

YARGITAY DERGİSİ

KURULUŞ : OCAK 1975

Cilt : 3

Nisan 1977

Sayı : 2

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğünce her ay yayınlanır.

Sahibi : **Yargıtay adına Birinci Başkan Cevdet MENTEŞ**

Yayın Müdürü : **Yargıtay Tetkik Hâkimi Ö. Faruk KARACABEY**

Derginin sayısı 15 TL., yıllık abone bedeli 180 TL. dir.

Abone işleri için Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğüne başvurulmalıdır.

Tel : 17 15 63

25 63 50 / 265

ÖZETLEME VE TASNİF KURULU :

Başkan : **Ali Rıza ÖNDER** (Yargıtay Üyesi)

Üye : **İbrahim ÖZER** (Yargıtay Tetkik Hâkimi)

Üye : **Orhan DURSUNKAYA** (Yargıtay Tetkik Hâkimi)

Üye : **Nail SUCU** (Yargıtay Tetkik Hâkimi)

Üye : **Teoman ÜNERİ** (Yargıtay Tetkik Hâkimi)

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
I. GENEL HUKUK	
a) Kemal GÜR	Üst Mahkemeler Üzerine . . . 5- 8
b) Halük HADİMOĞLU	Hukukta Sibernetik Ve Bilgi- sayar Kullanımı 9- 19
c) Emin AKBAŞ	Yargılamanın Dili 21- 27
II. CEZA HUKUKU	
a) Dr. Jur. Mustafa T. YÜCEL	Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Seçenek, Yaptırım Ve Önlemler 29- 38
b) Şefik GÜNER	Hayati Tehlike Oluşuna Yol Açan Eylemler 39- 48
c) Sami SELÇUK	Kanıtların Toplanmasında Ya- sallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti 49- 70
d) Dr. Necdet YALKUT	Türk Ve İtalyan Ceza Yasaları Açısından Hukuku Bilmeme Ve Yanılma 71- 80
III. MEDENİ HUKUK	
a) Esat ŞENER	Tereke Hakkında İhtiyati Ted- birler Ve Mirasın Resmen İdaresi 81- 94
b) Nihat YAVUZ	Medenî Kanununun 656. Madde- sinden Doğan Dava Türleri . . 95- 106
IV. TİCARET HUKUKU	
a) İsmail DOĞANAY	Müşterek (Büyük) Avarya Çeşitleri 107- 123
V. HUKUK USULÜ	
a) Cahit NALBANTOĞLU	Kanun Yararına Temyizin Düşündürdükleri 125- 131
VI. TAPULAMA	
a) Mehmet KAŞIKÇI	Tapulama Kanununun 54 üncü Maddesi Ve Tatbikatı 133- 150
VII. SOSYAL GÜVENLİK	
a) M. Gündüz İPEK	Türkiye'de Çalıştırılan Hürriye- ti Kısıtlanmış Kişilerin Sosyal Güvenlik Hakları 151- 153
VIII. Orhan DURSUNKAYA	Yasa Boşluğu Ve Yargıtay İçtihatları Birleştirme Karar- ları 155- 163
IX. KİTAP TANITMA	
a) Faruk KARACABEY	Adi Ortaklık 165- Orman Kanunu İlgili Mevzuat 166- 167
X. YARGITAY'DAN HABERLER	
a) Ali Rıza GENİŞ	Aramızdan Ayrılanlar 169- 173

GENEL HUKUK

ÜST MAHKEMELER ÜZERİNE

KEMAL GÜR (*)

Üst Mahkemeler üzerinde 1960'lerden bu tarafa süregelen tartışmalardan sonra, konuyu Adalet Bakanlığının da benimsediğini ve bir taslak üzerinde çalışmaya başladığını duyuyoruz.

Çeşitli meslekî toplantılarda enine boyuna tartışılan mesele ben de bu mahkemelerin kurulmasının Adli ve Sosyal bünyemize kesinlikle uymayacağı ve sonunda başarısızlığa uğrayacak bir deneme olacağı kanısını bırakmasaydı yeniden bu tartışmaya girmeyecektim.

Ama insan tabiatı buna elvermiyor.

Üst mahkemelerin kurulması niçin zararlı olacaktır ?

Açıklayalım :

Şer'îye mahkemelerinin ilgasına dair olup 1340 (1924) yılı Mayıs ayı başında yürürlüğe giren 469 sayılı yasanın 9. maddesi «İstinaf Mehakimi ve vezaifi mülgadır» hükmünü koymaktadır.

Bu maddenin sevkine sebep, üst mahkemelerin memleketimizde başarılı olamaması ve hak alınmasını uzatmasıdır. Bu husus adı geçen yasanın gerekçesinde zikredilmiştir. Memleketimiz yönünden denenmiş ve başarısızlığı tescil edilmiş olan bu mahkemelerin yeniden kurulması için nedense (hatta bazı tasarılar da hazırlanarak) ciddi çabalar sarfedilmeye başlanmıştır.

Önce şunu arz edelim ki, biz, bu çaba sahiplerinin iyi niyetinden asla şüphe etmiyoruz. Ve fikirlerine de saygı duyuyoruz. Ancak çok hatalı bir yoldadırlar. Bütün neşriyat ve konuşmalar göz-önüne alındıkta, konunun ağırlık noktası Yargıtay'ı bugün içinde bulunduğu büyük iş furyasından kurtarmak, bu büyük müesseseyi gerçek bir içtihat mahkemesi haline getirebilmektedir. Bu derdin yegâne çaresi, üst mahkemeleri 50 yıl sonra tekrar hukuk hayatına getirmek ise, çok yazık olacaktır.

(*) Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi üyesi.

Nüfusumuzun 10-15 milyon olduğu yıllarda davaların uzamasına sebep olan mahkemeler (üst mahkemeler) bugün 42 milyonluk bir memlekette işleri ne hale getirecektir. Acaba düşünüldü mü ?.. En son rakamlara göre (**) ilk mahkemelere yılda üç buçuk milyon civarında yeni dava açılmakta, bu mahkemelerdeki derdest iş sayısı ise altı buçuk milyonu bulmaktadır. Sorun Yargıtay'a gelen dosya adedini azaltmak için yeni üst mahkemeler kurmak değil, bu korkunç akımı önleyecek sosyal dertlerin kökenine inebilmektir.

Davaları ister üst mahkemeler önüne götürünüz, ister Yargıtay önüne çıkartınız (vatandaşın derdi) yönünden değişen bir şey olmayacaktır ki.. vatandaş, şimdi bir iki senede alabildiği hakkını üst mahkemeler kurulunca üç ayda alabilecektir ? Asla..

Tasarlanan sisteme göre öyle bir girdaba girilecektir ki, ilk mahkemede görülen dava bazan üst mahkemede tekrar görülecek, unutulmuş delillerin yeniden tartışmasına üst mahkeme önünde yeniden imkân verilecektir.. Üst Mahkeme hükümleri bazan kesin olacak, bazan ise kabili temyiz olacak ve hiç bir kimse bu hukuk girdabı içinde en basit davasını dahi avukatsız takip etmek imkânını, korkarım, bulamayacaktır. Çünkü artık kanunlarımızın sayısı ve kapsamı, yalnız zavallı vatandaş için değil, biz hukukçuların bile kavrayış gücünü aşar duruma gelmiştir.

Altmış yedi ilde kurulacak Üst Mahkemelere yuvarlak hesapla bin tecrübeli hâkim, onun üçte biri kadar savcı ve kalem teşkilâtı için ise, binlerce tecrübeli personele ihtiyaç olduğunu, onların bina ve levazım ihtiyaçlarını düşünürsek, Adalet Kuruluşumuzu yeniden nasıl sorunların beklediğini şimdiden kestirmek bile mümkün olmaz.

Yargıtay önce Sivas'ta sonra Eskişehir'de faaliyet göstermiş ve bu illere sığmadığı için Başkent'e nakledilmiştir.

Evet bunun anlamı büyüktür.

Bir üst, bir yüksek mahkemeyi küçük bir yerde kurmanın büyük sakıncaları vardır.

Fransa'da, Almanya'da üst mahkemeler bulunabilir. Bunlar başarılı da gözükebilirler.

(**) K. Ali Kâşifoğlu, Adalet Dergisi, 1976, Sh. 3 - 4.

Üst mahkemeler uygar ülke olmanın zorunlu (olmazsa olmaz) koşulu mudur ki bu görüşte üst mahkemeleri savunmak için sebep olarak gösterilebilmektedir ?

Herşeyden önce bir iş yaparken kendi şartlarımızı gözönünde bulundurmak zorunluluğunda değil miyiz ? Bakınız bugün ülkemizde ceza adaleti yönünden bir tanığın durumu nedir ?

Tanığı önce karakol, sonra savcı, sonra sorgu hâkimi ve sonra da mahkeme dinleyecektir.

Üst mahkemeler kurulunca bu vatandaş bu sefer de üst mahkeme huzurunda, il merkezine celbolunacaktır. Halbuki eskiden, yani bugünkü mevcut durumda, hiç değilse kendi ilçesinde, işi bitebiliyordu. Bugün, sıradan gündeliklerin nerelere vardığı hepimizce bilinmektedir. Yuvarlak olarak beş milyon davada ortalama üçer tanık dinleseniz onbeş milyon kişi iş ve gücünden kalmış demektir. Bu onbeş milyon kişinin gündeliğinin Adalet Bakanlığı tarafından ödenmesi gerekecek ve bu gündelik yine günde yüz liradan bir buçuk milyar lirayı bulacaktır.

Maliye Bakanlığımızın, Adli masraflara karşı pek o kadar cömert olmadığı bir gerçek iken, Adalet Bakanlığı araya sırf Üst Mahkemelerin girmesi nedeniyle husule gelecek bu harcamayla ilgili parayı nereden bulacaktır ? Halen Yargıtayımızın içtihatları yönünden dahi birliği sağlamak bu kadar güç olurken, altmış yedi ilden gelecek seslerin akordundaki güçlükleri hiç aklınıza getirdiniz mi ?

Onun içindir ki, bilgin ve çok tecrübeli bir hukukcumuz, yakında Hakkın rahmetine kavuşmuş olan Ali Himmet Berki'nin son günlerinde konuyu duyunca (biz memleketi bu belâdan kurtarınca ya kadar neler çekmiştik) dediği naklonulmuştur. (***)

Yine bir tecrübeli hukukcu 1963 tasarısının Ankara Hukuk Fakültesinde tartışması sırasında (Ben ilk avukatlığımda 100 liralık bir alacak davasını üst mahkemede üzerime aldığım zaman dava 20 yaşında idi, eğer yeni üst mahkemeler de aynı şekilde olacaksa, aman hazer oluna), demişti. Üst mahkemeler davaları çok uzatacak, vatandaşı bezdirecektir. Ayrıca Yargıtayın yükünü azaltmakta yegâne etken de olmayacaktır.

Kuruldukları takdirde büyük hâkimler küçük çevrelerde halkla yakından münasebete itilmiş olacaktır. Hiçbir sebep olmasa dahi

(***) Yargıtay Kararları Dergisi, S. 115, A. Zeyneloğlu.

vatandaşın çilesine yeni çileler eklememek endişesi başta gelmelidir. Çağımızın sorunlarının çok bunalttığı insanları yeni bunalımlara sürüklemeden Adalet yolunda atılacak daha başka çok güzel adımlar vardır. Önce ve hemen onları denemeliyiz. Bunu yaparken 50 yıl geri kalmış ve kaldırılmaları gerekçeleri zamanında pek güzel anlaşılmiş olan bu kuruluşa (Üst Mahkemeye) sarılmaya hiç mi hiç gerek yoktur.

Hele hele Adalet Kuruluşumuz yeni otururken, hâkim kadroları yeni yeni dolarken, mevcut hâkimler lojmansızken, mahkemelerimiz henüz kiralık binalardan kurtarılamamışken, ne hâkimler ne de adliye personeli için daha meslek mektebi bile açılmamış iken, atılacak maceranın bize nelere malolacağını düşünmek bile insanı ürpertmeye yetiyor.

HUKUKTA SİBERNETİK VE BİLGİSAYAR KULLANIMI

HALÛK HÂDİMOĞLU (*)

PLÂN :

GİRİŞ :

- I — GENEL ÇİZGİLERİYLE SİBERNETİK
 - A — Kâinat bir sistemler bileşkesidir
 - B — Komputer (Ordinatör - Bilgisayar) ve Sibermetik'in tanımı
- II — SOSYAL BİLİMLERDE SİBERNETİK
 - A — Genel Olarak
 - B — Hukuksal Sibermetik
 - C — Türk Hukukunda Enformasyon'un Durumu
- III — TÜRK HUKUKUNA ENFORMATİK VE SİBERNETİK'İN UYGULANMA GEREĞİ
- IV — TÜRK HUKUKUNA SİBERNETİK'İN UYGULANMA KOŞULLARI
- V — HUKUKA BİLGİSAYAR UYGULAMASI İÇİN KURULUŞLARA DÜŞEN GÖREVLER

SONUÇ :

GİRİŞ :

Elektronik Bilgi - İşlem makinaları, kısa adıyla Bilgisayarlar, 2. Endüstri Devriminin yaratıcısı olarak kabul edilmekte; bu teknolojinin gereği gibi kullanılmadığı toplumlara, diğerlerinin ekonomik ve toplumsal gelişmesine ayak uydurabilme şansı tanınmamaktadır. Bu anlamda bir «Güdümlü - Bilim Teknolojisi» olarak tanımlayabileceğimiz Sibermetik, diğer uygulamalı bilim dallarıyla birlikte, gelişmiş ülkelerde, Hukuk'ta da uygulama alanı bulmuş, bir «Hukuksal Sibermetik» doğmuştur.

Konu, Türkiye'de 1972 yılındaki 1. Hukuk Kongresinde ele alınmış, ivedilikle hukukta da, öncelikle Adli Sicil sisteminde, uygulanmaya başlanması kararlaştırılmıştır. 1973 - Ekim ayında, İstanbul Barosu bu konuda bir Seminer düzenlemiştir. Son olarak, Milli Prodüktivite Merkezi (MPM), Adalet Bakanlığı, Yargıtay, Danıştay, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Bilişim Derneği'nin işbirliği ile, 28 - 31 Ocak 1974 günlerinde düzenlenen seminerde, bu sistem ve

(*) Müfettiş Hâkim.

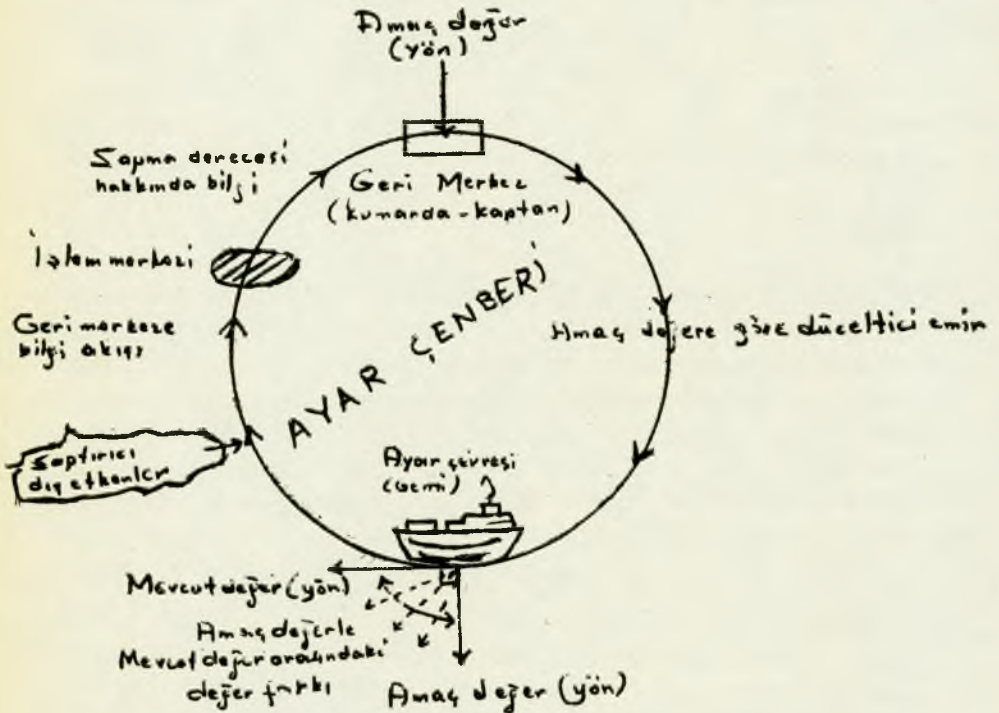
teknolojinin Türkiye'de tanıtılması ve kullanılmak üzere çalışmalarına başlanacak bir ortam yaratılması amaçlanmıştır.

Seminerde, Türk Hukuk Sistemine Sibernetik'in uygulanması amacıyla belirtilen tedbirlerin alınması yolunda, Yasama ve Yürütme organlarına, MPM aracılığıyla duyuru yapılması kararlaştırılmıştır.

I — GENEL ÇİZGİLERİYLE SİBERNETİK :

A — Kâinat bir sistemler bileşkesidir :

İnsan vücudundaki organlardan Kâinata kadar bütün canlı cansız varlıkların her birini ayrı bir sistem olarak nitelemek olanaklıdır. Gerçekten, bütün bu varlıkların herbirinin bir amacı, bu amaca yönelmesini ve ulaşmasını sağlayıcı motor gücü ve Kumanda Merkezi vardır :



Bu şemada görülen, yön verilecek nesne, gemimiz «ayar çevresi» dir. Bu ayar çevresi belli bir rotada, yöndedir, bir «mevcut değeri», yönü vardır. Kaptan (Geri Merkez), gemisini bu mevcut rotadan ayırıp belli bir amaca, «amaç değeri - yöne» sevkedecektir.

O halde rotanın, şemamıza göre, «mevcut değere» nazaran⁹⁰ derece güneye yöneltmesi gerekir. Kaptanın (geri merkez) bu emri, ayar çevresine (Gemi) iletilir. Gemi mevcut değerle amaç değer arasındaki farkı kapatacak şekilde döndürülür. Ancak, gemi hareket halinde olduğundan su - rüzgâr gibi, amaç - değer (yön) den «saptırıcı dış etkenler» altındadır. Bu etkenler nedeniyle amaç değer ile mevcut değer arasında oluşan farkı gemi, aletler yardımıyla tesbit edilmek üzere, «işlem Merkezine» bildirir. İşlem Merkezinde sapma derecesi tesbit edilip tekrar geri merkez (Kaptan) duyurulur. Geri Merkez, yeni veriler karşısında, amaç değere götürmeyi sağlayacak düzeltici emri (bu defa 60 derece güney) tekrar iletir. Bu şekilde; haber (emir) vermekten, haber (bilgi) almaktan oluşan denge kurucu ve koruyucu sistem, gemi gideceği yere varıncaya kadar devam eder. İşte bu haberleşmeler yoluyla geminin sâlimen belli istikamette seyrini temin edici, denge koruyucusu - ayarlama çalışmalarına «ayar çenberi» denir.

Bu örnekte, bilgi (emir - haber) almanın (Enformasyon - Bilişim), gemiyi belli bir amaca ulaşmasını sağlamadaki önemi belirtmektedir ki, Sibernetik (Güdü - Bilim) in esasını bu «karşılıklı haberleşme - Telekomünikasyon» teşkil eder. Ancak varlıkların amaçlarına ulaşması için, belirtilen kontrol ve denge sisteminin, sebebin sonucu karşılıklı etkiledikleri biçimde sağlanması, en sür'atli ve sağlıklı bir yoldur. O halde amaç; kendi kendini hedefe göre düzenleyen, ayarlayan, dengeleyen bir sistemin kurulması ve bu sistemin sonucunun o sonucu doğuran sebebi kontrol etmesinin, sebeple sonucu karşılıklı etkileşimlerinin teminidir. Sebep ve sonucun, amaca göre, karşılıklı etkileşimlerinden doğan kontrol ve dengelenmeye (Negatif Feed - Back - Geri Bildirim - Geri tepme - Geri Beslenme), buzdolabının soğutucu sistemi (Termostat) en güzel örnektir. Diyelim + 2 ile - 2 derece arasında bir ısı farklılığına göre ayarlanan bir buzdolabında; girişi (İnput) elektrik akımı, çıkışı (Output) soğutma olan bir sibernetik sistemdir. Çıkış (Soğutma) belli bir dereceyi buldu, u zaman termostat, girişi (Elektrik akımı) keser. Böylece giriş - çıkış arasındaki enformasyon devresi, ısının düşmesi ile elektrik akımının kesilmesini, sebebin sonucu etkilemesini sağlar.

Kendi kendini ayarlama ve dengelemeye insan vücudunda da; «İnsülin salgılandıkça kan şekeri seviyesinin düşmesinin Adrenalin ifrazı için uyarıcı teşkil etmesi, kan şekerinin yükselmesinin insülin salgılanmasını sağlaması» biçimindeki ikili Feed - Back sistemi en güzel örnektir. İnsan vücudunu, kontrol ve dengeleme sis-

temlerinin bileşkesi diye tanımlamak mümkündür ki, bu anlamda, insan beyninde birbirine bağlı 10 milyar feed - Back (Komputer) elementi vardır.

Buna karşılık sebep - sonuç arasındaki belirtilen bağlantı tersine bir yönde olursa, örneğin, buzdolabı soğudukça ısıyı daha da düşürecek veya buhar makinesi hızlandıkça buhar girişini artıracak şekilde bağlantı mevcutsa, sistemin, maksimuma doğru gittikçe hızlanan bir gidişi söz konusudur. Burada sistemin kendi kendini tahrip etmesini ya da sıfıra ulaşmasını sağlayacak bir haberleşmeden (Pozitif Feed - Back) söz edilebilir. Artık sistem bir kaos, anarşi ve fasit daire (Kısır döngü) içindedir.

Uzayda, dünyanın kendi eksenini ve güneş çevresinde dönmesinden güneş sistemine, astronominin bütün bilinmezlerine kadar ulaşan bu sürekli ve karşılıklı kontrol ve dengelenmeyi de bir «negatif — feed — Back'ler sistemi» olarak tanımlamak, toplumsal olayları da aynı perspektiften gözlemlemek olanaklıdır.

B — Komputer (Ordinatör - Bilgisayar) ve Siberetik'in Tanımı :

İnsan vücudundan uzaya kadar gelişen bu haberleşme, kontrol ve dengeleme sisteminin, elektrik akımının (Evet - Hayır, 0 - 1) diline aktarma olanağı araştırılmıştır. Gerçekten; basit bir anlatışla, ampul yanmıyorsa oraya elektrik akımı gitmemiştir (durum hayır'dır), 0 dir, ampul yanıyor ise akım gelmiştir. (evet 1 dir). Bu noktadan hareket edilerek, bir elektronik sisteme belli amaçlara göre bir program dahilinde verilecek bilgilerin depolanması, istenen bilgilerin (Evet - Hayır) ikilisine göre derlenmesi (Enformasyon), manyetik bant ve göstericiler aracılığı ile diğer yerlere ulaştırılması (Telekomünikasyon), alınan bilgilerin yeni ihtimallere göre makineye aktarılması, cihazın kendisine önceden verilen bilgilere göre değerlendirilmesi ve sonucu iletmesi olanağına ulaşılmıştır. İşte bu şekilde; bilgilerin toplandığı, alışverişinin yapıldığı, negatif feed-back sistemi içinde ve elektrik akımının (Evet - Hayır, 0 - 1) ikili sistemine göre değerlendirildiği sisteme, Eflâtun'un sözünü ettiği Kübernetes (gemiye yöneten - dümenci) kelimesine uygun biçimde **siberetik**, sistemin işletildiği cihaza da **compüter** (İng.) ya da **ordinatör** (Fr.) denilmiştir. Dümenci kelimesinden Siberetik'in doğuşu; yazımızın başındaki gemi yönetim örneği ve insan beynindeki Siberetik - Feed Back yönetim elementleri ile kurulan bağlantıyı ortaya koymaktadır.

Bu açıklamalara göre Sibernetik bilimini; kısaca «Cüdümlü - Bilim Yönetimi, etkili hareket teknolojisi, (Canlı - Cansız) bütün sistemler arasında karşılıklı haberleşme, bilgi ve verilerin süratli ve sağlıklı bir biçimde temini, kontrolü denge ve düzenlemesinin yapılması» biçiminde tanımlamak olanaklıdır. Bu tanıma nazaran Sibernetik «Bütün disiplinler arası bir disiplin (Müldi disiplin)», hayatın, evrenin, tekâmülün, tasavvufa yaklaşan bir çizgi içinde, açıklama prosedürüdür.

II — SOSYAL BİLİMLERDE SİBERNETİK :

A — Genel Olarak :

Yukarıda sözünü ettiğimiz (Ayar çemberi), insan düşüncesinin ve elektronik beynin çalışma sistemi söz konusu olduğunda, (Hâfıza «uygulanacak bilgi» — bilgiyi uygulama emri — bilgi uygulanacak çevre — uygulama neticesine ait veriler — işlem merkezi — verilerden edinilen yeni bilgi) biçiminde bir düşünce çemberine dönüşür. Çember iyi izlendiğinde sebebin sonucu karşılıklı etkilediği (Determinist) ikili bir feed - Back açıkça görülmektedir. Bu noktadan hareketle, insan düşüncesinin etkileyici - harekete getirici ve yönetici bir motor gücünde bulunduğu toplumsal ve ekonomik olaylarda da aynı Sibernetik feed - Back'ler sistemi görürüz. Gerçekten, doğada nasıl, savaşlar sonucu azalan erkek nüfusunu, kadın sayısına eşitleyen biçimde, erkek doğum sayısında çoğalma ile beliren dengeleme varsa; savaşlar sonucu göç etme, ekonomik krizi izleyen fiat dalgalanmaları, arz ve talep yasası, belirli suçların artışına karşı toplumun tepkisi vb. biçiminde kendiliğinden bir kontrol ve dengelenme söz konusudur. Bu açıdan bir toplumun varlığını sürekli ve sağlıklı bir biçimde sürdürmesi doğru ve süratli haberleşmeyi, sebep - sonuç etkileşimini (Negatif feed - Back) ve kontrollu dengeyi sağlamasına bağlıdır. Bu amaçla toplumdaki sistemler arasında bir hiyerarşik düzenin sağlanması ve sürekliliği gereklidir. Bu bakımdan sosyal Sibernetik «çeşitli denge durumları arasında bir ayarlama sistemi», «Dengeler arası denge - üstün denge» olarak tanımlanmalıdır.

Bu açıdan, bir devletteki çeşitli toplum kesimleri, yarar ortaklıkları ayrı ayrı sistemlerdir, kendine özgü amaçları vardır, kendi içlerindeki denge onların varlık ve devamlılık koşuludur. Buna karşılık bir devletin sistemler üstü bir üst - amacı vardır ki bu Anayasa'dır. Devlet, özellikle yönetim organları aracılığı ile, sistemleri,

Anayasa'da öngörülen amaca göre, «Denge durumları arasında bir ayarlamaya — Üstün dengeye» ulaştırmakla yükümlüdür.

Diğer yandan, devleti oluşturan sistemler arasında ortak etkileşim alanları mevcuttur. Etkilenen bir sistemin kendini yeniden ayarlaması ve dengesini sağlaması gerekir. Bunun için sistemlerin, doğru ve süratli enformasyona dayanan sebep - sonuç etkileşimini (Negatif feed - Back) sürekli olarak sağlamaları gerekir. «Üstün dengeye» ayak uyduran toplum sistemleri yanında ayak uydurmayan anarşik sistemlerin (Pozitif Feed - Back elementleri) yaşama hakkı yoktur, kesilip atılmalıdır. Bir devlet bütünlüğü içinde hukuk sisteminin de kendi içinde dengeyi ve amaca (Anayasa) göre diğer sistemlere uyumunu sağlaması gerekir ki bu noktada enformatik ve bilgi bankaları önem kazanır. Süratli ve doğru enformasyona dayanan hukuk sisteminde yeni denge ve uyum yeteneği kazanılır.

B — Hukuksal Sibernetik :

Hukuku bir «Haberleşme Bilimi» diye kısaca tanımlamak olanaklıdır. Gerçekten, hâkim, davacı ve davalının kendisine ilettikleri «bilgi» lere, delillerin değerlendirilmesine göre karar verir, diğer deyişle dengeyi sağlayıcı «ayarlama» yapar. Başka bir anlatıyla kararıyla, davacının isteğine «evet» ya da «hayır» diye karşılık verir ki bu durumun Kompüter'in (Evet - hayır, 0 - 1) ikili sisteminden, sistem itibariyle, farkı yoktur.

Diğer yandan bütün sistemlerde; (x) bağımsız değişkenlerinin, (y) dış alemin etkilerine karşı belirli sınırlar içinde, belirli bir denge halinde tutulması varlığını sürdürmesinin koşuludur. Dış alemin etkilerine karşı dengenin sağlanması, (a) parametresi (değişken değerleri) ile mümkündür ki bu değer, sade insandaki düşünme yeteneğinden, hâkimin takdir hakkından başka bir şey değildir.

Bu açıdan hâkimin verdiği karar, (x) bağımsız değişkenleri (bilgiler, deliller) ile bilinmiyen değişkenlerin (a parametresi) denkleminden oluşur. Diğer deyişle hâkim, bilinmiyen değişkenler için «sınıırım şöyle olmalıdır» biçimindeki bir varsayım ve usavurum ile takdir hakkını kullanmaktadır. O halde bilinmiyen değişkenler (a parametresi) ne ölçüde azaltılırsa, parametrenin sabit olduğu bilgisayar'lardaki matematiksel bir kesinliğe ve doğruluğa o oranda ulaşılır. Amaç parametreyi sabit kılmak olunca da, bilinmiyen değişkenleri öğrenilebilir, bilinebilir hale getirmek, giderek, bağımsız değişkenlere irca edebilmek olunca; Hukuk'ta doğru, çeşitli ve sür'atli bilgi alışverişinin (Enformasyon) önemi kuvvetle ortaya çıkar.

C — Türk Hukukunda Enformasyon'un Durumu :

Türk hukuk sisteminin bilgi kaynakları ve araçları çok yeterlidir. Tapu sicilleri bazan metrelerce uzayan kâğıt yığınlarını oluşturur. Adli sicilden sağlıklı, güvenilir «haber» alındığı söylenemez. Buna göre gerçekte sabıkası bulunduğu halde bir kişiye tekerrür hükümlerinin uygulanmaması ya da aynı suçtan mükerrer ceza verilmesi olanaklıdır. Bu açıdan, 1. Hukuk Kongresi'nde, sibernetik'in hukuka uygulanmasına öncelikle adli sicil kayıtlarından başlanması öngörülmüştür.

Adli Tıp'tan her zaman inandırıcı rapor almak olanaksızdır. Trafik kaza, hasar ve kusur tesbit raporları ülkenin değişik yerlerinde farklı ölçü ve değerlendirmelere konu olmaktadır. Nüfus kayıtları güvenilir ve yeterli değildir. Canlı bilgi kaynakları diyebileceğimiz tanık vb. leri sür'atle hâkim önüne getirilememekte, unutma ve tarafların etkisi gibi nedenlerle güvenilirliğini yitirmektedir. Yargıtay'da çelişkili kararlar verildiği de kaçınılmaz bir gerçektir. Mahkemelerde toplanan «bilgi» lerin yazıldığı duruşma tutanaklarının, söylenen ya da edinilen herşeyi doğru ve sağlıklı biçimde kapsadığı konusunda kuşku uyandırıcıdır, genel bir yakınma mevzuudur.

Bizce en kötüsü, yazılı hukuk kurallarını (mevzuat) oluşturan yasa, tüzük, yönetmelik vb. tam bir kargaşalık içindedir. Toplam 9640 a ulaşan yasaların 950 kadarı yürürlükte olmakla beraber, «bu yasaya aykırı bütün yasa hükümleri kaldırılmıştır» biçiminde belirtilişler hâkimi, hangi yasanın veya hükmün yürürlükte olduğunda kararsızlığa ,kaosa itmektedir. İmparatorluk döneminden kalan yazılı hukuk kurallarının hangilerinin yürürlükte olduğu hakkında da birlik yoktur.

Buna göre Türk hukukunda enformasyon, hâkimin hükmüne karşı güveni ve inancı sarsıcı biçimde, geç ve güç işlemektedir. Sibernetik diliyle bilinmiyen değişkenlerin (a parametresi) çokluğuna veya kuşku uyandırıcılığına göre Türk hâkiminin kararlarının her zaman inandırıcı olduğu iddia edilemez.

III — TÜRK HUKUKUNA SİBERNETİK'İN UYGULANMA GEREĞİ :

Toplumumuz çok hızlı bir değişim içindedir. Öyle ki, dün suç sayılan bir eylemin bugün en azından hoşgörü ile karşılandığı bu başdöndürücü başkalaşım sürecinde, yargısal kararlarda da sürekli

bir gelişim ve değişim kaçınılmaz bir olgudur. Toplusmal bir denge düzeni olarak hukukun, toplumun değişim ve gelişmesine ayak uydurması zorunludur. Ne var ki hukukun somut uygulamasını oluşturan yargısal kararları verenler hâkimlerdir, ne denli bilgilerle donatılsa, yine de duyan, sınırlanan, her zaman dengeli olmasında kesinlik bulunmayan, bir yerde duygusal yönü ağır basan kişilerdir. Kararlarını kişisel ve duygusal niteliklerden tam anlamıyla sıyıрмаğa olanak yoktur. O, bir yargılama sonunda verdiği karara kendi kişiliğinin damgasını vurur, bir bakıma kişiliğini yansıtır. Karar, kısa deyişle, kişiliğinin aynasıdır.

Bu oluşa göre; hâkime hüküm vermesi için gerekli bilgi ve dökümanların olabilen sür'atle ve sağlıklı biçimde sağlanması ve giderek, tanık - bilirkişi gibi delillerin incelenmesi için Sibernetik'in hukuka uygulanması gerekliliğinde birleşilmiş iken, karar evresine gelindiğinde, hemen «yargı makinelerinden» kuşku ve ürküntü içinde söz edilmektedir. Bizce, gerçekte bu kuşku, daha sağlam ve güvenilir bir karara ulaşılamıyacağı düşüncesinden değil, hüküm vermemek suretiyle kişiliğimizin damgasını vurma olanağından yoksun bırakılacağımız, diğer deyişle, sanki kişiliğimizi kaybedeceğimiz varsayımından doğmaktadır. Gerçekte, bir hâkimin, her zaman Kompüter'den daha sağlam, gerekçi, hatta daha insancıl hüküm verdiği söylenemez. Bu noktada, hüküm vermeyi nesnel ölçütler içinde gözlediğimizde, sadece olayın koşullarına bağlı bir hüküm uygulamasının her zaman olanaksız olduğu söylenebilir. Diğer deyişle, özellikle cezaların kişiselleştirilmesinin önemle söz konusu olduğu durumlarda, hüküm vermenin, hâkimin günlük, hatta o andaki ruhbilimsel yapısının ürünü olduğunu söylemek mümkündür. O halde bütün yargısal kararların, hâkimin kişisel kanı, tutku, seziş, hatta komplekslerinden arınmış olduğunu öne sürmek olanaksızdır.

Örneğin; hırsızlık suçunu işleyenlere, koşullar ve kişiler arasında ayırım yapmaksızın, alabildiğine ceza vermek gerektiğinde şartlanmış, yaşaması için gerekli ekmeği veremiyen toplumun bir parça ekmeği çalan kişiye ceza vermesine — hakkı olmadığını kabul etmeyen bir hâkimden cezanın kişiselleştirilmesi beklenemez. Bugün aynı konuda söylenebilir ki, cezayı kişiselleştirmesini sağlayacak bilgi, veri ve olanaklardan yoksun hâkimler, olayın koşulları ve sanığın kişiliği dışında, sadece karar anındaki ruhbilimsel olgularına göre bir cezayı tecil etmekte ya da hapis cezasını para cezasına çevirmektedir. Daha açık bir deyişle, hâkimin; sakin, geleceğe umutlu bir gününde cezayı tecil ettiği halde, benzer koşul ve kişiliğe karşı

tecil etmemesi her zaman olağandır. O halde hüküm verme, hâkimin günlük, hatta anlık ruhbilimsel olgusuna değil, bilimsel verilere, sağlam ve tutarlı bilgilerin rehberliğine bırakılmalıdır.

Bunun için de hâkim; yazılı hukuk kuralları, deliller ve sanığın öz - geçmişine ait «bilgi» ve dökümanları hemen sağlayacağı bilgisayar sistemi ile donanmalıdır. Tanık beyanlarının gerek kendi içindeki, gerekse diğer beyan ve delillerle olan çelişki ve tutmazlığını saptayacağı Bilgisayar sistemi ile donanmış olarak yaptığı yargılama sonunda, kişisel tutku ve duygusallıktan olabildiğince arınmış, sağlıklı ve güvenilir bir yargısal karara ulaşacaktır.

O halde yargı makineleri deyiminden ürküntü duymağa gerek yoktur. Belki bu sistemi, hâkimi, gerçekten güvenilir ve sağlam kararlar veren bir kişiliğe ulaştıracağı için muştulamak gerekir.

IV — TÜRK HUKUKUNA SİBERNETİK'İN UYGULANMA KOŞULLARI :

Türk hukukuna Sibernetik'in uygulanma gereğine, bu konuda enformasyonun önem ve ağırlığına gelindiği bu noktada; rastgele bir malûmatın bilgi değeri taşımayacağı, sibernetik uygulamasına esas olamayacağı belirtilmelidir. Zira «bilgisayara ne verirsiniz onu alırsınız» kuralı yanında, bilgisayardan bilgi almanın belli bir program içinde bilgi vermeyi gerektirdiği unutulmamalıdır.

Bunun için her şeyden önce hukukî terim, kavram ve karşılıklarda tam bir birliğe varılmalıdır. Tetkik — inceleme, kanun — yasa gibi bir anlama tek kavram veya eş anlamlara belli kavramlar tesbit edilmeli, ortak bir sibernetik - hukuk dili bulunmalıdır. Türk Hukuku kavram kargaşalığından kurtarılmalıdır.

Ayrıca kompüterlerin çalışma sistem ve temposuna ayak uydurabilecek dinamizme, güce sahip bir yönetici ve teknisyen kadrosu yetiştirilmelidir. Zira bilgisayara bilgi verme - alma ve değerlendirme; sibernetik mühendisi, hukukçu, dil uzmanı, nörolog, sistem analizcisi ve program uygulamacısının ortak çalışmasının sonucudur.

Diğer yandan bilgisayara verilecek bilgiler, belli bir program uygulamasına elverişli biçimde, alfabetik veya metodik bir tasnifi, fihristlenmeyi gerektirir. Örneğin, yasa, tüzük, yönetmelik gibi toplumu düzenleyen yazılı hukuk kurallarının derlenmesi, konularına göre sistematığının yapılması, yaşayanlarının ayrılıp ayklanması suretiyle bilgisayarlarda bütünleştirilip kullanılacak hale getirilmesi zorunludur.

Gerçekten; Danıştay ve Yargıtay'daki tasnif ve Adalet Bakanlığındaki Adli Sicilin derlenmesi çalışmaları, ancak yazılı hukuk kurallarının derleme ve sistematığı ile önem kazanacak, kullanılabilir hale gelecektir. Örneğin; bir ceza davasında, öncelikle, olaya hangi yasanın, hangi maddesinin ya da hangi yazılı hukuk kuralının uygulanacağını araştırma, bulma diğer deyişle mevzuat bilgisayarından yoksun bir hâkimin, o yazılı hukuk kuralını nasıl, ne biçimde uygulayacağını açıklayan Yargıtay kararına veya sanığa tekerrür hükümlerini uygulayıp uygulamıyacağını belirleyecek adli sicil kaydına gereksinmesi düşünülemez. Öncelik ve ağırlık, yazılı hukuk kurallarının bilgisayar kullanımına hazır hale getirilmesi amacına yönelmelidir.

V — HUKUKA BİLGİSAYAR UYGULANMASI İÇİN KURULUŞLARA DÜŞEN GÖREVLER :

Enformasyon için bilginin sistematize edilmesi gerekli olmasına göre, şimdiden bütün hukuk kuruluşları, ellerindeki bilginin bilgisayara verilmesini sağlayacak biçimde tasnifini yapmalıdırlar. Bir kuruluşun elindeki bilginin azlığı ya da diğer bir niteliği onun bilgisayara verilmesini engelleyici olamaz. Ancak o bilginin çok yönlü, çok amaçlı, çeşitli iş yönünden yarayışlı biçimde tasnif ve sistematığının yapılması gerekir.

Bu noktada ; Yüksek Hâkimler Kurulu'nun elindeki bir kısım bilgiler de bilgisayar kullanımına uygun hale getirilebilir. Örneğin, en basiti kitaphındaki eserler (kitap adı, yazar adı, hukuk dallarına göre ayırımı vb.), hâkimler hakkındaki şikâyet ve sonuçları (şikâyet edilen hâkim ve müştekinin alfabetik fihristi, sonuç ayırımı vb.) çok yön ve amaçlı biçimde sistematize edilebilir.

Sibernetik uygulamaya en yakın biçimde, hâkimlerin özellikle açık sicilleri (kimlik fihristi, kıdem, derece, birinci sınıf ayırımı, Yargıtay'a üye seçilme koşulları, görev yerleri, belli dönemlerde yükselmeye lâyık olanlar vb.) amaçları ile sistematize edilebilir. Böylece, diyelim, belli dönemlerde kimlerin 1. sınıf, yükselme, Yargıtay üyeliği incelemesine tabi tutulacağı, bir dakikalık elektronik işlemle ve güvenilir şekilde tesbit edilebilir, bir yığın evraka sayfalarca işlenmesi, fişlenmesi külfeti kaldırılır. Birinci Bölümün görevinin büyük ağırlığı da giderilmiş olur.

Giderek, mahkeme kararlarının, iş ve mahiyet cetvellerinin tanzimine ya da konularına göre istatistik verilerin saptanmasına esas olacak şekilde, tasnif ve ayırımına girişilebilir.

SONUÇ :

Türk hukuk sistemi, özellikle uygulamada bir karmaşıklık, düzensizlik ve güvensizlik içindedir. Süratli, sağlam, güvenilir bir haber alışverişinin yapılamayışının bu durumun başlıca nedeni olduğu kuşkusuzdur.

Yargı, toplumdaki sistemleri, Anayasa'daki anaçlar doğrultusunda, kontrol ve dengelemede en etkin güçtür. Bu durumda yargı, toplumdaki sistemleri, sonucun sebebi etkilediği (negatif feed back) biçimde çalıştırıcı görevini tam anlamıyla yerine getirememektedir. «Hukukun Üstünlüğü» nün sağlanması olanaksızlaşmaktadır.

Bu sonuca göre bütün hukuk kuruluşlarının, gerek bilgilerin sistematize edilmesinde, gerekse hukukta bilgisayar uygulamasında ortak bir çalışma düzenine girmeleri kaçınılmaz bir görev olarak belirmektedir.

YARGILAMANIN DİLİ

EMİN AKBAŞ (*)

PLÂN :

- I — GİRİŞ
- II — TANIMLAMA VE KAPSAMLARI
- III — NEDEN ARI TÜRKÇE ?
- IV — UYGULAMADA ÖRNEKLER
- V — SONUÇ :

I — GİRİŞ :

Yargılamanın dili nedir, ne olmalıdır ? Yazımız, olanaklar ölçüsünde — kamu oyununda da tartışılan — bu konudaki, düşüncelerimizi kapsamaktadır.

II — TANIMLAMA VE KAPSAMLARI :

Yargı nedir ? : «Yargı, Devletin tüze düzenini korumaya ilişkin bağımsız bir yargıç kuruluşunca yaptığı görev ile türe uyumsuzluklarının yargılıklarda çözümlenmesi eylemi»,

«Yargıcın gördüğü bütün davaları, olaya ilişkin yasalara göre çözümlmek için söylediği en son söz» dür (1).

Yargılama nedir ? : «Yargılama duruşma başlangıcından bitimine dek yapılan işlemler topluluğu» dur.

Dil nedir ? : «Dil, insanların düşündüklerini ve duyduklarını anlatmak için kullandıkları her türlü işaret ve özellikle ses işaretleri dizgesi» dir (2).

III — NEDEN ARI TÜRKÇE :

Bugün, günlük dilimizde geçerli olan ve kullanılagelen sözcük ve tümceler % 30 - 35, belki de daha çoğu yabancı kökenlidir.

Türk dilinin yabancı boyunduruk altında bulunduğunu gören Atatürk, bilim ışığı altında ulusal ve öz dile kavuşmanın gerekliliği inancıyla 1932 de Türk Dil Kurumu'nu kurmuştu.

(*) Ardahan Yargıç Yard.

(1) Ceza Yargılama Yöntemi Yasası Terimlerç Sözlüğü, TDK. Yayınları, No : 367, Ahmet Erdoğan.

(2) Türkçe Sözlük, TDK. Yayınları, No : 403, 6. Bası.

TDK. nun bu yöndeki olumlu çabaları tartışmasıdır ve dilimizin özleşme ve ulusallaşması açısından beğeni ile karşılanmaktadır.

Günlük dilin bu denli özleşmesine karşın, yargının da dili özleşecek ve toplumun anlayacağı düzeye ulaşacaktır. Bu kaçınılmaz bir gelişmedir. Bu doğrultuda büyük ve bu eyleme önder hukukçuların (Ord. Prof. Dr. H. V. Velidedeoğlu, Sami Selçuk, Ahmet Erdoğan, Ali Rıza Önder, Efrail Aydemir, Ahmet Coşar, Seha L. Meray, Dr. Hasan İ. Bıyıklı, Dr. Ejder Yılmaz, Dr. Recai Seçkin, Tefrik Gerçeker, vb.) övgü ile karşıladığımız değerli çalışmalarını görmekteyiz.

Memurların Yargılanmasına İlişkin (?) sayılı Yasanın 4. maddesi «Kazalarda kaza kaymakamı ile şubası idarei kaza rüesayı memurinden ve meclisi idarei kaza azasından maada bilcümle memurin ve müstahdemin ile nahiye müdür ve müstahdemini hakkındaki evrakı tahkikiye kaza meclisi idaresine ve sancaklarda mutasarrıf ile şubası idarei liva rüesayı memurinden ve meclisi idarei liva azasından maada bilümüm memurin ve müstahdemin liva ve mülhak kazalar kaymakamlarıyla şubası idarei kaza rüesayı memurini ve meclisi idarei kaza azası hakkındaki evrakı tahkikiye meclisi idarei livaya ve vilâyet merkezlerinde vali ile ba iradei seniye mansup memurini merkeziye vilâyetten ve meclisi idarei vilayet âzasından maada bilcümle memurini merkeziye vilayet ve mülhak liva mutasarrıflarıyla şubası idarei liva rüesayı memurini ve meclisi idarei liva azası ve merkezi vilâyete mülhak kazalar kaymakamlarıyla şubası idarei kaza rüesayı memurini ve meclisi idarei kaza azası hakkındaki evrakı tahkikiye meclisi idarei vilâyete ve bir vilâyetin bairadei seniyemansup memurini merkeziyesiyle meclis idarei azası hakkındaki evrakı tahkikiye dahi Şûrayı Devlet Mülkiye Dairesine tevdi edilerek işbu meclislerce mevaddı atıye veçhile memuru maznunun lüzum veya men'i muhakemesine karar verilir». şeklinde yasada yer almaktadır. Memurun yargılanmasını düzenleyen yasanın bu maddesini anlayan kaç kişidir acaba ? Gerek genç, gerek orta kuşaktan olan kimseler, sözcüklerinin % 90 — dolayında — yabancı kökenli olduğu bu maddeyi ancak Sayın Ahmet Erdoğan (3) aşağıdaki şekilde dilimize uyarladıktan sonra açık olarak anlayabilmektedir.

«İlçelerde, ilçe kaymakamı ile ilçenin yönetim bölümü üstü olan memurlar ve ilçe yönetim kurulu üyeleri dışında kalan bütün memur ve hizmetliler ile bucak müdür ve hizmetlileri için düzen-

lenen soruşturma kâğıtları, ilçe yönetim kuruluna ve sancaklarda mutasarrıf (Sancakbeyi) ile liva (sancak) yönetim bölümlerinin üstleri ve sancağın yönetim kurulu üyeleri dışında kalan sancağın bütün memur ve hizmetlileri ve bağlı (Mülhak) ilçe kaymakamları ile ilçenin yönetim bölümü üstleri ve ilçe yönetim kurulu üyeleri için düzenlenen soruşturma kâğıtları sancağın yönetim kuruluna ve il merkezlerinde vali ile ilin merkezce ulusal irade ile atanan merkez memurları ve il yönetim kurulu üyeleri dışında kalan ilin bütün merkez memurları ve bağlı sancakbeyleriyle (Mülhak liva mutasarrıflarıyla) sancağın yönetim bölümleri üstleri ve sancak yönetim kurulu üyeleri ve il merkezine bağlı (mülhak) ilçe kaymakamları ile ilçenin yönetim bölümü üstleri ve ilçe yönetim kurulu üyeleri için düzenlenen soruşturma kâğıtları ile yönetim kuruluna ve bir ilin ulusal irade ile atanan merkez memurlarıyla yönetim kurulu üyeleri için düzenlenen soruşturma kâğıtları da Danıştay Mülkiye Dairesine verilerek bu kurullarca aşağıdaki maddelere göre sanık olan memurun yargılanmasına ya da yargılanmamasına karar verilir» (3).

Bugün yürürlükte olan yasalarımızın dili — yukarıda aktardığımız oranda değilse bile — büyük çoğunluğuyla yabancı kökenli kelimelerle doludur. Yürürlükteki tüm yasalarda bu örnekler vardır.

Yasanın — dolayısıyla yasanın da uygulanmasından doğan yargılamanın — dili arı ve öz olmaya zorunludur. Yabancı bir yapıt okurcasına yasalarımızı bir sözlük aracılığıyla çözümlmek ve anlamak çağdaş uygarlık ve dil evriminde bu açıdan yoksulluğumuzu göstermektedir.

Bu yoksulluğumuzdan birkaç örnek :

Yargılama anında sanığa suçlama yazısını okuyup savunması sorulduğunda : Yanıt olarak «ben bu eylemin yasalar açısından cezalandırıldığını bilmiyordum» derse, karşılık olarak — T. Ceza Yasası 44. anımsayacağız ve — sanığa «yasayı bilmemek özür değildir» diyeceğiz. Sanık o an «Anayasamızın 3. maddesi resmî dilin TÜRKÇE olduğunu belirtmiştir, bana okunan cezalandırma maddesi % 80 yabancı sözcüktür, ben yasayı bilmekle zorunluyum, ama osmanlıca'yı değil» karşılığını verirse, sorun o an çok daha büyüyecektir.

Sınırlarımız ötesinden (gerek Arap, gerekse İran asıllı) biri çı-
kıpta «Sizin diliniz nedir, dilinizdeki sözcük ve tümceler kökeni
nereden gelmektedir ? » sorusunu yöneltse yanıtımız ne olacaktır ?
O an — bırakalım günlük yaşantıda kullana geldiğimiz sözcükleri —
görev nedeniyle sürekli olarak kullanılagelen şu sözcükleri zorunlu
olarak anımsayacağız : Hâkim, temyiz, müşabir, kâtib, zabıt, mütâ-
lea, zabıtname, infaz, ehlihibre, ehlivukuf, Türk Medenî Kanunu,
Ceza Mahukemeler Usulü Kanunu, hüsnüniyetli iktisap, ahvâli şah-
siye, tapu tescili, zilyetlik, beraat, vb. Ve düşünerek üzüleceğiz. Ama
bu sözcükleri — kendi deyimleri ile — kullanmakta ısrar edenlere
yeni sözcükler önereceğiz. Ulusun dil devrimine ve özleşmesine ka-
nıt olan yeni sözcükler : Yargıç, Yargıtay, çağırıcı, tutanak yazmanı,
görüş, tutanak, çektirim, bilirkişi, Türk Yurttaşlar Yasası, Ceza
Yargılaması Yöntemi Yasası, iyiniyetli edinim, kişisel durumlar, ta-
pu kütüklenimi, elmenlik, AKLANMA, vb. Bu, bir gösteriş değildir,
uyduruculuk hiç değildir, bu, herşeyden önce tartışılması bile ola-
naksız DEVRİM YASALARINA bağlılıktır, yeninin eskiyi yıkmasıdır,
osmanlıcaya direniştir, kişinin öz diline erişmesidir.

Ankara'da yargıç adayı bulunduğum sırada — konumuzla bağ-
lantısı olduğunu umduğum için aktaracağım — şu olayı dinlemi-
tim : C. Savcılığı başlangıç soruşturması sırasında polis karakolu-
na yazdığı bir yazı ile yakınıcı (Şikayetçi, müşteki,) nin oturduğu
yerden getirtilmesini ister. Yazıya yanıt şudur : Bütün araştırmalara
rağmen mahallemizde «müşteki» isminde birisine tesadüf edile-
memiştir.

IV — UYGULAMADA ÖRNEKLER :

Yasa uygulayan yetkili kurullar ve yüksek mahkeme kararların-
da — gerektiğince olmasa bile — beğeni ile karşıladığımız sözcük-
leri görebiliyoruz. Yargıtay Kararlar Dergisinde, dairelerin karar
özetlerinin dili büyük bir beğeni ve destek görmektedir.

a) Anayasa Mahkemesi Kararlarında :

1 — 20/5/1971 gün ve 1971/1 - 1 sayılı karardan : (Karar, ka-
mu, aykırılık, savunma, koşul, soruşturma, istem, dayanağı, yasa
yapıcı, evre, oturma, ilke, soruşturmanın genişletilmesi, gerekçe,
karşı oy yazısı).

2 — 24/6/1971 gün ve 1971/2 - 2 sayılı karardan : (Buyurucu).

3 — 20/7/1971 gün ve 1971/3 - 3 sayılı karardan : (Sorun, özerk-
lik, yurttaş, istek, azınlık, ulus, değgin, ulusal).

4 — 12/1/1971 gün ve 1969/3 1971/3 sayılı karardan : Tartışma, çağdaş uygarlığın, yasa kuralları, kazanç ereği).

5 — 21/1/1971 gün ve 1969/37, 1971/8 sayılı karardan : (Güvenlik, zorunlu, kuşku, yönelen, düzenleme, gözetimi.)

6 — 28/12/1967 gün ve 1967/10 - 49 sayılı karardan : (Tutanak, yararlanma, özgürlüğü, üye, yorumlama, yürürlük).

b) Yargıtay Kararlarında :

1 — YHGK. 1/31972 gün ve 68/8 - 236, 134 sayılı karardan : (Direnme, savunmuş, gerekçe, oturum, yasa, onanmasına).

2 — YHGK. 15/9/1971 gün ve 69/T - 736, 521 sayılı karardan : (Uyuşmazlık).

3 — YHGK. 1/3/1972 gün ve 968/7 - 208, 129 sayılı karardan : (Uzman bilirkişi).

4 — Y. 6 CD. 17/4/1974 gün ve 1974/2237 - 2343 sayılı karardan : (Tutanağı, niteliğinde, tutuk, yasa, aykırı).

5 — Y. 6 CD. 14/1/1976 gün ve 1976/18 - 88 sayılı karardan : (Elatma, önlenmiş, eylem, gerekçe).

6 — Y. 6 CD. 18/9/1975 gün ve 1975/3172 - 3906 sayılı karardan : (Kamu, onama, olay, yeterli, oturum, beyan, bilirkişi, unsur, tutanak, doğrultu, düzenleme).

c) Danıştay Kararlarında :

1 — Danıştay İçt. Bir. Kur. nun 22/12/1973 gün ve 1968/8, 1973/14 sayılı kararından : (İstek, gerekçe, sorun, çözümleme, kapsam, öneriyoruz, özgü, yaratma, olanak, zorunlu, işlem, yargıcı, aykırı, uyuşmazlık, duraksama, esinlenmek, katkı, yarar, yaşantı, örnek, uygulama, kamu, yargısal, yürürlük, güvenlik).

2 — Danıştay İçt. Bir. Kur. nun 24/2/1973 gün ve 1970/1, 1973/1 sayılı kararından : (Süre aşımı, özlük, istem, bağdaştırılmaz, dilekçe, ayrışık oy).

d) Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında :

1 — 28/3/1968 gün ve 32/76 sayılı kararından : (Paydaş, isteği, elatma, gerek).

2 — 30/4/1975 gün ve 973/607, 975/123 sayılı kararından : (Taşınmaz, dileği, oturum, kural, yürürlük, nitelik, sorumluluk, çözülmesi).

e) Askerî Yargıtay Kararlarında :

1 — As. Y. İçt. Bir. Kur. nun 20/6/1975 gün ve 975/6-4 sayılı kararından : (Aykırılık, örneğin, düzey, kapsam, nitelik, unsur, savunma, kapsadığı, yükümlü, doğrultu).

f) Sayıştay Kararlarında :

1 — Sayıştay Genel Kur. nun 16/12//1974 gün ve 974/7-1356 sayılı kararından : (İstem, yargı, kapsam, aykırı, yolluk, olanak).

Bu ölçüde öz ve arı sözcükleri yüksek mahkeme kararların da görmek — Yargıç olarak görevde yeni sayılan — bizleri umutlandırıyor. Aynı yöntem ve dil evrimi gereğini bizde, gerek günlük konuşma, gerek yazışma ve gerekse kararlarımızda uygulamak zorunluluğunu duyuyor ve olanaklar oranında uğraşyoruz. Bu yenilerin uyandırılması, yenilere yenilerin uygun olacağıının belirtilmesidir. Bu nedenle biz tüm yazışmalar ve kararlarımızı arı ve öz yargılama diliyle yazabilmek için — edinebildiğimiz oranda — Türk Dil Kurumu Yayınlarını kaynak olarak kullanıyoruz.

Ayrıca herşeyden önce karar anlaşılır ve gerekçeli olacaktır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 135/son, Ceza Yargılamaları Yöntemi Yasası m. 260, Hukuk Yargılamaları Yöntemi Yasası m. 388/5) (4). Anlaşılır karar ise, toplumun anlayacağı yargılama dili ile düzenlen karardır.

V — SONUÇ :

Yerel Mahkemenin (Sanıkların üzerine atılan suçundan KURTARILMASINA, AKLANMASINA ilişkin) bir kararı Yargıtayın ilgili ceza dairesince bozuldu.

«1 — noksan soruşturma ile sanıkların beraatlerine karar verilmesi,

2 — Sanıkların beraatlerine karar verilmesi yerine yasal olma-

(4) Efrail Aydemir, Ankara Baro Dergisi, 1973/1.

yan / Kurtarılmasına, Aklanmasına / deyimlerinin kullanılması, bozmayı gerektirmiş.....»

Yargıtayın bu kararına, yerel mahkemenin kararını salt öz ve arı dil kullandığı için bozmadığını düşünerek seviniyoruz.

Yargıtay ilgili ceza dairesinin bu kararına karşı (Genel Kurulun görüşünü bilmediğimiz için ve yine bozulur da zayıf not alırız konusuyla) direnmiyoruz.

Ama kararlarımızda, yazışma ve yargılamalarda öz ve arı dili kullanmakta direneceğiz. Bu büyüyen Işık (5), yargıcın yargılama diline, dil evrimine ufak bir katkısı olacaktır belki.

CEZA HUKUKU

HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZALARA SEÇENEK YAPTIRIM VE ÖNLEMLER

Dr. Jur. MUSTAFA T. YÜCEL (*)

Toplumsal dirlik ve düzenin korunması amacıyla örgütlenmiş toplumun bazı üyeleri normdan sapma gösteren diğer üyelerini cezalandırmaktadır. Öncesiz ve sonrasız bir işlev niteliğindeki bu cezalandırma konusunda yer alan tarihsel deneylerden bazı bilgilerin öğrenildiğini kabul etmek ussal bir varsayım isede, ceza sistemlerinde yer alan çeşitli yaptırımların etkinliği konusundaki bulguların istenilen düzeyde olmadığı görülmektedir. Cezasal yaptırımlar, belirli ölçüde de olsa, sağ duyu ve duygusallığın egemen olduğu bir alan niteliğindedir. Kuşkusuz, yaptırımların etkinliğine değgin araştırmalar, uygulama ve yöntemsel açıdan zorlukları içeren ve sonuçları ihtiyatla yorumlanmayı gerektiren bir konudur. Tüm bu zorluklara karşın ulusal deney ve değerlendirmelerin ortaya koyduğu ve uluslararası forumlarda kabul gören bulgulardan yararlanılmasında gerekmektedir.

Ceza yaptırımlar sistemindeki etkisiz yaptırımları uygulamanın hiç bir yararı yoktur. Etkisi çok olan bir yaptırım ile etkisi az olan bir yaptırım arasında bir seçim yapmak gerektiğinde de, etkisi az yaptırımın seçilmesi halinde suçluya ve topluma adaletsizce davranılmış olacağı unutulmamalıdır.

Bu düşünceler saklı kalmak üzere, ceza yaptırımları konusunda vurgulabilecek dört temel ögenin varlığına değinilebilir :

- 1) Hürriyeti bağlayıcı cezalar, hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunduğu sürece, hiç bir yaptırım ve önlemin sağlayamayacağı ölçüde toplumun korunmasını gerçekleştirmekte ise de, mükerrirliğin önlenmesi yönünden, suçluluk kariyeri ve cezaevi yaşamı olanlara uygulandığında özellikle etki olamamaktadır.
- 2) Genel önleme açısından yaptırımların etkinliğinde, yaptırı-

(*) Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdür Başmüsaviri.

mın tabiatı ve şiddeti, uygulanan yaptırım türü ne olursa olsun, suçlunun yakalanma ve mahkum olma olasılığının yüksek olmasından daha az önem taşımaktadır.

- 3) Ekseri suçlular için gözetimli erteleme (*probation*), mükerrerliği önlemede en az hürriyeti bağlayıcı ceza kadar etkili olduğu gibi insancıl ve parasal yönleriyle yararlı bir kurum niteliğindedir.
- 4) Para cezasına hükümlü olanlardan yeniden hüküm olanlar sayısının gözetimli erteleme veya kurumsal tretmana tabi tutulmalardan daha az olması karşısında para cezalarının etkili bir yaptırım olduğu belirlemektedir.

Hürriyeti bağlayıcı cezalar, davranışları ve kişilikleri nedeniyle toplum için tehlikeli olan ve ne kadar toleranslı olursa olsun hiç bir toplumun kabullenemeyeceği suçluların nötralize edilmesi gereksinmesi ile haklılık kazanmaktadır. Bu çerçeve ilke sonucu, sağladıkları çıkarlardan yoksun bırakılacakları duygusunun bilinçlerde yer etmesi amacı ile profesyonel suçluların uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlülükleri sağlıklı bir düzenleme olmaktadır. Bu türden uzun süreli hükümlülükte, infazın bireyselleştirilmesi çerçevesinde suçlunun suçtan uzak bir yaşama yatkın hale getirilmesinde olanaklı olabileceği gözönünde bulundurulmalıdır.

Profesyonel suçlular ve toplum savunusu yönünden tehlikeli olan suçlular dışında kalan suçluların ekserisi için hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasının en son bir çare olarak düşünülmesi gerekmektedir. Hürriyeti bağlayıcı ceza yerini alan veya alacak olan yaptırım ve önlemler insanı ve parasal açıdan oldukça yararlı görüldüğünden orta süreli ve özellikle kısa süreli cezalar yerine seçenek önlemleri geliştirmek çağdaş ceza siyasetinin temel ögesi niteliğindedir.

Seçenek önlemleri geliştirmek siyaseti aşağıdaki dört ögeyi içermektedir :

- 1) Mahkemeleri kurumsal olmayan (ceza infaz kurumu) yeterli ve uyarlı yaptırım ve önlemler ile bunları uygulayabilmek konusunda geniş takdir yetkisi ile donatmak ;
- 2) Mahkemelerin ceza sisteminde yer alan seçeneklerin tam olarak kullanabilmesini gerçekleştirmek üzere gereksinme duyulan olanakları (personel ve bina gibi) idarece sağlamak ve geliştirmek ;

- 3) Yasama erki, Adalet Bakanlığı ile Mahkemeler arasında yeterli ve etkili bir iletişim sağlamak suretiyle, adli erkin bağımsızlığı koşuluna bağlı kalarak, sistemdeki mevcut yetki, olanak ve kaynakların en etkili bir biçimde değerlendirilmesini gerçekleştirmek ;
- 4) Mevcut ve geliştirilecek seçeneklerin artan ölçüde kullanılması sonucu ceza infaz kurumları yerine toplumda yer alacak yüksek orandaki hükümlülerin toplum tarafından kabullenilmesini sağlamak.

Hiç kuşkusuz, seçenek önlemlerin başarılı bir biçimde uygulanması sonucu toplumsal güvenliğin sağlanabileceği konusunda halkın bilinçlendirilmesi önemli bir etmen niteliğindedir. Bu konuda başvurulabilecek ilkelerin başlıcaları şunlardır :

- 1) Seçenek yaptırımlar toplumsal güvenlik düşüncesinden ödün vermek yerine yalnızca mahkemelerce bireyselleştirme sonucu hükümlülere uygulanmakta; ve uzun süre gözönüne alındığında toplumsal güvenliği, sonuçta hükümlüleri kin-dar bakışlı ve anti -sosyal yapan hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasından daha iyi sağladığı ;
- 2) Seçenek yaptırımların birer af işlemi olmak yerine iyi tanımlanmış tretman önlemleri olduğu ;
- 3) Modern yaşamın gittikçe giriftleşen taleplerine uyum sağlamakta güçlük çeken bireylerin iyileştirilmeleri, toplum içerisinde tretmana tabi tutulmalarında, onların bağımlılıklarını yoğunlaştıran ve kendi yaşamlarını sürdürebilme yeteneklerini azaltan cezaevi tretmanından daha iyi gerçekleştirebileceği ;
- 4) Seçenek yaptırım ve önlemlerin cezaevi kurumları gibi personelle yüklü kurumsal harcamayı gerektirmediğinden daha ekonomik bulunduğu.

Ceza infaz kurumları nüfusunda beliren enflasyonist akım karşısında ruhların kurtarılması zorlaştığı kadar parasal harcama yönünden de israf söz konusu olmaktadır. İşte, bu eğilimin yoğunluğunu normatif düzenleme ile hafifletmek amacı ile 1965 yılında yürürlüğe giren Cezaların İnfazı Hakkındaki Yasa ile getirilen yetenek yaptırım ve önlemler sistematığı ceza siyasetimiz açısından olumlu bir gelişmedir. Bu insancıl düzenlemenin somut belirtileri ceza infaz kurumları nüfusunda beliren azalma ile hissedilir ölçüde

olmuş ise de doyurucu olmakta nuzaktır. Nitekim, 1975 yılı içerisinde ceza infaz kurumlarına giren kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza hükümlü olanlar oranının % 66.93 olması küçümsenecek bir nicelik değildir. 1976 yılının Mart ve Nisan aylarında ceza infaz kurumlarından koşula bağlı salıverilenlerden sondajlama suretiyle seçilen 2118 hükümlünün aşağıda yer alan ceza süreleri dağılımı daha çarpıcı bir görünümü içermektedir :

<u>Ceza Süresi</u>	<u>Toplam</u>	<u>%</u>
15 güne kadar	1.146	54.11
16 - 30 gün	170	8.02
1 - 2 ay	191	9.02
2 - 4 ay	162	7.65
4 - 8 ay	193	9.11
8 - 12 ay	146	6.89
1 - 2 yıl	70	3.30
2 - 3 yıl	32	1.51
3 - 6 yıl	1	0.05
6 - 9 yıl	3	0.14
9 - 12 yıl	2	0.10
12 - 15 yıl	1	0.05
15 - 20 yıl	1	0.05

Yukardaki tabloda görüldüğü üzere 15 güne kadar hükümlü olanların oranı % 54.11, 16 - 30 gün arasında olanların ki, % 8.02 ve bir aydan iki aya kadar olanlar yüzdesi ise 9.02 olduğu saptanmıştır. Bu sürelerden koşula bağlı salıverme için indirilen 1/3 gözönüne alındığında anılan hükümlülerin ne kadar az bir süre için ceza infaz kurumlarına gönderildikleri ortaya çıkmaktadır. Bu hükümlülerin işlemiş oldukları suçların yoğunluk sırasına göre dağılımı ise oldukça ilginçtir :

- 1) Trafik kanununa aykırılık
- 2) Mal bildiriminde bulunmamak
- 3) Orman kanununa aykırılık
- 4) Askerî suçlar
- 5) Hırsızlık
- 6) Müessir fiil
- 7) 6136 sayılı kanuna aykırılık
- 8) Hakaret ve sövme
- 9) Sarhoşluk
- 10) Taahhüd ihlal

Yukardaki yer alan suçların belirli ölçüde kötü yaşam koşullarının ürünü olduğu ve kısa süreli bir ceza ile sorunların çözümü sağlanamayacağı oldukça açık bulunmaktadır. Buna karşın, hürriyeti bağlayıcı cezalar kısa da olsa suçlunun aile yaşamını etkilemekte; bazı hallerde suçlunun işini kaybetmesine neden olmaktadır. Gerçekte, bu tür suçluların ekserisi rehberlik, yardım ve gözetime gereksinme gösteren kişiler olup; bu suçluların büyük bir yüzdesinde rastlantı sonucu suç işlemişlerdir. Gerçekte, sosyalleşmiş olan bu kişiler için cezaevi yaşamının bir katkısında söz konusu olmamaktadır. Bunlardan bazıları için kısa süreli ceza uygulaması psikolojik bir şok yaratmak amacıyla düşünülebilirse de, bunun oldukça istisna olması üzerinde önemle durulmalıdır.

Hiç kuşkusuz, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine seçenek yaptırım ve önlemlere önemle eğinilerek, mahkemelerin geniş takdir yetkisi ile donatılması suretiyle suçlunun kişiliğine uyarlı bir yaptırımın uygulanması sağlanmalı ve bu süreçte, suçun ağırlığı ile yaptırımın suçlu üzerinde mümkün görülen etkisi gözönünde bulundurulmalıdır.

Bu konu çeşitli uluslararası toplantılarda ele alınmış ve en son olarakta Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 9 Mart 1976 tarihli bir Kararı ile ilkeleri belirlenmiş bulunmaktadır. Bu Karar ile Avrupa Konseyi üye Devletlerine öğütlenen ilkelere aşağıda yer verilmiştir :

- 1) Hürriyeti bağlayıcı cezalara seçenekleri uygulamak konusundaki yasal engelleri kaldırmak amacıyla yasaların gözden geçirilmesi ;
- 2) Mevcut seçeneklerin geliştirilmesinde hiç bir çabanın esirgenmemesi ve özellikle ;
 - a) Üye devletlerin bazılarında denenmiş bulunan gözetimli ertelemeye tabi olanlar için konuksal olanakların artan ölçüde kullanılmasını içermek üzere gözetimli ertelemenin yeni yöntemleri benimsemek üzere incelenmesi ;
 - b) Para cezalarının yaptırım olarak geniş ölçüde kullanılabilmesi ve bu cezanın parasal kaynaklara uyarlılığını sağlayacak yöntemlerin bulunduğu ve para cezaları infaz yöntemlerinin olanaklı olduğu ölçüde hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülmesine yer vermemesi ;
 - c) Hürriyeti bağlayıcı ceza yerine geçen ayrı bir yaptırım olarak (araç sürme ehliyetinin alınması gibi) çeşitli

yoksunluklar kadar zoralışma hükmedilebilmesine eğinilmesi ;

- 3) Hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek olabilecek yeni yaptırımların yasalara konulması amacıyla incelenmesi ve özellikle;
 - a) Suçluluğun saptanması sonrası maddi bir cezayı öngörmeyen ceza yaptırımlarına hükmedebilme olanağının düşünülmesi ;
 - b) Suçluluğun saptanması sonrası hükmedilecek cezanın, suçluda beliren gelişmeleri de gözönüne alarak uyarlı bir yaptırıma hükmedilemesi amacıyla, ertelenmesinin yerinde olacağı ;
 - c) Toplum çalışmasının yararlarına ve özellikle aşağıdaki öğelerin gözönünde bulundurulması :
 - Toplum hizmetinde çalışan suçluda değişmenin sağlanabilirdiği,
 - Suçlunun gönüllü işbirliğinin toplum tarafından kabullenecek onun iyileştirilmesine aktif olarak katkıda bulunabilirdiği,
 - Tüm hürriyetten yoksunluktan daha yumuşak bir ceza biçimi olarak ve suçlunun toplumla ilişkilerini koruyan veya yeniden oluşturan yarı hürriyet rejiminin (*semi-detention*) ne türden bir katkısı olabileceğinin araştırılması,
- 4) Seçenek yaptırımların infazından sorumlu örgütlerin zorunlu kaynaklarla donatılması ve bunların olanakların elverdiği ölçüde etkili kullanımlarının sağlanması ;
- 5) Adliyenin hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek olabilecek yaptırımları devamlı olarak geliştirmek süreci ile bağlantısını sağlayacak düzenlemelerin geliştirilmesi ;
- 6) Bu önlemlerin halk tarafından kabullenilmesini sağlamak üzere halkın seçenek yaptırım ve önlemler konusunda bilgi edinmesi için çaba gösterilmesi.

Yukarda yer alan ilkelerde değgin bazı gelişmelere değginmekte yarar görülmüştür. Üye devletlerin bazılarında hürriyeti bağlayıcı cezaların alt sınırı yüksek tutulmak suretiyle bizde olduğu gibi 3-5 günlük bir ceza ile ceza infaz kurumuna gönderilme söz konusu olmamaktadır. Federal Almanya Ceza Kanununun yeni metnin-

de (1 Ocak 1975 tarihli) hürriyeti bağlayıcı cezalar bir aydan başlatılmıştır. İşveç Ceza Kanunundaki düzenlemede aynı olup; Fransa'da en az hürriyeti bağlayıcı cezanın onbeş olması kabul edilmiştir. Hiç kuşkusuz, bu gelişim ve değişimler oldukça olumludur.

İkinci bir gelişmede, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara hükmedilebilmesinin özel koşullara bağlanmasıdır. Üye devletlerin bazılarında mahkeme gerekçe göstermeksizin kısa süreli bir cezaya hükmedemeyecektir. İngiltere'de mahkemenin kısa süreli bir cezaya hüküm verme öncesi yaptırımlar sistemindeki tüm diğer olanakları ele alması zorunluluğu yasal olarak yer almaktadır. Federal Almanya Cumhuriyetinde, altı ay veya daha kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın, kural olarak, para cezası ile ikame edilmesi veya ertelenmesi zorunluluğu getirilmiştir. Avusturya Ceza Yasasında da benzer hükümler yer almaktadır. Sistemimizde suç tarihinde 18 yaşını bitirmemiş olanlar yönünden kısa süreli cezaya hükmedilmesi halinde seçenек yaptırım veya önlemlere dönüştürülmesi zorunluluğu yerinde bir atılımdır. Yetişkin suçlular yönünden 647 sayılı Yasanın 4. maddesi kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulanmasını kural olarak kabul etmiş ve «suçlunun kişiliğine sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre», kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın yargıç tarafından para cezasına veya maddede yer alan önlemlere çevrilebileceğini öngörmüştür. Yalnız, tatbikatta, «takdire» deyimiyle yetinilerek seçenек yaptırımların uygulanmaması sonucu istenilen gelişme sağlanamamıştır. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarını gidermek ve ceza infaz kurumları nüfusunda gereksiz kabarıklığa önlemek amacıyla yargıçların 647 sayılı Yasa'nın uygulanmasına yer olmadığını gerekçeli olarak belirtmesi Anayasal bir zorunluk olup; Yargıtay'ın bu önermeyi vurgulayan içtihatları çok olumlu olmuştur.

Üçüncü bir gelişmede, ertelemeye hükmedilebilmesi olanağının geliştirilmesidir. Örneğin 11 Temmuz 1975 tarihli Fransız Yasa'sında önceki mahkumiyet koşulu yönünden, son beş yıl içerisinde iki aydan fazla süreli hürriyeti bağlayıcı bir cezaya hükümlü olunmaması halinde ertelemeye hükümlenabilecektir. Erteleme kararı, beş yıl içerisinde yeni bir mahkumiyet halinde geri alınmakta isede, mahkeme, gerekçeli özel bir kararla yeni mahkumiyetin er-

telemenin geri alınmasını gerektirmediğini hüküm altına alabilmektedir (1).

Yıl	Toplam			Aftan			%
	hükümlü	T.C.K. 81	%	yararlanan	%	T.C.K. 95	
1965	82.187	4.802	5.84	1.593	1.93	1.315	1.60
1966	61.523	4.053	6.58	1.830	2.97	711	1.15

T.C.K. 95. maddesine değgin oranların düşük olması ve tablo-daki yıllar ve öncesi ertelemeyen yararlanan sayısının ortalama 60 - 65.000 civarında olması karşısında ertelemenin yoğunlukla uygulanması sağlıklı bir gelişme olacaktır. Bu önerme «erteleme isteminin reddi halinde gerekçe gösterilmesi» gereğini belgeleyen İçti-hadî Birleştirme Büyük Gn. Kurul Kararı ile yasal bir nitelik kazanmıştır.

Dördüncü gelişmede ceza tayinin ertelenmesidir (*deferment of the sentencing decision*). Bu tür ertelemenin amacı suçlunun iyileşmesine etkisi olabileceği düşünülen bazı olguları beklemektir. Mahkemeye suçlunun yeni bir iş edineceği veya evleneceği veya iyi bir konut edineceği söylenmiş ise de, bu iddiaların doğruluğunu test etmeye elverecek zamanın olmayışı karşısında buna olanak sağlanması amacıyla söz konusu olabilmektedir. İngiltere'de 1973 Yasa» sı yargıçlara ceza tayin edilmesini (hükümden sonra) altı ay kadar erteleyebilme yetkisini vermiş bulunmaktadır. Bu süre içerisinde hükümlünün bazı yükümlülüklerini, örneğin mağdurun zararını tazmin etmesi, para cezasını, borçlarını ödemesi ve tıbbî bir tretman görmesi, gerekmektedir.

Fransa'da 11 Temmuz 1975 tarihli Yasa ile temel nitelikte iki yenilik getirilmiş bulunmaktadır. Birincisi, mahkemenin suçluluğun saptanması sonrası ceza tayin etmemesi olanağı; ikincisi, ceza tayin edilmesini bir yıl kadar erteleyebilmesidir. Aşağıdaki üç koşulun yerine gelmesi halinde cezanın tayin edilmesi ertelenebilmektedir :

- Suçludaki iyileşmenin gelişme göstermesi,
- Suçlunun maddi olanaklarıda gözönüne alınarak suçtan doğan zararlar tazmin edilmekte olması,
- Suçtan doğan huzursuzluğun sona ereceği.

Bu önlem, ceza saptanmaması (cezadan ayırık tutulması) na benzemekte olup; yukardaki koşulların tamamen yerine getirilmesi,

(1) T.C.K. 81. maddesi uygulananlar, aftan yararlanan ve cezası ertelenenlerden ceza infaz kurumlarımıza girenler (1965 - 1966).

suçlunun iyileşmesi tamamlanmış, zarar tazmin edilmiş ve huzursuzluk son bulmuş, olması halinde mahkemece cezadan ayırık tutulmaya karar verilebilmektedir.

Tüm bu gelişmelere karşın yaptırımların (ceza vermenin) hizmet edeceği sosyal amaçlar hakkında görüş birliği olmayışı; bu amaçların gerçekleştirilmesinde ceza yaptırımlarının etkinliğine değgin yeterli bulguların elde edilmemiş olması yanında mevcut bilgilerin kullanım biçimde birlik ve aynilikten yoksunluk varlığını sürdürmektedir. Ekseri yasalar mahkemelere takdir yetkisi tanımakla beraber bu yetkinin kullanımında yol gösterici ölçütlere yer vermemiştir. Bu nedenle, aynı suçlar veya ciddiyeti açısından benzer nitelikteki suçlar için verilen cezalardaki ayrılık eleştirilere neden olmaktadır. Hiç kuşkusuz, mahkemelere tanınan takdir yetkisinin belirli çizgiler doğrultusunda kullanılması suretiyle birlik sağlamak için gerekli çabalar Yargıtay'ımızın rehberliğinde gösterilmelidir. Bu amaçla, Avrupa Konseyi Adalet Bakanları Toplantısında (3 - 4 Haziran 1976, Brüksel) de belirlendiği üzere yargıçların hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmetmeleri halinde bunu haklı gösterecek özel nedenlere hüküme yer vermesi benimsenmelidir.

Bu türden çalışmalar yabancı memleketlerde yoğunluk kazanmış bulunmaktadır. Örneğin Kanada Hukuk Reform Komisyonu tarafından aşağıda yer alan ölçütler elvermediğinde hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek yaptırımların hükmedilmesi önerilmiştir :

- 1) Suçun ağırlığı ;
- 2) Önceki mahkumiyetler sayısı ile yakın bir zaman öncesi olması;
- 3) Hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmediğinde yeni bir suç işleyebilme olasılığı.

Komisyon tarafından hürriyeti bağlayıcı ceza verilmemesi lehinde ağırlığı olabilecek aşağıdaki etmenlerde sıralanmıştır :

- 1) Sanığın eylemi bir şahsa veya onun malına karşı ciddi bir zarar vermediği gibi böyle bir tehditde içermemiş ;
- 2) Sanık (1) de yazılı olan zararı planlamadığı gibi beklememiş ;
- 3) Sanık ağır tahrik ile hareket etmiş ;
- 4) Haklı savunu için yetersiz ise de, sanığın davranışını özürülü veya haklı gösterebilecek esaslı nedenlerin bulunuşu ;
- 5) Mağdur suça sebebiyet vermiş veya suçun işlenmesini kolaylaştırmış ;

- 6) Sanık, mağdurun zararını aynen iade veya tazmin ile gidermiş veya giderecek ;
- 7) Sanığın suçluluk özgeçmişini olmadığı veya son suçu öncesi uzun süre hukuka uyarlı bir yaşam sürdürdüğü ;
- 8) Sanığın suçlu davranışı yeniden belirmesi olasılığı az olan koşulların ürünü olması ;
- 9) Sanığın karakteri, geçmişi ve eğilimleri kendisinin ilerde yeni bir suç işlemeyeceğini belirtmesi ;
- 10) Hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasının suçlu ve yakınları için gereksiz yoksunluklar yaratması ;
- 11) Sanığın yaşlı olması ve sağlıktan yoksun bulunması.

Sonuç olarak, olanaklar elverdiği ölçüde, sakıncaları kadar kişi hürriyetine saygınlık nedenleriyle, hürriyeti bağlayıcı cezaya başvurulmaması; bu yaklaşımın, kamusal güvenliğin tehlikeye düşürülmeksizin daha ileriye götürülebileceği; sistemimizde yer alan seçenek önlemleri geliştirmekle kalmayıp, yaptırımların uygulanmasında birlik sağlamak amacıyla ulusal düzeyde belirli ilke ve ölçütlerin oluşturulması için yoğun çaba gösterilmesi; ve hürriyeti bağlayıcı cezalara seçeneklerin suçluları iyileştirme amacına hizmet edebilmek yanında daha az harcamayı gerektirdiği gözönünde bulundurulmalıdır.

K A Y N A K L A R

Council of Europe (ECCP). Resolution (76) 10, on some alternative penal measures to imprisonment and explanatory report, CMJ (76) 2, Tenth Conference, Brussels, 3-4 June 1976.

_____ . *The effectiveness of punishment and other measures of treatment*, 1974.

_____ . *Suspended sentence, probation and other alternatives to prison sentences*, 1966.

R. Hood and R. Sparks. «Assessing the effectiveness of punishments and treatments» *Key issues in criminology*, World University Library Weidenfeld and Nicolson, London 1970.

K. İçel. «Hürriyeti bağlayıcı cezalara seçenek olan müesseselerdeki gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin bu yönden değerlendirilmesi» *Değişen toplum ve ceza hukuku karşısında Türk Ceza Kanununun 50 yılı ve geleceği sempozyumu*, İstanbul, 22-26 Mart 1976.

United Nations. «Criminal legislation, judicial procedures and other forms of social control in the prevention of crime» *Fifth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, 1-12 September 1975, A/CONF, 56/4.

M. T. Yücel. «Ceza siyasetinde çağdaşlaşma sorunu» *I Yargıtay Dergisi* (2) 1975.

Yargıtay İç. Bir. Gn. K. E. 1976/3-4, K. 1976/3, T. 7/6/1976.

HAYATİ TEHLİKE OLUŞUNA YOL AÇAN EYLEMLER

ŞEFİK GÜNER (*)

PLÂN :

I — GİRİŞ :

II — YARA; TANIMI, TÜRLERİ

III — KİŞİ YAŞAMINI TEHLİKEYE MARUZ BIRAKABİLEN YARALAR

IV — «HAYATİ TEHLİKE» NİTELİĞİ, SAPTAMA ZAMANI

V — KONUYA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A) YARGITAY GÖRÜŞÜ

B) ADLİ TIP KURUL GÖRÜŞÜ

VI — SONUÇ

Yararlanılan Yapıtlar :

GÖZÜBÜYÜK, Dr. Jur. Abdullah Pulat, «Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması» 2. B., C. I - IV, Ankara, 1972

GÜLDOĞAN, Dr. Muzaffer, «Temel Kanunlarımızın Adli Tıp Yönünden Uygulanması», Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri, No. 11, Ankara, 1972.

KAMAY, Prof. Dr. Behçet Tahsin, «Adli Tıp», C. 1, 3. B., A. Ü. Tıp Fakültesi yayını, Sa. 80, Ankara 1959.

ÖZEN, Prof. Dr. Cahid, «Adli Tıp» 2. B., A. Ü. Hukuk Fakültesi yayını, No. 90, Ankara, 1955.

ÖZEN, Prof. Dr. Cahit - SÖZEN, Doç. Dr. Hayri, «Adli Tıp ve Toksikoloji», İ. Ü. İstanbul, Tıp Fakültesi yayınlarından Rektörlük No. 1708, Fakültesi, No. 86, İstanbul, 1971.

ÖZTÜREL, Prof. Dr. Adnan, «Adli Tıp», GİM Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1971.

I — GİRİŞ :

Türk Ceza Yasası'nın İkinci Kitabının «Kişilere Karşı Cürümler» i kapsayan 9. Kısımının «Kişilere Karşı Etkili Eylemler» e ilişkin 2. Bölümünde yer alan 456. maddesi «Hayati Tehlike»'den bahsetmektedir. Anılan maddenin ikinci fıkrası, herhangi bir kişinin öldürme amacı olmaksızın diğer bir kişiye karşı işlediği bir eylemle

(*) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Yardımcısı.

onun «yaşamını tehlikeye maruz kılmış» olması halinde (2 - 5 yıl hapis) cezasına çarptırılacağı kuralını kapsamaktadır.

Yasa uygulayıcısı yönünden; maddede konu edilen «Hayati Tehlike» nin varlığının nasıl saptanacağı, uygulamada ne tür bir tutum ve davranışta bulunulması gerektiğini belirtmek üzere « y a r a » terimine kısaca değinelim.

II — YARA; TANIMI, TÜRLERİ :

Tıp açısından ; deri ve üst zarlar (Mucosa) tabakasının normal bütünlüğünün, yarılma, ezilme, berelenme gibi bozulması y a r a olarak kabul edilmektedir.

Adli Tıp yönünden ; kişi yaşamını, sağlığını bozan onu tehdit eden ruhsal, bedensel tüm arıza ve etkilemeler y a r a olarak kabul edilmektedir.

Türk Ceza Yasası açısından y a r a ; öldürme amacı olmaksızın girişilen eylemlerin kişi yaşamında, bedensel, ruhsal sağlığında oluşturduğu bozuklukların tümüdür.

Bu nedenlerle; birini zehirlemek, hasta etmek, kolunu burkarak eylem yerlerinden çıkarmak, aç ya da soğukta bırakmak ya da korkutma sonucu onda ruhsal bozukluklar oluşturmak tıp yönünden yara olarak kabul edilmemekle beraber ceza yasası açısından y a r a olarak kabul edilmektedir (1).

Ceza yasasının uygulanışı yönünden yaralar on bölümde toplanırlar (2) :

1) **Ezik ve Parçalı Yaralar** (Ezici araç yaraları) : Bu tür yaralar; taş, sopa, demir, tekme, yumruk, otomobil, araba, her tür taşıt araçlarının ağırlıklarıyla meydana getirdikleri yaralardır.

2) **Kesik Yaralar** (Kesici araç yaraları) : Ustura, jilet, cam, bıçak, teneke v.b. kesici araçların kesici yüzünün deriye sürtünmesiyle oluşan yaralardır.

3) **Kesici - Ezici Yaralar** : Balta, keser, kürek, nacak, bel, satır v.b. araçların ağırlık ve kesici yüzleriyle oluşan yaralardır.

4) **Delik = Nafiz yaralar** (Delici araç yaraları) : Şiş, tıg, bız, çivi, iğne, süngü v.b. delici araçların sivri uçlarıyla açtıkları yaralardır.

(1) Prof. Dr. KAMAY, «Adli Tıp» C. 1, 3. B., Ankara, 1959, s. 389, 390; Prof. Dr. ÖZTÜREL, «Adli Tıp», Ankara, 1971, s. 52; Prof. Dr. ÖZEN, «Adli Tıp» Ankara, 1955'e Bkz.

(2) Prof. Dr. ÖZTÜREL, a.g.e., s. 54 - 68; Prof. Dr. ÖZEN, a.g.e. s. 109, 113'e Bkz.

5) **Baticı - Kesici Yaralar** (Delici - kesici araç yaraları) : Çakı, sustalı, kama, saldırma, kılıç, kasatura v.b. kesici ve delici araçların sivri uçlarıyla delerek ve keskin yüzleriyle de keserek oluşturdukları yaralardır.

6) **Ateşli silâh yaraları**

7) **Yanık yaraları**

8) **Elektrikten meydana gelen yaralar**

9) **Soğuk, sıcak etkisiyle oluşan yaralar**

10) **Patlamadan meydana gelen yaralar**

Belirtilen bu yaralar buldukları vücut bölgesine göre şöylece ayrılırlar (3) :

1 — Baş, kafa kırıkları, beyin yaraları

2 — Boyun yaraları

3 — Kalp ve akciğer yaralarını kapsayan, göğüs kafesi ve göğüs boşluğu içindeki organ yaraları

4 — Karın duvarı ve karın boşluğu içindeki; karaciğer, mide, dalak, böbrek, Barsak v.s. yaralarını kapsayan, organların yaraları

5 — Kemik kırıkları

III — KİŞİ YAŞAMINI TEHLİKEYE MARUZ

BIRAKILABİLEN YARALAR (4) :

İnsan vücudunun dıştan gelen etkili eylemlere en çok hedef olan bölgesi baştır. İnsan kafatası kemiği; 0.5 - 7.5 mm. kalınlığında olup sağlam ve biraz esnektir. Bu nedenle kafatası, şiddetli bir etkili eylem sonucu yıkıntıya uğrar. Baş yaralarında, kemiklerde kırılma, beyin zarlarında ve beyinde bozulma oluşmuşsa yara sonucu çok tehlikelidir.

Yüz yaralarında; yüzde husule gelen yara ile birlikte beyin ve beyin zarlarında da yıkıntı, zedelenme oluşmuşsa tehlike çok büyüktür.

Göğüs içinde akciğerler, kalb, büyük damarlar mevcuttur. Göğüs yaralarında bu organlardan biri zedelenebilir. Bu nedenle göğüs yaraları çok önemlidir.

(3) Prof. Dr. ÖZTÜREL, a.g.e., s. 55'e bkz.

(4) Geniş bilgi için bkz. Prof. Dr. ÖZTÜREL, a.g.e., s. 94, 95, 102, 103; Prof. Dr. ÖZEN, «Adli Tıp», s. 121, 129, 130, 134, 135; Prof. Dr. KAMAY, «Adli Tıp» C. 1, 3. B., s. 507; Prof. Dr. ÖZEN - Doç. Dr. SÖZEN, «Adli Tıp ve Toksikoloji», İ. Ü. Tıp F. Ya. No. 1708/86, İstanbul, 1971, s. 105.

Karnın ön tarafında güçlü bir kas duvarı vardır, dış etkenlere az çok dayanır. Bununla beraber karnın nafiz yaraları son derece tehlikelidir.

IV — «HAYATİ TEHLİKE» NİTELİĞİ, SAPTAMA ZAMANI :

Bundan önceki bölümde belirtildiği gibi ; Beyin, kalb, akciğer gibi organların yaralanması «hayati tehlike» doğurduğu gibi büyük damarların kesilmesi, kanamanın fazla olması, tedavinin zamanında yapılmaması da «hayati tehlike» doğurmaktadır. Ayrıca, yaraya katılacak olan tetanoz, gazlı gangren iltihap hallerinde de önce varolmayan hayati tehlike sonradan da husule gelebilmektedir (5). Bu nedenle ceza uygulamasında, hayati tehlikenin oluşunun yanısıra saptama zamanının ayrı bir önemi vardır.

Türk Ceza Yasası'nın 456. maddesinde anılan etkili eylemin, kişinin «hayatını tehlikeye maruz kılmış» olması, o kişinin etkili eyleme uğradığı andan başlamak üzere aldığı yaranın kişi yaşamı için tehlikeli nitelikte olmasıdır. Yaşam için tehlikeli olan bir yara kendi haline bırakılırsa çok kez, bir süre sonra kişinin ölümine yol açar.

Bu tür bir etkili eylem sonucu kişi sağlığında meydana gelen aksama; anında yapılan tıpsal karışma ve tedavi ile iyileşebileceği gibi, maruz kalan kişinin vücut canlılığı, güçlülüğü sonucu tıpsal karışma olmaksızın da iyileşebilir. Ancak bu durumlar etkili eylemin kişi «yaşamını tehlikeye maruz kılmış» olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Bir başka deyişle, etkili eylem kişi beden ya da ruh sağlığında bir aksama oluşturmuş ya da oluşturmamış olabilir. Eğer «Yaşamsal Tehlike» (Hayati Tehlike) oluşturmuşsa yine anılan maddedeki suçun yasal öğeleri oluşmuştur. Örneğin; yüzme bilmiyen bir kişinin, boynunu aşan, derince bir suya atılması halinde o kişi için yaşamsal tehlike doğmuş sayılır.

Bir yara sonucunda «Yaşamsal Tehlike» nin var olup olmadığı ilk muayenelerde kesin klinik belirtiler ya da laboratuvar bulgulara dayanılarak saptanmalıdır. Yaranın iyileşmesinden sonra, yaşamsal tehlikeyi saptama olasılığı her zaman mümkün değildir (6).

Uygulamada; bazan, geçici ilk raporda yaşamsal tehlikeden bahsedilmekte, sonraki raporda yaşamsal tehlikenin kalktığı belir-

(5) Prof. Dr. ÖZTÜREL, a.g.e., s. 53'e bkz.

(6) Prof. Dr. ÖZTÜREL, a.g.e., s. 161, 52, 53; Prof. Dr. ÖZEN - Doç. Dr. SÖZEN, «Adli Tıp ve Toksikoloji» s. 223.

tilmekte, kesin raporda ise bu durum açıklığa kavuşturulmamaktadır. Ya da daha sonraki geçici ya da kesin raporlarda yaşamsal tehlikeye değinilmeksizin iş ve güçten kalma süresi belirtilerek tıpsal kanı ileri sürülmektedir. Bu da bazı yanılığlara yolaçmaktadır. Bu konuya daha sonraki bölümlerde tekrar, kısaca değinilecektir.

V — KONUYA İLİŞKİN GÖRÜŞLER :

A) YARGITAY GÖRÜŞÜ :

Yüksek mahkeme bir kararında (7), Türk Ceza Yasası'nın 456. madde ikinci fıkrasında anılan, kişinin «hayatını tehlikeye maruz» kılma halini «... mağdurun o andaki hastalığı ve hayatının mutlak bir surette ölümle karşı karşıya bulunma» hali olarak kabul etmiştir.

Yine bir başka kararında da (8), «hayati tehlikeye koymak» tan amacın mağdurun vücudundaki esas organlarından birine, herhangi bir şekilde derhal veya daha sonra, fakat daima doğrudan doğruya verilecek zararlar, o esas organın görevini yapamaz hale getirilmesi veya görevinde düzensizliğe sebebiyet verilmesi» olduğunu belirtmektedir.

Bir diğer kararında da (9); sadece yaşamsal tehlikeden bahsedilmesinin yeterli olmadığı «vücudun hangi esas organlarında zarara sebebiyet verilmiş olması sebebiyle hayati tehlikenin mevcut olduğu» nun gösterilmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay dördüncü ceza dairesi bir kararında (10) «Mağdurun **ilk raporunda** hayati tehlike mevcudiyetinden bahsedilmiş olmasına göre bu halin araştırılıp nazara alınmaması» nı tenkide alarak bu konudaki kanısını açıklamıştır. Aynı daire bir diğer kararında da, (11) izlenecek yolu belirlemiştir. Anılan kararda «... günlük **ilk raporda** hayati tehlikenin mevcut olmadığı bildirilmiş ve ...tarihli **ikinci raporda** hayati tehlikeden bahsedilmiş bulunmasına göre; mağdure B D'ın maruz kaldığı kaza neticesi vücudunda meydana gelen ve 10 gün iş ve güce engel bulunan arazın neden ibaret olduğu raporları düzenleyen doktora tesbit ettirildikten sonra bu kabil arazın emsaline göre hayati tehlikeye maruz bırakıp bırakmayacağı hususu Adli Tıp Meclisinden sorulmadan» hüküm tesisi bozma ne-

(7) Y. Ce. G. K. 6.7.1953 gün E = 1/63, K = 52.

(8) Y. 1. C. D. 28.12.1972 gün, E = 972/4085, K = 972/5214.

(9) Y. 1. C. D. 29.11.1972 gün, E = 4076, K = 4774.

(10) Y. 4. C. D. 11.6.1975 gün, E = 975/3214, K = 975/3272 yayınlanmadı.

(11) Y. 4. C. D. 3.6.1975 gün, E = 3138, K = 3188. Yayınlanmamıştır.

deni sayılarak hüküm bozulmuştur. Aynı daire bir diğer kararında da (12); «Mağdur hakkındaki muvakkat raporda hayati tehlikeden bahsedilmekte ise de Ordu Devlet Hastahanesinin 22.7.1974 tarihli kesin raporunda görülen arazın hayati tehlike tevhit etmiş olup olmadığı açıklanmadığından bu husus Adli Tıp Meclisinden sorulmadan yazılı şekilde hüküm tesisi» ni bozma nedeni sayarak kararı bozmuştur.

B) ADLİ TIP KURUL GÖRÜŞÜ :

Adli Tıp Kurulunun konumuza ilişkin görüşünü saptamak üzere, Yargıtay incelemesinden geçerek sonuçlanan kamu davalarına ilişkin yedi kararını belirtelim.

a) ... Yusuf Atasever Hk. evrak tetkik edildi (13).

Yusuf Atasever hakkında düzenlenen K. Hamam Devlet Hastahanesi 26.4.1974 gün 107, Hacettepe Hastahanesi 25.10.1974 gün 21880, Ankara Numune Hastahanesi 3.9.1974 gün 12997 sayılı raporlarda sol fahiz orta - ön kısmında mermi giriş deliği mevcut olduğu, çıkış bulunmadığı, sevk edildiği Hacettepe Hastahanesinde yapılan ameliyatla sol arteria profunda femoris kurşunla parçalanmış bulunarak bağlandığı bildirildiğine nazaran arızasının şahsın müessir fiil sonucu husule gelen **bacak büyük damarı yaralanması** sonucu T.C.K. 456/2 ye mümas **hayatını tehlikeye maruz kılar** nitelikte olup 25 (yirmi beş) gün mutad iştigaline engel teşkil edeceği mütalaasına varıldı.

(Ad. Tıp. Mec. Bşk. 13.12.1974 gün, E = 20 016, K = 15 086)

ÖZEL NOT : Mağdurun ilk muayene ve tedavisini yapan Kızılcahamam Dev. Hst. Har. Müt. (Op. Dr. R U) tarafından düzenlenen 26.4.1974 gün 107 sayılı geçici raporda «hayati tehlike yoktur» kaydı mevcuttur.

Mağduru daha sonra muayene ve tedavi eden Ankara Nu. Hst. 8. Hariciye Servis Şefi (Op. Dr. M S) tarafından düzenlenen 3.9.1974 gün, sayısız geçici raporda ve daha sonra muayene ve ameliyatının yapıldığı Hacettepe Hast. Göğüs ve Kalp - Damar Cer. Müt. (Dr. E B) tarafından düzenlenen 25.10.1974 gün 630 - 1/21880 sayılı kesin raporda da «hayati tehlike» ye değinilmi-

(12) Y. 4. C. D. 18.9.1974 gün, E = 8600, K. = 13234.

(13) Y. 4. C. D. 3.4.1975 gün, E = 1909, K = 1907 sayılı ilâmt ile onanan Kızılcahamam As. Ce. Mahkemesinin 23.1.1975 gün, E = 974/90, K = 975/2 sayılı kararına ilişkin rapor.

yerek mağdurdaki mevcut arazın kişiyi 15 (onbeş) gün iş ve güçten alıkoyacağı belirtilmiştir.

b) ... Mustafa Aşçı hakkındaki evrak tetkik edildi (14).

Mustafa Aşçı hakkında Nizip Devlet Hastahanesi müşahade kâğıtları ile 20.1.1975 tarihli rapor suretinde, göbeğin 6 cm. solunda içinden omentum sarkan 1cm. kesik yara, sol meme altında ve regio kolika'da 1 cm. kesik yaraları, âcil ameliyat, batın içinde serbest kan, teansvers kolunda hematom, hemostoz yapıldığı bildirildiğine göre, bu yaralamanın şahsın hayatını tehlikeye maruz kıldığı 25 (yirmi beş) gün mutad iş ve gücüne engel olduğu mütalaasına varıldı.

(Ad. Tıp. Mec. Bşk. 7.4.1975 gün, E = 4 842, K = 4 632)

ÖZEL NOT : Nizip Dev. Hst. Baş Tbb'i (Op. Dr. S Ç) tarafından verilen 9.1.1975 gün 4 sayılı geçici raporda mağdurun; «hasta **batna nafiz** bıçaklanmadan hayati tehlike kaydıyla» yatırıldığı belirtilmiştir.

Aynı Hastahane Baş Tbb'i (Op. Dr. S Ç) tarafından düzenlenen 20.1.1975 gün 7 sayılı kesin raporda hayati tehlike'ye değinilmiyerek mağdurdaki arazın kişinin 12 (on iki) gün iş ve gücünden alıkoyacağı belirtilmiştir.

c) ... Aziz Ateş hakkındaki evrak tetkik edildi (15).

Aziz Ateş hakkında Hariciye Mütehassıslığının 3.7.1974 gün, 24.7.1974 günlü raporlarında, alnında solda arkaya doğru giden 15 cm. lik yara, sol göz çerçevesinde ekimoz olduğu, frontal kemikte kırık bulunduğu bildirildiğine ve gönderilen 4260/22.7.1974 sayı günlü kronium radiografilerinde, sol frontal bölgede sinüs üstü ve sinüs dışı sahalarında kırık hatları görüldüğüne göre ;

Netice : Kronium kırığı ile müterafık arızasının T.C.K. 456/2. fıkrasına mümas hayatını tehlikeye maruz kıldığı 25 (yirmi beş) gün mutad iştigaline mani teşkil edeceği mütalaasına varıldı.

(Ad. Tıp. Mec. Bşk. 6.6.1975 gün, E = 11.398, K = 7.466)

ÖZEL NOT : Sivas Nu. Hst. Har. Mütehassıslığınca verilen 3.7.1974 gün 2751/14 - 1 sayılı geçici raporda ve aynı Hastahane Baş Tbb. liği (Op. Dr. H İ) tarafından düzenlenen 24.7.1974 gün

(14) Nizip As. Ce. Mah. 26.9.1975 gün, E = 975/23, K = 975/125 sayılı kararına ilişkin rapor.

(15) Zara As. Ce. Mah. 15.10.1975 gün, E = 1975/15, K = 1975/99, sayılı kaarrına ilişkin rapor.

3096 - 14/1 sayılı kesin raporda hayati tehlike durumuna değinilmemiş, mevcut arazın kişinin 20 (yirmi) gün iş ve gücüne engel olacağı belirtilmiştir.

d) ... Kemal Evgeç (Ergeç) hakkındaki evrak tetkik edildi (16).

Kemal Evgeç (Ergeç) e ait 16.10.1974, 10.9.1974 tarihli rapor suretleri ile 523/2855 protokol sayılı hasta müşahade kâğıdında, sırtta sol kürek kemiği altında delici, kesici vasıfta alet yarası tesbit edildiğine, ilişik 10.9.1974 tarihli röntgen filminde kesici delici alet yarasının **göğüse nafiz** olduğunun radyolojik belirtileri görülemediğine göre, arızasının **hayatını tehlikeye maruz kılmadığı** 10 (On) gün mutad işgaline engel teşkil edeceği mütalaasına varıldı.

ÖZEL NOT : Milas Dev. Hst. Har. Müt. V. (Op. Dr. Z K) tarafından verilen 10.9.1974 gün 260 sayılı geçici rapor, «hayati tehlike vardır» kaydını kapsamaktadır.

Muğla Dev. Hst. Har. Müt. (Op. Dr. A A) tarafından düzenlenen 10.6.1974 gün 4295 sayılı kesin raporda hayati tehlikeye değinilmiyerek mağdurdaki arazın 10 (On) gün iş ve gücüne engel olacağı belirtilmiştir.

e) ... İbrahim Bostan hakkındaki evrak tetkik edildi (17).

İbrahim Bostan hakkında : Demirci Devlet Hastahanesinin 544 - 279/29.4.1974 protokol sayı günlü hasta tabelâ, müşahade kâğıtlarıyla, hariciye mütehassıslığının 51/II - I, 18.5.1974 sayı günlü raporu ve gönderilen 30.4.1974 günlü kafa radiografisinin incelenmesinde : Şuur kapalı, refleksler lakayt, kusma, başta saçlı deride oksipital üst bölgede yanlamasına 5 cm. lık kemiğe kadar varan radi yara, yüzde ellerde sıyrık, parietal kemikte uzun çatlak hattı bulunduğu anlaşılmacla,

Netice : Kafa kırığı ile müterafık arızasınının T.C.K. 456/2. fıkrasına mümas hayatını tehlikeye maruz kıldığı, 25 (yirmi beş) gün mutad işgaline mani teşkil edeceği mütalaasına varıldı.

(Ad. Tıp. Mec. Bşk. 10.7.1974 gün, E = 12.308, K = 10.262)

ÖZEL NOT : Demirci, Dev. Hst. Baş Tbb. (Op. Dr. M K) tarafından düzenlenen 18.5.1974 gün 51/II - 1 sayılı kesin raporda mevcut arazın «hastada hayati tehlike tevlit ettiği (on gün)

(16) Milas As. Ce. Mah. 25.9.1975 gün, E = 975/67, K = 975/161 sayılı kararına ilişkin rapor.

(17) Demirci As. Ce. Mah. E = 974/57, K = 974/277 sayılı olup Y. 4. C. D., 22.10.1974 gün, E = 8773, K = 13598 sayılı ilamıyla onanan kararına ait rapor.

mutas iştigaline engel teşkil ettiği», bilahare de «yapılan tedavi sonunda hayati tehlike» nin ortadan kalktığı belirtilmiştir.

f) ... Huriye Ekiz Hk. evrak tetkik edildi (18).

Huriye Ekiz'e ait Isparta Devlet Hastahanesinin 11.8.1974 gün 6971 protokol sayılı müşahade kâğıdı ile 11.8.1974 günlü muvakkat 22.8.1974 günlü kesin rapor suretinde belirtilen sol kürek kemiği alt köşesinde 1 cm. tulde **akciğere nafiz** olup hemotoraks (Rönt. No. 3680) teşekkülüne sebep olan kesici delici alet yarası, sol ön kol alt nahiyesinde raddi sıyrık ekimoz, sağ el 3. parmak dış yüzünden raddi sıyrık arızasının T.C.K. nun 456/2. fıkrasına mümas şahsın **hayatını tehlikeye** maruz kıldığı, 25 (yirmi beş) gün mutad iştigaline engel teşkil ettiği mütalaasına varıldı.

(Ad. Tıp. Mec. Bşk. 20.9.1974, E = 14.860, K = 11.902)

ÖZEL NOT : Mağdurun ilk muayenesini yapan Isparta Dev. Hst. Nö. Tbb. tarafından düzenlenen 11.8.1974 gün, 7021 kayıt numaralı raporda mağdurdaki arazın hayati tehlike arzettiği belirtilmiştir.

Aynı Hastahane Baş. Tbb. liğince verilen (Op. Dr. F Ş) tarafından 22.8.1974 gün, 177 sayılı kesin raporda hayati tehlikeye değinilmiyerek mağdurdaki arazın kişiyi 10 (On) gün iş ve gücünden alıkoyacağı belirtilmiştir.

g) ... Gıyasettin Karakuş hakkındaki evrak tetkik edildi (19).

Müşteki Gıyasettin hakkında Pasinler Merkez Sağlık Ocağı Tbb. nin 27.10.1972 gün, 352 - 4 - 3, Erzurum Nümune Hastahanesi Baş. Tbb. nin 27.10.1972 gün 20.778 ve rontgen servisinin 27.10.1972 gün 571/29 - 109 sayılı raporlarının incelenmesi ve isimsiz 27.10.1972 gün 109 sayılı iki adet kafagrafisi ile bir adet aynı gün ve sayılı toraks grafisinin incelenmesinde, mağdurda, oksipital, oksipito - temporal ve parietal nahiyede raddi ekimozlar, sol omuz ve sol klavikula üzerinde raddi ekimoz ve şişlikler mevcut olduğu, 27.10.1972 gün 109 sayılı ön yan kafa grafilerinde fissür tarzında kırık hatları tesbit edilmekle bu kafa lezyonların T.C.K. 456/2. ye mümas şahsın hayatını tehlikeye maruz kıldığı, 30 gün mutad iştigaline engel teşkil edeceği mütalaasına varıldı.

(18) Isparta As. Ce. Mah. 12.12.1974 gün, E = 974/278, K = 974/500 sayılı olup Y. 4. Ce. D 7.3.1975 gün, E = 1218, K = 1233 sayılı ilâmıyla onanan kararına ilişkin rapor.

(19) Pasinler As. Ce. Mah. E = 972/96, K = 973/176 sayılı kararına ilişkin rapor.

(Ad. Tıp. Mec. Bşk. 23.7.1973 gün, E = 7384, K = 12.156)

ÖZEL NOT : Mağdurun ilk muayene ve tedavisini yapan Pasinler Merkez Sağlık Ocağı Tbb. (Dr. M. N A) tarafından düzenlenen 27.10.1972 gün 352 - 4/3 sayılı geçici raporda arazın hayati tehlike arzettiği belirtilmiştir.

Erzurum Nu. Hst. Baş. Tbb. liği acil Nöb. Tbb. (Dr. Y K) tarafından düzenlenen 27.10.1972 gün 2078 sayılı kesin raporda hayati tehlikeye değinilmiyerek arazın kişinin 9 (dokuz) gün iş ve gücüne engel olacağı belirtilmiştir.

VI — SONUÇ :

Beyin, kalb, akciğerler gibi organların yaralanması, büyük damarların kesilmesi, kanamanın fazla olması; yaşamsal tehlikeyi oluşturmaktadır. Kişinin maruz kaldığı etkili eylem sonucu beden ya da ruh sağlığında meydana gelen aksama yaşamsal tehlikeyi oluşturduğu gibi beden ya da ruh sağlığında bir aksama husule getirmeden de yaşamsal tehlikeyi oluşturabilmektedir. Bütün bu durumlarda Türk Ceza Yasası'nın 456. maddesinin ikinci fıkrasındaki yasal öğelerin oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Etkili eylem sonucu kişinin yaşamsal tehlikeye maruz kaldığı durum ile önce var olmayan, sonradan meydana gelen yaşamsal tehlikenin bir birinden ayrılması suçun yasal öğelerinin saptanması açısından önem taşır.

Bu nedenlerdir ki, yasa uygulayıcısı açısından; etkili eylemin kişiyi yaşamsal tehlikeye maruz kılıp kılmadığının, olanakların elverdiği oranda ilk ya da onu izliyen muayenelerde saptanmasına çalışılmalıdır. Adli olayların yoğunluğunun yolaçtığı raporlardaki boşlukların klinik bulgu ya da laboratuvar sonuçlarına dayalı olarak en kısa sürede doldurulması, olguların eksiksiz yansıtıcısı olmasına çalışmayı gerektirmektedir.

KANITLARIN TOPLANMASINDA YASALLIK, DÜRÜSTLÜK VE TOTAL CEZA ADALETİ

SAMİ SELÇUK (*)

PLÂN :

I—ÖNCE

II—SORGU

1. SANIĞIN RUHSAL DURUMU
2. İKRAR
 - a) Terim sorunu
 - b) İkrarın hukuksal yapısı
 - c) İkrarın anatomisi
 - ç) İkrar ve işkence

III—TANIKLIK :

IV—SONCA : TOTAL CEZA ADALETİ ÖLÇÜTÜ

I—ÖNCE :

Tüm ahlâk ve hukuk kuralları insanları mutlu kılmaya dönüktürler. O nedenle, sözkonusu kurallar bir yerde, erdemliliği ve dürüstlüğü bünyelerinde taşırlar. Kuralların yapısal ve endojen nitelikleridir bu. Yargıçlar da «Anayasaya, yasaya, hukuka ve vicdanî kanaatlarına göre hüküm verirler.» (Anayasa, md. 132). O Anayasa ki, «hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.» (md. 8) Anayasal düzeydeki bu kurallar, yargı erkini uygulama alanına aktaran yargıçların salt hukuk bilgisiyle değil, vicdanî kanıyı oluşturacak diğer değerlerle de donatılmış bulunmaları gerektiğini vurgulamaktadır.

Yargılama bir sanattır. Adalet metodolojisini ve hukuk mantığını gerektiren bir sanat. Hukuk mantığı ise rasgele bir mantık değil, hukuk bilincinin yönettiği bir mantıktır. Buna adalet psikolojisini de ekleyerek, yargılamanın entellektüel işlerliğini bütünleştirmek zorunludur. Böylesine hazırlık isteyen yargılama süreci, hukuk ilke-

(*) Cumhuriyet Başsavcısı Yrd.

lerine de uymak durumundadır (1) ve derinlemesine düşünüldüğünde, adalete ulaşma kaygısında bulunan yargıcı ne denli önemli bir uğraşının beklediği anlaşılmaktadır. Bu açıdan soruna yaklaşıldığında, Çiçeron'un, bir ulusun uygarlık derecesini ölçmede adaleti ölçüt almasına şaşmamak gerekir. Gerçekten amaç, son çözümde adalete ulaşmaktır. Özellikle ceza adaletinde sorun daha karmaşık olduğundan daha çok önem kazanmaktadır. Çünkü, yargıcın görevi yasaları uygulayarak salt ceza dağıtımını değildir. Rakam rakam ceza adaleti dağıtımını onu bir hesap makinesine indirgemek olur. Daha çok, duygulu ve düşünceli bir varlık olarak adaleti gerçekleştirmektedir. Kâğıt üzerindeki yasayı canlı kılan, «yaşayan bir yasadır» o. Suç eyleminin ayrışım ve biresimini (analiz ve sentezini) yaparken, salt yaptırımların yetmeyeceğini bilmek zorundadır yargıç. Neden ki, yasalar, yaşayan bir gerçek olan suçlu gibi canlı değildirler. Hüküm, bir yönüyle sanığın geçmişinin köklerine inen, bir yönüyle çağını yansıtan, bir yönüyle de geleceğine yönelik olacaktır. O nedenle yargıç, yargılamadan ve hüküm vermeden önce, «adalet bilincini» kazanmak durumundadır.

Yalın anlatımıyla kanıtlar dizisinin düğümlendiği hüküm, akılcı olduğu denli bir değer yargısıdır da. Bu değer yargısının doyurucu olması için yasalar ve uygar toplum, bir dizi kurallar ve değerler getirmiştir.

Bu kurallardan ilki, ceza yargıcının mutlak gerçeğe göre değil, vicdanî kaniya göre hüküm vermesidir. Mutlak gerçek ne denli nesnel (objektif) ise, vicdanî kanı da o denli öznel (sübjektiftir). O bakımdan da görecedir (izafidir). Mutlak gerçeği ceza yargıcına zorlamak, ondan matematik kesinlik beklemek gibi hukuk mantığına ve adalet duygusuna ters düşen sonuçlara götürür. Yasa yollarının varlık nedenlerini ve adalette insan ögesini yadsımaya kadar varır. Pozitivistlerin kesin hükme karşı çıkmalarındaki hikmeti burada aramak gerekir.

Bununla birlikte, vicdanî kanı, kuşkusuz nesnel kanıtlara dayanacaktır. Hukukta yasal kanıtı dayanan «biçimsel gerçek» önemlidir. Cezada ise maddî gerçek. Çünkü hukuk davalarında, kanıtlanması gereken şey hukuksal tasarruflardır. Cezada ise maddî olaylardır. Nedir ki, yargıcın kanısının esas olduğu kimi hukuk davalarında bile tanıklık gibi kanıtlar da önem taşımaktadır. Boşanma davalarında olduğu gibi.

(1) Gorphe, Les décisions de justice, 1952, p : 14.

Ceza davasında amaç, kuşku durumundaki olayın, kesinlik derecesinde kanıtlanmasıdır. Tanıtlama yükü, iddia makamınınındır. Sanığın suçunu gizleme ve peçeleme planlarını başarısızlığa ulaştırmak, iddia makamına düşmektedir. Ne var ki, bu görevi yaparken, yasal yollardan ayrılmamak ödevini de unutmamak gerekir. Burada ilk hareket noktası, toplumsal bir olgu olan suça karşı savaşın etkili silâhlarla ve fakat dürüst yollardan yapılmasıdır. (2) O nedenle, kanıtların araştırılması, hem yasal hem de uygarlığın kabul ettiği ahlâksal değerlerle uyumlu olmalıdır.(3) Cezaların ve suçların yasallığı ilkesinin ceza usulüne bir tür yansımasıdır bu. Özellikle hazırlık soruşturmasının gizliliği, bu evrede, yasallığın daha da sıkı düzen işlemlerini gerektirmektedir. (4) Çünkü, gizlilik güvencesizliktir. Yasallıktan uzaklaşmaları peçelemeye olanak yaratan bir güvencesizlik. O nedenle, yasaya uygunluk, adaleti gerçekleştirmenin minimal koşuludur. (5) Üstelik, Türkiye gibi, bağımsız adalete bağlı tüzel (adli) kolluğun bulunmadığı bir ülkede, hazırlık soruşturmasının gizliliği, adalet açısından daha da önem kazanmaktadır. Başkan de Gaulle'ün «Adli otoritenin bağımsızlığı sağlansın ve o herkesin özgürlüğünün bekçisi olsun. Devletin yetkisi, onuru, yantutmazlığı onunla çok daha güvence altına alınacaktır.» demesi anlamlıdır. Bu bağımsızlık, suç işlendiği andan itibaren işlerliğini kazanmalıdır.

Suç işlendiğinde uyanan toplumsal tepki, başlangıçta ölç alma biçiminde oluşmuş, günümüzde ise yasal kısıntılarla insan onuruna saygılı bir biçime bürünmüştür. O nedenle kanıtların araştırılmaları her türlü araçla olamaz. Adalet, insan onurunun esinlediği değerlere saygılı olmak zorundadır. (6)

İnsanlık kanıt kurallarının gelişiminde üç sistem yaşamıştır :

İlkel sistem, din ve doğaüstü temellere dayanmıştır. Gelişmiş, uygarlıktan uzak halklarca günümüzde bile kullanılagelen bu sistemde, yöntemler akıl dışıdır. 12. yüzyılın Khmer'lerinde, eski Roma'da ve Yunan'da, ortaçağ Avrupasında, Franklarda sanığı aklayacak ve arındıracak antlara, ordalilere rastlanmaktadır. Yakın zamanlara değin görülen düellolar, ikili ordali'den başka şey değildir. Sözelimi, Franklarda uygulanan bir ordali yöntemine göre, sa-

(2) Ancel, La défense sociale nouvelle, 1971, p : 18.

(3) Bouzat, La loyauté dans la recherche des preuves, Mélanges Huguency, 1964, p : 155 vd.

(4) Merle - Vitu, Traité de droit criminel, 1973, c : II, pr : 928.

(5) Vecchio, La justice - La vérité, 1955, p : 7.

(6) Stéfani - Levasseur, Procédure pénale, 1968, p : 24.

nık, kızgın demiri tutarak dokuz adım yürümek zorundadır. Eğer yanık yarası, belli süre içinde iyileşirse sanık suçsuz sayılacaktır. Montesquieu'nün de dediği gibi, kızgın demirle, suçsuzluğu kanıtlayan ve suçlu lehine bulunmuş bir mucizedir bu. (7)

Bu dönemi yasal kanıt sistemi izlemiştir. Yargıç, belli suçlar için belli sayıda kanıtlara dayanmak ve bunlar varsa hükümlülük kararı vermek zorundadır. Sözgelimi, islâmda, zina suçlarında durum böyledir.

Günümüzde kanıt özgürlüğü ve vicdanî kanı sistemi egemendir. Cezanın insancillaştırılması savaşımının bir sonucudur bu anlayış. Bu konuda, Beccaria'nın büyük emeği geçmiştir. Ünlü yapıtının 2. ve 27. bölümlerinde, bu insancillaştırmanın boş bir uğraşı olmadığına, onun sosyal bir felsefe üzerine kurulu bulunduğuna değinmiştir. Bu temel kavramdan yola çıkarak, ceza davasının mahiyetini aydınlatmıştır; bundan böyle, suçlu artık bir insandır, hukukun öznesidir. Bir şey veya keyfî ceza ve kovuşturmaların öznesi değil. O nedenle de ceza davasında vicdanî kanı ilkesi esas olmalıdır. (8) Ancak bu vicdanî kanıyı oluşturacak kanıtlar da özgür ve yöntemince araştırılmalıdır.

II — S O R G U :

Sanığın sorgusundan amaç, hem kanıt toplamak, hem de sanığa savunma olanağı vermektir. Ceza Usulü Yasamızın gerekçesinde bu açıkça belirtilmiştir. Ayrıca sanığa susma hakkı tanınmıştır. 1942 yılında General Gamelin'in, 1945 yılında Mareşal Pétain'in yaptıkları gibi. Amaç, sorgunun baskı ve kışkırtma aracı olmadığını, kimsenin kendi çıkarı için bile olsa, zorlanamayacağını açığa çıkarmaktır. (md. 135) Oysa, gerçeği bildiği hâlde susan tanık cezalandırılır.

Sorgu yargılamanın önemli bir parçasıdır. Sorguda, sanığın anlatmak istediği ile tutanağa geçen arasında çoğu kez farklar görülür. Üstelik, tutanak, sorgu sırasında sanığın ruhsal durumunu da yansıtmaktan uzaktır. Sanığın duruşma sırasındaki savunmaları, her kanıttan sonraki sorguları, ilk sorgusunun bir tür uzantılarıdır. Yeter ki, tüm sorgular, kurallara uygun yürütülsün. Bu nedenlerle, yargıç veya görevli, her şeyden önce, bir sanığı sorguya çektiğinin bilincini taşımalıdır. Bu da sanık psikolojisini iyi bilmekle başlar.

(7) Imbert - Levasseur, Le pouvoir, les juges, et les bourreaux, 1972, ps : 153 - 192.

(8) Ancel, op. cit, p : 59.

1. SANIĞIN RUHSAL DURUMU :

Yargıç veya görevli, bu evrede kendini sanığın yerine koyarak düşünebilmelidir. Hüküm sırasında içe bakış yöntemi tehlikeli ise de, sanığın içinde yaşadığı ruhsal durumu tanıma açısından yararlıdır.

İlkin, sanık kaygılıdır. Bir suçlamanın öznesidir. İstemese de, bir çekişmeye katılma baskısı altındadır. Bu kişisel kaygı, çokluk onu çelişkili savunmalara sürükler. O nedenle, Ceza Usulü Yasası, kimseyi, kendisi veya yakınları aleyhine sonuçlar doğuracak demeçte bulunmaya zorlamamıştır. (Anayasa, md. 33 / 4, C.Y.U.Y. md. 50). Çünkü, hiçbir hukuk kuralı (yasa), kandan (akrabalıktan) doğan hakları çiğnemez (Jura sanguinis, nullo jure civili perimi possunt). Bu Roma hukukundan beri bilinen bir özdeyiş, insan yapısını ilgilendiren bir kuraldır. O bakımdan yargıç veya görevli, böylesi bir ortamda duyarlı olmak zorundadır.

Sorgu sırasında genel nitelikte uyarılar, çelişkilere dikkat çekmeler olabilir. Ancak, telkin son derece tehlikelidir. Kışkırtma doğurur ve adaletin yörüngesinden sapmasına yol açabilir. Güdümlü sorgu, çokluk telkinin sonucudur. Önceden tasarlanmış belli sonuca ulaşmak için yapılan sorgunun yeri yoktur adalette. Tersine, aleyhindeki suçlamayı bilme ve susma hakkı vardır sanığın. (md. 135)

Duruşmada, önceki ve sonraki sorgular, yüze karşılık, doğrudanlık, açıklık ve sözlülük ilkelerinin güvencesi altındadır. Ancak, gizli yürütülen hazırlık ve ilk soruşturmalarda bu güvenceden yoksunluk, tehlikeler yaratma yeteneğindedir. O nedenle çoğu Avrupa ülkelerinde, avukatın bu sorguda hazır bulunması, sanığa poliste avukatı gelmeden hiçbir demeçte bulunmama, avukata bu evrede dosyayı inceleme olanakları sağlanmıştır.

İngiliz hukukundaki geçerli suçlama sisteminin tersine, bizde ve çoğu Avrupa ülkelerinde, yukarıda değindiğimiz gibi, sanığa susma hakkı tanındığından ant verilemez. Bütün bunlar, dolanlı yollara başvurma yöntemlerini yasaklama kaygılarının sonuçlarıdır.

Adalet, bilgisizlikten yararlanmak ve ansızın yakalamak demek olmadığı için, C. Y. U. Yasasının gerekçesinde de belirtildiği üzere, sanığa kavrayamayacağı sözcük ve kavramlarla sorular sormak ve ve onu şaşırtmak doğru değildir. Sorgu dürüst olmak zorundadır. Dolana yer yoktur. Uygulamada buna en güzel örnek, Légion d'honneur davasıyla verilmiştir. Sorgu yargıcı, Cumhurbaşkanı Jules

Grévy'nin damadı sanık Daniel Wilson hakkındaki kuşkularını güçlendirmek için, bir suç ortağıyla telefon konuşması yapmış ve bunu Wilson'la yapıyormuş gibi göstermiştir. Fransız Yargıtayı, sorgu yargıcını disiplin cezasına çarptırmış ve kararında şu ilginç gerekçeye yer vermiştir : İyerarşide doldurulan yerin gerektirdiği onur ve saygınlığına göre, kullanılan araçlar ve davranışlar değişirler. Dolanlı yolla bile olsa, tüm araçları kullanabilen alt düzeydeki görevliler tarafından yapılmış araştırmaların sonucunu toplamak utanç verici olmayabilir. Ancak yargıç, bu araçları kendisi kullanarak küçük düşmemelidir. Fransız Yargıtayı Genel Kurulunun Yargıçlar Yüksek Kurulu olarak verdiği 31 ocak 1888 tarihli bu karar ilginçtir. O nedenle sorgu yargıcı, sanığın güvensizliğini doğurmaktan çekinmeli, görev niteliğini gizlememelidir. Aynı kural, kolluk memurları için de geçerlidir. Nedir ki, öğretide, kanıt toplarken bir ölçüde kolluk görevlilerine hoşgörölü davranmak gerektiğini savunanlar vardır. (9) Yine Fransız Yargıtayı, şaşırtmaca elde edilen bir haberleşmenin hükme dayanak yapılmasını bozma nedeni saymış, Fransız Ceza Usulü Yasası ,bu tür işlemlerin dosyadan çıkartılmasını ve bunlara başvuran yargıçlara disiplin cezaları uygulanmasını öngörmüştür. (md. 173) (10)

Bir başka örnek de, Nancy üst (istinaf) mahkemesince verilmiştir. İlk mahkeme davaya katılanın isteğiyle, sanığın, suça yataklik yapanların adlarını açıklamadığı takdirde gecikme nedeniyle bir tür cezaî koşulla hükümlendirilebileceğine karar vermiştir. Çünkü sanık, çaldığı malların bir kesmini onlara da bırakmıştır. Hukuk davası yönünden haklı görülebilecek bu yöntemi, üst mahkeme ceza hukuku açısından kabul etmemiş ve bunun itirafı elde etmeye yönelik bir baskı aracı olma olasılığı, mahkemenin başlıca kaygısı olmuştur (11).

Son kararlarında Fransız Yargıtay'ı, polis in bu konudaki yetkisini giderek kısmıştır. Polis kurnazca yöntemlere, ancak var ve sürdürülmekte olan bir suçun ortaya çıkarılmasında sınırlı olarak başvurabilecektir (12). Birleşik Amerika'da geliştirilen habeas cor-

(9) Blondet, Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire, J.C.P. 1958, 1.1419.

(10) Aynı nitelikte kararlar : Crim. 12.6.1952, s., 1954, 1.69, A. Légal'in notu ; J.C.P., 1952, 11.7241 Bouchot'nun notu ; Civ. 18.3.1955, D. 1955 - 573, Savatier'nin notu : J.C.P. 1955, 11.8909 Esmein'in notu.

(11) Nancy, 17.12.1947, J.C.P. 1948, 11.4450 Colombini'nin notu.

(12) Crim. 2.3.1971 J.C.P. 1971, 11.16815, Bull. Crim. No : 71 ve Crim, 16.3.1972, Bull. Crim. No : 108.

pus yöntemine göre, yasa dışı toplanan kanıtların ceza davalarında kullanılamayacağı öngörülmüştür (13).

Sanığın içinde bulunduğu ruh durumunu sömürmeye yönelik baskı ve özellikle tutuklama tehdidi onda çöküntüler yaratabilir. Suç ile sorgu arasında geçen süre, çevre, sorguda önemli etkenlerdir. Zorunlu bir kötülük olan tutuklama, zorunsuz bir kötülüğe dönüştürülmemelidir. Yargıç önüne gelen sanık, ya suçlu ya da suçsuzdur. Her ikisinin de ortaklaşa niteliği, sanık olmalarıdır. Sanığın suçlu olduğu önyargısıyla sorguya çekilmesi, Ferri'nin dürüst insanların yasası dediği ceza usulü yasasının amacıyla çeliştiğinden tehlikelidir. Sanık suçlu ise, hareketini peçelemek için plan yapacaktır. Suçsuz ise, olayı bilmediğinden tutuklanma kaygısıyla çelişiklere düşebilecektir. Adli yanılığa kurban gitme korkusu, adli yanılığın gerçekliği karşısında, haklı bir korkudur. Hoşgörüyü değerlendirmelidir.

Adalet, çağımızın getirdiği kriminalistik yöntemlerden, özellikle kan ayrışmaları ve kümelerinden, adli tıptan, parmak izlerinden, optik araştırmalardan, Wood lâmbasından, kromatografiden, ışıklardan v.b. elbette yararlanacaktır. Ancak, ipnotizma, narco-analiz, ikrar uyuşturucusu, gerçek serumu, pentotal gibi yöntemler, cezacılarca haklı olarak yasa dışı sayılmışlardır. Gerçekten, bu denemeler, insanı birer laboratuvar hayvanı derekesine indirmekte, insan onuruyla çalışmakta, savunma dokunulmazlığına ve özgürlüğüne saldırı teşkil etmektedirler (14). Üstelik bunlar, bilinç ve bilinçaltına itilen anıların karışımı sonucu yanılığara yol açmaktadırlar. Nedir ki, Graven gibi kimi yazarlar, bu tür yöntemlerin önsel (a priori) olarak bir yana itilmesine karşıdırlar. Sıkı kurallar altında kullanılmalarını, (sözgelimi, sanığın sorgu yargıcı ve hekim huzurunda savunma yapması gibi) salık vermektedirler (15). Fransa'da Yargıtay, sanık istese bile bu yöntemlerin kullanılamayacağına karar vermiştir. Ancak, kişilik dosyasının oluşturulması sırasında, sanığın salt kişiliğini tanıma açısından bu yollara başvurulabilir. Kişilik dosyası ise, asla sanık aleyhine kanıt olarak kullanılamaz. Sadece, cezanın kişiselleştirilmesinde rol oynar. Yalan aygıtı v.b. (Détenteur de mensonge veya poly graphe) Amerika'da kullanılmasına karşın Avrupa'da kullanılmamaktadır. Örne-

(13) Marc'tan aktarma, Rev. Science crim... 1972, s : 283 : Wayne R. Lafare, Arrest : The decision to take a suspect into custody Boston, 1965.

(14) İmbert... op. cit. p : 189.

(15) Graven, Le problème des nouvelles techniques d'interrogation au procès pénal, Rev. science crim... 1950, p : 313 - 334.

ğin, savaş sonrası Batı Almanya'da yasa koyucu, bu konuda önlemler almak gereğini duymuştur. Kamusal ve bireysel özgürlükleri korumak kaygısıyla Ceza Yasasının 136. maddesi, adaleti aydınlatmak bahanesiyle kimi araştırma yöntemlerine başvurulmasını yasaklamıştır. Gerçekten bu maddeye göre, işkenceden başka, yorma, kötü davranma, dolan, ipnotizma, tehdit ve vaad gibi özgür iradeyi etkileyen veya anımsama ya da kavrama yeteneğini örseleyen yöntemler yasaklanmış ve bu yasakların dışına çıkılarak elde edilen kanıtların kullanılamayacağı da öngörülmüştür. Gerçekten iradeyi zayıflatan pentotal v.b. gibi yöntemler, sanığın bilinçaltına itilen dava ile ilgisiz kimi konuların açığa vurulmasına yol açmakta, böylece yaşamın gizliliği ilkesine (Anayasa, md. 15) ters düştüğü gibi, ayrıca yargılamaya da çokluk yanlış bir yön vermektedir. Yazar M. Kühne'ye göre, bu madde, sadece şiddet ve narko - analiz v.b. yöntemleri değil, dokunulmaz nitelikteki insan onurunu zedeleyen tüm tutumları da yasaklamıştır. Federal Anayasanın insan mutluluğu ve iyiliğini öngören ilk maddesinin yasalara yansımadır bu (16).

Konu, 10 - 16 Ocak 1972 tarihlerinde Fildişi'nin başkenti Abidjan'da tartışılmıştır. Prof. L'evasseur, toplumun gerçeği tanıma hakkı olduğunu, toplumun yüksek çıkarları izin verdiği oranda bireysel haklara dokunulabileceğini, bu nedenle özenli bir sınırlama ve düzenleme ile narko - analiz ve poligrafının kabul edilebileceğini savunmuştur. Prof. Vassali ise, insan hakları açısından, insancıl ve gerçekçi bir yaklaşımla bu görüşe karşı çıkmış ve kötüye kullanılmaya yatkın böylesi yöntemlerin ceza hukukuna giremeyeceğini belirtmiştir. Goudot ise, bedensel bütünlük, özel yaşam ve güvenlik ile mağdurun suçsuzluğu çatışmasındaki paradoksu dile getirmiş; Prof. Bouzat, kimi önlemlerle gerçek uğruna bunların kabul edilip edilemeyeceğini işlemiştir. Bir komisyon da, sorunu eşitlik, adli otorite, savunma hakkı ilkeleri açısından ele almış, tartışılan konu üzerinde ortaklaşa bir sonuca varılamamıştır (17).

Buna karşılık manyetofon, mikrofon, telefon konuşmalarını dinleme aygıtları yargılama sırasında üzerlerinde tartışılması koşuluyla kullanılabilir. Vicdanî kanıyı oluşturmada ve güçlendirmede birer bulgudurlar. Fransız içtihatları da bu yoldadır. Nitekim, Ben Barka davasında manyetofon kullanılmıştır (18). Ne var ki,

(16) Lorenz, Rev. science crim... 1972, p : 493.

(17) Ottenhof, Cronique, op. cit. p : 707 - 710.

(18) Stéfani... op. cit. s : 24; İmbert... op. cit. p : 190.

özel yerde oluşan konuşmaları ilgilendirdiklerinde kişilerin rızaları gerekir. (Fransız Ceza Yasası, 13.7.1970 tarihli değişiklik, md. 368 - 372). Ancak, uygarlığın bu döneminde bile, Ferri'nin 20. yüzyıl şafağında doğacağını ileri sürdüğü bilimsel kanıt evresine ulaşılammıştır, henüz.

2. İKRAR :

a) Terim sorunu :

İtiraf etme, itirafta bulunanı feda eden bir davranıştır. İkrar ise itiraf edilen gerçeğin benimsenmesi, bu gerçekle uyuşmasıdır. Kabul, tanıma, uyuşma ikrar eyleminin esaslı nitelikleridir (19). İtirafın ikrarı vardır, ama ikrarın itirafı yoktur. Kronolojik yönden itiraf ikrara öncül bir davranıştır. İtiraf, olanları, yapılanları gerçeğe uygun olarak söylemek; ikrar ise yapılan veya söylenen bir şeyi sözle veya yazıyla kabul etmektir. Bu bakımdan, Arapça, bilme anlamındaki irfan kökünden gelen itiraf sözcüğü ile, karar kökünden türetilen ikrar sözcüğü bu durumu iyi yansıtmaktadır. Benzer duruma Fransızca'da da rastlanmaktadır. Bu dildeki ikrar anlamına «aveu», (latince yardım anlamına advocatus'tan, avouer : advocare); itiraf anlamına «confession» (latince, confessio, confesser : confessare) sözcüklerinin kullanılması bir rastlantı değildir. Somut bir örnek verirsek, Rousseau, «İtiraflar»ının (Confessions) bir yapıt olarak çıkmasını kabul etmekle ikrarda bulunmuştur. Bir başka deyişle, ikrar, itirafın «evet» tasarrufudur. O nedenle itiraf sözcüğüne karşılık, ikrar hukuksal bir kavramdır. Hem ceza, hem de hukuk alanında kullanılması gereken bir kavram. Bu bakımdan, kanımızca, «ikrar» teriminin hukuk usulünde; «itiraf» teriminin ceza usulünde kullanılması gerektiği görüşünde tutarlılık yoktur (20).

b) İkrarın hukuksal yapısı :

İkrar, suçlama ile savunma arasındaki uyuşmazlığa son veren bir kanıt türüdür. O nedenle toplumlar, tarihin her döneminde, ikrarın ardından koşmuşlardır. (21) Elverir ki, ikrar, yasal yollardan ve özgürlük içinde elde edilsin.

Hukuktaki durumun tersine cezada ikrar bölünebilir. Nitekim, cezada ikrarın tanımı, sanığın suçlamanın bir kesimini veya tümü-

(19) Susini, l'Aveu : sa portée clinique, Rev. science crim... 1972, p : 680.

(20) Karşı düşünce : Erem, Ceza Usulü Hukuku, Ankara, 1964, s : 338.

(21) Vouin - Léauté : Droit pénal et procédure pénale, 1965, p : 229.

münü kabul etmesidir. Güveni kötüye kullanma suçundaki sözleşmenin kanıtlanması gibi, hukuksal sorunlar söz konusu ise, ikrar bölünemez. Yine hukuk alanındaki durumun tersine, cezada, davanın her evresinde ikrardan dönülebilir. Hatta hükümden sonra bile. (22)

İkrar, yargı dışı veya yargılama organı önünde olabilir. Yargı dışı ikrar diğer kanıtlarla desteklenmelidir. Yargılama sırasındaki, bir başka deyişle yargılama süreci sonucu, birini hükümlendirmenin entellektüel yüreklilik gerektirdiğini ileri süren yazarlar bile vardır. Onlara göre, kuşkuları silen tek kanıt türüdür ikrar. İngiliz hukukunda, duruşma başlarken sorulan «kendinizi suçlu veya suçsuz olarak mı savunacaksınız?» sorusu, bu nedenle anlamlıdır. Ancak, denemeler, ikrarın sanıldığı denli güçlü ve pürüzsüz bir kanıt olmadığını göstermiştir. (23) Ceza Usulü Yasamızın ikrardan, dolayısıyla söz etmesi de bunu kanıtlamaktadır. (md. 247)

Yasal kanıt sisteminin egemen olduğu dönemlerin tersine, günümüzde ikrar, artık «kanıtların kraliçesi» değildir. Yargıcın vicdanî kanısını oluşturan, özgürce değerlendirilen bir kanıttır. Diğer kanıtlarla bütünleşip doğrulanmayan bir ikrara kuşkuyla bakmak gerekir. Kuşkusuz olayı en iyi bilen kişi sanıktır. Ancak, Wagner'in deyişle ikrar, bir tür öztanıklık (auto - témoignage), hatta kendi aleyhine tanıklıktır. (24) Ne ki, yasa bile kimseyi kendi aleyhine tanıklığa zorlamamıştır. (C. Y. U. Yasası, md. 50) o nedenle, yargıç, ikrarın, sorgu evresinde elde edilen demeçler arasında sadece bir varyete olduğunu unutmamalı, karar evresinde önüne getirilen ikrarın anatomisini özenle incelemeli ve onu değerlendirirken neden - sonuç ilişkisini titizlikle araştırmalıdır. İkrarın, nasıl, nerede, ne zaman elde edildiği, niçin yapıldığı önemli bir sorundur. Bu sorulara mantıklı bir yanıt bulunmuyorsa, adalet, sağlıksız biçimde gelişiyor demektir. Bir başka deyişle, bu araştırma yapılmadan yürütülen, ucuz ve kendi kendini aldatan soluksuz bir çalışma, adaletin yanlış temellerden giderek yüzeysel sonuçlar çıkarmasına ve adli yanlışlıklara yol açabilir. Çünkü ikrar, insanî bir olgu olduğundan, kanıtların en tehlikelisi. Ondan vebadan kaçır gibi uzak durmak veya ona sınıksız körükörüne yapışmak. Bunların ikisi de yanıltıcı ve saptırıcı sonuçlardır. Bir yazarın dediği üzere, doğru yol, ılımlı, yani bu

(22) Merle... op. cit. pr : 947, 948.

(23) Garraud, Droit criminel, 1909, s : 688 - 695; D. de Vabres, Droit criminel, 1943, pr : 1263, 1265.

(24) İmbert..., op. cit. p : 168.

ikisinin ortasıdır. (25) Yeter ki, dürüst yollarla elde edilen ikrar, bir kristal örneği, diğer kanıtları da yansıtabilsin.

- (25) Susini, op. cit. p : 683. İkrarın değerlendirilmesi açısından, Paris Çocuk ve İstinaf Mahkemelerinin «Bruyat - en - Artois» davasındaki özetlenen şu kararları ilginçtir.

Paris çocuk mahkemesi kararına göre : sanığın sürekli inkarları ve mağdurun ölümünden kendini sorumlu tutan birbirlerini tutmayan ikrarları karşısında, mahkeme bu ikrarların gerçeği yansıtıp yansıtmadığını, çocuğun kişiliğiyle tüm kanıtları karşılaştırarak değerlendirmiştir.

Sanık, ailenin kardeşlerine oranla, üzerine en çok titrenilen en küçük çocuğudur. Ancak, 7 yaşında annesini ve 14 yaşında en iyi anlaştığı babasını yitirir. Kızkardeşi onu terketmiş, madende çalışan erkek kardeşi onu gözetmemiş, kollamamıştır. Bu nedenle sanık teknik öğrenim kolleğine gitmeyi reddetmiş, kardeşi ve komşularının öğütlerine karşın boşgezip haylazlığa başlamıştır. Birçok kez çocuk yargıcının karşısına çıkmıştır.

Normal hayatına ilişkin önemli bulgular, psikiyatr ve hekimlerce saptanılmamışsa da, kızlarla arkadaşlık kuramaması ve cinsel itkiler nedenleriyle, kadın türü karşısında ciddi ve önemli sorunları olmuştur. Çekingenlik ve gizli bir korkuyla donanan sanık, mağdurenin avanslarına katlanamamış ve onun önünde önemli ve coşkulu bir ürküye kapılmış, bu korkuyu aşamamış; özellikle sanık tarafından mağdurenin yerdeki görünümü, ona babasının ölümünü anımsatmış, onu eylemini denetlemekten içgüdüsel olarak uzaklaştırmış, onda şiddetli bir tepkiye yol açmıştır. Ne var ki, bu, sanığın kişiliğini belirleyen diğer durumlar karşısında bir varsayım düzeyinde kalmaktadır.

Ayrıca, psikolojik bulgular, usa vurma (yargılama) yeteneğinin basitliğini, yapısal eksikliğini, düşünceler silsilesinin eksikliğini, deforme olmuş, düşçülüğünü, düşünme eksikliğini, başkasının mantığını kavrama güçlüğü, olgunlaşmamışlığını, kargaşalığı ortaya koymuştur.

Bu karakter, duruşmada belirlenmiştir. Öyle ki, mahkemeye göre, sanık gerçeği değil, «kendi gerçeklerini» sergilemiş; eğitim düzeyine karşın, sorulan soruların silsilesini izleyememiş, yaşadığı gerçeğe dediklerinden hangisinin uyduğu anlaşılamamış; savunma biçimini sık sık değiştirmiş v.s. Birbirini tutmayan bu demeçlerin dokusuna, hazırlıktaki soruşturmacılar ve sorgu yargıcı önündeki kimi tutarsızlıkları da eklemek gerekir. Ayrıca, olayların doğrulacağı olağan sonuçlarla da durum çelişiktir. Tanıklar, vakit, bulgular, yeni birlikişilerin (uygulamalı jeoloji, botanik, jeokimya ve jeofizik profesörleri) ayrıntılı ve titiz çalışmalarını içeren raporları (elbise ve toprakta yapılan araştırma, mağdurenin sürüklendiği ikrarı v.s. karşısında araştırılıyor; kömür çekilen el arabasıyla taşındığı savunması var) da sanığın ikrarını doğrulamıyor.

Görünüşte birbirleriyle uyumlu, mantıklı ve koşullara uygun, ama sanığın gibi nazik ve telkine yatkın bir kişilikten sadır olan ikrarlar, maddi gözlemler, tanıklıklar, birlikişi raporlarıyla çelişik, tümü gözetildiğinde olası bulunan mağdure ile sanık arasındaki platonik dostça ilişkiler de yapılan eylemi açıklar nitelikte bulunmamış, durum kuşkulu görünmüştür. O nedenle, kuşku sanık lehinedir, kuralına göre sanık aklanmıştır.

Davaya katılanın vazgeçmesi nedeniyle C. Savcısının istinafi üzerine, Paris Üst Mahkemesi, 26.2.1976 günlü kararında; ciddi karinelerin bulunduğunu, iki sorgu yargıcı önündeki ikrarların tarafsız ve korkusuz koşullarda olduğunu, çocuk yargıcına yazılan mektubunda bunu doğruladığını, o nedenle sanığın hükümlülüğünü ve istinaf doğrultusunda bozulmasını isteyen savcılığın isteğini şu gerekçeyle reddetmiş ve hükmü onamıştır :

Sanığın ikrarları, dosyadaki karanlık noktaları aydınlatmamaktadır. Telkine yatkın ve kararsız karakterli sanığın durumu, suç sürecini gerekeçlendirmeye yetmeyen mağdure ve kardeşiyle sanığın ilişkileri, suçluluk üzerinde ciddi kuşkular yaratmıştır. Üstelik sanık, mağdurenin bireysel ve kollektif sorumluluğunu üzerine alıyormuş gibi davranmış, ikrarlarını özgürce yapmakla birlikte, bunları yer yer değiştirmiş, dönüşler yapmıştır. Bütün bunlar ve tüm dosyadaki öğeler karşısında sanığın beraatine karar veren ilk mahkeme kararı onanmalıdır. (Revue pénitentiaire et de droit pénal - avril - juin 1976; p : 362 - 366).

c) İkrarın anatomisi :

Her insanî olgu gibi, ikrar da, biçimsel ve mekanik değil; ruhbilimsel kökenli karmaşık bir davranıştır. Çünkü ikrar, salt gerçeği söylemek ve kabul etmekle biten, her zaman yalanın tersi olan bir eylem değildir. Daha çok, kişinin angaje olmasıdır. Kişiliğin tanınmasında önemli bir öğedir. İkrar - gerçek araştırması, sorumluluğu ve ikrarın moral değerini yıkabilir. Yargıç için kaçınılmaz bir araştırmadır bu. O nedenle ikrar etmek, değerler bütünüyle ikrar edenin kişiliğinde biriken yeni bir ilişkidir. Gerçeğin veya doğrunun bir tür mekanik açığa vurulması demek olmadığından, yargıç ikrarın anatomisine, bir uyuşma araştırması açısından yaklaşmak durumundadır. Bu aşamada, ikrar gerçeğin yalın ve basit bir görüntüsü olmaktan çıkacağından, artık, diğer kanıtlardan soyutlanamaz. Klasik anlamda Altavilla ve Gorphe tarafından, tanıtlayıcı olarak incelenmişse de, o bir bilimcedir. Suçbilimsel (kriminolojik) anlamda, sorunu olan kimsenin yaşamının önemli bir kesitini simgeler. Klinik gözlem yapıldığında, görülmüştür ki, ikrar ilişkiler arası ve ruhsal sınırlar içinde kalan bir olaydır. (26)

Yargıçların amprik denemeleri, kriminalistlerin suçüstü niteliğine yakın, sağlam bir kanıt olarak gördükleri ikrarı, tanıklık olgusuna yaklaştırmaktadır. Sonsal (a posteriori) bir yargıdır bu. Aynı deneme, hiç bir soruşturmanın nötr olmadığını göstermiştir ki, kanıtların değerlendirilmesinde önemli ve sağlıklı bir durumdur bu sonuç. O nedenle ikrar, kanımızca, çok yönlü ve sorgu kliniği içinde değerlendirilmesi gereken, sanıldığından da zengin bir olaydır.

Kimi zaman ikrar, suçun işlenmesinden sonra duyulan vicdan azabının ürünüdür. Montaigne'in dediği gibi «İlk ceza odur ki, hiç bir suçlu kendi yargıçlığından kurtulamaz. (Juvenalis) (...) Vicdanın zorlaması böylesine şaşırtıcı bir şeydir ! Ele veririr bizi, kendimizi suçlamaya, kendimizle savaşmaya zorlar bizi; tanık yokluğunda kendimize karşı tanıklık ettirir bize. İçinizde gizli bir kırbaç taşıyan cellâttır o.» (27) Bergson, vicdan azabına bir başka açıdan yaklaşmaktadır. Ona göre, bir kaatil için cezadan kurtulmaktan çok, geçmişi silmek, sanki suç işlememiş gibi davranmak söz konusudur. Toplum içinde kendini ıssız bir adada gibi gören suçlu, suçunu açığa vurmakla yeniden topluma girmeyi umar. Onun için topluma gir-

(26) İbid, p : 677 - 680.

(27) Denemeler (Eyüboğlu çevirisi), 1970, s : 101, vd., 103.

mek göreceği cezadan daha önemlidir. O nedenle suçunu ikrar eder. Kimi zaman, fazla ileri gitmeksizin, «bir dostuna veya namuslu bir adama itiraf eder. Böylece herkesin gözünde değilse bile, hiç olmazsa, herhangi bir kimsenin gözünde, doğru yola girerek, kendini bir noktada, bir iple topluma bağlar.» (28) Gerçekten, suçlu kirlenen ruhun, suçunu açığa vurarak günah çıkarması, rahatlatıcı, soluk aldırıcı bir davranıştır.

İkrar, kimi zaman da, yadsımların yararsızlığı, cezaları azaltma amacı, çöşkular, pişmanlık, yumuşama, gevşeme, ürkeklik, gurur, umut, suçsuz kurtarma isteği, dolan vb. durumların sonucu olabilir. Kan davalarında olduğu gibi, kendini haklı görme bilincinin ürünü de bulunabilir. İkrar, ipnotizma ve narko - analizle elde edilmişse yukarıda da değindiğimiz gibi, kişilik dışıdır. İnsanca değildir. İradeyi zorladığından, ruh ve beden bütünlüğüne saldırıdır. Paradoksaldır. Öylesine ki, bu paradoks, kişiliğin bir tür eritilmesiyle başlamaktadır. Poligrafide ise, ikrardan çok kişiliğin incelenmesi sözkonusudur. Her iki yöntemde de ikrar, bir kışkırtmanın ürünü olduğundan bütüncül ve yapıcı değildir. Bunların yanında, hastalıklı psikolojilerde, melankoli, isteri, alkolik, hallüsinasyon, sar'a, Makbet örneği uyur gezerler gibi durumlarda, kendini suçlamalara rastlanabilir. Bu sonuncular patolojik ikrarlardır. Çocuklar, geri zekâlılar, iktisaden güçsüzler, başkalarını kurtarmak amacıyla ikrarda bulunabilirler. Denemeler, ikrarda bulunanların çoğunun akıl hastası, gösteriş düşkününü kimseler olduklarını göstermiştir. Heyecanlı, aşırı ürkek yaradılışlı kimselerin, yeniden polise teslim olunacakları korkusuyla ikrarda buldukları görülmüştür. Kuşkusuz, ceza usulleri bu korkuyu düşünmeden kaleme alınmışlardır. Yasayı bilmemek özür değildir, ama herkesin hukukçu olmadığını bilmek de, böylesi davranışları anlayışla karşılamak için yeterli nedendir. Üstelik, bu kimseler, daha önce poliste zor görmüşlerse, ikrarlarından dönmelerinin kendilerini daha ağır işkencelere maruz bırakabileceğini düşünebilirler. (29)

ç) İkrar ve işkence :

Böylece, Montaigne'in «Tehlikelerle dolu bir yol» dediği işkenceye gelmiş bulunuyoruz. Ona göre, «Acı masuma yalan söyler. Bundan ötürü, yargıcın masum olarak öldürmemek için işkence ettirdiği insanı, hem masum hem de işkence görmüş olarak öldürttüğü olur. Binlerce insan işlemedikleri suçları yüklenip başlarını

(28) Bergson, (Karasan çevirisi), Ahlâk ile dinin iki kaynağı, 1949, ps. 15 - 17.

(29) Floriot, Les erreurs judiciaires, 1968, ps : 75 - 119.

vermişlerdir. Bunlar arasında Philotas'ı da koyarım. İskender'in bu dostuna yüklediği suç ve ettiği işkence böylesi bir sonuca varmıştı.» (30)

Montaigne 16. yüzyılda bunları yazıyordu. 19. yüzyılda «İşkenceye gelince, diyordu Baudelaire, o şehvete susamış insan kalbinin en alçak kesiminden doğmuştur.» Günümüzde Sartre, «İşkence, her şeyden önce, bir alçaklık girişimidir.» demektedir. İnsan hakları evrensel bildirisi, Avrupa insan hakları sözleşmesi, «Can güvenliği ve dokunulmazlığı sağlanmadıkça özgürlüklerin gerçekleşmeyeceği» gerekçesiyle Anayasamız (md. 14) işkenceyi yasaklamış, yasalarımız cezalandırmıştır. (TC. Y. md. 243) Bütün bunlar gösteriyor ki, bunca gelişime karşın, uygarlık işkence dönemlerini geride bırakamamıştır. Yargıcın, kürsüsünde özgürlükler üzerine karar verdiği bir sırada, ülkesinin herhangi bir karakolunda bir insanın işkenceye uyrak tutulduğunu düşünmesi, son derece ürperticidir. O nedenle, ceza adaletini zorba adaletine dönüştüren bu yöntemle savaşmak yargıcın başlıca tasası olmalıdır.

Ceza yargıcı, normal insanların özellikle polisteki ikrarı karşısında işkence olasılığını düşünmek zorundadır. Hazırlık soruşturmasının, olaya en yakın soruşturma olduğundan, yozlaştırılmamış kanıtları bünyesinde taşıdığı varsayılır. İkrar da bunlardan biridir. Ancak polis baskısıyla elde edilen ikrar değil. (30 a)

İşkence sözcüğü, hemen hemen engizisyonla eşanlamlıdır. Nasıl ateş denilince duman akla gelirse, işkence sözcüğü de engizisyona çağrışımında bulunur. Ancak işkence eski Mısır'da, İran'da, Yunan'da ve Roma'da vardı. Roma'da tanık veya sanık olsun, sadece köleler içindi. İmparatorluk döneminde özgür yurttaşlara da uygulandı. Ortaçağda Tertullien işkenceye karşı çıktı. I. Nicolas, Bulgarlara mektubunda, tanrısal yasaların, beşerî yasalar gibi, işkenceyi yasakladığını bildiriyor ve gerçeğin insancıl yollarla araştırılmasını istiyordu. Ne var ki, 25.6.1252'de Papa IV. Innocent, Adextirpanda fermanıyla işkenceyi engizisyon mahkemelerinin uygulama alanına soktu. 30.11.1259 da IV. Alexandre ve ardılı V. Clement işkence yoluyla ikrar yöntemini geliştirdiler. Papalık, ikiyüzlü bir felsefeyle, «Kilise kandan tiksindir.» diyerek önce sanığı sivil kesime teslim ediyor, sonra da ip ve tahtalarla vücudu sıkılarak veya ateşle yakılarak, sandalyede gün-

(30) Op. cit. ps : 105 vd.

(30a) Bu konuda ilginç bir örnek, 22.mart.1975 günlü Milliyet Gazetesindeki şu haberdır : İsmail Can adlı bir çocuğu öldürdükleri iddiasıyla polisteki ikrarları üzerine tutuklanan üç sanık, öldürüldüğü sanılan İsmail'in Nazilli'de ortaya çıkması nedeniyle bırakılmışlar; sanıklar polis dayağıyla suçlarını kabul zorunda kaldıklarını açıklamışlardır.

lerce uykusuz bırakılarak işkence edilen nice günahsız karşı inanlıların bağışlanması için Tanrıya yakarıyordu. İnsanlık, yıllarca insan eti kokan çağlar yaşadı. Layık hukuk döneminde de azalmak şöyle dursun, yoğunlaştı işkence. 1539 ve 1670 kral buyrukları onu kurallaştırdılar. Özellikle 1670 tüzüğü, Fransa'da, hazırlayıcı sorular adı altında sanıktan ikrarı elde etmeye yönelikti. Paris'teki su denemeleri, Normandiya'da kaba etlerin ezilmesi, İngiltere'de ateş ve Toulouse'de iple elleri arkaya bağlama yöntemleri geliştirildi. (31)

Adalet tarihi, utanç verici işkence örnekleriyle doludur. Jeanne d'Arc'ı yargılayan mahkeme, Michelet'nin belirttiği üzere, işkencenin bile bu kahraman kızı, ruh ve beden esenliğine kavuşturamadığına karar vermişti. Yıldız Mahkemesinde, Abdülhamit'in isteği üzerine, ikrarı elde etmek için, Pehlivan Mustafa, Boyabatlı Hacı Mehmet, Cezayirli Mustafalar, altı gün ve gece aralıksız sorguya çekilerek, kızgın soba üzerine oturtularak, af vaadleriyle işkenceye uyruk tutulmuşlar, istenilen sonuca ulaşıncaya da, Mithat Paşa hükümlendirilmiştir. Ancak, İzmir Başkonsolosunun eşi Mrs. Dennis'in dediği gibi, «Tanrı ve tarih Mithat Paşadan yana çıkmıştır.» (32)

Günümüzde yasa dışı ilan edilen işkence, başta ikrar elde etmek, suç kanıt ve izleriyle ortaklarını bulmak, çelişkileri gidermek için yapılmaktadır. Kalkmamış, biçim değiştirerek, yerini iz bırakmayan yöntemlere (uzun sorgular, elektrik vb.) terketmiştir. 3-4 haziran 1972 günleri Paris'te düzenlenen toplantılar, işkencenin dünya tarihinde hiç bir zaman yok olmadığını vurgulamıştır. Azaldığı dönemler olmuş, ama kalktığı dönemler asla. Çokluk, işkence, onu uygulayanların bir tür egemenlik simgesi olmuştur. Yenilenler, yenilenlerle alçaltmak istedikleri üzerinde denemişlerdir işkenceyi. Kölelerin efendileri yerine işkence görmelerinin anlamı budur. Fransız büyük devrimi öldürmüş, ama işkence etmemiş; üstelik insanı onursuz kılan, küçülten, aşağılık, kaba, espri tembelliğine sürükleyici bu ucuz yöntemi, coşkuyla mahkûm etmiştir. Gerçekten sürücülerin işledikleri suçlar nedeniyle ceza yasasınca işkence ile adam öldürme eylemini ölüm cezasıyla cezalandırmıştır. (md. 302, 3033, TCY. md. 45- / 3). (33) Öyle ki, ünlü cezacı Faustin Hélie, 19. yüzyılda işkencenin Avrupa'da kalktığını söyleyebilmiştir. Ne ki, çok iyimser bir

(31) Garraud, op. cit. s : 33; İmbert... op. cit. ps : 169 - 176; Selçuk Sami Akşam (20.6.1971), (20.6.1971), (4.9.1971), Milliyet (19.1.1972); Stéfani... op. cit. p : 64; G. Testas - J. Testas, L'Inquisition, 1966, p : 38 vd.

(32) Uzunçarşılı, Mithat Paşa ve Yıldız Mahkemesi, 1967, s : 175 vd.

(33) Rousselet - Arpaillange - Patin, Droit pénal spécial, 1972, p : 413; Vouin, Droit pénal spécial, 1968, p : 137.

inançtı bu. Nazizm ve faşizm işkenceyi bir egemenlik aracı yapmıştır. Kimi zaman utanılarak gizlenmiş, kimi zaman da açığa vurulmuş, hatta yasallaştırılmıştır. Bu ağır durum Fransız Yargıtayınca kınanmıştır. Doğru bir tutumdur bu. Kanıksamış, kayıtsızlaştırılmış ve yabancılaştırılmış kamuoyu önünde işkence tiksintiyle kınanmalıdır. (34) Çünkü, kamu görevlilerinin fizik bütünlüğe saygılı olmalarını, fizik ve moral baskılardan sakınmalarını yaptırma bağlamak yetmemektedir. (Fransız Ceza Yasası, md. 186)

Bir kişiye yöneltmiş haksızlığın topluma dönük sayılacağı bilincinin kamu oyunda oluşmadığı ülkelerde, işkence sorunu üzerine önemle eğilinmelidir. Günümüzde, demokrasi, yalnızca Rousseau'nun ortaklaşa consensus'ü üzerine değil, insan değeri üzerine kuruludur. İnsancıdır. Rejimin, özgür insan onurunu temel yaptığı ölçüde demokratik, insancıl ve ahlâkiliğine inanılan ileri toplumlarda işkence sorunu incelenmiş ve önlemler alınması istenilmiştir. Gerçekten, Amerika'da, sanıktan bilgi edinmek için yapılan maddî ve manevî işkence yöntemlerinin tümüne «thid degee» adı verilmiştir. Bu konuda, Amerikan Cumhurbaşkanı'nın buyruğuyla kurulan komisyon 1931 tarihli raporunda; sanıklardan ikrar elde etmek için yapılan baskı ve zorlamaların, kolluk görevlilerini insan olma niteliğinden uzaklaştırdığını, kamuoyunun adaletle saygınlığını azalttığını belirtmiştir. (35) Bir başka deyişle, rapor, işkencenin yalnız yasa değil, ahlâk dışılığını da belgelemiştir. Öyleyse, işkence sonucu elde edilen ikrara dayanan bir adalet, ahlâk dışılıktan da yararlanmış demektir.

Duruşmada polisteki ikrarının zora dayandığını söylemeyen sanık yok gibidir. «İkrar dini» polisin gelenekleri arasındadır. Çünkü, olayı kanıtlayan öğeleri arayıp bulma güçlüğüne, ne pahasına olursa olsun, ikrarı yeğlemek eğilimi, her zaman egemen olmuştur. İsteddiği kadar Beccaria, «Bir adamın kendi kendisinin suçlayıcısı olmasını istemek iddiası çok korkunç ve gülünçtür. Gerçek sanki onun kasları ve sinirleri içine gizlenmiş gibi, onu işkence ile çıkarmaya çabalamak, vahşet ve budalalıktır. Kimse işkenceye uğramadıkça kendi yıkımına çalışamaz»; (36) alaycı diliyle la Bruyère, «İşkence, olağanüstü ve güvenilir bir buluştur; hem de güçsüz bir suçsuzu cezalandırmak, doğuştan güçlü ve gürbüz bir suçluyu kurtarmak için.» desinler; işkence, dün vardı, bugün vardır, yarın da olacaktır. Dün daha kabaydı, bugün daha kurnazcadır. Dün sıcak demirleydi, bu-

(34) Rolland, Rev. science crim... 1972, ps : 716 - 717.

(35) Selçuk S. Akşam, (4.9.1971).

(36) Beccaria, (Göklü çevirisi), Suçlar ve Cezalar, 1964, s : 157 - 169.

gün uzun ve yorucu sorgularla. Her tür işkenceye karşı koyan Montesquieu, daha üç yüz yıl önce bu sonuncuya değinmiş (37) ve günümüzde bilimsel araştırmalar, uzun sorguların yasal kimliğe bürünmüş bir tür işkence olduklarını göstermiştir. Gerçekten bunlar, «zihinsel bir başdönmesi» doğurduklarından, gerçek dışı ikrarlara yol açarak, sanıkları güç durumlara sokmaktadır. Ünlü cezacı ve avukat Maurice Garçon, birçok avukatın sürekli sorgularının bu sonucu doğurduğuna dikkati çekmiştir. O nedenle Deshayes davası örneğinde olduğu gibi, yargıç veya sorgu yargıcı önünde bile ikrarlarından dönmeyenlerin oluşturdukları adli yanlışlıklardan ders alınan Fransa'da 1958 tarihli Yeni Ceza Usulü Yasası gözaltına alınma kurallarını ayrıntılarıyla düzenlemiştir. Buna göre, adli kolluk görevlileri gözaltına alınan kimsenin sorgu süresini, dinlenme saatlerini (yemek vs.), gözaltına alındığı gün ve saatten itibaren göstermekle yükümlüdürler. Olası kötüye kullanımlardan kaçınmak amacıyla c. savcısı, gerektiğinde, gözaltına alınan kimsenin tıbbi bir muayenesini de yaptırabilir. (md. 64, 65) (38)

Suçlu ikrar, genellikle insan yapısına; işkence ise her zaman doğa yasasına aykırıdır. Yasalar ise, doğa yasalarına aykırı işlemlere izin veremezler. İşkenceyle elde edilen ikrar, savunmayı temel hak olarak gören Anayasa'ya, yasaya, hukuka ve vicdanî kaniya aykırıdır. (Anayasa, md. 8, 14, 31 / 1, 132, TCY. md. 243) Yasaklanmış ek bir cezadır işkence. Uygur Devletin zavallılığını kabul etmesidir. Sanığa korkusuz güvence, bir yerde ayrıcalık sağlayan savunma dokunulmazlığının (TCY. md. 486) kabul edildiği bir ülkede, işkence sadık ruhların tiksinti verici bir uygulamasıdır. Sadizm ise bir hastalıktır. Hastalık üzerine sağlıklı bir adalet kurulamaz.

III — TANIKLIK :

Konuya, başlığa uygun biçimde yaklaşırsak, tanığın sorguya çekilmemesi ve fakat dinlenmesi gerektiğini belirtmek zorundayız. Ne var ki, sorgu gibi, dinleme de bir sanattır. Yasal kurallar, bu sanatın, adalete olabildiğince yabancı öge karıştırılmadan gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır.

Ceza adaletinin vazgeçilmez kanıtları arasında bulunan tanıklık, çokluk angarya olarak düşünüldüğünden, çağrıya uymama yaptırım altına alınmıştır (C. YUY. md. 45, 46). Sorunun bu yasal yönü bir ya-

(37) L'Esprit des lois, kitap : VI, başlık : 17; Oeuvres complètes, 1966, p : 1049.

(38) Imbert,... op. cit. p : 181 vd.; Merle... op. cit. pr : 924.

na bırakılırsa, angarya kayıtsızlığı yanını yargıç iyi değerlendirmelidir. Bu kayıtsızlık, tanığı sıkar ve onu çabuk kurtulma içgüdüsüyle kendinden önceki demeçleri benimseme eğilimine sürükler. Binet'nin vurguladığı bu öykünme eğilimi, yasa koyucusunu tanıkları ayrı ayrı dinlemeyi kurallaştırmaya götürmüştür. (md. 54)

Tanıkların çokluğu oranında tanımların da çoğaldıkları görülmüştür. Çünkü tanık, bilinçaltının etkisiyle çoğu zaman olayın nasıl oluştuğunu değil, niçin oluştuğunu açıklama eğilimindedir. İnsan dimağının bir tür çalışma biçimidir bu. Çok önemli olan bu vargı, yargıç tarafından daima gözönünde tutulmalıdır.

Yasal kanıt sisteminde en az iki tanığın aynı olayda birleşmesi gerekiyordu. (testis unus, testis nullus). Napolyon, Rhin dönüşü bunu eleştirmiş ve «Böyle olursa, bir adamın tanıklığı iki namussuz adamı mahkûm edemediği hâlde, iki namussuz adamın tanıklığı bir namuslu adamı mahkûm edebilecek.» demiştir. Günümüzde böylesi bir kural yoksa da, tanık sayısının azlığında, yargıç daha duyarlı davranmak zorundadır. Nitekim C. Y. U. Yasamız da, tek tanığın mutlaka dinlenmesini öngörmüştür. Amaç, yargıcın bizzat dinlediği tanığın içtenliğini ölçme olanağını doğrudanlık ilkesiyle değerlendirebilmesidir. (md. 243)

Yargıç, dinlediği tanığı, yaşına, cinsiyetine, mesleğine, ruhsal durumuna göre değerlendirmek zorundadır. (md. 47 - 53, 61). İnançlar, meslekî yarışma veya dayanışmalar, tanıklığı etkileyebilir.

Tanıkların sağlık durumları, algı yetenekleri, görme yetileri, bellekleri değişken güçlere sahiptir. Bellek zihinseldir. Ama düş güçleri zihinsel değildir ve tanıklık için tehlikelidir. Sanıklardan korku, tanıklığı içtenlikten uzaklaştırabilir. Yasa bunun önlemini göstermiştir. (md. 240)

Çocuklarda gerçeğe saygı bilinci yeterince gelişmediğinden, bunların tanıklığı iyi değerlendirilmelidir. Andın ağırlığını duymayan bir tanığın sözüne inanmakta ihtiyatlı davranılmalıdır. (md. 52)

Utangaç ve çekinken tanıklar telkine yatkındırlar. Telkini sorulardan dikkatle kaçınmak gerekir. Öykü heveslisi tanıklar ise olayı abartarak dikkati çekmek isterler. Ses tonları ve jestlerle teatral bir ortam yaratırlar. Yargıç bu tür ele vermelerden yararlanarak, tanıklığı değerlendirmelidir. Yüzleştirme bir baskı aracı değil, gerçeği bulma aracı olmalıdır.

Akrabalık ilişkileri, adaletin gözü ve kulağı olan tanıklıkta, içtenliği zedeleyen başlıca etkenlerdir. O nedenle, tüm yasalar, bu durumun saptanılmasını ve yargıçlar tarafından değerlendirilmesini istemişlerdir. (CYUY. md. 47, 50, 51, 52; HYUY. md. 245-247). Yasa yapıcısının bu kaygısı doğa yasalarına uygun düşmektedir. Bunun tarihte en güzel örneği, Kraliçe M. Antionnette'in yargılanması sırasında yaşanmıştır. Kraliçenin kızı ile oğlu annelerinin aleyhine tanıklığa zorlanmışlardır. Kızı ağlamış; durumu takdir edemeyen daha küçük yaştaki oğlu ise annesi aleyhine önceden öğretilmiş suçlamaları tekrarlamıştır. Mahkeme başkanının «Çocuğunuzun demecine karşı ne diyeceksiniz?» sorusunu, Kraliçe önce cevaplandırmamış, başkanın ısrarı karşısında «Cevap vermedim; çünkü, bir anne hakkında yapılan böyle bir suçlamaya cevap vermeyi doğa yasaklar. Burada bulunan bütün anneler de beni çok iyi anlayacaklardır.» demiştir. (38a) Bu ders verici olay, davanın en heyecan verici evrelerinden biri olmuş, duruşma salonunda bayılanlar ve çığlık atanlar görülmüştür.

Bütün bu kaygılar, adli yanılgıların başlıca kaynağı olan yalancı tanıklıktan olabildiğince kaçınılma amacının ifadesidirler. Oysa Proust'un deymiyle «yalan, insanlıkla birlikte doğmuştur.» Onun bulunmadığı tek ülke, belki de Thomas More'un Ütopya'sıdır.

IV — SON CA : TOTAL CEZA ADALETİ ÖLÇÜTÜ :

Bu sergileme bize, ceza yargılamasının ne denli güç bir sanat olduğunu, yargıcı Sisyphe örneği, ne tür ağır görevlerin beklediğini göstermektedir. Yazımızın son bölümünde, çağdaş ve insancıl ceza hukuku anlayışı içinde, söz konusu değerlendirmenin ölçütü ve boyutlarına değinmek istiyoruz.

Herşeyden önce ceza yargılamasında, bir suç yargılaması yapılmaktadır. Yani bir insan ve onun eylemi. Yargılamanın baş aktörü sanıktır. Hukuk davası gibi hukuksal bir tasarruf değil. O nedenle, sosyal bir görevi üstlenen ceza yargıcı, hükmün ayrılmaz parçası olan kanıtları, (39) sağlıklı olup olmadıkları, birbirleriyle bütünleşip bütünleşmedikleri açısından ele almak, önsezi ve kartezyen kuşkuyla değerlendirmek zorundadır.

(38a) Mirepoix; Grandeur et misère de l'individualisme français, Paris, 1959, T : II, p : 269.

(39) Lévy - Bruhl, La preuve judiciaire, 1964, p : 7.

Ne var ki, yetkin bir ceza adaleti için bu da yetmez. İrdelemeyi yaparken, sanığı suça iten çevresel, ekonomik, toplumsal, siyasal, kültürel, biyolojik koşulları ve etkenleri, suçlunun kişiliğini ortaya koyan psikolojik incelemeler ve araştırmalar düzleminde kalmak ve son çözümde yasalar iyerarşisi içinde beliren hukuk kurallarıyla barışık ve bağdaşık bir bütünlük sağlamak gerekir. Böylesi bir çaba karmaşıktır. Ama insancıl bir dinamizmin ifadesidir. Hukukun; suç-biliminin (kriminolojinin) verileriyle yaklaştığı suç olgusuna karşı tepkiyi örgütlendiren sosyo - ümanist ceza politikası anlayışı içinde, somut adalete dönüşmesidir. Hüküm bu verilerin kesiştiği belgedir, yapıttır. Kesmetaş yasalar uygulaması değil, disiplinler imcesinin ümanizasyonudur. İnsanı ilgilendiren bilimlerin ortaya koyduğu öğeler, izdüşümlerini ceza yargıcının kararında bulmalıdırlar.

Ceza adaleti, hem bilim, hem de sanat olan ceza politikasının sosyal yansımasıdır. Toplumsal yararlılık üzerine kurulmalıdır. Ceza hukukunun, dolayısıyla ceza adaletinin insancıl kılınması, boş bir kavram, duygusal bir uğraşı değildir. Bir ceza felsefesi olarak, toplumsal nitelik taşır. Suçluyu insan olarak görür, eşya olarak değil.

Liszt'in formülüne göre, «ceza hukuku, suçlunun magna charta'sıdır.» Bu aslında, yasallıktan ayrılmamak, dahası, suçsuzluğun koşullarını belirlemektir. Ancak, toplumdaki değerler değişimine (revizyonuna) ayak uyduramayan, salt kurallar yığını bir ceza hukuku, çağdaş ve sağlıklı bir adaletin temeli olamaz. Hukuksalcılığa (jurdisme), dogmatizme prim tanır. Rahat alışkanlık ve olup bittilerle yetinir. Emsal hukuk kurallarını, emsal olaylarla eşdeğerde tutar. Oysa, emsal olay yoktur cezada. Servan, «yasaları bilmek, bir bilim değildir.» derken, ceza adaletinde biçimciliğe karşı savaş açmıştır. Beccaria, sadeliğin, ceza adaletinde esas olmasını, yığın yığın hukuk kuralları içinde adaletin boğulup gitmemesini dilerken, aynı düşünceyi dile getirmiştir.

Günümüzde, bütün dünyada, bir suç patlamasından yakınılmaktadır. (40) Ölüm cezasına değin varan yaptırımlarla (müeyyidelerle) suç - ceza biçiminde özetlenebilen klasik ceza anlayışının yetersizliğini gün ışığına çıkaran bir deneydir bu.

(40) Exposé introductif de M. M. Ancel au cours de la séance réservée à la Société internationale de défense sociale à l'occasion du Ve Congrès des Nations Unies, Genève, sept. 1975. Cahiers de défense sociale, 1976, p : 45; Pinatel, La Société criminogène, 1972, s : 12 - 15; Selçuk, L'Infraction collective, (I.I.A.P.), mémoire, 1975; p : 84.

Vazgeçilemeyen cezaevleri ise, olağan dışı bir ortamda, suç işleyerek toplumdışılığını sergileyen bir kimseyi, toplumsal kılma gibi, özde çelişik bir iddianın savunucusu durumundadırlar. Cezadan ve cezaevinden vazgeçilemeyen bir uygarlıkta da olsa, suçlular suçsuzların yaşadıkları bir dünya dışına itilemeyeceklerine göre; tüm ceza politikası, suç işlendiği - bu son iki sözcüğün altını çizmek gerek - evet suç işlendiği andan itibaren infazın bitimine ve hatta sonrasında değin uzanmak ve insancıl olmak zorundadır. Bu aşamada, çağdaş ceza adaletinin misyonu, Başkan Ancel'in dediği üzere, ceza hukukuna herşeyden önce, sosyal koruma gibi yüce bir görev vermektir. İnsanın ve toplumun güvenceleri, bu görev içinde birbirleriyle dengeli kalmak zorundadır. (41) Belki böylesi bir anlayış, cezaevlerini; zorunlulukları azaldıkça değil ve fakat yararsızlıkları çoğaldıkça kalkmaları gereken bir kurum durumuna getirilebilecektir.

Ceza hukukunun insancıllaştırılması, hem evrensel, hem de bireysel bir amaç taşır. Evrenseldir; çoğulcu bir teknik uygulamayla tüm kaynaklara çağrıda bulunur. Suç olayı ve insanı ilgilendiren tüm bilimlerden yararlanır. Bireyseldir; insan gerçeğini suçluda bulmaya çalışır. İnsan onuruna saygı ölçüsü içinde kişisel sorumluluğu araştırır. Amaç, ilkel bir anlayışla geçmişin öcünü almak değil, yeniden topluma döndürme amacıyle suçlu insanı kazanmaktır.

Ancak, bu insancıl ceza hukuku ve adaleti anlayışıyle karara yönelebilen bir yargıç, yapıtındaki yanılırları, kanımızca asgariye indirilebilir. Hem de klasik anlayışın görmezlikten geldiği çoğu yanılırları. O yapıt ki, kimilerine göre, yanılırları, az çok önemli oranda bünyesinde taşıyabilmektedir. Özellikle kanıtlar birbirlerinden soyutlanmışlar ve irdelenmemişlerse. O nedenle bir Fransız yargıcı «Ant içerim ki, iki kere beş eder» demiştir. (42) İşte iki kere ikinin her zaman dört etmesi isteniyorsa, ceza yargılamaları usulü de tümüyle, suçbiliminin (kriminolojinin) ve insan bilimlerinin etkisi altına girmeli, bir bilim adamının dediği gibi, suçbilimsel kılınmalı (kriminolojize edilmeli) (43), yasallık da ceza adaleti sisteminin, meşru kılıcı dehası olmalıdır, bızce.

Görülüyor ki, çağdaş uygarlığın birikimi, ceza adaletini ısıtmış, Carrara'dan esinlenen ceza yasamızın esprisini çok gerilerde bırakmıştır. Bu bakımdan, ceza yargıcının işi de, karmaşık çok ölçekli

(41) Ancel, op. cit. p : 372.

(42) Béraud, Gazette du palais, 1972.

(43) Vérin, Rev. science crim... 1972, p : 943.

ve boyutlu ve fakat mutlu bir uğraşı durumuna yücelmiştir. Çağın mantığı gereği, yargılama ve ceza adaleti, insan gerçeğinden hareket eden ve insan gerçeğini yansıtan çok yönlü bir denklem, bir sanattır artık. İşte Başkan Masaryk'in «İnsaniyetçiliğin matematiği» diye özetlediği bu adalete biz «total ceza adaleti» (tümel ceza tüzesi) adını veriyor, ceza adaletinin bu ölçütle yerine getirilmesini öneriyor ve kanıtların da bu açıdan değerlendirilmelerini öneriyoruz.

TÜRK VE İTALYAN CEZA YASALARI AÇISINDAN HUKUKU BİLMEME VE YANILMA

Dr. NECDET YALKUT (*)

PLÂN :

- I) BAZI HUKUK ESASLAR
- II) KURALIN ÇEŞİTLİ DİLLERDE SÖYLENİŞ TARZI
- III) KURALIN ÇEŞİTLİ DİLLERDE SÖYLENİŞ TARZI
- IV) İLKENİN DAYANDIĞI TEMEL
- V) TÜRK VE İTALYAN CEZA YASALARINA KONU AÇISINDAN BAKIŞ
- VI) İŞLENMEZ SUÇ VE SÖZDE SUÇ KAVRAMLARILE
KONUMUZUN İLGİSİ
- VII) SONUÇ VE GÖRÜŞLERİMİZ

I) GİRİŞ :

Bu etüdümüzde Türk ve İtalyan Ceza yasaları açısından (HUKUKİ BİLMEME VE YANILMA) kuralını inceliyeceğiz. 1810 tarihli Fransız Ceza yasasına dayanan 1858 tarihli (CEZA KANUNNAMEİ HÜMAYUNU)'nda bu konuda bir hüküm bulunmamasına rağmen 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasa'sını kaynak alan 1926 tarihli Ceza Yasa'mızda bu kural, 44. maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. Belirtilen madde sözü geçen yasanın birinci kitabının (ESASLAR) başlığı altında bulunan dördüncü bábının (CEZAYA EHLİYET VE BUNU KALDIRAN VEYA HAFİFLETEN SEBEPLER) bölümünde yer almaktadır. Bu madde, (KANUNU BİLMEMEK MAZERET SAYILMAZ) diyor. 1889 tarihli kaynak İtalyan Ceza Yasa'sı aynı numarayayı taşıyan maddesinde (HİÇ KİMSE CEZA KANUNUNU BİLMEMEYİ MAZERET OLARAK DERMEYAN EDEMEZ) ilkesini öne sürüyor... Böylece (YASA KOYUCU) tarafından TOPLUM DÜZENİNİ KORUMAK AMACILE bu prensibin ceza yasasında belirli bir madde bünyesinde yer alması sağlanıyor...

Bilindiği gibi bir yasanın oluşmasında Hükümet'in tasarı hazırlaması, Meclis'e teklif etmesi, Meclis'te kabul olunduktan sonra Cumhurbaşkanı tarafından ilânı gibi birbirini izleyen aşamalar var. O yasanın yürürlüğe girebilmesi için Resmî Gazete'de yayınlanması da zorunluluk taşır. Özellikle cezai müeyyideleri kapsayan

(*) Bursa C. Savcı Yrd.

ceza yasası için bu kaçınılmaz bir gereksinme... Ne gibi fiillerin suç teşkil ettiğini, karşılığında ne gibi cezalar öngörüldüğünü herkesin önceden bilmesi, ancak bu yayınlanma ile gerçekleşebilir. Yayınlanma işleminden sonra ise, O YASAnın artık herkesce bilindiği VARSAYILIR. Bu VARSAYIM (FARZİYE) den hareketle diyebiliriz ki, bir kimse bir fiilin suç sayıldığını bilmeyebilir, ama gene de yasa onun hakkında uygulanacaktır. Zira bilmemesi kendi kusurudur. Aksi halde toplum düzenini korumak imkânsızlaşır. Aynı şekilde yasaya yanlış anlam verilmesi de özür sayılamaz...

Şu kısa açıklama, konumuzla ilgili çeşitli soruları akla getirebilir. Örneğin, hukuki bilmeme ve yanılmanın özür teşkil etmeyeceği, cezai sorumluluğu kaldırmayacağı ilkesi bütün katılığı ile mi uygulanmalıdır, yoksa yerine göre yumuşatılmalı mıdır? Bilmeme ve yanılmanın önlenemez olduğu durumlarda (MÜCBİR SEBEP) özür kuvveti geçerli midir? Hangi hallerde bilmeme ve yanılma kasdı ortadan kaldıracak niteliktedir? Bu kural'ın ceza yasasında bir hüküm olarak yer alması kesinlikle gerekir mi? Bu ilkenin hukuki ve felsefi dayanağı nedir? Bütün bu soruların yanıtını, sırası gelince yazımızda bulacağız. Bundan başka konumuzla ilgisi bulunduğu (SÖZDE SUÇ VE İŞLENEMEZ SUÇ) kavramlarına da değineceğiz. 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasa'sının, bu prensiple ilgili diğer hükümlerini de ele alacağız. (SONUÇ) bölümünde ise, bu kuralla ilgili kişisel görüş ve diklelerimizi yansıtmaya çalışacağız.

II) BAZI HUKUKİ ESASLAR :

Konuya girmeden önce yazımızla ilgili bazı hukuki esasları tekrarlamakta yarar vardır. Bilindiği gibi yasanın suç saydığı bir fiilden dolayı bir kimsenin cezalandırılabilmesi için o kimsenin cezai sorumluluğunun bulunması gerekir. Cezai sorumluluk, o kimsenin cezai ehliyete haiz olması ve suçun kendisine isnat edilebilmesi ile mümkündür. Ceza hukuku bakımından ehliyeti bulunmak demek, failin a) Serbest iradesi, b) Temyiz kudreti'nin bulunması demektir. Serbest irade o kimsenin bir eylemi yapıp yapmamakta bağımsız olması ile, hareketlerine istediği yönü verebilmesi ile varlığını kanıtlar. Temyiz ise, adından da anlaşılacağı üzere iyiyi kötüden ayırabilme yeteneği, daha açık bir söyleyişle bir fiilin suç teşkil edip etmediğini anlıyabilme kudretidir. Bir suçun bir kimseye isnat edilebilmesi için a) O şahsın fiili ile meydana gelen sonuç arasında maddi sebebiyet alâkası (İLLİYET RABITASI)'nın bulunması, başka bir söyleyişle sonucun, o şahsın fiilinden doğmuş

olması, b) Aynı zamanda o kimse ile fiil arasında (MANEVİ SEBEBİYET ALÂKASI)'nın dahi var olması gerekmektedir.

Ceza Yasamıza göre ihtiyari sarhoşluk veya ihtiyari ile kullanılan uyuşturucu madde etkisi ile işlenen fiillerde ceza ehliyeti var sayılmaktadır.

(BİLMEME ve YANILMA) hiç kuşkusuz iki ayrı psikolojik kavramdır... BİLMEME, yanılmadan daha geniş bir anlam taşımakta, yerine göre yanılmayı da kapsamına alabilmektedir. BİLMEME, bilginin yokluğudur. Sahih olmayan, yahut yanlış veya eksik bilgiye de (HATALI BİLGİ) denir. İşte işlenmiş bir fiilin ceza yasası tarafından cezalandırıldığını bilmeme, hukuki bilmeme ve yanılmayı doğurmaktadır. Böylece (KANUNU BİLMEMEK) deyişimiyle hem bilmeme ve hem de birşeyi hatalı bilme anlaşılmalıdır.

Çağdaş ceza hukukunda sorumluluk bakımından manevi unsur'un taşıdığı önem, BİLMEME ve YANILMA konusunu ön plâna geçirmiş bulunmaktadır. Suçun MANEVİ veya PSİKOLOJİK UNSURU olarak isimlendirdiğimiz KASIT, fiilin oluşmasında büyük ve yapıcı önem taşımaktadır. Bilindiği gibi suç, yasanın cezalandırdığı gayrı meşru fiildir. KASIT (DOLO) ise, failin, yasa dışı bu fiilini, sonuçlarını bilerek ve isteyerek işlemek iradesidir. Hemen belirtelim ki BİLMEME VE YANILMA kuralı ile manevi unsuru oluşturan (KASIT) arasında bir ÇELİŞKİ VE ÇATIŞMA düşünülemez...

III) KURALIN ÇEŞİTLİ DİLLERDE SÖYLENİŞ TARZI :

Yazı konumuz kural, yukarıda belirttiğimiz gibi Ceza Yasamızın 44. maddesinde yerini bulmuştur. Anılan maddede (KANUNU BİLMEMEK MAZERET SAYILMAZ) hükmüyle ifade edilen bu prensip, çeşitli ülkelerin dillerinde de aynı kısaltık ve kesinlikle adeta bir hukuki vecize hüviyetine sahip olmuştur.

Örneğin : Lâtince'de bu kural (MEMO LEGEM İGNORARE CENSETUR) veya (İGNORANTIA JURIS NON EXCUSAT) sözleri ile belirtilirdi... İngilizce'de (IGNORANCE OF THE LAW WILL NOT EXCUSE), İtalyanca'da (NESSUNO PUO INVOCARE A PROPRIA SCUSA L'IGNORANZA DELLA LEGGE PENALE), Fransızca'da (NUL N'EST CENSÉ İGNORER LA LOI) deyimleri kullanılmaktadır.

IV) İLKENİN DAYANDIĞI TEMEL :

Ceza Yasa'sını bilmemenin özür teşkil etmeyeceği ilkesinin dayandığı temel konusunda çeşitli fikirler öne sürülmüştür. Başka bir deyişle bu kuralın mâhiyeti hakkında doktrinde görüş birliği yoktur. Bu nazariyelerin belli başlıları şunlardır :

- A. MEDENİ GÖREV (DOVERE CIVICO) nazariyesi,
- B. HAREKETİN SAİKİ (MOTİVA DELLO CONDOTTA) teorisi,
- C. DOĞAL SUÇ (DELİTTİ NATURALİ) teorisi,
- D. KARİNE NAZARİYESİ (PRESUNZIONE).

(MEDENİ GÖREV) tezini savunanlara göre bu kural, yasaların uygulanması zorunluluğuna dayanır. Bu konuda yasayı bilen ve bilmeyenler arasında ayırım yapılamaz. Yasaların herkese uygulanması zorunludur. Aksi düşünüldüğünde işin içinden çıkılmaz. Bir kimsenin toplum içerisinde birşeyler bilmek ve öğrenmek ödevi vardır. Bunu yapmazsa eyleminin sonuçlarına boyun eğecektir. Toplumu oluşturan her bireyin yasakları bilmesi, suç işlemekten kaçınması onun için medeni bir görevdir. Ceza yasası hükümlerine yerli veya yabancı herkes uyacaktır. Ancak mücbir sebepler bilmemeyi imkân dışı kılmışsa keyfiyet bu sebeplerin ışığı altında değerlendirilmelidir... Bu zorunluluk hali, ifade ve kuvvetini 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası'nın üçüncü maddesinden almaktadır.

Önemine binaen (DOĞAL SUÇ) tezini savunan cezacıların görüşlerine de burada kısaca değinmek isteriz. Bu nazariye taraftarlarına göre bu konuda her zaman ve her ülkede herkesçe suç olarak bilinen ve hissedilen fiillerin diğer suçlardan ayrı olarak ele alınması gerekmektedir. Örneğin adam öldürme gibi, hırsızlık gibi doğal suçları diğer fiillerle aynı tutmak imkânsızdır. Bu ayırma sonucu hukuki bilmeme ve yanılmayı mevzu hukuka ait suçlarda, ileri sürülecek iyi niyet iddiaları ile birlikte değerlendirmeli, doğal suçlarda ise, bilmemenin özür sayılmayacağı kuralını kesinlikle uygulamalı, denilmektedir. Avusturya Ceza Yasası işte bu esası kabul etmiştir.

KARİNE NAZARİYESİ'ni savunan hukukçuların görüşüne göre ise, bu kural, kesin yani aksinin kanıtlanmasına izin verilmeyen bir karineye (PRESOMPTION ABSOLUE) dayanmaktadır. Burada yasa yayımlandıktan sonra bu karine gereğince herkesin bu yasayı bildiği farziyesinden (FİNZIONE) hareket olunmaktadır.

V) TÜRK VE İTALYAN CEZA YASALARINA KONU AÇISINDAN BAKIŞ :

Daha önce belirttiğimiz gibi Ceza Yasamızın 44. maddesi (KANUNU BİLMEMEK MAZERET) SAYILMAZ) diyor. Bu prensip, yasa hükümlerinin, herhangi bir kimsenin bu hükümleri bilip bilmediğine, şuur ve irade yeteneği taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın mutlak ve objektif değer taşıdığını kanıtlamaktadır. 1889 tarihli kaynak İtalyan Ceza Yasasının aynı maddesinde ise (HİÇ KİMSE CEZA KANUNUNU BİLMEMEYİ MAZERET OLARAK DERMEYAN EDEMEZ) denilmekte idi... Her iki madde arasındaki fark açıktır. Bizim yasamız her çeşit yasaı bilmemenin özür sayılamıyacağı ilkesini benimsediği halde, kaynak yasa yalnızca CEZA YASASI'nı bilmemeyi öngörmektedir.

1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası da 1889 tarihli eski yasa sistemini aynen benimsemiş bulunmaktadır. Gerçekten yeni ceza yasasının birinci kitabının (DEI REATI IN GENERALE) başlığı altında yer alan 5. maddesinde : (KİMSE CEZA YASASINI BİLMEMEYİ ÖZÜR OLARAK İLERİ SÜREMEZ) — NESSUNO PUO INVOCARE A PROPRIA SCUSA L'IGNORANZA DELLA LEGGE PENALE — denilmektedir. İtalyan Askeri Ceza Yasası'nın bu kurala ilgili 39. maddesi de bu müesseseyi benzer sözcüklerle dile getirmektedir : (İL MİLİTARE NON PUO INVOCARE A PROPRIA SCUSA L'IGNORANZA DEI DOVERI INERENTI AL SUO STATO MİLİTARE) — ART. 39 C.P.M. DI PACE —.

İsviçre Ceza Yasası, hukukî yanılmanın sorumluluğa etkili olup olmayacağına tâyinini hâkime bırakmıştır. Fransız Ceza Yasasında ise bu kural yalnızca doktrinde işlenmiş, ceza yasasında ayrı bir madde olarak yer almamıştır. Doktrin, hiç değilse bir ölçü içerisinde yabancılar için bu kuralın uygulanmamasını teklif etmektedir. Gerçekten orta çağlardan bu yana yabancılar açısından bu konuda lehte bir yorum ve an'ane oluşagelmiştir. Avusturya Ceza Yasası ise bu ciheti hükümleri arasına dahi almış bulunmaktadır.

VI) İŞLENEMEZ SUÇ VE SÖZDE SUÇ KAVRAMLARI İLE KONUMUZUN İLGİSİ :

Yukarıda suçu, yasanın cezalandırdığı gayrı meşru fiil olarak tanımladık. Toplumun korunması için bu gayrı meşru fiillere karşı alınan tedbirler esas itibari ile cezai müeyyidelerdir. Buna karşılık suç teşkil etmemekle barber, bunun paralelinde fiiller de işlenilmektedir. Bu fiillere ceza doktrininde SUÇ BENZERİ —

qUASİ REATO — denilmektedir. Konuyu biraz derinleştirelim : Bir kimsenin bilmeme veya yanılma sonucu işlediği fiilin suç teşkil etmediği haller vardır. Bu gibi durumlarda cezalandırılmama, hukuki unsurun bulunmama nedenine dayanır. Böylece ortaya İŞLENEMEZ SUÇ, SÖZDE SUÇ kavramları çıkmaktadır.

SÖZDE SUÇ (REATO PUTATİVO) hâlinde fail, istek ve iradesine uygun olarak işlediği fiilin, yasada yeri bulunmaması nedeni ile cezalandırılmaz. Oysa fail burada bir suç işlediğini sanmakta ve bu suretle hukuki bir yanılma içerisinde bulunmaktadır. Başka bir deyişle işlediği fiil meşru olduğu halde o bunu suç olarak nitelendirmektedir. Örneğin, bir kimse evli bir kadınla cinsel münasebette bulunarak zina suçunu işlediğini sansa dahi, gerçekte kadın evli değilse zina cürmü oluşmaz...

İŞLENEMEZ SUÇ (MUHAL SUÇ) — REATO İMPOSSİBİLE — halinde ise, fail, yasanın suç olarak öngördüğü bir fiili işlemek istemesine rağmen, vasıtanın elverişsizliği veya mevzuun bulunmaması nedeni ile bu fiilin asli maddi unsurlarından birinin yokluğu, suçu oluşturamamaktadır. Örneğin, biraz önce kalp krizi sonucu ölmüş olan bir kimseye, bu durumdan haberi olmayan sanığın öldürmek maksadı ile silâhını boşaltması öldürmek fiilini meydana getiremez... Dolu zannedilen ve failin bilgisi olmadan boşaltılmış olan bir tabanca ile bir kimseyi öldürmek keza imkânsızdır... Boş bir cepten yankesicilik sureti ile para çalmak, aynı şekilde olanaksızdır.

İşlenemez suçlara teşebbüse ceza verilip verilmeyeceği doktrinde tartışılmaktadır. Sübjektif nazariyeye göre, fail bu gibi hallerde ahlâki redaetini ortaya koymuştur. Cürmi kasdını açıklamıştır. Sonuç önemli değildir. Bu itibarla cezalandırılmalıdır.

Objektif nazariyeye göre ise, şonucun meydana gelmesi imkânsız olan bu fiillerde faile ceza verilemez.

Bu iki teoriden başka daha ılımlı (KAT'İ ve NİSBİ İMKÂNSIZLIK) nazariyeleri ileri sürülmüştür. Suçun mevzuuna yahut suç işlemek için kullanılacak vasıtalara bakmalıdır. İmkânsızlık kat'î ise ceza verilmemeli (ölmüş bir kimsenin tekrar öldürülemediği gibi...) (Zehir sanarak zararsız bir madde ile adam öldürmeğe kalkışmak gibi...), nisbi ise verilmelidir. (Olay gecesi bir kimsenin evine bir tesadüf neticesi gelmemesi nedeni ile failin eyleminin başarısızlığa uğraması hâlinde olduğu gibi...)

Bir de (HUKUKİ İMKÂNSIZLIK) nazariyesi öne sürülmekte ve burada işlenmek istenilen suçun hukuki ve yasal unsurlarına bakılarak durumu değerlendirmek gerektiği savunulmaktadır.

Türk Ceza Yasası'nda, kaynak 1889 tarihli İtalyan yasasında olduğu gibi sözde suç ve işlenemez suçlarla ilgili sarih bir hüküm yoktur. O halde konuyu genel hükümler açısından aydınlatmağa çalışmak zorundayız. Örneğin 1. maddede (KANUNUN SARİH OLARAK SUÇ SAYMADIĞI BİR FİİL İÇİN KİMSEYE CEZA VERİLEMEZ) hükmünden yararlanarak sözde suçun cezalandırılmıyacağı sonucuna varabiliriz... Gerek vasıta gerek mevzu bakımından elverişsizlik nedeni ile İŞLENEMEZ SUÇ HÂLİNDE failin cezalandırılıp cezalandırılmıyacağı sorununa da 61. maddemiz ışık tutmaktadır. Anılan madde, eksik teşebbüs için elverişli vasıtalarla cürmün icrasına başlamayı şart koştuğuna göre, işlenemez suçun cezalandırılmıyacağı sonucuna varmak gerekmektedir. Bu madde gözönünde tutularak suçun mevzuu bakımından hukuki imkânsızlık esasına bakılarak vasıtalar bakımından da elverişli olup olmamaları üzerinde durularak bir değerlendirme yapmak zorundayız... Böylece ceza yasamızda işlenemez suçların cezalandırılmıyacağı, dolaylı yoldan bir çözüme bağlanmış demektir.

İşlenemez suçlar konusunda Fransız ceza uygulaması keyfiyeti içtihadı bırakmaktadır.

İtalyan sistemine gelince, 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası 49. maddesinin birinci fıkrasında SÖZDE SUÇ (REATO SUPPOSTO) ve İŞLENEMEZ SUÇ (REATO İMPOSSİBİLE)'lerin cezalandırılmıyacağını sarahaten belirtmektedir... Aynı yasanın aynı maddesinin son fıkrasında failin toplum için arzettiği tehlikeyi gözönünde bulundurarak hareketin elverişsizliği veya mevzuun yokluğu nedeni ile işlenemez suç hallerinde hâkimin, beraet eden sanığın emniyet tedbirine tâbi tutulmasını emredebileceğini öngörmektedir. (... İL GIUDICE PUO ORDINARE CHE L'IMPUPATO PROSCIOLTO SIA SOTTOPOSTO A MISURA DI SICUREZZA).

Bu tedbir ceza karakterini haizdir. Emniyet tedbirlerinin temeli, failin tehlikeli oluşuna dayanır. Hâkim, bu tedbiri, failin sosyal bakımdan tehlikeli olduğunu araştırdıktan ve saptadıktan sonra emredecidir. Cezalarda olduğu gibi burada da (KANUNİLİK PRENSİBİ) geçerlidir. Bu prensibe göre hiçkimse yasanın açıkça tesbit etmediği ve öngördüğü haller dışında emniyet tedbiri altına konmaz... Gerçekten 199. madde bu hükmü şu sözcüklerle dile getirmektedir. (NESSUNO PUO ESSERE SOTTOPOSTO A MISURE

DI SICUREZZA CHE NON SIANO ESPRESSAMENTE STABILITA DALLA LEGGE E FUORI DEL CASI DALLA LEGGE STESSA PREVEDUTI).

Ceza yasası açısından suç veya suç benzeri (QUASİ REATO) bir fiili işleyen kimsenin yeni fiiller işlemesi muhtemel görüldüğü zaman, bu şahıs ceza ehliyetini taşımasa veya cezalandırılması mümkün olmasa dahi aynı yasanın 203. maddesi gereğince tehlikeli sayılır. (PERICOLOSITÀ SOCIALE).

Cezadan farklı olarak bu tedbirin asgari haddi gösterilmiş ise de yukarı haddi belirlenmemiştir. Böylece asgari süre geçtikten sonra hâkim, ilgili şahsın durumunu gözden geçirir ve tehlikelilik hâlinin devam ettiği kanısına varırsa yeni bir süre tâyin eder. Bu tehlikenin ortadan kalktığını gösteren sebeplerin varlığı hâlinde ise hâkim tarafından bu konuda yeni bir inceleme her zaman yapılabilir.

Yukardaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi İŞLENEMEZ SUÇ hâlinde hâkim tarafından fail hakkında emniyet tedbirinin alınması mecburi değil ihtiyârî'dir. 228. maddeye göre bu tedbir (GÖZALTINDA SERBEST BULUNDURMAK — LIBERTÀ VIGİLATA — şeklinde isimlendirilmektedir. Böylece yasada suç olarak gösterilmeyen fiilinden dolayı faile, aynı yasanın 229. maddesinin 2. bendi gereğince (GÖZALTINDA SERBEST BULUNDURMA TEDBİRİ) uygulanabilecektir. Bu suretle fail, emniyet makamlarının gözü altında (nezaretinde) bulundurulur ve hâkimin verdiği emirlere ve yüklediği vecibelere uyar... Bu göz hapsi, failin sosyal hayata tekrar intibak etmesini kolaylaştıracak tarzda çalışmak sureti ile icra olunur. Fail, kendisine yükletilen vecibelere uymazsa, hâkim tarafından kendisinden (İYİ HAREKET TEMİNATI) (BUONA CONDOTTA) istenebileceği gibi vahim hallerde zirai müessese veya işevine, yaşı küçükse adli islâh evine gönderilmesi de karar altına alınabilir.

228. maddenin 5. fıkrasına göre gözaltında serbestlik tedbirinin süresi bir seneden aşağı olamaz. (LA LIBERTÀ VIGİLATA NON PUO AVERE DURATA INFERIORE A UN ANNO).

VII) SONUÇ VE GÖRÜŞLERİMİZ :

Yazımın başından beri verdiğimiz izahatın ışığı altında aşağıda açıklayacağımız konumuzla ilgili bazı görüş ve dileklerimiz, etüdümüzün (SONUÇ) bölümünü oluşturacaktır :

A) Ceza Yasamızın 44. maddesinde yer alan (KANUNU BİLMEK MAZERET SAYILMAZ) deyimini, gerek 1889 tarihli kaynak yasa, gerek 1930 tarihli İtalyan ceza yasasını ve diğer ülkeler yasa ve doktrinlerini gözönünde bulundurarak, ancak CEZA YASASINI BİLMEMENİN ÖZÜR SAYILMAYACAĞI şeklinde yorumluyor ve anlıyoruz. 44. maddede düzenlenen bu kural, umumi ve hususî ceza yasaları ile ve diğer yasaların cezai hükümleri ile sınırlanır. Bunlar dışında kalan yasa hükümlerinin bilinmemesinin cezada geçerli bir özür teşkil etmesi gerekir. Prensibin ceza yasası bünyesinde yer alması dahi bu görüşümüzü doğrulamaktadır. Bununla beraber anılan maddeye (KANUN) yerine (CEZA KANUNU) terimini eklemek sureti ile AÇIKLIK SAĞLAMAK, çok yerinde olacaktır.

B) (İlkenin dayandığı temel) bölümünde açıkladığımız gibi çeşitli teori taraftarlarından kimisi bu konuda yerli-yabancı şahıs ayırımı yapmakta, kimisi yasaların toplum gereksinmesine uygun olarak her gün biraz daha artması hususuna dikkati çekmekte, kimisi bu kuralın ceza yasasında yer almasına karşı çıkmakta, kimisi de mevzu hukuk suçu — doğal suç ayırımına değinmektedir. Bütün bu — teori savunucularının kanımızca birleştikleri bir nokta vardır : Bu önemli, nokta, anılan kuralın sertliğinin yumuşatılması gerektiğidir. Kişisel hukuki görüşümüz de aynı doğrultuda bulunmaktadır. Bu kuralın katılığını giderecek ayrıntıların yasada açıkça belirtilmesinin yarar sağlayacağına inanıyoruz.

C) İşlenemez suçların bizde de çağdaş ceza yasaları paralelinde müeyyidelenendirilmesi zamanının geldiği kanısındayız. Bu gibi hallerde sübjektif açıdan hareketle, failin ahlâki redaetini, toplum için tehlikeli bir kimse olduğunu kanıtlaması itibari ile fiilini ceza yasamızın bünyesinde (MÜSTAKİL BİR SUÇ) olarak isimlendirmenin, hukuki bir boşluğu dolduracağı inancındayız.

D) (İlkenin dayandığı temel) bölümünde incelediğimiz teoriler arasında hukuki zevkimizi (KARİNE NAZARİYESİ)'nin okşadığını burada belirtmeden geçemeyeceğiz...

E) Müsbir sebeplerin, bilmeme ve yanılmayı doğruladığı hallerde keyfiyetin, bu sebeplerin ışığı altında değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

F) Fikrimizce, hâkim takdir hakkını kullanırken MEVZU HUKUK SUÇU ve DOĞAL SUÇ ayırımına titizlikle yer vermeli, ancak doğal suçlarda kuralı titizlikle uygulamalıdır.

G) Bilindiği gibi çağdaş görüş, ceza hâkiminin delilleri serbestçe takdir etmesini zorunlu kılar... Hâkim, vicdani kanaatına göre (LIBERO CONVİNCIMENTO) hüküm verecektir... Yukarıda açıkladığımız üzere İsviçre Ceza Yasası, hukuki yanılmanın sorumluluğa etkili olup olmayacağına tâyinini hâkime bırakmıştır. İsviçre sistemini çok yerinde buluyoruz... Kanımızca, buhususta ceza hâkimine geniş takdir hakkı vermek, tutulacak en doğru yoldur...

İleride YASAMA ORGANI'na yapılacak bir değişiklikte 44. maddeyi şu şekilde görmeyi diliyoruz : (CEZA YASASINI BİLME-MENİN ÖZÜR SAYILIP SAYILMIYACAĞINI HÂKİM SERBEST-ÇE TAKDİR EDER).

BİBLİYOGRAFYA :

- 1) GIROLAMO PENSO, *IGNORANZA ED ERRORE NEL DIRITTO PENALE*, Messina, 1936.
- 2) VINCENZO CAVALLO, *DIRITTO PENALE - PARTE GENERALE*, Napoli, 1955.
- 3) *CODICE PENALE E CODICE DI PROCEDURA PENALE*, (PROFF. FRANCHI, FEROCİ, FERRARİ), Milano, 1964.
- 4) PROF. DONNEDIEU DE VBARES, *TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CRIMINEL*, Paris, 1943.
- 5) PROF. FARUK EREM, *TÜRK CEZA HUKUKU*, Cilt : I, *GENEL HÜKÜMLER*, Ankara, 1950.
- 6) PROF. TAHİR TANER, *CEZA HUKUKU*, Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul, 1953.
- 7) MUHTAR ÇAĞLAYAN, *TÜRK CEZA KANUNU*, Cilt : I, Ankara, 1962.

MEDENÎ HUKUK

TEREKE HAKKINDA İHTİYATÎ TEDBİRLER VE MİRASIN RESMEN İDARESİ

ESAT ŞENER (*)

I — GENEL BİLGİ :

Her zaman mirasçılar iyi niyetli ve birbirinin hakkına saygılı davranmamaktadırlar. Miras bırakanın bile sağlığında bir takım art düşüncelerle tereke mevcudu bakımından şaşırtıcı eylemlere giriştiği görülmektedir. Terekeye borcu olanların da dürüstlük kuralından ayrıldıkları ve kendilerine yarar sağlayıcı davranışlarda buldukları olağandır.

İşte bütün bu ihtimalleri gözetken kanun koyucu, terekenin hak sahiplerine ulaşması için tedbir almak gereğini duymuştur.

«Ölenin son ikametgâhı Sulh Hâkimi, terekenin korunması ve hak sahiplerine ulaşması için gereken tedbirleri doğrudan doğruya almakla yükümlüdür» (1).

«Bir kimsenin, ikametgâhı dışında bir yerde ölmesi halinde, bu yer Sulh Hâkimi, ölenin son ikametgâhı Sulh Hâkimine durumu bildirmekle beraber, kendi kaza çevresindeki malların korunması için, gereken tedbirleri alır» (M. K. 531/2) (2).

«Ölenin son ikametgâhı, Sulh Hâkiminin bulunduğu şehir veya kasabanın dışında olupta, terekenin mevcudu da beşyüz liradan az ise, Hâkimin vereceği talimat üzerine mühürleme ve deftere yazım işleri, ihtiyar kurullarınca yapılır» (Tüzük Madde 31).

«Medenî Kanununun 532 ve 533. maddeleri gereğince, alınacak tedbir kararları, mahkeme tarafından uygulanır ve sonuçları izlenir.

(*) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı.

(1) M.K. 531/1. cümle, Prof. Kemal Oğuzman, Miras Hukuku Dersleri 1972, Sh. 266; Prof. Nuşin Ayiter, Miras Hukuku, 1971, Sh. 159, Prof. A. Samim Gönensay - Prof. Kemalettin Birsen, Miras Hukuku, 1956, Sh. 191; Prof. Mustafa Reşit Belgesay, Türk Medenî Kanunu Şerhi, Miras, 1952, Sh. 140; Prof. Zahir İmre, Türk Miras Hukuku, 1968, Sh. 439; Prof. Ali Nam İnan Miras Hukuku, 1969, Sh. 303; Prof. Şakir Berki, Miras Hukuku, 1975, Sh. 107; Prof. Rossel, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Hâkimler için çeviri, Adalet Bakanlığı yayını, Sh. 696; Ali Himmet Berki, Miras ve Tatbikat, 1946, İkinci Bası, Sh. 227; Prof. Necip Kocayusufoğlu, Miras Hukuku, 1976, Sh. 564.

Tedbiri gerektiren hallerin ortadan kalkması üzerine Sulh Hâkimi, terekeyi hak sahiplerine teslim etmek suretiyle tedbirlere hemen son verir. Tedbirin kaldırılması gerektiği yolundaki isteklerin Hâkimlikçe reddine ilişkin kararlar hakkında, hak sahipleri tarafından kanun yoluna başvurulabilir» (Tüzük Madde 29/4).

«Bu tedbirler, kanunda öngörülen hallerde terekeyi mühürlemek, deftere geçirmek, doğrudan doğruya idare ve vasiyetnameleri açmak gibi şeylerdir» (M. K. 531/2. cümle-

Metinden de açıkça anlaşıldığı gibi tedbirler, sayılanlardan ibaret değildir. Bunlar örneklerdir. Bozulan şeylerin satılması, kıymetli evrakın emin yerde saklanması ve benzeri tedbirler de Medenî Kanununun 531. maddesi kapsamına girer (3).

«Bu tedbirlerin amacı, tereke mallarının kaybolmadan, kaçırılmadan, olduğu gibi mirasçıların eline geçmesini sağlamak ve hak sahiplerinin imkân ölçüsünde, kesinlikle tesbitini sağlamaktır» (4). Anılan «tedbirler, re'sen veya Medenî Kanununun 532. maddesinin 3. bendinde gösterilen kişilerin isteği üzerine alınır» (Tüzük Madde 29/2).

Kural olarak, mirasçılar tedbir alınmasını isterler. Ancak, yararına vasiyet yapılan kişilerin de (M. K. 573/2) tedbir istemek hakları vardır (5).

Tedbirlere her zaman Medenî Kanununun 531. maddesine göre istenmez. Mirasta istihkak davası açılınca Hâkim, «davacının isteği üzerine hakkının korunması için gerekli tedbirleri alır» (M. K. 577/2). «Mirasçılardan birinin isteği üzerine Hâkim, taksimin icrasına kadar miras şirketine bir temsilci tayin eder» (M. K. 581/Son).

Miras bırakanın alacaklıları da, kendi yararlarının korunması amacı ile, tereke hakkında tedbir alınmasını isteyebilirler (6).

Sulh Mahkemesinin idarî nitelikteki bir kısım işlem ve kararları Asliye Mahkemesinin kontrolüne tâbi tutulmuş (M. K. 372, 388)

(2) Berki Şakir Age. Sh. 107; Berki A. Himmet Age. Sh. 228; Oğuzman Age. Sh. 266; İmre Age. Sh. 441; Belgesay Age. Sh. 140.

(3) Gönensay - Birsen Age. Sh. 192; Ayiter Age. Sh. 159.

(4) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 564; 24.7.1965 günlü Velayet, Vesayet ve Miras Tüzüğü Madde 29/1; Y. 2. H. D. nin 5.4.1965 günlü ve 1626/1839 sayılı kararı (Senai Olguç, İçtihatlarla T. Medenî Kanunu, 1976, Sh. 421).

(5) İmre Age. Sh. 440.

(6) Y. H. G. K. nun 19.2.1964 günlü ve 29/2 - 136 sayılı kararı (Senai Olguç, İçtihatlarla Türk Medenî Kanunu Şerhi, 1975, Sh. 405); Y. 2. H. D. nin 24.4.1969 günlü ve 2125/2177 sayılı kararı, (Senai Olguç, İçtihatlarla T. Medenî Kanunu, 1976, Sh. 421); İmre Age. Sh. 440; Belgesay Age. Sh. 144, No : 7/c.

mühürleme ve defter tutma konusunda itiraz yolu öngörülmemiştir. Usulün 427. maddesinde, temyiz edilemeyecek kararlar sıralanmıştır. Bu sıralamada, Medenî Kanununun 531 ve sonraki maddelerine yer verilmemiştir. Bu bakımdan bu konu ile ilgili kararlar hakkında Yargıtay'a başvurulabilir. Her ne kadar çok eski yıllarda bir Yargıtay kararında, işlemler idarî nitelikte olduğu için temyiz konusu olamayacağı ifade edilmiş ise de (7) uygulama sonradan değişmiş ve Yargıtay yolu açık tutulmuştur (8). Zaten azönce belirttiğimiz gerekçeler karşısında aksini düşünmek mümkün değildir. Esasen «Bir kararın kesinliği ya Usulün 427. maddesinde veya özel kanunda açıklanmadıkça (Tic. Ka. Madde 5, 249, 299 ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev, Lokavt Kanunu Madde 22 ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Madde 33 gibi) temyiz yolu açıktır» (9).

II — BELLİ BAŞLI İHTİYATİ TEDBİRLER

A. M Ü H Ü R L E M E :

Medenî Kanununun 539. maddesine göre mirasın açılması ile mirasçılar, küllî halef olarak ölenin terekesini iktisap ederler. Ferdî mülkiyet gerçekleşinceye kadar elbirliği ile ortaklık devam eder (M. K. 581). Bu itibarla, *mühürleme* (10) işlemi ile zilyedlik ve mülkiyet yâni, hukuken tasarruf hakları kısıtlanmış veya ortadan kalkmış olmaz. Mühürlemede sadece fiilî tasarruf önlenmiş olur (11)

Terekeye ait mallar, gerek mirasçılar gerekse üçüncü kişiler tarafından tahrip olunmaması, kaçırılmaması veya yok edilmemesi gibi tehlikelerden korunması için kasa, dolap, sandık, ev, depo, ağıl, ahır gibi yerlerde saklanır ve uygun yerlerine mühür basılır. Böylece içindekilerin alınması önlenir (12). Bu işleme kanundaki adı ile mühürleme denir (H. U. M. K. 546).

«Mühürlenmesi gereken eşyayı hâkim, resmî mühürle mühürler» (H. U. M. K. 546).

(7) Y. 2. H. D. nin 12.6.1948 günlü ve 1990/3569 sayılı kararı (Olguç, T. Medenî Kanunu Şerhi, Age. Sh. 406, No : 8).

(8) Y. H. G. K. nun 21.3.1956 günlü 17/16 sayılı kararı (Türk İçtihatlar Külliyyatı Cilt : 11, No : 59) İmre Age. Sh. 441, Dipnot : 7; Oğuzman Age. Sh. 265, dipnot : 48, Berki Şakir Age. Sh. 107, dipnot : 178.

(9) Prof. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü 1974, Sh. 698.

(10) «İsviçre Medenî Kanununda Mühürleme işlemi 552. maddede, defter tutma ise 553. maddede düzenlenmiş iken çeviri sırasında bu iki madde birleştirilmiş T. Medenî Kanununda 532. madde olarak yer almıştır» (Kocayusufpaşaoğlu Age Sh. 567; Ayiter Age Sh. 160, dipnot 12.)

(11) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 566; Berki Şakir Age. Sh. 108.

(12) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 566; Oğuzman Age. Sh. 266; İnan Age. Sh. 304; İmre Age. Sh. 441; Ayiter Age. Sh. 160; Gönsenay - Birsen Age. Sh. 193 - 194; Belgesay Age. Sh. 142.

«Mühürleme üzerine bir tutanak düzenlenir. Buna : a) Mühür-
lenmenin yapıldığı gün ve saat, b) Mühürlenme sebebi, c) Mühürle-
meyi isteyenin ve orada hazır olanların adı soyadı ve adresleri, d)
Mühürlenilen yerin ne olduğu ve adresi, e) Mühür altına alınan eşya-
nın kısaca nitelikleri yazılır» (H. U. M. K. 547).

«Mühürlenilen kilitlerin anahtarları başkâtip tarafından saklanır»
(H. U. M. K. 549).

B. DEFTERE YAZMA :

Defter tutulması, «terekenin güven altına alınması amacı ile,
mirasın açıldığı tarihteki mevcudunun aktifi ve passifi ile Hâkim
tarafından tespit edilmesi» (13) işlemidir. O halde deftere, taşınırlar,
taşınmazlar, her çeşit hak ve alacaklar ve terekenin borçları ile
miras bırakmanın sağlığında yüklendiği her çeşit işler ve taşınmazlar
üzerindeki mahdut aynı haklar geçer (14). Bu defter ile Medenî
Kanunun 559. ve sonraki maddeleri gereğince tutulan defter, nitelik-
çe birbirinden tamamen ayrı olduğu için doğurdıkları hak ve so-
nuçlar da birbirine benzemez (15). Medenî Kanunun 560. maddesi
gereğince tutulan deftere geçmeyen alacak hakkı düşer (M. K. 569).
Oysa Medenî Kanunun 532. maddesi sebebi ile tutulan deftere yazıl-
mayan alacak hakkı varlığını korur (16). Medenî Kanunun 532. mad-
desine göre defter tutulmasının doğurduğu hukukî sonuç, mirası red
süresini uzatmaktan ibarettir (17).

«Medenî Kanunun 532. maddesi gereğince mühürleme ve defter
tutma işlemi, *tespit ve muhafaza edilmedikleri takdirde, yok olması*
muhtemel olan mallar için uygulanır. Taşınmazlar deftere yazılmaz
(18). Kütüphane veya pul koleksiyonu gibi tesbiti uzun zaman ala-
cak taşınırları kapsıyan mal toplulukları, mühürlenmek veya kasa

(13) İmre Age. Sh. 441; Ayiter Age. Sh. 160; Dipnot 12; İnan Age. Sh. 304; Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 566.

(14) İmre Age. Sh. 441; İnan Age. Sh. 304; Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 566.

(15) Gönensay - Birsen Age. Sh. 194; Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 566; İnan Age. Sh. 304; İmre Age. Sh. 443.

(16) Sayın İnan, bu iki müessesenin birbirinden ayrılması ve karışıklığa yol açılmaması için Medenî Kanunun 532. maddesindeki defter tutma işlemine «Terekenin tahriri = terekenin yazılması» denmesinin uygun olacağını ifade etmektedir (İnan Age. Sh. 304).

(17) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 566; «Tereke, ihtiyati bir tedbir olarak, deftere geçirilmiş ise, red süresi bütün mirasçılar için, deftere geçirilmenin sona erdiğinin Sulh Hâkimi tarafın-
dan kendilerine bildirdiği günden başlar» (M.K. 547).

(18) Y. 2. H. D. nin 5.4.1965 günlü ve 1626/1839 sayılı kararında «Medenî Kanunun 531 ve 532. mad-
delerinin amacı, terekeye dahil malların dağılıp ziyaa uğramaması ve mirasçılarının emrine
hazır tutulmasını sağlamaktır. Taşınmazlarda bu tehlike sözkonusu değildir. O halde ted-
bire gerek yoktur» (Hasan Atasoy - Hilmi Yazıcı, Şahıs, Aile, Miras Hukuku, 1970, Sh.
1154 No : 1965).

gibi güvenilir (emin) bir yere konulmak suretiyle korunur» (Tüzük Madde 30).

C. MÜHÜRLEME VE DEFTERE YAZILMA SEBEPLERİ :

A) Doğrudan doğruya mühürleme ve yazım :

a) Mirasçılardan, herhangi birisi 18 yaşını bitirdiği halde temiz kudretine sahip değilse, 2) Ana babası ölmüş olupta rüşte ermemişse, 3) Velâyet kendisine verilen ana veya baba ölmüşse ya da velâyeti nez'edilmiş ve fakat buna rağmen çocuk henüz vesayet altına alınmamışsa, 4) mirasçı bir yılı aşkın bir süre ile hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm edilmiş ise tereke mühürlenir ve defteri tutulur (M. K. 532/1). Az önce açıkladığımız gibi, terekenin defterinin tutulması için vasi tayin edilmiş olması zorunlu değildir. Mirasçının vesayet altına alınmasını gerektiren halde bulunması da mühürleme ve defter tutulması için yeterlidir.

b) Mirasçılardan biri temsilci bırakmadan ortadan kaybolursa (M. K. 376, 528) terekenin mühürlenmesi ve defterinin tutulması (M. K. 532/2) gerekir. (19). Metindeki «gaybubet» yani ortadan kaybolmanın devamlılık ifade etmesi gerekmekte ise de, ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya ölümünün büyük ihtimal içinde bulunması şart değildir. Onun için gaiplik kararı alınmış olması veya böyle bir kararın alınmasını gerekli kılacak biçimde ortadan kaybolması zorunluğu yoktur (20).

Şartla salıverilen (TCK. 19) mahkûmların vesayet hali devam edeceği (M. K. 415) için M. Kanun 532/1. maddesi bu gibiler hakkında da uygulanır.

Medenî Kanununun 532/1 -2. maddesinde yazılı şartlar varsa Sulh Hâkimi doğrudan doğruya terekeye elkoyar ve defterini tutup mühürler.

B) İstek üzerine mühürleme ve yazım :

«Mirasçılardan veya ilgililerden birinin isteği üzerine» Sulh Hâkimi terekeyi mühürler ve defterini yapar (M. K. 532/3).

(19) Gönensay - Birsen Age. Sh. 194; Belgesay Age. Sh. 143; Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 566; İmre Age. Sh. 442; Oğuzhan Age. Sh. 267; İnan Age. Sh. 305.

(20) Ayiter Age. Sh. 161; Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 566 - 567; İmre Age. Sh. 446.

Mirasçı deyimi mansup mirasçıyı da kapsar (21). Alacaklılar da terekenin mühürlenmesini ve defterinin tutulmasını isteyebilirler (22). Çünkü Medenî Kanununun 532. maddesinin amacı içinde, alacaklılar ile terekenin yararlarının bağdaştırılması da vardır.

Yararına mal vasiyet edilenler, mühürleme ve defter tutma istiyemez iseler de şartları gerçekleştiğinde (M. K. 573/2) tedbir alınmasını talep edebilirler (23).

İntifa hakkını seçen eş, külli halef olmamakla beraber, hakları tereke ile sıkı sıkıya bağlı olduğu için mühürleme ve defter tutma isteyebilir. «İlgililer» kapsamına bunlar da girer.

C) Mühürleme ve defter tutmanın süresi :

«Defter yapma işlemi, ölümden itibaren bir ay içinde tamamlanır» (M. K. 532/son).

Medenî Kanununun 532. maddesi iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm 1 ve 2. bentleri kapsar ki, bu şartlar gerçekleştiğinde Sulh Hâkimi kendiliğinden terekenin defterini tutar ve mühürler. Bu yön, Medenî Kanununun 531/1. maddesinde yer alan ve «...tedbirlerin doğrudan doğruya...» Sulh Hâkimi tarafından alınacağına ilişkin hükümden de anlaşılmaktadır. İkinci bölüm ise *mirasçılar veya ilgililerin isteği üzerine* terekenin korunması ve hak sahiplerine ulaşması amacına yöneliktir (M. K. 532/3).

Uygulamada bu iki ayrı durum birbirine karıştırıldığı için Medenî Kanununun 532/son maddesindeki bir aylık süre çok kez «müracaat - başvurma» süresi şeklinde yorumlanmaktadır. Oysa bu sürenin başvurma ile hiçbir ilgisi yoktur. Metin de oldukça açıktır. Bu süre *Hâkimin bir ay içinde* defter tutma ve mühürleme işlemlerini tamamlaması için kanunî bir direktiften ibarettir. İlmî ve kazaî içtihatlar bu konuda sözbirliği içindedir (24). 24.7.1965 günlü Vesayet, Vesayet ve Miras Tüzüğü de bu görüş içinde hazırlanmıştır.

(21) Belgesay Age. Sh. 144.

(22) Y. H. G. K. nun 19.2.1964 günlü ve 29/2 - 136 sayılı kararı (Olgaç, T. M. Kanunu Şerhi Age. Sh. 405); Y. 2. H. D. nin 24.4.1969 günlü ve 2125/2177 sayılı kararı (Olgaç, İçt. T. Medenî Kanunu Age. Sh. 421); Belgesay Age. Sh. 144, No : 7 c; İmre Age. Sh. 440.

(23) İmre Age. Sh. 440.

(24) Y. H. G. K. nun 23.12.1972 günlü ve 2/952 - 1308 sayılı kararı (Olgaç, İçt. T. Medenî Kanunu Age. Sh. 240); Y. 2. H. D. nin 11.9.1972 günlü ve 4899/4768 sayılı kararı (Resmî Kararlar Dergisi, 1972, Sh. 430); Y. 2. H. D. nin 28.6.1956 günlü 4073/3711 sayılı kararı; Y. 2. H. D. nin 29.11.1952 günlü ve 6591/5858 sayılı kararı (Atasoy - Yazıcı Age. Sh. 1160 No : 1977 ve 1978); Belgesay Age. Sh. 144; Kocayusulpaşaoğlu Age. Sh. 567 - 568; İnan Age. Sh. 306; İmre Age. Sh. 443; Oğuzman Age. Sh. 267; Ayiter Age. Sh. 161; Gönensay - Birsen Age. Sh. 195.

Anılan Tüzüğün 32. maddesine göre Mahkeme «re'sen veya Medenî Kanunun 532/3. maddesi uyarınca istek üzerine, mühürleme ve defter tutma işlemini Medenî Kanunun 532/son maddesinde yazılı BİR AY içinde tamamlamakla yükümlü» tutulmuştur.

Medenî Kanunun 532/son maddesinde defter tutmanın «... tarih vefattan = ölüm gününden itibaren BİR AY içinde bitirilmesi» zorunluğuna işaret edilmiş, fakat bu hükme uyulmamasının müeyyidesi veya yapılacak işlemler gösterilmemiştir. Bu kural tavsiyeden ibaret olduğu ve Medenî Kanunun 559. maddesinde olduğu gibi «hak düşürücü» nitelikte bulunmadığı için Hâkim ölümden bir ay geçtikten sonra durumu öğrense veya başvurma bir aydan sonra yapılsa bile, defteri tutar ve terekeyi mühürler. Bir ay içinde işlemler tamamlanmasa bile göreve devam edilir. Eğer Hâkim, kasten bir gecikme yaparsa hakkında disiplin cezası kovuşturması yapılabilir (25).

D. YETKİ VE GÖREV :

«Miras, bütün mal varlığını kapsamak üzere, ölenin son ikametgâhında açılır» (M. K. 518).

«Müteveffanın son ikametgâhı Sulh Hâkimi, ... tedbirleri doğrudan doğruya almak zorundadır...» (M.K. 531/1).

«Ölenin son ikametgâhı Sulh Hâkimi, terekenin korunması ve selâmetle hak sahiplerinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır» (Tüzük madde 29).

Açıklanan kanun ve Tüzük hükümlerine göre ölenin son ikametgâhı Sulh Hâkimi defteri tutar ve mühürler (26). Ölenin ikametgâhı bilinmiyorsa veya ikametgâh sahibi değilse öldüğü yer Sulh Hâkimi mevcut malların defterini tutar ve mühürler.

III — TEREKENİN RESMEN İDARESİ :

Medenî Kanunun 533. maddesinin kenar başlığı «Matlabı» TEREKENİN RESMEN İDARESİ şeklinde olup dört sebep öngörmektedir.

(25) Gönensay - Birsen Age. Sh. 195; Belgesay Age. Sh. 144.

(26) Belgesay Age. Sh. 140, No. 2; Gönensay Age. Sh. 193; İmre Age. Sh. 439; Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 564.

1. MİRAS BIRAKANIN MİRASÇISININ BİLİNMEMESİ :

«... Ölenin bütün mirasçıları bilinmiyorsa terekeyi...» Sulh Hâkimi doğrudan doğruya idare eder (M. K. 533/3, Tüzük Madde 33).

Ölenin hiç mirasçısı yoksa terekesi Hazineye geçer (M.K. 448). Eğer durum böyle ise Sulh Hâkiminin terekeyi idare etmesine gerek yoktur. Tereke, defteri tutularak (M. K. 571) hazineye devredilir. Şüphe yokki devir işlemleri tamamlanıncaya kadar idare, yine Sulh Hâkimine aittir. Oysa Medenî Kanununun 533/3. maddesi hükmü, ölenin mirasçısı mevcut olupta nerede bulduklarının bilinmemesi halini öngörmektedir. Bütün mirasçıların malûm olmaması da şart değildir. Bir kısmının bilinmesine rağmen ötekilerinin durumunun belli olmaması da doğrudan doğruya idareyi zorunlu kılar. Ölen kişinin, Türkiye'deki kardeşleri belli iken Avusturalya'daki eşinin kimliğinin henüz tesbit edilmemiş olması veya yurt içinde ya da dışında ölen kimsenin Türkiye'de, veya dış ülkedeki furuunun ya da kardeşlerinin bir veya birkaçının yerinin bilinmemesi hali de bu hükmün kapsamına girer. Durum açıklığa kavuşuncaya kadar tereke resmen idare olunur. Mirasçılar arasında «cenin» in bulunması da Medenî Kanununun 533. maddesinin uygulanmasına yol açar (27).

2. TEMSİLCİSİ OLMİYAN MİRASÇININ YARARINI KORUMAK İÇİN :

«Vekil tayin etmeden gaybubet eden (devamlı şekilde ortadan kaybolan), mirasçının yararı gerektiriyorsa, onun payı «resmen idare edilir» (M.K. 533/1, Tüzük Madde 33).

Metinden açıkça anlaşıldığı gibi, Medenî Kanununun 533/1. maddesi «gaybubet eden» yani devamlı olarak ortadan kaybolan kişinin *miras payının* resmen idare edilmesini öngörmektedir. Bu maddenin karşılığı olan İsviçre Medenî Kanununun 554. maddesinde (28) ortadan kaybolanın yararı varsa, terekenin tamamının resmen idare edilmesi emredilmektedir (29). Oysa azönce belirttiğimiz gibi T. Medenî Kanunu «miras payının resmen idaresi» ni gerekli bulmuştur. Ancak Medenî Kanununun 581. maddesine göre, Taksime kadar tereke, mirasçılar arasında elbirliği ortaklığı halinde yâni

(27) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 570; Ayiter Age. Sh. 161; İmre Age. Sh. 446; Gönensay - Birsen Age. Sh. 197; Belgesay Age. Sh. 146; İnan Age. Sh. 308.

(28) İsviçre Medenî Kanununun 554/1. maddesine göre «Temsilci bırakmadan devamlı olarak ortadan kaybolan kişinin yararı gerektiriyorsa tereke resmen idare» olunur (Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 569); Gönensay - Birsen Age. Sh. 196, Dipnot 1.

(29) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 569; Gönensay - Birsen Age. Sh. 196; Belgesay Age. Sh. 145.

«MUŞA» dır. Ferdî mülkiyet sözkonusu değildir. Mirasçının terekenin her cüzünde (parçasında) payı vardır. O halde bağımsız bir mal olmayınca miras payının resmen idaresi düşünülemez. O halde 20.9.1950 günlü ve 4/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve özellikle Medenî Kanununun 581. maddesinin açık hükmü karşısında Medenî Kanununun 533/1. maddesindeki «*Miras payı*» deyimini ihmal olunarak, terekenin tümünün resmen idare edilmesi ilkesinin kabulü gerekir (30). Ancak, ortadan kaybolanın yararı, terekenin tamamının resmen idaresini zorunlu kılmıyorsa, onun payı için kayyım tayini (M. K. 376/1) uygun olur (31).

3. MİRASÇILARIN HİÇ BİRİNİN MİRASÇILIK SIFATINI İSPAT EDEMEMESİ VEYA MİRASÇI BULUNUP BULUNMADIĞININ ŞÜPHELİ OLMASI :

«Mirasa istihkak iddiasında bulunanların hiç biri sıfatını ispâta yarar delil göstermediği veya ölenin mirasçısının bulunup bulunmadığı şüpheli olduğu takdirde» tereke Sulh Hâkimi tarafından doğrudan doğruya idare edilir (M.K. 533/2, Tüzük Mad. 33).

Madde, iki ayrı hususu birlikte hükme bağlamaktadır.

a) Mirasçı olduklarını ileri sürenlerin hiç biri kanunî veya mansup mirasçı olduğuna dair yeterli delil ve belge gösteremezse tereke resmen idare olunur. Metinden açıkca anlaşıldığı gibi, bir mirasçı bile, ölenle aralarında irs ilişkisi bulunduğunu ispat ederse terekenin resmen idaresi söz konusu olamaz. Bu hükmün uygulanabilmesi için, mirasçı olduklarını ileri sürenlerin tamamının mirasçılık sıfatını ispatlayacak delil ve belgeyi gösterememiş olmaları zorunludur. Belge ve delil hâkime kanaat verici olmadıkça, irs ilişkisi ispatlanmış sayılmaz (32).

b) Medenî Kanununun 448. maddesi uyarınca Devlet, terekenin son sahibidir. İşte ölenin Devlet dışında, kanunî ve mansup mirasçısının bulunup bulunmadığı şüpheli ise, bu tereddüt giderilinceye kadar tereke resmen idare edilir. Ölüm anında gaip olan mirasçının ölüp ölmemiş olması konusundaki şüphe bu hükmün kapsamına girer (33).

(30) Gönensay - Birsen Age. Sh. 196 Dipnot 1; Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 569; Belgesay Age. Sh. 146.

(31) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 569; Belgesay Age. Sh. 146.

(32) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 569, Rossel Age. Sh. 702, No. 1047, Gönensay - Birsen Age. Sh. 197, Ayiter Age. Sh. 161.

(33) Gönensay - Birsen Age. Sh. 197, Belgesay Age. Sh. 146, Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 569, Ayiter Age. Sh. 161.

Nesebin düzeltilmesine (M.K. 249), Af Kanunları (1826 ve öncükiler) gereğince tescile veya babalığa ait davalar sonuçlayıncaya kadar şüpheli bir mirasçılık durumu söz konusu olup tereke resmen idare olunmalıdır (34).

4. KANUNDA YAZILI HALLERDE RESMEN İDARE :

«Kanunda belirtilen hallerde, tereke resmen idare edilir» (M.K. 533/4, Tüzük madde 33).

a) Mirası, namzede nakil ile yükümlü olan mirasçı teminat göstermezse «... miras doğrudan doğruya idare edilir» (M.K. 470).

b) «Mirasın açıldığı gün ölü veya diri olduğu (hayat veya me-matı) belli olmayan gaip mirasçının payı, mahkemece resmen idare ettirilir» (M.K. 528/1).

c) «Sulh Hâkimi» vasiyetnamenin kendisine verilmesinden sonra, mirasçıların, terekeye geçici olarak elkoymasına izin verebileceği gibi, resmen idare de edebilir» (M.K. 535/3).

d) «Vasiyetçi tarafından hak ve yükümlülükleri belirtilmemiş olan tenfiz memuru, mirası resmen idare ile görevlendirilen memurun yetkilerine sahip olur» (M.K. 498).

e) «Resmî tasfiye Sulh Hâkimi tarafından yapılır. Hâkim bu görevin yerine getirilmesi için bir veya birçok kişiyi idare ile görevlendirebilir» (M. K. 574/1).

Yukarıda belirtilenler kanundan doğan resmî idare halleridir (35). Bunların dışında da kanunlarda doğrudan doğruya idarenin emredilmiş olduğu özel durumlar vardır.

5. MİRAS BIRAKANIN ARZUSU İLE İDARE :

«Ölen, vasiyetinin yerine getirilmesi için birini memur etmiş (M.K. 497) ise mirasın idaresi bu kişiye bırakılır» (M.K. 533/II).

Miras bırakan, birden çok kişiyi idare memuru tayin edebilir. Ölümüne bağlı tasarrufta bir açıklık olmayıp Sulh Hâkimi de özel bir talimat vermemiş ise memurlar «birlikte» hareket ederler (36) Ka-

(34) Y. 2. H. D. nin 22.9.1949 günlü ve 1599/547 sayılı kararında «Evlilik dışında doğmuş bir çocuğun nesebinin sahih olarak tescili davasının sonucuna kadar terekenin resmen idaresi» gerekeceği ifade olunmuştur. (Olgaç T. M. Kanunu şerhi 1975, Sh. 407). Kararda istek üzerine ve kayyım eliyle resmen idareden söz edilmesini eleştiren İmre'nin (Age. Sh. 446 dipnot 22) görüşüne katılıyoruz.

(35) İmre Age. Sh. 447, Kocayusufoğlu, Age. Sh. 569, İnan Age. Sh. 308, Belgesay Age. Sh. 146, Gönensay - Birsen Age. Sh. 197.

(36) Gönensay - Birsen Age. Sh. 197.

nunda, bu memurların yetkileri bakımından açıklık yoktur. Ancak bir kısım hukukçular, bunu, tasfiye memurunun görevlerine (M.K. 574/2) benzetmekte (37) iselerde, bir kısım hukukçular buna karşı çıkarak, idare memurunun «*terekeyi hali ile*» mirasçılara teslim etmekte yükümlü olduğunu, oysa tasfiye memurunun görevinin, tasfiyeden arta kalanı mirasçılara devir etmekten ibaret bulunduğunu, bu sebeple kıyas yapılamıyacağını (38) ifade etmektedirler. Gerçekten tasfiye memuru ile terekeyi idare memurunun tayin sebepleri, kanunda yer alış amaçları itibarı ile birbirinden ayrı olmakla beraber, kıyas yapmakta sakınca yoktur. Boşluğun bu yolla doldurulması uygun olur.

İdare ile görevlendirilen kişiye tereke teslim edilir (39).

6. VESAYET ALTINDA İKEN ÖLEN KİŞİNİN TEREKESİNİN İDARESİ :

«Vesayet altındaki kimsenin ölümü halinde terekese, aksine bir hüküm bulunmadıkça vasi tarafından idare edilir» (M.K. 533/III).

Özel hüküm ile vasiye görev verilmiş olması, kendiliğinden terekeye elkoymasını gerektirmez. Sulh Hâkiminin ona bu konuda görev vermesi gerekir (40). Çünkü bu hüküm, ölüme bağlı tasarruf ile vasiyeti tenfiz memuru (M.K. 497) tayin edilmesine benzetilmektedir. Bu bakımdan vasi, kendi başına idareyi ele alamaz. Hâkim bu görevi vasiye vermemek hakkına da sahiptir (41). Onun için, vasinin yeteneksiz olması veya mirasçılarla arasında yarar çatışması bulunması halinde hâkim azil hakkını kullanabilir. Bu söylenenler, Medenî Kanununun 533/II. maddesine göre terekeyi idare için tayin olunan memur hakkında da geçerlidir.

Miras bırakan vesayet altında olup, Medenî Kanununun 533/II. maddesi gereğince terekenin idaresi için bir memur (vasiyeti tenfiz memuru) seçerse Medenî Kanununun 533/III. maddesinde vasiye verilmiş olan görev ortadan kaldırılmış olur (42). Çünkü Medenî Kanununun 533/III. maddesinde, «... hilâfına (aksine) bir hüküm ol-

(37) Ayiter Age. Sh. 162, İmre Age. Sh. 447; Kocayusufoğlu Age. Sh. 572/573, Berki A. Himmet Age. Sh. 231.

(38) Gönensay - Birsan Age. Sh. 198, Belgesay Age. Sh. 146 - 147.

(39) Y. 2. H. D. nin 22.11.1945 günlü ve 5015/5212 sayılı kararı (Olgaç T. M. Kanunu Şerhi 1975, Sh. 408 ;

(40) Kocayusufoğlu Age. Sh. 570, aksi görüş Gönensay - Birsan Age. Sh. 197, İnan Age. Sh. 307.

(41) Kocayusufoğlu Age. Sh. 570 - 571, İnan Age. Sh. 307, İmre Age. Sh. 445, Belgesay Age. Sh. 146, Berki A. Himmet Age. Sh. 231.

(42) Kocayusufoğlu Age. Sh. 571, İmre Age. Sh. 445, dipnot 19; Berki Şakir Age. Sh. 108, Ayiter Age. Sh. 164.

madıkça» idarenin vasiye ait olacağı açıklanmıştır. Miras bırakan Medenî Kanununun 533/II. maddeye göre idare için memur tayin etmekle kanun kendisine verdiği imkâna dayanarak onun görevini ortadan kaldırmış olmaktadır.

«... Reşit olan evlâdın hacir edilmesi halinde, asıl olan VELA-YET ALTINA konulmasıdır» (M.K.369). O halde bu durumdaki kişi ölürse terekenin idaresi veliye ait olur (M. K. 533/III). Zira, vasiye tanınan hakkın veliden esirgenmesi (43) anlamsız olur.

IV — TEREKEYİ İDARE MEMURUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ :

Miras bırakanın terekeyi idaresi için bir memur tayin etmesi (M.K. 533/II), resmen tasfiyeye başlanması (M.K. 572 - 576) terekenin resmen idare edilmesi (M.K. 533/I) ve vasiyeti tenfiz memuru atanması (M.K. 497 - 498) hallerinde, mirasçıların tereke üzerindeki hukukî tasarruf yetkileri ve zilyetlikleri mevcut olmakla beraber, fiilen idare hakları kısıtlanmış olmaktadır (44). Şu halde, Medenî Kanununun 533. maddesi gereğince terekeyi idareye memur edilmiş kişiler, miras «ortaklığının kanunî temsilcisi» sayılırlar (45).

V — TEREKENİN İDARESİ :

Eğer Medenî Kanununun 532. maddesine göre terekenin defteri tutulmamış ise, idare memuru defterin düzenlenmesine esas olmak üzere alacaklılara çağrıda bulunur (M.K. 574/II). Alacakları tahsil eder. Borçları öder. Malları kiraya verir, işletir. Tereke adına dava açar. Açılmış veya açılacak davalarda terekeyi temsil eder (46). Vel-hasil miras bırakanın sağlığında yapabileceği her çeşit işi yapar. İdare Memuru Sulh Hâkiminin denetimi altında olup, yaptığı işlemler sebebi ile doğan zararı ödemekle yükümlüdür (47).

VI — RESMÎ İDARENİN SONA ERMESİ

«Medenî Kanununun 533 ve Tüzüğün 33. maddesi gereğince mirasın resmen idaresine mahkemece karar verilen hallerde, resmen idareyi gerektiren sebepler ortadan kalkınca, Sulh Hâkimi bu idarenin sona erdiğine derhal karar verir. Resmen idarenin sona er-

(43) İnan Age. Sh. 307, Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 571, İmre Age. Sh. 445.

(44) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 573, İmre Age. Sh. 447; Y. 4. H. D. nin 29.6.1948 günlü ve 4727/3269 sayılı kararı (Son İçtihadlar Dergisi, Sayı : 23, Sh. 688).

(45) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 573, Ayiter Age. Sh. 162.

(46) İmre Age. Sh. 450, Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 574.

(47) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 574, İmre Age. Sh. 448, Gönensay - Birsen Age. Sh. 198; Belgesay Age. Sh. 147; İnan Age. Sh. 309.

diğine karar verilince, idareye memur edilen kimse, Sulh Hâkimine en geç bir hafta içinde, memur olarak yapmış olduğu işler hakkında bir rapor verir. Rapor örneği mahkemece ilgililere bildirilir. Resmen idare halinin sona ermesi gerektiğine dair isteklerin reddi veya kabulü hakkındaki kararlar için genel hükümler çerçevesinde, kanun yoluna başvurulabilir» (Tüzük mad. 34) (48). Terekenin takimi de resmî idareye son veren sebeplerdendir (49).

İdare Memuru, ücretsiz iş yapmak zorunda değildir. Borçlar Kanununun 386. maddesine kıyasen hâkim, yapılan hizmete karşılık ücret takdir eder (50).

VI — TEREKENİN HAZİNEYE DEVREDİLMESİ :

Terekenin doğrudan doğruya idaresi (M.K. 533) geçici nitelik taşıdığı için, olabildiği kadar kısa sürmesi gerekir M. Kanununun 534. maddesinde buna çözüm yolu getirilmiştir.

«Sulh Hâkimliğince, ölenin mirasçısı bulunup bulunmadığı gerçekleşmez veya mirasçılarının sayısı belli olmazsa, üç ay içinde sıfatlarını bildirmek üzere ilgililer, ilân yolu ile davet edilir (çağırılır). Bu süre içinde Sulh Hâkimine kimse başvuramaz ve mirasçılarının varlığı sabit olmazsa, miras hazineye geçer. Bununla beraber miras sebebi ile istihkak davası açmak hakkı saklıdır» (M.K. 534).

O halde makul süre içinde mirasçılar sıfatlarını ispatlayan belge gösteremez veya hiçkimse mirasçı olarak başvuramazsa Sulh Hâkimi, ÜÇ AY İÇİNDE mirasçı olduklarını ispata yarayan belgeleri ile birlikte başvurmaları için ilân yolu ile çağrı'da bulunur. 7201 Sayılı Kanunun 31. maddesine göre tebliğ, ilân tarihinden itibaren ON BEŞ gün sonra yapılmış sayılır. Tebliğe karar veren merci (Sulh Hâkimi), gerekirse daha uzun bir süre tesbit edebilir. O halde Medenî Kanununun 534. maddesinde yer alan üç aylık süre ilân gününden en az on beş gün sonra başlar. Hernekadar bir kısım hukukçular üç aylık sürenin ilân gününden başlayacağını ileri sürmekte (51) iseler de 7201 Sayılı Tebligat Kanunu karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir.

(48) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 574; İmre Age. Sh. 448; Oğuzman Age. Sh. 268; İnan Age. Sh. 209.

(49) Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 574; İnan Age. Sh. 308.

(50) İmre Age. Sh. 448; İnan Age. Sh. 309.

(51) İmre Age. Sh. 447; Rossel Age. Sh. 709; Gönensay - Birsen Age. Sh. 199; Kocayusufpaşaoğlu Age. Sh. 575; Oğuzman Age. Sh. 268; İnan Age. Sh. 309.

Türk Medenî Kanununun 534. maddesinin karşılığı olan İsviçre Medenî Kanununun 555. maddesinde ilân süresi bir yıldır (52).

Bir kez ilân yeterlidir (53).

1711 Sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 8.6.1973 gününden önce veraset uyuşmazlıklarını çözme görevi, Asliye Hukuk Mahkemesinin görevleri arasında olduğu için, mirasçı olduklarını ileri sürenlere, veraset belgesi getirmek üzere mehil verilmesi zorunlu idi. Ama Usulün 8. maddesi 1711 Sayılı Kanunla değiştirilerek, bu görev Sulh Hukuk Hâkimlerine verildiğine göre, Sulh Hâkimi bu konudaki anlaşmazlıkları da inceleyip mirasçılık sıfatını kesin biçimde tespit edebilir.

İlân üzerine mirasçı çıkar ve başvuranlardan başka mirasçı bulunmadığı anlaşılırsa tereke bunlara tesbit edilir (54).

Mirasın hazineye teslim edilmesinden sonra, mirasçılık sıfatını ispat edenlerin Medenî Kanunun 577. maddesi gereğince MİRAS SEBEBİ İLE İSTİHKAK davası açmak hakları saklıdır. Hazine zaman aşımı def'inde bulunabilir. (M.K. 579) (55).

(52) Belgesay Age. Sh. 147, No. 1; Gönensay - Birsen Age. Sh. 199 dipnot 1; İmre Age. Sh. 447 dipnot 25; Rossel Age. Sh. 704, No. 1048.

(53) Gönensay - Birsen Age. Sh. 199.

(54) Rossel Age. Sh. 704, No. 1048; Gönensay - Birsen Age. Sh. 199; İmre Age. Sh. 447; Oğuzman Age. Sh. 268; Y.H.G.K. nun 8.1.1964 günlü ve 8/36-14 sayılı kararı (Olgaç, İçt. T. M. Kanununun Sh. 423) Y. 2. H. D. nin 20.2.1953 günlü ve 185/934 sayılı kararı (Atasoy - Yazıcı Age. Sh. 1166, No. 1987).

(55) Y. 1. H. D. nin 26.4.1975 günlü ve 488/450 sayılı kararı (Olgaç, İçt. T. M. Kanun Sh. 423) Gönensay - Birsen Age. Sh. 199; Belgesay Age. Sh. 1427.

MEDENİ KANUNUN 656. MADDESİNDEN DOĞAN DAVA TÜRLERİ

NİHAT YAVUZ (*)

PLÂN :

- A — GİRİŞ VE MÜLKİYET HAKKINDA GENEL BİLGİLER
- B — MEDENİ KANUNUN 656. MADDESİNDEN DOĞAN DAVA TÜRLERİNİN TASNİFİ
- C — TAZMİNAT DAVASI
- D — ESKİ HALİN İADESİ DAVASI
- E — ZARAR TEHLİKESİNİN İZALESİ DAVASI

A — GİRİŞ VE MÜLKİYET HAKKINDA GENEL BİLGİLER :

Şahsın para ile değerlendirilebilen bütün hak ve vecibelerine mamelek denmektedir. (Patrimuan) Bununda en başta gelenine mülkiyet hakkı adı verilmektedir. Medeni Kanunumuzun 4. kitabı aynı haklara ayrılmış olup mülkiyet hakkının tarifine rastlanmaktadır. Ancak M.K. 618. maddesi malikin müsbet ve menfi yetkilerini ortaya koymaktadır. «Bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkına haizdir; haksız olarak o şeye vaziyet eden herhangi bir kimseye karşı istihkak davası ikame ve her nevi müdahaleyi men edebilir» şeklinde formüle edilen 618. maddeden de açıkça anlaşılıyor ki mülkiyet hakkı şey üzerinde tam ve mutlak bir hakimiyeti hedef almaktadır. Böyle geniş egemenlik kökünü Roma Hukukunda bulmakta Alman, Fransız Medeni Kanunlarında yansımakta. Mecellede veciz bir şekilde anlatılmaktadır. «Herkes mülkünde keyf'i mayasha tasarruf eder. Mad. 1192» madde olmayan şeyler haricinde kalan tabii kuvvetler dahi mülkiyet hakkına konu teşkil edebilir. M.K. 619. maddesinde yer alan mütemmim cüz ile 621. maddede söz konusu olan teferruat, mülkiyet hakkının dahilinde bulunmaktadır. Genel olarakta müşterek mülkiyet (M.K. 623 - 628) ve iştirak halinde mülkiyet (M.K. 629 - 631) şeklinde taksime tabi tutulmaktadır. Görülüyorki yasa şey malikine geniş hak ve yetkiler tanımıştır, fakat bunlar sınırsız değildir. Komşulara ve topluma karşı bazı yükümlülükleri vardır. Eğer bunları çiğner ve özellikle mülkiyet hakkını kö-

(*) Kaman Hukuk Hâkimi.

tüye kullanır ve taşkın davranışlarda bulunursa o zaman malikin sorumluluğu başlar. Bilindiği gibi mülkiyet hakkı RİPERT'in dediği gibi malikle toplum arasındaki hukuki münasebeti oluşturur. O halde her iki tarafında karşılıklı hak ve vecibeleri bulunmaktadır. Malikin hakkı M.K. 618/1 de belirtildiği üzere şeye kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmektir. Sonra buna riayet etmeyenleri bu husustaki egemenliğine riayet ettirmektedir.

Peki malik mülkiyet hakkını taşkın fiilleri ile komşuları veya 3 üncü kişilere zarar iras edecek şekilde kullanırsa ne olacaktır. Örneğin malik kendi dairesinde gece sabahlara kadar eğlenceler tertip ederek diğer kat sahiplerini rahatsız ederse veya mezkûn bir mahallede bulunan arsası üzerinde kremit Fabrikası kurar ve bunun çıkardığı gürültüden etraftaki sakinler rahatsız olurlarsa komşu maliklerin ve diğer 3 üncü şahısların hakları olacak mıdır ? İşte burada karşımıza M.K. 656. maddesi yani malikin kusursuz mesuliyeti konusu çıkar. Bilindiği gibi esas olan haksız fiillerden doğan mesuliyette kusur ilkesinin hakim olmasıdır. Bunun aksine B.K. 54, 55, 56, 58 ve M.K. 324, 656. maddelerinde kusursuz mesuliyet esas kabul edilmiştir. Yani davacı inceleme konumuzda olduğu gibi sadece malikin gayrimenkulunu taşkın olarak kullandığını, zararın doğduğunu ve bu fiil ile netice arasında uygun bir illiyet bağının mevcudiyetini isbatla mükelleftir. Malik ise zararın iktasında kusurunun bulunmadığını, veya dikkat ve ihtimam gösterdiğini iddia ve isbat edemez. Kısaca malik bu tür mesuliyette kurtuluş beyyinesi getirmek imkanından mahrumdur. İşte bu yazıda M.K. nun 657. maddesinde derpiş edilen gayrimenkul malikin taşkın fiillerinden doğan dava türlerini inceleyeceğiz. Önce kısaca davanın ne olduğunu aydınlatma bakımından tarif ettikten sonra konumuza döneceğiz. Genel olarak dava, davacı tarafın, davalı taraftan tecavüz edildiğini iddia ettiği hakkına riayet edilmesini mahkeme huzurunda istemesidir» şeklinde tarif olunabilir. Burada faydalı olur düşüncesiyle içtihadı birleştirme kararındaki tanımlamayıda belirtmek isteriz. «Dava mahkemeden verilecek bir hüküm ile, bir iddia üzerinde hukuki korunmanın sağlanması isteğidir.» 7.12.1964 3/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı şimdi bu kısa ön bilgilerden sonra önce tazminat davasına sonrada sırasıyla eski halin iadesi ve zarar tehlikesinin izalesi davasını inceleyeceğiz.

B — MEDENİ KANUNUN 656. MADDESİNDEN DOĞAN DAVA TÜRLERİNİN TASNİFİ :

a). (C. WİELANDI -) Zararı bertaraf etmek, 2 -) Tehlike Veren Zarara Karşı himaye, 3 -) Sebebiyet verilen zararın tamiri, diye üçtür dava şekli kabul etmektedir. (WİELAND a.g.e. s. 241).

b) Dr. Jale A. AKİPEK 1 -) Tazminat davası, 2 -) Eski Halin iadesi davası, 3 -) Zarar Tehlikesinin İzalesi davası diye tefrik etmektedir. (AKİPEK a.g.e. s. 59).

c) Mustafa Raşit KARAHASAN 1 -) Zarar Giderimi davası, 2 -) Zarar Veren Olayın Bir tarafa itilmesi davası, 3 -) Tehlikenin giderilmesi davası, 4 -) Malikin tehlike yaratmaktan çekinmesi davası, 5 -) Tesbit davası diye 5 li bir taksimat kabul etmektedir. (KARAHASAN a.g.e. s. 670). Biz inceleme yazımızın giriş bölümünün sonunda da belirttiğimiz gibi M.K. 656. maddesinin sözüne ve özüne en uygun bulduğumuz Sayın AKİPEK'in tasnifine bağlı kalacağız ve ona göre açıklamalar yapacağız.

C — TAZMİNAT DAVASI :

Gayrimenkul malikinin kanun hükümlerine aykırı olarak mülkünü aşkın ve taşkın kullanmasından ötürü davacı tarafa iras ettiği zararı hedef alır bu zarar mala karşı olabileceği gibi cismanı ve manevide olabilir. (AKİPEK a.g.e. s. 60). Tazminatın mahiyeti ve tutarı esas itibari ile B.K. 41 ve mütakip maddelerine göre tayin ve hesap olunur. Bilindiği gibi borçlar kanununun 41. maddesinin şartları a) Birfiil, b) Fiilin haksız yani kanuna aykırı olması, c) Fiilden bir zararın doğması, d) Zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunması, e) Fiilin failin kusurundan doğması, (olduğu halde M.K. 656. maddesinden ötürü davacının ancak malikin mülkiyet hakkını aşkın ve taşkın olarak kullanması bundan zir zararın doğması, doğan bu zarar ile mülkiyet hakkının aşkın ve taşkın kullanılması arasında illiyet bağının bulunması olayını isbatlaması gerekir. Davacının ayrıca malikin kusurunu isbatlamasına hacet yoktur. O halde objektif mesuliyet hali karşısındayız. (B.K. 55, 56, 58 ve M.K. 320. maddelerinde olduğu gibi) ve burada davalı davacının ancak bilfiil maruz kaldığı zararı tazmin edecektir. Yani davacının bir zararı yoksa ve davalı normal olarak gayrimenkulünü kullanmakta ise davanın red edilmesi gerekir. «Bir kimsenin kendi, mülkünde pencere açması, mülkiyet hakkının istimal ve icaplarından olup bu penceresi komşu gayrimenkulünün içinin görülmüş olması kapatılması için kanuni bir sebepte teşkil etmediği halde davacı isteği davalıyı hüs-

niyet hilafına mutazarrır etmek niyetine matuf olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmemesi yolsuzdur. 8.H.D. 19/10/1961; 4807/6631 (KARAHASAN a.g.e. s. 685). Demekki malik normal mülkiyet hakkını aşan bir tasarruftan ötürü başkalarına verdiği zararı tazmin ile mükelleftir. «Zararın tutarı, tesbit olunmadığı takdirde Hakim, eşyanın olan ceryanına ve zarar gören kişinin almış olduğu tetbirlere bakarak Borçlar Kanununun 42. maddesi uyarınca yetkisini kullanmak suretiyle zararın gerçek değerini takdir ve tesbit edebilir. Kârdan yoksun kalma nedeni ile tazminat borcu, ancak, mutat bir kazanç söz konusu olduğu veya hiç olmazsa kesinlikle bunun belli edilmesi mümkün bulunduğu takdirde gerçekleşir». FMK. 25/1//1956; 82/387. (OLGAÇ M.K. şerhi S. 639.) yukarıdada belirttiğimiz gibi davacıların malikleri gayrimenkullerini kullanmalarından doğan mutat ve normal ve de Yargıtay'ın tabiri ile «Hoşgörülebilecek» ufak tefek zararlarına katlanmak mecburiyetindedirler. Bunu **hakim mahallin örf ve adeti ile gayrimenkullerin durumunda nazara alarak takdir edecektir. Yargıtay'ımızın şu kararı ışık tutucu mahiyettedir.** «Yapılan tahkikat ve toplanan delillere göre davalının orman yerinin çok eskiden beri mevcut olması ve davacının evinde eski olması ile yeniden ihlas olunmuş bir halin mevcut bulunmaması ve mahalli örfe göre harman savurmanın, komşular arasında hoşgörülebilecek dereceyi geçen rahatsızlık gören toz yaptığının kabulünü mümkün olmayıp, katlanılması gereken zaruri bir hal olarak mütalasının icap eylemesi nazara alınarak davanın reddi gerekir.» 8. H.D. 8/10/1962, 4569/4837 (KARAHASAN) a.g.e. s. 684).

Tazminat miktarı ise, B.K. 43. maddesi gözden uzak tutulmadan tayin ve takdir edilecektir. Federal Mahkeme bir kararında tazminatın malikin kusurlu olmadığından ötürü azaltılamayacağını zira malikin mesuliyeti kusura dayalı değildir. Bildirilmektedir. (AKİPEK a.g.e. s. 61.) bu hususta ilmi ve kazai doktrin ittifak halinde gözüküyor. «Kusursuz (Sorum) hallerinde malikin sorumu (Mesuliyeti) halinde kusurun hafif olması. Tazminatın indirilmesi için sebep olamaz fakat bu hallerdede «halin özellikleri» yani ilgili kimselerin ekonomik ve sosyal bakımından münasebetleri yahut zarara uğrayanın beraber kusuru 44. madde hükmünce tazminatın tutarının belli edilmesinde hesaba katılırlar.» (OSER SCHÖNENBERGER a.g.e. s. 397). «Tehlike sorumluluğundada tazminat» hal ve şartlar» nazara anılarak hakimin takdirine göre tayin edilir. Tehlike sorumluluğunda da, sorumlu olanın hafif kusurunun tahkik sebebi olmaması bunun özelliğini teşkil eder. «(H. BECKER

a.g.e. s. 268) » Borçlar Kanununun 43. maddesindeki kusurun ağırlığı ile tazminat miktarının orantılı olacağı hükmü, 55. maddeye ilişkin tazminatlarına uygulanamaz. İçtihadı Birleştirme Kararı 27/3/1957; 1/3. (OLGAÇ .BK. s. 282) bu içtihadı B.K. 55. maddesinin kusursuz mesuliyeti hükme bağlandığı için ve konuyla yakın alâkası nedeniyle burada zikrediyoruz.

Olayda zarara uğrayanın bir kusuru varsa B.K. 44. maddesi gereğince tazminat indirilir, veya tamamen ortadan kaldırılabilir. Hatta üçüncü şahsın fiili ile malik mesuliyetten tamamen kurtulabilir (AKİPEK) a.g.e. s. 61). C. WIELAND bu hususta şöyle diyor ? «...binetice gayrimenkul maliki aşağıdaki hallerden sorumsuzdur. 1) Esbabı mucbirenin vücudu halinde, yani ahval ve şeraitin istilzam eylediği derecede ve malikten haklı olarak beklenebilecek surette fevkalade ihtiyat ile hareket edilse bile bertaraf edilmesi kabil olmayan hadiselerde, 2) Üçüncü bir şahsın veya zarardan müteessir olan kimsenin kusuru mevcut olduğu ahvalde aynı zamanda mutazarrır olan kimsenin kusuru olduğu takdirde tazminat mütenasip bir nisbette tenkis edilir. (WIELAND a.g.e. s. 241). Yargıtay'ımızda aynı görüşü yani mağdurun müterafik kusuru halinde B.K. 44. maddesinin tatbik edileceği görüşünü paylaşmıştır.

«Mağdurun müterafik kusuru olması halinde dava Borçlar Kanununun 55. maddesine dayansa bile, B.K. nun 44. maddesinin ilk cümlesi hükmünün uygulanması mümkündür. «İçtihadı birleştirme kararı 27/3/1957; 1/3 (OLGAÇ B.K. s. 299) içtihadı birleştirme kararı objektif mesuliyeti hükme bağlayan B.K. 55. maddesi — dolayısı ile konumuzla — ilgilidir. Şimdi zikredeceğimiz karar münhasıran **M.K. 656. maddesi** ilgilidir. «Dava; davalının malik olduğu arsada kazı yapılarak meydana gelen çukura yağmur sularının dolduğu, gerekli tetbirlerin alınmadığı, çocukların oraya düşüp boğularak öldüğü, ileri sürülüp maddî ve manevî tazminatın ödettirilmesi istenmiştir. Karar : (Taşınmaz maliki olan davalının, arsada büyük bir çukurun kazılması ve suların toplanması ile derin bir gölün meydana gelmesi ve bu durumun sürüp gitmesi ve çevredeki çocukları için tehlikeli bir ortamın meydana gelmesine sebebiyet verilmesi ve çocuğun ölümü ile bu tehlikenin gerçekleşmesi nedenleriyle sorumlu bulunması takdir edilmiştir. Ölen çocukta da, bilirkişi raporu uyarınca birlikte kusur olduğu benimsenmiştir. Böylece birlikte kusur oranın % 50 olduğu saptanmıştır). Gereğinesine de yer verilip, yersel mahkemece davalı tazminata mahkum edilmiştir kararın davalı taraf temyiz etmiştir. Yargıtay, dosya ve gerekçeye göre, hükmü onamıştır.» 4.H.D. 21/4/1969; 1785/

3947 (KARAHASAN a.g.e. s. 680) görüldüğü gibi Yargıtay'ımızda birlikte kusur halinde tazminatın belli bir oran dahilinde azaltılmasını kabul etmektedir.

Bu dava türünü bitirmeden evvel Doktrinde ihtilafli olan bir mesele **manevi tazminat üzerinde de durmak istiyoruz.** Malikin gayrimenkulünü aşkın bir şekilde kullanmasından (Örneğin, gayrimenkuldeki tesislerden pis kokuların çıkması fabrikanın zehirli ve pek bol miktarda dumanlar çıkarması v.s.) dolayı komşu gayrimenkul sahibi veya üçüncü şahısların rahatsız olmaları — bilhassa manen eza görmeleri ve ruhî bunalımlar getirmeleri, hayatta ve işlerine bağlılıklarının azalması şahsî menfaatlerinin zedelenmesi gibi — halinde malikin manevi tazminatla mahkum edilmesi isteği ile açılacak davalara acaba B.K. 47 mi yoksa 49. maddesi mi tatbik edileceğini araştıracağız. ? Prof. Saymen bu ahvalde B.K. 49. maddesinin uygulanacağını belirtiyor. (AKİPEK'ten naklen. a.g.e. s. 63). Sayın AKİPEK ise anılan eserinde 47. maddesinin tatbik edilmesi gerektiğini öneriyor. H. BECKER'de aynı kanıdadır. «Adam öldürme veya cimani zararın kusurlu surette yapılmış olması şart değildir. 47. maddede bu kanunun 55., 56., 58., maddeleri gereğince sebebiyet sorumluluğu hallerinde, bundan başka M.K. 333. (Türk M. D. Mad. 320.) maddesine ilişkin hallerden ve özel kanunların sorumluluk yükleyen başlıca hallerinde de uygulanır...» Dedikten sonra devamla 2) «Gayrimaddi zararın önemli olması. Yalnız ruhî ıstırap değil, fiziki muvazenin önemli bir surette bozulması, huzurun bozulması, hayattaki saadetin azalması, hayattan istifadenin haleldar edilmesi v.s. gözönüne alınır» (H. BECKER a.g.e. s. 284, 285) kanaatimizce burada olaya hangi maddeyi tatbik meselesinde en doğru yol her iki maddesinin aradığı şartları ve ne için sevk edildiklerini doğru olarak kestirebilmektir. B.K. 49. maddesine baktığımızda tatbik edilebilmesi için a) mağdurun şahsî menfaatlerinin hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi, b) bundan manevi tazminat ihtiyacının doğması, c) şahsî menfaatlerin ağır olarak bozulması, d) olayda failin kusurunun özel ağırlığının bulunması. Şartlarının bir araya gelmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Kısaca hem kusurun hem de zararın ağır olması şartı aslî şarttır. Yargıtay'da öyle içtihat eylemiştir... Davalının davacı ile münasebeti ve ilgisi bulunduğu için üçüncü şahıs Berber Hasan'ı inandırmak ve davacı namına ondan istediği parayı almak menfaat sağlamak için eline geçirdiği davacıya ait fotoğrafı başkalarının yanında ibraz ile adı geçen üçüncü şahıs Berber Hasan'a tevdi eylediği anlaşılmasına ve davacının bir genç kız

olması hasebiyle bu hareketin küçük bir muhitte yaratacağı söylentilerin ve şüpheli durumun onun şahsî menfaatlerini haleldar edeceği ve hadisenin mahiyeti ve ceryan tarzı itibari ile olayda B.K. 49. maddesinde belirtildiği şekilde hem kusur ve hem de zararın ağır olduğu aşikar bulunmasına ve davacının babasının davasının kirvesi olmasına kusurun ve zararın ağırlığını bertaraf edecek hallerden görülmemesine binaen «Üçüncü Hukuk Dairesi 30/12/1960; 8677/7010 (ADALET DERGİSİ, Mayıs 1961, Sayı : 5) fakat B.K. 47. maddesinde ise kusurdan bahis açılmamaktadır. O halde eylemi yapanın kusursuz olması hallerinde dahi (Konumuz olan M.K. 656. maddesine göre malikin aşkın ve taşkın olarak gayrimenkulünü kullanması hallerindedeki olduğu gibi) bu madde tatbik edilmelidir. Zaten objektif mesuliyet hallerinde failin kusurunun davacı tarafından isbatlanması gereği dahi bulunmamaktadır. O halde bizde Türk ve İsviçre Doktrinine uyararak manevi tazminat hallerinde B.K. 47. maddesinin tatbik edilmesi gerekir, kanatıntayız. Zaten 966 tarihli içtihadı birleştirme kararı görüşümüze göre meseleye tam olarak ışık tutucu mahiyettedir. «Adam kullananın B.K. 47. maddesine göre manevi tazminatla sorunlu tutulması için ne kendisinin ve ne de kullandığı adamın kusuru şart değildir. Hakim, İlliyet ilişkisi bulunmak kaydıyla, özel durumları ve şartları gözönünde tutularak manevi tazminata hükmedilebilir. Kullanılan adamın veya adam kullananın veyahut her ikisinin kusur durumları; ölenin veya cismani zarara uğrayanın müterafik kusurları 47. maddede gösterilen (Hususi Haller) den olup, hakim tazminatı takdir ederken bu durumları gözönünde bulundurur. «İçtihadı birleştirme kararı 22.6.1966; 7/7 (OLGAÇ B.K. s. 295).

D — ESKİ HALİN İADESİ DAVASI :

Bazı hallerde davacı maddî ve manevî tazminat ile tatmin edilemez. Zira davalı mülkünü aşkın ve taşkın şekilde kullanmakta devam etmektedir. Mesela davalının çıkardığı gürültü kesilmemekte, veya meskün mahalde yapılan fabrikanın, çıkarttığı duman, gürültü ve pis koku devam etmektedir. İşte davacı M.K. 656. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak bu durumların menini de isteyebilecektir. Yani eski halin iadesi davası açarak malik davalının aşkın tasarrufundan evvelki halin yeniden iadesini isteyebilecektir. «Yapılan inşaat sırasında bitişik komşu duvarının yıkılması halinde bu duvarın eski haline getirilmesi istenebileceği gibi masraf tutarının tahsilinde karar verilebilir. Bu masraf tutarının ne olabileceği bilirkişiye takdir ettirilmelidir.» 3. H.D. 29/11/1962; 12023/9999 (OLGAÇ Medeni Kanun Şerhi s. 640) bu içtihadta da görüldüğü gibi da-

vacının tazminat davası hakkı yanında eski halin iadesi davası hakkında bulunmaktadır. Yalnız hâkim eski halin iadesi davasını incelerken mahallinde yapacağı keşif ile bilirkişilerinde mütalası aldıktan sonra fennin icaplarına ve tarafların menfaatine en uygun karar almalarıdır. Bütün ihtimaller gözden geçirilirken tarafların maddî durumları da unutulmamalıdır»... Kezalik gayrimenkulün mevki ve mahiyetine ve mahalli örfе göre hoşgörülemez derecede toz v.s. çıkartması memnudur. Bu itibarla davalının hadisede sözü geçen maddede teftiş edildiği veçhile ile gayrimenkulün mevki ve mahiyetine ve mahallî örfе göre bir taşkınlığının mevcut olup olmadığının ve baki zararı önleyecek tetbirleri almakta bir kusurun bulunup bulunmadığının bilirkişi marifetiyle tesbiti ve sonucu dairesinde bir karar verilmesi gerekir». 3.H.D. 5/5/1960; 3394/2803 (KARAHASAN a.g.e. s. 683) Yargıtay'ın bu kararı bu gibi hallerde izaha hacet bırakmadan ne yapılacağını açıkça belirtmektedir. Ancak Hakim davacı ile davalının durumu ile mahalli örf ve adete nazara alarak hak ve adaleti tecelli ettirmek için dahada ileri tetbirler alabilir. Örneğin: Federal Mahkeme Kahveci dükkanı olarak kullanılan gayrimenkulde kahve kavurma saatlerini — alınacak tedbirlerin fayda vermeyeceğinin anlaşılması, hal ve icabıda gözönünde tutarak — tahdit etmiştir. (JT. 1939 s. 62 AKİPEK a.g.e. den naklen, s. 66) bütün tetbirlerin fayda sağlayamayacağı kesin ve bilirkişi raporu ile tebüyyün ettikten sonra en son olarak hakim, gayrimenkulün muayyen bir şekilde işletilmesini men etmesi hali doğabilir. Yargıtay'da öyle içtihat etmiştir. «Vukubulan zararın fabrikanın kapatılmasından başka bir suretle izalesi mümkün olup olamayacağı» araştırılmalıdır. Diyor. (1.H.D.1/9/1935 TEPECİ, 1946, 2. 131 AKİPEK a.g.e. den naklen s. 67) kanatımızca hâkim derece derece son olarak gayrimenkulün tahsis şeklinin değiştirilmesine varıncaya kadar davacının mahalli örf ve adete göre komşuluk hukuku, hak ve nesafet kuralları davacı ve davalının iyi niyetli olup olmadıklarının ne dereceye kadar davacının tahammül, davalınında davacıyı zarardan koruma yükümlülüğünün bulunduğunu tesbit ederek olaya ve tarafların menfaatine en uygun kararı almıştır. Emsal teşkil edecek Yargıtay'ın şu kararını zikredebiliriz. »Malik mülkünü kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkına sahiptir ancak mülkünü kullanırken komşusuna zarar verecek her türlü taşkınlıklardan çekinmeye mecburdur. Taşınmazın mevki, mahiyetine ve mahalli örfе göre komşu arasında hoşgörülemez derecede geçen gürültüler ve sarsıntılar yapmak, duman ve kurum ve rahatsızlık veren sair tozbuğu, koku çıkartmak memnudur..

Davalı, tarlasını harmanyeri yaptığı takdirde mahallî örfе göre harmandan çıkacak tozların komşu arasında hoş görülebilecek dereceyi geçmeyen miktarına davacı tahammül etmek mecburiyetindedir. Yine davalı, yine alacağı tetbirle komşusunu zarardan koruyabilir. Buğdayın rüzgâr vasıtasıyla savrulması yerine harman makinası mümkündür. Bu hususlar gözönünde bulundurularak inceleme yapılması gerekir...» 5.H.D. 1/4/1963; 509/1630 aynı mealde 8.H.D. 8/10/1962; 4569/4847 (HARAHASAN a.g.e. s. 684) bu dava türünü bildirirken şu hususu gözden uzak etmemelidir. Kamu emlâkının hangi sebep ve şart olursa olsun hukuk hâkiminin tahsis şerhini değiştirmesine kanunî imkân yoktur, çünkü idare tasarrufla tahsis olunan bu şeklin değiştirmesine kanunî imkân yoktur. Zira idare tasarrufla tahsis edilen bu gibi gayrimenkuller hakkında ancak idari kaza hükümleri idaridir.

E — ZARAR TEHLİKESİNİN İZALESİ DAVASI :

Bazı hallerde gayrimenkul sahibinin mülkünü aşkın ve taşkın bir şekilde kullanacağı yaptığı hazırlıktan anlaşılabilir. Eğer davacıyı malikin mülkünü aşkın ve taşkın bir şekilde kullandıktan sonra eski halin iadesi veya tazminat davası açmasını istersek telafisi mümkün olmayan zararların doğmasına, davacı kadar davalıında mutazarrır olmasına sebep oluruz. Oysa işi başında iken ilerde tahmini mümkün olmayan zarar ve olaylara sebep vermeden hal edersek taraflar kadar cemiyetinde menfaatini korumuş oluruz bu davada mevcut değildi vücuduna muhakkak nazarı ile bakılan zararın ve daha doğrusu zarar tehlikesinin izalesi mevzuu bahistir. Mahkemeler vukuu muhtemel fiillerle iştigal etmemek için yargılama şartı olarak halen mevcut olan menfaati aramaktadırlar. Eğer menfaat yok veya sona ermişse dava Yargılama şartlarından birinin eksikliği nedeniyle dinlenmeyecektir. (H.G.K. 28/1/1958; 124/3562) Prof. Bilge bu hususa temasla şöyle demektedir. «Kaide bu olmakla beraber, maddi hukuk hükümleriyle bazen tecavüz tehlikelerine karşıda dava hakkı tanınmış bulunmaktadır. Örneğin, M.K. 656. hükmüne göre malikin hakkına tecavüz etmesinden dolayı zarara uğrama tehlikesinde bulunan kimsede, tehlikenin giderilmesi için gerekli tetbirlerin alınmasını mahkemeden isteyebilir.» (BİLGE a.g.e. s. 361). Bu davada da hâkim tarafların durumu, mahallî örf ve adet gayrimenkullerin durumu, tarafların maddî durumu, hüsniyetli olup olmadıklarını nazara alarak bilirkişininde mütalaa-sı dinlendikten sonra hal ve adalete en uygun kararı alacaktır. Yalnız mahkemenin arayacağı, en mühim hususun malikin aşkın ve

taşkın fiili değil, bundan doğacak ve muhakak nazarı ile yapılacak zararın ilerde mümkün olup olmayacağı meselesidir. Yoksa basit ve zayıf, ihtimale dayanan veriler gayrimenkul sahibinin en tartışmasız hakkı olan mülkiyet hakkını kullanılmasının zorlaştırılması ve hatta imkansız olması neticesini doğurur. Federal mahkeme 656. maddenin zarar tehlikesinin izalesi davası ile ilgili şöyle düşünüyor : 679 (T.M.K. 656). maddesi yalnız malikin hakkını tecavüz etmesinden bahsetmekte isede bu madde zarar görmek tehdidi altında bulunan kimseleride himaye eder. Zarar tehdidi yalnız malikin mülkiyet hakkını kendisine tanıdığı sınırı tecavüz etmesinde değil belki bu tecavüze başlamak üzere olduğu hallerdede mevcuttur.

Binaenaleyh komşu malikin dava açması için mülkiyet hakkını evvelce suistimal edilmiş olması şart değildir. Komşu inşaatın bir tecavüz teşkil edebileceği haldede dava açabilir. Elverir ki o yalnız tecavüzün mümkün olduğunu değil belki muhakkak ve sakınılması kabil olmadığı yani zarar vermeksizin kendi hakkından istifade mümkün olmadığını isbat etsin «JDT. 28.9.1916 (WIELAND a.g.e. s. 244) burada bahsi açılmışken birde kendi Yargıtayımızdan maddenin ilgili davası ile alakalı kararını zikrederim. «Davacı, davalının evinin yanından sel çayı önüne parmaklık koymak suretiyle kendi ev ve bahçesini zarara mağruz bıraktığından bahisle parmaklığın sökülmesini istemiş ve belediye kalfa ve azaları tarafından verilen rapor münderecatına ve mahkemece ittifakla seçilen bilirkişiler vasıtasıyla yapılan keşif neticesinde alınan rapora göre çaya fazla su geldiği zaman davalının koyduğu bu parmaklık yüzünden davacının ev ve bahçesinin zarar görebileceği bildirilmiş ve Medeni Kanunun 656. maddesi ile borçlar Kanununun 59. maddesi hükmüne göre tesbit edilen tehlikenin izalesi için parmaklığın kaldırılmasına karar verilmesi lazım geldiği hadisede dava ikamesi için davacı gayrimenkulün tehlikeye mağruz olduğunun subutu kafi olup zararın vukuunu beklemek lazım gelmediği halde bundan zuhul ile yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuzdur». 5.H.D. 29/3/1955; 2472/2080 KARAHASAN a.g.e. s. 681). Aynı kanunu uygulamış bulunan Türk ve İsviçre Yüksek Mahkemelerinin yukarıda bahsettiğimiz kararları ile iş bu davanın mahiyeti ve şartları iyice ortaya çıkmış bulunmaktadır. Yalnız Yargıtay'ımızın tasvip etmediğimiz ve ters yorumlara konu olabilecek bazı kararlarınada rastlandığını bu arada belirtmeliyiz. «Başkasının boş arsasına açılan pencerenin halen bir zararı olmayıp ilerde ev yapıldığı takdirde zarar verebileceği anlaşıldığı takdirde arsa sahibinin zararının tahakkukunda dava hakkı mahfuz kalmak üzere halen mezkür pencerenin kapatıl-

ması talebi red edilmesi gerekir...» H.G.K. 31/1/1951; 3/72 - 17 E. 37 (KARAHASAN a.g.e. s. 686) oysa M.K. 656. maddesinde bundan doğan iş bu davanın incelenmesinde hakimın önce her iki gayrimenkulün şimdiki ve gelecekteki tahsis şekli, mevki, belediye hudutları dahilinde ise imar planı v.s. durumları nazara alınarak örf ve adeti gözden uzak tutmayarak bir karara varacaktır. Nitekim aynı maddeyi tatbik eden Federal Mahkeme kararı bu yoldadır. «İnşaa tasavvur edilen binanın komşusu boş bir arsa olsa bile eğer arsa bina inşasına tahsis edilmişse ve inşaat arsa üzerinde inşaata mani olacak mahiyette ise hali hazır arsa maliklerinden mezkür binanın inşasına muhalefet edebilirler.» JDT. 1933 (WIELAND a.g.e. s. 244) zaten muhakkak nazarı ile bakılan tehlikenin vukuunu beklersek davacıya tazminat veya eski halin iadesi davasını açacak ve incelediğimiz bu davanın o zaman hikmeti vücudu kalmayacaktır. Bütün bunların sonunda davanın durumuna göre gerekli tetbir alınacak ve enson çare olarak hakim — ki durum mutlak olarak bunu icap ettiriyorsa, — davalının faaliyetlerinin menine gidebilecektir. Hatta WIELAND'ın belirttiği gibi davacının muhtemel zararlarına karşı davalıdan teminat vermesi dahi istenebilir. (WIELAND a.g.e. s. 241) bu dava türünde sonuna gelmişken şu hususuda belirtelim ki; redle neticelenen (zarar tehlikesinin bulunmadığından bahisle) kararlar kesin hüküm mahiyeti arzetmezler. Şundan ötürü arzetmezler, sonradan malikin fiillerinden zarar doğduğu takdirde malikin aleyhine tazminat veya eski halin iadesi davası açılabilir. Burada Federal Mahkemenin konumuzla ilgili (Hem hakimın bu dava dolayısı ile gayrimenkulün inşasını men'e hangi hallerde zarar verebileceği ve hemde kesin hüküm ile alakalı olan meseleye temas eden) kararını zikredip konuya son verelim. Mesken olarak kullanılan binalarla sinai müesseseler ve bir okulun yakınında bulunan domuz ahırının önemli surette büyütülmesinin proje halinde tesbiti komşuya dava hakkını vermez. Yargıçın bir gayrimenkulün inşasını men edebilmek için binanın fen icaplarına uygun bir tarzda (ROTİONNEL) kullanılmadığı keyfiyetinin davacı komşunun mülkü aleyhine hattinde aşırı bir hal teşkil edeceğinin kesin bir surette tahmin edilebilmesi lazımdır. Yargıç bu kesin kanaati hasıl edemiyorsa binanın inşasını men'e karar vermemelidir. Ancak bu karar ilerisi için kesin hüküm teşkil etmez. İnşaat sona erdikten sonra makul haddi aşan rahatsızlıklar görülüyorsa yalnız yeni durum bakımından gözönünde tutulmalıdır.» JDT. 1933 WIELAND a.g.e. s. 244).

İSTİFADE EDİLEN ESERLER :

- 1 — Gayrimenkul Malikinin Mesuliyetinin Hukukî Neticeleri, *Dr. Jale G. AK-İPEK*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1955.
- 2 — Kazai ve İlmî İçtihatlarla Göre Türk Medenî Kanunu Şerhi, *Senâi OLGAÇ* iki cilt bir arada. İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1967.
- 3 — Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, *Senâi OLGAÇ*, Genel Hükümler, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1970.
- 4 — Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Madde 41 - 109 (TBK. 41 - 108) Şerhedenler; *Dr. H. OSER - Dr. W. SCHONENBERGER*, Çeviren : *Recai SEÇKİN*, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1950.
- 5 — Borçlar Kanunu, Şerheden, *Dr. H. BECKER*, Çeviren : *Dr. Jur. Kemal REİSOĞLU*, Birinci Kısım, Genel Hükümler, İsviçre B.K. 37/63, Türk B.T. 37/62; Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1968.
- 6 — Gayrimenkul Hukuk Davaları, *Mustafa Reşit KARAHASAN*, İstanbul Matbaası, 1971.
- 7 — Kanunu Medenide Aynı Haklar, *Dr. C. WIELAND*, Tercüme eden *İ. Hakkı KARAFKI*, Yeni Cezaevi, Basımevi, Ankara 1947.
- 8 — Medenî Yargılama Hukuku, *Dr. Necip BİLGE*, Sevinç Matbaası, 1967.
- 9 — Çeşitli Adalet Dergileri.

TİCARET HUKUKU

MÜŞTEREK (BÜYÜK AVARYA) ÇEŞİTLERİ (*)

İSMAİL DOĞANAY (**)

2. Geminin Hafifletilmesi :

TTK. nun 1185. maddesi hükmü «geminin hafifletilmesi müşterek avaryası» nı düzenlemiş bulunmaktadır. Madde metninden anlaşıldığı veçhile «hafifletme avaryası»; münhasıran, «karaya oturmuş» olan bir gemide bulunan yüklerin bir başka vasıta veya vasıtalara — gemi, mavna ve sandal gibi — aktarılması suretiyle hafifletilmesini ve bu şekilde tekrar geminin yüzdürülmesi demektir. Burada, geminin maruz bulunduğu «tehlike», denize yük atma avaryasında olduğu kadar mustâcel değildir. Çünkü, gemi karaya oturmuş ve bu oturma ile de batma tehlikesini o an için bertaraf etmiş bulunmaktadır. Ancak, geminin tekrar yüzdürülerek eski yoluna devam etmesi söz konusudur.

Gemiye, «hafifletme avaryası» na zorunlu kılan sebepler değişiktir. Meselâ, gemi fazla yüklü olması nedeniyle — o mıntıkada olup su altında kaldığı için kaptanın göremediği — kayalara oturmuş veya gerek bu nedenle ve gerekse sair bir sebeple su kesiminden altta kalan kısımda açılan bir delikten gemi tehlikeli bir şekilde su almaya başlamıştır ve bu nedenlerle geminin içinde bulunan yüklerin bir başka gemi, mavna veya layterlere aktarılması yahut açılan bu deliğin su kesimi üstüne çıkarılması suretiyle geminin hafifletilmesi ve su almaktan kurtarılması zorunluğu doğmuş olabilir. Ayrıca, müşterek avarya şartlarının mevcudiyeti kaydiyle geminin gitmek zorunluğunda olduğu «barınma limanı» ndaki su derinlik seviyesinin elverişli olmaması nedeniyle de «hafifletme avaryası» na gidilir.

TTK. nun 1185. maddesi metninden çıkan mânaya göre, geminin kendi tahlisiye sandalları ile sair vasıtalarına yükünü aktarıp hafifletilmesi hali, «hafifletme müşterek avaryası» olarak kabul edi-

(*) Geçen sayıdan devam.

(**) Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi.

lemez. Çünkü, madde hükmü «hafifletme müşterek avaryası» nı yükün başka vasıtalara nakli halinde ancak derpiş etmiş bulunmaktadır.

Yukarda da değinmiş olduğumuz veçhile, «hafifletme müşterek avaryası» ndan bahsedebilmek için olayda 1179. maddenin öngördüğü bütün şartların bulunması gerekir. Eğer hafifletme yoluna «fevkalâde bir tedbir» olarak tevessül edilmemiş ve sadece o seferin normal bir icabı olarak (28) gidilmiş ise «hafifletme avaryası» söz konusu olmaz. Meselâ, geminin geçeceği kanalın muayyen bir sığ yerinden seyredebilmesi için hafifletilmesi zorunlu ve bu şekil yolculuğun başından beri de malûm ise artık bundan sonra hafifletme hareketini avarya olarak kabul etmeye imkân yoktur. Bu yüzden doğan masraf ve zararların — daha önceden bilindiği için — navlun mukavelesinde peşinen nazara alınmış ve ona göre navlun bedeli kararlaştırılmış farz' olunur.

«Hafifletme müşterek avarya» masrafları genellikle; yükün aktarılması için tutulan gemi, mavna ve sair deniz araçlarının kiralaları ile bunların çekilmeleri için tutulan römorkörlerin çekme masrafları ve şayet kılavuz kaptana ihtiyaç doğmuş ise kılavuz ücreti, tekrar gemiye yükleme masrafları ve bu arada — boşaltma, aktarma ve yükleme esnasında — meydana gelen ziya' ve hasarlardan ibarettir. Şayet bu âmeliyeler esnasında gemi teçhizatı ile geminin bizâtihi kendisinde de bir zarar meydana gelmişse bunlar da avarya'ya dahildir. Hatta aktarma yapılan yükler, hafifletme gemilerinde iken, — meselâ, pamuk, tütün veya şeker çuval ve balyaları deniz suyu ile ıslanarak — bir zarara uğramışlar veya mavnalar çarpışıp yükler denize dökülerek ziya'a uğramışsa, bunlar da avarya'ya dahil edilirler.

3. Geminin Karaya Oturtulması :

«Geminin karaya oturması» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1186. maddesi hükmü, «iradî» yani bilerek ve isteyerek kaptanın gemiyi karaya oturtması halini düzenlemiş bulunmaktadır. Hiç şüphesiz ki, «iradî karaya oturtma» hali, kaptanın, daha büyük —

(28) Bu madde mehâzı bulunan Alman Ticaret Kanununun 706 ıncı maddesinin ikinci bendi hükmüne ve bilhassa bu bendin üçüncü cümlesindeki (hafifletme normal yolculuğun devamı sırasında gerekli olmuş ise müşterek avarya mevcut olmaz) şeklindeki hüküm ile VIII inci York Anvers kaidesinin yazılışına uygun ve aynı zamanda 1179 uncu maddenin birinci fıkrasındaki tarifle abenklî bir hale getirilmiştir.»

TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, sh. 413.

meselâ batma... gibi — bir tehlikeden gemiyi kurtarmak amacıyla başvurduğu bir yoldur.

Kanunumuz; birisi bile bile, (TT. m. 1186) diğeri ise kazâen (TTK. m. 1187) olmak üzere iki türlü karaya oturma halini öngörmüş bulunmaktadır. Ancak, birincisi «müşterek (büyük) avarya» sayıldığı halde, ikincisi sayılmamıştır. İrâde dışı (kazâen) karaya oturma halini, sanki, gemi ve yük'ü müşterek bir tehlikeden kurtarmak için yapılmışcasına gösterip müşterek avaryadan istifadeye kalkışıldığı sık sık görülmektedir.

TTK. nun 1186. maddesi hükmünden de anlaşılacağı veçhile, geminin, kaptan tarafından irâdî olarak karaya oturtulması hali münhasıran «batmak» veya «zaptedilmek» (29) tehlikesinden vikaye için yapılır. Bu iki sebep dışındaki bir sebeple geminin karaya oturması hali, irâdî «karaya oturma» olarak kabul edilemez ve bunun sonucu olarak da «müşterek avarya» sayılamaz.

Geminin karaya oturması halinde, «irâdî karaya oturma» var sayılabilmesi için kaptanın bu yolda bile bile emir vermiş olması şarttır. Bu arzu ve irâdenin varlığı yeterli olup geminin istenilen yere oturtulmuş olup olmamasının önemi yoktur. Meselâ, kaptan gemiyi körfezin muayyen bir yerinde karaya oturtmak istemiş ve fakat gemi henüz oraya varmadan önce bir başka kumsala oturmuş olabilir. Oturmanın mutlâk geminin bir plaja çıkması şeklinde olması şart değildir; deniz sularının altında bir sığlığa saplanmak ta, karaya oturmaktır. Fakat geminin deniz yolunda bir kayaya yahut başka bir cisme — meselâ batık bir gemiye — bindirmiş olması hali, TTK. nun 1186 ıncı maddesi hükmü anlamında karaya oturma değildir (30). Karaya oturmanın «müşterek (büyük) avarya» teşkil edebilmesi için geminin kuma oturmuş olması ve bu oturmanın da bile bile olması şarttır. Başka bir deyişle, bir gemi ancak batma veya zaptedilmek tehlikesinden kurtulmak için kaptan tarafından bile bile karaya oturtulmuşsa, olayda «müşterek (büyük) avarya» vardır. Başka tehlikeleri bertaraf etmek için bilerek karaya oturma halinde müşterek avarya yoktur.

TTK. nun 1186 ıncı maddesi hükmü «müşterek (büyük) avarya» ya giren zararları, a) Oturmadan doğan zararlar, b) Yeniden yüz-

(29) Geminin zapt/edilmesi tehlikesinin, düşman gemilerinden veya deniz haydutlarından (korsanlardan) gelmiş olması arasında hiçbir fark yoktur.

(30) SCHAPS, age. sh. 632 (MAZHAR NEDİM GÖKNİL, Deniz Ticareti Hukuku, Ankara, 1942, sh. 264 den naklen).

dürmeden çıkan zararlar, c) Yüzdürme masrafları olarak üçe ayrılmış bulunmaktadır.

a) Geminin karaya oturmasından doğan zararlar; gemi teknesinin hasara uğraması, pervanenin kırılması veya teknede derin bir yara açılmış olması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi oturmadan ileri gelen sadme ile yüklerin kırılıp -dökülmesi veya geminin saç kısmının yırtılması veyahut su kesimi altında kalan başka bir yerinin delinmesi sonucu gemiye giren deniz suları ile ambarlardaki yüklerin ıslanması şeklinde tezahür eder. Ancak, meydana gelen zararların karaya oturma sırasında meydana gelmiş olması yeterli değildir. Vücutte gelen zarar ile oturma sebebi arasında bir «illiyet münasebeti» nin bulunması şarttır. Başka bir deyişle, meydana gelen zarar ve masrafın «karaya oturma» olayının bir neticesi olması gerekir (31):

b) Geminin yeniden yüzdürülmesi sırasında yüke, gemiye — özellikle makinelerin zorlanmasından ileri gelen — zarar ve masraflarla, yüzdürme (geminin kaldırılması yana yatmış ise doğrultulması, denize yük atarak hafifletilmesi) masrafları keza müşterek (büyük) avarya'ya dahildirler.

c) Yüzdürme yani «müşterek avarya» her nevi makine ve vasıta ile geminin yedekte çekilmesi (32), geminin hafiflemesini temin için gemi takımları ile yükün boşaltma ve tekrar yüklenmesi yahut yüzdürme esnasında sarf edilen akaryakıt giderleri olarak saymak mümkündür. Karaya oturma halinin devam ettiği sürece, gemi adamlarına verilen işçilik ücretleri ile Deniz İş Kanunu'nun kendilerine sağladığı maddî imkânlar tutarları ve ayrıca mal sigortacısının yükü boşaltmak için sarf ettiği paralar «müşterek (büyük) avarya» dışında kahrılar (33).

TTK. nun 1186 ıncı maddesinin ikinci cümlesine göre, geminin batmak veya zaptedilmek tehlikesinden korunması için kaptan tarafından herhangi bir tedbir alınmamış olursa idi geminin mutlâka sahil veya kayalara bindireceği anlaşılıyor ise, o zaman, sadece «yüzdürme masraf ve zararları» müşterek avarya olarak kabul olu-

(31) MAZHAR NEDİM GÖKNİL, age. sh. 265, HAYDAR ARSEVEN, age. sh. 97.

(32) TTK. nun 1179 uncu maddesi altındaki Yarg. TD. sine ait 7/10/1955 gün ve E. 1955/7923, K. 6674 sayılı karara bkz.

(33) MAZHAR NEDİM GÖKNİL, age. sh. 266.

nur diğer (a) ve (b) şıkkında söz konusu olan masraflar avarya olarak kabul edilemez (34).

4. Geminin Yüzdürülmesi :

«Geminin yüzdürülmesi» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1187 inci maddesi hükmü, kaptanın arzu ve irâdesi dışında olarak — başka bir deyişle — «kazaen karaya oturma» halinde hangi nevi masraf ve zararların «müşterek (büyük) avarya» sayılacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Madde metnine göre, kaptanın, gemi ve yükü tehdit eden müşterek bir tehlikeden korunmak maksadiyle (TTK. m. 1179) ve makul bir hareket tarzı teşkil edecek şekilde gemiyi bile bile (iradî olarak) karaya oturtması çerçevesine girmeyen her türlü karaya oturma halleri ile geminin sadece düşman gemi ve deniz korusanları taarfından zaptedilmesi yahut batma tehlikesi ile (TTK. m. 1186) kaptan tarafından karaya oturtulması halleri dışında kalan bir başka tehlikeden kaçarken karaya oturması safhasından sonra aynı geminin tekrar yüzdürülmesinden doğan zarar ve masraflar «geminin yüzdürülmesi müşterek (büyük) avaryası» olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Meselâ, normal rotasında seyreden bir gemi, kaptanın arzu ve irâdesi inzimâm etmeksizin, deniz su seviyesinin altında kalan ve bu sebeple de hariçten görülemeyen kayalara bindirmiş ve kaptan da gemiyi batma tehlikesinden kurtarmak için son bir gayret sarfı suretiyle o civardaki bir kara parçasına oturtmuş veya herhangi bir sebeple pervanesi kırılan bir gemi kumandasız kaldığı için rüzgârın istikametine yahut su akıntısına tâbi olarak karaya oturmuş bulunsun. Her iki halde de — yük (35) ve gemiyi müşterek bir tehlikeden kurtarmak için kaptanın bile bile gemiyi karaya oturtması — söz konusu olmadığı için bu iki olayda «karaya oturtma müşterek avaryası» ndan söz etmeye imkân yoktur ve fakat bu şekilde karaya oturan gemi bakımından — gemi ve yük için — o andan itibaren (36) «müşterek bir tehlike» doğmuş olduğu

(34) «Bu maddeye ilâve edilen ikinci cümle, York Anvers kaidelerinin 1950 metninin V inci kaidesinin birinci fıkrasının son kısmından alınmıştır ve böylece hüküm York Anvers kaidelerinin son şekline uydurulmuştur.»

TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekeçe, sh. 413.

(35) Boş olarak dönen bir geminin kaptan tarafından karaya oturtulması müşterek (büyük) avarya olarak kabul edilemezse de karaya oturan bu geminin tekrar yüzdürülme masraflarının o gemiyi sigorta eden sigorta şirketinden talep edilmesi mümkündür.

Yarg. TD. 2/3/1956 gün ve E. 1956/1043, K. 1405.

(36) Kaptan gemiyi bile bile karaya oturtmamış olsa dahi dalgaların tesiriyle karaya çarptığı anlaşılan davacı donatana ait (Suat vapuru) yüklerinin geminin parçalanmasını önlemek için denize atıldığı ve bu arada gemi makinelerinin mutad dışı enerji sarf ettiği anlaşılmış olmasına nazaran ihtiyar edilen masraf ve meydana gelen hasarların müşterek avarya olarak kabulü gerekir.

Yarg. TD. 7/3/1947 gün ve E. 1897, K. 694.

için sadece «yüzdürme müşterek avaryası» nın kabulü gerekmektedir.

Hiç şüphesiz ki, her karaya oturan gemi için bir «yüzdürme müşterek avaryası» söz konusu olamaz. Ancak, karaya oturmanın gemi ve yük için bir müşterek tehlike teşkil etmesi halinde yeniden «yüzdürme müşterek avarya» garamesi doğar.

Maddenin ikinci fıkrası hükmü, geminin yeniden yüzdürülmesi sebebiyle meydana gelen zararlarla yine bu sebeple yapılan masrafları — yelken ve direklerin, makine ve kazanların hasar ve ziyaları ile geminin hafifletilmesinden doğan bilcümle zararlar — olarak saymış ve bunları «yüzdürme müşterek (büyük) avaryası» kabul ederek garameye tâbi tutmuştur. Madde metninde gemiye veya yüke «bilerek yapılan» zararlar tâbiri kullanılmış bulunmakla beraber hiçbir zaman bu demek değildir ki, gemiye ve yüke gelecek zararın muhakkak «bilerek» ve isteyerek yapılmış olması değil, velevki tesadüfen de meydana gelmiş olsa bile geminin karaya oturmasından sonra gemi ve yükün müşterek bir tehlikeden kurtulması için kaptanın bilerek ve isteyerek gemiyi yeniden yüzdürme arzu ve irâdesi içinde kalan her türlü zarar ve masrafların ancak «müşterek avarya» sayılacağı, hususudur. Kanunda, «gemiye veya yüke bilerek yapılan zararlar» denilmiş olması «müşterek avarya» kaidesine yeni bir istisna getirmek maksadına matûf değildir. Başka bir ifade ile, kaptanın kararının muhakkak bir zarar irâsına matûf olması şart değildir. Meselâ geminin hafifletip yüzdürülmesi için yükün denize atılması halinde (37) bilerek bir zarar irâs etmek kasdı vardır. Diğer taraftan keza gemiyi yüzdürmek için gemi ambarlarında bulunan yükler muvakkaten karaya çıkartılırken veya daha sonra depoda beklerken yağmur veya sair bir şeyden zarar görürse bu şekildeki bir zarar ve hasarı kaptan tarafından «bilerek» ve isteyerek irâs edilmiş bir zarar olarak kabul etmeye imkân yoktur; fakat meydana gelen bu zarar ve hasar kaptan tarafından bilerek alınan bir tedbirin normal sonucudur.

«Yüzdürme müşterek avaryası» na geminin karaya oturtulmasından tevellüt eden — meselâ gemi teknesinin karaya otururken aldığı yaraların sebep olduğu — ziya ve hasarları dahil etmeye imkân yoktur (38). Çoğu kez, bazı zararların «karaya oturma» dan

(37) Bu madde altındaki 7/3/1947 gün ve 1897/694 sayılı Yargıtay Kararına bkz.

(38) Kurtarma masrafları daha önce ilgililer tarafından kendi hisseleri nisbetinde davacı donatana ödenmiş olduğu diğer yük sahibi davalı idare tarafından iddia edildiğine nazaran bu husus tahkik edilmeden kurtarma masraflarının dispeç raporu veçhile tamamen davalıdan alınmasında isabet yoktur. Ayrıca TTK. nun 1187 inci maddesinde sayılan ziya ve hasarlar dışında kalan masrafların da dispeçe ithal edilmesi isabetsizdir.

Yarg. TD. 26/4/1960 gün ve E. 1950/2803, K. 1960/1268.

mı, yoksa «yüzdürmeden» mi doğduğunu birbirinden ayırmak oldukça güçtür.

5. Gemide Çıkan Yangının Söndürülmesi :

TTK. nun 1188 inci maddesi hükmü «gemide çıkan yangının söndürülmesi avaryası» nı düzenlemiş bulunmaktadır. Yangın söndürme «müşterek (büyük) avaryası» bir özel avaryanın meydana getirdiği tehlikeden gemi ve yükü kurtarmak maksadiyle yapılır. Gemide yangın çıkması hali bizâtihi hususî (özel) bir avaryadır ve yangın zararları paylaşılmaz. Ancak, gemide meydana gelen yangın gemi ve yük için bir tehlike meydana getirdiğinden bunun önlenmesi ve izalesi için alınan hertürlü tedbir masrafları ve meydana gelen zararlar «müşterek avarya garamesi» ne dahil edilirler. Daha açık bir deyişle, bizâtihi yangın «hususî avarya» (TTK. m. 1180) olması sebebiyle meydana gelen zararın gemiye ait olanını gemi mâliki, yüke ait olanını da yük sahibi sineye çeker. Ancak, yangın söndürme masrafları ile söndürmeden doğan zararlar «müşterek (büyük) avarya» dır. Bu cümleden olarak, gemide çıkan bir yangını söndürmek için deniz itfaiyesinden yardım istenip su veya yangın söndürmede kullanılan kimyevî (meselâ köpük tâbir edilen özel bir madde... gibi) maddeler kullanılıp bu maksatla daha başka masraf ihtiyar edilmiş olabileceği gibi ayrıca bu söndürme olayı sırasında gemide bulunan mallar gerek ıslanmak ve gerekse kısmen veya tamamen yanmak suretiyle de hasara uğramış ve hatta çıkan yangının geminin diğer yerlerine sirâyetini önlemek için bir kısım malların denize atılması ve bu arada geminin sığ bir yerde batırılmak suretiyle yangının söndürülmesi zorunluğu da doğmuş olabilir. Gemide çıkan yangını söndürmek maksadiyle girişilen bütün bu âmeliyeler için ihtiyar edilen masraflar ile söndürme sırasında meydana gelen her türlü zararlar «yangın söndürme müşterek avaryası» dır ve bu nedenle de garameye tâbidir.

TTK. nun 1188 inci maddesi hükmü «yangın söndürme müşterek avaryası» ile ilgili esas kaideyi vaz'ettikten sonra kerre içinde (yükün yanmamış kalan parçalarının, istif edilmeksizin veya dökme halde (39) gemiye yüklenmiş bulunan malların ve gemi kısımlarının yanma yüzünden uğradığı zararlar hariç) demek suretiyle

(39) «Bu maddenin mehâzı olan 1950 York Anvers Kaidesinin III. kaidesinde geminin karaya oturtulması sözü çıkarılmış bulunmaktadır. Bundan başka tazminatın şümûlüne girmeyen mallar arasında dökme halde olan mallar da dâhil olduğundan metin bu eksiklikleri karşılayacak şekilde düzeltilmiştir.»

avarya dışında bıraktığı istisnaî kısmı da belirtmiş bulunmaktadır. Ancak, maddede yer alan bu istisna hükmü ilk nazarda kolayca anlaşılacak bir açıklıkta tedvin edilmiş denilemez. Bu istisnaî hükmü; yangına maruz kalmış gemi kısımları ile dökme yük parçaları ve yine yangından müteessir olmuş koliler «müşterek avarya garamesi» dışında bırakılmışlardır ve fakat sayılan kalemlerin söndürme tedbirinden doğan zararları ise, bil'akis, «müşterek avarya» içinde bırakılmışlardır, şeklinde anlamak gerekir.

1) Geminin yangına maruz kalan kısımları genellikle teknesi, mütemmim cüzüleri ile teferruatıdır. Başka bir deyişle geminin yangından kolay müteessir olan «ahşap - tahta» kısımları ile döşeme ve makine yağlarıdır. Ayrıca, yangının meydana getirdiği hararetle kızıp yumuşayarak eski şekil ve formunu kaybeden ve hatta yangının söndürülmesi için sıkılan su ile büsbütün vasıfsız bir hale gelen demir aksamının uğradığı bu zararları da «müşterek avarya» hesabında nazarı itibare almamak iktiza eder.

2) Madde metninde yer alan (istif edilmeksizin) ve (dökme halde gemiye yüklenmiş bulunan mallar) tâbiri, yüklerin çuval veya sandıklara — başka bir deyişle kolilere ayrılmaksızın — gemi ambarlarında dökme olarak taşınmaları halini ifade eder. Her balya, her sandık, her çuval ve her paket müstakil bir (koli) sayılır. Bunun normal bir sonucu olarak da gemide çıkan yangında zarar görmüş olan (koli) için diğer koli sahipleri yangın söndürme zararı ödemek zorunda değildirler. Çünkü her koli müstakil bir hüviyeti haiz olup kendi zararını kendisi çekmek durumunda olup «koli» sahibi müşterek avarya talebinde bulunamaz.

6. Yakıt Yerine Yakılan Yük, Gemi Eşyası ve Kumanyası :

«Yakıt yerine yakılan gemi eşyası ve kumanyası» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1189 uncu maddesi hükmüne göre, söz konusu eşya ve yükün yakıt yerine gemide yakılması halinin «müşterek avarya» olarak kabul edilebilmesi için, geminin tam ve bol yakıtla donatılmış bir şekilde yola çıkmış olması şarttır. Madde metnine göre, yakıtın kâfi miktarda olması asla yeterli değildir, bütün ihtimaller düşünülerek yakıtın bol alınmış olması icap ettiği hususu (... ancak ve ancak...) kelimeleri ile tebarüz ettirilmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre, gemide bidâyeten «tam ve bol yakıt» yoksa böyle bir gemide yük ve gemi eşyasının yakıt yerine yakılmış olması hali «müşterek avarya» olarak kabul edilemez. Başka bir ifade ile,

taşıyan, gemiye kâfi yakıt almamış ise, müşterek avaryaya talebinde bulunamayacak demektir. Müşterek avaryanın varlığı için taşıyanın yeteri kadar ve hatta bol miktarda gemiye yakıt almış olması ve buna rağmen sefer devam ederken geminin yakıt ihtiyacı duyması ve bu ihtiyaç sebebiyle de müşterek bir tehlikeye marûz kalması ve ancak bundan sonra yakıt yerine yük ile gemi eşyasını ve hatta kumanyasını veya bunlardan sadece birini yakmış olması gerekir. Taşıyanın tedbirli bir taşıyan gibi gerekli bol yakıtı alarak yola çıkması icap eder.

Maddenin, «şu kadar ki;» kelimesi ile başlayan ikinci cümlesi hükmüne göre gemiye yeteri kadar yakıt temini mükellefiyeti donatan veya taşıyana aittir. Şayet gemide «tam ve bol» (40) yakıt olsa idi, o zaman, elbette taşıyan bu yakıtı yakacak ve gemideki yükü yakmak zorunluğunda kalmayacaktı ve bunun sonucu olarak da yük sahibinin müşterek avaryaya talebinde bulunmasına zemin ve imkân hazırlanmamış olacaktı. Yakıt yerine yükün ve diğer eşyanın yakılması suretiyle donatan yakıt tasarrufunda bulunmuş olmakta ve yanan yük ve sair eşyanın — gerçek değeri değil — sadece yakıt değeri nisbetinde mâmelekinde «haksız bir zenginleşme» doğmuş bulunmaktadır. Bu itibarla kanun koyucu yakılan şeylerin muâdili olan yakıt miktarının muhammen (tahmin edilen) kıymeti, son hareket limanı ve gününün râyici üzerinden hesaplanarak donatana zimmet ve müşterek avaryaya da matlûp kaydolunur. Şayet taşıyan aynı zamanda donatan olmayıp da bir «gemi işletme müteâhhidi» (TTK. m. 946/f. 2) ise — ve normal olarak da geminin yakıtını temin etmek taşıyana ait olduğundan — donatana zimmet olarak kaydolunan yakıt bedeli için donatanın taşıyana rucû etmesi iktiza edecektir. Bir an için gemide yanması gereken yakıt yerine yük meyanında bulunan kahve, pamuk, tütün, buğday ve hatta cevizden mâmul son derece değerli mobilyaların yakıldığını düşünelim. Yakılan bu yüklerin gerçek değerleri «müşterek avaryaya» ya girer. Meselâ, yüzbin liralık tütün veya buğdayın yakılması yoluna gidilmiştir, bu bedel müşterek avaryaya (aktif - alacaklı masaya) kaydolunur. Ancak yüzbin liralık buğday veya tütünün yakılması sebebiyle donatan sadece onbin liralık yakıt tasarrufunda bulunmuştur. Yani gemide yakıt olsaydı sadece onbin liralık mazot veya kömür yanacaktı. İşte bu bedel donatana «zimmet» kayıt olunur, diğer taraftan da müşterek avaryaya alacağına «matlûp» kayıt olunur.

(40) Mahkemeler, onbeş günlük bir yolculuk için 18 günlük yakıtı (bol) yakıt saymışlardır. ULRICH - BRÜDERS, C. II, Sh. 160, (HAYDAR ARSEVEN, age. sh. III den naklen).

7. Barınma Limanındaki Masraflar :

«Barınma limanındaki masraflar» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1190 ıncı maddesi hükmü, zamanımızda, gemilerin başına en çok gelen ve kısaca «barınma ve tamir avaryası» olarak adlandırabileceğimiz bir müşterek avarya nev'ini düzenlemiş bulunmaktadır.

«Liman» demek (41) suların kara içine tabii veya sun'î olarak girmesi sayesinde gemilerin barındığı ve yük alıp boşalttığı mahfuz kıyı yerleridir. Barınma limanı ise; geminin normal sefer programına dahil olmayan ve fakat gemi ve yükün müşterek bir tehlikeden korunmasını temin ve tamirini yaptırabilmek maksadiyle kaptanın arızı olarak sığınmak zorunda kaldığı en uygun yerin adıdır. «Barınma limanı müşterek avaryası» ise, müşterek bir tehlike karşısında geminin bir barınma limanına sığınmasından doğan masraf ve zararların toplamı demektir. «Tamir ve barınma müşterek avaryası» nda gemi ve yükü tehdit eden tehlikenin, «muhtemel» bir tehlike olması yeterli olup, TTK. nun 1179 uncu maddesindeki gibi kesin bir tehlikenin varlığını aramaya zorunluk yoktur. Gemi ve yükü tehdit eden tehlikenin kıstası, hâdisesine göre değişir. Geminin inşa tarzına, donatılış şekline ve hatta yapılacak sefere göre değişir. Meselâ, aynı hâdiseye «açık deniz» seferi yapan bir gemi için bir tehlike mahiyeti taşımadığı halde, kapalı bir denizde — meselâ bir körfezde — sefer yapan diğer bir gemi için, tehlike mahiyeti taşıyabilir. Ancak, burada da «barınma» kararı kaptan tarafından sadece gemi ve yüke müteveccih, müşterek ve muhtemel bir tehlikeden korunma maksadiyle ve sonunda da selâmete çıkabilme uğruna alınmış olmalıdır. Yoksa — buzlarla veya mayınlarla kaplı olan bir limana esasen bir geminin girme ve orada barınma imkânı söz konusu olamayacağı halde — kaptanın böyle bir limanda barınmak için karar alması halinde, ortada «müşterek selâmet» uğruna alınmış bir kararın varlığından söz etmeye imkân yoktur. Kesin bir tehlikenin mevcut olması şartı hariç, müşterek avaryanın diğer bütün unsurlarının bu avarya tipinde de bulunması şarttır. «Barınma müşterek avaryası» ndan doğan bir masraf ve zararın garameye girebilmesi için «selâmete çıkma kararının kaptanın emri ile alınmış olması şarttır. Barınma için girilen yerin teknik manada bir liman olması şart değildir. Çünkü, kanun sadece

(41) a) Ticaret mallarının gümrüğe tabi olmaksızın serbestce depo ve transit olarak geçebileceği limana «serbest liman» b) Harp gemilerininin muhtaç oldukları malzeme, tesisat ve teşkilâta sahip olan yere de «harp limanı» denir. c) Geminin kanunî ikâmetgâhı sayılıp o gemiye ait seferlerin idare olunduğu ve özel sicile kayıtlı bulunduğu yere de «bağlama limanı» (TTK. m. 819) denir.

limandan bahsetmemiş, ayrıca, «geminin barınma... yerine girmesi» nden de bahsetmiş bulunmaktadır. Yukarda daha önce de değinmiş olduğumuz veçhile «barınma müşterek avaryası» ndan bahsedebilmek için geminin barınmak için normal bir seyir programı dışında kalan bir limana uğramak zorunda kalması şarttır (42). Eğer gemi İstanbul'dan kalktıktan sonra başka bir limana uğramadan doğrudan İskenderiye'ye gidecek ise, «müşterek selâmet uğruna» İzmir'e uğramış ve hatta ilk kalktığı liman olan İstanbul'a geri dönerek orada barınmak zorunda kalmışsa, bu uğrayış veya geri İstanbul'a dönüş masrafları hep müşterek avaryadır. Çünkü, bu iki hal şekli de geminin normal sefer programı içinde değildir. Ancak kaptan, barınma limanını seçerken «makul hareket» etmek zorunludur ve bu yön hiç şüphesiz müşterek avarya (TTK. m. 1179) unsurlarındandır.

TTK. nun 1190 ıncı maddesi hükmü, «barınma limanı» müşterek avaryasının varlığını; kaza, fedakârlık veya başka fevkalâde hallerine bağlamış bulunmaktadır. Kanunumuza göre, eğer «barınma» bu üç sebepten birinden doğmamış ise barınma müşterek avaryasından bahsetmeye imkân yoktur. Söz konusu üç sebebin birlikte bulunmasına da lüzum yoktur.

Kanunumuz, «barınma müşterek avarya» masraflarını sekiz bent'de toplamış bulunmaktadır :

1) Giriş ve çıkış masrafları :

Barınma «liman veya yerine» giriş ve çıkış masrafları — müşterek avarya şartları mevcut olmak kaydıyla — «müşterek (büyük) avarya» ya girer. Giriş ve çıkış masraflarına; geminin limana hem girme ve hem de çıkması için ödenen kılavuz ücretleri, liman vergi ve resmi, şayet geminin limana girebilmesi için hafifletilmesi gerekiyorsa, hafifletme masrafları, keza geminin rıhtıma yanaşması için çekilmesi icap ediyorsa çekme masrafları, girer. Ancak, çıkış

(42) Barınma müşterek avaryası var diyebilmek için halen mevcut veya nerede ise çıkacak bir tehlikenin varlığı şart olduğu gibi geminin kendi vasıtalarıyla limana girmiş veya iltica etmiş olması ve hareketin bir kurtarma veya yardım mahiyeti arz'etmemesi lâzımdır. Esasen gemi seyre kabiliyetsiz bir hale geldikten sonra yapılan masraflar da «barınma müşterek avaryası» na girmez.

Gemi seyre kabiliyetsiz bir hale gelmiş ve seyir jurnaline göre «varma limanı» olarak daha önceden tesbit edilmiş olan limandan gayri bir yerde tâmirine imkân kalmadığı için yükleriyle birlikte varma limanına römörke edilmiş olduğu takdirde römorkaj masrafları müşterek avaryaya girmez.

Yarg. TD. 3/11/1959 gün ve E. 1588 K. 2657.

masrafının müşterek avarya sayılabilmesi için, çıkışın, barınmak için girişin bir neticesi olması gerekir. Ayrıca, gemi, ilk yükünün tamamını veya bir kısmı ile limandan çıkmış olmalıdır. Aksi takdirde, gemi ile yükün birbirinden ayrılması hali «mukadderat iştiraki» ni ortadan kaldırır.

2) *Yük, yakıt ve kumanyanın elden geçirilmesi ve boşaltılması masrafları :*

Geminin yükle birlikte yolculuğuna devam edebilmesi için yolda ortaya çıkan bir arıza ve hasarının tamirine zorunluk varsa, yük, yakıt veya kumanyayı — tamir esnasında — gemi içinde koyup gemiyi tamir için yukarı kaldırmak yahut bir yükleme, durma veya barınma liman yahut yerinde boşaltmak için yapılan bütün masraflar, «müşterek (büyük) avarya» ya girer.

3) *Tekrar yükleme ve depolama masrafları :*

Yukarda ikinci bent'de söz konusu olan şartların gerçekleşmesi sonucu «boşaltma ve tekrar yükleme» masrafları müşterek (büyük) avarya sayılıyorsa, o zaman, bu yükün tekrar yükleme ve depolama masrafları — depoda kaldığı süre için ödenecek sigorta masrafları da dahil olmak şartıyla — müşterek avarya'ya girer.

TTK. nun 1190/2. 3 hükmü aynı zamanda ikinci bendin de tamamlayıcısı bir mahiyet arz'etmektedir.

Üçüncü bend' hükümde de açıkca belirtildiği veçhile; yük, yakıt veya kumanyayı elden geçirme ve boşaltma — yani depolama — ve sigorta masraflarının mahallî şartlar göz önünde tutularak yapılması ve her ikisinin de «mâkul» bir seviyede olması şarttır. «Mâkul olma şartı» nı hem aktolunacak sigorta sözleşmesi nedeniyle ödenecek «prim» miktarı bakımından ve hem de sigorta akdine sebep olan «tehlike» nin mahiyeti bakımından mâkul olma şeklinde anlamak gerekir (43). Meselâ, taş veya betonarme şekilde inşa edilmiş olan bir depoda sadece 5-10 gün için depolanacak olan ve bu suretle yanma ihtimali son derece zayıf bulunan bir malın — çimento, buğday veya mısır... gibi — yangına karşı sigorta ettirilmesi ve bu nedenle de prim ödenmesi hali pek «mâkul» sayılamaz.

Yukarda izah edilen masrafların «müşterek (büyük) avarya» sayılması ancak gemi ve yük arasındaki mukadderat iştirakinin

devâmı müddetince mümkündür. Üçüncü bent hükmü, «mukadderat iştiraki» nin ortadan kalkması halini, birisi «geminin mahkûm olması», diğeri de «ilk yolculuktan vazgeçilme» şekli olmak üzere iki ihtimal ile mümkün görmüş bulunmaktadır. Geminin «mahkûm» edilmesinden maksat, geminin müşterek yolculuğu devam ettirmesinin, teknik bakımdan, artık mümkün olmaması halidir. Meselâ, gemi sefer sırasında çok hasar gördüğü için — teknik ve iktisadi bakımdan — tamiri mümkün olmayabilir.

Bu iki ihtimalden — yani geminin mahkûm olması veya yolculuktan vazgeçilmesi hallerinden — biri tahakkuk etmiş ise, bu tarihten sonraki depolama ve sigorta masraflarını alakalılar çeker ve bu masraflar «müşterek (büyük) avraya» ya girmez. Ancak, bu iki ihtimal henüz boşaltma âmeliyeleri tamamlanmadan tahakkuk ederse, bu takdirde, boşaltmanın tamamlanması anına kadar geçen süreye hasren depolama ve sigorta masrafları «müşterek avarya» ya dahil edilirler. Çünkü, mukadderat iştiraki ancak yükün son parçasının gemiden ayrılması yani geminin tam olarak ve fiilen boşaltılması ile nihayete erer.

4) *İkame masrafları :*

TTK. nun 1179. maddesi ile ilgili açıklamamız esnasında da değinmiş olduğumuz veçhile, haddi zatında «müşterek avarya» masrafı olmamakla beraber, müşterek avaryaya girecek olan daha büyük bir masraftan kaçınmak için yapılan masrafa «ikame masrafı» adı verilir.

Bilindiği üzere «müşterek avarya»; daha büyük bir tehlikeyi önlemek için daha küçük bir fedakârlık, daha büyük bir masrafı önlemek için de daha küçük bir masraf ihtiyar etme ana fikrine dayanır.

TTK. nun 1190/b. 4 hükmüne göre; hasara uğrayan bir geminin bütün yükü ile yolculuğa devam edebilmesi için tamire ihtiyacı varsa ve gemi de tamir görebileceği bir liman veya yerde ise ve ancak bu tamirin başka bir limanda yapılması oradan daha ucuza yapılabilecek bir vaziyette ise — başka bir deyişle masraftan tasarruf etme imkânı varsa — işte o zaman, geminin o limana kadar yedekte çekilmesi ve yükünün başka bir gemiye aktarılması veya sair şekilde varma limanına doğru yola çıkarılması — römarkaj ve aktarma masraflarıyla yükün varma limanına ulaştırılmasına matuf sair fevkalade — masraflar «müşterek (büyük) avarya» masraflarından maduttur. Ancak, bu şekilde ihtiyar edilecek

olan masrafların «müşterek avarya» dan bu sayede tasarruf edilen masrafları asla aşmaması icap eder. Çünkü, tamirin «barınma limanı veya yerinden» bir başka limanda yapılmasının yegane gayesi masraftan tasarruftur. Bu durumu bir misalle izah edelim :

Gemi tamire muhtaçtır ve bu sebeple de bir barınma limanına girmiştir. Geminin bu barınma limanında tamiri mümkündür ve ancak biraz güçtür veya çok masraflıdır. İktisadî bakımdan başka bir limanda tamiri daha elverişli ve daha ucuzdur. İşte geminin böyle bir limanda tamiri ve oraya kadar ihtiyar edilen bütün masrafları — tamir sırasındaki bekleme masrafları, yükün depolanması ve sigorta masrafları, çekme boşaltma ve tekrar yükleme masrafları... gibi — «müşterek avarya» ya girer.

5) *Gemi adamlarının bakım ve ücretleri ile yakıt ve kumanya masrafları :*

Şayet olayda TTK. nun 1190. maddesinin birinci fıkrasına göre bir «barınma müşterek avaryası» varsa, bu yüzden uzayan yolculuk sebebiyle kaptan ve gemi adamlarına ödenen her nevi ücret ve bunların bakım masrafları ile gemide kullanılan yakıt ve kumanya da «müşterek (büyük) avarya» ya dahildir. Beşinci bent hükmünde de açıkça belirtildiği veçhile, yeter ki bu masraflar «makul had dahilinde» yapılmış bulunsunlar (44).

Bu bent hükmünün uygulamada büyük ehemmiyet ve hatta özelliği vardır. Çünkü, barınma müşterek avaryasında barınmak üzere yapılan yol değiştirmesinden doğan masraflar tamamen donatana — diğer bir deyişle — gemiye ait olduğu halde sadece limana giriş masrafları «müşterek avarya» ya dahildir.

Beşinci bent hükmü, geminin barınmak üzere yol değiştirmesi halinde, yoldan çıkmadan yola girmeye kadar ki süre içinde bütün gemi adamlarının ücretleri ile bunların bakım masrafları, kullanılan yakıt ve kumanya masrafları müşterek avarya'ya dahildir. Çünkü, bütün bu masraflar «barınma sebebiyle uzayan yolculuk» için yapılmış masraflardır. Yolculuğun uzaması ise, ge-

(44) Birinci fıkra daha anlaşılır ve mehazı bulunan X uncu York Anvers Kaidesinin dayandığı esasa daha uygun bir şekle konulmuştur.

5, 6 ve 7 inci bentler ise 1950 tarihli York Anvers Kaidesinin XI inci kaidesine uygun bir şekle konulmuş ve bu XI inci kaidenin C bendi hükmü de maddeye 8 inci bent olarak eklenmiştir.

York Anvers Kaidelerinin bu madde içine konulması sırasında maddenin birinci fıkrasındaki unsurların aşağıdaki bentlerde tekrarından imkân nispetinde kaçınılmıştır.»

TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe sh. 413.

minin barınma limanına sapma veya geri dönmek üzere yoldan çıkış anından başlar, tekrar aynı noktaya geliş anında sona erer.

6) *Hususî avarya olan tâmir sebebiyle yapılan durma masrafları :*

TTK. nun 1190/b. 3 hükmü uygulama alanında güçlük ve hat-ta büyük tereddütlere meydan verecek bir şekilde kaleme alınmış bir hükümdür. Söz konusu bent hükmünü şu şekilde anlamak icap ettiği kanaatındayız :

Gemi müşterek selâmet uğruna her hangi bir barınma limanı veya yerine girmiş ve yolculuğu selametle tamamlaması için de geminin tamiri gerekiyorsa, bu sebeple doğan tamirden gayri masraflar müşterek avarya'ya girer. Bu masraflar gemi, gemi adamlarının ücretleri ve geminin bakımı, yakıt, kumanya (yiyip içmeleri) ve liman masraflardır. Hiç şüphesiz ki, TTK. nun 1190. maddesinin birinci fıkrasındaki şartlar tahakkuk etmek kaydıyla ancak 6. bende göre doğan masraflar «müşterek (büyük) avarya» hesabına dahil edilirler.

Altıncı bent hükmüne göre, gemi ya «müşterek selamet» uğruna veya «yolculuğu sadece selametle bitirmek» maksadı ile yani bu iki sebeple limana girecek ve fakat her halü-kârda geminin yolculuğunu bitirebilmesi için tamirin lüzumlu olması icap edecektir. Fakat tamir edilmeme halinde gemi ve yükün kısmen veya tamamen ziya'a uğraması ihtimalinin varlığı şart değildir, yolculuğun bitirilmesi için tamirin lüzumlu olması lazım ve kâfidir. Bu iki unsurun — yani geminin müşterek slâmeti uğruna veya yolculuğun selametle bitirilmesi maksadiyle limana girmesi — gerektiği takdirde gemi her hangi bir liman veya yere sığınabilir, bu liman veya yerin bir barınma limanı olması da şart değildir. Hatta gemi ilk bulunduğu yerde de tamire muhtaç hale düşebilir. Mese-la, gemi ilk hareket limanında bir yangın başlangıcına maruz kalmak suretiyle tamire muhtaç hale düşebilir. Gemi tamir yaptırılmadıkça yolculuğa devam edemeyecektir. İşte bu gibi bir halde geminin tamiri sebebiyle vaki bekleme masrafları müşterek avarya'ya girer.

Altıncı bent hükmü, müşterek avaryadan sayılan «bekleme masrafları» nı geminin «...yolculuk edebilecek duruma girdiği veya bu duruma girmesi lazım geldiği tarihe kadar» makul had içinde yapılmış bulunan masraflar olarak sınırlamış bulunmaktadır. Kanun koyucu «bekleme masrafı» nı geminin fiilen yolculuğa çık-

ma veya fiilen tamirin bitmesi anma kadar ihtiyar edilen süreye göre değil, geminin tamirinin «normal» ve «zarureti» aşmayan bir süre ile sınırlı olması şartı ile ancak kabul etmiş bulunmaktadır. Başka bir deyişle eğer geminin tamiri normal dışı ve zaruret icabı olmayarak uzatılmış ise, anormal uzayan müddetdeki «bekleme masrafları» asla müşterek avarya'ya dahil edilmez (45). Elbetteki bu normal süre» tesbit ve tayin edilirken geminin tamire girdiği o mahaldeki tamirhane (tersane) teknik şart ve imkânları gözönünde tutulur. Gemi ne kadar zamanda tamir edilebilecek ise ancak bu müddet zarfındaki «bekleme masrafları» müşterek avarya'ya girer. Gaye, donatanın kendi lehine diğer ilgililer aleyhine «bekleme masrafları» nı artırıcı bir süreyi elde etmesini önlemektir.

«Bekleme masrafları»nın tamir sebebiyle müşterek avarya'ya ithal edilmesi ancak yük ve gemi arasındaki mukadderat birliğinin sona ermesi tarihine kadar devam eder. Bu tarihten sonraki «bekleme masrafları» müşterek avarya'ya girmez. TTK. nun 1190. maddesinin 3. bendi ile ilgili açıklamamız esnasında da belirtmiş olduğumuz veçhile, mukadderat iştiraki, biri «geminin mahkûmiyeti» diğeri ise «aynı yükü başladığı yolculuğun yarıda bırakılması» ile sona erer. Eğer yük bu tarihlerde henüz gemiden boşaltılmamış ise, boşaltma tarihine kadar ihtiyar edilen masraflar «müşterek avarya» ya girer.

7) Kaptanlarla diğer gemi adamlarının fazla çalışma ücretleri :

Kaptanlara (birinci süvarı ve diğerleri) ve diğer gemi adamlarına veya müşterek avarya'ya girmeyen tamirler için fazla mesai ücreti ödenmiş olduğu takdirde gerek bu ücret ve gerekse bu ücretin ödenmiş olması dolayısıyla yapılmasına hacet kalmamış bulunan ve yapılması halinde müşterek avarya'ya dahil edilecek olan masraflar nisbetinde müşterek avarya'ya kabul olunur. Fazla mesai ücreti ödenmesi neticesi olarak «müşterek (büyük) avarya» masraflarından tasarruf edilmiş ise, tasarruf edilen miktara tekabül eden fazla mesai ücretleri müşterek avarya'ya dahildir.

(45) Pervane takmadan ibaret olan tâmir işinin havuzlanmadan yapılması mümkün iken gemi sahibi davacı tarafın ihmali neticesi bu tamirin vakti zamanında yapılmaması nedeniyle ve sırf bu gecikme sebebiyle geminin havuza alınması zorunluğunun ortaya çıktığı yolundaki davalı taraf iddiası üzerinde durulmaması ve bilirkişiden bu yolda hiçbir mütalâa alınmaması hükmün bozulmasını gerektirmiştir.

Yarg. TD. 11/12/1954 gün ve E. 1954/3860, K. 9646.

Bu bir ikame masrafıdır, donatan bu fazla mesai ücretini ödemekle mükellef değildir. İş Kanunlarının tesbit ettikleri mesai saatlerini aşan çalışmalar fazla mesai ücretine tabidir.

8) *Kaptan ve diğer gemi adamlarının ücretlerinin hudut ve şumulii :*

Kaptanlarla diğer gemi adamlarının ücretlerinden maksat, kanun (Deniz İş Kanunu ve diğer kanunlarla) veya mukavele ile bunlara ödenmesi gereken her nevi tediyeleri hudut ve şumûlüne alan bir mehfûmdur. Sekizinci bent hükmüne göre, gerek bu bendin, gerekse müşterek avarya ile ilgili diğer hükümlerin tatbikinde, donatanın kanun veya iş akdiyle ödemeye meçbur olduğu ücrete bakılmaksızın, kaptan ve diğer gemi adamlarına veya onlar lehine yapılmış bulunan bütün ödemeler «ücret» sayılır.

HUKUK USULÜ

KANUN YARARINA TEMYİZ'İN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

CAHİT NALBANTOĞLU (*)

PLÂN :

- 1 — YASAL DÜZENLEME
- 2 — UYGULAMA
- 3 — HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU İLE BAĞLANTISI
- 4 — SONUÇ

1 — YASAL DÜZENLEME :

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (1) nun 1711 S.K. la değiştirilen 427. maddesi, olağan temyiz hakkından sözedilen ilk fıkrasının yanbaşında üç, dört ve beşinci fıkraları ile de «Kanun Yararına Temyiz» müessesesini, eskisine oranla biraz değişik biçimde düzenlemiş bulunmaktadır.

Bu yasal düzenlemenin hangi koşulları öngördüğünü kısaca belirtmekle işe başlamakta yarar vardır.

Maddeye göre bu yola başvurulabilmesi için ;

a) Mahkemelerce verilmiş bir hüküm sözkonusu olmalıdır :

Maddenin diğer fıkraları birinci fıkra ile bağlantılı olduklarından, ancak mahkemelerce verilen hükümlerin kanun yararına temyiz konusu olabileceğini belirtmekte yarar görülmüştür. Örneğin, hüküm niteliğinde olmayan ara kararları, idari işlem görünümündeki kararlar, tedbire ilişkin karar ve işlemler için bu yola başvurulması olanağının bulunmadığı düşüncesindeyiz. Aslında bu tür kararların itiraz ve benzeri yollarla yeniden gözden geçirilmesi sağlanabilir.

(*) Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Gen. Md. Başmüşaviri.

(1) Usul Yasasının adı böyle olduğundan aynen kullanılmıştır.

b) Bu hüküm :

aa) Kesin olarak verilmiş bir hüküm olmalı, veya

bb) Yürürlükteki hukuka aykırı bir sonuç ifade etmeli ve Yargıtayca incelenmeksizin kesinleşmiş bulunmalıdır.

Daha önceki bir inceleme yazımızda (2) da değinildiği gibi, fıkranın yazılışına göre sadece, Yargıtay'ca incelenmeksizin kesinleşen hükümler yönünden «Yürürlükteki hukuka aykırı sonuç» koşulunun aranacağı kanısı uyanmaktadır. Gerçekten üçüncü fıkranın ilk cümlesi bu koşulun dışında gibi görünmektedir. Oysa genel olarak temyiz nedenlerini saymakta olan 428. maddeden de anlaşılacağı üzere, bir hükmün temyiz edilmesi ve sonuç olarak bozulmasının istenebilmesi için bu maddede öngörülen kanuna aykırı davranışlardan birinin gerçekleşmiş olması gerekir. O halde, kesin olarak verilen hükümler yönünden de olsa, en azından 428. maddedeki koşulların aranmasına ihtiyaç bulunduğu gibi, öte yandan denilebilir ki, «hukuka aykırı sonuç koşulu» ndan sözedilmesi, bu halde, genel temyiz ve bozma nedenlerinin en önemlilerinin bulunması gereğine işaret etmek amacını gütmektedir.

c) Adalet Bakanlığı buna «lüzum» göstermelidir.

Kanun yararına bozma tarafların hukukunu etkilemeyeceğinden, hükmün sonuçları değişmeyecek ancak, benzer işlerde aynı yanlışlıkların tekrarını önlemek amacıyla yargı mercilerinin bilgi almalarını sağlamak için, Yargıtay'ca verilen hüküm Adalet Bakanlığı tarafından Resmî Gazete'de yayımlanacaktır.

2 — UYGULAMA :

Uygulamada çoğu kez kanun yararına bozma müessesesinin gerçek niteliğine önem verilmediği ve hatta gereği gibi anlaşılammış olduğu göze çarpmaktadır.

Olağan temyiz yolu açık bulunan bir işte ilgililer temyiz süresini geçirdikleri ya da kesin olarak verilen bir hükümden hoşnut olmadıkları zaman hemen bir dilekçeyle kanun yararına temyiz isteğinde bulunmaktadırlar. Kuşkusuz, hukuki durumu bilmeyen herhangi bir vatandaş için bu davranış hoşgörü ile karşılanabilir; zira bu yoldan hakkını elde edebileceği ve hatalı bulunduğu hükmün

(2) «Hukuk Yargılama Usulündeki Değişikliklerle İlgili Birkaç Sorun» T. Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı : 10, Sayfa : 16.

sonuçlarını değiştirebileceği düşüncesine kapılabilmektedir. Ancak üzülerak belirtilmesi gereken bir gerçek var ki, bazı avukat ve hatta Cumhuriyet savcısı meslektaşların bile olağan temyiz hakkını kullanma olanağı varken bunu ihmal ederek, sonradan hukuka aykırılığını farkettileri hükümler hakkında kanun yararına temyiz yoluna gittikleri ve bundan işlemlerin düzeltilmesini sağlayacak sonuç bekledikleri görülmektedir. Çoğu zaman müessesenin «Yazılı Emir» le karıştırıldığına ve «Kanun yararına temyiz» deyimini yerine «Yazılı Emir» deyiminin kullanıldığına da tanık olunmaktadır. Oysa, hukuk mensubu kişilerin müesseseyi tanımayan vatandaşlara onun gerçek niteliğini anlatarak, bu yolun tarafların hukukunu etkilemeyeceğini, verilen hükmün hukuki sonuçlarının değişmeyeceğini anlatmakta yardımcı olmaları beklenmelidir.

Yasanın tanıdığı olağan temyiz hakkını süresinde kullanmayanların, bunun sonucuna katlanmaları gerekeceği kuşkusuzdur. Bu durumda ilgilinin, kendisine bir yarar da sağlamıyacak olağanüstü yola başvurulması için Adalet Bakanlığına dilekçe vermesinin de gereği kalmamaktadır. Ancak, kesin olarak verilen hüküm nedeniyle hukukunun zedelendiğini ileri süren kimsenin başvurabileceği bir yol aramasını da, haklı bulmasak bile, hoşgörü ile karşılamak gerekmez mi? «Haklı bulmasak bile» diyorum, zira belli bir hukuk düzenlemesine göre kurallaştırılmış bir konuda bu kurala aykırı biçimde hak aramak sözkonusu olamaz. Kanun belli bir değer sınırına kadar ya da belirli konularda verilmiş hükümlerin kesin olduğunu saptadığına göre, bu tür uyuşmazlıkların kısa yoldan sonuca bağlanmasını uygun bulmuş demektir. Buna ilişkin hükümlerde yanlışlıklar yapılmış ta olsa, üst mahkemece incelenmelerine yine de gerek görülmemektedir. Kanun koyucunun amacı, incelenmesi kolay ya da pek önemli sayılmıyacak konularda en kısa yoldan sonuç alınmasını sağlamaktır (3).

Şu var ki, bu düzenleme uyarınca önemsiz sayılabilecek yanlışlıkları — çok kullanılan bir deyimle — sineye çekmek gerekirken ise de, zaman zaman öylesine büyük yanlışlıklara rastlanmaktadır ki, bunun düzeltilmesi hukuk adına kaçınılmaz olmaktadır. İşte kanun yararına temyiz bu ihtiyaca cevap verecek ve sonrası için yanlış uygulamayı önlemiş olacaktır.

Böylesine hukuka aykırı bir hükümden zarar gören tarafların

(3) «427 nci maddede yapılan değişiklikle kesin olarak hüküm verilebilecek davaların değer veya miktar sınırı (50) liradan (2000) liraya çıkarılmış, bu suretle Yargıtayın işi biraz hafifletilmekle beraber bu çeşit davaların daha kısa yoldan kesinleşmesi sağlanmıştır.» (1711 S.K. un Hükümet gerekçesinden).

yapabilecekleri herhangi bir girişim yok mudur? Başka bir deyişle, kanun yararına temyiz ilgilinin zararını karşılmasına olanak sağlamadığına göre, onu bu zararla başbaşa bırakmak hakkaniyete uygun sayılabilir mi?

Bu soru bizi, ister istemez, hâkimlerin hukuki sorumluluğu müessesesiyle bağlantı kurmaya zorlamış bulunmaktadır.

3 — HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU İLE BAĞLANTISI :

Kesin olarak verilen hükümler yönünden de en azından kanuna aykırılık koşulunun aranması gerekeceğine yukarı bölümde işaret olunmuştu. Kanuna aykırılık o denli olmalı ki, Adalet Bakanlığı ilerisi için emsal teşkil edecek biçimde, hükmün bozulmasında kanun yararı görmelidir.

Süresinde temyiz edilmediği için kesinleşmiş bulunan bir hüküm hukukun ana kurallarına öylesine aykırı olabilir ki, taraflar yönünden doğuracağı zarar bir yana, bu aykırılık usulünce saptanarak ilgililere duyurulmadığı takdirde ileride daha geniş bir uygulama yoluyla hukukun sürekli olarak ihmaline ve toplumsal bir sorun hâline dönüşmesine neden olabilir. Aynı şey, kesin olarak verilen hükümlerin bazıları için de söylenebilir.

Aslında bu bölümde üzerinde duracağımız, kesin olarak verilen hükümlerin doğuracağı sorunlardır.

Diyelim ki, mahkeme maddi hukukun ve usul hukukunun ana kurallarını (4) bile dikkate almadan ve nasıl olsa vereceği hükmün kesin olduğunu düşünerek gelişi güzel bir hüküm tesis etmek suretiyle taraflardan birini zarara uğrattıyor (5). Temyiz yolu açık olmadığından ilgili tarafın yargısal denetim yoluyla bu hakkını elde edebilmesi olanağı yoktur. Bu durumda kanuna uygun olmayan bir işlem — mahkeme işlemi olarak verilen hüküm — ve bundan doğan bir zarar söz konusu olduğuna göre, herşeyden önce, hukukun genel kuralları uyarınca bir tazmin hakkının doğduğunu kabul etmek zorunluğu vardır. Bu sonuca varırken gözönünde bulunduracağımız en önemli unsur, zararın doğmasına neden olan

(4) Hukukun önemli sayılan kurallarının yanlış uygulanması halinde «mutlak temyiz sebepleri» nden sözedilmekte ve mahkemenin görevsiz olması, biribiriyile çelişen kararlar verilmiş bulunması, genel olarak dava şartlarının yokluğu... usul hukuku bakımından mutlak temyiz sebeplerine örnek gösterilmektedir. (Bk. KURU Baki, Medeni Usul Hukuku, Ankara 1975).

(5) Örneğin, 1500 liralık bir alacak davasında, davalının savunma yolunda gösterdiği mahkeme ilâmı, H.U.M.K. nun 295. mad. uyarınca sahteliği kanıtlanıncaya kadar kesin delil teşkil etmesine karşın, mahkeme bunu dikkate almayarak alacağın tahsiline karar vermiş olsun. Bu durumda davalı belki de borçlu olmadığı şeyi ödemek zorunda kalacaktır.

kusurun niteliği ve derecesidir. «Kusurun niteliği» kavramı içerisinde onu işleyenin durumunu da ele almak gerekmektedir. Kamu görevlilerinin sorumlulukları yönünden **hizmet kusuru** ve **kişisel kusur** ayırımına yer verildiği bilinmektedir. Genel olarak görevlinin hizmet kusurunun sözkonusu olduğu hallerde Devletin birinci derecede sorumlu bulunduğu ilkesi benimsenmiştir (6). Kişisel kusuru ile zarara neden olanlar için ise genel sorumluluk ilkesini oluşturan B.K. nun 41. maddesinden söz etmek suretiyle kişilerin doğrudan doğruya sorumluluğu cihetine gidilmesi gerekecektir.

Hâkimlerin sorumluluğu konusu ele alındığı zaman, kamu görevlilerinin genel anlamdaki hizmet kusuru ölçüsünün dışına çıkmak zorunluğu doğmaktadır. Zira, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanatlarına göre hüküm verecekleri esası benimsenmiş (7) bulunduğundan, hizmet kusurundan dolayı Devletin birinci derecede sorumluluğu sözkonusu edilemeyecek; ancak sorun, kişisel kusur yönünden ele alınabilecektir (8). Ancak hemen belirtmekte yarar vardır ki, hâkimlerin kişisel kusurlarından dolayı sorumlu tutulabilmelerindeki ölçüler de genel anlamdaki kusur ve sorumluluk ölçülerinden oldukça değişiktir. Bu değişiklik yargı görevinin özelliğinden doğmaktadır. «Bağımsızlık» ve «vicdani kanaata göre hüküm verme» ilkeleri, bu görevi yerine getirenlerin sorumluluk endişesi altında çekingen davranmalarını önlemek ve tam bir tarafsızlıkla görev yapmalarını sağlamak düşüncesini gerçekleştirmektedir. Kuşkusuz bu düşünce, hâkimlerin sorumsuz olmaları gerekeceği sonucunu doğuracak derecede katı değildir. Ceza sorumluluğunun yanı başında hukuki sorumluluk ta söz konusudur; ancak bazı sınırlayıcı hükümlere de ihtiyaç duyulmuş olduğu bir gerçektir.

Medeni Usul Yasasının 573. maddesinde yedi bent halinde sayılmış olan nedenler, hâkimlerin hukuki sorumluluğunu yukarıda açıklamaya çalıştığımız ilkeler ve sınırlar içerisinde düzenlemiş bulunmaktadır.

Maddenin iki numaralı bendi, özellikle bağlantı kurmak istediğimiz «kanun yararına temyiz» konusu ile ilgili olarak üzerinde durulacak sorumluluk nedenlerinden birini dile getirmektedir. Bu bent, «Kabili tevîl ve izah olmayacak surette vazih ve sarahatı ka-

(6) 657 S. İ Devlet Memurları Kanunu m. 13.

(7) Anayasa m. 132.

(8) Aynı görüş öğretilde benimsenmektedir. Bkz. POSTACIOĞLU İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1973, S. 66.

KURU Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 1975, S. 575.

tiyei kanuniyeye mugayir karar verilmiş olması» hükmü ile, kanuna aykırı davranışın çok belirli ve başka şekilde düşünülüp açıklama yapılmasına olanak vermeyecek derecede olmasını öngörmektedir.

Hukuk kurallarını uygulama görevini yüklenmiş olan hâkimin bu konuda uzman olması, onları en doğru biçim ve anlamda gerçekleştirilmesi asıldır. Bu görevi gereği gibi yerine getirmemiş olmak iki şekilde yorumlanabilir. Birincisi, kasıtlı olarak böyle davranıldığı düşünülebilir ki, 573. maddenin özellikle 1, 4 ve 5 numaralı bentlerinde yer alan nedenler bu tür davranışları kapsamına almaktadır. İkinci olarak, kasıt bulunmamakla beraber, hâkimin yeter derecede uzman olmaması sonucu uygulamada yanlışlıklar yaptığı söylenebilir. Bu hatalı uygulamada hâkimin kusurundan söz edilecektir. Şu var ki, hâkimi, her kusurlu davranışından dolayı hukuken sorumlu tutmak, yukarıda açıklanan yargı görevinin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmayabilir. Bilimsel görüş açısından da bakıldığı zaman, ancak ağır kusurun sözkonusu olduğu durumlarda onun sorumluluğuna gidilebileceği görülmektedir (9).

O halde, kasıt ve ağır kusurun dışında, örneğin, kanunun ya da genel olarak bir hukuk kuralının değişik biçimde yorumlanmasından dolayı yanlış bir karar verilmiş olması halinde hâkimin sorumluluğuna gidilemeyeceğini belirtmek gerekmektedir. Başka bir deyişle, temyiz ve bozma nedeni olabilecek her kanuna aykırılık hali, aynı zamanda sorumluluk doğuran bir neden olarak düşünülemez.

Konumuz yönünden ele aldığımız maddenin iki numaralı bendi, yukarıdaki açıklamalar açısından, hâkimin ağır kusurunun sözkonusu edilebileceği bir nedeni dile getirmektedir. Gerçekten bu bentte, kanunun açık ve kesin olarak belirttiği esaslara aykırı bir hüküm verilmiş olması ve bu durumun başka biçimde anlatılması veya anlaşılmasına olanak vermeyecek derecede belirli bulunması hali öngörülmektedir. Burada, hâkimin kanunu anlayış ve yorum şekli nedeniyle olağan sayılabilecek değişik ya da yanlış bir uygulama sözkonusu olmadığı gibi, gereken dikkatin gösterilmemesi sonucuna bağlanabilecek hafif kusurdan da söz edilemez.

Şu halde, ağır kusuru ile taraflara ya da bunlardan birine zarar vermiş olan hâkim hakkında hukuki sorumluluk müessesesi-

(9) POSTACIOĞLU İlhan E. a.g.c. S. 67, 69.

KURU Baki, a.g.c. S. 34.

nin çalıştırılması olanağının bulunduğunu ve hatta, hukukun korunması bakımından bundan başka bir yol ve seçenek kalmayacağını belirtmek gerekmektedir.

Bu sorumluluk ilkesinin hangi hâkimleri kapsamına alacağı hususu ayrı bir inceleme konusu olabilecek niteliktedir. Ancak, 1086 S.K. un Onuncu Bab'ı «Hâkimlerin Mesuliyeti» başlığını taşımakta ve 573. maddesi de genel anlamda «Hâkim» sözcüğünü kullanmakta olduğuna göre, hâkim sıfatını taşıyanların — nerede görevli olurlarsa olsunlar — bu kapsam içerisinde düşünülmesi gerektiğine (10) işaret ettikten sonra konumuzun giriş noktası olan «Kanun yararına temyiz» müessesesi açısından bizi burada ilgilendiren kuşkusuz, ilk derece mahkemeleri hâkimleri olduğu içindir ki, hukuki sorumluluğun da özellikle onlar yönünden ele alınmış ve incelenmiş olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

4 — SONUÇ :

Kesin olarak verilen hükümler nedeniyle ancak, yürürlükteki hukuka açıkça aykırı olmalarından dolayı kanun yararına temyiz yoluna gidilebileceği ve bundan zarar görenlerin, hâkimlerin hukuki sorumluluğu ilkeleri doğrultusunda zararlarının karşılanmasını isteyebilecekleri sonucuna varmak usul hukukumuzun özüne ve amacına uygun görünmektedir.

(10) Anayasa'nın 140. maddesinde yer alan «Danıştay... mensuplarının nitelikleriyle atanmaları, hakları ve ödevleri... hâkimlik teminatı esaslarına göre...»

— 521 S. 11 Danıştay K. nun 4. maddesindeki «Danıştay Birinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri... yüksek mahkeme hâkimleri olarak...»

— Aynı kanunun niteliklerden sözedene 8. maddesindeki «... yüksek hâkimliğin gerektirdiği...»

— 1730 S. 11 Yargıtay K. nun 31. maddesinin 2. bendinde ifadesini bulan «Hâkimlik vakar ve onuruna dokunan...»

— Yargıtayın görevlerine değinen 3. maddesinin 2. bendindeki «Yargıtay Başkan ve Üyeleri, Cumhuriyet Başsavcısı ile kanunlara göre onlar durumunda kimseler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına... bakmak,»

Şeklindeki hükümler, «Hâkim» kavramının geniş tutulması gerektiği görüşünü destekler niteliktedir.

Hernekadar Yargıtay H.G.K. nun 1974/I E. ve 2 K. S. 11, 17/9/1975 günlü kararında «Hâkim sözü ile HUMK. m. 575/2 de sayılanların hedef tutulduğu ve orada Yargıtay Üyelerinden söz edilmediği gibi, kıyaslama yolu ile de uygulama yapılamıyacağı...» görüşü benimsenmiş ve aynı Kurul 1975/5 E. 1976/4 K. S. 11 ve 14/1/1976 günlü kararıyla bu görüşü tekrarlamış bulunmakta ise de, yukarıda işaret olunan yasal hükümlere ve özellikle, bu tür davalara nerede bakılacağı sorunu da Yargıtay Kanunu ile çözümlenmiş bulunduğu göre, Yüksek Mahkemenin bu yoldaki görüşüne katılmak pek kolay görünmemektedir.

TAPULAMA

TAPULAMA KANUNUNUN 54 ÜNCÜ MADDESİ VE TATBİKATI

MEHMET KAŞIKÇI (*)

PLÂN :

I — GİRİŞ

II — GENEL OLARAK İSBAT

III — KAPSAM

A. GENEL OLARAK

B. RE'SEN ARAŞTIRMA

1) Üçüncü Kişiler Lehine Karar Verebilme Halleri

2) Üçüncü Kişiler Lehine Karar Verilemeyen Haller

3) Diğer Durumlar

C. SERBEST DELİL TAKDİRİ

D. HÜKÜM VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

IV — SON CÜMLE

V — SONUÇ

I — GİRİŞ :

766 sayılı Tapulama Yasası (1) genel ayırımında «Özel Hukuk» dalında yer almasına rağmen içerdiği bazı hükümler bakımından, özel hukuk yasalarından ayrılır. Yasaya bu özelliği veren maddelerin başında hiç şüphesiz 54. madde gelir. Uygulamada bu maddeye dayalı öyle yeni kararlar verilmiştir ki, maddenin yukarıda sözü edilen özelliği azalmamış ,artırmıştır.

Yargıtay, bu madde ile ilgili kararlarında çoğu kez birbirini tamamlayan nitelikte kararlar vererek bu maddenin daha iyi anlaşılmasına yardımcı olmuştur. Bazende yerleşen görüşlere ve maddeye ters gibi görünen kararlar vermiş isede, biz bu kararların prensiplere uygunluğuna işaret etmeğe çalışacağız (2).

(*) Aksaray Tapulama Hâkimi.

(1) Resmî Gazete 12/ Temmuz/1966 tarih, 12346 no'lu sayısı. Düstur; V. Tertip, Cilt : 5, Sh : 2533.

(2) Maddenin diğer yönleri için :

Tapulama Kanunu Şerhi - Nusret Ozanalp Sh : 257, vd. ile Mustafa Çenberci'nin «Adli İsbat ve Tapulama Kanunu» isimli yazısına bakınız. Adalet Dergisi, Sene : 1966, Sy : 10.

Amacımız, bu madde ile ilgili kararları bir sistem içinde toplamak ve böylece uygulamacılar tarafından daha iyi anlaşılmasına yardımcı olabilmektir.

II — GENEL OLARAK İSBAT :

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından, isbat hukukuna ve isbata ait kurumlara (müesseselere) genel bir bakış yapmakta yarar vardır.

Tapulama işlemi, «bütün taşınmazların kadastro planlarının tanzimi ve hak sahiplerinin doğru olarak tayini» işini kapsar, bu niteliği ile «tasfiye işlemi» yaparak, Türkiye Devleti devam ettikçe kullanılacak tapu kütüklerini düzenler. İşte bu nitelik, tapulama hâkimini, çoğukez kökü 50-60 senelik uyuşmazlıklarla karşı karşıya getirir. Bu durumda, uyuşmazlıkların çözümlenmesinde kanıtlama (isbat külfeti) büyük önem kazanır.

Medeni Yasanın 6. maddesindeki genel kurala göre herkes savını (iddiasını) kanıtlamakla (isbatla) yükümlüdür (3).

(3) Konu kanıtlama ilişkili iken, Tapulama Yasasının uygulaması bakımından özelliği olan iki durumu belirtelim : Ortak miras bırakandan kalan mirasta, kural, malın paylaşılmadığıdır. Bu sebepten, malın paylaşıldığını kanıtlama bunu ileri süren tarafa düşer. Davacı, paylaşılmadığını ileri sürse bile bu tür olaylarda malın taksim edildiğini kanıtlama yükü davalıya düşer. Yargıtay 7. HD. 6.11.1972 tarih, 972/7175 sayılı kararında bu hususu açıkça belirtmiştir : «Tapulama tesbiti taksime dayanmaktadır. Davalıda tesbit gibi taksim definde bulunmuştur. Davacı taksim yapılmadığını ortak miras bırakandan kendisiyle davalıya kaldığını ileri sürmüştür. İtiraz üzerine tapulama tutanağı dava üzerinde Tapulama Komisyonu kararı aksi isbat edilmesi gereken bir belge olmak niteliğini kaybeder. Bu durumda Tapulama Hâkiminin tesbit yapılmamış gibi tarafların iddia ve savunmalarına göre uyuşmazlığı çözmesi gerekir. Hal böyle olunca genel hükümler çevresinde beyine külfetinin düşünülmesi ve ona göre de isbat yükünün belli edilmesi zorunludur. Kendisine isbat yükü düşmeyen kimse bakımından TK. 60. mad. uygulanmaz. O halde olayda davalının taksim defini isbat etmesi gerekir.» (Yayınlanmamıştır. Özel dosya). Aynı mahiyette 7. HD. 11.7.1969 tarih, 969/4187, 969/5681 (Ozanalp 558).

İkinci durum : Burada da davalıya kanıtlama yükümlülüğü yükletiliyor. Karar şöyledir : «Dava konusu parseller davalı taraf adına zilyedlik sebebine dayanılarak tesbit edilmiştir. Hazine itirazında sebep göstermiş fakat delil göstermemiştir. Bu nevi tapusuz taşınmaz mallarda aslı malik devlettir. Ve hazine itiraz etmekle tesbit ortadan kalkmış olacağından gayrimenkulün kimin namına tesbit olunacağı ve tesbitte bir belgeye dayanılmadığına göre zilyedlikle iktisap şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin re'sen araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.» HGK. 8.3.1972 tarih, 968/7-294/148 kararı. Enteresan olan bu içtihadın tam metni için ABAD. 973/4. sh. : 748 e bakılmalıdır. Yargıtay'ın bunun aksine kararlarında vardır. HGK. 16.5.1974 tarih, 969/7-8 esas, 974/212 sayılı kararı (İKİ Sy. : 163, Sh. 2877).

Kanıtın (isbatın) doktrinde, hepsi aynı içerikte olmakla beraber, farkı tarifleri vardır (4). Bir davada çoğukez uyuşmazlık, bir olayın varlığından doğar.

Uyuşmazlığın çözümlenmesi için, bu olayın, mahkeme önünde, Yasada belirlenen yöntemler içinde saptanması gerekir. Biz buna isbat diyoruz. Bunun vasıtalarına da delil diyoruz. Bu saptamanın yapılması yöntemleri iki türdür :

1 — Bu saptama, ancak belirli delillerle yapılıyorsa buna «kanuni delil sistemi»,

2 — Bu saptamada her türlü delilin kullanılması mümkünse bunada «takdiri delil sistemi» (serbest delil sistemi)

Bu delillerin incelenmesi, yargıç önünde yapılabilir. Bu deliller yargıç önüne nasıl gelecek ? bu konuda da karşımıza iki sistem çıkıyor :

1 — Delillerin taraflarca izhar kuralı

2 — Delillerin re'sen araştırma ve elde etme kuralı

Türk Usul Hukukunda, genel kural, «takdiri delil sistemi» isede, bunun ayrıcalıkları vardır. Delillerin yargıç önüne getirilmesinde de», taraflarca izhar prensibi» ana kuraldır. Ancak bununda ayrıcalıkları vardır (5).

Konu dışı olmakla beraber önemi nedeniyle şunuda açıklayalım ki, Yargıç tarafların dayanıp, kanıtladıkları «olay» larla tamamen bağlı isede, buna uyan (terettüp eden) hukuki sebebi, doğrudan doğruya araştırmak ve kararını buna göre vermek yükümlülüğündedir. Yargıç, olayla bağlı olduğu halde hukuki sebeple bağlı değildir.

Tapulama Yasası bakımından durum aşağıda incelenecektir.

(4) Kuru : Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vak'aların mevcut olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi amaliyesine isbat denir. Demektedir. (Bak : Kuru Sh : 368).

Belgesay : İsbat bir iddianın, bir beyanın, doğruluğuna muhatabın inandırılmasıdır. Diyor. (Şerh isbat teorisi sh : 5).

Postacıoğluna göre ise : İsbat bir vak'anın doğruluğuna hâkimin inandırılmasıdır. (Bak : Postacıoğlu Sh : 349).

(5) Bak : Kuru Sh : 355.

III — K A P S A M :

İnceleme konumuz olan 54. maddenin metni şöyledir.

Hâkimin takdiri

Madde 54. Hâkim; Tarafların delillerini topladıktan sonra re'sen tahkikatı genişletmek; Lüzum gördüğü diğer delilleri toplamak ve delilleri serbestçe takdir etme yetkisine haizdir. Tahkikatta elde edeceği kanaata göre beşinci bölümde yazılı esaslar dairesinde karar vermek ve gayrimenkulün kimin adına tescil edileceğini belirtmekle mükelleftir. Gayrimenkulün ölü bir şahsa ait olduğu tahakkuk eder ve alâkahlar mirascıların tahkikini istemezlerse ölü olduğu yazılmak suretiyle o şahsın adına tescil kararı verilir.

Görüldüğü gibi madde, farklı nitelikte diyebileceğimiz bir kaç hükmü birden içeriyor. Biz bu hükümlere önce genel olarak göz atalım, sonra, ayrı ayrı ve daha yakından inceleyelim.

A. GENEL OLARAK :

Madde, «uyuşmazlıkların tapulama mahkemesinde çözülmesi» başlıklı altıncı bölümde yer alır. Maddenin başlığı, «hâkimin takdiri» dir. Maddenin Yasa sistemâtîği içindeki yeri, bunun bir usul hükmü olduğunu ortaya koyuyor. Bu doğrudur. Madde içeriği itibariyle bir usul hükmüdür. Ancak taşıdığı hükümler bakımından iyi yasalaştığı söylenemez (6) : «Delilleri serbestçe tahkik etmek yetkisine haizdir». Kaydı her halde 53. maddenin birinci fıkrasının tekrarından başka bir şey değildir. (7) İkinci olarak «tahkikatta elde edeceği kanaata göre beşinci bölümde yazılı esaslar dairesinde karar vermek» ibaresinde de bir tekrar vardır. Yargıç, serbest delil takdiri yetkisini haiz olunca elbette edineceği kanaata göre karar verecektir. Tapulama Yargıcının bu yasayı uygularken, bu arada beşinci bölümde uygulayacağı meydandadır. Bu altıncı maddenin de bir gereğidir. Üçüncü olarak, yargıç karar vermek ve kimin adına tescili gerekiyorsa bunu belirtmek yükümlülüğü ile son cümledeki hüküm madde başlığı ile hiçte uyuşma halinde değildir.

Bu konuya dokunmaktan gayemiz, Yasayı tenkit değildir. Bununla maddenin uygulamada metinden uzaklaşmasındaki sebebe işaret edilmek istenmiştir. Ancak şunuda belirtelim ki, Yargı-

(6) Bak : Çemberci 55 no'lu dipnot.

(7) Yargıtay Üyesi Nusret Ozanalp her iki maddenin birbirini tamamladığı görüşündedir (Bak : Ozanalp, Sh : 257).

tay'ı bu uygulamaya götüren sebepten biride, Kanun «tasfiye kanunu» olma niteliğidir. Yargıtay, tapulaması yapıp, tesçile bağlanan bir taşınmaz için, artık bütün uyuşmazlıkların son bulmasını düşünüyor. Burada 54. maddenin yasaya konuluş nedenini gayet güzel belirleyen Yargıtay Üyesi S. Mustafa Çemberci'nin şu görüşüne de yer verelim : «54. maddenin kanuna konuluş nedeni, doğru kütük (sicil) kurmaktır; Başka bir söyleyişle, gayrimenkul gerçekte kiminse onun adına kütüğe yazmalıdır. Bu suretle üçüncü kişilerin haklarının korunması amacı güdülmektedir. Bir hukuki esası, onun gerçekleştirmek istediği amaç doğrultusunda uygulamak gerekir. Taraflardan biri yararına verilecek tesçil hükmü, esas itibariyle, üçüncü kişilerin haklarını yitirme sorununu doğurmaz» (8).

Bu maddenin, yasaya konuluşundaki sebebi ve içeriğini açıklayan «gerekçe» nin ilişkin kısmında buraya almakta yarar vardır : «Tapulama, haksahiplerinin doğru olarak tayini gayesini istihdaf eder. Hâkimin vazifesi ihtilaf halinde bulunan tarafların ileri sürdükleri iddia ve müdafaaları tetkik ile nihayet bulmuş olmaz. Hâkim ittihaz edeceği karar ile yeni bir sicil ihdas edecektir. Bu sicilin doğru olarak ihdas edilmiş olması lazımdır. Davada taraf olanların davayı iyi takibetmemeleri veya üçüncü şahıs zararına olarak aralarında uyuşmaları takdirinde üçüncü şahsa ait bir gayrimenkul hakkında sicil tesisi neticesi doğabilir. Bu sebeple lâyiha, hâkimi tarafların iddia ve müdafaaları ile bağlı tutmamıştır. Tarafların delillerini topladıktan sonra re'sen tahkikatı genişletmek ve lüzumlu gördüğü diğer delilleri toplamak salâhiyeti hâkime tanınmıştır».

Madde de «takdiri delil sistemi» kabul edilmiştir. Maddedeki «delilleri serbestçe takdir etmek yetkisini haizdir». İbaresini ile bu açıklanmak istenmektedir. Ancak kural olarak bunun benimsendiğine dair gerekçede bir kayıt yoktur. Uygulamada «Hâkimin serbestçe delil takdir etmek yetkisi» bulunduğu kabul edilir (9). Uygulamamızda yargıç'ın takdir yetkisinde yanılmaya düşmesi bozma sebebi yapılıp. Adli örf haline gelmiş bu uygulamanın yanında Yargıtay'ın doğrudan takdir hakkını kullanarak verdiği kararlara da raslanmaktadır (10).

(8) Çemberci Sh : 733.

(9) 7. HD. 12.1.1976 tarih, 975/268 - 976/107 sy. kararı (yayınlanmamıştır özel dosya).

(10) 7. HD. 15.10.1975 tarih, 974/6286 - 975/5219 (yayınlanmamıştır özel dosya) Ayrıca (Bak. Çemberci 22 no'lu dip not).

Delillerin yargıç önüne getirilmesinde de «delillerin re'sen araştırma ve elde etme kuralı» benimsenmiştir. Bunu daha yakından inceleyelim :

B. RE'SEN ARAŞTIRMA :

Gerçek hak sahibinin belirlemekle görevli tapulama yargıcı, tarafların delillerini topladıktan sonra doğrudan doğruya (re'sen) araştırmayı genişletmek, gerek gördüğü diğer delilleri toplamakla yükümlüdür. Ancak bu görevi salt (mutlak) mıdır ? her davada, taraflarca delil ibraz edildikten sonra doğrudan doğruya re'sen araştırma yapacak mıdır ? Bu sorulara her zaman evet demek mümkün değildir.

Uygulamada Yargıtay pek çok konuda, re'sen araştırma yapılarak gerçek mal sahibini belirlemek gerektiğine işaret eder.

Önce bir kaç örnek verelim sonra kurallar bulmağa çalışalım :

Bir davada, taşınmaz soydan gelen zilyedlikle ve dıştan (hari-ci) paylaşmaya dayanılarak, davacı adına tesbit edilmiş, davalılar sadece tesbitin haksız olduğunu ileri sürerek itiraz etmişler ve komisyonca ortak yazılmış, davacılar zilyedliklerine dayanarak dava açmışlar ve verilen karar (11) Yargıtay'ca şu şekilde bozulmuştur :

«Nizalı parselin kime ait olduğu ve kim tarafından ne şekilde kullanıldığı kesin bir şekilde tesbit edilmemiştir. Bu itibarla bu husus kesin bir şekilde tesbit edilmeli, sonuçta umumun istifade ettiği bir yer olduğu anlaşıldığı takdirde 766 sayılı Tapulama Kanununun 36. maddesi gereğince hüküm tesis edilmek gerektiği gibi 766 sayılı Tapulama Kanununun 1 ve 54. maddeleri gereğince re'sen araştırma yapılarak gerçek hak sahibi adına teşçile hükmolunmak icap eder» (12).

Bu hadisede, dava taraflarca takip edilmekte idi. Ancak taraflarca gösterilen tanıklardan biri, dedesinin camii için tuvalet yeri olarak bağışladığını söylemiştir. İşte Yargıtay bu konunun doğrudan doğruya araştırılması gereğini belirtiyor.

Yargıtay bir başka kararında, tarafların ortak miras bırakanından kalan malın paylaşılmasından doğan davada, taraflarca gösterilen kanıtları yeterli bulmamış ve karar şu şekilde bozmuştur.

(11) Tomarza Tapulama Mahkemesi 1967/1 esas sayılı dosya.

(12). 7 HD. 28.12.1970 tarih, 8196 - 8098 sayılı kararı (yayınlanmamıştır. Özel dosya).

«Davacı murisi Emir oğlu İbrahim'den intikal ettiğini bildirmiş, Emir oğlu İbrahim öldükten sonra, mirasçılar arasında taksim yapılmadığını ileri sürmüştür. Mahkemece itirazın reddi ve iş bu parsellerin tesbit veçhile davalı Emir oğlu İbrahim mirasçıları adına tapuya teşçili cihetine gidilmiştir. Araştırma ve soruşturma hükme yeterli bulunmamaktadır. Taraflardan iddia ve müdafası dahilinde delil istenmek, gösterdikleri takdirde şahitleri dinlemek ve icabında 509 sayılı Tapulama Kanununun 54. maddesi uyarınca re'sen gerekli inceleme yapılmak ve delillere müsteniden hüküm tesis edilmek gerekirken» (13)

Yargıtay Genel Kurulu bir Kararında :

«Mahkemece davanın halli zımında biri tutanak mümzilerinde olmak üzere re'sen seçilen üç kişiyle keşif yapılmış ve ayrıca yargılamanın 8.12.1964 tarihli oturumunda tutanak mümzisi olan iki kişi re'sen şahit olarak dinlenmiş iş bu bilirkişilerle şahitlerin beyanı yeterli görülerek hüküm ittihaz olunmuştur. Davahlardan savunmasını isbat için hiç bir delil istenmemiştir. Savunma, tutanak muhtevasından değişik olduğuna göre bu cihetin davalıdan delil istenerek aranması gerekti. Zira tutanak mümzileri ve re'sen seçilen bilirkişiler davalının savunmasının delili olamaz. Kaldiki tapulama mahkemesi, Tapulama Kanununun 54. maddesince gerçek hak sahibini aramakla ve taşınmazın kimin adına teşçil edileceğini belirtmeye yarayacak bütün delilleri toplamakla yükümlüdür (14).

Burada taraflar yönünden karar verilmek icap etmiş olmasına rağmen Yargıtay, 54. maddenin tatbikini öngörmüş, yani genel hukuk mahkemelerinden ayrı olarak, tarafları yeniden kanıt bildirmek için zorlamıştır.

Başka bir genel kurul kararı ise şu şekildedir :

«Tapulama hâkimi, 766 sayılı Tapulama Kanununun 54. maddesinde yer alan temel kural gereğince tarafların gösterecekleri delilleri toplamak ve uyuşmazlığın çözümü için

(13) 7. HD. 19.10.1965 tarih, 3620 - 5851 sy. kararı (yayınlanmamıştır. Özel dosya).

(14) HGK. 8.4.1970 tarih, 966/7 - 1220, 970/177 (ABAD. sene 1970, sy. 4, sh. : 665).

Aynı nitelikte HGK. 10.9.1975 tarih, 973/7 - 434, 975/957 (İKİ. sy. : 181, sh. 4019).

gerekli olan deliller yönünden re'sen tahkikatı genişletmek ve gerçek maliki belirtmekle yükümlü» dür (15).

Burada da Yargıtay, taraflarca bildirilen kanıtların yanında aynı doğrultuda, doğrudan doğruya araştırma yapılması gereğine işaret etmiştir.

Bir genel kurul kararındaki şu görüşte dikkat çekicidir :

«Özellikle tapulama hâkimi gerçeğin anlaşılması için itiraz nedenleriyle bağlı kalmaksızın inceleme yapılabileceğine» (16)

Bu konuda en belirgin durum 19.1.1972 tarihli kararlar ortaya çıkmaktadır :

«1482 ve 1483 parsellerin aslında bir parça halinde, davacı R.D. nin babasından intikalen zilyedliğinde iken, 1953 yılında ikiye ifraz edip, 1482 sayılı parselin davalı S.K. ya haricen sattığı ve 122 sayılı vergi kaydının nizalı yere ait bulunduğu açıklanarak; 1482 sayılı parselin davalı adına yapılan tapulama tesbitine itiraz eden davacı kendi yerinden 300 metre karelik bir parçanın davalı S. in parseli içine alındığını ileri sürmüştü, bu nedenle davalının müdahale muaraza sınırın önlenmesini ve tesbitin düzeltilmesini istemiştir.

Taraflar arasında uyuşmazlık, krokide C işaretiyle gösterilen parçanın davacı tarafından davalıya satılan yere dahil olup olmadığı noktasındadır.

766 sayılı Tapulama Kanununun 54. maddesi hükmünce, hâkim nizalı taşınmaz malın gerçek malikini aramaya zorunludur. Gerekirse, bu konuda re'sen soruşturma yaparak gerçek malikin kim olduğunu ortaya koyacaktır.

Davacı, dava dilekçesinde delil olarak şahadete dayanmış olduğu halde davacıdan açıkça bir delil listesi istenmemiş ve şahitlerin kimler olduğu ve adresleri sorularak tutağa geçirilmemiştir.

(15) 13.10.1971 tarih, E. 967/7 - 531, K. 971/586 (ABAD. sene 1972, sy. : 2, sh. : 309).

Aynı nitelikte : HGK. 29.11.1969 tarih, E. 967/7 - 656, K. 969/852 (İKİ. sy. : 110, sh. 8375).

HGK. 19.1.1972 tarih, 968/7 - 147, K. 972/25 (İKİ. sy. : 146, sh. : 1822).

HGK. 13.3.1974 tarih, 1969/132, K. 1974/205 (İKİ. sy. : 166, sh. : 3048).

7. H. D. 12.5.1975 tarih, 1974/3583 - 1975/2634 ,Y. C. I., sy. : 11, sh. : 46).

(16) HGK. 7.7.1971 tarih, 968/7 - 802, K. 971/438 (ABAD. sene: 791, sy. : 6, sh. : 939).

Mahkemece, özel dairesinin yerinde olan bozma ilamına uyulmayarak» (17)

Burada görüldüğü gibi taraflar arasındaki uyuşmazlık tamamen özel nitelikte bir konudan çıkmaktadır. Bir an için bu davanın genel mahkemede açıldığını düşünelim, burada davacı savını (iddiasını) kanıtlayamamış olacak davası reddedilecektir. Ancak tapulama mahkemesinin özelliği işte burada başlamaktadır. Eğer genel mahkemelerde devren gelmişse, malik hanesi boş olduğundan, malikhanesi doldurulmak gerekir. Eğer komisyon kararı sebebiyle gelmişse bu takdirde de, dava açılmakla, komisyon kararı ortadan kalkmış olacağından tapulama yargıç'ı, teknisyenin yaptığı gibi malikini belirlemek durumunda olduğundan yine araştırma yapacaktır. Bu araştırma «gerçek hak sahibinin» kesin kanıtlarla ortaya çıkmasına kadar yapılacak, üstünkörü bir belirleme yoluna gidilmiyecektir. Bu gayeye ulaşmak için yargıç kendiliğinden de araştırma yapacaktır.

Burada doğrudan doğruya araştırmanın bir örneğini daha verelim :

Yargıtay bir kararında :

«Yargıtay bozmasından sonra hazine, bu yerin orman olduğunu ileri sürmüştür. Bu yön doğrudan doğruya (re'sen) soruşturulması gereken bir nitelik taşır (18).

54. madde, bilirkişilerle şahit beyanları arasındaki çelişkinin halli için de dayanak olmuştur :

(17) HGK. 19.1.1972 tarih, E. 968/7 - 147, K. 968/25 (ABAD. sene : 1972, sy. : 7, sh. : 664).

Bu içtihadın daha iyi değerlendirilmesi için direnmeye konu olan 7. Hukuk Dairesi kararını buraya alalım :

7. HD. KARARI : Tapulama sırasında 1483 sayılı ve 790 metrekare yüzölçümlü gayrimenkulü irsen intikal eden zilyedliğe ve paylaşmaya dayanarak R. D. adına ve 1482 parsel sayılı 308 metrekare yüzölçümündeki gayrimenkulde 1483 parselden ifraza ve R. D. tarafından haricen yapılan satışa dayanılmak suretiyle davalı S.K. adına tesbit edilmiştir. Davacı R.D. satış dışına çıkılarak davalıya daha fazla yer verildiğini ileri sürerek iki gayrimenkulün tesbitine itiraz etmiş ve komisyonca ayrı ayrı itirazın reddedilmesi üzerine kanuni süresinde iş bu davayı açmıştır. Her ne kadar davacı 5.4.1967 tarihli celsede, davalının şahitlerini açıklaması üzerine konuşmayı bilen yoktur demişse de bu beyan açık olmaması gibi usulen, tefsik dahi edilmemiş olduğundan davacı alcyhine bir sonuç çıkarmaya yeterli değildir. 766 sayılı Kanunun 54. maddesi hükmüne göre hâkim tarafların delillerini topladıktan sonra re'sen tahkikatı genişletmek, lüzum gördüğü diğer delilleri toplama yetkisine haizdir. Bu itibarla davacıdan da dava dilekçesinde açıkladığı şahitlerin kimler olduğu sorularak bunlarda usulen dinlenmek ve başkaca delilleri bulunup bulunmadığına tesbit edilmek, deliller serbestçe tahkik edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, davacının temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan kabulü ile hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

(18) 7. HD. 6.11.1970 tarih, 3692 - 6268 (Ozanalp sh. : 561).

«Yargıtay özel dairesiyle mahkeme arasındaki uyumsuzluk nizalı parsel içinde kalan ve A işaretiyle gösterilen bağ üzerinde davacıların zilyedlik süresinin 20 yılı doldurup doldurmadığının mahkemece gereği gibi araştırılmış olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Mahkemece 766 sayılı Kanunun 54. maddesi hükmünce, gerekirse re'sen yapılacak soruşturma ile davacıların zilyedlik süresinin belirlenmesi... (19) gerekmektedir.

Doğrudan doğruya araştırma ve gerçek hak sahiplerini belirleme yükümlülüğü tarafların anlaşması halinde de karşımıza çıkar; Tüm paydaşlara veya beliren tüm paydaşların katılması olmadan taraflar, anlaşamazlar, olsalar bile bu tapulama yargıcını bağlamaz (20).

Hâkimin doğrudan doğruya araştırma yapması prensibinin bir başka görünümünde, tarafların delillerini yargıçın kendisinin temin etmesidir. Tapulama mahkemelerinde taraflar sadece delillerini bildirmekle yükümlüdür. Onlara bu delilleri «temin etmek» yükümlülüğü yoktur (21). Bu işi tapulama yargıçı yapacaktır (22). Yedinci H.D. bir kararında aynen şu esası kabul etmiştir :

«Tapulama davalarında davacılar, itiraz sebep ve delillerini tapulama mahkemesine bildirdikleri takdirde artık davacının duruşmaya gelmesinde bir zorunluluk yoktur. Mahkeme delilleri toplayıp iddiayıda gözönünde tutarak bir karar vermekle yükümlüdür (23).

Buraya kadar doğrudan doğruya (re'sen) araştırmaya ait uygulamadan örnekler verdik. Şimdi ise yargıcın doğrudan araştırma yapmadığı durumlara göz atalım :

Yargıtay genel kurulu, bir kararında aynen şu görüşü benimsemiştir :

«Tapulama davasında da tarafların ileri sürmedikleri ve dava konusu etmedikleri yönler mahkemece doğrudan doğruya gözönünde tutulamaz. Tapulama davalarının bu bakımdan genel hukuk davalarından bir ayrımı yoktur. Tapulama Kanununun 54. maddesi hük-

(19) HGK. 2.6.1971 tarih, 967/7-462, 971/348 (ABAD. sene : 971, sy. 6, sh. : 937) tafsilât için kararın aslına bakılmalıdır.

(20) 7. HD. 18.3.1974 tarih, 973/7422, K. 974/1332 (Y. C. : s, sy. : 4, sh : 53).

Aynı nitelikte HD. 12.1.1970 tarih, 969/8108, K. 970/3 (Ozanalp, sh. : 558).

(21) 7. HD. 16.10.1970 tarih, 970/6845, K. 1970/5745 (Ozanalp sh : 596).

(22) 7. HD. 2.2.1970 tarih, E. 970/197, K. 1970/556 (Ozanalp sh : 593).

(23) 20.10.1970 tarih, E. 1970/6853, K. 1970/5880 (Ozanalp sh : 604).

mü bu gibi durumlarda uygulanamaz. 54. madde davada taraf olmayan kişilerin haklarının meydana çıkarılmasına amaç güden bir hüküm taşımaktadır». (24) Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesinde pek tabi olarak buna paralel hükümleri mevcuttur. (25) Yargıtay'ın yerleşmiş olan bu görüşü tapulama işlerinde daha çabuk sonuç almaya olanak verir. Bu kararın madde ile çelişki halinde olduğu ileri sürülebilir. Bunu ilerde tartışacağız.

Burada doğrudan doğruya araştırmanın bir ayrıcalığına daha dokunalım :

HGK. bir kararında aynen şöyle demiştir :

«Her ne kadar tapu kayıtlarına istinaden yapılan tesbite itiraz halinde tutanak kapsamının re'sen soruşturulması gerekirse de, itirazdan sonra dahi tapu kaydının bu yere ait olmadığı hususunda hazine ile diğer taraf arasında bir iddia ve savunmada bulunulmamıştır. Aksine, tapunun o yere aidiyeti yönünden taraflar söz birliği etmişlerdir. Uyuşmazlık miktar fazlasına inhisar etmektedir. Tarafların söz birliği ettikleri yönlerin incelenmesi gerekmez (26).

Böylece «gerçek hak sahibinin» belirleyen yargıç her zaman o kişi adına teşçile karar verebilecekmidir ? Şimdi ayrı ayrı o olasılık halini inceleyelim :

1) Üçüncü kişiler lehine karar verebilme halleri :

Tapulama hâkimi, kökleşen Yargıtay görüşlerine (27) göre, davada taraf olmayan üçüncü kişiler yararına hüküm verebilir. Bu uygulamada çeşitli şekillerde karşımıza çıkar. Örneğin; Davacı, tapuya dayanır ve tapunun nizalı yere uygunluğu gerçekleşir, eğer tapu davacı adına değilse, yargıç diğer hak sahiplerinin durumunu araştırarak, eğer davacı diğerlerinin (örneğin nizalı yer miras bırakan adına tapuda kayıtlı olupda davacı paylaşmayı kanıtlamazsa) hakkı olmadığını kanıtlayamadığı takdirde, tapu sahibi adına, kendiliğinden karar verecektir (28).

(24) 30.12.1970 tarih, 1967/7 - 70 K. 773 sy. 11 kararı (Bak. : ABAD. 1971, sy : 4, sh : 558). Genel Kurulun bu görüşü yerleşmiştir. Aynı nitelikte : 10.1.1970 tarih, 7/1375 - 15 sy. 11 kararı (ABAD. sene : 1970, sy : 4, sh : 614).

(25) 13.2.1969 tarih, 968/8855 - 969/1230 no'lu kararı (Bak : Ozanalp sh : 557).

(26) HGK. 30.4.1969 tarih, 7/1095 - 544 (Ozanalp sh : 555).

(27) 7. HD. 4.6.1970 tarih, E. 1970/3574, K. 1970/3473 (Ozanalp sh : 559).

HGK. 13.6.1975 tarih, E. 1973/7 - 185, K. 1975/751 (İKİ. sy : 181, sh : 4028).

(28) 7. HD. 9.10.1970 tarih, E. 1970/6090, K. 1970/5557 (Ozanalp sh : 557).

Aynı nitelikte : 7. HD. 15.10.1975 tarih, E. 1974/6232, K. 1975/5217 (yayınlanmamıştır. Özel klasör).

Burada şu hususu da açıklıyalım : Tapulama yargıcı da istek dışı karar veremez. O da tarafların istekleriyle bağlı olarak hüküm verme durumdadır. Ayrıca fazlayı talep eden kimsenin elinden yararına belirtileni (adına tesbit edileni) geri alma şeklinde hüküm verilmesi mümkün değildir. Örneğin bir taşınmazı davacı adına ortak tesbit edilmiş, davacı, tamamının kendisine ait olduğunu dava etmiş, yapılan araştırma tamamının üçüncü, şahsa ait olduğu anlaşılırsa, mahkeme, davacının da hissesini iptal ederek, tamamını başka şahsa teşçile karar veremez (29).

2) Üçüncü kişiler lehine karar verilemeyen haller :

Yukarıdaki kararlara prensip kararı gözüyle bakmak mümkün mü acaba ? Bu konuda her zaman olumlu cevap vermek mümkün değil zannediyorum. Bazı kararlarda bunun aksine raslamak (30) mümkün oluyor.

Enteresan bir örnek verelim : Davacı, davalı adına tesbit edilen parselde ortak olduğu, payı (hissesi) bulunduğundan dava etmiştir. Yapılan araştırma sırasında, niza konusu parselin bir kısmının, 7-8 sene önce haliden sürüldüğünün tesbit edilmesi sebebiyle, bu kısım Hazine adına teşçiline karar verilmiş idi (31). Yargıtay bu kararı.

«Davacı, nizalı parselin pay durumuna itiraz etmiş miktarını uyuşmazlık konusu etmemiştir. Bu durumda uyuşmazlık paya yönelmiş olduğu ve miktar yönü kesinleşmiş bulunduğundan olayda 766 sayılı Tapulama Kanununun 54. maddesi hükmünün uygulama olanağı bulunmaktadır.

Mahkemece bu yön nazara alınmaksızın 766 sayılı Tapulama Kanununun 54. maddesi uyarınca kayıt miktar fazlasının hazine adına tesbiti cihetine gidilmesi isabetsiz» (32) diyerek bozmuştur.

(29) Yargıtay bir kararında bunu şu şekilde belirtmiştir :

«Dava konusu parselin aslında satıcı Kuddusi ve Selver'in babaları Ali Dede'ye ait olduğu ve adı geçenin 1933 yılında öldüğü ve mirasınin iştirak halinde bulunduğu uyuşmazlık konusu değildir. Bu durumda paydaşların herhangi birinin tek başına satışı geçerli değilse, davacı Alinin davası yönünden kendi aleyhine sonuç yaratacak bir karar verilemeyeceğinden 1/2 payın Ali adına, 1/2 payında geçerli olması nedeniyle 54. maddesi hükmü gözönünde bulundurularak Selver adına teşçile hükmedilmek gerekir. «7. HD. 15.10.1975 tarih, 1974/6232, 1975/5217 (yayınlanmamıştır. Özel dosya) Aynı nitelikte 7. HD. 27.1.1969 tarih, E. 1968/8446, K. 1969/571 (Ozanaip sh: 557).

(30) 7. HD. 12.5.1975 tarih, E. 1974/3583, K. 1975/2634 (Y. Cilt: 1, sy: 11, sh: 47).

(31) Aksaray Tapulama Mahkemesi 1970/212 esas sayılı dosya.

(32) 7. HD. 10.10.1974 tarih, E. 1973/9520, K. 1974/5187 (yayınlanmamıştır. Özel dosya).

Bu kararın üzerinde durmak lazımdır. Bu karar «re'sen araştırma» konusu işlerken karşılaştığımız bir çok kararlarla çelişki halindedir. Ancak Yargıtay, böylece davaların daha kısa zamanda sonuçlandırılmasına olanak sağlamak istemiş olabilir.

Komisyonca, adına tesbit yapılan kimsenin, adının iptali halinde o kimse, komisyon kararı aleyhine dava açmazsa, hâkim yaptığı tahkikat neticesinde o kimsenin gerçek hak sahibi olduğunu tesbit etse bile bu kişi lehine karar veremez. Çünkü o şahıs aleyhine olan komisyon kararı kesinleşmiştir. Kesinleşen komisyon kararı aksine hüküm verilemez (33). Buna benzer bir durumda şudur: Bir kimse, tapulama tesbitine itiraz etse, itirazı komisyonca red edilse ve bu karar aleyhine dava açmazsa, artık o kişi lehine karar verilemez. Bu kişi, artık o dava için üçüncü kişi sayılamaz (34). Bir diğer durumda şudur: Önce aleyhine verilen karar taraflardan birisince temyiz edilmemiş ise, bozmadan sonra yapılan tahkikat sonunda gerçek hak sahibinin o kişi olduğu ortaya çıksa bile, artık o kişi lehine karar verilemez. Böyle bir durum daha çok hazine için söz konusu olur (35).

Bir enteresan örnek daha verelim: Bir taşınmaz, miras bırakan A ve B ye geçmiş ve bu kişiler ayrı ayrı davacı ve davalılara paylarını satmışlar. Ve tapulama tesbiti sırasında bu satış sebebiyle yer davacı ve davalı adına tesbit edilmiştir. Davacı tamamını aldığından bahisle davalı hissesinin iptalini dava etmiştir. Mahkeme, davacı ve davalının hisselerinin iptaline ve taşınmazın A ve B adına tesciline karar vermiştir (36). Yargıtay bu kararında, şu gerekçe ile bozmuştur.

«Dava konusu parselin aslında satıcı Kuddusi ve Selver'in babaları Ali Dedeye ait olduğu ve adı geçenin 1933 tarihinde öldüğü ve mirasının iştirak halinde bulunduğu uyuşmazlık konusu değildir. Bu durumda paydaşlardan her hangi birinin tek başına satışı geçerli değilse davacı Ali Yalçın'ın davası yönünden kendi aleyhine sonuç yapacak bir karar verilemeyeceğinden 1/2 payın Ali Yalçın adına 1/2 payında satışın geçerli olmaması nedeniyle ve 766 sayılı Kanununun 54. maddesi hükmü gözönünde bulundurularak Selver adına tesciline hükmedilmek gerekirken» (37).

(33) 7. HD. 24.1.1969 tarih, 1968/5880, 969/528 (Ozanalp sh: 557).

(34) 7. HD. 11.7.1969 tarih, E. 1969/4836, K. 1969/5640 (Ozanalp sh: 558).

(35) 7. HD. 5.2.1970 tarih, 1970/686, 1970/655 (Ozanalp sh: 559).

(36) Aksaray Tapulama Mahkemesi 1972/178 esas sayılı dosya.

(37) 7. HD. 15.10.1975 tarih, E. 1974/6232, K. 1975/5217 (Yayınlanmamıştır. Özel dosya).

Görülüyor ki, burada da 54. madde gereğince gerçek hak sahipleri adına tescile esaslı bir (ayrılık) getirilmiş, ancak varis Selver yönünden ise yine 54. madde gereğince karar verilmiş oluyor. Bu karar, görünüş itibariyle maddeye aykırı gibi geliyorsa da, bir insanın kazandığını, kendi davası sebebiyle geri almak, hukukun genel prensiplerine aykırı olur.

3) Diğer durumlar :

Burada şunada dokunalım, davacı kanıtlama yükümlülüğünün kendisine düşmesi hallerinde itirazın sebebini veya delillerini bildirmemişse, yargıç önce 60. madde gereğince bu yönü hal edecektir. Eğer meşruhatlı tebligata rağmen davacı sebep veya delillerini bildirmezse, artık yargıç 54. madde gereğince inceleme yapamaz. Çünkü bu takdirde yargıç davaya girmiş değildir. Halbuki 54. madde uygulanması ancak dava içinde mümkündür (38).

Davanın, genel mahkemelerden devredilmesi halinde, kesinleşmiş bir durum söz konusu olmadığından, yargıç, gerçek hak sahibini belirlemede daha geniş bir yükümlülükle karşı karşıya olduğu söylenebilir.

Tapulama yargıcı gerçek hak sahibinin belirlerken, üçüncü kişi aleyhine durum yaratamaz; Yargıç, miras bırakan A nin malının paylaşıldığı veya paylaşılmadığı yönünden bir karar verecekse, bundan zarara uğrayacak, mirasçılarını davaya katmalıdır.

C. SERBEST DELİL TAKDİRİ :

Başında da belirttiğimiz üzere, kanıtların değerlendirilmesine ait hüküm, esas olarak 53. madde yer almıştır. Bizim inceleme konumuz ise 54. maddedir. Ancak yargıç, gerçek hak sahibini belirlerken kanıtların (delillere) göre serbestçe hareket edecektir. Kanıtların değerlendirilmesi olan «delil takdiri» ve prensiplerine, Tapulama yasası yönünden kısaca temas edelim.

D. HÜKÜM VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ :

Bu bölümü açıklarken önce 54. maddenin 1. madde ile yakın ilişkisine dokunmak gerekir. Bilindiği üzere Tapulama Yasası 1.

(38) 7. HD. 25.6.1970 tarih, 1970/3791 - 1970/3954 (Ozanalp sh : 560).

(38) 7. HD. 25.6.1970 tarih, 1970/3791 - 1970 3954 (Ozanalp sh : 560).

Aynı nitelikte Y. Nöbetçi Dairesi (7. HD.) 25.8.1965 tarih, 4581 - 4810 (AD. Ekim, 1966, sh : 737).

HGK. 30.5.1970 tarih, E. 7 - 12, K. 279 (H. Kan ve Niz. Cilt : VI, sh : 339).

maddenin 2. fıkrasında tapulamanın gayesini şu şekilde belirler. «Bütün taşınmazlar hakkında kadastro planlarının tanzimini, hak sahiplerinin doğru olarak tayinini ve tescile tabi gayrimenkulün sicillerini bırakılmaması». İşte bu gayeye uygun olarak tapulama yargıcı, tapulamaya tabi ve tescili gerekli bütün taşınmazların tüm hisse durumlarını belirlemekle görevlidir. Nitekim bir olayda, nizalı taşınmazın bir kısmı özel mülkiyet şeklinde tescile karar verildiği halde, kalanı için karar verilmemesi (39) sebebiyle Yargıtay'ca şu şekilde bozulmuştur.

«Nizalı 233 sayılı parselin yüzölçümü (11650) metre kare olarak malik hanesi açık bırakılmak suretiyle tesbit edilmiştir. Mahkeme 2393 metre karelik kısım için hüküm tesis edilmiş bakiye miktar bakımından her hangi bir karar verilmemiştir. 766 sayılı Tapulama Kanununun 1 ve 54. maddelerinde gayrimenkullerin tapusuz olanlarının bu kanun hükümlerine göre tapulamak ve tapulu olanlarında kayıtlarının bu kanun hükümlerine göre yenilemek suretiyle kadastro planı tanzim ve tapu sicilleri tesis olunacağı öngörülmüştür. Mahkemece, bu kanun açık hükmü nazara alınmaksızın tescil edilen 2393 metre karelik kısım dışında kalan taşınmaz hakkında hüküm tesis edilmemesi isabetsiz» (40).

Bu durum daha çok genel mahkemelerden gönderilmiş dosyalar için söz konusu olur. Gerçekten de olayımızda 233 parsel Sulh Hukuk Mahkemesi 4 ayrı dosyasında, nizalı olduğundan, malikhanesi boş bırakılmıştır.

IV — SON CÜMLE :

Yukarıda belirtildiği üzere, tapulamanın, bütün uyumsuzlukları kesin olarak sonuçlandırılması ve daha sonra bir daha uyumsuzluklara meydan kalmaması prensibi, bizi, bu günkü hak sahiplerinin ismen belli edilmesi gereğine götürür. Son cümle, yargıcı bu durumlarda çıkmazlara sokmamak için konulmuştur. Alâkalılarının açıkça mirasçılarının araştırılması için istekte bulunmamaları halinde, adına yapılmasına karar verilecek kimsenin ölü olması durumunda bunu belirterek, örneğin «Ömer oğlu ölü Mehmet» adına şeklinde karar verilecektir.

(39) Aksaray Tapulama Mahkemesi 1972/479 esas sayılı dosya.

(40) 7. HD. 25.9.1973 tarih, 1973/5089 - 5815 Y. Konu (Yayınlanmamıştır. Özel dosya).

Adına tesbit yapılan kimsenin ölü olması halinde, adına tes-cile karar verilirken «ö-lü» olduğu belirtilmezse bu Yargıtay'ca boz-ma sebebi yapıyor (41).

V—SONUÇ :

Bu madde, 1. madde de belirtilen tapulama gayesinin elde edil-mesini sağlayan en önemli maddelerden biridir. Tapulama ancak bu sayede çabuk, kolay, ucuz olur ve gerçekleşir. Yargıç kanıtları kendiliğinden toplamazsa, davaların arkadan (gıyapta) yürütüldü-ğü düşünülürse, «hak sahiplerinin doğru tayini» mümkün olamaz. Bu sebepten, madde ile ilgili uygulama çok siktir.

Madde içerdiği hükümler ile uygulamada ulaştığı boyutlar ara-sında aykırılıklar varmış gibi görülmektedir : Örneğin maddedeki «taraf-ların delillerinin toplandıktan sonra re'sen tahkikatı geniş-letmek» hükmü ile HGK. nun yukarıda belirtilen 30.12.1970 tarih, 70-773 kararı arasında aykırılık olduğu ileri sürülebilir. Ancak, bunun yerinde olduğu söylenemez. Derinliğine inceleme yapılnca bu mümkün değildir : Madde, tarafların kanıtlarının hükme yeterli olmaması halinde, gerçeğin daha iyi belirlenmesi için yargıç'ın ken-diliğinden de araştırma yapmasına olanak veriyor.

Yargıtay'ın, ortaya çıkan «gerçek hak sahibi» adına karar ve-rilemeyecek durumlara ait kararlarını yukarda gördük. Bunun 54. maddeye aykırı olduğu ileri sürülebilir. Bu da doğru değildir. Yar-gıtay'ı bu sonuca ulaştıran, başka prensiplerdir. Örneğin, gerçek hak sahibidir diye, yargıç tutanağın, aleyhine kesinleştiği kişi ya-rarına hüküm vermesi tapulama mahkemesinin görev anlayışına aykırı düşer.

Yukarıdaki incelememiz sonunda bizim ulaştığımız sonuçlar şunlardır :

1 — Tapulama yargıcı, gerçek hak sahibini belirlemek için kendiliğinden (re'sen) araştırma yapacaktır. Bunun sonucunda da-vada taraf olmayan kişiler lehinede karar verebilir.

2 — Yargıç, tarafların ileri sürmedikleri konularda kendiliğ-in-den araştırma yapamaz. Ancak tarafların ileri sürüpte yeterince kamthıyamadıkları, konular ve olayların yargıç tarafında doğru-dan araştırma yapılarak, her hangi bir şüpheli durum kalmayın-caya ve kesin kanıtlarla ortaya çıkıncaya kadar araştırılmalıdır.

3 — Üçüncü kişilerin yararına (hele kamu tüzel kişileri ve Hazine) bir durumun söz konusu olduğunda, yargıç bu konuda derinliğine ve kesin sonuç alıncaya kadar araştırma yapmalıdır.

4 — Üstün körü ve yetersiz kanıtlarla karar verilmemeli, dosya iyice olgunlaştırılmalıdır. Zira «hâkim ittihaz edeceği kararlar yeni bir sicil ihdas edecektir».

Çıkarılabilecek sonuçlardan biri de, Yargıtay, tapulama faaliyeti yapılan yerde, bu işlem tamamlandığında, artık o taşınmaz için bir daha tapulamadan önceki sebeplerle dava ortaya çıkmasın istiyor. Tapulama Yasası «tasfiye yasası» niteliğini daha çok bu şekilde anlıyor. Aslında da böyle anlaşılması lazımdır.

BİBLİYOGRAFYA

A — Kitaplar :

- 1) Ord. Prof. M. Reşit BELGESAY : *H. Muhakemeleri Kanunu Şerhi*
- 2) Nusret OZANALP : *Tapulama Kanunu Şerhi*, Ankara, 1971
- 3) Prof. Dr. Baki KURU : *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara, 1968
- 4) Prof. Dr. İ. Emin POSTACIOĞLU : *Hukuk Usulü Dersleri*, İstanbul, 1960
- 5) Dr. İsmet Sungurbey : *Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ankara, 1966

B — Kanunlar :

- 1) İrfan Ersoy : *H. Muhakemeleri Kanunu*, Ankara, 1966
- 2) H. Orhan Demirhan - İlksev Tazebay : *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, Ankara, 1966.
- 3) Mustafa GÜRSEL - İrfan DÖNMEZ : *Tapulama Kanunu*, İstanbul, 1965
- 4) Sezai OLGaç : *Tapulama Kanunu Medenisi*, İstanbul, 1957
- 5) *Hususi Kanun ve Nizamnameler Külliyyatı*

C — Dergiler :

- 1) Adalet Dergisi
- 2) Ankara Barosu Dergisi
- 3) İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
- 4) Resmî Kararlar Dergisi
- 5) Yargıtay Kararları Dergisi

KISALTMALAR

- 1) Belgesay : Ord. Prof. M. B. Belgesay - *H. Muhakemeler Kanunu Şerhi*
- 2) Çenberci : Mustafa Çenberci : *Adli İsbat ve Tapulama Kanunu - Adalet Dergisi*
- 3) Ersoy : Rifat Ersoy : *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*
- 4) Kuru : Prof. Dr. Baki Kuru : *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*
- 5) Ozanalp : Nusret Ozanalp : *Tapulama Kanunu Şerhi*
- 6) Postacıoğlu : Prof. Dr. İ. E. Postacıoğlu : *H. Usulü Derleri*
- 7) Demirhan - Tazebay : Orhan Demirhan - İlksev Tazebay : *H. Muhakemeleri Kanunu*
- 8) ABAD : *Ankara Barosu Dergisi*
- 9) İKİ : *İlmî ve Kazâi İctihatlar Dergisi*
- 10) R : *Resmî Kararlar Dergisi*
- 11) Y : *Yargıtay Kararları Dergisi*
- 12) AD : *Adalet Dergisi*
- 13) C : *Cilt*
- 14) Sy : *Sayı*
- 15) Sh : *Sahife.*

SOSYAL GÜVENLİK

TÜRKİYE'DE ÇALIŞTIRILAN HÜRRİYETİ KISITLANMIŞ KİŞİLERİN SOSYAL GÜVENLİK HAKLARI

M. GÜNDÜZ İPEK (*)

I — GENEL OLARAK :

Sosyal güvenlik, değişik gelirleri olan kişilerin karşılaşılabilecekleri tehlikelere karşı güvence sağlama işlevini yerine getiren kurumlar topluluğudur.

Ülkenin sosyal ve ekonomik durumuna göre biçimlenen sosyal güvenlik sistemlerinin ana dallarını; Hastalık, analık, sakatlık, ihtiyarlık, iş kazası ve meslek hastalıkları, ölüm ve aile yardımları ile işsizlik oluşturmaktadır. Bu tehlikelere karşı güvence sağlayan sosyal güvenlik kurumlarının önemlileri, sosyal sigortalar ve sosyal yardımlardır.

II — ÇALIŞANLARIN SOSYAL GÜVENLİK HAKLARI :

Sosyal sigortalar yasasının birinci maddesi, sosyal sigorta yardımlarının; iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, malûllük, yaşlılık ve ölüm durumlarında sağlandığını belirtir.

Aynı yasanın ikinci ve altıncı maddelerinde; Bir hizmet akdine bağlı olarak bir işverence çalıştırılanların işe alınması ile kendiliğinden «sigortalı» olacağını belirtmiştir. Buna göre, sosyal sigorta yardımlarından yararlanabilmek için işçinin serbest iradesi ile kurduğu bir çalışma ilişkisi olmalıdır.

III — ÇALIŞTIRILAN HÜRRİYETİ KISITLANMIŞ KİŞİLERİN DURUMU :

Sosyal Sigortalar yasasının üçüncü maddesinin birinci bendinin - i - fıkrasında, hürriyeti kısıtlanmış kişilerden «Ceza ve ıslahevi içinde bulunan atelyelerde» çalıştırılanların sigortalı sayılmıyacağı belirtilmiştir.

(*) Bozkurt Hâkim Yardımcısı.

Ceza evi dışında ve tarım işçilerinin haricindeki kamu ve özel iş yerlerinde çalıştırılan hürriyeti kısıtlanmış kişilerin sigortalı sayılıp sayılmıyacağı ise kesin bir çözüme bağlanmamıştır.

Hürriyeti kısıtlanmış kişilerin serbest iradesi ile kurduğu, bir iş akdinin olmadığı ve kamu ilişkisine dayanarak çalıştığı gerekçesi ile sosyal sigorta kapsamına alınmadıkları ileri sürülmektedir. Ayrıca hürriyeti kısıtlanmış kişilerin Medeni Yasanın vesayet hükümlerine göre hukuki tasarruflarda bulunamayacağını ve bu nedenle ceza ve ıslah evi atelyelerinde çalıştırılanların sigortalı sayılamayacaklarını ileri sürenlerde vardır (1).

Oysaki, hürriyetin kısıtlanması (hükümlülük) hukuki işlemlerde bulunmayı engellemez, sınırlar. Burada hürriyeti kısıtlanmış kişinin özel hukuka giren bir işlemi olmayıp, kamu hukuku ilişkisine göre çalıştırılmaktadır. Kamu ve özel iş yerinde çalıştırılanların Bakanlık aracılığı ile yapılmış bir hizmet sözleşmesi vardır. Hükümlü bu sözleşmeye dayanarak çalıştırılmaktadır ve Sosyal Sigortalar Yasası da bu hususta bir sınırlama koymamıştır (2).

Bu konu ile ilgili Danıştay ve Yargıtay kararları ise birbirine uymamaktadır. Danıştay Genel Kurulu'nun 30.9.1965 gün ve 213/227 sayılı kararı ile de onanan Danıştay Üçüncü Dairesinin 29.6.1965 gün ve 205/242 sayılı kararında; «...Tamamen sosyal ve terbiyevi maksatlarla ceza evi müdürlükleri tarafından çalıştırılan mahkûmların kendi serbest iradeleri ile bir hizmet akdi yapmaları mümkün bulunmadığına göre, mezkûr kanunun üçüncü maddesinin 1. bendindeki yalnız ceza ve ıslahevleri içindeki atelyelerde çalıştırılan mahkûmların sigortalı sayılmıyacakları hakkındaki hükme istinaden, atelye dışında çalışan mahkûmların sigortalı sayılacakları yolunda bir sonuca varmakta isabetli olmaz. Zira yukarıda belirtildiği gibi mahkûmların sigortalı sayılmaları esasen mümkün bulunmadığı cihetle bunların ceza evleri dışında çalışanları için ayrı bir istisna hükmüne esasen lüzum yoktur» (3).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 3.2.1971 gün ve E. 969/930 K. 961 sayılı kararında ise, «...506 sayılı Sosyal Sigortalar kanununun 3. maddesinin - i - bendinde (yalnız ceza ve ıslah evleri içindeki atelyelerde çalışan mahkûmlar)ın sigortalı sayılmıyacaklarını öngörmüştür. Bu hükmün karşıt kavramından ceza ve ıslah evleri dışında çalıştırılan hükümlülerin sigortalı sayılmaları gerekeceği

(1) Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavram ve Sosyal Sigortalar, S. 139.

(2) Tunçomağ, a.g.e. S. 140.

(3) Baykal, Çalıştırılan Hükümlülerin Sosyal Sigorta İle İlişkileri, Yargıtay Dergisi, S. 1, C. 1.

yönü belirgin olarak anlaşılmaktadır... Ceza ve İslah evleri dışında, hükümlülerin hizmet sözleşmesi gereğince gördükleri işin kamu hukukundan doğma bir yükümlülük şeklinde nitelendirilmesine olanak yoktur. Özellikle bunların aynı işi gören diğer sigortalılardan farklı olarak Sosyal Sigortalar hukukunun koruyucu hükümlerinden yararlandırılmaları ve böylece de bu kimselerin diğer sigortalı işçiler arasında bir ayrılık gözetilmesi haklı bir nedene dayatılmaz... Olayda hükümlüler ile ... işveren arasında ... Adalet Bakanlığı aracılığı ile hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir» denilmektedir (4).

IV — SONUÇ :

Ceza ve ıslah evlerinde ve bunların haricindeki kamu ve özel iş yerlerinde çalıştırılan hürriyeti kısıtlanmış kişiler de diğer çalışanlar gibi her türlü tehlike ile karşı karşıyadır. Hürriyeti kısıtlanmış kişi de çalıştırıldığında üretici bir unsur olarak topluma yarar sağlamaktadır.

Çalışanlara tanınan sosyal haklar çalışmalarının bir sonucudur. Devletin işlevi de çalışana güvence sağlamaktır. Sosyal güvenlik gelirlerine ve iş ilişkilerine bakılmaksızın çalışanlara karşılaşılabilecekleri tehlikelere karşı güvence sağlamak amacını (5) içerdiğinden hürriyeti kısıtlanmış kişilerin de sigortalı sayılması gerekir. Çalıştırılan hürriyeti kısıtlanmış kişilere çalışma koşullarında yapılacak düzenlemeler, sosyal güvenlik bütünü çalışanların yararlanması gerekliliğini gerçekleştirecektir.

Yasalarla ve çekilecek ceza ile uyuşabildiği ölçüde, hürriyeti kısıtlanmış kişilerin de çalışma güvenliği ve sağlığı, serbest işçilerin yararlandığına benzer koşullarda örgütlenmelidir. İş kazaları ve meslek hastalıkları için de, serbest işçilere tanınan ödence hükümlerine eşit koşullarda düzenlemeler getirilmelidir.

YARARLANILAN YAPITLAR :

BAYKAL, Ali : *Çalıştırılan Hükümlülerin Sosyal Sigorta İle İlişkileri*, Yargıtay Dergisi, S. 1, C. 1.

TOSUN, Öztekin : *Hürriyeti Kısıtlanmış Kişiler* (Avrupa Konseyi Suçluluk Sorunları Konferansı) İ. H. F. M. 40 ncı Yıl.

TUNÇOMAĞ, Kenan : *Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar*, İstanbul, 1975.

(4) Tunçomağ, a.g.e. S. 140.

(5) Tunçomağ, a.g.e. S. 5.

YASA BOŞLUĞU VE YARGITAY İÇTİHA TLARI BİRLEŞTİRME KARARLARI

ORHAN DURSUNKAYA (*)

1. Hukuk uygulamacıları toplumdaki uyuşmazlıkları çözümlerken vardıkları her sonuç ile bir hukuk yaratma işlemi yapmaktadırlar.

Toplumun düzenli ve sağlıklı yaşamasını sağlayan bu çalışma, yürürlükteki hukuk kurallarını uyuşmazlıklara uygulamak biçiminde oluşur ve süre gelir. Yürürlükteki bu kurallar bir yasa koyucu tarafından geçerlikleri belirtilmiş (buyurulmuş) yasa, tüzük, yönetmelik v.s. gibi yazılı kurallar toplulukları olduğu gibi yine bu kurallar topluluklarınca uygulanması benimsenen gelenek hukuku da (örf ve âdet, teamül) olabilir.

Hayatta sonsuz çeşitte görünümü olan olayların hepsini yasa koyucunun görüp bunları birer kural halinde belirtmesi olanağı bulunamamıştır. Ayrıntıları her ne kadar dikkatle ve titizlikle gözönüne almak için çalışılsa da sonsuz olasılıkların karşısında insan zekâsı başarısız kalmıştır. Hukuk tarihi böyle çok geniş olayların ele alınarak bir hukuk kuralına bağlanması için yapılan verimsiz deneylerin öykülerini anlatmaktadır.

Uygulamacılar ellerine gelen uyuşmazlıkların çözümlenmesi işleminde vardıkları buyurucu sonuçlarla yeni bir hukuksal durumu ortaya koyarken bu çözümü, yürürlüğü yetkili bir organca (yasa koyucu tarafından) benimsenmiş bir kurala bağlamak, bu kural gereğince o uyuşmazlığa bir yön vermek zorundadırlar. Böyle bir kurala dayanmayan veya doğrudan doğruya ilgili bir kural varken başka bir kuralı (mevzuat hükmünü) dayanak yapan bir çözüm hukuksal olmayan, hukuka dayanmayan bir çözüm biçimi olur.

Hukuk uygulamasında ilke bu olmasına rağmen öyle uyuşmazlıklar olabilir ki bunları yürürlüğü buyurulmuş bir hükme, bir hukuk kuralına bağlama olanağı bulunamaz. Böyle durumlarda bir çözüme varmak için dayanılacak yürürlükte olan bir hüküm yoktur.

Bu bir çok nedenlerle ortaya çıkan bir durumdur. Ancak yaşam süregelmekte, gereksinmeler ve olaylar bu durumda da uyuşmazlık-

(*) Yargıtay Tetkik Hâkimi.

lara bir çözüm getirilmesini zorlamaktadır. Esasen yargı erkinin görevi de budur.

İşte, eylemli olarak yürürlükte olan kurallar topluluğunda uyumsuzluklara çözüm getiren böyle bir kuralın yokluğu önümüze, yasalardaki boşluk kavramını çıkarmaktadır. Ve bu kavram seyrek de olsa uygulamacıların karşılaştıkları bir durumu göstermektedir.

2. Boşluk nedenleri. Yasalardaki boşluğun meydana gelmesi nedenleri çeşitlidir. Ancak en başta gelen neden, işaret ettiğimiz gibi bir konuyu düzenlerken yasama organının, yaşam görüntülerinin bütün ayrıntılarını saptamada güçsüz kalışıdır.

Bir başka durumda yasa koyucu bazı olayların adalet duygusuna uygun düzenlenmesinde, çözümün, uygulama sırasında belirlenebileceğini düşünerek veya diğer başka düşüncelerle, sınırlı ve belirli bir çözüm getirmemeyi daha uygun görebilir.

Diğer taraftan, olayları kurallarla belirlemek bir anlamda o olayların dondurulması, kalıplaştırılmasıdır. Ancak yaşam bu kalıplaştırma çerçevesinde kalmamakta, yeni görüşler, yeni gereksinimler, yeni davranışlar da ortaya çıkmaktadır. Bu gerçek ve bu oluşum süreci içinde yasaların olayları karşılaması yetersiz kalmakta ve bir takım hüküm yoklukları (yasa boşlukları) ile karşılaşmaktadır.

3. Boşlukların giderilmesi. Olaylara bir çözüm yolu gösterilirken yasalardaki bu boşlukların da doldurulması gereklidir. Kalıplaşmış hukuka canlılık getiren, bu kalıpların donmuşluğundan sıyrılarak onları daha geniş bir olaylar ortamına ulaştırmak için yapılan çalışmalardır. Uygulamacının hukuk yaratırken yaptığı zihinsel çalışmanın yanında boşlukların doldurulması hukuk sistemlerinin sıkıcılıktan, sınırlayıcı, toplum gelişmelerini önleyici nitelikten kurtulmasını, geçerlilik kazanmasını sağlar.

Her çalışma gibi bunun da akıldan, gereksinimlerden ve deneylerden çıkarılmış ve geliştirilmiş bir yöntemi vardır.

Biz bu yazımızda denenerek saptanmış yönteme kısaca işaret ettikten sonra Yargıtay'ın, hukuk uygulamalarında birlik sağlama görevini yerine getirirken hukukumuzun yasa boşluklarını doldurmak için yaptığı çalışmalardan örnekler vermek istiyoruz.

4. Yöntem. Hukuk uygulaması yapılırken önce olayın nitelikleri ve içeriği saptanır. Bununla çözüm bekleyen sorun yakından tanınır ve nasıl bir hukuksal ilişki olduğu anlaşılır. İkinci olarak bu

hukuksal ilişkinin ilgili bulunduğu mevzuat sistemine yaklaşılr ve olayın çözümünü gösteren yasa hükmü, kural bulunur.

Bundan sonraki evre olayın ve yasa hükmündeki unsurların yorum kurallarına göre ilişkilerini sağlamaktır. Bu ilişki sağlandığında o yasa buyruğu gereğince olayın çözümü için bir kural konulur. Artık bu bir karardır, hükümdür.

Ancak işaret ettiğimiz gibi yürürlükteki kurallarda her zaman çözüm için bir hüküm bulunmayabilir. Veya yürürlükteki kural uygulandığı takdirde getirilecek çözüm biçimi ortaya adalet ilkelerine aykırı bir sonuç çıkaracaktır. Bu halde hukuk kuralı şeklen uygulanacak, fakat yapılan uygulama adil olmayacaktır.

Bu takdirde çözüm yapmaktan vazgeçilemeyeceğine göre çözümü getirecek ve olayla ilgi sağlayacak bir kural oluşturulması gerekecektir.

İşte yasa boşluğu bulunan bu halde de yorum yöntemlerinin yardımına baş vurulmak gerekmektedir.

Bu işlemler yapılırken diğer yasaların değer hükümleri, yargısal içtihatlar, bilimsel içtihatlar ve yabancı hukuk sistemlerinin değer hükümlerinden yararlanılarak Medeni Kanunun birinci maddesinde hâkime tanınan yasama yetkisi, Anayasanın ilkeleri ve hukuk sistemi gözönüne alınır. Toplumun siyasal, ekonomik ve toplumsal yapısı da incelenmek suretiyle yasama organının çalışma ilkelerine göre bir çalışma yapılır.

a) Eğer hukuk sisteminde, eldeki çözüm bekleyen olayla doğrudan doğruya değil de dolaylı olarak kural varsa yani bulunan kural olayın yakın ilişkilerine çözüm getirip de doğrudan doğruya o olaya çözüm göstermiyorsa, yorum ilkelerinin yardımı ile, «yürürlükteki bu hükümlere ve ilkelere göre olayda yine bu hükümlerdeki ŞU kuralın uygulanması gerekir» biçiminde bir sonuca varılır. Buna (Kural uygulama) denilebilir.

Veya böyle uygun bir kural bulunmazsa yine, «yürürlükteki bu hükümlere ve ilkelere göre bu olayda ŞÖYLE bir kural uygulanmalıdır. (ŞÖYLE bir kural konulmalıdır)» biçiminde bir yargıya varılabilir. Bu işleme de (Kural koyma) diyebiliriz.

Bu işler, az önce de işaret edildiği gibi hukuk düzeninde, eldeki olayla doğrudan doğruya değil de d o l a y l ı o l a r a k hüküm bulunduğu hallerde yapılır.

b) Bunun dışında yürürlükte dolaylı olarak da hüküm ve ilke yoksa o zaman yine yorum ilkeleri yardımı ile (Bir yeni kural koyma) yoluna gidilir.

c) Mevzuatta olayla doğrudan doğruya ilgili bir hüküm var fakat o olayda uygulanması adaletsiz bir sonuç getirecekse o takdirde yürürlükte uygulama yeteneği ve olanağı bulunan bir kural yok demektir. O zaman da (Bir yeni kural koyarak) çözümüne gidilir.

5) Hâkimin takdir yetkisi. Bu arada, mevzuatta kesin olarak gösterilmeyen bir çözüm biçimini hâkimin göstermesi hali ile yasa boşluğu doldurma halini birbirinden ayırt etmek gerekir. Birinci halde yasa koyucu hakkaniyete göre, halin icabına göre, adalete göre, muhik sebep, münasip süre, hangisini yapmak kasdinde ise ve benzeri deyim ve kavramlarla uygun bir çözüme işaret etmektedir. Bu halde yasa ile düzenlenmiş bir çözüm biçimi vardır ve hâkim buna göre çözümü saptayacaktır.

Yasa boşluğunda ise yasa koyucu tarafından herhangi bir nedenle böyle bir çözüm yolunun gösterilmemiş olması bahis konusudur.

6. 1926 yılı temmuz ayında yürürlüğe giren 834 sayılı Mahkemei Temyiz Teşkilâtının Tevsine Dair Kanunun üçüncü maddesi ile içtihatları birleştirme müessesesi mevzuatımıza girmiş ve aynı yıl ilk karar verilmiştir.

O günden sonra Yargıtay uygulamada hukuk birliğini sağlama yolunda yaptığı çalışmalarla bir çok aykırı içtihatları birleştirme kararları vermiştir. Bu kararlar hukuk uygulamasının en yetkili eserleri olmuş ve ona yön vermiştir.

Bu çalışmaları sırasında Yüksek Mahkememiz bir çok yasa boşlukları ile karşılaşmış ve bunları doldurmak için yeni kurallar getirmiştir. Kuşku yok ki Yüksek Mahkemenin kararları hukukumuzun gelişmesinde büyük rol oynamaktadır. İchtihatları birleştirme kararlarının bu gelişmede ne ölçüde yardımcı olduğu önemle incelenecek bir konudur. Boşluk dolduran nitelikteki bu kararların incelenmesi ise bu gelişmenin niteliğini belirtmesi bakımından da çok önemlidir.

Biz bu yazımızda, genel olarak ceza hukuku alanında yapılan bu yoldaki çalışmalardan, aradan uzun zaman geçmesine rağmen hâlâ değerini koruyan hazırlarına işaret etmek istiyoruz.

Karar :
18/11/1976
E. 1936/26
K. 1936/35

Değişik türden cezalar verilmesini gerektiren eylemler, Buyruklara aykırılıkta dava zamanasını

(TCK. m. 526, 102)

Değişik türden cezalar verilmesini gerektiren eylemlerin dava zamanasının hesabında içtihat uyumsuzluğu doğmuştur.

Uyumsuzluk konusu Ceza Genel Kurulu kararı ile İkinci Ceza Dairesinin kararları TCK. nun 526. maddesinin cezayı, «bir aya kadar hafif hapis ve elli liraya kadar hafif cezai nakdî» olarak belirten ilk metnine dayanmaktadır.

TCK. da, değişik türden cezaları içeren hükümlerin yerine getirilmesi için 112. maddenin ikinci fıkrasında ceza zamanasını gösteren açık bir düzenleme olduğu halde böyle hükümleri gerektiren eylemler için dava zamanasını belirten bir açıklığın bulunmamasında içtihat uyumsuzluğunun doğduğu anlaşılmaktadır.

Yüksek Mahkeme yasadaki bu boşluğu, 1926 gün ve 825 sayılı Ceza yürürlük yasasının m. 20, fıkra 2 deki hapis cezasına ek olan para cezalarının eylemin türünü ve niteliğini belirlemeye esas olmayacağı kuralını, TCK. m. 112 fıkra 2 deki, türleri değişik cezaları içeren hükümlerin ceza zamanasını en ağır ceza için konulan sürenin geçmesine bağlayan kural ile birlikte yorumlayarak doldurma yoluna gitmiştir. Sonuç olarak, iki türden cezayı içeren hükümlerin ceza zamanasını süresinin hesabında ağır türden olan ceza esas tutulurken dava zamanasını hesap etmekte başka türlü düşünmek, «kanunun aynı maksat ile koyduğu kaidelere karşı sebebi izah olunamıyan bir aykırılık olur.» görüşü benimsenmiştir.

Karara konu olan 526. madde daha sonraları 3038 sayılı yasa ile değişikliğe uğramış ve iki tür ceza verilmesi yerine, cezalar arasına veya sözcüğü eklenerek bir tür ceza verilmesi öngörülmüştür. Maddenin bu değişik biçimine göre bu içtihadı birleştirme kararının artık bu madde kapsamına giren eylemler için uygulama niteliğinden bahsetmek olanağı kalmamıştır, fakat değişik türde cezaları gerektiren eylemler için belirttiği görüş değerini korumaktadır.

Karar :
29/3/1939
E. 1939/22
K. 1939/31

Bir yıldan aşağı zamanasına bağlı kabahat suçlarında zamanasını kesen hükmün niteliği

(TCK. m. 105)

TCK. m. 105 fıkra 2 deki, zamanaşımını kesme sebeplerinden olan hüküm'ün (kesin hüküm) olup olmadığı hususunda içtihat uyumsuzluğu çıkmıştır.

Davanın düşmesi sonucunu doğuran bu hüküm'ün niteliği hakkında yasada bir açıklık bulunmamaktadır. İçtihatları Birleştirme Kurulunda yapılan uzun görüşmelerde olduğu gibi kararın hüküm bölümünde de bu hükmün kesin olup olmadığını belirten bir yasa kuralının varlığına işaret edilmemiştir.

Yüksek Mahkeme yeniden yürümeğe başlayacak olan asıl zamanaşımı süresinin başlangıcını oluşturan bu kesme sebebindeki değişik görüşleri uzlaştırırken maddedeki bu hükmün kesin olmasına gerek olmadığı düşüncesini benimsemiş ve bu yolda bir kural getirmeyi uygun görmüştür. Bu kural ile yasa metnindeki boşluk doldurularak, TCK. nun 105. maddesinde bir yıldan aşağı zamanaşımı süresi belirtilen kabahat suçlarında mahkemece verilen hükümlülük kararı ile dava zamanaşımının kesileceğine ve yeni sürenin mahkeme kararı ile başlayacağına işaret edilmiştir.

İçtihatları birleştirme kararının dayandığı 105. maddenin karar sırasındaki değişik metni bu gün de yürürlüktedir. Bu nedenle yasanın bir hükmünü tamamlayan bu içtihatları birleştirme kararı otuz sekiz yılı geçen süredenberi değerini korumakta süregelmektedir.

Karar :
9/3/1939
E. 1939/29
K. 1939/44

Zamanaşımını kesen sebeplerden hüküm'ün, bu süreyi uzatma bakımından durumu

Devlet ormanından ağaç kesme suçundan dolayı verilen hükümlerin Yargıtay'da incelenmesi sırasında bir hükümde suçun işlendiği günden inceleme gününe kadar bir buçuk yıl geçtiğinden zamanaşımının oluşturduğu kabul edilmişken diğer bir hükümde hüküm gününden başlamak üzere zamanaşımı süresinin gözönüne alınması yolunda karar verilmesi içtihat uyumsuzluğu doğmuştur.

Yasa metninde bir açıklık olmamakla beraber uyumsuzlukların dayandığı TCK. m. 104 fıkra 2 de, zamanaşımını yarı süre oranında uzatacağı belirtilen kesme sebepleri arasında hüküm'ün bulunmamasının neden olduğu anlaşılmaktadır. Bu maddede zamanaşımının kesilme gününden başlayarak yeniden işleyecek olan zamanaşımını ke-

sen «muameleler» den bahsedilmekte, fakat birinci fıkrada açık olarak yazılı olan «hüküm» zamanaşımını uzatacak olan nedenler arasında gösterilmemektedir. Fıkranın yazılışındaki bu noksanlık bir yasa boşluğu olarak ortaya çıkmıştır.

Yüksek Mahkeme kararında, maddede 3038 sayılı yasa ile yapılan değişiklikte kesme sebeplerinin ayrı ayrı sayıldığına işaret ile aralarında hiç bir ayrılık gözetmeksizin bu sebeplerin zamanaşımını için belirli süreleri ancak yarısı kadar uzatacağını gösterdiğini, bu sebeple gerek hükümlerin gerekse diğer sebeplerin oluştukları günden başlaması gereken yeni zamanaşımını en çok yarısı kadar uzatabileceğini belirtmektedir.

Karar, dayandığı maddenin günümüzde de yürürlükte bulunması nedeniyle değerini korumaktadır.

Karar :

7/6/1935

E. 77

K. 1935/20

Zina eyleminde suç ortağı hakkında da dava açmak gerekir

(TCK. m. 443)

Zina suçunda suç ortağı hakkında dava açılması gerekip gerekmeyeceği hususunda Dördüncü Ceza Dairesi ile adli ara verme sırasında görevli Tatil Heyetinin kararları arasında görüş ayrılığı çıkmıştır.

Yüksek Mahkeme aykırı içtihatları birleştirirken, zina suçundan dolayı kovuşturma yapılması için her iki sanık (suç ortağı) hakkında da şikâyette bulunulması gerektiğini gösteren açık bir hükmün varlığına işaret etmemiştir. Böyle bir hükmün bulunmadığı daire başkanı Fahrettin (Karaoğlan) Bey tarafından görüşmelerde şu sözlerle belirtilmiştir: «Kanunumuzda ikisi hakkında dava ikame edecek bir kayıt ve sarahat yoktur».

Kararın dayandığı TCK. m. 443'e göre, suç ortağı hakkında dava açılmadıkça kovuşturma sadece hakkında dava açılmış olan eş hakkında yürüyecektir. Maddenin bu biçiminde her iki sanık hakkında beraberce dava açılmasını gerektiren bir kural bulunmamaktadır.

Yargıtay, ortaya çıkan bu hüküm boşluğunu doldururken TCK. m. 99 daki vazgeçme ile ilgili kurala dolaylı olarak dayanmış ve 443. maddeye göre her iki sanık hakkında da şikâyetname verilmesi gerektiğine, halbuki vazgeçmenin bölünememesi (yani diğer sanığı da kapsamına alacağı) ilkesi 99. maddede yer aldığına göre

her iki sanık hakkında da dava açılması gerektiğine karar vermiştir.

Karar, mevzuatta değişiklik olmadığı için bu gün de değerini korumaktadır.

Karar :
13/11/1936
E. 1936/14
K. 1936/32

*Kastedilenden başkasına karşı
işlenen cürümlerde tasarlama
(taammüt) niteliğinin geçmesi*

Öldürmeyi tasarladığı kimsenin yerine bir başkasını öldüren sanık hakkında tasarlama doğan artırma sebebinin gözönüne alınıp alınamayacağı konusunda içtihat uyuşmazlığı ortaya çıkmış ve TCK. nun elli ikinci maddesindeki kuralın tasarlama ile işlenen eylemlerde de esas alınması tartışma konusu olmuştur.

Elli ikinci maddede, bir cürmün niyetlenen kişiden başka birinin zararına işlenmesi halinde zarar gören kişinin niteliğinden doğan artırma sebeplerinin gözönüne alınamayacağı bir ilke olarak belirtilmiştir. Kişi ile ilgili hallerin dışında, eylemi yapanın *k a s t ı* ile ilgili bir artırma nedeni olan tasarlama halinde de cezanın artırmaya bağlı olup olmayacağı hakkında yasada açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Yargıtay, kararında, tasarlama halinde cezanın artmasını gerektiren sebeplerin varlığının, suçun yöneltildiği kişinin değişmesi halinde de kabul edilip edilemeyeceğini tartışmış ve TCK. nun elli ikinci maddesinin uygulanmasında baba yerine başka bir kimsenin öldürülmesi olayı ile öldürülmesinde direnilen, öldürülmesi tasarlanan kimse yerine bir başkasının öldürülmesi olayının hukuksal niteliği arasında bir ayırım görmemeyi uygun bulmuştur. Buna göre, birinci halde «ortaya çıkan sonuca göre» ceza belirtilmesi yolundaki görüşün, tasarlanan kişi yerine bir başkasına karşı cürüm işlenmesi halinde itibar görmemesi için bir neden olmadığı görüşü benimsenmiştir.

Sonuç olarak, TCK. m. 52 deki koşullara uygun biçimde meydana gelen ve tasarlama ile yapılan bir suçta tasarlamanın artırıcı niteliğinin sanık hakkında uygulanması uygun görülmemiştir.

Bu kararın dayandığı elli ikinci madde karar günündeki biçimi ile yürürlükte bulunmaktadır.

Karar :
13/12/1939
E. 1939/25
K. 1939/58

Cezaların hesaplanmasında yıl ve ay olarak belirtilen sürelerdeki ilişkiler

Cezaların toplanması (içtima) ilkeleri uygulanırken, bir yıldan aşağı olarak hükmedilen cezada artırma yapıldığı sırada ceza toplamı yılı geçerse hepsi ay olarak mı yoksa on iki ay bir yıl sayılarak gerisinin ay olarak mı belirleneceği,

diğer taraftan yıl olarak hükmedilen cezalardan indirme gerekmesi halinde yılın aylara bölünmesi ilkesinin yürütülüp yürütülemeyeceği konularında içtihat uyumsuzluğu çıkmıştır.

TCK. nunda konu ile ilgili açık bir hüküm yoktur. Sadece otuzuncu maddede cezaların uygulanmasında gün, ay ve yılın esas olduğuna işaret edilerek bunların anlatımları yapılmaktadır. Ancak ne bu maddede ve ne de başka bir yerde bir yıldan aşağı veya yıl olarak hükmedilen cezalarda yapılacak artırma veya eksiltmelerde cezanın nasıl saptanacağı veya belirleneceği hakkında açık bir hüküm yoktur. Yasadaki bu boşluk içtihatları birleştirme görüşmelerinde de belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme, uyumsuzluk konusu iki hali yeni kurallar koyarak çözümlerken,

a) yıldan ibaret bulunan cezada artırma ve eksiltme yapılırken yasada gösterilen orana göre işlem yapılmasının doğal olduğu,

b) yıldan aşağı ay olarak hükmedilen cezaların toplanmasında sonucun ay olarak belirlenmesini önleyen bir yasa hükmü bulunmadığı,

c) ceza toplamlarının ay olarak belirlenmesinin suçlu lehine olduğu gerekçelerine dayanmıştır.

Buna göre, TCK. m. 30 hükmünü genişletecek şekilde şu kuralları getirmiş ve,

1. yıldan aşağı olmak üzere hükmedilen cezada cezaların toplanması ilkesi nedeniyle artırma yapılmak gerektiğinde ortaya çıkacak ceza toplamının, yılı geçse bile ay olarak belirlenmesi,

2. bir yıl veya daha fazla hükmedilecek cezalarda yapılacak artırma ve eksiltmede oranın, yılın aylara bölünmesi üzerinden belirlenmesi gerektiğini kararlaştırmıştır.

TCK. nun otuzuncu maddesinin değişik biçimine dayanan bu karar dahi, yasa hükümlerinde bir değişiklik bulunmadığı için yürürlük değerini korumaktadır.

KİTAP TANITMA :

FARUK KARACABEY (*)

« ADİ ORTAKLIK »

KİMLİK : **YALMAN Macit - ERBAY Taylan,**
Adi Ortaklık, Olgaç Matbaası,
Ankara - 1976, 379 sh., 75 TL.

Ekonomik hayattaki gelişme, bireyler arasındaki ticari ve ekonomik ilişkilerin yoğunlaşmasına ve karmaşık bir durum almasına neden olmuştur. Buna paralel olarak hukuki anlaşmazlıklar çoğalmış, sorunlar çeşitlenmiştir. Sorunların çözümüne yönelik araştırmalara da gereksinme aynı oranda artmıştır. Borçlar hukukunun, özel borç ilişkileri, açıklanan nedenlerden dolayı işlenmesi zorunlu konuların başında yer almaktadır.

Bunlar arasında «adi ortaklık» konusu az işlenmiş, buna karşın uyuşmazlıkların çok olduğu bir konudur. Sayın Yalman ve Sayın Taylan bu konudaki gereksinmeyi yukarıda kimliği verilen eserleri ile gidermişlerdir.

Eser, hem şerh, hem sistematik eser, hem de monografi özelliklerini taşımaktadır. Bu üç türün nitelikleri iyi bir sistem içinde sentez edilmiştir. Konular önce sistematik bir açıklama ile sergilenmiş, daha sonra o konunun kurallaştırıldığı madde metni verilmiş, metinden sonra konuyla ilgili yargısal kararlar sıralanmıştır. Böylece okuyucu, adi ortaklıkla ilgili bilimsel görüşler ve açıklamalarla, yargısal kararları (uygulamayı) bir arada görebilmektedir.

Hukukta, esas ile usûl birbirinden ayrılmaz birer bütündür. Eserde bu gerçek gözönünde tutularak, usûl ile ilgili kararlar ayrı bir başlık altında, ayrı bir kesim olarak yer almıştır. Eserin sonunda ise genel kurul kararlarından başlanarak daire kararlarının tarih sırasına göre sıralandığı «Yargıtay kararları arama cetveli» kesimi yer almaktadır.

(*) Yargıtay Tetkik Hâkimi.

ORMAN KANUNU İLGİLİ MEVZUAT

**KİMLİK : KAYGANACIOĞLU Mustafa R.,
REND A Nihat, ONURSAN Galip,**
(Gerekçeli - Açıklamalı - İçtihat-
lı) Orman Kanunu - İlgili Mev-
zuat, Olgaç Matbaası, Ankara
- 1976, XXXI - 1195 sh., ciltli
200 TL.

Ormanın «... milli ekonominin bir çalışma alanı, bir servet kaynağı.....» olduğu kadar «.. bu önemli ekonomik yararı yanında özellikle doğal, sosyal ve sağlık yönünden de memlekete büyük etkileri bulunduğu,... yurdun savunmasının, ekonomisinin, toplumun sağlığının, sosyal ve toplum düzeninin» geleceğini oluşturan bir doğal kaynak olduğu kuşkusuzdur.

Yargıtay Üyeleri Sayın Kayganacıoğlu, Sayın Onursan ve Sayın Renda'nın (ORMAN KANUNU - İLGİLİ MEVZUAT) adlı eserinin sunuş bölümünden alınan Ormanın önemini ve yurt ekonomisindeki yerini belirten yukarıdaki cümleler, bu düşünceyi yeterince açıklamaktadır.

Bu derece önemli bir konuyu düzenleyen kuralların nelerden ibaret olduğunun eksiksiz olarak hukukçular, ormancılar, uygulayıcılar ve ilgililerce bilinmesi de sorun kadar önem taşımaktadır.

Ülkemizde belli bir konuyu düzenleyen mevzuatın dağınıklığı, sistemli bir kodifikasyon çalışmasının yürütülmediği, gerek yazılı gerekse yazılı olmayan hukuk kaynaklarının konularına göre sistemli bir düzenlemenin yapılmadığı, yasa değişikliklerinin çokluğu, tüzük, yönetmelik ve genelgelerin elde edilmesinin güçlüğü belirli bir konuya ait hukuk kaynaklarını bir araya getiren eserlere duyulan gereksinmeyi artırmıştır. Bu gereksinmeyi giderecek, her istenileni bir arada bulmayı sağlayacak eserler de son günlerde yazın hayatında baş yeri almaktadır. «Orman» konusunda işte açıklanan amaca dönük, beliren önemli gereksinmeyi giderici aranan bütün mevzuatı bir arada toplayarak araştırmayı kolaylaştırıcı «Orman Kanunu - İlgili Mevzuat» adlı eser sözü edilen nitelikleri taşımaktadır.

KİTABIN İÇERİĞİ : Eser üç bölümden oluşmaktadır.

• Birinci bölüm 6831 sayılı Orman Kanunu'dur. Her maddenin altında önce gerekçeye, daha sonra sistematik bir inceleme olan

açıklamaya, daha sonra yargısal kararlara (içtihatlarla) yer verilmiştir. Her kararın başında, dokunduğu konu bir cümle ile özetlenmiş ve böylece inceleme kolaylığı sağlanmıştır.

- İkinci bölümde, orman uyuşmazlıklarının hem ceza alanında hem de hukuk alanında büyük yer tuttuğu gözönünde bulundurularak, her iki açıdan usule ilişkin sorunlara çözüm getirilmiştir.
- Üçüncü bölüm ormanla ilgili, açıklamalı ve içtihatlı 26 adet yasa ile 20 adet tüzük, yönetmelik ve genelge (talimat) yi kapsamaktadır.

KİTABIN BİÇİMİ : «Sunuş ve teşekkür» yazısından sonra sistematik dizine yer verilmiştir. Bu sistematik dizinden sonra İçtihadı Birleştirme Kararları dizini gelmektedir. Daha sonra iki kısımdan oluşan arama cetvelleri vardır. Arama cetvellerinin birinci kısmı mevzuata dayalıdır ve her maddenin sözü edildiği sayfa numaraları içinde o maddenin doğrudan doğruya işlendiği sayfalar siyah basılarak arama kolaylığı sağlanmıştır. Hukuk uygulamasında kavramların ayrı bir yeri vardır ve genellikle konular bu kavramlara göre sergilenir. İkinci kısımda yer alan kavramlara göre arama cetveli arama kolaylığı yanında hukuk kavramları ile ilgili araştırmacıların yararlanabileceği bir dizin olmuştur. Bir çalışmanın «eser» olarak kabulü veya bir eserin bütünlüğü iyi bir dizine sahip olmakla gerçekleşir. İncelenen eserdeki belirtilen dizinlerin varlığı eserin değerini daha da artırmakta çalışmanın titizliğini yansıtmaktadır. Ancak sistematik dizin metin bölümünün başında yer aldıktan sonra, arama cetvellerinin metinden sonra konulması daha uygun olabilirdi.

Sonuç : Bir konuda her aranılanın bulunacağı eserlerin büyük bir gereksinmeye cevap vereceği gerçeği ile birlikte, titiz bir çalışmanın, derin bir araştırmanın, yoğun bir sistemleştirmenin ürünü olarak yaratılan eserin orman hukuku alanında en büyük boşluğu doldurduğu, bu yöndeki sorunları çözümlendiği açıktır.

YARGITAY'DAN HABERLER :

ARAMIZDAN AYRILANLAR

Derleyen : **ALİ RIZA GENİŞ (*)**

Dr. İur. A. Pulat GÖZÜBÜYÜK :

1912 yılında Kayseri'de doğmuştur. 1937 senesinde İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitiren Gözübüyük, daha sonra 1940' da Lausanne Hukuk Fakültesi'ni de bitirerek «Hukuk Doktoru» ünvanını kazanmıştır.

İlk meslek hayatına 1945 yılında Ankara C. Savcısı olarak başlamış ve Ankara Hâkimliği yapmıştır. Adalet Bakanlığı'nda Müşavir Uzman olarak çalışmış olup, Adalet Bakanlığı görevinde de bulunmuştur.

Türk Hukukuna yararlı birçok yapıtlar yayınlamış, meslekî dergilerde çeşitli makaleler yazmıştır. Fransızca, İtalyanca ve İngilizce bilen A. Pulat Gözübüyük, 28.8.1960 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilmiş, aynı Kurulda Sekizinci Ceza Dairesi Başkanlığı yaptığı sırada 5.5.1977 günü emekliye ayrılmıştır.

Feridun MÜDERRİSOĞLU :

Akhisar'da 1915'te doğmuştur. 1938 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, ilk meslek hayatına Akçaabat C. Savcısı olarak 1944'de başlamış, daha sonraları Bergama Sorgu, Dikili Sulh Hâkimliği ile Soma Hâkimliği görevlerinde bulunmuş, Adalet Müfettişliği yapmış, son olarak İzmir Asliye Hukuk Hâkimliği görevinde de bulunan Müderrisoğlu, 13.10.1966 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanı bulunduğu sırada, 3.6.1977'de emekli olmuştur.

Ömer KÖNÜ :

1912 yılında Manastır'da doğmuş ve 1934'de İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. Mesleğe 27.11.1936'da Akşehir Hâkim Yar-

(*) Yargıtay Yayın Şefi.

dımcısı olarak başlayan Könü, daha sonra aynı yer C. Savcılığı, Karapınar C. Savcılığı, Konya C. Savcı Yardımcılığı, Kastamonu, Çankırı ve Konya C. Savcılıklarında bulunmuştur.

2.9.1958 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir. Aynı Kuruluşun Üçüncü Ceza Dairesi Başkanlığı görevini yürüttüğü sırada emekli olmuştur.

Fatma Niyaz BAYIÇ :

1914 yılında Bursa'da dünyaya gelmiştir. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1940'da bitirdikten sonra, 30.1.1941 tarihinde Elbistan Hâkim Yardımcısı olarak ilk meslek hayatına atılmış ve sırasıyla Ankara C. Savcı Yardımcılığı ile C. Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde mesleğini sürdürmüştür.

25.5.1962 senesinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Bayıç, Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada emekliye ayrılmıştır.

İdris GÜRSOY :

1919'da Ordu'da doğan Gürsoy, daha sonra 1941 tarihinde Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş ve mesleğe 27.5.1945 yılında Akşehir Hâkim Yardımcısı olarak başlamıştır. Mesleğini Akşehir Sulh Hâkimliği, Hopa Hâkimliği, Kula ve Salihli Hukuk Hâkimliği yaparak sürdürmüş, Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı da yapmıştır.

20.12.1965 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen İdris Gürsoy, Yüksek Hâkimler Kurulu İkinci Bölüm Başkanlığı'nda da bulunmuştur. Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada 18.4.1977 günü bu görevinden ayrılmıştır.

Mukadder SOYSAL :

İstanbul'da doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1933 yılında bitirmiş, Sivas Hâkim Yardımcısı olarak da ilk meslek hayatına 23.4.1935'te başlamıştır. Daha sonraları Sivas Sulh Hâkimliği, Ankara C. Savcı Yardımcılığı, Ankara Sulh Hâkimliği, C. Başsavcı Yardımcılığı ve Yargıtay Savcılığı görevlerinde bulunulmuştur.

Son olarak Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi Üyeliğinde de bulunan Soysal, 10.6.1976 dan geçerli olmak üzere 6.6.1977 günü emekli olmuştur.

Selahattin HAKALAN :

1912 yılında İzmir'de doğmuş, 1936'da İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş, Eylül 1939'da Demirci C. Savcısı olarak mesleğe başlamıştır. Akşehir C. Savcılığı, Geyve Hâkimliği, Yargıtay Üye Yardımcılığı görevlerinde bulunan Hakalan, 1970 senesinde Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

23.5.1977 günü Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada emekliye ayrılmıştır.

Turgut KURAN :

1924 yılında İskenderun'da dünyaya gelmiştir. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1950'de bitirmiş, 1953 yılında Kırşehir Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş ve Karahisar Sulh Hâkimliği, Gaziantep Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, Kütahya Sulh Hâkimliği, Bakırköy Tapulama ile aynı yer Sulh Hukuk ve Asliye Hukuk Hâkimliği görevlerini anılan yurt yörelerinde sürdürmüştür.

28.4.1975 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilmiş olan Kuran, aynı yer Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesiiken emekli olmuştur.

Hüseyin Fehmi YÖNEL :

1921 yılında Fethiye'de dünyaya gelen Yönel, 1943 senesinde İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş, Ağrı, Malazgirt, Çatak Hâkim Yardımcılıkları ile Keşen Hâkimliği yapmıştır.

Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi bulunduğu sırada 4.5.1977 günü emekli olmuştur.

M. Burhanettin BALLYEMEZ :

1911 yılında Gümüşhane'de doğan ve 1942 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi'nden mezun olan Balyemez, ilk kez Seyitgazi Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe atılmış, daha sonraları Eskişehir C. Savcı Yardımcılığı, İstanbul Sulh Hâkimliği, Boyabat, Isparta, Zonguldak Hâkimlikleri gibi görevlerle meslek hayatını devam ettirmiştir.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği yaptığı sırada 5.4.1976'da emekliye ayrılmıştır.

Mehmet Hayri YÜKSEL :

Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1951 yılında bitirdikten sonra 1955 senesinde Ahlat Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Yüksel, sırasıyla Palu Hâkimliği, Tokat Sorgu ve Tapulama Hâkimliği, ile Malatya Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nde Tetkik Hâkimliği görevini yürüttüğü sırada 7.4.1977 günü emekli olmuştur.

Mehmet Kaya ALPER :

1914 yılında Kıbrıs'ta doğan ve Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1938,de bitirerek ilk meslek hayatına Tefenni Hâkim Yardımcısı olarak başlayan Alper, Sandıklı, Afyon C. Savcı Yardımcılığı, Bayat Sulh Hâkimliği, Denizli Asliye Ceza Hâkimliği ile Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ve Yüksek Hâkimler Kurulu Üyeliği görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay İkinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 4.5.1977 günü emekliye ayrılmıştır.

Mehmet Şükrü ATALIK :

1921'de Biga'da doğmuştur. 1947 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi'nde öğrenimi tamamlayan Atalık, bir müddet Orman Tahdit Komisyonu Hukukçu Üyeliği görevinde bulunmuş, daha sonra Mucur Hâkim Yardımcısı, Sivas C. Savcısı olarak görevini sürdürmüş ve bir arada avukatlık yapmıştır. Orhaneli C. Savcılığı, Ankara Çocuk Islâhevi Mümessilliği, Sapanca C. Savcılığı, Düzce Hâkimliği ile Ankara İş Mahkemesi Hâkimliklerinde de bulunan M. Şükrü Atalık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi bulunduğu sırada 8.3.1977 tarihinde emekli olmuştur.

Semiha ÖĞÜTÇÜ :

1918 yılında Adana'da doğmuştur. 1939'da Ankara Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra, Akşehir Hâkim Yardımcılığı, Ankara Hâkimliği, Yargıtay Üye Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği görevini yürüttüğü sırada 9.9.1976'da emekliye ayrılmıştır.

Ayrıca Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimlerinden Havva Zarife KİTAPÇI 8.3.1977'de, Nuriye BİRLER'de 1.10.1976'da emekli olmuşlardır.

EMEKLİLİK NEDENİYLE, ARAMIZDAN AYRILAN GÖZÜ-
BÜYÜK, MÜSERRİSOĞLU, KÖNÜ, BAYIÇ, GÜRSOY, SOY-
SAL, HAKALAN, KURAN, YÖNEL, BALLYEMEZ, YÜKSEL,
ALPER, ATALIK, ÖĞÜTÇÜ İLE KİTAPÇI VE BİRLER'E
YAŞAMLARI BOYUNCA SAĞLIK VE MUTLULUKLAR DİLE-
RİZ.

