizmetlerini sürdüren mezunlarımızın da toplumun bünyesini nasıl etkiliyebildiklerini görüyoruz. Bütün bu örnekler Fakültemizin, salt hukuk öğreten bir müessese olmanın ötesine kadar uzanması gereğini bize göstermektedir.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Bak. *Selb*, The aims of law teaching, (Proceedings...) S. 27 vd.; *Carreau*, Subjects taught, (Proceedings...) S. 43.

<sup>5</sup> 1969'da yapılan bir ankete göre öğrencilerimizin % 30'u yargıç veya savcı, % 26'sı avukat, % 10'u kaymakam, % 4'ü devlet memuru, % 7'si hariciyecisi, % 6'sı serbest meslek mensubu olmak istiyorlardı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Eğitim Durumlarına İlişkin Anket, S. 55, Tablo 63 karşı. S. 156, Tablo 195, Ankara 1970.

<sup>6</sup> *Mine Tan*, Meslek Olarak Hukuk ve Siyasette Hukukçu, Ankara 1972 (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No. 129).

<sup>7</sup> *Tan*, S. 91 ve 92. 1 Haziran 1974'de Cumhuriyet Senatosunun seçilen üyelerinin % 42,5'i hukuk mezunu idiler (Cumhuriyet Senatosu Altbüümü). Diğer rakamlar için karşı. *Tan*, S. 87 vd.

<sup>8</sup> Avusturya'da üniversite mezunları için açık olan 46 devlet memurluğundan sadece 7 tanesi hukuk tahsilini gerekli kılmakta iken memuriyetlerin % 42,6'sını hukukçular doldurmaktadır. Üniversite diploması gerekli

Hukuk, toplumsal hayatımızın, diğer bir deyimle yaşam mücadelesinin bir tecelli şekli olan iktisadî faaliyetlerin barış içinde yürümesi için mevcuttur. Toplumsal hayatı tanımayan, onun sorunlarını bilmeyen, göremiyen, hukukun var oluş nedenlerinden habersiz bir kişinin gerçek anlamda bir hukukçu olması mümkün değildir. Hukukçuyu kanun maddelerini oluşturan kelimeler arasında kaybolan bir elektronik makina biçiminde düşünemeyiz. 1920 lerin hukuk devrimleri, yeni toplumsal yaşantıyı kökünden değiştirmek için gerekli görülen ve resepsiyon adı ile dışarıdan ithal edilen kanunlaştırma günleri de arkamızda kalmıştır. Bugün hukukçu toplumsal hayatı yakından izleyerek, yapılmasında önderlik edeceği kanunlar, yargıç olarak vereceği kararlar, yazacağı yazılar ve açıklayacağı görüşleri ile sessiz toplumsal ilerlemeyi sağlamak durumundadır. Bu nedenle ancak sosyal bilimler alanında da kuvvetli bir temele sahip, gittikçe giriftleşen iktisadî olaylardan haberdar kişilerin bu yolda başarılı bir hizmet görebileceği kanısındayım<sup>9</sup>. Oysa hukuk fakülteleri, orta öğretimin yardımından yararlanma konusunda en talihsiz yüksek öğretim kuruluşlarından biri olarak gösterilebilir. Yeni öğrencilerimiz hemen hiç hukuk bilgisi almadan bize gelmekte; iktisat, siyasal bilim, siyasal tarih, sosyoloji ve benzeri alanlarda hazırlıksız veya çok az bir hazırlıkla hukuk öğrenimine başlamaktalar. Kaldı ki, lise öğrenimindeki yetersizlik de temel kültür konularına daha fazla ağırlık vermeğe doğru bizleri itmektir. Esasen bizde olduğu gibi, bütün dünya eğitim sistemlerini etkisi altında bırakan Avrupa üniversitelerinde de büyük değişiklikler vuku bulmaktadır. Örneğin 19. asır Almanya'sında Alexander von Humboldt tarafından temelleri atılan üniversiter anlayış biçim değiştirmekte, hiç değilse öğrenimin ilk yıllarında fakülteler liselerin yukarıya doğru uzamış bir şekli halini almaktadırlar. Demokratik toplumlarda vatandaşların bilmesi gereken bazı konular artık liselerde değil, onların da üstündeki üniversitelerde öğretilmektedir. Bugün sosyoloji veya iktisat konularına sosyal bilimler fakülteleri dışında, fen bilimleri fakültelerinin

---

olan yüksek memuriyetlerin % 66,4'ünde hukukçular çalışmaktadır (Bak *Selb*, S. 30).

<sup>9</sup> Sosyal bilimlerin hukuk fakültesindeki yeri hakkında, olumlu veya olumsuz yönden tartışmalı şu yazıya bak.: *Schelsky*, *Usefulness and dangers of teaching the social sciences to law students*, (Proceedings ...) S. 51 vd.; *Koch*, *Neure Entwicklung in der englischen und amerikanischen Juristenausbildung*, 39. *Rabels Z* 198 vd., S. 215/216.

de de yer verilmektedir. Öğrenciler de artık eskiden olduğu gibi şu veya bu profesörün belli bir konuda ortaya attığı teorisini, onun daha yayın alanına intikal etmemiş yeni görüşlerini bizzat onun kendi ağzından dinlemek için değil, belli bir alandaki temel bilgileri alabilmek için derslere gidiyorlar. Bu nedenlerle liselerle gerçek anlamdaki klâsik üniversiteler arasındaki boşluğun, fen bilimleri fakültelerinde olduğu gibi bir temel sınıf veya ön lisans sınıfı ile doldurulmasına zaruret doğmaktadır. Bu suretle, aynı zamanda, az olanaklı liselerden gelen öğrencilerimizin bütün hayatları boyunca kapatamayacakları bir açığın da, bir ölçüde öğrenim süreci içinde giderilmesi sağlanabilecektir.

Öğretimin yukarıya doğru kaymasının tabii bir sonucu, lisans üstü düzeydeki öğretimin de hukuk fakültesinde önem kazanmasıdır. Bazı konularda derinliğine bilgi sahibi olmak, güncel sorunlarda en yeni görüşleri tartışabilmek, araştırma yapabilmesini öğrenmek, öğretim üyeleri ile daha yakın bilimsel bir ilişki içerisine girebilmek gibi nedenlerle öğrencilerimiz, uzun zamandan beri sürdürülmekte olan seminerlere gittikçe daha çok ilgi göstermektedirler. Bu nedendir ki, 1976-1977 ders yılından itibaren Fakültemizde yüksek lisans düzeyinde dersler verilmesi ve seminerler açılması da kararlaştırılmıştır<sup>10</sup>. Böyle bir lisans üstü sınıfın gittikçe önem kazanan ihtisaslaşma bakımından da yararlı olacağı tabiidir.

### B — Hukuk fakülteleri ve hukuk mesleği :

Hukuk öğrenimi ile tatbikat arasındaki ilişkinin kurulmasını sağlamak amacıyla bugün dünyada başlıca iki sistem uygulanmaktadır. Kara Avrupası ülkelerinde, daha önce de belirtmiş olduğumuz gelişmeye paralel olarak, hukukçunun yetişmesi iki safhada gerçekleştirilmektedir. Öğrenci önce fakültede teorik tarafı üstün olan bir öğrenimden geçmektedir<sup>11</sup>. Birinci akademik kısmı başarı ile tamamlayanlar ikinci safhada tatbiki eğitime tâbi tutulmaktadır. Bu sistemi uygulayan ülkelerden biri olan Federal Almanya'da öğrenciler asgarî 4 yıllık üniversite tahsilinden sonra açılan sınavı girmekte ve bunu kazananlar 2,5 yıl süren tatbiki eğitime tabi tutulmaktadır. Ancak ikinci safha sonundaki sınavı da başarı ile verebilenler mesleğe intisap edebilmektedirler<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Resmi Gazete, 29.12.1975, Sa. 15453.

<sup>11</sup> *Selb*, S. 30 vd.

<sup>12</sup> *Yazman ve San*, Almanya'da Hukukçuların Yetiştirilmesi, Ankara 1969.

Anglo - Amerikan adı altında tophiyabileceğimiz ikinci sistemde üniversiteler öğrencileri nazari ve tatbiki bakımdan mesleğe yetiştiren bir fonksiyonu üzerine almaktalar. Örneğin İngiltere'de hukukçular avukatların yanında veya meslek teşekküllerinin açtığı kurslarda yetiştirilmekte idiler. Ancak son zamanlarda hukuk öğrenimindeki önemli yükün üniversiter kuruluşlar olan hukuk fakültelerine devredilmekte olduğunu görmekteyiz<sup>13</sup>. Amerika Birleşik Devletlerinde de uzun süreler hukuk mesleğine intisap edebilmek için özel bir eğitim aranmamakta idi<sup>14</sup>. Zamanla barolar, avukatlık yapmak isteyenlerin baroya kaydolunabilmeleri için bir imtihandan geçmelerini hükme bağladılar. Buna paralel olarak da üniversitelerde meslek okulları şeklinde Hukuk Mektepleri (School, fakülte değil) oluşturuldu. Bu okullar öğrencilerini esas itibariyle baro sınavlarına yetiştirdikleri için baro sınavlarında sorulan soruların biçimi ile barolar hukuk mekteplerindeki öğrenimi önemli bir oranda etkilemek imkânını bugün dahi bulabilmektedirler. Üniversitedeki öğrenimin ardından açılan baro sınavını da kazanan öğrenci doğrudan doğruya mesleğe girebileceğinden hukuk mekteplerinin nazari öğretim yanında tatbiki eğitime de ağırlık vermeleri Amerikan sisteminin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. (Amerikada yargıçlar belli süre avukatlık yapmış olan kişiler arasında seçilebildiğinden avukatlık meslekteki ilk basamak olarak nitelendirilebilir). Son gelişmeler Avrupa ülkelerinde de hukuk fakültelerinin nazari öğretimin yanında, ihtiyarî de olsa bir ölçüde tatbikî yetiştirmeye yer vermesi yönünde belirmektedir.

Kara Avrupası sisteminin izlendiği ülkemizde hukuk fakülteleri esas itibariyle hukukçunun öğrenimindeki nazari safhayı üzerlerine almaktadırlar. Avukat, yargıç veya savcılık mesleğine yönelmek isteyenlerin, hukuk fakültesini bitirdikten sonra tatbikata hazırlanma devresini geçirmeleri gerekmektedir. Son değişikliklerle, özellikle avukatlar için staj adı verilen bu devre uzatılmıştır. Tatbiki eğitimin, iyi düzenlendiği takdirde, mahkemeler nezdinde yararlı bir biçimde gerçekleştirilebileceği tabiidir. Ancak bir yandan nazarî bilgilerin müşahhas olaylarla daha kolay öğretilmesi ve diğer yandan da ilerideki tatbiki safhaya bir ölçüde hazırlık sağlanması için hukuk fakültesindeki öğretimin bir parçası olarak tatbikata da yer vermek doğru olacaktır. Bu amaçla Ankara Hukuk

<sup>13</sup> Koch, 39 Rabels Z, S. 198 vd. (1975).

<sup>14</sup> Stevens, 246.

Fakültesinde, barolar ve Adalet Bakanlığının avukatlar, yargıçlar ve savcılar için uygulamakta olduğu stajlara da yararlı olabilecek biçimde bir hukuk kliniğinin zaman kaybedilmeden gerçekleştirilmesinde yarar görmekteyim<sup>15</sup>.

Görülüyor ki, gelişmeler hukuk fakültelerinin amaçlarında önemli bir değişiklik yapılmasını gerektirmemektedir. Daha önceki bir araştırmada da belirttiğimiz gibi, üniversitelerin bir parçası olarak hukuk fakülteleri, öğrencileri aydın kişiler olarak, başka bir deyimle onları çağdaş hayatı ve onun temel toplumsal sorunlarını anlayabilecek bir kültür düzeyine çıkaracak ve bu sorunlar üzerinde tarafsız değer yargıları verebilecek fikri olgunluğa eriştirecek biçimde yetiştirmelidir. Fakülte sıralarında bilimsel metodlar öğretilmek suretiyle hukuk öğrencisine ileride karşılaşılabileceği olaylarda nasıl hareket etmesi gerektiği hususunda yetenek sağlanmalıdır<sup>16</sup>. Bugüne kadar olduğu gibi hukuk fakültesinde teorik yetiştirmeye ağırlık verilerek öğrenci tatbikata hazırlanmalıdır. Bu amaca hizmet eden bir hukuk fakültesi, öğrencilerinin hukuk mesleği dışındaki alanlarda da faaliyet göstermesine, yani çok yönlülüğe olanak sağlayabilmeli<sup>17</sup>, öğrencilerini geliştirmekte olan yeni alanlarda diğer üniversite mezunları ile rekabete hazırlayabilmelidir<sup>18</sup>. Hukuk öğretiminin aşağılarda inceleyeceğimiz sorunlarını işte bu ana amacın ışığı altında değerlendirmek gerekecektir.

### C. Temel dersler - seçimsel dersler<sup>18a</sup> :

Ülkemizin son 50 yılda sahne olduğu siyasal, toplumsal, kültürel ve ekonomik gelişmeler hukuk öğreniminin muhtevasını da etkilemektedir. Gelişmeler yeni hukukî sorunları doğurmuş, onlar da yeni hukuk disiplinlerinin ortaya çıkmasını ve bunların geliş-

<sup>15</sup> Hukuk kliniği hakkında bak. *Ansay*, A.g. makale, S. 210 vd.

<sup>16</sup> Amerikan hukuk fakültelerinde «hukukçu gibi düşünmek» için yetiştirilme amacına ilişkin olarak bak. *Stevens*, American legal education: Reflections on the light of Ormrod, 35 MOD. L. REV. 242 vd., 253 (1972). Sovyet Rusyadaki hukuk öğretiminin amacı için bak. *Bergmann*, Ausbildung und Berufsmöglichkeiten von Juristen in der UdSSR, JZ, S. 599 (1975).

<sup>17</sup> Karş. *Selb*, S. 30.

<sup>18</sup> Karş. *Carreau*, S. 47.

<sup>18a</sup> Bak. *Topçuoğlu*, Önsöz, S. XVI vd. (*Yazman ve San*, Almanya'da Hukukçuların yetiştirilmesi, Ankara 1969).

mesi sonucunu doğurmuştur. Diğer yandan tatbiki veya pedagojik önemi olan bir kısım konular da tedricen önemlerini yitirmeğe başlamışlardır. Bütün bunlar öğrencilere sunulan derslerin ve bu derslerin muhtevalarının gözden geçirilmesini gerekli kılmaktadır. Örneğin iş hukuku, sosyal güvenlik hukuku, vergi hukuku gittikçe önem kazanmış olan konulardır. Son 10 yıllar içinde işçi sorunlarında ortaya çıkan gelişmeler ve yürürlüğe giren yeni kanunlar Fakültemizde önce seçimlik, sonra da zorunlu hal alan bir iş hukuku dersinin verilmesini gerektirmiştir. Son zamanlarda bu dersin muhtevasına sosyal güvenlik konuları da dahil edilmiştir. Önem kazanan diğer konular arasında şirketler hukukunu da sayabiliriz. 1930'lar da ülkemizde faaliyette bulunan anonim şirketler ile bugünküler arasında sayı, topladıkları sermaye ve ortakların miktarı bakımından ortaya çıkan büyük gelişmelere paralel olarak yeni sorunlar önem kazanmıştır. Anayasa hukuku da Anayasa Mahkemesinin bir anayasal kuruluş olarak düzenlenmesinden sonra önemini daha da arttırmıştır<sup>19</sup>.

Bunlara karşılık tatbiki veya pedagojik önemleri azalmakta olan disiplinlerin varlığından da söz edilebilir. Örneğin ticari işletme hukuku, tacire uygulanmakta olan ayrıcalıklı hükümlerin hemen hiç derecesinde azalması sonucu haksız rekabet gibi birkaç istisna dışında Ticaret Kanunu'nda tesadüfen bir araya getirilmiş bazı maddelerin hukuku durumuna düşmüş bulunmaktadır.

Mevcut derslerin müfredatlarında beliren değişmelere de değinmek doğru olur. Yeni ortaya çıkan bir kısım sorunlar okutulmakta olan ders konuları içine eklenmekte, derslerin müfredatlarında meydana gelen şişkinlikler artmayan ders saatlerinin içine sıkıştırılmağa çalışılmaktadır. Oysa önemleri kaybolan konuların okutulmasına da bir yandan devam edilmektedir. Bütün bunlar öğrencilere sunulan derslerin ve bu derslerin müfredatlarının yeni baştan ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Bir kere hukuk öğreniminde kaçınılmaz olan derslerin seçimlik yapılabilecek derslerden ayırt edilmesi doğru olacaktır. Bu konuda objektif bir kıstas bulmanın güçlüğüne belirtelim. Hukuk formasyonunun oluşması bakımından bazı kavramların ve mües-

---

<sup>19</sup> Önem kazanan diğer konular arasında taşıma hukukunu, milletlerarası örgütler hukukunu, toprak hukukunu v.s. sayabiliriz.

seselerin bütün öğrenciler tarafından öğrenilmesi ve bilinmesinin kaçınılmaz olduğunu kabul etmek gerekir. Hukuka yardımcı konuları tartışma dışında bırakırsak<sup>20</sup>, tarihî gelişim içinde ele alındığı takdirde, medenî hukukun kapsamına giren kişiler arasındaki özel ilişkileri bugün dahi büyük ölçüde hukukun temel konuları arasında saymak gerekir. Hak süjesi olarak şahıs, kişilik, ehliyet, borç doğuran sebepler, mülkiyet ve benzer konular, Medenî Kanun içinde düzenlenmiş olmasına veya olmamasına bakılmaksızın zarurî konular arasında ele alınacaktır. Ceza Hukuku, Yargılama Usulü Hukuku ve Kamu Hukukunun<sup>21</sup> bölümleri sayılan Anayasa Hukuku ile İdare Hukuku da hukuk öğreniminde kaçınılmayacak disiplinlerdir.

Bunlara karşılık bir çok konular şu veya bu biçimde hukuk formasyonunun oluşmasına önemli katkıda bulunabileceklerdir. Bu konuların güncelliklerine, ilgilendirdiği kişilerin sayısına ve benzer diğer etkenliklerine göre bir önem sıralamasına tabî tutulması mümkündür. Hukuk tarihi, hukuk müesseselerini çeşitli toplumlarda geçirdiği gelişmeler içinde, Roma hukuku<sup>22</sup>, belli bir toplumda, mukayeseli hukuk ise aynı çağda yaşayan çeşitli toplumlarda ele almaktadır. Bunlar gibi devletler özel hukukunun, sigorta veya deniz hukukunun, vergi hukukunun temel dersler arasında sayılmaması mümkündür.

Derslerin temel veya temel olmayan biçimindeki ayrımında konunun bir prestij meselesi haline sokulmaması, yorumun temel olmayan derslerin çoğaltılması yönünde yapılması doğru olacaktır. Temel olmayan derslerin sayılarını arttırmak ve bunların bir kısmını seçimlik hale getirmek bugün temel derslerde okutulması zaman tahdidi bakımından mümkün olmayan konuların da ayrı dersler halinde okutulmasına olanak sağlayabilecektir. Ancak bu suretle temel derslerin müfredatlarındaki genişlemenin önü alınabilecek ve öğrencilerin yükü azaltılabilecek ve öğrenciler diledikleri konuların derslerini dinleme ve öğrenme kolaylığını elde edebilecekler, tatbikatta belirgenleşmeye başlayan ihtisas alanlarına doğru yönel-

<sup>20</sup> Carreau, S. 44.

<sup>21</sup> Zorunlu derslerin ortalama dörtte bir ile beşte biri kamu hukuku derslerini oluşturmaktadır, Carreau, S. 45.

<sup>22</sup> Modern hukukun kanunlara dayanması nedeni ile Roma hukukunun temel ders olma önemini yitirdiği hakkında bak. Carreau, S. 44 ve 45.

me daha fakülte sıralarında mümkün olabilecek<sup>23</sup>, öğretimi üyeleri de bu gelişme sonucunda bazı konuların derinliğine inme olanağını kazanabileceklerdir.

#### D. Öğretim metodu :

Elli yıllık ilerleme öğretim metodunda da değişiklikleri gerektirmektedir. Çok partili demokratik düzen tek bir görüşe bağlı kalmamayı, çeşitli görüşleri de duymayı, farklı fikirlere saygıyı, karşılıklı tartışma yolu ile sonuca ulaşmayı öngörmektedir. Bu nedendir ki, alışagelmış olduğumuz, sadece öğretim üyesinin monoloğ biçiminde konuştuğu taktir metodunun yanında, öğrencilerle tartışmalı bir biçimde yürütülen aktif bir öğretim metoduna doğru yönelen akım bizde de kuvvetlenmiştir. Böyle bir metodun başarılı bir biçimde uygulanması için bazı ön şartların gerçekleştirilmesi icap eder. Bir kere öğrencilerin eline zamanında ders kitabı verilmiş olmalıdır. Ancak bu suretle öğrencilerin önceden hazırlanarak tartışmalara katılabilmesi sağlanabilir. Oysa kitap sorunu çözüm bekleyen önemli konulardan biridir. Daha önce yayınlamış olduğumuz bir makalemizde ders kitaplarına ilişkin cümleleri aynen nakletmekle iktifa ediyoruz : «Bugünkü öğrencilerimiz kitap bakımından bundan 40 yıl öncekilerinin sıkıntılarını hâlâ çekmektedirler. Birçok derslerde öğrencilerin bugün dahi ideal ders kitabı veya notlarının verilmediği veya bunların zamanında yetişmediği şeklindeki yakınmaları devam etmektedir.» Yeni Üniversiteler Kanunu ders kitabı yayınlanmasını fakültelerin tekeline bıraktığından beri de konuya bir çözüm bulunamamıştır<sup>24</sup>.

Aktif bir öğretimin başarı ile uygulanabilmesi küçük sınıfların varlığı ile yakından ilişkilidir. Hukuk öğreniminde küçük sınıfların en az tabii bilimler alanında olduğu kadar önem taşıdığını belirtmekte özellikle yarar vardır. Oysa bir süreden beri Fakültemizde küçük sınıflara doğru gitmek yerine 500 - 600 kişilik büyük sınıfları ikiye bölmek suretiyle dinleyici sayısını azaltmak yolu seçilmiştir. Sınıf mevcudunun yaklaşık 50 kişi üstüne çıkması halinde uygulanacak öğretim metodunda olumlu bir gelişme sağlanmayacağından sınıfları 300'er kişilik şubelere bölmek kanımızca emek israfı olarak nitelendirilmelidir.

<sup>23</sup> Koch, S. 210.

<sup>24</sup> 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu, m. 57.

Fakültemizin ilk kurulduğu yıllarda öğrencilerin toplam sayısı 1400 dolaylarında<sup>25</sup> ve öğretim üyesi sayısı da 18 olduğuna göre bir öğretim üyesine isabet eden öğrenci sayısı o zamanlarda 75 kişi idi. 1974 - 75 ders yılında öğrenci sayısı 4.516, öğretim üyesi sayısı ise 31'i profesör ve 21'i doçent olmak üzere (28 asistanımız da öğretim mesleğinin yukarı basamaklarına erişmek için çalışmalarını sürdürmektedir) 52'ye yükselmiştir. Bu nedenle bir öğretim üyesine isabet eden öğrenci sayısında da artma olmuştur. Amerikan Barolar Birliğinin (American Bar Association) kabul ettiği standartlara göre en iyi hukuk fakültelerinde bir öğretim üyesine 15-25, en kötülerinde ise 75 öğrenci düşmektedir<sup>26</sup>. Mukayese edildiğinde Ankara Hukuk Fakültesindeki öğretim üyesi öğrenci orantısının hiç de ideal düzeye erişmediği görülür. Bu durumda mevcut öğretim üyesi kapasitesinin en iyi bir biçimde kullanılması bir zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakültenin ilk iki yılında büyük sınıflara devam etmek sonraki yıllarda ise küçük sınıfları gerçekleştirmek suretiyle elimizdeki emeği değerlendirmek, bu arada doktor asistanların da öğrencilerin eğitimlerinde yardımlarını sağlamak gerekecektir<sup>27</sup>.

Öğrenci - öğretim üyesi oranının ideal bir rakkama ulaşabilmesi için daha bir süre Fakültemize alınacak öğrencilerin sayısında sınırlama yapmak gerekecektir. Gerçi başka ülkelerde kendini hissettirmeye başlayan hukukçu işsizliği, daha önce de belirttiğimiz gibi hukukçuların çok yönlülüğü nedeniyle bizde bugün için mevcut gözükmemekle birlikte, öğrenci sayısındaki sınırlama hukukçu plânlamasında da olumlu rol oynayabilir<sup>28</sup>.

Öğrencilerin tartışmaya alıştırılması için kullanılacak araç seminerlerdir. Seminerler aynı zamanda okuma alışkanlığı yarattığı gibi, araştırma yapmaya ve bir konu hakkındaki çeşitli görüşleri bulup bunları, kendi görüşünü de katarak sistemli bir biçimde yazmaya da öğrencileri hazırlayabilecektir. Fakültemizde lisans

<sup>25</sup> Tam sayısı 1369.

1925-26 ders yılı yeni kayıt 339 kişi.

1926-27 ders yılı yeni kayıt 211 kişi.

1927-28 ders yılı yeni kayıt 819 kişi.

<sup>26</sup> Koch, S. 221; Stevens, S. 256.

<sup>27</sup> T. Ansay, S. 312 vd.

<sup>28</sup> Schmitt, Nochmals : Was wird aus unseren Jurastudenten? JZ, S. 730 (1975). Almanyada «numerus clausus» a gidilmektedir.

düzeyinde seminerler zorunlu olmamakla beraber seminerlere gösterilen ilginin az olmadığı söylenebilir. 1975-76 ders yılında seminerlere başvuran öğrencilerin sayısı 205 idi<sup>29</sup>. Yararları nedeni ile her öğrencinin lisans öğrenimi sırasında en az bir seminer sertifikası alması ileride zorunlu kılınabilir. Ancak çeşitli biçimlerde yürütülen seminerlerde bir ahenk sağlanması bu öğretim metodundan azamî yarar sağlanabilmesi için gereklidir.

Bir süreden beri Fakültemizde derslere devam oranının büyük ölçüde azaldığını izlemekteyiz. Fakültenin ilk kuruluş yıllarında öğrencilerin büyük bir çoğunluğu yatılı olduğundan devam mecburiyeti diye bir sorun ortaya çıkmamıştır. Ancak sonraları, yönetmeliklerde devam mecburiyetini öngören hükümlerin bulunmasına rağmen, öğrencilerimizin sınavdan sınava Fakülteye uğrar bir duruma geldiklerini izlemeğe başladık. 1969 yılında yapılan araştırma, önceden haber verilmeden aynı günde Fakültede ders saatleri içinde uygulanan anketlere dayanmaktadır. Alınan sonuçlar 1968/1969 ders yılında kayıtlı 4191 öğrenci bulunmasına rağmen bunların sadece 1130'unun (% 25,4) derslerde hazır bulduklarını göstermektedir<sup>30</sup>. Kaldı ki cevap verenlerin bir kısmı da derslerde tesadüfen bulduklarını ifade etmişlerdir. Çünkü derslere muntazam devam edilip edilmediğini belli eden sorulara şöyle cevaplar verilmiştir<sup>31</sup>:

Hergün derslere devam edenler % 76.  
Haftanın bazı günleri devam edenler % 17.  
Ara sıra devam edenler % 3.

<sup>29</sup>

2. sınıf 73 kişi  
3. sınıf 28 kişi  
4. sınıf 23 kişi  
Mezun 81 kişi  
Toplam 205 kişi

1974-75 ders yılında seminerlere kaydolanların sayısı 328 idi.

	Kaydolan	Sertifika alan
2. sınıf	108	37
3. sınıf	70	17
4. sınıf	63	18
Mezun	76	11
Doktora	11	11
Toplam	328	94

<sup>30</sup> Adı geçen Anket, S. 17, Tablo 1.

<sup>31</sup> Adı geçen Anket, S. 34, Tablo 29.

Ülkemizde hüküm süren şiddet olaylarının devamsızlığın artmasında bir rol oynadığı söylenebilir. Devamsızlığın çeşitli diğer nedenleri arasında öğrencilerimizin maddî olanaklarının kısıtlı olması da vardır denilebilir. Pek çok öğrencimiz hayatlarını kendi emekleri ile çalışarak kazanırken öğrenimlerini sürdürmektedirler. Bu gerçeğin tabii bir sonucu olarak Fakültemiz kötü bir mektupla öğretim uygulaması ile karşı karşıya kalmaktadır ki, böyle bir yönteme hukuk öğretiminde en son başvurulması gerektiği kanısındayım. Gerçi son yıllarda hemen her ders konusunda en ayrıntılısından en kısasına kadar pek çok ders kitabı yayınlanmıştır. Ancak sadece ders kitaplarının okunması ile iyi bir hukukçu olunabileceği söylenemez<sup>32</sup>. Derslerde ortaya çıkan sorunlar üzerinde yapılan tartışmalar ve pratik çalışmalar özellikle hukuk formasyonunun oluşmasında etkili rol oynayabileceklerdir. Bu nedendir ki, derslerde sadece kitaplarda yazılanları tek yönlü olarak öğrencilere yansıtmak şeklindeki taktırir metodunun tek başına kullanılamayacağını daha önce belirtmiştik.

Devam sorununun uzun sürede çözüm yoluna bağlanması mümkün olabilir. Bunun için bir yandan öğrencilere sağlanan burs miktarlarının ve kredilerin yeterli bir düzeye eriştirilmesi gerekir. Diğer yandan da Fakültede tedricen küçük sınıf esasına gidilmesi ve bununla paralel olarak da devam kontrolünün etkili bir biçime sokulması gerekecektir. Dışarıda çalışmak mecburiyetinde olan öğrencilere bir başka yolun daha açılması, örneğin öğrenim süresinin bu gibi öğrenciler için yaygınlaştırılarak 6 veya daha fazla yıla çıkartılması düşünülebilir. Derslerin bu gibi öğrenciler için daha geç saatlere alınması suretiyle derslere devam sorununun bir çözüme bağlanması mümkündür. Ancak bu konuda büyük sorumluluğun, derslerini ilginç bir biçime sokmak suretiyle verimliliği arttırmak durumunda olan öğretim üyelerine düştüğünü de unutmamak gerekir.

Öğrencilere yüklenen yük konusuna da kısaca değinmekte yarar vardır. Öğretim, sınav ve araştırma yapma görevlerinin tümü olarak öğretim üyelerine yüklenmiş olması nedeni ile Fakültemizde öğretim faaliyetleri üçer aylık iki devrede gerçekleştirilmeğe çalışılmaktadır. Bunun sonucu olarak bazı sınıflarda haftada 24 saat ders verilmektedir. Bunlara pratik çalışma saatleri de eklen-

<sup>32</sup> Karş. adı geçen *Anket*, S. 193, Tablo 232.

diğinde öğrenciden devam etmesi beklenen derslerin sayısı daha da artmaktadır. Bu durumda haftalık ders saatlerinin, ders dışındaki çalışma saatleri de düşünülerek, belli bir süreyi aşmıyacak bir biçimde düzenlenmesi yararlı olacaktır.

Derslerin müfredatlarında da bir şişkinlik müşahede edilmektedir. Ayrıntılar arasına dalarak öğrencilerin temel sorunları kaybetmelerinin önüne geçilmesi için de bir müfredat plânlamasına gidilmesi bir zarurettir. Temel ve temel olmayan dersler ayrımının bu konuda da yardımcı rol oynayabileceğine yukarıda değinmiştik.

Fakültemiz hukuk öğretiminin ayrılmaz bir parçası olan sınavlara da kısaca değinelim. Lisans yönetmeliklerinde öğrencilerin en fazla ilgi duydukları maddeler şüphesiz sınavlara ilişkin maddeler olmuştur. Bu yüzden de yapılan yönetmelik değişiklikleri hemen daima sınavlar hakkındadır. Sınavların sözlü veya yazılı olması, eleme sınavları yapılması, «üssü mizan», yani belli bir not ortalamasının tutturulması, sınav aralarının az veya çok olması, bir günde bütün sınavlara girilmesi hep Fakültemizde denenmiş yollardır. Öğretimdeki başarının yapılan sınav usulü ile yakından ilgisi bulunmakla beraber, bütün yükü sınavlara yüklemek de yanlıştır. Özellikle, derslere devam eden muntazam öğrencilerle devam etmeyenler gibi iki tür öğrencisi bulunan bir fakültede her öğrenci tipine uygun bir sınav usulünü bulmakta güçlük çekileceği tabiidir.

Diğer yandan sınavlarda soru sorma biçimi öğrencilerin öğrenimlerini dolaylı yünden etkilemektedirler. Bundan 20-30 yıl önce sınavlarda okuma suretiyle yazdırılan bir iki cümlelik soruların yerine, son zamanlarda rastlanan bir ve hatta iki sayfa uzunluğunda teksir edilmiş problemler biçimindeki sorular şüphesiz öğrencilerimizin ezbercilikten uzaklaşmalarını teşvik edecek, onların daha yaratıcı biçimde yetişmelerini sağlayacaktır. Bu yöndeki gelişmeleri de takdirde karşılamak gerekir.

#### **F. Üniversiteye giriş sınavları :**

Ankara Hukuk Fakültesi olarak karşı karşıya bulunduğumuz sorunlardan birisini de üniversiteye giriş sınavları doğurmaktadır. Fakültemize gelen öğrencilerin bir kısmının hukuk öğrenimini öncelikle arzu etmedikleri bir gerçektir. 1969 yılında yapılan bir araş-

tırmaya göre hukuk öğrenimini öncelikle isteyenlerin oranı % 18.51 idi<sup>33</sup>.

1975 - 1976 ders yılı üniversiteye giriş sınavlarında birinci istek olarak Ankara Hukuk Fakültesini yazanların sayısı 8656'dır<sup>34</sup>. Aynı yılda Fakültemize kaydolan öğrencilerimizin % 45'i birinci isteklerini Ankara Hukuk Fakültesi olarak belirtmişlerdi. Bu oran daha önceki yıllara nisbetle çok yüksektir<sup>35</sup>. 1975 - 1976 ders yılındaki 550 kişilik Fakülte kontenjanına dahil olan öğrencilerin giriş sınavındaki durumunda eski yıllara kıyasla bir düzelme görülür. Fakültemize birinci olarak giren öğrenci genel tasnifte 79 uncu sıradadır. Giriş sınavının genel tasnifinde ilk 14.298 sırayı tutturularak Fakültemizin 550 kişilik kontenjanını doldurmuşlardır<sup>36</sup>.

#### G. Bilimsel araştırmalar :

Klâsik üniversitelerde öğretim üyeleri aynı zamanda kendi araştırmalarını da yürüten kişilerdi. Bugün yer yer araştırma ve öğretim fonksiyonlarının birbirlerinden ayrılmasının örneklerine rastlanmakta ise de üniversite öğretim üyelerini orta öğretim öğretmenlerinden ayıran başlıca farklardan biri birincilerin araştırma faaliyetlerini de yürütmeleri ve genellikle öğrencilerine kendi buluş ve görüşlerini, en son yenilikleri aktarabilmeleridir. Yürürlükteki Kanunumuz da üniversite öğretim üyelerinin görevlerini üçüncü maddesinde sayarken «çeşitli kademelerde bilimsel öğretim yapmak» dan başka, «...bütün bilimsel ve teknik sorunları çözmek için bilimleri genişletip derinleştirip inceleme ve araştırmalarda bulunmak,... araştırma ve incelemelerin sonuçlarını gösteren ilim ve tekniğin ilerlemesini sağlayan her türlü yayınları yapmak»

<sup>33</sup> Adı geçen *Anket*, S. 22, Tablo 11. İkinci tercih % 15,10. Üçüncü tercih % 11,44.

<sup>34</sup> Amerika Birleşik Devletlerine ilişkin rakkamlar için bak. *Koch*, S. 217. Örneğin 1973 yılında Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 6600 müracaatçıdan 540'ı alınmıştı. Aynı makale, S. 217.

<sup>35</sup> Adı geçen *Anket*, S. 22. Bak. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975 Yılı (Öğrenciler tarafından çıkartılmıştır). Bu albümde resimleri bulunan pek çok öğrencimiz istemeden Hukuk Fakültesine girdiklerini ifade etmişlerdir.

<sup>36</sup> Rakkamlar, Üniversiteye Giriş Sınavı Komisyonu başkanı sayın Prof. Dr. Altan Günalp'dan sağlanmıştır.

dan bahsetmiştir. Esasen öğretim üyesi oluncaya kadar aşılması gereken kademelerde de Kanun öğretim üyeliği niteliğinden ziyade araştırma yapmaya ağırlık vermiştir. Doktora, doçentlik ve profesörlük aşamalarında adayların birer araştırma yapması istenmiştir. Üniversite doçenti ünvanını kazandıktan sonraki dönemde yaptığı çalışma ve yayınlarla bilimsel yeterliğini ortaya koyanlar ancak profesör olabilirler (Üniv. K. m. 23 b), sonraki öğretim üyeliği süresinde de kürsü kurulları her ay en az bir defa toplanarak öğretim üyelerinin bilimsel çalışma, araştırma, yayın ve eğitim faaliyetlerini programlayacaklardır (Üniv. K. m. 37 c).

Üniversiteler Kanunu'nun getirmiş olduğu bu düzenleme şekli yerindedir. Başka ülkelerde öğretim ve araştırma faaliyetlerinin birbirlerinden ayrılması konusu tartışılmış ve genellikle araştırmaların öğretim üyelerince yürütülmesi görüşü üstünlük kazanmıştır<sup>37</sup>. Ancak bu vahdet suretiyledir ki, bilimsel ilerlemelerin yeni kuşaklara daha iyi ve daha çabuk bir biçimde yansıtılması mümkün olabilecektir<sup>38</sup>.

Hukuk Fakültemizde öğretim faaliyetleri araştırma faaliyetlerini gölgelememeli, engellemelidir. Özellikle ayrı araştırma kuruluşlarının bulunmadığı ülkemizde hukuk biliminin gelişmesinde, ülkenin hukuk sorunlarının ortaya konmasında, bunlara çözüm yollarının getirilmesinde hukuk fakültelerine önemli bir görev düşmektedir. Araştırma faaliyetlerinin enstitüsü veya kürsülerde oluşturulacak ekiplerle toplu bir biçimde yürütülmesini de beklemekteyiz. Bu nedenle yeni kurulacak enstitüler özendirilmelidir.

#### H. Yenileme seminerleri :

Meslekî alanda eski öğrencilerine kendilerini yenileme bakımından yardımcı olma fonksiyonunu da üniversitelerin üzerine alması, hızla ilerliyen, devamlı değişme süreci içinde bulunan bugünkü toplumlarda beklenmektedir. Birçok yabancı üniversiteler eski mezunlarına kısa süreli seminerler veya kurslar düzenlemektedirler. Ankara Hukuk Fakültesi de bu yönde adımlar atmak durumundadır. Yüksek Lisans öğretimine başlanmasının sebeplerin-

<sup>37</sup> Meyer, Einheit von Forschung und Lehre— ein Trubbild? Die Deutsche Universitaet Zeitung, S. 281 vd. (1973).

<sup>38</sup> Meyer, S. 282.

den biri budur. Gene bu sebeptendir ki, Fakültemizde ötedenberi düzenlenmekte olan konferansların yanında kısa süreli yenileme kursları açılmasına, bilimsel hafta ve seminerler düzenlemesine çaba sarfedilmesi yerinde olacaktır. Bu çeşitli bilimsel toplantılar kitaplar içinde ve nazariyeler arasında bunalma tehlikesi ile karşı karşıya bulunan bilim adamlarının tatbikatçılar ile karşılaşmasını, güncel sorunları daha yakından görmesini ve araştırma ile öğretim faaliyetlerinin daha yararlı olmasını sağlayacaktır.

\* \* \*

Sayın konuklarımız, amacımız bir cümle ile, Ankara Hukuk Fakültesini zamanın gereklerini dikkate alarak bugünkünden daha ileriye götürmek, Atatürk'ün Fakültemizi açarken söylemiş olduğu gibi, «Cumhuriyetin müeyyidesi olma görevini» yerine getirme yolunda bu güne kadar sürdürülen çabaları daha büyük bir şevk ile devam ettirmektir. Bu umut içinde ve 5 Kasım 1925 tarihindeki tazelik ve istek ile ikinci 50 yılımıza giriyoruz. Başarılı geçmesini dilerim.

Saygılarımla.

**ANKARA HUKUK FAKÜLTESİNİN 50. AÇILIŞ YILDÖNÖMÜ  
DOLAYISIYLA ORD. PROF. DR. HIFZI VELDET VELİDEDEÖĞLU  
TARAFINDAN 5/KASIM/1975 ÇARŞAMBA GÖNÜ BU FAKÜLTE-  
DEKİ TÖRENDE YAPILAN KONUSMA.**

Sayın Dinleyicilerim,  
Değerli Meslekdaşlarım,  
Sevgili Öğrenci Arkadaşlarım;

Şu anda çok heyecanlıyım. Ankara Hukuk Fakóltesi'nin bundan tam 50 yıl önce bugün, Ulus Meydanında, şimdi TBMM Müzesi olan ilk Meclis binasında, ölmez Atatürk'ün Türk Devrimi ve Türk Hukuk Tarihi bakımından çok önemli bir konuşmasıyla açılışına tanık oldum ve o konuşmayı genç bir hukuk öğrencisi olarak başından sonuna değin can kulağıyla dinledim. Yarım yüzyıl önce Prof. Sabri Şâkir Ansay, hocamızdı. Ne mutlu bir raslantıdır ki, onun oğlu Prof. Tuğrul Ansay'ın dekanlığı döneminde Fakóltemizin ellinci yılını kutluyoruz.

Ortaokul ve lisedeki tarih derslerimizde «Yarım yüzyıl içinde şu olay geçti, bu olay gerçekleşti» diye okurken, yarım yüzyıl bize çok uzun bir zaman birimi olarak görünürdü. Aslında da öyle değil mi? Şimdi yirminci yüzyılda olduğumuza göre, İsa'nın doğumundan beri hemen hemen kırk tane yarım yüzyıl geçmiş. Arkama bakıyorum da tarihimizin, dünya tarihinin ve kişisel yaşamımın acı - tatlı, türlü olay ve anılarla dolu bu yarım yüzyılımı, sanki somutlaşmış, elle tutulur bir zaman parçası gibi görüyorum. Oysa, hepimizin bildiği gibi «zaman» dediğimiz kavram, soyut bir kavramdır.

Devrim kavramı da öyle değil mi? Yine tarih derslerimizde Fransız devrimini okurken bu olay bize zamanın derin sisleri arkasında sanki soyut bir kavram olarak görünürdü. Oysa şimdi «Türk devrimi» dediğimizde, devlet biçiminden tutunuz da, insanla-

rımızın giyiniş ve düşünüş biçimine, yazı biçimine, toplumu düzenleyen kuralların özüne değin, geniş ve köklü bir değişim olarak, somut bir olgu biçiminde görüyorum onu. Çünkü başlangıcından bugüne dek bilinçli olarak bu devrimin içinde büyüdüm, içinde yaşadım ve içinde yaşamaktayım. Türk devrimi Cumhuriyet Türkiyesinin varoluş, yaşayış koşuludur ve bu nedenle yalnız kafamıza değil, kanımıza, iliklerimize işlemiştir bizim. Sanki Türk devrimi bizimle özdeş olmuş, bizim ruhumuzda, özümüzde somutlaşmıştır. Bu devrimin beşiği Ankara'da kurulan ilk devrimci yüksek kültür ve bilim yuvası Ankara Hukuk Fakültesi'nin ilk öğrencilerinden ve ilk mezunlarından biri olarak şimdi bu kürsüde duyduğum heyecanın derinliğini herhalde takdir buyurursunuz.

Yalnız heyecanlı değil, aynı zamanda, Fakültemizin bu ellinci açılış yıldönümünde ve bu seçkin topluluk karşısında konuşma şerefine erdiğim için, çok da mutluyum. Tam 50 yıl önce bugün Atatürk bu yüksek kurumu açarken yaptığı konuşmanın sonunda : «Cumhuriyetin yapıcısı, kollayıcısı olacak bu büyük kuruluşun açılmasında duyduğum mutluluğu hiç bir teşebbüste duymadım» demişti. Bu içtenlikli sözleri dinleyen o zamanın öğrencisi ve şimdinin emekli hukuk hocası da huzurunuzda, bu devrimci bilim kuruluşunun günü gününe tam ellinci yılında, Büyük Atanın ve bir tek istisnasiyle hepsi de rahmete kavuşan hocalarımın ve aramızdan ayrılmış bulunan sevgili sınıf arkadaşlarımın aziz ruhlarına ve sizlere hitab ederken «yaşamının en büyük mutluluğunu duyduğunu» söylerse, bu sözlerin sadece günün öneminden doğan bir duygusallığın ürünü olmayıp aynı zamanda bilinçli bir devrim inanışının ifadesi olduğuna inanmanızı rica ederim. Bugün burada bir konuşma yapmağa çağırarak beni bu sonsuz mutluluğa erdiren Fakültemin yetkili kurullarına ve sayın Dekan, sevgili hocazâdem Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a en içten teşekkürlerimi sunarım.

Konuşmamızın konusu «Türk Hukuk Devrimi ve Ankara Hukuk Fakültesi»dir. Konuyu gereğince açmak ve açıklayabilmek için önce «devrim» nedir, «Türk Devrimi» nedir, nihayet «Türk Hukuk Devrimi» dediğimiz şey nedir? Bunları açıklık ve aydınlığa kavuşturmak gerekli.

Piccard - Thilo - Steiner, Dictionnaire Juridique adlı yapıtlarında, «devrim» karşılığı olan révolution sözcüğünü «Siyasal bir rejimin zorla ve birdenbire yıkılması» diye tanımlıyor, o kadar.

Bu tanım doyurucu değildir. Çünkü bunda devrim kavramı, hükümet darbesi kavramıyla karışmaktadır.

Stier - Somlo - Elster'in yedi ciltlik büyük Hukuk Ansiklopedisi'nin 5. cildinde şöyle deniliyor : «Devrim (révolution) hükümet darbesinin (putsch) tersine olarak, devlet düzeninin aşağıdan gelen eylemle, yani halk yığınlarınca zorla değiştirilmesidir. Bu değişim yerleşir ve süreklilik kazanırsa, devrimin koyacağı hukuk kuralları, hukuksal nitelikten yoksun olmaz.» Görülüyor ki, bu tanımlama ve açıklamada devrim kavramı «hükümet darbesi» kavramundan ayrılmış, darbenin bir üst yapı, yani silâhlı bir küçük zümre eylemi, devrimin ise bir altyapı, yani halk eylemi olduğu belirtilmiştir. Bu ansiklopediyi hazırlayan Alman hukuk profesörleri, devrimin meşruluğunu, yönetim başındakilerinin yasaları çiğnemeleri, kamu yararını hiçe saymaları, devlet otoritesini kötüye kullanmaları durumunda halkın otoriteye karşı «direnme hakkı»na dayandırmaktadırlar. Bu hak yasalarda yazılı değildir, fakat doğal hukuk yarasınca kabul edilmiştir.

Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı : «Türkçe Sözlük'ün» 6. basısında devrim şöyle tanımlanıyor : «Pek kısa bir zaman içinde meydana gelen temelli ve önemli değişiklik». Sonra bunun arapça karşılığı olarak «inkılâp» sözcüğü gösteriliyor. Yine aynı sözlükte «ihtilâl» şöyle tanımlanmış : «Bir devletin ekonomik, sosyal ve politik yapısında birdenbire ortaya çıkan düzen değişikliği». İhtilâl karşılığında öztürkçe bir sözcük bulunamamış. Böylece Türkçe Sözlük inkılâp ve ihtilâl sözcüklerini eşanlamlı olarak kullanmamış, birbirinin dışında, ayrı ayrı kavramlar niteliğiyle tanımlamıştır.

1944'de Türk Hukuk Kurumu'nca yayımlanan ve henüz yeni bir basısı çıkmayan Türk Hukuk Lûgati'nde «ihtilâl», Fransızca «révolution» karşılığında kullanılmış ve şöyle tanımlanmış : «Bir devletin siyasî teşkilâtını, kanunî şekillere hiç riayet etmeksizin, değiştirmek üzere cebir ve kuvvet ile yapılan geniş ölçüdeki halk hareketi». Türk Hukuk Lûgati'nde «inkilâb» sözcüğü karşılığında herhangi yabancı bir sözcük yer almamış ve inkilâb şöyle tanımlanmış : «İnkilâb, devlet eliyle, memleketin ictimâî hayatının ve müesseselerinin makul ve ölçülü metodlarla köklü bir surette ve nileştirilmesi demektir.» Görülüyor ki, bu tanımlamada inkilâb kavramı, reform, ıslâhat kavramıyla eşanlamlı olarak kullanılmış. Tanımlamanın ardından şöyle deniliyor : «İnkilâb kelimesi yakın yıllara kadar ihtilâl terimi yerine kullanılmıştır». Fakat bu lûgatte,

inkilâbı ihtilâlden ayırılım derken, bu kez inkilâb ile reform kavramları birbirine karıştırılmış ve birleştirilmiş oluyor. «İnkilâbçılık,» Türk Hukuk Lûgatinde şöyle tanımlanıyor : «İnkilâbçılık, milleti her bakımdan lâyük olduğu yüksek mevkiye ulaştırmak için zaman kaydiyle bağılı olmamak üzere Türk Milletinin tam bir şuur ve idrak ile hamleler yapmasına ve milletin inkişafına yarayan tarihî icraat ve prensiplerine sadakat göstermesine denir.» Ve ardından harfi harfine şöyle deniliyor : «Cumhuriyet Halk Partisinin ana vasıflarından olan devrimcilik, 5 Şubat 1937 tarihinden itibaren Anayasaya girmiştir». Burada devrimcilik sözünü görünce insan aynı hukuk lûgatinin içinde «devrim» sözünü arıyor ama bulamıyor. Konulmamış bu sözcük. Az önce okuduğum son cümlede devrimcilik, inkilâbçılık anlamında kullanılmış, fakat hukuk lûgatinde, her nedense «devrim» terimine yer verilmemiş.

Şimdi lûgatleri ve ansiklopedileri bir yana bırakıp biraz da büyük hukukçu ve düşünörlere geçelim :

Geçen yüzyılda Alman filozofu Hegel «Philosophie der Weltgeschichte» (yani Dünya Tarihinin Felsefesi) adlı ünlü yapıtında, devrimi «Özgürlük bilinci ve düşünsel oluşum doğrultusunda insanlığın yeni bir aşamaya ulaşması» biçiminde tanımlar. Bu açıdan devrim anlayışı, tipik örneğini Fransız Devriminde bulan özgürlükçü devrim, ya da özgürlük devrimi anlayışına bağlanmakta, hiç değilse Alman hukukçusu Richter, 1965'te ikinci basısı çıkmış olan «Hegel und die Französische Revolution» (yani Hegel ve Fransız Devrimi) adlı kitabında bunu böyle yorumlamaktadır. Çünkü Hegel révolution sözcüğünü, sadece Fransız devrimi, Amerikan devrimi ve benzerleri gibi tarihsel olaylar için kullanmıştır.

Diyalektik yöntemi Hegel'den almış olan Karl Marks ve Engels ise devrime temel ve neden olarak «düşünsel oluşum» yerine «ekonomik gelişim»i göstermişler ve böylece Hegel'in «aşamalar» düşüncesini tek bir anlama, tek bir aşamaya yöneltmişlerdir. Devrim kavramını ilk kez, geçmişin bütün kurumlarının değiştirilmesi gibi çok geniş kapsamlı olarak kullanan ve emeği esas alan; devrimi, dünya olaylarının, daha doğrusu dünya olgusunun akışını, insanlığın son biçimini almış kesin ve değişmez toplumunu kurma doğrultusuna yönelik, zorunlu yıkılmalar» olarak değerlendiren kişiler Marks ve Engels'dir. Bu görüş onları evrensel devrim, dünya ihtilâli öğretisine götürmüştür. Onlara göre bu sonuç kaçınılmaz-

dır. Şu halde bu, eskiden «içtimaf muayyeniyet» denilen bir sosyal determinizm, sosyal gerekircilik ifade etmektedir.

Kısacası, Fransız devriminin Rousseau gibi düşünsel öncü ve hazırlayıcıları ve bu devrimden sonra Hegel gibi düşünürler «devrim»i topluma yansıyan ve eskimiş kurumları eskimiş düzeni değıştirmeğe yönelen bir zihniyet değışimi temeline oturttukları halde, Marks ve Engels devrime, «Sınıfsız bir insanlık dünyası kurma» gibi uluslararası ve evrensel bir renk, bir nitelik vermişlerdir.

Soyut devrim kavramının türlü yönleri ve devrimi tanımlama çabalarının ana çizgileri üzerinde böylece göz gezdirdikten sonra, şimdi Türk devrimine gelelim.

Büyük devrimci Atatürk, yaşamının uzunca bir bölümünü savaş cephelerinde geçirmiş olduğu için, daha okul çağında güzelce incelediğı Fransız devriminden başka devrim öğretilerini derinlemesine incelemeğe belki fırsat ve olanak bulamamıştı. Bununla birlikte büyük dehası ve sosyal konulardaki sezgisi, devrim kavramı üzerinde onun belirgin bir görüş sahibi olmasına olanak sağlamış, Türk Devrimi ne liberal, ne de Marksist devrime kaydırılmadan, halkçılık ve devletçilik ilkeleriyle solda yer almıştır. Ankara Hukuk Fakültesinin açış konuşmasının bir yerinde: «Büyük ulusumuzun yaşayışında beliren değışiklik, herhangi bir ihtilâlden daha güçlü, daha yüksek olan en büyük devrimlerdendir.» diyor. Böylece O, Türk Devriminin basit bir darbe, bir rejim değışmesi olmayıp, ulusun yaşayışında köklü değışiklik yaratan bir olgu, bir sosyal olay olduğunu vurgulamış oluyor. Yine aynı konuşmasında şöyle diyor büyük Ata : «Türk devrimi nedir? Bu devrim, sözcüğün birdenbire akla getirdiğı «ihtilâl» anlamından ileride ve ondan daha geniş bir değışmeyi dile getirmektedir. Bugünkü devletimizin biçimi, yüzyıllardır sürüp gelen eski biçimleri bir yana iten en olgunu, en gelişmişidir. Ulusun varlığını sürdürebilmek için bireyleri arasında düşündüğü ortak bağ, yüzyıllardanberi sürüp gelen biçimini niteliğini değıştirmiş; ulus bireylerini, din bağı, mezhep bağı yerine, Türk milliyetçiliğı bağı ile toplamış, bir araya getirmiştir» diyor.

Atatürk bu sözlerle de toplumdaki zihniyet değışikliğini, yani Türk devriminin, Türk halkını ümmetçilik alışkanlığından çıkarıp, milliyetçilik düzeyine yükselttiğini vurgulamaktadır. Belki bu durum şimdi beni dinleyen genç arkadaşlara biraz garip görünür.

Ama Anadolunun ortasında zengin bir Türk kentlisinin fakir bir Türk köylüsüne, kent pazarında «Eşek Türk» diye bağırdığını kullaklarıyla işitmiş bir kişi olarak söyleyeyim ki, Osmanlı İmparatorluğunun, benim az çok yetiştiğim son döneminde Bulgar Bulgarlığını; Sırp Sırplığını; Rum Rumluğunu; Boşnak Boşnaklığını; Arnavut Arnavutluğunu; Ermeni Ermeniliğini; Arap Araplığını; Çerkez Çerkezliğini; hattâ Abaza Abazalığını; biliyordu ve kendi milliyetinin bilincinde idi de, bütün bu etnik azınlıkları yöneten Türk Ulusu Türkülüğünü bilmiyordu. Çoğu «Elhamdüllah Müslümanım, Muhammed ümmetindenim» küçük bir bölümü de «Osmanlıyım» derdi. Hâlâ bugün bile ata binen, silâh kullanan, özü sözü bir, yiğit Türk kadınlarına Anadoluda «Osmanlı kadın» derler. Türk nitelmesi halk arasında - az önce bir örneğini verdiğim gibi - bir aşağı görme belirtisi, hakaret sözcüğü olarak kullanılırdı. İşte Türk devrimi bu zihniyeti yıktı ve milliyetçiliği kutsal bir kavram olarak yerleştirdi.

Ancak üzerinde önemle durulması gereken nokta, Türk Devriminin getirdiği milliyetçiliğin, ırkçı milliyetçilik olmayıp, Türk vatanı üzerinde birlikte yaşama zorunluğundan doğan ülkücü milliyetçilik olduğudur. Çünkü ırkçı milliyetçilik, toplayıcı, bütünleştirip birleştirici değil, bölücü, ayırıcı bir milliyetçiliktir. İşte Türk Devriminin getirdiği zihniyet değişikliğinden söz ederken, Atatürk'ün: «Türk devrimi ulus bireylerini din bağı, mezhep bağı yerine, Türk milliyetçiliği bağı ile toplamış, bir araya getirmiştir.» demesinin anlamı budur.

Türk devriminde gözden uzak tutulmaması gereken bir nokta, daha doğrusu bu devrimin özü şudur: Devrim artık olmuş, bitmiş, tamamlanmış bir reformlar toplamı değildir. Atatürk de böyle saymıyor. Böyle sayanlara biz bugün gardrop Atatürkçüleri, biçim Atatürkçüleri diyoruz. Atatürk için devrim, hiç durmayan bir oluşum, bir çağdaşlaşma sürecidir. Fakülteyi açış konuşmasında söylediği şu sözler bunu açık - seçik gösteriyor:

«Türk ulusu, uluslararası genel mücadele alanında kendisini var gücüyle yaşatabilecek olan aracın, ancak çağdaş çevrede, uygarlıkta bulunabileceğini bir değişmez gerçek olarak ilke edinmiştir.»

Bunları söyledikten 8 yıl sonra, 1933'de, Cumhuriyetin Onuncu Yıl Söylevindeki «Ulusumuzu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çı-

karacağız» sözü, sürekli devrim ilkesini bir kez daha ilân etmiştir. Demek ki, ona göre Türk devriminin amacı, çağdaşlaşmak, çağın gerisinde kalmamak, hatta olanak ölçüsünde çağın öncüsü olmaktır.

Niçin ve hangi nedenlerle çağın gerisinde kaldığımızı ilişkin olarak uzak ve yakın tarihten örnekler vermeyi de ihmal etmiyor Atatürk, sözünü ettiğim açış söylevinde : «1453'te bütün bir dünyaya karşı İstanbul'u Türk toplumuna maleden güç, aşağı yukarı o yıllarda bulunan matbaayı ülkeye maletmek için o zamanki hukukçuların uğursuz direncini yenememiştir. (...) Buna izin koparabilmek için üçyüz yıl, kuşular, kararsızlıklar, üzüntüler içinde beklemek zorunda kalmışızdır.» diyor. Ve «İlk Türkiye Büyük Millet Meclisinde egemenliğin ulusta olduğunu belirten tasarımı öne sürdüğü gün, Osmanlı Anayasasına aykırılığın dolaylı bu ilkenin karşısına çıkanların başında» eski zihniyetçilerin yer aldığını söylüyor. Ve diyor ki :

«Türk ulusunun, çağdaş uygarlığın özelliklerinden ve verimlerinden yararlanabilmesi için en az üçyüz yıldan beri harcadığı çabaların ne kadar kaygı verici engeller karşısında araya gittiğini gözönüne alarak, bütün uyanıklığım ve üzüntümle söylüyorum : Ulusumuzu çöküntüye sürükleyen, zaman zaman bağrından kopup da ileri düşünceleri için savaşmayı göze almış kimseleri yıldırıp usandıran gerici ve ezici güçler, bugüne değin elinizde bulunan hukuk kurallarına içten bağlananlar olmuştur.»

Sayın dinleyiciler; devrim kavramı toplumda bozuk düzeni değiştirmeyi ve çağdaşlaşmayı belirttiğine göre, bilimde kendi tersi olan «karşı - devrim» kavramını da birlikte getirir. Tıpkı devrim kavramı gibi, karşı devrim kavramı da ansiklopedilerde ve bilim kitaplarında yer almış bulunmaktadır. Cumhuriyetimizin kuruluşundan gerek önce gerek sonra, hem düşünce hem eylem alanında karşı devrimi görmüş ve yaşamış bir lider olan Atatürk sözünü ettiğim kısacık açış konuşmasında buna da değiniyor ve bakınız ne diyor :

«Ulusun arasız ve ateşli devrim atılışları sırasında sinmek zorunda kalan eski yasa kuralları, eski hukuk adamları, devrimcilerin ateşi ve etkisi yavaşlamaya başlar başlamaz hemen canlanarak devrim ilkelerini, ona içten bağlı olanları, bunların kutsal ülkelerini suçlayıp kötülemek için fırsat beklerler.»

Atatürk'ün konuşmasından alınan bu satırları okuyunca, insa-

nın aklına, ister istemez, vatan kurtarıcı büyük Türk evlâdının sırf Türk devrimini gerçekleştirdiği için, heykellerine, büstlerine saldırılması, kimi eğitim kurumlarından resminin kaldırılıp yerlerine başka resimler asılması geliyor. Ayrıca ve en önemlisi, çağdaş ve akılcı düşünceyi yoketmek, tek tek kişiler olarak yalnız vicdanlarımıza değil, toplum olarak bütün yaşayışımıza din kurallarıyla egemen olmak, çağdaş devletin temel taşı olan lâyiklik ilkesini ortadan kaldırmak için açık açık çaba harcanması geliyor hatıra. Atatürk, yukarıki sözleri sanki bu karşı devrim girişimlerini elli yıl öncesinden sezip görerek söylemiş ve bu nedenle de Büyük Nutkunun sonunda Türk devrimini ve Cumhuriyeti Türk Gençliğine emanet etmiştir.

Milliyetçi ve Türkçü geçinen bazıları, Atatürk'ün Türk ulusuna önderlik ederek gerçekleştirdiği büyük Türk devrimini, saltanatın bir hükümet darbesiyle yıkıldıktan sonra girilen basit ve zararlı bir reform hareketi olarak nitelemektedir. Bu gibi cahil fanatiklere göre Tanzimat ve Meşrutiyet olayları, hattâ hattâ Yenicheriliğin kaldırılması bile zararlı olmuş, Türkiye için. Bu gibi düşünceleri bugün gazete köşelerinde, dergi sütunlarında rahat rahat yazmaktadırlar. Bunlar, Atatürk'ün deyimiyle, «Devrimcilerin ateşi ve etkisi yavaşlamağa başlar başlamaz hemen canlanarak devrim ilkelerini suçlayıp kötölemek için fırsat bekleyen» karşı devrimcilerin uğraşları eseridir. Çünkü her devrim kendi kurallarını olduğu kadar, ona karşı direnişleri de beraberinde getirir. Bu direnişler, yine Atatürk'ün deyimiyle «Ulusun arasız ve ateşli devrim atılışları sırasında sinmek zorunda kalmıştı. Şimdiki özgürlük havası içinde yeniden canlandı». Beni en çok üzen nokta, devrimcilik ateşinin, Atatürk'ten sonra, onun ülkü ve savaş arkadaşları oldukları iddasında bulunan kişilerin yönetim başında buldukları dönemde zayıflamağa ve karşı devrim girişimlerinin de yine o dönemde yeniden kıpırdayıp canlanmağa başlamış olmasıdır. Devrimin yürüyüşü ve atılımları belki geçici bir süre için yavaşlatılabilir. Ama bu devrime inanmış ve bu vatanın kurtuluş günlerine tanık olmuş bir Türk aydını olarak şuna yürekten inanıyorum ki, karşı devrimciler ne kadar çaba harcasalar da, Atatürk devriminin ateşini söndüremeyecekler, buna karşılık, bu ateş onları yeniden sindirecek ve zamanla büsbütün silip süpürecektir. Bunda kimsenin kuşkusu olmamalıdır. Tarih tersine döndürülemez çünkü. Bu, dünya tarihinin akışı içinde belki yüzlerce defa denemiş, kanıtlanmış sosyal, evrensel ve tarihsel bir gerçektir.

Az önce işaret ettiğim gibi Atatürk devrimini basit bir darbe ve reform hareketi gibi görmek istiyorlar. Onun bir reform mu, yoksa gerçek bir devrim mi olduğu noktasını tam olarak açıklığa kavuşturmak için, bilimin gerçek devrim konusunda saptamış olduğu koşullar açısından incelenmesi gerekir. Soyut olarak devrim olgusunu ele alıp inceleyen kuramcılara göre, bir toplumda gerçek anlamında, yani altyapıdan üstyapıya, halk yığınlarından otoriteye yönelik bir devrimin gerçekleşebilmesi ve başarılı olması için bazı koşulların oluşmuş bulunması gereklidir :

**Birinci koşul :** Karşı çıkılan rejimin siyasal ve ekonomik bakımından bir otorite krizi, acizlik, ya da suiistimaller yönünden bir kokuşmuşluk, çürümüşlük durumu içinde bulunması ve böylece bir çöküntü görünümü göstermesi gereklidir.

Bakalım bu koşul Türk devrimine uyuyor mu? 19 Mayıs 1919 da Atatürk Samsun'a çıktığı zaman İstanbul Hükümeti büyük bir zaaf içinde, bir çöküş durumunda idi. Anadoluya söz geçiremediği için aynı zamanda aciz, güçsüz bir durumda bulunuyordu. Devlet başındaki sultan yalnız aciz değil haindi, kendi tahtını kurtarmaktan başka bir şey düşünmüyordu. Ayrıca can düşmanlarımızla beraber olarak ve onlara yardımcı askerî birlikler göndererek hainliğini dünya önünde belgeliyordu. İşte önce Kurtuluş Savaşı ve ardından Türk devrim hareketi böyle otorite krizi ve böyle bir perişanlık içinde bulunan Osmanlı yönetimine karşı yapılmış olduğu için, az önce söylediğim devrim koşulu, Türk devriminde mevcuttu.

**İkinci koşul :** Böyle bozuk bir düzene karşı halk hareketini yönetme sorumluluğunu üstlenecek ve bunu yürütecek güçte önderler kadrosunun bulunması gereklidir diyor bilim. Söylemeğe gerek yoktur ki, halk hareketini yönetme sorumluluğunu yüklenecek vatansever ve devrimci bir önderler kadrosu - ülkemiz için büyük talih eseri olarak - vardı. Bu önderler kadrosu Abdülhamit'in istibdat döneminde oluşmuş, Meşrutiyet döneminde yuğrulmuş, Birinci Cihan Savaşında, türlü cephelerde ağır sorumluluklar yüklenerek birçok tecrübeden geçmiş bir kadroydu ve başlarında da Mustafa Kemal Paşa bulunuyordu. Şu halde, bilimin saptadığı bu koşul da vardı. Gerçi bu kadro bağımsızlık savaşında, düşman karşısında elele yürüdüğü halde, zaferden sonra siyasal ve sosyal devrim hareketi başlayınca, bütünlüğünü koruyamamış, çözülmüş, dahası, bu kadronun içinden devrime karşı çıkanlar olmuştur. İşte Ata-

türk'ün devrimci liderlik dehası burada kendini göstermiş, eski savaş arkadaşlarının direncini etkisiz kılarak ve kendi ülküsünü halka mal ederek devrimi gerçekleştirmiştir.

**Üçüncü koşul :** Geniş halk yığınlarının, hükümetteki kötü yönetim konusunda sürekli olarak aydınlatılması gerektiğini söylüyor bilim adamları, devrimin başarılı olması için. Hatırlayacaksınız ki, Atatürk Millî Mücadeleyi halka maletmek için daha Samsun'a ayak bastığı günden başlayarak harekete geçmiş, Havza'da, Erzurum'da, Sivas'ta bütün çabasını, halk yığınlarını sürekli olarak aydınlatma doğrultusuna yöneltmiştir. İlk amaç düşmanın vatanından atılması idi. Ama onun asıl amacı ondan sonra Türkiye'yi çağdaş uygarlık düzeyine ulaştırmaktı ve bu da Türk devrimi demekti. Atatürk bu doğrultudaki aydınlatmayı, amaçlara göre aşama aşama yaptı ve Türk devrimi çok köklü sosyal değişimler getirdiği halde en az kanla gerçekleştirilen büyük bir devrim oldu.

**Dördüncü koşul :** Devrimleri inceleyen bilim adamlarına göre bir devrimin gerçekleşebilmesi için halkı aydınlatmanın bireyler arasında bir dayanışma durumu yaratması ve aydınlatma eyleminin doğal ve yerleşmiş bir sistem olarak sürdürülmesi gereklidir. Bu koşul, az önce sözünü ettiğim üçüncü koşula bağlıdır ve Türkiye'de bu da gerçekleşmiştir, çünkü Atatürk'ün önderliğinde sürdürülen aydınlatma uğraşları ve eylemleri halk arasında bir dayanışma yaratmış ve bu eylem, bütün devrim boyunca yerleşmiş bir sistem olarak yürütülmüştür. Ne yazık ki, Atatürk'ün 37 yıl önce ölmesinden sonra aydınlatma uğraşları eskisi gibi sürdürülememiş, yukarıda kısaca değindiğim karşı devrim düşüncesi bu yüzden gelişip palazlanmıştır.

**Beşinci koşul :** Devrimin zorla gerçekleştirilmesi durumunda, daha önce aydınlanmış olan halk yığınlarının karşısına umdukları ve bekledikleri sonucu gerçekleştirici köklü bir değişim programıyla hazırlıklı olarak çıkılması gereklidir. Mustafa Kemal daha Anadolu'ya çıkamadan önce, ileride ne yapacağını biliyordu. Bunu çok önceleri, yakın arkadaşlarımdan Dr. Mazhar Müfit Kansu'ya not ettirmişti. Devrimin programı kafasının içindeydi. Programın özeti ise, Türklüğün kurtarılması ve halka Türklüğünün bilincinin verilmesi, vatanın kurtuluşundan sonra çürümüş saltanat kurumunun kaldırılıp Cumhuriyetin kurulması, ondan sonra da ulusun çağdaş uluslar düzeyine eriştirilmesi idi. Buna bir «amaç prog-

ram» denilebilir. Ayrıntıları siyasal devrimin gerçekleştirilmesinden sonra, aşama, aşama saptanmıştır. Atatürk, devriminin her aşamasının gerçekleştirilmesi için halkın içinde elverişli zemin ve zamanı aramış, bulmuş ve devrimin gerektirdiği türlü reformları o zemin üzerine halkla birlikte kurmuştur. Şapkayı, din bağınazlığı yönünden en katı sanılan bir bölgede giymesinin ve Türk harflerinde yapılan değişimi Sarayburnu Gazinosunda halk içinde ilân edebilmesinin ve bütün bunların halkça coşkuyla karşılanmasının nedeni ve hikmeti budur. Daha öncesinden bir örnek vereyim. Mustafa Kemal Paşa, Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplandığının ikinci günü, 24 Nisan 1920 de bu Mecliste yaptığı uzun konuşmada, Ankara'da bir hükûmet kurulması konusundaki önerisini açıklarken aynen şöyle demiştir :

«Hilâfet ve Saltanat makamının tahlisine muvaffakiyet hâsıl olduktan sonra Padişahımız ve Halife-i Müslümin efendimiz her nevi cebir ve ikrahtan azâde ve tamamiyle hür ve müstakil olarak kendini milletin ağışu sadakatinde gördüğü gün Meclisi Âlinizin tanzim edeceği esasatı kanuniye dairesinde vaz'ı muhterem ve mübeccelini ahzeder.» (TBMM Zabıt Ceridesi, 1336, cilt 1, s. 31).

Koyu Osmanlıca olan bu sözlerin günümüzün Türkçesiyle anlatımı şudur :

«Halifelik ve Sultanlık makamını kurtarmayı başardıktan sonra Padişahımız ve Müslümanların Halifesi efendimiz her türlü baskı ve tehditten tümüyle kurtulmuş ve özgür olarak kendini ulusun sadık kucağında gördüğü gün yüksek Meclisinizin düzenleyeceği yasa kuralları uyarınca saygıdeğer ve yüce yerini alır.»

Bu satırların üzerindeki yaldızlı sözler çıkarılıp bir yana atılınca bu konuşmadan açık açık şu anlam çıkmaktadır : «Kesin zafere ulaşılp İstanbul kurtarıldıktan sonra Padişahın durumu, TBMM'nce konulacak yasa ile belirlenir.» yani padişah halkın iradesine tâbi olur. Böylece Atatürk ülkede rejimin halk hâkimiyeti yönünde değiştirileceğini ve padişahlığın kaldırılacağını, üstü kapalı olarak daha 24 Nisan 1920'de ilân etmiş bulunuyordu.

Türk devriminin basit bir darbe ve ıslâhat hareketi olmadığını böylece saptadıktan sonra bugün burada başka bir noktayı aydınlığa kavuşturmağa çalışacağım. Gazetelerde, kitaplarda, dergilerde aydın kalemlerce yazılanları okuduğumuz zaman bazan şaşıyoruz. Çünkü onlar arasında sık sık «Atatürk Devrimleri» sözü

ne raslıyoruz. Bunun nedeni, devrimin bir bütün olduğunu, ayrı ayrı olay ve davranışlar olmadığını bu aydınların farketmemiş olmasıdır. Bütün Atatürk devrimcileri şu noktayı iyice bilmelidirler ki, bugünkü Türkiye’de ayrı ayrı devrimler yoktur, bir tek Türk devrimi vardır. Bir de bu devrimin siyaset, hukuk, dil, yazı, takvim, kıyafet gibi türlü alanlarda gerçekleştirdiği köklü değişimler vardır. Örneğin hukuk devrimi denilen olgu Türk devriminin bir yönü, dil devrimi denilen olgu ise başka bir yönüdür. Tıpkı ayrı ayrı mecalalara bölünerek başka başka ırmak ve dereler oluşturan dev bir kaynağa benzer Türk devrimi. O ırmak ve dereler bu dev kaynağın kollarıdır. İşte Türk devrimi de böyledir. Bu nedenle Atatürk devrimleri değil, Atatürk devrimi deyimini kullanmak bilimsel bir gerekliliktir.

Şu gerçeği de gözönüne koymak bilim adamının görevidir : Türk devrimi henüz iktisat alanında köklü bir değişim gerçekleştirmemiştir. Feodal kalıntılar öylece duruyor. Yıllardanberi söylenip duran Toprak Reformu henüz tam bir uygulama alanı bulamamıştır. Bununla birlikte Türk devriminin ekonomi alanına hiçbir şey getirmediği de söylenemez : 27 Mayıs Devriminden sonra işçi haklarını koruyan yasalar, sendika kuruluşları, Sosyal Sigortalar devrimin ekonomik ve sosyal ürünleridir. Demek isterim ki, devrimimiz ekonomi alanında da meyvalarını vermeğe başlamıştır. 27 Mayıs 1961 Anayasasındaki «Sosyal Devlet» ilkesi de elbet bir gün gerçekleşecektir. Çağın gidişi değiştirilemediği gibi bunun da önüne durulamaz. Elverir ki, bağımsızlık ve özgürlüklerimize bağlı bir milliyetçilik bilinci içinde bütünleşmiş ve uyanık olalım, ümmetçiliğin bizi daldırmak istediği uykuya yeniden dalmayalım.

Atatürk, Türk devriminin hukuk yönünü, Fakültemizi açış konuşmasında yarım yüzyıl önce şu sözlerle belirtiyordu :

«Yıllardır süregelen Türk devrimi, düşünüşünü, varlığını, sosyal yaşayışını, üzerine kurulduğu yeni hukuk ilkelerini saptamak ve sağlamak yoluna girmiş oluyor.»

Bu sözdeki «yıllardır sürüp duran Türk devrimi» deyimini, başta belirttiğim gibi, devrimin olup biten, tamamlanan bir değişimden ibaret olmayıp, sürekli olduğunu, bir köklü sosyal değişimler süreci niteliği taşıdığını ne güzel belirtiyor. Ayrıca «Devrimin, üzerine kurulduğu yeni hukuk ilkelerini saptamak ve sağlamlaştırmak yoluna girdiği»nin ilân edilmesiyle köklü hukuk değişimlerine yön gösteriyor Atatürk. Bunu da şöyle belirtiyor :

«Ulus, (...) genel yönetiminin, bunu sağlayacak bütün yasaların, ancak dünya ihtiyaçlarından doğacağını, bu ihtiyaçlar değişip geliştikçe, ona ayak uyduracak bir görüş ve düşünüşün ulusu çağdaşlığa kavuşturup ölümsüz bir yaşayışa ulaştıracağını kavramış bulunuyor.»

Atatürk yeni kuralların dünya gereksinimlerinden doğan ve bunları düzenleyen lâyik kurallar olacağını belirttiikten sonra, devrimin hukuksal değişim yönünü de yine ulusa, Türk halkına malediyor ve hukuk devrimi konusunda şu kesin ve devrimci açıklamayı yapıyor : «Büsbütün yeni yasalar düzenleyerek eski hukuk ilkelelerini temelinden kazıma girişimindeyiz.» İşte Türk devriminin hukuk yönünü bu kadar kesin, bu kadar ışıklı ve açık olarak Atatürk'ün ağzından ilk kez elli yıl önce, bu Fakültenin açıldığı gün böylece duymuş oluyoruz. Atatürk hukuk alanında yapılacak değişikliklerden sonraki duruma da değiniyor ve diyor ki : «Yeni hukuk ilkeleri genel yaşayışımızda başarılı uygulamalarla etkisini gösterene kadar geçecek zamanı, devrimin yorulmaz ve yıpranmaz gücü kısaltacak ve zararsız kılacaktır.»

Gerçekten de öyle olmuştur. Türk - İsviçre hukuk haftalarını hukuk öğretim üyesi olan arkadaşlarımız düşünürlerse, İsviçre hukukçularıyla kurulan ilişkilerde, onlardan almış olduğumuz hukuk kuralları üzerinde Türk hukukçularının ne kadar başarılı uygulamalarda bulunduğunu, Türk mahkeme içtihatlarını inceleyen İsviçreli hukuk bilginlerinin hayranlığını kazandıklarını anımsayacaklardır. Demek ki, Atatürk'ün elli yıl önce sezmiş olduğu gibi, başarıya giden yolu, devrimin yorulmaz ve yıpranmaz gücü gerçekten kısaltmıştır.

Devrimin hukuksal yönünü açıklarken bir de şu nokta üzerinde önemle durmak gerekir : Acaba niçin Tanzimat'tan beri yapılan yasa değişiklikleri sadece reform, ıslâhat sayılıyor da, Cumhuriyet dönemindeki Medenî Kanun değişikliği bir devrim oluyor?

Bu sorunun yanıtını iki açıdan vermek gerekli :

Birincisi; Tanzimatın niteliği noktası. Tanzimat bir devrim değil, bir reform, bir ıslâhat hareketidir. Çünkü bir üst yapı olgusudur. Ne siyasal rejime, ne sosyal üst ve alt yapıya, yani bütün topluma herhangi bir köklü değişiklik getirmemiştir. Bu nedenle onun gerçekleştirmiş olduğu bazı yasa değişimleri devrim sayılamaz.

İkincisi; Tanzimat yasalarının, şeriat hukukunun yalnız muamelât bölümünü düzenlemesidir. Bilindiği gibi, muamelât fıkıh ilminin bir dalıdır. İslâmda bütün şer'î sorunlar iki büyük bölüme ayrılmıştır. Birinci bölüm öte dünyayı ilgilendirir ki, buna «ibadât» denir. (Namaz, Oruç, Hac ve Zekâtla ilgili kurallar).

İkinci bölüm dünyaya ilişkin olup, bu da kendi içinde üç bölüme ayrılmıştır :

Birincisi münakehat (nikâh ve aileye ilişkin kurallar) ikincisi, muamelât (mal, sözleşmeler ve dâvâ ilişkilerini düzenleyen kurallar) üçüncüsü ukubât (yani suç ve cezaya ilişkin kurallar)dir. Böylece fıkıh bilimi «ibadat», «münakehat», «muamelât» ve «ukubât» denilen dört bölümden oluşmaktadır. Tanınmış Mecelle bilginlerinden Atıf Bey yazmış olduğu Mecelle Şerhinde, Miras Hukukuna ilişkin «ferai» kurallarının başlıbaşına bir bilgi kolu sayıldığını ve bu nedenle fıkıh biliminin bölümleri arasına konulmadığını belirtir. Tanzimat yasaları şeriat hukukunun sadece muamelât bölümünü düzenlemiş aile ve miras hukuklarına dokunmamıştır. Çünkü bu kurallar dinsel hukukun en kutsal kuralları sayılıyordu. Ne Tanzimat ne de Meşrutiyet döneminde hiçbir hükümet Aile Hukukuna dokunmağa cesaret edememiştir. Bu alana çok küçük bazı yenilikler getiren, meselâ birden çok evlenmeyi bazı koşullara bağlayan «Hukuk - 1 Aile Kararnamesi» 1917 yılında, Meşrutiyet döneminde çıkarıldığı zaman bile, tutucu hukukçuların itirazıyla karşılaşmış, Meşrutiyetten sonra Vahdettin'in Sultanlığı zamanında 1919 da yürürlükten kaldırılmıştı.

Niçin bu böyle oluyordu? Aile Hukuku neden bu denli kutsal sayılıyordu? İslâm Hukuku bilginleri ve Batılı doğu bilimleri uzmanları, İslâmlığın kutsal kitabı Kur'anda en çok Aile Hukukuna ilişkin buyruk ve yasaklar yer almıştır da ondan diyorlardı. Tanrı, aileyi o denli kutsal bir kurum saymış ki, kitabında ona böyle büyük ve geniş bir yer vermiş.

Bu ,doyurucu bir açıklama ve yorum olmuyor. Dinsel kutsallık, Tanrı ile kul arasındaki ruhsal bağlantıyı ve dinsel ödevleri ilgilendiren ibadetler bölümünde olur. Aile ilişkileri bir ibadet olmaz. İnsanla insan arasındaki ilişkilerde dinsel kutsallıktan söz edilemez. Aile, olsa olsa, ulusal ve ahlâksal bakımdan, hattâ insansal bakımdan kutsal bir kurum sayılabilir, dinsel bakımdan değil.

O halde? O halde Kurandaki Aile Hukuku kuralları erkekleri imtiyazlı duruma getirdiği ve kadını erkeğin yarı kölesi saydığı içindir ki, erkekler bu kurallara bir kutsallık ve dokunulmazlık niteliği vermişlerdir, hepsi erkek olan İslâm hukukçuları hep bu yolda yorum yapmışlardır. Nisa Sûresinin pek ünlü olan 23. Âyetinde evlenme yasakları konusunda aynen şöyle deniliyor :

«Analarınız, kızlarınız, kızkardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, erkek kardeşin kızları, kız kardeşin kızları, sizi emziren süt analarınız, sütkızkardeşleriniz, karılarınızın anaları ile evlenmeniz size haram edilmiştir.» Âyet daha başka yasaklar da sayıyor. Bütün bu yasaklar (sütkardeşler dışında) bugünkü Medenî Kanunumuzda aynen vardır. Bu âyeti burada yasakları belirtmek için değil, doğrudan doğruya erkeklere hitap ettiğini belirtmek için okudum. Kuranın Aile ve Miras hukuklarını düzenleyen en uzun sûrelerinden biridir Nisa Sûresi; 176 âyetten oluşmuştur. Kurandaki 114 sûrenin, uzunluk bakımından yedincisidir. Bu sûrenin birinci âyetinde : «Ey insanlar, sizi bir tek candan yaratan, ondan da yine onun zevcesini vücuda getiren ve ikisinden birçok erkek ve kadın türeten Rabbinize karşı gelmekten çekinin» denilmektedir. Bu metinleri Hasan Basri Çantay'ın Kuran çevirisinden aldım. Bu birinci âyette «Sizi bir tek candan yaratan ve ondan da onun zevcesini vücuda getiren» denilmekle yine erkeklere hitap edildiği ve öncelik verildiği görülmektedir. Böylece İslâm Aile Hukukunda ayrıcalık ve öncelikli durumda olan erkek uzun yüzyıllar boyunca bu ayrıcalığını ve üstünlüğünü şiddetle korumuştur. Yalnız Türk devrimidir ki, hukuksal yönden bu ayrıcalığı kaldırarak yerine kadın-erkek eşitliğine dayanan Medenî Kanun kurallarını koymuştur. Şu halde devrimin hukuk alanına getirdiği köklü değişiklik, yalnız yalın bir hukuk reformu değil, geniş anlamı bakımından, aynı zamanda kısmî bir din reformudur. Çünkü 1400 yıldan beri kutsal sayılan Aile Hukukunu din kurallarından ayırarak lâyük kurallara bağlamıştır. İşte fanatiklerin bir türlü hazmedemedikleri, sindiremedikleri ve affedemedikleri durum budur. Devrim ve Atatürk düşmanlıklarının nedeni de budur. Zaten Atatürk bu Fakülteyi açış söylevinde, bütün yasaların dünyasal ihtiyaçların ürünü olacağını açık açık söylemek suretiyle hukuk düzeninin Türkiye'de lâyük temele oturtulacağını belirtmiş ve az önce aktardığım gibi «Büsbütün yeni yasalar düzenleyerek eski hukuk ilkelerini temelden kazıma girişimindeyiz» demiştir. Türk devriminin hukuksal yönü, bu sözlerde somut ve güçlü temelini bulmaktadır.

Bütün bu açıklamalardan sonra Atatürk'ün Ankara'da bir yüksek öğrenim kurumu açmağa karar verirken niçin öbür fakültelerden başlamayıp, o zaman Hukuk Mektebi denilen Hukuk Fakültesiyle işe başladığını anlamak güç değildir. (Osmanlı döneminde de ilk Hukuk Fakültesinin adı «Mektebi Hukuk» idi. Sonradan adı Fakülteye çevrildi. Tıpkı onun gibi, Ankara'daki de öyle oldu.) Diyelim ki, Tıp ve Fen Fakültesi açmak için Ankara'da o dönemde yeterli hastahane ya da araç yoktu. Fakat Edebiyat Fakültesi, Atatürk'ün koyduğu adla Dil Tarih Coğrafya Fakültesi pekâlâ açılabilirdi. Ama Büyük Ata böyle yapmadı. Hukuk Fakültesiyle işe başladı. Bunun nedenini onun ağzından dinleyelim :

«Devrimin isteklerini belirtip karşılayabilecek yeni hukuk ilkelere, yeni hukuk adamlarını yaratma işine girişmek günü gelmiştir. Ankara Hukuk Okulu ile Cumhuriyet Hukukunu yalnız sözüyle ve görünüşüyle değil, bilinçli ve bilimsel niteliğiyle, yeni yasalarıyla, yeni hukuk adamlarıyla açıklayacak, savunacak ve uygulayacak bir davranışa başvurmuş oluyoruz. (...) Yeni hukuk ilkeleriyle alfesinden okumağa başlayacak bir yeni hukuk kuşağı yetiştirmek için bu okulu açıyoruz.»

Görüyorsunuz ki, onun amacı, lâyük ve çağdaş ilkelere dayanan hukuku uygulayacak yeni bir hukuk kuşağı yetiştirmektir. Böylece Türk devriminin yaptırım gücünü yasalarıyla, yasa adamlarıyla pekiştirmek amacını güdüyordu büyük Ata.

Konuşmasının sonunda Atatürk o zamanki biz öğrencilere şöyle hitap ediyordu :

«Öğrenci efendiler; yeni Türk toplumunun kurucusu ve kollayıcısı olmak amacıyla okumağa başlayan sizler, Cumhuriyet döneminin gerçek hukuk bilginleri olacaksınız. Bir gün önce yetişmenizi ve ulus isteğini yürürlüğe koymanızı hepimiz sabırsızlıkla beklemekteyiz.»

Umuyorum ve sanıyorum ki, bizler büyük devrimcinin umut ve bekleyişini boşa çıkarmadık. Ata'nın bizlere hitap ettiği o tarihten bu yana Ankara Hukuk Fakültesinden mezun olan onbini aşkın devrimci aydın Türk evladı, bu Fakülteye çok umut bağlayan eşsiz Atatürk'e lâyük olmayı başardı. Birçokları yurdun en uzak köşelerinde bir yandan adalet dağıtırken, öte yandan Türk devriminin ışıklarını saçtılar, saçıyorlar ve saçacaklar. Elli yıl önce onu

dinlerken öğrenme arzu ve çalışma azmiyle doluyduk. Gençtik. Şimdi gençliğimiz epeyce kıdem kazandı, fakat şükürler olsun heyecanımızdan, çalışma ve öğrenme azmimizden, devrim inancımızdan bir zerresini bile yitirmedik ve son nefesimize kadar yitirmeyeceğiz. Atatürk'ün ruhu müsterih olabilir.

Aradan yarım yüzyıl geçtikten ve Ankara Hukuk Fakültesi Batı'daki herhangi bir Hukuk Fakültesiyle boy ölçüşebilecek bir düzeye ulaştıktan sonra bu bilim ve devrim ocağının ilk mezunlarından biri olarak huzurunuzda söz almış bulunmanın beni ulaştırdığı sonsuz mutluluğu bir kez daha belirterek daha nice elli yıllar dileğiyle sözlerime son veriyorum.

## ATATÜRK DEVRİMLERİ VE İKTİSADİ KALKINMA

Prof. Dr. Avni ZARAKOLU

17 Şubat 1923 te İzmirde Türkiye İktisat Kongresini, «siyasî ve askerî muzafferiyetler ne kadar büyük olursa olsunlar, iktisadî muzafferiyetlerle tetviç edilmezlerse, husule gelen zaferler payidar olamaz, az zamanda söner» sözü ile açan Atatürk giriştiği reform hareketleri ile iktisadî kalkınma için gerekli sosyal, hukukî ve kültürel ortamı hazırlamaya çalışmıştır.

Gerçekten, 1683 II. Viyana Kuşatması'ndan sonra Osmanlı İmparatorluğunun Avrupa karşısında gösterdiği devamlı gerileme ve yenilgilerin sebeplerinin sadece askerî alanda aranması, yeni çağda Batı Avrupa'da meydana gelen iktisadî ve kültürel gelişmeye yabancı kalınması memleketimizdeki geri kalmışlığın önemli bir nedeni olmuştur. Yeni çağda Batı Ülkelerinde meydana gelen reform ve rönesans hareketi ile iktisadî düşüncelerin dinî inançların katı nüfuz ve etkisinden kurtulması, coğrafi keşifler sonucu deniz aşırı ülkelerle ticaretin gelişmesi, kolonilere sahip olmak, sanayi ve ticareti geliştirmek suretiyle memleketin zenginliğini artırmayı hedef alan güçlü kırıllıkların meydana gelmesi Batıda bugün gördüğümüz iktisadî gelişmeye yolu açmıştır. Buna karşılık, Osmanlı Devletinde iktisadî düşüncelere rasyonel olmuyan, mistik, katı ve muhafazakâr eğilimlerin hakim olmakta devam etmesi, kadere inanmanın insanları Dünyada buldukları düzen ve şartlara razı bir tutum içine sokması ve bunun iktisadî hayatta olduğu kadar sosyal yaşayışın bütün alanlarında etkilerini göstermesi Batı ile Osmanlı Devleti arasında iktisadî, siyasî ve sosyal alanda meydana gelen farklılaşmanın giderek artmasına yol açmıştır. Dünya yeni bir ekonomi düzenine girerken, Osmanlı İmparatorluğun'da meydana gelen gerileme ve fakirleşme Batının üstünlüğünü ortaya koymuş; ordunun yeniden organize edilmesi, Batı modellerine uy-

gun bazı yüksek ve teknik okulların açılması, Devlet yönetiminde Batı'nın örnek alınması gibi reform hareketlerine girilmiştir. Ancak toplumdaki iskolastik zihniyet kırılmamış, Batı uygarlığı teokratik düzen üzerine kurulmak istenmiştir.

İstiklâl Savaşı'ndan sonra layik bir Cumhuriyet İdaresi kurulması ve hukuk düzeninde, milli eğitimde, kadın haklarında, giyim ve kuşamda devrimlere girilmesi iskolastik zihniyetin yerini akıl ve ilme bırakmasına olanak hazırlamış, iktisadî kalkınma için gerekli ortamın yaratılmasına çalışılmıştır.

Gerçekten, modern devlet ülkenin iç ve dış güvenliğini sağlamak, adaleti dağıtmak gibi kendi varlığını güven altına almaya ve muhafaza etmeye matuf faaliyetleri yanında, halkın eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, taşıma ve haberleşme alanlarında, din konusunda müşterek ihtiyaçlarını gidermeğe çalışmakta, maddî üretim kaynaklarının tam ve verimli bir şekilde kullanılmasını sağlayarak iktisadî kalkınmayı kolaylaştırmak, sosyal hasılanın adil bir şekilde bölüşülmesini temin etmek maksadiyle ekonomiye geniş müdahalelerde bulunmaktadır.

Gerçekten, iktisadî, sosyal ve kültürel alanda bu kadar geniş görevler yüklenen modern devletin teokratik zihniyetin değişmez ve donmuş kurallarına göre yönetilmesi düşünülemezdi.

Devlet yönetiminde layiklik kabul edilerek, dinin devlet işlerine karıştırılmaması, bütün vatandaşların dinî inanışlarında serbest olması sağlanarak, herkesin kanun önünde eşit tutulması mümkün olmuş; hukuk reformu, mahkemelerin Batıdaki örneklerine göre yeniden organize edilmesi, Lâtin Alfabetesini kabul etmek, okulları yeniden düzenlemek suretiyle eğitim reformuna gidilmesi, medenî ve siyasî haklar bakımından kadın-erkek eşitliğinin tanınması v.b. reformlar yapılmıştır.

1) Cumhuriyet İdaresi tarıma dayalı geri bir ekonomi devralmıştı. Tarımda esas itibariyle kendi ihtiyacı için üretimde bulunan kapalı aile işletmeleri hakimdi. Piyasada satabilecekleri devamlı bir fazla ürüne sahip olmayan ve mevcudu idame eden bu işletmeler geleneksel üretim yöntemini sürdürüyorlar; verimi artıran teknolojik yeniliklere gidemiyorlardı. İktisadî kalkınma bu türlü işletmelerin piyasa için üretimde bulunan modern işletmelere dönüştürülmesi, artan nüfusun az verimli tarım sektöründen çok verimli sanayi sektörüne çekilmesi yoluyla olabilirdi Bunun, modern

ekonomik hayatın akışına ve gelişmesine uymayan eski iskolastik hukuk düzeni içinde gerçekleştirilmesi kolay değildi.

Orta çağın kapanması, yeni çağın başlaması ile birlikte Batı memleketlerinde uygulanmaya başlıyan merkantilist polika sonucu sınaî ve ticarî alanda kaydedilen gelişmeler, 18. Yüzyılın sonlarından ve 19. Yüzyılın başlarından itibaren buharla işleyen makinelerin üretimde kullanılmaya başlaması ile birlikte sanayi evrimine dönüşmüş; devrimci ve reformcu hareketler sonucu köylü toprağa bağlı olmaktan kurtulmuş, loncalar yıkılarak ticaret ve girişim serbest hale gelmiş, piyasa için üretimde bulunan kâr amaçlı büyük modern işletmeler kurularak bugünkü ilerleme ve refah seviyesi sağlanmıştır.

Bu gelişmede Orta Çağ'dan kalma hukuk kaideleri yerine bütün ülke için hazırlanan ve toplumun yeni düzen içinde gelişmesini sağlıyan kanunların yapılması önemli bir rol oynamıştır.

Gerçi, benzer bir hareketin memleketimizde 1839 Tanzimat ve 1856 İslahat Fermanı ile başlatıldığı görülmektedir. 19. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren bir yandan yabancı kanunlardan esinlenerek veya çevirme yolu ile hazırlanan kanunlar yanında, tamamen İslâm Hukuku'na dayanan kanunlar çıkarılmış; öte yandan İslâm Hukuku'nu uygulayan şer'i mahkemeler yanında Avrupadan alınan kanunları uygulayan Nizamiye Mahkemeleri kurulmuştur<sup>1</sup>.

Ancak, bu reformların başlatılması istenen iktisadî, sosyal ve kültürel gelişme için yeterli olmamıştır. Nitekim, Cumhuriyet kurulduktan sonra hukuk düzenindeki bu ikiliğin kaldırılması, modern ekonomik hayatın akışına uymayan eski iskolastik hukuk düzeni yerine Batı Hukuk düzeni kurulması kararlaştırılmış, İsviçre Medenî ve Borçlar Kanunu'ndan tercüme edilerek hazırlanan Türk Medenî ve Borçlar Kanunu 1926 da yürürlüğe konularak Mecellenin yerini almış; çeşitli memleketlerin mevzuatından geniş ölçüde iktibas edilerek hazırlanan Ticaret Kanunu'nun Kara Ticari diye adlandırılan birinci kitabı 1926 da, Deniz Ticareti diye adlandırılan ikinci kitabı 1929 da yürürlüğe konulmuş; 1926 da yürürlüğe giren Ceza Kanunu 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan, 1927 de yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu İsviçrenin

<sup>1</sup> Coşkun Üçok : Türk Hukuku Tarihi Dersleri, 5. bası, Ankara 1972, s. 186 vd.

Neuchâtel Kantonu mevzuatından, 1929 da yürürlüğe giren Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Almanyadan, 1932 de yürürlüğe giren İcra ve İflâs Kanunu büyük kısmı itibariyle İsviçreden alınmış; idare hukuku alanında Fransa örnek alınarak az çok değişikliklerle kanunlar hazırlanmıştır<sup>2</sup>.

Hukuk düzeninde sağlanan bu reformlarla dinsel esaslara dayanan eski hukuk düzeninin modern devlet anlayışı ile bağdaşmayan sakıncaları ortadan kalkmış, yabancı devletlerin kapitülasyonların kaldırılmasına karşı, tebaalarını islâm dininin prensiplerine teslim edemeyecekleri şeklinde ileri sürdükleri gerekçeler anlamını yitirmiş oluyordu.

Atatürk 5 Kasım 1925 te Ankara Hukuk Fakültesinin açılışında yaptığı konuşmada büyük ölçüde dinsel esaslara dayanan eski hukuk düzeninin iktisadî, sosyal ve kültürel kalkınmaya yaptığı olumsuz etkileri şöyle dile getirmektedir<sup>3</sup> :

«Milletimizi gerilemeye mahkûm etmiş ve milletimizin verimli sinesinde devir devir, eksik olmamış olan erbabı teşebbüsü, erbabı ceht ve himmeti, ümitsizliğe ve bozguna uğratmış olan menfî ve kahir kuvvet, şimdiye kadar elinizde bulunan hukuk ve onun samimî takipçileri olmuştur. Belki ağır ve cesurane olan tarihi müşahedemin güzide heyetiniz içinde ve Cumhuriyet Hükûmetinin bugün hizmetlerinden istifade etmekte bulunduğu kıymetli memurlar ve hakimlerimiz içinde, kimsenin hayretini mucip olmayacağına eminim. Bununla beraber, biraz daha izahı meram için müsaade buyurmanızı rica ederim. Beynelmilel umumî tarihin cereyanında Türklerin 1453 zaferini, yani İstanbulun fethini tasavvur buyurunuz. Bütün bir Cihana karşı İstanbulu ebediyyen Türk Camiasına mal etmiş olan kuvvet ve kudret takriben aynı senelerde icad edilmiş olan matbaayı Türkiye'ye kabul için erbabı hukukun suçlu ve günahkâr mukavemetini yenmeye muktedir olamamıştır.

Köhne hukukun ve müntesiplerinin matbaanın memleketimize girmesine müsaade etmeleri için üç yüz sene müşahade ve tereddüt etmelerine ve leh ve aleyhte pek çok kuvvet ve kudret sarfetmelerine zaruret hasıl olmuştur.»

<sup>2</sup> Hamza Eroğlu : Türk Devriminin Millî Değeri, A.İ.T.İ.A. Dergisi, Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı.

<sup>3</sup> Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü yayınları, Ankara 1952, s. 243 - 244.

Hukuk Reformu ile Türk Hukuku layikleştirilmiş ve modernleştirilmiş, iktisadî kalkınma için gerekli hukukî ortam yaratılmıştır.

2) Bir memleketin iktisadî kalkınmasında halkın eğitim durumu ve sağlığı önemli bir rol oynar. Amerikadaki iktisadî gelişme hakkında yapılan çeşitli araştırmalar, bu memleketteki iktisadî büyümenin büyük ölçüde eğitim ve bilgi ve Know-How büyümesine bağlı olduğunu göstermiştir<sup>4</sup>. Gerçekten, beşeri faktörün bilgi ve yeteneklerindeki artma fizikî sermaye yatırımı kadar önemlidir. Bir memlekette yaşayan halkın bilgi ve yeteneklerinin artması, yeni düşünce ve hizmetlerin genişlemesi geriliğin yıkılması ve kalkınma için zorunludur. Memleketimizde işgücünün etkinliğinin ve seyyaliyetinin azlığı, işbölümü ve uzmanlaşmanın sınırlı oluşu, müteşebbislerin azlığı, iskolastik değer hükümleri ve sosyal müesseselerin geriliği iktisadî kalkınmayı fizikî sermayeden daha fazla olumsuz yönde etkileyen unsurlar olmuştur.

Atatürk eğitim ve harf devrimi ile modern sanayi toplumlarının gereksinmelerine ve Dünyadaki gelişme ve değişmeye uymayan teokratik temellere dayalı eğitim sistemi yerine akıl ve ilmin hakim olduğu ulusal layik bir eğitim sistemi kurmaya çalışmıştır.

Tanzimattan Cumhuriyet Dönemi'ne kadar geçen süre içinde öğretim ve eğitimde ikilik vardı. İskolastik ve şeriatçı öğretimle ulusal ve müsbet öğretim bir arada yürütülmek istenmişti. Atatürk insanları yaşadığımız Dünyadan soğutan, çağ dışına iten iskolastik ve şeriatçı öğretime son vererek, akıl ve ilme dayalı ulusal bir eğitim sistemi kurmaya kararlı idi. Henüz İstiklâl Savaşı devam ederken, 21 Temmuz 1921 de Ankarada toplanan Maarif Kongre'sinde öğretmenlere hitaben yaptığı bir konuşmada, Türk çocuğuna verilmesi gereken öğretim ve eğitimden bahsederken, «şimdiye kadar izlenen öğretim ve eğitim usullerinin milletimizin tarihsel gerilemesinde önemli bir neden olduğu kanaatindeyim. Onun için bir millî terbiye programından bahsederken, eski devrin hurafelerinden ve fikrî vasıflarımızla hiç de münasebeti olmayan yabancı fikirlerden, Doğu'dan ve Batı'dan gelen bütün etkilerden tamamen uzak, millî seciye ve tarihimize orantılı bir kültür kastediyorum» diyerek, izlenegelen eğitim politikasının geriliğimizin baş

<sup>4</sup> Leading Issues in Development Economics, Selected Materials and Commentary - Gerald M. Meier, New York 1964, s. 266 vd.

nedeni olduğunu ifade etmiş; Büyük Zaferden sonra 27 Ekim 1922 de Bursa'da kabul ettiği İstanbul öğretmen grubuna, «fikirler manasız, mantıksız safsatalarla dolu olursa, o fikirler hastadır. Günlük sosyal hayat akıl ve mantıktan uzak, faydasız ve muzir bir takım akideler ve ananelerle dolmuş ise felce uğrar. Evvela fikir ve içtimaiyat kuvvetlerinin kaynaklarını temizlemekle işe başlamak lâzımdır.» «Memleketimizin en mamur, en latif, en güzel yerlerini üçbuçuk sene kirli ayaklarıyla çiğneyen düşmanı malûp eden zaferrin sırrı nedir, bilirmisiniz? Orduların sevk ve idaresinde ilim ve fen düsturlarını rehber etmektir» diyerek şunları ilâve etmiştir : «İlim ve fen nerede ise oradan alacağız ve her millet ferdinin kafasına koyacağız. İlim ve fen için kayıt yoktur. Hiçbir mantıkî delile dayanmayan bir takım ananelerin, akidelerin muhafazasında ısrar eden milletlerin terakkisi çok güç olur; belki de hiç olmaz.»<sup>5</sup>

Atatürk ve arkadaşları insanları yaşadığımız dünyadan soğutan, çağ dışına iten, iskolastik ve şeriatçı öğretime son vererek, akla ve ilme dayalı ulusal bir öğretim sistemi kurulmasını sağlama-ya çalışmışlar; Mart 1924 te kabul edilen Tevhidi Tedrisat Kanunu (Öğretim Birliği Kanunu) ile bütün okullar Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlanmış, medreseler kapatılarak, Tanzimat'tan beri eğitim alanında devam eden ikilik ortadan kaldırılmış, bilimsel düşünce-ye dayanan layık bir eğitim sistemi kabul edilmiştir.

«Eğer Reiscumhur olmasam, Maarif Vekili olmak isterdim» diyen Atatürk 1 Kasım 1937 de Büyük Millet Meclisini açış konuşmasında şöyle söylemiştir : «Büyük davamız, en medeni ve en müreffeh millet olarak varlığımızı yükseltmektir.» «Bu sebeple okuyup yazma bilmiyen tek vatandaş bırakmamak, memleketin büyük kalkınma savaşının ve yeni çatısının istediği teknik elemanları yetiştirmek, memleket davalarının ideolojisini anlayacak, anlatacak, nesilden nesile yaşatacak fert ve kurumları yaratmak, işte bu önemli umdeleri en kısa zamanda temin etmek, Kültür Vekâletinin üzerine aldığı büyük ve ağır mecburiyetlerdir.»<sup>6</sup>

1928 harf devrimi bu amaçla yapılmıştı. Atatürk 9 Ağustos 1928 de İstanbul'un Sarayburnu Parkı'nda halka yaptığı bir ko-

<sup>5</sup> Mustafa Baydar : Atatürk ve Devrimlerimiz, T. İş Bankası Kültür Yayınları, Atatürk Dizisi : 21, s. 192 vd.

<sup>6</sup> Afet İnan : Atatürk Hakkında Hatıralar ve Belgeler, T. İş Bankası Kültür Yayınları, 2. baskı, Ankara 1968, s. 267.

nuşmada Harf Devriminin nedenini şöyle açıklamaktadır: «Arka-  
daşlar güzel dilimizi ifade etmek için yeni Türk harflerini kabul  
ediyoruz. Bizim güzel, ahenkli, zengin lisanımız yeni Türk harfler-  
i ile kendini gösterecektir. Asırlardan beri kafalarımızı demir çer-  
çeve içinde bulunduran, anlaşılmaz ve anhyamadığımız işaretler-  
den kendimizi kurtarmak mecburiyetindeyiz.» «Vatandaşlar yeni  
Türk harflerini çabuk öğreniniz! Bütün millete, köylüye, çobana  
hamala, sandalcıya öğretiniz! Bu vazifeyi yaparken düşününüz ki,  
bir milletin, bir içtimaî heyetin % 80 i okuma yazma bilmez, bu  
ayıptır. Bundan insan olanlar utanmak lâzımdır. Bu millet utan-  
mak için yaratılmış bir millet değildir. İftihar etmek için yaratıl-  
mış ve iftiharla tarihini doldurmuş bir millettir<sup>7</sup>.

3) Atatürk dil bağımsızlığını siyasal bağımsızlığın bir parça-  
sı saymış; Türk dilinin Arap ve Fars dilinin boyunduruğundan kur-  
tarılarak sadeleştirilmesi yolunda ileri adımlar atmıştır. Osmanlı  
Türkçesi halkın konuştuğu dilden farklı olduğu gibi, öğrenilmesi  
Arapça ve Farsça'nın sözcük, gramer ve söz dizilerini öğrenmekle  
mümkündür. Bu ise çok defa bir ömür boyu çalışmayı gerektiri-  
yordu<sup>8</sup>. Oysa, insanların enerjileri eskisinden daha çok bilgi ve ye-  
teneklerini artırmaya harcamaları iktisadî kalkınma için zorun-  
lu idi.

4) 1925 yılında şapka giyilmesinin kabul edilmesi, Türk Ulu-  
su'nun, «bir toplum kılığı hangi topluma benzerse, o toplumdan  
olur; bir müslüman şapka giyerse kâfir olur, dini elden gider» bi-  
çimindeki akıl dışı inançlardan kurtarılması, dış görünüşü itibariy-  
le de uygar uluslara benzemesini sağlamak amacı ile yapılmış bir  
devrimdir. Atatürk 1927 Nutku'nda bunu şöyle dile getirmektedir:  
«Milletimizin başında cehil, gaflet ve taassubun, ilerleme ve mede-  
nileşme düşmanlığının markası gibi sayılan fesi atarak, onun ye-  
rine bütün medenî âlemce başlık olarak kullanılan şapkayı giymek  
ve bu suretle Türk Milleti'nin, medenî dünyadan zihniyet bakımın-  
dan hiç de farklı olmadığını göstermek bir zaruretti<sup>9</sup>.

5) Aynı yılın sonuna doğru uluslararası takvim ve saatin ka-  
bulu ile o zamana kadar kullanılan Hicrî ve Rumî Takvimin ulus-  
lararası ilişkilerimizde ortaya çıkardığı güçlükleri ortadan kaldır-

<sup>7</sup> Mustafa Baydar : a.g.e. s. 264.

<sup>8</sup> Mustafa Baydar : a.g.e. s. 272.

<sup>9</sup> Nutuk 1927 baskısı, s. 541 - Mustafa Baydar : a.g.e. s. 204'e atfen.

mak, Türk Ulusu'nu Batı uygarlığından ayıran bir neden daha ortadan kaldırılmak istenmiştir.

6) Atatürk'e göre, Türk Toplumunun kalkınması için Türk kadınının kalkınması zorunludur. Kadın eğitilmek, erkeğin adaletsiz baskısından kurtarılmak suretiyle Türk Toplumunu ek bir güçlenme olanağına kavuşturulmuş olacaktır.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı gibi, Cumhuriyet kurulduktan sonra girilen bütün bu devrim hareketleri Türk Toplumunun iktisadî, sosyal ve kültürel kalkınmasını engelleyen mistik, katı ve muhafazakâr eğilimleri yumuşatmak veya ortadan kaldırmak, insanları dünyada buldukları düzen ve şartlara razı olan bir tutum içinde olmaktan kurtarmak, Ortaçağa özgü, modası geçmiş kurumları yıkıp, yerine yenilerini getirmek suretiyle iktisadî kalkınma için elverişli bir ortam yaratmıştır.

Diğer geri memleketlerde olduğu gibi, memleketimizde de beslenme ve sağlık koşullarının, eğitim ve öğrenim seviyesinin, okuma yazma oranının düşük olması, çalışmaya az değer verilmesi insanların verimini olumsuz yönde etkilemekte, ileri memleketlerde bir kişinin ürettiği mal miktarını memleketimizde 10 veya daha fazla insan üretebilmektedir. Bunda sermaye birikiminin yetersizliği de büyük rol oynamaktadır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletlerinde ekilebilen topraklar 300 milyon hektar, tarımda çalışan nüfus 11-12 milyon; memleketimizde ise, ekilebilen topraklar 28 milyon hektar, tarımda çalışan nüfus 10 milyondur. Buna göre, memleketimizde tarımsal nüfus Amerika Birleşik Devletleri'ndekinden 10 kat daha az arazi işlemekte, tarımsal nüfus başına elde edilen mahsul miktarı Amerika Birleşik Devletleri'ndekinden çok düşük seviyede bulunmaktadır. Bunda çeşitli etkenler yanında Amerikada uygulanan sermaye yoğun üretim yönteminin rolü büyüktür.

Memleketimizde nüfus başına millî hasıla düşük, halkın tasarruf gücü zayıftır. Geri memleketlerin çoğunda olduğu gibi, halkın fakirliği, fakirliğin en önemli sebeplerinden birisidir. Türk hükümetleri bu kısır döngüyü kırabilmek için iktisadî politikada devletçiliği kabul etmişler; özellikle 1933 ten sonra izledikleri maliye ve para politikaları ile tasarruf ve sermaye birikimini artırmaya büyük çaba harcamışlardır.

Bugün memleketimizde süratli bir iktisadî kalkınmanın ancak cebre dayanan kollektivist bir iktisat düzeni içinde mümkün ola-

bileceğine inananlar vardır. Bazı bilim adamlarımıza göre, «geri ekonomiler, geriliğe ve fakirliğe karşı bir savaş açmaksızın, ekonominin işleminde bütün savaş kurallarını uygulamaksızın fakirliği ve geriliği yenme gücüne ulaşmakta büyük güçlüklerle karşılaşılırlar.» «Rusya'da 1928 den beri uygulanan plânlı ekonomi büyük güçlüklerle, hatalara rağmen ve çoğu kez beşerî ızdıraplar pahasına da olsa, bu memlekete gerilikten kurtulma yollarını açmıştır»<sup>10</sup>.

Ancak, Atatürk ne kişi özgürlüğünü proletarya diktatörlüğüne feda eden kollektivist bir sistemden, ne de kendi kendine işliyen liberal bir piyasa ekonomisi düzeninden yana olmuş, karma ekonomi düzeni içinde Devletin alt yapı yatırımları yanında, özel sektörün giremediği, güç gelişen veya ekonomide dar boğazlar yaratan sanayi alanlarına müteşebbis olarak girmek suretiyle ekonomik gelişmeyi hızlandırması istenmiştir.

Cumhuriyetin kuruluşundan hemen sonra İzmir'de toplanan İktisat Kongresi'nde zamanın İktisat Vekili Mahmut Esat Bozkurt iktisadî kalkınmanın hangi düzen içinde gerçekleştirileceğini şöyle açıklamaktadır : «Yeni Türkiye'nin iktisadiyatı mevcut iktisat sistemi ve siyasetlerinin hiçbirinin aynı olamaz. Memleketimizin iktisadî ihtiyacına, iktisat tarihimizin ruhuna uygun başlı başına bir iktisat politikası izlemek mecburiyeti vardır. Biz iktisadi düşünceler tarihinde mevcut okullardan hiç birine mensup değiliz. Ne bırakınız geçsinler, bırakınız yapsınlar okuluna, ne de sosyalist, komünist, etatist veya himayeci okullardan değiliz. Bizim de yeni bir iktisat okulumuz vardır. Buna ben Yeni Türkiye İktisat Okulu diyorum. Yukarıda zikrettiğim okullardan hiçbirine mensup olmakla beraber, memleketimizin ihtiyacına göre, bunlardan yararlanmayı da ihmal etmiyeceğiz. Yeni Türkiye karma bir iktisat sistemi izlemelidir. İktisadî teşebbüs kısmen devlet ve kısmen özel teşebbüs tarafından üstlenmelidir. Örneğin, büyük kredi müesseselerini, sınaî teşebbüsleri vb. Devlet idare edecektir. Çünkü memleketimizin iktisadî durumu bunu gerektiriyor»<sup>11</sup>.

Gerçekten, Cumhuriyet Yönetimi her bakımdan geri bir ekonomi devir almıştı. Yabancı imtiyazlı ortaklıklar tarafından taşıma hizmetleri ve madencilik alanlarında, büyük kentlerde halkın

<sup>10</sup> Cahit Talas : Ekonomik Sistemler, Ankara 1969, s. 290.

<sup>11</sup> A Gündüz Ökçün : Türkiye İktisat Kongresi - 1923 - İzmir - Haberler, Belgeler - Yorumlar, Ankara 1968, s. 262 - 263.

hava gazı, elektrik, su gibi müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve genellikle tekel durumundan yararlanan modern işletmeler, ihraca dönük tarım işletmeleri, kentlerdeki esnaf ve tüccar dışında, Türk Ekonomisi büyük lde zati ihtiyaçları için üretimde bulunan tarım işletmelerinden meydana geliyordu. Büyük lde piyasaya kapalı olan bu işletmeler geri bir teknikle üretimi sürdürüyorlar; modern ekonomilerde olduğu gibi, azamî kr elde etme yerine, ihtiyaca yetecek kadar üretme prensibine göre ynetiliyorlardı<sup>12</sup>.

Cumhuriyetin kuruluşundan itibaren ilk on sene bir derlenme toparlanma, alt yapıyı düzenleme, ekonomiyi yeniden organize etme dönemi oldu. Bu dönemde tarım üretiminin artırılması, tarımda verimliliğin yükseltilmesi için çaba harcandı; demir yolu yapımına önem verildi; ekonomideki yabancılaşmayı önlemek için imtiyazlı yabancı ortaklıklar elinde bulunan demiryolları ve limanlar, maden işletmeleri ile büyük kentlerin su, elektrik, hava gazı, haberleşme ve taşıma ihtiyaını gideren işletmeler Devlet tarafından satın alınarak millileştirilmeye başlandı; iktisadî kalkınmanın finansmanı için gerekli kredi müesseselerinin kurulması ve etkili bir organizasyona kavuşturulmasına çalışıldı<sup>13</sup>.

1929 - 1930 Dünya ekonomi krizi Türk Ekonomisi'ni de etkilemiş, halkın zaten düşük olan gelir seviyesi daha da düşmüştü. Fakirlikten kurtulmak için sanayileşmek, idame ekonomilerden modern ekonomilere doğru gelişmeyi hızlandırmak zorunlu idi. Bunun için modern işletmelerin kurulması ve işletilmesi için teknik bilgi noksandı; sermaye birikimi yetersiz, halkın kısa veya uzun bir süre kullanmadığı paraların sanayi ve ticaretin orta ve uzun vadeli finansmana ihtiyaç gösteren yatırımlara akmasını sağlıyacak aracı müesseseler yoktu. Bu hal devletin memleketin sanayileşmesi ve modern ekonomi sktrnn gelişmesi için daha aktif bir rol oynamasına sebep oldu. Beş yıllık bir sanayi plnı hazırlanarak, 1934 te uygulamasına geçildi. Devlet memleketin yeraltı servetlerinin ve enerji kaynaklarının değerlendirilmesi için harekete geçti; demiryolu yapımına devam edildi; deniz yolları için yeni gemiler satın alındı; kara yollarının gelişmesine çalışıldı; sratlı bir iktisadî kalkınma için sermaye kıtlığının meydana getirdiği darbo-

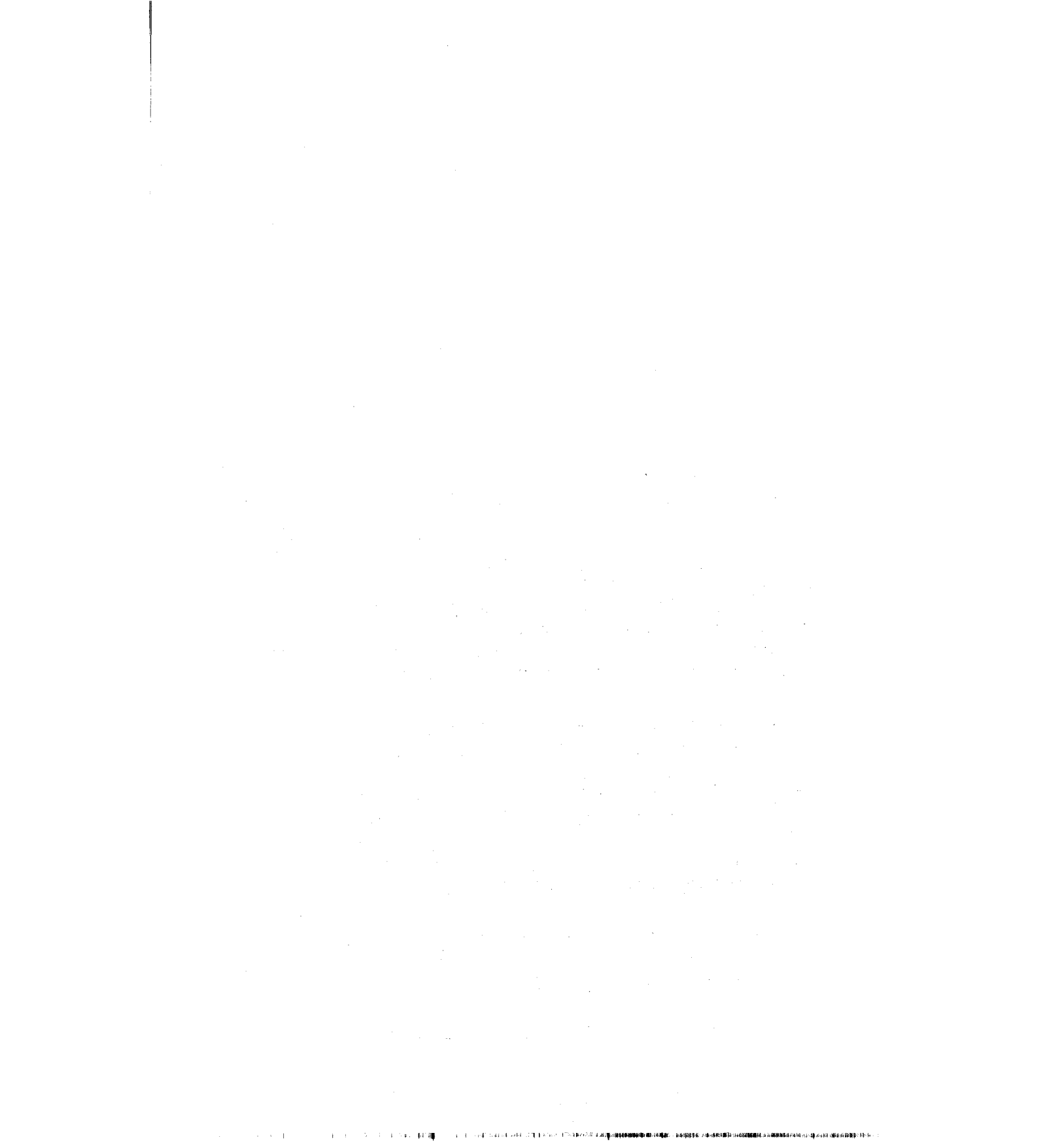
<sup>12</sup> Avni Zarakolu : Cumhuriyetin 50. Yılında Memleketimizde Bankacılık, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları No: 61, s. 37.

<sup>13</sup> Avni Zarakolu : a.g.e. s. 26.

ğazı ortadan kaldırmak maksadiyle büyük çaba harcandı; bütçe imkânları ve çeşitli cebri tasarruf yolları ile bir çok ihtisas bankaları kuruldu; eğitim ve sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine çaba harcandı.

Bütün bunlar memleketimizde modern işletmelerin idame ekonomileri aleyhine gelişmesine, işbölümü ve uzmanlaşmanın artarak, para ekonomisinin gelişmesine yardım etti; İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ekonominin bütün kesiminde meydana gelen hızlı gelişme için elverişli bir ortam hazırlanmış oldu. Bu gelişmeyi İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra dost memleketlerden ve uluslararası malî teşekküllerden sağlanan kredi ve yardımlar hızlandırdı; 1963 te başlayan plânlı dönemde gayri safi millî hasıla yılda ortalama % 6,5 civarında bir artış gösterdi.

Bu kalkınma hızının artırılarak sürdürülebilmesi için idarî kuruluşların görevleri, iç birimleri, ilişkileri ve iş görme usulleri rasyonel esaslara bağlanarak, vatandaşların gereksiz zaman kaybına, harcamalara girmesine sebep olan bürokrasiden arındırılması kanun ve mahkemelerin islahına devam edilerek, adaletin dağıtılmasında sürat ve etkinliğin artırılması, öğretim ve eğitimde insanların her alanda etkinliğini artıracak islahata devam olunması, şekli eğitimden çok, işgücü taleplerine göre bir eğitim yürütülmesi, modern sektörde özel beceri isteyen kişilerin yetiştirilmesi v.b. zorunludur. Kısaca, reform ve islahata devam edilmesi, insanların daha iyiyi arzu etmeleri, bilgi ve becerilerini artırma çabası içinde olmaları gereklidir.



## ADLÎ TIP DALININ 50 YILDA TÜRKİYEDEKİ GELİŞİMİ VE BUGÜNKÜ DURUMU

Prof. Dr. Adnan ÖZTÜREL

Adlî Tıp Dalı, tarihin çok eski devirlerinden beri doğmuş ve Adalet mensuplarının, tıbbın buluşlarından en fazla faydalandığı bir bilim dalı olarak gelişmiştir. İnsan sağlığı bakımından hekimlerin bilgilerine başvurulması, Adlî Tıbbın doğmasına sebep olmuş, bugün Hukuku ilgilendiren tıpsal konularla uğraşan, geniş kapsamlı bir bilim dalı haline gelmiştir.

Adlî Tıbbın gelişmesi, Tıp ve Hukuk bilimleriyle birlikte olmuştur. Bu etüdde Adlî Tıbbın dünyadaki ve Türkiye'deki kısa tarihçesinden, Türkiye'de 50 yıl içindeki Adlî Tıp Teşkilâtı ile Adlî Tıp Eğitimi gelişim ve bugünkü durumundan, Adlî Tıp organizasyonunu sağlayan kanunlardan söz edilecektir.

### ADLÎ TIBBIN DÜNYADAKİ TARİHÇESİ :

Milâttan 3000 yıl önce Mısırlılar cürüm, veraset evlilik v.b. konularda hekimlerin bilgilerinden faydalanmışlardır. O devirde yaşayan İMHOTEMP ilk Adlî Tabip olarak kabul edilmektedir. Eski Yunanlılar devrinde gelişme kayda değer şekilde olmuş, konuya Hipokrat büyük önem vermiştir. Roma kanunları, Yunan kanunları etkisi altında kalmış, Adlî Tıba büyük önem verilmiştir. M. Ö. 40 yılında Julius Cesar'ın ölümünden sonra muayenesini, Antistius yapmış, cesette 23 yara görmüş, bu yaralardan, göğüs boşluğuna kadar uzanan bir yaranın ölüm sebebi olduğunu tesbit ederek rapor vermiştir. Bu rapor ilk bilimsel Adlî Tıp Raporu olarak kabul edilmektedir. Bizansta Justinyan kanunlarında, zehirlenme ve akıl hastalarının Ceza ve Medenî durumlarını kapsayan, yaraların ağırlık derecelerine göre ceza verilmesini sağlayan hükümler bulunmak-

tadır. Orta çağlarda tıp din adamlarının elinde idi. Kiliselere bağlı kişilerin fikir ve kanaatları her olayda etkili olmuştur. Bu devirde iktidarsızlık boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Ceza verilecek kişiler hekimlerce muayene edilmiş, hasta olanlar düello yapmaktan muaf tutulmuştur. 13 üncü asırda Çinde yazılan Hsi - Yuanlu isimli kitap bir çok Adli Tıp konularını içine almıştır. İlk otopsi 1374 yılında Fransa'da yapılmıştır.

Almanya'da 1507 yılında Bamberg isimli bir rahip tarafından, tıbbi ilgilendiren kanunlar bir araya toplanarak, hekimlerin istifadelerine sunulmuştur. 1532 yılında İmparator 5 inci Charles'ın Karolina Ceza Kanununa göre, hekim, cerrah, ebelerin, çocuk düşürme, adam öldürme, dikkatsizlikle adam öldürme, zehirlenme, intihar, yaralanmaların saptama ve sorumlulukları kabul edilmiş; hekimlerin bu kabil hususlarda sorumluları ve dikkatsizliği olanları haber verme yöntemi ile otopsi yapıp olay hakkında rapor verme zorunluğu konmuştur. 1547 yılında Antonius Blancus, «Cinayet Belirtileri» isimli eserinde, kanuna göre ilk defa işkence konusunu ele almış ve tıpsal belirtilerinden bahsetmiştir. 1690 da Jean Bohn «Öldürücü Yaralar» isimli eseri yayınlamıştır. Bu yazar otopsi tekniği isimli bir eserinde ilk defa otopsinin baş, göğüs, karın boşlukları açılarak yapılacağı yöntemini bildirmiştir. Aynı yazar'ın Adli Tıp Kitabı da vardır. 1650 yılında Johannes Michalis Almanya'nın Leipzig kentinde ilk Adli Tıp dersini Leipzig Üniversitesinde vermiştir. 1670 yılında Prag Üniversitesi Tıp Fakültesinden seçilen bir profesör, dışarıdan 3 şirürjiyen, 2 berberden oluşan bir komisyon bütün yaraları muayene etmekte ve bu husustaki fikrini bildirmekte, yasal işlem, bundan sonra tatbik edilmekte imiş. 1670 yılında Paul Ammam «Medicine Critica, Sive decisoria» eserinde Leipzig Tıp Fakültesi bilirkişilerinin, Adli Tıp olgularındaki fikirlerini kitap halinde toplamıştır. 1682 yılında Jean Schreger, Fötüs ve ergin cesetlerine, Galien tarafından bulunmuş olan «Docimasie Hydrostatique» su testini saptayarak, akciğerlerin muayenesi ile solunum durumu hakkında, deneysel şekilde yöntem kullanmıştır. Karel Rayger (1641 - 1707) ilk olarak Hidrostatik testi çocuk öldürme delili olarak mahkemeye bildirmiştir. 1686 yılında Behren çalışmalarını «Medicus Legalis» isimli eserinde toplamıştır. Godfried Welch (1618 - 1660) «yaralarda ölüm olasılığı» isimli bir eser yazmıştır. 1703 te Michel Bernard «Adli Tıpta karar karar ve gözlemler» 1725 te «Tıpta uğraşı sorumluluğu» isimli eserlerini yayınladı. 1743 yılında Teichmeyer (1685 - 1746) Hipokratın

«Fötüs gebelik başlangıcında canlanır» fikrine, karşıt fikirli yayında bulunmuştur. 1729 da Frederic Hoffman, sistematik yöntem ve gözlemlere dayanan Adli Tıp kitabını yazmıştır. 1782 de Almanya'da ilk Adli Tıp dergisi çıkarılmıştır. 1785 yılında, Prag Üniversitesinde, Guldener Von Lobes tarafından Adli Tıp ve Polis Tıbbi Kürsüsü kurulmuş, burada verilen dersler «Colleqium Privatum» ismiyle basılmıştır. 18 inci asır başında, Almanya'da Adli Tıp bir hayli gelişmiş ve hemen hemen bütün üniversiteler Tıp Fakültelelerinde Adli Tıp Kürsüleri kurulmuştur. Jules Gaspard, Strasman, Edvar Von Hofman, Kolisko, Haberda, Reuter, Maschka gibi bilim adamları yetişmiştir.

İtalya'da 1140 yılında Sicilya ve Appului Kıralı II. Roge zamanında kanuna, Adli Tıp muayene yapıma yöntemi konmuştur. 1240 yılında ikinci Frederic 5 sene süre ile her kadavraya otopsi yapılmasını zorunlu kılmış, bu nedenle anatomi bilimi çok gelişmiş, Adli Tıp doğmaya başlamış, Kilise'de Adli Tıp muayeneleriyle ilgilenmiş, 1209 yılında Papa II Innocent, bir ölüm olayında hekimin fikrini almıştır. 1257 de Papa tarafından Gregorii IX'a bu konuda 5 ciltlik eser yazdırmıştır. 18 inci asırda Kilise mensupları, cinayet olayları üzerinde yetiştirilmiştir. Paul Zachia, Ronchii, Ramponi, Raggi, Falcioni, Lombrosso, cevidalli, Leoncini, Perraudo, Dalla - Volta, Franchini, Pellegrini, Cesare Gerin gibi bilim adamları yetişmiştir.

1602 yılında İtalya'da Fortunato Fidelli tarafından «Relationibus Medicorum» isimli 4 ciltlik Adli Tıp kitabı yayınlamıştır. Fransa'da 1675 tarihinde Ambrois Paré tarafından «Traite des Rapports en Justice» isimli Adli Tıp kitabı yazılmıştır. 1788 yılında İngiltere'de Samuel Farr tarafından «Element of Jurisprudence» isimli eser yayınlanmıştır. 1823 yılında Amerika'da Romanya Bec tarafından «Element of Medical jurisprudence» isimli eser neşredilmiştir. 1850 tarihinden sonra Avrupa ve Amerikanın hemen hemen bütün Tıp Fakültelerinde Adli Tıp dersleri verilmeye başlanmıştır, Adli Tıp Kürsüsü ve Enstitüleri kurulmuştur (1,2,3,4,6,21).

## TÜRKİYE'DE ADLİ TIBBIN TARİHÇE VE GELİŞİMİ

Memleketimizde, Adli Tıp öğreniminde ilk gelişme hareketi 1839 da, Askerî Tıbbiye, o zamanki ismiyle Mektebi Tıbbiyei Şahane de yapılmış, Adli Tıp programlarda yer almış ve kısa süre sonra gelişmeye bağlı olarak Adli Tıp dalı ayrı bir branş olarak

oluşmaya başlamıştır. İlk otopsi 1843 yılında Mektebi Tıbbiyei Şahane'de yapılmıştır. Bu tarihten önce, bazı şüpheli ölümlerde, otopsi yapılması veya kabir açılması için hükümetten izin istenmişse de izin verilmemiştir. Sultan II. Beyazıt devrinde 1496 yılında, otopsi isteğine karşı, Şeyhülislâm Mevlâna Alâaddin-i Aliy-ül Arabî tarafından, bu işe teşebbüs edenlerin kâfir olacakları şeklinde fetva verilmiştir. Fransa'da ilk otopsinin, Montpellier Tıp Fakültesinde 1374 yılında yapılmıştır. Bu husus Ali Tıbbın gelişmesindeki gecikmeye neden olması bakımından gerçekten önemlidir.

1840 tarihli Ceza Kanunname-i Humayun, o devrin koşullarıyla bağdaşan Adli Tıbbın doğuş ve bilirkişiliği ön gören ilk Ceza Kanunudur. Bu kanunda yaralama dövülme gibi suçlarda, bilirkişisi olarak hekimlere gereksinme olanağı önerilmiş ve hekimlerin adalete yardımcı olma görevlerinin kabulü esası getirilmiştir. Ölüm olgularında hekimin, din adamlarıyla birlikte, cesedi muayene ve ölüm sebebi tayini usul ittihaz edilmiştir. Cezalar şer'i kanunlara göre verilmiştir. 1851 ve 1858 yıllarında Ceza Kanununda ilâve yapılmış ve değiştirilmiştir. Cezalarda kamu ve kişi hukuku ayrı ayrı göz önüne alınmıştır. Özellikle kişilere karşı etken eylemler, yaralama, travmalar, adam öldürme ve çocuk düşürme gibi suçlar için, kamu davasından ayrı, şer'in mağdura hak olarak tanıdığı hallerde kısas ve diyet isteme hali eski hukukta olduğu gibi aynen devam etmiştir. Bu kanunlarda şahıslara karşı işlenen etgen eylemlerin meydana getirdikleri, işten kalma ve hastalık şifa süresine; bir organ fonksiyonunun, bir kısmının veya tamamının bozulmasına, gebe kadına işlenipte çocuk düşürmesine sebep olmasına göre ayrı ayrı cezalar konulmuş, kasten ve kasıtsız yaralanmalarda ayrı cezalar tatbiki öngörülmüştür. Çocuk ve erginlere karşı işlenen cinsel suçlar ağır suç olarak kabul edilmişlerdi. Yaşı küçük suçlularda, işlenen suçun farik ve mümeyyizi olup olunmadığı araştırılması, farik ve mümeyyiz değil ise, ceza verilmiyerek ailesine teslim edilme yöntemi kabul olunmuştur. Akıl hastaları suç işlerse ceza verilmiyordu (M. 41). Suçlu akıl hastalarının, kanunda bir kayıt olmamasına rağmen akıl hastahanesinde muhafazaları yöntemi uygulanmıştır. Gebe kadın idam hükmü infazı, doğumdan sonraya ertelenmiştir (Mad 18). Ceza Kanununa konan bu hükümle Tıpla ilgili olan bu hallerde, hekim ve yardımcıları (ebe, sağlık memuru) bilirkişisi saptanması yöntemi uygulanmıştır.

1839 tarihinde Mektebi Tıbbiyei Şahane Nezareti kurulmuş, devletin sivil sağlık işleri, hekimbaşının yetkisinden alınıp, bu Ne-

zarete verilmiştir. O zamana kadar sağlık işlerini, yani bu günkü Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı görevlerini ve hatta ordu saklık işlerini Hekimbaşı yürütmekte idi. Bu görev, Sultan Abdülmecit devrinde (1839 - 1861) çıkarılan fermanla, devletin sivil sağlık işleri, Mektebi Tıbbiyei Şahane Nazırının başkanlığında kurulan, Meclisi Umuru Tıbbiyei Mülkiye'ye verilmiştir. İkinci bir fermanla (1857) Meclisi Umuru Tıbbiyei Mülkiyede 3 bölüm kuruldu. Bunlar öğretim, Askerî ve sivil sağlık işleri, Adli Tıp komisyonları idi. Bu şekilde, Adli Tıp'ın, ilk bilimsel organizasyonun kurulduğunu, 10 üyesi olduğunu, bu üyelerden bir kısmının Tıp Fakültesi hocaları olduklarını görüyoruz.

1869 tarihinde, İçişleri Bakanlığına bağlı, Nezareti Tıbbiyei Mülkiye kurulmuştur ve bu nezaretin emrindeki teşkilât, İdarei Tıbbiyei Mülkiye, bazan da Cemiyeti Tıbbiyei Mülkiye olarak anılmıştır. Bu örgüt, Adli Tıp işlerine de bakmakla görevlendirilmiş, bu günkü yüksek Sağlık Şûrası ve Adli Tıp Meclisi görevlerini birlikte yönetmiştir.

1879 Muhakematı Cezaiye Kanunu Muvakatında savcıların, tıbbî konularda hekimlerin resmen bilirkişi yapılması yöntemi getirilmiştir. 1879 da, İstanbul'da Zabıta Nezaretine bağlı ve Adli Tıp işlerini yürütmek üzere Zabıta Tababeti Adliyesi kurulmuştur. Adli Tıp işlerine, diğer illerde hükümet tabipleri, askerî hekimler, sağlık memurları bakmışlardır. Ancak otopsi yapmak yetkisi hekimlere tanınmıştır. Ölüm sebebi ve koşulu anlaşılamayan şüpheli ölüm olgularında Mektebi Tıbbiye, yani Askerî Tıbbiye, anatomi salonunda adli otopsiler yapılıyordu. 1908 yılında Umuru Tıbbiyei Mülkiye ve Sıhhiyei Umumiye Teşkilâtı içinde, ayrıca bir morg idaresi kurulmuştur. Bu örgütün başına, Adli Tıp hocası, Dr. Ali Rüştü Paşa önce ek görevle sonra asaleten tayin edilmiştir. Daha sonra bu örgüte bağlı olarak Kimyahane Müdürlüğü kurulmuştur. Bu örgüt Adli Tıp Teşkilâtının ilk nüvesi olmuştur. 1912 yılında yeni bir kanunla, İçişleri Bakanlığına bağlı bir Sıhhiye Müdüriyeti Umumiyesi kurulmuştur. Bu müdürlüğe bağlı Tababeti Adliye ve Encümeni oluşturulmuş ve Morg Şubesi buraya bağlanmıştır. Bu kuruluşta, Adli Tıp hocaları ve üniversite dışından hekimler görevlendirilmiştir. Ali Rüştü Paşanın ölmesi üzerine Tababeti Adliye veya Morg Şubesi başına ek görevle, Tıp Fakültesi Müderrisi Dr. Bahattin Şahir getirilmiştir.

1915 te Sıhhiye Müdüriyeti Umumiyesi ve daha sonra 1917 yı-

ında Sıhhiye Nezareti tarafından çıkarılan Adli Tabipler ve bu görevi yapan hekimlerin yöntemlerini ve diğer çalışma hususlarını belirleyen 2 yönetmelik çok önemlidir.

Sıhhiye Müdüriyetine bağlı olarak kurulan Tababeti Adliye Şubesi, bu günkü Adli Tıp Meclisi ve Müessesesi temelini teşkil etmiştir. Memleketimizde bu günkü Adli Tıp organizasyonunu ve yürürlükteki kanunlar daha sonra anlatılacaktır (18, 20, 21, 24).

*Adli Tıp Öğretimi Tarihçesi*: Mektebi Funun Tıbbiyei Şahane'de ilk Adli Tıp Dersi, 1846 tarihinde, Dr. Serviçen efendi tarafından, teorik olarak verilmeye başlanmıştır. Uzun yıllar bu şekil teorik eğitim devam etmiştir. Dr. Serviçen efendi ermeni asıllı olup asıl adı Seropé Vicenian'dır. 20 Kasım 1815 te İstanbul'da doğmuş, ilk ve orta eğitimini İstanbul'da yapmış, Tıp Fakültesini Pariste, bitirerek 1842 yılında İstanbula dönmüştür. Rumca, Fransızca, İtalyanca bilen Serviçen efendi memlekete dönünce, önce Seraskerlik Hastanesi Hekimliğine, daha sonra Başhekimliğe, 1849 da açık bulunan Tıbbî Kanuni Muavinliğine atandı. Mektebi Tıbbiyei Şahane'de, Hikmeti Tabiyye, fizik derslerini vermiş özel olarak iç hastalıkları kursları düzenlemiştir. Fuat Paşa kendisine Seropa Vicenian yerine, Serviçen dediğinden, bu isimle anılmıştır. 1897 yılında bir barsak tıkanmasından ölmüştür.

Mektebi Tıbbiyei Şahane'de, 1875 te ikinci Adli Tıp hocası Agop Handanyan tarafından Briant de Shoude'nin 2 ciltlik Adli Tıp Kitabı «Tıbbî Kanuni» ismiyle çevrilmiştir. Agop Handanyan 1834 yılında Diyarbakırda doğmuş olup, eğitimini İstanbulda yapmıştır. 1860 yılında, Tıbbiyeden Kolağası (Ön Yüzbaşı) rütbesiyle mezun olmuştur. 1866 da Dr. Serviçen efendinin yanına Muallim Muavinliği imtihanını kazanarak atanmış olup Albaylığa kadar yükselmiş, 1878 de. Dr. Serviçen efendinin Tıbbiyeden ayrılmasıyla Adli Tıp Muallimi olmuştur. 1899 yılında beyin kanamasından ölmüştür.

1899 da Ali Rüştü Paşa Adli Tıp Muallimi olmuştur. Ali Rüştü Paşa, 1854 de İstanbulda doğmuş, ilk ve orta eğitimden sonra 1877 yılında Tıbbiyeyi bitirmiştir. Prijen, Yakova, İpek'te görev yapmış, İstanbula dönüşünde Beylerbeyi Hastanesi hekimliğine atanmıştır. Daha sonra, Hicaz Karantina Tabip Muavinliği, Kuleli Hastanesi ve Bab'ı Seraskeri Hastanesi Tabipliği görevlerinden sonra Adli Tıp Muallimi ve 1913 te Tuğgeneral (Mirliva) olmuştur. Tıbbî Kanuni isimli iki fasikül halinde ders notları mevcuttur. 1909 Darülfünun

İslahatında, kadro dışı bırakılmış, Morg Müdürlüğüne atanmıştır. 1913 yılında ölmüştür.

1900 yılında Askerî Tıbbiye Adli Tıp Muallim Muavinliğine atanan Dr. Bahattin Şakir, bir süre bu görevden ayrılmış, başka görevlerde bulunmuş, daha sonra 1909 da tekrar İstanbula gelerek, Askerî ve Mülkî Tıbbiyelerin birleşmeleriyle kurulan İstanbul Darülfununda, Tıp Fakültesi, Adli Tıp Müderrisi olmuştur. Dokuz fasiküllük, 809 sahifelik 1910 ve 1911 baskılı, Tıbbî Kanuni Dersleri ve Dr. Vasfi beyle birlikte Lacassagne ve Thoinot'dan iktibas olunmuş, 1914 baskılı kitapları vardır. İttihat ve Terakki Partisinde çalışmış, 1919 da parti ileri gelenleriyle memleketi terketmek zaruretinde kalmıştır. 1922 yılında Berlinde Taylorian isimli bir ermeni tarafından öldürülmüştür.

1909 da Askeri Tıbbiyede Muallim Muavini olan Dr. Etem Akif, Şamda açılan Tıbbiye, Adli Tıp Muallim Muavini olmuş, Birinci Cihan Harbine katılmış, 1925 te İstanbul Tıp Fakültesi, Adli Tıp Müderrisi olmuş, 1933 te emekliye ayrılmış, 1952 yılında Eskişehirde ölmüştür.

1908 yılında Fransada Adli Tıp öğrenimine giden Dr. Vasfi Bey, 1911 de yurda dönmüş, 1912 yılında ise imtihanla, Tıbbî Kanuni Müderris Muavinliğine atanmıştır. 1919 yılında Müderrisliğe atanmıştır. 18 Eylül 1923 tarihinden, 23 Haziran 1924 tarihine kadar Tıp Fakültesi Dekanlığını yapmıştır. 1924 yılında ölmüştür.

#### CUMHURİYETTEN SONRA ADLİ TIP ÖĞRETİMİ :

1924 yılında İstanbul Darülfununda yapılan ıslahat sırasında kadrolarda değişiklikler yapılmıştır.

1924 yılında Dr. Vasfi Beyin ölümünden sonra, Dr. Halit Naci Tekin Müderris Muavini yetkisi ile Tıp ve Hukuk Fakültelerinde Adli Tıp Dersi vermeğe başlamıştır. Dr. Etem Akif Beyin kürsü başına getirilmesi üzerine Fakülteden, 1925 yılında ayrılmıştır. Aynı yıl Dr. Halit Naci Tekin Adli Tıp Müessesesi Umum Müdürlüğüne atanmıştır. 22 Haziran 1947 tarihinde ölmüştür.

1933 Üniversite Reformunda, Dr. Etem Akif Bey emekliye ayrılmış, Kürsü Profesörlüğüne Ord. Prof. Saim Ali Dilemre seçilmiştir. Doçenliğe Dr. Hikmet Yalgin atanmıştır. O tarihte Tıp Fakül-

tesinde 2 saat teorik, 1 saat pratik ders, Hukuk Fakültesinde 2 saat teorik ders yapıyordu. Bu dersleri her iki fakültede Prof. Dr. Saim Ali Dilemre vermiştir. Ayrıca morg müdürlüğünü de yapmıştır. 1936 yılında Rize Milletvekili olmuş, fakültedeki derslerin büyük bir kısmını, Doç. Dr. Hikmet Yalın yüklenmiştir. 1940 da Milletvekillerinin başka görev alamıyacıkları hakkında, kanun çıkarılınca, Ord. Prof. Ali Dilemre Fakülteden ayrılmıştır. 13 Şubat 1954 yılında Miyokard İnfarktüsünden ölmüştür. Adli Tıp, Ani Ölümler, Baş Ağrıları, Albümünüriler ve tedavileri gibi müdeaddit eserleri vardır.

Doçent Dr. Hikmet Yalın, 1940 yılında Profesör olmuş, Tıp ve Hukuk Fakülteleri derslerini vermiştir. 1956 yılında Dr. Şemsi Gök Doçentlik imtihanını kazanarak atanmıştır. Prof. Dr. Hikmet Yalın 1893 yılında Bandırmaya bağlı, Edincik Bucağında doğmuştur. İlk ve orta öğrenimini İstanbulda yapmış 1918 yılında İstanbul Tıp Fakültesinden mezun olmuştur. 1919 - 1925 yılları arasında Adli Tıp Müessesesinde Asistan ve Mütihassıs olarak çalışmış, 1925 yılında İstanbul Adli Tabipliğine atanmış, 2 yıl için Fransaya gönderilmiştir. Paris Tıp Fakültesinde 2 yıl, Adli Tıp ve Toksikoloji branşlarında çalışmış, ikinci defa ihtisas diploması alarak, 1928 yılında memlekete dönmüş, İstanbul Adli Tabipliği görevine devam etmiştir. 1934 yılında Doçent olmuş, Prof. Dr. Saim Ali Dilemre'nin yerine, İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Enstitüsü Direktörlüğüne seçilmiştir. Kendisi ayrıca Göz Hastalıkları ihtisası da yapmıştır. Prof. Dr. H. Yalın İstanbul Üniversitesine bağlı olarak kurulan Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Adli Tıp Kürsü Profesörlüğüne geçmiştir. 1972 yılında emekliye ayrılmıştır. Birinci kısım Ord. Prof. Dr. Saim Ali Dilemre tarafından yazılmış olan Adli Tıp isimli kitabın, 2 inci kısmı, Prof. Dr. Hikmet Yalın tarafından hazırlanmış, 1938 yılında yayınlanmıştır.

#### *Ankara Tıp Fakültesi Adli Tıp Eğitimi :*

1945 yılında Ankara Tıp Fakültesi birinci ve son sınıfından başlanmak üzere açıldı. Tıp Fakültesi programında 2 saat teorik ve bir saat pratik ders konmuştur. 1946 yılında Ankara Adli Tabibi Dr. Behçet Kamay Adli Tıp Profesörlüğüne seçilmiştir. 1900 yılında Kavala'da doğan Prof. Dr. B. Kamay ilk ve orta eğitimini İstanbulda yapmış, Askeri Tıbbiyeye girmiş, öğrenci iken, askeri okul idaresi tarafından okulla ilgisi kesilmiştir. Tıbbiyeden mezun ol-

duktan sonra bir süre Prof. M. O. Uzman'ın yanında asistanlık yapmış, daha sonra bir süre de Adli Tıp Müessesesinde asistan olarak çalışmıştır. Çankırı ve Hayrabolu Hükümet Tabipliklerinden sonra, Ankara Adli Tabipliğine atanmıştır. 1946 yılında Kariyere geçen Prof. Dr. B. Kamay 1965 yılında ölmüştür. 2 ciltlik Adli Tıp kitabı ve müteaddit makaleleri vardır.

1948 yılında Dr. Cahit Özen Doçentlik imtihanını kazanmış, Ankara Tıp Fakültesi, Adli Tıp Kürsüsü Doçentliğine atanmış, 1954 yılında aynı kürsüde Profesör olmuştur.

A. Ü. Tıp Fakültesinde 1956 yılında Doçent, 1961 yılında Profesör oldum. Halen Kürsü Başkanı olarak çalışmaktayım. 1921 yılında Ispartada doğdum, orta okulu ve liseyi Ankara bitirdim. 1946 yılında A. Ü. Tıp Fakültesinden mezun oldum. Bilgi ve görgümü artırmak üzere 1950 - 1952 yıllarında Tıp Fakültesince Fransaya gönderildim. Stranburg Tıp Fakültesinde 2 inci defa Adli Tıp İhtisas Belgesini Prof. Dr. C. Simonin'in yanında çalışarak aldım. Paris Tıp Fakültesinde Dr. R. Piédelievre'in Kürsüsü ve Enstitüsünde, Paris Toksikoloji Laboratuvarında Prof. Dr. Griffon'un yanında çalıştım. 1955 yılında arsenik zehirlenmeleri üzerinde hazırladığım Doçentlik tezi kabul ile aynı yıl Doçent oldum. 1956 yılında A. Ü. Tıp Fakültesi Adli Tıp ve Sosyal Tıp Kürsüsü Doçentliğine atandım. 1961 yılında Profesörlüğe ve Kürsü Başkanlığına seçildim. 1961 yılından beri bu görevi yapmaktayım. 1955 yılından beri A. Ü. Hukuk Fakültesi Adli Tıp derslerini de vermekteyim. 1966 - 1968 yıllarında, 2 sene Ankara Tıp Fakültesi Dekanlığını yaptım. Bir süre Polis ve Jandarma okulları derslerini de verdim. 1972 yılından beri Diyarbakır Tıp Fakültesi derslerini kürsüde bulunan, Doçent ve öğretim üyeleriyle birlikte vermekteyim. 1964 yılında Yüksek Sağlık Şûrası üyeliğine seçildim. Halen bu üyeliğim devam etmektedir. 1969 yılında Dr. İbrahim Tunalı Doçentlik imtihanını kazanarak, 1970 yılında A. Ü. Tıp Fakültesi Adli Tıp ve Sosyal Tıp Kürsüsü Doçentliği görevine atanmıştır. Halen aynı kürsüde çalışmakta Diyarbakır Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp derslerinin bir kısmını vermektedir. İ. Tunalı 1924 yılında Bulgaristanda doğmuş, ilk öğretimini orada, orta öğretimini Ankarada yapmış, 1954 yılında Ankara Tıp Fakültesinden mezun olmuş, bilgi ve görgüsünü artırmak üzere bir sene Almanya'da kalmıştır. Sinir ve Ruh Hastalıkları ihtisası da yapmıştır.

1945 - 1974 yılları arasında nazarı dikkati calip bir şekilde ge-

lişen kürsünün, biyoloji, toksikoloji, patoloji, öğrenci pratik laboratuvarları, otopsi salonları, öğrencilere otopsi göstermek için yapılmış dershanesi, 1365 kitap ve Fransızca, Almanca, İtalyanca, İngilizce 18 dergiye abone olmuş kütüphanesi bulunmaktadır. 1945 - 1974 yılları arasında Adli Tıp ve Sosyal Tıp Kürsü ve Enstitüsünden 2 Profesör, 2 Doçent, 16 Adli Tıp Uzmanı yetişmiştir. Halen Adli Tıp ve Sosyal Tıp Kürsü ve Enstitüsünde, 1 Profesör, 1 Doçent bir Öğretim Görevlisi, Akıl ve Rus Hastalıkları Uzmanı, 3 Adli Tıp Uzmanı, 2 Adli Tıp Asistanı çalışmaktadır. Adli Tıp ve Sosyal Tıp Kürsü ve Enstitüsünde, kuruluşundan bu güne kadar on bine yakın adette adli vaka muayeneleri ve otopsiler yapılmıştır. Kürsünün yayınları adedi üç yüzü bulmuştur. Adli Tıp ve Sosyal Tıp Kürsüsü olan isim, 1974 yılında Adli Tıp Kürsüsü, şeklinde kısaltılmıştır.

Halen İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Kürsü Başkanı Prof. Dr. Cahit Özen, Bursa Orhangazi Kazası Gemiç Köyünde doğmuştur. İlk eğitimini Gemlik, orta ve lise öğrenimini 1934 te Bursada tamamlanmış, İstanbul Tıp Fakültesinden 1940 yılında mezun olmuştur. Patolojik Anatomi ile Sinir ve Ruh Hastalıkları ihtisasını yapmıştır. 1948 yılında Ankara Tıp Fakültesi Adli Kürsüsü Doçenti olmuştur. 1950 yılında 8 ay süre ile Londra ve Edinburg Tıp Fakültelerinde bilgi ve görgüsünü artırmak üzere bulunmuştur. 1950 yılında Ankara Tıp Fakültesi Adli Tıp derslerini de vermeye başlamıştır. 1955 yılına kadar, bu dersleri vermiştir. 1954 yılında profesörlüğe yükselmiş, Adalet Bakanlığının isteği üzerine Adli Tıp Müessesesi ve Meclisi Başkanlığına atanmıştır. 1969 yılında Adli Tıp Müessesesinden ayrılarak, İstanbul Tıp Fakültesinde açık bulunan Adli Tıp Profesörlüğüne ve Kürsü Başkanlığına seçilmiştir. Yayınladığı kitaplar aşağıda bildirilmiştir.

Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Kürsü Başkanlığından 1972 yılında Prof. Dr. Hikmet Yalğının emekliye ayrılmasından sonra seçilen Prof. Dr. Şemsi Gök 1920 yılında İstanbulda doğmuştur. İlk ve orta eğitimini çeşitli illerde tamamlamış 1946 yılında Tıp Fakültesinden mezun olmuştur. Patolojik Anatomi İhtisasını 1951 de tamamlamış, 1952 yılında Adli Tıp Kürsüsüne asistan olmuş, 1955 yılında Doçentlik sınavını kazanmış, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Doçentliğine atanmıştır. 1962 yılında Paris Tıp Fakültesinde çalışmıştır. 1963 yılında profesörlüğe yükselmiş, 1967 yılında Prof. Dr. Hikmet Yalğınla birlikte Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Adli Tıp Kürsüsü-

ne geçmiştir. 1972 yılından beri Cerrahpaşa, Adli Tıp Kürsüsü Başkanlığını yapmaktadır. Kitap olarak yayınladığı eserler aşağıda bildirilmiştir.

1959 - 1960 ders yılı başında İzmir Devlet Hastanesi içinde, Tıp Fakültesi, Nöroloji Kürsüsüne bağlı olarak, Adli Tıp Kürsüsü oluşmaya başlamıştır. Aynı yıl Adli Tıp dersleri, İzmir Adli Tabibi Süleyman Salim Atay tarafından verilmiştir. 6.XI.1961 tarihinde Doçent Dr. Halûka Mentеш, Adli Tıp Doçentliğine atanmıştır. 27.XII.1961 tarihinde Doçent Dr. Halûka Mentеш, Adli Tıp Doçentliğine atanmıştır. 27.XII.1967 yılında profesör olmuş, 12.8.1970 yılında ölmüştür. Ege Üniversitesi Tıp Fakültesinde çalışan Doçent Dr. Beyhan Ege aynı zamanda kürsü başkanıdır. 1937 yılında Afyonda doğmuş ilk ve orta öğrenimini İzmirde yapan Dr. Beyhan Ege 1961 yılında Ege Tıp Fakültesinden mezun olmuştur. 1970 yılında, Prof. Dr. Halûka Mentеш'in ölümü üzerine aynı kürsüye başkan seçilmiştir.

#### HUKUK FAKÜLTELERİNDE ADLÎ TIP ÖĞRETİMİ :

#### ANKARA HUKUK FAKÜLTESİNDE ADLÎ TIP ÖĞRETİMİ :

1926 yılında Ankarada açılan Hukuk Mektebi 3 yıllık öğretim yapmış ve son sınıf programında iki saat Adli Tıp dersleri okutulması öngörülmüştür. 1927 yılında Ankara Hukuk Mektebi Adli Tıp Öğretim Üyeliğine Dr. Fahri Ecevit atanmıştır.

Prof. Dr. Fahri Ecevit 1895 yılında İstanbulda doğmuştur. İstanbul Tıp Fakültesinden mezun olmuştur. Daha sonra İstanbul Adli Tıp Müessesesinde çalışmış ve 1925 yılında Ankara Adli Tabipliğine atanmıştır. 1926 yılında Ankara Hukuk Mektebi Tabipliğine atanan Dr. Fahri Ecevit 1927 de, Ankara Hukuk Mektebi Adli Tıp dersleri vermiştir.

1943 yılında Kastamonu Milletvekilliğine seçilen Dr. F. Ecevit görevinden ayrılmıştır. 1951 tarihinde İstanbulda ölmüştür.

Dr. Fahri Ecevit Hukuk Fakültesinden ayrılınca, Adli Tıp dersleri bir süre için Ankara Adli Tabibi Dr. Behçet Kamay vermiştir.

1944 yılında Dr. Talât Vasfi Öz Ankara Hukuk Fakültesi derslerini vermek üzere görevlendirilmiştir. Dr. Talât Vasfi Öz 1950 yılında Milletvekili seçildiğinden Fakülteden ayrılmıştır. Adli Tıp öğretim görevlisi Dr. Talât Vasfi Öz 1902 yılında Ankara'da doğmuş-

tur. 1930 yılında İstanbul Tıp Fakültesinden mezun olmuştur. 1944 - 1950 yılları arasında Ankara Hukuk Fakültesinde, Adli Tıp öğretim görevlisi olarak Adli Tıp derslerini vermiştir. 1950 yılında Milletvekili seçilerek Fakülteadaki görevinden ayrılmıştır. Yayınladığı kitap aşağıda bildirilmiştir.

A. Ü. Tıp Fakültesi Adli Tıp Doçenti Dr. Cahit Özen ek görevle ders vermek üzere atanmıştır. 1954 yılında profesörlüğe yükselen Dr. Cahit Özen 1955 yılında Adli Tıp Müessesesi ve Meclisi Reisliğine atanarak, Ankara'dan ayrılmıştır.

1955 yılında A. Üniversitesi Tıp Fakültesinde doçent iken, Ankara Hukuk Fakültesi Adli Tıp derslerini vermek üzere ek görevli olarak atandım. 1955 ten beri bu dersleri aralıksız vermekteyim.

#### İSTANBUL HUKUK FAKÜLTESİNDE ADLİ TIP EĞİTİMİ :

1909 yılında İstanbul Hukuk Fakültesinde seçmelik ders olarak, Adli Tıp dersi konulmuş, o tarihten itibaren bu dersleri Tıp Fakültesi öğretim üyeleri vermişlerdir. 1926 yılında Adli Tıp dersleri imtihanlı ve zorunlu ders haline getirilmiştir. Bu tarihte İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Nöroloji Profesörü ve ayrıca Adli Tıp Mütchassısı olması nedeniyle, Hukuk Fakültesi Adli Tıp derslerini de vermek üzere görevlendirilmiştir. Böylece Hukuk Fakültesi öğrencilerine de haftada iki saat Adli Tıp dersi okutulmaya başlanmıştır. Dr. Mustafa Hayrullah Diker 1928 yılında «Yarının Hâkimlerine Adli Tıp Dersleri» isimli eserini yayınlamıştır. 1930 tarihinde ise Hukuk Fakültesindeki Adli Tıp derslerini de Tıp Fakültesi Adli Tıp Profesörü Dr. Etem Akif Bey vermiye başladı. Dr. Etem Akif Bey aynı yıl Hukuk Fakültesi Sekreterliğini de yapmıştır.

İstanbul Hukuk Fakültesinde daha sonra Ord. Prof. Dr. Saim Ali Dilemre, Prof. Dr. Hikmet Yalçın, Prof. Dr. Şemsi Gök Adli Tıp derslerini vermişlerdir. Halen Prof. Dr. Şemsi Gök vermektedir. Bu hususlara yukarı kısımlarda ayrıntılarıyla değinilmiştir (14, 15, 18, 20, 21).

#### DİĞER FAKÜLTE VE YÜKSEK OKULLARDA ADLİ TIP ÖĞRETİMİ :

Adli Tıp eğitimi, Diş Hekimliği Fakültelerinde, Diş Hekimliği Yüksek Okullarında, Polis Kolejleri ve Polis Yüksek Okulunda, Jandarma Subay Okulunda yapılmaktadır.

Adlî Tıp Uzmanlığı, Tıp Fakültesi Adlî Tıp Kürsülerinde ve Adalet Bakanlığı, Adlî Tıp Müessesesinde, en az 2 senelik asistanlıktan sonra yapılmaktadır. Memleketimizde 1923 den beri 52 kişi Adlî Tıp Uzmanı olmuştur.

### ADLÎ TIP YAYINLARI

#### I — ADLÎ TIP KİTAPLARI :

- Tıbbî Kanunî. Cilt I. Yazan: Briant de Chaudet. Çeviren : Dr. Agop Handanyan, Yıl : 1877, 757 sahife. İstanbul Tıbbî Kanunî Muallimi.i
- Kimyayı Kanunî (Chimi Légale). Cilt 2. Yazan: Briandt de Chaudet. Çeviren : Dr. Agop Handanyan. Yıl 1885, 412 sayfa İstanbul.
- Tıbbî Kanunî. Cilt 1 ve 2. Yazan : Briandt de Chaudet. Çeviren : Dr. Agop Handanyan. Yıl 1891, 831 sayfa. İstanbul.
- Tıbbî Kanunî ders notları. Dr. Ali Rüştü Paşa. Tıbbî Kanunî Muallimi.
- Tıbbî Kanunî dersleri. Dr. Bahattin Şakir. 9 Fasikül. Yıl 1910-1911, 809 sahife.
- Tıbbî Kanunî ders kitabı. Dr. Bahattin Şakir. Dr. Vasfi Beyle birlikte Lacassagne ve Thoinot'dan iktibas olunmuştur. Yıl 1914, İstanbul.
- Tababeti Adliye Rehberi. Dr. Vasfi Bey. (Dr. Bahattin Şakir Beyle beraber). Yıl 1914, İstanbul.
- TIBBÎ KANUNÎ. Cilt 1, 2. Dr. Vasfi Bey. Yıl 1918 - 1920, İstanbul. (Cilt I, Bahattin Şakir Beyle birlikte).
- YARININ HEKİMLERİNE TABABETİ ADLİYE DERSLERİ. Ord. Prof. Dr. Hayrullah Diker. Yıl 1928.
- ADLÎ TIP. Prof. Saim Dilemre, Doç. Dr. Hikmet Yalgın. İstanbul 1935, 275 sayfa.
- ADLÎ TIP. Doç. Dr. Hikmet Yalgın. İkinci Kısım, İstanbul 1938, 401 sayfa.
- ADLÎ TIP. Prof. Dr. Behçet Kamay. A.Ü. Tıp Fak. yayınlarından. I. 3 üncü bası. A.Ü. yayını. Sayı 80, 1959, 1176 sayfa. Cilt

II. Birinci bası A.Ü. Tıp Fak. yayını. Sayı 22, 1951, 856 sayfa.

ADLÎ TIP DERSLERİ. Prof. Dr. Fahri Ecevit. A. Huk. Fak. Talebe Cemiyeti yayınlarından No. 9, 1934.

ADLÎ TIP DERSLERİ. Prof. Dr. Fahri Ecevit. A. Huk. Fak. Talebe Cemiyeti yayınlarından Seri 2, No. 13/1, Yıl 1938..

ADLÎ TIP. Dr. Talât Vasfi Öz. Ankara 1944, 252 sayfa.

ADLÎ TIP Dersleri. H. Cahit Özen. A. Ü. Huk. Fak. yayını. Yıl 1952.

ADLÎ TIP. (İkinci Baskı). H. Cahit Özen. A. Ü. Huk. Fak. Yayını. Yıl 1955.

ADLÎ TIP ve Toksikoloji. Prof. Dr. H. Cahit Özen - Doç. Dr. Hayri Sözen. İ. Ün. İst. Tıp Fak. yayını A/o. 1708/86. 1971, 640 sayfa.

ADLÎ TIP ders kitabı. Doçent Dr. Adnan Öztürel. A.Ü. Huk. Fak. yayını. Yıl 1959.

ADLÎ TIP. Prof. Dr. Adnan Öztürel, Güzel Sanatlar Matbaası. Yıl 1966, 389 sayfa.

ADLÎ TIP. Prof. Dr. Adnan Öztürel, Ankara 1971. 399 sayfa. Güzel İstanbul Matbaası.

ADLÎ TIP. Doç. Dr. Şemsi Gök. Cilt I, İst. Ün. Cerrahpaşa Tıp Fak. yayını 1962.

ADLÎ TIP Pratiği. Doç. Dr. Şemsi Gök. 1962 İstanbul.

ADLÎ TIP. Prof. Dr. Şemsi Gök. Cilt I. 1968, 528 sayfa.

ADLÎ TIP. Prof. Dr. Şemsi Gök. Cilt I. 3. üncü Baskı. İstanbul 1973.

ADLÎ TIP EL KİTABI. Dr. Rahmi Seyisoğlu. İstanbul, 1970. 154 sayfa.

## II — DERGİLER :

Adlî Tıbbî Ekspertis (1955 - 1965 yılları arasında) Dr. Hayrettin Dolskay tarafından çıkarılmıştır.

Adlî Tıp Bülteni (1966 yılından beri teksirle) A.Ü. Tıp Fakültesi Adlî Tıp Kürsüsü tarafından çıkarılmıştır.

**DÜNYADA BUGÜNKÜ ADLİ TIP ORGANİZASYONU :**

Bütün dünyada Adli Tıp organizasyonu 3 şekilde yapılmaktadır (7, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 23, 25).

1 — Bazı memleketlerde, devletin Adli Tıp işleri için kurulmuş özel müesseseler ve teşkilâtı vardır. Adli Tıba ait muayeneler bu müesseselere bağlı hekimler tarafından yapılır.

2 — Bazı memleketlerde, devletin Adli Tıpla uğraşan teşkilâtı yoktur. Adli olayın muayeneleri, mahkeme veya savcılarca seçilen hekimler tarafından yapılır.

3 — Bazı memleketlerde ise yukarıda bildirilen 2 usul birlikte kullanılır.

Dünyada Adli Tıbbın durumu hakkında daha önce yazdığım bir yazıda oldukça geniş bilgi verdiğimden burada, bu konuya daha fazla değinmeyeceğim (2).

**1923 YILINDAN SONRA, TÜRKİYE'DE ADLİ TIP ORGANİZASYONU SAĞLIYAN KANUNLAR :****1 — Bilirkişilik Hakkında Genel Hükümleri Kapsayan Kanunlar :**

a — Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (madde 275 - 284).

b — Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (madde 65 - 83). Bu kanunlarda, mahkemelerce seçilecek bilirkişiler için genel hükümler vardır. Mahkemelerce sorulacak hususu bilmeksizin, meslekinin icrası mümkün olmıyan kişiler, bilirkişi olarak seçilmektedirler. Resmî bilirkişi bulunmadığı zaman özel bilirkişi seçilebilmektedir. Bilirkişiliği, kanunda yazılı haller dışında kabul etmeyenlerin cezası vardır.

**2 — Hekimlerle İlgili Kanunlar :**

Hekimlere ait, Adli Tıpla ilgili kanunlar 1219 sayılı 1928 tarihli Tababet ve Şuabatı Sanatlarının tarzı icrasına dair kanun; 1593 sayılı 1930 tarihli Umumî Hıfzıssıhha Kanunu; 3017 sayılı 1963 tarihli Sağlık Bakanlığı Teşkilâtı Kanunu, 224 sayılı 1961 tarihli Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi 1750 sayılı, 1973 tarihli Üniversiteler Kanunları, son 50 yıl içinde çıkarılmıştır. Bu kanunlara göre, Türk

olmayan hekimler Adli Birliklik yapamazlar, hekimlerin meslekten mütevellit suçlarıyla Yüksek Sağlık Şurası meşgul olur, Adli Tabip bulunmayan yerlerde hükümet tabipleri ve sağlık ocağı tabipleri, adli vaka muayenelerini ve otopsileri yaparlar. Üniversiteler Kanununa göre de, Tıp Fakülteleri adli işlere yardımcı olurlar.

### 3 — Adli Tıp Kanunları :

Adli Tıp işlerinin organizasyonu ise 38 sayılı, 1921 tarihli Tababeti Adliye Kanunu ile 6119 sayılı, 1953 tarihli Adli Tıp Müessesesi Kanunları tarafından sağlanmaktadır.

#### A — Tababeti Adliye Kanunu No. 38. 11 Ekim 1929 (133)

Bu kanunda, suç üstü görevine gidecek hekimlerin, ilk yardım yapacak kadar alet ve ilâcı beraberlerinde bulundurmaya, bunlar için yapılacak masrafların haksız taraftan alınmasına, bir hastanede yaralının tedavisi gereken hallerde, en yakın sivil, hastane bulunmadığı takdirde, askerî hastanelere kaldırılmasını, hastanelerin bunların kabulünü zorunlu kılmaktadır (M. 1 ve 2). Adli rapor hazırlanması ve mezar açılmanın hekim tarafından yapılması zorunludur. Hekim bulunmayan yerlerde, sağlık memurlarına, sağlık memuru da bulunmadığı takdirde bu iş için adliyece seçilecek bir bilirkişiye şahadet belgesi yazdırılır (M. 3). Bu belge hekim tarafından yapılacak bilirkişilikte göze alınabilir. Her hangi bir yerde Resmî Bilirkişi bulunmazsa, o mahalde çalışan Hekimler bilirkişi olarak seçilebilirler.

Madde 1 — Cürmü meşhuda azimet edecek etibba müdavâtı iptidaiye yapacak kadar alât ve edviye beraberlerinde bulundurmaya mecburdurlar.

Madde 2 — Cürmü meşhudda etibbanın müdavâtı iptidaiye münasebetiyle sarf ve istihlâk edecekleri edviye bedeli, harcırah vesair masarifat misillü haksız çıkan taraftan alınmak üzere hükümetçe tesviye olunur. Tabibi müdavi mecruh ve madrubun bir hastanede tedavisine lüzum gösterdiği takdirde en yakın mülkî ve bulunmadığı takdirde askerî hastaneleri mecruhin ve madrubini kabule mecburdurlar.

Madde 3 — Adli rapor tanzimi diplomalı etibbaya aittir. Etibba bulunmadığı takdirde küçük sıhhye memurlarına ve her ikisinin bulunmadığı mahallerde ciheti adliyece tensip edilecek ehli-

kufa tanzim ettirilecek varakalara şahadet ilmühaberi namı verilir. Fethimeyit ameliyesi ancak diplomalı etibba tarafından yapılır.

Madde 4 — Resmî etibbanın bulunmadığı veyahut bulunup da ceraimin taaddüdü veya diğer meşru bir mazeret sebebiyle ifayı vazifesinin kabil olmadığı mahal ve zamanda ciheti adliye, sair serbest etibbayı da işbu kanun mucibince istihdama selâhiyettardır ve bu kabil etibbaya harcırahlarından maada mahkemece takdir edilecek ücreti de verilir.

Madde 5 — Dördüncü madde mucibince ifayı hizmete davet olunan etibbadan işbu davete icabet etmeyenler hakkında Kanunu Cezanın 99 uncu maddesi zeyli ahkâmı tatbik olunur.

Madde 6 — İşbu kanun tarihi neşrinden muteberdir.

Madde 7 — İşbu kanunun icrasına Adliye ve Sıhhiye Vekilleri memurdur.

#### **B — 6119 Sayılı Adli Tıp Müessesesi Kanunu ve Adli Tıp Müessesesinin Gelişimi :**

1917 de Osmanlı Devleti son yıllarında, Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Müessesesi Müdürlüğü kurulmuş, Adli Tıp Teşkilâtı Sıhhiye Müdüriyetinden ayrılmıştır. Adli Tıp Müessesesi Teşkilâtına Tıbbî Adli Meclisi ile daha önce, Morg Müdürlüğü, Kimyevi Tahliller Müdürlüğü ve Müşahedehane Müdürlüğü ilâve olunmuştur.

Adli Tıp Müessesesi ve Meclisi, Adalet Bakanlığına bağlandıktan sonra Sultanahmetteki yanan eski Adliye Sarayının yanındaki binaya taşınmıştır. Bu bina halen İstanbul İli Jandarma Komutanlığı deposu olarak kullanılmaktadır.

1917 yılında Tıbbî Adli Müessesesi ve Meclisi kuruluşunda Müessese Müdürlüğüne ve Meclis Reisliğine atanan Dr. Veliyeddin Tahsin, 1919 yılında Kuvvayı Milliye'ye katılmak için İstanbuldan ayrılmıştır. Ankarada Cumhuriyetten önce kurulan Adli Tıp İşleri Müdürlüğüne getirilmiş, Cumhuriyetin ilânından sonra tekrar İstanbul Adli Tıp Müessesesi Müşahede Müdürlüğü ve Meclisine tayin edilen Dr. Veliyeddin Tahsin Bey 1925 yılında ölmüştür.

1917 yılında Tıbbî Adli Müessesesi Müdür Muavinliğine, Meclis Azası Dr. Halit Naci Tekin, Morg Müdürlüğü ve Meclisi Azalığına Dr. Vasfi Bey, Müşahedehane Müdür ve Meclisi Azalığına Dr.

Flembios (Akçaoğlu), Kimyahaneye Müdürü ve Meclis Azalığına Dr. Fehmi Rıza atanmıştır.

Adli Tıp Meclisinde asli, devamlı azalardan başka «Huzur Hakkı» ile, ücretle çalışan azalar da bulunuyordu. Bunlara müntehap, seçimli üyeler ismi veriliyordu.

Kuvayı Milliye İdaresi Ankaraya yerleşince Dr. Veliyeddin, Tahsin'in yardımcılığına, Dr. Fahri Can tayin olunmuştur. 1924 den önce Dr. Vasfi Bey Adli Tıp Müessesesi ve Meclisi Müdürlüğünü yapmıştır. 1924 tarihinde Dr. Vasfi Beyin ölümü üzerine Dr. Halit Naci Tekin tayin edilmiştir.

19 Nisan 1926 tarihinde Tıbbî Adli Müessesesi Kanunu kabul edilmiştir. 1926 yılında Dolmabahçe Sarayı müstemilâtından olan Veliyaht, Yaveran Dairesi, saraydan ayrılıp, Adli Tıp Müessesesine tahsis olunmuş, 1927 yılında ise, askerî orta okul binası olan, halen işgal ettiği binaya taşınmıştır.

1947 yılında Dr. Halit Naci Tekin'in ölümü üzerine, Gülhane Tıp Akademisinden Sinir ve Ruh Hastalıkları Uzmanı General Dr. Nazım Şakir Şakar, Adli Tıp Müessesesi ve Meclisi Umum Müdürlüğüne getirilmiştir. Daha sonra 1949 yılında Dr. Nazım Şakir Şakar'ın emekli olması üzerine, Sinir ve Ruh Hastalıkları Uzmanı Dr. Ahmet Şükrü Emet atanmıştır. 8.7.1953 tarihinde Adli Tıp Müessesesi Kanunu değiştirilmiştir. Dr. A. Ş. Emet 1955 yılında, kanun değiştiğinden muayenehanesini kapatmak istememiş, Adli Tıp Müessesesi ve Meclisi Reisliğinden ayrılmıştır. Bu göreve A. Ü. Tıp Fakültesi Profesörlerinden Dr. Cahit Özen atanmıştır.

1969 yılında Prof. Dr. C. Özen'in, İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Profesörlüğüne geçmesi üzerine, bu göreve Prof. Dr. Şemsi Gök ek görevle atanmıştır.

1970 yılında 657 sayılı kanun yürürlüğe girince Dr. Şemsi Gök ek görevle çalıştığı görevden ayrılmak zorunda kalmış, yerine 1955 yılından beri Adli Tıp Meclisi üyesi olarak çalışan, Patolojik Anatomi Mütahassısı Dr. Muzaffer Güldoğan atanmış ve halen bu görevi yürütmektedir (7, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 23, 25).

6119 sayılı, 8/7/1953 tarihli Adli Tıp Müessesesi Kanunu, memleketimizde, Adli Tıp işlerine bakmakla görevli, Adliye Bakanlığına bağlı, tek resmî teşekkülün, örgüt ve çalışma tarzını bildiren hükümleri kapsamaktadır. Burun kanuna göre eskiden, Adli Tıp

Umum Müdürlüğü olan örgüt Adli Tıp Müessesesi Reisliği şeklinde değiştirilmiştir. 885 sayılı 15.6.1968 tarihli kanununda, 6119 sayılı kanunun 9, 10, 11, 17, 19 uncu maddeleri değiştirilmiştir.

1 — Adli Tıp Meclisi : Bu meclis reisle birlikte 9 âzadan kurulmuştur. Âzalar, iki Adli Tıp Mütahassısı, iç kadın - doğum, akıl - sinir hastalıkları, şirürji patolojik - anatomi, biyokimya ve kimya mütahassıslarıdır. Meclisin iki yedek Adli Tıp mütahassısı ile diğer ihtisas kolları için birer mütahassis yedek üyesi vardır. Mecliste görüşülecek işin mütahassısı meclis kadrosunda, yoksa dışarıdan bu işin mütahassısı çağrılarak fikri alınır. Mütahassısının verdiği rapor ilgili makama gönderilir. Adli Tıp Meclisi tam kadro ile toplanır. Görüşülecek işle ilgili mütahassis âza yoksa, o iş mütahassis üyenin bulunduğu bir toplantıya tehir edilir. Meclis dosyanın aslını veya engel yoksa suretini tetkik ve ilgili şahısları muayene eder ve sorguya çekebilir. Acele işleri öne alabilir.

Adli Tıp Meclisi, birbirine zıt, mahkemeleri ve savcılarını tatmin edici mahiyette olmayan raporlar hakkında ilmi mütalâa verir. Meclis; mahkemelerin delilleri serbestçe tâyinindeki yetkilerine dokunmamak şartıyla, son mercidir. Sorulan husus üzerinde başka bir yerden fikir alınmaz, rapor istenemez.

Hekimler tarafından işlenen meslekle ilgili suçlar için, Yüksek Sağlık Şûranın bilgisi alınır. Bu bilgi alınmadan, Adli Tıp Meclisine, bu hususta bir fikir sorulamaz.

2 — Adli Tıp Müessesesi Şubeleri : Müessesede morg, müşahedehane, şimik araştırma, fizik tetkikleri şubeleri vardır. Bu şubeler; işle ilgili hususun halli mümkün olamazsa dışarıdan uzman çağırıp fikrini alabilirler. Müessesese şubeleri son merci değildir. Aynı husus hakkında başka bir yerden veya Adli Tıp Meclisinden bilgi istenebilir.

3 — *Adli Tabipler* : Adli Tıp ihtisası yapmış uzmanlara Adli Tabip ismi verilir. Adli Tıp ihtisası, Adli Tıp Müessesesinde veya Tıp Fakülteleri, Adli Tıp Enstitülerinde en aşağı 2 sene süre çalışarak yönetmeliğine göre yapılır.

Adli Tabibin vazifesi, bulunduğu şehirdeki işleri yapmaktır. Gerekli hallerde savcılık emriyle bulunduğu yer dışındaki yerlere de gönderilebilir.

Adli Tıp Müessesesi Kanununun resmî sağlık müesseseleriyle ilgili, en önemli hususlarından birisi, Adli Tabiplerin sağlık mües-

seslerinin bilimsel ve tıpsal araç vasıta ve yerlerinden yararlanacağı şeklinde hükümlerdir. Adli Tıp Müessesesinde çalışanlara ve Adli Tabiplere 6119 sayılı kanunla verilen ödenekler 657 sayılı Personel Kanunuyla kaldırılmıştır. Memleketimizdeki Adli Tabip sayısı maalesef çok azdır. Ancak büyük birkaç ilimizde Adli Tabip bulunmaktadır.

## ADLİ TIP MÜESSESİ KANUNU

*Kanun No. 6119*

*Kabul Tarihi : 8/7/1953*

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### **Kuruluş**

Madde 1 — Adalet işlerinde bilirkişilik vazifesiyle mükellef olmak üzere Adalet Vekâletine bağlı (Adli Tıp Müessesesi) kurulmuştur. Vekâlet lüzum gördüğü yerlerde şubeler de açabilir.

Madde 2 — Adli Tıp Müessesesi, Adli Tıp Meclisi, Adli Tıp Müessesesi Reisliği ile morg, müşahedehane, kimyevi tahlil ve fizik tetkikleri, ihtisas şubelerini ve Adli Tabiplikleri ihtiva eder.

Madde 3 — Adli Tıp Müessesesi, mahkemeler ile sorgu hakim ve Cumhuriyet Müddeiumumilikleri tarafından Adli Tıp ile ilgili olarak tevdi edilecek mevzular üzerine ilmî ve fennî mütalâalarını, nizamnamesinde gösterilecek müddetler içinde bildirmekle mükelleftir.

### İKİNCİ BÖLÜM

#### **Tâyinler**

Madde 4 — Adli Tıp Müessesesi Reisi aynı zamanda Adli Tıp Meclisinin de Reisidir.

Adli Tıp Müessesesi Reisi ile Meclis asil ve yedek âzaları, Adalet Vekilinin inhası üzerine millî iradeyle tâyin olunurlar.

Madde 5 — Adli Tıp Müessesesi Reisine yardım ve bulunmadığı zamanlarda yalnız müessese reisliği vazifelerinde vekâlet etmek üzere bir Reis Muavini bulunur.

Madde 6 — Her ihtisas şubelerinde bir mütehassis müdür ve lüzumu kadar mütehassis, memur ve müstahdem bulunur. Müdürlerden birinin mazeret veya gaybubeti en kıdemli mütehassis işine vekâlet eder.

İhtisas şubelerinde tetkik edilecek meselelerin mahiyet ve ehemmiyetine göre, lüzumunda şube müdürünün talep ve müessesere reisinin tensibi ile ve şubede bulunan mütehassısların ihtisası haricinde olmak üzere dışardan bir mütehassis çağırabilir. Bu mütehassisa riyasetçe mesaisiyle mütenasip bir ücret takdir edilir.

Madde 7 — Adlî Tıp Müessesesi Reis Muaviniyle ihtisas şubelerinin müdür ve mütehassısları raportörleri, Adlî tabipler, asistanlar ve idare müdürü, Adlî Tıp Müessesesi Reisinin inhası üzerine, Adalet Vekâletince ve diğer memur ve müstahdemler ise Adlî Tıp Müessesesi Reisiği tarafından tâyin olunurlar.

Tâyinlerde adlî tıpta mütehassis olanlar tercih edilir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### Adlî Tıp Meclisi

Madde 8 — Adlî Tıp Meclisi, Adlî Tıp Müessesesi Başkanının başkanlığında, iki Adlî Tıp Mütehassısı ile birer (İç), (Kadın doğum), (Akıl - sinir hastalıkları) ve (cerrahi), (Patolojik anatomi), (Tıbbî kimya ve kimya) mütehassıslarından kurulur. İki yedek adlî tıp mütehassısı ile diğer kollarından birer mütehassis yedek üye bulunur.

Madde 9 — Meclisce incelenerek meselenin mahiyet ve ehemmiyetine göre Meclis, müzakere mevzuu ile ilgili tıp vesair ihtisas şubelerinden bir mütehassısın davet edilmesine karar verebilir. Mütehassis, reye iştirak etmemekle beraber mütalâasını bir rapor ile Meclis Riyasetine bildirir. Mütalâanın bir sureti Meclis kararı ile beraber ait olduğu mercie gönderilir. Bu mütehassisa mesaisi ile mütenasip Meclisçe bir ücret takdir olunur.

Madde 10 — Adlî Tıp Meclisi bu kanunun kapsamına giren işlerde, Cumhuriyet Savcılarınca ve kaza mercilerince kanaat verici nitelikte görülmiyen veya birbiri ile çelişme halinde bulunan raporlar hakkında ilmî ve fennî düşüncelerini bildirir.

Meclis üyelerinin tamamı ile toplanır ve çoğunluğu ile karar verir. Üyelerden birinin özürlü olması veya yokluğu halinde eksiklik aynı ihtisas kolunda yedek üye varsa onunla toplanır. Şu kadar ki, tetkik edilecek konu; ilgili asil veya yedek mütehassis üye hazır bulunmadıkça müzakere edilemez.

Meclis Başkanına, özürlü olması veya yokluğu halinde en kıdemli üye vekâlet eder.

Meclis, lüzum gördüğü hallerde kararını vermeden önce incelediği konu ile ilgili bulunan evrakın onanmış örneklerini mahallinden istiyebileceği gibi, aslı üzerinden inceleme yapılması zorunlu olduğunda bunları da isteyebilir.

Meclis ilgili kişileri gerektiğinde muayene ve usulüne göre isticvap edebilir; her türlü tetkikatı yapar ve yaptırabilir.

Meclis, ivedi olan işleri öteki işlerden önce karara bağlar, ivediliğin takdiri Başkanın teklifi ve Meclis çoğunluğunun kararı ile olur.

Meclisin kararları nihaî olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kayıtlamaz.

Umumî Hıfzıssıhha Kanununun 10 uncu maddesinin hükümleri saklıdır.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### Adli Tabipler

Madde 11 — Görev sınırları Adalet Bakanlığınca belirtilecek yerlerde lüzumu kadar Adli Tabip bulundurulur. Adli Tabipliklere Adli Tabiklik ihtisaslarını yapmış olanlar atanır.

Adli Tıp ihtisası için müracaat edenler 5979 sayılı kanun hükümlerine tabi değildir. Ancak bu gibiler Adalet Vekâletinin tenzih edeceği yerde, Adli Tabip olarak dört sene vazife görmeye mecburdurlar. Bu mecburiyete riayet etmeyenler ile asistanlığı tamamlamayanlar veya tâyin olunan yere gitmekten imtina edenler aldıkları maaş ve tahsisatlar istirdat olunur.

Madde 12 — Adli Tabipler, memur buldukları kaza çevresi içindeki mahkemeler, sorgu hâkimleri ve Cumhuriyet Müddeiumu-

mileri tarafından Adli Tıpla ilgili olmak üzere lüzum gösterilecek otopsi, muayene ve keşifleri icabında mahalline gitmek suretiyle bildirmekle mükelleftirler.

Adli Tabiplerin memur buldukları kaza çevresi dışında bir işe çağrılmaları halinde gitmeleri buldukları yer müddeiumumisinin tensibine bağlıdır.

Adli Tabipler buldukları yerlerde mevcut resmî sağlık müesseselerinin fennî ve tıbbî vasıta mahallerinden istifa ederler.

Madde 13 — Adli Tabipler bulunduğu yer ve vazifeler dışında herhangi bir yer ve vazifede istihdam olunamazlar.

Madde 14 — Üniversite bulunan şehirlerdeki Adli Tıp ve Kimya Enstitüleriyle Sinir ve Ruh Hastalıkları Klinikleri de, bu şehirlerdeki adli hadiselerden dolayı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmî bilirkişi sayılır. Bu enstitü ve kliniklerde tetkik edilecek Adli Tıpla ilgili işler, 15 inci madde mucibince yapılacak nizamname ile tesbit olunur.

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### Müteferrik hükümler

Madde 15 — Bu kanunda gösterilen bütün vazifelerin icra sureti ve asistanların kabul ve yetiştirme şartları nizamname ile tesbit olunur.

Madde 16 — Müşahade altında bulundurulmak veya muayene edilmek üzere müessesede kalmalarına lüzum görülenlerin, müessesede kaldıkları müddetçe yatacak yerleri, yiyecek ve ilâçları müesseseye temin olunur.

Madde 17 — Bu madde Personel Kanunu ile kaldırılmıştır.

Madde 18 — On yedinci madde mucibince tazminat alabilecek olanlar muayenehane açmıyacakları gibi herhangi bir ücret veya sair menfaat mukabili hasta, resmî veya hususî bir vazife kabul edemezler.

Madde 19 — Devlet Memur Ayıklarının Tevhit ve Teadülüne dair olan 3656 sayılı kanuna bağlı (1) sayılı cetvelin Adalet Vekâleti bölümünden ilişik (1) sayılı cetvelde yazılı kadrolar kaldırıl-

miş ve bağlı (2) sayılı cetvelde derece, sayı ve unvanları yazılı memuriyetler Adalet Vekâleti bölümüne eklenmiştir.

Madde 20 — 19 Nisan 1926 tarih ve 813 sayılı Adli Tıp Müessesesi Kanunu mer'iyetten kaldırılmıştır.

Geçici madde 1 — Bu kanuna göre Adli Tıp Müessesesi kuruluncaya kadar eski müessese vazifesine devam eder.

Geçici madde 2 — 1953 yılı Muvazenei Umumiye Kanununa (A/1) işaretli cetvelin Adalet Vekâleti kısmındaki 219 uncu (Hâkim tahsisatı) aslından (70.000) lira aynı kısımda (Özel kanunu gereğince Adli Tababetle ilgili olarak ödenecek tazminat) adıyla yeniden açılan 220 nci fazla fevkalâde tahsisat olarak aktarılmıştır.

Madde 21 — Bu kanun neşri tarihinden itibaren yürürlüğe girer.

Madde 21 — Bu kanun hükümlerini icraya Adalet Vekili memurdur.

Bugünkü mevzuata göre Resmî Bilirkişi Hekim, Müessese, Kurullar :

1 — Hükümet Tabipleri : (38 nolu Tababeti Adliye Kanunu, 3017 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Teşkilât Kanunu, Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunları, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının tarz ve icrasına dair kanun gereğince).

2 — Ocak Hekimleri (224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Kanununun 10 uncu maddesi, H.M.U.K. madde 275 - 284, C.M.U.K. 65 - 83 maddeleri, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz ve İcrasına Dair Kanun gereğince).

3 — Adli Tabipler, Adli Tıp Meclisi, Adli Tıp Müessesesi Müdürlükleri, Kimya, Morg, Fizik Tetkikler, Müşahadehane (6119 sayılı Adli Tıp Müessesesi Kanunu gereğince).

4 — Tıp fakülteleri hastaneleri mütehasıs, profesör, doçentleri, uzmanları ve sağlık kurulları (Ceza ve Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, 1219 sayılı İcra Tababet, 38 No.lu Tababeti Adliye Kanunları ve Ceza Hukuk Muhakemeleri Usulü kanunları gereğince).

5 — Üniversite Tıp Fakülteleri, Adli Tıp Enstitüleri ve Üniversite Tıp Fakülteleri Sinir ve Ruh Hastalıkları Klinikleri, Üni-

versite Kimya Enstitüleri (4 ncü maddedeki kanunlar ve bunlara ilâveten 6119 sayılı Adli Tıp Müessesesi Kanunu gereğince).

6 — Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Hastaneleri Mütahassıs, Hekimleri ve Sağlık Kurulları (38,1219 sayılı Kanunlar ve Ceza ve Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunları ve Hastaneler Talimatı gereğince).

7 — Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Hastaneler Haricindeki Diğer Müesseseler (38, 1219 Ceza ve Hukuk Usulü Muhakemeleri gereğince).

8 — Yüksek Sağlık Şûrası (1219, 1593, 6119 sayılı kanunlar gereğince).

### Ö Z E T

Bu etüdde Adli Tıp dalının kısa tarihçesi 50 yılda Türkiyedeki gelişimi ve bu günkü durumu üzerinde duruldu. 50 yıl içinde, eğitimdeki gelişme şekli, eğitim yapan öğretim üyeleri, yayınlanan başlıca Adli Tıp kitapları öğretim üyeleri kısa biyografileri gözden geçirildi. Halen yürürlükte olan kanunlara göre Adli Tıp organizasyonu şekli, Adli Tıp Müessesesi tarihçe ve gelişmesinden, Tababeti Adliye ve Adli Tıp Müessesesi Kanunları özellikleri gözden geçirilmiştir.

## L İ T E R A T Ü R

- 1 — **Abstracts:** Abstracts of papers of papers presented at the third Meeting of the Swedish For Forensic Medicine, Stockholm. December 1972. Stockholm.
- 2 — Camps F. E.: The Medico - Legal system in England and Welles (Amsterdam Exc. Méd. 1961, sayı 54, sayfa 71).
- 3 — Chaudre Rober: Coroner et Medical Examiner aux Etats - Unis (Paris Ann. Med. Leg. et 1952, sayı 4, sayfa 235).
- 4 — Derobert L.: Les conditions d'exercice de la Médecin Legale (Paris. Ann. Med. Leg. 1958 sayı 2, sayfa 78).
- 5 — Derobert L.: Organisation des Institus de Médecine Legale (Paris. Ann. Méd. Lég. 1959 sayı 4, sayfa 372).
- 6 — Derobert L.: Histoire de la Médecine Legale (Roma 1973. 48 sayı  
1 — sayfa 1-38.  
2 — sayfa 161-192.  
3 — sayfa
- 7 — Dervilleé P.: The organization of Légal Médecine and its teaching in various countries (Amsterdam. Exc. Méd. 1961, sayı 34, sayfa 72).
- 8 — Gerald Theisiger: The judge and the eksperts vitnes (İngiltere Med. sci. and the Law 1975. 15 sayı 1, sayfa 3-9).
- 9 — Fitzsimon ': Science and Law (İngiltere. Jor For. Sci. 1973. 12 sayı 4, sayfa 261-269).
- 10 — Harsanyi L., Szuchovsky G.: Medical Responsibility in operations Fatalilies (İsviçre, For science. 1974., 4 sayı 1, sayfa 7-18).
- 11 — Mosinger M.: L'organisation des Institus de Médecine Légal et de la Recherche Scientifique appliquée à la Médecine Legale et de la Criminoloji (Paris. Ann. Med. Leg. 1959. sayı 3, sayfa 332).
- 12 — Müller M.: La responsabilite de l'expert (Paris. Ann. Méd. Leg. 1951. sayı 1, sayfa 43).
- 13 — Özen Cahit: Adli Tıp dersleri (A.Ü.H.F. yayınlarından Ankara 1952, II baskı 1955).
- 14 — Özen Cahit, Sözen Hayri: Adli Tıp (I.Ü.T.F. yayınlarından İstanbul 1971).

- 15 — Öztürel Adnan : *Medecine Legale en Turquie* (Liege Belçika 1962 Acta Med. Leg. et soc. XV. sayı 1-2, sayfa 51-54).
- 16 — Öztürel Adnan : Uluslararası Adli Tıp Akademisi Beşinci Kongresi (İstanbul Ad. Tıp Eks. 1962, sayı 86, sayfa 358-367).
- 17 — Öztürel Adnan, Gürol İ. : Adli Tıp Bakımından Sağlık Hizmetlerinin sosyalleştirilmesi. (İstanbul 1963. Ad. Tıp. Eks. sayı 92, sayfa 5-9).
- 18 — Öztürel Adnan : Adli Tıp Ankara 1966. Güzel Sanatlar Matbaası 394. sa.).
- 19 — Öztürel Adnan : Adli Tıp Ankara 1971. Güzel İstanbul Matbaası 399 sa.).
- 20 — Öztürel Adnan : Adli Tıp Ders Kitabı (A.Ü.H.F. yayınlarından Ankara 1959, 366 sa.).
- 21 — Öztürel Adnan : Memleketimizde ve Dünyada Adli Tıp A.Ü.H.F. Der. Ankara 1961. XVIII sayı 1-4, sayfa 161-184).
- 22 — Öztürel Adnan : Tıpta bilirkişilik ve sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmesi (Sağlık Dergisi. Ankara 1962, sayı 5-6, sayfa 32-44).
- 23 — Saury R., Fourcade J. : La deposition de medecin. Expert devant les tribinaux francais (İsviçre For sci 1974. 4 sayı 2, sayfa 97-106).
- 24 — Şehsuvaroğlu Bedii : Dünyada ve yurdumuzda Adli Tıbbın tarihçesi ve gelişmesi. (İ.Ü.T. Fak. Mec. 1974 Cilt 36 supplementum 6. 123 sayfa.
- 25 — Trillot J., Loiry L., Philopon et Bernardy J. : A propos l'expertise Médico - Legal Judiciare (Paris. Ann. Med. Leg. 1954 sayı 1, sayfa 48).



## İKİNCİ BÖLÜM



## EKONOMİK CANLILIĞI VE GELİŞMEYİ SAĞLAMA YA DA ENGELLEME KONUSUNDA DİN ADAMI'NIN ROLÜ

Prof. Dr. İlhan ARSEL

Bilim çevrelerimizin ve genellikle aydınlarımızın hayal eder oldukları şey şudur ki Türkiyemizde ekonomik gelişme sağlanabileceği ve sanayi ve toprak sorunu çözümlendiği ve feodal düzen yıkıldığı an DİN siyasal ve sosyal önemini yitirip Tanrı ile kul arasında özel bir bağ durumuna inecek ve «... evimizin en temiz bir köşesinde yer verdiğimiz kutsal kitabın sayfaları arasında olan gerçek yerine kavuşacaktır».<sup>1</sup>

Hiç kuşkusuz güzel bir dilek ve güzel bir özlem. Fakat gerçekleşebilmek için, bütün diğer olanaksızlıklar bir yana, her şeyden önce yukardaki formülü ters yüz etmek gerek. Çünkü ekonomik gelişme ekonomik canlılıkla ve yeryüzü yaşamlarına değer vermekle mümkündür. Ekonomik canlılık yaratılmadan ve bu canlılığı oluşturacak «inanç» koşulları sağlanmadan ne sanayi toplumunu var kılmak, ne ticaret ve iş düzenini kurmak ve ne de tek kelime ile ekonomik kıpırdamalara yönelmek düşünülebilir. İnsan kafasının içerisine çöreklenmiş «yoksulluk felsefesi» mikrobunu oradan çıkarmadıkça hiç bir ekonomik canlılık olamaz.

Ekonomik canlılık, yeryüzü yaşamlarına değer ve önem vermekle ve gelecek dünya yaşamından önce bu dünya yaşamına özlem duymakla, yeryüzünde insanca ve en iyi bir şekilde yani yoksulluk içinde değil varlık içinde yaşamağı istemekle mümkündür. «Bir hırka bir lokma» felsefesiyle ve «Yoksulluğu veren Tanrı'dır» inancıyla ve yeryüzünün misafirhane olduğu masallarıyla beslenen

---

<sup>1</sup> Bu hususta bk. Ahmet N. Yücekök, *Türkiye'de Örgütlenmiş Dinin Sosyo-Ekonomik Tabanı, 1946-1968*; Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1971, sh. 237.

ve *rızık* denilen şeyi kendi gücünde değil Tanrı'da arayan ve insanlık haysiyeti duygusu olmayan ve olmadığı için de mutlu şekilde ve insanca yaşamaya gerek duymayan insanlar toplumunda ekonomik canlılık diye bir şey olamaz. İnsanları her şeyden önce bu ilkel inanışlardan kurtarmak gerek; bunu yapmadıkça ve onlara yoksulluğun fazilet değil utanç verici bir şey olduğunu öğretmedikçe, ve yoksulların varlıklılardan önce, hem de «beşyüz yıl önce»<sup>2</sup> cennetlere gideceğinin yalan olduğunu belletmedikçe hiç bir ekonomik kıpırdanma olanağını sağlamak mümkün değildir. Bunun böyle olduğunu ortaya koyan iki örnek vardır ve bu iki örneği kısaca gözden geçirmek yararlı olacaktır. Bu örneklerden birisi kişilerin dünya yaşamlarıyla ilgili inanç ve inanışlarını değiştirerek ekonomik şahlanmayı sağlamış olan Batı'dır. Diğeri ise bu inanç ve inanışları hiç değiştirmedikleri için ekonomik geriliklerden, ekonomik ilkeliklerden ve yoksulluklardan kurtulamamış olan İslâm dünyası ve bu dünyanın bir parçası olan bizim kendi toplumumuzdur.

İlerdeki sahifelerde göreceğiz ki vaktiyle, Orta Çağ'larda, yoksulluğu fazilet sayan ve yeryüzü yaşamlarını küçümseyen ve çalışmayı dinsel bir belâ kabul eden BATI'da ekonomik miskinlik ve atâlet egemen iken *Renaissance* ve *Reformasyon* dönemi ile birlikte, yani yoksulluğun dince fazilet değil kusur (nakise) olduğunun kabul edilmesiyle, ve *çalışma*'nın ibadetten önce gelen bir iman sorunu bulunduğu kafalara sokulmasıyla (ki bu işi özellikle Reformasyon liderleri, örneğin Luther-Calvin, yapmışlardır) ekonomik canlılık kendisini göstermiş ve Batı modern anlamda ekonomik mucizeler yaratır olmuştur. Din adamlarının rolü ve etkisi sayesinde ki yoksulluğu dinsel fazilet gibi göstere gelen din hükümleri değiştirilmiş ve farklı yorumlara ve fazilet değil Tanrı'nın hoş görmez olduğu niteliklere sokulmuştur. Luther, birazdan da göreceğimiz gibi, din kitaplarındaki hükümleri kendi toplumunun diline çevirirken çalışmayı ve emeği en kutsal bir değer olarak ibadetin ve dua'nın önüne geçirmiştir. Calvin çalışarak mümkün olduğu kadar fazla varlık edinmeyi ve para kazanmayı Tanrı'ya en

<sup>2</sup> Yoksulluk felsefesini besleyen din hükümlerine ilerdeki sahifelerde yer verilecek ve yoksulların varlıklı olanlardan en az «beşyüz yıl önce» cennete gideceklerine dair olan hadîs ve benzerleri (ki günümüzde Diyanet İşleri Başkanlığınca onbinlerce camide milyonlarca insanımıza din hükmü olarak öğretilmek üzere yayınlanmıştır) kaynaklarıyla verilecektir.

büyük hizmet olarak tanımlamıştır. «Yoksulluk meziyettir, yoksullar varlıklılarından önce Cennete gider» diye bir şey tanımamış ve aksine varlıklı olmanın Cennet kapılarını açabileceğini dinsel inanış olarak yerleştirmiştir. Şüphesiz ki Luther ve alvin gibi daha nice din adamları ve onlara katılan yazar ve düşünürler ordusu bu inanışları köklendirmişler ve bu sayede Batı halklarının mutlu yarınlarını hazırlamışlardır.

Oysa ki İslâm dünyasının insanları, daha ilk başlangıçtan günümüze gelinceye kadar sadece yoksulluğun Tanrı'dan gelme olduğu ve bu nedenle kişiler için fazilet niteliğinde bulunduğu, yoksulların varlıklılarından beşyüzyıl önce cennete gidecekleri, yeryüzü dünyasının değer taşımadığı, burada ne kadar mutsuz ve cefa içinde yaşanırsa gelecek dünyada o kadar iyi yaşanacağı aldatmalarıyle yetiştirilmişlerdir. Bugün dahi hâlâ bu şekilde yetiştirilirler.

Bu inanç ve bu kafa yapısı ile şartlandırılmış insanlardan ekonomik gelişmeyi yaratacak istek ve gücü beklemek abes olur. Nitekim böyle bir gelişme hiç bir İslâm ülkesinde kendisini göstermemiştir.

Şüphesiz ki ekonomik gelişmeyi yapabilecek insan unsurunu var kılmamanın tek yolu Batı uygulaması değildir. Mutlaka din adamının dürtmesi, destek ve gayreti ile ve din hükümlerini geliştirilmesiyle olan bir şey değildir bu. İnsanları müspet eğitimden geçirmek suretiyle ve onlara işler nitelikte bir AKIL ve düşünme geleneği vermek suretiyle de bu sonuçlar elde edilebilir. Japonya'nın yaptığı gibi. Atatürk'ün yapmak istediği gibi.

Batı dahi asıl başarıya akıl çağına kavuştuktan sonra erişmiştir. Fakat bizim gibi din adamından kurtulma olanağını bulamayan ve Atatürk denemesini yarı yolda terkeden toplumlar için din adamının mevcut din hükümlerini, Batılı din adamlarının vaktiyle yaptıkları gibi, farklı şekilde yorumlayıp topluma ekonomik canlılık vermeğe çalışmaları gerekir. Günümüzde hâlâ din okullarında ve camilerde, milyonlarca yığınlara yeryüzü yaşamlarının değersiz olduğu, rızkın Tanrı tarafından verildiği, bu dünyada ne kadar yoksul yaşanacak olursa gelecek dünyada o kadar güzel yaşanacağı ve buna benzer inanışlar verilmektedir. Bu inanışlardan Türk insanını kurtarmadıkça toplumsal bir ekonomik gelişme sağlanamaz. Fabrika açmakla ve her mahallede bir milyoner yetiştirmekle toplumsal gelişme ve kalkınma sadece bir hayal olur.

Atatürk vaktiyle bizi her türlü miskinlikten kurtarmaya çalışırdı. Din hükümleriyle kader oyuncağı yapılmak istenilen Türk insanını sosyo-ekonomik canlılığa kavuşturmak amacıyla «...‘kader, talih ve tesadüf’ deyimleri Arapça’dır., Türkleri ilgilendirmez» derdi. Bununla Türk Şeriatcısına ve din adamına akılcılık dersi vermek isterdi. Demek isterdi ki insanın düşünce tarzı değişmeden onun maddî yaşam koşullarını değiştirmek mümkün değildir. Oysa ki Şeriatcının ve din adamının bunu anlamasına olanak yoktur. Şeriatçı ve din adamı bir yana ve fakat aydınlarımız dahi bunun böyle olabileceğini kabul etmezler ve maddi yaşam koşulları değişmedikçe manevî yaşam düzeninin değişmeyeceğini sanırlar. «Düşündüğümüz gibi yaşamıyor, fakat yaşadığımız gibi düşünüyoruz» felsefesinin bizim gibi ülkelerde uygulama olanağından yoksun bulunduğundan habersizdirler.

Batının ekonomik gelişmesine ilk itiş gücünü veren örnekler gözden geçirilecek olursa hangi yöntemlere ağırlık verme gerektiği anlaşılabilir. İlerdeki sahifelerde bunu belirtmeğe çalışacağız.

#### BATI'DA EKONOMİK CANLILIĞI VE TOPLUMUN MUTLU YAŞAMINI OLUŞTURMADA DİN ADAMININ ROLÜ VE ETKİSİ.

Hıristiyanlıkta ekonomik yaşamlar Katoliklere ve Protestanlara göre farklı ve genellikle ikincilerin birincilere oranla daha avantajlı durumda bulunmaları şeklinde kendisini göstermiştir. Fakat her iki mezhep’de ekonomik gelişmeyi ve canlılığı İslâm’a nazaran çok daha ilerici ve başarılı oluşumlara kavuşturabilmiştir. Her ikisi için de *çalışma*, hem de en verimli ve en güç ve zahmetli şekiller altında *çalışma*, bir bakıma DİN sayılmıştır. Katolik’lik *çalışma*’yı, kişi’deki Adem/Havva’dan gelme günahların kefareti olarak gördüğü için, Protestanlık ise Tanrı’yı yüce kılma anlamına aldığı için son derece verimli kılabilmiştir. Protestanlık, kişileri ve toplumu ekonomik bakımdan ölçüsüz bir hırsla, şevke, hevese sürüklerken, Katoliklik maddî ihtirasları sınırlı kılmağa çalışmıştır.<sup>3</sup> Bundan dolayıdır ki Protestan ülkelerde çalışma isteğinin, şevki’nin ve gücü’nün, Katolik ülkelere oranla, çok daha başarılı sonuçlara yöneldiği kabul edilir.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Bk. Gerhard Lenski. *The Religious Factor*, New York 1961, sh. 86.

<sup>4</sup> İbid. sh. 95.

«Tanrı çok kazananı, ekonomik alanda çok başarılı olanı sever» tezi...

1958 yılında Batı ülkelerinde yapılan bir anket vesilesiyle halktan kişilere sorulan : «İnsanlar *olan* ile yetindikleri ve *olandan* fazlasını aramadıkları zaman mı Tanrı'nın dileğini yerine getirmiş olurlar, yoksa *olandan* çok fazlasına sahip olmak için uğraştıkları (kazanç sağlamak amacıyla fazla çalıştıkları, bütün güçleriyle emek harcadıkları) zaman mı?» sorusuna Protestanların : «Tanrı'nın hoşlandığı şey insanların nasipleriyle (var olanla) yetinmeyerek çok daha fazlasına sahip olmak için çalıştıklarını görmektir» şeklinde cevap verdikleri görülmüştür. Yine aynı yıl yapılan diğer bir bilimsel araştırma sonucunda Protestanların, ekonomik yaşamlar ve iş gayreti ve çalışma hırsı bakımlarından katoliklere oranla çok daha başarı ile üst düzeyde buldukları, varlık edinmek ve ekonomik refaha erişmek hususunda çok daha azim ve ısrar ve kararlılıkla davrandıkları anlaşılmıştır.<sup>5</sup>

#### BATILI DİN ADAMI'NİN ÇALIŞMA'YI DİN HALİNE GETİRMESİ VE EKONOMİK KALKINMA RUHUNU VAR KILMASI.

Müspet aklın ve özgür düşünce'nin daha henüz oluşmadığı ve dünya yaşamlarının, her noktası itibariyle, din hükümleri ve bu hükümleri uygulayan din adamının etkisiyle düzenlendiği Orta Çağ dönemlerinde toplumun (ve kişilerin) ekonomik canlılığı ya da durgunluğu (atâleti) İMAN unsuruna dayalı idi; iman unsuru *kader* inanişiyle birlikte olumlu ya da olumsuz sonuçlar yaratacak surette ayarlanırdı. Gerek İslâm'da ve gerek Hıristiyanlık ve Yahudi dinlerinde *iman*, genel olarak, Tanrı'ya (tek Tanrı anlayışına) inanmak Tanrı'nın kendi elçisi aracılığıyla (Musa, İsa, Muhammed, vs..) ve vahiy yolu ile indirdiği kabul edilen kutsal kitaplara (İncil, Tevrat, Kur'ân, vs.) ve bu kitaplardaki Tanrı emirlerine göre yaşamak, bunları mutlak gerçekler olarak benimsemek (akla ve hür düşünceye aykırı nitelikte olsalar dahi bellemek), bunların dışına çıkmamak demektir. Bu kitaplarda, ekonomik yaşamlarla ilgili olmak üzere yer alan hükümler arasında müşterek nitelikte görünenleri vardı ve bu hükümler genellikle ekonomik canlılığı değil aksine durgunluğu, ve hattâ miskinliği yaratır nitelikte idi;

<sup>5</sup> İbid. Sh. 95, 78.

örneğin faiz yasakları, ya da yeryüzü yaşamlarının değersiz ve önemsiz olduğuna ve yoksulluğun fazilet bulunduğuna dair esaslar gibi.

Fakat Batı'da, zamanla, toplumun (ve kişilerin) tüm yaşamlarında büyük değişiklikler yaratacak ve özellikle onun ekonomik canlılığını oluşturacak gelişmeler oldu ve bu gelişmeler, ilk başlangıçta, din adamının İMAN anlayışına (aynı zamanda kader anlayışına) getirdiği yenilikler sonucu ortaya çıktı. Luther ve asıl Calvin gibi Resformasyon liderleri sayesinde Batı'da İMAN (ve kader) anlayışı, ÇALIŞMA'yı din haline getirerek enerjik, dinamik ve verimli ve varlıklı bir dünya yaşamı yaratacak niteliğe sokuldu. Böyle bir yeniliğe ve anlayışa yönelmeyen İslâm ülkelerinde ise ekonomik durgunluk ve miskinlik toplumun değişmez kaderi şeklinde sürdürülegeldi.

Gerçekten de İslâm iman unsurunu, sadece Tanrı'ya ve Muhammed'e inanmak, dinin şekilci yükümlerini yerine getirmek (örneğin Kur'ân okumak, namaz kılmak, oruç tutmak, hacetmek vs.) şeklinde tutar ve sürdürür iken ve dolayısıyla toplumu ve kişiyi enerjik, yaratıcı, canlı ve mutlu her türlü yaşantıdan yoksun kılarken, Batı, aksine, *iman*'ı farklı kılığa sokar oldu. Reformasyon dönemi ile birlikte Batıda İMAN, *ç a l ı ş m a*'nın kutsallığı ve çalışma sayesinde Tanrı'nın inayetine sahip ve kurtuluş gününe aday olmak inanışına dönük bir anlam taşır oldu; «çalışma», ibadet anlamına geldi ve getirildi. Vakit israf etmeksizin, bıkmaksızın, kazanılan ile yetinmeksizin, verimli ve metodik şekilde çalışmak dinsel görev (Tanrı edri) sayıldı. Böylece Batı'da İMAN anlayışı, enerjik, dinamik ve sistematik bir ekonomik yaşamın kamçılı ve iksiri şekline sokuldu; özellikle Luther ve Calvin sayesinde çalışma, tam anlamıyla din haline getirildi.

İslâm'da, müslüman kişi için en önemli en gerekli ve en kutsal görev, biraz önce saydığımız gibi, Kur'ân okumak, namaz kılmak, oruç tutmak gibi işleri yerine getirmek iken Batı için, Protestanlığın ortaya çıkmasıyla birlikte, ibadet din kitaplarını okumak, ezberlemek, kliseye gitmek, Tanrı'ya dua etmek gibi şeyler değil fakat her şeyden önce *çalışmak* anlamına geldi. Din kitaplarına bütünüyle inanmak, hele Calvinist Protestan'lar için, iman demek olmaktan çıkarıldı, çünkü Calvin, ki bir din adamı idi, kendisi bile İncil'in her bölümünün ve her sözünün, gerçek (sahih) oldu-

ğunu kabul etmemekte idi. Calvin'e göre her şeyin üstünde sayılmak gereken din yükümü, *çalışmak* idi. Hem de sistematik, metodik, vakit ziyan etmeden, yersiz ve fuzulî işlerle uğraşmadan, sınırsız şekilde *çalışmak*...

Reformasyon ile birlikte Protestanlık (Protestan dini), özellikle Calvinizm, Katolik dininin çok ilerisine geçerek çalışma geleneğini din inancının en önemli, en temel unsuru yaptı.

Hıristiyanlığın ilk kurucularından St. Paul, kutsal kitap sayılan İncil hükümleri arasına «Kim ki çalışmak istemez, ona rızık yoktur» şeklindeki bir hükmü yerleştirmek suretiyle her insana, hiç bir ayrıntı gözetmeksizin, çalışma zorunluğunu yüklemişti. Onun yaptığını, daha sonra, Orta çağlarda Thomas Aquinos biraz daha geliştirdi ve çalışma unsurunu ve çalışma anlayışını biraz daha geliştirdi çalışma anlayışını, kişi'nin kendi yaşamını sürdürebileceği en gerekli bir koşul şekline dönüştürdü.; çalışma'yı kişi için bir amaç yaptı. Daha başka bir deyimle kişi için çalışmak, günlük rızıkını sağlamanın en birinci koşulu idi; kişi kendi rızıkını kendi çalışmasından beklemeli idi. Böylece rızık veren Tanrı değil, kişinin kendi çalışması ve gayreti olmaktaydı. Hemen hatırlatmak gerekir ki İslâm'da bugün dahi rızık Tanrı'nın dilek ve isteğine göre verilen şeydir ve her ne kadar kişi için çalışmak gerekirse de rızık, bu çalışmanın ürünü değil Tanrı iradesinin oluşumu olarak kendini gösterir.

İşte St. Paul'un ve daha sonra Thomas Aquinos'un, az ölçüde de olsa çalışma gücüne itiş sağlayan bu davranışlarına Protestanlığın gelişiyile birlikte yeni ve daha önemli dinsel unsurlar eklendi. Protestanlık, önce Luther ve Calvin ve asıl Richard Baxter'in ağziyle, çalışma (emek) anlayışını yepyeni bir yörüngeye soktu. Bu anlayışa göre kişi, sadece günlük ekmeğini, rızıkını, ve yaşamını sağlamak için çalışmamalı idi. Kişi için çalışma'nın bunun da dışında ve üstünde bir amacı olmalı idi ki o da Tanrı'yı yüceltmek. Yani kişi bütün gücü ve enerjisi ile çalıştığı takdirde Tanrı'yı yüceltmiş olacaktı. Tanrı'nın kişi'den istediği ve dilediği ve ona emrettiği şey bu idi; *çalışmak*. Kişi için günlük rızıkı sağlamakla yetinmek yetmezdi; günlük rızıkını sağlamış olsa da kişi daha fazla, mümkün olduğu kadar fazla çalışmak suretiyle Tanrı'ya layık olabilir ve onun emirlerine uymuş sayılırdı. Bu tür çalışmasıyla kişi ne kadar çok para kazanır, ve varlık edinirse Tanrı'nın o kadar

çok hoşuna gitmiş olurdu. Yoksulluk fazilet değil adeta günahkârlık demektir. Böylesine ekonomik canlılığa kavuşturulan kişi hem kendi kendisini ve hem de mensup bulunduğu toplumu kalkındırma yoluna girmiş oluyordu<sup>6</sup>.

KADER konusunda da Reformasyon liderleri ve özellikle Calvin kişi'yi canlı ve çalışkan kılacak bir din anlayışı yerleştirdiler. Her ne kadar hareket noktaları katı bir kadercilik felsefesi olmuş ise de ve her ne kadar Tanrı'ya, mutlak ve kişi'nin kaderini bildiği gibi saptayan güç şeklinde tanımlanmış iseler de, bütün bu olumsuz sayılabilecek görüşler içerisinde Kaderciliği ekonomik düzenin motoru haline getirebilmişlerdir. Oysa ki İslam'da durum bunun tamamen aksine olmuş ve kadercilik felsefesi içerisinde kişi bütün benliğiyle eritilmiş ve ekonomik bakımdan yararsız bir külçe haline sokulmuştur. Oysa ki İslâm'ın temel kaynaklarında (Kur'ân ve Hadis), kişi'nin sorumluluğunu ve dolayısıyla ekonomik canlılığını sağlayabilecek hükümleri, az da olsa, bulmak mümkündür. Eğer din adamları, Batı'da olduğu gibi, kişi'yi ve toplumu geliştirme istek ve dileğiyle davranmış olsalardı, bunda başarılı olabilecek malzemeyi değerlendirirlerdi. Ama istememişlerdir ve belki de istem ortamını sağlayabilecek malzemedan kendilerini yoksun görmüşlerdir. İlerdeki sahypelerde bu hususlara kısaca dokunulacaktır.

**BATILI DİN ADAMLARI, KUTSAL KİTAPLARI KENDİ ÖZ DİLLERİNE ÇEVİRİRLERKEN VE YORUMLARLARKEN ÇALIŞMAYI VE VARLIK EDİNMEYİ DİNCE KUTSAL GİBİ GÖSTERMİŞLERDİR (Luther ve Calvin örneği).**

**İncil'i Almanca'ya çevirirken Luther çalışmayı din haline sokar deyimler ve kavramlar getirmiştir.**

Batı'da din adamları, örneğin Luther ve Calvin, din hükümlerini o şekilde ele almışlar ve yorumlamışlar ve halka sunmuşlardır ki yoksulluk fazilet değil ve fakat dince utanç verici bir şey sayılmıştır. Reformasyon liderleri, kutsal kitapları (örneğin İncil'i) Latince'den kendi dillerine (örneğin Almanca'ya) çevirirlerken öylesine bir dil ve deyim ve kavramlar kullanmışlardır ki, o

<sup>6</sup> Bütün bu hususlar için bk. Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, New York 1958, sh. 159 ve d.; 115 ve d.

zamana kadar fazilet gibi görülen yoksulluk, az ile yetinme, vs.. gibi inanışlar ve davranışlar fazilet olmaktan çıkarılmıştır.

Luther, Latince İncil'i Almanca'ya çevirirken, Tanrı'nın insanlara yüklediği görevlerle ilgili deyimini, Latince aslındakinden farklı anlamlar yaratacak şekle sokmuş ve örneğin *BERUF* deyimini kullanmıştır. *Beruf* deyimini *Tanrı daveti* anlamındadır; Tanrı kendisine hizmet edecek olan kişileri, çok çalışmak suretiyle kendisine hizmet etmeye ve böylece kendisini yüceltmeye çağırılmaktadır. Luther bu *Beruf* deyimini kullanırken onu yepyeni bir anlam içerisinde ele almış ve kabul ettirmiştir. Bu yeni anlama göre *Beruf*, Tanrı davetine çalışma yolu ile düzenlemek, geliştirmek ve refaha yöneltmek tıpkı ibadet etmek, Tanrı'ya tapmak gibi kutsal bir anlam taşır olmuştur. Dünya yaşamları adına çalışmak demek Tanrı'yı yüceltmek sayılmıştır. Çalışma, kişi için böylesine dinsel bir inanç niteliğine sokulmuştur. Önce Luther ve sonra Calvin, kendi toplumlarına, dünya işlerini görürken tıpkı ibadet ediyormuş ve tıpkı dua ediyormuş, Tanrıya en iyi hizmette bulunuyormuş ve Tanrı'yı yüceltiyormuş inancını dinsel inanç olarak yerleştirmişlerdir.<sup>7</sup>

Su durumda kişi için en makbul, en ahlâkî, en kutsal ve dinsel yaşam, bir köşeye çekilip yeryüzünü misafirhane şeklinde görmek, yoksulluğu fazilet bilmek ve yoksul kalarak Tanrı'nın hoşuna gitmek değil, aksine dünya yaşamlarını mutlu ve varlıkla kılmaktır. Ancak bu takdirde Tanrı dileğine ve emrine uymuş olacaktır. En fazla gayret içerisinde olmak ve çok çalışmak ve varlık edinmek suretiyle Tanrı'yı yüceltmiş olacaktır. Tanrı'nın ondan beklediği şey budur; Tanrı onu bu şekilde çalışmağa ve varlık içerisinde yaşamağa davet etmektedir. İşte Protestan din adamlarının ve Reformasyon liderlerinin (Luther ve Calvin gibi) yerleştirdikleri dinsel inanç bu idi. Bunu yaparlarken bu din adamları gelecek dünyaların cennet hikâyeleriyle uğraşmıyorlardı; kendi dindaşlarına cennet vadeleri yapmıyorlardı. Kişi gelecek dünyalarda nimetlere konmak için çalışıyor değil onlar indinde; kişiyi bu inanç içerisinde itmiyorlardı. Kişi kendi ebedî kaderi içerisinde ve Tanrı'nın hizmetinde olarak çalışıyor duygusu içerisinde tutulmuş-

<sup>7</sup> Bk. Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, New York 1958 sh. 79-80.

Luther, İncil'in James I, 27 ci hükmünü bu yukardaki şekilde yorumlamıştır.

tu. Yeryüzü dünyası görevlerini yerine getirmek, onlara göre, Tanrı'nın benimseyebileceği ve tasvip edebileceği tek yaşam şekli olmaktaydı. İşte Reformasyon lideri Luther'in en büyük başarısı bu noktada kendisini göstermiştir. Calvin onun attığı adımı izlemiş ve daha da yeni ve geniş ufuklara doğru yöneltmiştir inananları.<sup>8</sup>

**İncil'deki hükümleri yeni bir anlayışla uygulama yolunu açar ve dünya yaşamlarını ön plâna geçirir.**

Luther'e (Reformasyon dönemine) gelinceye kadar Hıristiyanlık, tıpkı İslâmlıkta olduğu gibi yeryüzü yaşamlarını önemsemeyen ve yoksulluğu fazilet bilen bir temele dayalı idi. İncil ve diğer kutsal sayılan kitaplar bu şekilde Tanrı emrini insanlara belletirdi. Bu nedenle dünya yaşamları miskinlik ve atalet yaratan bu hükümlerle düzenlenirdi. İncil'deki bir çok hükümler (ve örneğin James I, 27) dünya yaşamlarını küçümseyen, bu yaşamlardan ve dünya nimetlerinden uzak kalmayı fazilet sayan, yoksulluğu yücelten nitelikte idi. Oysa ki Resformasyon ile birlikte İncil'deki bu hükümlere yeni bir anlam, ve canlılık kazandırıldı. Bu hükümlere verilen yeni anlamlara göre dindarlık yeryüzü yaşamlarından uzaklaşmakla değil aksine bu yaşamlara bağlanmakla oluşur kabul edildi; dünya yaşamlarını küçük görmenin ve inkâr etmenin dine aykırılık olduğu ve yeryüzü güçlüklerini yenmenin Tanrı'nın dileğini yerine getirmek olduğu anlatıldı: Hıristiyanlığın ilk özü itibarıyla de dünya yaşamlarını küçük görmek ve bu yaşamlardan kaçmak diye bir şey olmadığı, manastıra kapanmanın faziletli yaşamak sayılmadığı belirtildi.

**İsa'nın dünya yaşamlarını küçük görmediği...**

İsa'dan örnekler verildi ve O'nun insanlar için mahviyet dilemediği, yoksulluğu öngörmediği açıklandı. Her ne kadar nefse ege-men olmak, feragat ve fedakârlık gibi davranışlar İsa'nın ve havariyunların izledikleri şeyler ise de bunun dünya yaşamlarına küsmek, bu yaşamları terketmek dünya nimetlerini tepmek, köşeye çekilip «bir lokma ekmek bir hırka» felsefesiyle geçinmek anlamına gelmediği söylendi.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> İbid. sh. 81.

<sup>9</sup> J. S. Whale, *The Protestant Tradition; An Essay in Interpretation*, Cambridge 1955, sh. 108-9.

**Feragat demek kişi'nin dünya yaşamını red ve terk etmesi değil.**

Reformasyon zihniyetinin yerleştirdiği inanç şu olmuştur ki kişi için ideal olmak gereken şey (ahlâken ve dinen), kişinin kendi kendisini olumsuz şekilde red ve inkâr etmesi, dünya yaşamlarından el çekmesi değil fakat kendi kendisini benimsemesi, kendi insanlık bilincine sahip olması, kişiliğini geliştirmesi, yaratıcı güce sahip olması, varlık edinmesi ve bu nitelikler içerisinde Tanrıya verimli şekilde hizmet etmesidir.

**Oysa ki İslâm ve doğu dinleri mahviyet esasına inancın temeli yaparlar.**

Luther ve Calvin'in yani Protestanlığın yerleştirdiği dinsel inançta «ascetism» feragat, nefse egemen olmak gibi davranışlar terkedilmiş değildir. Fakat bu, akıl süzgecinden geçirilmiş ve dünya yaşamları bakımından yararlı şekle sokulmuş bir ascetism'dir. İslâm'da ve diğer doğu dinlerinde kişi için kendi kendini inkâr, yoksulluk içerisinde yaşamak, mahviyet, ASILDIR ;her zevkten, her iyi yaşamdan, her dünya nimetinden kaçınmak, (gülüp eğlenmek dahil) koşuldur. Eğlenmek için müzikle uğraşmak, şarkı söylemek dahi günahdır. Cinsel ilişki, zevk için değil insan üretmek için gereklidir. İşte bu nedenlerle İslâm'da ve doğu dinlerinde insanlar miskinleşmişler ve yaratıcı güçten yoksun kalmışlardır; âdeta bitkisel bir yaşam yaşar olmuşlar, dünya'yı küçük görmüşler ve cennetleri hasretle bekler olmuşlardır.

**Reformasyonu yapanlar ise Batılı'yı yaratıcı insan şekline sokmuşlardır.**

Oysa ki Reformasyon aşamasını oluşturanlar kişiyi gelecek dünyaların ve cennetlerin hayallerinden ve sırf bu amaçla bu dünya yüzünde yaşama hevesinden kurtarmışlardır. Onların yerleştirdiği anlayış sayesinde kişi asıl ve her şeyden önce yaşanmak gereken dünyanın bu yeryüzü dünyası olduğunu öğrenmiştir. Kendi kendisine eziyetler etmek, ve sırf gelecek dünyalar adına yoksulluklara ve yoksunluklara katlanmak, ve her türlü zevklerden uzaklaşmak yerine kişi rasyonel bir yaşama, yaratıcılığa, varlık edinmeğe yönelmiştir.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Bk. Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, New York 1958 sh. 119.

### Nefsine egemen ve kendi kendine denetleyen insan tipi.

Protestant liderlerin getirdikleri dinsel inanç sayesinde kişi için nefse egemen olmak, çalışmayı Tanrı'ya hizmet olarak kabul etmek ve bu nedenle verimli - sistematik - rasyonel olmak, sırf zevk için ve dünya nimetlerine konmak uğruna yaşamamak, varlık edinmeyi para hırsına ve basit çıkarlara değil fakat Tanrı'ya hizmet duygusuna dayatmak fazilet haline gelmiştir. Kişi için gerçek fazilet bu olunca kişinin karakteri de bu yönde olumlu bir gelişme göstermiştir.

Protestan liderler düşünmüşlerdir ki eğer varlık edinmek, para kazanmak ve para yapmak, mal mülk edinmek, sırf maddî çıkarlar için (yani sırf para kazanmak, sırf mal edinmek sırf dünya zevklerini sağlamak, vs. için) aranacak olursa bundan sakıncalı ve tehlikeli sonuçlar doğabilir. Çünkü para ve mal hırsının sonu ve sınırı yoktur ve bu hırs uğruna kişi için her kötülüğü yapmak, her ahlâk kuralını çiğnemek kolaydır. Üstelik bu hırs yüzünden kişi'nin çalışmayı küçümsemesi, ve tenbelliğe saplanması da mümkündür. Çünkü yeterince para ve mal kazanan kişi için artık daha fazlasını elde etmek ve daha fazla çalışmak gerekliliği kalmayabilir. Oysa ki çalışmayı ve varlık edinmeyi Tanrı'yı yüceltmek ve O'na hizmette bulunmak amacına dayalı gören kişi için böyle bir sonuç söz konusu değildir. Bu durumda kişi kendi ihtiyaçlarını bol bol karşılayabileceği para ve mal edinse bile yine çalışmaya ve varlık edinmeğe ve böylece topluma yararlı olmağa devam edecektir.<sup>11</sup>

### Reformasyon zihniyetinin ekonomik güç ve canlılık yaratması.

İslâm'da «rızık» Tanrı'dan gelme kabul edilir; Tanrı dilediğine dilediği kadar rızık verir, dilediğinin rızıkını artırır dilediğinkini kısar. Bunun böyle olduğunu gösteren sayısız âyet ve Hadîs hükümleri vardır ki bunları daha sonra göreceğiz. Oysa ki Hıristiyanlıkta «Rızık Tanrı verir» şeklinde ve insanları Tanrı'dan rızık bekler duruma sokan hükümler olmadığı söylenir. Hıristiyanlığın çalışmayı ve rızık çalışma yolu ile (az ya da çok) sağlamayı engellemediği kabul edilir ve St. Paul'un İncil'deki «Kim ki

<sup>11</sup> Bk. Max. Weber, *a.g.e.*, sh. 156; Ayrıca bk. R. Baxter, *Christian Directory*, sh. 375 (Weber'den naklen).

çalışmaz, ona ekmek yoktur, o yemek yiyemeyecektir» sözü örnek verilir. Ancak ne var ki Hıristiyanlığın çalışmayı sadece ekmek kazanmak, maddî yaşamları sürdürmek ve bunun için gerekli gıdayı elde etmek için araç yaptığı öne sürülür. Yani çalışmak kişinin yaşamak için gerekli gördüğü ihtiyaçlarını gidermek için öngörül-müştür. Bu şekilde çalışma unsuru mutlaka varlık yaratıcı ve ekono-mik yaşamları geliştirici nitelik taşımaz; günlük geçim ve yiyece-ğini elde edecek kadar çalışan kişi bununla yetinebilir. Nitekim yüzyıllar içerisinde böyle olmuştur. Reformasyon liderleri ise ça-lışma unsurunu bu amacın dışına ve üstüne çıkardılar. Yaşamın tek amacını günlük ekmeği kazanmak değil ve fakat Tanrı'yı yü-celtmek ve onu memnun etmek şekline soktular. Tanrı çalışmayı kendisine hizmet, kendisini yüceltmek şeklinde görür olduğuna göre kişi için çalışma ekmek kazanmak düşüncesi dışında, Tanrı-ya hizmet olarak anlam taşır oldu. Bu durumda kişi için çalışma demek, para kazanmanın ve varlık edinmenin de dışında değer ta-şır oldu. Para kazanmış olsa dahi çalışmasını durdurmuyup daha fazla çalışmanın din gereği olduğunu düşünür oldu kişi. İhtiyacı-na yetecek ve hattâ ihtiyacından fazla para ve mal kazansa dahi kişi için yine de çalışmak bir din kuralı niteliğini aldı.<sup>12</sup>

**Fikren ve bedenen çalışmak dinsel görev; zaman israfı dinsel günah.**

Reformasyon hareketlerini geliştirenler, Luther ve Calvin gibi Reformasyon liderlerinin görüşlerini daha da geliştirmişler ve ça-lışmayı daha da kutsal ve rasyonel ve sistematik şekle sokmayı din gereği olarak göstermişlerdir. Zaman israfı, boş durmak, ya da ras-yonel şekilde çalışmamak nedeniyle zamandan ve işten kaybetmek, lükse kaçmak, yeterinden fazla uyumak, bütün bu ve buna benzer davranışlar hep din bakımından günah şeyler olarak görülmüştür. Pazar günü dinlenme günüdür. Fakat bunun dışındaki günlerde en sıkı bir şekilde çalışmak, zamanı en verimli bir şekilde değerlen-dirmek din gereğidir.<sup>13</sup>

Kişi fikren ve bedenen bütün gücüyle ve en ağır şekilde ça-lışmalı, kendisine eziyete sokmalıdır. Böyle bir çalışma kişi'nin

<sup>12</sup> İbid. sh. 160.

<sup>13</sup> R. Baxter'in *Saints Everlasting* ve *Christian Directory* adlı kitaplarındaki işlediği fikirler için bk. Max Weber, a.g.e., Sh. 261( not. 14.

Tanrı'ya hizmet uğruna hiç yılmadan katlanması gereken bir görevdir.<sup>14</sup>

### LUTHER'İN DİN HALİNE GETİRDİĞİ ÇALIŞMA ANLAYIŞI.

**«Her iş alanı aynı kutsallıkta ve hiç bir zoraki bir bela olarak kabul edilmemek gerekir.»**

Biraz önce degindiğimiz gibi Luther din kitaplarındaki çalışma ile ilgili hükümleri, çalışmayı din haline sokacak şekilde yorumlamıştır. Luther'e göre sosyal ve ekonomik hangi alanda olursa olsun her türlü iş, her türlü çalışma, her türlü görev, Tanrı'ya o yoldan hizmet niteliğindedir ve bu nedenle her iş kutsaldır her iş Tanrı gözünde aynı önemdedir. Tanrı çalışma alanlarını çok çeşitli olarak ayırmıştır ve insanları bu çalışma alanlarında kendisine hizmet etmeğe çağırmıştır; bazı kişiler çiftçi olarak, bazıları temizlik işçisi olarak, bazıları kayıkcı, bazıları devlet adamı, bazıları yargıç, bazıları din adamı olarak Tanrı tarafından Tanrı'ya hizmete çağırılmışlardır. Bu çeşitli meslekler ve görevler arasında önem ve değer bakımından hiç bir fark yoktur; hepsi aynı değerde, aynı önemde şeylerdir. Hepsinin amacı tektir ve o da Tanrı'ya hizmettir. Böylece dünya işleri gibi uhrevî işler de aynı değerde görülmüştür ve bunlar da aynı titizlikle, aynı verimlilik ve aynı heves ile yapılmak gereken şeyler olarak benimsenmiştir. Çiftçi, kunduracı, kapıcı, sokak işçisi, yargıç, memur ve daha doğrusu sosyal yaşamların her alanına giren işlerde çalışanlar bu işleri Tanrı'ya hizmet bilinciyle yapar sayılmışlardır. Din adamı Tanrı'ya nasıl hizmet ediyor sayılıyor ise, diğer işlerde çalışanlar da kendi alanlarında aynı önemde görev yapıyor olmuşlardır.

### **Oysa ki Katolikler için çalışma zorunlu bir belâ.**

Oysa ki Katolikler için çalışma âdeta zorunlu bir belâ, yapılması gereken bir şey gibi kabul edilmişti. Dinsel inanç o idi ki Adem ve Havva'nın işlemiş oldukları suç nedeniyle insan oğlu bu suçun kefareti olarak çalışma zorunluğunda kalmıştır. Mensup bulunduğu mesleği ve işi bu inançla yürüten Katolik için çalışmanın, istek ve azimle ve şevkle yapılan bir şey değil fakat yapılması zo-

<sup>14</sup> Max Weber, ibid. sh. 158.

runlu bir şey olarak anlam taşıdığı kabul edilir. İşte Reformasyon liderleri bu anlamı değiştirmişler ve çalışmayı şevk ve zevk kaynağı haline sokmuşlar ve bu nedenle ekonomik yaşamlarda katoliklerden daha verimli olabilmişlerdir.<sup>15</sup> Protestanların daha fazla sorumluluk, daha fazla kazanç sağlamak azmiyle çalıştıkları katoliklerin ise daha az sorumluluk isteyen işlere yöneldikleri ve var olan ile yetindikleri ileri sürülmüştür.<sup>16</sup>

### CALVIN DİN KİTAPLARINDAKİ EKONOMİK GÜCÜ BALTAYAN HÜKÜMLERİ YOK SAYMIŞ VE ÇALIŞMA'YI DAHA BİLİNÇLİ VE GÜÇLÜ KILMIŞTIR.

Modern kapitalizmin oluşmasında ve Batı'daki ekonomik gelişmenin ve refahın ve varlık birikiminin ortaya çıkışında Calvin'in büyük rolü olduğu kabul edilir. Calvin bir din adamıdır; her türlü ekonomik faaliyeti ve çalışmayı fazilet şeklinde oluşturan ilk sistematik dinsel itişin Calvin ile başladığı söylenir.<sup>17</sup>

#### Dinsel faiz yasaklarını ve yoksulluk felsefesini yok sayar.

Calvin din hükümlerine öylesine bir anlam vermiş, bunları öylesine yorumlamıştır ki bu sayede Batı'da ticaret serbestisi ve Kent endüstrisi canlanmış ve gelişmiştir. Din kitaplarında faiz yasakları ile ilgili ve yoksulluk felsefesini destekler nitelikteki hükümleri Calvin ters yüz ederek ekonomik zindeliği ve canlılığı sağlama yollarını bulmuştur. Kendi sistemini sosyal yaşamların kaçınılmaz ve zorunlu unsurları olarak din hükümleri şekline dönüştürmüş ve daha doğrusu din hükümlerini bu gereklere uydurmuştur.

Bir lokma ekmek bir hırka felsefesini ve az ile yetinmeyi dinsel bir meziyet olmaktan çıkarmıştır; kendi kendini zorlamak ve disipline etmek ve çalışmayı metodik hale sokmak suretiyle kişinin Tanrı gözünde çok daha fazla değer kazanacağını ve böylece

<sup>15</sup> Bk. Gerhard Lenski, *The Religious Factor*, New York 1961 sh. 83.

Bu konuya eğilen bilginlerin araştırmalarına göre ekonomik alanda Protestanların, örneğin fabrika işçilerinin, Katolik işçilere nazaran çok daha çalışkan ve verimli olduğu anlaşılmaktadır.

<sup>16</sup> Bu konuda ayrıca bk. Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, New York 1958.

<sup>17</sup> Bu konuda bk. Arend Th. Van Leeuwen, *Christianity in the World History*, New York 1962 (Almanca'dan İngilizceye çeviri) sh. 309-311.

Tanrı'nın kendisine uygun gördüğü ekonomik basamakta sınırsız bir iman ile çalışması gerektiğini din esasları olarak yerleştirmiştir.

**Kaderciliği dahi çalışma kanunu haline sokar.**

Calvin esas itibariyle kadercilik felsefesini öngören bir din adamıdır. Fakat kaderciliği miskinlik ve sorumsuzluk yaratan bir güç olarak almaz. Kaderciliği dahi çalışmanın motoru ve enerji kaynağı haline sokmasını bilmiştir.

Calvin'in anladığı anlamda kadercilik, kişilerin içinde buldukları durum itibariyle var sayılır. Kişiler Tanrı tarafından belli görevlerde ve mesleklerde yaratılmışlardır. Tanrı her insanı, belli bir meslekte, kendisine hizmet etsin için yaratmıştır. Kişi o meslekte çalışırken Tanrı'ya hizmet ettiği duygusu içerisinde çalışır; ve işini ne kadar büyük bir şevkle ve azimle, istekle ve verimli olarak yapacak ve bu şekilde çalışacak olursa Tanrı'ya o kadar layık olmuş olacaktır. Çalışkan olmak bu bakımdan bizatihi din gereği olarak önem taşımaktadır, bu dinsel inanca göre.

Luther'e göre *iman* denilen şey doğrudan doğruya çalışmanın kendisinde bulunur iken Calvin'e göre bunun ötesinde bir anlam taşımaktadır ve çünkü iman ancak çalışma yolu ile sağlanabilmektedir. Daha başka bir deyimle iman çalışmaktan değil ve fakat çalışma imandan gelir tezi işlenmiştir Calvin tarafından.

Bu böyle olunca, yani çalışma imandan doğar zihniyeti ege-men olunca, çalışma yolu ile sınırsız şekilde varlık edinmede dinsel hiç bir sakınca görülmemektedir. Çünkü varlık, sırf «varlık» edinmek dileğiyle ve hürsiyle değil ve fakat Tanrı'ya hizmet yani iman nedeniyle elde edilmiş olmaktadır ve bu nedenle kutsal bir anlam taşımaktadır. Emek ve çalışma, böylece, hem nitelik (kalite) ve hem de nicelik (kantite) bakımından en iyi şekilde kendisini göstermektedir. Nitekim Calvin'in etkilediği ülkeler, örneğin İsviçre, çalışmayı bu şekilde din haline getirmiş ülkelerdir ve bu ülkelerdeki iş düzeni, iş bilinci ve sorumluluğu ve verimliliği yadsınamayacak bir gerçektir.

Söylendiğine göre Calvin'in emek ve çalışmayı dinsel niteliğe sokan görüşleri ve bu konuda yerleştirdiği hükümler daha sonraki

yüz yıllarda Adam Smith'in *iş dağılımı* kuramını (nazariyesini) oluşturacaktır.<sup>18</sup>

**CALVIN'e göre Kişi, ne Klise ve ne de din adamı aracılığıyla ve fakat sadece kendi çalışmasıyla Tanrı'ya lâyık olur, ve o'nu çalışmasıyla yüceltir...**

Bu yeni din anlayışıyla Calvin, kişiyi (ve toplumu) gerçekten çalışkan ve verimli hale getirmiştir. Onun yerleştirdiği ve daha doğrusu yorumladığı din hükümlerine göre kişi, hiç bir aracı'ya gerek duymadan, ve hiç bir başka umuda kapılmadan, sadece kendi çalışması ve emeği ile Tanrıyı yüceltmek olanağına sahiptir.

Calvin'in öngördüğü kadercilik felsefesi aslında despot bir Tanrı anlayışına dayanır ve bu şekliyle insancıl görünmez. Fakat Calvin, bu Tanrı anlayışını dahi kişi'yi azimli, çalışkan ve dinamik hale sokmak için kullanabilmiştir. Calvin'in yerleştirdiği kadercilik felsefesinde kişi, Tanrı'nın kendisini uygun gördüğü iş ve meslekte, başka hiç kimsenin, hiç bir din adamının (ve kilisenin) aracılığına ve yardımına gerek olmadan ve sadece kendi çalışmasıyla kendisini Tanrı'ya beğendirebileceği ve kurtuluş yoluna sokabileceği duygu ile çalışır. Oysa ki Katolik dininde kişi, ancak Klise (din adamı) aracılığıyla kurtulabileceği inancı içerisinde yoğunlaşmıştır; kişi için kurtuluş yolunu çizen kendi çalışmasından önce Klisenin aracılığıdır.<sup>19</sup>

Calvin kiliseye üye olmayı, kiliseye devam etmeyi ve Kilise'ye gelerek Tanrı'ya ibadet etmek yollarını kapamış değildir. Kişi için bütün bunları yapmak durumu vardır. Fakat Calvin'in doktrininde kişi kendi başına ve kendi yolunda yürüyen ve kendi sorumluluğu ile başbaşa bulunan bir varlıktır.

**Yeryüzü, çalışma yolu ile kişi'nin Tanrı'yı yücelttiği yer...**

Calvin'in doktrininde yeryüzü bir bekleme, yoksulluk ve gelecek dünyanın cennetlerine hazırlanma yeri değildir. Bu bakımdan Calvin doktrinini miskinlik ve yoksulluk felsefesini temelden red etmiş sayılır. Calvin doktrinine göre yeryüzü, belli iş alanlarında kişilerin Tanrıya hizmet ettikleri yerdir; emek ve çalışma yolu

<sup>18</sup> İbid. sh. 311.

<sup>19</sup> Max Weber, a.g.e., sh. 1045.

ile Tanrı'yı yücelttikleri âlemdir. Sosyal yaşamlar Tanrı'nın istek ve dileğine göre ayarlanmış ve düzenlenmiştir ve bunun da nedeni kişilerin bu düzen içerisinde Tanrı'yı yüceltebilmeleridir. Tanrı'nın emri «ÇALIŞ» emridir. Bu emri en iyi ve en verimli şekilde yerine getirmek suretiyle kişi Tanrı'yı yüceltmış olur. Sosyal yaşamları oluşturmak ve geliştirmek için çalışmak, emek harcamak Tanrı'yı yüceltici bir dinsel davranıştır.

**Tanrı'yı yüceltmek sadece ibadet ve dua ile değil, asıl çalışmakla olur.**

Kişi için yaşam, sadece dinsel görevleri ibadet ve dua şeklinde yerine getirmekten ibaret değildir, Calvin doktrininde. Dinsel görev, her şeyden önce yeryüzü yaşamlarını en verimli, en iyi, en bereketli şekilde oluşturacak çalışmalarda bulunmaktır. Sadece el açarak Tanrı'ya dua ve ibadet yolu ile dinsel görev yerine getirilmiş olmaz. Bu bakımdan Calvin ve diğer Reformistler, hıristiyanlık dinine yepyeni bir dinsel anlayış sağlamışlardır denilebilir. Oysa ki İslâm'da durum eskiden olduğu gibi bugün dahi çok farklıdır. İslâm'ın özü Tanrı'ya kulluk esasına dayanır. Kişi Tanrı'ya hizmet ve Tanrı'ya kulluk görevlerini her şeyden önce ibadet ve dua ve dinin şekilci unsurlarına (oruç, kurban kesimi, hac, vs...) bağlanmakla yerine getirmiş olur. Tanrı'nın din görevleri olarak yerine getirilmesini emrettiği şeyler her şeyden önce bunlardır. Dünya yaşamları önemsizdir, dünyevî kazançlar değersizdir, yok-sulluk asıldır. Kişi için en büyük görev, en kutsal iş Kur'ân okumak, namaz kılmak, oruç tutmak, hacca gitmek, din adına savaşlara katılmaktır. Tanrı'ya hizmet işte bu dualar ve ibaderlerle olur. Tanrı'nın hoşlanacağı yaşamlar bunlardan oluşur. Calvin doktrininde ise aksine, dünya yaşamları ve bu yaşamları en güzel, en varlıklı şekillere sokmak için gayret ve çalışmalar, ibadet ve dua gibi dinsel görevlerin önünde gelir ve daha fazla önem taşır. Tanrı'ya hizmet, Tanrı'yı yüceltmek ancak emek ve çalışma yolu ile kutsal bir anlam alır. Tanrı'nın hoşlanacağı yaşam tarzı yeryüzü dünyasının görevlerini (çalışmayı) yerine getirmektir. Yeryüzünü yaşanmağa değer, refah yaratıcı hale getirmektir asıl dinsel görev.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Max Weber, a.g.e. sh. 81 ve d.; Ayrıca bk. J. S. Whale, *The Protestant Tradition; An Essay in Interpretation*. (Cambridge 1955), sh. 108 ve d.

**Reformasyon liderleri Tanrı'nın yoksulluğu hoş görmeyip varlıklı yaşamları gerekli gördüğü inancını yerleştirirler...**

Gerek Luther ve gerek ondan da ileri giden Calvin'in ve genellikle Reformasyon liderlerinin getirdikleri din anlayışında *yoksulluk* denilen şey dinen fazilet ve meziyet değil aksine utanılacak bir şeydir (nakisedir). Tanrı yoksulluğu uygun görmüş ve tasvip etmiş (onaylamış) değil aksine mahkûm etmiştir. Tanrı'ya hizmet etmek, yeryüzü yaşamlarını sefalet, yoksulluk içerisinde sürdürerek değil, aksine çalışmak, varlık sahibi olmak, varlıklı şekilde yaşamakla mümkündür. Kim ki en çok çalışır, kim ki bu çalışma yolu ile maddî varlığını arttırır ve dünya yaşamlarını geliştirir, o'dur Tanrı'ya en fazla hizmet eden kimse. Bu nedenle yoksulluğu seçmek ve yoksulluk içerisinde yaşamağı dilemek, fazilet sayılamaz ve din bunu onayamaz. Fazilet ve meziyet demek, en fazla maddî ve manevî refahı sağlayacak ve varlık yapacak şekilde çalışmaktır. Bu nedenle para kazanmak ve daha fazla varlık edinmek dine aykırı değil aksine dine uygun olan şeydir; asıl dindarlık budur. Varlık yapmak ve fazla ve verimli sonuç alır şekilde çalışmak Tanrı'nın dilediği şey olunca, iş yaşamında başarılı olmak için tedbirli davranmak, akıllık davranmak, tutumlu olmak, azimli bulunmak, sabır göstermek, zeki olmak evet bu ve buna benzer ölçülü ve bilgili işler görmek gerekir. Bütün iş kollarında, ticaret hayatında, sanayi'de ve her şeyde bu şekilde davranarak varlık sahibi olmak, başarı sağlamak hep din gereği sayılır.

Görülüyor ki Luther ve Calvin ve Reformasyon Liderleri, Hıristiyan dininin başlangıçta yoksulluğu ve az ile kanaati (yetinmeyi) fazilet ve meziyet haline sokan ve dünya yaşamlarını önemsiz, değersiz bulan ve bu şekle sokulan felsefesini değiştirerek hıristiyanlığı kişilerin en varlıklı ve maddî refaha erişmiş bir yaşama sahip olarak yaşamalarını dinsel fazilet sayan bir din niteliğine dönüştürmüşlerdir. Onların yerleştirdiği anlayışa göre varlık sahibi olmak din açısından ve ahlâkîlik bakımından ayıplanacak, utanılacak ve kaçınılacak bir şey değil, aksine açıkça öğünülecek bir şeydir; çünkü edinilen varlık Tanrı'ya hizmet yolunda elde edilmiş bir şeydir ve kişi bundan dolayı varlıklılığı ile gurur duymalıdır. Eğer varlık edinmek sadece ve sadece varlıklı olmak ve yaşamı bu amaca dayatma düşüncesiyle (yani Tanrı'ya hizmet düşüncesiyle değil) ise bu takdirde varlık sahibi olmak dince kötüdür ve günahkârlıktır. Varlık, daha başka bir deyimle, dünya zevklerinden yararlan-

mak amacıyla (Tanrı'ya hizmet amacıyla değil) ise bu takdirde ah-lâka (etik kurallarına) aykırıdır.

**Kişi için yoksulluğa özenmek çalışmayı hâkir görmek olur ki bu dine aykırı bir davranıştır.**

Görülüyor ki Protestanlığı oluşturanlar (Luther, Calvin ve diğerleri) yoksulluğun bir fazilet değil bir bakıma suç olduğu zihniyetini ve inancını yerleştirmişlerdir. Yoksulluğu dilemek, yoksul kalmaya özenmek, kişiler bakımından dine aykırı bir davranıştır. Çünkü yoksulluğu dilemek ve benimsemek demek, çalışmayı, emek harcamayı küçük görmek, hâkir görmek, çalışmaya önem vermemek olur ki bu da Tanrı'nın dilek ve emirlerine aykırıdır. Yoksulluğu dilemek demek tıpkı sağlık içerisinde yaşamayı istememek demektir. Oysa ki Tanrı'yı yüceltmek ancak çalışmakla olur; çalışmak, iş görmek ve hem de en bereketli ve verimli en sistematik şekilde iş görmek Tanrı'nın emrettiği, dilediği, hoşlandığı şeylerdir. Yine tekrar etmekte yarar vardır ki bu tezi Luther'den biraz farklı olarak Calvin işlemiştir. Calvin'in yerleştirdiği inanç o olmuştur ki çalışma eylemi sadece «çalışma» olarak fazla değer taşımaz. Tanrı'nın dilediği ve hoşlandığı çalışma, sadece gayret sarfetmek, sadece kafa ya da kol gücünü kullanmak şeklindeki çalışma değildir. Tanrı'nın aradığı ve hoşlandığı çalışma sistematik, yöntemli ve verimli nitelikteki çalışmadır, en fazla varlık edinmeyi ve para kazanmayı mümkün kılar nitelikteki çalışmadır.<sup>21</sup>

#### BATI'DA KADERCİLİK FİKRİNE KARŞI DİRENME.

Hıristiyanlıkta da insanların kaderlerine keyfi şekilde egemen bir Tanrı olduğu fikri vardı; kişileri mutlu ya da mutsuz yaşamlara götüren gücün Tanrı gücünden oluştuğu ve insan denilen varlığın daha doğuştan günahkâr olduğu ve insanların başına iyi ya da kötü olarak ne gelirse bunların nedeninin Tanrı iradesinde bulunduğu ve buna benzer görüşler geçmiş yüzyıllar boyunca Hıristiyanlıkta da savunulmuştur.

Saint Augustin ve çok daha sonraları Calvin kaderci felsefenin en ünlü savunucusu olan ilâhiyatçılardan (din adamlarından)dır.

<sup>21</sup> Max Weber, a.g.e. sh. 162-3.

Ancak ne var ki Hıristiyanlık dünyasında bu fikirlere ve görüşlere karşı çıkanlar olmuş ve insanların iyi ya da kötü kadere sadece Tanrı'nın keyfi iradesi ve dileği sonucu olarak sürüklenmediklerini söyleyenler yanında rızık Tanrı'dan gelme olmadığını ve Tanrı'nın bazı kişileri bol rızık ve bazılarını ise yoksulluk ve az rızık yolu ile denemeyi düşünmeyeceğini ve Tanrı'yı bu şekilde keyfilik kaynağı görmenin Tanrı'ya karşı yapılmış hakaret olacağını, Tanrı'yı küçültücü yani onu adaletsizlik yapan duruma düşürmek olacağını ileri sürmüşlerdir.

**P. Bayle, XVII ci yüzyılda : «Kadercilik Tanrı'ya hâkaret demektir» der.**

XVII ci yüzyılda Fransa'da P. Bayle kadercilik felsefesine karşı savaş açmıştı; kaderciliği savunan din adamlarına karşı en amansız yermelerini ve saldırılarını «*Dictionaire*» adlı ünlü yapıtında yapmaktaydı. Bayle'ye göre kişilerin iyi ya da kötü kaderlerinin doğrudan doğruya Tanrı tarafından çizilmiş olduğunu öne süren görüşler Tanrı'ya karşı yapılmış hakarettten başka bir şey değildir: «Eğer Hıristiyanlık ve hıristiyan teolojisi, örneğin Augustin'in ya da Calvinist ve Jansenist okulları mensuplarının görüşleri doğru ise, bu takdirde Tanrı'nın bir canavar (monstre) olması gerekir» diyordu.<sup>22</sup>

#### **XVIII ci yüzyılda J. Wesley.**

XVIII. ci yüzyılda J. Wesley, yukardakine benzer görüşlerin en ateşli savunuculuğunu yapmıştır. Ona göre Tanrı'yı kader çizen bir varlık olarak göstermek ona yapılabilecek en çirkin ve en küstah bir davranıştır; daha doğrusu dinsizliktir bu... Tanrı'yı keyfilikler ve adaletsiz nitelikler içerisinde kabul etmek demek O'nu şeytan'dan da daha kötü ve daha aşağı kerteye indirmek demektir. Çünkü kaderci felsefeye inanmışlık, yine Wesley'e göre, Tanrı'yı her türlü kötülükler yapmaya ve yaptırmaya yetenekli görmektir. Böyle bir inanış hem yanlış, hem de gaddarca varılmış bir inanıştır. Din kitaplarında Tanrı'nın bu niteliklere, yani insan kaderini önceden çizer niteliklere sahip olduğunun yazılı bulunması, din kitaplarının Tanrı'ya haksızlık ve hakaret ettiği anlamına ge-

<sup>22</sup> Bk. *Dictionaire*, 3 cü baskı, cilt III, sh. 2205.

lır. Aslında Tanrı, korku Tanrısı, keyfilik Tanrısı değil, sevgi Tanrısı, adâlet Tanrısı'dır. Tanrı'nın büyüklüğü bundandır. Hiç bir din kitabı Tanrı'nın sevgi Tanrısı bulunmadığını anlatmış olamaz. Hiç bir din kitabı Tanrının sevgi, şevkat ve mağfiretinin O'nun kendi davranışlarına ve kararlarına ve işlemlerine egemen bulunmadığını söylemiş olamaz. Hiç bir din kitabı insanların kaderlerinin kendi öz iradeleri dışında ve Tanrı tarafından ve Tanrı eliyle önceden çizilmiş ve saptanmış olduğunu kanıtlayamaz.<sup>23</sup>

**BATILI DİN ADAMI K a d e r c i l i ğ i** miskinlik unsuru olmaktan çıkarıp yaratıcı güç unsuru yapmıştır; katoliklik dahi kaderciliği benimsemekle beraber akli işlemek hale sokmamıştır.

Genellikle ve yanlış olarak sanılır ki katoliklik kaderciliğe körü körüne bağlıdır ve bu nedenle insan iradesinin bağımsızlığını ve kişi sorumluluğunu kabul etmez. Yine yanlış olarak sanılır ki Reformasyon sonucu ortaya çıkmış olan Protestanlık kaderciliği red eder ve hür ve serbest irade prensibini izler. Aslında her iki kanı da yanlıştır. Şu son dört yüzyıllık hıristiyanlık tarihi boyunca Protestanların kaderciliğe yöneldikleri oysa ki en koyu katoliklerin irade bağımsızlığına yer verdikleri görülmüştür. Bilindiği gibi *Püriten* (Puritan)ler Protestanların en güçlü, en etkili mezhebini oluşturmuşlardır. Onlar kadar kaderciliğe inanmış mezheb azdır. Buna karşılık *Jesuite*'ler katolikliğin yayılmasında onlar kadar etkili olmamıştır. En uygar sayılan milletleri olduğu kadar en az uygar milletleri hıristiyanlığa sokan onlardır (örneğin Kızılderililerle Çinlileri..). Ve işte *Jesuite*'ler hür irade tezine bağlı kalmışlardır. Ancak ne var ki kaderciliğe inanan Protestanlar ile hür irade ilkesine bağlı *Jesuite*'ler kişinin ve toplumun uyanması, gelişmesi ve mutlu yaşamlara yönelmesi konusunda çok katkıda bulunmuşlardır.

Şunu söylemek mümkündür ki **k a d e r c i l i k** denen şey, her ne kadar atâlet ve miskinlik yaratır gibi görünürse de, eğer bilgili ellerde işlenecek olursa, pek alâ olumlu ve verimli bir araç işini görebilir. Buna karşılık *hür irade* inancı ise, pek alâ dogmatizm ile yan yana yaşayabilir. Daha başka bir deyimle ister kader-

<sup>23</sup> Wesley'in bu görüşleri için bk. J. Wesley, *Works* (Edition by Jackson), London 1856-7, Vol. VII, sh. 365; ayrıca bk. A. Toynbee, *An Historian's Approach to Religion*, New York, 1956, sh. 182.

cilik isterse hür irade unsuru, her ikisi de canlılık, yaratıcılık ve dinamizm unsuru olarak kullanılabilir.<sup>24</sup>

Kaderciliği benimsemiş olmakla beraber Katoliklik insan aklını kesin şekilde silip atmamış ve işlemez hale getirmemiştir. Tanrı emirlerinin ve iradesinin insanlara ne şekilde ve ne yoldan belli edildiği konusundaki tartışmalar Batı'da şu hususlarda kendini göstermiştir: Tanrı iradesi Klise aracılığıyla (Papalık kanalıyla) insanlara belli edilir. Bu inanış yanında bir de Tanrı iradesi'nin kutsal kitaplar (İncil) yolu ile insanların bilgisine hazır bulundurulduğu inanışı vardır. Ve nihayet bir de Tanrı iradesinin vicdan sesi şeklinde (ya da iç güdülerle), hatsi şekilde kişide (Kişi-Tanrı ilişkisi yolu ile) kendisini gösterdiği inanışı oluşmuştur. Katolikler Tanrı iradesinin kişi tarafından Klise aracılığıyla öğrenildiğini kabul etmekle beraber AKIL yolu ile de öğrenildiğini kabul ederler. Protestanlar ise yukardaki son iki inanışa bağlanmışlardır.

**K a d e r c i l i ğ i ve «Despot Tanrı» anlayışını GELİŞME kanunu haline getirebilen din adamı CALVIN'dir.**

Reformasyon liderlerinden Luther ve Calvin'e göre eski ve yeni din kitapları yardımıyla varılabilecek iki Tanrı anlayışı vardır; her iki anlayış da çifte değer ölçüsüne dayalıdır. Yeni Kutsal kitabın (ahd-i cedid/New Testament) tanımladığı Tanrı anlayışında Tanrı İYİLİK ve ŞEVKAT kaynağıdır. Fakat bunun gerisinde, eski Kutsal kitaplara göre (ahd-i atik/Old Testament) tanımlanan keyfî ve otoriter ve despot Tanrı anlayışı yatar. Luther'e göre yeni din kitabındaki İYİLİK Tanrısı, eski kitabdaki despot Tanrı anlayışına öncelik ve üstünlük taşır.

**Tanrı'nın keyfiliği ve despotizmi kavımından kişi için çalışma enerjisi çıkartan CALVIN...**

Calvin ise daha ziyade eski din kitabındaki keyfî ve despot Tanrı'yı, yani Yehova'yı ön plana almıştır. Bundan da Tanrı iradesinin üstünlüğü ve kadercilik fikrini geliştirmiştir. Calvin'e göre kişi Tanrı'nın elinde bir araçtır. Tanrı kişinin kaderini çizer; bu

<sup>24</sup> Bu konuda bk. E. Harris Harbison, «*Protestant and Catholic*», (in «*Great Problems in European Civilization*» Edited by K. M. Setton & H. R. Winkler, 2nd edition, Prentice-Hall Inc. New Jersey 1966 sh. 226-253, 227).

bakımdan kişi Tanrı iradesine bağlıdır. Ona hizmet etmek durumundadır. Fakat Tanrı'ya hizmet çalışmak, emek sarfetmek ve varlık edinmek suretiyle olmalıdır. Dünya yaşamlarını yoksulluklar içerisinde, feragat ile geçirmek değil aksine çalışıp kazanarak geçirmektir Tanrı'ya hizmet. Tanrı yeryüzü insanların sadece bir kısmını, ve az bir kısmını ebedî ödüllere kavuşturacak ve kurtaracaktır. Bunlar Tanrı'nın seçtiği, özendiği kimselerdir. Tanrı'nın adâleti yeryüzü adâletinden farklıdır; yeryüzünün adâlet ölçülerini Tanrı'nın adaletine uygulamak mümkün değildir ve daha doğrusu Tanrı'ya hakârettir. Tanrı'nın kendisine özgü bir adâleti vardır; o kendi bildiği gibi karar verir ve adâlet dağıtır. O hiç bir kınunla bağlı değildir; iradesi keyfidir. Onun kararlarını ve adâletini insanların anlamağa çalışması doğru değildir. Tanrı insanların kaderini keyfi şekilde elinde tutar ve yön verir. Tanrı'nın yaptığı her şeyde bir hikmet vardır; Tanrı'nın yaptıklarına akıl erdirmeğe girişmemek gerekir. İnsanların bir kısmı Tanrı'nın inayetine kavuşmuştur ve diğer bir kısmı ise Tanrı tarafından lânetlenmiştir. Onlar ebediyen kayba uğrayacaklardır, cehennemlere atılacaklardır. Tanrı bunu böyle istemiştir. Tanrı tarafından lânetlenmişlerin kendi durumlarından sızlanmağa kalkmaları, hayvanların kendi kendilerine eden dolayı insan şeklinde yaratılmadıklarını sormalarına benzer. Tanrı ile yaratıklar arasında aşılması mümkün olmayan bir köprü vardır. Tanrı'nın kişiler için çizdiği kaderi insan yapısı kanunlarla değiştirmek olanağı yoktur.<sup>25</sup>

Kaderi böyle çizilen kişi çalışmak suretiyle Tanrı'nın emrine uymuş olur. İşte bu noktada Calvin, biraz yukarda belirttiğimiz anlayışı, yani çalışmayı iman haline sokan anlayışı yerleştirmek suretiyle bu kader felsefesini çalışma duygusunun motoru yapar.

### İSLÂM ÜLKELERİNDE VE BİZDE DİN ADAMI, DİN KURULUŞUNU YOKSULLUĞU VE MİSKİNLİĞİ FAZİLET VE KADER VE SABIR'I BU ZİHNİYETİN ARACI HALİNDE TUTMUŞTUR :

İslâm toplumlarında din adamları (ve ilmiye sınıfı)'nın tek uğraşısı insan varlığının mahviyetini ve yoksulluğunu fazilet halin-

<sup>25</sup> Bu konuda bk. Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, New York 1958 sh. 221, not. 12; sh. 113-4, 104.

de belirten din hükümlerini hiç değiştirmeden uygulamak, kişi'yi kader oyuncağı yapmak ve sabır ile yoğurmak ve böylece onu zavallı, her şeye boyun eğen, rızkını kendi gayretinde değil Tanrı'dan bekleyen yaratık durumunda tutmak olmuştur. Kişi'nin fikren ve maddeten gelişmesi, mutluluk ve varlık içerisinde yücelmesi ve kendi kaderine sahip olarak yaşaması ve buna benzer sorunlar onu ilgilendirmemiştir. Maddî ve manevî bakımdan kişinin eziklikler, gerilikler, çileler ve mutsuzluklar içerisinde yaşamasını oluşturmaktan başka düşüncesi olmamıştır.<sup>26</sup>

### İSLÂMDA YERYÜZÜ YOKSULLUKLARINI VE MUTSUZLUKLARINI DİNSEL FAZİLET ŞEKLİNDE GÖREN DÜZEN VE BU DÜZENİN SÜRDÜRÜCÜSÜ OLARAK DİN ADAMI :

Yeryüzünün pek az ülkesi vardır ki İslâm ülkelerinde ve dolayısıyla bizde olduğu kadar yoksulluğu ve ilkel ve basit yaşamları ve yeryüzü mutsuzluklarını ve pejmürderliği dince fazilet sayсын ve bunu sabır işi yapsın. Uygar ülkelere bitişik bir başka ülke gösterilemez ki «Bir lokma ekmek, bir hırka» felsefesini bizde olduğu kadar Tanrı emri ve KADER işi diye bellesin ve bilinçli şekilde benimsensin. Bir başka toplum gösterilemez ki günlük yaşamları itibariyle bizdeki (ve diğer İslâm ülkelerindeki) kadar zavallı durumlarda bulunmayı utanılacak şey saymasın.

Nüfusumuzun yüzde seksenine yaklaşık oranı (genellikle köylü sınıflarımız) kendi günlük yaşamlarına ve insanlık haysiyeti duygusuna önem vermez. Yırtık, pejmürde ve pis giysiler içerisinde dolaşmak, toprak altındaki evlerde oturmak, hayvanlarla alta alta üstüste yaşamak, yere çöküp parmaklarla yemek yemek, taşlarla taretlenmek, günlük geçimini sağlayacak kadar çalışmak ve onu bile yapmayıp rızkı Tanrı'dan ummak, ve daha saymakla bitmeyecek nice ilkel ve geri yaşantıları sürdürmek ve bunu Tanrının dileği şeklinde kabul etmek ve fazilet gibi görmek onlar için doğaldır. Geçmiş yüzyıllar boyunca olduğu gibi bugün de bu böyledir; değişen bir şey yoktur.

Çünkü onların kafalarına, yoksulluğun ve rızık azlığının ve yeryüzü mutsuzluklarının Tanrı iradesi gereği olduğu ve bunun, iler-

<sup>26</sup> Bu konuda bk. İlhan Arsel, *Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına*, Ankara 1975, sh. 300 ve d.

de cennetlere kavuşmak için bir deneme, bir sınav niteliği taşıdığı inançları sokulmuştur: hem de din hükümleri ve Tanrı ve Peygamber emirleri olarak... Yoksul kişilerin varlıklı kişilerden en az beşyüz yıl önce cennete girecekleri onlara müjdelenmiştir. Kur'ân ve Hadis'lerde bununla ilgili din hükümleri, gece gündüz insanlarımızın beyinlerine şırınga edilir.

**Ekonomik bakımdan KİŞİ'yi atıl, verimsiz yapan, onu yoksulluk felsefesiyle yetiştiren DİN ADAMI**

Yüzyıllar boyunca rızık ve varlığın ya da yoksulluğun doğrudan doğruya Tanrı'dan gelme olduğu inancını dinsel bir inanış şeklinde kişi'nin kafasına yerleştirenler, kendilerini bilgin diye gösteren din adamlarıdır. DİN ADAMI derken bu deymi hiç kuşkusuz en geniş şekliyle (İlmiye sınıfını da kapsar olarak) kullanmakta olduğumuzu hatırlatmak gerek. Ancak halkı doğrudan doğruya elinde yoğuranlar din adamları olduğu içindir ki sorumluluğun büyük kısmı onların omuzlarındadır.

Din adamı, yoksulluğun fazilet olduğunu ve rızık Tanrı'dan gelme bulunduğunu ve Tanrı'nın keyfine, isteğine ve dileğine göre ayarlandığını öğretirken bunu kendi kafasından uydurduğu esaslara göre değil ve fakat kendisinin de yetişmesinde rol oynayan din malzemesine dayanarak yapmıştır ve halen de yapar. Bu konuda din adamının öğrendiği ve öğretmekle görevli olduğu din hükümlerinden bir kısmını ve bunların geçmişteki nazari ve amelî yönlerini *Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına* başlıklı kitabımız da belirtmiş idik.<sup>27</sup>

Bunlardan bazılarına kısa da olsa burada değinmekte yarar vardır.

**Rızık Tanrı'dan; Tanrı dilediğine fazla, dilediğine AZ rızık verir...**

Rızık doğrudan doğruya Tanrı'dan geldiği ve Tanrı'nın bu konuda tam bir keyfilik içerisinde davrandığı ve dilediğini bol rızıklı ve dilediğini de az rızıklı kıldığı, din hükümleriyle ortadadır ve bu hususta sayısız Kur'ân ve Hadis hükümleri vardır. Bunlardan sadece bir kaçını belirtecek olursak :

<sup>27</sup> Ankara 1975, sh. 300 ve d.

*Al-i İmran Sûresi*'nin (Sûre 3) 73 cü âyetinde : «...bol nimet Allah'ın elindedir, onu dilediğine verir...»; *İbrahim Sûresi*'nin (Sûre 14) 11 nci âyetinde : «Allah dilediğine lütfeder, ihsanda bulunur»; *Nûr Sûresi*'nin (Sûre 24) 38 ci âyetinde: «Tanrı dilediğini hesapsız şekilde rızıklandırır»; *Ra'd Sûresi*'nin (Sûre 13) 26 cı âyetinde : «Allah dilediği kimsenin rızıkını genişletir...» şeklinde hükümler vardır. Bunlara daha pek çok benzer hükümler eklenebilir.<sup>28</sup>

### «...Sizi.....açlıkla sınavacağız...» (Bakara Sûresi 153)

Yoksulluk ve açlık, Tanrı'nın kendi sevdiği kullarına ihsan ettiği bir şeydir. Kulları içerisinde sevdiklerini Tanrı açlık ve yoksulluk ile denemekte ve onları sınamaktadır. *Bakara Sûresi*'nin (Sûre II) 153 cü âyetindeki «...sizi birazcık korkuyla, açlıkla, mal can ve meyve noksaniyle sınavacağız, müjdele sabredenleri» şeklindeki hükümden tutunuz da *al-Nahl Sûresi*'nin 71 nci âyetindeki «Allah rızık bakımından bir kısmınızı bir kısmınızdan üstün etmiştir...» şeklindeki hükme ve yine *al-An'am Sûresi*'nin 53 ncü âyetindeki : «...ve biz Allah'ın aramızdan seçip lütfettiği bunlar mı demeleri için halkın bir kısmını bir kısmıyla sınarız...» hükmüne varıncaya kadar ve bunlara eklenebilecek nice hükümlerle YOKSULLUK ve AÇLIK yüceltilmiş ve Kur.ân hükümleriyle fazilet haline sokulmak istenmiştir. Ayrıca Arap Peygamberi'nin, yine vahiy yolu ile yerleştirdiği buna benzer sayısız Hadis (Sünnet) hükümleri de vardır.<sup>29</sup>

### Yoksullar varlıklılardan beşyüzyıl önce cennete gidecek

Yine sayısız denebilecek din hükümleriyle yeryüzü yoksullarının gelecek dünyada en güzel varlıklara ve yaşamlara kavuşacakları öngörülmüştür. Müslim'den gelme Hadis'lere göre yoksullar varlıklılardan kırk yıl önce ve Ebû Hüreyre'nin söylemesine göre ise 500 yıl önce cennet'e gireceklerdir. Arap peygamberi bunun böyle olduğunu garantilemiştir.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Aşağı yukarı aynı deyimlerle bu hususlar *İsxâ Sûresi*'nde (âyet 30), *Ankebut Sûresi*'nin 62 nci âyetinde, *Rûm Sûresi*'nin 37 ci, ve diğer sûre ve âyetlerde ayrıca belirtilmiştir.

<sup>29</sup> Bk. İlhan Arsel, *Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına*, Ankara 1975, sh. 300 ve d.

<sup>30</sup> *Ibid.* sh. 305.

Peygamberi ziyaret eden Ömer'in: «Ey Peygamber, sana inanlanlara bolluk vermesi için Tanrı'dan istekte bulunsana...» demesi üzerine Muhammed'in: «Ey Kattab'ın oğlu bu yeryüzünün bazı insanlarına dünya zevkleri tanınmıştır.... Yeryüzünün onlara ve gelecek dünyanın bizlere ait olmasından dolayı mutluluk duymaz mısın?» dediği hususunda görüş birliği vardır.

### Ve öte yandan mutlu ve varlıklı azınlık

Yeryüzü yoksullukları ve mutsuzlukları halk yığınlarına en büyük fazilet ve ödül olarak Kur'an ve Hadis hükümleriyle belirtilirken, diğer yandan da Tanrı'nın lütfuna mazhar olmuş azınlık için varlık edinmenin sakınca teşkil etmediği de öğretilir.<sup>31</sup> Esasen yoksulluğu başkaları için fazilet gibi gösteren ilk İslam yayıcıları oldukça varlıklı kişilerdi.

### Dilediğini varlıklı yapan, dilediğine sermaye veren Tanrı...

Din adamı, bir yandan rızıkın kader işi olduğunu ve yoksulluğun fazilet sayıldığını din hükümlerine dayanarak halka anlatırken diğer yandan da varlık sahibi mutlu azınlığın güvencesini sağlayıcı din hükümlerini de gözler önüne sermekten geri kalmaz. Varlığın yani bol rızıkın Tanrı'dan gelme olduğunu söylerken s e r m a y e'nin dahi doğrudan doğruya Tanrı'dan gelme ve Tanrı'nın keyfine göre dağıtılma olduğuna insanları inandırır. Geçmiş yüzyıllarda olduğu gibi bugün de yaptığı budur. Elinin altında bulundurduğu Kur'an hükümlerinden bazılarını belirtecek olursa : *Necm Sûresi*'nin (Sûre 53) 48 ci âyetinde : «Zengin eden ve SERMAYE veren O'dur»; *Nûr Sûresi*'nin (Sûre 24) 33 cü âyetinde: «...Allah kendilerini lütfu ile zenginleştirene kadar...» gibi hükümler ortadadır. Bunlara daha pek çoklarını eklemek ve Hadis (sünnet) hükümlerinden örnek vermek mümkündür.

### DİN ADAMI KİŞİ'Yİ «HIÇ BİR ŞEY İNSANIN KENDİ ÇALIŞMASI VE ÜRÜNÜ DEĞİLDİR» ŞEKLİNDEKİ DİN HÜKÜMLERİYLE YETİŞTİRİR VE MİSKİNLEŞTİRİR :

Batılı din adamı *çalışmayı* din haline getirmiş ve çalışma ve emek sarfı yolu ile varlık edinmeyi (para kazanmayı) Tanrı'ya hiz-

<sup>31</sup> İlhan Arsel, *Teokratik Devlet Anlayışından...*, sh. 310 ve d.

met olarak nitelendirmiştir. Varlığı ya da yoksulluğu veren Tanrı değil kişi'dir, insanın kendisidir. Reformasyon'dan bu yana Batılı din adamı kendi insanlarını bu zihniyetle yoğurmuş ve Batı ekonomisinin canlanmasında büyük rol oynamıştır. Luther'in ve Calvin'in ve diğer Reformasyon liderlerinin işledikleri bu fikirler bilim adamlarınca da geliştirilmiştir.

Oysa ki İslâm dünyasında durum bunun tamamiyle tersine oluşmuş ve din adamı kişi'yi kendi emeği ve iradesiyle hiç bir şey elde edemeyeceği, ancak Tanrı'nın izniyle, dileğiyle ve emriyle edebileceği fikriyle beslemiştir. Bunun için de Kur'ân ve Hadîs hükümlerini olduğu şekilde belletmeye çalışmıştır.

«Ektiğiniz tohumu siz mi bitiriyorsunuz... Yoksa BİZ mi?» (*al-Vakıa Sûresi âyet 63-67*).

Gerçekten'de gerek Kur'ân ve gerek Hadîs hükümleri arasında bunun böyle olduğuna dair sayısız esaslar vardır. Rızkın Tanrı tarafından saptandığına ve Tanrı dileğince müslümanlar arasında dağıtıldığına, Tanrı'nın dilediği kimselere az, dilediklerine çok rızık vereceğine dair olan hükümlerden başka bir de çalışma ürünü sayılabilecek her şeyin insan gayreti ve emeği ile değil ve fakat Tanrı gayreti ile ortaya çıktığına dair hükümler vardır.

Kur'ân'ın *al-Vakıa Sûresi*'nin (Sûre LVI/56) 63 ilâ 67 ci âyetlerinde aynen şöyle yazılıdır: «...görmez misiniz ektiğiniz tohumu... siz mi bitiriyorsunuz onu, yoksa biz mi bitirmekdeyiz?... Dilersek elbette onu kurutup çer çöp haline getirirdik de şaşırır kalır, nadim olur dururdunuz... Gerçekten de — biz derdiniz, zıyan ettik...»

Görülüyor ki, ekin yetiştirmek, hububat yetiştirmek, yani çiftçilik yapmak ve ziraatla uğraşmak ve bu yoldan ürün elde etmek Kişi'nin kendi çalışması ve emeği ile oluşan bir şey değildir. Kişi ne kadar özenirse özensin, ne kadar gayret sarf etmek isterse istesin, ne gibi tedbirler alırsa alsın, sonuç almak (yani ürün edinmek) onun bu çalışmalarının var kıldığı şeylerden değildir. Her şey Tanrı'nın dilek ve isteğiyle, iradesiyle ve gayreti ile oluşmaktadır. Çiftçinin, reñberin tarlaya ekin ekmesi ve onu yetiştirmek için gayret göstermesi önemli değildir. Tanrı, eğer dilerse, ekilen ekini kurutup çer çöp haline sokar, dilerse ekilen tohumu biter hale sokar. Tanrı'nın keyfine kalmış bir şeydir bu Şu durumda

ekin ekmek isteyen kişi için yapılacak tek şey Tanrı'nın keyfinin oluşmasını beklemektir; bunun dışında tedbir almak ve hatta fazla emek ve gayret sarfetmek yersizdir.

**Ve din adamı rızık'ın emek karşılığı olduğuna dair hükümleri geçersiz kılar.**

Her ne kadar gerek Kur'ân ve gerek Hadis hükümleri arasında yoksulluğun Tanrı'dan geldiğini belirleyenler pek yoğun ise de rızık'ın emek ve çalışma karşılığı olduğunu gösterir hükümler de yok değildir. Örneğin *Necm Sûresi*'nin (Sûre 53) 39 ve 40 ncı âyetlerinde: «İnsan ancak çalıştığını elde eder», ve «çalıştığının karşılığı da gösterilir ona» gibi ya da da *Bakara Sûresi*'nin (Sûre 2) 197 ci âyetindeki, «Rabbınızdan rızık fazlalığı isteyerek ticarete bulunmanızda beis yoktur» şeklindeki hükümleri belirtmek mümkündür.

Hiç kuşkusuz bu hükümler rızıkın ve sermayenin ve varlığın doğrudan doğruya Tanrı tarafından, ve O'nun istek ve dileğine göre, verildiğini öngören ve biraz yukarda değindiğimiz hükümlerle çelişki halinde bulunan hükümlerdir. Diğer her konuda olduğu gibi bu konuda da Kur'ân ve Hadis hükümleri, birbirleriyle çatışır durumlar yaratır. Fakat ne olursa olsun eğer din adamı istemiş olsaydı ve eğer Batı'da Luther'lerin ve Calvin'lerin yaptığı gibi toplum yararına davranmaktan kaçınmasaydı bütün bu olumsuzlukları giderir ve çalışmayı din haline getirebilirdi. Ancak ne var ki din adamı hiç bir zaman kişi'nin ve toplumun ekonomik bakımdan (tıpkı diğer bakımlardan olduğu gibi) gelişmesini ve bilinçlenmesini istememiştir. Aksine kişi'yi ve toplumu mümkün olduğu kadar yoksul ve aç tutmak ve o şekilde yaşamağa zorlamak suretiyle kendi egemenliğini ve sömürüsünü sürdürmek istemiştir. Oysa ki Batı'da, biraz yukarda gördüğümüz gibi, din adamı din kiplerindeki yoksulluğu öngören hükümlere rağmen ekonomik gelişmeyi sağlayıcı çabalarda bulunmuş ve böylece çalışmayı din haline getirmiş ve ekonomik kalkınmada önemli bir rol oynamıştır.

**DİN ADAMI'mn, KİŞİ'yi KADER OYUNCAĞI haline getirip YOKSULLUK FELSEFESİ ile yöğurarak insanlığından uzaklaştırması :**

Denilebilir ki din adamının bu topluma yaptığı kötülüklerin en büyüklerinden biri de KİŞİ'yi kader oyuncağı haline getirip,

uyuşuk, miskin, yaratıcı güçten yoksun kılması ve bu yetmiyormuş gibi bir de yoksulluk felsefesi içerisinde yoğurup insanlığından uzaklaştırmasıdır. Her ne kadar bu konuya *Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına* başlıklı kitabımızda<sup>32</sup> yer vermişsek de burada bu sorunu din adamı açısından ve onun sorumluluğuna giren hususlar bakımından kısaca incelemek gerekir.

**Kişi'nin sorumluluğuna yer veren hükümlere din adamı itibar etmez :**

Her ne kadar Kur'ân ve Hadîs hükümleri arasında kaderciliğe yer veren ve kişiyi kendi iradesi dışındaki güçlere oyuncak yapan hükümlerin ağırlığı inkâr edilemez ise de kişi'nin sorumluluğunu öngören ve iyilik ve kötülüğün insanın kendinden geldiğini belirten hükümler de yok değildir. Bu hükümler genellikle Muhammed'in daha Mekke'de peygamberlik görevine başladığı ve kendisini güçlü saymadığı dönemde oluşmuştur. Fakat her ne olursa olsun din adamı, eğer biraz insanlık sevgisi ve duygusu ile davranmak ve toplumu (kişileri) fikren ve ruhen az da olsa geliştirmek isteseydi bu tür hükümlere yönelir ve onları geçerli kılar ve bunlara aykırı nitelikteki kader hükümlerini kullanırmayabilirdi. Tıpkı bir zamanlar Mu'tezile sınıfının yaptığı gibi kişiyi kendi davranışlarının sorumlusu haline getirmek hem bir yandan onun gelişmesini kısmen sağlar ve hem de Tanrı anlayışını yüceltmiş olurdu. Eğer «Kur'ân senin lehine yahud aleyhine hüccettir. Her kes sabahleyin işine, gücüne çıkar da kendisini satar, ya kazanır, ya kaybeder» şeklindeki hükmü, ya da «... bir kul günaha düşmekten korkarak günah olmayan şeylerden sakınmadıkça müttekiler derecesine çıkamaz» hükmüne benzer hükümleri, ya da Fecr Sûresi'nin (Sûre 89) 14 cü âyetindeki «Rabb'im gözetleme mevkiindedir bütün ef'âl ve harekâtınızı murâkebe eder» şeklindeki ve benzeri hükümleri ön plâna alıp buna aykırı düşenleri uygulanamaz hale sokabilse idi yine de büyük iş görmüş sayılabilirdi.<sup>33</sup>

Bir zamanlar Mu'tezile sınıfının yaptığı gibi, din adamlarımız Kur'ândaki «Kim doğru yolu bulursa ancak kendisi için bulmuş-

<sup>32</sup> Ankara 1975, sh. 300 ve d.

<sup>33</sup> Bu Hadisler için bk. *Riyazü's Sâlihîn ve Tercemesi*, Cilt I, Ankara 1972, Hadîs no. 25 sh. 52; ve Cilt II Ank. 1971 sh. 30, Hadîs no. 598.

tur ve kim yoldan sapmışsa kendisini sapıtmıştır...» (*al-İsra Sûresi*, âyet 7), ve yine yine *Fussilat Sûresi*'nin 46 cı âyetindeki «Ve kim iyi iş yaparsa faydası kendisinedir ve kim kötülük yaparsa zararı kendisine...» hükmüne ve benzerlerine sarılabilselerdi belki bu topluma yararlı olma olanağını hazırlayabilirlerdi. Bunda başarılı olurlar mıydı ve kaderciliğe ağırlık veren bir düzen içerisinde kendi dindaşlarını sorumluluk duygusuna sürükleyebilirler miydi bu ayrı bir sorun. Fakat ne var ki bu alanda hiç bir zaman en ufak bir iyi niyet davranışı içerisinde girmemişler ve kişileri ve toplumu kader felsefesiyle baş başa bırakmayı tercih etmişlerdir. Çünkü kader felsefesi onların kendi işlerine gelmiş ve kendi çıkarlarına araç olmuştur.

#### **Din adamının itibar ettiği şey kör bir kadercilik olmuştur.**

Din adamının yaptığı şey her şeyden önce Tanrı'yı, insanın doğuşundan önce ve ölümünden sonra olmak üzere kader çizen ve oluşturan bir güç olarak göstermek olmuştur. Din adamının tanımıyla Tanrı, bir şeyin olmasını istediği zaman «OL» diyen ve dediği zaman olduran (*Nahl Sûresi* âyet 40), ve her şeyi var kılan ve isterse ölüyü bile diriltten (*A'râf Sûresi* âyet 57) güçtür. Yeryüzünde yürür hiç bir mahlûk, hiç bir yaratık yoktur ki onun kaderini Tanrı çizmemiş olsun (*Hûd Sûresi* 56). İşte böylesine kudret sahibi Tanrı kişilerin ve her şeyin kaderini mutlak şekilde kendi keyfine göre çizmiştir. Bunu anlatmak ve insanların kafasına iyice yerleştirmek için din adamı Kur'ân hükümlerine, Kur'ân'ın kader âyetlerine sarılır. Elinde bu konuda pek çok malzeme vardır.

#### **Tanrı dilediğini saptırır dilediğini doğru yola sokar :**

Din adamının öğrendiği ve öğrettiği en temel inanç o'dur ki Tanrı dilediği kuluna doğru yolu gösterir ve dilediğini de saptırır. Pek çok Sûrelerin pek çok âyetlerinde bu husus açıkça hükme bağlanmıştır. Bunlardan sadece bir kaçını örnek olmak üzere verecek olursak : *Yûnus Sûresi*'nin (Sûre 10) 25 inci âyetinde : «...Allah dilediğini doğru yola eriştirir» diye hüküm vardır. *Nâhl Sûresi*'nin (Sûre 16) 93 cü âyetinde : «Allah dileseydi tek bir ümmed yapardı. Ama, O istediğini saptırır, istediğini doğru yola eriştirir...»

**Tanrı bir topluluğun kötülüğünü dilerse o kötülüğü geriye atmaya imkân yok.**

*Kehf Sûresi'nin* (Sûre 18) 17 ci âyetinde : «Allah'ın doğru yola eriştirdiği kimse hak yoldadır. Kimi de s a p t ı r ı r s a artık ona doğru yolu gösterecek bir rehber bulamazsın». *Ahzâb Sûresi'nin* (Sûre 33) 17 nci âyetinde : «De ki Allah size bir kötülük dilerse... Kimse kurtaramaz o kişiyi»; *A'râf Sûresi'nin* (Sûre 7) 186 ncı âyetinde : «Allah kimi yoldan çıkarırsa artık yoktur onu doğru yola sevkedecek» ; *Nisâ Sûresi'nin* (Sûre 4) 88 nci âyetinde : «Allah'ın saptırdığını (yoldan çıkarıp azdırdığını) doğru yola sokmak mümkün değildir»; *Ra'd Sûresi'nin* (Sûre 13) 11 nci âyetinde : «Allah bir milletin kötülüğünü (fenâlığını) dileyince artık onun önüne geçilemez (o kötülüğü geriye atmağa imkân yoktur)».<sup>34</sup>

**Tanrı dilediğini rahmetine alır...**

*Mürselât Sûresi'nin* (Sûre 77) 31 nci âyetinde : «...(Tanrı) dilediğini rahmetine alır (Dilediğine rahmet eder)».

**Dilediğinin gönlüne gaflet verir...**

*Kehf Sûresi'nin* (Sûre 18) 28 ci âyetinde : «... Gönüllerine gaflet verdiğimiz kişiye... itaat etme».

**Tanrı kimi müslüman yapmak isterse onun gönlünü açar...**

*En'âm Sûresi'nin* (Sûre 6) 125 nci âyetinde : «Allah kimi doğru yola koymak isterse onun kalbini İslâmiyete açar, kimi de saptırmak isterse, göğre yükseliyormuş gibi, kalbini dar ve sıkıntılı kılar...».

Yine *Zümeer Sûresi'nin* (Sûre 39) 22 ci âyetinde : «Allah kimin gönlünü İslâma açmışsa o, Rabbi katından bir nur üzere olmaz mı?...».

*Yûnus Sûresi'nin* (Sûre 10) 100 cü âyetinde : «Allah'ın izni olmadıkça hiç kimse inanamaz...» ve yine aynı Sûre'nin bir önce-

<sup>34</sup> Buna benzer diğer bazı hükümler arasında : *Ra'd Sûresi'nin* (Sûre 13), 4 cü ve 27 ci; *Kasas Sûresi'nin* (Sûre 28) 56 cı; *Rûm Sûresi'nin* (Sûre 30) 29 cu; *Şûra Sûresi'nin* (Sûre 42) 44 cü; *Müddessir Sûresi'nin* (Sûre 74) 31 nci; gibi ve buna benzer diğer âyetler de vardır.

ki 99 ncu âyetinde : «... Ey Muhammed, Rabbin dileseydi yeryüzünde bulunanların hepsi inanırdı...» diye yazılıdır.

*Nûr Sûresi*'nin (Sûre XXIV) 40 cı âyetinde : «Allah'ın nur vermediği kimsenin nûru olamaz»; *Ra'd Sûresi* (Sûre 13) 31 ci âyetinde : «... Allah dileseydi bütün insanları doğru yola sevkederdi...»; Muaviye'den gelme Hadis olarak «... (Tanrı) her kimin hayrını isterse ona DİN hususunda anlayış verir...»<sup>35</sup> gibi hükümleri sadece birer örnek olmak üzere vermek mümkündür.

**Tanrı hem dilediğini müslüman yapar hem doğru yola sokar, ve hem de müslüman olmayanı ve saptırdıklarını cezalandırır...**

Yukardaki hükümlerle ilgili olarak hemen şunu burada tekrar belirtmekte yarar vardır ki, yukarda görmüş olduğumuz kişileri kör bir kaderciliğe iten Sûrelerin hemen hemen aynı âyetler içerisinde kaderin kölesi şeklinde oluşturulanların bir de beyinlerini işlemez ya da ters işler duruma sokan hükümler vardır. Bir yandan «Tanrı dilediğini saptırır dilediğini doğru yola sokar» ya da «Dilediğini Müslüman yapar dilediğini sapıtır» şeklinde hükümler var iken aynı ayetin bir satır önünde ya da arkasında bununla hiç kaynaşmayacak ve Tanrı'nın büyüklüğü ile bağdaşmayacak satırlar yer almıştır. Örneğin *En'âm Sûresi*'nin 125 ci âyetinin ilk satırlarında «Allah kimi doğru yola koymak isterse onun kalbini İslâmiyete açar, kimi de saptırmak isterse... kalbini dar ve sıkıntılı kılar...» dedikten sonra bunu izleyen satırda da «...Allah inananları küfür bataklığında bırakır» der. Yine bunun gibi *Yûnus Sûresi*'nin 99 cu âyetinde : «...Rabbin dileseydi yeryüzünde bulunanların hepsi inanırdı...» diye hüküm var iken ve bunu izleyen 100 cü âyet'de «Allah'ın izni olmadıkça hiç kimse inanamaz...» derken hemen sonraki satırda «... o akletmeyenlere kötü bir azab var» denmiştir. Yine *Nahl Sûresi*'nin 93 cü âyetinde «Allah dileseydi sizi tek bir ümmet yapardı. Ama o istediğini saptırır, istediğini doğru yola eriştirir...» denmiştir; ama hemen sonraki satırda «İşlediklerinizden... sorumlu tutulacaksınız» diye hüküm vardır. *Âl-i İmran Sûresi*'nin 90 ncı âyetinde «Kâfir olanlara... sapık olanlara azab var» diye hüküm sevkederken (aynı şekilde *Nahl sûresinde* de (âyet 88) öyle) Tanrı'nın dilediği kimseleri sapıtır olduğuna dair hükümleri unutulmuş görünür. *Zümer Sûresi*'nin 22 nci âye-

<sup>35</sup> *Sahih-î Buhari Muhtasari...* Cilt I, Ankara 1970 sh. 77 Hadis no. 64.

tinde «Allah kimin gönlünü İslâm'a açmış ise o Rabbi katından bir nur olmak üzere olmaz mı» derken hemen sonraki satırda «Kableri Allah'ı anmak hususunda katılmış olanlara yazıklar olsun, işte bunlar apaçık sapıklıklardır» diye hüküm vardır. Bu listeyi daha pek çok uzatmak mümkün. Görülüyor ki kaderciliği en salt şekliyle kişilere aşıl原因an din adamı bir de bu yoldan kişiyi fikren kötürüm hale getirecek davranışlarda bulunmaktadır.

**FELÂKETİN «HAYIR» ÂLAMETİ OLDUĞU VE TANRI'NIN SADECE SEVDİĞİ KULLARINA BELÂ VERİR OLDUĞ İNANCINI YERLEŞTİREN DİN ADAMI :**

Tarihimiz birbirinden büyük ve birbirini izleyen felâketlerle doludur. Hele XVII ci yüzyılın başlarından itibaren uğrar olduğumuz yenilgiler dehşet vericidir ve üstelik haysiyet kırıcıdır. Ancak ne var ki KADER felsefesiyle yoğurulmuş insanlar topluluğu olan Osmanlı devleti bu felâketlerden ders almak şöyle dursun bunları Tanrı'nın bir «ihsanı» gibi görmüş ya da görmeye alıştırmıştır.<sup>35a</sup> Bu alışkanlık ve bu inanış bütün İslâm ülkeleri ve toplumları bakımından böyle olmuştur. Nufusu yüz milyona yaklaşık Arap ülkelerinin (Mısır, Suriye, Ürdün, vs.) nufusu üç dört milyonu geçmeyen İsrail karşısında üçüncü kez olarak 1967 yılında haysiyet kırıcı yenilgiye uğramasından sonra Mısır Başkanı Nasır, Arap yenilgilerini Tanrı denemesine bağlamış ve el-Ezher aynı görüşlerle ona katılmış ve bu arada nice ünlü yazar ve düşünürler bu yenilginin bir Tanrı inayeti olduğu görüşünü savunmuşlardı. Bu inanış İslâm halklarının 1400 yıllık bir geleneğidir ve geleneğin aynı sarsılmaz inançla sürdürülmesi din adamının gayretleriyle olur. Çünkü din adamı felâketlerin önce'den ve Tanrı tarafından saptanmış bulunduğunu ve kötülüklerin Tanrıdan gelir olduğunu ve Tanrı'nın sevdiği kullarına verildiğini din kurallarına ve Kur'an hükümlerine dayanarak anlatmaktan usanmaz.

**Felâketler Tanrı'ca önce'den saptanmıştır : Hdîd Sûresi, âyet 22.**

Din adamının elinin altında bu inancı kökleştirici nitelikte Kur'an âyetleri ve Hadisler çoktur. Hadîd Sûresi'nin (Sûre 57) 22 nci âyetinde yer alan ve «Yeryüzüne ve sizin başınıza helen her

<sup>35a</sup> Bu konuda bk. İlhan Arsel, *Teokratik Devlet Anlayışından...*, sh. 452 ve d.

hangi bir olay (bir felâket) yoktur ki biz onu yaratmadan önce O kitabda bulunmasın, doğrusu bunu bilmek Allah'a kolaydır» şeklindeki hüküm din adamının ilk başvuracağı ve vurduğu hükümlerden biridir.

**Felâket ve belâ büyük oldukça mükafatı da büyüktür; Tanrı sevdiğine belâ verir...**

Diyanet İşleri Başkanlığının yayınladığı *Riyazü's Sâlihîn ve Tercemesi* adlı kitabın birinci cildinde Enes'den naklen gelen bir Hadîs vardır ki İslâm toplumlarında felâketin ve belâların neden dolayı Tanrı nimeti olarak benimsendiğini göstermeğe yararlıdır. Bu Hadîs'de Muhammed şöyle demiştir: «Allah bir kulunun iyiliğini dilerse, dünyada cezasını tâcil eder. Eğer bir kuluna fenâlık dilerse suçundan dolayı onu dünyada cezalandırmaz... Mükâfatın büyüklüğü belânın büyüklüğü nispetindedir. (Allah) bir kavmi severse onları belâyâ uğratar. Bir kimse mukadderata razı olursa Allah ondan razı olur.»<sup>36</sup> Ve işte geçmişte olduğu gibi bugün de din adamlarımız insanlarımızı bu yukardaki ve buna benzer sayısız hükümlerle yetiştirmekte ve felâketi umursamaz ya da Tanrı mükâfatı sayma alışkanlığı içerisinde oluşturmakta ve her hâlû kârda felaketten en ufak bir ders almak ve bir yeni felâketi önlemek gibi düşüncelere yönelmeyi önlemektedirler. Tarihimiz boyunca Ruslarla 13 savaş yapıp bu 13 savaştan onikisini kaybetmiş ve sadece birini kazanmış olmamız ve her şeye rağmen yenilgiden ders almayı aklımızdan geçirmeyişimiz ve aynı şekilde yaşamlarımızın diğer bütün alanlarında bunun böyle olmakta sürüşü göz önünde tutulacak olursa böylesine kör bir kaderciliği bu milletin ruhuna sokan din adamlarının kötülüklerinin büyüklüğü bir kez daha anlaşılabilir olur.

**DİN ADAMI'NIN TANIMLADIĞI SABIR UNSURU, MİSKİNLETİCİ VE ATALETE SÜRÜKLEYİCİ VE HER HAKSIZLIĞI BENİMSETİCİ ŞEKLİYLE FAZİLET OLARAK KABUL EDİLİR :**

Kur'ân âyetleri ve Hadîs'ler (Sünnet hükümleri) kişi'yi **SABIR** yaşamlarına çağırın emirlerle doludur. **SABIR** denilen şey, in-

<sup>36</sup> Bk. *Riyazü's Sâlihîn ve Tercemesi*, Diyanet İşleri Başk. Yayınları, Ankara 1972, cilt I sh. 73, Hadîs no. 43.

sanların dinsel bir görevi olduğu oranda kişi bakımından meziyet ve fazilet taşır kabul edilmiştir. Dünya yaşamları boyunca her şeyi sabırla karşılamak, iktidar'ın her türlü haksızlıklarına ve istibdadına sabırla boyun eğmek, yoksulluğa, açlığa, susuzluğa ve rızık azlığına hep sabırla boyun eğmek ve ses çıkarmamak Tanrı ve Peygamber emirleri olarak, müslüman kişi'nin benimsemesi gereken şeylerdendir. Çünkü bu din hükümleri yolu ile öğretilen şey şudur ki Tanrı insanları SABIR yolu ile denemektedir. Kim ki her şeyi sabırla karşılar o Tanrı'nın en sevgili kulu olacaktır; tabii gelecek dünyalarda... Tanrı müslüman kişi'yi bazan açıklıkla, bazan korku ile bazan yenilgilere uğratmakla, bazan başkalarına köle yapılarak, bazan ezerek, bazan kazaya uğratarak, bazan VARLIKLI kılarak, vs.. evet pek çeşitli yollarla deneyecektir. Bütün bu denemelere SABIR ile karşı koymak gerekir.

İslam peygamberi kendi taraftarlarına hep bu SABIR unsuru ile istediği şeyleri yaptırmış ve onları istediği yola sürükleyebilmiştir. Uhud savaşında yenilpte o zamana kadar her şeyi Tanrı yardımı ile başardığı iddialarının boşlukta kalması üzerine, bu yenilgiyi Tanrı'nın müslümanları bir denemeden geçirmek için verdiğini söylemiş ve bu vesile ile Tanrı'dan inen âyeti bildirmiştir : «Allah sabredenlerledir»; «Allah yolunda öldürülenlere de ölü demeyin; onlar diridir amma siz anlayamazsınız»; «Andolsun ki sizi birazcık korkuyla, açlıkla, mal can ve meyve noksaniyle sınyacağız. Müjdele Sabredenleri... O sabredenler ki onlar, bir müsibete uğradılar mı 'Biz Allah'ımız, yine de gerisin geriye ona döneceğiz' derler». (*Bakara Sûresi*, 153-156).

«... Sizi birazcık korkuyla, açlıkla, mal, can ve meyve noksaniyle sınyacağız... Müjdele SABREDENLERE...»  
(*Bakara Sûresi* 153 - 156)

Sabır Tanrı katında en büyük nimetlere konmanın, en büyük ödülleri kazanmanın yoludur: «Ve sabretmelerine karşılık da mü-kâfatları cennettir ce ipeklilerdir» (*al-Dahr Sûresi*, 12).

Hiç kuşkusuz SABIR, kişi karakterinde başlı başına bir meziyet olarak yararlı iş görebilir. Fakat kişi'yi her türlü haksızlıklara, eşitsizliklere, insan haysiyetini zedeleyecek davranışlara karşı boyun eğmek ve yoksulluktan kurtulmayı dilememek, ve gelişmemek yönünde miskinliğe ve atâlete sokan bir unsur olarak son derece sa-

kıncalıdır da. İslâm dünyasının insanı SABIR unsurunu bu şekilde meziyet saydığı içindir ki hiç bir gelişmeye yönelmemiş ve yoksulluk, biçarelik, zulüm içerisinde yaşayıp gitmiştir. Ve onu bu yaşamlardan kurtarmayan da din adamı olmuştur.

### DİN ADAMI, İŞ ADAMI VE OY ADAMI :

İtoplumumuzun bazı sınıfları vardır ki, her biri kendi çıkarları bakımından din adamını beslemek ve desteklemek, din eğitimi sürdürmek, din eğitimi için din okullarının ve Kur'ân kurslarının çoğalmasını istemek ve Cami sayısının artmasını gözlemek gibi konularda elbirliğiyle ve bütün güçleriyle çalışırlar. Oy yatırımı yapabilmek ve halkı kazanabilmek amacıyla siyaset adamı din adamına ne kadar muhtaç ise kendi mutluluğunu ve yeryüzü eşitsizliğini sürdürebilmek için de varlıklı sınıflar da aynı şekilde muhtaçtırlar. Siyasetle uğraşanları «Oy adamı» deyimi ile ve az ya da çok varlıklı sınıfları da «İş adamı» deyimiyle karşılayacak olursak denilebilir ki din adamını kendi amaçlarına araç yapabilmek için oy adamı ve iş adamı her türlü kurnazlığı ve fedakârlığı gösterirler. Öte yandan din adamı da bu iki sınıfın kendisine ne kadar muhtaç olduğunu bilir ve kendi çıkarlarının onlarla aynı paralelde olduğunu düşünerek önce Tanrı'ya değil fakat bu iki sınıfa hizmet etmeyi düşünür. Hizmet ederken de kendi çıkarlarını oluşturmak için bu iki sınıf üzerinde gereken baskıları da sürdürür.

1950'den itibaren, yani çok partili siyasal yaşamlarımızın başlamasıyla birlikte din unsurunu sömürü aracı haline sokan Din adamı - İş adamı ve Oy adamı üçlüsünün, kendi çıkarlarına uygun bir demokrasi ve buna yatkın bir sosyal ve ekonomik düzen anlayışı olmuştur ki, o tarihten bu yana Türkiye'yi gerilikler yönünde sürüklemiş, 1960 macerasına itmiş ve nihayet 1970 sonrası «sabır taşırın» noktalara götürmüştür. Bu üçlü «İttifak» takımının benimser olduğu demokrasi anlayışında temel prensip cahil halk yığınlarını din hamuru ile iyice yoğurmak fikrine oturtulmuştur. «Halk dinine sahip olmak istiyor» sloganına sarılanlar halk iradesini din kuruluşu ile özdeşleştirerek şekil unsurları bakımından (görünüşte) demokrasiye yer veren ve fakat gerçekte tamamiyle ona ters düşen ortamı yaratmışlardır. Bu ortam içerisinde çoğunluğu sömürme kolaylığını oluşturmuşlardır. Bu üçlü ittifak, halkı uyutma amacına dönük demokrasi anlayışını gerçekleştirmek için

her türlü kurnazlığa başvurmuştur. Akıl kıstasından geçirilmemiş Şeriatı, okumuş ve okumamış yığınlara kabul ettirmenin usullerini bulmuş ve bu usulleri uygulamak için, devleti de kendisine araç yapmak suretiyle her maddî ve manevî olanaklara el atmıştır. Bugün için bu üçlü ittifakın en kurnaz elemanı siyaset adamı, en çıkarıcısı iş adamı (varlıklı sınıflar), ve en işe yararlı olanı da din adamıdır.

1950 den bu yana siyaset adamı, halk yığınlarını kendi *oy tuzağına* düşürmenin çarelerini, Tanrı deyimini ağzından eksik etmemek, ve din savunucusu görünmek suretiyle bulmuştur. Konuştuğu dil hemen hemen aynıdır: «Dinsiz toplum olmaz; Türkü Türk yapan İslâm'dır, vs.».

#### **Din adamı halkı sömürülmeğe yatkın nitelikte yetiştirir.**

Din adamının elinde eğitilen halk için ne hastalık denilen musibeti ciddiye almak ve ne de yoksulluğu ve mutsuzluğu sorun haline getirmek söz konusudur. Hastalığın Tanrı vergisi olduğunu ve hastalık sayesinde günahların çıkar bulunduğunu, veba ve zatürriye gibi hastalıklardan ölenlerin tıpkı cihad yolunda ölenler gibi şehit sayılıp doğruca cennete gideceklerini ve buna benzer nice inanışları Tanrı ve peygamber emirleri olarak öğrenen zavallı kişiler için doktora gitmek ve ilaç kullanmak nasıl gereksiz ise yoksulluğun faziletine inandırılmış oldukları için yeryüzünde insan gibi ve mutlu şekilde yaşamak da o kerte önemsizdir. Türkiye halkı geçmiş yüzyıllarda olduğu gibi bugün de bu dinsel inanışlarla yetiştirilmektedir.<sup>37</sup>

Bu eğitim ve inanışlarla yetişen halk, için sağlık ve varlık yoksunluğunun üzerinde pek durulacak konular olmadığı ve bu sorunların çözüm arayan şeyler bulunmadığı, 1967 yılında köylüler arasında yapılan bir anket araştırmasında anlaşılmıştır.

Bu inanışlarla yoğurulmuş halk sınıfları kadar siyaset adamının ve iş adamının (varlıklı sınıfların) işine gelen başka ne olabilir?

<sup>37</sup> Bu konudaki Tanrı ve Peygamber emirleri için bk.: İlhan Arsel, *Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına*, Ankara 1976. Bu konudahi Hadîs'ler için bk. *Sahih-i Buhari Muhtasari Tecrid-i Sarih Tercemesi*, Diyanet İşleri Başkanlığı, Cilt VIII, Ankara 1970, sh. 292; Cilt IX Ankara 1971 sh. 206-7; Cilt XII Ankara 1973. sh. 63-65, 86, 91, 95.

**Varlıklı sınıfın (İş adamı'nın) güvenliğini sağlayan araç olarak DİN ve din adamı :**

Bilindiği gibi layiklik esaslarının kâğıt parçası halinde kalması ve dinin gittikçe güçlenen bir sömürü aracı olarak kullanılması 1950 seçimlerinden sonra kendisini gösterir olmuştur. *Oy adamları* dediğimiz siyasiler için din nasıl bir oy mekanizması ve yatırım unsuru haline sokuldu ise ve siyaset adamı nasıl halkın önünde seçim nutukları çekerken namaz kılma, dâua etme ve Tanrı sözünü ağızda geveleme gibi usulleri gittikçe artan bir ustalıklarla kullanır oldu ise, enflasyonist bir ekonomik siyaset sayesinde kolaylıkla varlık yapan sınıflar da aynı malzemeyi, yani dini, kendi çıkarlarının güvenliğini haline getirmişlerdir.

**İş yerine işçileri için mescit yaptıran ve işçisini bu yoldan oyalayanlar.**

Özellikle 1960'lardan sonra fabrika üstüne fabrika kuran iş adamlarımız ve daha küçük çaptaki iş verenlerimiz, işçinin din duygularını ve geleneklerini sömürmekte birbirleriyle yarışır olmuşturlar. İşçilerinin şu ya da bu nedenlerle grevlere ve direnmelere kalkışarak ikide bir huzursuzluk yaratmalarını önlemek amacıyla benimser oldukları usullerden birisi iş yerine ibadet yerleri (mescitler) açtırmak ve işçiyi ibadete teşvik ederek meşgul etmek olmuştur. Bir iş adamının anlatışına göre : «İşçilerimiz bu mescitlere muntazam saatlerde devam ederler, orada istedikleri gibi ibadet ederler; ara sıra ben de onlara katılırım. Onlara bir de İmam buldum; güzel güzel vaazlar veriyor, Tanrı'nın insanlara nasıl rızık dağıttığını, nasıl istediği gibi rızıkı azaltıp çoğalttığını anlatıyor onlara. Yoksulluğun Tanrı'dan gelmiş olduğunu ve gerçek müslüman kişiler kişiler için bunun fazilet sayıldığını ve yoksulların varlıklılardan önce cennetlere gideceklerini Kur'ân âyetlerine ve Hadîslere göre açıklıyor. Böylece rızıkın Tanrı'dan gelme olduğuna ve fazilet sayıldığına inanan işçiler için, değil greve kalkışmak ve fakat grevi düşünmek bile günahdır. Böylece onlar rahat, ben rahat, ülkemiz rahat ve her şey düzeninde gitmektedir».

**Din yasaklarını kendisi için değil sömürdüğü kişiler için gerekli gören zihniyet.**

Hizmetinde çalıştırdıklarını din oltasıyla avlamasını ve ibadet yolu ile oyalamasını bilen iş adamının (çalıştıranın) oldukça ilginç

bir din anlayışı vardır : Kendisini dindar göstermekte ne kadar kur-naz ve usta ise, din emirlerine ve hükümlerine aldırış etmemekte de o kadar beceriklidir. Yoksulluk felsefesini işleyen din hüküm-lerini işçisine uygularken Tanrı'nın rızık dağıtıcısı olduğuna ve di-lediği kişilere bol rızık ve sermaye verdiğine dair (ya da buna ben-zer) esasları kendisi için öngörmüş gösterir. Nasıl ki Batılı din ada-mı Makyavelik bir sırıtışla: «KANUN denilen şey örümcek ağına benzer; eğer söylemek caiz ise sinek misali haşaratın yakalanmasına yarar ve fakat eşek arısı örneği büyük böceklerin geçmesine ola-nak verir» diyebiliyor ve Batılı iş adamı da «Kanunun teknik en-gelleri karşıma çıktığı her kez ben onu aşmasını bilirim» diyebil-iyor ise<sup>38</sup> bizimkiler de, bir yandan dine bağlı gibi görünürken, öte yandan kendileri için engel yaratacak olan emirleri (örneğin faiz yasaklarını) bilmezlikten gelirler. Başarılı ve varlıklı oluşlarının sırrı da bunda yatmaktadır.

#### **İş adamı, din adamı Cami inşa'sına varlıklı çevrelerin yardımı**

Cami inşası ve Kur'an kursları açılması ve din okullarının art-ması konusunda varlıklı sınıfların (iş çevrelerinin), siyaset adamı ile birlikte özellikle 1950 den bu yana giriştiği gayretler izlenmeğe değer.

İstanbul'un varlıklı sayısı bol olan modern ve ünlü semtle-rinden birinde, örneğin Şişli ve Teşvikiye gibi yerlerin Camilerini ziyaret ediniz. Bunlardan gelişi güzel birinin avlusuna şöyle bir gi-rip etrafınıza göz atınız. Karşınıza çıkacak duvarlardan birinde, yan yana sırayla asılmış ve üzerlerinde taş oyması yazılar bulunan levhalar göreceksinizdir. Bu levhalardan ve yazılardan her biri, o cami'e pek cömertce para yardımında bulunan tanınmış iş adam-larından ya da varlıklı sayın yurttaşlardan birine teşekkür ve övgü yağdıran ibarelerle doludur. Bu yazıları okuyan saf insanlarımızın çoğu, bu adları yazılı kişilerin dindarlığına ve hayırseverliğine hay-ranlık duymaktan kendilerini alamazlar. Ve bu hayranlık içerisin-de kendi kendilerine : «Acaba nedir bu bol keseden yapılan yar-dımların hikmeti?» sorusunu sormak akıllarından bile geçmez.

Çünkü düşünemezler ki bu varlıklı kişilerin, hem de vergi mat-rahından indirmek suretiyle yapmış oldukları bu bağışlarla bes-

<sup>38</sup> Amerika'da din çevrelerini besleyen *The Plain Truth* adlı dergi, July 1971, Vol. XXXVI, sh. 16.

lenen Cami'de İmam efendi, Tanrı'nın günü karşısına çıkan halka verdiği vaazlarda «...sizi birazcık korkuyla, *açlıkla*, mal, can ve meyve noksanıyla sınıyacağız, müjdele sabredenleri...» şeklindeki hükümden tutunuz da «...Allah rızık bakımından bir kısmınızı, bir kısmınızdan üstün etmiştir...» şeklindeki hükme ya da «...bol nimet Allah'ın elindedir, onu dilediğine verir...» ve yine «...Tanrı dilediğini hesapsız şekilde rızıklandırır...» gibi ve buna benzer nice din hükümleri sıralar ve bunları, karşısındaki cahil yığınlara benimsetir. Bu arada yoksulların varlıklılardan beş yüz yıl önce cenete gireceğine dair din hükümlerini de özel bir itina ile gözler önüne serer. Ayrıca «Zengin eden ve sermaye veren de O'dur...» diye din kitaplarının öngördüğü Tanrı sözlerini hatırlatarak yer yüzündeki ekonomik eşitsizliğin doğal kuralını onlara anlatır. Böylece yoksulluk Tanrı'dan gelme ve fazilet olarak benimsenmek gereken bir şey olur. Sermayeyi ve bol rızık veren de Tanrı olduğuna göre böylesine kurulmuş bir düzeni insan aklı ile ve örneğin sosyal adâlet esaslarıyla değiştirmeye kalkışmak Tanrı'ya karşı gelmek olur.<sup>39</sup>

Halkı böylesine uyutucu din esaslarıyla kaderine razı eden din adamına varlıklı ne vermez ki?

### **Kur'ân Kursları Varlıklı çevrelerin yaygın olduğu Batı bölgelerinde çoğalırken**

Kur'ân kursları Türkiye'nin Doğu ve Batı bölgelerinde farklı kaynaklardan beslenmek suretiyle yaygınlaşmıştır. Bu kurslara devam eden öğrencilerin sayısındaki artış korkunçtur. Devletin desteği ve izni ile kurulanlar yanında bunun dışında olarak iş gören Kur'ân kursları vardır. Siyaset adamı ile iş çevreleri ve varlıklı sınıflar bu kursları beslemek ve çoğaltmak hususunda anlaşmış gibidirler. Şöyleki; ekonomik bakımdan Batı bölgelerine oranla daha yoksul, daha geri bulunan Doğu bölgelerindeki Kur'ân kursları genellikle devletin malî yardımlarıyla kurulmuştur.

### **Doğu bölgelerinde devletin malî yardımıyla açılmıştır.**

Türkiye'nin Batı bölgelerinde sanayileşme ve ekonomik geliş-

<sup>39</sup> Bir kaç örnek olmak üzere yukarıya çıkardığımız din hükümleri için Kur'ân'ın *Bakara Sûresi*'nin 153, *al-Nahl Sûresi*'nin 71, *Al-i İmran Sûresi* 73, *İbrahim Sûresi* 11, *Nûr Sûresi* 38, *Necm Sûresi* 48 ve daha niceleri ortadadır.

me biraz daha farklı olduğundan varlıkların ve iş çevrelerinin sayısı ve gücü bu bölgelerde daha yüksektir. Bu nedenle bu bölgelerdeki Kur'an kurslarının çoğunun bu kaynaklardan yapılan yardımlarla kurulduğu görülmektedir. Fakat gerek Doğu ve gerek Batı bölgelerindeki Kur'an kurslarından aşağı yukarı aynı sayıda öğrenci yetiştirildiği anlaşılmaktadır.<sup>40</sup>

Kur'an kurslarının en fazla sayıda bulunduğu yerler Ankara, İstanbul ve İzmir gibi İllerdir. (Ulusal ortama oranla yüzde 10 fazlalık vardır Ankara'da). Kur'an kurslarının en yoğun sayıda olduğu yerler iş çevrelerinin ve varlıklı sınıfların fazlaca olduğu bu bölgelerdir. Bundan anlaşılacak gereken şey şudur: iş çevreleri ve varlıklı sınıflar Batı bölgelerinde ve Devlet (siyasiler) Doğu bölgelerinde olmak üzere Kur'an kurslarından geçmiş insanların sayısının artmasında özel bir çıkar ummaktadırlar.<sup>41</sup>

#### SİYASİ İKTİDARLAR VE İŞ ÇEVRELERİ TARAFINDAN DESTEKLENEN VE BESLENEN DİN OKULLARI; DİN EĞİTİMİ :

**Cumhuriyet tarihimizin eğitim sisteminde en hızlı gelişme İmam Hatip okulları sayısının artmasında.**

Din okulları açmak ve din adamı yetiştirmek ve din eğitimine hız vermek konusunda 1950 den itibaren Demokrat Parti tarafın-

<sup>40</sup> 1968 tarihi itibariyle Türkiye'ye resmî nitelikte olmak üzere 3216 Kur'an kursu konmuştur. Bunlardan en az üçte birinin Devlet malî yardımıyla kurulduğu anlaşılmaktadır. Diğerleri özel çevrelerin, varlıklı sınıfların sağladıkları paralarla kurulmuştur. Bu kurslara devam eden öğrenci sayısı 32045 olmuştur (18549 erkek ve 13496 kız). Öğrencilerin 19267'si Devletin malî yardımına dayanan Kur'an kurslarına ve 12778'i ise malî kaynakları iş çevrelerince sağlanmış olan kur'an kurslarında okumuşlardır. Bu konudaki bilgiler için bk. Richard B. Scott, «*Qur'an Courses in Turkey*» (in «*The Muslim World*», October 1971, no. 4, Vol LXI, sh. 239-255, 241, 250).

<sup>41</sup> 1975 yılı Temmuz ayında, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin emriyle Turgutlu, Edremit ve Kemalpaşa dağlarındaki din kamplarında yapılan aramada, yaşları 12-15 arasındaki çocuklara nurculuk eğitimi yapıldığı, cihad öğretildiği saptanmıştır. Eğitimi yapanlar arasında Ege Üniversitesi öğretim üyelerinden, Edremit'in varlıklı iş çevrelerinden ve iş adamlarından ve eşraftan kişilerin bulunduğu anlaşılmıştır. (Bk. «*Cumhuriyet Gazetesi*» 9.VII.1975).

dan girişilen faaliyetler, 1960 ihtilâlinden sonra kurulan tutucu iktidarlar tarafından daha da güçlendirilmiştir. Cumhuriyet tarihimiz içerisinde meslek eğitimi alanlarındaki en hızlı sayı gelişmesi İmam Hatip okulları bakımından kendisini göstermiştir. İmam Hatip okulları konusundaki en geniş gelişme ise 12 Mart hükümetleri zamanında gerçekleştirilmiş ve bu hız, daha sonraları daha da büyük artış göstermiştir. 1963-64 yılında İmam Hatip okullarındaki toplam öğrenci sayısı 1267 iken 1972-73 yılında 20.715'i bulmuştur. Sadece 1970-71 yılı ile 1972-3 yılı arasındaki iki yıllık eğitim dönemindeki artış üç kat olmuştur; (sayı 6'768'den 20.715'e yükselmiştir) Din adamı aracılığıyla halkı kazanmak ve oy sağlamak isteyen ve din adamından medet uman partiler (Şeriatçı partiler) Türkiye'nin geleceğini din adamının ipoteği altına sokmuşlardır. Ve bu ipotek altındaki Türkiyemizin ekonomik gidişi insanı ürkütmektedir.

**QUELQUES ÉTUDES À L'OCCASION DU 50 ÈME ANNIVERSAIRE  
DE L'ADOPTION DU CODE CIVIL.**

**Prof Dr. Şakir BERKİ**

- §. I — LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL EST-IL ADMISSIBLE?.
- §. LA LIBERTÉ DE RELIGION DANS LES CODES CIVILS SUISSE ET TURC.
- §. III — LE PACTE DE RENONCIATION EST-IL CONFORME À LA LOGIQUE.
- §. IV — DIFFÉRENCES ENTRE L'ÉTAT ET LES AUTRES HÉRITIERS.
- §. V — SORTES D'HÉRITIERS LÉGAUX.
- §. VI — LA PRESCRIPTION D'UN AN DOIT ÊTRE AUSSI APPLIQUÉE DANS L'ACTION EN PETITION D'HÉRÉDITÉ ET DANS CELLE EN ANNULATION INTENTÉES CONTRE LE DEFENDEUR DE MAUVAISE FOI.
- §. VII — EN QUELLE QUALITÉ ACQUIÈRT L'ÉTAT LA SUCCESSION DANS LES CODES CIVILS SUISSE ET TURC.
- § VIII — L'ETAT PEUT - IL RÉPUDIÉ LA SUCCESSION,
- §. IX — LE DROIT SUCCESSORAL DE LA PERSONNE LÉGITIMÉE.

Nous avons préparé ces études pour publier dans les numéros prochains de notre publication personnelle qui paraît de temps en temps en langue française sous le nom d'«ETUDES DE DROIT».

Nous avons préféré cette fois, qu'elles soient publiées dans cette Revue de notre Faculté, parue à l'occasion du 50<sup>ème</sup> Anniversaire de l'adoption du code civil.

Si ces humbles travaux attirent l'attention sur quelques institutions et règles contenues dans les codes civils suisse et turc, le but de leur préparation et de leur publication sera considéré comme réalisé.

### §. 1 — Le divorce par consentement mutuel est-il admissible

Cette question discutée en dernières années avec ardeur aussi, chez nous doit être résolue pour nous négativement pour les raisons suivantes :

1) La famille qui est une institution à la foi sociale, juridique économique et même politique, n'appartient pas seulement aux époux; elle appartient également aux enfants. surtout mineurs, où ils prennent leur éducation sociale et l'instruction primaire qui sont nécessaires pour eux-mêmes et pour la communauté, et qui intéressent la civilisation interne et même internationale. Par conséquent elle appartient aussi à l'Etat.

2) Le mariage n'est pas une institution qui sert seulement à légitimer les relations sexuelles. On ne le conclut donc pas exclusivement dans ce but. Etant pour les individus une institution de l'instruction primaire, le foyer qu'ils créent appartient également à l'Etat, à la communauté, c'est à dire. En conséquence; pour mettre fin à son existence, il faut l'intervention de l'Etat, Cette intervention se réalise par la volonté législative, c'est à dire par la volonté nationale; cette intervention se manifeste par des causes de divorce indiquées par le législateur.

3) Au sein de la famille il existe quelquefois des souffrances pas toujours la joie; d'autre part chaque individu, en conséquence, chacun des époux, a, par sa nature un caractère différent. De cette difficulté. Si l'On n'arrive pas à une vie familiale normale. malgré doivent les supporter mutuellement, il n'y a pas du bonheur sans difficulté. Si l'On n'arrive pas à une vie familiale normale, malgré les zèles sincères on a le droit d'intenter l'action en divorce d'après les codes civils suisse et turc.

4) Enfin accpeter le divorce par consentement mutuel ne serait pas conciliable avec les principes généraux du mariage, avec celui Concernant la fidélité en particulier, principe sans lequel il est impossible d'imaginer une notion de famille même dans un clan. Combien il est contraire à la logique d'accepter la nécessité de la fidélité d'une part, et de permettre aux époux de la supprimer par leur désir commun d'autre part.

Les raisons qui viennent d'être signalées le plus brièvement possible suffisent pour nous l'inexactitude de la prétention de certains pour l'acceptation du divorce par consentement mutuel<sup>1</sup>.

## §. 2 — La liberté du culte dans les codes civils suisse et turc

D'après le code civil turc, les mineurs capables de discernement<sup>2</sup> n'ont pas la liberté de religion jusqu'à leure majorité<sup>3</sup>. Dans le code civil suisse, les enfants âgés de 16 ans la possèdent. Bien que ce dernier code satisfait mieux la liberté en cause, il est aussi critiquable. En effet, la dite liberté et en conséquence la capacité en cette matière sont strictement liées à la liberté de penser et de juger soi-même.<sup>4</sup> Il est vrai que les parents ont le droit d'éduquer leurs enfants mineurs par les principes d'une religion choisie par eux<sup>5</sup>. Mais quelle sanction peut -t-on appliquer pour un enfant mineur et âgé, par exemple, de 13 ans s'il choisit et pratique une religion autre que celle désirée par ses parents? La réponse à cette question

<sup>1</sup> Voir pour le détail notre article intitulé Le «divorce et Séparation des corps», paru par erreur, dans une Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Ankara (t. 32, no. 1-4 ;Page: 135). Tandis que nous l'avions préparé pour faire le publier dans la présente.

<sup>2</sup> Sans capacité de discernement il n'y a pas de liberté religieuse; car la personne qui en est privée ne sait pas le sens de la religion.

<sup>3</sup> Suivre et pratiquer depuis l'enfance, la religion des mère et père, ce n'est pas la liberté de religion, c'est seulement une imitation dans le domaine religieux.

<sup>4</sup> Celui qui a le discernement est capable de différencier le bon du mauvais. Il est donc capable de chercher et de trouver la religion la plus logique et la plus utile à lui-même et à l'humanité.

<sup>5</sup> La religion contient des règles de la bonne conduite déclarées par Dieu. Elle n'est pas la voie qui amène au fanatisme. Toutes les règles de la bonne conduite acceptées par les lois de nos jours sont déjà déclarées par les religions. Si l'on les étudie on en devient sûr.

consistera sans doute dans un silence absolu. Il est donc injuste de limiter la capacité pour la liberté de religion par la condition d'âge; il suffit d'avoir le discernement.

Le code civil turc emploie en cette matière simplement le terme «majorité», sans y ajouter une condition d'âge. D'où les conséquences suivantes :

1) Les mineurs qui ont contracté le mariage soit normalement soit dans les cas exceptionnels<sup>6</sup> auront la liberté de religion c'est parce qu'ils deviennent majeurs par l'effet du mariage.

2) Les mineurs déclarés majeurs par la décision du tribunal<sup>7</sup> l'auront également malgré qu'ils n'ont pas encore atteint les 18 ans, l'âge fixé pour la majorité générale en droit turc.<sup>8</sup>

3) La loi constitutionnelle de la République turque de 1961 n'accorde pas aux enfants capables de discernement, la liberté de l'instruction religieuse dans les écoles.<sup>9</sup> Cette disposition nous paraît très vivement critiquable, parce qu'elle est clairement contraire à la liberté de penser et à celle de religion. Elle est enfin en contradiction avec une autre disposition de la même loi, suivant laquelle on ne peut pas enlever la substance des libertés<sup>10</sup>. La disposition que nous critiquons doit donc être supprimée.

### 3. 3 — Le Pacte de renonciation est-il conforme à la logique?

Ce pacte consiste en ce qu'une personne présumée héritière de l'autre peut renoncer à cette qualité avant que la succession soit ouverte. Tandis qu'on ne peut pas savoir laquelle de ces personnes mourra avant et laquelle d'elles sera héritière de l'autre. C'est pour cela que dans notre ancien droit civil le dit pacte n'était pas admis. Il est vrai que l'on peut renoncer à un droit attendu; par exemple on peut renoncer à une créance soumise à la condition suspensive:

<sup>6</sup> L'Art 88/2 du code civil turc.

<sup>7</sup> L'Art 12 du code civil turc.

<sup>8</sup> L'Art du code civil turc.

<sup>9</sup> L'Art. 19/4 de la loi Constitutionnelle.

<sup>10</sup> L'Art. 11/2 de la même loi.

car, en ce cas, on est en présence d'un droit dont la substance existe et dont les créancier et débiteur sont certains. Tandis que dans la succession ni la substance du droit successoral ni l'héritier et le de Cujus ne le sont.

L'explication qui vient d'être brièvement faite nous pousse donc à conseiller que le pacte en question soit aboli et en droit suisse et dans le nôtre. En effet l'institution dont il s'agit est inconciliable non seulement avec la logique juridique mais aussi avec la simple logique. Cela est si vrai que les deux codes déclarent sans effet, inexistant, lorsque le renonçant meurt avant la personne à la succession de laquelle il a renoncé.

#### §. 4 — Différences entre l'Etat et les autres héritiers

Elles peuvent être brièvement ainsi signalées :

1) L'Etat étant un héritier nécessaire pour ne pas laisser vacante la succession, ne peut pas la répudier<sup>11</sup>. Tandis que tous les autres héritiers légaux et institués peuvent le faire.

2) Etant héritier nécessaire, l'Etat ne peut pas être déchu et exéradé; il ne peut pas être déchu, car il ne peut pas commettre les faits qui constituent les causes<sup>12</sup> de déchéance; il ne peut pas être exhéradé, c'est parce qu'il n'a d'ailleurs pas la réserve<sup>13</sup>.

3) L'Etat est responsable des dettes du décès dans la limite de la valeur successorale qu'il acquiert. Tandis que les autres héritiers, légaux, ou institués, ont, dans la règle, une responsabilité sans limite et personnelle; cette responsabilité n'existe pas lorsqu'ils acceptent la succession d'après l'inventaire. L'acceptation de la succession d'après l'inventaire supprime néanmoins seulement la responsabilité sans limite; celle personnelle subsiste, même si la succession a été acceptée d'après l'inventaire; car les héritiers sont également personnellement responsables des dettes inscrites dépassant l'actif de l'hérédité.

<sup>11</sup> voir Pour l'excetion §. 8.

<sup>12</sup> L'Art. 520 du code civil turc.; L'Art 540 du code civil suisse.

<sup>13</sup> L'Art 453 du code civil turc. L'Art 471 du code civil suisse.

### §. 5 — Sortes d'héritier légaux

Les codes civils suisse et turc acceptent deux sortes, deux catégories d'héritiers légaux : ceux qui ont la réserve, ceux qui ne l'ont pas<sup>14</sup>. Le de Cujus peut, éloigner ces derniers de la succession par disposition pour cause de mort même s'il n'existe aucune raison, car d'après les dits codes, toute l'hérédité constitue la quotité disponible s'il n'existe aucun héritier réservataire. Dans notre ancien système chaque héritier légal avait la réserve et la quotité disponible était toujours le tiers de la succession quelques soient les parts des héritiers légaux, ayant le droit de participer au partage. Et le juge était autorisé à réduire d'office un testament dépassant la quotité disponible. Dans notre ancien droit il n'y avait donc pas lieu d'intenter l'action en réduction. Ainsi aucun héritier légal ne pouvait être privé de sa part successorale par la volonté du décès.

Le système turc actuel, qui est le même que celui suisse, les héritiers sans réserve, c'est à dire ceux qui restent en dehors de ceux énumérés dans les articles cités, peuvent être éloignés de la succession par la désir du de Cujus, même s'il n'existe aucune cause d'indignité et d'exhérédation.

Cette conséquence serait-elle conciliable avec la qualité d'héritier légal? nous ne le croyons pas. En effet, accepter quelques individus comme héritiers légaux, d'une part, et laisser leur sort successoral à la libre volonté du défunt, de l'autre, ne serait vraiment pas conciliable avec l'importance de la volonté législative et avec la supériorité de la volonté nationale à celle individuelle.

Nous nous permettons donc de conseiller d'abolir la classification des héritiers légaux en héritiers réservataires et ceux sans réserve.

### §. 6 — La Prescription d'un an doit être aussi appliquée dans l'action en Pétition d'hérédité et dans celle en annulation intentées contre le défendeur de mauvaise foi.

La prescription générale de 30 ans dans les actions en question<sup>15</sup> est admise par les législateurs suisse et turc pour ne pas protéger

<sup>14</sup> L'Art. 470/2 et 471 du code civil suisse; L'Art 452/2; 453 du code civil turc.

<sup>15</sup> L'Art 579, 501 du code civil turc; 521/2; 600; du code civil suisse.

le possesseur de mauvaise foi. Alors la prétention de la doctrine et des tribunaux qui la suivent, que l'application de la prescription d'un an dans les dites actions intentées contre le défendeur de mauvaise foi viendrait au sens de les protéger, reste pour nous sans fondement. D'autre part, le terme «en tout cas» employé dans les articles des codes, consacrés à la prescription relative aux actions dont il s'agit, est employé pour préciser que la prescription générale sera appliquée quelle que soit la manière de laquelle le défendeur a eu la mauvaise foi et quel que soit le temps où il en ait été. Enfin, les deux lois ne déclarent nulle part expressément ou tacitement que la prescription d'un an a été supprimée dans les actions intentées contre les défendeurs de mauvaise foi. Serait-il juste de permettre au demandeur d'attendre 30 ans pour les intenter, malgré qu'il a eu toutes les conditions nécessaires à ce sujet?. Une réponse affirmative probable nous paraîtrait inconciliable et avec la logique juridique et avec la simple logique.<sup>16</sup>

#### **§. 7 — En quelle qualité acquiert l'Etat la succession dans les codes civils suisse et turc**

Cette question a été discutée. Nous laisserons à part les discussions doctrinales et nous nous tâcherons simplement de trouver la solution en nous basant sur les dispositions en vigueur relatives au droit successoral du Fisc.

Signalons avant tout que l'Etat acquerra tous les biens héréditaires lorsque le décès n'a aucun héritier, légal ou institué, et qu'il n'a laissé aucune disposition pour cause de mort transférant toute l'hérédité en faveur des légataires; le cas ne serait pas autrement. Car, lorsque la succession est vacante, tous les biens du décès appartiendront nécessairement à l'Etat en vertu de la disposition<sup>17</sup> suivant laquelle les biens sans maître sont dans la propriété du Fisc.

Lorsqu'il n'existe aucun héritier, légal ou nommé, et si tous les biens successoraux n'ont pas été transférés à un ou à plusieurs

---

<sup>16</sup> Voir pour le détail: Şakir Berki «Droit des successions» (En turc), Ankara, 1975, pages: 215, 216, 217.

<sup>17</sup> L'Art. 664 du code civil suisse; l'Art 641 du code civil turc.

urs légataires, les biens du décès sont vacants, et passent à l'Etat. En pareil cas, l'Etat les acquiert en qualité de possesseur des biens sans maître.

Mais il existe trois autres cas où l'Etat est l'héritier proprement parlé et dans un troisième, il vient au partage en qualité d'héritier légale et en celle d'héritier institué.

Nous allons voir ces trois cas d'une manière la plus brève.

1) L'Etat participe au partage avec les héritiers usufruitiers, c'est à dire avec les arrièrs grands parents ou leurs frères ou soeurs. Car ceux-ci ont seulement l'usufruit dans la succession d'après les dits codes.<sup>18</sup> L'Etat a la nue-propriété de tous les biens successoraux

2) L'Etat peut participer au partage en qualité d'héritier institué, si le décès l'a nommé héritier pour une partie de la quotité disponible ou sur la totalité d'elle. L'Etat peut même acquérir en la même qualité tous les biens laissés par le décès si celui-ci a seulement des héritiers légaux sans réserve. Cela est la conséquence de la distinction des héritiers légaux en ceux réservataires et ceux sans réserve.<sup>19</sup>

3) L'Etat peut profiter de la succession à la fois comme héritier légal et en qualité d'héritier institué. Il en sera ainsi lorsque le de Cujus a laissé comme héritiers ses arrièrs grands parents ou leurs frères ou bien soeurs, et qu'il a nommé héritier l'Etat, par exemple, pour la moitié de l'hérédité. En pareil cas, le fisc aura cette portion des biens successoraux comme héritier nommé et les héritiers usufruitiers auront l'usufruit simplement sur le reste, dont la nue-propriété appartient légalement à l'Etat. car le de Cujus peut même transférer à l'Etat toute l'hérédité, étant donné que les héritiers en question ne sont pas des héritiers réservataires, et ils ne sont d'ailleurs pas héritiers propriétaires. Pour terminer il faut signaler la possibilité pour l'Etat d'être en même temps héritier légal, héritier institué et le légataire. Il en sera

---

<sup>18</sup> Bien que la doctrine et la jurisprudence ne les considèrent comme héritiers, mais simplement créanciers légaux de l'hérédité, nous sommes de l'avis différent. Voir pour le détail: Şakir Berki «Droit des successions». «En langue turque», Ankara, 1975, page: 14.

<sup>19</sup> Voir à ce sujet: § 10.

ainsi lorsque le décès laisse ses arrière grands-parents et nomme l'Etat héritier pour une partie de l'hérédité dont il lui a transféré aussi une chose par testament.

### §. 8 — L'Etat peut-il répudier la succession?

Si les codes civils suisse et turc ont accordé aux héritiers légaux et institués la possibilité de répudier la succession, c'est pour corriger une règle de responsabilité injuste et pour nous illogique aussi<sup>20</sup> suivant laquelle ils sont responsables des dettes du décès d'une manière illimitée. Dans notre ancien système successoral qui était en vigueur, avant l'adoption du code civil suisse dont les grands principes sont conformes, sans doute, aux besoins d'une communauté civilisée, la responsabilité des héritiers était limitée; elle ne dépassait pas, c'est à dire, la valeur successorale acquise par eux.

Mais l'Etat, qui est aussi dans les deux codes un héritier légal en dernier lieu, ne peut pas répudier la succession. Car tout d'abord il n'a pas besoin de la répudier étant donné que sa responsabilité est limitée par la valeur successorale et ensuite la répudiation par lui n'aurait aucun effet, c'est parce que les biens sans maître, en conséquence une succession devenue vacante par suite de la répudiation par l'Etat sera dans sa propriété en vertu de la disposition contenue dans les mêmes codes civils<sup>21</sup>, suivant laquelle tous les biens sans maître appartient au Fisc.

Lorsque l'Etat participe au partage en qualité d'héritier institué il pourra recourir à la répudiation<sup>22</sup>. Car en pareil cas la succession ne deviendra pas vacante et la part de l'Etat nommé héritier passera aux héritiers légaux; mais pour cela il faut que ces héritiers ne soient pas héritiers usufruitiers, c'est parce que ceux-ci n'ont pas la propriété, en conséquence les biens successoraux devinrent vacants par suite de la répudiation par l'Etat, héritier institué. Pour mettre au clair l'hypothèse, un exemple

---

<sup>20</sup> Voir à sujet notre ouvrage cité, page: 2, 3.

<sup>21</sup> L'Art 641 du code civil turc; L'Art 664 du code civil suisse.

<sup>22</sup> Si l'Etat est héritier nommé il sera pour nous responsable des dettes tout comme les autres héritiers, cest à dire sa responsabilité ne sera pas limitée.

est nécessaire: Admettons que le de Cujus n'ait comme héritiers que ceux fruitiers et qu'il ait nommé l'Etat héritier pour le trois quart de l'hérédité. En pareil cas l'Etat aura en qualité d'héritier institué, la propriété parfaite de cette partie de la succession, et les héritiers usufruitiers n'auront l'usufruit que du quart de l'hérédité et l'Etat en aura la nue -propriété en qualité d'héritier légal.

### §. 9 — Le droit successoral de l'enfant légitimé

L'enfant illégitime est l'héritier de sa mère comme enfant légitime. La légitimation n'a donc aucune importance au sujet de son droit successoral du côté maternel. L'enfant illégitime qui a une filiation établie envers son père hérite de lui en vertu des principes du partage relatifs au droit successoral des enfants naturels<sup>23</sup>. S'il est légitimé, il est héritier comme enfant légitime, Mais si la succession est ouverte avant la légitimation, il garde sa qualité d'héritier illégitime malgré sa légitimation, Car la légitimation n'a pas pour nous l'effet rétroactif; c'est parce que c'est le mariage subcécquent<sup>24</sup> ou le jugement<sup>25</sup> qui accorde la légitimité à l'enfant naturel. D'autre part, les codes civils suisse et turc, gardent un silence absolu à ce sujet; ils ne parlent nulle part même tacitement de l'effet rétroactif de la légitimation. Et chaque silence absolu n'autorise pas le juriste à se prononcer affirmativement sur la matière passée sous silence.

Enfin, ce n'est pas la promesse elle-même des parents de se marier, qui donne naissance à la légitimation, c'est, comme nous

---

<sup>23</sup> L'Enfant illégitime qui a une filiation établie par reconnaissance ou par jugement, est héritier de son père naturel, il acquiert la moitié de la part appartenant à l'enfant légitime. Les enfants incestueux et ceux adultérins n'ayant pas le droit d'avoir la filiation paternelle ne sont pas héritiers de leur père. C'est néanmoins la règle générale à laquelle un seul cas fait exception: si les dits enfants ont été reconnus nonobstant l'interdiction et si la reconnaissance n'a pas été annulée dans la durée de trois mois, ils auront également la filiation illégitime vis à vis de leur père. Car Cette durée est une durée de déchéance. Voir à ce sujet: L'Art 305; 306 code civil suisse; l'Art 294, 295 du code civil turc.

<sup>24</sup> L'Art 258 du code civil suisse; l'Art 247 du code civil turc.

<sup>25</sup> L'Art 260 du code civil suisse; l'Art 249 du code civil turc.

l'avons déjà signalé, l'existence du mariage ou du jugement qui légitime l'enfant.

La légitimation judiciaire n'est aussi pas rétroactive. Car le juge n'est pas autorisé à la déclarer sans prendre le consentement de l'enfant majeur dont la légitimation est en question; Seule la promesse des parents de se marier ne suffit donc pas en la matière. Il est, alors, impossible de considérer l'enfant légitimé par jugement comme un enfant dégitimé dès sa naissance, même dès le moment où ses parents se sont promis le mariage.

Si la légitimation, soit par mariage subséquent soit par jugement, avait l'effet rétroactif, les père et mère de l'enfant seraient considérés comme ses représentants légaux dès sa naissance, et en conséquence, les actes juridiques du tuteur ou de celui des parents auquel l'enfant avait été laissé, seraient nuls et sans effet. Ce sont des conséquences inévitables de l'indivision de la rétroactivité. On peut en citer encore dans une étude détaillée sur la même matière.

Malgré les raisons qui viennent d'être signalées le plus brièvement possible, insister à attribuer à la légitimation un effet rétroactif pour protéger les enfants illégitimes dans le domain successoral, constitut une politique sociale sans fondement juridique.



## VELÂYET HAKKI VE KÖTÜYE KULLANILMASI NEDENİYLE KALDIRILMASI

**Dr. Erol CANSEL**  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Medenî Hukuk Profesörü

### Ş: 1. VELÂYET HAKKI VE HUKUKÎ SONUÇLARI

I. Velâyet hakkı — Velâyet kelime anlamında «sevmek, yardım etmek» demektir. Hukukî olarak «başkası üzerinde o kimsenin rıza ve izni olsun olmasın, sözünü geçirmek»tir.<sup>1</sup> Aile Hukukunda velâyet iki anlama gelir : birincisi, ana babanın çocuğun şahsı ve mal varlığı üzerindeki yetkileri ; ikincisi ise, ana babanın çocuğa karşı görev ve sorumlulukları. O halde velâyet yalnız yetkileri değil, görev ve sorumlulukları da ihtiva eder<sup>2</sup>. Bu gün eski hukuklarda görülen, yalnız baba otoritesine dayalı mutlak hâkimiyet fikri, velâyetin açıklanmasında bir ölçü olmaktan çıkmıştır<sup>3</sup>. Velâyet hakkı yalnız babaya tanınan bir hak değildir. Nitekim yeni hukuk sistemleri velâyeti baba ve anaya birlikte tanımaktadırlar<sup>4</sup>. Medenî Kanun da 263. maddesinde: «Evlilik mevcut iken ana, baba velâyeti beraberce icra ederler» demek suretiyle bu görüşü kural olarak benimsemiştir. Bir istisna olarak eşler velâyetin uygulanmasında anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir, MK. 263 II. Ana baba velâyet hakkını, çocuğun ruhî,

<sup>1</sup> İnan, A. N. Çocuk Hukuku, 1968, İstanbul, s. 125

<sup>2</sup> Akıntürk, T. Aile Hukuku Dersleri, 1967, Ankara. s. 282.

<sup>3</sup> İslâm Hukukunda ve Roma Hukukunda velâyet hakkı yalnız babava tanınmıştı. Medenî Kanunun Fransızca mehzında da 273. madde başlığı, Roma Hukukundaki Patria potestas devimine uygun olarak: «De la puissance paternelle = Baba hakimiyeti» şeklindedir. Almanca metinde doğrusunu ifade etmek üzere : «Die elterliche Gewalt = ana baba hakimiyeti»dir.

<sup>4</sup> Fr. M. K. (CC Fr.) md. 373; Alman MK. (BGB) § : 1626.

fikrî ve bedenî gelişmesini, topluma yararlı bir varlık olarak iadesini sağlayacak biçimde kullanmak zorundadır. Bu anlamda velâyet hakkının ana babaya verdiği yetkiler, daha ziyade görev ve sorumlulukların yerine getirilmesini gerektirmektedir. Nitekim ana baba çocuğun şahsına ve mal varlığına ilişkin olarak şu görevleri yerine getirmeye mecburdurlar :

a) *Çocuğun şahsı bakımından* : MK. 264 II, ana babanın çocuğu kendi kudretlerine göre yetiştirmekle yükümlü olduklarını açıklamaktadır. Bu yükümlülük en geniş anlamda, çocuğun ruhi, fikrî ve bedenî bakımdan sıhhatli bir şekilde itina ile bakılıp eğitilmesi ve terbiye edilmesi demektir. Ana baba bu görevlerini evde yaratacakları şefkatli, sevgi dolu fakat disiplinli bir ortamla; okulda çocuğun arkadaşları ve öğretmenleri aracılığıyla; bir de pedagoğ, eğitici, psikolog gibi uzmanların yardımıyla yerine getirmeye gayret ederler<sup>5</sup>.

Çocuğa verilecek eğitimi seçmekte ana baba serbest iseler de, bazı yasalarımız bağlayıcı kurallar da koymuştur : meselâ Anayasa'nın 50 II. maddesi ilk öğretimi erkek kadın bütün vatandaşlar için mecbur tutmaktadır. Şu halde çocuğa asgari ilk eğitim kazandırma mecburiyeti vardır. *Bedenî, fikrî ve ruhî bakımdan hasta veya akıl zayıfı* olan çocuğa ana babası münasip bir terbiye vermek zorundadır, MK. md. 264 II. Yine, Anayasa'nın 50 IV. maddesi de konuya ilişkin hükmünde : «Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır» demek suretiyle bu durumda olan çocukların ana ve babasına Devlet'in yardım edeceğini açıklamıştır.

Ana baba, çocuğa *meslekî terbiye* vermekle yükümlüdür, MK. 265. Bu görevi yaparken mümkün olduğu kadar çocuğun kuvvet ve yeteneklerini dikkate alırlar. Şüphesiz, ailenin maddî imkânları da çocuğa kazandırılacak meslekî eğitimi seçmede önem taşır. Ancak, ana baba hiç imkânları olmamasını gerekçe yaparak çocuğu meslekî eğitimden mahrum bırakmak isterse hâkimin müdahale ederek gerekli tedbirleri alması lâzımdır, MK. md. 273<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Akyüz, E., Hakimin Velayet Hakkına Müdahalesi, Tez (teksir), 1974 Ankara.

<sup>6</sup> Akyüz, E., Hakimin Velâyet Hakkına Müdahalesi, 1974, Ankara (Doktora tezi, Teksir) s. 59 - 60.

Ana baba *çocuğun dinî terbiyesini* de düzenleme görevlisidir, MK. md. 266, I. Medenî Kanun bu hususta onlara oldukça geniş bir takdir serbestisi tanıyor ve «Ana babanın bu husustaki hürriyetini tahdit edecek hertürlü mukavale muteber değildir» hükmünü koyuyor, MK. md. 266 II. Bununla beraber, hiç bir dinî terbiye vermek istememeleri halinde, çocuğun MK. 272. maddeye göre hakime şikâyet hakkı doğacağı kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Yani çocuk hakimden kendisine dinî terbiye verilmesini isteyebilir. Diğer taraftan, kendisine verilmiş dinî terbiye ne olursa olsun, çocuk reşit olduktan sonra dinini seçmekte hürdür, MK. md. 266 III.

*Ana baba, çocuk karşılıklı olarak ailenin yararlarının gerektirdiği yardım ve saygıyı birbirlerine göstermeye mecburdurlar*, MK. 260. Buraya özellikle ana babanın çocuğun eğitimi ve terbiyesi için gereken masrafları yapma borcu girer. Velâyet evleviyetle ana babaya bu borcu yükler. Ana babanın masraf yapmak için mutlaka varlıklı kişiler olmaları şart değildir. Kendi imkânları ve ekonomik güçleri oranında bu görevlerini yerine getirirler (MK. 261)<sup>8</sup>.

b) *Çocuğun malları bakımından*: Çocuk, miras, bağışlama, ana babasının kanunî temsilcisi sıfatıyla yaptıkları kazandırıcı muameleler sonucu mal ve para sahibi olabilir. Ana baba, velâyetleri devam ettiği sürece çocuğun *bu mal varlığını idare ederler*, MK. md. 278 I. İdare, bir hak olduğu kadar, mahiyeti itibariyle daha ziyade bir görev niteliği taşır<sup>9</sup>. Zira malların idaresinde çocuğun menfaatini göz önünde bulundurmamak mecburiyeti vardır. Gerçi ana baba idare süresince hesap ve teminat vermek mecburiyetinde değillerdir, MK. md. 278 II. Fakat idarenin gerektirdiği görevleri yerine getirmedikleri, meselâ çocuğun mallarını nemalandırmadıkları veya aşırı derecede istismar ettikleri takdirde, hakim çocuğun menfaatini korumak amacıyla gerekli tedbirleri alır, MK. md. 285 I. Eğer mallar tehlikeye düşerse hakim vasiler hakkında haiz olduğu denetlemeyi (MK. 404 ve devamı) ana baba hakkında uygulayıp, kendilerinden teminat ister ve çocuğun menfaatini korumak üzere kayyım da tayin edebilir, MK. md. 285 II. Aşağıda incelenek olan, velâyetin kaldırılması (nez'i) sebepleri varsa, hakim

<sup>7</sup> Akyüz, age. s. 60 - 61.

<sup>8</sup> Akyüz, s. 64.

<sup>9</sup> İnan, A.N. 134.

ana babayı çocuğun mallarını idareden de mahrum edebilir, MK. md. 286 I<sup>10</sup>.

Çocuğun *serbest mallarından* bazıları, istifade etmemeleri şartı ile, ana babanın idaresine tâbidir: bunlar faize verilmek veya tasarruf sandıklarında biriktirilmek üzere veya ana babanın istifade etmemeleri şartıyla çocuğa bağışlanan mallardır, MK. md. 282 I. Hilâfı şart edilmemişse ana baba bu malları idare ederler, MK. md. 282 II.

II. Velâyet hakkının verdiği yetkiler — Velâyet hakkı ana babaya görevler yüklerken, yetkiler de verir. Bunları da çocuğun şahsı ve malları bakımından incelemek gerekir:

a) *Çocuğun şahsı bakımından*: Ana baba, *çocuğun teslimini* isteme hakkına sahiptir, MK. 262. md.: «çocuk, kanunî sebep olmadıkça ana babadan alınamaz» demektedir. Eğer çocuk gaspedilmişse ana baba adlî makamlardan iadesini isteyebilir. Kanunen çocuk ana babadan alınmışsa, (meselâ MK. 273 e göre çocuğun bedenî ve fikrî gelişmesi tehlikede ise ve çocuk metrûk halde ise hakimnin çocuğu ana babadan alarak bir aile yanına yerleştirmesi gibi) çocuğun teslimini isteme hakkı yoktur.

Ana baba, *çocuğun kendilerine itaat ve riayet etmesini* isteme hakkını haizdir, MK. md. 260. Bundan başka, ana baba çocuklarını gereken hallerde *tedip edebilir*, MK. md. 267. Bu hak, çocuğun ana babaya itaat ve saygı borcunun bir müeyyidesidir<sup>11</sup>. Ana babanın ikametgâhı velâyetleri altındaki *çocuğun da ikametgâhıdır*, MK. 21. Ana baba, çocuğun *kanunî temsilcisidir*. Bazı istisnalar dışında<sup>12</sup> vadisinin temsil yetkisine ilişkin MK. 391 vd. maddelerden ana baba da yararlanır, MK. 268, 269.

b) *Çocuğun malları bakımından*: Ana baba, velâyetleri devam ettiği sürece ve velâyet hakkı kendi kusurları nedeniyle kladırılmadıkça (nez olmadıkça) çocuğun mallarından istifade hakkı-

<sup>10</sup> Bu hususta bkz. Bozer, A. Les droits d'administration et la jouissance des père et mère sur les biens de l'enfant, 1951, Neuchâtel.

<sup>11</sup> Bkz. İnan, A. N. 130; Kaufmann, J. Das Zuchtigungsrecht der Eltern und Erzieher, Zurich, 1909, s. 120 vd.

<sup>12</sup> Meselâ on altı yaşında bulunan vesayet altındaki kimsenin mallarını idareye müteallik mühim tasarruflarda mümkün oldukça reyinin alınacağı hakkında MK. 393. madde burada uygulanmaz. Yine, 405, 406. md. lerin de uygulama alanı yoktur. Fakat MK 392 velâyete de uygulanır. İnan, 133.

na sahiptirler. Bu hak çocuğun rüştüne kadar devam eder, MK. md. 280. İstifade hakkı, baba ve ananın çocuğu yetiştirmek için yaptıkları masraflara bir yardım ve aynı zamanda çocuğun ebeveyni olmaları vakıasının gereğidir. Bu nedenle, velâyet hakkı kendi kusurları olmaksızın nez edilse de ana babanın çocuk mallarından istifade hakkı devam eder. Aksi halde kusursuz ana babadan bu hakkın alınması onları haksız olarak cezalandırma olurdu. Esasen ana babanın sağladıkları bu istifadeyi evvelâ çocuğun yetişmesine, tahsil ve terbiyesine sarfetmeleri; geri kalan bir miktar varsa onu kendileri için harcamaları gerekir, MK. 281<sup>13</sup>.

## Ş: 2. VELÂYET HAKKINI KULLANAN VE BU HAKKA TÂBİ OLAN KİMSELER

a) Velâyet hakkı nesep bağı ile ilgili bir haktır. Binaenaleyh velâyet hakkı öncelikle e v l i olan eşlere tanınmıştır. Nitekim, MK. 263. md: «Evlilik mevcut iken ana baba velâyeti beraberce icra ederler» demektedir. Yine evliliğin zevalinden itibaren 300 gün içinde de doğan çocuğun nesebi sahih olduğundan çocuk ana babanın velâyeti altında bulunur, MK. 241.

b) Nesebin tashihi ile de velâyet hakkı doğar. Eğer taraflar bilâhare evlenerek çocuğun nesebini tashih etmişlerse bu takdirde ana ve baba, sahih nesepli çocuklarının velâyet hakkına birlikte kavuşmuş olurlar MK. 247. Taraflardan birinin ölümü veya ehliyeti kaybetmesi nedeniyle evlenme gerçekleşmemiş ve bu nedenle çocuğun nesebi hakim hükmüyle tashih edilmişse bu takdirde velâyet sağ kalan veya ehil bulunan ana veya babaya verilir, MK. 249<sup>14</sup>.

c) Evlât edinen kimse de evlâtlığın ana ve babasının hak ve görevlerine sahip olur, yani evlâtlık üzerinde velâyet hakkını da kazanır, MK. md. 257 II.

d) Evlilik dışında doğmuş olan çocuğun nesebi anasına göre gayrı sahih nesepli çocuk gibidir, MK. 311 son. Baba ile gayrı sahih nesep bağı ise tanıma veya mahkeme hükmü ile kurulur, MK. 291, 295, 310. Ana ve babanın sahih olmayan nesepli çocukları üze-

<sup>13</sup> Tuor/Jäggi, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 1965, Zurich, 226.

<sup>14</sup> Bkz. Akyüz, E. 33.

rinde velâyet hakları ancak hâkim hükmü ile doğar, MK. 311 son, 312 son fıkralar. Hakim velâyetin ana babaya tevdiini uygun görmezse çocuğa bir vasi tayin eder.

e) Reşit olan kişi hacredildiği takdirde, hâkim kendisine bir vasi tayinini lüzumlu görmezse ana babanın velâyeti altına koyar, MK. 262 II, 369 II.

f) Karı kocadan biri vefat eder veya gaipliğine hükmolunursa diğer eş velâyeti tek başına kullanır, MK. 264.

g) Boşanma, ayrılık veya evliliğin butlanına hükmedilmesi hallerinde velâyeti mahkemece tevdi edilen taraf kullanır, MK. 125, 148.

Reşit oluncaya kadar bütün çocuklar ana ve babanın velâyetine tabidir. Bir de hacredilerek mahkemece kendisine vasi tayinine lüzum görülmeyen reşit kimse, ana babanın velâyetine tabi olur, MK. 262 II, 369 II.

### Ş: 3. VELÂYET HAKKININ DENETLENMESİ

#### I. Genel olarak :

Ana baba prensip olarak, velâyet hakkını her hangi bir denetlemeye maruz kalmadan kullanırlar. Velâyet bu bakımdan vesayetten ayrılır, MK. 382. Bununla beraber, yukarıda incelendiği gibi, velâyet ana babaya çocuğu sağlıklı olarak yetiştirmek, ruhî, fikrî ve bedenî bakımdan topluma dengeli, sıhhatli bir insan kazandırmak amacıyla çeşitli görevler yüklemektedir. Bu görevlerin gereği gibi yerine getirilmesinden, velâyet hakkını kullanan ana ve baba s o r u m l u d u r. Bu sorumluluk bir taraftan çocuğun şahsı; diğer taraftan da malları bakımından mevcuttur. Velâyet hakkının gereği gibi kullanılmaması veya kullanılmaması bir ihtimal olarak ortaya çıkabilir. Nitekim :

1. Ana baba çocuğa karşı görevlerinde *ihmal göstermiş* olabilirler. MK. 272. md. bu ihtimali dikkate alıyor : «Ana baba vazifelerini ifa etmedikleri takdirde...» diyor.

2. Boşanmış olan eşlerden kendisine velâyet teslim edilmiş olanı *tekrar evlenebilir*. Bu durumda da velâyet hakkı gereği gibi kullanılmama tehlikesine maruz kalabilir, MK. 275.

3. Çocuğun bedenî ve fikrî gelişmesi tehlikeye düşebilir ve çocuk mânen terkedilmiş hale gelebilir, MK. 273. Yani velâyet hakkının gerektirdiği görevlerin ana baba tarafından ifası yetersiz kalabilir.

4. Çocuğun şirretliği nedeniyle ana baba velâyeti ifade acze düşebilirler, MK. 273 II.

5. Bir de, ana babanın velâyeti ifadan aczi, mahcur olması, nüfuzunu ağır bir şekilde kötüye kullanması veya ağır ihmalde bulunması nedeniyle de velâyet kullanılamıyabilir.

Şurasını da önce belirtmekte yarar vardır : Velâyet hakkının hiç veya gereği gibi kullanılamamasında ana babanın kusurlu olup olmadıkları prensip olarak sonuca etkili olmaz. Yani çocuğun, ana babanın görevlerini yerine getirmemeleri sonucu fikren, ruhen ve bedenen gelişmemesi vakıası gerçekleşmişse ananın babanın kusuru aranmaksızın çocuğun kurtulması, sıhhatine, normal gelişmesine kavuşturulması için kanunda ön görülmüş olan tedbirlerin alınması yoluna gidilir.

## II. Tedbirlerin niteliği :

MK. 272. md. si : «Ana baba vazifelerini ifa etmedikleri takdirde, hâkim, çocuğun himayesi için muktazi tedbirleri ittihaz ile mükelleftir» demektir. Bu tedbirler evvelâ ana babaya yardımcı olma niteliğini taşır. Hakim her olayın özelliğine göre, ne gibi tedbir alınacağına karar verir. Bunlar nisbeten hafif tedbirlerdir : Meselâ ana babaya görevlerini hatırlatmak üzere ihtarda bulunması veya onların çocuğu uygun bir okula göndermeleri, yuvaya vermeleri, hastahaneye kontrole götürmeleri gibi görev vermesi<sup>15</sup>, hatta çocuğun eğitim ve öğrenim çalışmalarını hakimnin bizzat üzerine alarak çocuğu denetlemesi bu gibi hafif tedbirlerden sayılabilir.

Fakat bu tedbirler bazı hallerde yetersiz kalabilir. Şu halde hakimnin daha sert tedbirlere başvurması gerekebilir. Bunlar, 272. maddede öngörülmüş olan genel tedbirlere göre, *ö z e l t e d b i r l e r* niteliğini taşır. *Bunlardan biri*, çocuğun ana ve babadan *a l ı n a r a k* bir aile yanına veya bir müesseseye yerleştirilmesidir, MK. md. 273. Şüphesiz, çocuğun ana babadan alınması

<sup>15</sup> Tekinay, S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, 1971, İstanbul s. 384; Akyüz, E. s. 100 vd.

onun ruhî bakımından sarsıntıya uğraması gibi olumsuz sonuçlar doğurabilir. Ancak, ana babanın kendilerine düşen görevleri yapmamaları sonucu çocuk bedenî, fikrî ve ruhî yönleriyle ileride daha ağır sorunlarla karşılaşacaksa, ana babadan alınarak daha elverişli bir ortamda büyütülmesi tercih edilmelidir. Hakim bu karara varmadan önce çocuk - ana - baba ilişkilerini derinlemesine inceleyecektir. Meselâ ana babanın yoksul olmaları çocuğun aileden alınıp yerleştirilmesi için bir neden değildir. Buna mukabil ananın veya babanın çocuğa haşin ve sert muamele yapmaları, babanın düzensiz bir hayat sürmesi, ananın sağlık durumunun bozuk olması, bu nedenlerle çocuğun yabancı ellere teslim edilmesi gibi nedenler hakim tarafından çocuğun ana babadan alınması için bir gerekçe sayılabilir<sup>16</sup>. 6972 sayılı, Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanununun 4. maddesi bu gibi çocukların bakılıp yetiştirilmeleri ve meslek sahibi edilmelerinin Vilâyet Hususi İdareleri ile Belediyelerin beraberce kuracakları Birlikler tarafından sağlanacağını ifade etmektedir. Millî Eğitim Bakanlığı ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı bu birliklere her türlü yardımı yapmakla yükümlüdür, md. 4, son fıkra. Ayrıca 25.4.1963 tarih ve 225 sayılı Kanun da Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı bünyesinde kurulmuş olan Sosyal Hizmetler Genel Müdürlüğüne bu gibi korunmaya muhtaç çocukların bakım, yetiştirilme ve rehabilitasyonlarını sağlama görevi vermiştir. 16 Eylül 1965 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmış olan, 6/500 sayılı «Türk Medenî Kanununun velâyet, vesâyet ve miras hükümlerinin uygulanmasına dair Tüzük de MK. 273 ve şimdi inceleyeceğimiz 274. maddenin uygulaması ile ilgili çeşitli hükümler ihtiva etmektedir. Nihayet, 1593 sayılı Belediyeler Kanununun 15. maddesi de bu gibi çocukların bakım ve gözetimi hakkında gerekli tedbirleri öngörmektedir.

Özel tedbirlerden *ikincisi*, velâyetin ana babadan alınmasıdır. Bu konuyu daha yakından inceleyelim :

Ş: 4. VELÂYET HAKKININ ÖZELLİKLE KÖTÜYE KULLANILMASI NEDENİYLE ANA BABADAN ALINMASI VE SONUÇLARI :

I. Velâyet hakkının ana ve babadan alınması nedenleri : 274. madde şu hallerde velâyetin ana ve babadan alınmasını ön görür:

<sup>16</sup> Akyüz, E. s. 107.

1. Ana ve baba velâyeti ifadan aciz iseler; meselâ ana babanın bedenî, ahlâkî ve fikrî bakımdan yetersiz olması veya çocuğun başa çıkılamıyacak kadar anormal davranışlar göstermesi gibi. Velâyetin alınabilmesi için ana ve babanın çocuğu bir aile veya müesseseye yerleştirmeyi de reddetmeleri gerekir<sup>17</sup>. Ana veya babanın tevkihi, Yargıtay'a göre velâyet'in nezi sebebi olamaz. Bu durumda ilk önce MK. 272 vd. ile Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkındaki Kanunda öngörülen muvakkat tedbirlerin alınması gerekir<sup>18</sup>.

2. Ana babanın hacir altına alınması : Ana baba, MK. 355 - 358. maddelerde sayılan nedenlerle hacredilmişse, artık kendisine bir vasi tayin edilmiş veya tekrar velâyet altına konmuş kimsenin kendi çocukları üzerinde velâyet hakkını kullanması bir çelişki olur. Ancak, hacredilen ana babadan velâyet hakkının da kaldırıldığına dair mahkemenin karar vermesi gerekir. Bununla beraber, bu husus tartışmalıdır<sup>19</sup>.

3. Velâyet hakkı bulunan ana, babanın başkası ile evlenmesi halinde de velâyet hakkı bu ana veya babadan alınabilir. Nitekim eşlerden birinin ölümü evliliğin butlanına hükmedilmesi, boşanma ile son bulması hallerinde velâyet hakkı kendisinde kalan veya kendisine verilen eş, tekrar evlenebilir. Bu durumda, çocuğun bu yeni evlilikle diğer eş dolayısıyla maruz kalacağı sorunlar, ana veya babasından velâyetin alınarak bir vasi tayinini gerektirebilir. Ancak, ana veya babanın tekrar evlenmesi velâyet hakkını kendiliğinden kaybetmesi sonucunu getirmez; hakimnin durumu takdir ederek bu hususta karar vermesi gerekir, MK. 275.

4. Bir de velâyet, ana babanın yetkilerini kötüye kullanmaları veya ciddi şekilde ihmal etmeleri sonunda nez edilebilir.

II. Velâyet hakkının kötüye kullanılması veya ciddi şekilde ihmal edilmesi nedeniyle ana babadan alınması :

A) Velâyet hakkının kötüye kullanılması : MK. 2. II. maddesi bir hakkın sırf kötüye kullanılarak başkasına zarar verilmesini yasaklamıştır. Bu hükmün ışığı altında, velâyet hakkını

<sup>17</sup> Akyüz, 134.

<sup>18</sup> Y2HD. 4.6.1970, 3165/3390, TİK, 1971 - C. I. 46.

<sup>19</sup> Akyüz, 136 - 137.

kötüye kullanan ana babanın da artık bu haklarından mahrum edilmeleri gerekir. Şüphesiz onların böyle bir gerekçe ile çocukları üzerindeki yetkilerini kaybetmeleri kendileri için ağır bir sonuç olduğu kadar, çocuk bakımından da olumsuz etkiler yaratır. Ancak, çocuğa kötü örnek olacak ana babayı ondan uzaklaştırmak; yetkilerini kaldırmak, çocuğun manevî, fikrî ve bedenî bakımdan maruz bulunduğu tehlike karşısında, mazur görülecek bir tedbirdir. Hakim böyle bir karar verirken ana babanın velâyet haklarını kötüye kullanıp kullanmadıklarını derinlemesine araştırır. Kötüye kullanma, ana babanın kusurlu davranışları sonucu olmalıdır<sup>20</sup>. Aksi halde ana babanın velâyeti kullanmada acze düştüğünü kabul ederek, MK. 274. md. yi değil; 273. md. yi uygulamak gerekir. Ana babanın çocuğun manevi, bedenî ve fikrî gelişimini olumsuz olarak etkileyecek davranışları, velâyet hakkını «ağır surette kötüye kullandıkları» (MK. 274) anlamına gelir<sup>21</sup>. Bu davranışlar devamlılık arzmelidir. Bir defaya mahsus kalan olumsuz davranış velâyetin kötüye kullanıldığı şeklinde yorumlanamaz. Meselâ ölmüş olan annenin mallarının tesbiti işlemini babanın reddetmesi gibi. Ana babanın çalışmaları nedeniyle çocuklarını bakıcıya teslim mecbur kalmaları<sup>22</sup> da hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez. Buna mukabil, babanın evi bakım görevini ağır bir şekilde ihlâl ederek çocuğu infak ve iâşe etmemesi, kazancını kendisine sarfetmesi, çocuklarını hiç düşünmemesi, haber vermeden uzun süre yok olması veya oturduğu yerden başka yerlere giderek velâyetin yüklediği görevleri ifa etmemesi, devamlı yer değiştirmesi nedeniyle çocuğun muntazam bir eğitim ve meslek edinmesinin mümkün olamaması, ana babanın gayrı ahlâkî bir hayat sürmeleri, alkolik olmaları, çocuğu devamlı olarak uygunsuz muhitlelere terketmeleri, çocuğu moral bakımından etkileyecek metres hayatı yaşama<sup>23</sup>, çocuğu suç işlemeye teşvik, sebepsiz ve haksız yere çocuğun tahsilini engelleme ve okula göndermeme, kazanç amacıyla çocuğu aşırı çalıştırma<sup>24</sup> tedip hakkını aşırı olarak kullanarak çocuğu manevi ve bedeni bakımdan sakatlama, ona Türk milliyet

<sup>20</sup> Egger, A. Das Familienrecht, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. II, 1943, Zurich, Art. 285, Nr. 6.

<sup>21</sup> Tuor/Jäggi, 23.

<sup>22</sup> Egger, Art. 285, Nr. 6.

<sup>23</sup> Egger, Art. 285, Nr. 6, 2. HD. 24.6.1961 T. 3959 E. 4209 K. Olgaç, S. Türk Medenî Kanun şerhi, 1967, İst. s. 228.

<sup>24</sup> Akyüz, 138.

anlayışına aykırı bir terbiye vermek isteme<sup>25</sup> istemediği bir kimse ile nişanlanmaya veya evlenmeye zorlama<sup>26</sup> ana babanın çocuğa ait sigorta paralarını yemeleri, çocuğa köyde çobanlık yaptırılmaları<sup>27</sup> velâyetin ana babadan alınması sebeplerini teşkil ederler.

B) Ana babanın çocuğa karşı olan görevlerini fahiş biçimde ihmal etmeleri : Burada da hakkının kötüye kullanılması söz konusudur. Nitekim ana baba çocuğu güçleri yettiği ölçüde yetiştirmek, terbiye etmek, eğitmek ve ona bir meslek kazandırmakla yükümlüdürler, MK. 264, 265. Şu halde onun sıhhatine ihtimam göstermede, beslenmesinde, tıbbî muayeneden geçmesinde, okuyup bir meslek sahibi olmasında gerekli dikkat ve ihtimamı göstermeye mecburdurlar. Ana baba, çocuğa iyi örnek olmak üzere kendilerini de eğitmek, ahlâklı bir hayat sürmek zorundadırlar. Bu görevlerini fahiş şekilde ihmal eder ve çocuğu ruhen ve bedenen hasta, fikren geri kalmış, eğitilmediği için bir meslek edinme yolunu tutmamış hale getirirlerse, sorumlu olurlar ve velâyet hakkı kendilerinden bu nedenlerle alınabilir.

## Ş: 5. VELÂYET HAKKININ KALDIRILMASININ SONUÇLARI

I. MK. 274. madde, velâyetin mutlaka ana babanın her ikisinden de alınmasını öngörmüyor. Özellikle, eşlerden biri alkolik olması veya ruh hastalığı gibi sebeplerle velâyet hakkından mahrum edilmişse diğeri velâyet hakkını kullanmaya devam eder. Bununla beraber, bir eşin velâyet hakkından mahrumiyeti, diğerrinin tek başına bu sorumluluğu yürütememesi sonucunu getirmişse, velâyetin her iki eşten de alınması doğru olur. Meselâ diğere eş, velâyet hakkı alınan eşe karşı çocuğu gereği gibi koruyamamakta, yalnız olarak bu görevi yerine getirme gücünü kendisinde bulamamaktadır<sup>28</sup>. Diğere eş evvelce ölmüş ve velâyeti kullanmakta olandan da hakkın alınması gerekmekte ise esasen artık ana babadan hiç biri velâyete sahip olamaz. Bu durumlarda, çocuğa bir vasi tayin olunur, MK. 274 II.

<sup>25</sup> 2 HD. 26.1.1953, 934/3800, Olgaç, S. İlmî ve kazaî içtihatlarla Türk MK. 1956, İst. Nr. 1256.

<sup>26</sup> Akıntürk, T. 399.

<sup>27</sup> 2. HD. 12.5.1955 T. 2841/2595, Olgaç, TMK şerhi, 1967, s. 227.

<sup>28</sup> Egger, Art. 285, Nr. 7.

II. Velâyet hakkı kaldırılan ana babanın çocuğun mallarını idare, şahsına özen gösterme ve temsil görevleri de son bulur. Fakat çocuğun bakımı ve yetişmesi için gerekli masrafları ödeme yükümü devam eder. Ana baba ödemediği âciz iseler bu masrafları Devlet öder. Bununla beraber, Kanun, nafaka ile ilgili hükümleri (MK. 315 vd.) saklı tutmaktadır, MK. 277<sup>29</sup>.

III. Velâyeti kaldırılan ana baba kusurlu oldukları takdirde çocuğun mallarını idareden yoksun kalmakla beraber, bunlardan istifade haklarını da kaybederler, MK. 286.

IV. Velâyetin kaldırılması hakkındaki karar ana babanın ileride doğacak çocuklarına da etkilidir, MK. 274 son. Bununla beraber bu sonuç kat'i değildir. Eğer velâyet çocuklardan biri hakkında kaldırılmışsa, diğer çocuklar ve ileride doğacak olanlar üzerinde devam eder<sup>30</sup>.

V. Velâyetin eşlerden birinden veya ikisinden de kaldırılmış olması halinde eğer mahkeme bir vasi tayin etmişse, «Velâyet ve miras hükümlerinin uygulanmasına dair Tüzük»ün 5. maddesine göre ana ve baba velâyeti haiz oldukları zamana ait hesap cetveli ile birlikte çocuğun mallarını vasiye teslim ederler.

VI. Velâyetin kötüye kullanılması nedeni ile ana babadan bu hakkın kaldırılması üzerine genellikle çocuğun da onların yanında bırakılmaması gerekir. Bu hususta 6972 sayılı «Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun»un 1. maddesi : «beden ruh ve ahlâki gelişmeleri tehlikede olup ana babası tarafından ihmal edilen ve fuhşa, dilencilığe, alkollü içkileri ve uyuşturucu maddeleri kullanmaya veya serseriliğe sürüklenmek tehlikesine maruz bulunan çocukların» bu kanuna göre kurulan müesseselerde bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususunda buldukları mahallin sulh hukuk mahkemelerince gerekli tedbir kararlarının alınacağını ifade etmektedir.

VII. Son olarak, MK. 276. maddesi, velâyetin kaldırılması sebebi zail olursa, hakimın doğrudan doğruya veya talep üzerine velâyeti ana babaya iade ile mükellef olduğunu hükme bağlıyor.

<sup>29</sup> Ayrıca, Tekinay, 399; Akıntürk, 300; Heusser, Jakop, SJK 558, S. II, s. 3.

<sup>30</sup> Egger, Art. 285, Nr. 8; 2. HD. 16.3.1971, 1561/1759, TİK, C. I, s. 45.

## MEDENİ KANUN VE TOPRAK - TARIM REFORMU KANUNU AÇISINDAN TARIM İŞLETMELERİNİN TAHSİS ŞARTLARI

Prof. Dr. Fikret EREN

### I. TARIMSAL İŞLETMELERİN TAHSİSİ HAKKINDA GENEL BİLGİ :

Toprak ve Tarım Reformunun bir amacı da, yeter gelir sağlayan, rasyonel işletme ilkesine elverişli bağımsız tarım işletmelerini (topraklarını), bu nitelik ve özellikleriyle korumak, bunların verimsiz işletmeler haline gelecek şekilde bölünüp parçalanmalarını önlemektir. Tarım işletmelerinin bölünüp verimsiz cüce işletmeler haline gelmesine yol açan en önemli sebeplerden birisi ise, mirasın aynen taksim yoluyla mirasçılar arasında paylaşılmasıdır. Klâsik Medenî Kanunlar, mirasın mirasçılar arasında taksiminde kural olarak, eşitlik ilkesini kabul etmişlerdir. Nitekim, MK 589/1'e göre, «Hilâfına bir hüküm bulunmadıkça, mirasçılar tereke mallarında aynı hukuku haizdirler.». Bu maddenin başlığı, «Mirasçıların hukukça müsavati» adını taşımaktadır<sup>1</sup>2. Bununla birlikte, yeterli olmamakla beraber bir taraftan, Medenî Kanun, diğer taraftan da Toprak ve Tarım Reformu Kanunu (TTRK) tarım işletmelerinin (topraklarının) miras yoluyla taksiminde eşitlik ilkesinin sakıncalarını önlemeye yönelik bazı hükümler getirmiş bulunmaktadır. Bu hükümler, aşağıda, önce Medenî Kanun, sonra da Toprak ve Tarım Reformu Kanunu yönünden incelenecektir.

<sup>1</sup> Kaynak İsviçre Medeni Kanununun bu maddeyi karşılayan 610 ncu maddesinin alt başlığı «Mirasçılarının haklarının eşitliği - Gleichberechtigung der Erben, Egalité des droits des héritiers» adını taşımaktadır. Sözü geçen maddenin 1 nci fıkrası ise, «Aksine hüküm bulunmadıkça, mirasçılar taksiminde bütün tereke mallarında eşit (aynı) hakka sahiptirler.» şeklinde tercüme edilebilir.

<sup>2</sup> Tarımsal işletmelerin tahsisi hakkında geniş bilgi için bk. Zevkliler, Aydın; Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi, Ankara 1970.

## II. MEDENİ KANUN YÖNÜNDEN :

### 1) Genel olarak :

Medeni Kanun 597 - 601 nci maddelerinde tereke malları arasında yer alan tarım işletmelerinin taksim dışı bırakılarak, bunların mirasçılardan birine bir bütün halinde tahsisini (verilmesini) öngören hükümler taşımaktadır. Tarım işletmeleri yönünden mirasçılar arasındaki aynen taksim eşitliği ilkesinden ayrılan bu hükümlerin amacı, tarım topraklarının mirasçılar arasında miras yoluyla aynen paylaşılırak bunların rasyonel olmayan cüce işletmeler halinde bölünüp, parçalanmasını önlemek, aynen taksim sonucu vücut bulan işletmelerin sahibi olan mirasçıların bu verimsiz işletmeler sebebiyle aşırı derecede borçlanmalarına meydan vermemek<sup>3</sup> ve nihayet yaşayabilir tarım işletmelerini bir bütün olarak aile mülkü şeklinde tutup, gelir ve iş sahibi güçlü bir çiftçi (köylü) sınıfı kurmak, onu koruyabilmektir<sup>4</sup>. Bu nitelik ve özelliğiyle Medenî Kanunda yer almış olan Tarımsal Miras Hukuku hükümleri, genel hükümlerden ayrılan özel hükümler niteliğindedir. Keza, farklı taksim kurallarına tâbi tutulan tarımsal işletme de «özel bir tereke» niteliğini taşımaktadır<sup>5</sup>.

### 2) Tarımsal mirasa ilişkin hükümlerin nitelik ve yeterliği :

MK. da yer alan tarımsal mirasa ilişkin hükümler emredici bir nitelik taşımadıkları gibi, yeterli de değildir. Medenî Kanun madde 597'ye göre, tereke malları arasında ekonomik bir bütün (birlik) halinde işletilmekte olan tarımsal bir işletme mev-

<sup>3</sup> Borel - Neukomm, sh. 13 - 14; Escher, Vorbem. zu 616 - 625, N. 5. Zevkliler, sh. 7 vd.; 137, Piotet, sh. 922; Kaufmann, sh. 244; İmre, sh. 664; İnan, sh. 392 - 393; Ayiter, sh. 240 - 241.

<sup>4</sup> Gerçekten, tereke malları arasında yer alan tarım işletmeleri ve dolayısıyla tarım toprakları, mirasçılar arasında aynen taksim edildiği takdirde, bunlar çoğu zaman çok küçük parçalara bölüneceğinden, her bir parça mirasçıların geçimini sağlamağa yetmeyecek, diğer taraftan işletme ve yatırım giderleri için gerekli kredileri bulmakta güçlük çekecek, bunsalar dahi artıracakları gelir sınırlı veya imkânsız olacağından, borçlarını ödeyemez hale geleceklerdir. Bunun sonunda ise, borçların ödenmesi için, söz konusu cüce işletmeler satılacak, büyük çiftçi kitlesi geçim ve gelir kaynağından yoksun kalacak, işsizler ordusu artacak, ülkenin sosyal ve ekonomik sorunları çözülmez hale gelecektir.

<sup>5</sup> Bak. Tuor - Picononi, Vorbem. zu den Art. 620 ff. N .1, Escher, Vorbem. zu den Art. 616 - 625, N. 2, 5.

cutsa, bu, işletmeye ehil olan ve talepte bulunan mirasçıya tahsis edilir. Ancak, adı geçen kanunun 598. maddesi, mirasçılardan birinin tahsise itiraz etmesi veya birden çok mirasçının tahsis talebinde bulunması halinde, hâkime, geniş takdir hakkı tanıyarak, tarımsal işletmenin, ya mirasçılardan birine tahsisini, veya satımını yahut da taksimini emredebilme yetkisini vermektedir. Oysa, Medeni Kanunun kaynağı olan İsviçre Medeni Kanununun değiştirilmiş 621. maddesi, hâkime, bu gibi hallerde sadece tahsis yetkisi tanımış bulunmaktadır. Gerçekten, sözü geçen 621 nci maddeye göre, bir mirasçının itirazı veya birden çok mirasçının tahsis talebinde bulunması halinde yetkili makam, mirasçıların şahsî durumlarını gözönünde tutarak tahsis kararında bulunur. Bundan, hâkimin (yetkili makamın) intikalini, aynen tahsis, satış veya taksim yoluyla vuku bulup bulmayacağı hususunda karar verme yetkisinin olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. İsviçre'de 1940 tarihinde çıkartılıp 1947 tarihinde yürürlüğe giren Tarımsal İşletmelerin Borçtan Kurtarılması Hakkındaki Federal Kanun'un 94 nci maddesi, 621 nci maddeyi değiştirmiş ve böylece hâkime (yetkili makama) sadece tahsis yetkisi tanımıştır. Oysa, bu değişiklikten önce, İsviçre'de de 621 nci madde, aynen Türk Medeni Kanunu mad. 598/1'de olduğu gibi, yetkili makama, tahsis, satış veya taksim yetkisi vermekte idi. İsviçre Medeni Kanunu mad. 621'de yapılan değişiklik, taksimi kaldırıp tahsise yer vermek suretiyle tarımsal işletmelerin bütünlüğünü korumak yönünden faydalı olmuştur. Ancak, aynı değişiklik, Türk Medeni Kanununda yapılmadığı için, tarımsal işletmelerin bölünmeden bir bütün halinde mirasçılardan birine tahsisi işlemi uygulamada tatbik imkânı bulamamıştır. Temennimiz, İsviçre Medeni Kanunundaki bu değişik hükmün Türk Medeni Kanununa da alınmasıdır. Ancak, İsviçre'de dahi, tarımsal işletmelerin bir bütün halinde mirasçıya tahsisini düzenleyen bu hüküm, emredici nitelikte değildir. Burada sadece düzenleyici bir norm söz konusu olmaktadır. Bunun ilk sebebi, mirasçıların dilerlerse kendi aralarında anlaşarak, mahkemeye başvurmaksızın, içinde tarımsal bir işletmenin de bulunduğu terekeyi genel hükümlere göre taksim edebilmeleridir<sup>6</sup>. Durum böyle olunca da tarımsal işletmenin, taksim yoluyla parçalanıp ufalanma ihtimali her zaman vardır. Gerçekten, Medenî Kanunda tereke mallarının rızaî taksimini önleyen veya kı-

<sup>6</sup> Bak. Escher, Art. 620, N. 6; Tuor - Piconi. Vorbem. zu den Art. 620 ff. N. 10; Borel - Neukomm, sh. 53 vd; Liver, sh. 77; İmre, sh. 670; Zevklier, sh. 136.

sıtlayan emredici bir hüküm mevcut değildir. Kaldığı, MK 597'de ekonomik bir bütün arzeden işletmenin bir mirasçıya tahsis edilebilmesi için, o mirasçı tarafından talep edilmesi gerekir. Böylece mirasçılar, talep etmemek suretiyle, tahsis yolunu kapayıp, tarımsal işletmeyi aralarında aynen taksim (Körperliche Teilung) edebilecekleri gibi, üçüncü bir şahsa da satabilirler. Diğer taraftan, mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarrufla koymuş olduğu taksim kuralı da, Kanunda düzenlenmiş bulunan tahsis kuralı karşısında öncelik taşımakta, başka bir deyişle MK 597 (İMK. 621), mirasbırakanın tasarruf serbestisini değiştirmemektedir<sup>7</sup>. Böylece, meselâ mirasbırakan taksim kuralı şeklinde tarımsal işletmeyi 598/2 deki sırayı gözetmeden mirasçılarında birine tahsis edebilir. Diğer mirasçılar, lehine tahsis yapılan mirasçıya oranla daha ehil olsalar bile, mahfuz hisseleri ihlâl edilmedikçe, bu kurala uymak zorundadırlar. Aynı şekilde, mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufunda tarımsal işletmenin mirasçılar arasında aynen taksimini veya üçüncü bir şahsa satılmasını da emredebilir. Bütün bu açıklamalar, Medenî Kanunun tarımsal işletmelerin bir bütün olarak ehil mirasçıya tahsisine ilişkin hükümlerinin düzenleyici nitelikte olup, emredici olmadığını göstermeye yeterlidir. Bununla beraber, İsviçre'de 15 Şubat 1973 yılında yürürlüğe giren bir kanunla, mirasbırakanın tarımsal işletmeler hakkındaki ölüme bağlı tasarruf yetkisi emredici nitelikteki hükümlerle belirli bir oranda sınırlandırılmıştır. Buna göre, yaşayabilir tarımsal işletmelerin, ehil ve bizzat işletmeye kararlı bir mirasçı tarafından tahsisi istenildiği zaman, mirasbırakan artık ölüme bağlı tasarrufunda bunların ne satışını, ne taksimini ve ne de bizzat işletmek istemeyen ve ehil olmayan bir mirasçıya tahsisini emredebilmektedir. Mirasbırakanın sadece ehil ve bizzat işletmeye talip birden çok mirasçı arasında bunlardan birini seçme yetkisi vardır<sup>8</sup>. Keza, mirasçılardan hiç biri ehil ve bizzat işletmeye talip değilse, bu halde de mirasbırakan tarımsal işletme üzerinde ölüme bağlı tasarruf yetkisine sahip olup, satım, taksim veya tahsisi öngörebilir. Bu halde tahsis için, mirasçının, ehil olması veya bizzat işletmesi şart değildir. 1973 tarihli Kanun tasarruf nisabı üzerinde tasarrufu önlemediğinden, mirasbırakan bu kısım için herhangi bir şahsı mansup mirasçı tâyin edebilir. Tarımsal iş-

<sup>7</sup> Escher, Art. 620, N. 12. Tuor - Picononi, Vorbem. zu. den Art. 620 ff, N. 10c; BGE 80 II 210 vd.; 82 II 46; 85 II, 554; 90 II 1; Aksi görüş için bak. Borel - Neukomm, sh. 55 vd.; Amberg, sh. 49.

<sup>8</sup> Bak. Piotet, sh. 927; İmre, sh. 671.

letme, tasarruf nisabını karşılıyor ve tâyin edilen mansup mirasçı da ehil ve bizzat işletmeyi üzerine alıyorsa, mirasbırakan, tarımsal işletmeyi mansup mirasçıya, kanuni mirasçıları ehil olsalar bile tahsis edebilir<sup>9</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi toprak ve tarım reformunun amacı, yeter gelirli, rasyonel işletmecilik ilkesine elverişli tarım işletmelerinin kurulması ve bu şekliyle korunmasıdır. Yeter gelirli tarım işletmeleri, miras yoluyla taksim edilmemeli, aynen bölünüp, ekonomik olmayan cüce, verimsiz işletmeler haline dönüştürülmemelidir. Bu sebeple, Miras Hukukunda yapılacak değişiklikler, ekonomik bir bütün halinde işletilmekte olan yeter gelirli tarımsal işletmelerin, mirasçılar arasında aynen taksim edilmesini mutlaka önlemeli, bu nitelikteki işletmeleri ya mirasçılardan ehil olan isteklisine tahsis etmeli veya bunun bir bütün olarak başka bir çiftçi ailesine satılmasını öngörmelidir<sup>10</sup>.

### 3) Tarımsal işletmenin şartları :

Bir işletmenin, ekonomik bir bütün halinde işletilen yeter gelirli tarım işletmesi olarak nitelendirilip, mirasçılardan birine tahsis edebilmesi için şu şartları taşıması gerekir.

#### a) Objektif şartlar :

##### aa) Tarımsal bir işletme mevcut olmalıdır :

Tahsis işleminin yapılabilmesi için, tereke malları arasında her şeyden önce tarımsal bir işletme mevcut olmalıdır<sup>11</sup>. Terekede bazı hallerde birden fazla tarımsal işletmenin bulunması da mümkündür. Bu takdirde her işletme, bağımsız bir işletme sayılıp, tahsis konusu olabilir. Üretim faaliyetinde bulunan ve ihtiyaçların giderilmesi işine doğrudan doğruya veya dolayısıyla iştirak eden her ekonomik üniteye geniş anlamda işletme adı verilir. Her işletme, insanların ihtiyaçlarını gidermek için belirli bir mal veya hizmet üre-

<sup>9</sup> Bak. Piotet, sh. 927.

<sup>10</sup> Nitekim İsviçre Miras Hukukundaki değişme ve gelişmeler, bu yönde olmaktadır.

<sup>11</sup> MK 597/1'de «Ziraî mallar» deyimini kullanılmakta ise de, bundan anlaşılması gereken «tarımsal işletme»dir. Nitekim, Kaynak İsviçre Medeni Kanunu mad. 620'de de tarımsal işletme anlamına gelen «Landwirtschaftliches Gewerbe = Exploitation agricole» deyimleri kullanılmaktadır.

timinde faaliyet gösterir. İnsanların sayısız ve çok değişik ihtiyaçları bulunduğundan, bu ihtiyaçların giderilmesinde rol oynayan mal ve hizmetler de çeşitlidir. Ekonomik hayatta sosyal iş bölümünün gelişmesi sonunda, çeşitli alanlarda faaliyet gösteren işletmeler doğmuştur. Bunlar, üretim çeşitlerine göre, endüstri işletmeleri, ticaret işletmeleri, banka işletmeleri, hizmet işletmeleri, tarımsal işletmeler vs. dir<sup>12</sup>. Her işletme gibi, tarımsal işletme de teşebbüs, emek, sermaye ve tabîi kaynaklardan ibaret olan üretim faktörlerinin plânlı ve sistemli bir şekilde biraraya getirilerek kâr elde etmek amacıyla tarımsal üretim faaliyetine yöneltilmesidir. «Tarımsal işletme, toprak, yapı, araç, gereç, hayvan ve diğer sermaye unsurlarından oluşan, tarımsal alanda üretimde bulunan ve belirli bir büyüklüğe sahip olan ekonomik bütündür.» (Zevkliler, sh. 73). Toprak ve Tarım Reformu Kanunu madde 7'ye göre, «...tarımsal işletme, çiftçilik yapılması için gerekli toprak, bina, tesis, alet, makina, bitkisel ve hayvansal üretim araçlarından bir veya birkaçı ile işgücünün birlikte kullanıldığı üretim birimidir.». Tarımsal işletme kavramı içine her şeyden önce tarım toprakları ve özellikle tarla, bağ, bahçe, otlak vs. girer. Arazi (toprak), işletmenin en önemli unsurudur. Ayrıca bu topraklar üzerinde yapılmış bulunan tarımsal bina, tesis, ahır, ağıl vs. ile tarım alet ve makinaları, hayvanlar da tarımsal işletme kavramı içinde yer alır. Tarımsal üretim ve faaliyete doğrudan doğruya veya dolayısıyla ayrılmamış olan topraklar, özellikle inşaat arazileri (arsalar), maden işletmeleri, süs bahçeleri vs. tarımsal işletme sayılmaz. Çünkü buralarda kâr elde etmek amacıyla tarımsal faaliyet yapılmamaktadır. Bu itibarla, kazanç elde etmek, geçimi sağlamak amacıyla olmayıp sırf aile üyelerinin ihtiyaçlarını karşılamak için meyve ve sebze meselâ bir miktar domates, biber veya kiraz yetiştirilen yerler de tarımsal işletme sayılmazlar. Bir veya birden fazla arazinin MK. 597. m. anlamında tarımsal işletmeyi meydana getirebilmesi için, her şeyden önce bunların belirli bir büyüklükte olması ve bunlar üzerinde tarım yapan çiftçi ile ailesinin ihtiyaçlarını aşan bir üretimde bulunması gerekir. İşletme olarak niteleyebilmek için, arazi, üzerinde bir çiftçinin çiftçilik mesleğini icra edip, ev ihtiyacının üzerindeki ürün kısmının pazarda satılmasına ve geçim kaynağı sağlamasına imkân vermelidir. «Tarımsal işletmenin tarımsallık niteliği, asıl işletmenin mesleği çiftçilik olan kimseler tarafından, gelir sağlamak amacıyla

---

<sup>12</sup> Bak. Açıl - Köylü, sh. 18.

ve tarımsal üretimde bulunmak üzere işletilmesidir.» (Zevkliler, sh. 79). Hayvan besleme, arı yetiştirme vs. gibi faaliyetleri de tarımsal işletme kavramı dışında bırakmak gerekir<sup>13</sup>. Mirasçının tahsis talebi, işletmeyi, tarım dışı bir amaç için kullanacaksa reddedilmelidir<sup>13a</sup>.

*bb) Tarımsal işletme ekonomik bir bütün arzettir :*

Tarımsal işletmeyi oluşturan taşınır ve taşınmaz mallar (arazi, bina, tesis, makina, araç, gereç, hayvan vs. gibi) arasında fonksiyonel bir birlik ve bağlılık bulunduğu takdirde, işletme ekonomik bir bütün arzeder. Bunun için işletmede yer alan mallar, birbirini tamamlamalı, işletmenin ekonomik amacının gerçekleşmesine katkıda bulunmalı, mallardan biri bulunmadığı veya ayrıldığı takdirde, tarımsal işletmenin ekonomik kapasite ve fonksiyonu eksilmeli veya kaybolmalıdır. Tarımsal işletmeyi oluşturan, arazi, bina, diğer yapılar, alet ve makineler aynı kişi tarafından ortak bir merkezden yönetildiği takdirde, bu mallar ve dolayısıyla işletme ekonomik bir birlik arzeder<sup>14</sup>. Kanunun öngördüğü birlik ve bütünlük ekonomik birlik ve bütünlük olup, fizikî, maddî birlik ve bütünlük değildir. Esasen, bir işletmenin fizikî bütünlük (teklik) içinde olması, arazinin parçalanmış olduğu ülkelerde mümkün de değildir (BGE 43 II 574). Diğer taraftan, işletmeyi meydana getiren topraklarda aynı tarım türünün yapılması da şart değildir. Bu itibarla meselâ bir arazide bağ ve bahçe tarımı yapılırken, diğerlerinde de tütün, pamuk, buğday gibi tarla bitkileri üretilebilir<sup>15</sup>. İşletmeyi meydana getiren taşınmaz mallar arasında bir tek arazi parçası bulunabileceği gibi, birden çok arazi parçası da bulunabilir (BGE 43 II 569). Bu araziler, birbirine bitişik (hemsınır) olabileceği gibi, birbirinden ayrı ve uzak da olabilir. Aslolan arazilerin birbirine bitişik veya uzak olması değil, bunların birbirlerini ekonomik yönden tamamlamaları, aynı amaca hizmet edip, aynı şahsın mülkiyetinde olmaları, tek ve ortak bir merkezden işletilip yönetilmeleridir (BGE 89 II 16). Tarımsal işletmeyi, meydana getiren unsurlar ay-

<sup>13</sup> Bak. Tuor - Piconi, Art. 620, N. 3; Escher, Art. 620, N. 21; Piotet, sh. 935.

<sup>13a</sup> Bak. BGE 95 II 394.

<sup>14</sup> Bak. Escher, Art. 620, N. 22; Tuor - Piconi, Art. 620, N. 6; Borel - Neukomm, sh. 31; Piotet, sh. 935; İmre, sh. 672; İnan, sh. 395; Ayiter, sh. 242; Zevkliler, sh. 92. BGE 89 II 16.

<sup>15</sup> Bak. Piotet, sh. 935. Escher, Art. 620, N. 24.

nı şahsın mülkiyetinde değilse, ekonomik bütünlük sözkonusu olmaz ve tahsis de yapılmaz.

İşletmenin ekonomik bir bütün arzedebilmesi için gerekli kriterlerden biri de üzerinde tarımsal üretim yapılan toprakla bağlantılı yapı ve binaların bulunmasıdır. Ancak, işletmenin birden çok tarım toprağından meydana gelmesi halinde sözü geçen yapı ve binaların her toprak parçası üzerinde bulunması şart değildir. Hatta bunlar tarım arazisi dışında da bulunabilir. İşletmenin varlığı için gerekli bina ve yapılara, mirasçı ve ailesinin oturacağı konut, malların konulacağı depo vs. örnek olarak gösterilebilir (BGE 82 II 4). Eğer tarımsal işletme için zorunlu bulunan bina ve yapılar mevcut değilse, tarımsal işletmeden değil, sadece tarımsal taşınmazdan bahsedilebilir. İşletmenin arzedeceği ekonomik birlik ve bütünlük, mirasbırakanın ölümü anında mevcut olmalıdır (BGE 83 II 510; 45 II 633).

*cc) Tarımsal işletme, yeter gelir sağlayan bir işletme olmalıdır :*

Tarımsal işletme, en azından, bir çiftçi ailesini geçindirmeğe yeter geliri (asgarî geçimi) sağlayacak büyüklükte olmalıdır. Yeter gelirli aile işletmesi niteliğinde olmayan, bu ölçünün altında kalan toprakların bir bütün olarak mirasçıya tahsisi söz konusu olmaz. İşletmenin, yeter geliri (asgarî geçimi) sağlama şartı, kaynak İsviçre Medeni Kanununun değişik 620/1 inci maddesine sonradan eklenmiştir. Bu sebeple, sözü geçen şart, MK 597'de mevcut değildir. Ancak, bu şart, bağımsız tarım işletmeciliğinin yapılmasına elveren, çiftçi ailesinin geçim kaynağını sağlayan, yaşama kabiliyetini haiz işletmeleri esas aldığı için, sadece bu özelliğe sahip olan işletmelerin tahsisinde yarar vardır. Bu itibarla Tarımsal Miras Hukununun amacına uygun olan bu şartı, Türk Hukuku yönünden de mantıkî ve zorunlu bir şart olarak kabul etmek gerekir<sup>16</sup>. Böylece, işletmenin mirasçıya tahsis edilebilmesi için, onun geçimini sağlamaya yeterli ve elverişli olması şarttır. Eğer işletme, yeter geçimi sağlayacak büyüklük ve nitelikte değilse, gerçek anlamda tarımsal işletme sayılmaz ve tahsisi de gerekmez.

Yeter gelir şartı, işletmenin hiç olmazsa asgari büyüklüğü yönünden bir sınır koymuş bulunmaktadır. Bir sınır, Tarımsal Miras

<sup>16</sup> Bak. İmre, sh. 674; Zevkliler, sh. 97; İnan, sh. 395.

Hukukunun uygulanmasını, yani tahsis imkânını kısıtlamakla birlikte, cüce işletmelerin taksim yoluyla doğmasını da yasaklamış olduğu için, toprak ve tarım politikası yönünden gerekli ve mantıkîdir.

Yeter geliri sağlama şartı, bir görüşe göre, tarımsal işletmeden elde edilecek gelir hakkında söz konusudur. Mirasçının diğer faaliyetlerden, meselâ talî nitelikteki sınaî veya ticarî bir işletmeden elde ettiği gelire, diğer alanlardan elde ettiği gelirler bu şartın gerçekleşmesinde gözönünde tutulmaz. Zira amaç, çiftçilik yapan mirasçının şu veya bu yolla geçimini sağlaması olmayıp, tarımsal işletmenin bu geçimi sağlamaya elverişli olup olmamasıdır<sup>17</sup>. Yukarıdaki görüşe ilke olarak katılmakla birlikte, asıl işletme niteliğindeki tarımsal işletmeye bağlı olan ve onunla birlikte tahsis edilen yan sınaî işletmelerden elde edilen gelirin de, ailenin geçimini sağlamada gözönünde tutulması gerekir (MK 602)<sup>18</sup>. Ancak, bir sınaî işletmenin yan sınaî işletme niteliğinde olabilmesi için, bir taraftan, tarımsal işletmenin aslî işletme nitelik ve büyüklüğünde olması, diğer taraftan da sınaî işletmenin tarımsal işletmeye bağımlı bulunması gerekir. Tereke malları içinde yer alan tarımsal işletme değil de, sınaî işletme asıl işletme niteliğinde ise, sınaî işletme bağımsız bir işletme olduğundan, tarımsal işletmeyle birlikte mirasçıya tahsis edilemez. Bu takdirde sınaî işletme genel hükümlere göre işlem görür. Tarımsal işletmenin bütünleyici parçası (mütemmim cüz'ü) olan makina araç ve gereçler de mahiyetleri icabı, yan sınaî işletme sayılmazlar. Yan sınaî işletmeler, tarımsal işletme ile birlikte, ona ne kadar ayrılmaz bir biçimde bağımlı olurlarsa olsunlar, mirasçı tarafından talep edilmedikçe tahsis edilemezler. Ayrıca, tahsisin yapılabilmesi için, talep eden mirasçının bu yan işletmeyi işletmeğe de ehil olması gerekir.

Tarımsal işletmenin sağlayacağı yeter gelir tesbit edilirken, kim nazara alınacaktır? Ailenin bütünü mü, belirli üyelerden meydana gelen normal, ortalama bir aile tipi mi, yoksa tek başına veya sadece eşi ile birlikte yaşayan çocuksuz bir mirasçı mı?

İsviçre de bir çiftçi ailesi, ana - baba ve okul çağındaki iki çocuktan oluşan dört kişilik normal bir aile tipi olarak kabul edil-

<sup>17</sup> Bak. Tuor, Art. 620, N. 8; Beck, sh. 198; BGE 81 II 106; Aksi görüş için bak. Borel - Neukomm, sh. 73.

<sup>18</sup> Bak. Escher, Art. 620, N. 29; Borel - Neukomm, sh. 36; Amberg, sh. 63; Piotet, sh. 947.

mektedir<sup>19</sup>. Bu nedenle bu orta (normal) aile tipi dışında tahsis talebinde bulunan mirasçı, tesadüfen bekâr olup tek başına yaşasa veya çocuksuz bir aile olsa bile, kendisinin veya eşinin geçimini sağlayacak işletme büyüklüğü esas alınmamaktadır. Sorun, objektif, ekonomik ve sosyal kriterlere göre çözümlenmek gerektiğinden, normal bir aile tipinin esas alınması, buna karşılık müşahhas olayda bir veya iki kişiden oluşan ailenin gözönünde tutulmaması, toprak ve tarım politikası yönünden kanaatımızca uygundur<sup>20</sup>. Ülkemizde ise normal bir çiftçi ailesinin ortalama beş kişiden meydana geldiği farzedilmektedir (TTRK mad. 54). İşletmenin mirasçıya tahsisi için, sağlayacağı gelir, ailesini insan haysiyetine yaraşır bir yaşama düzeyinde tutulacak yeterlikte, başka bir deyişle asgari geçim haddini temin edecek seviyede olmalıdır. Bu nedenle işletmenin sağlayacağı gelirin bu seviyeden daha yüksek veya çok yüksek olması şart değildir<sup>21</sup>. Çiftçi ailesinin asgarî geçimini sağlayacak yeter gelir, yıllık ortalama net gelir olup, hâkim, önüne gelen meselede bunu takdir hakkını kullanarak tâyin eder. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarından alınan misâllerde, asgarî geçimi sağlamaya yeter gelir veya bu geliri sağlayabilecek toprak miktarı, arazi ve ürün çeşidine, ekolojik şartlara göre şöyledir: 5200 frank, yıllık yeterli gelir olup, buna karşılık 2406 frank yeterli değildir<sup>22</sup>. 3-5 hektarlık (30-50 dönümlük) verimli bir taban arazisinden yılda sağlanacak 7400 frank bir aileyi geçindirmeye yeterlidir<sup>23</sup>. Medenî Kanun ve uygulamasında, bu şekilde İsviçre'de olduğu gibi bazı kriterler bulmak mümkün olmamakla birlikte, Toprak ve Tarım Reformu Kanunu madde 54'te topraksız çiftçiye dağıtılacak toprak miktarı düzenlenirken, yıllık yeterli gelir ve arazi miktarı kriterinden hareket edilmiştir. Sözü geçen maddeye göre, «Toprak dağıtımından yararlanacak aile başkanlarına ve aile sayılan kişilere... yeter gelir sağlayacak miktarda toprak verilir. Bir ailenin yeter gelire sahip olması için gerekli arazi miktarı, iklim ve arazi özellikleri ile bölge için öngörülen tarımsal işletme tipleri gözönün-

<sup>19</sup> Bak. BGE 81 II 109; 89 II 16 vd; 83 II 109 vd; Bu husus, işletmenin azami bir büyüklüğe sahip olup olmaması sorununu ortaya koymaktadır. Tuor - Piconi, Art. 620, N. 9; Escher, Art. 620 N. 28, Beck, sh. 196; Piotet, sh. 948; İmre, sh. 674; Zevkliler, sh.

<sup>20</sup> Bak. Escher, Art. 620; 28; Tuor - Piconi, Art. 620, N. 9; BGE 76 II 127.

<sup>21</sup> Bak. Tuor - Piconi, Art. 620, N. 9, Escher, Art. 620, N. 28; Piotet, sh. 948; İmre, sh. 674; BGE 81 II 110; 83 II 109 vd; 89 II 16 vd.

<sup>22</sup> Bak. BGE 81 II 110.

<sup>23</sup> Bak. BGE 86 II 116 vd.

de bulundurulacak bir aileye 1971 yılı toptan eşya fiyatları endeksinde göre, yılda onbeşbin liralık tarımsal gelir sağlayacak şekilde, Toprak ve Tarım Reformu Bölge Başkanlığınca tesbit edilir.» Kanun, bu miktar bir geliri sağlayacak toprağın 50 endeksinde göre sulu arazide 32 - 106, kuru arazide ise 79 - 337 dönüm arasında olabileceğini 54. maddesinde düzenlemiş bulunmaktadır. Aynı ilkenin Medenî Kanun veya Toprak ve Tarım Reformu Kanununa eklenecek bir madde ile Toprak Reformu bölgeleri dışında da uygulanmasının yurt gerçeklerine uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu uygulama herhangi bir güçlük de arzutmeyecektir. Zira TTRK mad. 54, Kanunun sonuna eklenen 3 ve 4 nolu tablolarda arazinin sulu veya kuru olmasına göre her bölge açısından yeter gelir sağlayacak işletme (toprak) büyüklüğünü göstermiş bulunmaktadır.

Bazı tarımsal işletmelerin sahip olduğu toprak miktarı büyük olabilir. Bu büyüklükteki işletmelerin taksimi, yukarıda asgarî miktarı belirtilen büyüklükte birkaç işletme meydana getirecek durumdaysa, acaba taksim yapılmalı mıdır? Yoksa büyük işletme taksim edilmeden olduğu gibi muhafaza edilip, mirasçılardan birine bir bütün halinde tahsis mi edilmelidir? Durumu bir misalle canlandıralım. Meselâ birinci sınıf sulu toprakta mirasbırakan A'nın 64 dönüm toprağı ve çiftçilik yapan iki mirasçısı vardır. Bu nitelikte bir toprakta asgarî işletme büyüklüğü 32 dönüm ise, 64 dönümlük bu arazi aynen ikiye taksim edilerek, her mirasçıya 32'şer dönümlük bir toprak parçası verilebilir mi? Bu husus işletmenin azamî bir büyüklüğe sahip olup olmaması sorununu ortaya koymaktadır. İsviçre'de büyük işletmelerin yeter gelirli aile işletmelerine bölünebileceği kabul edilmektedir. Gerçekten, İMK 621 Quater/1, şu hükmü taşımaktadır: «Tarımsal işletme, büyüklük ve mahiyeti itibarıyla birden çok yaşayabilir işletmeye bölünmeye müsait ise, işletmeye ehil olan birden fazla mirasçının talep etmesi halinde, her kısım, verim değeri üzerinden tahsis edilmek üzere taksim edilebilir.». Sözü geçen maddenin 2 nci fıkrasına göre ise, «İhtilaf (itiraz) halinde yetkili makam karar verir». İsviçre Medenî Kanununa önce, 1940 tarihli Tarımsal İşletmelerin Borçtan Kurtarılması Kanunuyla sonra da 15 Şubat 1973'te yürürlüğe giren Kanun değişikliğiyle eklenip, Türk Medeni Kanununda yer almayan bu hükmün amacı şu şekilde açıklanabilir : Her şeyden önce bu yolla, bir taraftan, çiftçi ailelerini yeter gelir sağlamağa elverişli kendi tarım işletmeleri üzerinde alıkoyarken, diğer taraftan da, büyük tarım işletmelerinin teşkiline mani olunulmaktadır. Kaldığı bu hükümle, büyük bir

işletme, mirasçılardan birine bir bütün olarak tahsis edildiği takdirde, bu mirasçının diğer mirasçıların miras hisselerine karşılık olmak üzere ödeyeceği paranın tamimindeki kredi güclüğü ve dolayısıyla işletmenin aşırı şekilde borçlanması tehlikesi de önlenmiş olmaktadır<sup>24</sup>. Büyük bir işletmenin yaşayabilir küçük işletmelere taksim edilebilmesi için gerekli şartlar şunlardır: Her şeyden önce tarımsal bir işletme mevcut olmalıdır. Bu işletme, büyüklüğü ve mahiyeti itibarıyla birden çok yaşayabilir işletmeye bölünmeğe elverişli (müsait) bulunmalıdır. Yaşayabilir işletmeden amaç, normal bir çiftçi ailesinin asgarî geçim kaynağını sağlamağa elverişli, yeter gelir getiren işletmedir. Yeter gelir sağlama şartı, yukarıda incelendiği için, burada tekrar incelenmeyecektir. Diğer taraftan, birden fazla mirasçı, işletmeye talip ve ehil olmalıdır. Tahsisin subjektif şartları olarak nitelendirilen bu şartlar, aşağıda incelenecektir. Birden çok mirasçı mevcut olup da, bunlardan yalnız biri işletmeye talip ve ehil ise, işletmenin bir bütün olarak kendisine tahsisini isteyebilir<sup>25</sup>.

Taksim yoluyla tahsisi isteyen birden çok mirasçıdan ehil olmayanların bu talebi reddedilir. Bu takdirde yalnız bir mirasçı işletmeğe ehil ise taksime gidilmez, işletme bir bütün olarak ona tahsis edilir. Bu konuda Türk Medeni Kanununda bir hüküm bulunmamakla beraber Toprak ve Tarım Reformu Kanunu mad. 69, 68. maddedeki asgarî miktarlardan az olmamak üzere büyük işletmelerin (toprakların) mirasçılar arasında taksim olunabileceğini hükme bağlamaktadır. İsviçre Hukukunda kabul edilen, Toprak ve Tarım Reformu Kanununda öngörülen bu sistem ve düzenleme, kanaatimizce, ülke şartlarına, ekonomik ihtiyaçlara uygundur. Zira, böylece, büyük işletmelerin asgarî miktardan aşağı düşmemek kaydıyla çiftçilik yapan ehil mirasçılara taksim veya tahsis yoluyla verilmesi, topraksız çiftçi ailelerinin azalması, toprağın ekonomik verimlilik ve sosyal adalet ilkelerine uygun olarak dağılması sonucunu doğurur. Tarımsal işletme ve özellikle tarımsal taşınmaz (arazi) MK 595'e göre, tahsis yapılan mirasçıyı, taksim anında arzettiği değer üzerinden verilir. Bu değer İsviçre'de verim değeridir. (İMK 617/2). Verim değeri kesin olarak bilinmiyorsa, satış değerinin dörtte üçüdür. Medeni Kanunda bu konuda bir hüküm mevcut

<sup>24</sup> Bak. Tuor - Piconi, Art. 621 ter, N. 1; Escher, Art. 621 ter, N. 1.

<sup>25</sup> Bak. Borel - Neukomm, sh. 88; Tuor - Piconi, Art. 621 ter, N. 3.

olmadığından, tahsis, beyan edilen vergi değeri üzerinden yapılmamıştır. Bu ise Toprak Reformunun ana ilkelerine uygun düşer.

*b) Sübjektif şartlar :*

*aa) Mirasçı olma şartı :*

Tarımsal işletmelerin mirasçılar arasında taksim edilmeyip bir bütün halinde mirasçılardan birine tahsis edilebilmesi için, her şeyden önce mirasçı niteliğini haiz kişilerin bulunması gerekir. Tahsis yapılacak kişi, hâkimin tahsis kararını verdiği anda mirasçı sıfatını haiz olmalıdır. Bu sebeple, hâkimin tahsis kararını vereceği anda, mirası reddeden, mirastan ıskat edilen veya miras hissesini müşterek mirasçılara devreden (temlik eden) şahıs, mirasçı sıfatını kaybetmiş olduğundan, kendisine tahsis yapılamaz. Mirastan mahrum olan mirasçının durumu da aynıdır. Miras hissesini üçüncü bir şahsa devreden mirasçı, mirasçılık sıfatını kaybetmemekle beraber, tahsis talebinde bulunamaz<sup>26</sup>. Tahsis yapılacak mirasçının mutlaka kanunî mirasçı olması şart değildir. Mansup mirasçı da mirasçı kavramına dahildir. Furu zümresiyle içtima edip, intifa seçen sağkalan eşin, tahsis talebinde bulunmağa hakkı yoktur<sup>27</sup>. Buna karşılık, sağkalan eş, mülkiyet hakkını seçmişse, tahsisi talep edebilir. Aynı şekilde, sağkalan eş, furu zümresi dışındaki zümre mirasçılarıyla içtima ettiğinde, hem mülkiyet, hem de intifa hakkı sahibi olduğundan, kanuni mirasçı sıfatını haiz olup, tahsis talebinde bulunabilir. Buna karşılık, vasiyet alacaklıları, mirasçı olmadıklarından, kendilerine tahsis yapılamaz.

Evlatlık, furu sayıldığından, tahsis talebinde bulunabilir. Evlilik dışı doğan çocuklardan, nesebî düzeltilenlere tahsis yapılabilir. Tanıma veya şahsî sonuçlu babalık davasıyla babaları yönünden sahih olmayan nesep ilişkisi kurulan çocuklar da tahsis talebinde bulunabilirler. Bunlar için sahih olmayan nesep ilişkisi ana yönünden doğumla kurulmuş olduğundan, mirasbırakanın ana olması halinde talep ettikleri takdirde kendilerine tahsis yapılabilir.

<sup>26</sup> Bu konularda geniş bilgi için bak. Piotet, sh. 950 vd; Escher, Art. 620, N. 31; Tuor - Piconi, Art. 620, N. 14; İmre, sh. 675; Zevkliler, sh. 110 vd.

<sup>27</sup> İntifa hakkını seçen sağ kalan eşin, tarımsal işletmenin intifasının tahsisini talep edip edemeyeceği hakkında bak. Tuor - Piconi, Art. 620, N. 14a; Escher, Art. 620, N. 31.

*bb) Tahsisi talep şartı:*

Tarımsal işletmeyi bir bütün olarak mirasçılardan birine tahsis edebilmek için, bunu isteyen mirasçının tahsis talebinde bulunması gerekir. Hâkim böyle bir talep olmaksızın res'en tahsise karar veremez<sup>28</sup>. Tahsis talep ve davasının diğer bütün mirasçılara yöneltilmesi gerekir (BGE 90 II 1). Tahsis talebinde bulunmayan bir mirasçıya, diğer bütün mirasçılar ittifak etseler bile yine tahsis yapılamaz. Hiç bir mirasçı tahsis talebinde bulunmaz veya bulunduğu halde bu talep reddedilirse, tarımsal işletme ya genel kurallara göre taksim edilir veya satılır. İsviçre'de 1940 tarihli Kanun taksimi kaldırmış, bunun yerine sadece işletmenin bir bütün olarak satışını düzenlemiştir. Gerçekten, İMK. 625 bis'e göre, «Mirasçılardan hiç birisi tarımsal işletmenin bir bütün olarak tahsisini talep etmez veya böyle bir talep reddedilirse, her mirasçı, tarımsal işletmenin bir bütün olarak sattımını isteyebilir». İsviçre'de tahsisin mümkün olmaması halinde, taksime gidilmeyip, işletmenin bir bütün olarak devredilmesinin (satılmasının) amacı, yaşama kabiliyetini haiz tarımsal bir işletmenin taksim, paylaşırma yoluyla cüce işletmeler haline dönüşmesini önlemek, işletmeyi bu niteliğiyle muhafaza etmektir<sup>29</sup>. İşletmenin bir bütün olarak satılabilmesi için gerekli şartlar şunlardır: Önce, ya mevcut mirasçılardan hiç biri işletmenin bir bütün olarak tahsisini istememiş olmalı, ya da böyle bir tahsis talebinde bulunmuş olmakla birlikte, objektif veya subjektif şartların mevcut olmamasından dolayı talep hâkim tarafından reddedilmiş olmalıdır. Sonra, mirasçılardan biri, işletmenin bir bütün olarak devredilmesini (satılmasını) talep etmelidir. Mirasçılardan biri satış talebinde bulunmazsa, hâkim (yetkili makam) res'en satışa karar veremez. Satış talebinin mirasçılardan birinin arzusuna bırakılması, Tarımsal Miras Hukukunun amaçlarıyla bağdaşamaz. Tarımsal Miras Hukuku, kamu yararını ön plânda tuttuğundan, hakime, res'en satış yetkisi verilmiş olmalıydı. İsviçre'de kabul edilen bu hükmün, Türk Medeni Kanununa da alınmasında yarar görmekteyiz. Ancak, bu takdirde hâkime, tahsisin yapılmasının mümkün olmaması halinde, işletmenin bir bütün halinde satılmasına karar verme yetkisi de tanınmalıdır. Aksi halde, getirilecek bu hüküm, emredici değil, düzenleyici nitelikte

<sup>28</sup> Bak. Piotet, sh. 950; Tuor - Picononi, Art. 620, N. 11; Escher, Art. 620, N. 34; İmre, sh. 675; Ayiter, sh. 242; İnan, sh. 395; Zevkililer, sh. 109.

<sup>29</sup> Bak. Borel - Neukomm, sh. 104; Tuor - Picononi, Art. 625 bis, N. 2.

olacağından, pratik sonuçlar doğurma imkânından yoksun kalır<sup>30</sup>. Ancak, Medeni Kanuna bu şekilde emredici nitelikte bir hüküm getirilirken, büyük işletmelerin yaşayabilir küçük işletmeler halinde bölünmesi (ifrazı) ve bölünen bu müstakil parçaların devrini (satışını) istemek veya buna mahkemece re'sen karar vermek imkânının da tanınması gerekir<sup>31</sup>.

Tahsis talebi, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, başkasına devredilemez, miras yoluyla intikal etmez. Hâkimden tahsis talebinde bulunan mirasçı, karardan önce ölürse, talep ve dava düşer. Tahsis, taksim işlemleri esnasında veya en geç hâkim tarafından taksime karar verilmeden önce talep edilebilir. Taksim işlemi nihayete erdikten sonra tahsis talebinde bulunulamaz. Tahsis, hukukî niteliği itibariyle kanunî bir taksim kuralıdır<sup>31a</sup>. Tahsis talebi, tarımsal işletmenin bütünü için yapılmalıdır. Kısmî tahsis talebi, meselâ işletmeden belirli taşınmazların ayrılarak verilmesi kabul edilmez<sup>32</sup>. Ehil olmaları şartıyla birden çok mirasçının tarımsal işletmenin kendilerine müştereken tahsis edilmesini talep hususunda anlaşmaları mümkündür (BGE 81 593). Bu takdirde duruma göre tahsis yapılan mirasçılar işletme üzerinde müşterek veya iştirak halinde mülkiyet sahibi olurlar<sup>33</sup>. Bizatihi tahsis, tahsise konu olan işletmenin mülkiyetini geçirmez. Bunun için MK. 611 deki şartların yerine getirilmesi yani taksim işleminin tamamlanması gerekir.

*cc) Ehliyet şartı :*

Mirasbırakanın bir tek mirasçısı varsa, tereke ve bu arada tarımsal işletme ona kalacağından, tahsis söz konusu olmaz. Keza birden çok mirasçının bulunması halinde, bunlar kendi aralarında anlaşarak, tarımsal işletmeyi mirasçılardan birine tahsis edebilir, bırakabilirler. Bu takdirde, hâkimin tahsis için terekeye müdahalesinden bahsedilemez. Zira mirasçılar arasında ihtilâf bulunmadığından mesele mahkemeye intikal etmiş değildir. Buna karşılık, birden çok mirasçının bulunması ve tahsis konusunda mirasçılar

<sup>30</sup> Bak. Borel - Neukomm, sh. 103; Tuor - Piconi, Art. 625 bis, N. 6; Escher,

<sup>31</sup> Bak. Borel - Neukomm, sh. 105; Escher, Art. 625 bis, N. 8.

<sup>31a</sup> Bak. Tuor - Piconi, Art. 620, N. 23; Zevkliler sh. 125. BGE 75 II 196 - 199.

<sup>32</sup> Bak. Escher, Art. 620, N. 34; BGE 43 II 576.

<sup>33</sup> Bak. Borel - Neukomm, sh. 48 vd; Tuor - Piconi, Art. 620, N. 15; BGE 43 II 569 vd.; 96 II 325 vd. Kar. Escher, Art. 620, N. 33; Piotet, sh. 952.

arasında ihtilâf çıkması halinde, hâkim Kanundaki ilkelere göre karar vermek zorundadır. Hâkim, tahsis talebinde bulunan mirasçının ehil olup olmadığına maddî vakıaları gözönünde tutarak serbestçe karar verir. Tahsis konusunda mirasçılar arasında ihtilaf, ya tahsis talebinde bulunan mirasçının ehil olmadığı hususunda, ya da birden çok mirasçının tahsis talebinde bulunması halinde çıkar. Kanun, her şeyden önce, tahsis talebinde bulunan mirasçının, tarımsal işletmeyi işletmeğe ehil olmasını aramaktadır. (MK. 597). Bu itibarla, kâkimin tahsise karar verebilmesi için, talepte bulunan mirasçının meslekî, ahlâkî ve fikrî yönlerden tarımsal işletmeyi işletmeye ehil, yetenekli ve tecrübeli bir kişi olması gerekir. Burada aranan meslekî ehliyet, tahsisi talep edilen yerde bu büyüklük ve türdeki bir işletmeyi yönetmek ve işletmek için bulunması gerekli ortalama bir tecrübe ve yetenekten ibarettir. Büyük işletmelerde, küçük işletmelere oranla daha fazla tecrübe ve yetenek aramak gerekir<sup>34</sup>. İleride iyi bir çiftçi olacağına dair ciddî emareler bulunan 15 - 16 yaşındaki istidatlı bir çocuğa da işletme tahsis edilebilir.

Tahsis talebinde bulunan mirasçının, meslekî kabiliyet ve nitelikleri kadar, ahlâkî nitelik ve özellikleri de gözönünde tutulmalıdır. Bu yönden İsviçre Federal Mahkemesi, mirasçının ahlâkî ve şahsî niteliklerine önem vermektedir<sup>35</sup>. Bu, bir bakıma haklı görülebilir. Zira Tarımsal Miras Hukuku, yaşama kabiliyetini haiz, sıhhatli ve sağlam bir köylü (çiftçi) sınıfının varlığının muhafaza edilmesini amaçlamaktadır. Bu sebeple, müsrif, içki düşkünü, tembel, homoseksüel mirasçıların tahsis talepleri, meslekî yetenekleri olsa bile, ehil sayılmayıp reddedilmelidir. Ahlâkî nitelikler bilhassa birden fazla mirasçının tahsis talebinde bulunması halinde tercih sebebi olarak gözönünde tutulmalıdır<sup>36</sup>.

Tahsis talebinde bulunan mirasçının malî durumu, ehliyetin tesbiti yönünden ilke olarak büyük bir önem taşımaz. Ancak, tahsis talebinde bulunan mirasçının ekonomik durumu iyi değilse, hâkimin, diğer şartlara ve özellikle meslekî ve ahlâkî niteliklere

<sup>34</sup> Bak. Beck, sh. 196; Piotet, sh. 953; Tuor - Picononi, Art. 620, N. 18, İmre, sh. 677; BGE 42 II 432; 47 II 260; 75 II 30; Zevkliler, sh. 114; İnan, sh. 396.

<sup>35</sup> Bak. BGE. 75 II 31; 77 II 226; Borel - Neukomm, sh. 43; Tuor - Picononi, Art. 620, N. 17; Escher; Art. 620, N. 36; İmre, sh. 677; Zevkliler, sk 144.

<sup>36</sup> Bak. BGE 56 II 250; 77 II 226; 83 II 118; Escher, Art. 620, N. 36; Tuor - Picononi, Art. 620, N. 17; Borel - Neukomm, sh. 43; Piotet, sh. 953.

daha çok dikkat etmesi gerekir. Birden fazla mirasçının tahsis talebinde bulunması halinde, ekonomik durumu iyi olan mirasçının, orta olan mirasçıya karşı sırf, bu durumu bir tercih sebebi teşkil etmez. Bu gibi hallerde hâkimin, tahsis talebinde bulunan mirasçıların diğer niteliklerine de bakması gerekir<sup>37</sup>.

Mirasçının ehliyetini tesbit yönünden bizzat işletme ilkesi kural olarak aranmaz. Tahsis talebinde bulunan mirasçı, işletmeyi bizzat işletme niyetinde olmadığını bildirmesine rağmen diğer mirasçılar buna itiraz etmemişlerse, hâkimin tahsis kararını vermesi gerekir<sup>37</sup>. Zira, Kanun koyucu MK 597'de ehliyetin tesbiti yönünden bizzat işletme ilkesini bir faktör olarak öngörmediği gibi, Tarımsal Miras Hukukunun da amacı, işletmeyi, aynen taksim yoluyla küçük parçalara bölmek veya üçüncü bir şahsa devretmektense, mirasçılardan birine bir bütün halinde tahsis etmektir. Tahsis talebinde bulunan mirasçı, işletmeyi bizzat işletmek niyetinde olmakla birlikte, iyi bir kiracı veya menacer (müdür, kâhya) seçmek yeteneğine sahipse, ehil sayılmalıdır<sup>39</sup>. Bununla beraber, diğer mirasçılardan biri, bizzat işletme niyetiyle tahsis talebinde bulunmuşsa, bu durum, onun lehine bir tercih sebebi olarak değerlendirilir. Bu itibarla meselâ, bir mirasçı toprağı bizzat işletme, diğer mirasçı da kiraya verme amacıyla tahsis talebinde bulunmuşsa, bizzat işletme niyetinde bulunan mirasçı tercih edilmelidir. Zira böylece, esasî; mülkiyetin, toprağı bizzat işlemek, onun üzerinde çalışmak isteyen mirasçıya geçmesi olan, tarımsal miras hukukunun amacı gerçekleşmiş olur. Bu şart ve nitelikleri haiz olmayan bir mirasçıya, hâkim, tarımsal işletmeyi tahsis etmemelidir.

*dd) Birden fazla mirasçının tahsis talebinde bulunması :*

Birden fazla mirasçı tahsis talebinde bulunduğu takdirde, hâkimin, tahsis kararını vereceği mirasçının şu şart ve nitelikleri taşıması gerekir : Her şeyden önce, toprağı bizzat işletecek mirasçı; kiracı, ortakçı veya başkası eliyle işletecek mirasçıya tercih edilmelidir. Gerçekten, işletmeye ehil birden çok mirasçı tahsis talebinde bulunmuşsa, hâkim, işletmeyi bizzat işletme niyetinde olanı tercih etmek zorundadır. Esasen bu husus MK 598/1'de açık olarak

<sup>37</sup> Değişik görüşler için bak. Piotet, sh. 954; Escher, Art. 620, N. 38; BGE 75 II 31; İmre, sh. 678.

<sup>38</sup> Bak. Beck, sh. 196; Tuor - Picononi, Art. 620, N. 20.

<sup>39</sup> Bak. Piotet, sh. 954; Karş. Escher, Art. 620, N.

hükme bağlanmıştır. Bizzat işletme ilkesi, en önde gelen tercih sebebidir, öyleki, mahallî adetlere, mirasçılık derecesinin yakınlığına ve cinsiyet ilkesine üstün tutulur. Böylece meselâ, bizzat işlemek isteyen kız evlât, işletmeyi kiraya vermek isteyen erkek evlâda tercih edilir. Bizzat işletmekten amaç, tahsis talebinde bulunan mirasçının işletmeyi fiilen yönetmesi, zamanının önemli bir kısmını işletmede bizzat çalışarak geçirmesidir<sup>40</sup>. Buna karşılık, mirasçının bütün zamanını, fikrî veya bedenî gücünü işletmeye tahsis etmesi şart değildir<sup>41</sup>. Mirasçıda bizzat işletme niyetinin mevcut olması kâfi değildir, ayrıca işletme kapasitesi ve imkânı da mevcut olmalıdır (BGE 94 II 254). Küçük bir işletmede, mirasçı fikrî ve bedenî gücünü katarak işletmeyi yürütebileceği gibi, aile üyelerinin gücünden de yararlanabilir. Buna karşılık orta veya büyük işletmede mirasçının yabancı işgücünden yararlanması, işçi çalıştırması, bir müdür veya kâhya istihdam etmesi mümkündür. Mirasçının, işletmeyi bir müdür (menacer) eliyle işletmesi halinde, işletmenin genel yönetim, gözetim ve denetimi, kısaca sorumluluğu ona aittir. Mirasçının işletmeye şahsen ehil olması halinde, eşinin yardımından yararlanması da mümkündür. Nitekim bu husus, MK 598/2'de, «Müteveffanın oğullarından hiç biri, işletme hususunu bizzat üzerine almak istemezse kızları veya bunların kocaları işletmeğe muktedir olmak şartıyla malların kendilerine tahsisini isteyebilirler.» cümlesinden açıkça anlaşılmaktadır<sup>42</sup>. Aynı şekilde, mirasçının, kendi gözetim ve yönetimi altında kendi hesabına olmak üzere işletmeyi ailesi kanaliyle işletmesi halinde de bizzat işletme ilkesi gerçekleşmiş olur. Federal Mahkeme bir kararında şehirde başka bir san'at icra edip hafta sonlarında işletmesinde çalışan ve sair zamanlarda yabancı işgücünü istihdam eden bir çocuğun bu davranışını bizzat işletme için kabul etmiştir<sup>43</sup>. İşletmeyi başka bir şahsa kiraya veya ortakçaya veren şahsın bu tutumu, bizzat işletme olarak nitelenemez.

Tarımsal işletmeye bağımlı yan (tali) bir sınaî işletmenin mevcut olması halinde, tarımsal işletmeyi bizzat işletmek isteyen mirasçı, sınaî işletmeyi bizzat işletmek istemese bile, sınaî işletmeyi

<sup>40</sup> Bak. Piotet, sh. 955; Bizzat işletmenin öncelik sebebi olması hakkında bak. BGE 94 II 249 vd.; 254 vd.; Zevkililer, sh. 119.

<sup>41</sup> Bak. Piotet, sh. 955.

<sup>42</sup> Bak. BGE. 94 II 254.

<sup>43</sup> Bak. Piotet, sh. 955.

bizzat işletmek isteyip buna karşılık tarım işletmesini bizzat işletmek istemeyen mirasçıya tercih edilmelidir<sup>44</sup>.

Birden çok mirasçı, toprağı bizzat işletmek istiyorlarsa, şahsen çiftçilik yapan, meslekî durumu, eğitim, bilgi ve tecrübesi üstün olan, tahsis edilecek işletmeden başka bir geçim kaynağı bulunmayan, ahlâkî nitelikleri yüksek olan mirasçı diğerlerine tercih edilmelidir. Bu itibarla meselâ, bizzat işletme talebinde bulunup da, biri çalışkan diğeri tembel olan mirasçıdan, çalışkan olanı, biri tutumlu, diğeri müsrif olan mirasçıdan tutumlu olanı üstün tutulmalıdır. İsviçre uygulamasında, mirasçı işletmeye ehil olsa bile, tembel, müsrif, alkolik veya homoseksüel ise, tahsis talebi reddedilmektedir<sup>45</sup>. Ancak, mirasçıların şahsî durumu veya ilişkileri olarak nitelenen bu faktör, bizzat işletme ve mahallî âdetler faktörünün bulunmaması halinde geçerlik kazanır.

İşletmeye ehil birden çok mirasçının tahsis talebinde bulunması halinde, mirasbırakanın erkek ve kız çocukları, diğer mirasçılara ve özellikle sağ kalan eşe tercih edilir<sup>46</sup>. Diğer taraftan, Medenî Kanun madde 598/2'ye göre, tarımsal işletmenin tahsisi yönünden mirasbırakanın erkek çocukları, kız çocuklarına üstün tutulmaktadır. Kanaatımızca, bu durum, hak eşitliğine aykırı olduğu gibi, erkek - kadın eşitliğine de aykırıdır. Bununla birlikte, Kanunun erkek çocuğu üstün tutması, sadece hem erkek, hem de kız çocukların aynı derecede ehil olup tarımsal işletmeyi bizzat işletmek istemeleri halindedir. Buna karşılık, işletme yeteneğini (ehliliyetini) haiz olmayan veya işletmeyi bizzat işletmek istemeyen bir erkek çocuğa, kanaatımızca, işletme ehliyetini haiz veya işletmeyi bizzat işletmek isteyen çiftçi bir kız çocuğu tercih edilmelidir<sup>47</sup>. Birden çok mirasçı işletmeyi bizzat işletme niyetiyle talepte bulunmuşlarsa, hâkim mahallî âdetleri, bu aarada özellikle yaş, cinsiyet ve hısmılık derecesini gözönünde tutarak karar verir. İşletme, mirasbırakanın erkek çocuklarına tahsis edilecekse, çocuklar arasında, mahallî adetlere göre tercih yapılabilir. Meselâ İsviçre'de bazı yerlerde en geç, bazı yerlerde ise en yaşlı erkek çocuğun öncelik hakkı

<sup>44</sup> Bak. Piotet, sh. 955.

<sup>45</sup> Bak. BGE, 56 II 250; 77 II 226; 83 II 118.

<sup>46</sup> Bak. Escher, Art. 621. N. 12; Borel - Neukomm, sh. 97; Zevkliler, sh. 119; BGE 84 II 83; 76 II 121; 69 II 386; 50 II 464; Keza, İmre, sh. 681; N. 41.

<sup>47</sup> Bak. Tuor - Picenoni, Art. 621, N. 8; İmre, sh. 681; Zevkliler, sh. 119.

vardır<sup>48</sup>. Bununla birlikte İsviçre'de 1973 yılında yürürlüğe giren Kanun İMK 621'de yer alan erkek çocuğun kız çocuğuna tercihi ilkesiyle mahalli adetlerin gözönünde tutulması ilkesini kaldırmıştır<sup>49</sup>. Aynı değişikliğin Türk Medeni Kanununda da yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda sayılan tercih sebepleri mevcut olmadığı veya mirasçılar bizzat işletmek istediği takdirde tahsis, talepte bulunan mirasçıların şahsî (kişisel) durumları gözönünde tutularak yapılır (MK 621/2). Talepte bulunan mirasçının şahsî durumları arasında, hısımlık derecesinin uzaklık ve yakınlığı, fizikî veya fikrî gücü, mirasbırakana karşı olan ilişkisi, çalışkanlık veya tembelliği, meslekî yeteneği, ahlâkî durumu, karakter, maharet ve kabiliyeti, yaşlı veya genç oluşu, söz konusu işletmeyle ilgi ve bağlantısı, başka bir işletmeye sahip olup olmaması, işletmeye ayıracağı zaman, zikredilebilir<sup>50, 50a</sup>.

### III. TOPRAK VE TARIM REFORMU KANUNU YÖNÜNDEN :

Toprak ve Tarım Reformu Kanunu, 68 ve 69 ncu maddelerinde mirasçıların tarım toprakları (tarımsal işletme) üzerindeki miras haklarını düzenlemiş bulunmaktadır. 68 nci madde, «Dağıtımâ tâbi miktara kadar olan topraklarda», 69 uncu madde ise, «Bırakılan miktara kadar olan topraklarda mirasçıların tasarrufu»nu hükme bağlamaktadır. Tarımsal işletmelerin miras yoluyla mirasçılar arasında aynen bölüştürülüp paylaşılmasını, yani taksimini yasaklayan veya belirli sınırlamalara tâbi tutan bu maddeler, sadece toprak ve tarım reformunun uygulanmış olduğu bölgelerde geçerlidir. Reform bölgeleri dışında Medenî Kanun hükümleri uygulanır.

Yukardaki incelemelerimizde Medeni Kanun hükümlerinin yetersiz olduğu anlaşıldığından, Toprak ve Tarım Reformu Kanunundaki hükümlerin kanun koyucunun en kısa zamanda yapacağı bir

<sup>48</sup> Bak. Beck, sh. 197.

<sup>49</sup> Bak. Piotet, sh. 957.

<sup>50</sup> Bak. Beck, sh. 197; Tuor - Picononi, Art. 621, N. 13; Piotet, sh. 956 - 957; İmre, sh. 682 - 683; Zevkliler, sh. 120 vd.

<sup>50a</sup> Kendisine tahsis yapılan mirasçının müşterek mirasçıların miras pavlarının ödenmesi ve bu hususun garanti altına alınmasına ilişkin bilgiler için bak. Zevkliler, sh. 139 vd.

değişiklikle reform bölgeleri dışındaki tarım işletmelerine de teşmili, kanaatımızca gerekli ve zorunludur.

Toprak ve Tarım Reformu Kanunu, tarım işletmelerinin taksim ve tahsisini, dağıtılan ve bırakılan topraklar yönünden farklı düzenlemeye tabi tuttuğundan, aşağıdaki inceleme bu ayırım gözönünde tutularak yapılacaktır.

### 1) Dağıtımına Tâbi Miktara Kadar Olan Topraklar :

TTRK (Toprak ve Tarım Reformu Kanunu) 68, dağıtımına tâbi miktara kadar olan topraklarda miras yoluyla taksimi yasaklamakta, bu toprakların mirasçılardan birine bir bütün halinde tahsis edilmesini, miras ortaklığına bir ödev olarak yüklemektedir.

Mirasçılar arasında aynen taksim yasağını öngörüp, tahsisi zorunlu hale koyan bu madde hükmü Medeni Kanunun ilgili hükümlerinin aksine, emredici bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle gerek mirasçılar aralarında anlaşarak, gerek mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufunda taksim kuralı koyarak tarım işletmesinin mirasçılardan birine tahsisini önleyemez. Mirasbırakanın aynen taksimi öngören tasarrufları geçersizdir. Gerçekten, aynen taksim yasağını öngörerek, işletmenin mirasçılardan birine bir bütün halinde tahsisini zorunlu kılan TTRK mad. 68 şu hükmü taşımaktadır : «Toprak ve tarım reformu bölgelerinde bu kanunun 54 ncü maddesinde gösterilen miktarlara kadar toprağı bulunan çiftçilerin ölümü halinde, tarımla ilgili olmayan taşınır ve taşınmaz malları hariç, sahibi buldukları toprak ile varsa üzerindeki yapı ve tesisler, işletme araç ve gereçleri bir bütün sayılır ve mirasçılar arasında hiçbir şekilde taksim edilemez.».

«Mirasçılar, mirasın açılmasından itibaren en geç altı ay içinde kendilerine intikal eden, yukarıda birinci fıkrada belirtilen tarımla ilgili taşınır ve taşınmaz malları, bu kanuna göre toprak dağıtımından yararlanabilecek mirasçılardan birine devir ve temlik ederek miras ortaklığına son vermedikleri takdirde, dağıtım yolu ile verilen toprak ve diğer mallar bu kanunun 66 ncü maddesinin 1, 2 ve 3 ncü fıkraları hükümlerine göre geri alınır. Mirasçının şahsına ait topraklar ise bu kanun hükümlerine göre kamulaştırılır. Bu topraklar ile üzerindeki yapı ve tesisler ve taşınır mallar, toprağı işletmek isteyen mirasçılar arasında 52 ve 53 ncü maddelere göre yapılacak sıralamada önde gelenlerden Toprak ve Tarım Re-

formu Örgütünce toprağı en iyi şekilde işleteceğı tesbit edilene bir bütün halinde bu kanun hükümlerine göre borçlandırılarak verilir.»

Görülüyor ki, 68 nci maddeye göre, mirasbırakanın terekesindeki mallar ikiye ayrılmakta, bunlardan tarımla ilgili olmayanlar genel hükümlere göre taksim edilmekte, tarımla ilgili toprak, araç ve gereçler, yani tarımsal işletme ise bir bütün sayılarak taksim dışı bırakılmakta ve bu TTR. Kanununa göre toprak dağıtımından yararlanabilecek mirasçılardan birisine tahsis edilmektedir. Sözü geçen maddede «devir ve temlik» sözleri kullanılmakta ise de bundan amaç «tahsis»tir. Kanun koyucu, aile başkanının (mirasbırakanın) ölümü halinde, tarımsal işletmenin TTR. Kanununa göre toprak dağıtımından yararlanabilecek mirasçıya tahsisini, ilke olarak mirasçılara bırakmıştır. Ancak, bunun gerçekleştirilmesi için de mirasın açılmasından itibaren altı aylık bir süre tanınmıştır. Bu süre içinde mirasçılar aralarında anlaşarak tahsis işlemini yapmadıkları takdirde Kanun müeyyide olarak Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığına, aile başkanı mirasbırakana toprak dağıtımını yoluyla verilen toprağı geri alma, mirasbırakanın şahsına ait toprağı ise kamulaştırma yetkisini tanımıştır. Gerçi, 68 nci maddede, «Mirasçının şahsına ait topraklar ise bu Kanun hükümlerine göre kamulaştırılır.» denilmekte ise de, burada bir ifade hatası olup, amaç, «Mirasçının» değil, «Mirasbırakanın şahsına ait topraklar» olmak gerekir. Nitekim Hükümet Teklifinde 67 nci maddeyi teşkil eden bu husus, «Mirasbırakanın şahsına ait topraklar kamulaştırılır.» şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu görüşümüzü doğrulayacak diğer bir husus da Kanunun «Mirasçının» sözünü kullanmış olmasıdır. «Mirasçı» sözü çoğul olmayıp, tekil bir sözdür. Oysa, tahsisin sözkonusu olabilmesi için birden fazla mirasçının, yani «mirasçıların» bulunması gerekir. Zira bir tek mirasçının mevcut olması halinde, miras, bir bütün olarak esasen ona intikal eder. Tahsise lüzum kalmaz.

Mirasçıların anlaşamaması sonucu geri alınacak veya kamulaştırılacak toprakla, üzerindeki yapı, tesis ve taşınır mallar Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığınca, toprağı işletmek isteyen mirasçılar arasında toprak dağıtımını ile ilgili hükümlere göre yapılacak sıralamada önde gelenlerden toprağı en iyi şekilde işleteceğı tesbit edilene bir bütün halinde tahsis edilir.

TTRK 68'e göre tarımsal işletmenin tahsisinin şartları şunlardır :

a) *Objektif şartlar:*

aa) *Tarımsal bir işletme mevcut olmalıdır:*

Toprak ve Tarım Reformu Kanunu, 68/1'de, mirasbırakanın tekesinin iki çeşit maldan oluşacağı varsayımından hareket etmektedir. Bunlar, tarımsal mallarla, tarım dışı mallardır. Kanun koyucu tarımsal malları bir bütün saymakta ve bunları bir çeşit özel tereke olarak niteleyip farklı hükümlere tâbi tutmaktadır. Taksim dışında tutulmak suretiyle tahsisi zorunlu kılınan bu tarımsal mallar, bir bütün ve birlik içinde tarımsal işletme olarak nitelendirilebilir. Maddeye göre tarımsal işletmeyi meydana getiren mallar, tarım toprağı ile varsa bu toprak üzerindeki tarımsal yapı ve tesisler, işletme araç ve gereçleridir (TTRK 68/1). Dağıtıma tâbi miktara kadar olan toprak ve varsa buna bağlı tarımsal yapı araç ve gereçler, TTRK 7/2 ve 3'e göre «Küçük işletme» veya «Aile işletmesi» adını almaktadır. Gerçekten, TTRK 68/1 aynı kanunun 54 ncü maddesinde gösterilen miktarlara kadar toprağı bulunan çiftçilerin ölümü halinde, bu toprakların taksim dışında bırakılarak mirasçılardan birine tahsisini öngörmektedir. TTRK 54 ise dağıtımda verilecek toprak miktarını göstermektedir. Sözü geçen 54 ncü maddenin 5 nci fıkrasına göre, «Topraklandırılacak hiç toprağı olmayan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçi ailelerinin arazisi sulu ise Tablo 3 ve kuru ise Tablo 4'de gösterilen miktarı geçemez. Tablo 3 ve 4'de gösterilen arazi miktarları toprak endeksi elli olan araziler içindir. Toprak endeksi elliden farklı olan arazilerde verilecek toprak miktarı, Tablo 5'deki katsayılar ile o ilçede elli endeksine göre verilecek arazi miktarının çarpılması suretiyle bulunacak miktarı geçemez.» «Tarımsal işletmeler» başlığını taşıyan TTRK 7/2'ye göre, «Küçük işletme» bu kanuna ekli 3 ve 4 numaralı tablolarda gösterilen veya 5 numaralı tabloya göre bulunan arazi miktarlarına kadar araziye sahip olan işletmedir.». Sözü geçen maddenin 7/3'ünde ise aile işletmesi tarif edilmiştir. Buna göre aile işletmesi, «Bu kanuna ekli 3 ve 4 numaralı tablolarda gösterilen veya 5 numaralı tabloya göre bulunan arazi miktarları kadar araziye sahip olan işletmelerdir.». Görülüyor ki, TTRK'ye göre, küçük işletme ile aile işletmesi, adları farklı olmakla birlikte aynı nitelik ve büyüklükteki tarımsal işletmelerdir. TTRK 7/1, tarımsal işletmeyi şu şekilde tarif etmiştir. «Bu Kanuna göre tarımsal işletme; çiftçilik yapılması için gerekli toprak, bina, tesis, alet, makina, bitkisel ve hayvansal üretim araçlarından bir veya bir kaç ile işgücünün bir-

likte kullanıldığı üretim birimidir.». Şu halde, Kanuna göre, bir işletmenin tarımsal işletme sayılabilmesi, en azından toprak ve işgücünün (emeğin), çiftçilik yapılabilmesi için birlikte kullanılmasına bağlıdır. Ancak, gerekli ise toprak ve işgücü dışında bina, tesis, alet, makine vs. de bulunabilir. Kanunkoyucu, tarımsal işletmeyi meydana getiren bu unsurları, çiftçilik yapılması için gerekli görmekte, başka bir deyişle tarımsal işletme, çiftçilik yapmak için gerekli bu unsurlardan oluşan bir üretim birimi olarak tarif edilmektedir. TTRK 4/a'ya göre ise, «Arazi üzerinde geçinme amacı ile bitki veya hayvan yetiştirilmesine veya bunların ürünlerinin elde edilmesine, değerlendirilmesine «Çiftçilik» denir. «Çiftçilik işlerini bedenî ve fikrî güçlerini kısmen veya tamamen katarak, doğrudan doğruya yapan ve esas geçim kaynağını bu işlerden sağlayanlara da «Çiftçi» adı verilir (TTRK 4/b). Demek ki, TTRK'ya göre tarımsal işletmeyi, çiftçi ailesinin geçim kaynağını sağlayacak geliri elde etmesi için çiftçilik işleri yaptığı, arazi, sermaye, teşebbüs ve emek gibi üretim faktörlerinin plânlı ve uyumlu bir biçimde organize edildiği üretim birimi şeklinde tarif etmek mümkündür.

Tarımsal işletmenin temel unsurunu meydana getiren arazi, tarım arazisi olmalıdır. Tarım arazisi dışındaki bir arazinin meselâ inşaat, sanayi, maden veya turizm arazisinin yer aldığı bir işletme, tarımsal işletme niteliğini kazanamaz. TTRK'ya göre halihazır kültür arazisiyle ıslah (amélioration) sonucu üretime elverişli hale getirilen araziye, «tarım arazisi» denir. Gerçekten, TTRK 3/1'de tarım arazisi şu şekilde tarif edilmiştir: «Üzerinde ekim, dikim, bakım, yetiştirme yapılabilen veya orman hariç doğrudan doğruya tabiattan yararlanmak suretiyle bitki veya hayvan üretimine elverişli olan veya ıslah (amélioration) suretiyle üretime elverişli hale getirilen araziye, «tarım arazisi» denir». Bu maddeye göre, tarım arazisi üçe ayrılmaktadır. Birinci kategoriye, halen üzerinde her türlü tarım yapılan arazi girilmektedir. Bunlar, üzerinde ekim, dikim, bakım ve yetiştirme yapılan arazidir. Hazırlanmış toprağa tohum atılmasına, ekim; fidan, fide, çubuk ve çelik gibi şeylerin toprağa sokulup yetiştirilmesine de dikim denilir. Bakım, ürünün bol ve kaliteli olarak yetiştirilmesi, alınması; yetiştirme ise, ekilen ve dikilen şeylerin meydana getirilmesidir<sup>51</sup>. Kanuna göre ikinci kategori tarım arazisi, orman ha-

<sup>51</sup> Bak. Özdemir, sh. 54.

riç tabiattan doğrudan doğruya yararlanmak suretiyle bitki ve hayvan üretimine elverişli olan topraklardır. Bu tür topraklara misal olarak mer'a, yaylak ve kışlak arazisi gösterilebilir. Bunlarda insan emeği ve teknoloji kullanılması ya hiç yoktur, ya da çok azdır. Buralarda elde edilen ürün tabiat vergisidir. Nihayet, kanun, halihazır yapısı itibariyle kültür arazisi olmamakla birlikte, insan emeği ve teknolojinin kullanılması, başka bir deyişle ıslah suretiyle üretime elverişli hale getirilen araziye de tarım arazisi olarak saymaktadır. Islah suretiyle tarıma (üretime) elverişli hale getirilebilecek araziye misal olarak, bataklık, taşlık ve kayalık arazi gösterilebilir. Bataklık kurutulur, taş ve kayalar kırılıp, toplanır, meyilli arazide teraslama yapılarak ekim ve dikim işleri yapılırsa, arazi, üretime elverişli hale getirilmiş olur. Görülüyor ki, Kanun, tarım arazisi kavramını çok geniş tutmuş bulunmaktadır.

*bb) Tarımsal işletme (Toprak), reform uygulaması yapılmış bölgede bulunmalıdır :*

TTRK 68, yalnız toprak ve tarım reformu sona ermiş bölgelerde bulunan tarım toprakları hakkında uygulanır. Toprak ve tarım reformu bölgesi ilân edilmeyen yerlerde genel hükümler, yani Medeni Kanun hükümleri uygulanır. TTRK 11'e göre bir yerde toprak ve tarım reformunun uygulanabilmesi için, buranın toprak ve tarım reformu bölgesi olarak belirtilmesi, ilân edilmesi gerekir. Toprak ve tarım reformu bölgesi, bir il olabileceği gibi, ilçe veya köy de olabilir (TTRK 11). Bir yerin toprak ve tarım reformu bölgesi ilân edilebilmesi için Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığının teklifi, Bakanlar Kurulunun kararı gerekir. Ayrıca bu karar Resmî Gazete'de yayınlanır (TTRK 11). TTRK 13/1'e göre, «Toprak ve Tarım Reformu Bölgesi olarak belirtilen köy, ilçe veya illerde toprak ve tarım reformu uygulamasına başlandığı Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığınca uygun ve alışılmış araçlarla ve varsa o bölgede çıkan gazetelerden birisi ile duyurulur.». Burada önemle belirtelim ki, TTRK 68'in uygulanabilmesi için, bir yerin reform bölgesi olarak ilânı kâfi olmayıp, reformun uygulanmış olması, başka bir deyişle toprağın dağıtılmış bulunması gerekir.

*cc) İşletme (Toprak) büyüklüğü, dağıtımına tâbi miktar kadar olmalıdır :*

Dağıtımına tâbi toprak miktarı bir çiftçi ailesinin geçimini sağlamaya yeterli asgarî işletme büyüklüğünü teşkil etmelidir. Bu mik-

tar, TTRK 54'de gösterilmiştir. Dağıtılacak arazi miktarı, toprağın sulu veya kuru toprak olmasına göre farklılık göstermektedir. Gerçekten, bu miktar, sulu topraklarda çeşitli bölgelere göre 32-106 dönüm, kuru topraklarda ise 79-337 dönüm arasında değişmektedir. Topraktan (tarımsal işletmeden) elde edilecek gelir yönünden, toprağın sulu veya kuru olması büyük önem taşır. Bu kriterden hareket eden TTRK 8/1'e göre, «Bitki yetiştirme devresinde lüzumlu olan fakat doğal yağışlarla karşılanamayan su açığının, yerüstü veya yeraltı su kaynaklarından temin edilen sulama suyu ile karşılanması imkânı bulunan ve nitelikleri de sulamaya elverişli olan arazi veya arazi kısmına «sulu arazi» denir. Alınacak tedbirlerle sulanması mümkün olan arazi de sulu arazi sayılır.». Buna karşılık, bu anlamda sulanmayan ve alınacak tedbirlerle de sulanması mümkün olmayan araziye «Kuru arazi» denir. Sulu ve kuru araziler için öngörülen bu miktar, kanuna ekli 3 ve 4 numaralı tablolar da görüleceği gibi, toprak endeksi 50 olan araziler içindir. Bu sebeple, toprak endeksi 50'den az olan sulu veya kuru arazide bu miktar artar, 50'den yüksek olan arazide ise azalır (TTRK 54/5). Kanun koyucunun, topraksız veya az topraklı çiftçiye bu miktarda arazi dağıtmakla takip ettiği amaç, bir çiftçi ailesine yeter gelir sağlamak, başka bir deyişle yeter gelirli tarım işletmeleri kurmaktır. Böylece, topraksız veya yeter toprağı olmayan çiftçi ailelerine geçimini sağlayacak miktarda toprak verme ilkesi kabul edilmiştir. Gerçekten, TTRK 54/1'e göre, «Toprak dağıtımından yararlanacak aile başkanlarına ve aile sayılan kişilere bu maddede belirtilen esaslar dahilinde yeter gelir sağlayacak miktarda toprak verilir». Keza, TTRK 54/2'ye göre de «Bir ailenin yeter gelire sahip olması için gerekli arazi miktarı, iklim ve arazi özellikleri ile bölge için öngörülen tarımsal işletme tipleri gözönünde bulundurularak, bir aileye 1971 yılı toptan eşya fiyatları endeksine göre, yılda onbeşbin liralık tarımsal gelir sağlayacak şekilde, Toprak ve Tarım Reformu Bölge Başkanlığınca tesbit edilir.». Görülüyor ki, TTRK yeter gelir sağlayacak işletme ilkesinden hareket etmekte, yeter gelir olarak da 1971 yılı toptan eşya fiyatları endeksine göre yılda 15 bin liralık tarımsal geliri esas almaktadır. Başka bir deyişle, işletme bu endekslere göre yılda 15 bin liralık bir gelir getirmelidir. Kanun yılda 15 bin liralık geliri, 5 nüfuslu bir çiftçi ailesini esas alarak tesbit etmiştir. 54/4'e göre, «Aile nüfusu beşten fazla olursa her fazla nüfus için aile gelirine yüzde on oranında tarımsal gelir payı eklenir. Ancak, fazla nüfus için eklenecek tarımsal gelir pay-

ları toplamı, ikinci fıkrada bir aile için öngörülen gelirin yüzde ellisini geçemez.» Kanunkoyucu beş nüfuslu çiftçi ailesini geçindirecek gelirle bu geliri sağlayacak işletme (toprak) büyüklüğünü asgarî büyüklük olarak kabul etmiştir. Bu sebeple, kendisine tahsis yapılacak mirasçı (çiftçi), ister bekâr olsun, ister evli, ister çocuksuz olsun, ister ana - baba ve bir çocuktan (üç kişilik aile) ibaret olsun, işletme, bu büyüklükten daha aşağı olamaz. Onbeş bin liralık tarımsal gelir, brüt gelirden işçilik ve arazi borç taksitleri hariç üretim için gerekli diğer masrafların çıkarılmasından sonra kalan miktardır (TTRK 54/3).

Çiftçilik işlerini doğrudan doğruya sürekli olarak yapan aileye çiftçi ailesi denir (TTRK 5/3). Toprak ve Tarım Reformu Kanununa göre aile, sadece karı - kocadan oluşabileceği gibi, karı - koca ve varsa reşit olmayan fûru ile reşit olup da evli olmayan ve aile başkanı ile birlikte oturan fûrudan da oluşabilir (TTRK 5/1). Tahsis yapılacak mirasçının mutlaka evli olması şart değildir. Çiftçilik işleri yapan mirasçı reşit olup yalnız da yaşayabilir.

*dd) Toprak, tarımsal araç ve gereçlerle bir bütün (işletme) teşkil etmelidir.*

TTRK 68/1'e göre, mirasbırakanın terekesi ikiye ayrılır. Bir kısmı, tarımla ilgili olmayan taşınır veya taşınmaz malları kapsar. Diğer kısmı ise, tarımla ilgili taşınır ve taşınmaz malları ve özellikle tarım toprağı ile varsa üzerindeki tarımsal yapı ve tesisleri, işletme araç ve gereçlerini kapsar. Tarımla ilgili taşınır ve taşınmaz mallar bir bütün sayılır ve bunlar hiç bir şekilde taksim edilmeyip, mirasçılardan ehil olanına tahsis edilir.

*b) S ü b j e k t i f ş a r t l a r :*

*aa) Tahsis yapılacak bir mirasçı olmalıdır.*

Dağıtımına tâbi miktara kadar olan toprak (tarımsal işletme), asgarî işletme büyüklüğü olup, taksim edilmeden Toprak ve Tarım Reformu Kanununa göre toprak dağıtımından yararlanabilecek mirasçılardan birine tahsis edilecektir (TTRK 68/2). Mirasçı kanuni mirasçı olabileceği gibi, mansup mirasçı da olabilir.

Mirasbırakanın bir tek mirasçısı varsa, sorunun çözümü oldukça kolaydır. Zira bu takdirde, bütün miras onun tarafından iktisap edileceğinden, bir tahsis işlemine de gerek yoktur. Ancak, bir

tek mirasçının mevcut olması halinde dahi, bu mirasçının TTRK 128'deki istisnalar dışında toprağı kiracı ve ortakçıya vermeden doğrudan doğruya işletmeye ehil olması gerekir. Aksi halde, kendisine miras yoluyla geçen toprak kamulaştırılır.

Miras bırakan, birden çok mirasçı bırakarak ölmüşse, mirasçılar arasında miras ortaklığı kurulur. Her mirasçı bu ortaklığın üyesidir. TTRK 68/2'ye göre, mirasçılar, mirasbırakanın ölümünden sonra en geç iki ay içinde mirasbırakanın bırakmış olduğu tarımla ilgili taşınır ve taşınmaz malları Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığına bildirmek zorundadırlar.

Kanun, birden çok mirasçının varlığı halinde miras ortaklığının belirli bir süre devam edebileceğini öngörmektedir. Bu süre, mirasın açılmasından itibaren en çok altı aydır. Mirasçılar en geç bu altı ay içinde miras ortaklığına son vererek tarımla ilgili taşınır ve taşınmaz malları, yani tarımsal işletmeyi toprak dağıtımından yararlanabilecek mirasçılardan birine tahsis etmek zorundadırlar. Eğer mirasçılar bu süre içinde miras ortaklığına son vermeyip, tarımsal işletmeyi içlerinden Kanunun öngördüğü şartları haiz birine tahsis etmezlerse, dağıtım yoluyla verilen toprak ve tarımla ilgili diğer mallar Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığına geri alınır (TTRK 68/3). TTRK 207/1'in (a) fıkrasında mirasçılar arasındaki miras ortaklığının sona erdirilmesinde, tarımsal işletme kendisine tahsis edilen mirasçıya, miras hisseleri tasfiye edilen diğer mirasçıların miras paylarının ödenmesi için özel kredi imkânı da tanınmıştır. Bu kredi, Toprak ve Tarım Reformu Fonundan veya Ziraat Bankasından sağlanacaktır. Tarımsal işletmeye ödenecek karşılık, satım (beyan edilen vergi) değeri üzerinden tesbit edilecektir.

*bb) Mirasçı, tahsis talebinde bulunmalı, bazı nitelikleri haiz olmalıdır*

Tahsis yapılacak mirasçının taşıması gereken nitelikler, TTRK. na göre toprak dağıtımından yararlanabilecek kişilerde aranacak niteliklerdir. Bunlar TTRK 50 vd. da sayılmıştır. TTRK 50'ye göre, toprak dağıtımından yararlanabilmek için aranan şartlar şunlardır : Türk vatandaşı olmak, medenî hakları kullanma ehliyetine sahip bulunmak, toprak ve tarım reformu bölgesinin ilânına ait duyurunun yapıldığı tarihte en az üç yıldan beri sürekli olarak o bölgede ikamet etmek, *toprak dağıtımından yararlanmak için ta-*

*lepte bulunmak*, bu kanun hükümlerine göre kurulacak Toprak ve Tarım Reformu Kooperatiflerine üye olacağını, verilecek toprağı kendisinin işleyeceğini Toprak ve Tarım Reformu Teşkilâtına karşı yüklenmiş olmak, bu kanun hükümlerine aykırı eylem ve işlemleri dolayısıyla toprağı kamulaştırılmamış olmak, toprak dağıtımından yararlanıp da verilen toprağı elinden çıkarmamış ve kanun hükmü uyarınca geri alınmamış bulunmak, bedenî ve fikrî kabiliyeti çiftçilik yapmaya elverişli olmak vs. dir. Tarımsal işletmenin mirasçılardan birine tahsisi esas itibariyle mirasçılara bırakılmıştır. Mirasçılar, toprak dağıtımından yararlanacak şartları haiz birine aralarında anlaşarak, tahsis işleminde bulunurlar. Kanunun öngördüğü şart ve nitelikleri taşımayan bir mirasçıya, mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla tahsiste bulunamaz. Böyle bir tasarruf, hukuka aykırı olduğundan, mirasçılar buna uymak zorunda değildirler; dilerlerse veya içlerinden biri itiraz ederse, tasarrufun geçersizliği öne sürülüp, hükümsüzlük davası açabilir. Kanun, tahsis işleminin mirasın açılmasından itibaren altı ay içinde yapılmasını öngörmüştür. Mirasçılar, bu süre içinde aralarında anlaşamazlarsa, Müsteşarlık, dağıtım yoluyla verilen toprakla diğer malları TTRK 66/1, 2, 3'e göre geri alır. Mirasbırakanın şahsına ait topraklar ise TTRK hükümlerine göre kamulaştırılır.

TTRK 68/3'te «Mirasçının şahsına ait topraklar ise bu Kanun hükümlerine göre kamulaştırılır.», denilmekteyse de yukarıda da belirtildiği gibi, burada bir ifade yanlışlığı söz konusu olup, bundan anlaşılması gereken, mirasbırakanın şahsına ait toprakların kamulaştırılmasıdır. Aksi halde, madde hükmü lâfzen uygulanacak olursa, yeter toprağı olduğu için kendisine toprak verilmeyecek olan, fakat mesleği çiftçilik olduğu için geçimini şahsına ait toprağı ile sağlayan, verimli işletmecilik yapan çiftçi mirasçının toprağı da kamulaştırılacaktır ki, bu, toprak ve tarım reformunun ana esprisine aykırı düşer. Durumu bir misalle açıklayalım. Mirasbırakan M, çocukları A ve B ile Urfa (merkez) da 50 endeksli 32 dönümlük bir arazi bırakarak ölmüştür. Geçimini çiftçilikle sağlayan mirasçı A'nın şahsına ait 50 endeksli 32 dönümlük sulu bir arazisi vardır. Diğer mirasçı B de çiftçilikle uğraşmakla birlikte şahsına ait bir araziye sahip değildir. Mirasbırakan M'ye ait 32 dönümlük arazi toprak dağıtımını yoluyla verilmiştir. Mirasbırakanın ölümünden sonra 6 ay içinde mirasçıları A ve B, mirasbırakandan kalan 32 dönüm toprağın tahsisi konusunda anlaşamadıkları takdirde, Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığı sadece mirasbırakandan

kalan 32 dönümlük araziyi geri alır; buna karşılık, Müsteşarlığın mirasçı A'nın şahsına ait 32 dönümlük araziyi de kamulaştırmaya hakkı yoktur. Zira A, şahsına ait bu araziyi TTRK hükümlerine uygun olarak verimli bir şekilde işletmekte, geçimini bu araziden sağlamaktadır. Bu arazi de kamulaştırıldığı takdirde, bu defa, amacı topraksız çiftçiye toprak sağlamak olan reform, amacına aykırı bir şekilde uygulanmış olacak ve belki de topraksız çiftçi haline gelen A'ya yeniden toprak vermek durumu ortaya çıkacaktır. Bu itibarla Hükümet Gerekçesinde de olduğu gibi, sorunu, «mirasbırakanın şahsına ait topraklar kamulaştırılır» şeklinde anlamak gerekir. Bunu da bir misâlde açıklayalım. Yukarıdaki misâlde anılan şahıs ve topraklar aynı olmakla beraber, mirasbırakana ait 32 dönümlük arazinin, onun şahsına ait olduğunu, toprak dağıtımından yararlanmak suretiyle elde etmemiş olduğunu farzedelim. İşte bu takdirde, mirasçı A ve B, mirasbırakanın ölümünden 6 ay sonra miras ortaklığına son vererek bu toprağı B'ye tahsis etmedikleri takdirde, Müsteşarlık, mirasbırakanın şahsına ait olan 32 dönümlük bu araziyi kamulaştırır.

Mirasçılar aralarında anlaşamayıp içlerinden birine tahsis etmedikleri için geri alınan veya kamulaştırılan toprak ile üzerindeki yapı ve tesisler, taşınır mallar, Müsteşarlıkça, toprağı işletmek isteyen mirasçıya TTRK hükümlerine göre borçlandırılarak verilir. Ancak, Müsteşarlığın böyle bir işlemde bulunabilmesi için mirasçının aşağıdaki şartları taşıması gerekir. Bu şartlar şunlardır : Her şeyden önce, mirasçı tahsis talebinde bulunmalıdır. Müsteşarlık tahsis talebinde bulunmayan mirasçıya kendiliğinden (re'sen) tahsis yapamaz. Tahsis talebinde bulunan mirasçı, toprağı işletmek isteyen diğer mirasçılara oranla TTRK'nın 52 ve 53 ncü maddelerine göre yapılacak sıralamada önde gelenlerden toprağı en iyi şekilde işletecek ehliyeteye sahip olmalıdır. TTRK 52, toprak dağıtımında gözetilecek sırayı, 53 ncü madde ise toprak dağıtılacaklardan aynı grup içinde olanlar arasındaki öncelik sırasını hükme bağlamaktadır. Müsteşarlık, toprak talebinde bulunan birden çok mirasçıdan toprağı en iyi işletecek olanı tesbit ederken, önce TTRK 52'de öngörülen sırayı gözönünde tutacaktır. Bu sıraya göre,

— Önce, kendisinin veya ailesi üyelerinin toprak ve tarım reformu bölgesi içinde ve dışında yeter toprağı olmayan mirasçı çiftçi,

— Sonra, toprak ve tarım reformu bölgesi içinde ve dışında

hiç toprağı bulunmayan veya yeter toprağı olmayan ve reform bölgesinde en az üç yıldan beri başkasının toprağında kiracılık veya ortakçılık yapan mirasçı çiftçi,

— Daha sonra, kendisi ile ailesi üyelerinin hiç toprağı bulunmayan ve reform bölgesinde başkalarının toprağında en az üç yıldan beri tarım işçisi olarak geçimini sağlayan aile başkanı mirasçı,

— Bundan sonra, reform bölgesinde oturan ailesinden ayrı yaşamayı tercih ettiği tesbit olunan ve çiftçilikle geçinen reşit fûru mirasçı,

— Ve nihayet, yukarıdaki sıraya bağılı kalımsızın, Ziraat ve Veteriner Fakültelerini veya Okullarını bitirenler ile reform bölgesine göçen veya göçürülenlerin mesleğı çiftçilik olan mirasçılar tahsis işleminde tercih edilecek, öncelik alacaklardır. Şu halde son tercih sebebi hariç, yeter toprağı olmamakla birlikte mevcut işletmesinde bağımsız olarak çiftçilik yapan mirasçı, tahsis işleminde ön sırayı alacaktır. Bunun sebebi, yetersiz de olsa bir işletmeye ve dolayısıyla toprak, yapı, makina ve araç - gereç sahiplerini, yeter gelirli tarım işletmesine kavuşturmak, daha az toprak dağıtmakla toprak reformunu gerçekleştirmektir. İkinci olarak, hiç toprağı veya yeter toprağı sahip olmamakla beraber reform bölgesinde başkasının toprağında çiftçilik yapan mirasçının tercih edilmesinin sebebi, kiracı ve ortakçılarının toprağı işleyecek işletme araç ve gereçlerine sahip bulunmaları ve çiftçiliğe yatkın olmalarıdır<sup>52</sup>. Tahsiste üçüncü tercih sırası, hiç toprağı bulunmayan ve reform bölgesinde en az üç yıldan beri tarım işçisi olarak çalışan mirasçıya verilmiştir. Dördüncü sıra ise, reform bölgesi içindeki ailesi dışında yaşayan ve çiftçilikle geçinen reşit fûrua verilmiştir. Yukarıda sayılan bu dört sıraya bakımsızın, Ziraat ve Veteriner Fakülteleriyle Okullarından mezun olanlara reform bölgesinde oturmak ve çiftçilik yapmayı yüklenmek suretiyle birinci sırayı vermenin sebebi, modern tarım tekniğinin köye, kırsal alana götürülmesidir. Keza, Kanunkoyucu, yerleşme sorununun önemi sebebiyle de reform bölgelerine naklen yerleştirileceklerden mesleğı çiftçilik olanlara ilk dört sıraya bakımsızın öncelikle toprak vermeyi kabul etmiştir. Bu itibarla, mirasbırakan M'nin Urfa merkezinde bulunan 50 endekli 32 dönüm toprağı, mirasçıları Ziraat Fakültesi mezunu oğlu A ile yeter toprağı bulunmayan diğer oğlu B arasında 6 ay

<sup>52</sup> Bak. Hükümet Tasarısı, mad. 51.

içinde anlayamadıkları için geri alınmış veya kamulaştırılmışsa, toprak her iki mirasçının da işletmek niyetiyle talep etmeleri halinde birinci sırada olan B'ye değil, tercih sebebine sahip olduğu için A'ya verilecektir.

Yukarıdaki sıralama, her grup (sebe) içinde bir mirasçının bulunması ihtimali gözönünde tutularak yapılmıştır. Ancak, her grup içinde birden çok mirasçının bulunması da mümkündür. Meselâ, mirasbırakan M'nin çocukları A ve B, yeter toprağı bulunmayan kişiler olabilecekleri gibi, bunların her ikisi de Ziraat Fakültesi mezunu olabilirler. İşte, TTRK 53, aynı grup içinde yer alanlar arasındaki öncelik (tercih) sırasını düzenlemek amacıyla gütmektedir. TTRK 53'e göre, 52 nci maddenin her bendine (grubuna) girecek olanlar arasında ilk sıra, en az yirmibir, en çok 60 yaşında olan ve Türkçe okuma yazma bilene ayrılmıştır. İkinci sıra ise, tarımın çağdaştırılması ve verimin artırılması amacıyla bir gereği olarak tarıma ilişkin dallarda en az altı ay eğitim görmüş olanlara verilmiştir. Üçüncü sıra, çocuk sahibi olanlara ayrılmış ve bunlar arasında da evi ve yeter üretim aracı bulunanlar diğerlerine tercih edilmiştir. Nihayet son sıra çocuk sahibi olmayanlara verilmiştir. Hükümet Tasarısında yer alan gerekçeye göre, «Çocukların, çocuksuzlara tercih edilmesi, reformun amacının sadece üretimi artırmak değil, aynı zamanda fazla miktarda kişiyi toprağı bağlamak ve bunların geçimini sağlamak olmasıdır.»<sup>53</sup>. Buna göre, mirasbırakan M'nin yeter toprağı bulunmayan çocuklarından A, çocuk sahibi, B çocuksuz ise, aynı grup içinde yer almalarına rağmen, toprak A'ya verilecektir. Aynı şekilde, A ve B Veteriner Fakültesi mezunu olmakla beraber, A, 40 yaşında, B, 70 yaşında ise, toprak A'ya tahsis edilecektir.

Toprak, Müsteşarlık tarafından verilirken de, işletmenin tümlüğü ilkesine uygun olarak bir bütün halinde verilecektir. Burada da işletmenin parçalanması söz konusu değildir.

TTRK 68/4'te, aile başkanının eşinin veya fûruunun ölümü halinde işletme bütünlüğünün korunması amacıyla tahsis işleminin aile başkanına yapılması esası kabul edilmiştir. Bu tür tahsiste de yukarıda açıklanan kurallar uygulanır.

TTRK 68/5'te aday çiftçinin ölümü halinde ortaya çıkacak durum düzenlenmiştir. Buna göre, aday çiftçinin ölümü halinde, ve-

<sup>53</sup> Bak. Hükümet Tasarısı, mad. 52.

rilmiş olan toprakla diğer mallar, hiç bir işleme lüzum kalmaksızın Müsteşarlıkça geri alınır. Ancak, bu arazi aynı ailenin yeni başkanına da verilebilir.

## 2) Bırakılan Miktara Kadar Olan Topraklarda :

### a) Genel bilgi:

TTRK 69, bırakılan miktara kadar olan topraklarda mirasçıların taksim ve tahsis işlemlerini düzenlemektedir. Bırakılacak toprak miktarı, TTRK 28'de de hükme bağlanmıştır. Kanunkoyucu, topraksız veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilere dağıtılacak toprak rezervini artırmak amacıyla, özel kişilerin mülkiyetinde bulunan toprak miktarını, arazinin kuru veya sulu olmasına göre belirli bölge, iklim ve ekonomi şartlarını da gözönünde tutarak sınırlandırmıştır. Kanunda öngörülen miktara kadar olan arazi, aile başkanına bırakılır, bunun üzerinde kalan kısım ise kamulaştırılır. Bırakılacak arazi miktarı, bölgelere göre sulu ise Kanuna ekli 1 numaralı tabloda, kuru ise 2 numaralı tabloda gösterilmiştir. Söz konusu tablolarda gösterilen miktar, 50 endeksli araziler içindir. Bu açıklamalara uygun olarak TTRK 28/1 şu hükmü taşımaktadır : «Aile başkanlarına ve aile sayılan kişilere arazileri sulu ise Tablo 1'de belirtilen miktarda, arazileri kuru ise Tablo 2'de belirtilen miktarda arazi bırakılır.». Buna karşılık, «Bırakılacak arazinin bir kısmı sulu, bir kısmı kuru ise o yerin Tablo 2'de belirtilen kuru arazi miktarına oranı esas alınarak, sulu arazi miktarı kuru arazi miktarına dönüştürülerek işlem yapılır.» (TTRK 28/4). Sahibine bırakılacak arazi miktarı, 1 numaralı tabloya göre suluda 300 - 1000 dönüm, 2 numaralı tabloda ise kuru 475 - 2000 dönüm arasındadır. Bırakılacak arazi miktarındaki bu farklılık, arazinin bulunduğu bölgenin ekonomik ve ekolojik yapısından ileri gelmektedir.

Bırakılan miktara kadar toprağı olan çiftçilerin ölümü halinde mirasçılar, bu toprağı, varsa üzerindeki yapı, tesis, diğer araç ve gereçlerle birlikte ya taksim etmek, ya da aralarında TTRK'ya göre toprak dağıtımından yararlanabilecek mirasçılara devir ve temlik (tahsis) etmek zorundadırlar. TTRK 69/3, mirasçılara bu suretle miras ortaklığına son vermek için mirasın açılmasından itibaren altı aylık bir tasfiye süresi tanımıştır. Mirasçılar bu altı aylık süre içinde taksim ve tahsis işlerini aralarında anlaşarak bi-

tirmedikleri takdirde, aynı işleri yapma görev ve yetkisi Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığına geçmektedir. Şu halde, önce mirasçıların kendi aralarında anlaşarak yapacakları taksim ve tahsis işlemini incelemek, sonra da bu olmadığı takdirde Müsteşarlığın bu konuda yapacağı işlemleri ele almakta fayda vardır :

*b) Mirasçıların kendi aralarında yapacakları taksim ve tahsis :*

Bırakılan toprak miktarı, reform bölgelerinde bir çiftçi ailesinin sahip olabileceği azamî toprak miktarını göstermektedir. Tarımsal işletmenin sahip olabileceği asgarî miktar ise TTRK 7'de hükme bağlanmış olan küçük işletme veya aile işletmesidir. Yukarıda incelendiği gibi, küçük işletme veya aile işletmesinin sahip olabileceği arazi miktarı TTRK 7 ve 54'e göre 3 ve 4 numaralı tablolarda tesbit edilmiş olup, bu 50 endeksli topraklarda, sulu arazide 32 - 106 dönüm, kuru arazide ise 79 - 337 dönüm arasında değişmektedir. Kanunkoyucu, tarımsal işletmelerin sahip oldukları asgarî miktardaki bu arazinin taksimini mutlak olarak yasaklamaktadır (TTRK 68/1). Buna karşılık, TTRK 7'de hükme bağlanmış bulunan orta işletmelerin sahip oldukları arazinin, malikin ölümü halinde mirasçılar arasında taksimi mümkündür. Hemen belirtelim ki, orta işletmelerin sahip oldukları arazi miktarı, 1 ve 2 numaralı tablolarda belirtilen sahibine bırakılacak arazi miktarıdır.

*aa) Mirasçılar arasında taksim işlemi :*

Bırakılan miktara kadar arazinin (orta işletmenin) sahibi çiftçinin ölümü halinde bunun mirasçılar arasında taksim edilebilmesi için biri objektif, diğeri de sübjektif iki şartın gerçekleşmesi gerekir.

*1/a) Taksimin objektif şartı :*

Bırakılan arazinin mirasçılar arasında taksim edilebilmesi için, bunun miktar itibariyle TTRK 54'de gösterilen büyüklükteki arazi miktarına bölünebilmesi, küçük aile işletmelerinin sahip olabileceği birden fazla arazi şeklinde parçalanabilmesi mümkün olmalıdır. Başka bir deyişle orta işletmenin sahip olduğu arazi taksim edildiği takdirde, mirasçılara yeter gelir sağlayacak birden fazla aile işletmesi (küçük işletme) kurulabilmelidir. Durumu bir misalle açıklayalım : Halen reform bölgesi olan Urfa ilinin merkezinde 50

endeksli sulu arazide bırakılan miktar, 300 dönüm (orta işletme), küçük aile işletmesinin sahip olması gereken toprak miktarı ise yine 50 endeksli sulu arazide (dağıtılan miktar) 32 dönümdür. Kendisine toprak bırakılan mirasbırakan M, geride beş çocuk bırakarak ölmüşse, bunlar, diledikleri takdirde, 300 dönümlük bu araziye, varsa üzerindeki tarımsal yapı, tesis, diğer araç ve gereçlerle birlikte taksim edebilirler. Taksim sonunda her mirasçıya 60'ar dönümlük bir arazi parçası kalır ki, bu miktar o bölgede belirtilen 32 dönümden az olmadığından, TTRK 69/2'nin öngördüğü objektif şart, gerçekleşmiş olur.

Kanunkoyucuyu, orta işletmeyi taksim yoluyla, yaşayabilir birden fazla aile işletmesi şekline dönüştürmeye sevkeden sebepler, mümkün olduğu kadar fazla çiftçi ailesini kendi toprağı üzerinde tutmak, topraksız çiftçi ailelerinin çoğalmasını önlemek gerekçesiyle açıklanabilir. Ayrıca, büyük sayılacak orta bir işletmenin sahip olduğu araziye, mirasçılardan birine tahsis etmek, lehine tahsis yapılan mirasçıyı, gerek diğer mirasçılara ödeyeceğı miras hisselerinin karşılığı ve gerekse bu çapta bir işletmeyi işletmek için ihtiyaç duyacağı para ve kredinin temini dolayısıyla aşırı derecede borç altına sokabilir. Tarımsal işletmenin ve dolayısıyla mirasçının aşırı derecede borçlanması ise, sonunda altından kalkamayacak zor durumlar yaratabilir. Nihayet, kanunkoyucu, taksim yolunu kabul etmekle bir kaç nesil sonra orta işletmelerin yok olarak yerlerine küçük aile işletmelerinin geçmesi amacını da taşımış olabilir.

*1/b) Taksim in s ü b j e k t i f ş a r t ı :*

Bırakılan miktara kadar olan toprağın (orta işletmenin) taksiminden bahsedebilmek için, her şeyden önce birden fazla mirasçının mevcut olması ve bunların tamamının taksimi talep etmesi, bu konuda anlaşmaları gerekir. Şayet mirasbırakanın birden fazla mirasçısı mevcut olup da bunlardan yalnız biri veya birkaçı taksim talebinde bulunuyor, diğerleri taksimi istemiyorlarsa, taksim yapılamaz. Zira TTRK 69/2'ye göre mirasçılar arasında öngörülen taksim, rızai taksim olup, bunun gerçekleşebilmesi için de bütün mirasçılardan bu konuda anlaşmış olması gerekir.

*bb) Mirasçılar arasında tahsis (devir ve temlik) işlemi:*

TTRK 69/2'ye göre, mirasçılar taksim yerine tahsis yoluna da başvurabilirler. Gerçekten, adı geçen madde, «Mirasçılar kendileri-

ne intikal eden toprakları, bu Kanunun 54 ncü maddesinde gösterilen miktarlardan az olmamak üzere varsa üzerlerindeki tarımsal yapı ve tesisler ile diğer araç ve gereçleri aralarında taksim edebilir veya bu Kanuna göre toprak dağıtımından yararlanabilecek olan mirasçılara devir veya temlik ederek miras ortaklığına son verebilirler.» hükmünü taşımaktadır. Tahsisin (devir ve temlikin) yapılabilmesi için de arazinin objektif olarak, TTRK 54'de öngörülen aile işletmelerinin haiz olabileceği miktardan daha küçük parçalara bölünmemesi, bir veya birden fazla mirasçının tahsis talebinde bulunması, diğer mirasçıların da bu talebi kabul etmeleri gerekir. Ayrıca, lehine tahsis yapılacak mirasçı, daha önce incelemiş bulunduğumuz toprak dağıtımından yararlanabilecek kişilerde bulunması gereken niteliklere sahip olmalıdır.

*c) Taksim ve tahsis işlemlerinin Müşarlıkça yapılması:*

Mirasçılar, mirasın açılmasından itibaren altı ay içinde taksim, devir ve temlik (tahsis) işlemlerini yapmadıkları takdirde, arazi, tarımla ilgili taşınır mallar, Toprak ve Tarım Reformu Teşkilâtı tarafından re'sen taksim veya tahsis edilir. Reform Teşkilâtı, tarımsal işletmeyi ya TTRK 69/2'ye göre mirasçılar arasında taksim eder, ya da toprak dağıtımında gözetilecek sıraya göre önde gelenlerden toprağı en iyi şekilde işleyeceği tesbit edilen mirasçı veya mirasçılara tahsis eder. Lehine tahsis yapılacak mirasçının sırası ve tercih sebepleri TTRK 52 ve 53'deki sıralamaya göre yapılır. Bu husus yukarıda incelenmiş olduğundan, burada tekrar ele alınmayacaktır.

TTRK 69'un son fıkrasına göre, «Toprak ile varsa üzerindeki yapı ve tesislerin taksimi mümkün olmadığı takdirde, bunlar bu Kanun hükümlerine göre kamulaştırılır.».

#### IV. DİĞER MİRASÇILARIN MİRAS PAYLARININ ÖDENMESİ

Tarımsal işletmenin bir bütün olarak mirasçılardan yalnız birisine tahsisi, diğer mirasçıların miras paylarının nasıl ödeneceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Tarım işletmelerinin bir bütün halinde tek bir mirasçıya tahsisi, sadece bu işletmeler yönünden aynen taksim ilkesini ortadan kaldırmış olup, buna karşılık diğer mirasçıların terekeden değer olarak eşit pay almaları ilkesini or-

tadan kaldırmamaktadır. Tahsis yapılan mirasçının ortak mirasçıları miras paylarını şu veya bu yoldan mutlaka alacaklardır. Tahsis yapılan mirasçının diğer ortak mirasçılarının miras paylarını ödemesi, hukukî niteliği itibarıyla bir tazminat olmayıp, bunu para ile ödese bile, ödeme karşılığı ve ödenen değer, bir miras payıdır. Ayrıca, diğer mirasçıların miras paylarının karşılığı, muaccel bir alacak olup, Kanunî ipotekle teminat altına alınmıştır (MK 807).

Tarımsal işletmenin tahsisi, daha önce de belirtildiği gibi, mirasın taksimiyle ilgili bir işlemdir. Bu itibarla diğer mirasçıların paylarının ödenmesi taksim edilecek tereke malların mevcuduyla yakından ilgilidir. Tereke, zengin bir malvarlığına sahipse, mirasçıların miras payları teşkil edilirken, tahsis edilen tarımsal işletme bir paya, diğer taşınır ve taşınmaz malların bir kısmı öbür paya, kalan kısım da başka bir paya tahsis edilebilir. Böylece, tahsis yapılan mirasçı, hiç bir ödemede bulunmadan, diğer mirasçılar miras paylarını tereke mallarından almış olurlar. Hattâ bazan terekede yeter gelir sağlayacak birden çok tarımsal işletme veya bir tek olmakla birlikte büyüklüğü dolayısıyla birden çok yeter gelir sağlayacak işletmeye bölünmesi mümkün tarımsal işletme mevcut olabilir. Bu takdirde bunlar, her mirasçının miras payını teşkil edebilirler.

Ancak, terekenin her zaman mirasçı sayısınınca teşkil olunacak payları karşılamaı mümkün olmayacağı gibi, bazan tarımsal işletme dışında herhangi bir malı ihtiva etmemesi de mümkündür. Bu takdirde, lehine tahsis yapılan mirasçının ekonomik durumuna bakmak gerekir. Tahsis yapılan mirasçı, kendi imkânlarıyla diğer ortak mirasçılarının miras paylarını karşılayabilecek durumdayda, onlara paylarının karşılığını para veya diğer değerlerle öder. Aksi halde, ödeme gücünü elde edebilmek için üçüncü şahıslardan ve özellikle bankalardan kredi (ödünç para) alması gerekir. Ancak, üçüncü şahıslar veya bankalar bu krediyi açarken, mirasçıdan teminat isterler. Bu teminat da genellikle aynî teminat, yani taşınmaz bir malın rehnedilmesi (ipotek) şeklinde olur. Diğer mirasçıların paylarının karşılığını ödemek için kredi alacak mirasçının, teminat göstereceği (ipotek edeceği) başka taşınmazları varsa veya tahsis edilen tarımsal işletme önemli olmayan bir miktar için rehnedilecekse, bunların teminat gösterilmesinde ekonomik bir sakınca yoktur. Buna karşılık, ödenecek miras paylarının karşılığı

büyük olup, bunu sağlamak için banka veya üçüncü şahıslardan ipotek karşılığı alınacak kredi, tarımsal işletmeyi aşırı derecede takyit ediyorsa, tahsis yapılan mirasçı çok zor durumlarda kalabilir. Gerçekten, ipotekle aşırı derecede takyit edilen bir işletme ve buna ek olarak sağlanan kredi için ödenecek faiz, tahsis yapılan mirasçıyı altından kalkamayacağı borçlara sokacağından, tahsisten beklenen faydalar da gerçekleşmeyebilir. İşte, ipotek sonucu aşırı derece borçlanma tehlikesiyle karşılaşacak olan tahsis yapılmış mirasçıya Medenî Kanun bazı imkânlar tanımaktadır :

**1) Kazanç payına bağlı mirasçı malları ortaklığı kurma hakkı.**

MK 599/1'e göre, tahsis yapılan mirasçı, diğer mirasçıların paylarının karşılığını ödemek için tarımsal taşınmazların üzerinde evvelce mevcut teminat (rehin) hakları da dahil olmak üzere bu taşınmazların tahsis değerinin dörtte üçünden fazlasını teminat göstermek zorunda kalırsa, tarımsal işletmenin taksiminin ertelenmesini isteyebilir. Bu takdirde itiraz etmeyen mirasçılar arasında kazanç payına bağlı (kazanç payı dağıtan) bir mirasçı malları ortaklığı kurulmuş olur.

Lehine tahsis yapılan mirasçının, diğer mirasçılardan taksimin (miras paylarının karşılığının para ile ödenmesinin) ertelenmesini isteyebilmesi için, tarımsal işletmenin rehnedilmesi sonucu, meydana gelecek takyidin, tahsis değerinin dörtte üçünden fazla olması gerekir. Burada sözü geçen dörtte üçe, evvelce mevcutsa, taşınmaz üzerinde kurulmuş olan rehin hakları da dahildir. Kanunkoyucu, bu sınırı üst sınır olarak kabul etmiş, daha fazla takyitlerin tahsis yapılan mirasçıyı aşırı derecede borçlandıracağı varsayımına itmiştir.

Taksimin ertelenmesi talebi üzerine mirasçılar arasında kazanç payına bağlı bir mirasçı malları ortaklığı kurulur. Bu ortaklık, tahsis yapılan mirasçının taksimin ertelenmesi talebi ve hâkimin kararı üzerine ipso jure (kendiliğinden, kanundan ötürü) kurulmuş olup, hukukî niteliği itibariyle bir elbirliği ortaklığıdır. Tahsis yapılan mirasçının, mahkemede diğer mirasçılara karşı yapacağı istem (talep) ve hâkimin taksimin ertelenmesine ilişkin kararı üzerine kurulan bu ortaklık, daha önce mirasçılar arasında mevcut olan miras ortaklığının bir devamı değildir. MK 599/2'de bu ortaklığa, «Hissei temettü şartıyla müesses aile şirketi emvali»,

MK 334'ün başlığında ise, «Hissei temettü şartıyla şirket» adı verilmiştir.

Ortaklığa giren tarımsal işletmeyi, lehine tahsis yapılan mirasçı tek başına işletir, yönetir (MK 334/1,335/1). Ortaklar (mirasçılar) elde edilen net gelirden pay alırlar. Ancak, işletmeyi yönetip işleten ve lehine tahsis yapılan mirasçıya sarfettiği emek ve harcamalar karşılığında ayrıca bir para (ücret) ödenir (MK 334/2). Kurulmuş olan ortaklığa gelir veya kazanç payıyla katılan diğer mirasçıların pay karşılıkları, elbirliği ortaklığının ortağı oldukları için aynı zamanda aynı bir hakla teminat altına alınmış bulunmaktadır.

Ortakların kazanç payları, miras payları oranındadır. Diğer mirasçıların kazanç payları çıktıktan sonra kalan kısım ise, tahsis yapılan mirasçıya aittir. Tahsis yapılan mirasçı, yönetici ve işletmeci olduğu için, işletmenin durumu hakkında diğer ortaklara (mirasçılara) bilgi ve hesap vermek, işletme düzeyinde onları üçüncü kişilere karşı temsil etmek, işletmeyi verimli bir şekilde işletmek zorundadır. Bu ortak (tahsis yapılan mirasçı), yönetiminden dolayı diğer ortaklara karşı sorumludur (Bak. MK 335/1).

MK 600, ortaklığın sona ermesini düzenlemiştir. Buna göre, tahsis yapılan mirasçı, diğer mirasçıların paylarının karşılığını aşırı derecede borç altına girmeden ödeyebilecek duruma gelirse, mirasçılardan her biri, ortaklığın sona erdirilmesini ve payının ödenmesini isteyebilir. Tahsis yapılan mirasçı da aksine bir sözleşme yoksa, ortaklığı her zaman sona erdirebilir. Bunun dışında, haklı nedenlerle de ortaklığın sona erdirilmesi mümkündür. Nitekim, MK 335/1'e göre, ortaklığın işletme ve temsilini üzerine alan ortak, malları gereği gibi işletmediği veya ortaklara karşı üstlendiği yükümleri yerine getirmede, ortakların, ortaklığın sona ermesini isteme hakları bulunmaktadır.

## **2) Miras paylarının teminatlı alacak şeklinde ödenmesini isteme hakkı.**

Diğer mirasçılar, kazanç payına bağlı ortaklığa girmek zorunda değildir. İsterlerse, bu ortaklığa girip yıllık net geliri paylaşacakları yerde, miras paylarının kendilerine bir alacak hakkı şeklinde ödenmesini isteyebilirler. Gerçekten, bazı hallerde, diğer mirasçılar, işlerini yürütmek veya yeni iş imkânları yaratmak için

gelirden çok, sermayeye ihtiyaç duyabilirler. Bu sermaye ile işlerini daha kolay ve emin bir şekilde yürütebilirler. İşte, kanunkoyucu bunu sağlamak amacıyla MK 601'de, tahsis yapılan mirasçının, mirasın taksiminin ertelenmesini istemesi halinde, ortaklığa girmek istemeyen diğer mirasçılara, miras paylarının, tahsis edilen tarımsal taşınmazla (işletmeyle) temin edilmiş bir alacak hakkı şeklinde kendilerine verilmesini isteme yetkisini tanımıştır. Buradaki alacak hakkı, tahsis edilen işletmeyle temin edilmiş ipotekli bir alacak hakkı olduğu için, mirasçılar bunu, başkalarına devrederek veya rehnederek ihtiyaç duydukları sermayeyi elde edebilirler. Bu yolla, miras paylarını, imkânsızlık dolayısıyla nakit olarak alamayan mirasçılar, nakde çevrilebilecek bir alacak hakkı kazanmış olurlar. Miras payını, ipotekli alacak şeklinde alan diğer mirasçılar, terekeyi taksim etmiş olup miras ortaklığından da ayrılmış olurlar. Miras payını, ipotekli alacak şeklinde alan mirasçılar, bu alacak dolayısıyla belirli oranda bir faiz geliri de elde ederler. Mirasçılar, bu hakkı her zaman talep edebilirler. Hattâ kazanç payına bağlı ortaklığa giren mirasçı, sonradan bu ortaklıktan ayrılarak, alacak hakkını isteyebilir. Alacak hakkını temin eden taşınmaz rehni, tapu siciline tescil ile doğar. MK 601'de öngörülen taşınmaz rehni, ipotek olabileceği gibi, ipotekli borç senedi veya irad senedi şeklinde de tesis olunabilir. İsviçre MK 624/2 ve 3'de mirasa ilişkin irad senedi yolu açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak, bu hüküm MK 601'e alınmamıştır. Esasen ülkemizde ipotekli borç senetleriyle irad senetlerine uygulamada raslamak mümkün de değildir.

**YARARLANILAN KAYNAKLAR**

- Açıl, Fethi-Köylü, Kâzım : Ziraî Ekonomi ve İşletmecilik Dersleri, Ankara 1971.
- Amberg, Hans Paul : Die Reform des bauerlichen Erbrechts in der Schweiz Sarnen 1940.
- Ayiter, Nuşin : Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 1974.
- Beck, Alexander : Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 1970.
- Borel, A. - Neukomm : Das bauerliche Erbrecht, 4. Auflage, Brugg 1954.
- Escher, A. - Escher, A. : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 3. Auflage, Zürich 1960.
- İmre, Zahit : Türk Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1972.
- İnan, Ali Naim : Miras Hukuku, Ankara 1969.
- Kaufmann, Ottto K. : Das neue laendliche Bodenrecht der Schweiz, St. Gallen 1946.
- Liver, Peter : Die Aenderungen am bauerlichen Erbrecht des ZGB durch das BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen, in Festgabe für Tuor, 1946.
- Özdemir, Şükri : Gayrimenkul ve Usul Hukukuna İlişkin Yargıtay Tatbikatı, Ankara 1975.
- Piotet, Paul : Traité de droit privé suisse, tome IV Droit successoral, Fribourg 1975.
- Tuor, P. - Piconi, V. : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 2. Auflage Bern 1966.
- Zevkliler, Aydın : Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi, Ankara 1970.

**İ Ç İ N D E K İ L E R****MEDENİ KANUN VE TOPRAK - TARIM REFORMU KANUNU  
AÇISINDAN TARIM İŞLETMELERİNİN TAHSİS ŞARTLARI**

- I. Tarım işletmelerinin tahsisi hakkında genel bilgi
- II. Medeni Kanun Yönünden
  - 1) Genel olarak
  - 2) Tarımsal işletmenin şartları
    - a) Objektif şartlar
      - aa) Tarımsal bir işletme mevcut olmalıdır
      - bb) Tarımsal işletme, ekonomik bir bütün arzetmelidir
      - cc) Tarımsal işletme, yeter gelir sağlayan bir işletme olmalıdır
    - b) Sübjektif şartlar
      - aa) Mirasçı olma şartı
      - bb) Tahsisi talep şartı
      - cc) Ehliyet şartı
      - dd) Birden fazla mirasçının tahsis talebinde bulunması
- III. Toprak ve Tarım Reformu Kanunu Yönünden
  - 1) Dağıtıma tâbi miktara kadar olan topraklarda
    - a) Objektif şartlar
      - aa) Tarımsal bir işletme mevcut olmalıdır
      - bb) Tarımsal işletme (Toprak), reform uygulaması yapılmış bölgede bulunmalıdır
      - cc) İşletme (Toprak) büyüklüğü, dağıtıma tâbi miktar kadar olmalıdır
      - dd) Toprak, tarımsal araç ve gereçlerle bir bütün (işletme) teşkil etmelidir
    - b) Sübjektif şartlar
      - aa) Tahsis yapılacak bir mirasçı olmalıdır
      - bb) Mirasçı, tahsis talebinde bulunmalı, bazı nitelikleri haiz olmalıdır
  - 2) Birakılan miktara kadar olan topraklarda
    - a) Genel bilgi

- b) Mirasçıların kendi aralarında yapacakları taksim ve tahsis
  - aa) Mirasçılar arasında taksim işlemi
    - 1/a) Taksim objektif şartı
    - 1/b) Taksim sübjektif şartı
  - bb) Mirasçılar arasında tahsis (devir ve temlik) işlemi
  - c) Taksim ve tahsis işlemlerinin Müsteşarlıkça yapılması
- IV. Diğer Mirasçılarının Miras Paylarının Ödenmesi
  - 1) Kazanç payına bağlı mirasçı malları ortaklığı kurma hakkı
  - 2) Miras payının teminatlı alacak şeklinde ödenmesini isteme hakkı



## HUKUKÎ BİLMEME VE AÇIK CEZA NORMLARI \*

Dr. Z. HAFIZOĞULLARI

### I G İ R İ Ő

Bu araştırmanın konusu, suç genel teorisi içinde bilmeme ve hatadır. Konu, çok geniş kapsamlıdır; bir makaleden çok, oldukça hacimli birkaç monografiye vücut verebilecek ağırlıktadır. Biz, bunlardan yalnızca, Ceza Kanununu bilmeme\* ve araştırmamızla ilgisi ölçüsünde, Ceza Kanunu dışındaki bir kanun üzerinde hata\* yı suç genel teorisi açısından ele alıp inceleyeceğiz. «Burada kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı» ilkesinin süpekülatif yorumu, konumuz dışında kalacaktır\*. Kanunu bilmek yükümlülüğü, «positif» bir gerçek olduğuna göre; bize düşen, bu gerçek karşısında, bilmeme ve hata hallerinde, geniş anlamda cezaî sorumluluğun nasıl olacağını, kısaca saptamaya çalışmak olacaktır.

---

\* Norme penali in bianco.

\* Ignoranranza della legge penale.

\* Errore sulla legge extrapenale.

\* Bkz. Cammarata, sul fondamento del principio «ignorantia iuris non excusat» In Riv. Inter. filos. dir. 1928; Esposito, La conoscenza della legge nel diritto e nella morale, In Riv. Inter. filos. dir.» 1935; Piacenza ,Errore ed ignoranza della legge in materia penale, Torino, 1960; Sandulli, ignoranza della legge penale, In «Giust. pen» 1937 II.

## II

HUKUKÎ BİLMEMEME VE HATANIN SUÇ  
GENEL TEORİSİNDEKİ YERİ

1 — Genel olarak bilmeme - hata: Hata - bilmeme<sup>1</sup> kavramlarının mahiyet ve kapsamaları üzerinde, doktrinde, herhangi bir tartışmanın söz konusu olmadığı söylenebilir. Deneysel bir açıdan ele alındığında hata, genellikle, dış âlemdeki bir nesnenin (= oggetto) gerçekte olduğu gibi değil de, yanlış veya sahte bir biçimde tanındığı aklı bir durum olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>. Gerçeğin bilinmemesi veya yeter derecede bilinmemesi, dolayısıyla, yanlış bir hüküm verilmesi, bilmemeyi de kapsar<sup>3</sup>. Ancak, hata; kusurlu bilgi, başka bir deyimle, nesnenin gereğinin ortaya koyduğu bilginin mutlak eksikliği olarak ortaya çıkan bilmemeden farklıdır. Bu yönüyle bilmeme, menfi bir karakter gösterirken; hata, yanlış da olsa belli bir kanaate sahip olmayı gerektirdiğinden müsbet bir şeydir<sup>4</sup>. Bu varsayımın bir sonucu olarak da denilebilir ki, her hata nesne hakkındaki bir bilmememeyi gerektirmektedir, çünkü, başka türlü açıklanamazdı; Buna karşılık, her hangi bir hükmün iştiraki mevcut olmasa bile, hata olmadan bilmeme, mümkün olabilmektedir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Bkz. Frosali, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933; Mirto, *L'errore nel diritto penale*, In «Riv. dir. Penit. 1933; Delogu, *Errore proprio ed errore improprio nella teoria dell'errore in diritto penale*, In «Riv. di dir. e. proc. pen» 1935; Penso, *Ignoranza ed errore nel diritto penale*, Messina, 1936; Costa, *La valutazione dell'errore nel diritto penale*, In «Riv. it. di Dir. e proc. pen» 1939; Galli, *L'errore di fatto nel diritto penale*, Milano, 1948; Ersoy, *Ignoranza ed errore nel diritto penale*, Ankara, 1968; Sezgin, *Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata*, AD. Der., 1951; Erem, *Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre hukukî ve fiilî hata*, AD. Der. 1947; Gözübüyük, *Ceza Hukukunda yeni cereyanlar*, Modern Ceza Hukukunda hata meselesi, AD. Der. 1942; Erman, *Ceza Hukukunda hukuku bilmeme ve yanlışma*, İHFM. C. XIII sayı 2-3; Belgesay, *Kusur ve hukukî hata*, Tahir Tanere Armağan, İstanbul, 1956.

<sup>2</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1963, PG, s. 305; «Genel mânada bilmemek, bilgi yokluğu, hata ise eksik veya hakikata uymayan bilgi demektir» Erem, *Umanist doktrin açısından Türk Ceza Hukuku*, Ankara, 1971, HG. cilt I s. 105; Bkz. Erem, *Adalet Psikolojisi*, Ankara, 1964, s. 70 vd.

<sup>3</sup> Dönmezer - Erman, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul, 1971, UK. C. 2, s. 342; Maggiore, *Diritto Penale*, Bologna, 1961, V.I. PG. TS. s. 391.

<sup>4</sup> Antolisei, AGE. PG. s. 305; Dönmezer - Erman, AGE, UK. C. 2, s. 342.

<sup>5</sup> Antolisei, AGE, PG. s. 305; Ersoy, *Ignoranza ed errore nel diritto penale*, Ankara, 1968, s. 29 - 32.

Hukuk, her tür bilmeme - hata ile uğraşmaz; konusuna giren bilmeme - hata, mutlak surette failin iradesi üzerinde etken olan bilmeme - hata'dır: Hukuk sistemleri, insan davranışlarını, dışarıya vuruluşları yönünden düzenlerler. Bu nedenle, onlar, hata - bilmeme'yi iradenin kusurlu oluşumu açısından değerlendirmektedirler<sup>6</sup>. Durum bu olduğuna göre, bilmeme - hata, ceza hukuku alanında iki şekilde ortaya çıkabilir: fiilî hata\* ve hukukî bilgisizlik<sup>7</sup>.

2 — Suç genel teorisinde bilmeme - hata : Bilmeme - hata, mahiyeti gereğince, iradenin oluşumu üzerinde etken olduğuna göre, suç genel teorisinde, suçun manevî unsuru ile ilişkili olmak gerekir: Her ne kadar; bilmeme - hata hallerinin suçun bir unsuru, yoksa oluşmuş olan suçun cezalandırılabilmesi ve nihayet ceza ehliyeti üzerine mi etkili olduğu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte; çoğunluğa katılarak denebilir ki, bilmeme - hata, suçun manevî unsuru üzerine etki ederek onun doğumunu önler<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Maggiore, AGE. V. I, PG. TS. s. 391.

\* Hata genellikle iradenin oluşumu süreci üzerine etki eder. Bu durumda, irade, gerçeğin yanlış bir algılanmasının sonucu olarak, kusurlu bir biçimde oluşur. Ancak hata, iradenin icraya dönüşmesi sürecini engelleyerek veya saptırarak suçun icrası süreci üzerine de etki edebilir. Bu ikinci tür hataya, doktrinde, oluşumuna göre, şahısta hata veya isabette hata ismi verilmektedir. Bk. Antolisei, AGE. PG. C. 2, s. 306; Dönmezer - Erman, AGE. UK. C. 2, s. 342, Erem, AGE. GH. C. 2. s. 73. Bu konuyla ilgili olmak üzere şunu da belirtelim ki, «inhiraf halinde» gerçek anlamda «bir hata yoktur» çünkü ya seçilen araçların yetersizliği veya mahirane bir biçimde kullanılmaması nedeniyle veya öteki herhangi bir nedenden ötürü, failin maksadını teşkil eden neticeden başka bir netice meydana gelmektedir. Dönmezer - Erman, AGE. UK. C. 2.

<sup>7</sup> Maggiore, AGE. V.I, PG. TS. s. 391; Dönmezer - Erman, AGE. UK. C. 2, s. 342; Erem, AGE. GH. C. 1, s. 105.

<sup>8</sup> Antolisei, AGE. PG. s. 303. vd, 305; Maggiore, AGE. V.I, PG. TS. s. 384 vd. Yazar bilmeme - hatayı ceza ehliyetini kaldıran sebepler (= cause di non imputabilità) arasında incelemiştir; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Torino, 1961, V. 2, s. 1 vd. ve 24 vd. Yazar bilmeme - hata'yı ceza ehliyetini değiştiren veya kaldıran genel sebepler arasında incelemiştir. Bkz. Manzini, AGE. V. 2. s. 1, dip not 1; Galli, L'errere di fatto nel diritto penale, Milano, 1948 § 7. Yazara göre bilmeme - hata suçun cezalandırılmasını önleyen sebeplerden (= punibilità) sayılmak gerekir; Dönmezer - Erman, AGE. UK. C. 2. s. 330 vd. Yazarlar bilmeme - hata'yı kusurluluğu kaldıran sebepler arasında incelemektedirler; Erem, AGE. GH. C. 2. s. 70 vd. Yazar bilmeme - hata'yı «kusurluluğa ilişkin haller» arasında görmektedir: «Fiilî bilmemezlik ve hata halleri tahlil edilince, netice ile irade arasında illiyet bağı mevcut olmamasına yani kastın mevcut bulunmamasına müncer olmaktadır» (Erem. AGE. ivi).

Kusurluluğun normatif veya tabiatçı görüş açısından ele alınmış olması halinde, bu tür mazeret sebeplerinin, cürüm - kabahatler, kasıtlı - taksirli suçlarda değişik çözümler bulma ihtimali, söz konusu anlayışların yapılarının bir sonucudur: İradenin oluşumu biçimi, her ikisinde de suçun manevî unsurunun oluşumu yönünden önemli bir etmen olmakla birlikte, kusurluluğun normatif anlayışında hukukî bilmemeyi bir mazeret sebebi saymak, tabiatçı görüşe kıyasla daha çok mümkündür: Kusurluluk failin fiilinin kınanabilir olması ise, bilmeme - hata dolayısıyla fiilin kınamayacağı hallerde, suçun da olmaması gerekir<sup>8</sup>.

3 — Kanunu bilmeme mazeret sayılamaz (TCK. Md. 44) : a) Kanunu bilmeme mazeret sayılamaz kuralı TCK 44. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde, kanunun «ceza ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler» babından yer almaktadır. YİCK aynı ilkeye, birinci kitabın «Ceza Kanunu»na ayrılmış olan birinci babının 5. maddesinde yer vermiştir. Bize göre, YİCK'daki düzenleme, Ceza Kanunumuzdaki düzenlemeye göre çok daha isabetlidir. Çünkü söz konusu hüküm, Ceza Kanununun uygulanması bakımından bir temel, başka bir deyimle, bir kurucu hüküm niteliğindedir.

Bir kurucu hükmün Ceza Kanununun şu veya bu babında yer alması, sistematik yorum sonucu, bazı kısıtlamaları doğurursa da, hükmün mahiyet ve kapsamını belirlemede büyük bir önemi haiz değildir. Bu nedenle, kanunu bilmemek mazeret sayılamaz ilkesi, nerede yer alırsa alsın, bilmeme - hata genel teorisinde, suçun manevî unsuruyla ilişkili görülmek zorundadır. Çünkü bilmeme - hata, önce de belirtildiği üzere, tabiatçı görüş açısından kusurluluğun temel unsuruna esas olan iradenin oluşumu süreciyle ilgiliyken; gene aynı nedenle, normatif açıdan, failin fiilinin kınanabilir olması sonucuna ilişkindir<sup>9</sup>.

b) Kanunu bilmeme mazeret sayılamaz ilkesi, kimine göre aksi ispatlanamayan bir karine niteliğinde sayılırken<sup>10</sup>, söz konusu

<sup>8</sup> Aynı doğrultuda fakat değişik: «Manevî sorumluluğun dayandığı kast ve taksir ile kanunu bilmemek mazeret sayılamaz kaidesi arasında bir çatışma yoktur» Erem, AGE. GH. C. I. s. 111; Fazla bilgi için bk. Manzini, AGE. V. s. § 294.

<sup>9</sup> Bkz. § 3, dipnot 8.

<sup>10</sup> Piacenza, AGE. s. 10 vd, 61 vd. (Zikreden Antolisei, AGE. PG. s. 306, dipnot 83 bis).

mecburiyet kimine göre, kanunun muhatabı olan kimselere onu öğrenme görevi yükler<sup>11</sup>. Ve kimi sorunu kanunun tatbiki zarureti açısından ele almaktadır<sup>12</sup>.

Mutlak bilme mecburiyeti kanunların uygulanması siyasetinin bir gereği olmakla birlikte, bu mecburiyet, bazı durumlarda adalet duygusunu zedeler<sup>13</sup>. Nitekim bir çok yazar, örneğin Manzini<sup>14</sup>, bir mecburiyetin geçerli sayılabilmesi için, o mecburiyetin mutlaka «ifasının» mümkün olması gereğine inanmaktadır. O halde kanunu öğrenme mutlak imkânsızlığının varlığı halinde, buna göre, kanunu bilmeme de mazeret sayılmak gerekir.

Türk hukuk uygulaması konuya yabancı değildir. Nitekim Yargıtay, verdiği bir kararıyla<sup>15</sup>, kanun hakkında bilgi sahibi olmak imkânsızlığı içinde olan bir yabancının, kanunu bilmemesini mazeret saymıştır.

c) Kanunu bilme mecburiyeti norm genel teorisi açısından da tartışmalıdır<sup>16</sup>. Hukukun iradiliği, başka bir deyimle hukuk normunun emirliği varsayımından hareket edildiği zaman, kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesini savunmak mümkün görünmemektedir. Eğer hukuk normu bir emir ise, icra edilebilmesi için, onun muhatap tarafından bilinmesi gerekir. Zira, ondan bilmediği bir emre uymasını istemek, hukukun emirliği anlayışını inkâr olur. Soruna bir çözüm bulmak sanıyoruz ki, ancak «kanunu bilme görevi» anlayışını<sup>17</sup> benimsemekle mümkündür. Günümüzde idarenin cezaî düzenleme alanı giderek genişlemekte, ceza hükmü koyan özel

---

<sup>11</sup> Manzini, AGE. V. 2. p. 29.

<sup>12</sup> Frosali, Sistema Penale italiano, Torino, 1958, V. I. § 49.

<sup>13</sup> Antolisei, AGE. PG. s. 307.

<sup>14</sup> Manzini, AGE. V. 2, s. 29; «Kanunu bilmemenin mutlak surette imkânsızlığının tahakkuk ettiği ahvalde, kanunu bilmemenin mazeret sayılması lâzımdır.» Erem, AGE. GH. C. 1. s. 109.

<sup>15</sup> YCGK. 10.10.1952, AB. DER. 1951. sayı 5. s. 732. Söz konusu kararı Sezgin'e atfen zikreden Dönmezer - Erman karar tarihini 10.10.1942 olarak göstermektedirler (Dönmezer - Erman, AGE. üçüncü bası, UK. C. I. s. 203 dipnot 21); Erem, karar tarihi olarak, Temyiz kararları dergisinin 941 - 942 s. 165'e atfen, 10.10.1952 olarak göstermektedir (Erem, AGE. GH. C. I. s. 110 dipnot 17).

<sup>16</sup> Massari, La norma penale, S. Maria C.V., 1913. II Kitap, I. Kısım, IV. başlık.

<sup>17</sup> Manzini, AGE. V. 2. ivi; Antolisei, AGE. PG. s. 307.

kanunların sayısı çığ gibi büyümektedir. Bu durum karşısında, özellikle kabahatlerde, hukukî bilgisizliği mazeret sayma, siyasal nitelikteki «kanunu bilmemek mazeret sayılmaz» ilkesinin mutlak sertliğini gideren bir çare olmaktadır<sup>18</sup>.

### III

#### HUKUKÎ BİLMEME VE HATA

Kanunun, muhatabı tarafından yanlış anlaşılması, TCK. 44. Md.'si hükmü anlamında kanunu bilmemektir. Öyleyse kanunun yanlış anlaşılması, kural olarak, mazeret sayılmayacaktır<sup>19</sup>.

Kanunu yanlış anlamaktan doğan hata, ferdi vey genel olabileceği gibi, hataya resmî makamlar da sebep olabilirler<sup>20</sup>. Aşağıda bu ihtimaller üzerinde durulacaktır.

#### 1. Ferdi Hata ve Bilmeme

a) Hatanın ferdin ihmali veya cehaleti sonucu ortaya çıkması: Kanunu bilmeme bizzat ferdin ihmali veya cehaleti sonucu ortaya çıkmaktaysa, işlenmiş olan suç ne olursa olsun (cürüm veya kabahat), TCK. 44. madde hükmünün mutlak surette uygulanması gereği, doktrinde tartışmasız benimsenmektedir<sup>21</sup>.

Ceza hükmünün çelişkili olduğu veya gereği gibi anlaşılmadığı hallerde durum ne olacaktır? Bu hallerde kanunun yanlış tefsirinin sorumluluğunun faile yükseltilmemesi gerekir. Çünkü, kanunu doğru bilme yükümlülüğü, ona uymanın pratik olarak mümkün

<sup>18</sup> Bkz. Erem, AGE. GH. C. I, s. 109, dipnot 15; Piacenza, Tentativi di soluzione di un vecchio problema; elemento psicologico e c. d. buona fede nella contravvenzioni, In «Giust. pen. 1954, II, s. 748 vd.» Halbuki çözümler söz konusu olduğunda temyiz mahkemesi daha muhafazakâr (= rigorista) bir görüşü benimsemektedir. Nitekim mahkeme, 4 Mart 1947 tarihli bir kararında (guist pen. 1948, II s. 227, 238), haberleşme zorlukları, savaş sonuçlarının doğurduğu karışık durum, Ceza Kanununu bilmemenin mazeret sayılmasını geçerli kılmaz.» sonucuna varmaktadır. Zikreden Antolisei, AGE. PG. s. 308 dipnot 86.

<sup>19</sup> Erem, AGE. GH. C. I, s. 110; Manzini, AGE. V. 2. s. 36.

<sup>20</sup> Erem, AGE. HG. C. I. ivi; Manzini, AGE. V.A. ivi.

<sup>21</sup> Bkz. Manzini, AGE. V. 2. ivi; Erem, AGE. C. I. ivi.

olduğu haller için söz konusudur<sup>22</sup>. Ancak, fiilin sadece taksir nedeniyle bile cezalandırılabilirdiği, yahut, resmî makamlar veya yorum ehil bir kimseye başvurularak hükmün gerçek anlamının öğrenilebilmesinin mümkün olup da bunun iradî olarak ihmal edildiği hallerde, istisnanın geçerli olmaması gerekir<sup>23</sup>.

b) Kanun hakkından genel bilgisizlik veya hata : Kanunu, birçok kimsenin, hatta büyük bir kitlenin yanlış bilmesi ve hatalı uygulaması mümkündür. Bu halde de, kanunun yanlış bilinmesi ve hatalı uygulanması bir mazeret sebebi sayılmayacaktır. «Çünkü «Umumî hatanın mazur görüleceği» düşüncesi, hukuk ilminde yer almamalıdır»<sup>24</sup>.

## 2. Resmî Makamların Sebep Olduğu Hata

a) Genel olarak : İlke olarak resmî makamların kanunu yanlış yorumu sonucu ortaya çıkan bilmeme - hata, TCK. 44. maddesi hükmünün açıklığı karşısında bir mazeret olarak ileri sürülemez<sup>25</sup>. Kanunların herkesi için mecburiliği (=irrefragabilità) ne etken bir tasarrufta bulunmak hakkı hiç kimseye tanınmamıştır. Bu açıdan idarenin de, fertler gibi, kanunların süjesi olmaları gerekir. Kanunların herkes için geçerli yorumu, sadece kanun koyucunun yetkisi içindedir<sup>26</sup>. Bununla birlikte suçların kanuniliği ilkesinin boyutları, düne göre bugün, farklılık göstermektedir. İdare artık bir kısım tasarruflarıyla cezaî düzenleme alanını girmiş bulunmaktadır. Bu

<sup>22</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 36 ve dip not 2: «Cass. 9. febbraio 1907 (Giust. Pen. XIII, 609) (1d. 10. dicembre 1954 ibid. 1955, II, 149. E. Battaglini'nin eleştirisi yazısıyla): «Kendisi için izinname çıkarılan maldan değişik bir malın satışa arz edilmesi suçunda, izinnamenin objektif sınırları üzerinde hata, Ceza Kanunu üzerinde hata sayılacağından mazur görülemez.»

<sup>23</sup> Manzini, AGE. V. 2, s. 36.

<sup>24</sup> Erem, AGE. GH. C. I. s. 110; bu konuda: Manzini, AGE. V. 2. s. 37 «Error communis facit ius (= Genel hata hukuk yapar) ilkesi günümüzde geçerli olamayacağından, fertlerin bir ceza normunu tadili yahut ilgası her halde kabul edilmemek gerekir. Modern devlette, bu ilkenin hiç bir anlamı yoktur. Genel hata, ceza hukukunda, tadil veya ilga gücüne sahip örf - adetten daha fazla bir güce sahip değildir (Bkz. Vol. I, n. 127)» Bu konuyla ilgili olarak: «Cass. 2 dicembre 1929 (Riv. Ital. dir. pen. 1930. 395); Iid. 26. gennaio 1956 (guist. pen. 1956. II. 483)» Zikreden Manzini, AGE. V. 2. s. 36, dipnot 4; Ersoy, AGE. 76.

<sup>25</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 37 ve dipnot 5; Ersoy, AGE. s. 76.

<sup>26</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 37.

zorunlu sonuç, kanunu yanlış yorumlayarak veya açık normu dolurarak hataya sebep olan resmî makamların tutumunun suçlu için bir mazeret sebebi sayılıp sayılmayacağı sorununa daha da bir açıklık getirmiştir. Bu konudaki muhtemel hipotezler aşağıda incelenmeğe çalışılacaktır.

b) Resmî Memur Veya Kurumların Hataya Sebep Olan Yanlış Yorum ve Açıklamaları

1 — Bir kanunu uygulamakla yükümlü resmî makamlar : Bir kanunu uygulamak ve emirlerini yerine getirmekle yükümlü devlet memurlarının uyguladıkları kanunları doğru bilmeleri görevleri gereğidir<sup>27</sup>. Fertler de, kuşkusuz, resmî memurların uyguladıkları kanunları bildikleri inancı içindedirler. Bu durum karşısında, acaba hataya sebep olan memurun tutumu suçlu için mazeret sebebi sayılacak mıdır?

Genellikle kanunun herkes için mecburiliği ilkesinden hareket eden bir görüşe göre, bir kanunu uygulamakla görevlendirilmiş devlet memurunun yanlış açıklama ve yorumu sebebiyle ortaya çıkan «hukukî bilmeme», mazeret sayılamaz; çünkü kanunların herkes için mecburiliğinin yürütülmesinin memurun ihtiyarına bırakılmaması ve muhatabın (= soggetto) «patriyarkal» bir duygu içinde memura güvenmesi «rizikosunu» yüklenmesi, hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur<sup>28</sup>. Buna karşılık, başka bir görüş; genellikle iyi niyet esas ve adalet duygusundan hareketle, devletin yetkili memurunun tutumunun, suçlu için bir mazeret sebebi sayılabileceği sonucuna varmaktadır<sup>29</sup>. Nitekim denmektedir ki, «... yanlış yorum yetkili organ ve memurların resmî beyanına dayandığı hallerde, faile mes'uliyet yüklenemez». «Zira bu gibi hallerde o şahıs resmî makamların şuarsuz bir aleti haline girmiş olur ve lehe olduğu için 49. madde genişletici tefsir yoluyla bu gibi hallerde kabili tatbik bulunur»<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Erem, AGE., GH., C. I., s. 111.

<sup>28</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 37. Bu konuda bkz. «Cass. 16 Gennaio 1918 (Riv. Pen. LXXXVIII, 83) (Id. 26 giugno. 1951 (Giust. Pen. 1952, II, 62): «Muhtemelen doğru olmayan açıklama veya bilgiler, gerçekten, kanunun mecburiliği ilkesini ihlâl edemeyeceklerine göre; resmî memura atfedilmiş olsalar bile, hatalı yorum, kısaca, kanunu bilmemdir». Zikreden Manzini, AGE., s. 77.

<sup>29</sup> Antolisei, AGE., PG., s. 307 - 309; Erem, AGE., GH., C. I. s. 109, 111.

<sup>29a</sup> Dönmezer - Erman, AGE., UK., 1965, C. 1. s. 204.

Bu konudaki uygulama da istikrarlı değildir. Mahkeme kararları, kanunun herkes için mecburiliği ilkesiyle, iyi niyet esası ve adalet duygusu arasında oynama eğilimi göstermektedir<sup>30</sup>.

2 — Yetkili kılınmamış devlet memurunun hukukî bilmeme'yi doğuran yanlış yorumu : Burada sözü edilen resmî memur ve kurumlardan, kanunun yahut bir tüzük hükmünün veya işgal edilen makamın bir gereği olarak belli bir kanun veya kanunlarla ilgili gerekli açıklama ve bilgiyi fertlere vermekle açıkça yükümlü kılınmamış kimseler anlaşılmalı gerekir. Bu varsayımda resmî memur veya kurumun sebep olduğu hata, hiç bir zaman, suçlu için bir mazeret sebebi sayılamaz. Yetkisiz memurun beyanlarına göre hareket eden kimse, fiilinden doğan sorumluluğu yüklenmek zorundadır; çünkü, söz konusu durumda, sade bir kimseyle, yetkisiz memur arasında özde herhangi bir fark yoktur<sup>31</sup>.

3 — Resmî makamların ihmalinin sebep olduğu hata : Resmî makamların ihmalinin sebep olduğu hata dolayısıyla suç işlenmesi hallerinde fail, bir anlayışa göre, kanunu bilmediğini mazeret olarak ileri süremez. Çünkü kanuna uyma, yahut emirlerini yerine getirmeyi denetlemekle görevli resmî makamlara, kanunu tadil veya ilga konusunda herhangi bir yetki verilmemiştir<sup>32</sup>. Başka bir anlayış resmî makamların ihmalinin sebep olduğu hata dolayısıyla suç

---

<sup>30</sup> Türk hukuk uygulamasında, Yargıtay kararlarının sistematik bir yayımı gerçekleştirilmiş olmadığından konumuzla ilgili bir karara rastlamak (bir tanesi hariç, bkz. dip not 15) mümkün olamamıştır.

İtalyan Yüksek Mahkemesi bazı kararlarında; resmî bir memur veya idarenin organları tarafından açıklanan bir kanaat veya verilen bir güvencenin sebep olduğu kanunun yanlış yorumu hallerinde, iyi niyetin mazeret sebebi sayılacağını kabul etmiştir : Cass. 29 novembre 1939, In «Giust. Pen.». 1941, II, 207; en son olarak aksi yönde. Cass. 24 marzo 1955, In «Giust. pen.» 1955, II, 818, 731.

Son zamanlarda İtalyan Yüksek Mahkemesi gerici (involuzione) bir tutum içine girmiştir: Cass. 12 giugno 1961. In (Cassorione penale. Massimo annotato, Milano) Mas. pen. 1961. m. 1822; İd. 25 febbraio 1956, In «guist. pen. 1956, II, 752; İd. marzo 1956, ivi; 1957, II, 680, 711. Zikreden Antolisei, AGE., PG., s. 309 ve dip not 88, 89, 89 bis.

Erem de, aşağı yukarı aynı konularda, iyi niyetin bir mazeret sebebi sayılacağı yargısındadır. «Yanlış trafik işaretlerinin sebep olduğu hatalarda mazeret kabul edilmelidir» Erem, AGE. GH. C. I, s. 111 ve dip not 20.

<sup>31</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 38.

<sup>32</sup> Manzini, AGE. V. 2, s. 38 dip not 8.

işlenmesi hallerinde, failin mazur görülebileceği eğilimi içindedir<sup>33</sup>. Uygulamada da bu konuda bir birlik sağlanamamıştır<sup>34</sup>.

4 — Devletin yetkili makam veya memurunun davranışları sonucu Ceza Kanunundan gayri kanunları bilmeme : TCK. 44. maddesi hükmü, sadece Ceza Kanununu bilmemeyi değil, ceza kanunlarından gayri kanunları bilmemeyi de kapsamaktadır<sup>35</sup>. Ceza Kanunundan gayri kanunları bilmeme, resmî makam ve mercilerin tutumları sonucu ortaya çıkabilir. Fail, acaba bu halde, fiilinden sorumlu olacak mıdır?

Bir kanun veya tüzük hükmü yahut işgal edilen makamın bir gereği olarak resmî makam veya memurların görevleri alanına giren konularda, önlerine gelen bir idarî işlem dolayısıyla beyanda bulunmaları, işlemin muhatabını hukukî bilmeme durumuna sokup sonuçta bir ceza normunun ihlâlini sağlıyorsa, kendisine isnadı mümkün bir kusurla resmî makam veya memuru hataya düşürmüş olmadıkça failin (muhatabın), fiilinden sorumlu olmaması gerekir<sup>36</sup>. Bu esas, hukukumuz bakımından benimsenebilir, yeter ki «Ceza Kanunu» ibaresinden neyin anlaşılacağı açıklanabilsin<sup>37</sup>. Özel, idare, usul (v.s.) hukuklarına dahil olmakla birlikte, bazı ceza norm-

<sup>33</sup> Antolisei, AGE. PG. s. 309; dipnot 88: «Cass. «Cass 10 Giugno 1936, In Foro It. 1937, II, 57. Contra: Cass 11 giugno 1957 In giust. pen. 1957, II, 900, 997» «Emniyet ve adalet makamlarının gözü önünde pek uzun süre devam etmiş, müsamahalardan faydalanmış programlarda bunların suç sayılmadığı kanısının uyanmadığını iddia etmek kolay değildir» Erem, AGE. GH. C.I. s. 1111.

<sup>34</sup> Bkz. İtalyan Yargıtayının lehte kararları: Cass. 10. giugno 1936, In «Foro It. 1937, II, 57 (zikreden Antolisei, AGE. PG. s. 309, dipnot 88); aleyhtekiler: Cass. 7. giugno 1920 (Riv. pen. XCIV, 266): «Kanuna aykırı bir fiilin hoş görülmesi, özellikle kabahatlerde, suçun manevî unsurunu kaldırmaz»; Id. 14 ottobre 1953, In «Giust. Pen. 1954, II, 315; Cass 30 ottobre 1930, in «Riv. It. dir. pen. 1930, 37; Id. 12 Giugno 1925, in «Riv. pen. C. III, 19; 26 gennaio 1956, In «Giust. Pen. 1956, II, 483, zikreden, Manzini, AGE. V. 2. s. 38 dipnot 8 - 9.

<sup>35</sup> Erman, AGM. s. 532; Erem, AGE. GH. C. I, § 31; Aksi görüş: Dönmezer - Erman, AGE. UK. 1965, s. 204 «... hükmün tatbik edilebilmesi için bizzatihi ceza müeyyidesi taşıyan kanunları (ceza kanunlarını) ve cezaî müeyyide ile himaye edilen kanunları bilmemenin mazeret sayılması lazımdır».

<sup>36</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 38, 39, 40; Erman, AGM. s. 526 «sözü geçen memurlar kanunen fertlere kavanin ve nizamata hakkında izahat vermek vazifesiyle mükellefseler, bu izahata uygun bir surette hareket eden ferdin cezaî mesuliyeti olmamak iktiza eder».

<sup>37</sup> Bkz. Erman, AGM. § 3.

larının zorunlu bir önşartı olan ve onlarla birlikte bir bütün teşkil eden, yani normda hüküm bölümünü şu veya bu biçimde belirleyen normlar, ceza kanunlarında sayılmayacak kadar çoktur. Bunlar, ceza kanunlarından gayri kanunlarda yer almış olmalarına rağmen, genellikle, ceza kanunları kavramı dışında düşünülmemektedirler. Bu nedenle, söz konusu kanunlarla ilgili hukukî bilmeme, tıpkı Ceza Kanununu bilmemekte olduğu gibi, mazeret sayılmamalıdır<sup>38</sup>. Ancak, bu tür bir bilmeme, resmî makam veya memurun görevleri gereği, somut bir olay hakkındaki beyanları sonucu ortaya çıkmışsa, durum ne olacaktır? Yukarıda da belirtildiği gibi, yetkili resmî bir makam veya memurdan aldığı bilgiye dayanarak hareket eden bir kimsenin hukukî bilmemesi, her halde mazur görülmemektedir, çünkü, normun hüküm kısmının muhtevasını belirleyen kanunların yorumu, devletin resmî bir makam tarafından yapılmıştır ve bu makamın uygulamakla yükümlü olduğu kanunları bilmesi asıldır<sup>39</sup>.

CK. 44. maddesi hükmü karşısında ceza normlarını, konumuzla ilgili olarak tecrim edici normları birinci dereceden tamamlayan normlar, yani her suç için genellikle ortak olup ceza kanunlarının çok zaman genel hükümleri bölümünde yer alan normlar ve tali normlar olarak ayrılabilirler<sup>40</sup>. Bu sonuncular, genel olmayıp, sadece tecrim edici münferit bazı normların hükmü bölümünün muhtevasını tayin ederler. CK. nun 44. maddesi hükmü kanunlar arasında bir ayırım yapmadığına ve kaynak kanundan farklı bir düzenleme getirdiğine göre<sup>40a</sup>, ceza kanunlarından gayri kanunlar ibaresinden öteki normlar (= legge extra penale) yanında, tecrim edici normları bütünleyen asli ceza normları dışında kalan normları anlamakta bir sakınca yoktur. Zira Ceza Kanunundan gayri kanunu bilmemenin, şartları varsa, fiili hataya müncer olacağı artık herkesçe kabul edilmektedir<sup>41</sup>. Durum bu olduğuna göre, CK. nun 44. maddesi hükmü karşısında, söz konusu tali ceza normlarının<sup>41a</sup>

<sup>38</sup> Antolisei, AGE. PG. s. 314; Bk. aksi görüş Erem, AGE. GH. C. I. s. 114.

<sup>39</sup> «Zira bu gibi hallerde şahıs resmî makamların şüursuz bir aleti haline girmiş olur» Dönmezer - Erman, AGE. 1965, UK. s. 204.

<sup>40</sup> Karşılaştırınız, Erem, AGE. GH. C. I. s. 114.

<sup>40a</sup> Bkz. Dipnot 35.

<sup>40b</sup> Bu normlar, atıf, tanım, uygulama vb. normlar olabileceği gibi tecrimle ilgili bir davranışı düzenleyen normlar da olabilirler.

<sup>41</sup> Erem, AGE. GH. C. I, s. 114. «... diğer kanunları bilmemenin «fiili hata» olarak kabulü yolundaki anlayışa bağlı kalmak doğru olur».

(atıf normları olabileceği gibi, tecrimle ilgili bir davranışı düzenleyen normlar da olabilir), faile atfı mümkün olmayan bir sebepten dolayı bilinmemesi halinde, Ceza Kanunundan gayri kanunları bilmemede olduğu gibi, fiilî hata yolundan yararlanılarak, faili mazur görmek, mümkün olacaktır. Kaldı ki, Yargıtay sözünü ettiğimiz bir kararıyla, kanunu öğrenme görevini olağanüstü bir imkânsızlık nedeniyle yerine getirememeyi mazeret sayarak CK. nun 44. maddesi hükmünün mutlaklığını giderdiğine ve doktrinde de bu konuda görüş birliği olduğuna göre, aynı biçimde davranarak, talî ceza normunun yanlış yorumunun yetkili makam ve memurun resmî beyanına dayandığı hallerde, özü itibariyle aynı imkânsızlığı görüp, hukukî bilmemenin fiilî hataya müncer olacağını kabul etmek bir çelişki sayılmamak gerekir<sup>41b</sup>.

#### IV

### İDARENİN CEZÂİ DÜZENLEME YETKİSİ

#### 1. Açık Norm ve Cezâî Sorumluluğun Esası

a) Genel olarak : Bir ceza normu, kural olarak, iki öğeden oluşmuştur : Hüküm ve müeyyide. Hüküm, belli bir davranışta bulunmayı, yani belli bir şeyi yapmama veya belli bir davranışı yapmayı emreder. Müeyyide, hükmün ihlâline bağlanmış olan hukukî sonuçtur<sup>42</sup>. Aslolan, bu iki kurucu öğenin, aynı kanun hükmünde yer almasıdır. Ama bunların, çok zaman, başka başka kanunlarda, birbirinden ayrı olarak bulunduğu gözlenebilir. Bu haldeki norma, doktrinde, noksan (imperfetta) norm denilmektedir. Bundan ayrı olarak, eğer bir normda müeyyide kesin olarak belirlenmiş ve fakat hüküm ileride başka bir muameleyle doldurulacak genel çerçeve şeklinde verilmişse, norm, doktrindeki ifadesiyle artık bir açık ceza normudur<sup>43, 44</sup>.

<sup>41a</sup> Vergi Usul Kanununun 369. maddesi hükmü, yetkili makamlarca mükellefe yazıyla yalnız bilgi verilmesi halinde, mükellefin kusur veya usulsüzlük cezalarını gerektiren fiilinin mazur görüleceğini öngörmektedir. Bkz. vergi cezalarının niteliği hakkında: Çağan, Türk hukukunda, vergi cezalarının affı, AÜHFD. C. XXIX, s. 1-2, s. 112 vd.

<sup>42</sup> Antolisei, AGE. PG. s. 30.

<sup>43</sup> Bkz. Leone, Le norme penali in bianco, In «Scritti teorico - pratici sulla nuova legislazione pelane Italiano, 1932; Albani, Riserva di legge, regola-

b) Açık ceza normunun mahiyeti : Bir görüş açık ceza normunda bir hükmün bulunmadığı kanaatindedir<sup>45</sup>. Buna karşılık başka bir görüş onda da, öteki ceza normlarında olduğu gibi, bir hükmün bulunduğunu ve bu hükmün kendine özgü bir hüküm olduğunu, öteki normlara kıyasla, sadece aktüellik - somutluk niteliğinin bulunmadığını ileri sürmektedir<sup>46</sup>. Konunun tartışılması, araştırmamızın sınırlarını aştığından, üzerinde durulmayacaktır.

c) Sorumluluğun esası : Bir anlayış, açık normlarda, sorumluluğun esasını, idarenin tanzimi tasarruflarının açık hükmü doldurarak kanun yerine geçmesinde bulmaktadır. Böylece kanun yerine geçen tanzimi tasarruf, bu anlayışta, kanunların tabi olduğu hükümlere tabi olmaktadır<sup>47</sup>. Başka bir anlayış, buna karşılık, tanzimi tasarruflar ve idarenin koyduğu öteki kuralların suçun ön şartı veya konusunu oluşturduğunu, bu nedenle de, asla kanun yerine geçemeyeceğini ileri sürmektedir. O halde, tanzimi tasarruflar bu anlayışta kanunların tabi olduğu hükümlere tabi olmamaktadırlar<sup>48</sup>.

---

mento, norma penale in bianco, In «Riv. it. di. dir. e. proc. pen., 1959 s. 762; Petrocelli, norma penale e regolamento, In «Riv. it. di. dir. e. proc. pen. 1959, s. 369 vd.; Capalozza, Le norme penali in binaco nella dottrina dell'errore, In «Riv. it. di. dir. e. proc. pen.», 1936; Tosun, Yürütme organlarının koyduğu kaidelere aykırılıkların cezalandırılması, İHFM. C. XXVIII, s. 349; Dönmezer, İcranın tanzim tasarruflarıyla suç ihtası, İHFM. C. XXVIII, s. 1; Gölcüklü, «İdarî ceza hukuku» ve anlamı - icarenin cezai müeyyide tatbiki, SBF. C. XVIII, No. 1.

<sup>44</sup> «Norme penali in bianco»nun karşılığı olarak «açık ceza normları» deyimini ni kullanacağız. Bkz. Tosun, AGM. s. 362.

<sup>45</sup> Bkz. Albani, AGM. § 10.

<sup>46</sup> Leone, AGM. s. 24; Antolisei, AGE. PG. s. 32; karşı görüş, Zuccalà, L'infedeltà nel diritto penale, Padova, 1961, s. 50 - 51.

<sup>47</sup> Manzini, AGE. C. 1. n. 111, C. 2, s. 38 vd; Antolisei, AGE. PG. s. 315, n. 17; İtalyan Yargıtayının yerleşmiş içtihatlarına göre (hükümetin usulüne uygun neşir ve ilân ettiği) fiat listeleri hakkındaki bilmeme mazeret sayılmamıştır (Antolisei, AGE. PG. s. 315 ve dipnot 94); Tosun, AGM. s. 364 vd.

<sup>48</sup> Petrocelli, AGM. 376, 377: «Tanzimi tasarrufun muhtevasını teşkil eden davranış kuralı (= la regola di condotta), ceza normunun işleyebilmesi için, maddî olayın sadece bir ön şartını teşkil eder, yoksa, normun bir unsuru değildir; Albani, AGM. § 12 - 13; Delitala, Il fatto nella teoria generale del reato, CEDAM, 1930, s. 193.

## 2. CK. 44. Maddenin Hükümü ve Tanzimi Tasarruflarla Suç Koyma

a) CK. 44. maddesi hükümünün niteliği : Aksi düşünülmele birlikte, hukuk normunun özelliğinin onun emriliği oluşu görüşü bugün de geçerlidir<sup>49</sup>. Bir emrin yerine getirilebilmesi veya yerine getirilmesinin istenebilmesi o emrin muhatabı tarafından bilinmesini zorunlu kılmaktadır. Şu halde muhatabın, kendisine izafe edebilecek bir kusur olmadıkça, hukukî bilmemeden doğan sorumluluğu da yüklenmemesi gerekir. Aksini düşünmek, her halde, hukukun iradiliğini inkâr etmek olur.

Ancak hukukun iradiliği yanında, toplum olmanın bir sonucu olarak hukukun herkes için mecburiliğini de kabul etmek mutlak bir zorunluluk olmaktadır. Bunu sağlamak için de bir yol bulmak gerekmiştir : O da, «Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz» ilkesidir. Ne var ki, iş bununla da bitmemektedir. Kanunların herkes tarafından bilinmesi, acaba nasıl sağlanacaktır. Bu yol da bulunmuş; böylece, «kanunların neşir ve ilân ilkesi» ortaya atılmıştır : Kanun, «neşir ve ilân» edilmekle, bilinmiş sayılır.

Kanunun herkesçe bilinmesi yükümü, siyasal nitelikteki<sup>50</sup> temel bir hükümdür: Temel hükümler, bir hukuk sisteminin üzerine oturduğu mutlak esaslardır. Bunlar olağan olarak Anayasa metinlerinde yer alabileceği gibi, Anayasa dışındaki kanunlarda da yer alabilirler. Buldukları yer, söz konusu hükümlerin kurucu niteliğini bozmaz. Bükülmez Anayasalar ilkesi; temel normların konulması, mahiyet ve sınırlarıyla değil, iktidarın sınırlandırılması sorunuyla ilgilidir<sup>51</sup>.

Anayasamızın da kabul etmiş olduğu «demokratik -sosyal hukuk devleti» anlayışında, Devletin toplum hayatına karışması ve

<sup>49</sup> Bk. Babbio, Teoria della norma giuridica, Torino, 1958; Garilli, Appunti su alcuni problemi della norma giuridica, Milano, 1959; Thon, Norma giuridica e diritto soggettivo, Padova, 1951; Battaglini, Sul volere imperativo delle norme giuridiche, Perugia, 1911; Binding, Compendio di diritto penale, Roma, 1927; Massari, La norma penale, S. Maria, C. V. 1913. Bu konuda yazılmış birçok eserden belli başlı bir kaçını zikretmekle yetiniyoruz.

<sup>50</sup> Değişik açıdan aynı sonuç için: Antolisei, AGE. PG. s. 307.

<sup>51</sup> Bkz. Grisafulli, Lezioni di diritto costituzionale, Vol I, Padova, 1962 § 10. s. 99, § 11. s. 104, § 4-5. s. 198.

onu gütmesi, bir yandan ceza hükmü taşıyan özel kanunların sayısını artırırken, öte yandan idarenin tanzim tasarrufu yetkisini, giderek sınırsızlaştırmıştır. CK. 44. maddesi hükmünün konulduğu tarihî dönem; bugün, içinde bulunduğumuz tarihî dönem değildir : O zaman bireyci - kapitalist hukuk doktrinleri açısından yorumlanan bir hüküm, bugün demokratik - toplumsal hukuk doktrinleri açısından ele alınıp yorumlanacaktır. Artık, ceza hükmü taşıyan özel kanunlar ve tanzimi tasarrufların çığ gibi büyüdüğü, çoğulcu devletlerin egemen olduğu bir dönemde, sadece neşir ve ilânla kanunun herkes tarafından bilinebileceğini farzetmek çağımızın hukuk gerçeklerine ters düşer<sup>52</sup>. O halde, bu konuda, ne yapılabilir. Yapılacak şey, kanunun herkes tarafından bilinmesi zorunluluğunun mutlaklığının, hiç olmazsa, idarenin tanzim tasarrufları yönünden yumuşatılması yollarının aranmasıdır: Bir zorunluluk sonucu doğan siyasî nitelikteki bir hükmün, içinde bulunduğumuz hukuk düzeninin ortaya koyduğu öteki bir zorunluluk nedeniyle, yeniden gözden geçirilmesi eşyanın tabiatı icabıdır.

b) Tanzimi tasarruflarda cezaî sorumluluk : Gerek tanzimi tasarrufların kanun yerine geçtiği görüşünde olanlar, gerek tanzimî tasarrufları suçun bir ön şartı veya konusu olarak benimseyenler, bu sonuçlara, pozitif hukukta buldukları belli bir dayanaktan giderek değil, akıl yürütme suretiyle varmaktadırlar. Öte yandan, görüşünde haklı çıkmak isteyen her iki gruptan biri, hukukî bilmemeyi mazeret saymayan mahkeme kararlarına dayanırken<sup>53</sup>; öteki, söz konusu kararların eleştirisine dayanmak istemektedir<sup>54</sup>.

Tanzimi tasarrufların kanun yerine geçtiği konusunda pozitif hukukumuzda her hangi bir dayanak olmadığına göre; bir yandan kanunun herkesçe bilinmesi zorunluluğunu, öte yandan bu çağın hukuk gerçekleri ve hukukun giderek teknikleşmesini göz önüne alarak ortalama bir yol, ancak tanzimi tasarrufların suçun bir ön şartı veya konusunu teşkil ettiği anlayışı benimsemekle bulunabilir.

<sup>52</sup> Antolisei, AGE. PG. s. 307: «Özellikle günümüzde, ceza hükümleri o kadar çok değişiyor ki, meslekten olanların dahi onları tam ve doğru olarak bilmeleri mümkün değildir».

<sup>53</sup> Antolisei, AGE. PG. s. 315; Tosun, AGM. s. 364; «Tanzimî tasarruflarla suç ihtası ve bunlar hakkında tatbiki gereken hükümlerin ne olduğu doktrinde değilse de, yıllar yılı devam edegelen tatbikatta artık tebellür etmiştir.. Tatbikatta tanzimi tasarrufları bilmeyen kimselerin bu bilmemelerine ehemiyet vermediği, bunun bir mazeret sayılmadığı görülmektedir».

<sup>54</sup> Petrocelli, AGM. 376, 377; Albani, AGM. § 12 - 13.

Tanzimi tasarruf, bir suçun ön şartı veya konusunu teşkil ettiğinde; fail, tanzimi tasarrufu öğrenme konusunda kendisine atfı mümkün bir kusur olmadıkça, fiilinden ötürü, kusurluluğun yokluğu nedeniyle, sorumlu olmayacaktır<sup>55</sup>. Varılan sonuçtan korkmamak gerekir, çünkü suçun maddî unsurunu teşkil eden unsurlardan birinin bilinmemesi halinde ortaya çıkan durum neyse, fiilî hataya benzetilebilecek bir hukukî bilmeme de, hemen hemen aynı şeydir. Zaten, önce de belirtildiği gibi, mutlak öğrenme imkânsızlığı olduğu hallerde, hukuku bilme yükümünün yerine getirilememesinin mazur görülebileceği kabul edilmişti. Bu duruma göre, biz, görüşümüzle CK. 44. maddesinde öngörülen ilkeye esaslı bir istisna getirmiyoruz. Yapılan şey, daha önce genellikle benimsenen bir görüşün özünü aynen bırakıp, muhteva ve sınırlarında biraz değişiklik yaparak, tanzimi tasarruflara uygulamaktan ibarettir.

### 3. Tanzimî Tasarrufların Hukuka Aykırılığı ve İdarî İşlemlerin Savsaması Yahut Yerine Getirilmesinin Sebep Olduğu Bilmeme - Hata

a) Genel olarak: Bilmeme - hata idarenin hukuka aykırı bir tanzimi tasarrufunun sonucu olarak ortaya çıkabileceği gibi, idarî işlemler veya idarî fiiller dolayısıyla de ortaya çıkabilir. İşlemlerle idarenin bir kanun hükmünü tadil veya ilga edemeyeceği, bunun sonucu olarak, hukukî bilmemenin mazeret sayılamayacağı bir ilke olmakla birlikte<sup>56</sup>; açık bir normu doldururken hukukî bilmemenin münhasıran idareye atfedilebileceği durumlarda, failin açık normu ihlâl eden fiilinden ötürü sorumluluğu söz konusu olmamak gerekir. Çünkü, failin nesnel olarak hukuka aykırı görülen fiilinin, iradesine nisbetle, tamamen arızî olduğu görülür<sup>57</sup> ve sonunda her halde fiilî hataya müncer olur.

b) Hukuka aykırı tanzimî tasarrufların sebep olduğu hukukî bilmeme ve hata : İdarenin yetkisine dayanarak ;ıkarıp yürürlüğe koyduğu hukuka aykırı<sup>58</sup> bir tanzimî tasarruf, aslında hukuka

<sup>55</sup> Bu sonuca Fransız doktrinin de, pek bilinçli olmamakla birlikte, vardığı görülmektedir. Zikreden Tosun, AGM. s. 363, dipnot 27; Petrocelli, AGM. 376, 379; Albani, § 16.

<sup>56</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 37.

<sup>57</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 39.

<sup>58</sup> Hukuka aykırılık şekil yönünden olabileceği gibi konu yönünden de olabilir. Tanzimi tasarruflar için bk. Tosun, AGM. s. 352 - 361.

aykırı bir fiilin hukuka uygunluğu konusunda fertleri hataya sürükleyebilir. Burada hukukî bilmeme yani fiilin suç teşkil ettiğini bilmeme, bir tanzimî tasarruf sonucu ortaya çıktığından; fiilî nesnel olarak *ceza genel hukukunun* bir hükmüne aykırı da olsa, fail kusurlu olmadığından, fiilinden ötürü sorumlu tutulamaz<sup>59</sup>. Çünkü, idarece neşir ve ilân edilen bir tanzimi tasarrufun kanuna uygun olup olmadığını denetlemek görev ve yükümlülüğü fertlere tanınmamıştır<sup>60</sup>.

İtalyan Yargıtayı bazı hayvanların öldürülebileceğini öngören yöresel idarenin bir tanzimî tasarrufuna uyarak, başkalarının hayvanlarını öldüren bir kimsenin, fiilî nesnel olarak CK'nun 638. maddesi<sup>61</sup> hükmünün bir ihlâli olduğu halde, sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir<sup>62</sup>.

c) İdarî muamelelerin savsaması yahut yerine getirilmesinin sebep olduğu bilmeme ve hata : Özel kanunlarda yer alan bir çok tecrim edici açık normun, bir tanzimî tasarrufla değil de, çok zaman, olayına münhasır kalmak üzere bazı idarî muamelelerle (örneğin izin, ruhsat, kararname, lisans v.s.) doldurulduğu görülmektedir. Bu tür açık normlarda; fiilin, genellikle, suç sayılabilmesi için mutlaka bir «menfî şartın» yerine getirilmemesi gerekir. Menfî şart, çok zaman, yetkili makamca usulüne uygun verilen resmî bir belgedir (ruhsat, lisans v.b.). Şimdi; açık normda öngörülen menfî şartı usulüne uygun olarak yerine getiren bir kimse; onun hukuka aykırılığı sonucu, fiilinin bir suç teşkil etmesi halinde, acaba hukukî bilmemeden ötürü sorumlu olacak mıdır. Cevap olumsuz olmak gerekir: İdarî işlemin yapılmasında kendine atfı mümkün bir kusur söz konusu olmadıkça, fail, fiilinden ötürü sorumlu olmayacaktır. Çünkü, bu tür normlarda, menfî şartı teşkil eden idarî muameleyi hukuka uygun düzenlemek, idarenin yasal bir görevidir<sup>63</sup>. Bu-

<sup>59</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 40; Erman, AGE. s. 527.

<sup>60</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 40; Erman, AGM. s. 527: Konusu yönünden olduğu gibi, şekil yönünden de bir tanzimî tasarrufun hukuka uygun olup olmadığını denetlemek, bize göre, fertlerin yetkisi dışındadır. Onların araştırma ile yükümlü olabilecekleri husus, sadece, tanzimi tasarrufun resmî bir makam tarafından neşir ve ilân edilip edilmediğidir.

<sup>61</sup> YICK. 638. maddesi, 1889 tarihli İCK'nun 429, TCK'nun 521. maddesi karşılığı olmaktadır.

<sup>62</sup> Cass. 25 Settenbre 1905, In «Riv. Pen.» LXIII. s. 28. Zikreden Manzini, AGE. V. 2. s. 40, kararlar için bkz. dipnot 16, 17.

<sup>63</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 39.

nun bir sonucu olarak, iradesine atfı mümkün olmayan tamamen arızî bir sebebin ortaya çıkardığı objektif olarak hukuka aykırı bir fiilinden ötürü, faili, elbette sorumlu olmayacaktır<sup>64</sup>. Varılan bu sonucu, genellikle uygulama da doğrulamaktadır<sup>65</sup>.

Ceza normları, görüldüğü gibi, hangi kanunda yer alırlarsa alınsınlar, idarî işlemlerle ilişkileri yönünden ikiye ayrılabilirler: İdarî bir işlemle doldurulan, yahut idarî bir işlemi öngören ceza normları ve bağımsız ceza normları. Birinci kümeden olan ceza normlarını inceledik. Şimdi kısaca ikinciler üzerinde duralım: Bağımsız (= müstakil) ceza normları idarî işlemlerle şu yahut bu biçimde bağımlı olmadıklarından, haklarındaki bilmeme, ona kim ne biçimde sebep olursa olsun, CK. 44. maddesi hükmü karşısında mazeret sayılamaz. Çünkü, kanunu bilmemek, idare de dahil, herkes için mutlak bir görevdir ve demokratik bir hukuk devletinde idareye, kanunlar üzerinde her hangi bir tasarruf hakkı tanınmış değildir.<sup>66</sup>

## S O N U Ç

Bilmeme - hata iradenin bir şey hakkındaki oluşumuyla ilgili olduğundan, esaslı olduğundan, suçun manevî unsuru üzerine etki ederek onun doğumunu önler.

<sup>64</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 39. İtalyan Yargıtayı: «yetkili belediye başkanının açık iznine dayanarak hareket eden sanıkların fiilleri suç teşkil etmez» Cass. 3 Maggio 1929, In, Riv. Ital. dir. pen, 1929, 699. Zikreden, Manzini, AGE. V. 2. s. 39 dipnot 11.

<sup>65</sup> Konumuzla ilgili olarak Türk Yargıtayı kararlarını bulmak mümkün olmadı. İtalyan Yargıtayının bu konudaki bir kaç kararı: Cass. 5 Aprile 1922 (Riv. pen. XCVI, 524): Umuma açık bir oyunun icrasına idarece muhter olmayan bir izin verilmişse, yönetici bir kabahat suçundan ötürü sorumlu tutulamaz; Cass. 21 dicembre 1928 (Riv. Ital. dir. Pen. 1929, 349); İhtarname keşidesinin zorunlu olduğu hallerde ilgili idarece uyarılmamışsa, mesleki faaliyetini icra etmekte direnen kimse her hangi bir suçu işlemiş olmaz; Cass. 21 Giugno 1904 (Riv. pen. LXI, 573), 10 Marzo 1904 (Riv. pen. LX, 63): Belediye başkanı orman bölgesi olarak tescil edilen araziyi duyurmayı ihmal etmişse, tescilden bilgisi olamayacağı farz edilen kimseler, bilgisizlikleri nedeniyle ormana tescilli araziyi işlemiş olduklarında, fiillerinden ötürü sorumlu olmazlar.

Aksi yönde: Cass. 21. Genneio 1927 (Riv. pen. CV, 521): Kanunun cezası vermediği iane ve sadaka toplama, idarenin izniyle meşru hale gelmez.

<sup>66</sup> Manzini, AGE. V. 2. s. 37, 38 - V. 1. s. 190 n. 107.

Hukukî bilmeme, CK. nun 44. maddesince, mazeret sayılmamıştır. Ancak bilme yükümlülüğünün yerine getirilmesinde mutlak imkânsızlığın bulunması halinde, hukukî bilmemenin mazeret sayılacağı, gerek uygulamada ve gerekse doktrinde oybirliğiyle kabul edilmektedir. Böylece, siyasal nitelikteki kurucu ceza normunun katı anlamı kaybolmuş, buna bağlı olarak da, uygulama alanı daralmıştır.

Ceza Kanunumuz her ne kadar hukukî bilmeme konusunda kanunlar arasında her hangi bir ayırım yapmamaktaysa da, kanunu öğrenme görevinin yerine getirilmesinin mümkün olmadığı hallerde, Ceza Kanunundan gayri kanunu bilmemenin mazeret sayılması mümkündür, çünkü bu tür bilmeme, sonunda genellikle fiilî hataya müncer olmaktadır. Ancak açık normlar söz konusu olduğunda, günümüzün de gereklerine uygun olarak, tanzimi tasarrufların bilinmemesi, diğer şartlar da varsa, tabii mazeret sayılabilir. O şartla ki, bu tasarruflar, ceza normunun konusu veya ön şartı sayılabilsinler.

Özetlersek : Ceza normlarının idarî bir muamele veya tanzimi bir tasarrufla doldurulmasının söz konusu olmadığı hallerde, öğrenme yükümünün yerine getirilmesinde mutlak imkânsızlık olmadıkça, CK. nun 44. maddesi hükmü mutlaktır. Bunun dışındaki durumlarda, yani idarî bir muamele veya tanzimi tasarrufla doldurulan açık normlarda, hukukî bilmeme muhataba atfı mümkün olmayan bir sebepten dolayı ortaya çıkmaktaysa, CK. nun 44. maddede hükmü de uygulanmamak gerekir.

1. The first part of the document discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions and activities. It emphasizes that proper record-keeping is essential for transparency and accountability, particularly in the context of financial reporting and auditing. The text highlights that without reliable records, it becomes difficult to verify the accuracy of financial statements and to identify any potential discrepancies or irregularities.

2. The second part of the document focuses on the role of internal controls in ensuring the integrity of financial information. It explains that internal controls are designed to prevent and detect errors and fraud, thereby safeguarding the organization's assets and ensuring the reliability of its financial data. The text notes that a robust system of internal controls is a key component of a strong corporate governance framework and is critical for maintaining the trust of investors and other stakeholders.

3. The third part of the document addresses the challenges associated with implementing and maintaining effective internal controls. It identifies common obstacles such as limited resources, lack of employee awareness, and changing business environments. The text suggests that organizations should regularly review and update their internal control systems to address these challenges and ensure they remain relevant and effective in the current business landscape.

4. The final part of the document provides a summary of the key points discussed and offers recommendations for organizations to improve their internal control systems. It stresses the importance of a proactive approach to internal control, where organizations continuously monitor and enhance their systems to adapt to new risks and opportunities.

## İCRA TAKİBİ KONUSU ALACAĞIN TEMLİKİ

Prof. Dr. Baki KURU

### § 1. GİRİŞ

Dava veya icra takibine konu yapılmış olan bir alacağın, dava veya icra takibi devam ederken, alacaklı tarafından bir başkasına (üçüncü kişiye) temlik edilmesi<sup>1</sup> mümkündür. Çünkü, çekişmeli olan alacaklar da temlik olunabilir.<sup>2</sup>

Burada, icra takibine konu yapılmış olan bir alacağın, icra takibi devam ederken, alacaklı tarafından bir başkasına temlik edilmesi hali<sup>3</sup>, yalnız icra hukuku bakımından inceleme konusu yapılmaktadır.<sup>4</sup>

Dava konusu yapılmış olan bir alacağın (müddeabihin), dava devam ederken, davacı (alacaklı) tarafından bir başkasına temlik edilmesi hali Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu tarafından düzenlendiği halde<sup>5</sup>, İcra ve İflâs Kanununda, icra takibine konu yapılmış olan bir alacağın, icra takibi devam ederken, alacaklı tarafından bir başkasına temlik edilmesi hali düzenlenmemiştir. Fakat

<sup>1</sup> Bakınız : Borçlar Kanunu madde 162 ve devamı.

<sup>2</sup> Bakınız ezcümle : Ferit H. Saymen - Halid K. Elbir, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1958 sayfa 338; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, İstanbul 1969, sayfa 507-508.

<sup>3</sup> Hacizli alacakların devri hali, buradaki inceleme konumuz dışında kalmaktadır (bakınız : İcra ve İflâs Kanunu madde 120; Baki Kuru, İcra Hukuku, Ankara 1965, sayfa 276 - 279).

<sup>4</sup> Dava konusu yapılmış olan bir alacağın, dava devam ederken davacı (alacaklı) tarafından bir başkasına temlik edilmesi hali için bakınız : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 186; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 3. baskı, Ankara 1974, sayfa 589 - 593.

<sup>5</sup> Bakınız : Yukarıda dip not 4.

bundan, icra takibine konu yapılmış olan bir alacağın, icra takibi sırasında bir başkasına devredilemeyeceği (temlik edilemeyeceği) sonucuna varılmamalıdır. Bilâkis, yukarıda belirtildiği gibi, icra takibine konu yapılmış olan bir (çekişmeli) alacak da başkasına temlik edilebilir.

## § 2. ALACAĞIN TEMLİKİNİN ŞEKLİ

Alacağın temlikinin yazılı şekilde yapılması gerekir (Borçlar Kanunu madde 163, fıkra I). Bu yazılı şekil, sıhhat (geçerlik) şartıdır. Uygulamada alacağın temlikini gösteren belgeye «temlikname» denilmektedir. Alacağın temlikinde yalnız alacağın devreden (eski) alacaklı borç deruhte ettiğinden, temliknamenin yalnız devreden (eski) alacaklı tarafından imzalanması yeterlidir.<sup>6</sup>

Burada, alacağın temlikinin icra dairesinde yapılması ile icra dairesi dışında yapılması hallerini ayrı ayrı incelemek gerekir.

### A) İcra dairesinde alacağın temliki

Alacaklı, alacağını bir başkasına temlik etmek istediğini icra dairesine bildirince, alacağın temliki icra tutanağına yazılır ve tutanağın altı temlik eden alacaklı ve icra memuru (veya yardımcısı veya kâtibi) tarafından imzalanır.<sup>7</sup>

Bu şekilde icra tutanağına geçirilen beyanı ile alacağın bir başkasına temlik eden (eski) alacaklıdan, binde beş damga pulu parası alınarak, damga pulunun icra tutanağının düzenlenmesi anında tutanağa yapıştırılması gerekir.<sup>8</sup>

Yukarıda görüldüğü gibi, temliknameler damga vergisine tâbi bulunduğu için, icra takibine devam edilebilmesi için (eski veya

<sup>6</sup> Bakınız : Borçlar Kanunu madde 13, fıkra I; Feyzioğlu, adı geçen eser sayfa 514; Selâhattin Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku, 3. baskı, İstanbul 1974, sayfa 199.

<sup>7</sup> Bakınız : İcra ve İflâs Kanunu madde 8, fıkra I; İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği madde 20, fıkra II. Bir misâl : «Asıl alacaklı Şerif ile davacı arasında icrada vaki temlik akdi Borçlar Kanununun 163. maddesi hükmü gereğince muteber bulunmuş olmasına...» (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 26.5.1953 gün ve 3269/2469 sayılı kararı : Yargıtay Kararları, Hukuk Bölümü, sene 1953, sayfa 195 - 196).

<sup>8</sup> Bakınız : 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu (1) sayılı Tablo, No: I, 1, a.

yeni) alacaklıdan temlik veya tahsil harcı adı altında bir harç alınmaz.

İcra dairesinin incelemesini kolaylaştırması (ve dolayısıyla icra takibinin daha çabuk sonuçlandırılmasını) sağlması bakımından, alacağın bu şekilde icra dairesinde temlik edilmesi tavsiyeye değer.

### **B) İcra dairesi dışında alacağın temlik edilmesi**

Temliknamenin mutlaka icra dairesinde düzenlenmesi şart değildir.<sup>9</sup> Temlikname noter huzurunda yapılabileceği gibi, âdi yazılı şekilde de yapılabilir. Temliknamenin âdi yazılı şekilde yapılmış olması halinde, icra memuru temliknamenin altındaki imzanın temlik eden alacaklıya ait olup olmadığını incelemek zorundadır.

Alacağın icra dairesi dışında temlik edilmesi halinde, temlikname icra dairesine verilmeden önce, icra dairesi temlik hakkında bilgi sahibi olmadığından, temlik eden (eski) alacaklının (alacağın temliki ile temliknamenin icra dairesine verilmesi arasındaki zaman içinde) yaptığı işlemler geçerlidir.<sup>10</sup>

### **§ 3. TEMLİK EDEN (ESKİ) ALACAKLININ HUKUKİ DURUMU**

Alacağını temlik etmekle, temlik eden (eski) alacaklının temlik edilen alacağa ilişkin icra takibindeki alacaklı sıfatı<sup>11</sup> kalkar. Bu nedenle, alacağın temliki icra dairesinde yapılmış ise bu andan itibaren, alacağın temliki dışarda yapılmış ise temliknamenin icra dairesine verilmesinden itibaren, eski alacaklı icra takibi ile ilgili herhangi bir işlemde bulunamaz. Az sonra görüleceği gibi, icra takibine (kaldığı yerden) devam edilmesini isteme yetkisi yalnız yeni alacaklıya aittir.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Fakat, az önce belirtildiği gibi, icra dairesinin incelemesini kolaylaştırması bakımından, alacağın temlikinin icra dairesinde yapılması tavsiyeye değer.

<sup>10</sup> Bkz. aşa. sayfa 216.

<sup>11</sup> İcra takibinde «sıfat» hakkında bakınız : Baki Kuru, İcra Hukuku, Ankara 1965, sayfa 79 - 80.

<sup>12</sup> Bakınız : Aşağıda sayfa 216-217.

Buna karşılık, alacağın temlik ile (dışarda yapılmış olan) temliknamenin icra dairesine verilmesi arasındaki zaman içinde, icra dairesi temlik hakkında bilgi sahibi olmadığından, eski alacaklının yaptığı işlemler geçerlidir.

Ancak, eski alacaklı, takip konusu alacağını temlik ettikten sonra, yeni alacaklıdan önce icra dairesine başvurup alacağından vazgeçtiğini bildirerek haczin kaldırılmasını ve satışın durdurulmasını isterse, temlik alanın hulûs ve saffetinden yararlanıp onu yanılarak kendi yararına haksız menfaat sağlamış ve böylece temlik edilen (yeni) alacaklıyı dolandırmış olur ki, eski alacaklı dolandırıcılık suçundan dolayı Türk Ceza Kanununun 503. maddesine göre cezalandırılır.<sup>13</sup>

#### § 4. TEMLİK EDİLEN (YENİ) ALACAKLININ HUKUKİ DURUMU

Yeni alacaklının icra takibine kaldığı noktadan devam edebilmesi gerekir. Çünkü, icra takibinin alacaklı değişmesine kadarki safhaları başarılı geçmiş ve eski alacaklı lehine bazı haklar doğmuş olabilir. Meselâ, takip kesinleşmiş ve borçlunun malları haczedilmiştir. Yeni alacaklı «takibe devam edemez, yeni baştan icra takibi yapmalıdır» denirse, bu arada aynı malları haczettiren bir başka alacaklı, yeni alacaklıya tekaddüm edebilir. Bu ve bunun gibi sakıncaları önlemek için, yeni alacaklının, eski alacaklının hukukî durumuna geçmesi ve takibe kaldığı yerden devam edebilmesi gerekir. Bu, cüz'î halefiyetin de tabii bir sonucudur.

Buna göre, alacaklının, icra takibi devam ederken alacağını bir başkasına (yeni alacaklıya) temlik etmesi halinde, yeni alacaklı, icra takibine kaldığı noktadan devam eder.<sup>14</sup> Esasen, eski alacaklı-

<sup>13</sup> Bakınız : Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 3.5.1965 gün ve 6/165 - 175 sayılı kararı (Ankara Barosu Dergisi 1966/5 sayfa 924; İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi 1966/71 sayfa 4905 - 4906).

<sup>14</sup> Bakınız meselâ : «Bir alacağı temlik alan kimse temlik edenin halefi olup, onun başladığı icra takibine devam edebilir» (Yargıtay İcra ve İflâs Dairesinin 12.2.1963 gün ve 1749/1817 sayılı kararı : Nazif Kurucu - Oğuz Kurucu, Gerekçeli, notlu ve içtihatlı yeni İcra ve İflâs Kanunu, ilgili diğer kanunlar, Ankara 1965, sayfa 99; Salih Tuncay - H. Orhan Demirhan, yeni ve değişik hükümleriyle İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1965, No. 199). «Alacağı kanuna uygun şekilde temellük eden, ilk alacaklının haiz oldu-

nın icra takibi sırasında elde ettiği haklar, Borçlar Kanununun 168. maddesinin 1. fıkrası anlamında «müteferri haklar»dandır.<sup>15</sup>

Yeni alacaklı, icra takibine kaldığı yerden devam eder. Meselâ borçlu ödeme emrine itiraz etmiş idi ise, yeni alacaklı, ödeme emrine itirazın kaldırılması (İİK m. 68-68a) veya iptali (İİK m. 67) yoluna başvurur. Eski alacaklı icra tetkik merciinden itirazın kaldırılmasını istemiş idi ise, yeni alacaklı onun yerine tetkik merciindeki itirazın kaldırılması işini takip eder (duruşmaya girer). Borçlu mal beyanında bulunmamış ise, yeni alacaklı borçlunun cezalandırılmasını isteyebilir.<sup>16</sup>

Alacağın temlikinden önce icra takibi kesinleşmiş ise, yeni alacaklı haciz isteyebilir; mallar haczedilmiş ise onların satışını isteyebilir v.s.

Eski alacaklının o icra takibi ile ilgili olarak açmış olduğu veya eski alacaklıya karşı açılmış olan davalara<sup>17</sup> gelince : Fikrimiz-

---

ğu bütün hakları borçluya karşı kullanabilir» (aşağıda dip not 16'da anılan 17.4.1970 günlü İcra ve İflâs Dairesi kararından). İsviçre Federal Mahkemesi de, yeni alacaklının icra takibine kaldığı yerden devam edeceği kanısındadır; bakınız meselâ : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) cilt 22 no. 109 sayfa 669; cilt IX, sayfa 353 - 356; cilt 49 III, sayfa 24 - 27; cilt 68 III, sayfa 39 - 42; cilt 91 III, sayfa 10.

<sup>15</sup> Bakınız : Hans Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 1. cilt, 2. baskı, Zürich 1967, sayfa 66; Ernst Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, sayfa 148; Kuru-İcra Hukuku sayfa 84; Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 2. baskı, İstanbul 1975, sayfa 63.

<sup>16</sup> Bakınız meselâ : «Alacağı kanuna uygun şekilde temellük eden şikâyetçi (yeni alacaklı) ilk alacaklının haiz olduğu bütün hakları borçluya karşı kullanabilir. Borçlunun süresi içinde mal beyanında bulunmamış olması sebebiyle onun da İİK'nun 347. maddesindeki şartlar dahilinde 337. maddeye göre sanığın (borçlunun) cezalandırılmasını isteme hakkı mevcuttur. Bu hal ilk alacaklının şahsına has değildir. Bu hususlar düşünülmeksizin temellük eden alacaklının şikâyet hakkı olamayacağından bahsile beraat kararı verilmesi usule, yasaya ve dosya muhtevasına aykırıdır» (Yargıtay İcra ve İflâs Dairesinin 17.4.1970 gün ve 4494/4249 sayılı kararı : Güngör Karayazgan - Behlül Varol, Tatbiki İcra ve İflâs Hukuku ve en son içtihatlar, İstanbul 1971, sayfa 370 - 371; Talih Uyar, Gereğeli - İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, cilt III, İzmir 1975, sayfa 2691 no. 25).

<sup>17</sup> Meselâ, itirazın iptali davası (İİK m. 67), borçtan kurtulma davası (İİK m. 69), menfî tespit davası (İİK m. 72), istihkak davası (İİK m. 97 - 99) gibi.

ce, icra takibine ilişkin olan bu davalar, icra takibinin ayrılmaz bir cüz'ü olduğundan, burada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 186. maddesi hükmü uygulanmaz; temlik edilen (yeni) alacaklının, temlik eden (eski) alacaklının davadaki yerini alması ve davaya kaldığı yerden itibaren yeni alacaklı tarafından (meselâ, itirazın iptal davasında, İİK m. 67) veya yeni alacaklıya karşı (meselâ borçtan kurtulma davasında, İİK m. 69) devam edilmesi gerekir.<sup>18</sup>

Alacak yalnız tahsil için temlik edilmiş ise<sup>19</sup>, alacağı temellük eden yeni alacaklı, bizzat avukat değilse, icra takibini ancak bir avukat (vekil) vasıtasıyla yürütebilir; yoksa bizzat kendisi yürütemez<sup>20</sup>. Çünkü alacağı yalnız tahsil için temellük eden yeni alacaklı, eski alacaklının bir temsilcisi (vekili) durumundadır ve icra dairesinde vekâleten iş takip etmek yetkisi de yalnız baroda yazılı avukatlara aittir (Avukatlık Kanunu madde 35, fıkra I). Avukatlık yapmak yetkisini taşımadıkları halde muvazaalı yoldan (tahsil için) alacak devralarak avukatlara ait yetkileri kullananlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile birlikte beşyüz liradan beş bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. İcra ve iflâs dâireleri, alacağı yalnız tahsil için devralmış olan bir kişinin icra takibini bizzat yürüttüğünü öğrenince, durumu Cumhuriyet Savcılığına bildirmek zorundadırlar (Avukatlık Kanunu madde 63, fıkra III ve IV).

## § 5. BORÇLUNUN HUKUKÎ DURUMU

Takip konusu alacağın temlik edilmiş olması, borçlunun hukukî durumunda bir değişiklik meydana getirmez. İcra takibine (yeni alacaklı tarafından) kaldığı yerden itibaren borçluya karşı devam edilir.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, bu halde kanton usul kanunlarındaki çözüm şeklinin uygulanacağı kanısındadır (bakınız: BGE cilt 68, III, sayfa 39-42).

<sup>19</sup> Karşılaştırınız : İİK madde 120, fıkra II.

<sup>20</sup> Karşılaştırınız : Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 3. baskı, Ankara 1974, sayfa 211 ve özellikle orada dipnot 13.

<sup>21</sup> Borçlu, alacağın temliki kendisine bildirilmeden önce borcunu iyi niyetle eski alacaklıya ödemiş ise borcundan kurtulur (Borçlar Kanunu madde 165). Bunun üzerine yeni alacaklının icra takibine devam edilmesini istemesi halinde, borçlu icra tetkik merciinden takibin iptalini isteyebilir (İİK madde 71, fıkra I).

Borçlu, temlik eden alacaklıya karşı sahip olduğu defileri (itiraz sebeplerini) temellük eden yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilir (Borçlar Kanunu madde 167). Yalnız, alacağın temlikinden önce icra takibi kesinleşmiş durumda ise, borçlunun, eski alacaklıya karşı sahip olduğu itiraz sebeplerini (ilâmsız icra prosedürü içinde) yeni alacaklıya karşı ileri sürmesine imkân yoktur. Borçlu, alacağın temlikinden önce ödeme emrine itiraz etmiş ve bu itiraz henüz kaldırılmamış durumda ise, tetkik merciindeki itirazın kaldırılması duruşmasında (eski alacaklıya karşı sahip olduğu itiraz sebeplerinden) ancak itirazında bildirmiş olduğu itiraz sebepleri ile (eski) alacaklının dayandığı senet metninden anlaşılan itiraz sebeplerini ileri sürebilir (İİK madde 62, fıkra IV ve V; madde 63). Buna karşılık, borçlu, itirazın iptali davasında (İİK m. 67) eski alacaklıya karşı sahip olduğu itiraz sebeplerini yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilir.

Borçlunun yeni alacaklıdan alacaklı olması halinde, yeni alacaklıya karşı takas def'ini ileri sürebilmesi gerekir. Bunun için şu şekilde bir ayırım yapılabilir :

Temliknamenin icra dairesine verildiği ve borçlunun bunu öğrendiği<sup>22</sup> anda borçlunun ödeme emrine itiraz süresi henüz dolmamış durumda ise, borçlu takas def'ini ödeme emrine itiraz yolu ile ileri sürebilir.

Borçlu, alacağın temlikini öğrenmeden önce ödeme emrine itiraz etmiş durumda ise, İİK madde 63 hükmü ile bağlı olmaksızın, icra tetkik merciinde (itirazın kaldırılması sırasında) takas def'ini ileri sürebilmelidir.

Borçlunun alacağın temlikini öğrendiği zaman takip kesinleşmiş durumda ise, borçlu, temlik öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde İİK madde 65'e göre gecikmiş itirazda bulunarak takas def'ini ileri sürebilmelidir.

İcra dairesi alacağın temlikinin geçerli olup olmadığını incelemek zorunda olduğundan, fikrimizce, borçlu, alacağın temlikinin geçerli olmadığını şikâyet (İİK m. 16) yolu ile ileri sürülebilir.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Az sonra göreceğimiz gibi, borçlunun itiraz, gecikmiş itiraz ve şikâyet hakkını kullanabilmesi için, alacağın temlik edildiğinin icra dairesi tarafından borçluya bildirilmesi uygun olur.

<sup>23</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, icra dairesinin temlikin geçerli olup olmadığını (basit usulle) inceleyebileceğini kabul ettiği halde, borçlunun alaca-

Bu şikâyetin süresi, alacağın temlikinin borçluya bildirildiği<sup>24</sup> tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır. Borçlu, alacağın temlikini daha önce öğrenmiş olsa bile, icra dairesinin alacağın temlikini geçerli sayıp saymayacağını bilemeyeceği için, şikâyet hakkını da kullanamaz. Fakat icra dairesinin, temlik borçluya tebliğ etmeden, temlik geçerli imiş gibi işlemlerde bulunması halinde, borçlu bu durumu öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde şikâyet yoluna başvurmalıdır.

### Ş 6. ALACAĞIN BİR KISMININ TEMLİKİ

Alacaklı, takip konusu yaptığı alacağının bir kısmını başkasına temlik ederse, yeni alacaklı ile birlikte icra takibine devam eder. Bu halde, alacağın yalnız bir kısmını temlik eden takip alacaklısı ile alacağın o kısmını temellük eden yeni alacaklı, icra takibini ihtiyarî takip arkadaşı<sup>25</sup> olarak devam ettirirler.

İsviçre Federal Mahkemesi, borçlunun mallarının haczinden sonra takip konusu alacağın bir kısmının başkasına temlik edildiği bir olayda, alacağın kısmen temlik eden alacaklı ile o kısmı temellük eden yeni alacaklının, satış talebini (İİK m. 106) birlikte yapabileceklerine ve her alacaklının kendi alacak hissesi için yalnız başına satış isteyemeyeceğine karar vermiştir.<sup>26</sup> Fikrimizce, bu halde İİK madde 107 cümle 1 hükmünü kıyasen uygulamak ve alacaklılardan her birine satış talebinde bulunmak yetkisini tanımak uygun olur.

---

ğın temlikinin geçerli olmadığına ilişkin iddiasını gecikmiş itiraz yolu ile ileri sürebileceğine karar vermektedir (bakınız ezcümle : BGE 91 III, sayfa 10 - 11; Fritzche adı geçen eser sayfa 131). Biz de daha önceki bir yazımızda bu fikre katılmıştık (bakınız : Baki Kuru, Ödeme Emrine İtiraz, Adalet Dergisi, 1961/3 - 4, sayfa 291 - 292). İcra dairesi alacağın temlikinin geçerli olup olmadığını re'sen araştırmak zorunda olduğundan, (bu fikrimizden dönerek) alacağın temlikinin geçerli olmadığına şikâyet yolu ile ileri sürülmesi gerektiği sonucuna varmış bulunmaktayız. Nitekim, icra dairesi alacağın temlikinin geçerli olmadığı kanısına vararak yeni alacaklının bu sıfatla icra takibine devam etmesini kabul etmezse, yeni alacaklının buna karşı başvuracağı yol da şikâyet yoludur.

<sup>24</sup> Bakınız : Yukarda dip not 22.

<sup>25</sup> İhtiyarî takip arkadaşlığı için bakınız : Baki Kuru, İcra Hukuku, Ankara 1965, sayfa 82.

<sup>26</sup> Bakınız : BGE 49 III sayfa 24 - 27.

Bu yazıda, genel haciz yolu ile takipte (ilâmsız haciz yolu ile takipte, İİK m. 58 vd.) takip konusu alacağın temlikini incelemiş bulunuyoruz. Bu konudaki açıklamalar, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip<sup>27</sup>, ilâmlı takip<sup>28</sup>, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip<sup>29</sup> ve iflâs yolu ile takipte<sup>30</sup> takip konusu alacağın temlik edilmesi halleri için de kıyasen geçerlidir.

---

<sup>27</sup> Bkz. İİK m. 167-170b.

<sup>28</sup> Bkz. İİK m. 32-37.

<sup>29</sup> Bkz. İİK m. 145-153.

<sup>30</sup> Bkz. İİK m. 155 vd.; m. 167, 171 vd.

# **DIE HAFTUNG DES STAATES FÜR DAS RECHTSWIDRIGE HANDELN SEINER ORGANE**

## **Bericht über die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland**

**Von Reinhard MUSSGNUMG**

o. Professor für Staats - und Verwaltungsrecht an der  
Freien Universität Berlin

### **Inhaltsübersicht**

- I. Die historischen Grundlagen des deutschen Staatshaftungsrechts
  1. Die persönliche Haftung des Beamten aufgrund des § 839 BGB
  2. Die Verlagerung der Beamtenhaftung auf den Staat
- II. Das Zusammenwirken des Art. 34 GG mit § 839 BGB
  1. Der Inhalt des Art. 34 GG
    - a) Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff des Art. 34 GG
    - b) Die Begrenzung der Staatshaftung auf das hoheitliche Beamtenhandeln
    - c) Der Ausschluss der Staatshaftung
  2. Die Konkretisierung der Staatshaftung durch § 839 BGB
    - a) Die Amtspflichtverletzung als Haftungsvoraussetzung
    - b) Die dem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht
    - c) Das Verschuldensprinzip
    - d) Die Beschränkung der Staatshaftung auf blossen Geldersatz
  3. Die Haftungsprivilegien des Staates
    - a) Das Rechtsmittel - Versäumnis (§ 839 Abs. 3 BGB)

- b) Die Subsidiarität der Staatshaftung (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB)

III. Die Ausweitung des Systems der öffentlich-rechtlichen Ersatzansprüche durch die höchstrichterliche Rechtsprechung

- 1. Das quasi - vertragliche öffentlich - rechtliche Sonderschuldverhältnis
- 2. Der enteignungsgleiche Eingriff

IV. Die Reformpläne der Bundesregierung

- 1. Die Preisgabe des Verschuldensprinzips
- 2. Die Limitierung des Ersatzanspruchs
- 3. Schadensersatz in Geld und Folgenbeseitigung durch Naturalrestitution als gleichrangige Haftungsfolgen
- 4. Die Haftung für legislatives Unrecht

*I — Die historischen Grundlagen des deutschen Staatshaftungsrechts*

1. Das deutsche Staatshaftungsrecht<sup>1</sup> zeichnet sich durch eine bunte Vielzahl diffiziler Probleme, schwer verständlicher Dis-

---

<sup>1</sup> Dieser Beitrag kann in das Staatshaftungsrecht der Bundesrepublik nur einführen. Leser, die sich gründlicher mit den Problemen der deutschen Staatshaftung beschäftigen wollen oder nach der Antwort auf Einzelfragen suchen, die ich hier nicht erörtern kann, muss ich auf die einschlägige deutsche Literatur verweisen. Das Staatshaftungsrecht wird in jedem Lehrbuch des Allgemeinen Verwaltungsrechts behandelt; empfehlenswert sind insbesondere **Ernst Forsthoff**, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. 1974, S. 558 ff., **Rüfner**, in Eichsen/Martens Allg. VerwR S. 359 ff. Umfassendere monographische Darstellungen bieten **Alfred Kayser - Julius Leiss**, Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt, 2. Aufl. 1958. (mit Ergänzungsband 1959), Fritz **Ossenbühl**, Staatshaftungsrecht, 1976 und **Bernd Bender**, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl. 1974, das derzeit umfassendste Werk auf diesem Gebiet, dessen besonderer Vorzug darin besteht, dass es sich nicht auf die Staatshaftung im engeren Sinne beschränkt, sondern sie mit dem Recht der Enteignung zu einer systematisch geordneten Einheit verbindet. Auch die **Kommentare zum Bonner Grundgesetz** und zum Bürgerlichen Gesetzbuch gehen bei Art. 34 beziehungsweise bei § 839 ausführlich auf das Staatshaftungsrecht ein. Besondere Erwähnung verdient die Zweitbearbeitung des Art. 34 GG im **Bonner Kommentar zum Grundgesetz** durch **Prodromos Dagtoglou** aus dem Jahre 1970; sie besitzt nicht nur wegen ihres Umfangs (205 Seiten), sondern auch wegen ihrer wissenschaftlichen Gründlichkeit das Gewicht einer eigenständigen Monographie. Ferner sind zu nennen: **Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein**, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1964; **Theodor Maunz - Günter Dürig - Roman Herzog**, Grundgesetz, Loseblatt - Kommentar, 4. Aufl. 1974; der Beitrag von **Karl August Bettermann** über «Die Amtshaftung» in dem Handbuch «Die Grundrechte» (hrg. von **Bettermann - Nipperdey - Scheuner**), Band III/2, 1959 sowie **Soergel - Siebert**, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3, 10. Aufl. 1969 und **J. v. Staudingers** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 10./11. Aufl. 1970. Nützlich, wenn auch mehr als erste Orientierung sind schliesslich die Kurzkomentare von **Palandt**, Bürgerliches Gesetzbuch, 33. Aufl. 1974 und **Ermann**, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 1972.

tinktionen und kurioser Eigenheiten aus. Aber das wirkt nicht weiter verwunderlich. Die Entstehungsgeschichte des deutschen Staatshaftungsrechts lässt kein anderes, besseres Ergebnis erwarten.

Bis zum Ende des 19. Jahrhunderts fand die Staatshaftung in Deutschland nur wenig Anklang. Der Gesetzgeber sah im *rechtswidrigen* Verhalten der staatlichen Beamten noch ein Handeln «*ultra vires*». Dafür treffe — so meinte man — den Staat keine Verantwortung. Denn dem Staat könne nur das *rechtmässige* Handeln seiner Organe zugerechnet werden. Von einigen partikularrechtlichen Ausnahmen abgesehen<sup>2</sup> kannte Deutschland daher keine *Staatshaftung*. Noch das BGB rechnete das fehlerhafte Verwaltungshandeln allein dem schuldigen *Beamten* persönlich zu und verpflichtete allein ihn zum Schadensersatz. § 839 BGB kleidete das in die Worte :

«Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.»

Das heisst : Für die Fehler seiner Beamten haftet nicht der Staat mit seinen Haushaltseinnahmen, sondern die schuldigen Beamten mit ihrem Privatvermögen.

2. Unmittelbar nach der Jahrhundertwende setzte sich aber doch allenthalben die Erkenntnis durch, dass sich der moderne Staat von der Verantwortung für die Fehler seiner Verwaltung nicht einfach dispensieren und die Geschädigten an seine (meist vermögenslosen) Beamten verweisen darf. Deshalb ging zunächst Preussen im Jahre 1908<sup>3</sup> und einige Monate später auch das Deutsche Reich<sup>4</sup> von der *Beamtenhaftung* zur *Staatshaftung* über. Aber sie machten sich das sehr leicht. Statt die vielen Unterschiede sorgfältig zu durchdenken, in denen sich die Beamtenhaftung

<sup>2</sup> Wegen der Einzelheiten vgl. **Bender**, *ibid.* (Fussnote 1), S. 144 f.

<sup>3</sup> Durch das «Gesetz über die Haftung des Staats für Amtspflichtverletzungen von Beamten» vom 1.8.1909 (Preussische Gesetzsammlung 1909, S. 691); abgedruckt bei **E. R. Huber**, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 2, 1964, S. 379 f.

<sup>4</sup> Durch das «Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten» vom 22.5.1910, Reichsgesetzblatt 1910, S. 978; ebenfalls abgedruckt bei **E. R. Huber**, *ibid.*, S. 380.

rechtsdogmatisch wie rechtspolitisch von der Staatshaftung unterscheidet verknüpften sie einfach beides miteinander und liessen es in ihren Staatshaftungsgesetzen bei dem Satz bewenden :

«Die im § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmte Verantwortlichkeit (trifft) *an Stelle des Beamten den Staat.*»

Dieser Satz beliess den § 839 BGB in seinem Kern unverändert weiter in Geltung. Er modifizierte diese Vorschrift nur insoweit, als er die Ersatzpflichten, die bis dahin dem einzelnen Beamten zur Last fielen, nunmehr auf den Staat verlagerte. Die Beamtenhaftung wurde also mit anderen Worten aufgehoben und zugleich dennoch beibehalten. Im Ergebnis hat der Gesetzgeber zwar die Beamten aus ihrer persönlichen Haftung entlassen und an ihrer Stelle den Staat haftbar gemacht. Aber die neue *Staatshaftung* blieb nach wie vor auf das engste mit der alten *Beamtenhaftung* verkoppelt. Die Staatshaftung wurde - so sagt es der deutsche Juristenjargon - an die Beamtenhaftung des § 839 BGB *«angeseilt»*.

Daran hat sich seit 1909 nichts mehr gewandelt. Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 mass zwar der Staatshaftung so viel Bedeutung bei, dass sie ihr in ihrem Art. 131 Verfassungsrang verlieh und sie damit dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers entzog. Das Prinzip indessen, nach dem der Staat nur den Schaden zu ersetzen hat, für den gemäss § 839 BGB *an sich* der schuldige Beamte selbst einzustehen hätte, liess auch die Weimarer Reichsverfassung unberührt. Das Bonner Grundgesetz von 1949 hat es ebenfalls dabei bewenden lassen. Sein Art. 34 erlegt dem Staat die «Verantwortlichkeit» für die von seinen Beamten begangenen Amtspflichtverletzungen auf. Aber damit meint auch das Grundgesetz nichts anderes als diejenige «Verantwortlichkeit», die § 839 BGB näher präzisiert. § 839 BGB gilt also mit dem einen Unterschied nach wie vor weiter, dass die Haftung, die sein Text irreführend noch immer den Beamten zuschiebt, in Wahrheit den Staat trifft. Insoweit (aber auch nur insoweit) hat Art. 34 GG den § 839 BGB modifiziert. Wer vom Staat geschädigt wird, muss sich also mit seinen Ersatzansprüchen direkt an den Staat wenden. Den schuldigen Beamten indessen trifft nur noch eine auf das Innenverhältnis beschränkte *Regresshaftung* gegenüber seinem Dienstherrn, die Art. 34 GG freilich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt. Im übrigen aber ist alles beim Alten geblieben. Hinter unse-

rer Staatshaftung verbirgt sich daher genau genommen nur eine auf den Staat transponierte Beamtenhaftung oder - um es in die Terminologie des bürgerlichen Rechts zu kleiden - eine von der Verfassung angeordnete privative Schuldübernahme, mit der der Staat in die persönlichen Verbindlichkeiten seiner Beamten aus im Amt begangenen Delikten eingetreten ist.

Dem deutschen Staatshaftungsrecht ist es also ähnlich ergangen wie den vielen Verwaltungsbehörden, die der Staat in Gebäuden untergebracht hat, die ursprünglich für einen ganz anderen Zweck errichtet worden sind. Wenn Universitätsinstitute mit ehemaligen Hotels, Schulen mit alten Kasernen und Polizeiwachen mit früheren Lebensmittelläden vorlieb nehmen müssen, so führt das zwangsläufig zu lästigen Reibungsverlusten. Wenn die Staatshaftung nicht eigenständig geregelt, sondern lediglich in das bereits vorhandene Normengebäude der Beamtenhaftung hineingepresst wurde, so konnte das ebenfalls nicht ohne Mängel abgehen. Denn Staatshaftung und Beamtenhaftung sind ungeachtet ihrer äusserlichen Ähnlichkeiten eben doch grundverschiedene Dinge. Was bei der Haftung des *Beamten* gerecht und billig erscheint, führt notwendigerweise zu seltsamen Ergebnissen, wenn es unüberlegt auf die ganz anders geartete Haftung des *Staates* transplantiert wird. Genau das aber ist in Deutschland geschehen. Es ist nicht unwichtig, das zu wissen. Was das deutsche Staatshaftungsrecht dem unbefangenen Betrachter an Unzulänglichkeiten und Kuriositäten zumutet, sind die Spuren, die ihm dank seiner Abstammung vom Beamtenhaftungsrecht noch immer anhaften.

## II — Das Zusammenwirken des Art 34 GG mit § 839 BGB

1. Die Feststellung, Art. 34 GG habe die Beamtenhaftung des § 839 BGB ohne sachliche Veränderung in eine Haftung des Staates für seine Beamten verwandelt, trifft allerdings nur mit zwei gewichtigen Einschränkungen zu.

a) § 839 BGB spricht von der Haftung des *Beamten* für sein amtspflichtwidriges Verhalten. Damit verwendet das BGB einen terminus technicus. Denn im öffentlichen Dienst der Bundesrepublik, ihrer Länder, Gemeinden, Körperschaften und Anstalten stehen nicht nur Beamte. Die öffentliche Hand beschäftigt daneben auch in ebenso grosser Zahl *Angestellte und Arbeiter*. Diese leisten ihre

Arbeit auf Grund eines privatrechtlichen Dienstvertrags, während die Beamten durch Verwaltungsakt ernannt werden. Für das Dienstrecht der Beamten gelten besondere Gesetze. Die Angestellten und Arbeiter hingegen unterliegen dem Arbeitsrecht, das in mancher Hinsicht vom Beamtenrecht abweicht.

§ 839 BGB hatte dieser Unterscheidung zwischen den Beamten einerseits und den Angestellten beziehungsweise Arbeitern des öffentlichen Dienstes andererseits auch haftungsrechtliche Bedeutung beigemessen. Denn er erfasste ursprünglich nur die Beamten im eigentlichen Sinne. Für die Angestellten und Arbeiter dagegen wollte er es bei der normalen Deliktshaftung des § 823 BGB bewenden lassen. Das leuchtete ein, solange auch die Beamten noch persönlich für ihre Delikte einstehen mussten. Die Umwandlung der Beamtenhaftung in eine Staatshaftung indessen führte zu einer Zweiteilung des Haftungsrechts in eine *persönliche* Haftung der Angestellten und Arbeiter<sup>5</sup> und in eine Haftung *des Staates* für seine Beamten. Diese Unterscheidung diskriminierte die Angestellten und Arbeiter gegenüber den Beamten. Ausserdem verwies sie die Geschädigten mit ihren Ersatzansprüchen nur dann an den Staat als jederzeit potenten Schuldner, wenn sie der Amtspflichtverletzung eines Beamten zum Opfer fielen. Wegen ihrer von Angestellten oder Arbeitern verursachten Schäden mussten sie sich stattdessen mit Ersatzansprüchen gegen den Schuldigen begnügen, das heisst: sie gingen in aller Regel leer aus. Es versteht sich, dass diese Differenzierung auf die Dauer nicht zu rechtfertigen war.

Daher haben sich die Gerichte bereits zur Weimarer Zeit darüber hinweggesetzt, dass Art. 131 der Reichsverfassung ebenso wie § 839 BGB nur von der Haftung für die «Beamten» sprach. Das Reichsgericht nahm das nicht streng beim Wort. Es stelle vielmehr dem *staatsrechtlichen* Beamtenbegriff des Beamtenrechts einen besonderen *haftungsrechtlichen* Beamtenbegriff zur Seite.

---

<sup>5</sup> Gemäss § 831 BGB haftet zwar auch der Arbeitgeber für die Delikte, die seine Arbeitnehmer bei der Erfüllung ihrer dienstvertraglichen Verpflichtungen begehen. Aber diese sogenannte **Haftung für den Verrichtungsgehilfen** tritt zum einen als gesamtschuldnerische Haftung **neben** die persönliche Haftung des Gehilfen, ohne sie - wie die Staatshaftung - zu verdrängen; zum andern stellt § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB den Arbeitgeber von der Haftung für seine Arbeitnehmer frei, wenn er den sogenannten **Exkulpationsbeweis** führen kann.

Auf diese Weise machte es auch die Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes sowie darüber hinaus schlechthin jeden, der im Auftrag des Staates handelte, zum Beamten im haftungsrechtlichen Sinne. Das Grundgesetz hat sich dem angeschlossen. Sein Art. 34 redet nicht mehr länger von der Haftung des Staates für die «Beamten». Er verpflichtet den Staat vielmehr ganz allgemein zum Schadensersatz, wenn

«jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes»

Dritte schädigt.

Wie dieser «jemand» mit seinem öffentlichen Amt betraut wurde, spielt dabei keine Rolle mehr. Es genügt, dass es ihm in irgendeiner rechtlich möglichen Form verliehen wurde. Ein süddeutsches Landgericht<sup>6</sup> ging sogar so weit, einen Schüler zum Beamten im haftungsrechtlichen Sinne zu ernennen. Dieser Schüler war nämlich von seinem Lehrer beauftragt worden, seine Mitschüler zu beaufsichtigen, weil der Lehrer während der Unterrichtszeit an einer Beerdigung teilnehmen wollte und deshalb seine Schüler alleine im Klassenzimmer zurücklassen musste. Der Lehrer hatte freilich einen Unwürdigen zu seinem Stellvertreter ernannt. Denn der jugendliche Hilfsaufseher raufte *contra mandatum*, aber leider keineswegs *ultra vires* mit seinen Kameraden und verletzte einen von ihnen mit seinem Taschenmesser. In der Sicht des Landgerichts hatte der Schüler damit ein «ihm anvertrautes öffentliches Amt» missbraucht. Aber das Gericht verstand das keineswegs als Tadel. Denn die Verleihung infantiler Beamtenwürden entband den Schüler von seiner persönlichen zivilrechtlichen Haftung und brachte ihn stattdessen in den Geltungsbereich des Art. 34 GG. Das aber bedeutete: Die Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten des Schülers traf ausschliesslich den Staat. So jedenfalls das Landgericht. Was auch immer von seinem Urteil zu halten sein mag, es zeigt, dass der Personenkreis, für den der deutsche Staat zu haften hat, sehr viel weiter gespannt ist, als § 839 BGB das vermuten lässt.

b) Neben dem *personalen* Rahmen der Staatshaftung hat Art 34 GG auch den *sachlichen* Geltungsbereich der Staatshaftung

---

<sup>6</sup> Landgericht Rottweil, Neue Juristische Wochenschrift 1970, S. 474.

anders abgesteckt, als dies im § 839 BGB für die Beamtenhaftung geschehen ist.

§ 839 BGB greift bei *jeder* Amtspflichtverletzung ein. Art. 34 GG hingegen sieht die Staatshaftung nur für solche Amtspflichtverletzungen vor, die

«in Ausübung eines *öffentlichen Amtes*»

begangen werden. Das ist etwas ungenau formuliert. Ein «öffentliches Amt» übt an sich jedermann aus, der im Auftrag des Staates für den Staat arbeitet. Aber das meint Art. 34 GG nicht. Ihm geht es vielmehr darum, die Staatshaftung auf das *hoheitliche* Handeln der Verwaltung zu begrenzen. Für die privatrechtliche Betätigung der öffentlichen Hand dagegen lässt Art. 34 GG die einschlägigen Vorschriften des BGB unberührt weitergelten. Er versteht unter dem «öffentlichen Amt» die Befugnis, im Namen des Staates hoheitliche Gewalt auszuüben. Denn die fiskalische Vertretung des Staates verdient in den Augen des Art. 34 GG als eine Tätigkeit ohne die öffentlich-rechtlichen Sonderbefugnisse des Staates kein besonderes Haftungsrecht.

Auch für den *Fiskus* hält das bürgerliche Recht allerdings ein sorgfältig ausbalanciertes Haftungsrecht bereit. Über seine *vertragliche* Haftung gibt es nichts besonderes zu sagen. Für die Erfüllung seiner privatrechtlichen Verträge haftet der Staat genau ebenso wie jede andere natürliche oder juristische Person. Bei der deliktischen Haftung des Fiskus liegen die Dinge etwas komplizierter. Denn für sie hat das BGB getrennte Wege eingeschlagen. *Beamte* haften für deliktisches Unrecht gemäss § 839, der im fiskalischen Bereich durch Art. 34 GG nicht verdrängt wird, nach wie vor persönlich. Für die Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes dagegen gilt in diesem Bereich ausschliesslich § 823 BGB. Denn Art. 34 GG erhebt die Arbeiter und Angestellten nur insoweit zu Beamten im haftungsrechtlichen Sinne, als sie hoheitlich tätig werden. Neben die deliktische Eigenhaftung der Beamten und Arbeitnehmer tritt im fiskalischen Bereich ferner eine gesamtschuldnerische Mithaftung des Staates. Während aber die Haftung aus Art. 34 GG den Staat unabwendbar trifft, gestattet ihm im fiskalischen Bereich die Vorschrift des § 831 BGB eine Exculpation mit haftungsbefreiender Wirkung. Diese Exculpation ist dem Fiskus nur bei den Delikten seiner Amtsträger mit leitender Funktion

verwehrt (§§ 89/31 BGB). Im fiskalischen Bereich steht die Haftung des Staates daher weitgehend nur auf dem Papier. Im grossen Ganzen jedenfalls hat es hier bei der persönlichen Haftung der Beamten, Angestellten und Arbeiter sein Bewenden. Im *hoheitlichen Bereich* indessen verhält es sich genau umgekehrt. Hier kann sich der Geschädigte *nur* an den Staat halten. Die persönliche Haftung des schuldigen Individuums dagegen entfällt.

Diese Differenzierung zwischen den hoheitlichen und den fiskalischen Amtspflichten hat viel Unsicherheit in das deutsche Staatshaftungsrecht hineingetragen. Wir verstehen es zwar trefflich, die hoheitliche und die fiskalische *Haftung* auseinanderzuhalten. Was aber zur hoheitlichen, und was zur fiskalischen Verwaltung gehört, ist für das deutsche Recht eine ungemein schwierige Frage. Die Theorien mit denen unsere Gerichte sie zu beantworten versuchen, würden den Rahmen dieses Berichts sprengen. Sie bilden ein Thema für sich. Deshalb können hier lediglich die Resultate dieser Theorien wiedergegeben werden.<sup>7</sup> Sie sind klar und eindeutig insofern, als es um die *Eingriffsverwaltung* geht. Sie fällt in den hoheitlichen Bereich und damit in den Bannkreis der Staatshaftung. Was jedoch die *Daseinsvorsorge* anbelangt, so herrscht ein schwer durchschaubares Durcheinander. Denn ihre Daseinsvorsorge kann die deutsche Verwaltung sowohl privat- als auch öffentlich-rechtlich ausgestalten. Welche dieser beiden Möglichkeiten gewählt wurde, hängt von den Details des jeweils zu entscheidenden Einzelfalles ab. Dafür nur ein Beispiel, freilich das Kurioseste, das wir auf diesem Felde anzubieten haben. Es betrifft die Deutsche Bundespost und die Deutsche Bundesbahn.

Post und Bahn erfüllen insgesamt sehr ähnliche, in einigen Punkten sogar völlig gleiche Aufgaben. Vor allem beteiligt sich die Post in der Bundesrepublik ebenso wie die Bahn am öffentlichen Nahverkehr. Beide setzen zu diesem Zweck Omnibusse ein. Die Omnibusse der Post sind nach alter Tradition gelb, die der Bahn rot. Aber die Busse der Post unterscheiden sich von denen der Bahn nicht nur durch ihre Farbe. Es klafft zwischen beiden auch ein tiefer juristischer Graben. Denn die Post arbeitet hoheitlich, weil das Postverwaltungsgesetz<sup>8</sup> besagt, dass sie für die «Be-

<sup>7</sup> Wegen der Einzelheiten vgl. **Bender**, *ibid.* (Fußnote 1), S. 181 - 186.

<sup>8</sup> Vom 24.7.1953 (Bundesgesetzblatt 1953, Teil I, S. 676).

*nutzung*» ihrer Einrichtungen «*Gebühren*» fordert, also die Beziehung zu ihren «*Benutzern*» verwaltungsrechtlich regelt. Die Bundesbahn hingegen wird nach dem Bundesbahngesetz<sup>9</sup> «wie ein *Wirtschaftsunternehmen... nach kaufmännischen Grundsätzen*» betrieben. Daher arbeitet die Bundesbahn auf der Basis des Privatrechts. Deshalb unterliegen die Omnibusse der Post dem öffentlichen Recht und damit der Staatshaftung. Für die Busse der Bahn dagegen gilt das Privatrecht, das die Chauffeure für haftbar erklärt. Verursacht also ein gelber Postbus einen Verkehrsunfall, so trifft die Haftung nicht den Chauffeur, sondern gemäß Art. 34 GG ausschliesslich die Post; eine Exkulpation kommt nicht in Betracht.<sup>10</sup> Tut ein roter Bus der Bundesbahn genau das gleiche, so ist es rechtlich dennoch etwas völlig anderes. Denn hier haftet der Fahrer. Die Bahn dagegen kann sich gemäß § 831 BGB exkulpieren, so dass im Ergebnis nur der Fahrer übrig bleibt. Von diesem aber wird im Zweifel nichts zu holen sein.<sup>11</sup> Man muß sich also in Deutschland vor den roten Bussen hüten. In ihnen *mitzufahren* ist ungefährlich. Denn den Mitfahrern haftet die Bundesbahn aus dem Beförderungsvertrag. Vom Bahnbus überfahren zu werden, bereitet dagegen Verdruss. Wer sich von einem gelben Bus der Post überfahren lässt, kommt jedenfalls sicherer zu seinem Geld.

---

<sup>9</sup> Vom 13.12.1951 (Bundesgesetzblatt 1951, Teil I, S. 955).

<sup>10</sup> Vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) in Band 20 der «Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen», S. 102 ff. (= BGHZ 20, S. 102 f.).

<sup>11</sup> Das wird allerdings durch die Gefährdungshaftung, die auch die Bahn in ihrer Eigenschaft als Kraftfahrzeughalterin trifft, gemildert. Diese Gefährdungshaftung deckt freilich nur Sach- und Personenschäden ab. Der bei Körperverletzungen dem Geschädigten ferner zustehende Schmerzensgeldanspruch wird von ihr nicht erfasst. Die Post muss das Schmerzensgeld gleichwohl zahlen. Denn es fällt mit unter den Ersatzanspruch aus Art. 34 GG. Die Bahn dagegen darf wegen des Schmerzensgeldes jedenfalls dann auf ihren Fahrer verweisen, wenn dieser sich eine mehr als nur leichte Fahrlässigkeit hat zuschulden kommen lassen. Bei leichter Fahrlässigkeit sorgt jedoch das Arbeitsrecht für Abhilfe. Es verpflichtet den Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer die aus «schadensgeneigter Arbeit» entstandenen Ersatzpflichten abzunehmen. Hat der Arbeitnehmer jedoch das Schadensrisiko seiner Arbeit durch Nachlässigkeit erhöht, so verhilft auch dieser arbeitsrechtliche Umweg dem Geschädigten nicht zu einem von der Bahn zu zahlenden Schmerzensgeld.

c) Festzuhalten bleibt noch, dass Art. 34 GG die Beamtenhaftung nur «*grundsätzlich*» auf den Staat übertragen hat und somit auch *Ausnahmen* vom Prinzip der Staatshaftung zulässt. Aber diese Ausnahmen bedürfen einer ausdrücklichen *gesetzlichen* Grundlage. Denn die Verwaltung kann sich nicht eigenmächtig von den Risiken freimachen, die ihr die Verfassung auferlegt.<sup>12</sup> Die Erklärung des Polizeipräsidenten, er lehne jede Haftung für seine Beamten ab, wäre deshalb ebenso originell wie null und nichtig.

Aber auch dem Gesetzgeber sind quantitative und qualitative Schranken gezogen. Er darf die Staatshaftung zum einen nicht mit so zahlreichen Ausnahmen untergraben, dass der Haftungsausschluss unter der Hand zur verfassungswidrigen Regel ausartet. Zum andern muss der Gesetzgeber darauf achten, dass die Ausnahmen von der Staatshaftung auch in der Sache Ausnahmen im strengen Sinne dieses Wortes bleiben. Das heisst: Jede einzelne Ausnahme muss *sachlich gerechtfertigt* sein. Gesetzliche Haftungsausschlüsse kommen daher nur für Sonderfälle in Betracht, in denen einleuchtenden Gründe es nahelegen, das Haftungsrisiko des Staates zu verringern. Das ist zum Beispiel bei der Brief-, Paket- und Telegrammbeförderung der Post der Fall. Hier geht es um die Bewältigung eines ausserordentlich umfangreichen Geschäftsanfalls, bei dem selbst mit grösster Sorgfalt Fehler nicht ganz ausgeschlossen werden können. Müsste die Post für jeden dieser Fehler in vollem Umfange haften, so würde entweder ihre ohnehin beklagenswerte Finanznot weiter verschärft, oder es müssten die Postgebühren so drastisch erhöht werden, dass sich nur noch wenige den Luxus einer Brief- oder Telegrammkorrespondenz leisten könnten. Deshalb ist es in der Sache vernünftig und verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn das Postgesetz der Bundesrepublik zahlreiche Haftungsausschlüsse und -begrenzungen vorsieht. Bedenklich wäre es nur, wenn der Gesetzgeber auch die Haftung der Post für ihren Omnibusverkehr begrenzt hätte. Denn die Risiken dieses Dienstbereichs sind anders als die des Massen-

<sup>12</sup> Vgl. dazu BGHZ 61, S. 7, 14 f., wo es um einen kommunalen Schlachthof ging, für den die Gemeinde die Haftung durch autonome Satzung ausgeschlossen hatte. Das hat der BGH nicht gelten lassen. Er verlangt ein **förmliches Gesetz** für den Ausschluss der Staatshaftung und lässt es daher nicht zu, dass sich die Gemeinden aus eigener Machtvollkommenheit ohne Ermächtigung durch ein förmliches Gesetz aus der Haftung für ihre Bediensteten lösen.

betriebs im Brief-, Paket- und Telegrammverkehr beherrschbar. Sehr umstritten, nach meiner Ansicht aber wohl doch rechtmässig ist auch der Ausschluss der Staatshaftung gegenüber Ausländern, deren Heimatstaat deutschen Staatsbürgen für die Schäden, die ihnen dort von Hoheitsträgern zugefügt werden, keinen Ersatz leisten. Hier sorgt das tu-quoque-Prinzip für die nötige sachliche Rechtfertigung.<sup>13</sup>

Auffällig wirkt allerdings, dass alle deutschen Gesetze, die für den Staat Haftungsausschlüsse vorsehen, dies ausschliesslich im Hinblick auf Art. 34 GG tun. Damit zerschneiden sie zwar das

---

<sup>13</sup> Vgl. § 7 Reichshaftungsgesetz (s. o. Fussnote 4), der nach wie vor geltendes Recht ist. Diese Vorschrift geht allerdings in bedenklicher Weise über tu-quoque-Prinzip hinaus. Denn ihr genügt nicht, dass der Heimatort eines von deutschen Beamten geschädigten Ausländers einem deutschen Staatsangehörigen in vergleichbarer Situation Schadensersatz gewähren würde. § 7 Reichshaftungsgesetz verlangt vielmehr eine Bekanntmachung im Bundesgesetzblatt, die ausdrücklich bestätigt, dass der Heimatort des Ausländers die Gegenseitigkeit verbürgt: Solche Bekanntmachungen erfolgen nur, wenn volle Gegenseitigkeit besteht. Bisher sind sie nur für die Staaten Belgien, Dänemark, Frankreich, Griechenland, Japan, Niederlande, Norwegen und Schweiz im Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Bei der Schweiz ist die Gegenseitigkeit für die Haftung des Staates für Schäden, die vom Militär verursacht wurden, allerdings nicht verbürgt; darauf weist die Bekanntgabe (BGBl 1960 Teil I, S. 852) ausdrücklich hin. Die Bekanntmachungen unterbleiben dagegen, wenn es zwischen dem deutschen und dem Staatshaftungsrecht eines fremden Staates markantere Unterschiede gibt. Für England, Irland, Italien und Luxemburg (um nur die EWG-Staaten zu nennen), aber auch für die Türkei gibt es keine Bekanntmachung der Gegenseitigkeit und damit für die Bürger dieser Länder nach herrschender Rechtsprechung keine Haftung des deutschen Staates, obgleich in der Mehrzahl aller Fälle - nur eben nicht in sämtlichen Fällen - deutsche Staatsangehörige dort in den Genuss der Staatshaftung kommen. Das ist kaum verständlich und im Zeitalter der europäischen Freizügigkeit auch in dieser Form nicht zu vertreten. Die bevorstehende Reform des Staatshaftungsrechts wird das aber demnächst ändern. Auch künftig wird zwar Ausländern gegenüber die Staatshaftung ausgeschlossen werden können. Aber dazu bedarf es einer Rechtsverordnung, die den Ausschluss expressis verbis anordnet und nur gegenüber solchen Staaten in Betracht kommt, die ihrerseits deutsche Staatsangehörige haftungsrechtlich diskriminieren. Die allfälligen Unterschiede in den haftungsrechtlichen Details hingegen (wie sie zwischen dem deutschen und dem italienischen Recht z. B. bei den vom Militär verursachten Schäden bestehen), werden keinen Grund für einen solchen Akt der pauschalen Retorsion mehr liefern.

Seil, das den Art. 34 GG mit § 839 verbindet. Aber sie verhelfen damit auch der persönlichen Haftung des schuldigen Beamten zur partiellen Wiederauferstehung. Wer vom Schalterbeamten der Post amtspflichtwidrig geschädigt wird, kann sich daher zwar nicht bei der Post, wohl aber bei diesem Beamten selbst schadlos halten. Den Namen und die Anschrift dieses Beamten muss die Post auf Verlangen bekanntgeben (BVerwGE 10, S. 274 ff.)<sup>14</sup>.

2. Der eigenständige über § 839 BGB hinausgreifende Beamtenbegriff des Art. 34 GG und die Begrenzung der Staatshaftung auf Amtspflichtverletzungen bei hoheitlicher Tätigkeit sind freilich die beiden einzigen Punkte, in denen Art. 34 GG die Staatshaftung von der alten Beamtenhaftung abgeschichtet hat. In allem übrigen kann die Staatshaftung ihre Herkunft von der Beamtenhaftung nicht verleugnen.

a) Das zeigt bereits der Haftungstatbestand des § 839 BGB. Er ist ganz auf den Pflichtenkreis des einzelnen Beamten zugeschnitten. Denn der Beamte als solcher kann nicht für jeden von ihm verursachten Schaden, sondern nur für solche Schäden persönlich in Anspruch genommen werden, die er durch eine Verletzung *seiner* individuellen *Amtspflichten* herbeigeführt hat. Das bringt § 839 BGB deutlich zum Ausdruck.

Der Nachweis eines vom Staat rechtswidrig verursachten Schadens genügt daher nicht. Es muss zusätzlich nachgewiesen werden, dass dieser Schaden durch das persönliche pflichtwidrige Verhalten eines Beamten ausgelöst wurde. Das bereitet zwar im allgemeinen keine Schwierigkeiten. Aber es gibt auch Fälle, in denen Schäden vom Staat verursacht werden, ohne dass sie sich auf eine Amtspflichtverletzung zurückführen liessen.

Muss z.B. die Polizei in eine verschlossene Wohnung eindringen, so ruft sie in aller Regel einen Schlosser herbei, der ihr die Türen öffnet. Handelt dieser Schlosser nachlässig, so sind die von

---

<sup>14</sup> Das gilt auch dort, wo die Staatshaftung Ausländern gegenüber ausgeschlossen ist. Dem Ausländer bleibt daher immerhin ein Schadensersatzanspruch gegen den deutschen Beamten, der ihn geschädigt hat. Das mildert die Folgen des § 7 Reichshaftungsgesetz, zumal der persönlich haftende Beamte von seinem Dienstherrn bei der Abtragung derartiger Ersatzpflichten finanziell unterstützt werden muss, sofern er nicht gerade vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat.

ihm angerichteten Schäden ohne Zweifel vom Staat mitverursacht worden. Aber der Staat haftet gleichwohl nur, wenn die *Polizei-beamten* ihre Amtspflicht verletzt haben. Es ist jedoch nicht die Amtspflicht der Polizei, verschlossene Türen lege artis zu öffnen. Sie ist nur verpflichtet, für diese Aufgabe einen zuverlässigen Fachmann heranzuziehen und diesen bei seiner Arbeit zu überwachen. Hat die Polizei dieser Auswahl- und Überwachungspflicht Genüge getan, so mag der Schlosser noch so grob fahrlässig oder gar vorsätzlich handeln, es führt dennoch kein Weg zum Schadensersatzanspruch gegen den Staat. Es fehlt an der Amtspflichtverletzung eines Beamten. Ein Schlosser aber lässt sich wegen der Unselbständigkeit seiner Arbeit nicht zum Beamten im haftungsrechtlichen Sinne erheben. Er steht in dieser Hinsicht schlechter da als der oben (unter Ziff. 1 a) erwähnte, zum Hilfsaufseher ernannte Schüler.

Die Dinge liegen nur dann anders, wenn der Staat wirtschaftlich selbständigen und rechtlich eigenverantwortlichen Unternehmern das Recht verleiht, in eigenem Namen *hoheitlich* zu handeln. In diesem Falle sprechen wir vom «*beliehenen Unternehmer*» und gehen davon aus, dass ihm der Staat ein öffentliches Amt anvertraut hat. Der beliehene Unternehmer fällt deshalb mit unter den weiten haftungsrechtlichen Beamtenbegriff des Art. 34 GG, und das hat zur Folge, dass auch für seine Fehlleistungen ausschliesslich der Staat haftet. Aber die Grenzen zwischen dem beliehenen Unternehmer mit eigenen Amtspflichten und dem überwachungsbedürftigen unselbständigen Verwaltungshelfer sind natürlich sehr fließend<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Vgl. dazu einerseits BGHZ 39, S. 358 f. und BGHZ 49, S. 108 f. sowie andererseits BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1974, S. 453 f. In den beiden zuerst genannten Urteilen ging es um die Amtspflichtverletzungen eines staatlich anerkannten Sachverständigen für Baustatik bzw. eines ebenfalls staatlich anerkannten Kraftfahrzeugsachverständigen. Der Baustatiker hatte in eigenem Namen bei der Erteilung einer Bauerlaubnis mitgewirkt; der Kraftfahrzeug-Sachverständige hatte der Strassenverkehrsbehörde grob fehlerhafte Gutachten erstattet. In beiden Fällen hatte der Bundesgerichtshof die Sachverständigen als Träger eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes angesehen und ihre Amtspflichtverletzungen unmittelbar dem Staat zugerechnet. Anders dagegen in dem dritten Urteil. Dort ging es um einen Bauunternehmer, der von der Verkehrsbehörde beauftragt worden war, den Verkehr an einer Baustelle durch Verkehrszeichen zu sichern. Da dem Unternehmer genau vorgeschrieben worden

b) Selbstverständlich genügt nicht jedwede Amtspflichtverletzung, um den durch sie verursachten Schaden dem Staat anzulasten. § 839 BGB läßt nur die Verletzung solcher Amtspflichten als Haftungsvoraussetzung genügen, die der schuldige Beamte dem geschädigten «*Dritten gegenüber*» zu erfüllen hat. Ohne diese Einschränkung würde die Staatshaftung ins Uferlose wachsen. Vor allem wäre der Staat ohne sie zu äusserster Zurückhaltung bei der Erteilung von Dienstanweisungen gezwungen. Denn jede Dienstinstruktion bringt eine Amtspflicht mit sich, die verletzt werden kann. Aber der Verstoss gegen die Beamtenpflicht, zur vorgeschriebenen Zeit zum Dienst zu erscheinen, kann nicht zu Schadensersatzansprüchen aller derjenigen führen, die bei einer Behörde lange auf unpünktliche Beamte warten müssen und dadurch Verdienstaussfälle erleiden.

Es gibt freilich auch diffizilere Probleme. Vor allem beschäftigt die deutschen Gerichte immer wieder die Frage, inwieweit die Amtspflichten, die der Verwaltung bei der Erteilung behördlicher Genehmigungen, obliegen, Dritte begünstigen. So dürfen z.B. Bauerlaubnisse erst erteilt werden, wenn die Bauaufsichtsbehörde die Baupläne geprüft hat. Stürzt ein Bauwerk ein, weil die Behörde die Baupläne allzu nachlässig kontrolliert hat, so haben die zuständigen Beamten ohne Zweifel ihre Amtspflichten verletzt. Aber das Bauaufsichtsamt soll nicht etwa den Bauherrn vor den Fehlern seines Architekten in Schutz nehmen. Er leistet seine Arbeit vielmehr zum Schutze des Publikums, also *im Interesse der Allgemeinheit*. Daher haftet der Staat wohl für die Schäden, die der Einsturz den Nachbarn, den Bauarbeitern oder einem zufällig anwesenden quivis ex populo zufügt. Der Bauherr indessen geht, was seinen Aufwand für die Wiederherstellung des Gebäudes anbelangt, leer aus. Denn insoweit ist er nicht «Dritter» im Sinne des § 839 BGB. Aber er ist immerhin dann Dritter und damit Glied des von der Baubehörde vor Schaden zu schützenden Publikums, wenn bei dem Einsturz sein Mobiliar zu Bruch geht, oder ihm selbst ein Stein auf den Kopf fällt<sup>16</sup>.

---

war, was er tun sollte, konnte von einem ihm anvertrauten öffentlichen Amt keine Rede sein. Er war nur ein «technisches Ausführungsorgan» ohne eigene Amtspflicht. Für ihn haftete der Staat daher nur im Rahmen der culpa in eligendo et custodiendo.

<sup>16</sup> Vgl. auch dazu BGHZ 39, S. 358 f., 363.

c) § 839 BGB macht die Staatshaftung zusätzlich vom Verschulden des pflichtwidrig handelnden Beamten abhängig. Das hatte seinen guten Sinn, solange der Beamte, auf dessen Verschulden es ankommt, für dieses sein Verschulden noch persönlich haftete. Alles andere hätte die Beamtenhaftung strenger geregelt als die Tierhalterhaftung. Denn dort haftet nicht etwa das Tier selbst, sondern allein der Tierhalter und das Arbeitstier - das zoologische Pendant zum Beamten - ist nach § 833 BGB ohnehin von der Gefährdungshaftung ausgeschlossen.

Mit der Umwandlung der Beamtenhaftung in eine Haftung des Staates haben sich die Verhältnisse jedoch verändert. Eine vom Verschulden seiner Amtsträger unabhängige Haftung *des Staates* hat jedenfalls manches für sich. Denn der Staat ist verpflichtet, seine Bürger nicht nur vor schuldhaften Amtspflichtverletzungen seiner Beamten, sondern schlechthin *vor jeder* von ihnen pflichtwidrig verursachten Schädigung zu bewahren. Das gilt um so mehr, seit sich der Staat in wachsendem Umfang des Arsenal der modernen Technik bedient. Vor allem seine Datenverarbeitungsanlagen, aber auch so banale Einrichtungen wie die Verkehrsampeln arbeiten nicht immer fehlerfrei. Treten bei ihnen Störungen auf, so kann das verhängnisvolle Folgen nach sich ziehen. Mit Verkehrsampeln, die plötzlich aus dem Takt geraten, haben wir in der Bundesrepublik schon manche böse Überraschung erlebt. Auch die elektronische Datenverarbeitung ist im Stande, ohne die Mithilfe menschlichen Versagens schadensträchtiges Unheil anzurichten. Aber selbst wo menschliches Versagen Schaden stiftet, ist nicht gesagt, dass dabei in jedem Falle auch Fahrlässigkeit mit im Spiele gewesen sein muss. Art. 34 GG hat das jedoch nicht zur Kenntnis genommen. Er sieht die Staatshaftung allein aus dem Blickwinkel des einzelnen Beamten. Nur wenn dieser Beamte nach altem Recht zu haften hätte, so soll nach geltendem Recht der Staat in diese Haftung eintreten. Das heisst: nur wenn ein Beamter schuldhaft handelte, kommt eine Haftung des Staates in Betracht. Denn der Staat haftet nicht als Staat, er haftet allein für und an Stelle seiner Beamten. Eine so konstruierte Staatshaftung muss natürlich am Verschuldungsprinzip festhalten. Das Verschuldungsprinzip ist für sie nur systemkonform. Ob es auch gerecht ist, bleibt eine andere Frage.

Immerbin gilt aber das Strassenverkehrsgesetz, das eine Gefährdungshaftung des Kraftfahrzeughalters vorsieht, auch für den

Staat. Es deckt die schuldlos durch den Betrieb verwaltungseigener Kraftfahrzeuge verursachten Schäden ab. Für die Flugzeuge der Bundeswehr gilt ähnliches, ebenso für den Einsatz der Atomenergie und für einiges andere mehr. Die Ansprüche, die in diesen Fällen durch *besondere Gesetze* unabhängig vom Verschulden staatlicher Amtsträger gewährt werden, treten gleichrangig neben die Ansprüche aus der Staatshaftung. Auch für seine wegen Geisteskrankheit schuldunfähigen Beamten haftet der Staat unabhängig vom Verschuldensprinzip, jedoch

«nur insoweit, als die Billigkeit die Schadloshaltung erfordert»<sup>17</sup>.

Aber das alles sind nur Ausnahmen von der Regel, nach der die Staatshaftung die vorsätzliche oder fahrlässige Amtspflichtverletzung eines Amtsträgers voraussetzt.

Die deutschen Gerichte geben sich allerdings mit der Abhängigkeit der Staatshaftung vom individuellen Verschulden schon seit langem nicht mehr zufrieden. Sie haben zwar das Verschuldensprinzip nicht abschaffen können. Sie behelfen sich aber damit, dass sie die Anforderungen an die Sorgfalt der Beamten im Laufe der Jahre immer höher geschraubt haben. Wo dem unmittelbar für einen Schaden verantwortlichen Beamten ein Verschulden nicht nachgewiesen werden kann, weil er von seinen Vorgesetzten nicht intensiv genug instruiert worden war, gehen die Gerichte z.B. kurzerhand von einem *Organisationsverschulden* der Behördenleitung aus. Gerät der Geschädigte in Beweisnöte, so halten sie ihm den *Beweis des ersten Anscheins* zugute und zwingen damit die Behörde, den Gegenbeweis anzutreten. Auf diese Weise haben die Gerichte das Verschuldensprinzip wesentlich entschärft. Es hilft der Verwaltung nicht mehr allzu viel. Es steht nur in einem Punkt noch immer in voller Blüte :

Legt ein Beamter das geltende Recht falsch aus, so rettet ihn zwar nichts vom Vorwurf der Fahrlässigkeit, wenn er es versäumt hat, die Kommentare und die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung zu Rate zu ziehen. Irrt er indessen in einer Rechtsfrage, zu der sich noch keine zitierfähige Autorität unmissverständlich geäußert hat, so mag sein Irrtum noch so töricht sein.

<sup>17</sup> So § 1 Abs. 2 des Reichshaftungsgesetzes von 1910 (s. o. Fussnote 4).

er wird ihm dennoch verziehen, wenn sich ein *Kollegialgericht* in gleicher Weise irrt<sup>18</sup>. Das ist ein übertriebener Formalismus. Meines Erachtens überzeugt er nicht, weil die Rechtsordnung auf keinem anderen Gebiet als dem der Staatshaftung bereit ist, einen Fehler allein deshalb zu entschuldigen, weil ihn sich auch andere haben zuschulden kommen lassen. Natürlich bedarf es einer sehr gewissenhaften Prüfung, ob eine fehlerhafte Gesetzesinterpretation, die zeitweilig von den Gerichten gedeckt worden ist, wirklich als fahrlässig angesehen werden kann. Aber es geht meines Erachtens entschieden zu weit, schematisch jeden Beamtenirrtum zu exkulpieren, nur weil sich ihm ein erstinstanzliches Kollegialgericht in einer schwachen Stunde angeschlossen hat.

d) Wie eng die Staatshaftung an die alte Beamtenhaftung «angeseilt» ist, tritt schliesslich und vor allem darin zutage, dass der Staat in der Bundesrepublik wegen der Amtspflichtverletzungen seiner Beamten nur auf *Geldersatz* in Anspruch genommen werden kann. Denn der Beamte haftete ursprünglich auf Grund des § 839 BGB als *Privatperson* im eigenen Namen. Seine fehlerhaften Hoheitsakte aber erlässt er als *Amtsträger* im Namen des Staates. Sie rückgängig zu machen, übersteigt daher seine privaten Möglichkeiten. Dazu ist nicht er selbst, sondern allein seine Behörde verpflichtet, und die Pflichten der Behörde sind nicht Gegenstand der Staatshaftung. Die Staatshaftung erstreckt sich vielmehr nur auf das, was auch der Beamte persönlich zu leisten vermag. Das schliesst eine auf *Naturalrestitution* gerichtete Staatshaftung von vornherein aus.

Die Staatshaftung drang daher in Deutschland nie über eine Haftung auf Geldersatz und allenfalls noch auf den Ersatz vertretbarer, marktgängiger Sachen<sup>19</sup> hinaus.

*Otto Mayer* hatte das auf die Formel: Dulde und liquidiere! gebracht. Diese Formel gilt heute nicht mehr. Wir können die Verwaltungsgerichte anrufen. Aber selbst der totale verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz konnte der Begrenzung der Staatshaftung auf blossen Geldersatz nicht abhelfen.

---

<sup>18</sup> BGHZ 10, S. 153 f., 158; 27, S. 338 f., 343.

<sup>19</sup> Dazu BGHZ 5, S. 102.

Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz zementierte im Gegenteil die Beschränkung der Staatshaftung auf blossen Geldersatz nur noch fester ein. Denn für Amtshaftungsansprüche sind gem. Art. 34 GG *die Zivilgerichte* zuständig. Die Aufhebung von Hoheitsakten und die Beseitigung ihrer rechtswidrigen Folgen dagegen fällt in die Kompetenz der *Verwaltungsgerichte*. Das zwingt die Zivilgerichte nach wie vor, sich aller Übergriffe in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zu enthalten.

Deshalb erhält z.B. der Inhaber eines zu Unrecht von der Gewerbebetriebs im Haftungsprozess lediglich seinen finanziellen Verdienst ausfall ersetzt. Für die Wiedereröffnung seines Betriebs ist das Zivilgericht zuständig. Sie fällt in die Kompetenz des Verwaltungsgerichts.

Es müssen also grundsätzlich zwei Prozesse geführt werden, wobei nicht auszuschliessen ist, dass das Zivilgericht im Amtshaftungsprozess anders entscheidet als das Verwaltungsgericht in seinem unmittelbar gegen den rechtswidrigen Hoheitsakt gerichteten Verfahren.

Nur in einem Punkt hat der Bundesgerichtshof die strikte Begrenzung der Staatshaftung auf Geldersatz durchbrochen. Es geht dabei um die Haftung für Ehrenkränkungen und Kreditbeschädigungen durch unwahre dienstliche Äusserungen von Beamten. Hier kommt es darauf an, ob der schuldige Beamte nur als Vertreter seiner Behörde gesprochen, oder ob er in seine Äusserung so viel persönliches Engagement hineingelegt hat, dass dem Gekränkten allein ein persönlicher Widerruf durch eben diesen Beamten zur Wiederherstellung seines guten Rufes verhelfen kann. Im ersten Fall (der Ehrenkränkung im Namen der Behörde) bleibt es beim blossen Anspruch auf Geldersatz. Wo dagegen die amtliche und die persönliche Meinung des handelnden Beamten allzu untrennbar miteinander verflochten sind (wie das z.B. bei den Erklärungen der Regierungssprecher vor dem Parlament der Fall sein kann), steht dem Geschädigten ein Anspruch auf Naturalrestitution in der Form eines persönlichen Widerrufs zu. Aber das führt bereits wieder von der Staatshaftung weg. Denn es ist gerade nicht der Staat, der in diesem Sonderfall Naturalrestitution schuldet. Der Bundesgerichtshof gibt hier lediglich die

Bahn für eine direkte Haftung des Beleidigers frei, wie sie Art. 34 GG an sich ausdrücklich ausgeschlossen hat<sup>20</sup>.

3. § 839 BGB begünstigt den Staat ferner durch Haftungsprivilegien, für die das deutsche bürgerliche Recht ausserhalb der Staatshaftung nichts Vergleichbares kennt. Zum einen entfällt nach § 839 Abs. 3 die Haftpflicht, wenn der Geschädigte schuldhaft versäumt, mit *Rechtsmitteln* gegen die schadenstiftende Amtshandlung vorzugehen. Zum andern tilgt § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB die Haftung des Staates für solche Schäden, für die der Geschädigte «*auf andere Weise*» von einem anderen Schuldner «*Ersatz zu erlangen vermag*». Daher greift die Staatshaftung nur *subsidiär* ein. Sie tritt nicht konkurrierend neben die Haftung anderer, sondern weicht als blosse Ausfallhaftung vor der Haftung anderer zurück. Als drittes verdient schliesslich das *Richterprivileg* des § 839 Abs. 2 BGB eine kurze Erwähnung. Es begrenzt die Haftung des Staates für die Fehlurteile der Justiz auf diejenigen Fälle, in denen sich die verantwortlichen Richter einer *strafbaren Rechtsbeugung* schuldig gemacht haben. Ein näheres Eingehen auf diese (keineswegs unproblematische) haftungsrechtliche Sonderstellung der Justiz muss ich mir aber aus Raumgründen versagen<sup>21</sup>. Die beiden anderen, zuerst genannten Haftungsprivilegien des Staates besitzen jedoch so viel Gewicht, dass sie etwas ausführlicher behandelt werden müssen.

<sup>20</sup> Dazu BGHZ 34, S. 99 f.

<sup>21</sup> Nur soviel sei angemerkt: § 336 des Deutschen Strafgesetzbuchs bedroht nur die *vorsätzliche* Rechtsbeugung mit Strafe. Daher setzen sowohl die strafrechtliche Ahndung eines Fehlurteils als auch die Haftung des Staates für seine Folgen voraus, dass den Richtern ein Handeln wider bessere Kenntnis und wider ihr Gewissen nachgewiesen wird. Dieser Nachweis bereitet aber selbst bei den Terrorurteilen der nationalsozialistischen Epoche enorme, nahezu unüberwindbare Schwierigkeiten. Daran scheitert die Haftung des Staates für die Justiz in aller Regel. Wer zu Unrecht Untersuchungs- oder Strafhaft erleiden muss, erhält allerdings eine Spezialgesetzlich geregelte Entschädigung. Für die fehlerhaften Urteile der Zivilgerichte bietet die Haftung einen gewissen Ausgleich, die denjenigen trifft, der ein noch nicht rechtskräftiges Urteil vollstrecken lässt, das in der nächsten Instanz aufgehoben wird. Bei den Fehlurteilen der Verwaltungsgerichte dagegen ist die Lage hoffnungslos. Nach der Regel, dass nicht als fahrlässig gilt, was ein Kollegialgericht gebilligt hat (s. oben Ziff. 2/c) entfällt bei ihnen zugleich mit der Haftung für das Urteil auch die Haftung der Verwaltung für den Fehler, gegen den das Verwaltungsgericht ohne Erfolg angeufen worden ist.

a) Das Rechtsmittelprivileg des § 839 Abs. 3 BGB steht in engem Zusammenhang mit der allgemein für jeden Gläubiger gültigen Pflicht, den ihm von dritter Seite zu ersetzenden Schaden abzuwenden oder wenigstens zu verringern. Diese Pflicht trifft natürlich auch die Gläubiger des Staates. Auch sie dürfen aus obrigkeitlichem Unrecht kein Kapital schlagen, wenn ein rechtzeitiger Widerspruch bei der Behörde oder eine verwaltungsgerichtliche Klage ausreichen, die Dinge wieder geradezurücken.

§ 839 Abs. 3 BGB bewertet allerdings die Versäumung von Rechtsmitteln weit strenger als dies das bürgerliche Recht in allen übrigen Fällen des *mitwirkenden Verschuldens* tut. Denn bei der Staatshaftung führt die schuldhaftige Versäumung von Rechtsmitteln zum *totalen Wegfall* aller Ersatzansprüche. Ausserhalb der Staatshaftung hingegen hat das mitwirkende Verschulden lediglich eine *Kürzung des Schadensersatzanspruchs* um die Quote zur Folge, die der Relation zwischen dem Gläubiger- und dem Schuldnerverschulden entspricht. Das Gläubiger- und das Schuldnerverschulden werden also gegeneinander abgewogen. § 839 Abs. 3 BGB indessen zielt stets auf das Ganze. Darauf, dass im Rechtsmittelversäumnis unter Umständen nur ein vergleichsweise geringfügiges Mitverschulden liegen kann, nimmt er keine Rücksicht. Das kann zu seltsamen Resultaten führen. Dafür nur ein Beispiel:

Die Baupolizeibehörde ordnet völlig grundlos den Abbruch eines kurz zuvor mit ihrer ausdrücklichen Genehmigung erbauten Hauses an. Der Eigentümer ist sich seiner Sache so sicher, dass er glaubt, es bedürfe keines Rechtsmittels. Aber er irrt. Die Behörde vollzieht ihre Verfügung pünktlich nach Ablauf der Rechtsmittelfrist.

Hier bringt § 839 Abs. 3 BGB den Eigentümer um jeden Ersatzanspruch. Seine Sorglosigkeit verdient natürlich Strafe. Es wäre abwegig das zu bestreiten. Aber über eine angemessene Kürzung des Schadensersatzanspruchs sollte nicht hinausgegangen werden. § 839 Abs. 3 BGB lehrt es jedoch anders. Massgebend war dabei nicht etwa die Überlegung, dass der im Rechtsmittelversäumnis liegende Beitrag des Gläubigers zur Schadensverursachung das Verschulden der amtspflichtwidrig handelnden Beamten stets so eklatant übersteige, dass die gerechte Abwägung ohne Ausnahme zum völligen Wegfall der Ersatzansprüche führen müsse. Es kam

dem BGB vielmehr vor allem darauf an, die alte persönliche Haftung der Beamten so gering als nur irgend vertretbar zu halten.

b) Bei der *Subsidiaritätsklausel* des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB stand das gleiche gesetzgeberische Motiv Pate. Mit ihr verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die persönliche Haftung der Beamten auf diejenigen Fälle zu begrenzen, in denen den Geschädigten nur der Zugriff auf den schuldigen Beamten übrig blieb. Der Beamte sollte mit anderen Worten nur in die Breschen springen müssen, die nicht durch andere Ersatzmöglichkeiten geschlossen werden. Solche anderweitigen Ersatzmöglichkeiten bieten dem Geschädigten insbesondere seine eventuellen Ansprüche aus der *Sozialversicherung* und aus einer *privatrechtlichen Schadensversicherung*<sup>22</sup>. Der haftpflichtige Staat darf daher den Geschädigten an seine Versicherung verweisen. Zahlt diese, so erlischt die Staatshaftung. Das gleiche gilt für Schäden, die mehrere in gemeinsamen Zusammenwirken verursachen. Hier haften die Schädiger *gesamtschuldnerisch*. Der Verletzte hat daher das Recht, nach seiner Wahl einen der Gesamtschuldner herauszugreifen und ihn für den gesamten Schaden in Anspruch zu nehmen. Ist jedoch die Amtspflichtverletzung eines Beamten mit im Spiel, so sehen die Dinge anders aus. Denn auch der Anspruch gegen die übrigen Mitglieder des Gesamtschuldnerkollegiums ist eine anderweitige Ersatzmöglichkeit. Das zwingt nicht nur den Gläubiger, den Staat mit seinen Forderungen zu verschonen, bis alle übrigen Gesamt-

---

<sup>22</sup> Dabei macht nur die *Lebensversicherung* eine Ausnahme. Da sie in erster Linie der Kapitalansammlung dient, hat sie das Reichsgericht aus dem Kreis der «anderweitigen Ersatzmöglichkeiten» ausgeschieden (RGZ 155, S. 186). Der Bundesgerichtshof machte die Lebensversicherung aber immerhin insofern für die Minderung der Staatshaftung fruchtbar, als er den Wegfall der laufenden Prämien im Rahmen eines Vorteilsausgleichs als Abzugsposten in die Berechnung des Schadens miteinbezieht, der den Hinterbliebenen zu erstatten ist (BGHZ 39, S. 249). Ähnliches gilt für die Lohnfortzahlung, welche der Arbeitgeber nach einem Gesetz vom 27. Juli 1969 (BGBl. I, S. 946) dem Arbeitnehmer während dessen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit für 6 Wochen schuldet. Diese Lohnfortzahlung ist kein Schadensersatz, sondern eine soziale Pflicht des Arbeitgebers. Daher sind Arbeitnehmer nicht gehindert, den Staat auf Ersatz zu verklagen, wenn sie von Beamten verletzt werden. Ihr Anspruch aus Art. 34 GG wird durch die Lohnfortzahlung nicht berührt. Er geht vielmehr aufgrund einer im Lohnfortzahlungsgesetz vorgesehenen *cessio legis* auf den Arbeitgeber über (vgl. dazu BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1974, S. 1767 f.).

schuldner kahl gepfändet sind. Der Staat scheidet vielmehr aus der gesamtschuldnerischen Haftungsgemeinschaft völlig aus. Deshalb entfällt seine Haftung nicht nur dem Gläubiger gegenüber. Sie entfällt auch im Innenverhältnis gegenüber seinen Mitschuldnern. Diese müssen den Schaden alleine tragen, ohne beim Staat für dessen Anteil an der Schadensverursachung Regress nehmen zu können. Für die Regressforderungen der Versicherungen, die für einen vom Staat verursachten Schaden aufzukommen haben, gilt das gleiche. Das Versicherungsrecht geht zwar davon aus dass die Ersatzansprüche der Versicherten gegen den Schädiger im Wege der *cessio legis* auf den Versicherer übergehen. Gegenüber dem Staat besteht aber kein solcher Ersatzanspruch, sofern der Schaden durch eine Versicherung abgedeckt ist. Daher gibt es auch hier (wie bei der Gesamtschuld) nichts, was von der versicherungsrechtlichen *cessio legis* erfasst werden könnte. Der Schaden bleibt somit bei der Versicherung hängen. Sie kann nur bei privaten Schädigern Regress nehmen. Den Rückgriff auf den Staat versperrt ihr § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>23</sup>.

Die Bedenken gegen dieses Privileg des Staates, mit haftungsbefreiender Wirkung auf die konkurrierenden Ansprüche gegen andere Mit- und Nebenschuldner verweisen zu dürfen, drängen sich geradezu auf. Es mochte ursprünglich, als das BGB mit diesem Schachzug die persönliche Haftung der Beamten verringerte, akzeptabel wirken. Denn der Gesetzgeber verfolgte damals mit ihm das Ziel, die Furcht der Beamten vor even-

<sup>23</sup> Hier liegt einer der Gründe, die die deutsche Verwaltung dazu bewegen, die Leistungen ihrer Daseinsvorsorge tunlichst öffentlich-rechtlich auszugestalten. Das mildert dort, wo vorzugsweise mit Körperschäden gerechnet werden muss, das Haftungsrisiko ganz erheblich. Denn die Heilungskosten trägt so gut wie immer eine Versicherung. In aller Regel fallen auch der krankheitsbedingte Verdienstausschlag und die Unterhaltsansprüche der Hinterbliebenen einer Versicherung zur Last. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB schlägt daher u.U. günstiger zu Buch als ein bei privatrechtlicher Leistungsform möglicher Haftungsausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen. Denn solche vertraglichen Haftungsausschlüsse können dort, wo die Verwaltung sie allzu ungehemmt einsetzt, von den Gerichten als sittenwidrig und damit als nichtig beiseite geschoben werden. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB indessen ist vor dieser Gefahr sicher. Seit freilich die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall eingeführt worden ist und der BGH klargestellt hat, dass sie nicht als «anderweitige Ersatzmöglichkeit» i.S. des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt (s. o. Fussnote 22), stimmt diese Rechnung nicht mehr ganz.

tuellen Ersatzpflichten zu dämpfen und die in ihrer Entschlussfreude zu stärken. Seit aber die Beamten aus ihrer persönlichen Haftung befreit worden sind und auch ihrem Dienstherrn nur noch für Vorsatz und Fahrlässigkeit haften, versagt dieses (ohnehin von Anfang an mehr beschwichtigende als überzeugende) Argument seinen Dienst. Dem Staat verschafft die Subsidiarität seiner Haftung eine ungerechtfertigte Bevorzugung vor allen übrigen zum Schadensersatz verpflichteten Schuldern. Sie führt im Ergebnis dazu, dass die von der Verfassung dem Staat auferlegte Haftung dort, wo sich anderweitige Ersatzmöglichkeiten bieten, an aussenstehende Dritte weitergeleitet wird, die mit dem Schaden nichts oder jedenfalls nicht soviel zu tun haben, dass es gerecht wäre, sie ganz auf ihm sitzen zu lassen.

Dass die Staatshaftung rechtsdogmatisch an die alte Beamtenhaftung angeseilt geblieben ist, erklärt lediglich, wie es zu diesem Kuriosum kommen, jedoch nicht, wieso es bis auf den heutigen Tag in Geltung bleiben konnte. Man muss sich das Resultat vor Augen halten, das dieses antiquierte von der Beamtenhaftung auf die Staatshaftung vererbte Muttermal in extremen Fällen auszulösen vermag. Dafür ein Beispiel :

Ein Bürger lässt sich eine leichte Fahrlässigkeit zuschulden kommen. Ein Beamter gesellt sich hinzu und treibt den Gang der Dinge mit grober Fahrlässigkeit so weit, dass ein Schaden von astronomischem Umfang entsteht.

Hier bewirkt das Zusammenspiel des Art. 34 GG mit § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, dass der minimale, für sich allein folgenlose und für den Schaden nur zu einem (freilich dem entscheidenden) Prozent mitursächliche Tatbeitrag des Bürgers den Staat von seiner Haftung für die restlichen von ihm zu vertretenden 99 % der Schadensursache befreit. Denn der Geschädigte darf sich erst dann an den Staat halten, wenn er nachweist, dass er aus dem zu 1 % mitschuldigen Bürger alles herausgeholt hat, was dieser unter Einsatz seines gesamten pfändbaren Vermögens abzuliefern vermag. Der Bürger dagegen wird an seiner solidarischen Haftung festgehalten. Das zeigt sich dann, wenn alle Mitschuldner des Staates vermögenslos sind und so der Gläubiger von ihnen keinen Ersatz zu erlangen vermag. In diesem Falle muss der Staat zahlen. Aber der Regress, den er seinen Mitschuldern nicht zu leisten

braucht, steht ihm ohne Einschränkung zu Gebote. Kommen seine Mitschuldner doch noch zu Geld, etwa durch eine Erbschaft, einen Lotteriegewinn etc., so kann der Staat also ungeniert auf sie zurückgreifen, und das ohne jede Rücksicht auf die bemerkenswerte Tatsache, dass er sich selbst mit keinem Pfennig an der Schadens-tilgung hätte beteiligen müssen, wenn die Mitschuldner von Anfang an über das erforderliche Geld verfügt hätten. Das alles klingt unglaublich. Aber es ist geltendes Recht.

### III — Die Ausweitung des Systems der öffentlich-rechtlichen Ersatzansprüche durch die höchstrichterliche Rechtsprechung

Die geschilderte Rechtslage kann nicht recht befriedigen. Aber Art. 34 GG und § 839 BGB lassen sich nicht einfach beiseite schieben. Immerhin haben unsere Gerichte aber einige Wege gefunden, auf denen es ihnen gelungen ist, die gesetzlichen Grenzen der Staatshaftung auszuweiten oder sie für einzelne Fälle zu umgehen. Das haben sie mit so vielschichtig verschiedenen und zum Teil auch so verschlungenen Methoden bewerkstelligt, dass ich sie hier nicht in der an sich gebotenen Ausführlichkeit beschreiben kann.

Insbesondere muß ich mir ein näheres Eingehen auf die Diskussion über die *öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung* versagen, die die deutsche Literatur lange Zeit beschäftigt hat<sup>24</sup>. Sie ist eine theoretische Auseinandersetzung geblieben. Denn der Bundesgerichtshof hat es stets abgelehnt, den Staat mit einer generellen Haftung für die von ihm geschaffenen Gefahrenlagen zu belasten<sup>25</sup>. Auch die Eigenheiten der Haftung des Staates für die *Verkehrssicherheit der öffentlichen Strassen und Gebäude* kann ich nur kurz streifen. Sie wurde vom Reichsgericht nicht aus der Hoheitsgewalt des Staates, sondern aus seiner Stellung als Eigentümer beziehungsweise Besitzer des Strassengrundes und seiner

<sup>24</sup> Ich verweise stattdessen auf **Ernst Forsthoff**, *ibid.* (Fussnote 1) S. 359 f.

<sup>25</sup> Vgl. z. B. BGHZ 54, S. 332 f. Es ging um einen Schaden, der durch das Versagen einer Verkehrsampel verursacht wurde. Da ein Verschulden nicht nachzuweisen war, schieden Amtshaftungsansprüche aus Art. 34 GG/§ 839 BGB aus. Eine vom Verschulden unabhängige Gefährdungshaftung lehnte der BGH ab, weil sie gesetzlich nicht vorgesehen sei und von einer Lücke im Gesetz nicht gesprochen werden könne.

Amtsgebäude hergeleitet und so als eine normale bürgerlichrechtliche Deliktshaftung angesehen. Auf diese Weise wurde die sogenannte Verkehrssicherungspflicht sowohl an § 839 BGB als auch an der damals noch gültigen persönlichen Haftung der Beamten vorbeigeleitet. Wiewohl seit der Ablösung der Beamtenhaftung durch die Staatshaftung für diese seltsame Unterscheidung zwischen der Verletzung einer Amtspflicht und der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht kein rechter Anlass mehr besteht<sup>26</sup>, ist es dabei im Prinzip bis auf den heutigen Tag geblieben<sup>27</sup>. Immerhin ist auf diese Weise ein nicht ganz unwichtiger Bereich der Staatstätigkeit von den Mängeln unseres Staatshaftungsrechts verschont geblieben<sup>28</sup>. Aber auch das ist nicht ohne lästige Komplikationen abgegangen<sup>29</sup>, auf die hier aber nicht näher eingegangen werden kann. Denn es gibt zwei Punkte, die grössere Aufmerksamkeit verdienen.

1. Der erste dieser beiden Punkte betrifft die Haftung der öffentlichen Hand aus sogenannten *quasi-vertraglichen öffentlich-rechtlichen Sonderschuldverhältnissen*. Was es damit auf sich hat, lässt sich am einfachsten am Beispiel der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung verdeutlichen, für die die deutschen Städte und Gemeinden in aller Regel ein kommunales Monopol für sich

<sup>26</sup> Darauf weist die Literatur auch immer wieder mit Nachdruck hin Vgl. z.B. Forsthoff, *ibid.*, S. 402 f.

<sup>27</sup> Vgl. z.B. BGHZ 24, S. 130.

<sup>28</sup> Das zeigt sich z.B. dann, wenn ein Bürger auf einer schadhafte Strasse zu Fall gerät. Hier haftet der Strassenträger auf Grund des § 823 BGB, ohne den Geschädigten auf anderweitige Ersatzmöglichkeiten verweisen zu können, d.h.: die Versicherung, die primär für den Schaden aufzukommen hat, kann beim Staat Regress nehmen. Anders dann, wenn der Schaden durch fehlerhafte Anordnungen eines Verkehrspolizisten verursacht wurde. Denn das betrifft nicht den **Zustand** der Strasse, sondern die Regelung des auf ihr ablaufenden Verkehrs. Daher hat es in diesem Falle bei der nur subsidiär eingreifenden Staatshaftung sein Bewenden.

<sup>29</sup> Es steht dem Gesetzgeber und der Verwaltung nämlich frei, die Verkehrssicherungspflicht auch abweichend von den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zu regeln. Das haben in jüngster Zeit einige Bundesländer ausgenutzt, indem sie die Verkehrssicherungspflicht für ihre Landesstrassen ausdrücklich den öffentlichen Recht und damit dem § 839 BGB unterstellt haben. Der Bund dagegen hat das für seine Strassen noch nicht getan. Es gilt daher für die Bundes- und die Landesstrassen unterschiedliches Recht; selbst für die Landesstrassen ist die Rechtslage nicht einheitlich geordnet.

in Anspruch nehmen. Die Städte verpflichten die Hauseigentümer, ihr Trinkwasser ausschliesslich vom kommunalen Wasserwerk zu beziehen und ihre Abwässer ausschliesslich in das kommunale Kanalisationsnetz einzuleiten. Dabei werden zwischen den Hauseigentümern und den Gemeinden keine Verträge geschlossen. Es gelten vielmehr kommunale Satzungen, die durch Verwaltungsakte vollzogen werden. Das bürgerliche Recht und seine Vorschriften über die vertragliche Haftung können daher nicht herangezogen werden. Es gilt allein das Haftungsrecht des Art. 34 GG. Das führt häufig zu ungerechten Ergebnissen.

So hatte der Bundesgerichtshof<sup>30</sup> z. B. über einen Schaden zu befinden, der einem Hauseigentümer dadurch entstand, dass der von der kommunalen Verwaltung mit dem Anschluss seines Hauses an das öffentliche Kanalisationsnetz beauftragte Handwerker schlechte Arbeit geleistet und eine Überflutung des Kellers mit Abwässern verschuldet hat.

In diesem Falle erschöpfte sich die Amtspflicht der Gemeinde auf die gewissenhafte Auswahl und die Überwachung des Handwerkers, und daran hatten es ihre Beamten nicht fehlen lassen. Daher schied ein Ersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung aus. Es wäre jedoch unbillig gewesen, den Hauseigentümer auf seinem Schaden sitzen zu lassen. Deshalb behalf sich der Bundesgerichtshof hier (ebenso wie in vielen anderen, ähnlich gelagerten Fällen) mit einer *analogen* Anwendung der Vorschriften des BGB über die Haftung aus privatrechtlichen Verträgen. Er begründete diese Analogie damit, dass es hier zwar nicht eigentlich um einen privatrechtlichen Vertrag, aber doch unverkennbar um eine *vertragsähnliche* Beziehung zwischen dem Bürger und der Verwaltung gehe, die es gestattet, über die rein deliktisch konstruierte Haftung des Art. 34 GG hinauszugreifen, um sie durch eine *quasi-vertragliche* Haftung des Staates zu ergänzen.

Einer solchen Transplantation des bürgerlichen Vertragsrechts auf die hoheitlich ausgeformte Tätigkeit der Verwaltung sind natürlich Grenzen gesetzt. Sie kommt nur dort in Frage, wo ein *besonders enges Verhältnis* zwischen dem Staat und dem einzelnen besteht, das beide nachhaltig miteinander verbindet, als das ge-

---

<sup>30</sup> Vgl. BGHZ 54, S. 299.

mein hin beim Gegenübertreten von Verwaltung und Bürger der Fall ist. Insbesondere muss es sich um ein Rechtsverhältnis handeln, das die Verwaltung dem Bürger gegenüber zu besonderer Fürsorge, Obhut oder Treue verpflichtet. Ausserdem müssen *besondere sachliche Gründe* dafür sprechen, die Verantwortlichkeiten unter Heranziehung der allgemein gültigen Rechtsgedanken des bürgerlichen Rechts anders zu verteilen, als dies in Art. 34 GG und § 839 BGB geschehen ist. Sind diese Voraussetzungen aber erfüllt, so lässt sich in der Tat durch Analogien zum bürgerlich - rechtlichen Vertragsrecht manches korrigieren, was der Gesetzgeber bei der Regelung der Staatshaftung nicht bedacht hat.

In dem Fall des fahrlässig handelnden Verwaltungsgehilfen konnte der Bundesgerichtshof so zum Beispiel auf die Vorschrift des § 278 BGB zurückgreifen, der im Bereich des Vertragsrechts die Partner verpflichtet, auch für die von ihren Erfüllungsgehilfen verschuldeten Schäden einzustehen, ohne ihnen einen (allein bei der deliktischen Haftung zugelassenen) Exkulpationsbeweis zu gestatten, oder ihre Haftung auf amtspflicht - oder weisungswidriges Verhalten ihres hoheitlich handelnden engeren Personals zu begrenzen, wie das Art. 34 GG tut. Mit ähnlichen Analogieschlüssen wendet der Bundesgerichtshof auch zahlreiche andere bürgerlich - rechtliche Normen auf die quasi - vertraglichen Schuldverhältnisse der Verwaltung an. Er lässt z.B. hier die kurze Verjährung des deliktischen Ersatzanspruchs aus Art. 34 GG nicht gelten und hält sich stattdessen an die sehr viel längeren Verjährungsfristen des Vertragsrechts. Ferner erlegt der Bundesgerichtshof der Verwaltung häufig quasi - vertraglich übernommene Erfüllungs - und Nebenpflichten auf, die weiterreichen als die sehr viel enger umrissenen Amtspflichten des einzelnen Beamten<sup>31</sup>.

Die Haftung aus quasi - vertraglichen Sonderschuldverhältnissen hat freilich die Amtshaftung aus Art. 34 GG keineswegs verdrängt, sondern nur ergänzt. Denn der Bundesgerichtshof stellt an sie strenge Anforderungen. Nach seiner Auffassung besteht z.B. zwar zwischen den zwangsweise in eine Heilanstalt eingewiesenen Geisteskranken und der Anstaltsleitung eine zu besonderer Fürsorge

---

<sup>31</sup> Vgl. BGHZ 17, S. 191: Eine Stadt wurde zum Ersatz des Schadens verurteilt, den eine Fabrik erlitten hatte, weil ihr zu stark gechlortes Trinkwasser geliefert worden war und das Wasserwerk versäumt hatte, das Unternehmen auf den erhöhten Chlorgehalt hinzuweisen.

verpflichtende quasi-vertragliche Beziehung, nicht aber auch zwischen dem Häftling und der Strafanstalt. Denn im Gefängnis sei die Fürsorge für den Sträfling nur eine Nebenpflicht, für die allein nach Amtshaftungsgrundsätzen gehaftet werde<sup>32</sup>. Ähnlich bei den öffentlichen Schulen. Auch sie haften nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ihren Schülern grundätzlich nur nach Art. 34 GG/§ 839 BGB<sup>33</sup>; quasi-vertragliche Sonderpflichten dagegen treffen sie lediglich in einigen Details<sup>34</sup>. Die eigentliche Domäne der quasivertraglichen Sonderschuldverhältnisse liegt dagegen bei den lebensnotwendigen Leistungen, die die Verwaltung den Bürgern anbietet, insbesondere natürlich bei denjenigen, für die sie ein Monopol genießt. Hier liegt auf der Hand dass die Garantien der deliktischen Staatshaftung nicht ganz ausreichen und schon deshalb durch vertragsähnliche Verantwortlichkeiten der Verwaltung ausgeweitet werden müssen, weil ein Ausweichen auf die sichereren vertraglich geregelten Verhältnisse des freien Markts nicht möglich ist.

2. Der zweite Punkt, der in diesem Zusammenhang zu erwähnen ist, betrifft die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur *Enteignung*. Die Enteignungsentschädigung ist zwar von Haus aus eine Entschädigung für *rechtmässige* Eingriffe des States in das private Vermögen und damit etwas grundlegend anderes als der Schadensersatz, den der Staat nach Art. 34 GG für das *rechtswidrige* Handeln seiner Organe zu leisten hat. Aus diesem Grund haben wir in Deutschland die Enteignung ursprünglich streng von der Staatshaftung unterschieden. Enteignungsentschädigungen billigten wir nur dem rechtmässig mit Vermögenseinbussen Belasteten zu. Wer rechtswidrig geschädigt wurde, erhielt Schadensersatz dagegen nur, wenn er eine *schuldhafte* Amtspflichtverletzung nachweisen konnte. Den rechtswidrigen, aber unverschuldeten Schaden indessen brauchte der Staat nicht zu ersetzen. Das war gerade

---

<sup>32</sup> Vgl. BGHZ 21, S. 214 f.

<sup>33</sup> Vgl. Neue Juristische Wochenschrift 1963, S. 1829.

<sup>34</sup> Z.B. bei der Obhut über die von den Schülern in die Schule mitgebrachten Sachen; so der BGH in der Neuen Juristischen Wochenschrift 1964, S. 1670. Es ging um ein goldenes Armband, das einer Schülerin abhanden kam, weil es die Lehrerin während des Turnunterrichts nicht ordentlich verwahrt hatte. Die Schülerin musste sich allerdings das mitwirkende Verschulden ihrer Eltern anrechnen lassen; denn das quasi-vertragliche Sonderschuldverhältnis belastet beide Seiten mit Pflichten.

die Quintessenz der Unterscheidung zwischen der Enteignung (Art. 14 GG) und der Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB).

Von der Differenzierung zwischen der rechtmässigen und der rechtswidrigen Vermögenseinbusse rückte der Bundesgerichtshof jedoch im Juni 1952 ab, als er über einige Klagen zu entscheiden hatte, mit denen Hauseigentümer Schäden liquidieren wollten, die ihnen aus der kriegsbedingten Zwangsbewirtschaftung ihrer Häuser entstanden waren. In das Haus eines der Kläger war eine Familie eingewiesen worden, die aber nicht einzog und so auch keine Miete zahlte. Diesen Mietausfall hätte das Wohnungsamt verhindern müssen. Aber es hatte getan, was es konnte. Daher traf das Amt kein Verschulden. In einem zweiten Fall war einem Mieter eine Wohnung zugeteilt worden, den der Hauseigentümer von Rechts wegen nicht hätte aufzunehmen brauchen. Dieser Mieter blieb mit der Miete im Rückstand. Auch hier konnte dem Wohnungsamt keine Schuld zur Last gelegt werden. In beiden Fällen scheiterte der Schadensersatzanspruch aus Art. 34 GG also am fehlenden Verschulden des Wohnungsamtes. Auch eine Enteignungsentschädigung schied aus, weil beide Kläger rechtswidrig geschädigt worden waren. Wären allerdings die Mieter rechtmässig eingewiesen worden, so wäre das eine entschädigungspflichtige Enteignung gewesen. Denn als Enteignung gilt nach deutschem Recht jeder rechtmässige Eingriff in die vermögenswerten Rechte des einzelnen, der über die allen Eigentümern gleichmässig auferlegten sozialen Beschränkungen des Eigentums hinausgeht. Ein solcher *Eingriff* aber lag in beiden Fällen eindeutig vor. Er konnte nur deshalb nicht als Enteignung anerkannt werden, weil er zu einem rechtswidrigen Erfolg geführt hat. Bei strikter Anwendung der traditionellen Regeln über die Enteignung und die Staatshaftung wären die Kläger also mit ihren Ansprüchen genau in der Lücke hängengeblieben, die unsere Rechtsordnung zwischen der Enteignung für rechtmässige Eingriffe und der Staatshaftung für rechtswidrige Schäden offengelassen hat, nämlich in das Loch, das durch die Kombination der Kriterien «schuldlos» aber «rechtswidrig» aufgerissen wird.

Dieses Resultat hielt der Bundesgerichtshof indessen mit Recht für unbillig. Deshalb hat er es korrigiert, indem er der rechtmässigen Enteignung und der rechtswidrigen Amtspflichtverletzung kurzerhand als neuen, *dritten* ersatzpflichtigen Tatbe-

stand den sogenannten *enteignungsgleichen Eingriff* hinzugesellte<sup>35</sup>. Damit wollte der Bundesgerichtshof zunächst nur den «*ohne Rechtsgrundlage, jedoch schuldlos von hoher Hand*» dem einzelnen zugefügten Schaden abdecken und auch das nur dann, wenn dieser Schaden auf einem Eingriff beruht, der eine Enteignung darstellen würde, wenn er rechtmässig wäre. Aber dabei ist das Gericht nicht stehengeblieben. Wenig später hat es auch den *schuldhaften* rechtswidrigen Eingriff der Enteignung gleichgestellt<sup>36</sup>, um sodann auch von der anfangs noch mit Nachdruck betonten Voraussetzung abzurücken, dass als enteignungsgleich nur *gezielte* Eingriffe in das private Vermögen anerkannt werden können. Statt der *Finalität* des Eingriffs verlangt der Bundesgerichtshof seither nur einen *unmittelbaren* Zusammenhang zwischen dem rechtswidrigen hoheitlichen Handeln und dem Schaden, den es dem Betroffenen zufügt<sup>37</sup>. Deshalb gewährt er die Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff nunmehr «*für alle rechtswidrigen, beabsichtigten oder nicht beabsichtigten, verschuldeten oder nicht verschuldeten, gezielten oder ungezielten hoheitlichen Rechts- oder Realakte, durch die unmittelbar eine vermögenswerte, durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition beeinträchtigt wird*»<sup>38</sup>. Auch für seine Eingriffe in *nicht vermögenswerte*, aber durch die Verfassung ebenso wie das Eigentum geschützte Rechte muss der Staat nach den gleichen Prinzipien Entschädigungen leisten. Wir sprechen dort, wo das Leben, die Gesundheit und die Freiheit des einzelnen rechtswidrig verletzt werden, zwar nicht von enteignungsgleichen Eingriffen, weil sich diese Rechtsgüter nicht unter den materialistischen Begriff des Eigentums pressen lassen. Wir verwenden stattdessen hier den Begriff der *Aufopferung*. Aber der Anspruch auf Aufopferung unterscheidet sich nicht nennenswert vom Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff<sup>39</sup>.

Mit ihrer Ausdehnung auf rechtswidrige wie schuldhafte Eingriffe sind die Aufopferung und der enteignungsgleiche Eingriff

<sup>35</sup> BGHZ 6, S. 270 f.

<sup>36</sup> Vgl. BGHZ 7, S. 296 und BGHZ 13, S. 88 f.

<sup>37</sup> BGHZ 37, S. 44 f.

<sup>38</sup> So der vom Bundesminister der Justiz und vom Bundesminister des Innern herausgegebene Kommissionsbericht «Reform des Staatshaftungsrechts» vom Oktober 1973, S. 39, Ziff. 2.2.3.

<sup>39</sup> Vgl. dazu F. Krefl, Aufopferung und Enteignung - Begriffe und Grundsätzliches in der Rechtsprechung des BGH, 1969.

tief in den Bereich eingedrungen, der ursprünglich allein durch Art. 34 GG und § 839 BGB geregelt worden war. Daher trifft es nicht mehr zu, dass der Staat für das rechtswidrige, aber schuldlose Handeln seiner Verwaltung nicht einzustehen brauchte. Denn das Fehlen eines Verschuldens bringt lediglich den Anspruch aus Art. 34 GG und § 839 BGB zum Wegfall, lässt aber den Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff oder Aufopferung unberührt. Der Staat muss also seit 1952 in aller Regel auch für das schuldlose rechtswidrige Verwaltungshandeln geradestehen. Zwar gibt es noch immer Fallkonstellationen, in denen nur die Verschuldenshaftung des Art. 34 GG zum Tragen kommt. Sie sind aber zur Ausnahme geworden. Im grossen Ganzen können sie sich lediglich dort noch einstellen, wo das pflichtwidrige Verhalten eines Beamten nur mittelbar zum Schaden führt.

Also z.B. in dem bereits erwähnten Fall der Baubehörde, die den Einsturz eines Neubaus mitverschuldet, weil sie ihre Pflicht zur Kontrolle der Baupläne allzu nachlässig erfüllt hat<sup>40</sup>. Denn hier ist der Architekt, der die Pläne angefertigt hat, der unmittelbare Schadensverursacher.

Ferner hat es allein bei der Staatshaftung aus Art. 34 GG sein Bewenden, wenn die Amtspflichtverletzung statt in einem *Eingriff* - also einem positiven Tun - nur in einem rechtswidrigen *Unterlassen* besteht. Denn Enteignungen durch *rechtmässige Untätigkeit* sind nicht denkbar. Deshalb wollen unsere Gerichte das *rechtswidrige Unterlassen* auch nicht als enteignungsgleichen Eingriff anerkennen<sup>71</sup>. Das wirkt folgerichtig, führt aber dennoch zu sonderbaren Konsequenzen.

---

<sup>40</sup> Vgl. dazu auch das oben (FN 25) bereits erwähnte Urteil in BGHZ 54, S. 332 (338), wo der BGH den Amtshaftungsanspruch für den durch das Versagen einer Verkehrsampel verursachten Schaden wegen des fehlenden Verschuldens der Verwaltung scheitern liess und auch einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff ausschloss, weil das Versagen der Ampel nicht unmittelbar, sondern «erst durch das Hinzutreten weiterer Umstände» zum Schaden führte. Daher lag kein Eingriff in das Eigentum des Geschädigten, sondern nur eine Gefahrenlage vor, die «im weiteren Verlauf tatsächlich zu Schäden führte».

<sup>41</sup> Vgl. dazu BGHZ 56, S. 40 f.

Eine rechtswidrige, aber schuldlose Impfung z. B. führt ohne weiteres zur Aufopferungs-Entschädigung. Es beeinträchtigt den Betroffenen also nicht sonderlich, wenn hier sein Anspruch aus Art. 34 GG am fehlenden Verschulden scheitert. Schäden aus einer nicht minder rechtswidrigen Zurückweisung von einer Impfung indessen werden dem Betroffenen nur ersetzt, wenn ihm der Verschuldensnachweis glückt. Aufopferungsansprüche dagegen soll er nicht geltend machen können. So jedenfalls die zur Zeit noch herrschende Meinung.

Es macht sich aber inzwischen die Tendenz bemerkbar, auch dem enteignungsgleichen Eingriff durch Unterlassen in vorsichtigem Tasten näherzutreten. Eine auch nur einigermaßen endgültige Klärung dieses Problems ist freilich noch nicht in Sicht.

Auch auf einem anderen Felde tapen wir noch im Nebel. Denn wir haben noch keine vollständige Klarheit darüber gewonnen, wie es um den enteignungsgleichen Eingriff und die Aufopferung dort bestellt ist, wo das geltende Recht die Haftung des Staates für das schuldhafte Handeln seiner Organe ausdrücklich ausschliesst. So soll zwar der Ausschluss der Staatshaftung für die Fehlurteile der Justiz auch eventuellen Ansprüchen aus enteignungsgleichem Eingriff durch Richterspruch entgegenstehen<sup>42</sup>. Umstritten ist dagegen, ob die Subsidiarität der Staatshaftung auf den Entschädigungsanspruch aus rechtswidrigem enteignungsgleichem Eingriff durchschlägt<sup>43</sup>, oder ob wenigstens dieser Anspruch von den Versicherungen und Mitschuldern im Wege des Regresses dem Staat gegenüber geltend gemacht werden kann<sup>44</sup>. Es wäre daher voreilig, sich damit zufriedenzugeben, daß die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum enteignungsgleichen Eingriff alle Probleme gelöst und uns eine - wenigstens im Ergebnis - sachgerechte und vollständige Haftung des Staates für das von ihm verursachte Unrecht beschert habe. Die Reform des Staatshaftungsrechts bleibt vielmehr auf der Tagesordnung.

---

<sup>42</sup> So BGHZ 50, S. 14 (19 f.).

<sup>43</sup> So BGHZ 28, S. 297 f. (302) und **B. Bender**, *ibid.* (Fussnote 1), s. 291.

<sup>44</sup> So z.B. **K. Sieg**, bei **Bruck - Möller**, Kommentar zum Versicherungs-Vertragsgesetz, Bd. II, 1970 § 67 Anm. 31.

## IV — Die Reformpläne der Bundesregierung

An der Reform des deutschen Staatshaftungsrechts wird zur Zeit auch energisch gearbeitet. Der erste greifbare Erfolg liegt in der Gestalt eines Gesetzesentwurfs vor, den eine vom Bundesjustiz- und vom Bundesinnenministerium eingesetzte Kommission aus Wissenschaftlern und Praktikern im Oktober 1973 fertiggestellt hat<sup>45</sup>. Dieser Entwurf will Art. 34 GG und § 839 BGB durch ein neues Staatshaftungsgesetz ersetzen. Sein vordringlichstes Ziel ist es dabei, die Staatshaftung aus ihrer historisch bedingten Abhängigkeit von der persönlichen Haftung der Beamten zu erlösen. Die *Amtspflichtverletzung des Beamten* spielt in diesem Entwurf daher keine Rolle mehr. An ihre Stelle ist die *Verletzung der Rechte des einzelnen durch die öffentliche Gewalt getreten*. Über die schuldigen Beamten dagegen sagt der Entwurf in seinem § 1 Abs 3 lediglich:

«Personen, durch die der Träger öffentlicher Gewalt die Rechtsverletzung begeht, *haften dem Verletzten nicht*».

Den § 839 BGB will der Entwurf ersatzlos aufheben. Er braucht diese Vorschrift nicht mehr länger. Denn er will das Seil, mit dem die Staatshaftung bislang an die Beamtenhaftung des § 839 BGB angebunden war, endgültig durchschneiden und von der Haftung für das pflichtwidrige *Verhalten* der Beamten zur Haftung für den rechtswidrigen *Erfolg* des hoheitlichen Staatshandelns übergehen<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Der Entwurf ist unter dem oben in Fussnote 38 angegebenen Titel als Buch veröffentlicht worden. Er hat in der deutschen Fachpresse eine lebhafte Diskussion in Gang gebracht. Unter anderem beschäftigen sich mit ihm: **Prodromos Dagtoglou** im «Verwaltungsarchiv» Bd. 65 (1974), S. 345 f., **Fritz Hauelsen** in: «Die öffentliche Verwaltung», 1974, S. 454 f. und **Hans Jürgen Papler**, im «Deutschen Verwaltungsblatt», 1974 S. 573 f. Nach Abschluss des Manuskripts haben das Bundesjustiz- und das Bundesinnenministerium den Kommissions-Entwurf vom Oktober 1973 überarbeitet und als «Referenten-Entwurf» im September 1976 ebenfalls unter dem Titel «Reform des Staatshaftungsrechts» neu veröffentlicht.

<sup>46</sup> Mit der fiskalischen Haftung des Staates befasst sich der Entwurf nicht. Hier wird nur der Wegfall des § 839 BGB zu einer Änderung führen. Denn mit § 839 BGB werden auch die bisherigen Haftungsprivilegien der Beamten bei ihrem nicht hoheitlichen Handeln beseitigt werden. Es bleibt zwar bei der im fiskalischen Bereich gültigen Eigenhaftung der Beamten (s.o. Ziff. II/1 b). Aber die Beamten werden dabei den Arbeitern und Angestellten des öffentlichen Dienstes gleichgestellt werden.

Einige der intrikaten Probleme, die ich im ersten Teil meines Berichts schilderte, werden damit obsolet werden. Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff wird uns künftig ebensowenig weiterbeschäftigen wie die Abgrenzung der Amtspflichten der einzelnen Beamten. Die Frage dagegen, ob die Amtspflichten der Beamten den Geschädigten oder nur der Allgemeinheit bzw. dem Dienstherrn gegenüber obliegen, räumt der Entwurf nicht gänzlich aus dem Weg, sondern kleidet sie nur in ein anderes Gewand. Künftig wird es darauf ankommen, ob der Staat den Geschädigten in einem *subjektiven Recht* verletzt oder ob er ihm nur *Chancen und Gelegenheiten* entzieht, auf deren Bestand oder Nutzbarkeit dem einzelnen kein Rechtsanspruch zusteht. Aber in dieser Fassung wird die Grundfrage der Staatshaftung - die Frage, wofür gehaftet wird - sachgerechter formuliert, als das bislang der Fall war. Denn das subjektive Recht und seine Verletzung sind Denkfiguren, die wir im Prozessrecht als Voraussetzung verwaltungsgerichtlicher Klagen und im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Eigentumschutz schon seit langem kennen. Mit ihnen wird daher auch die Staatshaftung den Strukturen anderer, verwandter Rechtsgebiete angeglichen werden.

Es würde zu weit führen, den gesamten Reformentwurf hier Revue passieren zu lassen. Lediglich seine wichtigsten Neuerungsverschlüsse seien abschliessend kurz erwähnt :

1. Als wohl tiefgreifendste Neuerung strebt der Entwurf die *Aufhebung des Verschuldensprinzips* an. Die Kommission begründet das mit der «sowohl faktischen als auch rechtlichen Überlegenheit der öffentlichen Gewalt über die ihr unterworfenen Bürger». Denn der hoheitlichen Macht des Staates sei der Bürger in der Regel wehrloser ausgesetzt als im privatrechtlichen Verkehr dem rechtswidrigen Handeln der ihm gleichgestellten Rechtsgenossen. Ausserdem sei der Staat verpflichtet, die subjektiven Rechte des einzelnen zu achten und sie vor Verletzungen zu bewahren. Das rechtfertige es, den Staat auch für solche Rechtsverletzungen haften zu lassen, die nicht auf das Verschulden eines Amtsträgers zurückgeführt werden können. Der Entwurf ist darin konsequent. Er geht daher so weit, dem Staat auch die Haftung für «*das Versagen seiner technischen Einrichtungen*» aufzuerlegen, ohne noch darauf abzustellen, ob dabei *menschliches Versagen* mitwirkte (§ 1 Abs. 2).

2. Das Verschuldensprinzip soll freilich nicht gänzlich beseitigt werden. Auch wenn es beim *Entstehen* von Staatshaftungsansprüchen keine Rolle mehr spielen wird, so hält der Entwurf doch eine Stufe tiefer bei der *Berechnung* dieser Ansprüche weiterhin an ihm fest. Denn nach § 2 Abs. 2 des Entwurfs wird der Staat nur den *vorätzlich* oder *grob fahrlässig* herbeigeführten Schaden noch in voller Höhe ersetzen müssen. Im übrigen aber mindest der Entwurf die Ersatzpflicht des Staates,

«soweit dies wegen der Geringfügigkeit der Rechtsverletzung oder eines etwaigen Verschuldens, wegen der mangelnden Vorhersehbarkeit des Schadens, wegen seiner unverhältnismässigen Höhe oder aus ähnlichen Gründen angemessen ist».

Mit dieser Minderung der staatlichen Ersatzpflicht geht der Entwurf ganz erheblich hinter die bisherige Rechtslage zurück. Denn für die nur *leicht fahrlässig* von seinen Amtsträgern verursachten Schäden muss der Staat zur Zeit noch in voller Höhe geradestehen. Da das BGB die leichte Fahrlässigkeit im übrigen nirgendwo mit Haftungsrabatten honoriert und selbst bei der Gefährdungshaftung vollen Schadensersatz gewährt, solange die im Einzelfall gesetzlich fixierten Höchstsummen nicht überschritten werden, stellt der Entwurf den Staat mit der angestrebten Haftungsmilderung nach Billigkeitsgrundsätzen unter ein (für mein Empfinden) allzu exceptionelles Sonderrecht. Ich könnte mich damit anfreunden, die Ersatzpflicht des Staates bei *schuldloser* Schadensverursachung zu mildern. Sobald aber Fahrlässigkeit mit im Spiel ist, verlangt meines Erachtens der Gedanke Beachtung, dass der Staat die gleiche Haftung zu übernehmen hat wie seine Bürger. Jedenfalls will mir nicht einleuchten dass der Bürger, der den Staat leicht fahrlässig schädigt, stets vollen, durch keinen Rabatt verbilligten Ersatz zahlen soll, während im umgekehrten Fall der Staat dem Bürger gegenüber seine Ersatzpflichten wegen leicht fahrlässig begangenen Unrechts «angemessen» soll kürzen dürfen. Mir ist trotz langem Überlegen kein Argument eingefallen, das diesen Widerspruch überzeugend rechtfertigen könnte.

Ausserdem ist zu befürchten, dass die Minderung der Ersatzpflicht nach Billigkeitsgesichtspunkten allzuviel Rechtsunsicherheit heraufbeschwören wird. Denn wer soll berechnen, was dem Bür-

ger im Einzelfall als *angemessene* Schadensquote zusteht? Das lässt sich - wie der deutsche Volksmund sagt - lediglich «über den Daumen peilen». Festen Boden bekommt nur unter die Füße, wer um seine Quote bis zur letzten Instanz prozessiert. Prozesse aber dauern lange. Ausserdem kosten sie Geld. Das kann leicht dazu führen, daß sich gerade diejenigen, die auf die Ersatzleistungen des Staates am dringendsten angewiesen sind, am raschesten zum Abschluß außergerichtlicher Vergleiche genötigt sehen. Zum einen könnte die vorgesehene Ersatzminderung daher die Zahl der Staatshaftungsprozesse gewaltig ansteigen lassen. Zum anderen steht zu besorgen, dass der Staat gegenüber den wirtschaftlich Schwachen, die nicht bis zur letzten Instanz zuwarten können, nach dem Motto taktiert: «Dimidium dat, qui cito dat»<sup>46a</sup>.

3. Uneingeschränkter Beifall verdient der Entwurf dagegen mit seinem Bestreben, auch die *Naturalrestitution* in das Staatshaftungsrecht einzuführen. Denn sein § 3 will den Geschädigten die Wahl zwischen dem Ersatz in Geld und einem Anspruch auf Wiederherstellung der rechtswidrig veränderten faktischen oder rechtlichen Zustände lassen. Umgekehrt soll nach § 4 des Entwurfs auch der Staat vom Schadensersatz in Geld auf die Naturalrestitution ausweichen dürfen, sofern das möglich und dem Geschädigten zuzumuten ist.

Das künftige Nebeneinander von Geldersatz und Naturalrestitution zwingt allerdings zu einer Korrektur unseres Prozessrechts. Die Aufspaltung des Rechtswegs zu den Zivilgerichten für den Anspruch auf Geld und zu den Verwaltungsgerichten für den Anspruch auf Aufhebung rechtswidriger hoheitlicher Massnahmen lässt sich nicht mehr länger aufrechterhalten, wenn diese beiden Ansprüche austauschbar miteinander konkurrieren. Daher soll der Staatshaftungsanspruch jeweils dem Gericht zugewiesen werden,

<sup>46a</sup> Der oben (Fussnote 45) erwähnte neue Entwurf von 1976 hat daher auf die problematische Schadensminderung verzichtet. Er sieht nur noch einen Haftungsausschluss für solche Schäden vor, «die auch bei Beachtung äusserster Sorgfalt nicht hätten vermieden werden können». Selbst dabei aber macht er eine gewichtige Einschränkung: Für Verletzungen seiner «Pflicht zum Schutze des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit, der Freiheit der Person, der Berufsfreiheit oder des Eigentums» soll der Staat nach § 2 Abs. 3 des neuen Entwurfs ohne jede Rücksicht auf das Verschulden seiner Amtsträger stets in vollem Umfang haften.

«das für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Ausübung öffentlicher Gewalt zuständig ist» (§ 24). Die Rechtslage wird dadurch zwar nicht gerade vereinfacht. Zur Kontrolle über die öffentliche Gewalt sind nämlich nicht nur die allgemeinen Verwaltungsgerichte zuständig. Neben ihnen wachen auch die Finanzgerichte über die Steuerbehörden und die Sozialgerichte über die öffentlichen Versicherungsträger. Ausserdem sind in einigen Punkten auch die Zivilgerichte und die Arbeitsgerichte an der Kontrolle über die öffentliche Gewalt beteiligt. Daher werden sich künftig statt eines Gerichtszweigs alle Gerichte mit Staatshaftungssachen zu beschäftigen haben. Was das an Komplikationen mit sich bringt, wird aber dadurch ausgeglichen werden, dass im konkreten Fall jeweils ein und dasselbe Gericht sowohl über den Schadensersatz als auch über die Vorfrage nach der Rechtmässigkeit des hoheitlichen Handelns entscheidet.

4. Einiges vom traditionellen Bestand der Staatshaftung findet sich auch in dem Reformentwurf wieder. So soll am Haftungsausschluß bei *Rechtsmittelversäumung* und an dem *Spruchrichterprivileg* des § 839 Abs. 2 BGB festgehalten werden. Zur Begründung weist die Kommission darauf hin, beides verhindere, dass abgeschlossene Rechtsstreitigkeiten mit Haftungsklagen fortwährend aufs Neue wieder aufgerollt werden. Das sei zur Sicherung des Rechtsfriedens geboten.

Die *Subsidiarität* der Staatshaftung dagegen fand vor den Augen der Kommission erwartungsgemäß keine Gnade. In der Begründung des Entwurfs heisst es daher kurz und bündig:

«Die Staatshaftung darf nicht subsidiären, sie muss primären Charakter haben».

Hält man sich die eigenartigen Konsequenzen vor Augen, zu der die Subsidiarität der Staatshaftung zur Zeit noch führt<sup>47</sup>, so erübrigt sich in der Tat jede weitere Begründung. Nur ein Hinweis sei gestattet: Die Regressansprüche der Versicherungen, die für einen vom Staat verursachten Schaden einzuspringen haben, wird der Entwurf zwar nicht mehr länger ausschliessen, aber noch immer um die Quoten beschneiden, um die der Staat bei leichter Fahrlässigkeit seine Haftung mindern kann. Bis zur vollkomme-

<sup>47</sup> S.o. Ziff. II/3 b.

nen primären Haftung des Staates dringt also auch der Entwurf nicht vor.

5. Noch ein letzter Punkt verdient Aufmerksamkeit: Die Haftung des Staates für das *legislative Unrecht* hat der deutschen Jurisprudenz während der letzten Jahre viel Kopfzerbrechen bereitet. Man hegte Zweifel, ob die Parlamentsabgeordneten bei der Verabschiedung von Gesetzen als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne handeln. Ferner herrschte Streit darüber, ob sich aus der Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung Amtspflichten der Abgeordneten herleiten lassen, die ihnen gegenüber den Adressaten der Gesetze obliegen. Diese Bedenken macht der Entwurf mit seiner Umwandlung der Staatshaftung von einer Haftung für das Verhalten der Beamten in eine Erfolgshaftung gegenstandslos. Der Haftung des Staates für die von ihm durch seine Gesetze angerichteten Schäden wird daher nichts Grundsätzliches mehr im Wege stehen. Soweit untergesetzliche *Rechtsverordnungen* und *Satzungen* Schaden stiften, wird daher für ihn genau in der gleichen Weise Ersatz zu leisten sein wie für den durch Individualakte der Exekutive verursachten Schaden.

Die förmlich vom Parlament verabschiedeten Gesetze indessen werden nach wie vor eine Sonderstellung einnehmen. Denn für sie hat Art. 100 Abs. 1 des Grundgesetzes das richterliche Prüfungsrecht eingeengt. Halten die Gerichte förmliche Parlamentsgesetze für verfassungswidrig, so dürfen sie sich nicht aus eigener Machtvollkommenheit über ihre Rechtsnormen hinwegsetzen. Sie müssen das betreffende Gesetz vielmehr dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorlegen. Daran kommen die Gerichte natürlich auch bei ihren Entscheidungen in Staatshaftungssachen nicht vorbei. Daher setzt die Haftung des Staates für die rechtswidrigen Folgen verfassungswidriger Parlamentsgesetze eine ausdrückliche Aufhebung dieser Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht voraus. Solange der Spruch des Bundesverfassungsgerichts noch aussteht, muss dagegen von der Verfassungsmässigkeit dieser Gesetze ausgegangen werden.

§ 6 Abs. 1 des Entwurfs macht daher die Haftung des Staates für das rechtswidrige Handeln des Gesetzgebers von einem vorherigen verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren abhängig. Ausserdem schiebt der Entwurf die Haftung für 1 1/2 Jahre

auf, um dem Gesetzgeber Zeit für eine generelle, alle Geschädigten in gleicher Weise treffende Schadensbereinigung zu gewähren. Individuelle Ersatzansprüche dagegen gewährt der Entwurf erst, wenn der Gesetzgeber die Frist von 1 1/2 Jahren ungenutzt verstreichen lässt. Das ist eine sehr ausgewogene Regelung, die sowohl den Eigenheiten des gesetzlichen Unrechts als auch den Belangen der von ihm mit Schäden Belasteten gerecht wird.

### GESETZESTEXTE

#### Artikel 34 des Bonner Grundgesetzes von 1949

Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.

#### § 839 BGB

(1) Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

(2) Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

(3) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

**§ 831 BGB**

(1) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

(2) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

**§ 89 BGB**

Die Vorschrift des § 31 findet auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes entsprechende Anwendung.

**§ 31 BGB**

Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

## ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN ÖZEL HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ\*

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN

### I. GENEL OLARAK ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

#### Özel Hayatın Gizliliği Kavramı

Özel hayatın gizliliği, bütün modern demokratik sistemlerde benimsenmiş bir anayasa hukuku ilkesidir. Bu kavram, genellikle, kişinin üstünün, özel kâğıt ve eşyasının aranmaması ve bunlara el konulamaması; konutuna girilememesi; ve özel haberleşmelerinin gizliliğine dokunulamaması gibi üç unsuru kapsar. T.C. Anayasası da, 15, 16 ve 17'nci maddelerinde, sırasıyla bu unsurları güvence altına almıştır. Burada üzerinde duracağımız ana konu, özel «haberleşmeler»in gizliliği olmakla beraber, aslında saydığımız her üç kişi hakkının aynı temel amaca yönelik olduğunu unutmamak gerekir. Bu amaç, insan kişiliğinin serbestçe gelişmesine olanak vermek üzere, ona, kendisi ve yakınları ile başbaşa kalabileceği, devletçe ve başkalarınca tedirgin edilemeyeceği bir özel dünya, bir özerk alan sağlamaktır. Nitekim Anglo - Amerikan hukukunda «privacy» adı verilen ve dilimize «mahremiyet» olarak çevrilmesi belki de daha uygun düşebilecek olan kavram<sup>1</sup>, özel hayatın korunmasındaki bu üç unsuru içine almaktadır. Biz, aynı kavramı, «özel hayatın gizliliği» şeklinde ifade etmeyi daha uygun buluyoruz; fakat bu terimi, Anayasamızın 15'inci maddesinin kenar başlığının akla getirdiği gibi sadece kişinin üstünün, özel kâğıt ve eşyasının

\* Bu makale, İstanbul Barosunun 2 Haziran 1975 tarihinde düzenlediği «Gizli Dinleme ve Hukuk» konulu panelde sunulan tebliğin gözden geçirilmiş şeklidir.

<sup>1</sup> Amerikan literatüründe bu hakka, «yalnız bırakılma hakkı» (*the right to be let alone*) adı da verilmektedir.

aranamaması ve bunlara el konulamaması anlamında değil, aynı zamanda konut dokunulmazlığını ve özel haberleşmelerin gizliliğini de kapsayacak şekilde kullanıyoruz.

Özel hayatın gizliliğinin korunması, bireye değer veren bütün siyasal sistemlerde, gerçek bir sosyal ve psikolojik ihtiyacın sonucudur. Simmel, R. E. Park, Kurt Lewin ve Erving Goffman gibi sosyologlara göre, bireyin başkalarıyla olan ilişkileri, gizlilik veya açıklık dereceleri bakımından, içiçe geçmiş birtakım bölgelere, ya da çemberlere benzetilebilir. «Çekirdek benlik» (*core self*) denilebilecek olan en iç çember, kişinin normal durumlarda hiçbir kimseyle paylaşmadığı mutlak sırları, onun en gizli duygularını, düşüncelerini, ümitlerini, korkularını, dileklerini içine alır. Bu çember, bireyin tam anlamıyla kendisiyle başbaşa kalacağı bir alan, onun kişiliğinin nihaî sığınağıdır. İkinci çemberde, kişinin kural olarak ancak en yakınlarına açacağı nisbî sırlar vardır. Daha sonra, arkadaş ve dostlar çevresiyle paylaşılan duygu ve düşünceler çemberi gelir. En dışta, kişinin herhangi bir kimseye açıklamaktan veya kamunun bilgisine sunmaktan çekinmediği konular bulunmaktadır (Westin, 1970: 33; Özsunay, 1974: 91 - 93).

Bireyin «çekirdek benliği»ne zorla veya psikolojik yöntemlerle girilmesi, mutlak sırlarının başkalarınca öğrenilmesi, onun için en büyük bir tehdittir. Bu duruma uğrayan birey, kendisini toplum karşısında çıplak kalmış, alay ve ayıplama konusu olmuş, sırlarını öğrenenlerin elinde oyuncak haline gelmiş hisseder. Sırlarının öğrenilmesi yüzünden ruhsal bozukluklar geçirmiş, hattâ intihar etmiş kişiler çok görülmüştür. Özel hayatın gizliliğinin korunması, bireysel özelliklerin ve bireysel seçme (tercih) hürriyeti bilincinin gelişmesi bakımından da zorunludur. Birey, kime, neyi, ne zaman açıklayacağını, neleri kendisine saklı tutacağını kendi hür iradesiyle belirleyemiyorsa, seçmede bulunma, kendi hayatına dileğince yön verme hürriyetinden de geniş ölçüde yoksundur. Nihayet, toplumun kültür ve düşünce hayatının gelişmesi de, özel hayatın gizliliğinin korunmasına gerek gösterir. Birçok düşünceler, görüşler ve sanat eserleri, kamuya açıklanacak biçime ulaşmadan önce, bireyin kendi iç dünyasında bir olgunlaşma sürecinden, tâbir caizse bir «ku-luçka devresi»nden geçmek zorundadır (Westin, 1970: 33 - 34).

Özel hayatın gizliliğini, kamu işlerindeki gizlilik (*secrecy*) kavramından ayırmak gerekir. Aşağıda da açıklayacağımız gibi, bu iki kurum, farklı amaçlara hizmet ederler. Hattâ bir bakıma, araların-

da ters yönlü bir ilişkinin varlığından söz edilebilir. Gerçekten, genellikle kamu işlerinde gizliliğe en az yer veren rejimler, özel hayatın gizliliğine en çok saygı gösterenlerdir. Kamu işlerinin önemli bir bölümünün gizli yürütüldüğü rejimler ise, özel hayatın gizliliğine fazla değer vermeme eğilimindedirler. İki kurum arasında, başka bir bakımdan da ayırım yapmak mümkündür. Kamusal işlemlerin gizliliğinde kanun, sahip olunan bilginin açığa vurulmasını yasaklar. Özel hayatın gizliliğinde ise, özel hayat kapsamına giren hususların açığa vurulup vurulmaması, ilgili kişinin kendi serbest takdirine bağlıdır. Burada kanunun yasakladığı şey, kişinin mahremiyetine onun iradesi dışında, zorla girilmesidir.

Görülüyor ki, özel hayatın gizliliği, iki tür korumaya gerek göstermektedir. Birincisi, gizliliğin özel kişilerin tecavüzlerine karşı korunmasıdır ki, bu bir yandan ceza mevzuatı, bir yandan da özel hukukun kişilik haklarını koruyucu hükümleri yoluyla sağlanmaktadır (özel hayatın gizliliğinin özel hukuk açısından korunması hakkında, bk. Özsunay, 1974: 91 - 97). İkinci tür koruma ise, özel hayatın gizliliğinin doğrudan doğruya devletin tecavüzlerine karşı korunmasıdır. Konu, özellikle bu ikinci yönü bakımından bir anayasa hukuku sorunudur. Gerçekten, özel hayatın gizliliğine karşı devletten gelebilecek tecavüzlerin, özel kişilerden gelebilecek olanlara oranla, çok daha ciddî tehlikeler yarattığına ve çok daha karmaşık hukukî sorunlar ortaya çıkardığına şüphe yoktur.

Bu çalışmamızda ilkin, özel hayatın gizliliği ilkesinin çeşitli siyasal sistem tiplerindeki durumuna, bunun demokratik siyasal sistemler içinde yerine getirdiği fonksiyonlara, son yıllarda özellikle teknolojik gelişme sonucu ortaya çıkan ve özel hayatın gizliliğini tehdit etmeye başlayan çeşitli eğilimlere değinilecektir. Daha sonra, özel hayatın gizliliğinin önemli bir unsurunu meydana getiren özel haberleşmelerin gizliliği ilkesinin Amerikan anayasa hukukundaki gelişimi ele alınacaktır. Ülkemizle yapılacak karşılaştırmalara esas olarak Amerika'nın seçilmiş olması, bir raslantı sonucu değildir. Gerçekten konu, son 10 - 15 yıl içinde Amerikan kamu oyunu yakından meşgul etmiş, yoğun tartışmalara, araştırmalara ve yayınlara yol açmıştır. Muhtemelen bu ilginin sonucu olarak, Amerikan Yüksek Mahkemesinin özel haberleşmelerin gizliliği ile ilgili kararlarında çok ilginç ve olumlu bir gelişme çizgisi gözlemlenmiştir. Bu gelişme, uyanık ve hürriyetlerini koruma konusunda hassas bir kamu oyunun, haberleşmelerin gizliliğini teh-

dit eden çağdaş eğilimlere karşı nasıl mücadele ettiğini; bu eğilimleri bir yandan yeni kanunlar, bir yandan da mahkeme kararları yoluyla nasıl kontrol altına aldığını; haberleşmelerin gizliliği ile, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması gibi diğer değerler arasında nasıl bir denge kurduğunu gösteren öğretici bir örnektir. Kanımızca, Türkiye’de de özel haberleşmelerin gizliliği ilkesinin uğradığı ciddi tehlikeler karşısında, bu örnekten alınabilecek çok yararlı dersler vardır. Nihayet, çalışmamızın son bölümünde, daha önceki teorik ve karşılaştırmalı açıklamaların ışığı altında, özel haberleşmelerin gizliliği ilkesinin Türkiye’deki durumu ele alınacaktır.

### **Çeşitli Siyasal Rejimlerde Özel Hayatın Gizliliği**

Modern demokrasilerle totaliter rejimleri ayıran önemli farklardan biri de, özel hayatın gizliliği karşısında takındıkları karşıt tutumlardır. Totaliter rejimler, kamu işlemlerinde gizlilik ilkesine büyük ölçüde başvurdukları halde, özel hayatın gizliliğine pek az saygı gösterirler. İdeolojilerinin gereklerine uygun yeni bir toplum düzeni, hattâ yeni bir insan tipi yaratma amacını güden totaliter rejimler, bireylerin yalnız eylemlerini değil, düşüncelerini de mümkün olduğu kadar kontrol altına almaya çalışırlar. Bu nedenle de, kişinin kendi düşünceleriyle, kendi iç dünyasıyla başbaşa kalabileceği özel hayat alanını alabildiğince daraltma çabası gösterirler. Böylece, özel hayatın gizliliğinin yıkılmasının bireyde yarattığı sürekli korku, güvensizlik ve yalnızlık duygusu, onların rejimin amaçlarına uygun örgütler içinde mobilize edilmelerini kolaylaştırır.

Demokratik rejimlerde ise, tam tersine, kamu işlerinin açıklığı, özel hayatın ise gizliliği, ilkedir. Bireyi en yüksek değer olarak gören, kişi haysiyetine saygıyı temel ilkelerinden biri olarak kabul eden liberal demokratik teori, bireyin maddî ve manevî varlığını, yaratıcılık yeteneğini serbestçe geliştirebilmesi için, ona, devletin müdahale edemeyeceği özerk bir alan tanımayı vazgeçilmez nitelikte sayar. Yukarıda belirttiğimiz gibi, böyle bir özerk alan, kişiliğin gelişmesi ve bireysel özelliklerin korunabilmesi bakımından zorunludur. Her sözünün veya davranışının başkalarınınca dinlenebileceği, gözetlenebileceği, sırlarının ve mahrem duygularının öğrenilebileceği endişesi, kişilik üzerinde son derece yıkıcı etkiler meydana getirir. Sürekli ve yaygın bir gözetleme uygulaması, bu uygulamaya doğrudan doğruya hedef olmayan bireyleri de etkiler; onları, düşüncelerini açıklamaktan, sosyal ilişkilere girmekten korkan pa-

sif ve kişiliksiz insanlar haline getirir. Hattâ daha ileri derecede ruhsal bozukluklara yol açabilir. Dolayısıyla sorunu, konuya yabancı olan bazı kişilerin yaptığı gibi, «çekinilecek şeyi olmayan, gizliliğe neden ihtiyaç duysun» şeklinde ortaya koymak, tamamen yanlıştır. Özel hayatın gizliliği ilkesi ile korunan, suçlular değil, bütün toplum üyeleri, onların hür kişilikleri, yaratıcı yetenekleri ve en geniş anlamda ruh sağlıklarıdır.

Gene liberal demokrasinin işleyebilmesi bakımından zorunlu olan güçlü ve canlı bir sosyal grup hayatının sürdürülebilmesi, bireyler gibi gruplara da belli ölçüde özerklik tanınmasına, grup hayatının gizliliğine belli ölçüde saygı gösterilmesine bağlıdır. Sosyal grupların bütün faaliyetlerinin mutlak bir açıklık ve devlet gözetimi altında yürütülmesi, grup hayatını köreltir, verimsizleştirir ve böylece plüralist demokrasinin sosyal temellerini zayıflatır (Westin, 1970: 23-26). Ünlü İngiliz siyaset sosyoloğu Edward Shils (1956: 22), «bireylerle tüzel kişilerin veya kurumların kısmî özerklik»lerini, «bireyci demokrasinin birinci ilkesi» olarak nitelendirmiş ve özerklik kavramını şöyle açıklamıştır :

«Özerklik, birey veya örgütün, kendi amaçlarına uygun gördüğü kriterler uyarınca kararlar verme, eylem kuralları koyma, kaynaklara tasarruf etme ve kendisiyle birlikte çalışacak kişileri devşirme hakkını içerir. Kısmî özerklik ilkesi, bir bireyin veya tüzel kişilik sahibi bir grubun hayatının, onun sadece kendisini ilgilendirdiğini; bu alana müdahaleyi ancak istisnaî koşulların haklı kılabilceğini; tüzel kişinin veya bireyin özel işlerinin zorla ve tamamen kamunun gözleri önüne serilmesini ise, ancak daha da istisnaî koşulların haklı gösterebileceğini ifade eder.»

Totaliter rejimlerin aksine, demokrasilerin kamusal işlerde açıklık, özel hayatta da gizlilik ilkelerine dayandığını belirtirken, şüphesiz, bu iki ilkenin mutlak bir anlam taşıdığını söylemek istemiyoruz. Demokratik sistemlerde bazı kamusal işlemler zaman zaman gizli yürütüldüğü gibi, özel hayatın gizliliğinin de birtakım istisnaları vardır. Gerçekten, bir kısım kamusal işlemlerin (özellikle devletlerarası görüşmeler, millî güvenlikle ilgili işlemler gibi) kamu oyununun gözü önünde tam bir açıklıkla yürütülmesi, bu işlemlerin fonksiyonel gereklerine aykırı düşebilir. Diğer bir deyimle,

belli ölçüde bir gizlilik, demokratik sistemler bakımından da fonksiyonel ve kaçınılmaz bir nitelik taşıyabilir. Öte yandan, özel hayatın gizliliğinin mutlak anlamda kabul edilmesi, demokratik sistemin diğer bazı değerleriyle çatışabilir. Örneğin özel hayatın gizliliğine hiçbir istisna tanınmaması, bazı suçların takibini veya önlenmesini güçleştirebilir; kamu düzeni ve millî güvenlik bakımından sakıncalı sonuçlar yaratabilir; devlet ve bilim hayatı bakımından zorunlu birtakım istatistiksel bilgilerin toplanmasını ve davranışsal araştırmaların yapılmasını engelleyebilir; nihayet, bazı noktalarda basın hürriyetinin ve kamu oyunun olup bitenleri bilme hakkının isterleriyle çatışabilir. Dolayısıyla, burada söz konusu olan, demokrasilerde kamu hayatının açıklığı ve özel hayatın gizliliği ilkelerinin mutlak anlamda uygulanmaları değil, bu ilkelerle onların çatışma halinde olabileceği diğer değerler arasında başarılı bir «denge» kurulmasıdır.

Gizlilik - açıklık dengesinin, bütün demokratik siyasal sistemlerde yüzde yüz aynı olduğu da söylenemez. Değişik siyasal ve tarihsel gelenekler, değişik kültürel özellikler, demokrasiler arasında da özel hayatın gizliliğinin korunması konusunda az çok farklı anlayışlar ve uygulamalar yaratabilir. Örneğin Almanya gibi demokratik rejimin hayli geç kurulduğu, sosyal hayatın çeşitli kesimlerine hâlâ otoriter ilişkilerin hâkim olduğu bir toplumda, özel hayatın gizliliği ilkesi, Anglo - Sakson ülkelerindeki kadar güçlü şekilde yerleşmiş sayılamaz. Öte yandan İngiliz siyasal kültürü, kamu işlerinde bir dereceye kadar gizliliği meşru gördüğü halde, özel hayatın gizliliği konusunda çok duyarlıdır. İngiltere'deki güçlü hoşgörü geleneği, çoğunluğun değer yargılarına uygun düşmeyecek birçok siyasal ve sosyal davranışların, özel hayatın saygınlığı ilkesinin sonucu sayılarak, hoşgörü ile karşılanmalarını kolaylaştırmıştır. Amerikan siyasal kültüründe ise, özel hayatın gizliliğini güçlendirici özellikler (örneğin bireycilik, hürriyetçilik ve dernek hayatının yoğunluğu) yanında, bu gizliliği sınırlandırıcı yönde etki gösteren başka özellikler de (örneğin sosyal eşitlik duygusu, uyarlık «conformity» tutkusu, kamu işlerinde ve sosyal ilişkilerde açıklık eğilimi) vardır (Westin, 1970: 26 - 28).

### **Yeni Teknolojik Gelişmeler ve Özel Hayatın Gizliliği**

Çağdaş teknolojik gelişmeler, özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından yeni sorunlar ortaya çıkarmıştır. Özel hayatın giz-

liliğine ilişkin klâsik hukuk kurallarının, bu sorunları çözmede yeterli oldukları söylenemez. Ancak son yıllarda bu yetersizliğin, demokratik ülkelerin kamu oylarında tepkiler yarattığı ve sonuç olarak yeni hukukî düzenlemelere gidilmeye başlandığı görülmektedir (Erem, 1970).

Çağdaş teknolojik gelişmenin, özellikle üç alanda özel hayatın gizliliğini tehdit edici sonuçlar doğurduğu söylenebilir. Bunları, sırasıyla, fiziksel gözetleme, psikolojik gözetleme ve veri gözetmesi olarak adlandırmak mümkündür (Westin, 1970: 67-168). «Elektronik gözetleme» (*electronic surveillance*) adı da verilen fiziksel gözetleme (*physical surveillance*), optik veya akustik âletler kullanmak suretiyle, kişinin bulunduğu yerleri, davranışlarını ve konuşmalarını, onun bilgisi ve iradesi dışında gözetlemektir<sup>2</sup>. Teknolojik gelişme, eski devirlerde ancak göz ve kulakla yapılabilen, dolayısıyla korunulması pek zor olmayan fiziksel gözetlemeye, hemen hemen sınırsız yeni olanaklar açmıştır. Çeşitli telefon dinleme araçları, gizli mikrofon ve teypler, minyatür radyo verici ve alıcıları, yüzlerce metre uzaktan hattâ enfraruj ışınları yardımıyla karanlıkta fotoğraf çekebilen fotoğraf makineleri, gizli televizyon alıcıları, bu âletlerin herkesçe bilinen en yaygın çeşitleridir. Üstelik, söz konusu âletler, ortalama gelir sahibi kişiler tarafından bile satın alınabilecek derecede ucuza üretilmekte ve böylece özel kişi ve kurumlara, çeşitli nedenlerle, başka kişilerin özel hayatlarını gözetleme olanağını vermektedir. Fakat burada daha da önemli olan tehlike, yeni fiziksel gözetleme araçlarının, devlet tarafından özel kişilere karşı kullanılmasıdır ki, çalışmamızda özellikle üzerinde duracağımız konu budur.

Psikolojik gözetleme (*psychological surveillance*), kişiden özel hayatına ilişkin bilgilerin, onun gerçek isteği olmaksızın, çeşitli sözlü ve yazılı testler, âletler veya maddeler kullanılmak suretiyle, elde edilmesidir. Psikolojik gözetleme araçları arasında, bazı modern ülkelerde özel veya kamusal kurumların personel alırken uyguladıkları «kişilik testleri»ne değinebiliriz. Söz konusu testlerde, kişinin objektif başarı ve yetenek düzeyini ölçecek sorularla yetinilmeyip, onun çevresine ne ölçüde uyabilecek bir kişiliğe sahip olduğunu araştırmak amacıyla, seks hayatına, doğal olmayan ilişki-

<sup>2</sup> Memleketimizde bu tür fiziksel gözetleme, daha çok, «gizli dinleme» deyişiyle ifade edilmektedir. Bk. Coşkun, 1974.

lerine, dinsel ve siyasal inançlarına ve özel hayatının daha birçok yönlerine ait sorular sorulduğu sık sık görülmektedir. Gerçi burada, ilgili kişinin teste kendi rızası ile tâbi olduğu söylenebilir; ancak kişilik testinden geçmek, işe alınmanın bir koşulu ise, bu rızanın serbestçe verilmiş sayılamayacağı şüphesizdir. Başka bir psikolojik gözetleme aracı, «yalan yakalama makineleri»dir (*polygraph*). Bu araçlar, özellikle Amerika'da polis makamları tarafından sanıkların sorguya çekilmesinde kullanıldığı gibi, çeşitli özel kuruluşlar, personel seçiminde ve denetiminde aynı yöntemden yararlanmaktadırlar. Son yıllarda, ruhsal yetenekleri etkileyen çeşitli ilâçlar ve beyin dalgalarını zaptederek yorumlayacak dinleyici araçlar üzerindeki araştırmalar, kontrol altına alınmadığı takdirde, psikolojik gözetleme yöntemlerinin, «insanın içini okuma» yolunda hangi noktalara kadar gidebileceğini gösteren örneklerdir. Yöntem ve amacı ne olursa olsun, bütün bu saydığımız «psikolojik gözetleme» araçlarının, kişiyi, kendi hür iradesiyle açığa vurmayacak olduğu özel hayatına ilişkin birtakım bilgileri hiç değilse dolayı yoldan ifşaya zorladığı açıktır. Dolayısıyla bunları, özel hayatın gizliliği ilkesiyle bağdaştırmak güçtür (Westin, 1970: 133-157, 211-297).

Teknolojik gelişmenin özel hayatın gizliliğini tehdit eden başka bir ürünü de, «veri gözetlemesi» (*data surveillance*) alanında kendisini göstermektedir (Westin, 1970: 158-168, 298-326; Miller, 1971). Bununla kastedilen, bireyler ve gruplar hakkında çok çeşitli kamusal ve özel kuruluşlar tarafından toplanan dokümanter verilerin, bilgi işleme cihazları (özellikle bilgisayarlar) vasıtasıyla bir araya getirilmesi veya istenildiği anda mübadele edilebilir hale konulmasıdır. Gerçekten, günümüzün karmaşık toplum hayatı içinde pek çok kamusal veya özel kuruluş, kendisiyle ilişki halinde bulunan bireylerden, onların özel hayatlarının çeşitli yönleriyle ilgili bilgiler toplamaktadır: Nüfus kayıtları, okul kayıtları, askerlik kayıtları, pasaport kayıtları, çalışma kayıtları, sağlık kayıtları, vergi kayıtları, tapu kayıtları, sigorta ve sosyal güvenlik kayıtları, çeşitli ehliyet ve ruhsat müracaatlarıyla ilgili kayıtlar, kredi kayıtları nüfus sayımı bilgileri, kanunen öngörülen hallerdeki mal beyanları ve daha yüzlercesi... Modern bilgisayar yöntemleri, bütün bu dağınık bilgilerin tek bir merkezde toplanmasını veya ihtiyaç halinde böyle bir merkezce kullanılabilmesini son derece kolaylaştırmıştır. Öte yandan mikروفilm ve teyp yöntemleri, milyonlarca insan hakkında bütün bu bilgilerin toplanmasındaki ve saklanmasıdaki fiziksel güçlükleri asgari hadde indirmiştir. Böylece, istendiği anda

istenilen kişinin hemen hemen tam bir dosyasını, eksiksiz bir hayat hikâyesini elde etmek mümkün olacaktır. Bu durumda, özel hayatın gizliliğinden geriye ne kalacağı, gerçekten sorulmaya değer

## II. AMERİKAN ANAYASA HUKUKUNDA ÖZEL HABERLEŞMELERİN GİZLİLİĞİ İLKESİ

### Tarihsel Gelişim

Amerikan Anayasasında özel haberleşmelerin gizliliği ile doğrudan doğruya ilgili bir hüküm yoktur. Ancak Anayasanın 1791 tarihli Dördüncü Değiştirisinde (*Fourth Amendment*) arama ve elkoymaya (*search and seizure*) ilişkin şu hüküm yer almıştır :

«Halkın; kişileri, evleri, kâğıtları ve eşyası yönünden, mâkul olmayan arama ve elkoymalardan masûn bulunması hakkına dokunulamaz. Arama emri, ancak, yemin ve belgelenmeyle desteklenen muhtemel sebep üzerine, aranacak yeri, tutulacak kişileri ve elkonulacak eşyayı açıkça belirtmek suretiyle verilebilir.»

Bu hükümler, Amerikan toplumunun henüz geniş ölçüde bir tarım toplumu niteliği taşıdığı ondokuzuncu yüzyıl boyunca, özel hayatın gizliliğini korumaya kâfi gelmiştir. Bu dönemde teknolojik gelişme düzeyi, özel hayatın gizliliğinin, ancak kişinin üstünü ve konutunu arama, özel kâğıt ve eşyalarına el koyma gibi fiziksel müdahalelerle ihlâl edilebilmesine elverişliydi. Dördüncü Değiştiri hükmü de, kişiyi bu çeşit müdahalelere karşı yeterince koruyordu. Arama ve elkoyma emri, uygulamada ancak hâkim tarafından ve Anayasada belirtilen şartlara titizlikle uyulmak suretiyle verilebiliyordu. Eyaletlerin uygulamalarında, usûlüne uygun olarak verilmiş bir hâkim kararı olmadan yapılan arama ve elkoymalardan dolayı, mağdurların ilgili polis memurlarına karşı açtıkları müdahalenin men'i (*trespass*) ve tazminat dâvalarını kazandıklarını gösteren birçok örnekler mevcuttur. Bu anayasal korumanın yanı sıra, «*common law*» doktrinleri de, kişiyi, özel hayatın gizliliğinin başka özel kişilerce ihlâline karşı koruyordu. Postadaki mektup ve paketlerin gizliliği, daha Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren, Anayasanın koruyucu hükümlerine ek olarak, kanunla da ko-

runmuştu. 1792 tarihli bir kanun, posta hizmetlerinde çalışan memurların, mektupları açmalarını yasaklamıştı. 1825 tarihli bir federal kanun da, postadaki mektupların herhangi bir kimse tarafından, «başkasının iş veya sırlarını öğrenme» amacıyla açılmasını yasak etmiş etmiş, hattâ bu mektupların hâkim kararıyla açılacağı yolunda bir hükme bile yer vermemişti. Federal Yüksek Mahkeme, 1878 tarihli bir kararının (*Ex parte Jackson*, 96 U.S. 727) gerekçesinde, postadaki mektupların gizliliğini şu sözlerle teyid etmiştir :

«Postadaki mektuplar ve kapalı paketler, tıpkı gönderen tarafın kendi konutunda muhafaza ediliyormuşçasına, dış biçimleri ve ağırlıkları dışında, her türlü inceleme ve denetlemeden korunmuştur. Kişinin kâğıtlarının mâkul olmayan arama ve elkoymalardan masûn olması hakkına ilişkin anayasal güvence, nerede bulunursa bulunsun, incelemeye kapalı bulunan bütün kâğıtları kapsar.»

Görülüyor ki, teknoloji -öncesi diyebileceğimiz bu dönemde Amerikan anayasa hukuku, aynı çağda birçok Avrupa devletlerinin izledikleri polis devleti yöntemlerinden farklı olarak, özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından hayli güvenceli bir durum yaratmıştır. Locke'dan esinlenen hürriyetçi görüşler, çeşitli mahkeme kararlarında ve bilimsel eserlerde, herkesin evinin onun kendi kalesi olduğu, özel hayatın gizliliğinin kişi hürriyetinin başlıca temellerinden birini teşkil ettiği, «susma hürriyeti»nin de (*liberty of silence*) konuşma hürriyeti kadar kutsal nitelik taşıdığı gibi ifadelerle belirtilmiştir.

1880'lerden sonra hızlanan teknolojik gelişme, özellikle telefonun, mikrofونun ve enstantane resim çekebilen fotoğraf makinesinin icadı, özel hayatın gizliliği yönünden yeni sorunlar yaratmıştır. Yüksek Mahkemenin 1880-1937 dönemindeki tutumunu Westin, «mülkiyete bağlı gizlilik hakkı» (*propertied privacy*) deyişiyle nitelendirmektedir. Gerçekten bu dönemde Yüksek Mahkeme, benimsediği liberal ekonomik görüşler nedeniyle, özel teşebbüslerin faaliyetleri hakkında devletçe yürütülmek istenen araştırma ve soruşturmaları, özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı görmüştür. Özel teşebbüs faaliyetlerinin gizliliği bu şekilde yargı organından destek bulurken, yeni gözetleme yöntemleri karşısında

kişisel hayatın ve haberleşmelerin gizliliği, son derece dar biçimde yorumlanmıştır. Amerikan mahkemelerinin bu anlayışını gösteren en güzel örnek, Yüksek Mahkemenin 1928'deki Olmstead dâvası dolayısıyla verdiği karardır (Westin, 1970: 330 - 349).

### **Olmstead Kararı ve Sonrası**

Yüksek Mahkeme, telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesi suretiyle elde edilen delillere dayanılarak verilen bir mahkûmiyet hükmünü onayladığı bu kararında<sup>3</sup>, Dördüncü Değiştiriye çok dar yorumlama yolunu seçmiştir. Mahkemenin dörde karşı beş oyla verdiği bu karar, çoğunluk adına Başhâkim Taft tarafından şu gerekçelerle açıklanmıştır: Bir defa, Dördüncü Değiştiride sözü edilen arama ve elkoymanın konusu, «maddî,» «elle tutulur» şeylerdir. Maddî bir varlığı olmayan telefon konuşmalarının zaptedilmesi, bu anlamda bir «elkoyma» sayılamaz. İkincisi, Dördüncü Değiştiri, kişinin kendi konutu içindeki mülkiyet haklarını koruma amacına yöneliktir. Olayda ise, sanığın konutuna fiziksel anlamda «girme» söz konusu olmadığından, bir «arama»dan bahsedilemez. Nihayet dinlemenin, olayın geçtiği Washington Eyaletinin kanunlarına aykırı şekilde yapılmış olması da, Yüksek Mahkemece bir bozma sebebi olarak kabul edilmemiştir. Çünkü bir delilin telâkki edilmez sayılması için, onun bir eyalet kanununa aykırı olarak elde edilmiş bulunması yetmez; Anayasaya da aykırılığın mevcut olması şarttır. Bir eyalet kanunu, federal mahkemelerde uygulanacak delil kuralarını etkileyemez.

Hâkim Brandeis, bu karar hakkında yazdığı ve uzun yıllar sonra Yüksek Mahkeme çoğunluğunun görüşü haline gelecek olan derin ve parlak karşı oy yazısında, telefonun da tıpkı posta gibi bir kamu hizmeti olduğunu, dolayısıyla kapalı bir mektubun gizliliği ile özel bir telefon konuşmasının gizliliği arasında fark bulunmaması gerektiğini belirttikten sonra; telefon konuşmalarının gizliliğine dokunmadaki sakıncaların, postadaki mektupları açmadan doğan sakıncalardan çok daha büyük olduğuna, bu durumda telefon hattının her iki ucunda bulunan kişiler ve telefonu dinlenen kimseyle konuşan bütün diğer şahıslar bakımından gizlilik ilkesinin ih-

<sup>3</sup> Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928). Bu karar hakkında bk. *The Constitution*, 1973: 1067 - 68; Lockhart, Kamisar, and Choper, 1970: 562 - 564.

lâl edilmiş olacağına işaret etmiştir. Brandeis, karşı oy yazısına şöyle devam etmiştir :

«Anayasamızı yapanlar, vatandaşlara, devlet karşısında yalnız kalma hakkını vermişlerdir; bu hak, bütün hakların en geniş kapsamlısı ve uygar insanlarca en çok değer taşıyanıdır. Bu hakkı koruyabilmek için, devletin, hangi araçla olursa olsun, bireyin özel hayatının gizliliğine karşı giriştiği her türlü haksız müdahale, Dördüncü Değiştirinin ihlâli sayılmalıdır. Böyle bir müdahaleyle ortaya çıkarılan olguların ceza kovuşturmasında delil olarak kullanılması, Beşinci Değiştirinin<sup>4</sup> de bir ihlâli telâkki edilmelidir... Vatandaşlar için emir niteliğinde olan davranış kurallarına, devlet görevlilerinin de aynen tâbi olmaları, dürüstlük, güvenlik ve hürriyetin gereğidir. Bir hukuk devletinde devlet, hukuka titizlikle uymakta kusur ettiği takdirde, kendi varlığını tehlikeye düşürür. Devletimiz, her yerde hazır ve nâzır, güçlü bir öğretmendir. Kendi verdiği örneklerle bütün halka, iyiyi de, kötüyü de öğretir. Suç, bulaşıcıdır. Eğer devlet kendisi hukuku çiğnerse, hukuka saygısızlığı teşvik etmiş; herkesi, kanunu kendi eline almaya çağırmış; anarşiyi davet etmiş olur. Ceza hukukunun uygulanmasında amacın aracı meşrulaştırdığını, devletin âdî bir suçlunun mahkûmiyetini sağlamak için suç işleyebileceğini söylemek, bizi korkunç sonuçlara götürür» (Lockhart, Kamisar, and Choper, 1970: 563).

Hâkim Holmes de, aynı yöndeki yöndeki karşı oy yazısında bunları söylemiştir : «Suçluların ortaya çıkarılması ve bu amaçla, elde edilebilecek delillerin kullanılması ne kadar istenecek bir şeyse, devletin kendisinin bu delilleri elde etmek için başka birtakım suçları teşvik etmemesi veya bunları para karşılığında işletmemesi de öyledir. Bu ikisi arasında bir seçme yapma zorundayız; bençe, devletin haysiyetsiz bir rol oynamasındansa, bazı suçluların kurtulmaları, ehven-i şerdir.»

Olmstead kararından altı yıl sonra çıkarılan Federal Haberleşmeler Kanununun 605'inci maddesi, her türlü haberleşmelerin, gön-

<sup>4</sup> 1791 tarihli Beşinci Değiştiri, diğer bazı konular yanında, ceza dâvalarında hiç kimsenin, kendi aleyhine ifade vermeye zorlanamayacağını belirtmektedir.

deren tarafın izni olmaksızın, herhangi bir kimse tarafından zap-  
tedilmesini ve başkalarına açıklanmasını yasaklamıştır. Ancak uy-  
gulamada bu hüküm, Adalet Bakanlığı ve FBI tarafından dar şe-  
kilde yorumlanmış ve zaptedilen haberleşmelerin muhtevası başka  
larına açıklanmadıkça, yalnız telefonların dinlenmesinin yasak kap-  
samına girmediği ileri sürülmüştür. Üstelik, mesajın bir devlet ma-  
kamından başka bir devlet makamına iletilmesinin de, maddeyle  
yasaklanan bir «açıklama» (*divulgence*) meydana getirmeyeceği id-  
dia edilmiştir (Lockhart, Kamisar, and Choper, 1970: 564).

Yüksek Mahkeme, 1939 yılındaki Nardone kararında<sup>5</sup>, Federal  
Haberleşmeler Kanununun bu hükmünden yararlanarak, federal  
devlet memurları tarafından telefonların dinlenmesi suretiyle elde  
edilen delillerin, federal kovuşturmalarda kullanılamayacağını be-  
lirtmiştir. Fakat aynı mahkeme, diğer bazı kararlarında<sup>6</sup>, bu çeşit  
delillerin eyaletlerin ceza kovuşturmalarında kullanılmasının müm-  
kün olduğunu; hattâ eyalet polis makamlarınca gizli dinleme  
suretiyle toplanan delillerin, dinleme işine federal memurların ka-  
rışmamış olmaları şartıyla, federal kovuşturmalarda da kullanıla-  
bileceğini ifade ederek, Nardone kararının etkisini sınırlandırmış-  
tır (Westin, 1970: 175 - 176; *The Constitution*, 1973: 1068 - 69).

Öte yandan, Yüksek Mahkeme, telefon dışındaki araçlarla ya-  
pılan gizli dinlemelerde de, Olmstead kararının dar kriterlerini  
uzun süre uygulamaya devam etmiştir. Örneğin Goldinan dâvasın-  
da<sup>7</sup> Mahkeme, bölme duvarının bir tarafına mikrofon yerleştirmek  
suretiyle, diğer taraftaki konuşmaların tesbit edilmesini, konuta  
fiilen girilmiş olmaması nedeniyle, Anayasaya aykırı saymamıştır  
(*The Constitution*, 1973: 1069). Benzer şekilde, On Lee dâvasında<sup>8</sup>,  
sanıkça tanınan bir şahsın polis tarafından ajan olarak kullanıla-  
rak, sanığın işyerine üzerinde gizli bir mikrofonla girmesi ve arala-  
rındaki konuşmayı, dışarıda bir alıcı cihazla bekleyen polis memu-  
runa duyurması, Anayasaya aykırı sayılmamıştır (Lockhart, Kami-  
sar, and Choper, 1970: 566 - 567; Westin, 1970: 343, 357). Nihayet  
Yüksek Mahkeme, bir telefon konuşmasının, taraflardan birinin rı-  
zasıyla, fakat diğer tarafın bilgisi dışında dinlenmesinde de, Fede-  
ral Haberleşmeler Kanununun 605'inci maddesine aykırılık görme-

<sup>5</sup> Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939).

<sup>6</sup> Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949); Schwartz v. Texas, 344 U.S. 199 (1952).

<sup>7</sup> Goldman v. United States, 316 U.S. 129 (1942).

<sup>8</sup> On Lee v. United States, 343 U.S. 747 (1952).

miştir. Mahkemenin gerekçesine göre, telefonla konuşan her kişi, diğer tarafın telefonunun paralel bağlı olabileceğini ve o tarafın konuşmayı bir başkasına dinletebileceğini göz önünde tutmak zorundadır. Bu durumda, gizliliğin ihlâlinden söz edilemez<sup>9</sup>.

Görülüyor ki, teknolojik gelişmenin, özel haberleşmelerin gizliliği yönünden tehlikeli yeni boyutlar ortaya çıkardığı 1940'larda ve 1950'lerde Federal Yüksek Mahkemenin ilk tepkileri, oldukça sınırlı ve yetersiz kalmıştır. Olmstead kararında çoğunluğun dayandığı iki ilke (haberleşmelerin maddî varlığa sahip eşya niteliği taşımamaları nedeniyle, elkoyma konusu olamayacakları; ve özel hayatın gizliliğine, ancak konuta fiziksel anlamda girme suretiyle dokunulmuş olabileceği) Dördüncü Değiştirinin, özel haberleşmelerin gizliliğini koruyucu etkisini büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Amerikan kamu oyu, konunun öneminin ve kamu hürriyetleri bakımından ortaya koyduğu tehlikelerin farkına, 1950'lerden ve 1960'lardan itibaren varmıştır. Özel hayatın gizliliğini tehdit eden yeni eğilimler karşısındaki tepkiler, zannedilebileceği gibi sadece ilerici (liberal) çevrelerden gelmemiş, buna tutucu yazarlar ve dernekler de katılmışlardır. Konu, çeşitli yönleriyle, akademik çevreler, basın ve televizyon, barolar gibi meslek kuruluşları ve kamu hakları dernekleri tarafından ele alınmış, federal düzeyde ve eyaletler düzeyinde meclis araştırmalarına konu olmuştur (Westin, 1970: 171 - 326). Gitgide genelleşen ve yoğunlaşan bu tepki, şimdi göreceğimiz gibi, 1960'larda hem Yüksek Mahkemenin görüşünü değiştirmesine, hem de gizli dinlemeyi kontrol altına alacak federal ve federe kanunların çıkarılmasına yol açmıştır.

### **Özel Haberleşmelerin Gizliliği Konusunda Yeni Eğilimler : Berger ve Katz Kararları**

Yüksek Mahkeme, Olmstead kararındaki ilkelerinden birini, 1961 yılındaki bir kararında<sup>10</sup> değiştirerek, iki konutu ayıran bölme duvarına saplanmak suretiyle, dinlenen konutun kalorifer borularıyla temasa gelen bir «çivili mikrofon» kullanılmasını, Dördüncü Değiştiride yasaklanan bir hukuk-dışı arama ve elkoyma niteliğinde görmüştür. Böylece, haberleşmelerin, elkonulabilecek

<sup>9</sup> Rathbun v. United States, 355 U.S. 107 (1957). Bk. Lockhart, Kamisar, and Choper, 1970; 565.

<sup>10</sup> Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).

«nesneler» olmadığı görüşünden uzaklaşmış bulunmaktadır. Bu karar, daha sonra, Clinton v. Virginia dâvasında da teyid edilmiştir<sup>11</sup>. Öte yandan, 1961 tarihli başka bir kararında<sup>12</sup> Yüksek Mahkeme, kanuna aykırı dinlemeler suretiyle elde edilen delillerin eyalet kovuşturmalarında kullanılabilceği hakkındaki eski görüşünü de değiştirmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, kanuna aykırı yollardan elde edilen delillerin mahkemece kabul edilmemesi kuralı (*exclusionary rule*) eyaletler bakımından da geçerli olmalıdır. Çünkü bu kural, «özel hayatın gizliliği hakkının aslî bir unsuru»dur. Aksini ileri sürmek, özel hayatın gizliliğini kâğıt üzerinde tanıyıp, gerçekte inkâr etmek demek olur. Delillerin hukuka uygunluğunu belirleyecek standartlar, federal mahkemelerde başka, eyalet mahkemelerinde başka olamaz (*The Constitution*, 1973: 1079).

Yüksek Mahkemenin, özel haberleşmelerin gizliliği ile ilgili yeni tutumunu kesinlikle saptayan iki önemli karar, her ikisi de 1967 tarihli olan Berger ve Katz kararlarıdır. Berger kararında<sup>13</sup> Yüksek Mahkeme, polis memurlarına hâkim kararıyla özel konutlara girerek dinleme cihazları yerleştirme yetkisini veren bir New York eyalet kanununu Anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre Anayasaya aykırılık nedeni, hâkim kararının, «belli bir suçun işlenmiş veya işlenmekte olması» ve zaptedilecek konuşmaların açıkça belirtilmiş bulunması şartlarına bağlı tutulmamasıdır. Yüksek Mahkeme, sözü geçen New York eyalet kanununda öngörülen yöntemin, yeter derecede açıklık, ayrıntı ve güvence taşımayan genel bir arama olduğu sonucuna varmıştır (Lockhart, Kamisar, and Choper, 1970: 573 - 579; *The Constitution*, 1973: 1069 - 1071). Görülüyor ki, daha önce değindiğimiz bazı kararlarında, eyalet kanunlarına aykırı olarak girilen gizli dinlemeleri Anayasaya uygun bulan Yüksek Mahkeme, artık hâkim emri şartını koyan bir eyalet kanununu bile Anayasaya aykırı saymaktadır. Karara muhalif kalan bazı üyelere göre Yüksek Mahkeme, bu kararında Anayasaya uygunluk şartlarını o kadar dar şekilde yorumlamıştır ki, artık hemen hemen hiçbir gizli dinleme kanununun, Anayasaya uygun sayılmasına olanak kalmamıştır.

<sup>11</sup> 377 U.S. 158 (1964). Bk. Lockhart, Kamisar, and Choper, 1970: 566; Gross, 1964: 43-44.

<sup>12</sup> Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

<sup>13</sup> Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967).

Gene 1967 yılında verdiği Katz kararında<sup>14</sup> Yüksek Mahkeme, bir umumî telefon kabinesinin dış tarafına FBI ajanlarınca yerleştirilen dinleme ve kayıt cihazları vasıtasıyla elde edilen delillere dayanılarak verilen ve İstinaf Mahkemesince de onaylanan mahkûmiyet kararını bozmuştur. Olayda İstinaf Mahkemesi, dâvacının içinde bulunduğu yere fiziksel bir tecavüz olmadığı görüşünden hareket etmişti. Yüksek Mahkeme çoğunluğu adına kararı kaleme alan Hâkim Stewart'a göre ise, «belli bir yerin, soyut olarak, Anayasa tarafından korunup korunmadığının araştırılması, dikkati, bu dâvanın ortaya çıkardığı sorundan uzaklaştırmaktadır. Çünkü Dördüncü Değiştiri, yerleri değil, kişileri korur. Bir kimsenin, kendi evinde veya işyerinde de olsa, bilerek kamuya açıkladığı şeyler, Dördüncü Değiştirideki korumadan yararlanamaz. Buna karşılık, özel kalmasını istediği hususlar, kamuya açık bir yerde bile olsa, Anayasaca korunabilir... Bir kimse, bir işyerinde, bir arkadaşının evinde veya bir takside olduğu kadar, bir telefon kulübesinde de, Dördüncü Değiştirinin sağladığı korumadan yararlanabilir... İnsan, nerede olursa olsun, mâkul olmayan arama ve elkoymalardan mâsûn kalacağını bilme hakkına sahiptir.»

Aynı kararda Hâkim Stewart, Olmstead kararının dayandığı ikinci ilkeyi de (konuta fiilen girilmesi şartı) kesinlikle reddetmiştir: «Bir defa, Dördüncü Değiştirinin, mâkul olmayan arama ve elkoymalara karşı sadece yerleri değil, kişileri de koruduğu kabul edilince, maddenin kapsamının, belli bir kapalı yere fiziksel anlamda tecavüzün varlığına veya yokluğuna bağlı olmayacağı açıkça ortaya çıkar... Kullanılan elektronik cihazın, telefon kulübesinin duvarına nüfuz etmemiş olmasının, Anayasa açısından hiçbir önemi yoktur» (Lockhart, Kamisar, and Choper, 1970: 580-581).

Şüphesiz, Katz kararının açık bıraktığı birçok noktalar vardır. Örneğin hâkim kararı şartı, millî güvenlikle ilgili gizli dinlemelerde de aranacak mıdır? Katz kararında millî güvenlik sorununa doku- nan bir nokta olmamakla beraber, karara olumlu oy kullanan üç hâkim, katılma oylarında bu konuda karşıt görüşler ileri sürmüşlerdir. Hâkim White, Birleşik Devletler Başkanı veya Adalet Bakanı, gizli dinlemeyi millî güvenlik gereği sayarak buna izin verdikleri takdirde, hâkim kararı şartının aranmayacağı görüşünü belirtmiştir. Hâkim Douglas ve Brennan ise, böyle bir tutumun yürüt-

<sup>14</sup> Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

me organına, gizli dinleme konusunda gereksiz yere «yeşil ışık» yakaçağını ve Dördüncü Değiştirideki güvencenin, işlenen suçun çeşidine göre değişmeyeceğini ifade etmişlerdir. Gene karardan açıkça anlaşılmayan bir nokta, Dördüncü Değiştiriyile korunan yerlerin «kapalı» olması şartının bulunup bulunmadığıdır. Örneğin Katz, söz konusu konuşmasını, etrafı açık bir umumî telefonda yapmış olsaydı, acaba sonuç değişecek miydi? Bir kimsenin, bir restorandaki veya parktaki konuşmalarının gizlice dinlenmesi de, özel hayatın gizliliğinin ihlâli midir? Katz kararında, Dördüncü Değiştirinin yerleri değil, kişiler koruduğu ilkesinin benimsenmesi, belk ileride benzeri olaylarda da «kapalı yer» şartı aranmaksızın, Dördüncü Değiştirinin uygulanmasına olanak verebilecektir. Katz kararındaki katılma oyunda bu sorunu tartışan Hâkim Harlan'a göre ise, Dördüncü Değiştirinin uygulanabilmesinin iki şartı vardır. Birincisi, ilgili kişinin, içinde bulunduğu durumda, yaptığı konuşmanın başkalarına dinlenmeyeceği inancını taşımasıdır. İkinci şart da, bu inancın veya bekleyişin, toplumca «mâkul» kabul edilebilir nitelikte olmasıdır. Örneğin bir kimsenin, kendi evindeki konuşmalarının gizli kalacağı hakkındaki inancı, toplumca mâkul kabul edilir; fakat açık bir yerdeki konuşmaları bakımından böyle bir bekleyiş, mâkul sayılamaz (Lockhart, Kamisar, and Choper, 1970: 582 - 583).

Benzer gerekçelerle Yüksek Mahkeme, şimdiye kadar, polis muhbir ve ajanlarının, sanığın güvenini elde etmek suretiyle ondan sağladıkları suç delillerini polis makamlarına iletmelerini veya bu konuşmaları, üzerlerinde sakladıkları alıcı-verici cihazlar yahut ses kayıt cihazları vasıtasıyla zaptetmelerini, Anayasaya aykırı saymamışlardır<sup>15</sup>. Dolayısıyla, bu gibi gizli dinlemelerde, hâkim kararı, muhtemel sebep ve mâkul olma şartları aranmamıştır. Bu kararlarda Mahkemenin izlediği uslamlama, bir muhbir veya ajana güvenerek sırrını ifşa eden bir kimsenin, o şahsın kendisine ihanet edebileceği riskini göze alması gerektiğidir. Sırrını başkasına açıklayan bir kimse, o kişinin de bunu başkalarına iletebileceğini düşünmelidir. İlk konuşmadaki muhatabın, konuşmayı kaydetmekte veya verici cihazla bir üçüncü şahsa iletmekte olma-

<sup>15</sup> United States v. White, 401 U.S. 745 (1971); Hoffa v. United States, 385 U.S. 293 (1966); Lewis v. United States, 385 U.S. 206 (1966); Osborn v. United States, 385 U.S. 323 (1966); Lopez v. United States, 373 U.S. 427 (1963); On Lee v. United States, 343 U.S. 747 (1951).

sı, buradaki riski değiştirmmez. Ancak söz konusu kararlara muhalif kalan bazı Yüksek Mahkeme üyelerinin görüşüne göre, muhbir veya ajanların elektronik cihazlar kullanmaları, bireyin sırrını başkalarına açarken mâkul olarak alması gereken riskin sınırlarını aşmaktadır. Bir kimsenin konuşmalarının aynen kaydedilmesi, bu konuşmaların sanığın muhatabı tarafından sözlü olarak başkalarına iletilmesi durumuna oranla, daha büyük bir risk meydana getirmektedir (*The Constitution*, 1973; 1066 - 1067).

### **Kanunî Düzenleme**

1968 yılında çıkarılan «Suçların Kontrolü ve Sokakların Güvenliği Hakkında Toplu Kanun»un III. Bölümü, telli ve sözlü haberleşmelerin gizli dinlenmesi konusunda, Yüksek Mahkemenin son kararlarında beliren görüşlere ana hatları bakımından uygun sayılabilecek düzenlemeler getirmiştir (Kanunun metni için, bk. Lockhart, Kamisar, and Choper, 1970: 586 - 590). Kanunun en önemli ilkesi, aşağıdaki inceleyeceğimiz millî güvenlik istisnası dışında, gizli dinleme için hâkim kararını vazgeçilmez bir şart olarak kabul etmiş bulunmasıdır. Bunun yanında Kanun, gizli dinlemenin kimin tarafından istenebileceğini, buna hangi şartlarla izin verilebileceğini ve uygulamanın hangi güvenlik tedbirleri altında yapılabileceğini çok ayrıntılı biçimde belirtmek suretiyle, kişi hakları bakımından hayli güvenceli bir sistem yaratmıştır.

Kanunun 2516'ncı maddesine göre, federal kovuşturmalarda gizli dinleme müracaatı, ancak Adalet Bakanının veya onun özel olarak belirttiği yardımcılarının birinin onayıyla yapılabilir. Kanun, hangi suçların kovuşturmasıyla ilgili olarak gizli dinleme istenebileceğini de, tahdidî olarak saymıştır. Eyaletlerin ceza kovuşturmalarında ise, gizli dinleme isteme yetkisi, gene ancak belli suçlardan dolayı, eyalet başsavcısına veya eyalet kanunları izin verdiği takdirde, eyaletin idarî bölümlerinden herbirinin savcısına tanınmıştır.

Aynı Kanunun 2518'inci maddesine göre, gizli dinleme müracaatında şu noktaların belirtilmesi gereklidir :

(a) Müracaatçının kanısına göre gizli dinlemeyi gerektiren durum ve olguların tam olarak açıklanması. Bu açıklamanın da, şu noktaları kapsaması lâzımdır: (aa) İşlenmiş, işlenmekte veya işlenmek üzere olan belli bir suç hakkındaki ayrıntılar; (bb) Din-

lenecek haberleşmenin yapıldığı araçların veya geçtiği yerin niteliği ve mevki, (cc) Dinlenecek haberleşmenin çeşidi; (dd) Suçu işleyen ve haberleşmeleri dinlenecek olan kişinin kimliği.

(b) Başka soruşturma yöntemlerinin denenmiş ve başarı sağlamamış olduğu, veya denendiği takdirde başarı sağlama ihtimalinin az olacağı yahut aşırı derecede tehlikeli durumlara yol açacağı.

(c) Dinlemenin devam edeceği süre.

(d) Aynı kişi ve yerler hakkında daha önce yapılmış olan gizli dinleme müracaatları ve bunlarla ilgili olarak verilmiş hâkim kararları.

(e) Eğer müracaat, devam etmekte olan bir gizli dinlemenin uzatılması hakkında ise, o ana kadar dinlemeden elde edilen sonuçlar veya, bir sonuç elde edilememişse, bunun mâkul bir izahı.

Bu müracaat üzerine hâkim,

(a) Bir kimsenin, kanunda sayılan suçlardan belli birini işlemiş, işlemekte veya işlemek üzere olduğu kanısını verecek bir muhtemel sebep bulunduğuna;

(b) Bu suçla ilgili belli bir haberleşmenin, gizli dinleme yoluyla elde edilmesinin muhtemel olduğuna;

(c) Normal soruşturma yöntemlerinin denenmiş ve başarı sağlamamış olduğuna veya denendiği takdirde başarı sağlama ihtimalinin az olacağına, yahut aşırı derecede tehlikeli durumlara yol açacağına;

(d) Dinlenecek sözlü veya telli haberleşmenin geçtiği yerin veya yapıldığı cihazın, söz konusu suçun işlenmesiyle ilgili olarak kullanılmakta veya kullanılmak üzere olduğu kanısını uyandıracak muhtemel sebebin varlığına;

Kanaat getirirse, gizli dinleme emrini verir. Gizli dinlemenin süresi, herhalde, otuz günü geçemez. Bu süre, ancak yukarıdaki şartlara uygun yeni bir müracaat üzerine ve aynı kriterlere uyulmak suretiyle, hâkim tarafından otuz günü geçmemek üzere uzatılabilir. Hâkim, gizli dinlemeye izin veren kararında, dinlemeden alınan sonuçların ve dinlemeye devamın gerekli olup olmadığını, belli aralıklarla kendisine bildirilmesini şart koşabilir.

Millî güvenliği tehdit eden veya örgütlenmiş suç niteliğini taşıyan toplu faaliyetler bakımından gecikmede sakınca bulunan du-

rumlarda, Adalet Bakanının, eyalet başsavcısının veya o eyaletin kanunları izin verdiği takdirde eyaletin idarî bölümlerinden birinin savcısının özel olarak belirttiği bir polis âmiri, hâkim kararı olmaksızın, sözlü veya telli bir haberleşmeyi zaptedebilir. Ancak bu kişi, dinlemenin yapıldığı veya başladığı andan itibaren 48 saat içinde, yetkili hâkime yukarıdaki şartlara uygun bir müracaatta bulunarak, dinlemenin onaylanmasını ister. Hâkim onaylamadığı takdirde, dinleme derhal durdurulur ve bu süre içinde zaptedilmiş olan haberleşmeler, bu kanuna aykırı şekilde elde edilmiş sayılarak, delil değerinden yoksun kalır.

Gizli dinlemede hâkim kararı ilkesinin daha önemli bir istisnası, Kanununun 2511'inci maddesinin 3 numaralı bendinde öngörülen durumdur. Bu hükme göre A.B.D. Başkanı, milleti yabancı bir devletin fiilî veya muhtemel saldırısına yahut başka türlü düşmanca hareketlerine karşı korumak, Birleşik Devletlerin güvenliği bakımından zorunlu olan yabancı istihbaratı elde etmek, veya millî güvenlikle ilgili bilgileri yabancı devletlerin istihbarat faaliyetlerine karşı korumak amacıyla, gizli dinleme emri verebilir. Benzer şekilde Başkan, hükümetin zorla veya diğer hukuk - dışı araçlarla devrilmesini önlemek, yahut hükümetin varlığına ve yapısına karşı başkaca açık ve yakın bir tehlikeye karşı tedbir almak amacıyla, gizli dinlemeye başvurabilir. Bu şekilde elde edilen bilgiler, dinlemenin «mâkul» olması şartıyla, ceza kovuşturmasında delil olarak kabul edilebilir.

Nihayet Kanun, 2515'inci maddesinde, bu kanuna aykırı gizli dinlemeler yoluyla elde edilmiş olan bilgilerin, hiçbir ceza kovuşturmasında delil olarak kabul edilemeyeceğini ve hiçbir kamu makamı önünde kullanılamayacağını belirtmiştir. Ayrıca, Kanunda gösterilen usûl ve şartlara aykırı olarak gizli dinlemede bulunan kişiler için para ve hapis cezası öngörüldüğü gibi (m. 2511, no. 1), haberleşmeleri kanuna aykırı olarak dinlenen kişiler için de tazminat isteme hakkı tanınmıştır (m. 2520).

Görülüyor ki, Suçların Kontrolü ve Sokakların Güvenliği Kanunu, yukarıda belirttiğimiz millî güvenlik istisnası dışında, hâkim kararı olmaksızın gizli dinlemede bulunulamayacağı ilkesini açıkça kabul etmiştir. Millî güvenlikle ilgili olup da, Başkanın hâkim kararı olmaksızın gizli dinleme emri verebileceği haller de, oldukça açık biçimde belirtilmiştir. Ayrıca, bu şekilde toplanan deliller

mahkemeye ibraz olunduğunda, mahkemenin, söz konusu gizli dinlemenin kanunda belirtilen amaçların gerçekleşmesi bakımından «mâkul» olup olmadığını araştıracağına ve mâkul görmediği takdirde delilleri geçerli saymayacağına şüphe yoktur. Acele hallerde polis makamlarının gizli dinlemeye başvurması da, hâkim kararı ilkesinin bir istisnası gibi görünmekle birlikte, burada 48 saat içinde onay için hâkime başvurma zorunluluğu ve onay sağlanmadığı takdirde, toplanan delillerin geçerli sayılmayacağı hükmü, sakıncaları bir ölçüde bertaraf etmektedir. Nihayet, gizli dinleme kararı hususunda hâkime bile mutlak bir yetki verilmeyerek, hangi hallerde gizli dinleme kararı verilebileceği gösterilmiş; bundan başka, kararda, haberleşmeleri dinlenecek kişinin kimliğinin, haberleşmelerin geçtiği yerin veya haberleşmede kullanılan cihazın, dinlenecek haberleşmenin çeşidinin ve bunun ilişkin olduğu belli suçun, dinlemeyi yapacak makamın ve dinleme süresinin açıkça belirtilmesi öngörülmüştür. Nisbeten güvenceli olarak kabul edilebilecek bütün bu hükümlere rağmen, söz konusu kanunun da Amerikan bilim çevrelerinde sert eleştirilerle karşılaştığını belirtmek gerekir (örneğin Schwartz, 1969). Bu hükümlerden bir kısmının, son kararlarında gizli dinlemeye ancak daha sınırlı durumlarda cevaz veren Yüksek Mahkemece Anayasaya aykırı bulunması olasılığı da, zayıf sayılmaz (*The Constitution*, 1973: 1072 ve not 20).

### III. TÜRKİYE'DE ÖZEL HABERLEŞMELERİN GİZLİLİĞİ

#### Anayasal Düzenleme

Anayasamızın «Kişinin Hakları ve Ödevleri» adını taşıyan İkinci Bölümünün (II) numaralı alt - kesimi, «özel hayatın korunması» başlığı altında üç maddeyi (15, 16 ve 17) ihtiva etmektedir. 15'inci maddenin kenar başlığı «özel hayatın gizliliği,» 16'ncı maddenin kenar başlığı «konut dokunulmazlığı,» 17'nci maddenin kenar başlığı ise «haberleşme hürriyeti»dir. Aslında, yazımızın başında da belirttiğimiz gibi, her üç maddenin çeşitli açılardan korumaya çalıştığı temel değer, tek ve aynıdır. Bu temel değer, «özel hayatın gizliliği» şeklinde ifade edilebilir. Bizce, Anayasanın adı geçen (II) numaralı alt - kesiminin kenar başlığının «özel hayatın gizliliği» olması, 15'nci maddenin kenar başlığında ise «arama ve elkoyma» denilmesi daha uygun olurdu.

Kanımızca, 15'inci maddenin ilk fıkrasında yer alan «özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır» yolundaki hüküm, sadece aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen üst arama, özel kâğıt ve eşyalara elkoyma konusuna ilişkin olmayıp, 16 ve 17'nci maddeler bakımından da uygulanabilecek genel ve yön gösterici bir kuraldır. Çünkü «özel hayatın gizliliği» kavramının içeriği, şüphesiz, sadece kişinin üstünün, özel kâğıt ve eşyasının aranmaması ve bunlara elkonulmamasından ibaret değildir. Konut dokunulmazlığının (m. 16) ve özel haberleşmelerin gizliliğinin (m. 17) de, özel hayatın gizliliği kavramına girdikleri ve onun ayrılmaz unsurlarını meydana getirdikleri, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açıktır. Böylece olunca, 15'inci maddenin ilk fıkrasındaki «adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır» cümlesinin, sadece aynı maddenin ikinci fıkrası hakkında değil, aynı zamanda 16 ve 17'nci maddeler bakımından da geçerli olduğu sonucuna varmak gerekir. Diğer bir deyimle, konut dokunulmazlığına ve özel haberleşmelerin gizliliğine yapılacak müdahaleler de, ancak «adli kovuşturmanın gerektirdiği» müdahaleler olabilir. Zaten 16 ve 17'nci maddelerin yazılış biçimi, bunu yeter açıklıkla anlatmaktadır. Dolayısıyla bu müdahalelerin, ceza muhakemesi hukukundaki «koruma tedbirleri» niteliğinde olmaları ve koruma tedbirlerinin tâbi buldukları ön - şartlara («gecikmede tehlike» ve «haklı görünüş») uygun bulunmaları gerektiğine şüphe yoktur (Kunter, 1974; 432 - 435). Şu halde bir kanunun, sözü geçen konularda «adli kovuşturma»nın gereklerini aşan ve adli kovuşturmayla doğrudan doğruya ilgili olmayan müdahalelere izin vermesi mümkün değildir.

Anayasanın, özel haberleşmelerin gizliliğini düzenleyiş biçimi, üst arama ve konut dokunulmazlığı ile ilgili düzenlemelerden, önemli bir noktada ayrılmaktadır. Kural olarak, kişinin üstünün, özel kâğıt ve eşyasının aranması ve bunlara elkonulması, yahut konutunda arama yapılması, ancak «kanunun açıkça gösterdiği hallerde usûlüne göre verilmiş hâkim kararı» ile mümkündür. Fakat gerek 15'inci, gerek 16'ncı madde, «millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde» arama ve elkoyma emrinin, «kanunla yetkili kılınan merci» tarafından da verilebileceğini belirtmek suretiyle, hâkim kararı ilkesine istisna getirmişlerdir. 17'nci maddede ise, hâkim kararı gereği, mutlak ve istisnasız biçimde belirtilmiştir: «Herkes, haberleşme hürriyetine

sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hal-lerde, hâkim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz.»

Gizli dinleme yoluyla özel haberleşmelerin gizliliğine dokunul-masının, Anayasanın sadece 17'nci maddesine değil, başka birtakım maddelerine de aykırı düşeceği düşünülebilir. Bunlar arasında, hu-kuk devleti ilkesine (m. 2), kişinin «maddî ve mânevî varlığını ge-liştirme» hakkına (m. 14, f. 2), düşünce hürriyetine (m. 20) ve kimsenin «kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandır-ma sonucunu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye» zorlanamayacağı yolundaki Anayasa hükmüne (m. 33, f. 4) değinilebilir (örneğin, bk. Coşkun, 1974 168 - 178). Gerçekten, Amerikan mahkemelerinin bazı eski kararlarında, özel haberleşme-nin gizliliğinin, sadece arama ve elkoyma hakkındaki Dördüncü Değiştiriye değil, söz hürriyetine ilişkin Birinci Değiştiriye ve kim-senin kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması yolun-daki Beşinci Değiştiriye de dayanılarak korunduğu görülmüştür. Ancak Amerikan Anayasasında, doğrudan doğruya özel haberleşme-lerin gizliliğini düzenleyen bir hüküm olmadığını unutmamak ge-rekir. Bizde ise böyle bir özel hüküm (m. 17) bulunduğu göre, özel haberleşmelerin gizliliği ilkesinin dayanağını Anayasanın baş-ka maddelerinde aramaya gerek yoktur. Çünkü bir konu hakkında genel ve özel nitelikte hükümlerin birlikte bulunması halinde, özel hükmün uygulanması gerekeceği, benimsenmiş bir yorum kuralıdır.

### **Ceza Muhakemesi Hukukunda Özel Haberleşmenin Gizliliği**

Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununda (CMUK) telefonların dinlenmesi ve diğer gizli dinleme yöntemleriyle ilgili hüküm yok-tur. Ancak Kanunun 91'inci maddesine göre, «maznuna gönderilen mektuplar ve sair mersule ve telgrafların posta ve telgrafhanede zaptı caizdir. Maznun tarafından veya ona hitaben gönderildiği ba-zı hallerden anlaşılan ve tahkikat noktai nazarından mündericati-nin ehemmiyeti haiz olduğu tayin edilen mektuplar ve sair mersule ve telgrafların dahi bu yerlerde zaptı caizdir.» Aynı Kanunun 92'nci maddesi de, yetki sorununu düzenlemektedir. Bu madde uya-rınca,

«Bundan evvelki maddede yazılı olan zabıt muamele-si ancak hâkim tarafından yapılabilir.

Tehirinde mazarrat umulan ve münhasıran kabahatlere müteallik bulunmayan hallerde bu muamelelerin icrasına Cumhuriyet Müddeiumumîsi dahi salâhiyetlidir.

Şu kadar ki, Müddeiumumîler kendilerine verilen şeyleri ve bilhassa mektuplar ve sair posta mersulelerini açmaksızın derhal hâkime tevdi etmek mecburiyetindedirler.

Cumhuriyet Müddeiumumîsi tarafından emrolunan zabıt muamelesi eşya henüz teslim edilmemiş olsa bile üç gün içinde hâkim tarafından tasdik olunmadığı takdirde hükümsüzdür.

Cumhuriyet Müddeiumumîsinin verdiği emir üzerine yapılan zabıt muamelesiyle mektup ve sair posta mersulelerinin açılması hakkında karar itası, 90'ıncı madde mucibince salâhiyetli hâkimindir.

Kunter'e (1974: 482) göre, gecikmede tehlike olan hallerde, savcıya haberleşmelere elkoyma yetkisinin verilmiş olması, Anayasaya aykırı değildir; «çünkü Anayasa sadece gizliliğe dokunulması yani muhtevanın öğrenilmesi bakımından hâkim kararı aramıştır.» Ancak yazar (*Ibid.*, not 402), uygulamada kolluğun postada muhaberatı zaptettiğini, zarfların polis müdürü, hattâ vali tarafından açıldığını görüldüğünü belirtmekte ve bu uygulamanın kanuna aykırı olduğunu söylemektedir. Gerçekten, «zarfları açmağa savcı dahi yetkili değildir.» Almanya'da da mektubu açma yetkisi, ancak hâkimindir. «Savcılığın mahdut müdahale imkânları, ancak kısa süren müddetler içindir ve mektubu açmak için hiçbir hak vermez» (Oehler, 1971: 256).

Kunter (1974: 482), telefon görüşmelerinin delil elde etmek üzere banda alınması veya dinlenmesinin, PTT'de elkoymanın bir çeşidi olduğunu belirtmek suretiyle, posta muhaberatına elkoymaya ilişkin CMUK hükümlerinin bu durumda da uygulanacağı görüşünü ifade etmektedir. Ancak yazara göre «tele alma sadece elkoyma olduğu halde dinlemede tetkik durumu vardır. Yetki buna göre tayin edilecektir.» Diğer bir deyimle, konuşmaların dinlenilmeksizin banda alınması, gecikmesinde tehlike bulunan hallerde savcı tarafından emredilebileceği halde, dinlemenin ancak hâkim kararıyla yapılabilmesi gerekir.

Kanımızca, CMUK'nun posta muhaberatına elkoymayla ilgili hükümlerinin, kıyas yoluyla, gizli dinleme alanında da uygulanması, Anayasaya aykırı olmasa bile, sakıncalıdır. Telefonların dinlenmesi, belli mektup veya telgraflara PTT'de elkonulmasından hayli farklı ve daha geniş kapsamlı bir tedbirdir. Çünkü bununla, sanıkla telefonda konuşan herkesin özel haberleşmelerinin gizliliği, belirsiz bir süre için ihlâl edilmektedir. Bizce, eğer telefonların dinlenmesi, bazı suçların kovuşturulması bakımından kaçınılmaz bir zorunluluksa, bu konuda Anayasanın 17'nci maddesine aykırı düşmeyecek özel bir kanunî düzenlemede bulunulması, dinlemenin şekil ve koşullarının ayrıntılı olarak saptanması gereklidir. Aksi halde, Anayasanın 17'nci maddesinde yer alan «kanunun gösterdiği hallerde» ibaresinin gereklerinin yerine gelmemiş olduğu söylenebilir. Hele, çeşitli elektronik araçlar kullanılmak suretiyle, telefon dışı sözlü haberleşmelerin zaptedilmesinin, CMUK'daki hükümlere benzetilerek meşrulaştırılması, büsbütün olanaksızdır. Bu da, ancak Anayasanın 17'nci maddesine aykırı düşmeyecek özel bir kanunî düzenleme çerçevesinde düşünülebilir. Nihayet, yukarıda naklettiğimiz CMUK hükümlerinin, «sanık» (maznun) deyimini kullanmış olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir. Bu hükümlerin kıyas yoluyla telefon dinlemelerine uygulanabileceği varsayılsa bile, henüz sanık sıfatını almamış olan kişilerin her türlü haberleşmelerinin gizliliğine, bu hükümlere dayanılarak dokunulamayacağı açıktır.

### **Anayasa Mahkemesi ve Özel Haberleşmenin Gizliliği**

Anayasa Mahkememizin, son yıllarda özel haberleşmelerin gizliliği ve özellikle gizli dinleme sorunlarına ilişkin olarak verdiği iki kararda, konuya Anayasa ilkelerine uygun bir açıklık getirdiğini söylemek güçtür. Cumhuriyet Senatosu üyesi Osman Köksal'ın, Senatoça dokunulmazlığının kaldırılmasına karşı vâki itirazına ilişkin kararında<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi, gizli dinleme sonucu elde edilen teyp bantlarının delil olma değerini, özel haberleşmelerin gizliliği açısından değil, sadece gizli dinlemenin teknik güvenilirliği açısından ele almıştır. Anayasa Mahkemesine göre,

«Ses alma alanındaki ilerleme ve gelişmeler bugün o evrededir ki, bir sesin belirli bir kişiye ilişkin bulun-

<sup>16</sup> Esas 1971/41, Karar 1971/67, 17.8.1971 ve 19.8.1971, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 11, s. 52-96.

duğunun hâlâ parmak izlerinde olduğu gibi kuşkusuzca ve kesinlikle saptanamamasına karşılık, birtakım montaj yollarıyla ve gerekirse ses taklit etmede usta kişilerin yardımlarından da yararlanılarak bantlar istenildiği gibi doldurulabilmektedir. Bir toplantıda hazır bulunanlar, zamanında ve usulünce tutanaklarla saptanarak o toplantıya ilişkin bulunduğu ileri sürülen ses bantlarına böylece destek ve güç kazandırılmadıkça bant çevirilerine hukuk yönünden tam bir güvenle bağlanıp dayanılmayacağı ortadadır... (S)es alma araçları(nın) kimlerce, ne vakit, nasıl yerleştirildiği, nasıl uzun bir zaman korunup çalıştırılabildiği, bantların nasıl ne zaman ele alınıp değerlendirildiği, konuşanların kimliklerinin ve banda çekilmiş seslerle ilişkilerinin ne yolla saptandığı bilinemediği için bu durum ses bantlarının isnada ciddilik verme gücünü daha da gölgelemektedir» (*Ibid:* 82 - 83).

Anayasa Mahkemesi, ayrıca, olayda söz konusu olan gizli dinlemenin MİT görevlilerince gerçekleştirilmiş olmasını, delillerin güvenilirliğine gölge düşüren bir nokta saymıştır :

«Hizmetin özelliği, MİT'ten istihbarat görevi alanların gizlice ve çeşitli kimliklere ve görünümlere bürünerek ve daima gerçek niyetlerini saklayarak çalışmalarını gerektirir. Böyle bir durumda görevlinin bir tanık için baş nitelik sayılabilecek olan yansızlık vasfından az veya çok uzaklaşma eğilimini göstermesi veya böyle bir zorunluğa duyması olağandır... Durumu, bir olayı açıkça saptamış ve saptama üzerine tanıklık etmekte bulunmuş alelâde bir kolluk görevlisininkinden daima ayrımlıdır... Bütün bunlar gizli bir MİT görevlisinin bir olaya tanıklık konusunda hukukça öteki olağan kişilerle eşdeğerde tutulamıyacağını akla getirir» (*Ibid.:* 84 - 85).

Görülüyor ki, Anayasa Mahkemesi, konuya özel haberleşmenin gizliliği ve bu gizliliğe ancak hâkim kararı ile dokunulabileceği yolundaki Anayasa ilkesi açısından yaklaşmış değildir. Kararda, gizli dinlemenin bir hâkim kararına dayanıp dayanmadığı konusunda en ufak bir tartışmaya rastlanmamakta, ancak olayın anlatılış biçiminden böyle bir hâkim kararının bulunmadığı izle-

nimi uyanmaktadır. Bu durumda bizce Anayasa Mahkememizin izlemesi gerekli olan yol, Anayasanın 17'nci maddesini doğrulayarak, hâkim kararına dayanmayan bir gizli dinleme sonucu elde edilen delillerin, Anayasaya ve kanuna aykırı şekilde toplanmış olmaları bakımından, telâkki edilmelerinin mümkün olmadığını belirtmekti. Oysa Anayasa Mahkemesi, nedense, bantlardan ses sahibinin kesinlikle anlayamayacağı, toplantıda bulunanların v.b. hususların tutanakla saptanmadığı ve dinlemeyi yapan MİT görevlilerinin yansız tanıklar sayılamayacağı gibi, konunun özüne inmeyen gerekçelere dayanmayı yeğlemiştir. Bu durumda, daha güvenilir teknolojik yöntemler kullanıldığı, gerekli hususların tutanaklarla saptanmasına daha çok özen gösterildiği ve gizli dinleme MİT görevlileri tarafından değil de normal kolluk görevlilerince yapıldığı takdirde, hâkim kararı koşuluna bakılmaksızın, gizli dinleme sonucu elde edilen delillerin geçerli sayılabileceği akla gelmektedir. Oysa, Anayasanın 17'nci maddesinin açıklığı karşısında bunu savunmaya elbette olanak yoktur. Anayasamıza göre, gizli dinlemenin meşruluğunun vazgeçilmez koşulu, bunun adli kovuşturmanın gereği olarak verilmiş bir hâkim kararına dayanmasıdır.

Anayasa Mahkememizin, özel haberleşmenin gizliliğine ilişkin olarak verdiği diğer bir karar da<sup>17</sup>, ne yazık ki, doyurucu olmaktan çok uzaktır. Bu kararda Anayasa Mahkemesi, Türkiye İşçi Partisi tarafından iptal dâvâsı konusu yapılan 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun bazı hükümlerinden çoğunu Anayasaya uygun bulmuş, bir kısmını ise iptal etmiştir. Sıkıyönetim Kanununun konumuzu ilgilendiren hükümleri, Kanunun 3'üncü maddesinin (a) ve (c) bentlerinde yer almıştır. Bu hükümlere göre, Sıkıyönetim Komutanı, sıkıyönetim bölgesindeki genel güvenlik ve kamu düzeninin gerektirdiği hallerde, «...mektup, telgraf vesair mersuleleri... herhangi bir müracaat, talep ve karara lüzum olmaksızın aramak ve bunlardan sübut vasıtaları olan yahut zor alıma tabi bulunan eşyayı zaptetmek» (m. 3, a) ve «söz, yazı, resim, filim ve sesle yapılan her türlü yayım, haberleşme, mektup, telgraf vesair mersuleleri kontrol etmek» (m. 3, c) yetkilerine sahip kılınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararında, Anayasanın 17'nci maddesine göre hâkim kararı olmadan özel haberleşmelerin gizliliğine dokunulamayacağını belirtmiş, «ancak 11'inci madde yoluy-

<sup>17</sup> Esas 1971/31, Karar 1972/5, 15 ve 16 Şubat 1972, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 10, s. 155-236.

la bu hürriyetin sınırlandırılmasına gidilebileceği... ortadadır» sonucuna varmıştır (*Ibid.*: 171). Temel hakların sınırlandırılması ve sıkıyönetim sorunlarını ayrı bir yazımızda ele alacağımızdan, burada konunun ayrıntılarına girmek istemiyoruz. Ancak kısaca şunu belirtelim ki, Anayasanın kesin ve mutlak bir buyruğu niteliğini taşıyan ve hürriyetler bakımından «ek güvence» meydana getiren bir hükmü, 11'inci madde yoluyla etkisiz kılmaya kanımızca olanak yoktur. Örneğin Anayasanın «basın... sansür edilemez» yolundaki hükmü (m. 22, f. 1), «basın, 11'inci maddede sayılan gerekçelerle sansür edilebilir» şeklinde yorumlanamaz. Çünkü 11'inci maddede öngörülen sınırlamanın, «Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak» yapılması ve ayrıca temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmaması gerekir. Dolayısıyla 11'inci madde, hiçbir zaman, Anayasanın açıkça yasakladığı hususları meşrulaştırıcı bir bahane olarak kullanılamaz.

Anayasa Mahkememiz de, herhalde böyle bir yorumu savunmanın güçlülüğünü düşünerek, Sıkıyönetim Kanununun ilgili hükümlerini Anayasaya uygun bulurken, ikinci bir gerekçeye de dayanmıştır. Bu gerekçe, sıkıyönetim halinin, Anayasanın 11'inci maddesinde ve özel maddelerinde gösterilen hürriyetleri sınırlama nedenlerinin dışında ve ötesinde, onlardan bağımsız bir sınırlama nedeni meydana getirdiği görüşüdür. Kararda belirtildiğine göre, «Anayasa Koyucu, hürriyetlerin kısıtlanması bakımından özel maddelerinde ve 11'inci maddedeki olanakları sıkıyönetim isterlerinin aşması ve olanakların bu alanda yetersiz kalması olasılığını düşünmüş ve sıkıyönetimi başlı başına ve özel bir sınırlandırma nedeni olarak ele almayı... düşünmüştür» (*Ibid.*: 170). Bu cümlelerin taşıdığı anlam, sıkıyönetim halinde, Anayasanın özel maddeleriyle, hattâ 11'inci maddeyle de bağlı olmaksızın, hürriyetlerin istendiği gibi kayıtlanabileceğidir. Böylece hürriyetlerin ancak «Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak» kayıtlanabileceği ve kayıtlamanın temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamayacağı yolundaki ilkeler ihmal edilebilecek, Anayasanın mutlak bir buyruk, ek bir güvence olarak belirttiği bütün yasaklamalar yok sayılabilecektir. Fevkalâde yanlış ve tehlikeli bulduğumuz bu yorum biçiminin, Anayasa Mahkemesinin sözü geçen kararında da yer verilen, sıkıyönetimin bir hukuk ve anayasa rejimi olduğu yolundaki temel hukuk kuralları ile nasıl bağdaştırılabileceğini anlamak gerçekten güçtür.

## S O N U Ç

Özel haberleşmelerin gizliliği konusunun, Amerika ve Türkiye açısından karşılaştırmalı olarak incelenmesi, bize ilginç görünen bazı gözlemlere olanak vermektedir. A.B.D.'de haberleşmelerin gizliliği ile doğrudan doğruya ilgili bir anayasa hükmü bulunmadığı halde, «arama ve elkoyma»ya ilişkin Dördüncü Değiştiri, mahkemelerce haberleşmelerin de gizliliğini koruyucu biçimde yorumlanmıştır. Yüksek Mahkeme, elektronik araçlarla yapılan gizli dinlemeler konusunda bir süre, özden çok biçime ağırlık tanıyan ve kişi hürriyetlerini yeterince koruyamayan kararlar vermiş olmakla beraber, özellikle 1960'lardan bu yana tutumunu kesinlikle değiştirmiştir. Bugün gerek Yüksek Mahkemenin yeni kararları, gerekse 1968 tarihli Suçların Kontrolü ve Sokakların Güvenliği Kanunu karşısında, gizli dinlemenin ancak kanunda açıkça gösterilen durumlarda ve hâkim kararıyla yapılabileceği noktasında kuşku kalmamıştır. Öte yandan, Amerikan Hukukunda, kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin geçerli sayılmaması kuralı da, bu ilkenin başlıca pratik müeyyidesini meydana getirmektedir.

Türkiye'deki gelişmenin ise, bir bakıma, tersine bir çizgi izlemiş olduğu söylenebilir. 1961 Anayasasının özel haberleşmelerin gizliliği konusunda modern ve hürriyetçi bir ilke getirmiş olmasına karşılık, uygulama bu ilkedен sapmış, hâkim kararı alınmaksızın gizli dinlemeye başvurulmuş, mahkemelerimiz de bu şekilde elde edilen delillerin geçerli sayılmaması yolunda kesin bir tutum takınamamışlardır. Türkiye'de kamu hürriyetlerinin korunmasında genellikle olumlu bir rol oynamış bulunan Anayasa Mahkemesi de, bu konudaki kararlarında, ne yazık ki, kendisinden beklenebilecek duyarlılığı göstermemiştir. Son tahlilde, iki ülkedeki gelişmenin karşıt çizgiler izlemiş olmasını, kamu oylarının konuya karşı gösterdikleri tepkiler arasındaki farkla açıklamak mümkündür. Türkiye'de gizli dinleme sorununun yeni yeni dikkati üzerine çekmesine karşılık (buna örnek olarak Profesör Faruk Erem ve Avukat Enis Coşkun'un yazıda adı geçen makale ve kitapları ile, İstanbul Barosunun 2 Haziran 1975 tarihinde tertiplelediği açık oturum gösterilebilir), Amerika'da bu çeşit uygulamalar, sert ve yaygın tepkiler yaratmış, sayısız kitaplara, makalelere, basın ve televizyon haber ve yorumlarına, bilimsel toplantılara, hattâ meclis araştırmalarına konu olmuştur. Denilebilir ki, Amerika'da yargı kararlarının ve ya-

sal düzenlemenin bugünkü güvenceli noktalara ulaşması, büyük ölçüde, bu tepkinin sonucudur. Kanımızca, Türkiye - Amerika karşılaşması, Anayasamızın Başlangıç Bölümünde de çok doğru olarak belirtildiği gibi, hürriyetlerin korunması bakımından en büyük güvencenin, uyanık ve hürriyetlerine düşkün bir kamu oyu olduğu gerçeğini doğrulamaktadır.

## B İ B L İ Y O G R A F Y A

- The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation.* Senate Document No. 92-82. Washington, 1973: U.S. Government Printing Office.
- Coşkun, Enis. *Gizli Dinleme.* İstanbul, 1974: May Yayınları.
- Erem, Faruk. «Teknik İlerleme ve Ceza Hukuku,» *A. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XXVII, Sayı 3-4, 1970, s. 15-26.
- Gross, Hyman. *Privacy: Its Legal Protection.* Dobbs Ferry, New York, 1964: Oceana Publications.
- Kunter, Nurullah. *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Bası). İstanbul, 1974: İ. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Lockhart, William B., Yale Kamisar, and Jesse H. Choper. *Constitutional Law: Cases, Comments, Questions.* St. Paul, Minn., 1970: West Publishing Co.
- Miller, Arthur R. *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks, and Dossiers.* Ann Arbor, 1971: The University of Michigan Press.
- Oehler, Dietrich (çev. Servet Armağan). «Postanın Gizliliği,» *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yeni Seri, c. 5, Sayı 7, 1971, s. 245-266.
- Özsunay, Ergun. *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu.* İstanbul, 1974: İ. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Schwartz, H. «The Legitimation of Electronic Eavesdropping: The Politics of 'Law and Order',» *Michigan Law Review*, c. 67, 1969.
- Shils, Edward. *The Torment of Secrecy.* Glencoe, Illinois, 1956: The Free Press.
- Westin, Alan F. *Privacy and Freedom.* New York, 1970: Atheneum.

## KANUNÎ MÜŞAVİRLİK VE FEDERAL MAHKEME'NİN BU KONUYA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ

Doç. Dr. Bilge ÖZTAN

### I — GENEL OLARAK

Medenî Kanun'un kanunî müşavirlikle ilgili 379 (Art 395 ZGB) uncu maddesini değerlendirirken, önce bu maddenin Kanun'da yer alış nedenleri üzerinde durmak gerekir.

Kanunî müşavirlik, Medenî Kanun'da «kayımlık» faslında ve sadece bir tek madde içinde hükme bağlanmış bir müessesedir. Halbuki, önemi açısından bu müessesenin de vesayet ve kayımlık müesseseleri gibi ayrı bir fasıl altında hükme bağlanması isabetli olurdu. Kanunî müşavirlik müessesesine ayrı bir fasıl tahsis edilmemesinin nedeni, Medenî Kanun'u hazırlayanların bu müesseseyi benimsememiş olmalarıdır<sup>1</sup>. Kanunî müşavirliğin Medenî Kanun'da yer alması hususunda yapılan ilk teklif Federal Meclis tarafından (Bundesrat), bu hususta pratik bir ihtiyacın bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmişti<sup>2</sup>. Daha sonra 1905 yılında milletvekillerinden *Thélin*, meclis genel kuruluna (Bundesversammlung) Medenî Kanun'a kanunî müşavirliğin ilâve edilmesi yolunda bir teklif getirmiştir. Federal Meclis, fiil ehliyetinin tahdidinin Medenî Kanun'un sistematığına uymadığı ve böyle bir müessesenin gerektiği şekilde düzenlenmesi için sürenin yetersiz bulunduğu nedenleriyle teklifi reddetmiştir; fakat, kanunî müşavirliğin bir temsil müessesesi olmadığı, bu müessesenin kendisine kanunî müşavir tayin

---

<sup>1</sup> Vorentwurf sh. 440 vd.; *Erlass* sh 421 Naklen: *Kaufmann*, J.: Die Beschränkung der Handlungsfähigkeit nach Art 395 ZGB (Beiratschaft) in SJZ 12, 257 vd.

<sup>2</sup> Sten. Bull. der Jahre 1905, 1906, 1907 (naklen *Frei*, R.: Die Beiratschaft Diss. Basel, 1942, sh. 9).

edilen kişiye yol gösterici bir nitelik taşıdığı, himâye fonksiyonu bulunduğu kişinin vesayet altına alınmasına gerek olmayan, fakat yine de korunmaya ihtiyaç duyulan hallerde kendisine yardımcı olabileceği görüşlerinin savunulması üzerine, söz konusu teklif ilgili komisyonda benimsenmiş ve Medenî Kanun'da «kanunî müşavirlik» müessesesine yer verilmiştir<sup>3</sup>. Ancak, müessese ile ilgili gerekli hükümler Kanun'a konmamış, konunun tek maddeye sıkıştırılmasıyla yetinilmiştir. Bu maddede, sadece, hangi muamelelere kanunî müşavirin müdahale edebileceği tadadî (sınırlayıcı) olarak sayılmıştır<sup>4</sup>. Madde kaleme alınırken kişinin sadece mamelekî menfaatlerini korumak amacı gözönünde tutulmuştur<sup>5</sup>. Yani, Medenî Kanun'un 379'uncu maddesi kişinin kendisinin korunması amacını kapsamamıştır<sup>6</sup>. Daha sonra, idarî müşavirlik maddeye ikinci fıkraya olarak ilâve edilmiş ve kanunî müşavirlik müessesesi kısmen genişletilmiştir.

Kanunî müşavirlik müessesesinin Medenî Kanun'a bu suretle meclis müzakereleri sırasında ilâve edilmiş olması, Kanun'un sistematiğini bozmuştur<sup>7</sup>. Bu müesseseye Medenî Kanun'un 379'uncu maddesi dışında sadece 401'inci ve 421'inci maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde kısaca değinilmiştir. Bu düzenleme şekli ile, kanunî müşavirlik sınırları belli olmayan bir müessesedir. Bu nedenle de, müesseseye vesayet veya kayyımlik müesseseleri ile ilgili hükümlerden hangilerinin uygulanacağı açıklık kazanamamıştır. Medenî Kanun'un 353'üncü maddesinin üçüncü fıkrası açık olmamakla beraber, bu hususta kısmen de olsa yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. Medenî Kanun'un 353'üncü maddesinin üçüncü fıkrasından, vesayetle ilgili hükümlerin kanunî müşavirliğe de uygulanabileceği sonucu çıkarılabilir.

Kanunî müşavirlik müessesesine, bu müessesenin Medenî Kanun'un kayyımlik faslı içinde düzenlenmiş olması nedeniyle, bu fasılda yer alan hükümlerin ayırım yapılmaksızın uygulanması hatalı olacaktır<sup>8</sup>; çünkü, kanunî müşavirlik kendine has varlığı olan,

<sup>3</sup> Egger, A.: Kommentar zum ZGB, Familienrecht II, 3. Abteilung Vormundschaft, Zürich 1948, Art. 395 nr. 5, sh. 317.

<sup>4</sup> Sten, Bull. 1905, sh. 1418.

<sup>5</sup> Frei, R.: agt., sh. 11.

<sup>6</sup> Sten. Bull. 1906, sh. 54 vd., Frei, R.: agt. sh. 11.

<sup>7</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 5, sh. 317; Frei, R.: agt., sh. 13.

<sup>8</sup> Egger, A.: agk., Art 395, nr. 7, sh. 318.

kayımlık ve vesayetten ayrı bir müessesedir. Bu nedenle, gerek vesayete, gerek kayımlığa ilişkin hükümlerden sadece kanunî müşavirliğin gaye ve maksadına uygun düşecek olanlarının bu müesseseye uygulanması gerekir<sup>9</sup>.

Kanunî müşavirlikle ilgili madde, kanunî müşavirliğin iki ayrı tipini, iştirak müşavirliğini ve idarî müşavirliği bir arada hükme bağlamıştır. Dolayısıyla iki müşavirlik arasındaki fark kolayca görülememektedir. Uygulamada çoğu kez Medenî Kanun'un 379 uncu maddesinin ikinci fıkrası lüzumsuz bulunmakta ve kişiye kayyım tayin edilmekte<sup>10</sup>, dolayısıyla idarî müşavir tayinine çok ender rastlanmaktadır<sup>11</sup>. Halbuki kanunî müşavirlik, kayımlığın bir nevi değildir<sup>12</sup>.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, kanunî müşavirliğin kayımlık müessesesi içinde düzenlenmiş olması hatalı olmuştur. Esas itibarıyla, bu müessesenin ayrı bir fasıl altında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerekirdi. Çünkü, bu müessese kayımlık ve vesayet müesseselerinden farklıdır ve ikisinin arasında yer alır. Kanunî müşavirlik, kayımlık müessesesi ile öngörülen himâye tedbirlerinden daha azına ihtiyacı olanları koruyan bir müessesedir<sup>13</sup>.

Kanunî müşavirlik müessesesi, Medenî Kanun'da yer almakla vesayetle ilgili hükümlere elâstikiyet kazandırmıştır. Kanunî müşavirlik müessesesinin kabulü, vasi tayinini daha dar bir çerçeve içine sokmuş, fiil ehliyetinin tamamen kaybını önlemiş, kişilerin haklarına daha saygılı davranılmasını sağlamıştır.

## II — KANUNÎ MÜŞAVİRLİK MÜESSESESİNİN BENZER MÜESSESELERDEN FARKI

Uygulamada kanunî müşavirlik ile kayımlık ve vesayet çoğu kez birbiriyle karıştırılmaktadır. Bu nedenle bu müesseseler arasındaki farkı kesin olarak belirtmekte yarar vardır.

<sup>9</sup> Egger, A.: agk., Art. 395 nr. 7, sh. 318; Kaufmann, J.: agm., sh. 258; Frei, R.: agt., sh. 17-18.

<sup>10</sup> Egger, A.: agk. Art. 395 nr. 7 sh. 318.

<sup>11</sup> Egger, A.: agk., Art 395, nr. 8., sh. 319.

<sup>12</sup> Velidedeoğlu, H.V.: Türk Medenî Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku 5. Bası, 1965 İstanbul, sh. 554.

<sup>13</sup> Frei, R.: agt., sh. 18.

### A. Vesayet Müessesesi ile Kanunî Müşavirlik Müessesesi Arasındaki Farklar:

Vesayet ve kanunî müşavirlik birbirinden açıkça ayrılması gereken iki husustur. Kanunî müşavirlik, vesayet müessesesinin ilk basamağıdır; ne vesayet ve ne de kayyımlik müesseseleri ile sağlanamayacak tedbirleri öngörür.

Vesayet ve kanunî müşavirlik arasındaki en önemli farkı kişinin fiil ehliyetinin kapsamı teşkil eder<sup>14</sup>. Vesayet altına alınan kişi fiil ehliyetine sahip değildir; yani vesayet altına alınan kişinin hukukî muamele yapabilme yeteneği yoktur. Bazı hallerde, Medenî Kanun'un 269'uncu maddesinin birinci fıkrasıyla vesayet altına alınmış kişiye «sınırlandırılmış bir fiil ehliyeti» tanınmakta ise de, burada sözkonusu olan fiil ehliyeti, kendisine kanunî müşavir tayin edilen kimsenin sahip olduğu fiil ehliyetinden çok farklıdır<sup>15</sup>.

Kendisine kanunî müşavir tayin edilen kişi, vesayet altına alınan kişi gibi fiil ehliyetini tamamen kaybetmemiştir; fiil ehliyeti sadece sınırlanmıştır<sup>16</sup>; vesayet altına alınanın aksine kanunî temsilciye muhtaç değildir.

Vesayet altına alınmasını gerektiren bir durumun sözkonusu olmadığı hallerde, kişiye kanunî müşavir mi, yoksa kayyım mı tayin edileceği araştırılır. Kişinin *devamlı* şekilde şahsî bakım ve ihtimama muhtaç olduğu hallerde ise mutlaka vasi tayinine gidilir.

Medenî Kanun'a göre, reşit olan, fakat hacrine karar verilmiş kişiler de vesayet altına alınır (M.K. 355, 358). Vesayet altına alınacak kişilerin de, velâyet altına alınanlarda olduğu gibi, *devamlı* bakım ve itinaya ihtiyaç göstermeleri gerekir. Vasinin görevi, kanunî müşavire oranla çok daha geniş kapsamlıdır. Medenî Kanun'un 382-400 üncü maddelerinde hükme bağlandığı üzere, vasinin görevleri şu şekilde özetlenebilir :

Vasi, vesayet altındaki kişinin kanunî temsilcisidir; dolayısıyla, vesayeti altındaki küçüğün veya mahcurun şahsına bakım ve itina göstermekle yükümlüdür; mâmelekî sahada ise, kişinin menfaatını gözetmek ve mallarını idare etmek yükümlülüğü altındadır.

<sup>14</sup> BGE 38 II 437.

<sup>15</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 19; *Kaufmann, J.*: agm., sh. 257.

<sup>16</sup> *Egger, A.*: agk, Art. 395, nr. 21, sh. 258.

Kişi devamlı şekilde bakım ve itinaya ihtiyaç göstermiyor, fiil ve hareketleriyle kendisinin ve başkalarının hayatını tehlikeye sokmuyorsa, hacir altına alınmayıp, kendisine kanunî müşavir tayin edilir. Bunun için temyiz kudretine sahip olması gerekir<sup>17</sup>; çünkü devamlı olarak temyiz kudretinden yoksun bir kimse kendi mâmeleği ile ilgili hiç bir muameleyi yapamayacağı, şahsî bakımını temin edemeyeceği için kendisine kanunî müşavir tayinine imkân yoktur<sup>18</sup>.

Kanunî müşavirin yetkileri vasiye oranla daha sınırlıdır ve Kanun'un 379'uncu maddesinde tadadî olarak sayılmıştır. Bu maddeye göre;

Kanunî müşavir kişinin temsilcisi değildir.

Bu maddenin 1-9'uncu bendleri arasında gösterilen muamelelerin, fiil ehliyeti tahdit edilen kişi tarafından yapılması halinde kanunî müşavir reyini vermek veya vermekten kaçınmakla yükümlüdür.

Ancak, Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, kişiye kanunî müşavir tayin edilmişse, mâmeleğin idaresi kanunî müşavire aittir; yani bu saha içinde kanunî müşavir kişiyi temsil eder. Bu temsil, mâmeleğin idaresi yönünden olup, kişi mâmeleğinin geliri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir<sup>19</sup>. Ayrıca kanunî müşavir tayini vesayetkentinin aksine kişinin dilediği tâbiyeti ve ikametgâhı seçmesini engellemez. Diğer bir ifade ile, kendisine kanunî müşavir tayin edilen kişi, vesayet mahkemesinin iznine ihtiyacı olmaksızın, tâbiyetini veya ikametgâhını değiştirebilir<sup>20</sup>; evlenme ehliyetini muhafaza eder; evlât edinebilir; evlâtlık olarak alınabilir. Bütün bunlar için, vesayet altına alınan kişinin durumundakinin aksine, vesayet mahkemelerinin iznine ihtiyaç yoktur.

### B. Kanunî Müşavirlik ile Kayımlık Arasındaki Farklar:

Kişinin fiil ehliyeti yönünden içinde bulunduğu durum kendisine kanunî müşavir mi, yoksa kayımlık mı tayin edileceği hususunu tesbitte önem taşır.

<sup>17</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 21, sh. 257.

<sup>18</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 11, sh. 320; Kaufmann, J.: Die Stellung des Beirats nach 395 Abs. 1 ZGB, SJZ 24, sh. 125.

<sup>19</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 11, sh. 320.

<sup>20</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 13, sh. 321.

Kayyım tayininde kişi fiil ehliyetini aynen muhafaza eder; yani kayyım tayininde fiil ehliyeti sınırlanmaz. Fiil ehliyetine tam sahip olan bir kimseye de kayyım tayin edilebilir. Bu durumda kişi üçüncü şahıslarla hukukî muameleler yapabilir, mükellefiyet altına girebilir. Medenî Kanun'un 377 ve 378'inci maddeleri kayyım tayinini gerektiren halleri kesin bir surette belirtmiştir. Bu maddelere göre, reşit bir kimseye, henüz doğmamış bir çocuğa, bir tüzel kişiye, bir vakıf veya mal varlığına veya kişinin talebi üzerine kendisine kayyım tayin edilebilir.

Halbuki, kanunî müşavir sadece reşit bir kişiye tayin olunur. Evli kadına da kanunî müşavir tayini mümkündür<sup>21</sup>. Kişinin reşit olmaması halinde ise, vasi veya kayyım tayini yoluna gidilir.

Gerek kayyım, gerek kanunî müşavir, kişinin kendi arzusu üzerine de tayin edilebilir; fakat, burada da her iki müessesenin aradığı şartlar birbirinden farklıdır (MK. 358, 378).

Yukarda da belirtildiği gibi, kendine kayyım tayin edilen kişinin fiil ehliyetinde bir değişiklik olmaz. Kayyımlığın aksine, kanunî müşavir tayin edilen kimsenin fiil ehliyeti ise mutlaka sınırlanmıştır. Aynı şekilde, kayyım belli bir süre için tayin olunur. Halbuki, kanunî müşavirin tayin süresinin sınırlandırılması, müessesenin mahiyeti ile bağdaşmaz. Bu nedenle, muayyen bir işin yapılma süresince devam edecek bir kanunî müşavirlik düşünülemez<sup>22</sup>.

Kanun'da hükme bağlanan iştirak müşaviriyle, temsil kayyımının, idarî müşavir ile idarî kayyımın görevleri farklıdır.

Kanun'da iştirak müşavirinin reyinin hangi muamelelerin yapılmasında aranacağı tadadî olarak sayılmıştır. Halbuki iştirak kayyımlığı belli bir muamelenin yapılmasıyla sona erer.

İdarî müşavir, kişinin mallarını gerektiği gibi idare edememesi nedeniyle kendisinin veya yakınlarının fakirleşmesinin sözkonusu olduğu hallerde tayin edilir. İdarî kayyım ise, bir mâmeleği idare edecek kimsenin yokluğu nedeniyle, kişinin mâmeleğinin korunmasına ihtiyaç duyulması halinde sözkonusu olur. Diğer bir ifadeyle, idarî kayyım tayininde kişinin mallarını idaresi yönünden kendisinin veya yakınlarının fakirleşmesi unsuru aran-

<sup>21</sup> Egger, A.: agk., Art 395 nr. 11, sh. 320.

<sup>22</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 22 sh. 323.

maz. Meselâ, bir vakıf veya mal varlığı için kayyım tayin olunur. Burada belli bir kişinin menfaati sözkonusu değildir.

### III — KANUNÎ MÜŞAVİR TAYİNİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Medenî Kanun'un 379'uncu maddesi kanunî müşavirin hangi hallerde tayin edileceğini hükme bağlamış bulunmaktadır. Bu maddeye göre, «Hacrine kâfi sebep bulunmamakla beraber, medenî haklarını kullanma ehliyetinden kısmen mahrum edilmesi menfaati iktizasından bulunan her reşide..... kanunî müşavir tayin olunur» denilmektedir. Ancak, gerek doktrin, gerek uygulama, kanunî müşavir tayini için, kişinin kendisi veya yakınları yönünden, mâmelekî ilişkilerinde mevcut bir tehlikenin varlığını aramıştır<sup>23</sup>.

Medenî Kanun'un 379'uncu maddesi, kanunî müşavir tayin edilebilmesi için, fiil ehliyetinin tahdidinin zorunlu olduğunu hükme bağlar. Kişinin özel durumuna göre, kendisine iştirak müşaviri veya idarî müşavir tayin olunur. Başka bir deyişle, kişinin bazı muameleleri yapıp yapamaması veya mâmeleğinin tamamını idare edip edememesi, tayini gereken kanunî müşavirin nevini tesbite yarar. Şahsın ruhî durumundaki bozukluk vesayet altına alınmasını gerektirecek derecede ağır değilse, öncelikle idarî kayyım, fakat bunun yetersiz olacağı görülüyorsa, idarî müşavir tayini yönüne gidilir.

Gerek iştirak müşaviri, gerek idarî müşavir tayini hallerinde kişinin fiil ehliyeti sınırlanmıştır. İştirak müşavirliğinde fiil ehliyetinin sınırlanması sadece kanunda belirtilen muameleler yönünden sözkonusu olup, bu muamelelerin dışında fiil ehliyeti tamdır. İdarî müşavir tayini halinde ise, kişinin fiil ehliyeti mâmeleğini ilgilendiren bütün muameleler yönünden kısıtlanmıştır.

Gerek iştirak müşavirinin, gerek idarî müşavirin tayin edilmesi için bazı şartların bulunup bulunmadığı araştırılır. Bu şartları olumlu (pozitif) şartlar ve olumsuz (negatif) şartlar olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür.

#### A. Olumlu Şartlar:

Olumlu şartlar, kişinin reşit olması ve fiil ehliyetinin sınırlanmasıdır.

<sup>23</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 29'dan naklen (ZbJV 59, sh. 179).

1) *Kişinin reşit olması :*

Reşit olmayan bir kişi zaten velâyet veya vesayet altında olacağından, kendisine kanunî müşavir tayinine gerek yoktur. Ancak reşit bir kimsenin mâmelekî menfaatlerinin devamlı olarak korunmasının sözkonusu olduğu durumlarda, kanunî müşavir tayinine gidilir.

2) *Kişinin fiil ehliyetinin sınırlanması :*

Gerek uygulama, gerek doktrin, kanunî müşavir tayini için, kişinin mâmeleğini bizzat idareye devam etmesi halinde kendisi veya yakınları için bir fakirleşme tehlikesinin sözkonusu olmasını aramıştır<sup>24</sup>. İleride bir fakirleşme tehlikesinin muhtemel görülmesi kanunî müşavir tayini için yeterli değildir<sup>25</sup>. Kanunî müşavir tayininde objektif vakıaların varlığı aranır<sup>26</sup>.

Kanunî müşavir tayini için, Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinin 1-9'uncu bendlerinde gösterilen muameleleri yaparken kişinin gereken dikkat ve itina sarf edememesi veya yapılan işin önemini anlayamaması ve bu nedenlerle mâmeleğini tehlikeye düşürmesi gerekir; kişide maddede sayılan muameleleri yapma yeteneğinin bulunmaması aranır. Meselâ, sırf karşı tarafı memnun etmek gayesiyle bono (hatır bonusu) imzalama<sup>27</sup>, kefil olmada dikkatsiz davranma gibi. Federal Mahkeme sırf karşı tarafı memnun etmek arzusu ile bono imzalayan bir kişiye kanunî müşavir tayin ederken, sözkonusu kişinin bu muameleleri yaparken anlamasında bir noksanlık veya irade beyanında bir eksiklik bulunup bulunmadığını aramıştır. Ayrıca, kanunî müşavir tayininde, kişinin mallarını idare ederken veya bu mallarla ilgili muameleleri yaparken kendisinin veya ailesinin zarurete düşmesine yol açacak derecede fakirleşme tehlikesi de aranır; ancak, buradaki fakirleşmenin, kişinin hacir altına alınmasını gerektirecek dereceyi bulmaması gerekir<sup>28</sup>. Kişinin yeteneksizliğinin bütün muameleler yönünden olmasına lüzum yoktur; Medenî Kanun'un 369'uncu maddesi-

<sup>24</sup> *Frei, R.*: agt., sh., 29'dan naklen (ZbJV 59, sh. 179).

<sup>25</sup> *Kaufmann, J.*: agm., SJZ XII, sh. 425; BGE 38 II 438.

<sup>26</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 39.

<sup>27</sup> *Kaufmann, J.*: agm., SJZ XII sh. 259; *Egger, A.*: agk., Art. 395 nr. 48, sh. 335; BGE 59 II 103.

<sup>28</sup> *Egger, A.*: agk., Art. 395, nr. 28, sh. 326.

nin birinci fıkrasında gösterilen muameleleri yapmada yeteneksiz olması, akıllıca hareket edememesi yeterlidir; ancak, muameleleri yapmadaki yeteneksizliğin devamlı olması gerekir; yoksa, sadece bir tek muamelede düşüncesizce hareket etmiş bulunmak kanunî müşavir tayinine neden olamaz<sup>29</sup>.

### B. Olumsuz Şartlar:

Olumsuz şart, kişinin hacir altına alınmamış olmasıdır; çünkü, hacrine karar verilen kimse ya velâyet, ya da vesayet altına konur. Her iki halde de, fiil ehliyeti tamamen kaldırılmıştır. Halbuki, kanunî müşavir tayini için, Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinde sınırlı bir fiil ehliyetinin bulunması şartı öngörülmüştür. Maddede belirtildiği gibi, kanunî müşavir tayini için, kişinin hacir altına alınmamış olması ön şarttır. Fiil ehliyetinin tamamen kaldırılması çok ağır sonuçlar yaratır; bu nedenle, fiil ehliyetini mümkün olduğu kadar kısıtlamak, şahsiyet haklarına saygı göstermek çok daha isabetli olacaktır. Bu görüşten hareketle, her hâdisede, fiil ehliyetinin kısmen kısıtlanmasına gidilerek, kişiye kanunî müşavir tayin edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır<sup>30</sup>. Meselâ, kötü idaresinin sonucu mâmeleği azalan fakat geride kalan mâmeleğinin fazlalığı nedeniyle, ne kendisi, ne de bakmakla yükümlü olduğu kişiler yönünden bir fakirleşme tehlikesi doğmayan bir kimseye, kanunî müşavir tayini tercih edilir. Böylece, fiil ehliyeti tamamen kısıtlanmamış olur. Uygulamada, kişinin hacrine karar verilmeksizin, kendisine sadece mâmeleğinin idaresinde bir kanunî müşavirin tayini ile aynı yardımın yapılabileceği durumlara çok sık rastlanmaktadır. Meselâ, fazla içki içmek nedeniyle mallarını tehlikeye düşüren bir kimseye bir süre kanunî müşavir tayin olunabilir<sup>31</sup>.

O halde, kişinin vesayet altına konmasına lüzum olmadığı, kayyım tayiniyle de menfaatlerin tam olarak korunmasına imkân bulunmadığı hallerde, kanunî müşavirlik müessesesinden yararlanılır. Kanun koyucu, kanunî müşavirlik için gerekli şartları tesbit etmediği için, sözkonusu şahıs yönünden önce diğer iki müessesenin aradığı şartların bulunup bulunmadığına bakılır. Gerek vasi, gerek kayyım tayinini gerektiren şartlar yoksa, kanunî müşa-

<sup>29</sup> BGE 40 II 12.

<sup>30</sup> Kaufmann, J.: agm., SJZ XII, sh. 259.

<sup>31</sup> Kaufmann, J.: agm., SJZ XII, sh. 259.

vir için gerekli şartlar var demektir. Ancak, mevcut şartların vesaleti mi, yoksa kanunî müşavirliği mi gerektirdiğini tesbit çok zordur. Bu husus hâkimin takdir hakkına girer. Şartlar hacir altına alınmayı gerektiren şartlardır; fakat, hacir için aranan dereceyi bulmamış olmalıdır.

#### IV — KANUNÎ MÜŞAVİR TAYİNİ HALLERİ

Kanunî müşavir tayini için, vasi tayinini gerektiren şartlardan hareket etmek gerekir. Kanunî müşavirlik müessesesine Medenî Kanun'un 355, 356, 358'inci maddeleri kıyasen uygulanır<sup>32</sup>. Yani Medenî Kanun'un 355'inci maddesinde düzenlenen «akıl hastalığı» veya «akıl zayıflığı», 356'da hükme bağlanan «israf», «ayyaşlık», «suihal», «suiidare», 357'de yer alan «hapis» hallerinden birinin varlığı halinde, kanunî müşavir tayinine gidilebilir. Ancak, bu hallerin hacri gerektirecek ağırlıkta olmaması şarttır.

##### A. Akıl Hastalığı veya Akıl Zayıflığı:

Akıl hastası veya akıl zayıflığı olan kimsenin *devamlı* surette bakım ve itinaya muhtaç olup olmadığı bir psikiyatrist tarafından tesbit olunur ve duruma göre, kişiye vasi veya kanunî müşavir tayin olunur. Meselâ devamlı olarak sebepsiz dâvalar açan bir kişiye de vasi yerine kanunî müşavir tayin olunabilir<sup>33</sup>.

Psikiatri alanındaki doktrin, akıl hastalığı veya akıl zayıflığının varlığı halinde, kişiye mümkün olduğu ölçüde kanunî müşavir tayini görüşünü savunmaktadır; çünkü, vesayet altına alınmada çoğu zaman, kişi zararsız ve pasif de olsa bir müesseseye konmakta, fiil ehliyeti tamamen kaldırılmaktadır<sup>34</sup>. Halbuki, hastalığın ilk devrelerinde sözkonusu kişiye bir kanunî müşavir tayini pek çok durumlarda daha uygun olabilir. Nitekim, Federal Mahkeme 96 II 369 sayılı kararında devamlı akıl hastası olmayan bir kişiye kanunî müşavir tayinini öngörerek, bir karar değişikliği yapmış ve doktrinde haklı olarak uzun süredir savunulan bir görüşü benimsemiştir.

<sup>32</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 33-41, sh. 329-332; BGE 40 II 14.

<sup>33</sup> Frei, R.: agt., sh. 33.

<sup>34</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 37, sh. 331.

Paranoiklerde ve psikopatlarda spekülasyona, kefil olmaya, aşırı bağışta bulunmaya meyil fazladır. Bütün bu hallerde kanunî müşavir, vasi ile sağlanması düşünülen himâyeyi aynen gerçekleştirebilir. Aynı şekilde, sık sık gereksiz dava açmaya mütemayil olan bir kimseye kanunî müşavir tayin edildiğinde de istenen himâye sağlanabilir. Gene, kişinin vesayet altına alınması halinde ortaya çıkacak psikolojik sarsıntılardan korunmasının gerekli olduğu hallerde de kanunî müşavir tayini tercih olunmalıdır. Hastalığın akut bir hal aldığı devrelerde ise, kişiye kayyım tayini yoluna gidilir<sup>35</sup>.

### B. Suihal, Suiidare, Ayyaşlık, Müsriflik:

Medenî Kanun'un 356'ncı maddesi suihal, suiidare, ayyaşlık ve müsriflik hallerini hükme bağlamıştır.

#### 1) *Ayyaşlık ve müsriflik :*

Müsrif ve ayyaş olan bir kimse esas itibariyle vesayet altına alınır; çünkü böyle bir kimseye kanunî müşavir tayini ancak çok nâdir hallerde yarar sağlar<sup>36</sup>. Belki zaman zaman içkiye aşırı düşkünlüğü olan, zaman zaman mâmeleğine veya gelirine uygun olmayan büyük ölçüde hibelerde bulunan bir kimseye kanunî müşavir tayin edilebilir. Ayyaşlar, esas itibariyle kötü idarecilerdir. Bu nedenle, mallarının idaresi gereklidir. Böyle kimselerin ekonomik menfaatleri mümkün olduğu kadar erken korunmaya başlanmalıdır<sup>37</sup>. Ayyaş ve müsrif olan kişiye kanunî müşavir tayin edilmesi halinde kanunî müşavir kişinin mallarını idare ederken, aynı zamanda şahsına da itina göstermelidir.

#### 2) *Suihal ve suiidare :*

Kişinin suihalî kendisine vasi tayinini gerektirecek kadar ağır değilse, kanunî müşavir tayin olunmalıdır. Doktrinde hâkim görüş, bu gibi durumlarda kişinin şahsî bakım ve itinaya *devamlı* ihtiyaç göstereceği ve bu nedenle, kendisine vasi tayininin daha isabetli olacağı yolunda ise de, kanunî müşavir de kişinin şahsî bakımına itina gösterebilir. Kanun'da bunun aksine kısıtlayıcı bir hüküm yoktur.

<sup>35</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 37, sh. 331.

<sup>36</sup> Frei, R.: agt., sh. 33.

<sup>37</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 39, sh. 331.

Suicide halinin varlığı için, kişinin mallarını idarede ihmalkâr hareket etmesi şartı aranır. Mallarını kötü idare eden bir kimseye kanunî müşavir mi, vasi mi tayin edileceği meselesi, onun mal varlığı ile olan ilişkilerine göre çözümlenir. Burada hâkimin takdir hakkı geniş ölçüde rol oynar. Malların idaresinde ihmalkârlık veya müsriflik fiil ehliyetinin tamamen değil, fakat kısmen tahdidine neden olabilir; fiil ehliyetinin tamamen kaldırılması için durumun gerçekten çok ağır olması gerekir<sup>38</sup>. Federal Mahkeme'nin 40 II 98 tarihli kararı, mallarını kötü idare etmesi sonucu tasfiyeye maruz kalan bir kimseye vasi tayin edilmesi yolundadır; bu karar doktrinde haklı olarak tenkit edilmiştir<sup>39</sup>.

Kişinin mallarını kötü idare ettiği hallerde, kendisine vasi yerine iştirak müşaviri veya idarî müşavir tayini kişinin lehinedir. Uygulama alanı oldukça dar olmakla beraber, mallarını kötü idare edene öncelikle kanunî müşavir tayin edilebilip edilemeyeceği araştırılmalıdır. Meselâ, mallarını hiç de kötü idare etmeyen bir çiftçinin düşüncesizce lüzumsuz âlet ve edevat satın alması halinde himâyesi gerekebilir<sup>40</sup>; böyle bir himâye ise, kendisine bir iştirak müşaviri tayini ile gerçekleştirilebilir; çünkü, kişinin sadece belli bir hareketi israfa yol açmaktadır. Federal Mahkeme, ailesinin bakım ve iaşesini temin etmeyen 77 yaşındaki bir adama idarî müşavir tayinini yeterli görmüştür. Aynı şekilde, bir iş adamı, kendisinde bulunması gereken bazı özelliklere sahip olmaması nedeniyle, mâmeleğinin büyük bir kısmını tehlikeye sokmuşsa ve fakirleşme tehlikesi varsa, kendisine idarî müşavir tayini ile bu tehlike önlenir<sup>41</sup>.

### 3) *Hürriyeti kısıtlayıcı ceza :*

Bu durumda, kişinin mallarını bir kanunî müşavirin idare etmesi mümkündür<sup>42</sup>. Kanun koyucunun aksini hükme bağlamadığı gözönünde tutulursa, hürriyetin kısıtlanması halinde kişiye idarî müşavir tayini yolunun kapatılmaması gerekir. Doktrinde temâyül bu yoldadır<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> BGE 38 II 427.

<sup>39</sup> Egger, A.: agk., Art 395, nr. 34, sh. 329.

<sup>40</sup> Kaufmann, J.: Die Stellung des Beirates nach Art. 395 Abs. 1 ZGB, SJZ 24, 125.

<sup>41</sup> Egger, A.: agk., Art. 395 nr 36, sh. 330 ve oradaki mahkeme kararları.

<sup>42</sup> Egger, A.: agk., Art. 395 nr. 40, sh. 332.

<sup>43</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 40, sh. 332.

4) *Bir kimsenin kendi talebi üzerine :*

Açık hüküm olmamakla beraber, Medenî Kanun'un 358 ve 378 inci maddeleri kıyasen uygulanarak, bir kimseye kendi talebi üzerine kanunî müşavir tayini mümkündür. Medenî Kanun'un 358 ve 378'inci maddelerine göre, kişinin talebi üzerine ve aranan şartlar da mevcut ise, kayyım veya vasi tayin olunabilmektedir; o halde, aynı hükümler kanunî müşavir tayini için de geçerli olmalıdır<sup>44</sup>. Vasi ve kayyım tayininde olduğu gibi, burada da sözkonusu kimsenin talebi yeterli değildir. Hâkim, kanunî müşavir tayini için gerekli şartların var olup olmadığını araştırır, çünkü hiç kimsenin fiil ehliyeti, kendi rızası ile olsa bile, kanun koyucunun aradığı şartlar bulunmadıkça, kısıtlanamaz (MK. 23). Medenî Kanun'un 358'inci maddesine göre, kişi ihtiyarlığı, malûliyeti, tecrübesizliği nedeniyle işlerini görmekten âciz ise, kendisine vasi tayin olunur. Medenî Kanun'un 378'inci maddesine göre ise, kendisinde ihtiyarî hacir sebeplerinden biri bulunan reşit için talebi üzerine bir kayyım tayin edilir. O halde, kanunî müşavir tayini için gerekli nedenlerden birinin varlığı halinde ve kişinin talebi üzerine kanunî müşavir tayini de mümkün olmalıdır.

## V — KANUNÎ MÜŞAVİRLİĞİN ÇEŞİTLERİ

Medenî Kanun'un 379'uncu maddesine göre kanunî müşavirlik, «iştirak müşavirliği» ve «idarî müşavirlik» olmak üzere ikiye ayrılır. Kanun'da hükme bağlanmış olmamakla beraber, «tam müşavirlik» de doktrinde ve uygulamada kanunî müşavirliğin bir nevi olarak kabul edilir.

Kişiyse, kanunî müşavirliğin hangi nevinin uygulanacağı hususunda aranan şartlar birbirine benzemektedir; ancak bu müşavirliklere yüklenen görevler arasında büyük farklar vardır. Eğer kişinin fiil ehliyeti yönünden bir sıralama yaparsak, iştirak müşavirliği, kişinin fiil ehliyetinin tahdidi yönünden, en hafifi; idarî müşavirlik, mâmeleğin idaresini de kapsadığından, daha ağırı; tam müşavirlik ise, hem idarî, hem iştirak müşavirliğinin görevlerini bir araya topladığından en ağırıdır.

<sup>44</sup> SJZ 16, 258; Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 41, sh. 332.

### A. İştirak Müşavirliği:

Kişinin, Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinin birinci fıkrasında sayılan muameleleri yaparken korunması sözkonusu ise, fiil ehliyetinin sadece bu muamelelerin yapılması yönünden kısıtlanması ve kendisine bir iştirak müşavirinin tayin edilmesi yeterlidir. Maddede gösterilen muameleler tadadîdir. Sözkonusu kişinin Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinin birinci fıkrasında gösterilen muamelelerden sadece birini yapamaması halinde, iştirak müşaviri tayini yoluna gidilir. Ancak, iştirak müşavirinin reyi, sadece kendisinin tayinine neden olan muamelenin yapılması için değil, bu maddede sayılan diğer muamelelerin yapılmasında da aranır<sup>45</sup>. Bu maddenin kapsamının dışında kalan her türlü muameleyi sözkonusu kişi kendi başına yapar. Meselâ kendisine iştirak müşaviri tayin olunan kişi, işletmesi ile ilgili kararları tek başına alır. İşletmesi için gerekli müstahdemi seçer; kira vs. gibi akitleri iştirak müşavirine sormadan yapar. Menkul malları üzerinde dilediği gibi tasarruf eder.

Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinin birinci fıkrasında sayılan muameleleri kişi doğrudan doğruya yapar; ancak, muamelelerin geçerli olması iştirak müşavirinin iznine bağlıdır. Diğer bir deyişle, kanun koyucu yapılan muamelenin geçerliliği için kişinin iradesinin yanında, kanunî müşavirinin iznini de aramaktadır.

İştirak müşaviri hiçbir zaman kanunî temsilci değildir<sup>46</sup>. Kendisine kanunî müşavir tayin olunan kimse herhangi bir nedenle bir hukukî muameleyi yapamayacak durumda ise, kanunî müşavir de sözkonusu muameleyi yapamaz. Böyle bir durumda kayyım tayinine gidilir<sup>47</sup>. Kişiye, duruma göre, ya temsil kayyımı, ya da sakatlık veya irade zaafı nedeniyle mâmeleği ile ilgili hiçbir hukukî muameleyi yapamıyorsa, idarî kayyım tayin olunur.

Kanunî müşavirin muameleye iştirakinin ne şekilde olacağı kanunkoyucu tarafından belirtilmiş değildir. Medenî Kanun'un 379'uncu maddesi, bu maddenin 1-9 no. lu bendlerinde gösterilen muamelelerin geçerliliği için kanunî müşavirin reyini vermesini is-

<sup>45</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 39.

<sup>46</sup> *Kaufmann, J.*: agm., SJZ XII, sh 260; SJZ 24, sh. 125 *Frei, R.*: agt., sh. 44; BGE 43 II 211.

<sup>47</sup> *Kaufmann, J.*: agm., SJZ 24, sh 126; *Frei, R.*: agt., sh. 44.

temektedir. Acaba, kanunî müşavir rızasını hukukî muamele yapılmadan önce vermek zorunda mıdır? Yoksa hukukî muamele yapıldıktan sonra da kanunî müşavirin rızasını vermesi mümkün müdür? Doktrin, kanunî müşavirin rızasını muamelenin yapılmasından önce veya sonra vermesi arasında bir fark gözetmemiştir<sup>48</sup>. Kendisine kanunî müşavir tayin edilen kimsenin durumu mahdut ehliyetsizin durumuna benzer<sup>49</sup>. Mahdut ehliyetsizin yapacağı bir hukukî muamelenin geçerliliği için aranan rızanın da kanunî temsilcisi tarafından, muamelenin yapılmasından önce veya sonra verilmesi arasında fark yoktur. Kanunî müşavir rızasını sarih veya zımnî olarak verebilir<sup>50</sup>. Rıza ister sarih ister zımnî olsun, mutlaka mevcut olmalıdır<sup>51</sup>. Aksi halde yapılan muamele geçerli değildir<sup>52</sup>.

Kanunî müşavirin sözkonusu hukukî muameleye izin vermesinde şekil şartı aranacak mıdır? Bu husus da Kanun'da açıklanmamıştır. Doktrinde iki değişik görüş savunulmaktadır. Bir görüşe göre, yapılan muamelelerin kendisi şekil şartına bağlı ise, kanunî müşavirin rızasının bildirilmesinin de şekil şartına bağlı olması aranır<sup>53</sup>. Meselâ, kıymetli evrakta sadece kişinin imzasının değil, bunun yanında kanunî müşavirin de imzasının bulunması şarttır<sup>54</sup>. Aynı şekilde, kişinin yapacağı hukukî muamele, meselâ kefalet, gayrimenkul alım satımı gibi şekle bağlı ise, kanunî müşavirin de rızasını resmî şekilde vermesi gerekir.

Diğer görüşe göre, kanunî müşavirin rızası şekil şartına bağlı değildir. Kanunî müşavirin reyini vermesinde şekil şartı aranmamalıdır<sup>55</sup>. Kanunî müşavirin kişinin yaptığı her muamele için rızasını ayrı ayrı vermesi gerekir<sup>56</sup>. Başka bir deyişle, kanunî müşa-

<sup>48</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 21, sh. 323; 2 HD. 14.6.1951 E. 4234, K. 4521 (Saymen-Elbir Küll. Cilt 4 nr. 1327).

<sup>49</sup> Saymen, F/Elbir, H.K.: Türk Medenî Hukuku 3. Cilt, Aile Hukuku 1957, İstanbul, sh. 538; Kaufmann, J.: agm., SJZ XII sh. 260; 4 HD. 21.II.1950, E. 535, K. 1122 (Saymen-Elbir Küll. I. Cilt, nr. 97); Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 21, sh. 323.

<sup>50</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 44, sh. 3341.

<sup>51</sup> Lardelli, A.: Beirat und obervormundschaftliche Mitwirkung SJZ XII sh. 106; Kaufmann, J.: agm., SJZ XII sh. 260.

<sup>52</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 44 sh. 333.

<sup>53</sup> Frei, R.: agt., sh. 45; Kaufmann, J.: agm., SJZ XII sh. 260.

<sup>54</sup> Frei, R.: agt., sh. 45.

<sup>55</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 44, sh. 334.

<sup>56</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 45, sh. 334; SJZ 25, 305.

vir, kişiye genel bir yetki vererek, mükellefiyetten kurtulamaz. Ayrıca, kanunî müşavirin rızasını yazılı şekilde vermesi, karşı âkit yönünden daha emniyetlidir. Kanunî müşavir rızasını vermeden muameleyi kontrol etmeli, karşı âkidin ödeme kabiliyetini incelemelidir<sup>57</sup>.

Kanunî müşavir yapılan muameleyle rızasını vermektan kaçınıyorsa, muameleyi yapmak isteyen kişinin vesayet makamlarına baş vurabilip vuramayacağı meselesine gelince, böyle bir imkânın kişiye tanınması gerekir. Kişi kanunî müşavirin rızasını vermeme-si üzerine sulh, hattâ asliye mahkemesine gidebilir. Vesayet makamı rızasını vermeyen kanunî müşavirle aynı fikirde değilse, muameleyle kanunî müşavirin rızasını vermesini ister<sup>58</sup>. Kanunî müşavir belli bir hukukî muamelenin yapılıp yapılmaması hakkında vesayet makamlarının rızasını alamaz, onlardan sadece fikir sorabilir; fakat vesayet makamlarının bu konudaki beyanı kendisini sorumluluktan kurtarmaz<sup>59</sup>.

Kanunî müşavir, kişinin temsilcisi olmadığından kendi başına sözkonusu kimse adına hukukî muamele yapamaz<sup>60</sup>. Yapmışsa, bu muameleden dolayı, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olur<sup>61</sup>.

Kanunî müşavir bir muamelenin yapılmasında fayda görmekte, fakat kişi muameleyi yapmak istememekte ise, muamele yapılmayacaktır; çünkü, kişiyi Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinin birinci fıkrasında sayılan muameleleri yapmaya zorlayacak herhangi bir hüküm Kanun'da yer almamıştır. Böyle bir durumda, en çoğundan, kanunî müşavir vesayet makamlarından idarî müşavir tayinini veya kişinin hacir altına alınmasını isteyebilir<sup>62</sup>.

Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinde tadadî olarak belirtilen muamelelerin geçerliliği için, kanunî müşavirin izninin gerekli olduğu hükme bağlanmıştır. Acaba, kanunî müşavirin izninin yanında vesayet makamlarının da izni gerekli midir? Medenî Ka-

<sup>57</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 45, sh. 334; SJZ 25, 305.

<sup>58</sup> Kaufmann, J.: agk., SJZ XII sh. 260.

<sup>59</sup> Egger, A.: agk., Art. 395 nr. 46, sh. 334; BGE 59 II 103.

<sup>60</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 21, sh. 323; Lardelli A.: agm., SJZ XII, sh. 105.

<sup>61</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 48, sh. 335; Lardelli, A.: agm., sh. 105 BGE 59 II 103.

<sup>62</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 21, sh. 323.

nun'un 405 ve 406'ncı maddelerinde yazılı muamelelerin geçerliliği için vesayet makamlarının izni gereklidir. Aynı muameleler Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinde de sayılmıştır. Ancak, doktrinde Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinde gösterilen muameleler için vesayet makamlarının izninin aranmasına ihtiyaç olmadığı haklı olarak savunulmaktadır<sup>63</sup>. Söz konusu muameleler için vesayet makamlarının iznine ihtiyaç olsa idi, Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinin birinci fıkrasında muamelelerin teker teker sayılmasına gidilmez, sadece genel bir formülle yetinilirdi. O halde kendisine iştirak müşaviri tayin edilen kimse, aşağıdaki muamelelerin geçerliliği için sadece kanunî müşavirin iznini almak zorundadır. Vesayet makamlarının yapılan muamelelere müdahale hakkı yoktur.

İştirak müşavirliğinin iznine ihtiyaç duyulan muameleler Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinin birinci fıkrasında 9 bend olarak düzenlenmiştir.

1) *Dâva açmak ve sulh olmak :*

Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinde kendisine kanunî müşavir tayin edilen kişinin dâva açabilmesi veya sulh olabilmesi için kanunî müşavirin iznini almasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Ancak, gerek uygulama, gerek doktrin bu kaidenin bazı istisnaları olacağını da kabul etmektedir<sup>64</sup>. Meselâ, kişi şahsiyet haklarına taallük eden meselelerde kanunî müşavirinin iznine ihtiyaç olmadan dâva açabilir. Boşanma (MK. 129), evliliğin iptali (MK. 115), nişanın bozulmasında manevî tazminat (MK. 85), tanıma (MK. 290), şahsiyet haklarının ihlâli (BK. 47) vs.. gibi.

İcra takipleri dâva kavramına girmez. Bu nedenle, kişi kanunî müşavirinin izni olmaksızın bu muameleleri de yalnız başına yapabilir<sup>65</sup>.

Kanunî müşavirin dâva açmaya izin verip vermemek hususunda yetkili olması ise, kişinin menfaatlerinin daha iyi korunması yönünden gerekli görülmüştür. Dâvaya izin vermeme, dâvayı

<sup>63</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 47; *Egger, A.*: agk., Art. 395 nr. 49-51, sh. 335-336; *Lardelli, A.*: agm., sh. 107; *Kaufmann, J.*: agm. SJZ XII sh. 262.

<sup>64</sup> *Egger, A.*: agk., Art. 395, nr. 55, sh. 338; BGE 40 II 268; 42 III 260; 43 III 21.

<sup>65</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 50.

kendisine kanunî müşavir tayin olunan kişinin açması halinde söz konusu olur; fakat, dâva kişiye karşı açılmışsa, kanunî müşavirin izin vermemesi pek tabîî söz konusu olmaz; çünkü, kanunî müşavir ancak açılan dâvaya izin vererek kişinin menfaatlerini daha iyi koruyabilir<sup>66</sup>. Bu dâvada, kendisine kanunî müşavir tayin olunan kişi, dâvayı bizzat yürütebilir; ancak, kanunî müşavirin rızasını yazılı olarak mahkemeye vermesi gereklidir. Kanunî müşavir avukatlık yapmak imkânına sahipse, işi aynı zamanda bu sıfatla yürütebilir. Bu durumda kendisine kanunî müşavir tayin olunan kişinin rızasını yazılı olarak mahkemeye bildirmesi zorunludur. Dâvayı, bir avukat yürütüyorsa, avukat kanunî müşavirin iznini almak yükümlülüğü altındadır<sup>67</sup>.

Kişinin sulh akdi yapmasında da kanunî müşavirin rızası şarttır; çünkü burada da mâmeleği ilgilendiren bir durum söz konusudur ve kişinin korunmasının gerekliliği açıktır<sup>68</sup>.

2) *Gayrimenkul alım satımı ve onlar üzerinde rehin vesair aynî hak tesisi :*

Gayrimenkul alım satımı veya gayrimenkul üzerinde aynî bir hak tesisi kişinin mâmelekî durumunu yakından ilgilendirdiği için, kanunî müşavirin rızası aranacaktır.

Ancak miras hukukuna taallük etmesi nedeniyle, kişinin mirası kabul etmesi veya reddetmesinde kanunî müşavirin rızası aranmaz<sup>69</sup>. Bu yorumun aksini kabul etmek ve Medenî Kanun'un 379 uncu maddesinin birinci fıkrasını miras hukuku sahasına da uygulamak maddenin gayesine aykırı çok geniş bir yorum olacaktır.

Aynı şekilde, Medenî Kanun'un gayrimenkullerin, sulh mahkemesinin izniyle satılacağını hükme bağlayan 388'inci maddesi burada uygulama alanı bulamaz, çünkü bu hükmün iştirak müşavirliğiyle alâkası yoktur. Madde doğrudan doğruya sulh mahkemesinin bir görevini belirtmektedir.

3) *Kıymetli evrak alım satımı ve terhini :*

Kıymetli evrak alım satımında da kanun koyucu kişinin fiil ehliyetini kısıtlamış, gayrimenkullerinin yanında, kıymetli evrak

<sup>66</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 50.

<sup>67</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 51.

<sup>68</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 51.

<sup>69</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 52.

alım satım ve terhininde kanunî müşavirin iznini aramıştır. Böylece, kanun koyucu kişiyi tehlikeli spekülasyonlardan korumak istemiştir.

4) *Alelâde idare ihtiyaçları haricinde inşaat :*

Alelâde onarım, binanın muhafazası bakımı için gerekli alışılmış olan müdahalelerdir. Kanun koyucunun bu hükümden maksadı alelâde onarımların dışında kalan yeni inşaat ve ilâvelerdir<sup>70</sup>.

5) *Ödünç verme ve alma :*

Kendisine kanunî müşavir tayin edilen kişi, kanunî müşavirin izni olmaksızın her hangi bir şekilde ödünç veremez ve alamaz. Ödünç vermede, verilen şeyin geri alınamaması, ödünç almada ise, alınanın lüzumsuz harcamalara neden olması tehlikesi mevcuttur. Bu muameleler için kanunî müşavirin izni mutlaka aranır. Ödünç verme ve almanın konusu para olabileceği gibi, diğer misli şeyler de olabilir<sup>71</sup>. Ariyet verme halinde kanunî müşavirin izni aranmaz; çünkü ariyet vermede kişinin mâmeleğinde bir azalma sözkonusu değildir. Bir şey, sadece karşılıksız olarak bir süre için verilmiştir<sup>72</sup>.

6) *Sermayeyi almak :*

Mâmeleğin önemli bir kısmını teşkil eden sermayenin kullanılmasında kanunî müşavirin izni mutlaka gereklidir. Mâmeleğin geliri, meselâ kira, faiz gibi hususlar sermaye kavramına dahil değildir<sup>73</sup>.

Bu hüküm ikinci derecede önem taşır. Bendin konuş nedeni, kişiyi aldatılmalara ve israfa karşı korumaktır. Ancak, kişi aldatılmalara karşı Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerle yeterince zaten korunmuştur; eğer israf nedeniyle korunması düşünülüyorsa, bu takdirde kendisine idarî müşavir tayin olunmalıdır.

Uygulamada, yapılan ödemelerin kullanma ve yatırım şeklini tesbitte kanunî müşavirin rızası aranmıştır. Bu görev de idarî mü-

<sup>70</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 53; *Egger, A.*: agk., Art. 395, nr. 61, sh. 339.

<sup>71</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 54; *Egger, A.*: agk., Art. 395 nr. 62, sh. 339.

<sup>72</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 54.

<sup>73</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 54; *Egger, A.*: agk., Art. 395, nr. 63, sh. 339.

şavirin görevi olabilir; çünkü, yapılan ödemelerin kabulü ile işti-  
rak müşavirinin görevi sona ermektedir.

7) *Hibe :*

Burada sözkonusu olan, kişinin sağlığında yaptığı bağışlardır, çünkü ölüme bağlı tasarruflar maddenin kapsamına girmez. Kişinin sağlığında yaptığı bağışlama, mâmeleğe bir zarar vermeyen, mutad olan, arada bir verilen bağışlamalara dahil ise, kanunî müşavirin izni aranmaz<sup>74</sup>. Aynı şekilde, yapılan bağışlamaları kabul için de kanunî müşavirin izni gerekli değildir.

Borçlar Kanunu'nun 235'inci maddesinin üçüncü fıkrası, kişi vesayet altına alınmışsa, yaptığı hibelerin geçersizliği nedeniyle vesayet makamları tarafından dâva açılabileceğini hükme bağlamıştır. Aynı madde kıyasen kanunî müşavirliğe de uygulanmalıdır<sup>75</sup>; çünkü, israf nedeniyle vesayet altına alınan bir kimse için öngörülen himâye, kendisine kanunî müşavir tayin olunan kişi için de söz konusu olmalıdır.

8) *Kambiyo taahhütleri altına girmek :*

Kambiyo taahhütlerinde kişi ister keşide eden, ister muhatap ister ciranta olsun, hepsinde kanunî müşavirin izni aranır. Senede kefil olmada da durum aynıdır<sup>76</sup>. Kişi, kıymetli evrakla ilgili her türlü muamelede kanunî müşavirin iznini almakla mükelleftir.

9) *Kefalet :*

Kişinin yapacağı kefalet akdinde de kanunî müşavirin izni, kişinin mal varlığının korunması yönünden gereklidir<sup>77</sup>.

**B. İdarî Müşavirlik :**

Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinin ikinci fıkrasında «Bu suretle medenî haklarını kullanmak salâhiyetinden kısmen mahrum edilen kimse gelirinde dilediği veçhile tasarruf hakkı bâki kalmak üzere mallarını idare hakkından dahi mahrum edilebilir» de-

<sup>74</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 56; *Egger, A.*: agk., Art. 395, nr. 64, sh. 339-340.

<sup>75</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 56.

<sup>76</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 56-57.

<sup>77</sup> *Egger, A.*: agk., Art. 395, nr. 66, sh. 340.

nilmektedir. Bu fıkraya göre, idarî müşavir tayin edilmesi halinde, mallarının idaresi ile ilgili bütün muameleler yönünden, kişinin fiil ehliyeti sınırlanmıştır. Kanunî müşavir, malların idaresi ile ilgili bütün muameleleri yaparken kişinin temsilcisi durumundadır<sup>78</sup>. Malların idaresi yönünden fiil ehliyetinin sınırlanmış olması, kişinin fiil ehliyetinin tamamen kaldırılmış olması anlamına gelmez. Bu noktada idarî müşavirlik, vasilik ve kayyımlikdan ayrılır; çünkü, vesayet altına alınan kişi, fiil ehliyetini tamamen kaybetmiştir; kendisine idarî kayyım tayin edilen kişi ise, bir süre için muamele ehliyetine sahip değildir (hastalık, gaiplik gibi).

İdarî müşavir, sözkonusu kişiye, bir vasinin sağlayabileceği himâyeyi sağlar ve kişinin fiil ehliyetine tam olarak sahip olmaması gerektiği, fakat, fiil ehliyetinin tam olarak kaldırılmasına gerek bulunmadığı hallerde yumuşatıcı bir rol oynar.

Kanunî müşavir, kendisine kayyım veya vasi tayin edilmeyen, fakat korunmasına gerek olan herkesi yeterince himâyeye eder<sup>79</sup>. İdarî müşavir, kişinin mal varlığını idare eder; mal varlığını ilgilendiren muamelelerin dışında kalan her türlü ilişki için kişi tam ehliyetlidir; mâmeleğini ilgilendirdiği ölçüde yaptığı hukukî muameleler kendisine bir mükellefiyet yüklemeyiz; mâmeleği ile ilgili bir alacağı kendisi talep edemez. Kendisine kanunî müşavir tayin olunan kişinin bir alacak hakkı varsa, borçlunun bunu idarî müşavire ödemesi gerekir<sup>80</sup>. Kişiye yapılan ödeme, borçluyu borcundan kurtarmaz. Kişinin mâmeleğine taallük eden geçerli bir hukukî muameleyi yapması ancak kanunî müşavirinin izni ile mümkündür; fakat kişi mâmeleğinin geliri üzerinde, kanunî müşavirinin iznine ihtiyacı olmadan dilediği muameleleri yapabilir. Aynı şekilde, miras mukavelesi yaparken, kanunî müşavirinin izni gerekli değildir; çünkü, kişinin miras mukavelesi yapmasının mâmeleğinin idaresi ile ilgisi yoktur; kişinin, hayatta olduğu sürece, mâmeleğinin idaresi kanunî müşavirdedir. Miras mukavelesinin, hükmünü uygulamaya başladığı anda ise, kanunî müşavirinin görevi sona ermiştir<sup>81</sup>.

Kişi, borçlandırıcı bir muameleye girmişse ve kanunî müşaviri de bu muameleye icazet vermişse, borcun ifası için, önce kişi-

<sup>78</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 24, sh. 324; BGE 43 II 211.

<sup>79</sup> Frei, R.: agt., sh. 70.

<sup>80</sup> Frei, R.: agt., sh. 72.

<sup>81</sup> Frei, R.: agt., sh. 72; BGE 60 II 508.

nin kazanç ve gelirine, bu miktar yetmezse, mâmeleğine başvurulur<sup>82</sup>. Kanunî müşavir, yapılan muameleye izin vermemişse, sözkonusu borçlandırıcı muamele için kendisine kanunî müşavir tayin olunan şahsın mâmeleği bir karşılık olmaz. Bu arada kanunî müşavirlik kalkmış bile olsa, bu durum devam eder. Yani kendisine kanunî müşavir tayin olunan kişi bu durumda sadece kazancı ve mallarının geliri ile sorumlu olur<sup>83</sup>.

Acaba, idarî müşavirin maddenin birinci fıkrasında dokuz bend halinde sayılan muamelelerin yapılmasında da izni aranacak mıdır? Doktrinde hâkim olan görüş, idarî müşavirin birinci fıkrada bahsedilen muamelelere müdahale edemeyeceğidir. Zira, kendisine idarî müşavir tayin edilen kişi, mâmeleğinin geliri ve kendi kazancı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir. Aksine bir yorum maddenin anlamını değiştirir ve kişinin bağımsız tasarrufu hiçbir şekilde sözkonusu olmaz<sup>84</sup>.

İdarî müşavir, kişinin rızasına aykırı olarak mâmeleğe taallük eden alacakları takibe yetkilidir<sup>85</sup>; çünkü, bu takipler doğrudan doğruya mâmeliği ilgilendirmektedir. Federal Mahkeme, kişinin mâmeleğini ilgilendirdiği ölçüde yapılacak muameleler için kanunî müşaviri, kişinin temsilcisi olarak kabul etmiştir<sup>86</sup>.

Kendisine kanunî müşavir tayin olunan kişi, mâmeleğinin geliri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunur. Gelir kavramına tabii gelirlerle birlikte hukukî gelirler de dahildir. Kira, faiz vs. gibi.

Kendisine kanunî müşavir tayin edilen kişi, geliri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabildiğinden, hibe yapmakta da serbesttir; buna karşılık, mâmeleğini ilgilendiren bir alacak hakkını takibe yetkili değildir. Meselâ, kiracıdan kiranın kendisine ödenmesini talep edemez; ancak, kanunî müşavirin almış olduğu kirayı, ondan talep edebilir.

Kanunî müşavir, malların idaresi ile ilgili masrafları elde edilen gelire mahsup eder; meselâ, gayrimenkulün bakımı için yapılması gereken masrafları, amortisman masraflarını, ödenmesi gereken borçların faizlerini vs. elde edilen gelirden indirir.

<sup>82</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 73.

<sup>83</sup> *Frei, R.*: agt. sh. 74.

<sup>84</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 77-78; Aksi görüş *Lardelli, A.*: agm., sh. 106.

<sup>85</sup> *Frei, R.*: agt., sh. 84; BGE 43 III 211, 225.

<sup>86</sup> BGE 58 II 87.

**C. Tam Müşavirlik :**

Tam müşavirlik, kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş olmakla beraber, doktrin ve uygulamada kabul edilmiş bir müşavirlik nevidir; iştirak müşavirliğini ve idarî müşavirliği bir araya toplamaktadır. Bu müşavirliği engelleyecek bir hüküm Kanun'da mevcut değildir<sup>87</sup>.

İştirak müşaviri veya idarî müşavir tayininin kişinin menfaatlarını tek başına korumağa yetmediği hallerde, kendisine tam müşavir tayin edilebilir. Bu halde de, önce kanunî müşavirin tayini için gerekli şartların bulunup bulunmadığı aranır; kişinin geniş ölçüde himâyeye muhtaç olması halinde tam müşavir tayini yoluna gidilir. Kendisine tam kanunî müşavir tayin edilen kişi, hem mal varlığını idareye yetkili değildir, hem de maddenin birinci fıkrasında yer alan hukukî muameleleri yapamaz<sup>88</sup>. Bu durumda kişinin hacir altına alınması da düşünülebilir; fakat hacir altına alma halinde kişi fiil ehliyetini tamamen kaybeder. Federal Mahkeme'nin kararlarında «tam müşavirliği» benimsediği görülmektedir<sup>89</sup>.

Tam müşavir, kişinin nâmelekî varlığını idare edecek ve maddenin birinci fıkrasında yer alan muamelelerin yapılması halinde onların geçerli olması için gerekli izni verecektir. Kendisine tam müşavir tayin edilen kişi, Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinin birinci fıkrasına girmeyen muameleleri tek başına yapacaktır.

Tam müşavir tayini halinde kişinin fiil ehliyeti geniş ölçüde kısıtlanmıştır; ilk bakışta, durumu hacir altına alınan, yani kendisine vasi tayin edilen kişiye benzer; fiil ehliyeti o kadar kısıtlanmıştır ki, sadece günlük zarurî ihtiyaçlarını karşılamak imkânına sahiptir. Kendisine vasi tayin edilen kimsenin fiil ehliyeti ise, tamamen ortadan kalkmıştır. Halbuki, kanunî müşavir tayini halinde, sözkonusu kimse şahsiyet haklarına sahiptir. Bu husus, kendisine kanunî müşavir tayin edilen ile vasi tayin edilen arasında önemli bir fark teşkil eder. Kendisine kanunî müşavir tayin edilen kimse evlenebilir, ikametgâhını serbestçe seçebilir, bir işte çalışabilir vs..

<sup>87</sup> Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 24, sh. 324.

<sup>88</sup> Saymen, F. H / Elbir, H. K.: age., sh. 559; Velidedeoğlu, H. V.: age., 78.

<sup>89</sup> BGE 56 II 244; Egger, A.: agk., Art. 395, nr. 26, sh. 325.

Tam müşavirlik, kayımlık ve vesayet arasındaki bir boşluğu doldurmaktadır.

## VI — KANUNÎ MÜŞAVİR TAYİNİNDE USUL

Kanunî müşavirin tayinine, vasi tayinine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Sözü edilen hükümlere göre, kanunî müşavir tayininde vazifeli organ sulh mahkemesidir (MK. 363 c. 1). Kanunî müşavir seçilen kişi, vasi tayin edilen kişinin sahip olduğu itiraz ve itizar sebeplerine dayanarak kanunî müşavirliği kabul etmeyebilir. Yetkili mahkeme kişinin ikametgâhı mahkemesidir (MK. 380/I, II)<sup>90</sup>.

Kanunî müşavir tayin edilmeden önce, kendisine kanunî müşavir tayin edilecek kişinin dinlenmesi gerekir. Tayin keyfiyeti ilân edilir. Kişi tedavi altında ise, bu ilân geciktirilebilir. İlân yetkisi sulh mahkemesinin görevine girer (MK. 381/II). Kanunî müşavir tayininin ilânı mecburi değildir; fakat, kişiye kanunî müşavir tayin edildiğinin ilân edilmesinde yarar vardır<sup>91</sup>. Bir kimseye kanunî müşavir tayini haysiyet kırıcı kabul edilmekte ve bu nedenle durunun ilânı yoluna gidilmemektedir; sadece, zorunlu görülen hallerde, Medenî Kanun'un 381'inci maddesinin ikinci fıkrası uygulanarak, ilân yoluna başvurulmaktadır; fakat, böyle bir tutum bir tehlikeyi de beraberinde getirmektedir. İlânın nedeni, iyiniyetli üçüncü şahıslarla yapılan hukukî muamelelerden kişiyi korumaktır. Kanunî müşavir tayini ilân edilmezse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hiçbir hak ileri sürülemeyecektir. İlân yapılmaması nedeniyle ortaya çıkacak sorumluluk, ilânı yapmayan müesseselerce taşınmalıdır<sup>92</sup>.

Bu nedenle, kanunî müşavirliğe Medenî Kanun'un 381'inci maddesi uygulanmalıdır; çünkü, ilân ile daha iyi bir korunma sağlanır. Dolayısıyla, kişiye kanunî müşavir tayininin ilânı hem kişi ve hem de idarî makamlar yönünden daha yararlıdır.

<sup>90</sup> Saymen, F. H /Elbir, H. K.: agk., sh. 558; Kaufmann, J.: agm., sh. 260.

<sup>91</sup> BGE 54 II 79.

<sup>92</sup> Frei, R.: agt., sh. 100.

## VII — KANUNÎ MÜŞAVİRİN SORUMLULUĞU

Vasinin sorumluluğu hakkında konan hükümlerin kıyasen kanunî müşavire de uygulanması isabetlidir. Bu hükümlere göre, kanunî müşavirin göreve başlamadan önce bir defter tutması zorunludur. Böylece kişinin mâmeleği tesbit edilmiş olur. Kanunî müşavirin görevi, mâmeleği aynen korumak olup, onu artırmak değildir. Kanunî müşavir belli aralarla hesap verir (MK. 397). Görevi sona ererken, nihaî rapor ve kesin hesap vermekle yükümlüdür (MK. 397/2 ve 433). Kanunî müşavirin sorumluluğu, Medenî Kanun'un 409'uncu maddesine göredir; yani kanunî müşavir kasıtlı olarak veya ihmâli ile verdiği zarardan Medenî Kanun'un 409'uncu maddesine göre sorumlu olur; kanunî müşavirden tazminat talebi mümkündür (MK 409-413). Üçüncü kişiler de, aynı şekilde Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerden yararlanarak, kanunî müşavirden tazminat talebine hak kazanırlar. Kanunî müşavir, kişinin malvarlığını iyi bir aile babası gibi korumakla yükümlüdür.

Kanunî müşavirin sorumluluğuna Medenî Kanun'un 436'ncı maddesi de kıyasen uygulanır. Bu maddeye göre, son hesabın verilmesinden itibaren bir senenin geçmesiyle kanunî müşavirin sorumluluğu sona erer. Bu hüküm, kişinin kendisine, mirasçılarına yeni tayin olunan kanunî müşavire karşı geçerlidir.

Kendisine idarî müşavir tayin edilen kişinin fiil ehliyeti, mal varlığının idaresi yönünden tamamen kısıtlanmıştır. Bu nedenle, idarî müşavirin kişinin kanunî temsilcisi olduğu kabul edilmiştir. Doktrin ve uygulamada idarî müşavirin yaptığı muameleler tıpkı vasinin yaptığı muameleler gibi kabul edilmekte ve mâmeleğin normal idaresi dışında kalan muameleler için vesayet makamlarının da izni aranmaktadır.

Zararın ortaya çıkmasında vesayet makamlarının da sorumluluğu sözkonusu ise ve zarar ne kanunî müşavir ne de vesayet makamlarınca karşılanmamışsa, devletin sorumluluğu sözkonusu olur. Vesayet makamları, kanunî müşavirin işi idaresinden dolayı sorumlu iseler, her üye kendi kusuru olmadığını isbat etmedikçe sorumluluktan kurtulamaz (MK. 411). Vesayet makamları birlikte sorumlu iseler, sulh hâkiminin ödemedi kaçınması halinde asliye hâkimi sorumlu olacaktır (MK. 412/II).

Hilenin varlığı halinde, bütün üyeler birlikte ve iştirak halinde sorumludurlar.

### VIII — FEDERAL MAHKEME'NİN KONUYA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ [BGE 96 II 369].

Federal Mahkeme, ZGB 395 (MK. 379)'in katı bir hüküm şeklinde düzenlenmeyip, yoruma elverişli bir elâstikiyete sahip olması nedeniyle, maddenin uygulama alanını genişletmiştir. Federal Mahkeme, 25 Eylül 1970 tarihli kararında devamlı akıl hastası olmayan bir kişiye vasi yerine kanunî müşavir tayinini öngörmekle, onun şahsiyet haklarına daha saygılı davranmış, kişi ile toplum arasındaki ilişkiyi devam ettirmiştir. 25 Eylül 1970 tarihinde İkinci Hukuk Dairesi'nce alınan bu kararda, hastalığı zaman zaman ortaya çıkan bir akıl hastası için, vesayet makamlarınca alınması gereken tedbirin, ZGB'a göre kişiyi hacir altına almak mı, yoksa ZGB'a göre, kendisine kanunî müşavir tayin etmek şeklinde mi olacağı sorunu tartışılmış ve kişinin şahsî bakım ve ihtimamının sadece vasiye değil, kanunî müşavire de verilebileceği kabul edilmiştir. Böylece Federal Mahkeme bir içtihat değişikliği yapmıştır. Söz konusu kişi için kanunî müşavirlik yeterince himâye sağlıyorsa, hacirden vazgeçilmelidir. Karara neden olan olay ve kararın gerekçesi şöyledir :

Olay kısaca şöyledir: Bayan X yıllardanberi paranoid-halluzinatorischen şizofreniden hastadır ve hastalık devre devre ortaya çıkmaktadır. Bayan X, 1958 tarihinden itibaren 6 kere psikiatri kliniğinde tedavi görmüş ve bu devrelerde gerek şahsî bakım ve ihtimamı, gerek mal varlığının idaresi zorunlu olmuştur; 1958 yılında intihara teşebbüs etmiş; 1966 da New York'a gitmiş, çok değerli mücevherlerini ve bavullarını orada kaybetmiş; 25 Ekim 1968 de lüks bir otelde bir arkadaşını —bir japon prensini— beklediğini iddia ederek büyük miktarda para sarfetmiştir. Kardeşinin, sözkonusu olayları önlemedeki gayretleri sonuçsuz kalmıştır. Bayan X, halen bir büroda çalışmaktadır ve Ocak 1969'dan itibaren devamlı tedavi altındadır. Aralık 1968 tarihinden itibaren ailevi ilişkileri tamamen gevşediği için kendisi hakkında yeni tedbirlerin alınması gerekmiştir. Kanton Mahkemesi ZGB 369'a göre sözkonusu kişinin hacir altına alınmasını kararlaştırmıştır.

Dâvalı bu kararın kaldırılmasını istemiştir. Federal Mahkeme, dâvalının talebini haklı görmüş ve kendisine vasi yerine 395/I-II ye göre tam müşavir tayini yoluna gitmiştir. Federal Mahkemenin gerekçesi şöyledir: ZGB 369'a göre (MK. 355) akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini görmekten âciz veya daimî muavenet ve takayyüde muhtaç olan yahut başkasının emniyetini tehdit eden her reşit için,

a) Bidayet mahkemesinin fiili tesbitlerine nazaran -OG 69/2'ye göre - mahkeme için bağlayıcı olan ve ZGB 374/1 gereğince alınan raporlarla sabit olduğu üzere, dâvalı uzun süreden beri paranoid-haluzinatorischen şizofreniden hastadır. Rapora göre, durumun ZGB 369 anlamında bir akıl hastalığı olduğu da şüphesizdir. Dâvalının durumu 1969 Ocak ayından beri bir iyileşme hali gösteriyorsa da, eldeki fiili tesbitler nedeniyle hastalığın tamamen kalkmış olduğu kabul edilemez. Hastalığın kronik olarak devam ettiği hali hazırda kendisini tedavi ve devre devre muayene eden ve ilâçlarını veren Dr. Z. tarafından verilen raporla sabittir. Dr. Z'nin 18 Mayıs 1969 tarihli özel raporunda, dâvalının hacrine karşı oluş nedeni, ZGB 369'da akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olarak öngörülen şartların, mevcut akıl hastalığının gösterdiğinden, farklı oluşudur.

b) Hastalığın devamı süresince dâvalı muavenet ve tekayyüde gerek şahsı, gerek mal varlığının idaresi yönünden muhtaçtır. Hastalığın devamı sırasında hareketleriyle gerek şahsî, gerek mal varlığı ciddi bir tehlike içine girmektedir ve bu nedenle bir taraftan şahsî bakım ve itinaya muhtaç olmakta diğer taraftan da mallarının idaresi gerekmektedir. Buna karşılık, ara devrelerde dâvalı iyileşmekte; gerek şahsî bakım ve ihtimamına, gerek mal varlığının idaresine gereken dikkat ve itinayı göstermektedir; hiçbir hastalık emaresi göstermemekte ve dolayısıyla ZGB 369 anlamında bakım ve tekayyüde muhtaç bulunmamaktadır. Bidayet mahkemesi bu durumu görmüş, fakat hastalığın muvakkaten geçmiş olduğu devrelerde de dâvalının *devamlı* bakım ve itinaya ihtiyacı olacağı, meselâ tedavinin kendisi tarafından veya çalışma yerinde ortaya çıkan güçlükler veya ikametgâhının farklı olması nedeniyle kesilmesi halinde, âni müdahalenin gerekebileceğini, bunların ise, dâvalının ailevî bağları ortadan kaldırdığına göre, ancak vasi tayini ile mümkün olacağını, idare ve iştirak müşavirliğinin yeterli olmayacağını, çünkü kişi yönünden vasinin göstereceği şahsî

bakım ve ihtimamın ağır bastığını ileri sürmüştür. Dâvalı kendisinin devamlı himâye altına alınmasının doğru olmadığını, çünkü halen fizikî ve sosyal yönden devamlı olarak normal bulunduğunu, gelecekteki bir tehlikenin ise kesinlikle tesbit edilemediğini savunmuştur.

c) Bidayet mahkemesi, dâvalı için bir kriz ânının geleceğini ve bir tehlikenin varlığını hesaplanmış, şimdiye kadar olan hastalığın seyirini ve vehametini ve daha önceki hastalık devrelerinde dâvalının hareket tarzını gözönünde tutmuştur. Bidayet mahkemesinin görüşü, yeni bir hastalık devresinin ciddi olarak ortaya çıkması ve akrabalarının dikkat ve ihtimamının sözkonusu olmaması, iyileşme devrelerinde bile devamlı olarak belli ölçüde vesayet tedbirlerine ihtiyacı olduğu, çünkü tecrübelerle göre, yeni hastalık devresinin birdenbire ortaya çıktığı, vasi tayin edilmediği takdirde böyle bir devrede gerekli tedbirlerin alınmasında çok geç kalınacağı yolundadır; ayrıca bidayet mahkemesi dâvalının iyilik devrelerinde bile sadece mallarının idaresini yeterli bulmayıp, belli bir ölçüde şahsî bakım ve ihtimama da muhtaç olduğu görüşündedir. Böylece, sözkonusu kişinin durumunu ve hareketlerini kontrol edecek ve hastalığın ortaya çıkması halinde, şahsın korunması ile ilgili tedbirleri alacak bir kişinin olması gerekli görmektedir.

d) Kişinin şahsına takayyüd ve ihtimama bu güne kadar mevcut içtihatlarla göre, sadece vasi yetkilidir (BGE 85 II 235). Kanunî müşavirin de kişinin şahsına ihtimam gösterebileceği hususu bu karara kadar devamlı olarak reddedilmiştir (BGE 65 II 142; 66 II 14; 78 II 336). Bu sonuç esas itibarıyla ZGB 395'in kanunî müşavir tayinini düzenleme tarzından çıkarılmıştır. Sözkonusu kişinin himâyesi için, bu madde anlamında fiil ehliyetinin tahdidinin gerektiği ispatlanırsa, ZGB 395'e göre kendisine kanunî müşavir tayin edilecek kişinin fiil ehliyeti, iktisadî ilişkiler açısından, sadece maddenin birinci fıkrasında sayılan muameleler için veya mâmeleğin idaresi yönünden, kısıtlanabilir.

Gerçekten, ilk plânda kanunî müşavir, kendisine kanunî müşavir tayin edilen kişinin iktisadî menfaatlerini korumak için öngörülmüştür. Bu sadece maddenin lâfzî bir yorumu olmayıp, aynı zamanda ZGB 395'den de anlaşılmalıdır. Maddenin konuş nedeni budur. Milletvekili *Thelin* tarafından Kanun'a girmesi istenen kanunî müşavirlik, Fransız Medenî Kanunununda yer alan, İsviçre'

nin italyanca konuşulan kantonlarının çoğu tarafından kabul edilen, almanca konuşan kantonlarında uygulanan kayımlığa benzeyen (conseil juridique) bir müessesedir ve ZGB'de de yer almıştır (Stenn. Bul 1905 sh 1251, 1259, 1262 f, 1417 ff; 1906 sh. 54 vd. 56/57, 72; 74; 1907 sh. 284 vd., *Egger* 2 Auf. n. 2-4 zu art 395 ZGB). Kanunî müşavirliğin konmasında kişi ZGB 395'de gösterilen haller dışında fiil ehliyetine sahiptir. Ancak, bu sahada bir tahdit gereklidir. O halde kanunî müşavirlik, kişinin şahsî ilişkileri sahasında fiil ehliyetini tahdit etmemektedir; tam aksine, kişi özel hayatını dilediği gibi düzenleyebilir; kanunî müşavir sadece mâmeleği ilgilendiren muameleler yönünden, onun yerine muamelede bulunacaktır (BGE 80 II 17/18); fakat kişinin kanunî temsilcisi değildir; ona talimat veremez, hukukî muamele yapması için zorlayamaz. Vasiden farklı olarak (ZGB 406), vesayet makamlarının iznini alarak şahsî (ZGB 421 ziff. 13) bir hastahaneye yatıramaz. Ancak, buradan, Federal Mahkeme'ce şimdiye kadar benimsenen görüş, yani kanunî müşavirin kişinin şahsî bakım ve ihtimamını yüklenmeyeceği sonucu çıkarılamaz. Böyle bir ihtimam, şahsî ilişkiler yönünden, fiil ehliyeti tahdit edilmeyen bir kişiye karşı da mümkündür. Keza, bir vesayet uzvu, elinde bir müeyyide olmadan da, hiç olmazsa kişiyi kendisinin aleyhinde olmamak kaydıyla, belli bir ölçüde şahsî ilişkilerinde de koruyabilir, onun iyi durumda olmasına itina gösterebilir, gerekirse tavsiyelerde bulunabilir veya ikaz edebilir; başka tedbirlerin alınmasına gerek bulunan gayri müsait gelişmelerin âni ortaya çıkışına dikkat edebilir. Böyle bir bakımın kanunî müşavirlikte de uygulanmasının gerekliliğine, *Guhl* (ZbJV 1940, sh. 523) de Federal Mahkemenin bir ayyaş hakkında kanunî müşavirliğin kaldırılmasına ilişkin (BGE 65 II 141 vd.) kararına karşı yazdığı makalede temas etmiştir. *Guhl*, Federal Mahkeme'nin ileri sürdüğü, «kanunî müşavirin kişinin şahsî bakım ve ihtimamına karışmaması düşüncesinin» fazla nazarı olduğunu, hayat tecrübelerine göre vicdanlı bir kanunî müşavirin, kontrolü altında olan bir ayyaşın iyileşmesi için, gayret edeceğini ileri sürmüştür. *Egger* (Nr 20 zu Art. 395 ZGB) isabetli bir şekilde, kişinin mamelekî menfaatlarının korunmasının, kanunî müşavirce kişinin şahsî bakım ve ihtimamı nazara alınmadığı takdirde çoğu kez mümkün olmayacağını belirtmiştir. Kanunî müşavir, ZGB 395/I'de sayılan hukukî muamelelere icazet veya izin vermeden önce kişinin isteklerini bilmelidir; bu durum verilecek karara müessirdir. Aynı şekilde,

kişinin şahsî bakım ve ihtimamı olmadan ZGB 395/2 anlamında malvarlığının idaresi mümkün değildir. Tam aksine, ZGB 395/I anlamında icazet vermek veya vermemek kişinin şahsî bakım ve ihtimamına tesir edecektir. Nihayet, daha önemli bir neden, kanunî müşavire verilen idare mükellefiyetinin, muayyen bir ölçüde, kişinin şahsını da ilgilendirmesidir; (Bkz. *B. Schnyder*, Die Stufenfolge der Vormundschaftlichen Massnahmen und die Verhältnismässigkeit des Eingriffes, ZbJV 1969, sh. 268 ff. 279).

Kanunî müşavirin kişinin şahsına ihtimam göstermesi pek çok durumda onun iktisadî menfaatlerinin korunmasına zorunlu olarak bağlıdır. Kanunî müşavir, kişinin iktisadî menfaatlerini korumakla yükümlü ise de, Art 395 anlamında kanunî müşavire yapacağı işlere, dolaylı olarak kişinin şahsî bakım ve ihtimamı ile ilgili görevler de eklenebilir. Kanunî müşavirin, kişinin şahsî bakım ve ihtimamı ile ilgili işleri yapması bir hükme bağlanmamışsa da, kanunî müşavir bu görevleri yerine getirebilir. Kanunî müşavirlik sahasının bu şekilde genişletilmesi, ZGB'ye daha sonraki bir devrede alınan ve eksik olarak düzenlenen kanun maddesi ile kısıtlanmamıştır. Tam aksine, görevi tanımlamak için «beirat» «conseil legal» «assistente» deyimleri kullanılmamıştır (bkz. BGE 82 II 211/212 ve ilgili literatür).

Kişiyeye şahsî ihtimamın ZGB 395 anlamında iktisadî ihtimamı aşması gerektiği hallerde, fakat fiil ehliyetini tam olarak tahdidin zorunlu olmadığı durumlarda, bu esas daha da önem taşır. Hacir altına alma sadece daha hafif tedbirlerin maksada yeterli olmadığı hallerde gereklidir (BGE 69 II 19 E. 3; *Egger*, nr 26 zu 369 ZGB; *Schnyder*, age. kıyaslayınız 96 II 78 ve oradaki literatür, velayet ancak daha hafif tedbirler yetmediği takdirde alınır).

f) Sözkonusu kişi iyileşme devrelerinde ZGB 395/1-2'deki muameleleri kendi başına yapabilmektedir, fakat fiil ehliyetin tahdidi iktisadî alanda zorunludur; aksi halde hastalığın ortaya çıkması ile mantık dışı tasarruflarda bulunması beklenmeyen bir hal olmayacaktır. ZGB 395'de öngörülenin dışında fiil ehliyetinin tahdidi zorunlu değildir. Yeni bir hastalık devresinin ortaya çıkması halinde, hastanın bir tedavi yurduna yatırılması zorunlu olabilir ve bunu kanunî müşavir yapamaz; fakat, aynı şekilde vasi de bu durumda kendiliğinden bir tedbir alamayacaktır. Bunun dışında bir akıl hastasını bir akıl hastahanesine yatırmak ancak vesa-

yet makamlarının iznini aldıktan sonra Art 421/ziff 13 ile mümkündür (*Egger*, Nr 18 zu Art 406 ZGB). Mutad olarak, bir doktor çağırabilir; fakat, bir hastahaneye yatırmak için mümkün olduğu kadar önceden bir izin talebinde bulunacaktır. Bu yol ise, bir vasi için olduğu kadar, bir kanunî müşavir içinde mümkündür. Kanunî müşavir de hastalığın ortaya çıkması ânında vasinin alacağı tedbirleri alabilir. İktisadî sahada ona yüklenen faaliyet yanında (ZGB 395) tıpkı vasi gibi, himâye edilecek kişiye bakım ve ihtimam gösterebilir. Kronik akıl hastası olan bir kimsenin bakımı ve kontrolü için, kanunî müşavir de doktorlarla temas halinde olabilir; kişinin yeni bir hastalığın işaretlerini gösterdiğini veya tedaviyi sebepsiz bırakmak istediğini vs... doktora bildirebilir. ZGB 395'e göre kanunî müşavir kişinin kanunî temsilcisi olmadığı ve herhangi bir müeyyideye sahip bulunmadığı halde bunları yapabilir. Dâvalıya bir vasi tayin edilseydi, buna dayanılarak vasinin dâvalıyı daha iyi himâye edeceği veya hastalık devrelerinden daha çabuk malûmattar olacağı, gene iddia olunamazdı. Dâvalının akrabaları, her gün beraber olmaların rağmen, ne 1958 yılındaki intihar teşebbüsünü, ne 1966 da yapılan Amerika seyahatini engelleyebilmişlerdir.

O halde vasi tayini gereksizdir. Böyle bir tedbir çok sert olacak ve kişinin yeni işi ve çalışması yönünden güçlük yaratacaktır. Vasi yerine idare ve iştirak müşavirliklerini bir arada toplayan «tam müşavir» tayini daha isabetlidir.

## ADLİ TIP BAKIMINDAN KIZAMIK

Yazan : Prof. Dr. Adnan ÖZTÜREL

Son senelerde kızamık hastalığı üzerindeki çalışmalar, bu hastalığın teşhisi, korunması ve konjenital bakımdan klinik vasıfları üzerinde yeni buluşlar ortaya koymuştur.

Bazı araştırmacılar da, kızamık üzerindeki buluşların yakın bir gelecekte, kızamığın anne ve çocukta husule getirdiği komplikasyonları ortadan kaldıracığı kanısı hakim bulunmaktadır.

Kızamık hastalığı üzerindeki son senelerin buluşlarına değindikten ve memleketimizde kızamık sebebiyle husule gelen ölümlerin özet olarak durumu ve bu konuda ortaya çıkan veya çıkabilecek Adli Tip Problemleri üzerinde durulacaktır.

Kızamıkla yeni bir temas veya şüpheli erüpsiyon hallerinde muayene için, birisi temastan sonra, diğeri temastan üç hafta veya erüpsiyondan bir hafta sonra kan alınmalıdır. Bunlar aynı lâboratuvarında aynı teknikle muayene olunmalıdır. Kızamığın sistematik muayenelerinde testin, onda bir dilüsyonunu, pozitif kabul etmelidir. Bu dilüsyondan aşağı dereceler muayyen bir bağışıklığı gösterir. Konjenital malformasyon riskini bertaraf eder. Onda birden aşağı titrasyonlar, hastalık olduğunu, proflaksi gereğini gösterir. Fransa'da, 1 yaştakilerde % 20; 4 yaştakilerde % 40; 10 yaşındaki-lerde % 50 bağışıklık bulunmuştur. 13 - 16 yaş arasındaki kızlarda, % 82 - 89, hatta % 93 oranında bağışıklık bulunmuştur. Kadınların onda dokuzu kızamığa karşı korunmuştur (4, 12, 13).

Son senelerde kızamık teşhisi bakımından önemli ilerlemeler olmuştur. Klinik belirtilerin önemli derecede olmaması halinde, ekzantem olmasa bile atipik şekilli kızamık vakalarında biyolojik metodlarla kızamık tesbit edilebilmektedir.

Kızamık hastalığını, ilk defa 860 yılında Razi bildirmiş, 17 inci yüz yılın ikinci yarısında, Sydenham geniş bir şekilde hastalığı tarif etmiştir. 18 inci yüz yılda ise kızamık salgınları her yerde tanınmaya başlanmıştır. 1905 te Hektoen tarafından, gönüllü iki tıp öğrencilerine kızamıklı hasta kanı zerkedilerek, bu öğrencilerde kızamık husule getirilmiştir. 1911 de Anderson ve Goldberger, hastalığı insanlardan maymunlara nakletmişler ve kızamığın virüsle husule geldiğini bildirmişlerdir. Kızamık amili 250 milimikron büyüklüğünde bir virüsdür (1, 2, 3, 8, 11).

Kızamık virüsü, ilk defa, 1962 senesinde Parkman tarafından, çok güç yapılan bir metotla tefrik olunmuştur. Kızamık, antikorların tesbiti ile teşhis edilir. Bu gün Antikorların titraji, immunofloerescence, kompleman Fikzasyonu reaksiyonu terkedilmiştir. Bunların yerine, 1966 senesinde Stewart, Parkman, Meyet taraflarından, Hemoaglutination inhibition Reaksiyonu kullanılmaya başlanılmıştır. Bu metot, kızamık virüsünün bir çok kuşların (tavuk, güvercin) kırmızı küreciklerini aglütine etmeleri esasına dayanmaktadır. Bir şahsın kızamık virüsü ile teması halinde kısa bir zaman sonra spesifik antikor teşekkülüne sebep olunur. Bu antikorlar, İn vitro olarak virüsle temas ettirilirse, viruslar tarafından tesbit olunarak antikorlarda viruslar birleşirler. Neticede virüsün Hemagglutination hassası kaybolur. Tetkik olunan serumun, titrasyon derecesi, neticeyi gösterir. Testin yapılması kolay olmakla beraber, tatbikinde dikkat ve kalifiye eleman ister. Teknik hata yapılmadığı takdirde bu test tamamen kızamık virüsüne has bir testtir. Bu test ile sistematik şekilde kızamık araştırmalarını, kızamık teşhisi şüpheli vakaların tanımını sağlamaktadır (9, 10).

1964 - 1965 senerinde, Birleşik Amerika'da 2 milyon kişi, kızamık olmuş, bunlardan 30.000 kişide önemli şekilde malformasyonlar husule gelmiştir.

Kızamık virüsü, embriyonda kalmakta ve kronik bir kromozon enfeksiyonuna sebep olmakta, fötopatiler husule getirmekte, bazan da doğumdan sonra ilerleyici vasıfta, malformasyonlar sebebinin teşkil etmektedir. 1941 de kızamık embriyopatisi sekellerinin klâsik tablosu, Gregg tarafından bildirilmiştir. Kızamık kalp, beyin, göz, kulak malformasyonları husule getirmektedir. Trombojenik purpura, anemiler, kemik, karaciğer lezyonları; miyokard nekrozları ve nihayet İsveçlilerin, 1951 - 1952 yılında epidemiden seneler sonra tesbit ettikleri tezkâ gerilikleri de görülmektedir. Annesi kı-

zamik geçiren normal doğan çocuklarda; kontrol gurubu çocuklara nazaran ölüm, geç doğum, okul çağında gecikme, enfeksiyonlara çok fazla hassasiyet oranı daha yüksektir. Annesi kızamik geçiren normal doğan çocukların zekâcı, diğer çocuklara nazaran, 5 se gecikme görülmektedir. Sever'in istatistiğinde; gebelik esnasında malformasyonlar, ilk ayda çocuk kızamik olmuşsa % 50; gebeliğin 2 nci ayında % 22; 3 üncü ayda ise % 6 oranında husule gelmektedir (5).

Tartakow'un tesbit ettiği, kızamik geçiren 124 gebe kadından, % 10 unda spontan düşük, % 25 inde malformasyon bulunmuştur. Bu malformasyonlardan % 16.7 sinin ağır malformasyonları teşkil ettikleri görülmüştür. Tartakow, gebeliğin ilk 3 ayında % 16.3; ikinci 3 ayında % 3.3 malformasyon; üçüncü üç ayında basit malformasyonlar tesbit etmiştir. Kızamığın teratojen riski, gebeliğin birinci ayında % 50, diğer aylarda % 25 olup, son 3 ayda daha az derecede önemlidir (7).

Doğumdan sonraki ilk aylarda kızamik olan çocuklar % 15 - 30 oranında ölmektedir.

Pronostik bakımdan, bu gün kızamığın 20 yıl öncesine nazaran daha ağır seyirli olduğu anlaşılmıştır. 20 yıl önce kızamığın sebep olduğu bir çok şekiller bilinmiyordu (6).

1961 senesinde E. Y. isminde, 4 yaşında, bir kız çocuğunun kızamik ve pnomoniden öldüğü tarafımdan yapılan otopside tesbit edilmiş, annesi yanında kalan çocuğun ölümünde, ailesinin herhangi bir şekilde sorumluluğu kabul edilmemiştir. Yeni buluşlara göre kızamik ölümlerinde ölen çocuk ailesine veya tedavi eden hekime sorumluluk tevcihi ihtimali bulunmaktadır.

Son senelerde kızamığın en önemli aşaması, aşı konusunda yapılmıştır. Parkman ve Meyer 1967 de, HPV 77 ismi verilen, canlı bir şuşla aşı hazırlamaya muvaffak olmuştur. Bu aşı tesirli ve etrafı için de tehlikesi olmadığı kuvvetle muhtemel bir aşıdır (6, 11).

Lyon'da Merieux Enstitüsünde buruna damlatılan bir aşı hazırlanmıştır. Lang ve Nicolas tarafından hazırlanan bu aşı çok büyük ilgi uyandırmış, memnuniyeti mucip sonuç vermiştir. Halen kızamik aşısı memleketimizde de kullanılmakta iyi sonuçlar alınmaktadır.

## KIZAMIKTA ADLİ TIP SORUNLARI VE GEREKEN TEDBİRLER

Kızamık konusunda Adli Tıp sorunları yeni buluşlar yanında oldukça önemli bir yer kazanmaktadır. İlgililerin sistematik şekilde araştırma yapması, bağışık olanların tesbiti, bağışık olmıyanlara aşı yapılması gerekmektedir. Bu husus kızamık sebebiyle meydana gelen malformasyonlar, ihtilâtlar sebebiyle büyük önem taşımaktadır. Yabancı istatistiklerdeki % 25 oranında malformasyon, % 10 düşük; ilk aylarda % 15 - 30 olan ölüm oranı, kızamığın önemini göstermekte, faydalı tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir. Memleketimizde görülen kızamık sayısı her sene artmaktadır. İstatistik Genel Müdürlüğü rakamlarında, 1960 senesinde 15926; 1967 senesinde ise, 42906 dır. Ölüm ise 1960 da 281; 1967 de ise 414 dür. Ölüm oranı 1960 da % 1.1, 1967 de % 0,7 dir. Bu oranlar küçüksenmeyecek rakamlardır. Gerekli testler yapılamadığından teşhis edilemeyen veya ihbarı yapılmıyan kızamık ve bu sebeple ölüm vakalarını da bu rakama ilâve edersek problemin önemi daha iyi tebarüz edecektir. Kızamık sebebiyle husule gelen malformasyon ve ihtilâtlarda göz önüne alınırca konunun önemi daha çok artmaktadır. Fransa'da % 90 kadında, kızamık bağışıklığı tesbit olunmuştur. Fransa ve diğer bir çok memlekette gerekli tarama ve aşılar düzenli bir şekilde yapılmaktadır. Sistematik taramalar 15 yaşından önce yapılmalıdır. 16 yaşında ise zorunlu kılınmalıdır. Evlenmemiş ve bağışıklıkları olmıyan kızların aşı yapılmasında da büyük fayda vardır. Böylece müstakbel anne ve çocuğu birlikte korunmuş olacaktır. Malî portesi ne olursa olsun, bu aşı temin ve yapılması mecburi aşilar arasına alınmalıdır. Umumî Hıfzıssıhha Kanununda yapılacak değişiklikle bu husus temin edilmelidir.

Önemli bir konuda aşı yapıldıktan sonra bağışıklık meydana gelmesi için geçen zaman arasında, gebe kalan kadınlarda gebelik esnasında embriyopati olup olmayacağıdır. Deneylerde bu şekilde bir vaka görülmemiştir. Buna rağmen hekimin sorumluluğuna engel olmak için bağışıklık husule gelinceye kadar çocuk yapmaya mani olan ilâçlar kullanılması lâzımdır. Kızamıkta, % 50 malformasyon görüldüğüne göre bu şekilde bir durumun çocuk alma sebebi olarak kabulü ve tıbbî avortmana müsaade edilmesi, isabetli bir karar olur. Nüfus plânlaması kanunu ve bu kanuna dayanılarak hazırlanan, Medikal Avortman Tüzüğüne göre kızamık çocuk alma sebebi sayılabilir kanaatı, yanlış bir tıp ve sosyal düşünüş

sayılmaz. Bu fikrin doğruluğunu, bir süre önce Amerika Birleşik Devletleri bazı eyaletlerinde yapılan kanunsal değişiklikler göstermektedir. Medikal Avortman Tüzüğüne bu hususun açık bir şekilde konması lâzımdır.

### Ö Z E T

Kızamık konusunda son senelerin buluşları gözden geçirilen bu etüdde, kızamık aşısının zorunlu aşılardan konması; kızamığın gebelerde medikal avortman sebebi olabileceği, bu husustaki tüzük ana hükümlerine uygun bulunduğu bildirilmiş, tereddütlere mani olmak için tüzüğe açık hüküm konması gerektiği üzerinde durulmuştur.

### R E S U M É

Dans cet article, on a resumé, nos connaissances eyan progres, pendant la dernier annés. On a proposé qu'on accepte qu'on soit obligatoire de la vaccination de la Rougeole. On a proposé même qu'au point de vu de l'avortement thérapeutique, pour faire clarté qu'on fasse mettre une regne claire de la statu de l'avortement. Il faut qu'on dis qu'on fait de l'avortement thérapeutique dans les cas des Rougeole.

## L İ T E R A T Ü R

- 1 — Alantar I. : Kızamıkta döküntü. İst. Üniv. Tıp Fak. 1947.10.2.
- 2 — Alkaynak T. : Kızamıkta merkez kanının hususiyetleri klinik. 1951.9. 323.
- 3 — Başar C. : Yalnız ateşle seyreden kızamık vakası. Anadolu Kliniği. 1952, 18.41.
- 4 — Booé A., Cellers J. : La vaccination contre la rubéole (Essais Clinique Souch HPV 77 Pres, Med. 1968, 76, 7, 299 - 302.
- 5 — Canivet M. : Peries et coll : Etude de l'état immunitaire d'un population de femmes enceintes. Pres. Med. 1968, 76, 21, 993 - 995.
- 6 — Clément R. : Prevention et atténuation de la rougeole. Pres. Med. 1974, 7, 117.
- 7 — Clément R. : Encefalite de la rougeole et Globulin gamma. Press. Med. 1955, 71, 1458.
- 8 — Çelik O.Ş. : Büyüklerde kızamık. Türk Tıp Cem. Mec. 1936, 2, 526.
- 9 — R. Crosnier : Epidemiologie et patolhologie generale Infectieuse, 1964. Paris, Maloin, 570.
- 10 — Debre R. ve Y. P. Souper, F. Hergoz, M. Badivet M. Gaiffe : Utilisation des Gamma -Globulines Plasmatiche hummaines dans la prophylaxie de la rougeole. Pres. Med. 1956, 29, 667.
- 11 — Onul B. : İnfeksiyon Hastalıkları. Beşinci Baskı. Ankara Ü. Tıp Fak. yayınlarından No. 56, 309. 1974, 122 - 138.
- 12 — Pérol Y., Christol D. : Pratique de la serologie de la Rubeole par inhibition de l'hémogglitina en milieu hospitalier (Etude de 800 Serum). Sem. Hop Paris. 1968, 44.32.21602168.
- 13 — H. Pequinot H. : Precis de patologie medicale. 1973, Paris, Masson 189.

## GARANTİ SÖZLEŞMESİ VE UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Prof. Dr. Seza REİSOĞLU

### A — G İ R İ Ő

Garanti sözleşmesi, Kanunkoyucu tarafından ne tanımlanmış, ne de unsurları ve hükümleri açıklanmıştır. BK. 110. madde bir çeşit garanti sözleşmesi olmakla beraber, bu tek cümlelik maddede de garanti sözleşmesi sözü geçmemekte, maddenin başlığı «başkasının fiilini taahhüt» adını taşımaktadır.

Garanti çok geniş kapsamlı bir terim olduğundan, aynî ve kişisel garanti şeklinde çeşitli hukukî müesseseler bulunduğundan, «garanti sözleşmesi» tek başına özel bir akit tipini de hatıra getirmemektedir.

Bu akit tipinin talihsizliği sadece kanunkoyucu tarafından düzenlenmemekle kalmamakta, fazla bir şey ifade etmeyen ismi yanında, Roma hukukundan bugüne bilinen, tanımı ve hükümleri belli bir teminat akdi olan kefalet akdi de, garanti sözleşmesini gölgelemektedir.

Türk mahkemeleri ve genellikle Türk hukukçuları, uzun süre kefalet akdinden tamamen farklı olan garanti sözleşmesi üzerinde durma gereğini hissetmemişler, mahkemeler kefaletten farklı bir garantiyi kabul zorunluluğunu duydukları zaman da «A, B ye kefil olmamış, onun fiilini taahhüt etmiştir. Bu itibarla olayda kefalet şartlarının aranmasına lüzum yoktur»<sup>1</sup>, şeklinde kararlar vermişler, kefaletten farklı olan bir garantinin hukukî niteliğini araştırmamışlardır. Özellikle kefalette de başkasının fiilini taah-

<sup>1</sup> HGK. 11.5.1960 E/14/22, K. 216. İlmî ve Kazaî İçt. 1961. sh. 264.

hüt etmenin mümkün olduğu düşünülürse<sup>2</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yakın zamanlara kadar çeşitli kararlarında yer alan kısa gerekçelerinin yeterli olmadığı sonucuna varılacaktır.

Genellikle Devlet tarafından okutulan çocukların okul masrafları için, bir üçüncü kişiden teminat alınması ve çocuğun okulu terk etmesi veya başarısız olması nedeniyle, teminatı verene başvurma isteği bu tür davaların konusu olmuştur. Çok defa matbu taahhütnamelerde miktar konulması unutulduğundan, kefaletin geçerli olmadığı ileri sürülmüş, mahkemeler ise BK. 110'u ileri sürerek taahhüdü geçerli saymışlardır.

Garanti sözleşmelerinin Türk hukukunda önem kazanması, banka teminat mektupları nedeniyle ortaya çıkmıştır. Banka teminat mektupları iş ve ticaret hayatında önemi azınsanmıyacak bir yer işgal edince ve garanti meblağları çok yüksek olunca sık sık dava konuları ortaya çıkmış, ancak Yargıtay genellikle konu üzerine fazla eğilmeden, banka teminat mektuplarını bazan garanti sözleşmesi<sup>4</sup>, bazan kefalet<sup>5</sup> olarak isimlendirmekle yetinmiştir. Nihayet 1969 yılındaki uzun gerekçeli İçtihadı Birleştirme kararıyla garanti sözleşmesinin tanımı ve hükümleri üzerinde durulduğu görülmektedir.

Banka teminat mektupları yanısıra son zamanlarda sık olarak garanti sözleşmesi uygulaması, tahvil garantileri şeklinde ortaya çıkmakta, bankalar çeşitli şirketler tarafından çıkarılan tahvillerin ana paralarının ve faizlerinin vadelerinde ödeneceğini tahvil alıcılarına karşı taahhüt etmektedirler<sup>6</sup>. Hisse senetleri ile ilgili ola-

<sup>2</sup> Bkz. Seza Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 1964, sh. 8 vd.. (kefalet).

<sup>3</sup> Örneğin HGK 15.2.1961 E. 4/6, K. 7. İlmî ve Kazaî İçt. 1962 sh. 976. HGK. 6.3.1968 E. 960-478 K. 128, İlmî ve Kazaî İçt. 1968, sh. 6054.

<sup>4</sup> TD. 25.1.1958 E. 56, K. 315, Türk İçt. Kül. C. 13, No. 456, TD. 8.4.1958 E. 9578, K. 1032, Türk İçt. Kül. C. 13, N. 485.

<sup>5</sup> TD. 28.12.1961 E. 1704, K. 4701, Son. İçt. 1962, sh. 5122.

<sup>6</sup> Yargıtay bir kararında (İcra İflas Dairesi 13.10.1970 E. 8999, K. 9594 Res. Kar. Derg. Kasım-Aralık 1970 sh. 204). Belediyenin çıkardığı tahvillere bir bankanın garanti vermesini, şu gerekçe ile garanti sözleşmesi saymıştır: «Borçlunun edasını, bir şeyi yapmak veya yapmamak hususundaki taahhüt ve borçlarını temin edici akit, garanti akidir. Garanti, borcun zamanında, yerinde aynen ve tamamen yerine getirileceğini temin eder. Halbuki kefalet akdi fer'i nitelik gösteren bir akittir»

rak da temettü garantisine, örneğin 7462 sayılı Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk A. Ş. Kanununun 6. maddesinde rastlanmaktadır. Bu maddeye göre şirketin elde edeceği safi kâr, hisse sahiplerine ödenmiş sermayelerinin % 6 sı nisbetinde kâr dağıtılmasına müsait olmadığı takdirde, Maliye Vekâleti kâr noksanını şirketin kuruluş tarihinden itibaren 5 yıl müddetle garanti etmektedir. Ancak bu nevi temettü garantisi Devlet garantisi olarak herhangi bir sözleşmeden değil, fakat kanundan doğmakta ve kamu hukukunu ilgilendirmektedir.

Garanti sözleşmesi ile ilgili gerek İçtihadı Birleştirme Kararı, gerekse daha sonraki çeşitli Yargıtay kararları, kanımızca Türk hukukçuları arasında tartışılmaya devam edecektir. Ayrıca bu kararlar garanti sözleşmesinin Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenip düzenlenmemesi konusunu da tekrar güncel hale getirmiştir.

## B — GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

### a) Genel Olarak :

Türkiye'de olduğu gibi batı ülkelerinde de garanti sözleşmesi Kanunkoyucular tarafından düzenlenmeden önce, iş hayatının zorlaması sonucu ortaya çıkmışlar ve gerek doktrinde, gerekse mahkeme içtihatlarında bu sözleşmenin tanımı, unsurları ve hükümleri tartışılarak saptanmıştır. Şu farkla ki garanti sözleşmelerini doğuran ihtiyaçlar, Batı ülkelerinde bu ülkelerin sanayi toplumu haline gelmeleri sonucu Türkiye'den çok önce ortaya çıkmışlardır.

İlk garanti sözleşmeleri faiz ve temettü garantileri şeklinde 18. asrın ürünleridir. Bu garantiler Devlet tarafından verilmekte idi. Özellikle temettü garantisinin kefaletten farklı bir akit tipi olduğu hemen görülüyordu. Zira kefalet fer'i niteliği gereği, ancak asıl borcun mevcut olması halinde hüküm ifade etmekte idi. Şirketin kâr etmemesi halinde ortaklarına karşı hiçbir şekilde temettü borcu doğmadığından, şirket kâr etmese dahi temettü ödeneceğini garanti etmek bir kefalet olamazdı.

İlk garanti sözleşmelerinin Fransa'da ortaya çıkmasına karşılık, bunların hukukî niteliği ile ilgilenen ilk hukukçu bir alman oldu. 19. Asrın sonlarına doğru Almanyada da görülmeye başlanan

faiz ve temettü garantilerinin hukukî niteliğini araştıran Stammler bunların kefaletten tamamen farklı, bağımsız ve kanunlarda yer almayan bir akit tipi meydana getirdiğini saptadı.

Garanti sözleşmesinin BGB de düzenlenmesi konusunun tartışıldığı, Alman Medenî Kanununun gerekçesinden anlaşılmaktadır. Garanti sözleşmesinin BGB de yer almamasının nedeni, bu sözleşmenin özel olarak düzenlenmesine gerek duyulmamasından ziyade, sui generis bir akit olan garanti sözleşmesinin, kanunu hazırlayanlara yabancı olmasından ötürüdür. Gerekçede garanti sözleşmesinin diğer teminat akitlerini de içine alacak şekilde yanlış değerlendirilmesi, genel olarak düzenlenmesinin olanaksız olduğu görüşünün ileri sürülmesine yol açmıştır.

#### b) BK. 110. cu maddesi :

Alman Medeni Kanununda garanti sözleşmesi ile ilgili hiçbir hükmün bulunmamasına karşılık Türk hukukunda, bir garanti sözleşmesi tipi olan «başkasının fiilini taahhüt» BK. 110. cu maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre «Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse, bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar - ziyan tediyesine mecburdur.».

Borçlar Kanununda yer alan 110. maddenin garanti sözleşmesi uygulamasında bir kıstas olacağı görüşü fazla iyimser bir görüştür. Zira bu madde olmasaydı, yine bir üçüncü şahsın fiilini taahhüt geçerli olacak ve taahhütte bulunan zarar ziyan tediyesine zorlanabilecektir.

Buna karşılık, 110. maddenin garanti sözleşmelerinin gelişmesini ters yönde etkilediği dahi söylenebilir. Zira Alman hukukunda, garanti sözleşmeleri hiç bir kısıtlamaya tabi olmadan doktrin ve mahkeme kararları ile geliştirilmişken, Türk-İsviçre hukukunda BK. 110/İBK. 111 üzerinde tartışmalara girilmiş, bazı hukukçular BK. 110. nun bir garanti sözleşmesinin zorunlu unsurlarını taşıdığını iddia ederken<sup>7</sup>, Reusser<sup>8</sup> tarafından ileri sürülen ve son-

<sup>7</sup> Guggenheim E. Der Garantievertrag Aarau 1917 sh. 39, Prister H. Der Garantievertrag Bern 1935, sh. 35, Kiefer A. Garantievertrag und Bürgschaft ihrer gegenseitigen Abgrenzung. Basel 1933 sh. 33.

<sup>8</sup> Reusser. Der Garantievertrag und Sein Verhaeltnis zur Bürgschaft und anderen Sichereitsvertraegen nach schweiz. Recht Bern 1938 sh. 108. Bu

radan bazı hukukçular tarafından da paylaşılan diğer bir görüşe göre, BK. 110. daki hüküm nitelik yönünden birbirinden tamamen farklı unsurları ihtiva edebilmektedir. Federal Mahkeme ve İsviçre doktrininin büyük çoğunluğu, BK. 110. cu maddenin bu biçimde kanunda yer almasını, kanunkoyucunun o tarihlerde garanti sözleşmesi hakkında yeterli bilgi sahibi olmamasına bağlamaktadırlar<sup>9</sup>. O yüzden madde eksik ve müphem olarak kaleme alınmıştır. BK. 110. madde üzerindeki bu tartışmaların garanti sözleşmeleri ile ilgili bir araştırmada bizi sonuca götürmesi olanaksızdır. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, garanti sözleşmesinin tanımı, unsurları ve hükümleri yine de zorunlu olarak doktrin ve mahkeme kararları yoluyla saptanabilecektir.

Yargıtay da içtihadı birleştirme kararında bu görüşü paylaşmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre<sup>10</sup>, «Borçlar Kanununda genel olarak garanti akti tipi tanzim edilmemiştir. Kanunda başkasının fiilini taahhüt mahiyetinde mevcut olan 110. maddenin garanti mukavelesi tarifine göre değerlendirilmesi ve zaruri unsurların içtihat yoluyla tamamlanması icap etmiştir».

## C — GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

### a) Tanım :

Garanti sözleşmelerinin ilk tanımı Stammler tarafından verilmiştir. Bu tanıma göre «garanti sözleşmesiyle bir kimse başkasının kazanç kasdı güden teşebbüsüne, bu teşebbüse bağlı olan tehlikelerin tamamını veya belli bir kısmını akdî ve ivazsız olarak yüklenmek suretiyle, yardım ve teşvik etmek gayesini güder». Bu tanım, sözleşmenin unsuru sayılmayacak niteliklere yer verdiği<sup>11</sup>, akdi karakterize eden ve diğer teminatlardan ayırma olanağını sağ-

fikir sonradan Reichwein H. (Bankgarantie und Bürgschaft SJZ 52 sh. 376) ve Tandoğan H. (Garanti mukavelesi. Mahiyeti ve benzeri münasebetlerden tefriki Ankara 1959 sh. 46) tarafından da paylaşılmıştır.

<sup>9</sup> 56 II 383, 64 II 350. 72 II 22, 75 II 350. Oser/Schönenberger Kommentar. V. Bd. Obligationenrecht I. Teil, Zürich 1936 Art 111 N. I, Becker Kommentar. Bd. VI Obligationenrecht I. Abt Art 111 N. 1, Guggenheim sh. 37.

<sup>10</sup> 11.6.1969 E. 969/4, K. 969/6 Res. Kar. Der. Ekim 1969 sh. 11.

<sup>11</sup> Krohne K. Der Garantievertrag Pederborn 1941 s. 15, Priester sh. 13, Tandoğan Sh. 7.

layan bazı unsurlara temas etmediği<sup>12</sup>, bazı unsurların hatalı, diğerlerinin müphem olduğu şeklinde tenkitlere yol açmıştır<sup>13</sup>.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında ise, garanti sözleşmesinin tanımına şu şekilde değinilmektedir. «Stammler'in garanti mukavelesi tarifi tenkit edilmiştir. Bundan sonra muhtelif müellifler garanti mukavelesini kendi görüşleri açısından tarif etmişlerdir. Bu tariflerde müşterek olan husus, bu mukavelenin müstakil mahiyette olması, asıl borçlu olarak taahhüt altına girme iradesinin bulunmasıdır... Tenkit edilen diğer unsurlar bir tarafa bırakılırsa, bu aktin şu şekilde tarifi mümkündür. Garanti mukavelesi, bir kimsenin fer'i olmayan bir mukavele ile başkasına ait bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir.»

#### b) Garanti sözleşmesinin zorunlu unsurları :

aa. Riziko (tehlike) yüklenilmesi : Her garanti sözleşmesi mutlaka bir rizikonun varlığını zorunlu kılar. Gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi muhakkak olan ve taraflarca bilinen bir husus için garanti verilemez<sup>14</sup>. Buna karşılık taraflar objektif kesinlikten haberdar değiller ise, garanti sözleşmesi geçerli olacaktır. Taraflarca gerçek durumun bilinmemesi riziko kavramına girer<sup>15</sup>.

Riziko, iktisaden zararlı bir olayın vukuu veya yararlı bir olayın vukubulmaması şeklinde tanımlanabilir<sup>16</sup>.

Garanti veren tüm rizikoyu yüklenebileceği gibi, sadece belli bir zararı da tekeffül edebilir. Şüphe halinde garanti verenin tüm rizikoyu üzerine aldığı kabulü gerekir<sup>17</sup>.

Garanti edilen sonuç, kaza ve beklenilmeyen hallerden ötürü gerçekleşme bile, garanti verenin tazmin sorumluluğu ortaya

<sup>12</sup> Reusser sh. 58.

<sup>13</sup> Tenkitlerle ilgili geniş bilgi için bkz. Seza Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, sh. 7.

<sup>14</sup> Stammler R. Der Garantievertrag Arch. ziv. Pra. 69 Sh. 129, Gilleron. Les garanties personnelles en matiere bancaire Geneve 1958 sh. 64.

<sup>15</sup> Schuster R. Der Rechtsbegriff der durch Garantievertrag begründeten Garantie Breslau 1928 sh. 39, Reusser sh. 4.

<sup>16</sup> Priester, sh. 11, Reusser, sh. 4, Tandoğan, sh. 4.

<sup>17</sup> Reusser, sh. 74, dipnot 48.

çıkart<sup>18</sup>. Federal Mahkemeye intikal eden bir olayda<sup>19</sup>, Federal Hükümetin gaz kullanılmasını sınırlayan bir karar alması sonucu, temettü garantisi verilen şirket kâr edememiş, garanti veren de, hükümetin aldığı bu kararın önceden tahmini mümkün olmayan bir hal teşkil ettiğini, bu yüzden ödeme ile yükümlü olmadığını iddia etmiştir. Federal mahkeme burada üçüncü bir şahsın, teşebbüsün kazancı ile ilgili şarta bağlı olmayan bir garantisi bulunduğunu belirterek, garanti vereni beklenilmeyen hallerde dahi sorumlu tutmuştur.

bb. Teşebbüse sevk etme amacı : Stammler tarafından kullanılan teşebbüs terimi fazla isabetli sayılamazsa da, Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme kararında da görüldüğü gibi, genellikle kullanılmaya devam edilmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, teşebbüsün teknik bir anlamı yoktur. Doktrinde teşebbüsün, garanti alanın «her türlü faaliyetini» içine alacak şekilde anlaşılması gerektiğine özellikle değinilmektedir<sup>20</sup>. Teşebbüsü «garanti alanın neticesi meşuk, müsbet veya menfi her türlü davranışı» şeklinde tanımlamak mümkündür.

Garanti verende, garanti alanı bir teşebbüse, bir davranışa sevk etme amacı bulunmaktadır. Ancak garanti verenin, bir kişiyi neden bir teşebbüse sevk etmek istediği hususu önemsizdir. Garanti veren, Bankaların tahvil garantilerinde olduğu gibi, komisyon şeklinde bir menfaat elde etme saikiyle hareket edebileceği gibi, bir kimsenin eczane açması halinde, kendisine sağlanan kâr garantisi ile, o kasabanın eczanesiz bırakılmaması fikri de rol oynamış olabilir. Ancak bunlar sözleşmenin saikleri olduklarından önemsizdirler. Diğer bir deyişle, banka komisyonunu alamasa, o kasabada hemen sonra başka eczaneler açılabilir, verilen garantiler geçerli olmakta devam ederler.

Garantide teşebbüse sevk gayesinin bulunmamasının, bu garantiyi bir garanti sözleşmesi niteliğinden uzaklaştırıp uzaklaştırmayacağı tartışılabilir. Yargıtay «başkasına ait bir teşebbüsün bel-

<sup>18</sup> Oftinger K. Über Bankgarantien SJZ 38 sh. 60, Apelt J. Der Forderungsgarantievertrag Leibzig 1915. sh. 12, Priester sh. 23, Guggenheim sh. 83.

<sup>19</sup> 46 II 157.

<sup>20</sup> Müller R. Der Garantievertrag Erlangen 1950 sh. 13, Guggenheim sh. 35, Kroner W. Der Garantievertrag und seine Abgrenzung von der Bürgschaft Essen 1911 sh. 8, Kiefer sh. 13.

li sonuca ulaşacağını garanti» şeklinde, teşebbüse sevk gayesine üstü örtülü bir şekilde değinmiştir.

Açıkça ifade edilmese dahi bir teşebbüse sevk amacı, garanti sözleşmesinin muhteva şartlarından birisini meydana getirir<sup>21</sup>. Örneğin, bir kasabada esasen mesleğini icra etmekte olan bir doktora asgarî bir ücret garantisi vermek, bir garanti sözleşmesi değil, fakat şartlı bir bağıştır. Zira burada garanti alanı bir davranışa, teşebbüse sevk amacı yoktur. Buna karşılık eğer kazanamayan doktorun kasabayı terk etme niyeti varsa, onu kasabada tutabilmek gayesi ile girilen yüklem bir garanti sözleşmesidir.

cc. Bağımsız (aslî) yükümlülük : Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında açıkça garanti sözleşmesinin «zaruri unsurlarının içtihat yoluyla tamamlanmasının icap ettiğine» temas edilmekle beraber, Yüksek Mahkeme ilk iki unsuru olayda gerçekleşmiş olarak kabul ettiğinden olsa gerek, özellikle garanti verenin bağımsız aslî yükümlülüğü üzerinde durmuştur.

Gerek doktrin<sup>22</sup>, gerekse mahkeme kararları<sup>23</sup> garanti verenin yükümlülüğünün bağımsızlığı üzerinde durmaktadırlar. Garanti veren bağımsız bir akitle, garanti alanı belli bir rizikoya karşı tekeffül etmektedir; borcunun sebebinin diğer bir akitle ilgisi yoktur. Diğer bir deyişle, garanti verenin borcu aslî bir borçtur.

Garanti edilen sonuç gerçekleşmezse —risk doğarsa— garanti verenin tazmin borcu da doğacaktır. Garanti verenin sorumluluğu yönünden üçüncü şahsın mükellefiyeti önem taşımamaktadır. Diğer bir deyişle riskin gerçekleşmesinde üçüncü şahsın hiç bir kusurunun bulunmaması, keza mücbir sebep veya beklenilmeyen hallerin ortaya çıkması, belki üçüncü şahsı yükümlülükten kurtaracaktır ama, garanti verenin sorumluluğunu etkilemeyecektir.

Garanti sözleşmesi ile, aslî borç olarak, üçüncü kişinin borcundan bağımsız bir riziko garanti edilmektedir. Rizikonun gerçekleşmesi halinde ödeme borcu doğar. Meğer ki, bu rizikonun gerçekleşmesinde sözleşmenin karşı tarafı, yani garanti alanın kusurlu dav-

<sup>21</sup> Reisoğlu, sh. 18.

<sup>22</sup> Becker Art 111 N. 16, Priester sh. 6, Reusser sh. 59, Guggenheim sh. 11, Oftinger sh. 59.

<sup>23</sup> 56 II 38, 65 II 32, 75 II 50; 4HD. 22.4.1951 E. 8375, K. 6493 Türk İçt. Kül. 1951, C. 2, sh. 1219.

ranışı söz konusu olsun. O takdirde genel hükümlere göre, garanti verenin tazmin sorumluluğu azaltılabilir veya ortadan kaldırılabılır. Zira kural olarak garanti mükellefiyetinin, rizikonun garanti alanın kusuru sonucu ortaya çıkması halinde de aynen devam edeceği ileri sürülemez.

Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Kararında garanti sözleşmesinde «esas borçla hiçbir ilişkisi bulunmayan müstakil ve asli bir taahhüdün» söz konusu olacağını saptadıktan sonra, garanti verenin «asıl borcun hukuken muteber, mevcut ve dava edilebilir olduğu hususlarına bağlı olmaksızın» taahhüdü ile bağlı kalacağı sonucuna varmaktadır.

Şüphesiz burada kullanılan asıl borç kavramı tartışılabilir. Zira, garanti sözleşmesi kefalet gibi fer'i bir akit olmadığından, asıl borçtan söz edilemez. Garanti borcu da asıl borçtur. Asıl borç ile, garanti edilen riskle ilgili olarak üçüncü kişinin borcu kastedilmektedir ki, varılan sonuç bu yönden tamamen isabetlidir.

dd. İvazsızlık : Garanti verenin belli sonucu garanti ederken, bunu bir ivaz karşılığı yapmaması, garanti sözleşmesinin zorunlu bir unsuru kabul edilmektedir<sup>24</sup>. Eğer garanti, karşı tarafın sağladığı bir ivaz karşılığında veriliyorsa, bu taahhüt örneğin bir sigorta sözleşmesi veya eğer hukuk düzeni tarafından korunmuyorsa, kumar veya bahis olabilir<sup>25</sup>, fakat bir garanti sözleşmesi olamaz. Burada ivazın garanti alan dışındaki kişilerce sağlanması ise, garanti sözleşmesinin niteliğini etkilemeyecektir. Örneğin bankaların komisyon karşılığında teminat mektubu veya tahvil garantisi vermelerinde durum böyledir. Bu komisyonlar garanti alandan tahsil edilmediğinden ve garanti sözleşmesi ile ilgisiz olduğundan, sözleşmeyi etkilemeyeceklerdir. Nitekim Yargıtay bu kavram üzerinde durmaksızın, komisyon karşılığında verilen banka teminat mektuplarını garanti sözleşmesi olarak nitelendirmektedir.

## D — GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KEFALETTEN AYIRIMI

### a) Genel olarak :

Garanti sözleşmelerinin hukukî yapısının kefaletten çok farklı olmasına rağmen, uygulamada bazı garanti sözleşmesi tipleri ile

<sup>24</sup> Stammer sh 47, Priester sh 11, Kroener sh. 2.

<sup>25</sup> Tandoğan, sh. 10.

kefalet arasındaki ayırımı büyük güçlüklerle karşılaşılmaktadır. Gerçi üçüncü bir şahsın yükümlülük altına girmediği —örneğin temettü garantilerinde olduğu gibi— bir garantinin kefalet olarak nitelendirilmesi esasen olanak dışıdır. Buna karşılık, başkasının fiilini taahhüt ile kefalet ayırımında zorluklarla karşılaşılmaktadır<sup>26</sup>.

Ayırım için doktrinde ve mahkeme içtihatlarında çeşitli kıstaslar ileri sürülmüştür. Federal Mahkeme tarafından kabul edilen başlıca kıstaslar, mükellefiyetin aslî veya fer'i olması, tekeffül edenin kefaleti aşan bir mükellefiyet yüklenip yüklenmediği, tekeffül edenin borç altına girmesinde bir çıkarının bulunup bulunmadığı, tekeffül edilirken borçlunun kişiliğinin gözönünde tutulup tutulmadığı gibi hususlardır<sup>27</sup>.

#### **b) İctihadı Birleştirme Kararının Dayandığı Kıstaslar :**

Yargıtay, İctihadı Birleştirme Kararında banka teminat mektuplarının hukukî niteliğini incelerken, «kefalet ile garanti sözleşmesinde, ilk defa başvurulacak kıstas aslîlik ve ferilik kıstası olmalıdır» demektedir.

Yargıtay'a göre, banka teminat mektuplarında yer alan «yazılı istek üzerine derhal ve herhangi bir itiraz ve hüküm istihsaline maaş kalmaksızın tediye taahhüdü» asıl borçtan müstakil bir taahhüt altına girildiğini ifade eder. Zira «asıl borçlu bu def'ileri dermeyan etme hakkını haiz ve kefil de kanunen buna mecbur olduğu halde, banka bunları ileri sürmekten feragat etmek suretiyle asıl borçludan da daha ağır bir külfet altına girmiş durumdadır. Kefil asıl borçludan fazla bir mükellefiyet altına giremez. Bu sebeplerle defilerden bidayette feragat, bu şartın hükümsüzlüğünü icabettirmeyip, akdin vafında bir kıstas olarak alınması gerekmektedir».

<sup>26</sup> Yargıtay bir kararında (13HD. 18.1.1974 E. 1973-1173, K. 1974-88 Yargıtay Kararlar Der. Şubat 1976 sh. 231) «davacının ustaları dükkâna getirerek, bunlara ne isterse verin ben hesaplarımı öderim beyanının bir kefalet olmayıp, yemek yiyen ustaların borçlarını taahhüt etme, yani borcu üzerine alma niteliğindedir,» demektedir. Ancak bu karardan Yargıtayın bir garanti sözleşmesini mi, yoksa bir borcun üstlenmesini mi kastettiği anlaşılmamaktadır. Garanti sözleşmesinin birlikte borç üstlenmesinden ayırımı için bkz. Reisoğlu, sh. 130 vd.

<sup>27</sup> Fazla bilgi için bkz. Reisoğlu, sh. 76 vd.

Yargıtay ayrıca, bu olayda doktrinde tefrik için ileri sürülen, «menfaat, asıl borçlunun edasını yerine getirme, tazminat ödeme kıstası, temin edilen edanın mevzuunun para olup olmaması, ivaz ve en nihayet tarafların kullandıkları tabirler, tereddüt halinde kefalet karinesi» kıstaslarının, kendisine intikal eden olayda araştırılmasına lüzum olmadığı görüşündedir<sup>28, 29</sup>.

**c) Kararın Eleştirisi :**

aa. Yargıtay'ın özellikle diğer kıstasları hiç gözönünde tutmaksızın, ilk talebde derhal ödeme yükümlülüğüne dayanarak, böyle bir akdin fer'i olamayacağı, kefalet sayılamıyacağı görüşüne katılmıyoruz. Zira varılan sonucun anlamı, tarafların isteseler de bu kayıtların bulunması halinde kefalet konusunda iradelerini birleştiremeyecekleridir. Halbuki akit serbestisi içinde, taraf iradelerinin kefalet konusunda uyuşması mümkündür.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı çeşitli yönlerden eleştirilebilir.

bb. İlkönce Yargıtayın teminat mektubundaki ibareleri değerlendirmesi ve akdin niteliğini buna dayandırması üzerinde durmak gerekir. Yargıtay tekeffül edenin, «yazılı istek üzerine derhal ve herhangi bir itiraz ileri sürmeksizin ve hüküm istihsaline mahal kalmaksızın ödeme» yükümlülüğünü kabul etmekle, borçluya ait defilerden bidayette feragat ettiği görüşünü benimsemiştir. Halbuki burada Bankanın defilerden feragatı değil, fakat ilk talepte bunları ileri sürmeyerek ödemesi söz konusudur. Diğer bir deyişle banka iş ve ticaret hayatının gerektirdiği sürat ve emniyet düşüncesi ile hiçbir araştırma yapmadan ödeyecek, fakat daha sonra ödemesinin haklı bir nedene dayanmadığını saptarsa, dava yoluyla borç olmayan şeyin ödenmesinin iadesini isteyebilecektir. Burada teminat mektubu alacaklısı hakkını isbat için mahkemeye gideceğine, banka ilk önce ödemeyi, gerekirse sonradan kendisi mahkemeye gitmeyi kabul etmektedir. Buna karşılık banka herhangi bir araştırma yapmadan da rizikonun ortadan kalktığını ke-

<sup>28</sup> Bkz. İçtihadı Birleştirme Kararı Res. Kar. Der. Ekim 1969 sh. 20.

<sup>29</sup> Nitekim Hukuk Genel Kurulu yeni bir kararında (9.5.1974 E. 1974/951, 1974-1601, Res. Kar. Der. Aralık 1975, sh. 62) «Garanti akdinin niteliği itibariyle, lehine teminat mektubu verilen A'nın satış akdinden doğan defilerini, garanti verenin ileri süremeyeceği» sonucuna varmıştır.

sin olarak tesbit edebilecek durumda ise —örneğin kat'i kabul yapılmıştır— ödemededen imtina edebilecektir.

Riskin doğup doğmadığını incelemeyen, talep üzerine ödemek zorunda kalan bankanın def'i ve itirazlardan kesin olarak feragat ettiği kabul edilse idi, o takdirde riziko hiç doğmamış olsa dahi —örneğin kati teminat mektubuna dayanarak yapılan ödemededen sonra daha önce kati kabulün yapılmış olmasının veya bir borcun garanti edilmesinden ve garanti verenin ödemesinden sonra, borçlunun borcunu ödemiş olduğunun anlaşılması hali— artık garanti alana karşı, herhangi bir talepte bulunamaması gibi hukuka aykırı bir sonuca varılırdı. İster kefalet olsun, ister garanti sözleşmesi olsun, taahhüt edilen fiilin yerine gelmiş olmasına rağmen yapılan ödemenin iadesi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden istenebilecektir.

Def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürmeme, borçluya BK. 497. maddesine göre rücu imkânını ortadan kaldıracak, ancak itiraz konularının sonradan alacaklıya karşı ileri sürülüp sebepsiz yapılan ödemenin iade edilmesini önlemeyecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki teminat mektuplarına bu ibareler uygulamada kontrgaranti denilen ve genellikle borçlunun taahhüdünü ifade eden bir yetkiye istinaden konulmakta ve borçlu, teminat mektubu verenden bu defileri garanti alana karşı ileri sürmemesini açıkça istemektedir. Bu yüzden de Yargıtay'ın «bankanın defileri ileri sürmekten feragat etmek suretiyle asıl borçludan daha ağır bir külfet altına girdiği iddiası» yerinde değildir. Çünkü asıl borçlu da defilerin garanti alana karşı ileri sürülmesinden vazgeçmektedir.

Eğer borçlu haksız olarak, borcunu ödemediği halde, kontrgaranti nedeniyle, ikinci defa bankaya ödemek zorunda kalırsa, alacaklıya karşı bir sebepsiz zenginleşme davası açabilecektir. Teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak kabulü halinde banka kendi borcunu ödemiş olduğundan, borçlunun alacaklıya başvurma hakkı da tehlikeye girmektedir.

Kanımızca Yüksek Mahkemenin teminat mektubu metnindeki bir ibareyi akdin vasfını belirlemek için yeterli görmesi ve diğer kıstasların olayda araştırılmasına mahal olmadığına karar vermesi de isabetli olmamıştır.

cc. Konunun yakından ve derinliğine incelenmesi, bugün uygulamada rastlanan banka teminat mektuplarının, kefalet niteliklerinin ağır bastığını göstermektedir. Zira :

— Federal mahkemenin bir kararında belirttiği gibi, seçtiği kelimelerin anlamını iyi bildiği ve bu konuda titiz davrandığı kabul edilen banka<sup>30</sup> «müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla zamin bulunduğunu» açıkça beyan etmektedir.

— Garanti sözleşmesinde, garanti veren, teşebbüs ile, teşebbüsün gerçekleşmesi ile yakından ilgilidir. Yargıtay'da incelenen olayda bankanın gümrük idaresinin malları ithal etmesi ile en ufak bir ilgisi yoktur. Banka taahhüt altına, teşebbüsün sonucu ile ilgilendiği için değil, fakat borçludan komisyon aldığı için girmiştir.

— Garanti sözleşmesinde taahhüt edilen riskle ilgili olsa da, üçüncü kişinin durumu önemli değildir. Halbuki kefalette ön plânda borçlu vardır ve kefil belli bir kişinin borcunu tekeffül etmektedir. Banka teminat mektubunda da belli bir ithalatçının —borçlunun— fiili ön plânda bulunmaktadır.

— Nihayet doktrinde ve mahkeme kararlarında şüphe halinde kefaletin kabul edileceği görüşü hakim iken<sup>31</sup> Yargıtay'ın, değiştirmesi çok güç olan bir içtihadı Birleştirme kararıyla garanti sözleşmesine karar vermesi isabetli olmamıştır.

## E — GARANTİ SÖZLEŞMESİ UYGULAMASINDAN DOĞAN SORUNLAR

Türkiye'de çok önemli bir yeri olan ve gittikçe gerek resmî, gerekse özel sektörde artan bir uygulama alanı bulan banka teminat mektuplarının, Yargıtay Kanununa göre tüm mahkemeleri bağlayıcı güçte olan bir içtihadı birleştirme kararıyla 1969 yılında garanti sözleşmesi olarak kabulü sonucu, mahkemelerin garanti sözleşmesinin hükümleri ve sonuçları ile ilgili olarak çok tartışabilecek kurallar koydukları ve kararlar verdikleri görülmektedir. Bunların en önemlilerine aşağıda değinmek istiyoruz.

<sup>30</sup> Reichwein sh. 375 de zikredilmiştir.

<sup>31</sup> Becker Art. 111 N, 17, Oser/Schönenberger Art. 492 N. 56, Reusser sh. 13. Reisoglu sh. 87, Sem Jud. 1941 sh. 71.

### a) Garanti edilen rizikonun gerçekleşmesi

Garanti sözleşmesi ile bir riziko garanti edildiğinden, bu rizikonun gerçekleşmesi oranında ödeme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Örneğin A'nın B'ye olan borcu için C bir teminat mektubu vermişse, riziko bu borcun ödenmemesi nisbetinde söz konusu olur. Hiç şüphesiz burada borcun ödenmemesi rizikoyu ifade ettiğinden, borçlunun ödeme nedeni —kusurluluğu, kaza hali, mücbir sebep, kusursuz imkânsızlık— önemli olmayacak, risk gerçekleştiğinden ödeme yapılacaktır.

Ancak üzerinde durulması gerekli husus, rizikonun gerçekleşmesine garanti alanın kendi kusurlu davranışı ile sebep olması halidir. Örneğin alacaklı kendine düşen hususları yerine getirmemiş ve bu yüzden borç belli bir tarihe kadar ifa edilememişse «risk doğmuşsa» garanti veren yine tazmin borcu altında mıdır? Böyle bir durumda, genel hükümlere göre riskin doğumuna kusuru ile sebep olan garanti alanın, tazmin talebinde bulunamaması gerekir. Mahkemeler dava halinde çok defa ilk talepde kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünü, riskin doğup doğmadığını araştırmaksızın bir nevi mücerret borç taahhüdü şeklinde kabul etmekte ve geçerli bir teminat mektubu varsa, garanti vereni tazmine mahkum etmektedirler.

Nitekim Yargıtay'ın yeni kararlarından birisinde şöyle denilmektedir<sup>32</sup>. «Davacı banka, muhatap tarafından mücerret yazılı talep vukuunda kayıtsız şartsız bir ödemede bulunmayı kabul etmiş olup, ona karşı üçüncü kişilerin def'ilerini ileri süremeyeceğinden isteği yerine getirmekle yükümlüdür».

Teminat mektuplarının garanti sözleşmesi sayılması nedeniyle, garanti verenin üçüncü kişilerin def'ilerini ileri süremeyeceği şeklindeki Yargıtay görüşü doğrudur. Ancak, garanti verenin ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme taahhüdü, zımnen riskin gerçekleşmesi şartına bağlı olup, dava halinde riskin gerçekleşip gerçekleşmediği veya riskin garanti alanın kusuru sonucu doğup doğmadığı hususları mahkemece değerlendirilmeli, ona göre karar verilmelidir. Zira teminat mektupları hiçbir zaman —bir ticarî senetteki gibi— hakkın borç senedinde doğduğu mücerret bir alacağa vücut vermezler.

<sup>32</sup> HGK. 26.1.1974, E. 971/T.582, K. 73, İlmî ve Kazai İçt. 1974, sh. 2621.

Nitekim Yargıtay diğer bir kararında vade geçtikten sonra da, davacının tazmin talebinde bulunabileceğini kabul ederken «zarardan davalının sorumlu olması için, zararın teminat mektubunun verildiği tarih ile sona erdiği tarih arasında meydana geldiğini davacının isbat etmesi gerekir,» demektedir<sup>33</sup>.

Vadesiz teminat mektuplarında da süre ile bağlı olmaksızın, garanti edilen zararın yine ispatı zorunlu olmalıdır. Burada olsa olsa ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünün, ispat yükünü ters çevirip çevirmediği, diğer bir deyişle zararın meydana gelmediğini —rizikonun doğmadığını— davalının ispat etmesi gerekip gerekmediği şeklinde bir tartışma çıkabilir.

**b) Garanti edilen rizikonun kapsamı :**

aa. Genel olarak : Garanti veren, hangi riski garanti etmişse, onu tazmin zorundadır. Ancak banka teminat mektuplarının, rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediği veya kapsamı üzerinde durulmaksızın yazılı olarak ödenmesinin istenmesi uygulamada sui-istimallere yolaçmış, borçlunun garanti edilen fiili dışındaki borçları da, mektubun tazmini yoluyla tahsil edilmeye çalışılmıştır.

Bu durumda tek yol, ödemediği sonra dava yoluyla mektup bedelinin iadesini sağlamaktan ibarettir. Ancak Yargıtay'ın bu konuda kararları doyurucu olmaktan uzaktır. Yargıtay'a intikal eden bir olayda<sup>34</sup>, A bankası, muhatab B'nin —garanti alan— talebi üzerine, C nin borçlusu bulunduğu teminat mektubu bedelini derhal ödemiştir. Teminat mektubu, C nin mukavele şartlarını yerine getirmesi ile ilgilidir. Sonradan öğrenilmiştir ki, garanti alan B mektubu başka bir nedenle ödettirmiştir. Zira, C, B'den olan alacağını (istihkakını) bir üçüncü kişiye temlik ettiği halde, B bundan haberdar olmasına rağmen, istihkakı hataen C ye ödemiş, ancak alacağı temellük eden üçüncü kişiye de ayrıca ödeme zorunda kalmıştır. İşte C ye yapılan bu sebepsiz ödemenin karşılanması için mektup bedeli garanti veren A bankasına tazmin ettirilmiştir. Ancak B nin C ye yaptığı sebepsiz ödemenin garanti edilen riskle bir ilgisi yoktur. Banka tarafından açılan davayı kabul eden mahkemenin kararını Yargıtayın şu gerekçe ile bozduğu görülmekte-

<sup>33</sup> HGK. 26.1.1974, E. 1974/T. 1585, K. 76. İlimi ve Kazai İçt. 1974, sh. 2773.

<sup>34</sup> TD. 31.10.1968, E. 68/1366, K. 5680 Res. Kar. Der. Haziran 1969, sh. 58.

dir. «B nin bir hatası sözkonusu olabilirse de, mektup lehdarı C nin kusuru daha ağırdır. Zira başkasına temlik ettiği istihkakını işverenin hatasından istifade ederek kendisinden tahsil ve istifade etmesi, objektif ve subjektif iyiniyet kurallarına aykırı bir harekettir. Bu bakımdan kanunen himayeye lâyık değildir».

Yargıtay'ın bu kararı verirken, garanti sözleşmesinden sözetmesine rağmen bu müessese hakkında yeterince fikir sahibi olmadığı anlaşılmaktadır. Tartışılması gerekli husus B nin C ye yaptığı hatalı, sebepsiz ödemenin riskin kapsamına girip girmediğidir. Yoksa davacı garanti verenle hiç ilişkisi olmayan, C nin kusurlu, kasdi davranışı davanın reddine neden olamaz<sup>35</sup>.

bb. 506 sayılı Kanununun 83. maddesi : Sosyal Sigortalar Kanununun 83. maddesinde çok tartışılabilir bir hüküm yer almakta ve bu madde garanti verenin sorumluluğunu kanundan ötürü genişletmektedir.

Bu maddeye göre resmî kuruluşlara hitaben verilen bir teminat mektubu, işalanın muhataba karşı olan borcundan başka, aynı işalanın kanundan ötürü Sosyal Sigortalar Kurumuna karşı prim ve gecikme zammı borçlarını da kapsamaktadır. Garanti verenin taahhüt etmediği bir riskten ötürü, kanundan gelen bir sorumluluğa tabi tutulmasının kanımıza göre haklı olarak Anayasaya aykırılığı iddia edilmiş, ancak Anayasa mahkemesi maddeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır<sup>36</sup>.

Yargıtay'a intikal eden bir olayda Sosyal Sigortalar Kurumu, teminat mektubunun muhatabın alacağından da önce prim borcunu karşılayacağını dahi iddia etmiş ise de Yargıtay<sup>37</sup> haklı olarak «teminat ancak idarece müteahhidin amacı gerçekleştikten sonra, kurum alacağının garantisidir. Bir başka anlatımla burada aşamalı bir biçimde önce muhtemel zararlara ve alacaklarına karşılık müteahhiden teminat almış olan idarenin tutumu gözönün-

<sup>35</sup> Yargıtaya intikal eden diğer bir olayda (TD. 23.9.1971 E. 71-3749, K. 71/5628 Res. Kar. Der. Nisan-Mayıs, 1972, sh. 205) Yüksek Mahkeme kat'i teminat mektubunun mukavele şartlarına uygunluğu garanti ettiğini ve bu yüzden kati hesap sonucunda, müteahhide fazla ödendiği anlaşılan paranın da teminat mektubu kapsamına girdiğini kabul etmiştir.

<sup>36</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı 20.1.1970 E. 1969/56, K. 1970/4.

<sup>37</sup> 10 HD. 27.9.1974, E. 1974/4284, K. 1974/5761, Yargıtay Kar. Der. Aralık 1975, sh. 43.

de tutulacak, kurumun teminattan yararlanması ise bundan sonra düşünülecektir» sonucuna varmıştır.

**c) Garanti verenin borçluya rücu hakkı :**

Garanti sözleşmesi kefaletten tamamen farklı ve bağımsız bir akit niteliği taşımakta ve garanti veren asli borçlu olarak kendi borcunu ödemektedir. Burada kefalette olduğu gibi kanundan ötürü rücu imkânı da bulunmadığından, garanti verenin sözleşmeye dayanarak, fiilini taahhüt ettiği kişiye başvurması sözkonusu olmaz.

Ancak garanti verenin, yaptığı ödemededen ötürü fiilini taahhüt ettiği kişiye, başka hukuki yollardan yararlanarak başvurup başvuramayacağı tartışılmıştır.

aa. BK. 51. maddeye dayanılarak rücu hakkı : BK. 51. maddeye göre «müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur».

BK. 51. maddede birden fazla kişinin aynı hukukî sebepten ötürü mesul olmaları haline temas edilmemekle beraber gerek doktrin<sup>38</sup> ve gerekse mahkeme içtihatları<sup>39</sup> bu halde de BK. 51 uygulanacağını kabul etmektedirler. O takdirde 50. maddeye yapılan atfa dayanılarak hâkim bunların birbiri aleyhine rücu hakkı olup olmadığını takdir ve icabında rücuun şumulünün derecesini tayin eder.

Garanti verenin 51. maddeye göre rücu imkânı bulunduğu şeklinde tarafımızdan ileri sürülen görüşü, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında tartışmıştır. Yüksek Mahkemenin kural olarak BK. 51. maddeye dayanan rücu hakkını benimsediği, ancak olayda BK. 50. maddeye göre hakimin takdir hakkını kullanması sonucu, garanti verenin borçluya başvuramayacağını kabul ettiği görülmektedir. Yüksek Mahkemenin görüşüne göre «bunların birbiri aleyhine rücu hakları bulunup bulunmadığını ve bunun şümül ve derecesini hâkim takdir edecektir... hâkim takdir yetkisini bittabi MK. 4. maddenin koyduğu ilkeleri gözönünde tutmak suretiyle

<sup>38</sup> Oser/Schönenberger Art. 56 N. 6.

<sup>39</sup> 77 II 243, 80 II 248.

kullanacaktır.... banka bu teminat mektubunu üçüncü kişilerle yaptığı kredi anlaşmasına ve kontrgaranti taahhütnamesine dayanarak gümrük idaresine vermiştir. Bu suretle doğacak zararını akdî bir ilişki ile temin etmiş durumdadır... çoğunlukla muvakkaten ithal edilen bu mallar kanaviçe, jüt gibi ambalaj malzemesine ait olduğundan, muvakkat ithalatçı çoğunlukla bu malları başkasına satmakta, onlar da haricen bu satışla kendilerine ait olan bu malların gümrük resmini temin için, bu vergi ile kanunen ve resmen sorumlu olan ithalatçı lehine bankalardan teminat mektubu almaktadırlar. Şu halde gerçekte borçlu ithalatçı lehine bankalardan teminat mektubu alan kişilerdir. Böyle olunca muvakkat ithalatçıya rücu hakkının tanınması MK. 4. maddesinde anlamını bulan hakkaniyet ve nisfet prensiplerine aykırı olur.»

Görülüyor ki Yargıtay, gerçek borçlunun kontrgaran olduğu ve ona bankanın, kontrgarantiye istinaden rücu edebileceği görüşünü ileri sürmektedir. Ancak bu görüşün çok istisnâî bir duruma dayandığı söylenebilir. Yoksa gümrük idaresine karşı hem borçlunun, hem de garanti verenin müteselsilen sorumlu olması ve garanti verenin ödemede bulunması halinde, ödediği miktarı gerçek borçluya rücu etmesi hakkaniyete ve nisfet kurallarına uygun olacaktır<sup>40</sup>.

Buna karşılık borcu garanti edilen kişinin —borçlunun— kendi borcunu ödemesi halinde garanti verene rücu etmek istemesi BK. 51. maddenin uygulanmasına imkân vermeyecektir. Yargıtay'a intikal eden bir olayda, banka A'nın vergi borcu için gümrük idaresine teminat mektubu vermiş, A'da vergi borcunu gümrük idaresine ödedikten sonra garanti veren bankaya rücu etmek istemiştir. Yargıtay, burada «fiili taahhüt edilen davacı, bu fiilini yerine getirmiş ve gümrük idaresine karşı bir borcu kalmamıştır» gerekçesi ile BK. 51. maddenin uygulama olanağının bulunmadığına karar vermiştir<sup>41</sup>. Gerçekten de burada garanti edilen risk gerçekleşmediğinden, garanti veren için bir mükellefiyet doğmamaktadır. Kal-

<sup>40</sup> Aynı görüş Tandoğan, H. Bankaların akdi bir mükellefiyetinin yerine getirilmesi için verdikleri teminat mektupları yüzünden muhataba ödemede bulunmaları halinde lehara rücu edebilmeleri meselesi (Batider 1970 C V sh. 662) (Bankanın rücu hakkı).

<sup>41</sup> 11 HD. 20.12.1973, E. 73/4783, K. 73/5091, Res. Kar. Der. Temmuz-Ağustos 1964, sh. 260.

dı ki doğsa idi o takdirde dahi, fiili taahhüt edilenin garanti verene rücu etmek istemesi hakkaniyete aykırı olurdu.

bb. Sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak rücu imkânı : Garanti verenin bir sebepsiz zenginleşme davası ile borçluya rücu edip edemeyeceği tartışmalıdır<sup>42</sup>. Kanımızca, burada sebepsiz zenginleşme şartları gerçekleşmemektedir. Garanti veren akitten doğan bir borcunu yerine getirmekte, buna karşılık asıl borçlunun borcu ortadan kalkmamaktadır. Garanti alanın bu alacağını, her zaman garanti verene temlik imkânının bulunması da bu iddiayı doğrulamaktadır.

Garanti alanın, borçludan ayrıca tazminat istememiş olması, hukuken borçlunun borcunu ortadan kaldırmayacaktır<sup>43</sup>. Nitekim Yargıtay, garanti veren için borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talep hakkının doğmadığını içtihadı birleştirme kararında kabul etmektedir.

cc. Vekâletsiz iş görmeye dayanan rücu imkânı : Garanti verenin vekâletsiz iş görme hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda da hukukçular arasında görüş birliği bulunmamaktadır<sup>44</sup>.

Garanti verenin kendi akdî mükellefiyetini yerine getirmesi, sırf alacağı komisyonu gözönünde tutarak taahhüt altına giren bankanın, iş sahibinin menfaatine de hareket iradesine sahip olacağına sözkonusu olmaması gibi nedenlerle, burada vekâletsiz iş görme şartlarının gerçekleştiğini ileri sürmek zordur<sup>45</sup>. Nitekim Yargıtay da İçtihadı Birleştirme Kararında «garanti veren banka akdî mükellefiyetini yerine getirdiği cihetle Borçlar Kanununun vekâletsiz iş görmeye ilişkin 410 ve müteakip maddelerine göre üçüncü şahıstan ödenen parayı isteyemez» demektedir.

Ancak Ticaret Dairesinin —daha yeni bir kararında— İçtihadı Birleştirmede yer alan görüşten ayrılarak, garanti verenin BK. 410. maddesine göre, vekâletsiz iş gören sıfatıyla borçluya rücu edeceğini kabul ettiği görülmektedir.

<sup>42</sup> Bu konuda bkz. Reisoğlu, sh. 163.

<sup>43</sup> Aksi görüş Tandoğan, (Bankanın rücu hakkı) sh. 661.

<sup>44</sup> Bkz. Reisoğlu, sh. 165.

<sup>45</sup> Aksi görüş, Tandoğan, (Bankanın rücu hakkı), sh. 657.

Yüksek Mahkemeye göre<sup>46</sup> «Gerçekten (K) ya teminat mektubu verildiği ve bundan mütevellit banka ile arasında hukukî ilişki isbat edilememiş ise de, muhatap ile (K) arasında satış akdinin mevcudiyeti halinde, bedelin banka tarafından ödenmesi, banka yönünden vekâletsiz tasarruf niteliğini taşır».

#### d) Garanti verenin sorumlu tutulabileceği süre

Garanti sözleşmesi süreli veya süresiz olabilir. Eğer bir süre kararlaştırılmamışsa, sorumluluğun ne kadar devam edeceği konusunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.

Kural olarak garanti sözleşmesi, garanti alanı bir mükellefiyet altına sokmadığından, garanti alan istediği zaman teşebbüse geçebilecektir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, böyle bir durumda garanti verene mükellefiyetinden belli bir süre sonra kurtarılmasını talep hakkını tanımak hakkaniyete uygundur. Garantinin ne kadar süreceğini, teşebbüsün niteliği, garanti yüklenilmesinin amacı ve diğer vakıalar tayin edecektir<sup>47</sup>.

Yargıtay bir kararında<sup>48</sup> iki yıllık kira sözleşmesi nedeniyle verilmiş olan bir teminat mektubunda, garanti süresinin tayin ve tahdit edilmediği ve 6570 sayılı Kanunun 11. maddesi muvacehesinde kira süresinin birer yıllık dönemlerle devam ettiği ve davacı tarafından iki senenin hitamında geri istenmemiş bulunduğu gerekçesi ile kira aktinin devamı süresince, teminat mektubunun da devam edeceği sonucuna varmıştır. Bu görüşe katılmak zordur. İki yıllık bir kira sözleşmesi için verilen garantinin, iki yıl içinde risk doğmadığı takdirde sona ermesi gerekir. Teminat mektubunu geri istememe, akdin devamını sağlayamaz. Nitekim aynı Dairenin başka bir kararında, hukukî bir değer taşımayan teminat mektubunun, bankaya iade edilmemesinin önemsiz olduğu belirtilmiştir<sup>49</sup>.

Burada özellikle banka teminat mektuplarında ortaya çıkan bazı sorunlara değinmekte yarar görüyoruz.

<sup>46</sup> TD. 19.4.1973, E. 73/1124, K. 73/1769.

<sup>47</sup> Knipp V. Der Garantivertrag Bonn 1912, sh. 94, Müller R., sh. 84.

<sup>48</sup> TD. 4.5.1971, E. 71/771, K. 71/3588, Res. Kar. Der. Haziran-Temmuz 1971, sh. 225.

<sup>49</sup> TD. 18.5.1971 E. 71/1339, K. 71/400, Res. Kar. Der. Ocak. 1972, sh. 61.

aa. İlk talepte derhal ödeme taahhüdü: BK. 128. maddeye göre «müruruzaman alacağın muaccel olduğu zamandan başlar, alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi ise, müruruzaman bu haberin verilebileceği günden itibaren cereyan eder». Kural olarak garanti verenin borcu, garanti edilen rizikonun gerçekleşmesi anında muaccel olacak ve 10 yıllık zaman aşımı işlemeye başlayacaktır. Ancak banka teminat mektuplarında ilk talepte derhal ve kayıtsız şartsız ödeme taahhüdü yer aldığına göre, zaman aşımı süresinin mektubun verildiği tarihten itibaren işlemeye başlayıp başlamıyacağı hususu üzerinde durmak gerekir.

Mahkemelerin riskin doğup doğmadığını araştırmaksızın, garanti vereni ilk talepte derhal ödemeye mahkûm etmeleri gözönüne alınır, zaman aşımının mektubun verildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı görüşünü savunanlara<sup>50</sup> bir gerekçe sağlanmış olur.

bb. Süreli garanti sözleşmelerinde sorumluluk: Süreli garanti sözleşmelerinde de garanti süresi içinde risk gerçekleşmezse, garanti sorumluluğu son bulacak, risk süre içinde gerçekleşirse o takdirde garanti veren kefaletten farklı olarak 10 yıl süre ile sorumlu kalacaktır. Kefalet vadesinin bitiminden en geç bir ay içinde alacaklı icraya veya mahkemeye başvurmazsa, kefil borçtan kurtaran MK. 493. maddesine benzer bir imkân garanti veren için söz konusu olmayacaktır.

Banka teminat mektuplarının ise bu konuda bir özelliği bulunmakta ve riskin vade içinde gerçekleşmesi şartı yanı sıra, muhatabın bankaya yazılı başvurma şartı da teminat mektubu metninde yer almaktadır.

Vadeli teminat mektubundan ötürü bir bankanın sorumluluğu konusunda Yargıtay'ın farklı görüşleri olmuştur.

Yargıtay Ticaret Dairesi başlangıçta, bankanın sorumluluğunun vade tarihine kadar devam ettiği, bu sürenin geçmesinden sonra garanti verenin ilzam edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır<sup>51</sup>.

Aynı daire daha sonraki bir kararında aksi görüşü savunmuş ve mahkemenin ısrar kararı üzerine, Hukuk Genel Kurulu da Dai-

<sup>50</sup> Sıtkı Akyazan, Tazminat Mektuplarında Zamanaşımı, BATİDER C. VIII, sa. 1 sh. 11

<sup>51</sup> TD. 18.5.1971, E. 71/1339, K. 71/4037, Res. Kar. Der. Ocak. 1972, sh. 61.

renin son görüşüne katılmıştır. Yargıtay'a intikal eden olayda A bankası vadeli bir teminat mektubu vermiş ve mektubun vadeden sonra hükümsüz kalacağı belirtilmiştir. Davacı vadeden sonra mektubun tazminini istemiş, garanti veren banka ise sorumluluğunun kalmadığını ileri sürmüştür.

Yargıtay'a göre<sup>52</sup> «banka davacıya karşı, müteahhit firmanın teminat mektubunun geçerli olduğu tarihler arasındaki fiilini taahhüt etmiş bulunmaktadır. Ancak teminat mektubunda süre bulunduğundan, zarardan davalının sorumlu olması için, zararın teminat mektubunun verildiği tarih ile sona erdiği tarih arasında meydana geldiğini davacının ispat etmesi gerekir.»

Garanti vadesi içinde riskin meydana gelmesi halinde sorumluluğun zamanasını süresi içinde devam edeceği «bu konuda kanunda özel bir hüküm bulunmadığından— doğrudur. Ancak burada teminat mektubunda yer alan, yazılı olarak bankaya başvurunun bir şart olması nedeniyle, vadeye kadar muhatabın yazılı başvurmaması garanti veren borcundan kurtaracaktır. Gerçekten de şarta bağlı borçlarda, kanunun emredici kurallarına, ahlâk ve adaba, şahsiyet haklarına veya kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla, taraflar borçların doğumunu bir şartın gerçekleşmesine tabi tutabilirler ve şart gerçekleşmediği takdirde, borç doğmadığından muhatabın vadeden sonra başvurma hakkı yoktur. O takdirde bir alacak söz konusu olamayacağından garanti verenin zamanasını süresi içinde sorumluluğu da ileri sürülecektir.

#### F — GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KANUN KOYUCU TARAFINDAN DÜZENLENMESİ ZORUNLULUĞU

Kefalet için teferruatlı hükümlerin kanunda yer almasına karşılık garanti sözleşmesinden söz edilmemesi, yukarıda değindiğimiz gibi kanunkoyucunun bu sözleşmenin niteliğini bilmemesinden ötürüdür. Yoksa gittikçe önemi artan ve uygulama alanı genişleyen garanti sözleşmesi de özel olarak Borçlar Kanununda düzenlenmesi gereken bir akit tipidir.

<sup>52</sup> HGK. 26.1.1974 E. 972/T 1585 K. 76. İlmî ve Kazâî İçt. 1974, sh. 2773.

Garanti sözleşmesinin tanımı, hükümleri, garantinin içeriği, garanti verenle borçlu ve garanti alan arasındaki ilişkiler, garanti sorumluluğunun süresi gibi hususlar kanunla açıkça düzenlendiği zaman bugün uygulamada görülen kargaşa son bulacak ve özellikle kefil koruyucu hükümlerin, garanti sözleşmesi iddialarıyla bertaraf edilmesi kesinlikle önlenecektir.



## NIŞANIN BOZULMASINDA MANEVÎ TAZMİNAT

Dr. Lâle SİRMEN

Hukukumuzda nişanlıları evlenmeye zorlamak için bir dava hakkı tanınmış değildir. Fakat nişanın, nişanlılardan biri tarafından haksız olarak bozulması halinde, diğer taraf için Medenî Kanun'da maddî ve manevî iki tür tazminat talebine yer verilmiştir. Şöyleki, nişanın haklı bir neden bulunmaksızın veya nişanlılardan birinin kusuru yüzünden bozulması halinde, diğer nişanlı, hatta onun ana ve babası veya onlar gibi hareket edenler evlenmenin gerçekleşeceği inancıyla ve iyiniyetle yapmış oldukları masrafların tazminini MK 84 uyarınca kusurlu nişanlıdan isteyebilirler. Öte yandan nişanın haklı bir neden bulunmaksızın veya nişanlılardan birinin kusuru yüzünden bozulmasında diğer nişanlının yalnız mamelekî varlıklarının değil, şeref, haysiyet, şöhret, itibar gibi kişilik haklarının konusunu oluşturan gayri maddî varlıklarının da ihlâli mümkündür. Bunun için nişanın bozulmasıyla kişilik hakları ağır bir şekilde ihlâl edilmiş olan tarafa da MK 85 ile diğer taraftan manevî tazminat talep edebilme hakkı tanınmıştır. Nişanlanmanın, ahlâkî değerlere, örf ve adetlerine sıkı sıkıya bağlı bulunan toplumumuzdaki önemi gözönünde tutulur ve nişanın bozulması da böyle bir sosyal çevreye göre değerlendirilirse, nişan bozmanın çoğu kez diğer nişanlının kişilik haklarını da ağır bir şekilde ihlâl ederek ruhsal hayatını sarstığını, başka bir deyişle onun manevî anlamda bir zarara uğramasına yol açtığını kabul etmek gerekir. Bu bakımdan MK 85 hukukumuzda halen canlılığını koruyan ve toplumsal yaşantımızda MK 84 kadar geniş uygulama alanı bulan bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada her iki tür tazminat davasının da ayrı ayrı veya birlikte açılabilmesi mümkündür.

## I — NİŞANIN BOZULMASINDA MANEVÎ TAZMİNAT TALEBİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

MK 85 de düzenlenmiş olan manevî tazminat talebinin hukukî niteliği hakkında hukukçular görüş birliğine varmışlardır. Bir görüşe göre nişanın tek taraflı olarak bozulması, yani nişandan dönme aslında daima bir sözleşme ihlâli olarak nitelenir. Nitekim MK 84 de, nişanın haklı bir neden olmaksızın veya diğer nişanlının kusuru yüzünden bozulması halinde kusurlu olan tarafın diğer tarafa, ana ve babasına veya onlar gibi hareket eden kimselere evlenmenin gerçekleşeceğine güvenerek, iyi-niyetle yapmış oldukları masrafları ödemesi hususunda öngörülen maddî tazminat, aile hukukuna ilişkin bu sözleşmeyi ihlâlin borçlar hukuku içinde kalan bir sonucu sayılır<sup>1</sup>. Fakat nişanın bozulması bazı şartlar altında bir haksız fiil de teşkil edebilir. Şöyleki, nişanın tek taraflı olarak bozulması veya bozulmasına sebebiyet verilmesi halinde diğer nişanlının kişilik hakları da ağır bir şekilde ihlâl olunmuşsa, bu takdirde ortada bir haksız fiil söz konusudur. İşte MK 85 deki manevî tazminat davası da bu özel durum için öngörülmüştür<sup>2</sup>. Oysa bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre de nişanlanma aile hukukuna ilişkin bir sözleşme olduğundan, buradaki tazminat davasının dayanağı da sözleşmedir. Aslında kanunda bu hususta özel bir hüküm olmasa da BK 49 da manevî tazminata ilişkin genel hüküm haksız fiillerde olduğu gibi sözleşmelerin ihlâline de uygulanabildiğinden, nişanın bozulmasında dahi manevî tazminat talepleri reddedilemezdi. Ancak kanun koyucu nişanlanma sözleşmesinin ihlâli dolayısıyla ortaya çıkan manevî tazminat sorununu özel ve bağımsız bir hükümle MK 85 de ayrıca düzenleme gereğini duymuştur<sup>3</sup>.

MK 85 e göre «Bir taraf kendi kusuru olmaksızın nişanın bozulmasından şahsen fahiş bir surette mutazarrır olmuş ise, hâkim onun zararı mânevisini telâfi için münasip bir tazminat hükmedebilir.» Bu hüküm aslında MK 24/II de kişisel menfaatlerinde haksız bir tecavüze uğrayan kimselere kanunun tayin ettiği hallerde manevî tazminat davası açma imkânını tanıyan ilkenin özel bir uygulamasıdır. MK 24 ise BK 49 daki, kişisel menfaatleri ihlâl edi-

<sup>1</sup> Götz, Art. 92, No. 16.

<sup>2</sup> Gmür, Art. 93, No. 2; Götz, Art. 93, No. 2; Aynı fikirde Saymen, s. 16.

<sup>3</sup> Tekinay, s. 46 - 47.

len kimsenin, ihlâlin ve kusurun<sup>4</sup> özel ağırlığı haklı kıldığı takdirde manevî tazminat talep edebileceğini öngören genel hükmün kanunî istisnalarına yapılan göndermeyi ihtiva ettiğinden, nişanın bozulması sonucu manevî tazminat istenebilmesi için BK 49 daki değil, MK 85 deki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği aranacaktır<sup>5</sup>. Çünkü MK 85 deki dava, nişanın bozulmasında kusuru olmayan nişanlının kişisel varlıklarını korumak üzere aile hukukuna ait özel bir yetkinin kullanılmasını ifade etmektedir<sup>6</sup>.

## II — NİŞANIN BOZULMASINDA MANEVİ TAZMİNATIN ŞARTLARI

Nişanın bozulması sonucu manevî tazminat talebinde bulunulabilmesi için varlığı gerekli olan şartlar, ön şartlar ve asıl şartlar olmak üzere ikiye ayrılır.

### 1. Ön Şartlar :

#### A. Geçerli Bir Nişanlanma (Nişan Sözleşmesi)

MK 85 e göre nişanın bozulmasında manevî zararların da giderilebilmesi için ortada herşeyden önce geçerli olarak yapılmış bir nişan sözleşmesinin varlığı gerekir. Yani manevî tazminat talebinde bulunan, davalıya geçerli bir nişan sözleşmesiyle bağlanmış olmalıdır<sup>7</sup>.

Doktrindeki hakim görüşe göre nişanlanma, ayrı cinsten iki kişinin ileride birbirleriyle evlenmek hususunda yaptıkları bağımsız bir aile hukuku sözleşmesidir<sup>8</sup>. Bu bakımdan nişanlanma tarafların ileride evlenecekleri yolundaki iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak beyan etmeleri ile meydana gelir<sup>9</sup>. Şu halde tek taraflı

<sup>4</sup> BK 49 da yanlış tercüme edilmesi sonucu kusurun özel ağırlığı yerine «hatanın hususi ağırlığı» denilmiştir: Bk. Tekinay, s. 47.

<sup>5</sup> Tekinay, s. 47 - 48; Feyzioğlu, s. 70 - 71.

<sup>6</sup> Götz, Art. 93, No. 2.

<sup>7</sup> Götz, Art. 93, No. 5; Yücel, s. 64.

<sup>8</sup> Tekinay, s. 9; Akıntürk, s. 22. Ayrıca nişanlanmanın hukukî niteliği hakkında doktrinde ileri sürülen ön akit ve karar görüşleri için bk. Schwarz, s. 36; Saymen - Elbir, s. 43.

<sup>9</sup> Egger, Art. 90, No. 9; Götz, Art. 90, No. 6; Tekinay, s. 11 - 12; Velidedeoğlu, s. 26.

bir evlenme vaadi nişanlanma için yeterli olmadığından, yalnız bir tarafın evlenme vaadinde bulunması MK 85 e göre manevî tazminat talep edebilme imkânı vermez<sup>10</sup>. Nişanlanma bir şekle bağlı tutulmamıştır<sup>11</sup>. Memleketimizde nişanlanmanın nişan yüzükleri takmak suretiyle merasimle yapılması yolunda bir örf ve adet yaygın olmakla beraber, böyle bir merasimin yapılması nişan sözleşmesinin ne geçerliliği ne de ispatı yönünden gereklidir<sup>12</sup>. Nişanlanmayı meydana getiren irade beyanları yazılı veya sözlü, açık veya kapalı olabilir. Hatta nişanlanma kişiye sıkı sıkıya bağlı bir işlem olduğundan temsilci vasıtasıyla yapılamazsa da, bu yoldaki irade beyanı karşı tarafa bir aracı vasıtasıyla ulaştırılabilir<sup>13</sup>. Ancak MK 85 uyarınca tazminat talebinde bulunan kimse davalı ile nişanlanmış olduklarını, yani aralarında karşılıklı bir evlenme vaadinin bulunduğunu ispat etmelidir. Birbirlerini tanıdıklarına «nişanım» diye tanıtmaları, nişan yüzükleri takmaları, nişan hediyesi göndermiş olmaları, yazdıkları mektuplardaki ifadeler, fotoğraflara koydukları ithaf yazıları nişanlanmanın varlığına delil sayılabilir<sup>14</sup>. Tarafların birlikte yaşamaları, karşılıklı olarak evlenme vaadinde buldukları tespit edilmedikçe, nişanlılığa delil sayılamaz<sup>15</sup>. Bu nedenle Yargıtay bir kararında karı koca gibi yaşadıkları anlaşıldığı halde davacı ile davalı arasında karşılıklı bir evlenme vaadinin varlığı ispat edilemediğinden davacının MK 85 e göre talep ettiği manevî tazminatı reddetmiş<sup>16</sup>, buna karşılık diğer bir kararında da evlenme vaadinin varlığı halinde birlikte yaşamının nişanın bozulması sonucu manevî tazminat istenmesine engel olmadığını ifade etmiştir<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Yücel, s. 65.

<sup>11</sup> Egger, Art. 90, No. 9; Götz, Art. 90, No. 6; Schwarz, s. 39.

<sup>12</sup> Tekinay, s. 18; Akıntürk, s. 28. Yargıtay önceleri nişanın örf ve adete göre yapılmasını geçerlilik şartı olarak aramışsa da (Y2HD. 8.9.1949, 2871/4269, Y2HD. 18.1.1951, 8916/419: Olgaç, İçtihatlar, s. 143), daha sonra nişanlanmanın evlenme vaadiyle meydana geleceğini, örf ve adet uyarınca merasim yapılmamış olmasının nişanlanma olmadığı anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir (Y6HD. 17.3.1958, 2204/2256 : Olgaç, s. 87).

<sup>13</sup> Egger, Art. 90, No. 9; Velidedeoğlu, s. 27; Tekinay, s. 13 - 14; Tandoğan, s. 11.

<sup>14</sup> Egger, Art. 90, No. 12; Götz, Art. 90, No. 6; Tekinay, s. 15 - 16; Akıntürk, s. 27.

<sup>15</sup> Egger, Art. 90, No. 12; Götz, Art. 90, No. 7.

<sup>16</sup> Y6HD. 2.4.1968, 6054/1702: Karahasan, s. 805.

<sup>17</sup> Y2HD. 16.2.1948, 5866/972: Olgaç, s. 93. Aynı mahiyette, Y6HD. 7.7.1962, 3771/4800: Karahasan, s. 807.

Nişanlanmada tarafların ehliyetine gelince; Medenî Kanun nişanlanmaya ilişkin fasılda bunu ayrıca düzenlememiştir. Fakat ortada bir sözleşme söz konusu olduğundan, sözleşme ehliyeti hakkındaki genel kurallar burada da uygulanır. Ancak ehliyet, makul surette hareket edebilme iktidarının yanısıra ilgili sözleşmenin mahiyetine göre de değişen bir kavramdır. Evlenme vaadi de belli bir cinsî olgunluğa erişilmiş olmayı gerektirdiğinden, en erken nişanlanma bulüğüdan sonra yapılmalıdır<sup>18</sup>. Bununla beraber nişanlanma ehliyetine tam ehliyetliler, yani mümeyyiz ve reşit olup, mahcur bulunmayan kişiler tam olarak sahiptirler. Aynı şekilde mahdut ehliyetlilerin, örneğin kendisine kanunî müşavir tayin edilmiş olan kimsenin nişanlanma ehliyeti de tamdır. Bunların kendi başlarına yaptıkları nişanlanma geçerli olur<sup>19</sup>. Fakat mahdut ehliyetli olan evli kadın nişanlanma ehliyeti tam olmakla beraber, halen evli olması nedeniyle nişanlanamaz. Mahdut ehliyetsizlerin, yani mümeyyiz küçük ve mahcurların nişanlanma ehliyetleri ise tam değildir. Aslında nişanlanma kişiye sıkı sıkıya bağlı bir işlem olmasına rağmen Medenî Kanun kanunî mümessilleri tarafından muvafakat edilmedikçe nişanlanmanın mümeyyiz küçük ve mahcurları bağlamayacağı hükmünü koymuştur (MK 82/II). Kanunî mümessil, yani veli veya vasi, muvafakatini nişan sözleşmesinden önce veya sonra, başka bir deyişle rıza veya icazet biçiminde belirtebilir. Kanunî mümessil muvafakatini belirtmedikçe, nişanlanma mümeyyiz küçük veya mahcur için hüküm ifade etmezse de diğer nişanlı tam ehliyetli ise onu bağlar<sup>20</sup>. Bu durumda nişanlanma askıdadır. Tam ehliyetli olan nişanlı bu şüpheli durumdan kurtulabilmek için kendisinin tayin edeceği veya hakime tayin ettireceği uygun bir süre içinde icazet verip vermeyeceğini bildirmesini kanunî mümessilden isteyebilir. Bu süre içinde icazet verilmez veya verilmeyeceği bildirilmezse, nişanlanma artık tam ehliyetli tarafı da bağlamaz (MK 394). Ancak bundan önce tam ehliyetli nişanlı nişanı bozduğu takdirde diğer taraf, yani nişanla bağlı olmayan mümeyyiz küçük veya mahcur şartları varsa MK 85 e dayanarak manevî tazminat talebinde bulunabilir<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Velidedeoğlu, s. 25. Bu arada şunu da belirtelim ki, Anadolu'da rastlanan ve beşik kertmesi olarak adlandırılan nişanlanma usulünde çocuklarını daha beşikte nişanlayan büyüklerin bu kararı sonradan çocukları hiçbir şekilde bağlamaz: Feyzioğlu, s. 31.

<sup>19</sup> Velidedeoğlu, s. 24; Feyzioğlu, s. 29.

<sup>20</sup> Velidedeoğlu, s. 25; Tekinay, s. 15; Feyzioğlu, s. 30 vd.

<sup>21</sup> Velidedeoğlu, s. 25; Tuor, s. 124; Yücel, s. 65.

Nişanlanmanın geçerli olabilmesi için nişanlanacaklar arasında kesin bir evlenme engelinin bulunmaması da gerekir. Evlenmeleri yasak olan kan ve sıhrî hısımlar (MK 92) ile akıl hastalarının (MK 89/II) yaptıkları nişan sözleşmeleri mutlak olarak batıldır. Evli bir kimsenin yaptığı nişanlanma da geçersiz olur (MK 93). Bu durumda iyiniyetle hareket eden ve evlilikten haberdar olmayan taraf, uğradığı manevî zararın tazminini BK 49 a dayanarak isteyebilir<sup>22</sup>. Bir kimsenin ikinci defa nişanlanması halinde ise, ikinci nişanlanma ilk nişanlanmadan zımnen rücu anlamına geliyorsa, bu takdirde ikinci nişanlanma geçerlidir. Fakat ikinci defa nişanlanan kimse ilk nişanı da devam ettirmek istiyor ve her iki tarafı da oyalıyorsa, bu durumda artık ikinci nişanlanma ahlâka aykırı, dolayısıyla batıl olduğundan (BK 19, 20)<sup>23</sup>, iyiniyetli ikinci nişanlı yine ancak BK 49 a göre manevî tazminat talebinde bulunabilir.

Nişanlanmada irade fesadı halleri de söz konusu olabilir. Bu durumda, bir görüşe göre burada evlenmedeki irade fesadına ilişkin - altı ay ve beş yıllık - süreler (MK 119) kıyasen uygulanır<sup>24</sup>. Diğer bir görüşe göre ise burada ne MK 119 daki süreler ne de BK 31 deki - bir yıllık süre - uygulanabilir. Nişanlanmanın mahiyetine daha uygun düşen bu görüşe göre eğer nişanlanma hata, hile veya tehdit sonucu yapılmışsa, iradesi sakatlanmış olan taraf hata veya hileyi öğrendiği veya tehditin ortadan kalktığı anda karşı tarafa nişanla bağlı olmadığını derhal bildirmelidir<sup>25</sup>. İradesi sakatlanmış olan taraf, nişanla bağlı olmadığını bildirdikten sonra şartları varsa ancak BK 49 a göre manevî tazminat davası açabilir<sup>26</sup>. İradesi sakatlanmış olan kimsenin nişandan dönmesi halinde, eğer kusuru varsa ona karşı da yine BK 49 a dayanarak dava açmak mümkündür<sup>27</sup>. Fakat hata veya hileyi öğrendikten, ya da tehditin ortadan kalkmasından sonra nişanla bağlı olmadığını derhal bildirmeyen kimse daha sonra bu nedenleri ileri sürerek nişandan dönerse, artık kusurlu bir nişan bozma söz konusu olacağından şartları varsa ona karşı ancak MK 85 e göre dava açılabilir.

<sup>22</sup> Schwarz, s. 40; Yücel, s. 66.

<sup>23</sup> Schwarz, s. 40; Tekinay, s. 20; Akıntürk, s. 31.

<sup>24</sup> Götz, Art. 90, No. 19.

<sup>25</sup> Schwarz, s. 41 - 42.

<sup>26</sup> Götz, Art. 93, No. 5.

<sup>27</sup> Schwarz, kendi kusuru ile hataya düşen veya üçüncü kişilerin hile veya tehditi ile iradesi sakatlanmış olan kimseye karşı MK 84 ve 85 e dayanarak dâva açılabileceği görüşündedir. Bk. Schwarz, s. 41 - 42.

### B. Nişanın Bozulması

Nişanlanma sözleşmesinin yapılmasıyla taraflar arasında meydana gelen nişanlılık ilişkisi çeşitli nedenlerden dolayı sona erebilir. Bu nedenler, tarafların evlenmesi, taraflardan birinin ölümü, nişanlanma bozucu bir şarta bağlı olarak yapılmışsa, bu şartın gerçekleşmesi, nişandan sonra kesin bir evlenme engelini ortaya çıkması, irade fesadı halleri veya tarafların bu ilişkiye son vermek için karşılıklı olarak anlaşmaları ya da dönme yani nişanın tek taraflı olarak bozulmasıdır<sup>28</sup>. İşte MK 85 e dayanarak manevî tazminat davasının açılabilmesi için nişanlılardan birinin haklı veya haksız tek taraflı olarak nişanı bozmuş olması gerekir<sup>29</sup>. Nişandan dönme açık bir irade beyanı ile olabileceği gibi, nişanlıyı görmeyi reddetme, haber vermeden başka bir şehre nakletme veya başka biriyle evlenme gibi eylemlerle veya kapalı bir biçimde de gerçekleştirilebilir.

## 2. Asıl Şartlar :

### A. Kişisel Hakların Ağır Bir Şekilde İhlâli

MK 85 e göre nişanın bozulmasından dolayı manevî tazminat talebinde bulunan kimsenin kişilik haklarının ağır bir şekilde ihlâl edilmiş olması gerekir. Bu şart MK 85/I de «şahsen fahiş bir surette mutazzır olmuş ise» biçiminde ifade edilmektedir. Oysa İsviçre Medenî Kanunu'nda bu maddeyi karşılayan 93. maddede daha doğru olarak «nişanlının kişilik hakları ağır bir şekilde ihlâl edilmişse» denilmektedir.

Hiç şüphesiz nişanın bozulması kişinin mizacına göre ruhsal hayatta acı, ıstırap, hayal kırıklığı doğuran bir olaydır. Ancak MK 85/I e göre manevî tazminata hükmedebilmek için ruhsal hayattaki bu acı, ıstırap ve hayal kırıklığı kişilik haklarının, yani şeref, haysiyet, şöhret gibi manevî değerlerin ihlâl edilmiş olmasından ileri gelmelidir<sup>30</sup>. Bu bakımdan örneğin, terk edilen nişanlının yaptığı nişan masraflarının boşa gitmesine<sup>31</sup> veya nişanlısından aldığı hediyeleri geri vermesine çok üzülmesi halinde MK 85 e dayanarak

<sup>28</sup> Tekinay, s. 24; Saymen - Elbir, s. 55; Akıntürk, s. 37 - 38.

<sup>29</sup> Götz, Art. 93, No. 5.

<sup>30</sup> Egger, Art. 93, No. 2; Götz, Art. 93, No. 7.

<sup>31</sup> Tekinay, s. 49.

manevî tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Ayrıca burada kişilik haklarının sadece ihlâli de yeterli görülmemiştir. İhlâlin belirli bir ağırlıkta olması da gerekir<sup>32</sup>. Ancak MK 85 de BK 49 da ifade edildiği gibi ihlâlin özel bir ağırlık taşıması da aranmamaktadır<sup>33</sup>. Bununla beraber MK. 85 deki «ağır ihlâl» ile BK 49 daki «ağırlığı özel olan bir ihlâl» arasında bir fark gözetmek uygulamada oldukça zordur. Bu bakımdan iki hüküm arasındaki bu fark teorik alanda kalmakta, uygulamada bir önem taşımamaktadır<sup>34</sup>.

Kişilik haklarının ağır bir şekilde ihlâli, nişanlanma sözleşmesinin yapılması veya nişanlılığın devamı ya da nişanın bozulması sırasında ortaya çıkan olaylar dolayısıyla söz konusu olur<sup>35</sup>.

Bu durumda, örneğin, ileride evlenme niyeti bulunmamasına rağmen veya diğer taraftan yarar sağlamak amacıyla nişanlanma sözleşmesi yapmak, şeref ve haysiyetin ağır bir ihlâli olarak nitelenebilir<sup>36</sup>. Aynı şekilde eğer nişanlı genç kızın direncini kırmak için evlilik vaadinde bulunulmuşsa, hiç şüphesiz burada da kişisel değerlerin ağır bir ihlâli söz konusudur<sup>37</sup>.

Bazı durumlarda evlilik vaadinden sonra nişanlılardan birinin kusurlu davranışı diğer nişanlının şeref, haysiyet ve itibarını lekeleler. Örneğin, nişandan sonra nişanlılardan birinin evlenmeyi gerçekleştirmek hususundaki fikrini değiştirmesi, evlenmeyi istemesine rağmen bunu uzun zaman karşı tarafa bildirmeyip, onu oyalaması<sup>38</sup>, nişanlılığın bir gereği olan sadakat yükümüne uymayarak gizli ilişkiler kurması<sup>39</sup>, nişanlısına karşı saygısız ve haşın davranması hallerinde kişilik haklarına ağır bir tecavüz mevcut

<sup>32</sup> BGE 56 II 332, 31 II 687, 32 II 718; YHGK. 23.9.1964, 6/279 - 564 : Karahasan, s. 806; Y6HD. 7.7.1962, 3771/4800: Karahasan, s. 807; Y6HD. 20.11.1961, 5120/636: Karahasan, s. 809. «...Davacı bulunan nişanlı erkeğin askerde bulunmuş olması ve nişanın bozulması sebebiyle üzüntü duymuş olması, şahsen ve ağır bir surette zarar görmüş olduğunun kabulünü gerektirmez. Yani üzüntü duymuş olması tazminat talebini haklı kılmaz.»: Y6HD. 29.3.1968, 5762/1626: Karahasan s. 805.

<sup>33</sup> Egger, Art. 93, No. 4; Götz, Art. 93, No. 7.

<sup>34</sup> Saymen, s. 157; Tekinay, s. 50.

<sup>35</sup> Egger, Art. 93, No. 3; Aeby, s. 3.

<sup>36</sup> Egger, Art. 93, No. 3; Aeby, s. 3; Yücel, s. 72.

<sup>37</sup> Yücel, s. 72.

<sup>38</sup> Egger, Art. 93, No. 3; Aeby, s. 4; Yücel, s. 72.

<sup>39</sup> Egger, Art. 93, No. 3; Yücel, s. 69.

tur. Nişanlılar arasındaki samimi ilişkinin açığa vurulması, birbirlerine yazdıkları mektupların başkalarına gösterilmesi de özel hayatın gizliliğine yapılan ağır bir tecavüz teşkil eder<sup>40</sup>. Nişanlı erkeğin nişanlısının kızlığını bozması<sup>41</sup>, hatta dul da olsa iffetli bir kadının evlenme vaadiyle cinsî ilişkiye razı olması<sup>42</sup>, nişanlı kadının evlenmenin gerçekleşeceği inancıyla nişanlısı ile birlikte karı-koca gibi yaşaması<sup>43</sup> hallerinde de kişilik hakları ağır bir şekilde ihlâl edilmiş olur. Bütün bu durumlarda nişan bozulduğu takdirde kişilik hakları ağır bir şekilde ihlâl edilen kadın MK 85 e dayanarak manevî tazminat davası açabilir<sup>44</sup>. İftira, nişanlıyı zan altında bırakacak sözler sarfetmek veya sebepsiz dedikodular çıkartmak da kişilik haklarına ağır bir tecavüz sayılır<sup>45</sup>.

Nişanlılardan birinin kişilik haklarının ağır bir şekilde ihlâlî özellikle nişanın haksız olarak bozulmasında veya bozulmuş biçimi dolayısıyla söz konusu olur. Aslında nişanlılardan birinin, nikâhtan hemen önce dahi olsa, birbirleriyle anlaşmadıkları gerekçesiyle uygun bir biçimde nişanı bozması kişilik haklarına ağır bir tecavüz olarak nitelenemez. Aksine burada karşı tarafı oyalamama hususunda ahlâkî bir yüküm vardır<sup>46</sup>. Fakat uzun bir nişanlılık devresinden sonra nişanın hiç bir neden gösterilmeksizin bozulması, kişilik haklarını ağır bir şekilde ihlâl eder<sup>47</sup>. Bundan başka nişa-

<sup>40</sup> Saymen, s. 155.

<sup>41</sup> Egger, Art. 93, No. 3; Götz, Art. 93, No. 10; Saymen, s. 155; Tekinay, s. 49; Feyzioğlu, s. 72. Yargıtay da, nişanın bozulması ile kızlık bozmayı ayrı ayrı ele alan ve ikinci durum için haksız fiillere ait hükümleri uygulamak isteyen ilk mahkeme kararına karşı çıkmıştır: Y6HD. 13.2.1961, 8917/1132: Karahasan, s. 809. Başka bir kararda da «...Burada kızlığın bozulması keyfiyetini şahsen fahiş zarara uğramanın bir unsuru saymak lâzımdır. Bu bakımdan nişanın bozulması olayını ayrı birer fiil olarak mütalâa ve kabul caiz değildir» denilmiştir: Bk. Y6HD. 9.6.1962, 3462/4171: Karahasan s. 807 - 808.

<sup>42</sup> BGE 32 II 719.

<sup>43</sup> Fakat bu durumda MK 85 e dayanarak dava açabilmek için aradaki evlenme vadinin ispatı da şarttır. Bk. II, 1 - A.

<sup>44</sup> Eğer nişanlı kadın gebe kalmışsa, bu dava MK 305 deki manevî tazminat davası ile telahuk eder: Götz, Art. 93, No. 10. Bu takdirde MK 305 de davalının kusuru aranmadığından gebe kadının bu maddeye dayanarak dava açması yerinde olur.

<sup>45</sup> BGE 31 II 686.

<sup>46</sup> Götz, Art. 93, No. 7.

<sup>47</sup> Egger, Art. 93, No. 3; Götz, Art. 93, No. 11; YHGK. 30.1.1963, 6/1 - 2: Karahasan, s. 806.

nın bir topluluk içinde kabaca bozulması veya bozulduğunun matbuat yoluyla bildirilmesi çeşitli yorumlara yol açacağından, terk edilen nişanlının şeref ve itibarını ağır bir şekilde yaralayacaktır<sup>48</sup>. Bunun gibi fikrini değiştiren, nikâh davetiyeleri dağıtıldıktan sonra dahi susup, nişanı bozduğunu bildirmek için son dakikaları bekleyen veya nişanlısını veya nişanlısının yakınlarını sonsuz bir mahcubiyet içinde bırakarak tam evlenme töreni sırasında ortadan kaybolan nişanlı, şüphesiz karşı tarafın kişilik haklarını ağır bir şekilde ihlâl etmiş olmaktadır<sup>49</sup>. Sadık olmayan nişanlının, nişanlısını nişanı bozacağından habersiz bırakması, fakat bunun üçüncü kişiler tarafından bilinmesi de aynı sonucu doğurur<sup>50</sup>. Buna karşılık nişanın uygun bir biçimde bozulması, örneğin nişanın aile çevresinde haklı bir nedenle bozulması, bu neden diğer taraf için hoş karşılanmayacak dahi olsa, onun kişisel haklarının ağır bir şekilde ihlâl edilmesi sonucunu doğurmaz. Nitekim Yargıtay, evlâtlık olduğunu öğrendiği nişanlısının aile çevresinde bu gerekçeyi ileri sürerek nişandan dönen nişanlının, karşı tarafın kişilik haklarını ağır bir şekilde ihlâl ettiği iddiasını kabul etmemiştir<sup>51</sup>.

Nişanın bozulmasında kişilik haklarının ağır bir şekilde ihlâl edilip edilmediği çevresel düşünceler, sosyal şartlar ve oradaki yaşantıya göre de değerlendirilir. Aralarında cinsî ilişki olmasa dahi tarafların birlikte yaşamış bulunmaları veya Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği gibi «genç bir kızın ilk defa davalı ile nişanlanmış ve bir buçuk yıl süren devre içinde gece gündüz birlikte gezmüş ve bu müddet zarfında erkeğe bağlanarak evlenmeyi beklerken davalının ortada hiç bir sebep bulunmadığı halde nişanı bozmuş olması şeklinde cereyan eden olay»<sup>52</sup> toplumumuzdaki düşüncelere göre değerlendirildiği takdirde kadın nişanlının kişilik haklarının ağır bir şekilde ihlâl edildiğinin kabulünü gerektirmektedir. Nitekim Yargıtay da sözü geçen kararında bu sonuca vararak, davalı aleyhine manevî tazminata hükmedilmesini yerinde görmüştür. Yine bir Yargıtay kararında «olayların geçtiği sosyal çevreye ve nişanlanmanın çok uzun zaman sürdükten sonra birdenbire ve haksız yere bozulmuş bulunmasına göre davacı kızın bu olaylardan

<sup>48</sup> Egger, Art. 93, No. 3; Götz, Art. 93, No. 10; Aeby, s. 4; Saymen, s. 155

<sup>49</sup> Yücel, s. 73; Y6HD. 19.12.1963, 2582/5267; Karahasan, s. 806.

<sup>50</sup> Yücel, s. 70.

<sup>51</sup> Y6HD. 20.11.1961, 5120/636; Karahasan, s. 809.

<sup>52</sup> YHGK. 13.2.1971, 967/6 - 624/74; Karahasan, s. 805.

ötürü pek büyük bir eleme kapıldığı olayların geçişinden anlaşıl-  
makta» denilerek, manevî tazminat talebi yerinde bulunmuştur<sup>53</sup>.  
Çünkü bütün bu durumlarda nişanlı kızın hakkında haksız söylen-  
tiler ortaya çıkacak ve onun itibarını sarsarak uzun bir süre veya  
elverişli bir biçimde evlenmesine engel olacaktır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, nişanın bozulmasında kadın gi-  
bi erkek nişanlı da kişilik haklarında ağır bir tecavüze uğramış  
olabilir<sup>54</sup>. Bu durumda diğer şartlar da gerçekleşmişse, erkeğe de  
MK 85 e göre manevî tazminat talep edebilme hakkı tanınmalıdır.  
Bununla beraber Yargıtay bir kararında uzun süre nişanlı kalmış  
çiftlerden kadının erkeği terkederek başkasıyla nikâhsız yaşama-  
ya başlaması halinde Asliye Mahkemesinin erkek nişanlı lehine  
manevî tazminata hükmettiği kararını, erkeğin kişilik haklarının  
ağır ihlâli yüzünden «fahiş bir zarar gördüğü ispat edilmiş değil-  
dir» gerekçesiyle bozmuştur<sup>55</sup>. Oysa aldatılmış olmak kadın kadar  
erkek için de şeref ve haysiyeti yaralayan, ona acı ve ıstırap veren  
bir olay olarak nitelenmelidir.

### B. Kusur

MK 85 e göre nişanın bozulmasında manevî tazminat talep ede-  
bilmek için davalı nişanlının kusurunun da bulunması gerekir. Bu-  
rada kusur, nişan sözleşmesinin yapılması veya nişanlılık ya da ni-  
şanın bozulması sırasında nişanlılık ilişkisine ters düşen bir dav-  
ranışı ifade etmektedir<sup>56</sup>. MK 85 de BK 49 da olduğu gibi kusurun  
özel ağırlığı aranmaz<sup>57</sup>. Bu bakımdan yalnız kötüniyet değil, sorum-  
luluk için hafif bir ihmal dahi yeterlidir<sup>58</sup>. Nitekim evlenmeye en-  
gel bir hastalığın ortaya çıkmasına rağmen nişanlılık ilişkisini de-  
vam ettiren nişanlının kusuru hafif bir ihmal derecesinde olmak-  
la beraber onun sorumluluğuna yol açabilir<sup>59</sup>. Kadın nişanlıyı cin-  
sî ilişkiye zorlama halinde ise daima ağır kusur söz konusudur<sup>60</sup>.  
Kusurun ağırlığı özellikle tazminat miktarının takdirinde önemli  
bir rol oynar.

<sup>53</sup> YHGK. 30.1.1963, 6/1 - 2: Karahasan, s. 806.

<sup>54</sup> Tekinay, s. 49 - 50.

<sup>55</sup> Y2HD. 19.2.1962, 523/1443; İlmî ve Kazaî İçtihatlar, 1961, s. 1991.

<sup>56</sup> Yücel, s. 67.

<sup>57</sup> Egger, Art. 93, No. 5; Götz, Art. 93, No. 13; Yücel, s. 68.

<sup>58</sup> Egger, Art. 93, No. 5; Götz, Art. 93, No. 13.

<sup>59</sup> Egger, Art. 93, No. 5.

<sup>60</sup> Egger, Art. 93, No. 5.

Burada kusur şart koşulduğuna göre, davalı nişanlı nişanı bozduğu veya bozulmasına sebebiyet verdiği anda temyiz kudretine sahip olmalıdır. Ayrıca açılacak manevî tazminat davasının dayanağı sözleşme olduğundan, tazminat yükümünden kurtulmak isteyen davalının kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir. Fakat davacı, nişanlı davalının kusurlu davranışları nedeniyle bozduğunu ileri sürerek dava açmışsa, bu takdirde davalının kusurunun ispatı davacıya düşer<sup>61</sup>.

Haklı bir neden bulunmaksızın nişanı bozan veya nişanlılığa ters düşen davranışları ile nişanın karşı tarafça haklı olarak bozulmasına sebebiyet veren taraf kural olarak kusurlu durumdadır. Fakat nişan, nişanlılardan birinin ailesinin kusuru yüzünden bozulduğu takdirde, diğer nişanlı buna dayanarak manevî tazminat talebinde bulunamaz. Çünkü ortada ancak taraflardan birine atfedilebilen bir kusur bulunmalıdır.

### *C. Tazminat İsteyen Tarafın Nişanın Bozulmasında Kusuru Bulunmaması*

MK 85 gereğince manevî tazminat isteyebilmek için, tazminat isteyen tarafın da kusursuz olması gerekir. Bilindiği gibi BK 44 e göre bir zararın doğmasında veya artmasında zarara uğrayanın da kusuru bulunursa, bu durumda tazminat miktarı tenkis edilir. Bir görüşe göre MK 85 de bu genel kuraldan ayrılmış, kişilik değerleri ağır bir şekilde ihlâl edilen tarafın tazminat isteyebilmesi için tamamen kusursuz olması aranmıştır. Bu durumda davacının hafif bir kusuru dahi davanın reddine sebep olacaktır<sup>62</sup>. Ancak burada kusursuz olmak şartı, nişanın bozulmasında bir kusuru olmamak anlamına gelir. Bu bakımdan, örneğin, cinsî ilişkiye rıza gösteren nişanlı kızın, erkek nişanlını ortada haklı bir neden bulunmaksızın nişanı bozması halinde kusurlu olduğu söylenemez. Çünkü cinsî ilişkiye rıza gösterme ile nişanın bozulması arasında bir illiyet bağı yoktur<sup>63</sup>. Oysa nişanlısı ile cinsî ilişkide bulunduktan sonra, başka birisiyle de gizli bir ilişkide bulunan nişanlı kız, bu nedenle nişanın bozulmasına yol açmışsa, bekâretini kaybettiği için nişanlısından manevî tazminat isteyemez<sup>64</sup>. Aynı şekilde Yargıtay'ın bir

<sup>61</sup> Karahasan, s. 701.

<sup>62</sup> Egger, Art. 93, No. 5; Götz, Art. 93, No. 14; Saymen, s. 156.

<sup>63</sup> Tekinay, s. 51; Feyzioğlu, s. 71.

<sup>64</sup> Feyzioğlu, s. 70.

kararında da belirtildiği gibi, «nişanlının babası olarak tanıştırdığı şahsın gerçekte babası olmayıp onu bakımı altına almış kişi olduğunun anlaşılması üzerine diğer nişanlının bu nişanı bozması haklı bir sebebe dayandığından, bırakılan nişanlı manevî tazminat istemek hakkına sahip değildir»<sup>65</sup>. Çünkü nişanın bozulmasına kusuru ile kendisi sebebiyet vermiştir. Ancak diğer bir görüşe göre de, mademki burada yalnız nişanın bozulmasını haklı kılacak bir kusurun bulunmaması şartı aranmaktadır, o halde davacı tarafın kusuru nişanın bozulmasını haklı kılacak bir ağırlıkta değilse BK 44 uygulanabilmeli, tazminat miktarı tenkis edilmelidir<sup>66</sup>. MK 85 de BK 44 deki genel kuraldan ayrılmak için ortada tutarlı bir gerekçe bulunmadığından, bu görüş bize de uygun gelmektedir.

Fakat şunu da belirtelim ki, nişanlılardan biri, diğer nişanlının, nişanlanmadan önce bildiği bir kusuruna dayanarak nişanı bozduğu takdirde, onun kusurunu ileri sürerek manevî tazminat vermekten kaçınamaz<sup>67</sup>. Nitekim Federal Mahkeme, aktrist nişanlısının ahlâkî seviyesini bildiği halde, aktrisin aile düzeninin bozuk olması nedeniyle nişanı bozan erkek nişanlı aleyhine manevî tazminata hükmedilmesini yerinde bulmuştur<sup>68</sup>. Bundan başka nişanlılardan biri kapalı bir biçimde nişandan dönmüş, örneğin gizli olarak başkasıyla evlenmek suretiyle kusuru ile nişanın bozulmasına sebebiyet vermişse, bundan haberi olmayan diğer taraf nişanı haklı bir neden göstermeksizin bozduğunu beyan etse dahi, evlenen nişanlının ona karşı MK 85 uyarınca dâva açması söz konusu olamaz<sup>68a</sup>.

#### D. Manevî Zarar

Nişanın bozulmasından dolayı manevî tazminat istenebilmesinin diğer bir şartı da kişilik hakları ağır bir şekilde ihlâl edilmiş olan nişanlının bundan dolayı manevî bir zarara uğramasıdır. Manevî zarar mamelekî bir eksilme değildir. Bu, şeref, haysiyet, itibar, sıhhat gibi kişisel değerlere yapılan haksız bir tecavüz dolayısıyla kişinin duyduğu acı, ıstırap veya elem biçiminde ortaya çıkan, ekonomik etkisi bulunmayan bir zarardır<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Y6HD. 20.11.1961, 5120/6384: Olgaç, s. 93.

<sup>66</sup> Münip Hayri, s. 125; Tekinay, s. 51.

<sup>67</sup> Aeby, s. 4.

<sup>68</sup> RGE 54 II 353.

<sup>68a</sup> Götz, Art. 92, No. 8.

<sup>69</sup> Saymen, s. 14. vd.

Nişanın bozulmasında, uğranılan manevî zararın dava sırasındaki hâlâ devam etmesi şart değildir. Evvelce çekilmiş bir acı veya üzüntü, giderilmemiş olması şartıyla manevî tazminat davası açabilmek için yeterlidir.

Duyulan acı veya ıstırap, kişinin maddî tamamıyeti üzerinde etki yapabilir. Federal Mahkeme, nişanın bozulması üzerine sınırlı ve kalp rahatsızlığına uğrayan ve bu yüzden oldukça uzun bir süre - altı ay - çalışma gücünü kaybeden kusursuz nişanlı lehine manevî tazminata hükmetmiştir<sup>70</sup>. Ancak manevî zararı doğuran olay aynı zamanda maddî bir zarar da doğurmuşsa, örneğin, hastalanan nişanlı tedavi masrafları yapmış veya çalışmadığı günlerde ücretini alamamışsa, bu takdirde söz konusu zararlar maddî zararın kapsamına girer ve maddî tazminat konusu olur (BK 46)<sup>71</sup>.

### III — MANEVİ TAZMİNATIN ŞEKLİ VE MİKTARI

#### 1. Tazminatın Şekli :

MK 85 de manevî tazminatın şekli tespit edilmiş değildir. Bir görüşe göre burada Kanun tazminatın şeklini hakim takdirine bırakmıştır. Hakim aynen BK 49/II de hükme bağlandığı gibi, para yerine alenen tarziye, mahkemece kınama, mahkeme kararının neşri gibi başka bir tazminat şekline karar verebilir<sup>72</sup>. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre manevî tazminatın mutlaka para olarak tesbiti gerekir<sup>73</sup>. MK 85 i karşılayan İMK 93 de tazminatın «bir miktar para» verilmesi şeklinde olacağı açıkça belirtilmiştir. «Bir miktar para» deyimi bizim Kanun'a geçmemişse de, bu tercüme eksikliğinin kasten yapılmış olduğu söylenemez. Bu nedenle 85. madde aslına uygun olarak anlaşılmalı ve bu madde uyarınca hakim ancak bir miktar paranın verilmesine hükmetmeli, nakdî tazminat şeklinden başka bir tazminat şekline karar vermemelidir<sup>74</sup>. Bununla beraber Götz, olayda BK 49 daki özel şartlar gerçekleşmişse, diğer tazmin yollarına gi-

<sup>70</sup> BGE 54 II 350 vd.

<sup>71</sup> Velidedeoğlu, s. 41.

<sup>72</sup> Egger, Art. 93, No. 6; Saymen - Elbir, s. 49; Tandoğan, s. 23.

<sup>73</sup> Tekinay, s. 52; Akıntürk, s. 49.

<sup>74</sup> Tekinay, s. 52.

dilebileceğini ifade eder<sup>75</sup>. Buna karşılık Gürsoy, diğer tazmin şekillerinin BK 49/II nin uygulamasına özgü olduğundan, manevî tazminatın kabul edildiği özel hallerde buna imkân olmadığı görüşündedir<sup>76</sup>.

## 2. Tazminatın Miktarı :

Manevî tazminatın amacı, kişisel hakların ihlâl edilmesi yüzünden çekilen acı ve ıstırapı malvarlığında bir artış sağlamak suretiyle gidermektir<sup>77</sup>. Manevî tazminatın miktarını, hakim, davalının kusurunun ve davacının kişilik haklarındaki ihlâlin ağırlığı ile tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını gözönünde tutarak re'sen takdir eder<sup>78</sup>. Bu bakımdan Yargıtay'ın bazı kararlarında «nişanın bozulmasından dolayı fahiş bir zarar meydana gelip gelmediği konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmasının» gerekli görülmesi<sup>79</sup>, doğru değildir. Çünkü bilirkişiye ancak özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan hallerde başvurulur (HUMK 275)<sup>80</sup>. Oysa manevî zararın varlığını ve hükmedilecek tazminatın miktarını takdir, tamamen hukukla ilgili bir sorun olduğundan, hakim bilirkişiye başvurmasını gerektirmez<sup>81</sup>.

MK 85/II de «münasip bir tazminata» hükmedileceği yazılıdır. Aslında buradaki «münasip» deyiminin, hâkimin zaten mevcut olan tazminatı indirme yetkisinden başka bir anlamı yoktur. Hakim, hiç şüphesiz BK 44 deki şartların varlığı halinde tazminatın miktarını tenkis edecektir. Bu bakımdan madde metnindeki «münasip» sözü gereksiz bir fazlalıktır<sup>82</sup>.

Acaba MK 85 e göre açılan davalarda hakim bir lira gibi çok az bir miktar parayı tazminat olarak takdir etmesi mümkün olabilir mi? Kanımızca bu soruya olumsuz bir cevap vermek gerekir. Çünkü böyle bir tazminat şekli ancak mahkemece kınama anlamına gelir<sup>83</sup>. Oysa MK 85 e göre nakdî tazminata hükmedilmesi zorun-

<sup>75</sup> Götz, Art. 93, No. 15.

<sup>76</sup> Gürsoy, s. 39.

<sup>77</sup> Bk. Oftinger, s. 258; Franko, s. 123 vd.

<sup>78</sup> YHGK. 12.12.1956, 60/58, Y2HD. 14.4.1950, 2856/558: Olgaç, s. 94.

<sup>79</sup> Y6HD. 19.12.1963, 2158/5081 ve Y6HD. 9.12.1963, 2263/5079: Olgaç, s. 94.

<sup>80</sup> Kuru, s. 265.

<sup>81</sup> Karahasan, s. 699; Feyzioğlu, s. 73, not 95.

<sup>82</sup> Tekinay, s. 44 ve 52.

<sup>83</sup> Gürsoy, s. 39.

ludur<sup>84</sup>. Bu nakdî tazminat da çekilen acıları dindirmeye, davalıyı hayata bağlayacak ruhsal uyum ve dengeyi yeniden sağlamaya yeterli bir miktarda paradan ibaret olmalıdır. Bir lira gibi çok az miktarda bir para, bu amaç için yeterli değildir.

Her ne kadar nakdî tazminatın irad şeklinde hükmedilmesini mümkün gören hukukçular varsa da, hakim olan görüşe göre manevî tazminatın sermaye olarak takdiri amaca daha uygun düşer<sup>85</sup>. Nitekim uygulamada da manevî tazminat sermaye şeklinde takdir edilmektedir<sup>86</sup>.

Mahkeme kararı ancak taraflar arasında hüküm meydana getirdiğinden, davacı manevî tazminatı oluşturan miktarın bir üçüncü kişiye veya kuruma verilmesini isteyemez. Eğer davacı, mahkeme huzurunda aldığı parayı bir üçüncü kişiye veya kuruma bağışladığını beyan ederse, bu onu ancak ahlâken bağlar<sup>87</sup>.

Manevî tazminat, zarar verici olayın meydana gelmesinden itibaren % 5 kanunî faize tabi olur. Ancak bunun için davacının ayrıca talepte bulunması şarttır<sup>88</sup>.

#### IV — DAVANIN TARAFLARI

Nişanın bozulmasından dolayı manevî tazminat davası yalnız nişanlılar tarafından, birbirleri aleyhine açılabilir. Burada ana babaların dava hakkı olmadığı gibi, onlara karşı da dava açılmaz<sup>89</sup>.

Bu hak kişiye bağlı bir hak olduğundan, mümeyyiz küçük veya mümeyyiz mahcur durumunda olan nişanlı, manevî tazminat davasını kanunî mümessili aracılığıyla değil, doğrudan doğruya kendi açar<sup>90</sup>. Bununla beraber dava açmak hakkını haiz olan nişanlı temyiz kudretini kaybetmişse, kanunî mümessilinin onun yerine manevî tazminat davası açabilmesi hakkaniyetin bir gereği olarak kabul edilmelidir<sup>91</sup>.

<sup>84</sup> Bk. III, 1.

<sup>85</sup> Saymen, s. 202; Franko, s. 161.

<sup>86</sup> Franko, s. 162.

<sup>87</sup> Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s. 344.

<sup>88</sup> Oftinger, s. 270; Gürsoy, s. 30.

<sup>89</sup> Y6HD. 9.12.1963, 2158/5081: Olgaç, s. 93.

<sup>90</sup> BGE 41 II 556.

<sup>91</sup> Velidedeoğlu, s. 40; Feyzioğlu, s. 74.

Manevî tazminat talep etme hakkından, bu hak henüz doğmadan önce feragat edilemez. Aksi halde bu, kişiliğin ihlâli anlamına gelir. Oysa talep hakkı doğduktan sonra, bu haktan feragat etmek mümkündür<sup>92</sup>.

## V — MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN KİŞİYE BAĞLI OLMASINDAN DOĞAN SONUÇLAR

### 1. Manevî Tazminat Talebinin İntikali Sorunu :

Manevî tazminat talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, MK 85/II de bunun mirasçılara intikal etmeyeceği hükme bağlanmıştır. Fakat aynı fıkrada bu kuralın iki istisnasına yer verildiği görülür. Birinci istisna, diğer tarafın manevî tazminat iddiasını, nişanlı daha hayatta iken kabul etmiş olmasıdır. Bu durumda ölen nişanlının mirasçıları, kabul eden nişanlı aleyhine dava açarak tazminat alacağını tahsil edebilirler. Ancak hernekadar Kanun'da yalnız tazminat iddiasının kabulünden söz edilmişse de, doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre belli bir alacak miktarı açıklanmadan yapılan kabul veya ikrar, tazminat talebinin mirasçılara geçmesi için yeterli sayılmamalıdır. Kabul veya ikrarın belli bir miktarda ödemeyi ihtiva etmesi gerekir<sup>93</sup>.

Tazminat talebinin intikal etmeyeceği kuralının ikinci istisnası ise hak sahibi nişanlının manevî tazminat davasını açtıktan sonra ölmesidir. Bu durumda da ölen nişanlının mirasçıları bu davayı takip ederek sonuçlandırabilirler. Nişanlının dava açmadan ölmesi halinde, ona ait olan manevî tazminat davasını açmak kişiliğine saygısızlık sayılabilirse de, açılan davayı devam ettirmekte böyle bir sakınca yoktur<sup>94</sup>.

### 2. Manevî Tazminat Talebinin Devri Sorunu :

MK 85 i karşılayan İMK 93 de «tazminat talebi devredilmez» hükmü Kanun'unumuzun metninde, tercüme sırasında yapılan bir hata sonucu «mirasçılara intikal etmez» biçiminde yer almıştır. Fakat buna rağmen hukukumuzda da hakim olan görüş tazminat ta-

<sup>92</sup> Tekinay, s. 55.

<sup>93</sup> Tekinay, s. 54; Feyzioğlu, s. 75.

<sup>94</sup> Tekinay, s. 54.

lebinin devredilemeyeceği biçimindedir. Schwarz, bu sonucu BK 162 den çıkarmaktadır. BK 162 ye göre bir alacak ancak kanun veya sözleşme ya da işin mahiyeti gereği olarak yasaklanmış olmadıkça, temlik edilebilir. Kişilik değerlerini ihlâlden doğan manevî tazminat talebinde ise işin mahiyeti temlike engeldir<sup>95</sup>. Tekinay ise, manevî tazminat talebinin kişiye bağlı niteliklerinin, bu talebin sorumlu kimseye dermeyeran edilip edilmemesi ve doğum şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tartışma hususunda yalnız hak sahibinin yetkili olmasını gerektirdiğini belirtmek suretiyle aynı sonuca ulaşmaktadır<sup>96</sup>. Manevî tazminat alacağının başkasına devredilmesi, aynen intikalde olduğu gibi, ancak alacağın ya daha önce dava edilmiş, ya da diğer tarafca kabul edilmiş olmasıyla mümkündür<sup>97</sup>. Buna karşılık Tandoğan'a göre, «...işin mahiyeti karardan veya kabulden önce de temlike mani olmamalıdır. Zira MK 85/II deki manevî tazminat alacağının mirasçılara intikali için mağdurun dava açmış olması şartının konulması, onun bu suretle alacağı dermeyeran etmek hususundaki iradesinin belli olmasını sağlamak maksadıyladır; mağdur bu iradeyi alacağı temlik etmek suretiyle de izhar edebilir ve temliki bir ivaz mukabilinde yapmışsa aldığı ivazla acısını telâfi edecek vasıtaları temin eder, ivaz mukabilinde yapmışsa failin temellük edene ödeme mecburiyetinde kalması, mağduru aynen tatmin eyleyebilir»<sup>98</sup>.

Kanımızca manevî tazminat alacağının kabul veya dava edilmeden bir başkasına devri, alacağı devreden nişanlının kişiliğiyle ilgili bazı sakıncalar doğuracağından, Mehz Kanun'un metnine sadık kalarak alacağın devredilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Ancak tazminat alacağı kabul veya dava edildikten sonra söz konusu sakıncalar ortadan kalkacağından devir de mümkün olmalıdır.

### 3. Manevî Tazminat Talebinin Haczi Sorunu :

Manevî tazminat talebinin kişiye bağlı olmasının diğer bir sonucu da tazminat alacağının hak sahibi nişanlının üçüncü kişilere

<sup>95</sup> Schwarz, s. 50.

<sup>96</sup> Tekinay, s. 53.

<sup>97</sup> Egger, Art. 93, No. 7; Aeby, s. 4; Feyzioğlu, s. 75 - 76; Velidedeoğlu, s. 40. Ancak Tekinay devir için tazminat alacağının borçlu tarafından kabul veya ikrar edilmiş olmasını yeterli görmekle beraber, alacağın dava edilmiş olmasını yeterli görmemekte, alacağın ayrıca mahkeme hükmü ile de sabit olmasını zorunlu bulmaktadır: Tekinay, s. 53.

<sup>98</sup> Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s. 334 - 335.

olan borcundan dolayı haczedilemeyeceğidir<sup>99</sup>. Ancak miktarı mahkeme kararı ile belirlenmiş veya kabul edilmiş olan tazminat alacağının haczi mümkün olmalıdır<sup>100</sup>.

## VI — ZAMANAŞIMI

MK 87, nişanın bozulmasından doğan taleplerin tümünü bir yıllık zamanaşımı süresine bağlamıştır. Madde metninde «sâkıt olur» denilmesine rağmen, burada hak düşürücü bir süre değil, zamanaşımı söz konusudur<sup>101</sup>. Nitekim Mevaz Kanun'un bu maddeyi karşılayan 95. maddesinde «zamanaşımına uğrar» ifadesi kullanılmıştır.

Şu halde nişanın bozulması üzerine açılacak manevî tazminat davaları da, MK 87 ye göre bir yıl içinde zamanaşımına uğrayacaktır. Kanun burada sürenin başlangıcı için nişanın bozulduğu tarihi esas almış, bozulmanın hangi tarihte öğrenilmiş olduğu sorununa önem vermemiştir. Ancak nişandan dönme açık bir şekilde olmamışsa, zamanaşımının başlangıcı için nişanın bozulması tarihini esas almak, hakkaniyete aykırı olabilir. Tekinay'ın belirttiği gibi, örneğin, «nişanlı erkek tahsil için gittiği memlekette başka biriyle evlenmiş ve bunu nişanlı kızıdan bir yıl saklamıştır. Böyle hallerde, hileli hareketlerle zamanaşımı süresini dolduran kimse- nin bundan faydalanması iyiniyet kurallarına aykırı sayılmalı ve bir yıllık süreyi nişanın bozulduğunu öğrenme tarihinden itibaren başlatmalıdır»<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Egger, Art. 93, No. 7; Götz, Art. 93, No. 20; Tekinay, s. 54.

<sup>100</sup> Egger, Art. 93, No. 7; Tekinay, s. 54.

<sup>101</sup> Velidedeoğlu, s. 43; Tekinay, s. 55 vd.; Feyzioğlu, s. 76 - 77. Y6HD. 8.2.1962, 8938/1049: Dava nişanın bozulduğu tarihten itibaren bir yıl içinde açılmak gerekir. Davada kendisine husumet teveccüh etmeyen bir şahıs aleyhine dava açılmış olması müruru zamanı kesmez: Karahasan, s. 808.

<sup>102</sup> Tekinay, s. 57.

## YARARLANILAN ESERLER

- AEBY, Pierre : Schweiz. Juristische Kartothek, No. 379, Sek. II. (Aeby)
- AKINTÜRK, Turgut : Aile Hukuku, İkinci Bası, Ankara 1975. (Akıntürk)
- EGGER, A. : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Erste Abteilung, 2. Auflage, Zürich 1936. (Egger)
- FEYZİOĞLU, N. Feyzi : Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971. (Feyzioğlu)
- FRANKO, I. Nisim : Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevî Zararın Tazmini, Doktora Tezi, Ankara 1973. (Franko)
- GMÜR, Max : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Familienrecht, 1. Abteilung, 2. Auflage, Bern 1923. (Gmür)
- GÖTZ, Ernst : Berner Kommentar, Das Familienrecht, 1. Teilband, 1. Hälfte, 3. Auflage, Bern, 1964. (Götz)
- GÜRSOY, T. Kemal : Manevî Zarar ve Tazmini, Makale, AÜHF Dergisi, C. XXX, Sayı: 1-4, s. 7 vd. (Gürsoy)
- HAYRİ, Münip : Le contrat de fiançailles en droit et en jurisprudence suisses et turcs. Thèse. Genève 1933. (Münip Hayri)
- KARAHASAN, R. Mustafa : Tazminat Davaları, İstanbul 1973. (Karahasan)
- KURU, Baki : Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 1975. (Kuru)
- OFTINGER, Karl : Schweizerisches Haftpflichtrecht, I, 3. Auflage, Zürich 1969. (Oftinger)

- OLGAÇ, Senai : Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi, C. 1, İstanbul 1956. (Olgaç, İçtihatlar)
- OLGAÇ, Senai : Medenî Kanun Şerhi, Üçüncü Baskı, Ankara 1975. (Olgaç)
- SAYMEN, H. Ferit : Manevî Zarar ve Tazmini Sureti, Doktora Tezi, İstanbul 1940. (Saymen)
- SAYMEN, H.F. - ELBİR, K.H. : Türk Medenî Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1960. (Saymen - Elbir)
- SCHWARZ, B. Andreas : Aile Hukuku, I. Çev. B. Davran, İstanbul 1942 (Schwarz)
- TANDOĞAN, Halûk : Aile Hukuku Ders Notları, (Teksir) Tasnif ve cüz'î ilâveler yapan Ayiter, Nüşin, Ankara 1965. (Tandoğan)
- TANDOĞAN, Halûk : Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961. (Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku)
- TEKİNAY, S. Selâhattin : Türk Aile Hukuku, İkinci Bası, İstanbul 1971. (Tekinay)
- TUOR, P. : Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bearbeitet von Schnyder, herausgeben von Jäggi. 7. Auflage, Zürich 1965. (Tuor)
- VELİDEDEOĞLU. H. Veldet : Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965. (Velidedeoğlu)
- YÜCEL, Turgay : La réparation du dommage moral en cas de rupture des fiançailles et en cas de divorce, Étude de droit français et de droit turc, Thèse, Lausanne 1968. (Yücel)

## Davada

## İNANCA

(HUMK m. 96 vd; EHVK m. 3)

Dr. Ejder YILMAZ

## PLAN

**GİRİŞ**, A — İncaya ilişkin hükümler, I - EHVK (m. 3), II - HUMK (m. 96 vd.), III - CMUK (m. 349), IV - Danıştay Kanunu (m. 88). B — EHVK hükümleri yürürlükte midir? C — EHVK m. 3, Yabancılara, HUMK m. 97, Türk uyruklulara uygulanır. D — İnanca yükümlünün sözkonusu olduğu durumlar. E — İncanın koşulları, I - HUMK'da, II - EHVK'da, F — İnanca altına alınan yarar, I - HUMK'da, II - EHVK'da. G — Gösterilecek incanın çeşitleri ve tutarı. H — İncanın gösterilmesi, I - Gösterilme zamanı, 1 - HUMK'da, 2 - EHVK'da, II - İnanca isteminin incelenmesi, III - İnanca gösterilmemesinin sonuçları. İ — İncanın geri verilmesi. J — İncadan bağımsızlık sağlayan durumlar. I - HUMK'da, II - EHVK'da. K — Olması gereken hukuk bakımından yaklaşım.

## GİRİŞ

Hukukumuzda herkes kural olarak, mahkemeye başvurarak dava açabilir, davaya katılabilir veya diğer bazı istemlerde bulunabilir. Yine kural olarak, bu istemlerde davacının (veya istemde bulunanın) herhangi bir şekilde inanca (teminat, güvence, cautio judicatum solvi) göstermesi gerekmez. Ancak yasalar, buna ayrık hükümler de getirerek, bazı durumlarda dava açılmasını (veya istemde bulunulmasını), inanca gösterme koşuluna bağlamışlardır. Bu hükümlere göre, davacının (veya istemde bulunanın) haksız

çıkması durumunda, karşı tarafın uğrayacağı zararın ödenmesi tehlikeye düşebilir. İşte bu olasılığın varlığı durumunda, karşı tarafın uğrayacağı zararı karşılamak için davacının (veya istemde bulunanın) inanca göstermesi gerekir.

Hak arama ve dava açma özgürlüğü bakımından, Anayasamız (ve diğer yasalarımız), yerli-yabancı ayırımı yapmamıştır (Bkz. Anayasa m. 31). Türk uyruğu olmayanlar (yani, yabancılar) da Türk mahkemelerinde dava açabilirler (veya davaya katılabilirler). Ancak bir yabancı (diğer bir deyişle, Türk uyruğunda olmayan bir kimsenin) dava açması durumunda, bu yabancı davayı kaybederse, davalının uğradığı zararı ödeyememe olasılığı vardır. Çünkü, davacı yabancı, ülkeden çıkabilir veya çıkmasa bile davalının uğradığı zararı ödeyecek parasal (malî) gücü olmayabilir. Aynı şekilde, Türkiye'de konulu (ikametgâhı) olmayan davacılar bakımından da sözkonusudur. İşte, yasalar davalının uğrayacağı bu güç durumunu önlemek amacıyla, yabancı (veya Türkiye'de konulu bulunmayan davacının (veya davaya katılanın), dava açmasını (veya davaya katılmasını) inanca yatırması koşuluna bağlamışlardır. Bu düzenleme bize özgü olmayıp, yabancı hukukların hemen hepsinde aynı düzenlemeye rastlanmaktadır.

İnanca gösterme yükümü, yalnız davada veya davaya katılmada değil, davanın duyurulmasında süre istemi durumunda (HUMK m. 52), ihtiyatî tedbirde (HUMK m. 110-111), eski duruma getirmede (HUMK m. 171), yargılamanın yenilenmesinde (HUMK m. 449, 453), yasal yollara başvurmada yürütmenin durdurulması istemlerinde (HUMK m. 453) sözkonusudur. Ancak burada, yalnız davada inanca (HUMK m. 97 vd.; EHVK m. 3) ve inancanın hukukumuzda yarattığı bazı sorunlar inceleme konusu edilecektir.

## A) İNANCAYA İLİŞKİN YASALAR HÜKÜMLERİ

Çeşitli yasalarımız, inancaya ilişkin hükümler getirmişlerdir. Ancak bu hükümler arasında yer çelişkilere de rastlanılmaktadır. Şimdi bu hükümlerin neler olduğunu görelim :

### I — Ecnebilerin Hukuk ve Zeaifi Hakkındaki Kanun'daki Hüküm

1330 tarihli bu geçici (!) yasanın (EHVK) 3 üncü maddesinde

şu hüküm yer almaktadır<sup>1</sup>: «Ticaret ve hukuk davalarında yabancılar Türk Mahkemelerinin her çeşit ve derecesine başvurarak, Türk uyrukluları gibi haklarını dava edebilirler veya savunabilirler. Ancak Türkiye’de yeteri kadar mal sahibi olmayan yabancılar tarafından, Türklere karşı, davacı niteliğiyle açılacak veya katılınacak davaların görülebilmesi için, herşeyden önce dava giderleriyle zararlarına karşılık, mahkemece belirlenecek tutarda inanca parası veya kefilliği verilmesi zorunludur. Şu kadar ki, karşılıklı işlem koşuluyla bu zorunluluk ortadan kalkabilir».

Bu hükme göre, inancanın yatırılması bir *yabancı*nın bir Türk’e karşı dava açması (veya davaya katılması, yani, davacının veya davaya katılanın yabancı, davalının Türk olması olması) durumunda sözkonusu olacaktır. Diğer deyişle, EHVK m. 3 uyruklu (tâbiyet) ölçütünden hareket etmektedir. Bu durum, aşağıda göreceğimiz HUMK m. 97’den çok farklıdır. EHVK m. 3’teki bu hüküm, Fransız Medenî Kanunu kökenlidir.

## II — Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndaki Hüküm

HUMK m. 97 de şöyle bir hüküm yer almaktadır : Türkiye’de Yurttaşlar Yasası (Medenî Kanun) gereğince konulu (ikametgâhı) olmayan davacı veya davaya katılan kimse, diğer tarafın olasıklı zararlarıyla yargılama giderine karşılık inanca göstermek zorundadır.

Bu hükme göre, inancanın yatırılması, Türkiye’de konulu bulunmayan kimsenin davacı olması veya davaya katılması durumunda sözkonusu olacaktır. Yani, HUMK m. 97, konul (ikametgâh) ölçütünden hareket etmiştir. Oysa yukarıda değindiğimiz gibi, EHVK m. 3 uyruklu (tâbiyet) ölçütünü kabul etmektedir. HUMK m. 97,

<sup>1</sup> Sadeleştirilmiş metnini yukarıda verdiğimiz, EHVK m. 3 aynen şöyledir: «Mevaddı hukukiye ve ticariyede ecnebiler mehakimi Osmaniye nin kâfee enva ve derecatına müracaat ve tebeai Osmaniye gibi haklarını dava ve müdafaa edebilirler. Ancak memaliki Osmaniye de miktarı kâfi emlak sahibi olmayan tebai ecnebiye tarafından Osmanlılar aleyhine müddei sıfatıyla ikame olunacak veyahut dühülü fiddâva tarikile müşareket edilecek deavinin rüyet edilebilmesi için evvele mirde dâva masarifile zarar ve ziyanna mukabil mahkemece tensip edilecek miktarda teminat akçası veya kefalet ita olunması mecburidir.

Şu kadar ki muamelei mütekebile şartile bu mecburiyet mürtefi olabilir.»

EHVK m. 3 gibi Fransa'dan değil, bilindiği gibi, İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu Usul Kanunundan alınmıştır. İşte, iki yasanın farklı ölçütleri kabul etmesinin nedeni, yasaların değişik ülkelerden alınmış olmasıdır.

HUMK m. 97 ile EHVK m. 3'ün değişik ölçütleri kabul etmesi, uygulamada bazı sorunlar yaratmaktadır. Örneğin, Türkiye'de konulu olmayan (bkz. HUMK m. 97) bir yabancı (bkz. EHVK m. 3) iki kez mi inanca yatıracağı çözümü gereken bir sorundur. Bu nedenle bu iki yasa hükmü arasındaki ayrılık ortadan kaldırılmalı, yani inancaya ilişkin hükümler, tek düzen durumuna getirilmelidir. Olması gereken hukuk bakımından yapacağımız yaklaşımı aşağıda (bkz. aşağıda K) göreceğiz.

### III — Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndaki Hüküm

CMUK m. 349'da şöyle bir hüküm yer almaktadır : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümlerince, davalının istemi üzerine giderlerin verilmesi için davacının inanca göstermeye zorunlu olduğu durumlarda davacı, Devlet Hazinesine ve sanığa düşmesi olasılığı bulunan giderlerin ödenmesi için kefillik vermekle yükümlüdür. Kefillik, para ve Devlet pay senet ve tahvilleri verilerek yapılır. Kefillik tutarı ve bunun verilmesi için belirlenecek süre hakkında hukuk işlerinde yürürlükte olan hükümler uygulanır.

Ceza yargılamasında, kişisel (şahsî) dava açılması durumunda, CMUK m. 349'a göre, HUMK m. 97 uygulanacaktır. Ancak, CMUK m. 349, HUMK'a oranla değişik hükümleri taşımaktadır. Şöyle ki, CMUK m. 349'a göre inanca (CMUK m. 349'un deyimiyile kefillik)<sup>2</sup>, para, Devlet pay (hisse) senedi veya tahvili biçiminde olabilir. Oysa HUMK m. 96'ya göre inanca, para, mahkemece kabul olunacak pay senedi, tahvil, taşınmaz sağlancası (ipotek), geçerli bir banka kefilliği veya noterce onaylı senetle kefil, inanca olarak gösterilebilir. Yani HUMK m. 96'da gösterilen inanca biçimleri, tür (çeşit) olarak CMUK m. 349'a göre daha çoktur. Bunun yanında CMUK m. 349'a göre gösterilen pay senedi (esham) veya tahvil, Devlet'e ait olmalıdır. Oysa HUMK m. 96'da sözü edilen pay senedi (esham) ve tahvilin Devlet'e ait olması gerekmez; pay senedi veya tahvilin mahkemece kabul edilmesi yeterlidir.

<sup>2</sup> Bkz. Kunter s. 486.

Bunun dışında, CMUK m. 349'da öngörülen inancanın istem üzerine gösterilmesi koşul değildir. Mahkeme de kendiliğinden (resen) inanca gösterilmesine karar verebilir<sup>3</sup>.

#### IV — Danıştay Kanunu'ndaki Durum

Danıştay'da inancanın sözkonusu olup olmayacağı hakkında bir soru ortaya atılmıştır : Çelikel şöyle demektedir : «Acaba Danıştay'da dava açanlar hakkında Muvakkat Kanun ve HUMK hükümleri uygulanır mı? Danıştay'da açılan davalarda *HUMK'a göre teminat aranmaması* gerekir. Çünkü Kanun, hukuk mahkemelelerinde açılacak davalar için kabul edilmiştir. Çünkü, bu kanun bütün hukuk ve ticaret davalarını içine almıştır. Danıştay 20.4.1935 tarihli kararında, HUMK'nun teminata dair hükümlerinin Danıştay'da açılacak davalarda uygulanamayacağını kabul etmiştir. Kanaatimizce Danıştay'da açılacak davalarda 1330 tarihli Kanunun şartları var olduğu takdirde teminat göstermek gerekecektir<sup>4</sup>.»

Danıştay'da inancanın uygulanıp uygulanmayacağı, duraksanmayacak bir konudur. Çünkü, Danıştay Kanunu'nun 88 inci maddesi çok açıktır. Adı geçen madde, Danıştay Kanununda hüküm bulunmayan bazı durumlarda HUMK'nun uygulanacağını belirtmekte ve şöyle demektedir : «*Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuniyeti ve reddi, ehliyet..... teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, adlî müzaheret hallerinde..... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun umumî hükümleri uygulanır.*» Yani, Danıştay Kanunu m. 88 den açıkça görüldüğü gibi, Danıştay'da açılacak davalarda da inanca sözkonusu olabilir ve bu durumda, HUMK m. 96 - 100 hükümleri uygulanır. Çelikel'in verdiği 1935 tarihli ve Danıştay'da inancanın uygulanmayacağına ilişkin karar, eski Danıştay Kanunu zamanında verilmiştir.

Danıştay Kanunu m. 88 hükmü yerindedir. Çünkü, Türkiye'de konulu (ikametgâhı) olmayan kimsenin Danıştay'da da dava açması olanaklıdır. Bu kimsenin ileride yargılama giderlerini ödeyeme olasılığı sözkonusudur. Bu nedenle, inanca, Danıştay'da açıla-

<sup>3</sup> Kantar s. 439; Kunter s. 486 dn. 417; Çağlayan s. 331 - 332.

<sup>4</sup> Çelikel s. 211. Ayrıca bkz. Göğür s. 78 ve 85.

cak davalar bakımından da uygulanır ve inanca istemi Danıştay'da ilk itirazlardandır<sup>5</sup>.

## B) EHVK HÜKÜMLERİ YÜRÜRLÜKTE MİDİR?

Yukarda değindiğimiz, EHVK m. 3 ile HUMK m. 96 vd. arasındaki hüküm ayrılığı, EHVK'un yürürlükte olup olmadığı tartışmasına yol açmıştır<sup>6</sup>. Özellikle, Yargıtay'ın eski kararlarındaki zıtlığın da etkisiyle, Belgesay ve M. R. Seviğ, karşılıklı yazılarla karşıt görüşleri savunmuşlardır. Belgesay, EHVK'nın, yeni tarihli genel HUMK'nun özüne aykırı olduğunu ve her iki yasanın aynı amacı güttüğünü belirterek, HUMK m. 96 vd.'nin, EHVK m. 3'ü yürürlükten kaldırdığını ileri sürmüştür<sup>7</sup>. Buna karşılık Seviğ<sup>8, 9</sup>, her iki yasa arasında bir çelişki bulunmadığını, çünkü her iki yasanın farklı nedenlere dayandığını ve bu nedenle de HUMK m. 96 vd. nin EHVK m. 3'ü yürürlükten kaldırmadığını ileri sürmektedir<sup>10</sup>. Yine, Seviğ'e göre, EHVK m. 3, HUMK m. 97'ye göre özel hüküm durumundadır, genel hüküm özel hükmü yürürlükten kaldırmaz<sup>11</sup>.

Bu tartışma, bir zamanlar Yargıtay kararlarında da yer almıştır<sup>12</sup>. Ancak Yargıtay'ın yeni kararlarında, EHVK m. 3'ün de, HUMK m. 97 yanında yürürlükte olduğu kabul edilmiştir<sup>13</sup>.

<sup>5</sup> Bkz. Danıştay Dava Daireleri Kurulu 16.12.1966, E. 758, K. 1635 (Danıştay Kararları, 1965 - 1967 s. 185 - 186).

<sup>6</sup> Bkz. Belgesay - Makale s. 264-270; Belgesay - Şerh s. 263 vd.; Belgesay - Ad.iye s. 165 vd.; Berki - Makale s. 405 - 418; Seviğ - DHH s. 450 - 451; Göğür s. 78 vd; Güre s. 4; Seviğ - Sentez s. 112 - 114; Umar - Alangoya s. 6.

<sup>7</sup> Bkz. yuk. dipnot 6'daki Belgesay'ın yapıtlarına.

<sup>8</sup> Bkz. yuk. dipnot 6'daki Seviğ'in yapıtlarına.

<sup>9</sup> ve onu izleyen Berki (bkz. Berki - Makale s. 412 vd.).

<sup>10</sup> Bkz. yuk. dipnot 6'daki Seviğ'in yapıtlarına.

<sup>11</sup> Seviğ - DHH s. 451.

<sup>12</sup> Bkz. bu kararlar için Berki - Makale s. 415 - 418; Belgesay - Makale s. 264 vd.

<sup>13</sup> Bkz. 2. HD 7.5.1973 E. 3064, K. 3001 (ABD 1973/5 s. 975; RKD 1973/11 s. 489); «Usulün 97. maddesi gereğince Türkiye'de Medenî Kanun hükümlerine göre ikametgâhı bulunmayan davacı, davalı veya davaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyanı ile yargılama giderine karşılık olmak üzere 96. maddede yazılı şekilde teminat göstermeye mecburdur. «Öte yandan halen yürürlükte bulunan 23 Şubat 1330 tarihli (Memaliki Osmaniyede bulunan tebeai ecnebiyenin hukuk ve vezaifi) hakkındaki muvakkat kanun ise... teminat göstermek zorunda oldukla-

HUMK m. 97'nin konul (ikametgâh), EHVK m. 3'ün uyrukluk (tâbiyyet) ölçütünü temel alması, her iki yasa hükmünün farklı nedenlere dayandığını gösterir. Aslında her iki hüküm de aynı amacı sağlamaya yöneliktir. Bize daha uygun gelen HUMK m. 97 hükmünün, EHVK m. 3'ü yürürlükten kaldırdığı kolaylıkla söylenemez. Yasa koyucunun bu konuya eğilerek bir çözüm getirmesi gerekir. Kişisel kanımızın ne yolda olduğunu aşağıda açıklayacağız (bkz. aşa. K.).

### C) EHVK m. 3 YABANCILARA, HUMK m. 97 TÜRK UYRUKLULARA UYGULANIR

EHVK m. 3, uyrukluk ölçütünü kabul ettiği için, yabancı uyruklu (veya uyruksuz, vatansız) kişi, Türk uyruğuna karşı dava açarsa (veya davaya katılırsa) inanca gösterecektir. HUMK m. 97 ise konul ölçütünü temel aldığı için, Türkiye'de konulu bulunmayan kimse dava açarsa (veya davaya katılırsa) inanca gösterme yükümlülüğündedir.

Şimdi şöyle bir örnek düşünelim : Türkiye'de konulu bulunmayan bir yabancı, Türk'e karşı dava açarsa hangi yasaya göre (yani, HUMK m. 97'ye mi, yoksa EHVK m. 3'e göre mi) inanca gösterecektir? Çünkü bu yabancı'nın durumu, hem HUMK m. 97'ye, hem de EHVK m. 3'e uymaktadır. Yabancı'nın her iki yasaya göre inanca yatırması da düşünülemez. Çünkü, bir kez inanca yatırılması ile, yasaların güttüğü amaç gerçekleşmiş olacaktır.

Yabancı, EHVK m. 3 ile, HUMK m. 97 arasında seçim yapsın da diyemeyiz. Çünkü, ilerde yer yer değineceğimiz gibi, her iki yasa hükmü arasında önemli bazı ayrılıklar vardır.

Bu nedenlerle, EHVK m. 3 ve HUMK m. 97'nin kime uygulanacağını saptama zorunluluğu vardır.

FI ». 2. HD. 1.12.1972 E. 6245, K. 6771 (RKD 1973/9 - 11 s. 323 - 324): «...Davacılar Türk vatandaşı değildirler. Halen yürürlükte bulunan 3 Şubat 1330 tarihli olup (Memaliki Osmaniyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki Kanun) hükümlerine göre, Türk vatandaşı olmayan kişilerin Türk mahkemelerinde açacakları davaların görülebilmesi için, karşı tarafın muhtemel zarar ve ziyanı ile yargılama giderlerini karşılayacak miktarda teminat göstermeleri mecburidir. Usulün 97 nci maddesi hükmü de buna paralel bulunmaktadır...». Ayrıca bkz.: 28.12.1972 E. 7198, K. 7390 (RKD 1973/6 - 8 s. 257 - 258; İBD 1973/3 - 4 s. 403 - 404).

EHVK m. 3 yabancılar, HUMK m. 97 ise, Türkiye'de konulu olmayan Türk uyrukluları hakkında uygulanır. Yargıtay da, yeni kararlarda haklı olarak bu ayırımı kabul etmektedir<sup>14</sup>.

«97. maddede açıklanan teminat, Türk vatandaşları hakkında olup iptidai itirazlardandır (HUMK m. 98, 187/1). Oysa ecnebiler için gerekli bulunan teminat ise mahkemenin re'sen gözeteceği bir husustur... Davacı Yunan uyrukludur. O halde davanın, rüyet olunabilmesi için, Muvakkat Kanunda yazılı teminat şartının re'sen aranması icabeder...»<sup>15</sup>.

«Usulün 97. maddesinde ilk itiraz niteliğinde kabul edilen inanca, Türk vatandaşı olup, Türkiye'de ikametgâhı olmayanlar hakkında olup, yabancılar halen yürürlükte bulunan 23 Şubat 1330 tarihli EHVK uyarınca her halde inanca göstermeye zorunludurlar...»<sup>16</sup>.

Kanımızca, bu çözüm biçimi oldukça yerinde ve pratiktir. Bu yolla birçok sorun çözümlenmiş olacaktır<sup>17</sup>.

#### D) İNANCA YÜKÜMÜNÜN SÖZKONUSU OLDUĞU DURUMLAR

Giriş kısmında da belirttiğimiz gibi, burada davada inanca yükümü incelenmektedir. Bu nedenle, yasaca inanca yatırılması öngörülen diğer durumlar (HUMK m. 52, 110-111, 171, 449, 453 gibi) inceleme konusu dışındadır.

İnanca yatırmak, davacı ve davaya katılan kimsenin yükümlülüğü altındadır (HUMK m. 97, I; EHVK m. 3). Bu durumda davalının, herhangi bir inanca yükümünün bulunmadığı açıkça belirtilmiştir. Ancak, eğer davalı, karşılık dava açarsa (HUMK m. 203 vd.), asıl davadaki davalı da (karşılık dava nedeniyle davacı olacağı için) inanca göstermek yükümlülüğündedir<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Karş. TD. 6.1.1951 E. 1963 K. 443 (İnan s. 61/4).

<sup>15</sup> 2. HD 7.5.1973 E. 3064 K. 3001 (ABD 1973/5 s. 975).

<sup>16</sup> 4. HD 21.11.1968 E. 3681 K. 9236 (Renda, Nihat - Onursan, Galip: Dördüncü Hukuk Dairesinin Emsal Kararlarıyla Borçlar Hukuku, Ankara 1972, s. 805 - 806).

<sup>17</sup> Bkz. Göğçer s. 78.

<sup>18</sup> Bkz. örneğin : TD. 9.2.1951 E. 3289, K. 730 (Renda - Onursan s. 803 Jn. 603 m): «İngiltere'de Türk vatandaşının teminat gösterilmesinden muaf tutul-

Yasa (HUMK m. 97, I; EHVK m. 3), davaya katılanın da inanca göstermek yükümlülüğünde olduğunu belirtmektedir. İnanca yatıracak olan davaya katılanın, davacı yararına mı, yoksa davalı yararına mı davaya katılan olduğu tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, davalı yararına davaya katılan kimsenin inanca yatırma yükümü yoktur<sup>19</sup>. Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre, yasa herhangi bir ayırım yapmamakta ve salt davaya katılandan söz etmektedir. Bu nedenle, davaya katılan, ister davacı ister davalı yararına davaya katılsın, (inanca için aranan koşulların gerçekleşmesi durumunda) inanca yatırmak zorundadır<sup>20</sup>.

Davaya katılanın inanca yatırması, yasalarımızda düzenlenmeyen (ve fakat Yargıtay kararlarında kabul edilen) davaya aslî katılmada hiçbir duraksamaya yer vermeksizin vardır.

Yasaya (HUMK m. 96; EHVK m. 3) göre inanca, davada sözkonusudur. HUMK, hukuk davaları bakımından herhangi bir ayırım yapmamaktadır. Bu nedenle, HUMK m. 96 vd. hükümleri her çeşit hukuk davasında uygulanacak demektir<sup>21</sup>. Bu yüzden, Karafakih'in, inancanın yalnızca taşınır (menkul) mal davalarında sözkonusu olduğu yolundaki görüşüne<sup>22</sup> katılmaya olanak göremiyoruz<sup>23</sup>.

EHVK m. 3 bakımından bazı duraksamalar ortaya çıkmaktadır. Çünkü anılan maddeye göre, EHVK'da inanca, hukuk ve ticaret davalarında sözkonusudur. İş, tapulama, kadastro davalarında da EHVK'ya göre inanca gösterilip gösterilmeyeceği sorusu ortaya atılmıştır<sup>24</sup>. EHVK'daki hukuk davası teriminin bu davaları da içerdiği sonucuna varılmalıdır<sup>25</sup>. Çünkü bunlar da, nitelikleri gereği, kural olarak, birer hukuk davasıdır.

---

duğu iddia ve ispat edilmedikçe, mukabil davacı sıfatiyle olsa bile, Türkiye'de ikametgâhı olmayan İngiliz tâbiyetindeki davacıdan teminat alınması gerekir.»

<sup>19</sup> Bilge s. 299; Belgesay - Şerh s. 143; ayrıca bkz. Berki - Makale s. 420.

<sup>20</sup> Kuru s. 647; Göğer s. 84.

<sup>21</sup> Bazı ülkelerde (Almanya ZPO 11, Avusturya ZPO 57) nafaka davalarında inancanın gerekmediği kabul edilmektedir. Hukukumuz bakımından böyle bir ayrıklık sözkonusu değildir. Bkz. 2. HD. 10.6.1971 E. 3799 K. 3754 (RKD 1971/11 s. 358 - 359; İBD 1971/11 - 12 s. 1084 - 1085).

<sup>22</sup> Karafakih s. 119.

<sup>23</sup> Berki - DHH s. 200.

<sup>24</sup> Göğer s. 85.

<sup>25</sup> Göğer s. 85.

EHVK m. 3 hükmünün ceza davalarında uygulanamayacağı açıktır. Çünkü EHVK, hukuk ve ticaret davalarına uygulanır. Yani ceza davaları, EHVK m. 3'ün kapsamı dışındadır. Öte yandan, CMUK m. 394'de, EHVK m. 3'e yollama yapmamaktadır. Yukarıda da değindiğimiz gibi CMUK m. 394, HUMK'na yollama yapmaktadır.

Diğer bir sorun, Danıştay davaları bakımından sözkonusudur. Bu konuya yukarıda (A, IV) kısmen değinmiştik. Danıştay'da görülen davalarda inanca sözkonusudur; ancak bu inanca, EHVK'ya göre değil, HUMK'na göre yatırılacaktır. Çünkü Danıştay Kanunu m. 88, HUMK m. 96 - 100'e yollama yapmaktadır<sup>26</sup>.

Hakem önünde görülecek davalar bakımından da inancanın varlığı kabul edilmelidir<sup>27</sup>.

İnanca yükümü, davalar bakımındandır. Bu nedenle, HUMK m. 96 vd. ve EHVK m. 3, icra yürütümlerine (takiplerine) uygulanmaz. Ancak, icra yürütümleri sırasında bir dava açılması sözkonusu olursa (örneğin, iptal davası - İİK m. 277 vd. -, istihkak davası açılmışsa) bu davalar bakımından da, icra yürütümü sırasında, inanca yatırmak sözkonusu olacaktır.

İnanca yükümlü bakımından gerçek kişi - tüzel kişi ayrımı yoktur. Bu nedenle yasanın aradığı koşulların gerçekleşmesi durumunda, tüzel kişiler de inanca yatırmak zorundadırlar.

## E) İNANCANIN KOŞULLARI

Yukarıda inancanın hangi durumlarda (değişik bir deyişle, hangi davalar bakımından) sözkonusu olduğu belirtildi. Ancak bu durumlarda da, inanca yatırılması için bazı koşulların bulunması gerekir ki, davacı veya davaya katılandan inanca göstermesi istenebilsin. Bu koşulları, EHVK m. 3 ve HUMK m. 96 vd., değişik biçimlerde kabul etmektedir. Bu nedenle, koşulları her iki yasaya göre ayrı ayrı incelemek gerekecektir :

<sup>26</sup> Bkz. Çelikel s. 211.

<sup>27</sup> Göğer s. 85.

### I — Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda

HUMK m. 96 vd.'na göre, inanca yatırılacak olanlar, Türkiye'de konulu bulunmayan davacılar ve davaya katılanlardır (HUMK m. 97). Yani, HUMK konul ölçütünden hareket etmektedir. Bu nedenle, Türkiye'de konulu bulunmayan davacı (veya davaya katılan), ister Türk, ister yabancı (ve vatansız) olsun, inanca yatırmak zorundadır<sup>28</sup>. Türkiye'de konulu olmayan davacı, inanca yükümlülüğünden kurtulmak amacıyla, hakkını Türkiye'de konulu bulunan bir kimseye devrederse, bu devir onun inanca yükümünü ortadan kaldırmaz. Çünkü ortada, yasaya karşı yanılma (kanuna karşı hile) vardır<sup>29</sup>.

Davalının Türk veya yabancı olması da durumu değiştirmez. Yani, Türkiye'de konulu bulunmayan Türk davacı (veya davaya katılan) bir Türk'e veya yabancıya karşı dava açarsa (veya davaya katılırsa), HUMK'na göre inanca yatırmak zorundadır. Aynı biçimde, Türkiye'de konulu bulunmayan yabancı (veya vatansız) davacı (veya davaya katılan) bir Türk'e veya yabancıya karşı dava açarsa (veya davaya katılırsa) HUMK'a göre inanca göstermek zorundadır.

HUMK m. 97'de sözü konul, Yurtttaşlar Tasasına (Medenî Kanuna) göre saptanacaktır. Gerçek kişiler bakımından konul, bir kimsenin yerleşmek isteğiyle oturduğu yerdir (MK m. 19, I). Kocanın konulu, karının; ana - babanın konulu egelikleri (velâyetleri) altındaki çocuğun konuludur; mahkemenin bulunduğu yer, korumanlık (vesayet) altındaki kişinin konulu sayılır (MK m. 21, I). Tüzel kişinin konulu ise, anatzüğünde tersine kural bulunmadıkça, işlerinin yönetildiği yerdir (MK m. 49).

Yargıtay da, HUMK m. 97'deki konulu, bu anlamda kullanmaktadır. Şu karar, Yargıtay'ın görüşünü açık göstermektedir : «... Gerçekten Türkiye'de kanunî ikametgâhı olmayan Türk vatandaşlarının açacakları davalarda teminat göstermeleri gerekir (HUMK m. 97). Davacı Almanya'da işçi olarak çalışmaktadır. İkametgâh, yerleşmek niyetiyle oturulan yerdir (MK<sup>30</sup> m. 19). Bir kimsenin işçi

<sup>28</sup> Bkz. 2. HD 10.6.1971 E. 3799, K. 3754 (RKD 1971/11 s. 358 - 369; İBH 1971/11 - 12 s. 1084 - 1085).

<sup>29</sup> Bkz. Kuru s. 645 dn. 5.

<sup>30</sup> Metinde yanlış olarak «MK» değil, «HUMK» denilmektedir.

olarak bir mahalde çalışması, orayı ikametgâh edinmek istediğini kabul için başlı başına bir sebep sayılamaz. Davacının Almanya'da çalıştığı şehri ikametgâh seçtiğini kabule yeterli ve elverişli deliller ileri sürülüp ispat olunmamıştır. O halde davacının ikametgâhı Türkiye'de kayıtlı olduğu yerdir. Bu bakımdan usulün 97. maddesinin uygulanması düşünülemez. O halde bu husustaki iptidaî itirazın reddedilmesinde isabetsizlik yoktur...»<sup>31</sup>.

Yargıtay yine, MK m. 21, I'den hareketle yabancı ile evli olan bir Türk kadını hakkında «Amerika'da oturan kocasının ikâmetgâhına bağlı ve tâbi olması itibariyle HUMK'nun 97 nci maddesi gereğince teminat göstermekle mükelleftir» biçiminde karar vermiştir<sup>32</sup>.

Yargıtay'ın bu uygulamasına göre, her Türk Türkiye'de nüfusa kayıtlıdır. Bu durumda, kural olarak, her Türk'ün (yurt dışında bulunsa bile) konulu Türkiye'dedir ve bu varsayımdan hareket edildiğinde, yabancı ülkede bulunan Türkler, Türkiye'de dava açarsa (veya davaya katılırsa), HUMK m. 97'ye göre (ve doğal olarak EHVK m. 3'e göre de) inanca göstermeyecektir. Hatta, yine Yargıtay kararından varılan sonuca göre, 8-10 yıldır yurt dışında bulunan bir işçi için de durum aynıdır.

Göğ'er'in de haklı olarak belirttiği gibi<sup>33</sup>, Yargıtay'ın vardığı sonuca katılmak oldukça güçtür. Çünkü, HUMK m. 97'nin konuluş amacı, Türkiye'de konulu bulunmayan kimseye karşı alınan ilâmın yerine getirilmesinin güç olduğu varsayımdır. Yani, eğer davacı Türkiye'de oturmuyorsa, ona karşı verilecek hükmün uygulanması zordur. Bu nedenle, bu kişi, hükmün uygulanabilirliği için inanca göstermek durumundadır. Sekiz on yıldır yurt dışında bulunan ve artık aile ve iş ilişkilerini, geçici bir süre için de olsa, yurt dışında toplamış bir kimseyi, Türkiye'de nüfusta kayıtlı olduğu varsayımından hareketle, inanca göstermekten başışık tutmanın doğruluğu kolayca tartışılabilir. Bu nedenle, Yargıtay kararına katılma olanağı bulunamamıştır.

<sup>31</sup> 2. HD 28.12.1972 E. 7198, K. 7390 (RKD 1973/6 - 8 s. 257 - 258; İBD 1973/3 - 4 s. 403 - 404).

<sup>32</sup> 2. HD 31.5.1949, E. 2381, K. 3145 (Tatbikatta Yargıtay Kararları, 1950/11 s. 329-330).

<sup>33</sup> Göğ'er s. 80 - 81.

Türkiye'de konulu bulunmayan (yabancı, Türk veya vatansız) kimselerin, inanca gösterme yükümü bakımından, gerçek kişi veya tüzel kişi olmalarının önemi yoktur. Eğer, davacı tüzel kişinin Türkiye'de konulu yoksa, inanca yatırmak zorundadır. Tüzel kişilerin konulu, ya anatüzüklerinde belirtildiği veya tüzel kişinin işlerinin fiilen toplandığı ve yönetildiği yerdedir. Bir tüzel kişinin konutu dışarıda olup da, Türkiye'de şubesi varsa, o tüzel kişinin inanca yatırmasına gerek olmamalıdır<sup>34</sup>.

Davacıların birinin veya bir kısmının Türkiye'de konulu bulunması, diğer davacıların inanca göstermemelerini gerektirmez. Türkiye'de konulu bulunmayan diğer davacılar, inanca göstermek yükümlülüğündedirler<sup>35</sup>.

EHVK m. 3, uyrukluk ölçütünü kabul edip, ayrı bir hüküm de getirmediğine göre, yabancı diplomatik memurlarının da dava açmaları (veya davaya katılmaları) durumunda inanca göstermeleri gerekir<sup>36</sup>. Çünkü bu kişilere karşı, normal olarak, diplomatik ayrıcalık nedeniyle yürütüm (takip) yapılamaz ve dava da açılmaz. Bu sakıncayı ortadan kaldırmak için diplomatik memurların da inanca göstermelerini kabul etmek uygun olur. Ancak bu düşünce biçimini, yabancı Devletlerin de inanca göstermeleri gerektiği, sonucuna götürmek söz götürür bir konudur. Bu nedenle, Fransız mahkemelerinin verdikleri eski kararlardaki, yabancı devletlerin de inanca göstereceği yollu görüşe katılmıyoruz<sup>37</sup>.

Konulu Türkiye'de bulunmayanlar inanca göstereceğine göre, Türkiye'de konulu bulunanlar inanca göstermeyecekler demektir. Dava açarken, Türkiye'de konulu olduğu için inanca göstermeyen davacı, daha sonra, yargılama sırasında, konulunu yabancı ülkeye taşırsa, bu kez inanca yatırmak yükümlülüğü altına girer (HUMK m. 97, II). Dava açıldığı sırada Türkiye'de konulu bulunmayan davacı, konulunu yargılama sırasında Türkiye'ye taşırsa, yatırdığı inanca kendisine geri verilmelidir. Eğer henüz inancayı yatırma-

<sup>34</sup> Bkz. Göger s. 82; Nitekim 1330 tarihli Ecnebi Anonim ve Sermayesi Paylara bölünmüş Komandit Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkındaki Kanun m. 10'a göre, yabancı ortaklıkların yasal konulu, Türkiye'de şube ve acentahane kurulan yerdir.

<sup>35</sup> Berki - DHH s. 199.

<sup>36</sup> Berki - Makale s. 421.

<sup>37</sup> Bkz. Berki - Makale s. 420'de anılan kararlara.

mıssa, artık Türkiye’de konulu olduğu için inancadan bağışık tutulmalıdır.

Konulu Türkiye’de olmayan davacının inanca vermesi, davaya katılanın inanca gösterme yükümünü ortadan kaldırmaz; yani, o da (konulu Türkiye’de değilse) inanca vermek zorundadır.

## II — Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkındaki Kanunda

EHVK m. 3, HUMK m. 97’deki ölçütü kabul etmemektedir. EHVK m. 3, uyruklu (tâbiyet) ölçütünü benimsemiştir. Buna göre, inanca yatırılması için, iki koşulun bir arada bulunması gerekir: a) Davacı (veya davaya katılan) Türk uyruğunda olmamalıdır; yani yabancı olmalıdır, b) Davalı Türk uyruklu olmalıdır.

Bu koşulları örnekle açıklayalım: EHVK m. 3’e göre bir Türk’ün bir yabancıya (veya Türke) dava açması durumunda inanca gerekmez. Eğer bir yabancı, diğer bir yabancıya karşı dava açarsa yine EHVK’ya göre inanca gösterilmesi gerekmez. Bunlara karşın, bir yabancı bir Türk’e karşı dava açarsa (veya davaya katılırsa) inanca göstermek zorundadır. Yabancı davacının veya Türk davalının Türkiye’de konulu bulunup, bulunmamasının EHVK m. 3 bakımından hiçbir önemi yoktur.

Vatansızlar ve mülteciler de, Türk’e karşı dava açarsa (veya davaya katılırlarsa) inanca yatırmak zorundadırlar<sup>38</sup>.

Dava açarken Türk uyruğu olmadığı için inanca yatıran davacı, dava sırasında Türk uyrukluğunu kazanırsa, yatırdığı inancanın kendisine geri verilmesi gerekir. Aynı biçimde, Türk uyruğu olan davacı, yargılama sırasında Türk uyrukluğunu kaybederse, inanca yükümlülüğü doğar. Türk uyruğu olan davalı, yargılama sırasında Türk uyrukluğunu kaybederse, inanca yükümü ortadan kalkar ve inanca gösterilmişse bunun geri verilmesi gerekir.

İnanca göstermekle yükümlü kişi, sırf inanca yükümünden kurtulmak için, alacağını bir Türk’e devrederek ve onun aracılığıyla dava açarak, inanca yükümünden kurtulamaz. Çünkü, böyle bir devir yasaya karşı yanıtma (kanuna karşı hile) niteliğindedir ve geçersizdir<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Göğür s. 84.

<sup>39</sup> Kuru s. 645, dn. 5.

Bu açıklamaların ışığı altında, inanca yatırılması için aranan koşullar bakımından HUMK m. 97 ile EHVK m. 3 arasında iki farklı nokta görülecektir : a) EHVK m. 3, uyrukluk; HUMK m. 97 konul ölçütünü temel almıştır. b) HUMK'da davacı (veya davaya katılan) kimsenin konulunun Türkiye'de bulunmaması yeterli olup, davalının Türkiye'de konulu bulunup bulunmamasının önemi yoktur. Oysa EHVK m. 3'de davacı yabancı olmalı ve davalı ise mutlaka Türk olmalıdır. Yani, EHVK m. 3'de, hem davacı hem de davalının durumu gözönüne alınarak iki taraflı koşul aranmıştır.

## F) İNANCA İLE SAĞLANAN YARAR

### I — Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda

HUMK m. 97'ye göre, «... müddei veya davaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyaniyla masarifi muhakemesine mukabil,... teminat göstermeye mecburdur». Demek ki, bu durumda HUMK m. 97'ye göre davacının (veya davaya katılanın) davasında haksız çıkması durumunda davalının uğraması olasılıklı zarar ve ziyanı ile yargılama giderlerini karşılayacak biçimde inanca gösterilmesi gerekir<sup>40</sup>. Diğer deyişle, HUMK m. 97'de inanca ile sağlanan yarar, davalının olasılıklı zararı ile yargılama gideridir<sup>41</sup>.

### II — Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkındaki Kanunda

EHVK m. 3'e göre, «...tebeai ecnebiye tarafından Osmanlılar aleyhine müddei sıfatiyle ikame olunacak... deavinin rüyet edilebilmesi için evvelemerde dava masarifile zarar ve ziyana mukabil mahkemece tensip edilecek miktarda teminat... ita olunması mecburidir». Demek ki, bu durumda EHVK m. 3'e göre, davacının (veya davaya katılanın) davasında haksız çıkması durumunda bütün yargılama giderlerini karşılayacak biçimde inanca gösterilmesi gerekir. Diğer deyişle, EHVK m. 3'de inanca ile sağlanan yarar, hem davalının hem de Hazinesinin yargılama gideridir. Bu hükümle, örneğin harçlar da inanca ile sağlanmış olmaktadır<sup>42</sup>. Bu

<sup>40</sup> Bkz. 2. HD. 10.6.1971, E. 3799, K. 3754 (RKD 1971/11 ,s. 358 - 359).

<sup>41</sup> Bkz. 1971 tarihli Hukuk Yargılama Usulü Kanun Tasarısı m. 116, I.

<sup>42</sup> Kuru s. 649; Bilge s. 301; Postacıoğlu s. 335.

açından EHVK m. 3, HUMK m. 97'ye oranla daha geniş kapsamlı olmaktadır.

### G) GÖSTERİLECEK İNANCANIN ÇEŞİTLERİ VE TUTARI

EHVK m. 3, inanca olarak, para veya kefilliği göstermektedir. HUMK m. 97'deki hüküm ise daha geniş kapsamlıdır. Buna göre, inanca olarak, para; mahkemece kabul olunacak pay senedi (sehim), tahvil, taşınmaz sağlancası<sup>43</sup> (ipotek) veya noterce onaylı senetle kefil gösterebilir<sup>44, 45</sup>. Yasada sayılanlar dışında bir inanca mahkemece kabul edilemez<sup>46</sup>. Ancak öğretilde, yasada sayılmamasına karşın, taşınır sağlancası (menkûl rehni)nin da, inanca olarak gösterilebilmesi yolunda bir eğilim vardır<sup>47</sup>.

İnanca olarak kefil gösterilirse, kefilin doğrudan doğruya takip edilebilmesini sağlamak için, kefilin Türkiye'de konulu bulunması (veya Türkiye'de konul göstermesi) koşulu aranmalıdır.

Para dışındaki inanca biçimlerinden birinin gösterilmesi, mahkemenin uygun görmesi koşuluna bağlıdır. Eğer iki taraf inancanın çeşit ve biçimini sözleşmelerinde açıkça göstermişlerse, inanca ona göre belirlenir. Yasanın başka biçimde inanca gösterilmesine izin verdiği durumlarda (örneğin İİK m. 36), o biçim inanca da gösterilebilir (HUMK m. 96).

İnancanın tutarını yargıç belirler. Yargıç bu tutarı belirlerken, yasanın inanca ile sağladığı yararı gözönünde bulundurmalıdır. Bu durumda yargıç, EHVK m. 3 sözkonusu ise hem karşı tarafın yararı ile yargılama giderini, hem de Hazinesinin yargılama giderini;

<sup>43</sup> Bkz. Kuru s. 644 dn. 2.

<sup>44</sup> 1971 tarihli Hukuk Yargılama Usulü Yasasına göre (m. 114), inanca türleri şöyledir : «...para ile borsada kayıtlı hâmiline veya beyaz ciro lu nama yazılı hisse senetleri ve tahviller olabileceği gibi, geçerli bir banka kefalet mektubu ve geçerliliği yetkili makamca ve imzası noterce onanmış müteselsil kefaletname yahut taşınır veya taşınmaz mal rehni.....»  
.....Şu kadar ki, Devlet tahvillerinden başka hisse senetleri ve tahviller buradaki değerlerinin ancak üçte ikisi oranında teminat olabilirler.»  
Bu maddenin gerekçesi için bkz. 28.4.1971 tarihli HYUK Tasarısı (1/474) s. 27 - 29.

<sup>45</sup> Karş. CMUK m. 349.

<sup>46</sup> Belgesay Adliye s. 29; karş. Bilge s. 300.

<sup>47</sup> Bkz. Kuru s. 644; Ansay s. 170; Bilge s. 300; karş. Belgesay - Adliye s. 262.

HUMK m. 97 sözkonusu ise, karşı tarafın olasıklık zararı ile yargılama giderini karşılayacak ölçüde inanca gösterilmesini istemelidir<sup>48</sup>. Yargılama gideri HUMK m. 423'te gösterilmiştir. Bunlar özet olarak, vekil ücretleri, yolculuk giderleri, ilâm harçları, tanık, bilirkişi ücret ve giderleri, resmî dairelerden istenecek belgelere yapışacak pul harçları, tarife gereğince mahkeme kalemi aracılığıyla yapılan giderlerle duruşma, keşif ve haciz giderleridir.

Davanın başında belirlenen inanca tutarı, koşulların değişmesi durumunda arttırılabileceği gibi, aynı zamanda azaltılabilir.

İnancanın yeterli veya geçerli olup olmadığı hakkında uyuşmazlık çıkarsa, bu, davayı inceleyen yargıç tarafından, hâdiseler hakkındaki yöntem (HUMK m. 222 vd.) göre çözümlenir (HUMK m. 100).

İnanca bakımından önemli diğer bir konu da, inancanın ne parası olarak gösterileceğidir. Yargıtay, Türkiye'de oturmeyan davacının inancayı döviz olarak Türkiye'ye getirmesini ve bunun tanıtlanmasını istemektedir<sup>49</sup>. Türkiye'de oturmeyan davacılar bakımından Yargıtay'ın bu kararına katılabilir. Ancak, inancanın döviz olarak getirilmesi koşulunun Türkiye'de oturan yabancı davacı-

<sup>48</sup> Bkz. 2. HD. 10.6.1971 E. 3799, K. 3754 (RKD 1971/11 s. 358 - 359).

<sup>49</sup> 4. HD. 16.3.1965 E. 3786 K. 1468 (AD 1966/2 s. 172): «...mahkemenin takdir ettiği 500 lira inancanın yatırıldığı tutanağa geçirilmiş ise de, bu inancanın Türk parasının değerinin korunması konusundaki 1567 sayılı Kanun ve bunun uygulanmasına ilişkin 11.8.1962 gün ve 11178 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 17 sayılı Kararnamenin 82 inci maddesi gereğince getirilmiş inanca parası olması Usulün 100 üncü maddesinin hükmü gereğidir». 2. HD. 7.5.1973 E. 3064, K. 3001, (ABD 1973/5 s. 975): «...Davacı Yunan uyrukludur. O halde davanın rüyet olunabilmesi için, Muvakkat Kanunda yazılı teminat şartının re'sen aranması icabeder... döviz olarak yeterince teminat Merkez Bankasına bloke ettirildikten sonra davaya devam edilmesi gerekirken...». 4. HD. 21.11.1968 E. 3681, K. 9236 (Renda - Onursan s. 805 - 806) : «...Türk Parasının Değerini Koruma Kararnamesi uyarınca döviz olarak veya yabancı bir bankanın garantisine dayanan Türkiye'deki milli bir bankadan alınacak inanca mektubu ile karşılamak ve davaya ondan sonra bakılmak gerekir».

2. HD. 1.12.1973 E. 6245, K. 6771 (RKD 1973/9 - 11 s. 323 - 324): «...Türk parasının kıymetinin korunmasına ilişkin kanun ve kararnamelerin amaçları gözetilip teminatın Merkez Bankasına Döviz olarak bloke edilmesi gerekir. Davacının Türk parası olarak mahkeme veznesine bir meblâğ yatırmış olması ile usulün 97 ve muvakkat kanun hükümleri yerine getirilmiş sayılmaz. Yani, teminat şartı gerçekleştirilmiş olmaz.»

lar (EHVK m. 3) bakımından aranması gerekir. Aksi durumda, uzun süredir ülkede oturan yabancı uyruklu, büyük güçlülere uğrayacaktır.

## H) İNANCANIN GÖSTERİLMESİ

### I — Gösterilme Zamanı

#### 1. *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda*

İnanca gösterilmesi isteme bağlıdır (HUMK m. 98, I). Yargıcın kendiliğinden, inanca gösterilmesini istemesi sözkonusu değildir. HUMK m. 98'e göre, inanca istemi, davanın açılmasından sonra ve esasa girişilmezden önce veya Türkiye'de oturan kimse davaya katılır katılmaz ileri sürülmek gerekir. Yani, inanca istemi ilk itirazlardandır. Nitekim ilk itirazları belirleyen 187. maddede, Türkiye'de konulu bulunmayanlardan istenecek inancanın ilk itiraz olarak ileri sürülmesi yazılmıştır (HUMK m. 187/1)<sup>50</sup>.

Buna göre, asliye mahkemelerinde inanca, esasa cevap süresi (yani, HUMK m. 195'e göre kural olarak, 10 gün) içinde istenmelidir. Sözlü yargılama yönteminde (HUMK m. 473 - 491) inanca, ill duruşmada esasa girişilmezden önce istenir. Basit yargılama yön temine uyruk davalarda (HUMK m. 507 - 511) da durum böyledir. Bu süreler geçtikten sonra sonra inanca gösterilmesi, kural olarak istenemez.

Türkiye'de konulu bulunmayan davaya katılan bakımından da inanca, davaya katılan kimse davaya katılır katılmaz ileri sürülmelidir. Eğer davaya katılmadan sonra, inanca isteminde bulunulmadan bazı işlemler yapılmış olursa, ondan sonra inanca istenmesi sözkonusu olamaz.

Türkiye'de konulu bulunan davacının (veya davaya katılanın) HUMK m. 97'ye göre inanca yaptırması sözkonusu değildir. Böyle bir kimse, dava açtıktan (veya davaya katıldıktan) sonra konulunu Türkiye dışına çıkarırsa (yani, konulunu yabancı ülkeye taşırsın)

<sup>50</sup> Bkz. örneğin 2. HD 7.5.1973 E. 3064, K. 3001 (ABD 1973/5 s. 975): «97. maddede açıklanan teminat, Türk vatandaşları hakkında olup iptidai itirazdandır...». 4. HD. 21.11.1968, E. 3681, K. 9236 (Renda - Onursan s. 805 - 806): «Usulün 97. maddesinde ilk itiraz niteliğinde kabul edilen inanca...».

sa), inanca, bu taşıma durumunun karşı tarafa bildirilmesinden hemen sonra yapılmalıdır. Aksi durumda, inanca istemi düşer (HUMK m. 98, II).

Danıştay'da da inanca istemi, ilk itirazlardandır<sup>51</sup>. Çünkü Danıştay K. m. 88, HUMK'undaki inancaya ilişkin hükümlerin (HUMK m. 96 - 100), Danıştay'da görülecek davalar bakımından da uygulanacağını belirtmektedir. Bu nedenle inancanın ilk itiraz olduğunu gösteren HUMK m. 98'in de Danıştay'da uygulanacağı doğaldır.

İnanca istemi üzerine yargıç, inanca yükümlüsü olan davacıya (veya davaya katılana) inanca göstermesi için uygun bir süre verir (HUMK m. 99). Bu sürenin belirlenmesinde yargıç, inancanın döviz olarak yatırılması gerektiğinden, dövizin sağlanabilmesi için gerekli süreyi de gözönünde bulundurmalıdır. Yargıcın tanıdığı sürenin istem durumunda, uzatılabilmesi olanaklıdır (HUMK m. 163). Eğer belirlenen süre içinde inanca gösterilmezse, yargılamada hazır bulunulmamış sayılır (HUMK m. 99).

HUMK'daki inanca ilk itirazlardan olduğu (ve tarafların yararını koruduğu) için, davada inanca gösterilmemesi yolunda yapılan sözleşme geçerlidir<sup>52</sup>.

## 2. *Ecnebilerin Hukuk ve Vezaiî Hakkındaki Kanunda*

EHVK m. 3'de (ve HUMK'da), yabancıların gösterecekleri inancanın zamanı hakkında herhangi bir hüküm yoktur. Öğretide, karşılıklı iki görüş vardır. Bir görüşe göre<sup>53</sup> EHVK'daki inanca, kamu yararını değil, Türk davalının kişisel yararlarını korur. EHVK'da hüküm olmadığı için HUMK'daki hükmün uygulanması, yani EHVK m. 3'deki inanca isteminin de ilk itirazlardan olması gerekir. Diğer bir görüşe göre<sup>54</sup>, EHVK'daki inanca yargıç tarafından kendiliğinden gözönüne alınır.

<sup>51</sup> Bkz. Dava Daireleri Kurulu 16.12.1966 E. 758, K. 1635 (Danıştay Kararları 1965 - 1967 s. 185 - 186); «HUMK'nun 98 ve 188. maddeleri hükümleri karşısında, davalı teminat talebinde bulunmadığına göre Türkiye'de MK gereğince ikametgâhı olmayan davacılarından teminat istenmesine mahal bulunmadığına...».

<sup>52</sup> Bilge s. 299.

<sup>53</sup> Berki - Makale s. 418 - 419, Göger s. 86 - 87; Berki - DHH s. 188.

<sup>54</sup> Kuru s. 649; Bilge s. 302; Postacıoğlu s. 338; Umar - Alangoya s. 6; Çelikel s. 210.

Kanımızca, EHVK'da düzenlenen inanca, yargıç tarafından kendiliğinden gözönüne alınmalıdır. Çünkü, EHVK m. 3'te öngörülen inanca ile yalnız davalının zararı ve yargılama giderleri değil, aynı zamanda Hazinesinin yargılama giderleri de sağlanmak istenmektedir. Bu nedenle yargıç, Hazinesinin yararını, istem olmadan göz önüne almak zorunda olmalıdır. Öte yandan HUMK m. 187'de ilk itirazlar, sınırlı (tahdidî) olarak sayılmıştır. HUMK m. 187 dışında ilk itirazların konulabilmesi, özel yasalarda açık hüküm bulunmasına bağlıdır. Bu nedenle, örneğin TK m. 5'te öngörülen işbölümü de bir ilk itiraz olarak kabul edilmektedir. EHVK m. 3'de ise inancanın ilk itiraz sayılacağına ilişkin herhangi bir hüküm yoktur.

Bu nedenlerle, yargıç EHVK m. 3'teki inancayı kendiliğinden gözönünde bulundurmamak zorunda olmalıdır. Nitekim Yargıtay da EHVK daki inancanın kendiliğinden gözönüne alınması gerektiği görüşünü benimsemektedir<sup>55</sup>.

## II — İnanca İsteminin İncelenmesi

İlk itirazlar, hâdiseler hakkındaki hükümlere (HUMK m. 222 vd.; 483 vd.) göre incelenir ve çözümlenir (HUMK m. 190). Gerek HUMK m. 97'deki ve gerek EHVK m. 3'teki inancanın da hâdiselere göre incelenip çözümlenmesi gerekir.

İnancanın gerekip gerekmediği, yeterli olup olmadığı hakkında, davayı inceleyen yargıç karar verir (HUMK m. 100).

Yazılı yargılama yönteminde, inancaya ait bir sorun çıkarsa, duruşmada ileri sürülüyorsa sözlü olarak; duruşma dışında ileri sürülürse iki örnek dilekçe ile mahkemeye başvurulmak gerekir (HUMK m. 483). Yargıç, önce istemin yerinde olup olmadığına karar verir. Eğer istemi yerinde görürse, istemin dilekçe ile yapılmış olması durumunda, dilekçenin bir örneğini karşı tarafa yazılı bildirir (tebliğ eder) ve bir süre belirleyerek ne diyeceğini sorar (HUMK m. 223, I). Eğer, istem sözlü olarak yapılmışsa, hemen sözlü olarak istem hakkında karar verilir (HUMK m. 484). İnanca hakkında verilecek karar, mahkemenin işten elçektirmesini gerek-

<sup>55</sup> 2. HD. 7.5.1973 E. 3064 K. 3001 (ABD 1973/5 s. 975): «...Muvakkat Kanununda yazılı teminat şartının re'sen aranması icabeder...». 4. HD 21.11.1968 E. 3681, K. 9236 (Renda - Onursan): «...yabancılar halen yürürlükte bulunan 23 Şubat 1330 günlü EHVK uyarınca her halde inanca göstermeye zorunludurlar. Mahkemece bu yön re'sen gözetilmek... gerekir».

tirmediği için (çünkü, HUMK m. 99'a göre, inanca verilmemesinin yaptırımını, yargılamada bulunmamaktır) yalnız başına temyiz edilemez. Ancak, EHVK m. 3'deki inancanın yerine getirilmemesi durumunda, davanın görülmemesi gerektiğini ileri süren hukukçular vardır. Eğer bu görüş kabul edilirse, inancanın verilmemesinin yaptırımını, davanın görülmemesi, yani mahkemenin işten el çekmesini gerektirmesi, nedeniyle bu karar yalnız başına temyiz edilebilecektir.

Yargıç, inanca gösterilmesine karar verirse, kararlaştıracağı uygun inancayı (veya tarafların aralarında kararlaştırdıkları inancayı) yatırması için uygun bir süre verir (HUMK m. 99)<sup>56</sup>.

### III — İnanca Gösterilmemesinin Sonuçları

HUMK m. 99'a göre, yargıç tarafından belirlenecek süre içinde inanca yatırılmazsa yargılamada bulunulmamış sayılır<sup>57</sup>. Buna göre, inanca yükümlüsü davaya katılan ise, katılma istemi kabul edilmez; davacı ise yargılamada bulunmamış sayılır.<sup>58</sup> Bu durumda davalı, isterse karşı tarafa bir gıyap kararı tebliğ etirerek, onun hakkında gıyap kararı alınmasını ister<sup>59</sup> veyahut dosyanın işlemden kaldırılması (HUMK m. 409) yoluna başvurur<sup>60</sup>.

EHVK m. 3'deki inancanın gösterilmemesinin sonucu nedir? Bu konu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, EHVK m. 3'deki inanca verme yükümü yerine getirilmezse HUMK m. 99'daki hüküm uygulanarak, davacının yargılamada bulunmamış sayılmasına karar verilmelidir<sup>61</sup>. Diğer görüşe göre, inanca yükümü yerine getirilmezse davanın görülmesi gerekir<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> Bkz. 6. HD. 15.12.1969 E. 4104, K. 5113 (Malatyahoğlu, Kutsi - Ertaş, Hami : İçtihatlı, Notlu Paylaşırma ve Kat Mülkiyeti Kurulması Davaları, Ankara 1971 s. 253).

<sup>57</sup> Karş. Neuchâtel UK m. 92.

<sup>58</sup> Kuru s. 648.

<sup>59</sup> Karş. Bilge s. 302.

<sup>60</sup> Kuru s. 648.

<sup>61</sup> Kuru s. 650.

<sup>62</sup> Postacıoğlu s. 338; Seviğ - Nomer - Sakmar s. 75.

Yargıtay'da yeni kararlarında ikinci görüşü kabul etmektedir<sup>63</sup>. Kanımızca da, EHVK'daki inanca yükümü yerine getirilmezse, davanın görülmemesi gerekir. Bu nedenle, Alman Usul Kanunu (ZPO) §. 271, III'deki inancanın verilmemesi durumunda, davanın geri alınmış sayılacağı yolundaki hükme<sup>64</sup> katılıyoruz. 1971 tarihli, Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı m. 120'de de öngörülen değişiklikte, inanca göstermemenin yaptırımının, davanın açılmamış veya katılma isteğinden vazgeçilmiş sayılacağı yolunda hüküm konulmuştur.

### I) İNANCANIN GERİ VERİLMESİ

İnancanın gösterilmesini gerektiren nedenler daha sonra ortadan kalkabilir. Örneğin, inanca gösteren yabancı, Türk uyrukluğunu kazanmıştır veya Türkiye'de konulu olmayan davacı (veya davaya katılan) konulunu Türkiye'ye taşımıştır. Bu durumda istem üzerine mahkeme inancanın geri verilmesini kararlaştırmalıdır<sup>65</sup>. Ancak mahkemenin, yararına inanca verilmiş olan davalının da ne diyeceğini sorması uygun olur. Yürürlükte olan yasalarda, inancanın geri verileceğine ilişkin bir hüküm yoktur.

1971 tarihli Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısına bu yolda hüküm konulması yerinde olmuştur<sup>66</sup>.

### J) İNANCADAN BAĞIŞIKLIK SAĞLAYAN DURUMLAR

Yabancı, Türk'e karşı (EHVK m. 3); Türkiye'de konulu bulunmayan, Türkiye'de konulu bulunana karşı (HUMK m. 97) dava açarsa (veya davaya katılırsa) inanca göstermek zorundadır. Ancak bazı durumlarda, bu zorunluluk ortadan kaldırılmakta, başka bir deyişle, bazı durumlarda inancadan bağışıklık söz konusu olmaktadır. Bu durumları ayrı ayrı incelemek gerekir; çünkü HUMK ve EHVK'de değişik bağışıklık durumları öngörülmüştür.

<sup>63</sup> Bkz. 4. HD 21.11.1968 E. 3681, K. 9236 (Renda - Onursan s. 805 - 806); 2. HD. 1.2.1972 E. 6246 K. 6771 (ABD 1973/5 s. 975).

<sup>64</sup> Bkz. Rosenberg - Schwab s. 416.

<sup>65</sup> Bkz. Rosenberg - Schwab s. 417 - 418.

<sup>66</sup> Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı m. 115.

### I — Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda

Konulu Türkiye'de bulunmayan davacının (veya davaya katılanın) konulunun bulunduğu ülke ile Türkiye arasında, *konul açısından*, inancadan bağışıklık hakkında bir *antlaşma* (sözleşme) (karşı EHVK m. 3) varsa, davacı (veya davaya katılan) inanca göstermekten bağışıktır (HUMK m. 97, II son cümle). Türkiye'nin yaptığı antlaşmaların bazılarında, yabancının *yabancı olması nedeniyle* inanca göstermekten bağışık olduğu belirtilmektedir. Bu yoldaki hükümler, HUMK'daki inanca gösterme yükümünü ortadan kaldırmaz; yani bu yoldaki hükümler HUMK bakımından inancadan bağışıklık sağlamaz. HUMK m. 97, konul ölçütünü kabul ettiği için, yapılan antlaşmaların konul açısından bağışıklık sağlayabilmeleri, antlaşmanın konul açısından olmasını gerektirir. Yapılan antlaşmalarda, bu karışıklığın ortadan kaldırılması amacıyla, hem konul hem de uyrukluğ açısından hükümler birarada kullanılmaktadır. Örneğin, Lahey Sözleşmesinin 17. maddesi şöyledir: «Âkit devletlerden birinde ikamet eden ve diğer bir devlet mahkemesi huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan âkit bir devletin vatandaşlarından yabancı olmaları veya o memlekette ikamet veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne isim altında olursa olsun bir teminat veya depozito istenemez»<sup>67</sup>. Bu antlaşmaya taraf olan devletler şunlardır: Türkiye, Batı Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, İspanya, Finlandiya, Fransa, İsrail, İtalya, Japonya, Lüksemburg, Norveç, Hollanda, Portekiz, İsveç, İsviçre, Çekoslovakya, Yugoslavya, Macaristan, Polonya, Romanya, Sovyetler Birliği (Rusya) Vatikan Sitesi ve Fas.

Uluslararası toplu antlaşmaların yanında, ayrı ayrı devletlerle yapılan inancadan bağışıklık hükümlerini de taşıyan antlaşmalar vardır<sup>68</sup> ve bunlar da geçerlidir (Lahey Sözleşmesi m. 17, III).

İnancadan bağışıklık hakkında bir antlaşmanın var olup olmadığında duraksanırsa, bu konunun Dışişleri Bakanlığından sorulması gerekir<sup>69</sup>.

Adli yardımdan yararlanan kişi, inanca göstermekten bağışıktır (HUMK m. 446/3). Ancak, yabancıların (veya kanımızca, konu-

<sup>67</sup> Bkz. Lahey Sözleşmesi, RG 23.2.1972 sa. 14137 ve RG. 23.5.1972 sa. 14194.

<sup>68</sup> Bkz. Umar - Alangoya s. 32 vd. daki andlaşmalara.

<sup>69</sup> 6. HD. 9.9.1966 E. 49, K. 2969 (ABD 1966/6 s. 10891).

lu Türkiye’de bulunmayanların) adli yardımdan yararlanmaları, karşılıklılık kuralına bağlıdır (HUMK m. 465, II).

Bağışıklık sağlayan antlaşma ortadan kalkarsa, inanca yükümlülüğü doğar<sup>70</sup>. Böylece, başlangıçta inanca vermeyen davacı (veya davaya katılan), inanca vermek yükümlülüğü altına girer. Aynı biçimde, başlangıçta inanca veren kimsenin ülkesi ile Türkiye arasında inancadan bağışıklık antlaşması yapılırsa, alınan inancanın geri verilmesi uygun olur.

## II — Ecnebilerin Hukuk ve Zezaifi Hakkındaki Kanunda

EHVK m. 3, inancadan bağışıklık konusunda HUMK m. 97’den iki noktada ayrılmaktadır. Herşeyden önce, HUMK m. 97, II son cümle, inancadan bağışıklık için antlaşma koşulunu ararken, EHVK m. 3, *karşılıklı işlem* (muamelei mukabile) koşulunu yeterli görmektedir. Yani, EHVK m. 3’de bağışıklık için antlaşma koşul değildir, yasal politik, eylemsel (fiili) karşılık da yeterlidir. Yargıtay da bunu kabul etmektedir<sup>71</sup>. Antlaşma hükümleri ile de EHVK m. 3 açısından inanca bağışıklığının konulması da doğaldır<sup>72</sup>.

Yabancı ülke yasaları, yabancılardan (ve özellikle Türk’ten) inanca gösterme yükümü aramıyorsa, bu ülke uyruğu da, Türkiye’de dava açarsa (veya davaya katılırsa) inanca göstermekten bağışık tutulmalıdır<sup>73</sup>.

EHVK m. 3, HUMK m. 97’de yer almayan bir bağışıklık nedeni daha öngörmektedir: Yabancıların Türkiye’de yeteri kadar malı varsa, inanca gösterme yükümü yoktur. Çünkü, inancanın konulma amacı olan, yabancıya karşı hüküm verilirse bunun uygulanamaması endişesi, yabancıların Türkiye’de yeteri kadar malının bulunması ile ortadan kalkmaktadır. Yargıtay’a göre, Türkiye’de

<sup>70</sup> Ansay s. 171.

<sup>71</sup> «İngiltere’de Türk vatandaşın teminat iraesinden muaf tutulduğu iddia ve ispat edilmedikçe mukabil davacı sıfatıyla olsa dahi Türkiye’de ikametgâhı olmayan İngiliz Tâbiyetindeki davacıdan teminat alınması isteğinin meskût bırakılması yolsuzdur.» (TD. 9.2.1951 E. 3289, K. 730; Özbek-Kazançı s. 103 no: 475).

<sup>72</sup> Bkz. Lahey Sözleşmesi m. 17, III ve Alangoya - Umar s. 32 vd. daki antlaşmalara.

<sup>73</sup> Berki - makale s. 422.

bloke edilmiş mallar, inanca olarak kabul edilemez<sup>74</sup>. Biz bu karara katılmıyoruz. Çünkü, malların bloke edilmesi, mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaz ve bloke edilen mallar inanca olabilmelidir<sup>75</sup>. Dava sonunda davalının, zararını ve yargılama giderini bloke edilmiş mallardan alması olanaklıdır.

HUMK m. 466'ya göre, adli yardımdan yararlanan alacaklılar, inanca göstermekten başıktır. Ancak yabancıнын adli yardımdan yararlanması ise, karşılıklı işlemin varlığına bağlıdır (HUMK m. 465, II).

### K) OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN YAKLAŞIM

Yukarda görüldüğü gibi, inanca konusunda farklı iki yasa vardır. Bunlardan EHVK Fransa'dan, HUMK ise İsviçre'nin Neuchâtel (Nöşatel) Kantonu Usul Yasasından alınmıştır. Bu nedenle, her iki yasa arasında, başta, benimsedikleri ölçüt olmak üzere, birçok farklı noktalar bulunmaktadır. Bu farklara yukarda yeri geldikçe değinildi. Her iki yasanın farklı ölçütleri benimsemesi, daha sonraki tarihli HUMK'nun, eski tarihli EHVK'yı yürürlükten kaldırıp kaldırmadığı da ileri sürülmüştür; bu tartışmayı da kısaca yukarda belirttik.

EHVK m. 3 ile HUMK m. 96 - 100'ün değişik biçimleri, uygulamada bazı duraksamalara ve çelişkili sonuçlara neden olmaktadır. Bu nedenle, iki yasa hükmünün tek düzen durumuna getirilmesinin mutlak olarak gerekli olduğuna inanıyoruz.

İnancanın konuluş amacı, davalının haksız çıkması durumunda bazı zararlara uğrayacağı ve davacının da bu zararı ödeyeme olasılığının bulunması endişesidir.

HUMK m. 96 vd.'ndaki hükümler bizce, EHVK m. 3'e oranla daha uygundur. Çünkü, uyrukluk ölçütünü kabul eden EHVK

<sup>74</sup> Göger s. 88. Yargıtay da bu görüştedir: «... Suriye Tebaasına ait mallar bloke edilmiştir. Bu itibarla bunların artık teminat olarak mütalâaları mümkün olamayacağına...» (2. HD. 21.3.1963, E. 1638, K. 1687 : Yazıcı - Atasoy, Şahıs aile ve miras hukuku ile ilgili Yargıtay Tatbikatı, 1952 - 1970, Ankara 1970, s. 795 no: 1391).

<sup>75</sup> Göger, Erdoğan : Kanunlar İhtilâfı (içtihatlar açısından bağlama Kuralları), Ankara 1973 s. 121.

m. 3'e oranla daha uygundur. Çünkü, uyrukluk ölçütünü kabul eden EHVK m. 3, yetersiz bir hükümdür. EHVK m. 3'e göre inanca, sadece yabancı'nın Türk'e karşı dava açması durumunda söz-konusudur. Yabancı'nın Türkiye'de konulu bulunsa, buna karşın Türk uzun yıllardır yurt dışında yaşasa da EHVK m. 3'deki inanca yükümü uygulanacaktır. Oysa HUMK m. 97'nin kabul ettiği ölçütte, inancanın uygulama alanı daha geniştir. Buna göre, Türkiye'de konulu bulunmayan Türk, Türkiye'de konulu bulunan Türk'e (veya yabancıya) karşı dava açarsa (veya davaya katılırsa) inanca gösterecektir. Aynı biçimde, Türkiye'de konulu bulunmayan yabancı, Türkiye'de konulu bulunan Türk'e (veya yabancıya) karşı dava açarsa (veya davaya katılırsa) inanca gösterecektir. Bu nedenle biz, EHVK m. 3'ün yürürlükten kaldırılmasından yanayız. Bu yüzden, 1971 tarihli Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısının m. 604/c hükmündeki, EHVK m. 3'ün yürürlükten kaldırılması yolundaki öneriyi destekliyoruz. Ancak, adı geçen yasa tasarısının 116. maddesindeki, «Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan yabancı davacı veya davaya katılan... teminat göstermek zorundadır» biçimindeki hükme katılmıyoruz. Maddedeki, «yabancı» deyişimiyle inancanın uygulama alanı daralacaktır. Tasarı, bu biçimde yasalaşırca, yabancı koşul olduğu için, Türkiye'de konulu bulunmayan Türk uyruklu inanca göstermeyecek demektir. Oysa, Yargıtay'ın da çeşitli kararlarında benimsediği gibi, Türkiye'de konulu bulunmayan Türk uyruklunun da, Türkiye'de konulu bulunan Türk'e (veya yabancıya) karşı dava açması durumunda inanca göstermesi inancanın konulu amaçlarından biridir. Bu nedenle, Tasarı m. 116'da değişiklik yapılması gereklidir.

HUMK m. 97'deki konul ölçütünün daha uygun olduğunu ve EHVK m. 3'ün kaldırılmasını benimsediğimizi belirttik. Ancak, bu ölçütteki «konul» teriminde de değişiklik yapılmalıdır. Yürürlükte bulunan HUMK m. 97, Yurttaşlar Yasasındaki konulun inanca bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir. Yargıtay da bu temelden hareketle, Almanya'da çalışan Türk işçisinin, nüfus kaydı Türkiye'de olduğu varsayımını kabul ederek konulunun Türkiye'de olduğuna karar vermiştir<sup>76</sup>.

Konul kavramı, ülkeden ülkeye ve hatta aynı ülkede yürürlükte bulunan yasalar arasında da değişen bir kavramdır. Örneğin,

<sup>76</sup> Bkz. Yuk. dipnot 31'de anılan Yargıtay kararına.

MK m. 19; HUMK m. 9; Gelir Vergisi Kanunu m. 3'te farklı konul kavramları yer almaktadır. Özellikle 1711 sayılı Yasa ile değiştirilen HUMK m. 9'da ilginç bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, «Her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının Türk Kanunu Medenisi gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görülür... (HUMK m. 9, I) ...Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgâhı veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir (HUMK m. 9, III): «Görüldüğü gibi, Yurttaşlar Yasasındaki konul kavramı yeterli olmadığı için HUMK m. 9'a, eşlerin son olarak altı aydan beri oturdukları yer mahkemesinin de boşanma ve ayrılık davalarında yetkili olacağı yolunda hüküm konulmuştur. Yani, her yasa (veya hukuk alanı) kendine özgü bir konul kavramına gereksinme duymaktadır<sup>77</sup>. Özellikle, devletler özel hukuku da aynı gereksinme içindedir. Devletler özel hukukunun yabancılar hukuku bölümüne giren, inanca bakımından da aynı gereksinme sözkonusudur. Yabancılar hukuku bakımından uygulanacak konul kavramı, endüstriyel toplumun gereksinmelerine uygun olmalıdır. Altı aylık bir sürenin konul için yeterli olduğu ileri sürülmektedir ve bu öneri, dünyada yavaş yavaş benimsenmeye başlanmıştır. HUMK m. 9, III de buna bir örnektir. İnanca bakımından benimsenen konul ölçütünde, konul koşulunun Türkiye'de altı aydan çok oturan herkes için gerçekleştiği kabul edilebilir. Bu nedenle, yasada yapılacak değişiklikte hem konul ölçütü kabul edilmeli ve hem de altı aydan çok Türkiye'de oturan kimsenin inanca yatırmasına gerek olmadığı yolunda hüküm konulmalıdır<sup>78</sup>.

Konul ölçütünü kabul etmemiz yanında, yasada, inanca bakımından yapılacak değişiklikte bazı konuların daha gözönünde bulundurulmasını öneriyoruz. Konul kavramı geniş tutulacağı için bunun kötüye kullanılmasını engelleyici önlemler (tedbirler) de getirilmelidir. Eğer, davacının (veya davaya katılanın) yurt dışına kaçma olasılığı varsa, yargıçtan istemde bulunularak inanca gösterilmesi sağlanmalıdır.

Yargıtayın uygulamasına göre, yabancıların inanca olarak döviz göstermesi gerekir. Bu döviz koşulu aranmayabilir. Önemli olan,

<sup>77</sup> 1711 sayılı m. 9'un gerekçesi için Gürdoğan, Burhan : Hukuk Usulündeki Son Değişiklikler, Ankara 1973 s. 6 - 8.

<sup>78</sup> Bkz. Bu konuda Göğler s. 79 - 81.

zararların karşılanması olduğuna göre, aynı amacı Türk parası da görebilir.

İnancadan bağışıklık konusunda, HUMK m. 97, II'de, anlaşmanın varlığı aranmıştır. Bunun yanında, EHVK m. 3'te belirtilen karşılıklılık koşulunun HUMK'a konulması ve böylece ortada anlaşma olmasa bile, bunun da inancadan bağışıklık sağlaması önerilebilir. Ayrıca, inanca yükümlüsünün Türkiye'de yeteri kadar malı varsa, bu da bağışıklık nedeni olmalıdır. Çünkü, Türkiye'deki mallar inancadan umulan yararı sağlayabilecektir.

Sonuç olarak, yürürlükte bulunan farklı yasalar, inancayı **değişik biçimde düzenlemişlerdir**. Bu ayrılık ortaya çeşitli sakıncalar çıkarmaktadır. İnanca hakkında, gerekli yasa değişiklikleri yapılarak uygulamadaki duraksamalara son verilmelidir.

## B İ B L İ Y O G R A F Y A

- Altuğ, Yılmaz :** Yabancıların Hukukî Durumu, 4. Bası, İstanbul 1971.
- Ansay, Sabri Şakir :** Medenî Yargılama Usulleri, 6. Bası, Ankara 1957.
- Belgesay, Mustafa Reşit :** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Tabı, C. I, İstanbul 1939 (kısaltılmışı : Belgesay - Şerh).
- Belgesay, Mustafa Reşit :** 23 Şubat 1330 Muvakkat Kanununun Teminata Dair Hükümleri Mer'i midir? (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945, C. XI, Sa. 1-2, s. 264-270) (kısaltılmışı : Belgesay-Makale).
- Belgesay, Mustafa Reşit :** Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, IV. Devletler Hususi Hukukunda Adliye, 2. Kısım, İstanbul 1938 (Kısaltılmışı : Belgesay - Adliye).
- Berki, Osman Fazıl :** Ecnebilere Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1946, C. III sa. 2-4, s. 401-422) (Kısaltılmışı : Berki-Makale).
- Berki, Osman Fazıl :** Devletler Hususi Hukuku C. I, Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku ,7. Bası, Ankara 1970 (kısaltılmışı : Berki DHH).
- Bilge, Necip :** Medenî Yargılama Hukuku, 2. Bası Ankara 1967.
- Çağlayan, Muhtar :** Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1966.
- Çelikel, Aysel :** Yabancılar Hukuku Dersleri, İstanbul 1974.
- Dinçman, Bedii :** Teminat Gösterme Mükellefiyetinin Tâbiyet Yönünden İncelenmesi (Ankara Barosu Dergisi, 1948 sa. 45, s. 22-24).
- Göğer, Erdoğan :** Yabancılar Hukuku, Ankara 1974.
- Ersoy, Rifat :** Notlu, İzahlı, İçtihatlı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun, Ankara 1968.
- Guldener, Max :** Schweizerische Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 1958.
- Güre, Behzat :** Hukuk Usulünde Teminat (TBB'nin Düzenlediği 1. Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğ) Ankara 1972.
- İnan, Ahmet :** Notlu ve İzahlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve ilgili İçtihatlar, Ankara 1969.

- Kantar, Baha :** Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957.
- Karafakih, İsmail Hakkı :** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952.
- Karafakih; İsmail Hakkı :** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952.
- Kunter, Nurullah :** Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1974.
- Kuru, Baki :** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, Ankara 1974.
- Lent, Friedrich - Jauernig, Othmar :** Zivilprozessrecht, 11. Auflage, München und Berlin 1963.
- Öktem, İmran :** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İçtihatları, 2. Bası, Ankara 1943.
- Öztek, Esat - Kazancı, Sadi :** Nazari ve Tatbiki İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1957.
- Postacıoğlu, İlhan :** Medenî Usul Hukuku Dersleri, 5. Bası, İstanbul 1970.
- Rosenberg, Leo - Schwab, Karl Heinz :** Zivilprozessrecht, 10. Auflage, München 1969.
- Seviğ, Muammer Raşit :** Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı kaidelerinin sentezi, İstanbul 1945 (kısaltılmışı : Seviğ - Sentez).
- Seviğ, Muammer Raşit :** Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı kaidelerinin sentezi, İstanbul 1945 (kısaltılmışı : Seviğ - Sentez).
- Seviğ, Muammer Raşit - Sevit, Vedat Raşit :** Devletler Hususi Hukuku (Yabancıların Hukukî Durumu), 2. cilt, 4. bası, İstanbul 1970 (kısaltılmışı: Seviğ - Yabancılar).
- Seviğ, Muammer Raşit - Seviğ, Vedat Raşit :** Devletler Hususi Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1962 (Kısaltılmışı : Seviğ - DHH).
- Seviğ, Vedat Raşit - Nomer, Ergin - Sakmar, Atâ :** Devletler Hususi Hukuku Pratik Çalışmaları, İstanbul 1972.
- Umar, Bilge - Alangoya, Yavuz :** Andlaşmalarımızda ve ilgili Mevzuatımızda Medenî Usul Hukukuna İlişkin Hükümler, İstanbul 1966.