

T. C.
YARGITAY
KİTAPLARI

YARGITAY DERGİSİ

KURULUŞ : OCAK 1975

Cilt : 3

Ocak 1977

Sayı : 1

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce yılda dört defa (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) aylarında yayınlanır.

Sahibi : Yargıtay adına Birinci Başkan *Cevdet MENTEŞ*

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

Dergide yayınlanan yazılar yazarların kişisel görüşlerini yansıtır.
Dergide yayınlanan yazılar Yargıtay Dergisi'nden alındığı belirtilerek iktibas edilebilir.
Derginin sayısı 20,— TL., abone bedeli 80,— TL. dir.
Abone işleri için Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'ne başvurulmalıdır.

Tel : 17 15 63
25 63 50 / 265

Yayın Kurulu :

Başkan : *A. Nusret OZANALP* (7 nci Hukuk Dairesi Başkanı)

Üye : *Muammer YAZAR* (8 nci Hukuk Dairesi Üyesi)

Üye : *Ali ARCAK* (5 nci Hukuk Dairesi Üyesi)

Üye : *Ali Rıza ÖNDER* (9 ncu Ceza Dairesi Üyesi)

Üye : *Şemsettin İYİOL* (11 nci Hukuk Dairesi Üyesi)

İÇİNDEKİLER

		Sayfa
I. M. Mazhar BUDAK	Pakistan'ın Kurucusu Kaidi Azam Muhammed Ali Cinnah'ın 100 ncü Doğum Yıldönümü Münasebetiyle Verdiği Demeç	5 - 10
II. GENEL HUKUK		
a) Fahrettin KIYAK	Türkiye'de Üst Mahkemeler Kurulmalı mı ?	11 - 32
III. CEZA HUKUKU		
a) Demir DAİ	Çocuk Suçluluğu - İsviçre Ve Fransa'da Çocuk Mahkemeleri	33 - 37
b) Aydın SARACOĞLU	Yehova Şahitleri	39 - 49
c) Prof. Sahir ERMAN	İtalyan Anayasa Mahkemesi Kararı	51 - 52
ç) Prof. Dr. Faruk EREM	«Türk Milleti Adına...» Deyimi	53 - 54
d) Doç. Dr. Mehmet SAĞLAM	Adli Zabıta Hizmetlerinin Etkinliği Üzerine Düşünceler	55 - 68
e) Mehmet DOĞAN	Siyasî Suçlar	69 - 84
f) Dr. Hasan İ. BIYIKLI	Ceza Muhakemesi Hukuku Ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları	85 - 113
IV. MEDENİ HUKUK		
a) Esat ŞENER	Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması	115 - 134
b) Mustafa AYKONU	İptal ve Tenkis Davalarına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri	143 - 157
c) Zekâi ÖZDİL	Gecekodu Yıkımı	143 - 157
V. İCRA İFLÂS HUKUKU		
a) Y. Semih ÖKTEMER	Konkordato Teminat Sorunu	159 - 163
VI. TİCARET HUKUKU		
a) İsmail DOĞANAY	Müşterek (Büyük) Ve Hususî Avaryalar	165 - 178
VII. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU		
a) Erbay TAYLAN	Sigorta Hukukunda Kusur - Sorumluluk İlişkisi	179 - 186
VIII. KİTAP TANITMA		
a) Ali Rıza ÖNDER	Açılamanın Üçüncü Basısı	187 - 189

Sayın Başkan

Sayın Delegeler (*)

M. MAZHAR BUDAK ()**

Tarih boyunca Pakistan'lılar, biz Türkleri birader bilir, bunu her vesile ile her yerde duyurur, acı günlerimizde kederlenir, sevinçli günlerimizde sevinir. Bu kardeş duygular bizleri bahtiyar eder. Bu asilane hisleri bizde Pakistan'lılara karşı içtenlikle duyarız. Onun için burada kendimizi evimizde hissetmekteyiz.

Kaidi Azam'ın kurduğu devletteki ittihat, inanç ve disiplin Atatürk'ümüzün memleketinde de vardır.

Onun için büyük liderinizin 100. doğum gününü aynı hislerle birlikte kutlamak bizlere sevinç, gurur vermekte ve bahtiyar etmektedir.

Büyük Hâkimler :

Bende sizlere Kaidi Azam Muhammed Ali Cinnah'ın Pakistan'ın kuruluş hazırlığındaki hukukî ve anayasal faaliyetlerinden bahsedeceğim.

Muhammed Ali Cinnah, barışçıl yöntemlerle, silâh kullanmadan ve başkaldırma olmaksızın hukuk ve anayasal yollarla bir devlet kurmuştur. Zaferini tümüyle kendi yetenekleri ve kararlılığı ile kazanmıştır.

Asya - Afrika ülkelerindeki özgürlük eylemleri, içinde bulunduğumuz yüzyılda bir çok önemli şahsiyetlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bunlar arasında Muhammed Ali Cinnah'ın adı, hiç kuşkusuz başta gelenlerden biridir. 1896 da avukatlık diploması alarak ülkesine dönen Muhammed Ali avukatlık yapmak amacındaydı. Önce Bombay Başsavcısının yanında staj gören genç avukat, bir süre sulh hâkimi olarak çalıştı. Bombay Barosuna dönen Muhammed Ali, yetenekli bir avukat olarak dikkati çektiği gibi, zamanın ünlü kişilerinden de ilgi gördü.

(*) M. Mazhar Budak'ın Pakistan'ın kurucusu Kaidi Azam Muhammed Ali Cinnah'ın 100 nci doğum yıldönümü münasebetiyle verdiği demeç.

(**) Yüksek Hakimler Kurulu Başkanı.

Bir taraftan avukatlıkta ün kazanan Muhammed Ali Cinnah, öte yandan da politikaya karşı ilgi duymaya başlamıştı. Bunun sonucunda Yarı - Kıta'nın siyasal hayatına ilk kez 1906 da katılarak, Tüm Hindistan Kongre Partisi'nin Kalküta'da yaptığı toplantıda Başkan Dadaboy Naoroji'nin özel sekreteri olarak görev almıştı. Üç yıl sonra imparatorluk yasama meclisine üye seçilmiş ve az bir zaman içinde parlak bir parlamenter olma yeteneğini kanıtlamış, Hindistan'da MEDENÎ ÖZGÜRLÜĞÜN ateşli savaşçısı olarak tanınmaya başlamıştı.

Muhammed Ali Cinnah, müslümanların gerçek temsilcileri tarafından temsil edilebilmesi fikrini oluşturdu ve bunun güvence altına alınabilmesi için de «AYRI SEÇMEN» talebinde bulundu. Hiç değilse bu talep, Hintli müslümanların, bir azınlık olmakla beraber, Hindistan politikası içinde başlı başına bir gurup oldukları ve ülkenin gelecekteki anayasal düzeninde bu topluluklarını sürdürmek amacıyla buldukları anlamını taşıyordu. O zamandan itibaren müslüman politikasının büyük selâmet umudu olan «AYRI SEÇMEN» sistemi nihayet 1909 yılında MORLEY - MİNTO reformları arasında kabul edildi.

1906 yılı sonlarına doğru Hindistan'daki müslümanlar, bugün Bangladaş topraklarında bulunan Dakka'da, Tüm Hindistan İslâm Birliğini kurdu. Bir yandan kongre üyeliğini sürdüren Cinnah, 1913 yılında İslâm Birliğine girerek iki büyük parti arasında bir yakınlaşma sağlamak ve böylece «KENDİ KENDİNİ YÖNETME» yolunda Hindu ve Müslümanların işbirliği yapmasını gerçekleştirmek için çaba gösterdi.

Cinnah, üç yıl süre ile bu amaç için çalışmıştı. Bu çabaların karşılığı, 1916 yılında LUCKNOW'da Kongre Partisi ile İslâm Birliği Partisi'nin yaptıkları açık oturumlar sonucunda «LUCKNOW PAKTI» olarak bilinen anlaşmanın imzalanması ile alındı. Anılan anlaşmanın en önemli özelliği Kongre Partisi'nin Müslümanların ayrı seçim bölgesi kurması yolundaki isteklerini kabul etmiş olması idi. Bu meşhur anlaşma sayesinde ki Hindular ve Müslümanlar kendi kendilerini idare için ortak bir talepte bulunmak olanağına kavuşmuşlardı. Ayrıca, bu anlaşma, 1919 da yasalaşan «GELECEK REFORMLARI» nında esasını teşkil etmişti. Daha sonraları Hint Alt - Kıta'sının siyasal hayatında çok önemli bir rol oynayacak olan GANDHÎ, 1914 yılında Güney Afrika'dan Hindistan'a döndü. Gandhi, politika sahnesinde yavaş yavaş yükselmeye başladı. 1918 yılından sonra Gandhi ve Cinnah, Hint Alt Kıta'sının politika yaşamının ön-

de gelen kişileri oldular. Meşruyetçi olan Cinnah ile Gandhi arasında çok kez anlaşmazlıklar çıkıyordu. Fakat bütün görüş ayrılıklarına, hükümete karşı girişilen gösterilere ve siyasal kargaşalıklara rağmen Cinnah benimsediği asil ideallere sadakatla bağlı kalıyordu. Artık o sıralarda Cinnah, her tarafta MEŞRUIYETÇİ olarak tanınıyordu. Muhammed Ali Cinnah'ın en belirgin özelliği ise GERÇEKÇİLİĞİDİR.

Hint Alt Kıta'sının İngiltere sultanından kurtulması mücadelesinde birlikte savaşmışları Gandhi - Budizmin tevekkül felsefesinin yarattığı PASİF DİRENME ilkesinde görüldüğü üzere ne ölçüde Ütopist ve hayalci - ise, Kaidi Azam'da o denli GERÇEKÇİDİR. Bağımsızlık mücadelesinde, amacına ulaştığı yada elverdiği ölçüde meşruyetçi olduğu kadar, 30 yıl süre ile gerçekleştirmeye çalıştığı Hindu - Müslüman Birliği fikrini bir yana bırakabilecek sosyal bir düşünce yapısına sahipti.

Kongre Partisi'nin 1920 de NAGPUR'da yapılan toplantısında, liderlerin tutumu partinin amaç ve politikasında belirgin bir değişiklik olduğunu gösteriyordu. Bu toplantıda Cinnah, büyük bir cesaret örneği vererek Gandhi'nin pasif direnme konusundaki önerisine tek başına karşı çıktı ve serinkanlı bir biçimde Gandhi'ye şöyle dedi : «Sizin yolunuz yanlış bir yoldur. Benim yolum ise Anayasal yol, doğru yoldur» dedi ve sözlerine şunları ekledi : «Halktan zora başvurmamasını ve işbirliğine son vermesini istemek yanlış bir hareket olur. Çünkü, unutmamalıyızki zora başvurmak insanın yaradılışında yer almış bir huydur. İnsanın doğasında şiddet eğiliminin bulunduğunu unutuyoruz.»

Cinnah'ın bu konuşması Kongre Partisi üyelerince çok olumsuz karşılandı ve Cinnah'ın öne sürdüğü fikirler gözönüne alınmıyarak Gandhi'nin sunduğu karar tasarısı kabul edildi. Alt Kıta'nın hemen her yerinde meydana gelen ayaklanma, yağma ve yakıp yıma olayları Cinnah'ın tutumunun haklı olduğunu gösterdi. Böylece Cinnah, Kongre Partisinden ayrılmaya karar vermesini bildi.

Lucknow Paktı'nın önde gelen mimarlarından olan Cinnah, müslümanların çıkarlarının İngiliz Racaları ve Hindu çoğunluk tarafından tehlikeye düşürülmesini önlemek için etkili anayasal güvenceler sağlanması gerektiğini anlamıştı. Cinnah, sonuçta Müslümanların ayrı bir birim olarak varolabilmeleri için ancak kendi işlerindeki güce güvenebilecekleri inancında idi. Bu inancında şöyle dile getiriyordu : «Kendi işlerimize ilişkin şunu söyleyebiliriz, kendimizden başka hiç bir kimseye güvenemeyiz».

Hindistan'ın geleceği konusundaki anayasal düzenlemeleri gözden geçirmek üzere 1928 de ülkeye Simon Komisyonu gelince Cinnah, Lucknow Paktı'nda yer alan temel maddeleri çiğneyen Nehru Raporuna karşı meşhur 14 maddelik önerisini sundu. Bu önerinin önemli maddeleri arasında «Eyâletlerde, daha fazla haklar sağlayan FEDERAL ANAYASA uygulanması, Sind ve Balucistan Eyâletlerinin kurulması, eyâletlerin OTONOM olması, Merkez Yasama Meclisinde üçte bir oranında Müslüman temsilci bulunması tarafların kendi istekleri ile tek seçim bölgesinde birleşene kadar AYRI SEÇİM BÖLGELERİNİN kurulması, Müslümanlara ANAYASAL hakların verilmesi» yer alıyordu.

Daha sonra 1930 ile 1932 yılları arasında Londra'da yapılan yuvarlak masa konferanslarında Cinnah, sürekli olarak Hindistan'daki Müslümanların davasını savundu. Bu dönemden sonra geçici bir süre için faal politikadan çekilen Cinnah, İngiltere'ye yerleşerek kiralık konseyi karşısında avukatlık yapmaya başladı. 3-4 yıl İngiltere'de kalan Cinnah Hindistan'daki Müslümanlardan endişe dolu mektup ve telgraflar almaya başladı. Daha sonraları Pakistan'ın ilk Başbakanı olan Liyakad Ali Han, Hindistan'a dönmesi ve büyük siyasal bunalım döneminde Müslümanların başına geçmesi için Cinnah'a kişisel çağrıda bulundu. Cinnah 1934 yılında Hindistan'a döndü.

Cinnah Hindistan'ın dört bir yanına yaptığı gezilerde Müslümanları örgütleyerek onları İslâm Birliğinin bayrağı altında topladı. 1937 seçimlerinde Kongre Partisi, Hindistan'ın 11 eyâletinden yedisinde iktidarı ele geçirdi ve İslâm Birliği'ne eyâlet başkanlıklarının oluşturulmasında hiçbir söz hakkı tanımadı. Kongre Partisi'nin bakanlıkları kendi durumlarını güçlendirmek ve geleceği garanti altına almak için Müslümanlar üzerinde bir korku rejimi kurdu. Onların bu tutumu, Müslümanların sürekli olarak Hindu yönetiminde yaşamak konusundaki kuşuk ve korkularının haklı olduğunu kanıtlıyordu. Hindu'ların bu davranışları Cinnah'ı hayâl kırıklığına uğrattı ve 30 yıl süre ile gerçekleştirmeye çalıştığı Hindu - Müslüman Birliği fikrinden vazgeçmek zorunda kaldı.

Kongre Partisi'nin düşmanca tutumu Cinnah'ı ve Alt - Kıta Müslümanlarını tüm ümitlerini kırmıştı. Cinnah İslâm Birliğini yeniden örgütledi ve bundan sonra birlik ülkenin hemen hemen her yerinde taraftar kazanmaya başladı. Hindistan'daki Müslümanların çıkarlarının koruyucusu olan İslâm Birliği, Cinnah'ın dinamik liderliği altında Kongre Partisi'nin tutumuna karşı yerini aldı. Üç

yıl gibi kısa bir sürede, birlik, güçlü ve örgütlenmiş bir siyasal partiye, daha doğrusu BİR KİTLE ÖRGÜTÜNE dönüştü.

Uzun inceleme, dayanışma ve araştırmalardan sonra Tüm Hindistan İslâm Birliği Muhammed Ali Cinnah'ın başkanlığında yaptığı 23 Mart 1940 tarihli toplantıda, daha sonraları «PAKİSTAN KARAR TASARISI» adı verilen «LAHOR KARAR TASARISI'NI» oybirliğiyle kabul etti. Anılan Pakistan Karar Tasarısında : «Tüm Hindistan'ın Hindu - İstan ve Pakistan olmak üzere iki egemen devlet halinde ayrılmasını öngörüyor ayrıca Pakistan'ın Müslümanların çoğunlukta bulunduğu eyâletlerde kurulması» fikirleri sürdürülüyordu.

Bu suretle Yarı - Kıta'da yaşayan müslümanların kendi başlarına ayrı bir vatan kurmak idealleri açıklanmış oldu. Hernekadar tasarıdaki «AYRI BİR MÜSLÜMAN ULUSU» fikrinin kökeni bir önceki yüzyıla dayanıyor idiysede, hiç şüphesiz başka bir kimse bu davayı Muhammed Ali Cinnah kadar başarılı bir biçimde savunmamıştı. Cinnah şöyle diyordu : Biz kendine özgü kültür ve uygarlığı, isimleri, değer yargıları, yasaları, ahlâk kuralları, adetleri, takvimi, tarihi, gelenekleri, yetenek ve amaçları olan bir ulusuz, kısacası bizim kendimize özgü bir bakış ve yaşama gücümüz var. O halde ULUSLAR ARASI HUKUK KURALLARINA GÖRE biz bir ULUSUZ».

Lahor karar tasarısında Hindistan'ın bağımsızlığı yanında müslümanların Alt - Kıta'da kendilerine ait bir toprağa sahip olmasında öngörülüyordu. O günden sonra, Pakistan'ın yaratılması, Hindistan'daki Müslümanların tek amacı haline geldi ve büyük önder Muhammed Ali Cinnah, bu amacın gerçekleşmesinde onların tartışmasız yol göstericisi oldu. Cinnah, Gandhi'ye yazdığı 21 Eylül 1944 tarihli mektubunda şöyle diyordu : «Bizim sorunumuz halen varolan bir birlikten kopma veya ayrılma değil, iki büyük ulusun aralarında anlaşarak ayrılması ve iki bağımsız devlet oluşturması sorunudur. Öne sürdüğümüz (KENDİ KADERİNİ BELİRLEME HAKKI) bir ulus olmamızı gerektiriyor. Müslümanların kaderlerini belirleme hakkı yalnız kendilerine aittir ve bir ulus olarak gerçekleştirilecektir.»

İkinci Dünya Savaşı sonunda, İngilizler büyük bunalımlarla karşılaştılar. Kendi kendini yönetecek bir hükümet için önerilerde bulundularsa da bu öneriler, Müslümanların önderi tarafından «İngilizlerin Müslümanların temel isteklerini yerine getirmedikleri» nedeniyle reddedildi.

GENEL HUKUK

T Ü R K İ Y E ' D E ÜST MAHKEMELER KURULMALI MI ?

FAHRETTİN KIYAK (*)

P L Â N :

- I — GİRİŞ
- II — KONU'NUN AÇIKLANMASI
- III — TÜRKİYE'DE ÜST MAHKEMELERİN TARİHÇESİ
- IV — YABANCI ÜLKELERDE ÜST MAHKEMELER

A — FRANSA'DA ÜST MAHKEMELER :

- a) Kuruluş biçimi
- b) Yetkileri
- c) Bölgesel durumları
- d) Üst Mahkemeye başvurma yöntemi
- e) Üst Mahkemede Yargılama Usulleri

B — İSVİÇRE'DE ÜST MAHKEMELER :

- a) Bern
- b) Neuchatel
- c) Fribourg
- d) Genève Kantonlarında

C — DİĞER ÜLKELER'DE ÜST MAHKEMELER :

- a) Avusturya'da
- b) Federal Almanya'da
- c) Belçika'da
- d) Malta'da
- e) Hollanda'da
- f) İtalya'da
- g) İngiltere, İskoçya, Norveç ve İsveç'te

V — ÜST MAHKEMELERİN ALEYHİNDEKİ VE LEHİNDEKİ GÖRÜŞLER

A — ALEYHTEKİ GÖRÜŞLER.

B — LEHTEKİ GÖRÜŞLER :

- a) Bilim adamları
- b) Hukuk Kuruluşları
- c) Yargıtay I. başkanları
- d) Diğer adalet mensupları

VI — KONU'NUN TARTIŞILMASI

VII — SONUÇ VE DİLEĞİMİZ

(*) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Üyesi.

I — GİRİŞ :

Üst Mahkemelerin kuruluş ve görevleri üzerinde meslekî inceleme yapmak için 1976 yılında, yüksek Yargıtay'ımız adına, Fransa'da ve İsviçre'de bulundum. İncelemelerimin sonuçlarını aşağıda belirlemeye ve bu arada yurdumuzda üst mahkemelerin kurulması gerektiğini saptamaya ve nedenlerini kanıtlamaya çalışacağım.

Bu vesile ile Paris Mahkemesi Başkanlık Genel Sekreteri sayın Dr. Germain le Foyer de Costil'e, Lozan mahkeme başkanı sayın Jean-Marc Schwenter'e ve bu yer Kanton Mahkemesi hâkimi sayın Henri S. Sandoz'a, Genève başsavcısı sayın M. Raymond Foex'e ve Bern Büyükelçiliğimiz müsteşarı sayın Ekrem Arıkan'a bu yerlerdeki inceleme ve araştırmalarım sırasında gösterdikleri yakın ilgi ve yardımları dolayısıyla teşekkürü özellikle bir görev sayıyorum.

II — KONU'NUN AÇIKLANMASI :

Yurdumuzda adalet yargı kuruluşları — gerek hukuk, gerek ceza alanında — İLK DERECE MAHKEMELERİ ile YARGITAY olarak saptanmıştır. Özetle değinirsek ilk derece mahkemelerini : sulh hukuk, sulh ceza mahkemeleri, asliye hukuk, asliye ceza mahkemeleri, asliye ticaret, iş ve tapulama mahkemeleri, trafik mahkemeleri ve ağır ceza mahkemeleri olarak sıralıyabiliriz.

Bu mahkemelerden verilen kararların az bir türü yasalarımızda kesin olarak nitelenmiştir. Büyük çoğunluğunun, önemi, ağırlığı, kişide ve kamuda yapabileceği etkisi gözönüne alınarak yüksek bir mahkemenin denetiminden geçirilmesi öngörülmüş ve bu görev yüce Yargıtay'a verilmiştir.

Yurdun her yöresindeki mahkemelerden verilen hükümlere ilişkin dâva dosyaları, ilgililerin yasal isteği ile (ayrık hükümlerde istek bulunmasa dahi) incelenmek için yüksek Yargıtaya gönderilir. Yargıtayın ilgili dairesinde bunlar sıraya konur. Yasaların ivedi saydıkları öne alınır, diğerleri sıra ile incelenir. İşin hukuksal yönü denetlenir. Hüküm doğru verilmişse onanır. Yasalara aykırılık varsa bu aykırılıklar belirtilerek hüküm Yargıtayca bozulur, dosya hükmü vermiş bulunan mahkemeye gönderilir. Mahkemede yeniden duruşma açılır, ilgililer dinlenir, bozmanın niteliğine ve nedenine göre gerekiyorsa yeni soruşturmalar da yapılır ve sonunda yeniden bir hüküm verilir. Bu hüküm de, aynı prosedürle bir kez daha yüce Yargıtayın denetimine sunulur. Yasal kurallara uyularak hüküm-

lerin Yargıtaya sunulması ve bu yüksek Mahkemede yurdun her yöresinden gelen iş sayısının olağanüstü bulunması nedeniyle bâzi dâvaların yıllarca sonuçlanmadığını ve uzayıp gittiğini görmek olanak içindedir. Bundan da haklı olarak kişiler ve kamu oyu şikâyet eder. Gerçek adalet kadar çabuk adalet de önemlidir. Yıllar geçtikten sonra verilecek bir cezanın toplumda ve hatta suçlu üzerinde olumlu ve yeterli etkisinin olamayacağını, özel hukuk alanında ise hakkını uzun yıllar sonra elde eden kişide adaletin gerçekleşmesinden beklenen yarar ve sevincin tam anlamıyla görülemeyeceğinin gözden uzak tutulmaması gerekir.

Peki ne yapmalı? Dâvaların çabuk görülmesi ve tezelden sonuçlanması için gerek Yargılama Usulü Yasalarında reforma gidilmeli (1), gerekse yüksek Yargıtayın iş yükünü azaltmanın yollarını bulmalı ve böylece Yargıtaya gelen dâva dosyalarının hemen ele alınabilip incelenmesini ve çabuklukla sonuçlanmasını sağlayacak ve de üzerinde yeteri kadar durulmasını ve gerektiğinde en geniş anlamda bilimsel araştırmalar yapılabilmesini gerçekleştirecek olanaklar tanınmalıdır Yargıtaya.

Şu halde (Adalet Mülkün Temelidir) yolundaki ulusal inancımızı tam anlamıyla realize edebilmek için ilk ve en önemli bir aşama Yargıtayın yükünü azaltmaktır. Bunun çareleri nelerdir? En etkin tedbir, Yargıtay ile ilk derece mahkemeleri arasında ikinci bir derece mahkemesi — üst mahkeme — sistemini getirmektir.

Gerçekten yurdumuzda bu yola gidilmeli midir? Üst mahkeme (eski deyimi ile İstinaf Mahkemesi) kurulursa ne yolda ve ne derecede yarar sağlar? Üst Mahkemeler diğer ülkelerde var mıdır? Varsa kuruluşları ne yoldadır? Görevleri nelerdir? Soruna çözüm bulmak için bunları da gözden geçirmek zorunludur. Bu nedenle biz burada, özellikle geniş çapta uygulama yeri bulan Fransa'daki ve İsviçre'deki üst mahkemelere bakacak, bu mahkemelerin kuruluş biçim ve kadrolarına, yetkilerine ve yargılama yöntemlerine değineceğiz. Böylece bu ülkelerde yaptığımız inceleme sonuçlarını da sunmuş olacağız. Bu arada üst mahkemelerin görev yaptığı diğer ülkelere de örnekler vereceğiz.

Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin geçmişi var mıdır? Tarihiçesi ne yoldadır?

Bu mahkemelerin kurulmasına karşı olan görüşlerle savunan görüşler nelerdir? Bunları da belirtecek, tartışacak ve sonuç ola-

(1) Fahrettin KİYAK - CEZA HUKUKUMUZUN ve ADALETİN SORUNLARI - 1971, 1. Türk Hukuk Kongresine sunulan Tebliğ, Sayfa 27 - 29 za bakınız.

rak yurdumuzda Üst Mahkemelerin ivedilikle kurulmasının gerektiğine ve hatta zorunlu olduğuna ilişkin düşüncelerimizi belirtmeye ve kanıtlamaya çalışacağız.

III — TÜRKİYE'DE ÜST MAHKEMELERİN TARİHÇESİ :

Bugün yurdumuzda kuruluşu bulunmayan Üst Mahkemeler (eski deymi ile İstinaf Mahkemeleri) daha önceleri vardı ve görevde idi.

Gerçekten bu mahkemelerin düşünülmüş bulunması ve kurulması bizde ilk kez olmayacaktır. Tâ 25.12.1287 (1871) tarihli «Mehakimi Nizamiye Nizamnamesi» ile ihdas edilmiş ve 5/6/1295 (1879) tarihli «Mehakimi Nizamiyenin Teşkilâtı Kanunu Muvakkati» ile bidayet ve temyiz dereceleri arasında (İstinaf Mahkemesi) kabul edilmiş idi. Sonradan 7 Nisan 1924 tarih ve 469 sayılı kanun ile bu mahkemeler kaldırılmıştır. Kaldırılma nedenleri, ileride konunun tartışılması bölümünde incelenecektir.

Daha sonraları üst mahkemelerin kurulması konusunda, doktrindeki tartışmalar ve gelişmelerin yanında resmî çalışmalar da olmuş, bâzı tasarılar hazırlanmıştır. Örneğin : 2/7/1952 de Yasama Meclisine sunulan tasarıda bu konu ele alınmıştır. Bu tasarı Adalet Komisyonunda değiştirilerek kabul edilmiş, fakat yüksek Meclisin gündemine alınamamış, kadük olmuştur.

1963 tarihli (Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkında Kanun) la ilgili diğer bir tasarıda da İstinaf (Üst) Mahkemelerine geniş yer ayrılmış, tasarının 17-21 inci ve 24-25 inci maddeleri bu mahkemelerin kuruluş ve görevleri hakkında hükümler getirmiştir. Bu tasarı da kanunlaşmamıştır. Yine bu konuda Yargıtay'ca hazırlanan yeni bir Kanun Taslağı da 24.3.1975 tarihinde Adalet Bakanlığı'na verilmiştir. (*)

IV — YABANCI ÜLKELERDE ÜST MAHKEMELER :

Üst Mahkemelerin yurdumuzda kurulmasının gerekip gerekmediği, gerekiyorsa nedenleri ve yararları açısından olumlu ve kesin bir sonuca varabilmek için, yabancı ülkelerdeki Üst Mahkemeler konusunda da bir inceleme yapmakta yarar ve gerek vardır. Bunun için önce, bu mahkemelerin geniş kapsamlı faaliyette bulunduğu ve diyebiliriz ki anayurdu Fransa'da ve de İsviçre'de araştırma gerekiyordu. Bu nedenle bu ülkelerde yapmış bulunduğum

(*) Cevdet Menteş, Yargıtay I. Başkanı, 1976-1977 açış konuşması, Sayfa : 2.

incelemelerimin sonuçlarını burada belirtmek ve bu arada, Üst Mahkemelerin yararları kabul edilmiş diğer bâzı ülkelere de değinmek uygun olacaktır.

A — FRANSA'DA ÜST MAHKEMELER :

Bu ülkede üst mahkemelerin adalet yargı kuruluşunda önemli bir yeri vardır. Fransa adalet yargı kuruluşu genel olarak üç derecede nitelenebilir :

- 1 — İlk Derece (Bidayet) Mahkemeleri.
- 2 — Üst Mahkemeler (İstinaf Mahkemeleri).
- 3 — Yargıtay (Temyiz Mahkemesi).

Konumuza giren ve ikinci derecede bir yüksek mahkeme olan İstinaf Mahkemelerini : a) Kuruluş biçimi, b) Yetkileri, c) Bölgesel durumları, d) Bu mahkemelere başvurma yöntemi, e) Yargılama usulleri, yönlerinden gözden geçirelim.

a) Fransa'da Üst Mahkemelerin Kuruluş Biçimi :

İkinci derecede bir yargı katı (mercii) olan bu mahkemeler, bir birinci başkanın başkanlığında kariyer'den olan hâkimlerden kuruludur. Bu mahkemelerin her bir dairesinde biri başkan olan üç hâkim bulunur. Bâzan resmî mülâkatla çözülmesi gereken işlerde kararları, başkanla birlikte beş üye verir. (2)

İstinaf ceza dairesi de, Fransız Ceza Yargılama Usulü yasasının 510. maddesine göre, bir mahkeme başkanı ve iki üyeden kurulmaktadır. Savcılığın fonksiyonları Başsavcılık veya Üst Mahkeme savcı yardımcısı, ya da Başsavcılık yardımcısı tarafından yürütülür. Mahkemede savcılık makamı böyle temsil edilir. Kâtipliği, yüksek Üst Mahkeme kâtibi yapar.

Ceza Dairelerinin sayısı her adalet yılının sonunda, gelecek adalet yılı için mahkeme Genel Kurulunca belli edilir. Sonradan doğacak gereksinmeye göre yıl içinde aynı koşullarla değişiklik yapılabilir. (3)

Her Üst Mahkemede en az bir Suçlama Dairesi bulunur. Bu dairenin yetkileri, toplanma ve çalışma yöntemleri ve başkanın yetkileri sözü geçen yasanın 191 -230. maddelerinde, toplantı süresi ve idaresi de 232 -239. maddelerde kodifiye edilmiştir.

(2) LE JUGE CET INCONNU - Georges Verpraet, 1974, imprimé en France, P. 7.

(3) Code de Procédure Pénale, art. 510, 511. Dalloz - Paris, 1974.

b) Fransa'da Üst Mahkemelerin Yetkileri :

aa) Özel Hukuk alanında :

Üst Mahkemeler, ilk derece mahkemelerinin hükme bağladıkları işleri yeniden soruşturma konusu yapmak yetkisine sahiptirler.

Bu mahkemeler başvurma yolu ile kendisine sunulan hükümler üzerinde gerek hukuksal açıdan gerekse olay (maddî hadiseler) olarak kontrolünü yapar. Hükmü onayabilir ya da bozabilir. Bu son hipotezde olayı ele alarak anlaşmazlığı yeniden ve son kez çözer (hal ve fasleler).

İş mahkemelerince alınmış kararlar ve tarım (arazi) kira mahkemesinin kararları ve de sosyal güvenlik birinci derecede kurullarının kararları Üst Mahkemenin özel bir dairesinin görevine bırakılmıştır : Sosyal Daire'ye. (4)

Üst Mahkemelerin yetkileri sınırsızdır. Kararları nihâidir. Ancak temyiz edilebilenler Yargıtay'ın denetiminden geçer. (5)

bb) Ceza Hukuku alanında :

Üst Mahkemeler, ceza mahkemelerinin ve polis mahkemelerinin ilk derece olarak verdikleri ceza kararlarına karşı ileri sürülen istinaf isteklerinde görevlidirler.

Yukarıda sözünü ettiğimiz suçlama dairesi (la chambre d'accusation) Üst Mahkeme düzeyinde (seviyesinde), gerçek anlamda ikinci derecede bir sorgu hâkimliği göreviyle ilk soruşturma yapar. Biri başkan ikisi üye olan üç hâkimden kurulur.

Suçlama dairesi, sorgu hâkiminin ilk derecede yaptığı soruşturmanın prosedürü üzerinde, örneğin : geçici tutuklama, yetkisiz olarak serbest bırakma (tahliye) kararlarıyla soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin (men'i muhakeme) kararı ve bilirkişi incelemesi üzerinde aktif kontrolünü yapar. (6)

Üst Mahkemelerin ceza dairelerine ilişkin olup usul yasasının (Code de Procédure Pénale'in) 506 - 509. ve 510 - 520. maddelerindeki kurulların polis mahkemelerince verilen hükümlerin istinafı halinde de uygulanacağı aynı yasanın 549. maddesinde gösterilmiştir.

(4) Le Juge Cet Inconnu, P. 17.

(5) CONSEIL DE L'EUROPE, L'Europe Judiciaire, Strasbourg, 1972, P. 54.

(6) Le Juge Cet Inconnu, P. 19

Polis mahkemeleri kararlarının istinafı ile ilgili hükümler ayrıca 546 - 549. maddelerde yer almıştır.

c) Fransa'da Üst Mahkemelerin bölgesel durumları :

Bu ülkede Üst Mahkemelerin sayısı, yurt toprağı üzerinde (sonuncusu 1973 de Metz de kurulmuş) 29 ve deniz aşırı 4 tanedir. Her birinin yargısal çevresi dört departmanı kaplar. (7)

d) Ceza Mahkemesi kararlarına karşı Üst Mahkemeye başvurma yöntemi :

İstinaf beyanı, hükmüne itiraz edilen mahkeme kâtibine yapılır. Beyan tutanak kâtibi ile istinaf eden tarafından veya hükmü veren mahkeme yakınındaki bir avukat ya da özel yetki verilmiş bir vekil tarafından imza edilmek gerekir. Bu son halde kâtip, tutanağa yetkiyi işaret eder. Eğer istinaf eden imza edemiyorsa bu nokta dahi kâtip tarafından tutanakta belirtilir.

Üst Mahkemeye başvurma isteğı, bu işe özgü genel bir deftere kaydedilir. (Mad. 502)

Eğer istinaf eden tutuklu ise o, Üst Mahkemeye başvurma isteğini Ceza ve Tutuk evi idaresinin şefi gözetiminde bir yazı ile yapar. Şef bu konuda kendisine bir belge (makbuz) verir. Başvurma dokümanı derhal hükmü istinaf edilen mahkeme kâtibine intikal ettirilir ve sözü geçen 502. maddenin 3. fıkrasına göre, önceden hazırlanmış sicil defterine kaydedilir ve kâtibin düzenlediğı tuta-nağa işaret olunur. (Mad. 503)

İstinaf etme süresi içinde ve dâvanın istinafının devamınca hükmün yerine getirilmesi geriye bırakılır. Yasanın 464. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki haller ayrık (müstesna) dır. Şöyle ki, özel hukuk eylemleri üzerine kabul edilen zarar ve ziyan karşılığı bir para ödenmesine hükmedilebilecek hal ayrık tutulmuştur. (Mad. 506)

Yasanın 185. maddesine göre Cumhuriyet Savcısı, bütün Sor-gu Hâkimi kararlarını Suçlama Dairesi nezdinde istinaf etmek hak-kına sahiptir.

Başsavcı da Üst Mahkemeye başvurma yetkilerini 34-38. ve 505. maddelerde yer alan kurallara göre kullanır.

(7) Le Juge Cet Inconnu P. 23.

Üst Mahkemeye başvurma hakkı olanlar :

Bu hak : 1 — Sanığa, 2 — Hukukça sorumlu kişiye, 3 — Kişisel yararı zarar görenlere, 4 — Cumhuriyet Savcısına, 5 — Kamusal icraatı ile ilgili olarak Kamu İdaresine, 6 — Üst Mahkeme Başsavcısına tanınmıştır. (Mad. 497)

e) Üst Mahkemede yargılama usulleri :

Üst Mahkeme, bir derece mahkemesi görevi ile dâvayı — genel olarak — ikinci derecede ve ikinci kez görür. İlk derece ceza mahkemesi için konmuş bulunan kurallar, aşağıdaki haller saklı kalmak üzere, ceza dâvalarında Üst Mahkeme önünde de geçerlidir.

Üst Mahkeme, sanık sorguya çekilen duruşmada bir üyenin sözlü raporu üzerine hükmünü verir. Mahkeme gerekli görürse tanıkları da dinler. Taraflar şu kurallara göre söz alabilirler : Önce kararı istinaf edenler, sonra kendisine karşı istinaf olunanlar. Eğer istinaf edenlerin ve edilenlerin sayısı çok ise başkının saptayacağı emrine göre dinlenirler.

Sanık ya da savunucusu her zaman son sözün sahibidirler.

Mahkeme kurulu başvurma süresinden sonra olduğunu ya da yasaya aykırı bulunduğunu görürse, onun kabule şayan olmadığını belirtir, bildirir. Eğer kurul, başvurma kabul edilebilir ve fakat esassız olduğunu görürse karşı koyulan hükmü onar. Her iki halde de Üst Mahkeme, başvurmanı giderleri ödemekle hükümlendirir. Eğer başvurma kamu adına savcılıkça yapılmışsa giderler hazinenin üzerinde bırakılır.

Üst Mahkeme savcının başvurma üzerine hükmü ister onansın, ister kaldırsın, sanığa uygun gelen veya gelmeyen karara varabilir. Fakat yalnız sanığın ya da hukukça sorumlu olanın başvurma üzerine kazanılmış hakkı ihlâl edemez.

Yine mahkeme, yalnız kişisel hak dâvacısının istinafında hükmü onun aleyhine ağırlaştıramaz. Kişisel hak sahibi, başvurma nedeniyle yeni bir istekte bulunamaz. Bununla beraber ilk derece mahkemesi kararındanberi giriftar olduğu zararları da isteğine ekleyebilir. (8)

B — İSVİÇRE'DE ÜST MAHKEMELER :

Bu ülkede adalet organizasyonu, idarî kuruluşa özgü bir sistem içinde örgütlenmiştir. Bilindiği gibi federatif devlet olan İs-

(8) Code de Procédure Pénale, art. 512 - 515.

viçre'de kantonal bölgeler düzeni vardır. Mahkemeler de böylece federal ve kantonal esasa göre kurulmuştur. Üst mahkemeleri 22 kantonun tümünde görmek olanağı yoktur. Bu nedenle biz de bu devletin bâzı kantonlarında bulunan Üst Mahkemeler kuruluşunu göreceğiz. (9)

a) Bern Kantonu :

Bu kantonun adalet kuruluşu 31.12.1909 tarihli yasa ile düzenlenmiştir. (10)

Sözü geçen yasanın 11. maddesine göre, ceza dairelerinin görevleri 20 Mayıs 1928 günlü Ceza Yargılamaları Usulü kanununda, hukuk dairelerinin ve Üst Mahkemenin görevleri 7 Temmuz 1918 günlü Hukuk Yargılamaları Usulü Kanununda saptanmıştır.

Adı geçen 20 Mayıs 1928 günlü yasanın III. bölümünün II. kısmı (istinaf) başlığını taşımakta ve 304 - 326. maddelerde yargılama yöntemlerine ilişkin kurallar getirilmektedir. 305. maddeye göre maksimum sınırı 8 gün hapis ya da 100 frank para cezasını geçen işlerde ilk derece mahkemelerince verilen hükümler için Üst Mahkemeye başvurulabilir. 306. madde kişisel hakla ilgili istinafı kapsamakta, 318. madde tarafları, 325. madde ise yargılama giderlerini ele almış bulunmaktadır.

Bern kantonunun Hukuk Yargılama Usulü Kanununa (11) gelince :

Bu yasanın 333 - 358. maddelerini kapsayan bölüm (istinaf) başlığını taşımaktadır. Belirtilen kurallara göre Üst Mahkeme, ilk derece mahkemelerinden verilen hükümleri ikinci kez inceleme merciidir ve değeri 2000 frankı geçen uyuşmazlıklarda verilmiş hükümlerde üst mahkemeye başvurulabilir. Yasada başvurma beyanının yazılı olarak mahkeme başkanı ya da isteği ile tutanak kâtibine yapılacağı (mad. 339), hasma tebliğ edileceği (mad. 340) ve dosyanın mahkeme başkanı tarafından başvurma isteği ile birlikte 14 gün içinde Üst Mahkemeye yollanacağı (mad. 341) yolunda hükümler de yer almıştır.

b) Neuchatel Kantonu :

27 Şubat 1973 günü değişikliğe uğramış bulunan 7 nisan 1925 tarihli Hukuk Yargılamaları Usulü Yasasının (Hükümlere karşı

(9) Fransa'da Üst Mahkemelerle ilgili daha geniş bilgi verildiğinden İsviçre'de Üst Mahkemeler konusunda ana çizgileri belirtmeye çalışacağız.

(10) Loi sur l'organisation judiciaire - du 31 janvier 1909.

(11) Code de Procédure Civile - 7.5.1918 (12.1.1972 ile değişik).

kanun yolları) bölümünün bir kesimi (istinaf) başlığı altında kodifiye edilmiştir. 375-392. maddeleri içeren bu kesimdeki sözü geçen 375. maddeye göre, ilk derece mahkemelerinden verilen hükümler, Adalet Kuruluş Kanununun 15. maddesi gereğince Kantonal Mahkemede istinaf edilebilir.

Neuchatel'in Ceza Yargılamaları Usulü Yasasında böyle bir kanun yoluna olanak verilmemiştir. (12)

c) Fribourg Kantonu :

Bu kantonun adalet kuruluşuna ilişkin olup 14.11.1958, 13.5.1965 ve 22.11.1974 günlü yasalarla değişik 22.11.1949 günlü yasanın özel hukukla ilgili ikinci kesimin V. bölümünde kantonal mahkemeler ele alınmış olup 146. maddede Üst Mahkemelerin beş hâkimden kurulu olduğu belirtilmiştir. 147. maddeye göre de bu mahkemelerin istinaf yolu ile kantonal mahkemeye yasa gereğince tevdi edilmiş özel hukuk dâvalarını kabul edeceği saptanmıştır.

Yine bu kantonun 28.4.1953 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 3. kesiminin 1. bölümü (istinaf) başlığını taşımakta ve 291-292. maddelerde kabule şayan olarak istinaf edilebilen hükümler gösterilmektedir.

Ceza Hukuku alanına gelince : en son 1974 değişikliğini taşıyan 11.5.1927 günlü Ceza Yargılamaları Usulü Yasasının (Code de Procédure Pénale du 11 mai 1927) 54-61. maddelerinde kanun yolları ve de Yargıtay yolu hakkındaki hükümlere yer verildiği halde ceza mahkemeleri yönünden Üst Mahkemeler kapsam dışı bırakılmıştır.

d) Genève Kantonu :

Bu kantonun Adalet Kuruluşu yasasının 29-37. maddelerinde özel hukuk alanında (adalet mahkemesinde) istinafla ilgili hükümlere yer verilmiştir. Genève kantonunun Hukuk Yargılamaları yasasının 338-366. maddeleri kapsayan XXV. kesimi (Adalet Mahkemesinde istinaf) başlığını taşımakta olup bunlardan 338-342. maddeler ilk derece mahkemelerince verilen hükümlerin hangi durumlarda Adalet Mahkemesi önünde istinaf edilebileceğini, 343-346. maddeler de istinaf etme süresini düzenlemektedir.

Yine bu kantonun Ceza Yargılamaları Usulü yasasının ikinci kesiminin V. bölümünde 406-412. maddeler, polis mahkemesi ka-

(12) Code de Procédure Pénale Neuchatelois - du 19 avril 1945.

rarlarının istinafına olanak tanımış ve bununla ilgili kurallar gösterilmiştir.

C — D İ Ğ E R Ü L K E L E R D E Ü S T M A H K E M E L E R

Gerçekten Fransa ve İsviçre dışında diğer bazı ülkelerde de Üst Mahkemelerin yararları düşünülerek adalet kuruluşları içinde bu mahkemelere de yer verilmiştir. Örneğin :

a) Avusturya'da :

Bu ülkede ikinci derecede bir mahkeme olarak Üst Mahkemeler kabul edilmiştir : Viyana, Graz, Linz ve İnsbruk üst mahkemeleri (13).

b) Federal Alman Cumhuriyetinde :

Özel hukuk işlerinde, bölge mahkemelerinin kararlarının istinafı Üst Mahkemelerce kabul olunur. Bu mahkemeler problemin maddî yönünü olay (hadise) ve hukuksal olarak tekrar soruşturur ve inceler. Ceza davalarında Devletin güvenliğine karşı önemli suçlarda Üst Mahkemelerin ceza daireleri görevlidir. (14)

c) Belçika'da :

Bu ülkede Üst Mahkemeye, adalet kuruluşu içinde yer verilmiştir. Belçikada Üst Mahkemelerin yetkileri, ilk derece mahkemelerinin her bir seksiyonundan verilen kararlar hakkında kabul edilmiştir. (15)

d) Malta'da :

Özel hukuk alanında Üst Mahkeme üç hâkimden kurulur. Ayırık (istisnaî) olarak ilk derece adlî polis mahkemelerince özel hukuk konusunda verilmiş kararların istinafında bir hâkimle işlem yapar. Üst Mahkeme Ticaret Mahkemesince ve ilk derece hukuk mahkemesince verilmiş kararların istinafında görevlidir.

Ceza işlerinde de Üst Mahkeme, ceza mahkemesi kararlarının istinafında üç hâkimden, adli polis bidayet mahkemesi kararlarının istinaf edilmesinde tek hâkimle kurulur. (16)

(13) Conseil de L'europ, L'europ Judiciaire - Strasbourg, 1972, Page : 2.

(14) » » » » » » , Page : 63 - 64.

(15) » » » » » » , Page : 27 - 29.

(16) » » » » » » , Page : 114 - 115.

e) Hollanda'da :

Normal yangının dört organı vardır : Kanton mahkemeleri, Asliye mahkemeleri, Üst Mahkemeler ve Yargıtay.

Üst Mahkemeler, asliye mahkemelerince ceza ve hukuk alanında verilmiş hükümlerin istinafı halinde görevlidirler. Tarım (arazi) kiralari konusunda, Arnhem Üst Mahkemesi, kanton mahkemelerinin tarımsal kira dairelerinden verilen hükümleri ve malî konularda maliye müfettişlerinin direkt vergiye ilişkin kararlarını istinafen incelemeye yetkilidir. Bu mahkemeler üç hâkimle kurulur ve hükmünü verir. Tahsili emvalle ilgili malî konularda yalnız bir hâkimle görev yapmak olanağı vardır. (17)

f) İtalya'da :

Beş hâkimden kurulan Üst Mahkeme, belirlenmiş kurallara göre ilk derece mahkemelerince ya da pretörce verilmiş kararların istinafı halinde görevlidir. (18) Prêteur, bir hâkimden kurulu normal mahkeme niteliğinde kabul edilmektedir.

g) İngiltere, İskoçya, Norveç ve İsveç'te :

Bu ülkelerde de Üst Mahkeme sisteminin kabul edildiğini görmek olanak içindedir. İsveçte (en eskisi 1614 de kurulmuş) altı Üst Mahkeme bulunmaktadır. Her Üst Mahkemenin de bir çok daireleri vardır. (19)

V — ÜST MAHKEMELERİN ALEYHİNDEKİ VE LEHİNDEKİ GÖRÜŞLER :

Gerçekten bu mahkemeler hakkında her iki yönden de bugüne kadar birçok görüşler ortaya atılmıştır. Bunlara da özetle bakalım.

A — ALEYHTEKİ GÖRÜŞLER :

Üst Mahkemelerin yurdumuzda kurulması için bâzı zorluklar ve olanaksızlıklar bulunduğu bu tür görüş sahiplerince öne sürülmekte, bu güçlüklerin ortadan kalkacağı zamana kadar bu mahkemelerin kurulmasının geciktirilmesi önerilmektedir. Örneğin :

(17, 18) Conseil de L'europ, L'europ Judiciaire - Sayfa : 123 - 126 ve 100.

(19) Sözü geçen yapıt - Sayfa : 190, 197, 143 ve 155 e bakınız.

Sayın Prof. Baha Kantar, ülkemizin genişliğine değinerek (... Bir çok yerlerinde **münakalat vasıtalarından mahrum** bulunan, hususiyle kış mevsiminde **birçok yolları kapanan** memleketimizde bu haller devam ettikçe İstinaf Mahkemelerini tesis etmenin adalet için teminat olacağına çok şüpheliyim) demiştir. (20)

Sayın Prof. Sabri Şakir Ansay özetle : (... İstinaf Mahkemele-
rinin kaldırılmasında **ferdi ve mali zaruretlere** yol açtı... Yargıçlar kütüphanesiz, arkadaşsız, kalemsiz, ardı ardınca çıkarılan yığın yığın kanunlar karşısında yapılmaz bırakıldı. Elbette yargıçlarda mucize bekleyemeyiz. **İstinaf Mahkemelerini hangi personelle kuracağız ?**) düşüncesini öne sürmüştür. (21)

Yargıtay 1. Başkanlarından sayın Bedri Köker 1953 - 1954 adalet yılı açış konuşmasında : (İstinaf Mahkemelerinin kurulması büyük ve maddî fedakârlıkları istilzam eder. Buralarda **çalışacak elemanların temini**, lüzumlu vasıtalarla teçhizi ve bunların kaza dairelerinin hudutlarının çizilmesi ve bu teşkilâtın matlup neticeyi sağlayabilmesi büyük ihtimam ve dikkate ihtiyaç gösterir. Bu bakımdan **bu imkânların elde edilmesini beklemek** yerinde olur kanaatindeyiz) demiştir. (22)

Bu görüşte olanaklar elde edilince üst mahkemelerin kurulmasına açık kapı bırakılmıştır; ve görülüyor ki aleyhe olan bu görüşler en az yirmi yıldan önceki zamanda ileri sürülmüştür.

Bu düşüncelerin günümüzdeki tutarlık ve geçerlilik derecelerini ileride (VI — Konu'nun Tartışılması) bölümünde inceliyeceğiz.

B — LEHTEKİ GÖRÜŞLER :

Yurdumuzun gelişen realiteleri karşısında son yıllarda gerek bilim adamları, gerek hukuk kuruluşları ve gerekse Yargıtay'ın her yıl geleneksel açış konuşmalarını yapan Yargıtay 1. Başkanları ülkemizde artık Üst Mahkemelerin kurulmasının gerekli olduğuna, hatta bu durmuun zorunlu hale geldiğine değinmişlerdir. Ve de uygulamacılar, hâkimler yayınlarında Üst Mahkemeleri hararetle savunmaktadırlar. Şimdi bunlardan da örnekler görelim.

a) Bilim Adamları :

Sayın Prof. Tahir Taner - Değerli hocamız bu konuda aynen şöyle demiştir : (... Yüksek ve önemli vazifelerini yapabilmesi için

(20) Ord. Prof. Baha Kantar - Ankara Hukuk Fakültesi 1953 - 1954 yılı açılış dersi - Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı : 1 - 4.

(21) Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay, Ulus, 19.1.1953.

(22) Bedri Köker, Yargıtay 1. Başkanı - Adalet Dergisi 1954, Sayı : 10.

Temyiz Mahkemesine vakit ve imkân vermelidir ; Bu da ancak yükünün hafifletilmesi ile elde edilebilir. **Kanaatımızca bu hususta en kestirme çare, istinaf derecesinin ihyasıdır.** Memleketin muayyen muntakalarında, İstinaf Mahkemelerinin kurulması, hem dâvaların ikinci defa tedkikini mümkün kılar, hem de Temyizin işlerini gereği gibi azaltır; bu yüksek mahkeme de asıl vazifesini daha iyi ve daha salim bir surette yapmak imkânını bulur.) (Şimdilik hiç olmazsa bir kaç büyük merkezde bu mahkemeleri vücuda getirerek memleketi istinaf muntakalarına ayırmak yoluna gitmelidir. Aynı zamanda rastgele istinafa müracaat edilmemesini temin için sıkı şartlar konmalıdır.) (23)

Sayın Prof. Nurullah Kunter istinafın kurulmasından söz ederken (... Ancak mesele imkân meselesidir. Muhakemelerin aşırı derecede uzamasını önleyecek tedbirler alınmak şartıyla, **imkânlar hasıl olur olmaz İstinaf Mahkemelerinin kurulmasına taraftar** bulunmaktayız.) demiştir. (24)

Sayın Prof. Necip Bilge : (İlk adli merci ile Temyiz mercii arasında ikinci bir vakıa mahkemesinin — eski adıyla İstinaf, yeni bir deyimle Üst Mahkeme — bulunmaması... dolayısıyla Yargıtay'ın işleri gittikçe çoğalmış ve zamanla adeta tahammül edilmez hale gelmiştir... **Üst Mahkemelerin, ilk ve son merciler arasında bir süzgeç ödevi yapacağı ve böylece Yargıtay'ın işlerinin azalmasında önemli rol oynayacağı tabiidir.**) görüşünü belirtmiştir. (25)

b) Hukuk Kuruluşları :

1. Türk Hukuk Kongresi : 1972 yılında Ankara'da toplanan bu kongrenin (Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Komisyonu) raporunun 5. sayfasında İstinaf Mahkemelerinin kurulması önerilmektedir. Kongrenin (Hukuk Usulü ve İcra İflas Hukuku Komisyonu) raporunun 8. sayfasında (**müstakil İstinaf Mahkemeleri kurulmalıdır**) dileği öne sürülmüştür. (26)

Ankara Barosu : Baro tarafından Başbakanlığa sunulan 11.2. 1974 günlü raporda (hüküm mahkemeleri ile bir denetim mahkemesi olan Yargıtay arasında **İstinaf Mahkemeleri kurularak Yargı-**

(32) Ord. Prof. Tahir Taner - Ceza Hukuku 1955, Sayfa : 35, 36.

(24) Prof. Dr. Nurullah Kunter - Ceza Muhakemesi Hukuku, 1961.

(25) Prof. Dr. Necip Bilge - Yargıtayın İş Hacmini Daraltma İmkânları, Ad. Der. 1963/9 - 10, Sayfa : 885 - 887.

(26) Bir tebliğle katıldığım ve çalışmalarında bulunduğum 1. TÜRK HUKUK KONGRESİ Komisyon raporları, 25.4.1972.

tay'ın yükü yeteneği ölçüsüne indirilmelidir.) denilerek bu mahkemelerin kurulması önerilmiştir. (27)

c) Yargıtay 1. Başkanları :

Her Adalet tatili sonunda Adalet Yılı, Yargıtay 1. başkanı tarafından bir konuşma ile açılmaktadır. Bu konuşmalarda da Üst Mahkemelerin kurulması zorunluğu bulunduğu belirtilmiş görülmektedir. Bunlardan da örnekler — tarih sırasıyla — görelim.

Sayın İbrahim Etem Ertem, 1952-1953 Adalet Yılı'nı açış konuşmasında (... kaldırılan bu mahkemelerin adli teşkilâtımızda bıraktığı boşluğu bihakkın doldurmak mümkün olamamıştır. İlk mahkemelerle Yargıtay arasında bu «derece mahkemeleri» ortadan kalkınca ilk mahkemelerin hemen hemen bütün işleri bir sel gibi Yargıtaya akmağa başlamış, bu sebeple derece mahkemelerine düşen vazifeleri de; üzerine almak mecburiyetinde kalan yüksek mahkeme müşkül bir duruma girmiştir. Zaman zaman Yargıtayda yeni daireler teşkili de, tam ve kâmil bir çare olamamıştır. **Üst Mahkemelerin teşkili memleketimizde mesut bir inkılâp olacaktır.**) (28) görüşünü belirtmiştir.

Sayın Dr. Recai Seçkin, 1961-1962 adalet yılı açış söylevinde (Hâkim yetiştirme programına göre on, onbeş yıl içinde yeter sayıda ve nitelikte hâkim yetiştirilince **İstinaf Mahkemeleri kurulabilir.**) demiştir. (29) Bu konuşmada belirtilen süre çoktan dolmuş ve Yüksek Mahkemede üyelik yapmak yeteneğine ve yasal hakkına sahip 2000 civarında hâkim sayısına ulaşılmıştır.

Sayın Ferruh Adalı, 1971-1972 adalet yılını açış konuşmasında (Yargıtayın esas görevi bütün yurttaki kanunların aynı anlamda ve biçimde uygulanmasını sağlamak, işi hukukî yönden incelemek olduğu halde arada Üst Mahkemelerin olmaması dolayısıyla madî hukuk bakımından da gerekli incelemeyi yapmak zorunluğunda kalmakta, bu yüzden temyiz incelemesi, gecikmelere, işlerin birikmesine sebep olmaktadır. Üst Mahkemeler kurulmadıkça Yargıtay'da daire ve üye sayısının artırılması geçici bir tedbir niteliğinde olacaktır... **İstinaf Mahkemelerinin kaldırılmasına sebep olan koşullar bugün artık kalmamıştır...** Bu itibarla bünyemize uygun ve bazı sakıncaları giderilmek suretiyle Üst Mahkemelerin kurulması mümkündür) önerisinde bulunmuştur. (30)

(27) Ankara Barosu Raporu, 1974, Sayfa : 19.

(28) İbrahim Etem Ertem - Yargıtay 1. Başkanı, Ad. Der. 1952, Sayfa : 1183-1184.

(29) Dr. Recai Seçkin - Yargıtay 1. Başkanı, 1961-1962 Adalet Yılı açış konuşması, Sayfa : 6.

(30) Ferruh Adalı - Yargıtay 1. Başkanı, 1971-1972 açış konuşması, Sayfa 5.

Sayın Eyüp Sabri Erman, 1972 - 1973 adalet yılını açarken : (Yargıtaya yeni daireler eklemekle, üye kadrosunu genişletmekle işlerin düzene gireceğini sanmıyoruz. Bugün Türkiye'de, birinci sınıfa ayrılmış yetenekli hâkim ve savcılar çoğalmıştır. Bütçe mülâhazaları vatandaşları hukukî teminattan yoksun bırakmak için yeter sebep değildir. Bilhassa **mahkemelerimizin tek hâkimli oluşları**, dâvaları ilk mahkeme gibi ele alıp inceleyecek **Üst Mahkemelerin vücudunu zorunlu kılmaktadır**. Konu bir an evvel ele alınıp işlenerek ihtiyaçlarımıza uygun bir teşkilât kanunu ile **İstinaf Mahkemelerinin kurulmasındaki fayda ve zaruret gün gibi aşîkârdır**) tezini ileri sürmüştür. (31)

Sayın Cevdet Menteş, 1974 - 1975 Adalet Yılı açış konuşmasının da yüksek Yargıtayın iş hacmine ve yüklü çalışmalarına değinerek gerekli açıklamaları yaptıktan sonra özetle şöyle demiştir : (Tam ve yetkin tek çözüm yolu vakit kaybetmeden ilk mahkemelerle Yargıtay arasında «Üst Mahkemeler» kurulması yoluna gidilmesidir... **Üst Mahkemelerin kurulmasıyla vatandaşta adalete olan güven duygusu artacaktır.**) diyerek bir realiteyi dile getirmiştir. (32)

Sayın Menteş'in zamanın Başbakanı sayın Sadi Irmak'a sunduğu ve Yargıtay 1. Başkanlığının 9.12.1974 günlü ve 9511/9837 sayılı yazısına ekli (Yüce Yargıtay'ın sür'atle çözüm bekleyen sorunlarını) kapsayan yazının 5-6. sayfalarında aynen : (1973 yılında Yargıtay'a gelen dosya sayısı 270842 dir. Yılda ortalama iş artışı 20000 i bulmaktadır. Bu rakamlar Yargıtay Hâkimlerinin çok ağır bir yük altında ezildiklerini, bunaldıklarını açıkça göstermektedir.

Hudutsuz gayret ve feragatla çalışmanın daha ne kadar devam edeceğini kestirmek güçtür. Her beş yılda daire sayısını artırmak, geçici bir tedbir olmaktan öteye geçmeyen ve fasit bir dairenin içine girmek demektir.

Bâzı Hukuk Dairelerinde 2, Hukuk Genel Kurulunda 4 yıldan beri sıra bekleyen dosyalar olduğu gerçektir. Geciken Adalet, Adalet değildir.

Tam ve yetkin çare, çözüm yolu, vakit kaybetmeden ilk mahkemelerle Yargıtay arasında «Üst Mahkemelerin- İstinafın» kurulması yoluna gitmek olacaktır, diye sorunu önemle belirtmiştir.

(31) Eyüp Sabri Erman - Yargıtay 1. Başkan Vekili, 1972 - 1973 Adalet Yılı açış konuşması, Sayfa : 8.

(32) Cevdet Menteş, Yargıtay 1. Başkanı, 1974 - 1975 Adalet Yılı açış Konuşması, Sayfa : 7.

Yine sayın Menteş'in 1976 - 1977 Adalet Yılı Açış Konuşmasında da (... Yargıtay'da Daire sayısını artırmak, birbirini kovalıyan ve sonu gelmeyen geçici bir tedbir olduğu kadar Daireler aarsında kaçınılmaz uyuşmazlıkların da çoğalmasına yol açmakta, bu yüzden Yargıtay'ın, hukuk yaratma, yasaları yurdun her yerinde aynı biçimde uygulanmasını sağlama görevi ise ciddi şekilde güçleşmektedir) diyerek konuyu gerçek bir biçimde yansıtmış, bu nedenle ÜST MAHKEMELERİN zaman kaybetmeden kurulmasını önermiştir. (33)

d) Diğer Adalet Mensupları :

Üst Mahkemelerin Ülkemizde kurulmasının yararlarına ve gerekliliğine ayrıca diğer adalet mensupları, (hâkim, savcı ve avukat olarak) da önemle değinmişlerdir. Örneğin :

Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdür Başmüşaviri sayın Kemalettin Alikâşifoğlu ikinci bir Üst Mahkemenin Kuruluşuna Dair İnceleme yazısında «Adalet Dergisi, 1976, Sayı : 3-4, Sayfa : 274» sonuç olarak (Yargıtayla ilk mahkemeler arasında ikinci bir **üst mahkemenin kurulmasının zaruret halini aldığını** düşünmekteyiz) demektedir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcısı sayın Sami Selçuk da «Konumu Açısından Yargıtay ve Üst (İstinaf) Mahkemeler Sorunu» yazısında (Yargıtay Dergisi 1976/4, Sayfa 50) **Üst Mahkemelerin tezelden kurulması gerektiği** görüşünü belirtmiştir.

Avukat sayın Ömer Gözübüyük, 1. Türk Hukuk Kongresine sunulan 1972 tarihli tebliğini (**İstinaf mahkemelerinin kurulması** ve buna paralel yasa değişiklikleri **adalete sür'at kazandıracak**, ona güveni artıracak, Yargıtayın görevinin önemine uygun rahat çalışması imkânını sağlayacaktır.) sözleriyle bitirmiştir.

VI — KONUNUN TARTIŞILMASI :

1 — Karşı görüşlerin özetleri :

a) Yolların kışın kapanmakta bulunması, Üst Mahkemeye gelme, ulaşım zorlukları.

b) Üst Mahkemelerin Devlet Bütçesine yük olması, personel sınırlılığı — Yüksek dereceli hâkim azlığı —

c) Bu mahkemelerin dâvaların uzamasına yol açacağı ve işle-
rin birikeceği.

d) Üst Mahkemeleri kaldıran 469 sayılı yasanın gerek-
çesindeki «İstinaf işlerinin, müstakil mahkemeler yerine ağır ceza
ve asliye ceza mahkemelerinde görülmesi ve aslî görevler yanında
istinaf işlerinin ihmal edilmesi sonucu, iş ve dosyaların içinden
çıkılmaz derecede çoğalmış bulunması» (34).

2 — Karşı görüşlerin halen geçerlilik dereceleri :

a) Ulaşım zorlukları bugün minimum dereceye düşmüştür. Yur-
dun sayısız bölgelerine günümüzde motorlu araç gidebilmektedir.
Gerçekten bugün yolların kapanması sorun olmaktan çıkmıştır.
Teknik araçlar yolların kapanmasını bertaraf edebilmektedir.

Bir dâvanın esasî ilk derece mahkemesinde görüldükten sonra
Üst Mahkemede ikinci kez görüleceği için tarafların ikâmetgâhla-
rının bulunduğu yöreden gelmesi onlar için büyük zorluklar doğu-
rur tezi de kabul edilemez. Şöyle ki, bir mahkeme kararına kanaat
getirmeyen kişinin hâkim sayısı ilk derece mahkemesine göre da-
ha çok olan ve olayın etkisinden ve de muhitinden uzak bölgede
bulunan Üst Mahkemede işin ikinci kez soruşturulmasını istemesi,
ona daha çok güvence verir, adalet duygusunu kuvvetlendirir. Bu
yüce yararlarını düşünürsek, bir ilçeden örneğin bir il merkezine
veya komşu il'e Üst Mahkeme için gitme zorluğunu pek çok abart-
mamak gerekir. Kaldığı halen Yargıtay'daki duruşmalara kadar
gelmek ve de savunma için vekil tutup Ankara'ya göndermek kül-
fetine katlanmak iş sahipleri yönünden daha az zorluk ve daha az
kulfet değildir herhalde.

b) Bütçeye yapacağı olumsuz etki, personel sıkıntısı, hâkim
azlığı :

Bu sebebi de kabule olanak göremiyoruz. Çünkü, büyük oran-
da sürekli olarak artan iş karşısında Yargıtay'a da sürekli biçimde
daireler eklenmektedir. Bu işlemle Yargıtay'daki hâkim kadrosu-
nun ve kalem personelinin artırılması, bina yetersizliği nedeniyle
Yargıtay'a katlar eklenmesi, hatta bu gereksinmeyi karşılayabilmek
amacıyla yakınındaki bir binanın da Yargıtay emrine verilmesi gi-
bi durumların bütçeye olan yükünü unutmamak gerekir.

Kaldı ki Yargıtay'a iki yılda ortalama bir daire eklenmektedir.
Şöyle ki ; Yargıtay'ın daire toplamı örneğin 1957 yılında 14 iken

(35) bugün 24 e ulaşmıştır. Böylece 20 yılda 10 daire ilâve edilmiştir. Şu halde artış oranı belirttiğimiz gibi iki yılda bir dairedir.

Daire sayısının bu denli artırıldığını düşünürsek, bu artışa paralel olarak personel artışı ve sorunu da yine karşımıza çıkar. Yurdun 10-15 yerinde bölgesel Üst Mahkeme kurulması ile Yargıtay'a sürekli olarak daireler eklenmesi karşılaştırılırsa arada pek büyük finansal fark bulunmayacağı görülür.

Nüfusumuzun hızla çoğalması, buna paralel olarak sosyal ilişkilerin, problemlerin artması, hukuksal ve cezasal olayların ve dolayısıyla dâvaların artmasına neden olmaktadır. Bu durum ise Yargıtay'a bir yıl içinde ulaşan iş sayısının sürekli olarak yükselmesi sonucunu doğurmaktadır. Resmî çizelgelere göre bu çoğalma temposuna bir örnek verelim :

1970 yılında Yargıtay'a devirle birlikte gelen dosya sayısı 183365 iken 1974 yılında bu sayı 286090 a yükselmiş, böylece 4 yılda artış yüzünü geçmiştir. Kuşkusuz bu biçim artışları karşılayabilmek amacıyla yukarıda belirttiğimiz gibi sürekli olarak daire sayıları da artırılmaktadır. Çare nedir ? Üst Mahkemeleri kurmaktır.

Personel konusuna gelince : Bugün 1. sınıfa ayrılmış yetenekli ikibin civarında yüksek dereceli hâkim ve savcımızın var olduğunu bir kez daha belirtmek isteriz. Şu halde personel sıkıntısı diye bir neden, Üst Mahkemelerin kurulmasına engel olacak bir neden sayılamaz.

Kaldı ki bugün de aynı gerekçe Yargıtay için söz konusudur. Şöyle ki Yargıtay'da sürekli olarak daire sayısı artırılırken yeni daireler için Başkan ve üyeler bulunması ve bunun yanında dairelerin kalem personelinin temini her halde az yük olmamaktadır bütçeye.

Yabancı ülkelerle karşılaştırırsak bizim Yargıtay'daki Başkan ve Üye sayısı, Fransız Yargıtay'ına göre yaklaşık dört kat, İsviçre Federal Mahkemeye göre sekiz kat kadardır. Bugün bizde üye sayısı iki yüzü aşındır. 4 dairesel ve 20-25 üyeli bir Yargıtay yerine 24 dairesel 201 üyesi bulunan bir Yargıtay'ın bütçeye yükü, her halde, yurdumuzun belirli yörelerinde — ilk anda 10-15 yerde — Üst Mahkeme kurulmasından daha hafif değildir. Kaldı ki Sayın Cevdet Menteş'in de ifade ettiği gibi bütçe mülâhazaları adalet dağıtımındaki güvenceyi engellememelidir. (36)

(35) Prof. Baha Kantar - Ceza Muhakemeleri Usulü, 1957, Sayfa : 357.

(36) Cevdet Menteş - 1974 - 1975 açış konuşması, Sayfa : 7.

c) Üst Mahkemelerin dâvaların uzamasına yol açacağı ve işle-
rin birikeceği :

Bu mahkemelerde dâvaların ikinci kez görülmesi nedeniyle uza-
yacağı görüşünü de geçerli saymıyoruz. Aynı uzama fazlasiyle bu-
gün de söz konusudur. Yargıtay işlerinin pek çok olması, yüzlerce,
binlerce dâvanın incelenmek üzere sırasını beklemesine neden ol-
makta ve bu da bâzı dosyaların yıllarca beklemesi sonucunu ver-
mektedir.

Gerçi İstinaf deyimi (İşe Yeniden Başlama) yı anlatmakta ise
de (37), İstinaf Mahkemesine gelecek işlerin tümü yeniden soruş-
turmaya bağlı kılınmayarak, bir kısmının dosya üzerinde yalnız
hukuksal yönü inceleneceğinden (İstinaf) yerine bilim adamları ol-
sun, uygulamacılar olsun(Üst Mahkeme) deyimini daha uygun bul-
makta ve kullanmaktadırlar.

Gerçekten ilk derece mahkemelerden verilen kararların tümü
Üst Mahkemede ikinci kez dâvaya konu yapılacak değildir. Bir tür-
rü kesindir. Bir türü evrak üzerinde, Yargıtay'ın incelemesine ben-
zer biçimde işin sade hukuksal yönü incelenmek yolu ile sonuçlan-
dırılabilir. Ancak yasada belirtilecek işlerde, ilgililerin istekleri
üzerine, ya da Üst Mahkeme gerekli görürse işi ikinci kez yargılar.
Görülüyor ki işlerin bugünkünden çok uzayacağına ilişkin bu tez
de tutarlı sayılamaz.

d) Üst Mahkemelerin kaldırılmasına neden olan «İstinaf iş-
lerinin Ağır Ceza ve Asliye Ceza Mahkemelerinde görülmesi sonu-
cu dosyaların içinden çıkılmaz hale geldiği» konusuna gelince :

Yeni kurulacak Üst Mahkemeler müstakil olup ayrıca toplu
hâkimlerle görev yapacağından bu sorun da kendiliğinden ortadan
kalkacaktır.

3 — Üst Mahkemelerin kurulmasının sağlayacağı yararlar :

a) Bu mahkemeler, Yargıtay'ın, Anayasamızın 139. maddesinin
verdiği görevi en iyi bir düzeyde yapmasına çok büyük yardımcı
olur; diğer bir deyimle onun yükünü maksimum derecede azaltır.
Böyle olunca da Yargıtayın, kendisine ulaşan işleri gereği gibi in-
celemesi için yeterli zaman bulmaya olanak verir ve onun bir içti-
hat mahkemesi olma fonksiyonunu yerine getirmesinde dolayısıyla
etken olur. Dosyaların Yargıtayda uzun yıllar beklemesi proble-
mini ortadan kaldırır, adaletin çabuk yerine getirilmesini sağlar.

b) Üst Mahkemeler, ilk derece mahkemelerine göre daha çok sayıda hâkimle kurulmaktadır. Bu durum ise, yurttışlara büyük güvencedir.

c) Yurdun çeşitli yörelerinde kurulacak olan Üst Mahkemeler, dâvaların ilgililerine, geografik bakımdan Yargıtay'dan çok yakındır. Bu nedenle de daha az zaman harcanarak ve daha az masrafla hak savunması olanak içinde olacaktır

d) Bu mahkemeler, genellikle, suçun işlendiği ya da anlaşmazlığın doğduğu yöreden uzakta olacağı için, yerel etkilerden de uzak bulunacağından az da olsa akla gelebilecek bu tür kuşku-ları ortadan kaldırır.

e) Üst Mahkemelerde, gerekli görülecek dâvalar, ikinci kez işin esası yönünden de görülebileceğinden, adaletin gerçekleşmesinde büyük ölçüde yardımcı olur, adalete güveni artırır.

VII — SONUÇ VE DİLEĞİMİZ :

Tarihçe bölümünde de değindiğimiz gibi Üst Mahkemelerin yurdumuzda kurulması sorunu yeni değildir. Konu, 1871 yılından bu yana, hemen hemen yüz yıldan çok süredir hukukçuları uğraştırmaktadır.

Şunu da hemen belirtelim ki bu mahkemelerin kurulması, yabancı ülkelerde de kolay olmamıştır. Örneğin İngiltere'de (bir İstinaf Mahkemesi teşkil edebilmek için 60 yıldan fazla bir zaman münakaşa edilmişti. 28 kanun projesi, ya reddedilmiş veyahut tozlar içine atılmıştır. 1805 de hazırlanmış bir kanun tasarısı da reddedilmişti.

Nihayet, Criminal Appeal Act 1907 ile İstinaf Mahkemeleri «Court of Criminal Appeal» ünvanı altında tesis edilmiş ve 19.4.1908 den itibaren vazifeye başlamışlardır.) (38)

Bu incelememizin V-B bölümünde gördüğümüz gibi yurdumuzda Üst Mahkemelerin gerekliliğini son yıllarda bilim adamları savundukları gibi Yarıgtay 1. başkanları da Adalet yıllarını açış söylevlerinde bunun zorunlu olduğunu belirtmişler ve tezelden Üst Mahkemelerin kurulmasını önermişlerdir.

Ayrıca hukuk kuruluşları da (Ankara Barosu ve de 1972 de Ankara'da toplanan ve yurt çapında hukukçuların katıldığı 1. Türk Hukuk Kongresi) bu tezi içtenlikle desteklemişlerdir.

(38) İngilizce Ceza Mahkemeleri Usulü - Dr. C.H.P. İNHULSEN, Çev. Rifat Taşkın, Ankara 1938, Sayfa : 184.

Belirttiğimiz gibi ülkemizde Üst Mahkemelerin kurulması için 1952 ve 1963 yıllarında iki ayrı tasarı hazırlanıp Yüksek Meclise sunuldu. Fakat kanunlaşamadı. Demek ki yalnız bilim adamları, hukukçular ve hukuk kuruluşlarınca değil resmî hükümet makamlarınca da bu konu bir gereksinme olarak kabul edilmişti.

Görülüyor ki Üst Mahkemeler probleminin çözülmesi, bu mahkemelerin bir an önce kurulması yurdumuz için artık çok gerekli ve kaçınılmaz bir tedbir haline gelmiştir.

Açıkladığımız nedenlerle biz de Üst Mahkemelerin ivedilikle kurulmasını içtenlikle ve hararetle öneriyoruz.

Kuruluş biçimleri, çalışma yöntemleri, görev sınırları, bölgesel yetkileri, Üst Mahkemeye başvurma hakkı ve süreleri, özellikle ne gibi koşullarda dâvayı ikinci kez göreceği, hangi hallerde evrak üzerinde inceleme yapacağı, ne tür hükümlerinin kesin olacağı, hangilerinin Yarıgtay incelemesine olanak vereceği, bilim adamlarından, yüksek mahkemelerden, barolardan ve bakanlıktan seçilecek uzman üyelerle kurulacak bir komisyonca saptanıp buna göre hazırlanacak tasarı yüksek Yasama Organının inceleme ve onayına sunulmalıdır.

Şuna da değinelim ki, Üst Mahkemeler örneğin Fransa'da olduğu gibi 33 bölgede değil de bizim olanaklarımıza ve ülkemizin özelliklerine, georafik ve sosyo ekonomik koşullarına göre ilk anda 10-15 yerde kurulabilir.

— ÇOCUK SUÇLULUĞU —
İsviçre ve Fransa'da Çocuk Mahkemeleri

DEMİR DÂİ (*)

İSVİÇRE'DE :

1 — Çocukların suçluluğu ve Cezai mesuliyeti :

Küçüklerin (Çocukların) ve mümeyyiz küçüklerin cezâi mesuliyetleri İsviçre Ceza Kanununun 82-99 Maddelerinde yer almıştır. 82 inci madde 7 yaşından küçük çocukların cezâi mesuliyetleri olmadığından bunlar hakkında Ceza Kanununun uygulanamayacağını hüküm altına almıştır.

Çocuk deyimiyile Ceza Kanunu 7 ilâ 15 yaş arasındakileri işaret etmektedir. Küçükler için hareket noktası yaştır. Bunlar için suçun nev'i ne olursa olsun yapılan muamele aynıdır. Ancak, mümeyyiz küçükler muhtelif muameleye (Tedaviye) tabi tutulabilirler. Mümeyyiz küçüklerden maksat 15-18 yaş arasındakilerdir. Prensipten itibaren bir suç işlenmesi halinde çocuklar hakkında da cezâi takibat yapılır. Cezanın genel prensipleri olan meşru müdafaa ve zaruret halinde onlarda faydalanırlar (Madde 32-34).

Ceza Kanununun 87. maddesi anlamı dahilinde disiplin cezası ve cezâi müeyyide (Md. 96) Ancak, failin cezai mesuliyeti haiz olması ile mümkündür. Bu suçluluk ve sorumluluk unsuru ve cezalandırma şartları mümeyyiz olmayan küçüklerle mümeyyiz olan çocuklarda aynı değildir. Bir fiilin mahiyetini, kanunsuz olup olmadığını, mümeyyiz çocuklar mümeyyiz olmayan küçüklerden daha iyi takdir ederler.

Bu suçluluk ve mesuliyet unsuru özel bir tedaviye karar verildiği hallerde münakaşa konusu olmayıp geri plâna bırakılabilir.

Yeterki kanun tarafından suç sayılan bir fiil ika edilmiş olsun. Bu gibi özel tedaviye karar verilen hallerde kusur ve mesuliyet aranmaz. Buna mukabil terbiyevi tedbirlerin tatbikinin gerektiği hallerde suç ve mesuliyetin mevcut olup olmaması hakkında fikir ayrılıkları vardır. Federâl Mahkemeye göre terbiye edici tedbirlerin

(*) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Başkanı.

uygulanması gerekiyorsa suçluluk ve mesuliyet unsurları gereklidir. Bu tedbirler bir cezâ mahkûmiyeti gibi Adli Sicile geçecektir. Diğer yönden tedbirlerin Adli Sicilden silinmesi de Ceza Mahkûmiyetleri gibidir. Bu konuya bazı müellifler itiraz ederler, bunlara göre terbiye tedbirlerine hükmedilmesinde suçluluk ve sorumluluğun esas alınmasına yer yoktur.

2 — Yetkili Mahkemeler :

İsviçre Ceza Kanununun 363. ncü maddesine göre kanton mahkemelerinin yetkisine bırakılan hallerde çocuk ve mümeyyizlere tâyin edilecek tedâvi usulünü (Muameleyi) tatbik edecek makam kantonlardır, yani kanton yetkilileridir. Esas olan bu makamın çocuklar üzerinde bilgi ve tecrübeyi haiz olmasıdır. Bu konuda Kantonlar birbirinden farklı usuller kullanmaktadırlar.

Bazı kantonlarda çocuklar için ihtisas sahibi Hâkimler tarafından Başkanlık edilen çocuk mahkemeleri, bazılarında ise normal mahkemelere bağlı olan ve fakat çocukların ihtisas sahipleri tarafından sorgusunu yapacak bürolar mevcuttur. Bu ikinci halde mahkemenin esas hakimi hüküm ve infaza karar vermektedir.

Ceza Kanununun 371. maddesine göre çocuklar ve mümeyyiz çocuklar için cereyan eden dâvalardaki usul Kanton Hukukundan doğar. Tedavi ve terbiye usulleri hakkında kantonların kabul ettikleri birbirinden ayrı muhtelif usul ve şekiller mevcuttur.

3 — İslâh ve Terbiye Evleri :

Çocuk için tedbir olarak hürriyeti tahdit eden bir muameleye (Tedavi usulüne) tâbi tutulmasına karar verilmişse bu tedbir islâh evinde diğer adı ile terbiye evinde uygulanır. Bu terbiye evlerine ceza mahkûmiyeti sonucu olarak konan çocuklardan başka Medenî Kanundan doğan sebepler dolayısıyla de çocuklar konabilmektedir. Bu evlerde bırakmanın gâyesi cezadan ziyade terbiye olduğuna göre Medenî Kanunu ve Ceza Kanununun tatbikatı icâbı bu evlere konan çocukların birlikte bulunmaları mahzur teşkil etmez, çocuklar pansiyoner durumundadır.

İsviçre'de mümeyyiz çocuklar için 50 civarında, mümeyyiz olmayan çocuklar içinde 100 den fazla terbiye evi mevcuttur. Bunlardan ekserisi 20 ilâ 50 yataklıdır. Çocukların terbiyesi pedagog ve psikologlar nezaretinde yapılır.

İslâh evlerinin gayesi çocukları tedâvi edip müstakbel hayata hazırlamaktır. Bu evler çocuklara okul terbiyesi verir, ihtiyaçları ile meşgul olur. Mümeyyizlerin kaldıkları terbiye (islâh) evlerinde ise meslekî bilgi verilir. Sanat tesisleri islâh evlerinin içinde kurulmuş olabileceği gibi, çocuklar islâh evlerinin dışarısında kurulu bulunan san'at tesislerinede götürülerek meslek edilmeleri sağlanır. (1)

FRANSA'DA :

Çocuk suçluluğu konusu Fransa'da 18. nci yüzyılın ikinci yarısında ele alınmıştır. 19. yüzyılda sanayi gelişmesi ve sosyal değişiklikler sebebiyle suçlu çocuk miktarı artmıştır. Cemiyetteki bu değişiklikler yeni kanunların tedvinine sebep olmuştur. 5/Ağustos/1830 tarihli kanun suçlu çocukların islâhı için özel müesseseler getirmiş ve terbiye edici metodlar ortaya koymuştur. 12/Nisan/1906 tarihli Kanun Ceza ehliyeti yaşını 16 dan 18'e çıkarmış, 22/Temmuz/1912 tarihli Kanunla da çocuklarla yetişme çağında bulunanlar için özel mahkemeler kurulmuştur.

Bu kanunu ilga eden 27/Temmuz/1942 tarihli Fransız Çocuk Mahkemeleri Kanununun gerekçesine kısaca temas etmekte yarar görüyoruz. (2)

1912 Kanun Koyucusu Ceza Hukuku prensipleri ile küçüklerin islâhını ön plânda tutan yeni görüşleri birleştirerek karışık bir sistem ortaya koymuştur. Hakimlerin ihtisaslaştırılması ancak büyük şehirlerde mümkün olabilmiş ve sarfedilen gayretlere rağmen gerek islâh metodları ve gerekse diğer sahada kullanılan metod eksik kalmıştır. Bu sebeplerle 1912 Kanunununda değiştirilmesi bir zaruret haline almıştır. 1942 Kanunu ile Ceza Kanununun cezalandırma kuralı bir tarafa itilerek 18 yaşını bitirmeyen küçükler hakkında alınacak esas tedbirlerin himaye ve islâh tedbirleri olacağı kabul edilmiştir. Cinayet ve Cunha faili olan 16 yaşındaki küçükler hakkında cezâi tedbirler alınabilecektir. Ancak, 16 yaşındaki bir küçük hakkında verilmiş olan ceza en aşağı 18 yaşına kadar bir islâh müessesesinde infaz olunacaktır. 1912 Sayılı Kanunun Yargılama Usulüde Batî ve eksikti. Yeni tasarı işlere sür'at getirdiği gibi suçlu çocuklar üzerinde ciddi incelemeler yapılması için hükümlerde ihtiva ediyordu. Suçlu hakkındaki Yargılama usulü iki saf-

(1) «DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE» Yayınlarından faydalanılmıştır.

(2) 27/Temmuz/1942 tarihli Fransız Çocuk Mahkemesi Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Çeviren Dr. Hâdi TAN.

hada olacaktır. Birinci safha, çocuğun (Chambre du Conseil) huzuruna sevk edilmesiyle sonuçlanır bu makam ya çocuğun ebeveynine veya kendisine nezaret eden kimseye teslimine karar verir, yahutta özel bir Mahkemeye sevk eder. Mahkeme ikinci safhayı teşkil eder, tasarının önemli yeniliklerinden biri de özel mahkemelerle müşahade merkezlerinin kurulmasıdır. Bu mahkemeler çocuk suçluluğu üzerine ihtisas yapmış 3 Hakimden kurulmuştur. Çocuk ve gençlere ait mahkemelerin müşahade merkezleri ile de sıkı irtibatı vardır. Müşahade merkezleri çocuk üzerinde yaptığı sosyal ve tıbbî incelemelerle hakim'e yardımcı olacaktır. Cezaevleri ile çocukların islâhına mahsus müesseselerin personelide farklı şekilde yetiştirilmiş olacaktır. Bu iki kadro birbirinden kesin şekilde ayrılacaktır. 27/Temmuz/1942 tarihli Fransız Çocuk Mahkemeleri Kanunu tasarısının gerekçesinde sonuç olarak (Ananevi ceza metodlarından kat'i surette vazgeçilerek tıbbın ve pedagojinin gösterdiği yollardan gidileceği, gençliği toplayan yeni teşekküllerin tecrübelerinden istifade edileceği) belirtilmektedir.

Kanunun gerekçesinden amaç ve ana hükümler anlaşılabilenekte ise de birkaç esaslı noktaya temas etmekte yarar görmekteyiz :

A — Cinayet ve Cünha'dan dolayı 18 yaşını bitirmeyen bir küçük hakkında ilk tahkikat yapılmadan hiç bir takibte bulunulamaz.

B — Yargılama gizli yapılır, duruşmalarda Mahkemece huzurlarına müsaade edilenlerle himaye cemiyetleri üyeleri ve nezaret altında serbesti mümessilleri bulunabilir.

C — Çocuklara ve gençlere mahsus mahkemelerdeki duruşma safhaları ile takibat yapılan küçükler hakkında, gazetelerde neşriyat yapılması yasaktır.

D — Çocuklara ve gençlere mahsus mahkemede ihtisas sahibi hâkimlerle bunlara Başkanlık eden bir istinâf hâkiminden teşekkül etmektedir. Bu mahkemeler muhâkeme edilecek suç faili bir küçük olduğu takdirde Başkandan mâda iki bidayet hakiminden, muhakeme edilecek olan cinayet faili bir küçük ise Başkandan mâda iki bidâyet hâkimi ile bunlara yardımcı olarak 30 yaşından yukarı kâmu hizmetlerinde çalışma ehliyetini haiz ve çocuklara ilişkin meselelerde ihtisası olan iki şahıstan kurulur.

E — Çocuk Mahkemelerinde Savcı bulunur.

Evvelki mevzuata göre bir çok yenilikler getirmiş olan 1942 tarihli Kanunda ilga edilmiş, kısa bir zaman sonra 2/Şubat/1945

tarihli Emirname ile suçlu çocuklar ve Çocuk Mahkemeleri hakkında yeni esaslar getirilmiştir.

2/Şubat/1945 tarihli Emirnamenin esasları :

Emirnamenin gerekçesinde (Çocukların korunmasını ve bu arada mahkemeye düşen çocukların geleceğini ilgilendiren konular kadar önemli konu azdır. Harp ve harbin maddî ve manevî alanda sebep olduğu yıkımlar yüzünden çocuk suçları endişe verecek nisbette artmıştır. Çocuk suçluluğu konusu bu günün en acele ele alınması gereken işlerdendir. Bu Emirname Fransa Cumhuriyeti geçici Hükümetinin küçükleri ve bilhassa suçlu çocukları koruma düşüncesini ifade etmektedir. Ceza Hukukumuzun ruhuna sadık kalmakla beraber Fransız mevzuatının geleneğinden mülhem olarak suçlu çocuklar hakkındaki bu emirnamenin konusu koruma tedbirlerinin arttırılması, infaz ilminin yeni esasları, Psikoloji ve Pedagoji alanında mevcut olan yeni görüşlerdir.) denilmektedir. Suçlu çocuklar hakkında emirnamenin umumî esaslarına kısaca temas edeceğiz. (3)

Kendisine kanunun cinayet veya cunha diye tavsif ettiği bir suç isnat olunan 18 yaşını bitirmeyen küçükler umumî mahkemelerde değil ancak, Çocuk Mahkemelerinde yargılanır. Çocuk Mahkemesi her halin özelliğine göre çocuk hakkında gerekli görülen koruma, yardım, nezaret, terbiye ve islâh tedbirlerine hükmeder. Bununla beraber Mahkeme suçun işleniş şartları ve suçlunun şahsiyeti bunu zarurî kılırsa 13 yaşını bitirmiş küçükler hakkında ceza kanununun 67 ve 69. ncu maddeleri gereğince bir cezaya hükmedebilir. Çocuk suçlarına bakmak için suçun işlendiği yer, çocuğun veya ebeveyninin veya vâsinin meskeni bulunan yer, çocuğun veya ebeveyninin veya vâsinin meskeni bulunan yer, çocuğun bulunabileceği veya yerleştirildiği yer mahkemeleri yetkilidir. İlk olarak işe el koyan mahkeme çocuğun başka bir mahkemenin kazası dahilinde bulunan müşahade merkezine konması halinde yetkisizlik kararı verebilir.

(3) Suçlu Çocuklar Hakkında 2/Şubat/1945 tarihli Fransız Emirnamesi. Tercüme eden : Dr. Hakkı UMA, Adalet Dergisi, 1945, Sayı : 7.

YEHOVA ŞAHİTLERİ (**)

Y a z a n : **AYDIN SARACOGLU (*)**

İnceleme konumuz Yehova şahitliğinin Ceza Hukukumuz yönünden suç teşkil edip etmeyeceği olacaktır.

Yehova şahidi olanlar, Yehova şahitlerini kuran veya yönetenler ve Yehova şahitliği propagandasını yapanlar hakkında, memleketimizde T. Ceza Kanununun 143 ve 163. maddelerine aykırı davranıştan dolayı C. Savcılıklarınca açılmış bazı davalar mevcut ise de,

Açılan bu kamu davalarının duruşmaları sonunda mahalli mahkemelerce tesis edilen kararlardan iki tanesi Yargıtay'dan geçmiş olup, diğerleri ise temyiz edilmediklerinden ceza hukukumuzda bu konu gerektiği şekilde açıklığa kavuşmamıştır.

Bu kararlardan Yargıtay 1. Ceza Dairesince incelenmiş olana gelince :

TCK. nun 143 ve 163. maddelerine aykırı davranışta bulunan on üç sanık hakkında Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesince verilen beraat kararı :

1 — Dosyada mevcut iki bilirkişi kurulundan birisinin Yehova şahitleri mensuplarının hareketinin TCK. nun 163. maddesine gireceğini, diğerinin ise Yehova şahitliğinin bir din cemiyeti, din sistemi olup suç teşkil eylemediğini bildirmeleri muvacehesinde konunun yeni kurulacak bilirkişilere daha esaslı bir şekilde inceletirilmesinden sonra eylemlerinin TCK. nun 163. maddesine uyup uymadığının tartışılması,

2 — Bu kuruluşun merkezinin yurt dışında olduğu bildirilmesi itibarile sanıkların hareketlerinin ayrıca TCK. nun 143. maddesi şümulüne girip girmediğinin düşünülmemesinden,

Bahisle ve 8.4.1971 gün ve 361/1263 sayılı ilam ile bozulmuştur.

(*) Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi.

(**) Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesinin anılan kararı, Yargıtay Kararları Dergisi'nin C. : 3, Sayı : 1, Ocak - 1977 tarihli sayısında yayımlanmıştır. Yazar bu karara kısmen muhalif kalarak, yukarıdaki yazısına uygun biçimde «Karşı Oy» görüşünü kararın altında açıklamıştır.
(Yayın İşleri Müdürlüğü)

Görüldüğü gibi Yargıtay 1. Ceza Dairesi beraat kararını iki noktadan bozmuş, ancak suç olup olmayacağı konusunda bir açıklık getirmemiştir.

Gönül isterdi ki, bu bozma üzerine genişletilerek bir soruşturma yapılsın ve verilecek yeni karar yüksek mahkemeden geçsin ve bu konu aydınlansın. Fakat maalesef bu dava sonuçlanmadan af kanununa tabi olmuş ve iş açıklığa kavuşmamıştır.

Bu sebeble son zamanlarda dünyada ve bu meyanda yurdu-muzda da duyulan, yeryüzünde yayılmaya çalışan «Yehova Şahitleri» nin ne olduğunu, nasıl kurulduğunu ve gayelerini anlamak için evvela Yehova kelimesinin üzerinde durmak gerekir.

Meydan Larus (cilt 12, sahife 764) de Yehova'nın kutsal kitapta tanrıya verilen ad olduğu, Encyclopedia Americana (cilt 16, sahife 8-9) da Yahovah (Jahweh)'ın Allah'ın ismi olup İsa'dan önceki devirde de kullanıldığını, İsrail Allah'ının, yani İbranicedeki Adonay kelimesinde yanlış olarak yalnız seslilerin okunmasında nileri geldiği, Das Bertelsmann Lexikon (Zweiter Band G-L sahife 731) Yehova'nın Allah demek olduğu belirtilmiştir.

Doç. Dr. Hikmet Tanyu Yehova Şahitleri adlı kitabının 11. sahifesinde; dinler tarihi tarafından objektif ve ilmi olarak açıklanmasında kelimenin aslının Yahve olup yanlış bir şekilde Yehova şeklinde kullanıldığını, İsrail milletinin milli ilahının adı olduğunu açıklamaktadır.

Yehova Şahitlerinin yayınladıkları eserlerde de Yehova kelimesi, tanrının şahsi ismi olarak kullanılmıştır. Mesela;

a) Şahsi ismi Yehova olan tanrı (Tanrı Yalan Söylemez. Naşiri : B. Çetirtürk S. 113),

b) Mevcut olan bir çok sahte Allah'tan kendisini ayırt etmek maksadıyla, hakiki Allah kendisine özel bir isim vermiştir. Bu isimle kendisini bütün diğer Allahlardan ayırıyor.

.....Bu isim Yehova'dır (Hayata Sevk Eden Hakikat. Naşiri : B. Çetintürk, 2. baskı. Sahife. 19).

Bütün bu bilgiler bize Yehova kelimesinin Allah olarak kullanıldığını ve İbrance Allah kelimesi olan Adonay kelimesinin yanlış okunmasında nileri geldiğini göstermektedir.

Musa'ya atfedilen ve 5 kitaptan oluşan Tevratın da dahil bulunduğu, 66 kitaptan oluşan Hıristiyanlığın kutsal kitabından,

Hıristiyanlarca eklenen 27 kitap dışında kalan ve 39 kitaptan oluşan ve Mukaddes Kitap diye anılan kitabın müteaddit yerlerinde de Allah yerine olmak üzere Yehova kelimesi, onun ismi olarak yazılmıştır.

Yehova Şahitliğinin ne olduğuna gelince,

Das Bertelsmann Lexikon (Zweiter Band G-L sahife 731) da enternasyonal bir din cemiyeti, Encyclopedia Britanica (cilt 12, sahife 992) da siyasi bir din cemiyeti, Encyclopedia Americana (cilt 16, sahife 8-9) da Yehova her şeye kadir Allahdır doktrinini benimseyenler, Meydan Larousse (cilt 12, sahife 764) da Tevratın, Tanrı (Yehova) nın kelamı olduğuna inananlardan meydana gelen bir mezhep, Dç. Dr. Hihmet Tanyu'nun Yehova Şahitleri adlı kitabının (sahife 159-160) da da merkezin emirlerine göre dünya üzerinde kurulacak ve seçkin Yahudilerin yönetiminde tezahür edecek bir teokratik düzenin elçileri olarak tanımlanmaktadırlar.

Daha önceleri de mevcut oldukları Raymond Martin'in Pugeo Fidei (1270) adlı kitabı ile saptanan Yehova Şahitleri, 1870-1874 yılları arasında Amerika Birleşik Devletlerinde Charles Taze Russel tarafından modern bir şekilde teşkilatlanmaya başladılar. Bunlar önceleri kendilerini Russelist olarak tanıtırılarken sonraları açık açık Yehova Şahitleri olduklarını bildirdiler.

Biraz sonra inceleyeceğimiz görüş ve fikirlerini yaymak, genişlemek ve amaçlarına varmak için muhtelif dillerde muhtelif eserler bastırıp dağıtmışlardır. Başlıca yayım organları 72 lisanda basılan Watch Tower (Tarassut Kulesi) ile 26 lisanda basılan Aweke (Uyanış) adlı dergilerdir. 1920 yılından bu yana 162 lisanda 800.000.000 kitap ve broşür basmışlardır. Bir milyonu aşan vaizleri muhtelif ülkelerde fikirlerini yaymaya çalışmaktadır. (Encyclopedia Americana cilt 16, sahife 8-9).

Bunların yaymaya çalıştıkları fikirlerini ise :

Tanrı Yehova, kainatı ve dünyayı yarattıktan sonra ilk insan olan Adem'i vücuda getirmiş, onun kemiğinden de Havva'yı halkettikten sonra ölümsüz olan bunlara irade vermiş, her istediklerini yapmalarına müsaade etmiş ve ancak iyilik ve kötülüğü tanıma ağacının meyvasını yememelerini bildirmiştir. Yehova'nın bu isteğine rağmen Adem ile Havva, şeytan (iblis-sanat)'ın sözüne kanarak bu ağacın meyvasını yemişler ve böylece kötülüğe alıştıklarından Yehova onların ölümsüzlüğünü kaldırmıştır. Bundan sonra kötülük irsiyet yolu ile yeni nesillere geçmiştir.

Ancak bu arada Yehova'nın buyruklarına itaat eden 144.000 iyi insan, ki bunların arasında peygamberlerde vardır (son iyi peygamber Hz. İsa'dır), ölümsüzlüğe erişmişlerdir ve Yehova'nın semavi ülkesinde yaşamaktadırlar. Armagedon (Yehova'nın kötülere kılıçtan geçirme zamanı ki, 1914 de başlayıp 70 yıl sürecektir) zamanı gelmiştir. Kötü insanlar yok olduktan sonra Yehova'nın krallığında ve onun oğlu İsa Mesih'in yönetimindeki 144.000 iyi insan yeryüzüne gelecekler ve dünyayı Yehova'nın Mukaddes Kitapta yazılı olan emirlerine, buyruklarına uygun olarak yönetecekler, ölüm ve bütün diğer kötülükler yer yüzünden kalkacaktır, şeklinde özetlemek mümkündür.

Yehova Şahitlerine göre bu gün yer yüzünde mevcut yönetim sistemleri, Yehova'nın buyruklarına uygun olmadıklarından iyi değildirler. Milliyeti ve bayrağı asla kabul etmezler. İstedikleri ve kurmaya çalıştıkları düzen Mukaddes Kitapta Yehova'nın sözleri olarak belirtilen dini kaidelerle, yeryüzündeki insanları tek bir devlet olarak idare etmektir.

Bizi bu kanya, kendilerine ait kitaplar açık açık ulaştırmaktadır. Nitekim naşiri M. Süer olan (Tanrı Neden Kötülüğe Müsaade Ediyor ?) adlı kitaplarındaki :

İnsanların geçirdiği bütün tecrübeleri bilen ve bütün ince bağlantıları görebilen bir Tanrı, kâmil ve doğru bir fikir meydana getirebilir (sahife 4).

İnsan kendisini korumak için Tanrının rehberliği ve yöntemine muhtaçtı. Tanrıya ve onun talimatnamelerine bağlı olmadan yaşamamalıydı (sahife 8).

..... İnsanın yaratıcısı, türabi yaratıkları ile konuşup, onların iyiliği için kanunlar vermekle onları yönetecektir (sahife 10).

Beşeri hükümetler, Tanrının iradesine uygun hareket etmedikleri zaman başarısızlığa uğrayınca, kavimlerini nbaşına getirmiş oldukları bedbahtlıktan sorumlu olan onlardır, (sahife 15).

..... Tanrı, kanunlarına karşı itaatsızlığın ölümle sonuçlanacağını söylemişti (sahife 20).

Her türlü hükümet şekilleri denendi, fakat insan halihazırda kendini güvenlik içinde hissetmiyor ve gerçekten mutlu değildir..... bunlar Tanrıyı görmezlikten gelmeye çalışan hükümdarlığın semereleridir..... bütün sağduyu sahibi insanlara Tanrıyı göz önünde bulundurmaksızın dünyanın işlerini tatmin edici şekilde yönetme-

nin imkânsız olduğunu isbat ediyor..... İnsanın Tanrıyı göz önünde bulundurmaksızın beşeriyeti yönetme yeteneği ile yaratılmadığını kesinlikle isbat eder (sahife 30).

İlk önce İsa şöyle dedi : «Çünkü millet millete karşı, ülke ülkeye karşı kalkacaktır,» Acaba bu upeygamberlik tahakkuk etti mi ? Muhakkak. Neslimizde milletlerin ve krallıkların topyekun seferber edildikleri bir savaş koptu, öyle ki bu savaş, önceki savaşlardan farklı olarak göze çarptı. 1914 ile 1918 deki savaşın beşer tarihinde bundan önce yapılan bütün savaşlardan farklı olduğunu kabul ederek tarihçiler onu büyük savaş veyahut dünya savaşı diye adlandırdılar..... İsa, verdiği alamette beklenilmesi gereken başka şeyleri de dahil edip şöyle dedi : «Zelzeleler ve yer yer kıtlıklar..... olacak». Bu olaylarla ilgili söylenenler 1914 den beri ne kadar doğru çıktı..... Hiroşima ve Nagazakiyi tahrip eden tipteki bir atom bombasının patlamasında..... (sahife 36).

Gördüğümüz gibi, Yehova Tanrı, devamlı surette ismine takbih getiren ve başarısızlıklarının suçunu çoğu kere Tanrıya yükleyen kötü şeyler sistemine artık uzun bir zaman daha musamaha göstermeyecektir (sahife 42).

Ve bunu yaparken yüce yaratıcımıza güvenelim, zira O sadece düşmanları yıkan değil, yönetim için kendisini bekleyenleri bina edendir (sahife 43).

..... Yeri bir cennet haline getirmek üzere..... (sahife 45).

Böylece Yehova Tanrı, yüzyıllar boyunca, beşer ailesinin ebediyen saadet içinde yaşayabilmesi için gerekli olan zemini hazırladı (sahife 46).

..... Tanrının krallığını niyi yönetimi altında, yerin sakinleri kötü olanı öğrenmeyecekler, aksine dünyada oturanlar doğruluk (adalet) öğrenecekler (sahife 49).

O vakit hayatın her safhasında sulh olacaktır. Savaşlar geçmişe ait olacak, zira sulhu bozan bencil millî menfaatler kalkacaklar (sahife : 52).

Naşiri B. Çetintürk olan (Hayata Sevk Eden Hakikat — II. Baskı) adlı kitaplarındaki :

Dünya ve onun şehveti geçer, fakat Allahın iradesini yapan ebediyen durur. (sahife 6).

Allahın kuracağı yeni sistemde insanların nail olacakları bir çok nimetler arasında, tam bir sıhhatta yer alacaktır (sahife 7).

Dünya hadiselerini dikkatle takip eden bir çok insan, büyük bir değişikliğin katiyetle vuku bulmak üzere olduğundan emindir (sahife 9).

..... Bugünkü hükümetler, bütün yeri idare edecek Allahın hükümetine yer vermek üzere ortadan kaldırılacaklardır (sahife 10).

Mevcut olan bir çok sahte Allahtan kendisini ayırt etmek maksadıyla, hakiki Allah kendisine özel bir isim vermiştir. Bu isimle kendisini bütün diğer Allahlardan ayırıyor..... Bu isim YEHOVA'dır (sahife 19).

Tarih kayıtları ve bugün dünyaya hakim olan korkunç durum, insanın Allaha bağlı olmadan yönetme işini başaramadığını isbat eder. İnsanın her türlü hükümet şeklini denediği, fakat hala emniyet ve daimi mutluluk diye bir şey bulmadığını göstermektedir..... bunlar Allahu görmemezlikten gelen yönetimin semereleridir (sahife 77 - 78).

..... İnsanlardan ziyade Allaha itaat etmek gerekir (sahife 83).

Yehova, pek yakında şimdiki kötü sistemi helak edecek (sahife 112).

..... Bu idare veya hükümet Mesih'in krallığı vasıtası ile olacaktır. Daha önce öğrendiğimiz gibi krallık halen gökte hüküm sürmektedir ve pek yakında yerin işlerini tam olarak ele alacaktır.

..... Bütün ırk ve milletlerden insanlar kardeş ve kız kardeşlerden müteşekkül bir aile olarak bir arada yaşayacak. Yeryüzü artık siyaset tarafından bölünmüş olmayacak..... Artık kine, ayrılıklara ve kan dökülmesine sebebiyet veren mağrur milliyetçilik tamamen silinmiş olacak (sahife 113).

..... Onun hükümdarlığı altında hiçbir suretle cefa, adaletsizlik ve irtikap olmayacağından emin olabiliriz. Daima hakikati söyleyen bir hükümdar tarafından yönetilmek istemezmiydin ? İşte, İsa böyle bir makamdadır..... Semavi krallıkta İsa ile beraber, Allah tarafından beşeriyet arasından alınarak kâmil kılınan 144.000 kral ve kahin bulunacaktır. (sahife : 114).

..... Bu semavi hükümetin görünür temsilcileri bulunacak mı ? Gayet tabii..... Bundan dolayı, yer yüzünde kırallık hükümetini temsil etmek üzere, İsa'nın bu iş için uygun erkekler tayin edece-

ğinden emin olabiliriz, çünkü o zaman yer yüzünün işlerini kendisi ele alacaktır. Bu erkekler, kıralı özel olarak temsil ettiklerinden dolayı, Mukaddes Kitap onları «prensler» diye adlandırıyor (..... Bu prensvari temsilciler, Allahın adil kanunlarını insanların ırkını, rengini veya doğum yerini nazarı itibara almaksızın tatbik edecekler (sahife 115).

..... Şimdiki kötü şeyler sistemi yok olduktan sonra, insanlar her yerde Allahın yolunu takip edecekler, Allahın hükümeti yegâne hükümet olacaktır..... Yalnızı ve doğruyu ancak Allahın standardı tayin edecek (sahife 151).

..... Allah müsaade etmediği takdirde, onlar hiç bir şekilde iktidarda bulunamazlardı... onlara itaatsizlik etsin? Böyle bir harekette bulunan bir şahıs, yalnız hükümet tarafından değil, Allah tarafından da cezalandırılmasını beklemelidir. (sahife 173).

..... Siyasal otoritelere karşı gösterilen tabiiyetin derecesi nedir? Acaba sınırsız mıdır? Acaba beşeri kanuna karşı gösterilen itaat Allahın kanununa gösterilenden daha mı önemlidir? Katiyen..... her şeyden önce, Allahın kanununa karşı gösterilen dünya çapındaki ilgisizliğe iştirak etmediğimizden emin olmak maksadıyla, her birimizin kendi hareket tarzını kontrol etmesi hayatidir (sahife 174).

Beşer tarihinin en mutlu zamanında yaşıyoruz. Pek yakında Yehova ve oğlu İsa Mesih, evreni Allahın krallığının bütün düşmanlarından temizliyecekler. Bu savaştan sonra cennetvari yer yüzünde ıztırap, üzüntü ve ölümden uzak adil bir durum altında yaşamak ne büyük bir sevinç olacaktır. Bu ümidin gerçekleşeceğine tam olarak itimat edebilirsiniz. Çünkü «Allah yalan söylemez.» Bu sevinç dolu istikbale doğru bak ve hakiki Allah Yehova'ya tapınmayı asla bırakma. Hakikat yolunda kalmaya devam et, çünkü dünya ve onun şehveti geçer; fakat Allahın iradesini yapan ebediyen durur (sahife 208).

Naşiri B. Çetintürk olan Tanrı Yalan Söylemez adlı kitaplarındaki :

Mukaddes kitabın hakikat olan yegâne kitap olduğuna dair kendinizi ikna edin. Onu okuyun, onu inceleyin, onu takip edin ve hayatınızın en büyük nimetine nail olun (sahife 44).

Tanrı'nın gazabı bu hayvani siyasal sistemlere ve tanrılaştırılan canavarın suretine karşı yöneliyor (sahife 105).

Bu sebepten, şahsi ismi Yehova olan tarı..... (sahife 113).

Mukaddes Kitap yaratıcı olan Tanrı'nın hakikatıdır. «Senin sözün çok saftır..... ve şer'iyatın hakikatıdır» (sahife 125).

Şimdi, Tanrı'nın kanununa karşı itaatsızlık yeryüzünü istila etmişti. Günah beşeriyetin üzerine geldi. Bu, onun cezasını intaç ediyordu (sahife 164).

Adil Bir Yeni Nizam Ümidiyle Yaşamak adlı broşürlerindeki :

Bundan dolayı, Yehova'nın modern Hıristiyan şahitlerinin, bir yeni dünya cemiyetini teşkil ettiklerini söylemek yerindedir (sahife 22).

Bu nizamın hareket tarzından uzaklaş ve Yehova'nın yeni nizamının prensipleri ile ahenkte olan bir hareket tarzı takip et (sahife 60).

1968 yılında yayınladıkları Bütün Milletler Allahın Krallığı Altında Birleşince adlı broşürlerindeki :

Tarih boyunca beşeri diktatörler tarafından takip edilen siyaset şu idi : İdare etmek veya harap etmek. Fakat Allah'ın tesis etmiş olduğu Kralı İsa Mesih tarafından şimdi bütün yerde tatbik edilecek prensip şudur : İdare olunmak veya harap olmak. İdare olunmayı seçenlerin her hangi bir şeyi harap olmayacak veya bozulmayacaktır (sahife 23).

Bir yürekle hizmet etmek birlik demektir. Yehova'nın Şahitle-rinin Yeni Dünya Cemiyeti ona bu şekilde hizmet etmeğe karar vermiştir..... Yehova'nın krallığı altında bir yürekle birleşiyorlar, zira onun ithamı ve gayretinin ateşi mevcut olan bütün diğer kral-lıklara veya hükümetlere karşıdır. Yehova'nın krallığı yegane hi-maye hükümetidir. Zuhur edecek olan hükümetlerin kudret dene-mesinde, Yehova'nın Mesih vasıtasıyla olan krallığı daha kudretli olduğunu isbat edecek ve galip gelecek (sahife 8 - 29).

Bunu yapmaya mecburuz. Ve Yehova Allah şimdi bunu yap-mamızı oğlu İsa Mesih ve Krallık şahitlerinin cemaati vasıtasıyla mümkün kılmıştır (sahife 31).

Allah Hak Olsun adlı kitaplarındaki :

Bundan başka Mesih İsa'nın ordusuna mensup bir şahıs bu dünyanın her hangi bir ordusunda hizmet etmek maksadıyla Yeho-va'nın ordusunu terk ettiği takdirde, firar etmiş olur ve Kadirimut-

lak Yehova'nın, firarlar için tesbit etmiş olduğu cezaya çarptırılacaktır (sahife 237).

Fakat Mesih'in gerçek elçileri ve Yehova'nın hizmetçileri, gerçek Yehova'ya ve kurtarıcıya ebediyen sadık kalacaklarına ve bu sadakatlerinin asla sarsılmayacağına yemin etmişlerdir..... Bunun içindir ki, kurtuluşunu münhasıran Yehova'ya atfeden bir şahit, her hangi bir milletin bayrağına selam verdiği takdirde, Yehova'nın kelimanda putperestliğe karşı gösterilen emri ihlal etmiş olur (sahife 241).

Kaybolan Cennetten Tekrar Kazanılan Cennete adlı kitaplarındaki :

Bu insanlar, eski sistemin yalnız yollarını takip etmekten vaz geçtiler. Onlar yeni sistemin doğru yoluna göre yaşıyorlar. Hakiki Hıristiyanlar olmuşlardır. Yehova'nın Şahitleridirler..... Allahın emirlerine itaat ederler. Bu günkü eski şeyler sisteminin ortasında dahi onlar şimdiden Allah'a tapınan bir Yeni Dünya Cemiyeti olarak yaşıyorlar (sahife 216).

Cümleleri ve kitapların tamamının kastedtiği amaç, bu görüşümü açıkaça doğrulamaktadır.

Doç. Dr. Hikmet Tanyu da Yehova Şahitleri isimli eserinde bu konuyu etraflı bir şekilde tartıştıktan sonra düşüncemizi aynen desteklemektedir.

DAS BERTELSMAN LEXİKON (Zweider Band G-L, sahife 731) (Almanca büyük bir Larus) : Yehova Şahitlerine göre, bu günkü dünya düzeninin, Allahın kudretine boyun eğilmesini gerektiren, en büyük bir beşeri felaket olduğunu, 1914 yılında dünyada Yehova'nın yönetiminde teokratik bir düzen kurulmuş olduğunu benimsediklerini,

ENCYCLOPEDIA BRITANICA (İngiliz Ansiklopedisi, cilt 12, sahife 992) : Yehova Şahitlerinin diğer mezheplerle hiç alakaları olmadığını, laik hükümetlerle ta mbir ayrılıkları olduğunu, dünya kuvvetlerini ve siyasi partileri şeytan (Satan)'ın dostu olarak gördüklerini, bundan dolayı her hangi bir milletin bayrağını selamlamayı ve askeri yükümlülükleri yerine getirmeyi red ettiklerini, seçimlere katılmadıklarını, yaydıkları gayelerinin bir teokrasi olan Allah'ın Krallığını kurmak olduğunu ve İsa Mesih'in bu krallığı kurmak için Allah'ın temsilcisi olduğunu kabul ettiklerini,

Encyclopedia Americana (Amerikan Ansiklopedisi, cilt. 16, sahife 8-9); bunların Yehova her şeye kadir Allah'dır, doktrini ile hareket ettiklerini,

Meydan Larous (cilt. 12, sahife 764); Tevratı, Yehova'nın kelamı kabul ettiklerini, 1914 yılında büyük bir değişiklik olacağını, yeni bir dünya düzeni kurulacağına benimsediklerini,

Belirtmek sureti ile, görüşümüzle aynı paralelde bilgiler verdiklerini görmekteyiz.

Yehova Şahitlerinin örgütlerine gelince :

Merkezleri, 124 Columbia Heigts, Brooklyn 1. Newyork A.B.D.-dedir. Muhtelif ülkelerde şubeleri olup, merkez tarafından yönetilmektedirler. Maddî imkanlarını «İyi Umutlar Fonu» diye adlandırılan teşkilâtları temin eder. Şubeleri, kadın ve erkek dernekleri, vaiz yetiştiren okulları ve kursları mevcut olup, buralarda yetiştirdikleri misyonerleri ve yayınladıkları eserleri vasıtası ile görüşlerini dünyaya yaymaya, taraftar kazanmaya ve teşkilatlarını genişletmeye çalışmaktadırlar. (Doç. Dr. Hikmet Tanyu, Yehova Şahitleri (sahife 43, 44, 45).

Şimdi bütün bu izahlardan sonra Yehova Şahitliğini kısaca ve bir cümle içinde şu şekilde özetleyebiliriz :

YEHOVA ŞAHİTLİĞİ, Dünyadaki bütün insanları, dinî esaslar altında kurulmuş ve dinî esaslarla yönetilen tek bir devlet içinde birleştirmeyi amaç edinmiş, halen yer yüzünde bulunan milletleri, hükümetleri, bunların yönetimini benimsemeyen, askerliği kabul etmeyen, milliyeti ve bayrağı tanımayan, 1870-1874 yıllarında Amerika Birleşik Devletlerinde Charles Taze Russel tarafından modern bir şekilde teşkilatlanmış olup, kökü memleket dışında bulunan ve yer yüzünün teokratik bir düzenle idare edilmesini temin için kurulmuş olan, esasında Hıristiyanlık dinine dayanan **DİNSEL** ve **SİYASAL BİR CEMİYETTİR**.

Yehova Şahitliğinin yeni bir din olarak kabulüde imkan yoktur. Çünkü din; kökünü metafizik bir kaynak niteliğindeki Tanrı kavramından alan ve bir peygamber aracılığı ile yayılan evrensel bir görüş olup, dünya ve ahireti kapsayan bir düzen getirir.

Yehova Şahitliğinde ise yeni bir peygamber yoktur. Hıristiyanlığın kabul ettiği bütün peygamberleri (İsa dahil) kabul ederler. Yeni bir kitapları olmayıp, esas olarak İncil'den ve kısmen de Tevrat ile Zebur'dan aldıkları kısımlardan meydana getirdikleri ve

«Mukaddes Kitap» diye adlandırdıkları kitaba inanırlar. Dini ibadet şekilleri Hıristiyan dinine uygundur, ancak bir kısmını uygulamazlar. Bu itibarla Yehova Şahitliğinin yeni bir din olarak kabulü imkansızdır.

Jahrbuch Der Zougen Jehovas adlı yıllıklarından 1968 yılına ait olanının 44. sahifesinde kendileri için (Hıristiyan Yehova Şahitleri) tabirini kullanmaları da bu kanımızı, bizzat kendi beyanları ile desteklemekte ve teyit etmektedir.

Sonuç olarak Yehova Şahitliği, laiklik esaslarına aykırı bir şekilde ve dini kaidelerle yönetilen bir dünya düzeni amaçladığından, Yehova Şahitleri, idare edenler, buna katılanlar ve Yehova Şahitliği propogandasını yapanlar TCK.nun 163. maddesini ihlal etmiş olurlar.

Beynelmilel mahiyeti haiz ve kökü memleket dışında bulunan bu Yehova Şahitliğine girenler, idare edenler ve propogandasını yapanlar hakkında aynı kanununun 143. maddesinin de uygulanması gerekir gibi görünmekte ise de, TCK.nun 79. maddesi muvacehesinde, buna imkan bulunmamaktadır.

Nitekim Yargıtay 9. Ceza Dairesi 20.10.1976 tarih ve esas 976/47 karar 976/54 sayılı ilamı ile, Yehova Şahitliği propogandasını siyasi amaçla yapanların eylemlerinin TCK.nun 163. maddesine uyacağına belirtmek sureti ile kanımızı doğrulamış ve uygulamada yön göstermiştir.

İ T A L Y A N
ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Çeviren : **Prof. SAHİR ERMAN**

Özeti :

1 — Ceza Kanununun 272 (TCK. 142) nci maddesi Anayasaya aykırı değildir.

2 — Bu yoldaki propaganda Devletin hayati için tehlike niteliğinde olup kurulu düzeni yıkma amacını taşımaktadır.

272. madde (TCK. 142) sadece bir partiye mensup olanları değil — hangi taraftan olursa olsun — Devletin hayatı için tehlikeli addedildiği cihetle cevaz verilemeyen bir propaganda ile kurulu düzene karşı gelen herhangi bir kimseyi cezalandırdığını kabul etmek gerekir.

3 — Modena Ceza Mahkemesinin kabul ettiğinin aksine olarak Anayasanın 21. maddesi açıkça belirtilen umumî adabın korunmasının fikri açıklamak hürriyetinin tek sınırı olmadığı artık kesin, genellikle kabul edilen ve mahkememizin çeşitli kararlarında teyit olunan bir prensiptir; zira Anayasa tarafından teminat altına alınmış diğer bir takım hakları korumak zaruretinden doğmuş olan başkaca sınırlar da mevcuttur. Şu suretle ki, incelenen olayda, itiraz konusu kaidenin koruduğu hukukî varlığın tesbiti ve bu varlığın Anayasa tarafından da az veya çok suretle teminat altına alınmış olup olmadığının tâyini icap etmektedir.

Propaganda fikir ve düşüncenin açıklanmasından farklıdır; şüphesiz ki, propaganda da bir açıklama vardır, fakat bu başka şahıslarda bir bilgi yaratmaya veya bir duyguyu harekete getirmeye yönelik bilimsel, öğretici veya dinî nitelikte sırf ve mücerret bir fikrin açıklanması değildir. Propaganda da başka bir maksadın elde edilmesile sıkı surette bağlantılı olan bir düşünce açıklaması vardır ki, bu keyfiyet onu diğer tezahür şekillerinden ayırır.

4 — Ceza Kanununun 272. maddesinin birinci fıkrası (TCK. 142/1), yürürlükteki düzende bir değişiklik meydana getirmek maksadi ile bir vasıta olmak üzere cebre başvurulmasına yönelmiş olması itibari ile propagandayı cezalandırmaktadır. Bu kaide

tarafından öngörülen bütün haller, cebri tepkiler yaratmak gayesini güderler ve bunlar arasında inceleme konusu olan fıkrada yer alan «cemiyetin bütün siyasi ve bu hukukî düzenini ortadan kaldırmak» fiili de bulunur. Bu itibarla söz konusu propaganda bir hareketle doğrudan doğruya ve aralıksız irtibat halinde bulunur ve açıkça suç işlemeğe tahrik derecesine ulaşmamakla beraber, herhangi bir Devletin, kendi hayatı için, teminat altına almak zorunda bulunduğu değerlerin muhafazası bakımından tehlikeli olan, yukarıda zikri geçen tepkileri meydana getirmeğe elverişli olur.

Bu itibarla, fikir ve düşüncüyü açıklamak hürriyeti, demokratik usullerin korunması için konulan bir sınırlama ile ihlâl edilmiş sayılamaz. Anayasanın 1 ve 49. maddeleri sosyal ve millî politikanın münhasıran bu usulle tayin edilebileceğini belirtmektedirler. Bu metod, iktidarın zorla ele geçirilmesine cevaz vermemekle, akside hem kanuna uygun bir şekilde teessüs eden çoğunluğun emanet edilmiş bulunan halk egemenliğine saygı duyulmasını, hem azınlığın haklarının korunmasını, hem de Anayasa ile tayin edilmiş bulunan özgürlüklere riayet edilmesini gerektirir.

İtiraz konusu hüküm, başka bir düzenin zorla kurulmasına yönelmiş bir vasıta sıfatı ile propagandayı yasaklamakla, çalışma özgürlüğü, sendika şeklinde örgütlenmek, ekonomik özel teşebbüs, mülkiyet ve sair açılarından iktisadî düzeni de himaye eder. Nihayet, aynı hüküm, kurulmuş kanunî düzen sıfatı ile kamu intizamının da muhafazasını sağlar.

“TÜRK MİLLETİ ADINA...” DEYİMİ

Prof. Dr. FARUK EREM (*)

Mahkemelerimizin kararlarında «Türk Milleti Adına» deyiminin kullanılması bakımından beraberlik yoktur. Uygulamanın tek-biçimli olmamasına ilişkin bir gerekçe düşünülemezdir.

Anayasamızın 7. maddesine göre «Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır». Bu hüküm, yetkinin «millet» den geldiğini göstermek için konulmuştur (1).

Bazı Hukuk Mahkemeleri ve Askerî Yargıtay (2) kararlarının başında bu deyim yer vermektedirler. Tatbikatta: «Türk Ulusu (bazı kararlarda Türk Milleti) adına yargılamaya,» «Türk Milleti adına yargılamaya ve karar vermeğe,» bazı kararlarda ise, «Türk Milleti adına adalet dağıtmağa» yetkili... mahkemesi ibaresine rastlanmakta, Danıştay kararlarında ise «Türk Milleti adına hüküm veren...» deyimini tercih edilmektedir.

Ceza Mahkemeleri ve Yargıtay Ceza Daireleri, Anayasa Mahkemesi ise hükümlerinin başında böyle bir deyim yer vermemektedirler.

Bu deyim kullanılması mı, kullanılmaması mı daha isabetlidir? Kullanılacak ise her mahkemenin bunu kullanmak veya kullanmamakta serbest olduğu düşünülebilir mi?

«Millet adına» formülünün bir anlamı olmak gerekir. Bu deyimde «millet» soyut olarak kullanılmamıştır. Sanıkları «millet,» kendi hâkimleri eliyle yargılamaktadır. Bu formülün anlamı milletin yargıya katılmasına inhisar etmemektedir, yargılayan millettir (3).

(*) Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

(1) Bk. Danıştay K. 1: «Danıştay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş yüksek idare mahkemesi...»; bk. Giannattasio (C.), la magistratura, commentario sistematico alla costituzione Italiana, II (Frenez, 1950), s. 175.

(2) Örnek için bk. RG. 28.1.1969.

(3) KŞz. Giannattasio, s. 175; Alman Anayasasında «bütün kuvvetlerin halktan geldiği» yolundaki hükme dayanan Alman mahkemeleri «hükümlerin millet adına verildiğini» zikretmektedirler. Fakat doktrin ve içtihat bu kaydın unutulmasını hükmün muteberliğini kaldıracı bir sebep saymamaktadır (bk. Alman Anayasası, 20/1; Löwe, 1958, I, s. 707).

Eğer milletce yargılama esas ise «Millet adına hâkimler eliyle yargılama»nın bu esasa uygunluğu üzerinde durmak lâzımdır. Yüksek Hâkimler Kurulunun teşkili sebebi sadece hâkimlerin bağımsızlığını sağlamak değildir. Bunu sağlamak zorunluğu ile beraber Kurulun millet adına gereklerini de sağlayacağı ümit edilmiştir. Bu prensibin kabulü halinde, Yüksek Hâkimler Kurulunun Teşkili Usulü hakkındaki Anayasa hükümlerinin çelişmeli olduğu ve dolayısıyla Kurulun işleminde bu prensibi gereği gibi yansıtmadığı iddia edilebilir.

Anayasa «Halk adına» değil, «Millet adına» yargılamadan bahsetmektedir. «Egemenliğin Türk Milletinde Olduğu» kuralı ile, yargı yetkisinin «Türk Milleti adına» kullanılacağı deyimine ilişkin (Anayasa 4, 7) Anayasa hukuku anlayışı insicamlıdır (4).

İkinci dünya harbinden sonra işgal kuvvetleri, Alman mahkemelerinin «Alman Milleti adına» ibaresini değil, «Hukuk Adına» deyimini kullanmalarını emretmişti. Bu örnek iki kavram arasındaki ilişkiyi gösterir.

Bir boşanma ilâmında Türk Milleti adına yargılamadan bahsedilirken ölüm cezası veren bir Ağır Ceza Mahkemesinin bundan söz etmemesi şaşırtıcıdır. Türk Milleti adına deyimini ile başlayan bir hükmün bu deyimini kullanmayan bir Yargıtay kararı ile bozulduğu farzedilsin. Bu izahsız bir durum değil midir ?

Anayasa hükmü topluca yargılamanın Türk Milleti adına olacağını bildirdiğine göre bu bütünü temsil iddiası anlamına gelen, münferit tutumlar isabetli sayılamaz. Kaldı ki Anayasa'nın gerekçesinde «yargının Türk Milleti adına genel bir yetki» olduğu açıklanmıştır.

Yargının «Millet adına» olması kuralının mahkemelerin derecesine ve çeşidine göre yorumlanmasına imkân yoktur. Yargı bahis konusu olunca tüm mahkemelerce yargılama «Millet adına» olacaktır. Bu açıdan «Anayasa Mahkemesi» yargılaması da millet adınadır (5). «Yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı» kuralı Anayasamızda «genel esaslar» bölümünde yer almış, yargı hakkındaki hükümleri gösteren bölüm bu esasın sadece uygulanmasına ilişkin bulunmuştur (6).

(4) Bk. Arsel (İ.), Anayasa Hukuku (Demokrasi) (2. Bası, İstanbul, 1968), s. 167; kşz. Burdeau (G.), La démocratie (Paris, 1966), s. 36.

(5) Bk. Giannattasio, s. 456.

(6) Arsel (İ.), Türk Anayasasının Umumi Esasları, s. 419; Esen (B. N.), Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı (Ankara 1966), s. 89.

ADLÎ ZABITA HİZMETLERİNİN ETKİNLİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. MEHMET SAĞLAM (*)

Uluslararası düzeyde 84 ülkeyi kapsayan bir araştırmaya göre, son 10 yıl içinde siyasal dengesizliklerin, bir önceki 10 yıllık süreye oranla 5 kat arttığı ve özellikle bu artışın, endüstrileşmesini tamamlamış ve az gelişmiş toplumlardan çok, gelişmekte olan toplumlarda yoğunluk kazandığı görülmüştür (1).

Öte yandan, son yıllarda uluslararası düzeyde olduğu kadar ulusal düzeyde de suç niceliğinde belirgin bir artış göze çarpmaktadır. Örneğin, Fransa'da son 10 yılda suç sayısındaki artışın iki katma çıktığı ve ülkemizde son 14 yıllık devrede Ceza Mahkemele-rince suçluluğu saptanan sanık sayısındaki artışın % 160'a ulaştığı belirtilmiştir (2).

Toplumların, ekonomik büyüme artı sosyal değişme anlamındaki kalkınma sürecine girdikleri dönemde, toplumsal denge ve dengesizlik ikileminin doruk noktasına ulaştığı düşünülürse, devlet görevlerinin başında gelen kamu düzen ve güvenliğinin korunmasına ilişkin hizmetlerin de bu süreç içine girmiş toplumlarda ayrı bir anlam ve önem kazanması doğaldır. Çağdaş Türk Toplumunun Kalkınma sürecine girdiği ve toplumsal denge ve dengesizlik ikilemi açısından da kritik bir dönemecin içinde bulunduğu, toplumsal, siyasal ve ekonomik gösteregelerin nicel ve nitel verilerine dayanarak rahatlıkla ileri sürülebilir (3). Günümüz toplumsal koşullarının baskısında, ve kamu düzen ve güvenliğine ilişkin hizmetlerin kazandığı önemin ışığında, bu hizmetlerin başta gelenle-

(*) Hacettepe Üniversitesi, Sosyal ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Görevlisi.

(1) Samuel P. Huntington, *Political Order in Changing Societies*, (New Haven and London : Yale University Press, Fourth Printing), 1970, s. 4.

(2) Mustafa T. Yücel, «Ceza Siyasetinde Çağdaşlaşma Sorunu», *Yargıtay Dergisi*, Cilt : 1, Sayı : 2, (Nisan, 1975), s. 77.

(3) *Yeni Strateji ve Kalkınma Planı, Üçüncü Beş Yıl 1973 - 1977*, DPT Yayın No : 1272, Ankara : Başbakanlık Basımevi, 1973; ss. 95-100;

Edwin J. Cohn, *Turkish Economic, Social, and Political Change*, (New York : Praeger Publishers, 1970; C. H. Dodd, *Politics and Government in Turkey*, Berkeley and Los Angeles : University of California Press, 1969; Jacob M. Landau, *Radical Politics in Modern Turkey*, (Leiden : E. J. Brill, 1974).

rinden biri saydığımız adlî zabıta hizmetlerinin etkinliği sorunu bu makalemizin konusu olarak alınmıştır.

Çalışmanın amacı, adlî zabıta hizmetlerinin daha etkin bir düzeyde yürütülmesine ilişkin sorunlardan bazılarının saptanmasında ve bu sorunlara çözüm yolları aranmasında, sağlıklı bir başlangıç olacağı umuduyla, bu konuda mevcut eğilimlerin incelenmesi ve değerlendirilmesidir. Özellikle, yönetimimiz altında yapılan iki ayrı araştırma sonuçlarına dayanarak, uygulayıcıların adlî zabıta hizmetleri konusundaki fikirlerinin analizi ve değerlendirilmesinin, bu çalışmanın konuya katkısı olacağı umudundayız.

Sözü edilen araştırmalardan birincisi (4) yönetimimizde yazılan bir bilim uzmanlığı tezine esas olmak üzere, Ankara'da hâkimler, Cumhuriyet Savcıları, Ankara Barosu Avukatları, Mülki idare amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğünde görevli Zabıta amirleri ve Jandarma Genel Komutanlığı yöneticilerinden, 90 kişilik bir örneklem grubuna adlî - idarî zabıta hizmetleri konusunda anket uygulanması biçiminde yapılmıştır. Araştırmalardan ikincisi ise, (5) yönettiğimiz bir başka bilim uzmanlığı tez çalışması için Polis Eğitim Merkezinde temel eğitim gören polis memuru adaylarından tesadüfi örneklem yoluyla seçilen 100 kişilik bir guruba, özellikle işe alma ve personel seçimi konularında uygulanan bir anket biçiminde olmuştur.

1. ADLÎ - İDARÎ ZABITA AYIRIMI :

Bilindiği gibi Osmanlı devrinde çeşitli kuruluşlar tarafından yürütülen zabıta hizmetleri, 10 Nisan 1845 tarihinden itibaren «polis» örgütü halinde bir kuruluş bünyesinde toplanmış ve ilk defa 1879 tarihinde de bugünkü Emniyet Genel Müdürlüğü görev ve yetkilerine benzer yetkilere sahip «Zaptiye Nezareti» kurulmuştu. Öte yandan, 22 Temmuz 1909 tarihinde kurulan Emniyet Genel Müdürlüğü, 9 Aralık 1913 tarihinde Dahiliye Nezareti Teşkilât Nizamnamesiyle, bu nezarete bağlanmıştır. Gerek 19 Nisan 1907 tarihli ilk Polis Nizamnamesi, gerekse 9 Aralık 1913 tarihli Dahiliye Nezareti Teşkilâtı Nizamnamesi. Cumhuriyet döneminden de, 1932 tarih ve 2049 sayılı Emniyet Teşkilâtı Kanunu, 1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu ve 1937 yılında çıkarı-

(4) Hakkı Kaplan, *Türkiye'de Adli - İdari Zabıta Sorunu*, (Basılmamış Bilim Uzmanlığı Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 1975).

(5) Turan Genç, *Türk Emniyet Teşkilâtında Personel Sorunları*, Basılmamış Master Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 1975).

lan 3201 sayılı Emniyet Teşkilâtı Kanununun çıkarılmasına kadar yürürlükte kalmışlardır.

3201 sayılı Emniyet Teşkilâtı Kanununun 4. maddesinde üniformalı ve sivil olarak iki kısma ayrılan polisin, gördüğü hizmetin farklılığına göre de, siyasî, idarî ve adli polis bölümlerine ayrıldığını görüyoruz. Merkez teşkilâtı dışında, illerde Emniyet Müdürlükleri, ilçelerde Emniyet amirlikleri veya Emniyet Komiserlikleri vardır. Ancak, polisin hizmet alanına giren bölgelerde, özellikle şehirleşme, sanayileşme, toplumsal dengesizlikler ve siyasal eylemlerin etkisiyle polisin yeni şartların gereklerine göre yeniden düzenlenmesi zorunluğu doğmuş ve 14 Temmuz 1965 tarih ve 654 sayılı Toplum Zabıtası Kanunu ile İçişleri Bakanlığı gerek gördüğü illerde her türlü silâh, malzeme ve araçlarla donatılmış Toplum Zabıtası kurulabileceği öngörülmüştür. Ayrıca, 11 Mayıs 1953 tarih ve 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 3. maddesi, Karayolları üzerinde trafiğin düzenlenmesi ve denetimini bölge ve il trafik zabıtasına vermiştir. Ayrıca, uyuşturucu madde kaçakçılığının önlenmesi için merkezde ve taşrada Narkotik Şube ve Şahıslara karşı sabotaj ve uçak kaçırma olaylarından dolayı Hava Meydanları Koruma Ekipleri geliştirilmiş, İstanbul Boğaziçi Köprüsü ve Çevre Yolları Koruma Müdürlüğü kurulmuştur.

Ülkemizde kısaca, kuruluş evrimini özetlediğimiz zabıtanın gayesi açısından iki kısma ayrıldığını görüyoruz.

1 — **İdarî Zabıta** : Temel niteliği önleyici olmasıdır. Belli idarî otoritelerin kullandığı ve kamu düzenini koruyan, kişi hürriyetlerine sınırlama ve yasaklama koyan bir müdahale şeklidir (6). İdare kudretinin unsur ve vasıtası olup tamamen idarenin fonksiyon ve kudreti altında hizmet görür (7).

2 — **Adli Zabıta** : Cemiyetin maddî nizamını bozacak suçları işlendikten sonra, suçluyu ve suç delillerini arayıp toplamak ve bu suretle suçlunun cezalandırılmasını temin etmek gayesini takip eden zabıta (8). Adli zabıta kamu düzenini bozan eylemleri bastırıcı nitelikte ve amaçtır. Yargı organlarının zorlayıcı fonksiyonuna yardımcıdır. 3201 sayılı Emniyet Teşkilâtı Kanununun 9. maddesinde polis kuruluşunu siyasî, idarî ve adli olmak üzere üç bölümde düzenlemeyi öngörmekteyken, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda polis görevinin, ikiye ayrıldığı belirtilmiş-

(6) Metin Kıratlı, *Koruyucu İdarî Hizmetler*, Ankara, TODAİE Yayınları, No. 135, 1972, s. 48.

(7) S. S. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul : Cilt : III, 1960, s. 1469.

(8) *Ibid.*, s. 1470.

tir. Bunlardan birisinin, kamu düzenine uygun olmayan eylemlerin işlenmesinden önce kanun hükümlerine göre önlenmesine (idarî zabıta) yönelik, diğerinin ise, işlenmiş olan suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer Kanunlarda yazılan görevleri yapmak, bastırıcı (adlî) zabıta görevleri olduğu belirtilmiştir.

Adlî zabıta yetki ve görevleriyle ilgili olarak Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 153 ve 154. maddelerinden çıkarılacak sonuç, Cumhuriyet savcılarının adliyei ilgilendiren işlerde bütün zabıta makam ve memurlarına emir verebileceği ve bu emirlerin zabıtaca yerine getirilmesinde zabıtanın yükümlülüğünü açıkça ifade etmektedir. Emniyet Teşkilâtı Kanununda, tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan yerlerde, Emniyet Genel Müdürlüğünce, adlî polis olarak bir kısmın ayrılacağı hükme bağlamıştır. Ancak, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun «tüm zabıta teşkilâtına» adlî görevler yükleyecek hükümler getirmiştir. Emniyet Teşkilâtı Kanununun 12. maddesinde bu hükümleri teyit eder mahiyettedir. Bu maddeye göre, idarî polis görevini yaparken, adlî zabıtanın görev sahası ile ilgili bir halle karşılaşır, müdahale etmek hakkına sahiptir.

Adlî zabıta hizmetlerinde delil olabilecek beyan, belge ve belirtilerin kaynaklarının araştırılmasına ağırlık verildiğine göre, bunun uygulamada anlamı suçla ilgili ipuçlarını aramak ve onların yardımıyla suçu işlediği zannedilen kişiyi bulmak demektir. Bilindiği gibi adlî zabıta görevinin temelini teşkil eden araştırma doğrudan doğruya ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılabilir. Doğrudan araştırma faaliyetleri de göz - kulak olma, teftiş, arama ve teknik bulgu elde etme şeklinde özetlemek mümkündür. Dolaylı arama faaliyetlerinde, ifade alma, tanıma ve tanıma yüzleştirme faaliyetleri olarak çeşitlere ayrılabiliriz (9).

Adlî - idarî zabıta ayırımı ülkemizde yürürlükteki yasal durum ve uygulama olarak, gerek teşkilât açısından gerekse fonksiyonel açıdan açık - seçik değildir. Daha öncede belirtildiği gibi, Emniyet Teşkilâtı Kanunu, Emniyet Genel Müdürlüğünce adlî polis olarak bir kısmın ayrılacağını öngörmekte ise de, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu tüm zabıta teşkilâtının adlî zabıta hizmetleriyle yükümlü olduğunu hükme bağlamaktadır.

Esasen teşkilât açısından adlî zabıta ve idarî zabıta ayırımı kuramsal olarak olanaklıdır. Ancak, fonksiyonel bir ayırım hizme-

(9) *Ceza Adaleti Sempozyumu*, İstanbul : İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, ss. 78 - 79.

tin niteliği gereği her zaman mümkün değildir. Zira, bazan kamu düzenini bozan olayın ve yapılacak görevin gereği olarak, adli ve idarî zabıta görevi birbiriyle kaynaşmış ve birbirini tamamlar halde olabilir. Örneğin, trafiği düzenlerken bir zabıta görevlisi idarî zabıta hizmeti yapmaktadır, ama o sırada bir suç işlendiğinde, suçluyu saptayarak tutanak düzenlerken aynı görevli adli zabıta hizmeti yapmaktadır.

2. ADLİ ZABITANIN ETKİNLİĞİNİ ARTIRMA KONUSUNDA UYGULAYICILARIN DÜŞÜNCELERİ :

Ankara'da görevli uygulayıcılara uygulanan anket sorularının temel amacı, adli-idarî zabıta ayırımı konusundaki düşüncelerini ve adli zabitanın daha etkin bir hale getirilmesi konusundaki önerilerini saptamaktır. Özellikle, makalemizin konusuna ilişkin anket sorularını ve bunlara ilişkin cevapları şöyle özetlemek mümkündür.

1. Ankette «Şu anda idarî ve adli zabitanın çalışma, etkinlik ve göreve uyumunu tümüyle nasıl değerlendiriyorsunuz?» sorusunu, deneklerden yüzde 63'ü «az etkili,» yüzde 14'ü de «hiç etkili değil» şeklinde cevaplandırmışlardır.

Anketi cevaplayan uygulayıcıların, % 77 si adli zabıta çalışmalarının «az etkili» ya da «hiç etkili,» olmadığı görüşünde oldukları anlaşıldığından ikinci soru ile adli zabitanın istenilen düzeyde etkili olmayışının nedenleri öğrenilmek istenmiştir. Anketi cevaplayanlara bunun için «cevabınız az etkili ya da «hiç etkili değil» ise nedenini belirtiniz» sorusu yöneltildiğinde, deneklerin yüzde 56 sı «zabitanın toplumsal gelişme ve değişmeye yeteri kadar kendini «ayarlıyamamış olmasından» cevabını vermişlerdir. Yüzde 24'ü ise etkili olamama nedenini «Hiyerarşik amirlerin farklılığı» na bağlamışlardır. Zabitanın adli-idarî zabıta olarak kesin bir ayırımı konusunda ne düşündükleri sorusuna verilen olumlu ve olumsuz cevapların eşit oranda (yüzde 49 ayırımı taraftar % 49 ayırımı gerek olmadığı görüşünde) olduğu saptanmıştır. Burada ilginç bir nokta olarak elde edilen sonuçlardan, ayırımı taraftar olanların yargı organı içinde ve yakınında olanlardan oluştuğu, taraftar olmayanların ise, mülki amirlerden ve zabıta teşkilatı mensuplarından oluştuğu ortaya çıkmıştır.

«Adli zabitanın tümüyle yargı organlarına bağlanmasına taraf mısınız?» sorusuna verilen cevaplar da bir önceki cevaplar paralelinde olmuş deneklerden yüzde 49 bu soruya «Evet» cevabı vermişlerdir.

Bir sonraki soruda «cevabınız evet ise, adli zabitanın kime bağlanmasını istersiniz?» sorusuna verilen cevaplardan ilgi çekici bir sonuç; adli zabitanın yargı organlarına bağlanmasına taraftar olanların hangi makama bağlanması konusunda bir görüş birliğine varamadıklarıdır. Örneğin, soruyu cevaplandıran Cumhuriyet savcılarında yüzde yirmisi, adli zabitanın sorgu yargıçlarına bağlanmasını, yüzde 40'ı Cumhuriyet savcılarında bağlanmasını, yüzde yirmisi Adalet Bakanlığının hiyerarşik denetim ve gözetimine bırakılmasını istemişlerdir. Hâkimlerin yüzde 56'sı adli polisin Cumhuriyet savcılarında bağlanmasını, yüzde 22'si sorgu yargıçlarına bağlanmasını ve yüzde 22'si de Adalet Bakanlığında bağlanması görüşünü savunmuşlardır. Avukatların yüzde 63'ü adli polisin sorgu yargıçlarına bağlanmasını, yüzde 37'si ise Adalet Bakanlığının denetim ve gözetimine bağlanması görüşünü belirtmişlerdir. Ancak, bu sonuçlardan, hâkimlerin çoğunluğunun (yüzde 56) adli polisin Cumhuriyet savcılarında bağlanması, Avukatların çoğunluğunun ise (yüzde 63) sorgu yargıçlarına bağlanması görüşünde oldukları ortaya çıkmaktadır.

Bir başka soru ile, adli zabita hizmetlerinin yapılması sırasında ilgili meslek gruplarının birbirleriyle ilişkilerinde bir çatışmanın söz konusu olup olmadığını saptamak amacı güdülerek, «görevinizi yaparken ilişki kurduğunuz meslekî kümelerle görev yönünden bir çatışma söz konusu olmaktadır?» sorusuna cevap aranmıştır. Verilen cevaplardan elde edilen sonuçlara göre, deneklerin yüzde 66'sı yukardaki soruya «evet» diyerek bir çatışmanın varlığını doğrulamışlardır. Diğer yandan soruya «hayır» cevabı verenler yüzde 32 oranındadır, yüzde ikisi ise soruyu cevapsız bırakmıştır.

Adli zabita hizmetlerinin yapılması sırasında ilgili meslek grupları arasında bir çatışmanın varlığı ortaya çıkınca bu çatışmanın nedenleri bir sonraki soru ile öğrenilmek istenmiştir. «Cevabınız evet ise, sizce sebepleri nelerdir?» sorusuna, deneklerin çoğunluğu «görevin gereklerinin tam olarak yapılmaması»nı en önemli etken olarak belirtmişler, «görevi yerine getiren meslek grupları arasında yeterli işbirliği ve koordinasyonun bulunmaması» ikinci önemli neden olarak belirtilmiştir.

Bir sonraki soruyla, özellikle, yargı organları ve Adalet Bakanlığıyla zabita arasındaki ilişkilerin niteliği öğrenilmeye çalışılmıştır. Bunun içinde «Adalet Bakanlığı ya da yargı organlarının polisle ilişkisini nasıl değerlendirirsiniz?» sorusuna verilen cevap-

ların sonuçlarından, polisin, mülki idare amirleri ile yargı organları arasında sürüşüne yarattığı» fikrine denekler tarafından birinci sıra verilmiş, «hizmet türlerinin açıkça belirlenmemesi idarî açıdan güçlükler yaratmaktadır» fikrine ikinci sıra, ve «polis teredüde itilmesi» fikrine ise üçüncü sırada yer verilmiştir.

Araştırmanın inceleyeceğimiz son bir sorusu olarak, Adli zabıta hizmetlerinin «aksamasının sebebi neler olabilir?» sorusuna uygulayıcıların çoğunluğu (yüzde 57) «zabitanın eğitim ve öğretim sorunu» cevabını vermişlerdir. «Zabıtaya Anayasal ve Yasal güvence verilmemiş olması» görüşünde olanlar deneklerin yüzde 19 nu ve «zabitanın siyasal eğilimden etkilenmesi» ni aksama sebebi gösterenler de deneklerin yüzde 15 ini meydana getirmektedir.

Böylece zabıta görevinin aksamasına en büyük sebep olarak, anketi cevaplayanlar eğitim ve öğretim sorununu göstermektedirler. Ayrıca, uygulayıcıların, eğitim ve öğretim sorunu çözüme bağlandığında, adli zabitanın genel zabıtabadan ayrılmasına gerek var mıdır? sorusuna, yüzde 58 oranında hayır cevabı vermişlerdir. Yüzde 40'ı evet cevabı vermiş, yüzde ikisi ise soruyu cevapsız bırakmıştır.

Daha öncede belirtildiği gibi, zabıta hizmetleri temelde bir bütünlük arz etmektedir. Ancak, toplumda düzen ve güvenliğin sürdürülmesini amaçlayan önleyici ve koruyucu zabıta hizmetleri (idarî zabıta) ile bozulan toplumsal dirlik ve düzenliğin eski haline dönüştürülmesini amaçlayan bastırıcı zabıta hizmetleri (adli zabıta) hizmetin niteliği ve fonksiyon alanı yönünden değişik kamu hizmetleri görünümündedir görüşünde olanlarda vardır. Bu son görüşün, zaman zaman, adli ve idarî zabitanın birbirinden ayrılarak, adli zabitanın yargı organları ya da Adalet Bakanlığı bünyesinde örgütlendirilmesi tezinde doruk noktasına ulaştığı görülmektedir. Öte yandan zabitanın bütünlüğü düşüncesinden hareket edenler ise, bugünkü, yapısal durum korunarak idarî ve adli zabıta görevinin birlikte yürütülmesini önermektedirler.

Adli zabıta hizmetlerinin bu iki görüşten hangisine uygun biçimde yürütüldüğünde, kamu hizmetlerinin yeterli bir düzeyde yapılması açısından, yararlı olacağı konusu üzerinde tartışmalar sürüp gitmektedir.

Açıklamaya çalıştığımız sınırlı araştırmanın bulguları ışığında bu konuda şunlar ileri sürülebilir :

Herşeyden önce, araştırma anket sorularına göre, uygulayıcıların çoğunluğu, adli zabita hizmetlerinin istenilen düzeyde ve etkin bir biçimde yürütülemediği görüşündedirler. Buna, uygulayıcıların gösterdiği iki temel neden, yine araştırma anket soruları sonuçlarına göre, «zabitanın toplumsal gelişme ve değişmeye yeteri kadar ayak uyduramaması,» ve «zabitanın eğitim ve öğretim yetersizliği» dir.

Birinci nedenle ilgili olarak gerçekten de, özellikle son yirmi-beş yıllık süre içinde toplumumuzdaki sosyo - ekonomik ve siyasal değişme özellikle, sanayileşme ve kentleşme bazı toplumsal sorunlarda beraberlerinde getirmişlerdir. Ülkede suç ve suçlu tipleriyle ilgili olarak düne kadar işlenmemiş tipte örgütlenmiş suçların görülmeye başlaması, suçlu tiplerin değişmesiyle bir çok zabita olayının karanlık kalması, adli zabita hizmetlerinde daha fazla uzmanlaşma zarureti ortaya çıkarmıştır.

İkinci neden olan eğitim ve öğretim sorunu ise, ülke çapında bir eğitim politikası, insangücü planlaması ve istihdam olanakları yaratma sorunu olarak belirmektedir. Ancak, özellikle zabita ve adli zabitanın eğitim sorunu, herşeyden önce örgün eğitim kurumlarından yetişmiş, bilgi ve beceri sahibi insangücünden yararlanma ve bu kaynaktan işe alınanların zabita kurumlarında hizmette iken yaygın eğitimlerinin düzenli bir biçimde sürdürülmesi konularında düşümlenmektedir.

Ancak, kanımızca, araştırma sonuçlarından ortaya çıkan iki temel neden (zabitanın değişen toplumsal şartlara ayak uyduramaması ve zabitanın eğitim ve öğretimi), esasen birbirini tamamlar niteliktedir. Zira, özellikle siyaset biliminde geliştirilen sosyal değişme teorilerinden bazılarına göre, eğitim yoluyla yeni değer yargılarının kökleşmesi toplumun gelişmesinde ön planda düşünülmelidir (10). Örneğin Morris Ginsberg'e göre, «toplumsal değişme insan davranış ve düşüncesinin evrensel ölçüde rasyonelleşmesine bağlıdır» (11).

Buradan, toplumsal değişme ve gelişmeye yeterince ayak uydurma, yeterli bilgi ve becerinin kişilere kazandırılmasıyla, ya da temelde eğitim ve öğretimle ilgilidir denebilir. Kısaca, araştırmamızın sınırlı olan kapsamından dolayı ülke düzeyinde genelleme

(10) N. Abadan, «Sosyal Gelişme Teorileri ve Modelleri», *SBF Dergisi*, Cilt: XXV, (Aralık, 1970), No. 4, ss. 19-34.

(11) Morris Ginsberg, «Toward A Theory of Social Development: The Growth of Rationality» in R. Aron and B. F. Hoselitz (eds.) *Social Development* (Paris, 1965) ss. 27 - 66.

yapmaktan kaçınmayı unutmaksızın, adli zabıtada hizmetlerin daha etkin bir düzeye getirilmesinde, zabitanın eğitim ve öğretim sorununun ilk planda çözülmesi gerektiği sonucuna varabiliriz.

3. ZABITA MESLEĞİNE GİRENLERİN SEÇİM SÜRECİ VE EĞİTİM DÜZEYİ :

Birinci araştırma sonucunda, zabıta eğitim ve öğretim sorununun zabıta hizmetlerinin etkin bir biçimde yürütülememesinin temel nedeni olarak belirlediğini bildirmiştik. İşte ikinci araştırmada, bu çıkış noktasından hareketle, Türk zabıta teşkilâtında personel kadrosu kurma sürecinin özellikle işe alma süreci konusunda uygulamanın ne yönde olduğunun saptanması amacına yönelik bir çalışma olmuştur. Zira, zabitanın eğitim ve öğretimi sorunu, kanımızca iki ayrı boyutta incelenebilir. Bunlardan birincisi, zabıta teşkilâtının, ülkemizin başka kamu kuruluşlarında olduğu gibi, personel kadrosunu meydana getiren kişilerin ülkenin örgün eğitim kurumlarından yetişmiş kişilerden seçilmesinden dolayı, sorunun ülke eğitim politikası, insangücü planlaması ve örgün eğitim kurumlarının nitelik ve nicelik yönlerine bağlı olan boyutudur. Sorunun ikinci boyutu ise, örgün eğitim kurumlarının belirli düzeylerinde eğitim ve öğrenimini bitirenlerden zabıta mesleğine alınacakların seçimi sürecinin, en yetenekli kişilerin mesleğe alınmasını sağlayacak biçimde işleyişinin ve mesleğe alındıktan sonra sürekli yaygın eğitimlerinin sağlanmasıyla ilgilidir. Özellikle bu ikinci boyuta ilişkin sorunlar, birinci boyuta oranla daha fazla zabıta hizmetlerinden sorumlu olan makamların görev alanları içindedir. Zira birinci boyut içindeki insangücü planlaması, ulusal eğitim politikası ve örgün eğitim kurumlarının işleyişi gibi sorunlar zabıtanın sorumlu olanların görev alanlarının çok üstünde kalan ulusal çapta sorunlardır. Bu düşünceden hareketle özellikle örgün eğitim kurumlarında eğitimini tamamlayan kişilerden zabitanın kendi personelini seçimine ilişkin konular ikinci araştırmanın ağırlık merkezi olarak alınmıştır.

a) Bugünkü Türk Emniyet Teşkilâtı Personelinin Eğitim Düzeyi :

Genellikle bir ülkede zabıta hizmetlerinin etkin bir düzeyde görülebilmesi için yeterli zabıta personeli sayısının saptanmasında çevrenin suç ve suçluluk durumu, nüfus artış oranı, şehirleşme, sanayileşme, turizm hareketleri, trafik durumu, siyasal dengesizlikler sonucu artan kanunsuz yürüyüş, toplantı ve grevler gibi fak-

törlerin dikkate alınması gereği kabul edilmektedir (12). Ancak, yukarıdaki faktörlerde hesaba alınmak kaydıyla, polisin hizmet ettiği alandaki nüfusun binde üçü, yeterli personel sayısının tesbitinde, esas olarak alınabilir. Ülkemizde 1973 yılı itibariyle polisin hizmet gördüğü yerleşim birimlerindeki nüfus sayısının 15 milyonu bulduğu tahmin edilmekte olduğuna ve yine 1973 malî yılı itibariyle Emniyet Genel Müdürlüğünün kadro sayısı 38.861 olduğuna göre, (13) personel adedi yönünden ülkemiz polis teşkilâtının ortalama yeterli rakam olan 45.000 nin altında olduğu görülmektedir.

Bugünkü zabıta personelinin muhtelif sınıflardaki sayı ve bunların eğitim düzeylerini gösteren aşağıdaki tablonun incelenmesinden anlaşıldığına göre, tüm personelin yüzde 87 si ancak orta okul ve ilkokul düzeyinde örgün eğitimini tamamlayabilmiş kişilerden oluşmaktadır.

TABLO : 1

EMNİYET HİZMETLERİ SINIFINDAKİ TÜM PERSONELİN SAYISI VE EĞİTİM DÜZEYİ

	Yüksek Tah.	Lise ve Dengi	Ortaokul	İlkokul
E. Müdürü	369	—	—	—
E. Amiri	239	18	—	—
Başkomiser	270	15	455	—
Komiser	426	15	293	118
K. Muavini	593	46	526	862
Polis Memuru	5	2.540	22.937	3.063
Toplam	1.902	2.634	24.211	4.182
Genel Toplama göre yüzdeler	% 5	% 8	% 74.6	% 12.4

Kaynak : Polis Eğitim Merkezi Araştırma Raporu.

Tablodan da anlaşılacağı üzere, hernekadar Emniyet teşkilâtına çeşitli eğitim düzeyinde personel alınmakta ise de, büyük bir çoğunluk ortaokul ve aşağı düzeyde eğitim görmüş kimselerden oluşmaktadır. Doğal olarak, alınan personel kaynağını ülkemizin insan gücü meydana getirmektedir. Bu nedenle toplumumuzun insan kaynağının nicelik ve niteliği, diğer kurumların olduğu kadar zabıta teşkilâtında personel seçimi sürecini etkilemektedir. Ancak,

(12) Cumhuriyetin 50. Yılında Emniyet Genel Müdürlüğü, (Ankara : İçişleri Bakanlığı Yayını, 1973, ss. 59 - 60.

(13) Emniyet Genel Müdürlüğü Personel Dairesi Resini Kayıtları.

mevcut insangücü içinde bilgi ve beceri yönünden en yeteneklilerin seçiminin sağlanması yolundaki uygulamanın saptanması gerekmektedir. Bu amaçla, sözünü ettiğimiz araştırmada, personel kadrosu kurarken, açık kadroları muhtemel adaylara duyurma işleminin işleyişi, müracaat biçimi, seçme sınavlarının objektif, geçerlik ve güvenilirliği açısından yararlı bir ölçüt olup olmadığı konularında örneklem seçilen 100 polis memuru olarak mesleğe alınmış kişiye anket uygulaması yapılmıştır. Konumuz açısından kanımızca ilginç olan sorular ve cevaplar şöyle özetlenebilir :

b) Duyurma :

Personel yönetiminde duyurma işlemi, personel seçimi sürecinin, tüm yetenekli adayların başvurmalarını sağlamaya ilişkin fonksiyonu yönünden, en önemli aşamasıdır. Tüm hizmete elverişli insangücünün, nekadar büyük bir çoğunluğu, açık kadrolardan haberdar olursa, o oranda en yetenekli kişilerin hizmeti alınma olasılığı artacaktır. Özellikle ulaşım ve iletişim olanaklarının gerekli düzeye ulaşmadığı ülkelerde, duyurma işlemine özel bir ağırlık verilmesi gerekir. İşte ulusal düzeyde geniş kitlelere duyurma işlemi, ülkenin her köşesindeki bilgi ve beceri sahibi kişilerin başvurmasını sağlarken, bunlar arasından yeteneklilerin hizmete alınmasına da olanak hazırlar. Zabıtada duyurma işleminin işleyişine ilişkin bigli almak için sorulan «polis mesleğine girmeniz için, polis memuru alınacağını nereden duydunuz?» sorusuna deneklerin yüzde 57 si, bizzat başvurarak ya da bir arkadaş veya bir yakınından duyduğu, yüzde 41'i polis radyosundan duyduğu, yüzde 2 side mahalli gazeteden öğrendiği yolunda cevap vermişlerdir.

Bu sonuçlardan, deneklerin çoğunluğunun ulusal çapta bir yayın organı ya da kitle haberleşme aracıyla açık kadroların kendilerine duyurulması yoluyla başvurmadıklarını ortaya koymaktadır. Polis radyosunun ülke çapında yayın alanı olmadığı dikkate alınır, yüzde 41 inin duyurma aracı olarak ondan yararlanmasında, millî düzeyde bir duyurma aracından yararlanma biçiminde kabul edilemeyeceği ortaya çıkmaktadır.

Bir kuruluşta işe alma ile görevli birimin iki ana görevinin, yetenekli kişilerin başvurmalarını sağlamak ve en yeteneklileri hizmete almak (personel seçimi) olduğu düşünülürse, emniyet teşkilâtında personel almanın ilk temel işlemi olan duyurmanın etkin bir biçimde yürümediği ileri sürülebilir. Bunun doğal sonucu ise,

sınırlı sayıdaki adayların arasından yetenekli kişi biçiminde sınırlı düzeyde olabileceğidir.

Ayrıca, duyurma işleminin müracaat formunun doldurulmasıyla tamamlandığını belirtmek gerekir. Türk emniyet teşkilatında sınav yönetmeliği «iş isteme formundan» söz etmekte ise de, uygulamada müracaat «dilekçe» ile olmaktadır. Oysaki, iş isteme formu ya da müracaat formu, başvuranlarda ilân edilen asgarî koşulların bulunup bulunmadığını, istenen bilgilerin eksiksiz adaydan alınmasının önceden kontrolünü, ve mesleğe giriş için yasal ve özel koşullara adayın durumunun uygun olup olmadığını, daha başlangıçta ortaya koyabilir. Dilekçe ile müracaatta ise bu bilgilerin çoğu kez eksik ya da hiç elde edilemediği görülür. Bu durumu, deneklerin «dilekçelerinde hangi niteliklerinizi belirttiniz?» sorusuna verdikleri cevaplar açıkça ortaya koymaktadır. Bunlara göre, dilekçelerinde deneklerden (% 86 sı mezun olduğu okulu, % 77 si askerlik durumunu, % 70 doğum tarihini) büyük çoğunluğu öğrenim durumu, askerlik, doğum tarihi gibi konularda bilgi verdiklerini, ancak % 8'inin özgeçmişini (hal tercümesi) belirttiğini görüyoruz.

Kısaca, araştırma sonuçlarına göre, deneklerden büyük bir çoğunluğunun, geniş bir kitleye hizmetin şartlarını, özelliklerini, gerektirdiği bilgi ve beceriyi, avantaj ve dezavantajlarını yeterli bir süre ile bildirmek anlamında bir duyurma işleminden yararlanmadıkları ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, yeni yönetmeliğin (1974) açıkça sözünü ettiği «iş isteme formu» da uygulamada henüz görülmemektedir.

İşe almakla görevli birimin ikinci ana görevi olan personel seçimine gelince, araştırma sonuçlarına göre, modern eğitim sistemlerinin kabul ettiği, seçme araçları olarak objektif, geçerli ve güvenilir sınav türlerinin Türk Emniyet Teşkilâtında uygulandığını ileri sürmek güçtür. Uygulanmakta olan sınavların sonuçlarına göre zabita mesleğine alınanların, hizmet-içi temel eğitimlerini görmek üzere gönderildikleri polis eğitim kurumlarında «başarı durumlarının düşük olduğunu bu kurumlarda görevli öğretim üyelerinin ifadelerinden» (14) anlamak mümkündür.

Kaldı ki, kamu kuruluşlarına personel alınmasında sınavların amacı, demokratik bir personel sistemi geliştirmek ile etkili bir personel kadrosu kurmak arasında uygun bir dengenin kurulmasını sağlamaya yöneliktir. Sınavlar sadece, personel seçiminde kul-

lanılan muhtelif araçlardan birisidir. Kanımızca, sınavların sınırlı yetenek ölçme araçları olduğunu kabul ederek, personel seçimi sürecinin diğer alt - süreçleriyle beraber kullanıldıkları düzeyde yararlı olabileceklerini gözden uzak tutmamak gerekir. Örneğin tipik bir personel seçimi sürecinin aşamalarını şöyle sıralamak mümkündür : (15) 1. Müracaat formu, 2. Sınavlar, 3. Mülâkat, 4. Fizikî testler, 5. Referans kontrolü, 6. İstihdam kararı, 7. İş teklifi. Bu aşamaların her birinde aday ya da kurumca **reddetme** mümkündür.

SONUÇ :

Adli zabıta görevinin yürütülmesinden sorumlu olanların ve bu hizmetin yürütülmesiyle ilgili uygulayıcıların anket sorularına verdiği cevaplardan, elbetteki, millî düzeyde genellemeler yapılması bilimsel anlayış içinde sakıncalıdır. Ancak, adli zabıta hizmetlerinin ülkemizde istenilen düzeyde yürümediğinin doğruluğu kabul ediliyorsa, soruna çözüm yolları aranmasında mevcut eğilimlerin saptanması kuşkusuz sağlıklı bir «başlangıç» olacaktır. İşte bu çalışmamız birinci araştırma sonuçlarına dayanarak böyle bir başlangıç için, «zabitanın eğitim ve öğretiminin »çözülecek ilk düğüm olduğunu vurgulamaktadır. Bu düğümün çözümüne bir başlangıç olarakta, ikinci araştırma sonuçlarına dayanarak yetişmiş insangücünden tutarlı bir biçimde yetenekli personel seçimi yapılamadığı anlaşıldığına göre, personel seçim sürecinin islahı ikinci önemli nokta olmaktadır.

Esasen, Türk Personel Rejiminde, genel olarak personel yönetimi biliminde geliştirilen yetenek sistemi benimsenmiştir denebilir (16). Öyle ise, **yetenek** esasına göre personel seçimini benimseyen ülkelerde olduğu gibi, bizim Emniyet Teşkilâtımızda da, siyasi eğilim, akrabalık, tanıma v.s. yolların etkisinde kalınmaksızın, tarafsız yöntemlerle yetişmiş insangücü içinden en yeteneklilerin seçimi; yeni Emniyet Teşkilâtı yönetmeliğinin amir hükümlerinde belirttiği gibi, zabıtada ortaya çıkan eğitim ve öğretim sorununu önleyici bir tedbir olacaktır.

Özellikle ikinci araştırma sonuçları, Emniyet Teşkilâtının, bugün eğitim kurumlarından yetişmiş insangücü arasından personel seçiminde, **etkin** bir yöntem kullandığını söylemek güçtür. Bir başka deyişle, mevcut insangücü kaynağından en yeteneklileri seçme yolunda etkin ve yoğun bir çaba harcanmadığı söylenebilir.

(15) Wendell French, *The Personnel Management Process*, s. 220.

(16) Cemal Mıhçıoğlu, «The Character of the Turkish Civil Service», in *Turkish Administrator Cultural Survey*, (Ankara : US, AID, 1967), ss. 59 - 93.

SEÇİLMİŞ BİBLİYOGRAFYA

- ABADAN, N., «Sosyal Gelişme Teorileri ve Modelleri», *SBF Dergisi*, Cilt : XXV, (Aralık, 1970) No. 4, ss. 19-34.
Ceza Adaleti Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, ss. 78-79.
- COHN, EDWIN J., *Turkish Economic, Social and Political Change*, (New York : Praeger Publishers, 1970; C. H. Dodd, *Politics and Government in Turkey*, Berkeley and Los Angeles : University of California Press, 1969; Jacob M. Landau, *Radical Politics in Modern Turkey*, (Leiden : E. Brill, 1974).
 Cumhuriyetin 50. Yılında Emniyet Genel Müdürlüğü, (Ankara : İçişleri Bakanlığı Yayını 1973), ss. 59-60.
- FRENCH, WENDELL, *The Personnel Management Process*, s. 220.
- GENÇ, TURAN, *Türk Emniyet Teşkilâtında Personel Sorunları*, (Basılmamış Master Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 1975).
- GINSBERG, MORRIS, «Toward A Theory of Social Development : in R. Aron and B. F. Hosclitz (eds.) *Social Development*, (Paris, 1965) ss. 27-66.
- HUNTINGTON, SAMUEL P., *Political Order in Changing Societies*, (New Haven and London : Yale University Press, Fourth Printing) 1970, s. 4.
- KAPLAN, HAKKI, *Türkiye'de Adli-İdarî Zabita Sorunu*, (Basılmamış Bilim Uzmanlığı Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 1975).
- KIRATLI, METİN, *Koruyucu İdarî Hizmetler*, Ankara, TODAİE Yayınları, No. 135, 1972, s. 48.
- MIHÇIOĞLU, CEMAL, «The Character of the Turkish Civil Service», in *Turkish Administration a Cultural Survey*, 1967, ss. 59-93.
- ONAR, S. S., *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul : iClt : III, 1960; s. 1469.
Yeni Strateji ve Kalkınma Planı, Üçüncü Beş Yıl 1973-1977, DPT Yayın No. 1272, 1973; Ankara : Başbakanlık Basımevi, ss. 95-100.
- YÜCEL, MUSTAFA T., «Ceza Siyasetinde Çağdaşlaşma Sorunu», *Yargutay Dergisi*, Cilt : I, Sayı : 2, (Nisan 1975), s. 77.

SİYASÎ SUÇLAR

MEHMET DOĞAN (*)

PLÂN :

BİRİNCİ KISIM — KONUYA GİRİŞ

I — SİYASÎ SUÇLARIN TANIMI VE TARİHİ GELİŞİM

A. SİYASÎ SUÇLARIN TANIMI

B. SİYASÎ SUÇLARIN TARİHİ GELİŞİMİ

II — SİYASÎ SUÇUN BELİRLENMESİ (TÂYİNİ)

A. SİYASÎ SUÇ KAVRAMI

1 — Sırf siyasi suçlar

2 — Nisbî (muhtelit ve murtabit) siyasi suçlar

a) Karma (muhtelit) siyasi suçlar

b) Bağlantılı (murtabit) siyasi suçlar

B. SİYASÎ SUÇU TÂYİN EDECEK MERCİİ VE UYGULANACAK YÖNTEM

1 — Tayin mercii

2 — Siyasi suçta tayin yöntemi

a) Adli sistem

b) İdarî sistem

c) Adli-İdarî (karma) sistem

İKİNCİ KISIM — GÜNÜMÜZDE YAYGIN BAZI SİYASÎ SUÇ TÜRLERİ

A. ANARŞİST SUÇLAR

B. TEDHİŞÇİLİK SUÇLARI

C. UÇAK KAÇIRMA OLAYLARI

SONUÇ :

(*) Şereflikoçhisar Hâkimi.

K A Y N A K

- Armaoğlu, F. Hadi* : Belçika Kaidesi ve Siyasî Suçluların İadesi Meselesi AD (Adalet Dergisi) 1951, Sayı : 10
- Çavdar, Av. Arif* : Uçak Kaçırma Olayları ve Hukukî Niteliği, AD 1970/1
- Dönmezer, Ord. Prof. Sulhi Erman, Prof. Sahir* : Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II/2, İstanbul, 1962
- Erem, Prof. Faruk* : Türk Ceza Hukuku, Ankara 1960, C. I
- Erem, Prof. Faruk* : Suçluların Geri Verilmesinde Türk Sistemi, AD. 1943/4
- Vidal Georges - Joseph Magnol* : Ceza Hukuku, Çev. Şinasi Z. Devrim, Ankara 1949, C. I
- Gözübüyük, Dr. A. Pulat* : Milletlerarası ve Millî Hukuk Bakımından Siyasî Suçlar, AD. 1954/4
- Hall, W.G. Carlton* : Political Crime, London 1923
- Kantar, Prof. Baha* : Siyasî Suçlar, AD. Eylül 1936
- Kazancı, Av. Sadi* : Topluma Karşı İşlenen Suçlar, Ank. 1971
- Meray, Prof. Seha L.* : Devletler Hukukuna Giriş, Ank. 1968, C. I
- Özek, Dr. Çetin* : Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul 1967
- Özgen, Dr. Eralp* : Suçluların Geri Verilmesi, Ankara 1962
- Öztan, Dr. Necati* : Sosyopatik Şahsiyet ve Anarşik Olaylar : 7.Haziran.1972 tarihli Cumhuriyet Gazetesi
- Şensoy, Prof. Naci* : Siyasî Suçlar, İHFD (İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi) 1951, C. XVII/1
- Şıdım, Arif* : Siyasî Suçlar, Ad. 1962/II
- Taner, Ord. Prof. M. Tahir T. Barolar Birliği Raporu Resmî Gazete* : Ceza Hukuku Umumî Kısım, İst. 1953.

BİRİNCİ KISIM

KONU YA GİRİŞ

Devlet denilen örgütlenmiş toplulukların ilk kuruldukları andan itibaren iç ve dış güvencesini, siyasî düzenini bozacak içerilikte işlenen fiiller — bugünkü gibi âdi ve siyasî suç ayırımı yapılmamış olmakla beraber — suç olarak tanımlanmış ve bunlar zamana ve rejim farklılıklarına göre değişik ve genellikle ağır yaptırımlarla (müeyyidelerle) donatılmıştır.

Gerek yurdumuzda ve gerekse dünyada hızla gelişen siyasî doktrinlerin çatışmasının doğal sayılabilecek bir sonucu olarak işlenen eylemlerin suç olarak tanımlandığı ortamda, siyasî suçların ceza hukuku alanlarında her zaman için en önemli yeri işgal ettiği belirgin bir gerçektir.

Biz bu yazımızda evvelâ siyasî suçların genel bir tanımı, tarihî gelişimi, yasalaştırma hareketleri, siyasî suç vasfı, âdi suçlardan ayrılması ve bu ayırımı yapacak mercii ve bu mercii görevleri üzerinde duracağız. Bundan sonraki bir başka yazımızda ise, siyasî suç çeşitleri ile bu gün için yoğun bir hal alan tethişçilik, anarşist suçlar ve özellikle uçak kaçırma olaylarını incelemeye çalışacağız.

I — SİYASÎ SUÇLARIN TANIMI VE TARİHİ GELİŞİM

A. SİYASÎ SUÇLARIN TANIMI

Bazı totaliter ülkeler ayrık, hiçbir uygulamada siyasî suçun başlı başma bir tanımı yapılmamıştır. Bu bir unutkanlık veya savsama işi olmayıp, zamana ve koşullara göre değişen görüşlerin bu duruma olanak sağlayamamasından ileri gelmektedir. Doktrin ve Ceza kanunları değişik kriterlerle suçları ayırırlarken, faili, saikini, sübjektif unsurları, hareket ve sonucu, suçun içeriliğini (muhtevasını) ve doğurduğu sonucun kapsamını gözönünde tutarken, bunların yanında suçun mağdurunu esas alan ayırma da büyük bir önem atfederler (1).

Suç mağduruna göre yapılan ayrımlar da, genel olarak suç mağdurunun birey (fert) veya Devlet oluşuna göre değişiklik göstermektedir. Devletin ferdî yararları dışında kollektif yararlarını (kamu düzenini) bozan fiiller, söz konusu siyasî suçu oluşturmak-

(1) Rocco, L'oggetto del reato, s. 587 den naklen : Özek, Dr. Çetin : Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul 1967, s. 4

tadır. Fakat, hemen şunu belirtmek gerekir ki, bir suç kamu düzenine karşı işlenmiş olmakla beraber siyasî suç olmayabilir. Örneğin devletin parasını taklit etmek, zimmete para geçirmek gibi. Buna karşılık, şahsa karşı işlenmiş âdi bir suç, irtibat dolayısıyla siyasî mahiyet alabilir (2).

Siyasî suç tabiri, bir kavram olarak ilk defa Hollanda'lı Klutt'un 1829 tarihinde yayınlanan (De deditione profugorum) adlı eserinde kullanılmış ve doktrinca derhal benimsenmiştir. Yine bu terim ilk olarak 1830 Fransız Anayasa metinlerinde de kullanılmıştır (3).

Bazı müelliflerin kısaca, «Devlete karşı suçlar» olarak belirttikleri siyasî suçlar, genel olarak Devletin siyasî düzenini doğrudan doğruya bozan veya bozmak maksadı ile işlenen suçlar olarak tanımlanmaktadır (4). Carrara suçları, «tabii suçlar - sosyal suçlar» diye ikiye ayırırken, sosyal suçların devlet aleyhine işlenen suçlar olduğunu söylemektedir (5).

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu siyasî suç : «Devletin siyasî bir yararını veya vatandaşın siyasî bir hakkını bozan (ihlâl) eden suç siyasî (m. 8)» şeklinde tanımlar. 1922 Alman Suçluları Geri Verme Kanunu ise : «Devletin varlığına ve güvencesine, Devlet Başkanına, bu sıfatı dolayısıyla Hükümet üyesine, yaşama organına, seçime veya oy vermekle ilgili siyasî haklara, yabancı devletlerle olan iyi ilişkilere karşı işlenen suçlar siyasî suçlardır (m. 3)» der.

1935 yılında Kopenhag'da toplanılan Ceza Hukukunu Birleştirme Milletlerarası VI. Konferansında : «Devletlerin örgütlerine veya ödevinin yapılmasına, bunlardan vatandaş için doğan haklara karşı işlenen suçlar siyasîdir» denildikten sonra ikinci bendde : «Birinci bendde yazılı saldırıların eyleme konduğunu gösteren âdi suçlar ile siyasî bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak veya bu suç failini ceza kanununun uygulamasından kurtulmasına olanak vermek için işlenen filler de siyasî suç sayılırlar» şeklinde genel bir tanımı yapmıştır.

Görüldüğü gibi, siyasî suçun açık ve belirgin, kalıplaşmış bir tanımının yapılamaması karşısında Devletlerin çoğunluğu ceza kanunlarında bir tanım (tarif) yapmaktan kaçınmışlardır. İlk defa siyasî suç - âdi suç ayırımını yapan Fransa'da bile bu hususta bir

(2) Taner, Ord. Prof. M. Tahir : Ceza Hukuku Umumî Kısım, İstanbul 1953, s. 108

(3) Dönmezer, Ord. Prof. Sulhi - Erman, Prof. Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II/2, İstanbul 1962, s. 1205

(4) Dönmezer - Erman : Age. s. 1205

(5) Özek, Age. s. 4

tanım yoktur (6). Devletler bu işi genellikle uygulamaya, inançlara (içtihatlara) bırakmışlardır. Siyasî suçları tanımlama ve belirtmeleri bakımından Devletleri dört gruba ayırmak olanağı vardır :

1 — Siyasî suç hakkında herhangi bir tanım yapmamış olanlar. Bunlar arasında memleketimiz de vardır.

2 — Siyasî suçu tanımlamamış olmakla beraber, bu anlamdaki suçları saymış olanlar : Örneğin 1930 Fransız Ceza Kanunu gibi.

3 — Siyasî suçu ne tanımlayan, ne de saymış olan fakat dolayısıyla anlatan devletler : Örnek olarak yine Fransayı alabiliriz. Fransa, siyasî âdi suç ayırımı yapmış ve bu iki grup suçlar için ayrı içerilikte cezalar kabul etmiştir. Bunun sonucu, siyasî suçlara özgü cezaları gerektiren fiiller siyasî suç sayılmıştır.

4 — Siyasî suçu tanımlayan devletler : 1930 İtalyan Ceza Kanunu, 1929 tarihli Alman Suçları Geri Verme Kanunu (7).

Doktrinde de, siyasî suç tanımı, genellikle birbirine yaklaşıktır. Fransız Profesörlerinden Georges Vidal ve Josephe Magnol siyasî suçları, «haricî (millî istiklâl, mülkün bütünlüğü, devletin diğer devletlerle münasebetleri) veya dahilî olsun (hükümet şekli, siyasî örgüt ve fertlerin siyasî hakları) özellikle devletin siyasî düzenini bozan suçlar» olarak tanımlamışlardır (8).

B. SİYASÎ SUÇLARIN TARİHİ GELİŞİMİ :

İtalyan hukukçusu De Mersico, siyasî suçların gelişimlerini üç ana devre içinde toplamaktadır (9).

1 — Tarihin en eski devirlerinden Fransız ihtilâline ve onu hazırlayan Ansiklopedistlere, felsefecilere kadar geçen devre müşterek karakterler taşımaktadır. Bu devrede kudret korunmuştur. Kudret ise monarka, prens'e ait olduğu için korunma konusu daha çok bunlar üzerinde toplanmıştır. Ortaçağ bunlara kiliseyi eklemiştir. Kudret mutlak olduğu için de, cezaların ağır olması, cezalandırılmanın prensip keyfiliğine bırakılması doğaldır. Diğer ta-

(6) Armaoğlu, F. Hadi : Belçika Kaidesi ve Siyasî Suçluların İadesi Meselesi, AD. 1951, sayı : 10, s. 1593

(7) Taner, Age. s. 114; Özgen, Dr. Eralp : Suçluların Geri Verilmesi, Ankara 1962, s. 67

(8) Vidal Georges - Josephe Magnol'dan çeviren : Devrin, Dr. Şinasi Z. : Ceza Hukuku C. 1, Ankara 1949, s. 81

(9) De Mersico I. delitti Contra la Stato nella evoluzione del diritto pubblico, 17'den naklen : Özek, Age. s. 23

raftan, eski toplumlarda dinî ve siyasî düzen birbiri ile karışmış bir nitelik taşıdığından, yani çoğunluk teokratik olan bu sistemlerde siyasî yapının korunması, dinî yapının korunması anlamına da gelmektedir. Eski Hint, Mısır, İbraniler, Yunan, Roma ve İslâm hükümdarlıklarının da bu ortak karakter kolayca görülmektedir.

2 — İkinci devrenin karakteristiğini, iktidara karşı reaksiyon (tepki) şekli oluşturmaktadır. Birinci devrede mutlak iktidar korunurken, ikinci devrede bu iktidara millet sahip çıkartılmış ve onun haklarını saptayan anayasa ve iç güvenceye aykırılık suçun konusu olmuştur. Bu devrede, Devlet bir topluluk olmakla beraber, hukukî bir şahsiyet olarak gözükmemekte ve onu meydana getirenleri içinde eritmektedir. Kişiler (fertler), Devletin dışında, özgür ve ortak yararın konusu olmaktadır. Hükümdar, bu özgür insanların meydana getirdiği topluluğun temsilcisi, organı olmaktan öteye gidilmemektedir. Bu nedenle siyasî suç, hükümdarın şahsından ötede, vatana bağlılığın ve karşılıklı olarak kişilerin haklarının bozulması şeklinde kabul edilmektedir. Demokrasinin yozlaşmasına ve Devletin hiçleşmesine neden olan bu devreye daha çok Germen hukuku etkisini sağlamıştır.

3 — Üçüncü devre ise Devletin bağımsız bir hukukî değer olarak ortaya çıktığı ve hak sahibi kılındığı devredir. Aşırı liberalizme antitez olarak bu görüşte Devlet, fertlerin dışında bağımsız bir hukukî varlık olmakla, fert yararından ayrı ve daha üstün bir yarar ve koruma amacına mazhar olmuştur. Bu durumda korunan, koordine olmuş toplum yararlarıdır. Jellinek'in görüşlerine dayanan bu Devlet anlayışında korunan yararlar, kişisel yararların bir toplamı olmamakla beraber, kişisel yararlar gibi ve çoğunluk daha üstün olarak korunagelmektedir (10).

Görüldüğü gibi genellikle ortak bir karakter taşıyan siyasî suçların tarihi gelişimi, siyasî olay ve görüşlere paralel olarak değişime uğramıştır. Ortaçağ düşüncesinden ve özellikle kilisenin zulmünden kurtulmanın ve bunun ceza hukuku üzerinde yaptığı etkilerin gerçekleşmesi bakımından Montesquie, Beccaria, Flangieri, Feurbach gibi hukukçu ve düşünürlerin katkısı bilinmektedir. 1789 Fransız ihtilâli, liberal akımın siyasî olayını bütünleştirmiş, ferdi her türlü değerün üstünde gören liberal görüş, özgürlükleri doğal bir hak olarak gören felsefeciler, Adam Smith'çi Manchester okulunun hazırladığı liberal ekonominin esasları bu anlayışlar yirminci yüzyıl başlarına kadar sürdürmüştür. Gerçi bu hal her ülke için tıpatıp ol-

muş değildir. Örneğin, Roma Hukuku'nun Avrupa ortak hukuku haline gelmiş olmasına rağmen, İngiltere bunun dışında kalmayı başarabilmiş ve «Habeas Corpus» ile bağlı iktidarlar, kişilerin özgürlüklerini kısıtlama olanağını Avrupadaki uygulama oranında bulamamışlardır. Hatta Avrupa'nın çeşitli hükümetleri arasında da, bu bakımdan var olan dayanışma bağları da zayıflamaya yön tutmuştur.

Bireye (Ferde) aşırı özgürlük tanıyan bu eğilimin doğal sonucu olarak ondokuzuncu yüzyılın son yıllarında anarşik hareketlerin artması, birbirini izleyen intilâl ve devrimler sonucu hükümetlerin sarsıntılara uğraması bu hoşgörülü anlayışı terketmek zorunluluğunu duyurmuştur. Özellikle birinci dünya savaşı sonrasında bu dönüş hızlanmıştır. İşlenen fiillerin egoist düşüncelere değil, sırf vatanseverlik duygularına, memleketi ve insanlığı mutluluk ve aydınlığa kavuşturmada en doğru yolun izlenen ve savunulan yol olduğu hususunda içten görüş ve kanılara dayandığı, kişisel kin ve yararlardan uzak, saf ve temiz güdülerle (saiklerle) işlendiği sanılan bu suçların faillerine karşı âdi suç faillerinden daha farklı ve insaflica davranılması gerekeceği görüşü bir yana atılarak, siyasî suç faillerine daha etkili ceza uygulanması bazı totaliter (11) devletlerden başlayarak diğer tüm ülke uygulamalarında görülmeye başlamıştır. Böylece bugün için siyasî suç kavramı, âdi suçlardan ayrı bir biçimde belirlenmiş, değişik sistemler altında yasalastırma yoluna gidilmiştir. Bu yasalastırma çalışmaları sırasında genellikle şu amaçlar gözetilmiştir :

1 — Devlete karşı sadakat borcunu esas alan kanunlar : Alman ve İsviçre Kanunları, geleneksel görüşten hareketle bu suçları «vatana ihanet» başlığı altında toplamışlardır. Bu da «iç düzen,» «milletlerarası ilişkilerdeki yararlar» şeklinde ikiye ayrılmıştır.

2 — Devletin güvencesini gözönünde bulunduran kanunlar : Çoğu kanunlar bu esası hedef tutmuşlardır. Örneğin 1889 İtalyan Ceza Kanunu, Belçika Ceza Kanunu gibi...

3 — Devletin bütünlüğünü, kişiliğini gözönünde bulunduran kanunlar : Bunlar arasında 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu önemli bir yer işgal eder. Bu kanun, 1889 kanunu ile «ülke» ve «devlet kuvvetleri aleyhine cürümler» ayırımını ortadan kaldırarak, «iç şahsiyet,» «dış şahsiyet» ayırımı yapmıştır. 1960 tarihli

(11) Örneğin Rusya, Faşist İtalya ve Nasyonal Sosyalist Almanya'da siyasî suçlar en ağır suçlardan sayılmış ve en ağır şekilde cezalandırılmıştır. Bkz. Özgen, Dr. Eralp : Age. s. 81

Fransız Ceza Kanununda dahi, önceki, «devletin emniyeti aleyhine cürümler» başlığı, «iç ve dışa karşı olan cürümler» şeklinde değiştirilmiştir.

Türk Ceza Kanununda da, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununa uygun olarak, kanunun kabul olunduğu tarihte birinci babı : «Devletin emniyeti aleyhine cürümler» başlığını taşımakta idi. Bu suçlar, «vatan aleyhine» ve «devlet aleyhine» olmak üzere ikiye ayrılmıştır. 1.10.1936 tarihli ve 3038 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu, babın adı değiştirilmiş ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununa uygun bir şekilde, «devletin şahsiyetine karşı cürümler» ibaresi kabul edilmiştir. «Vatan aleyhine cürümler» ibaresi yerine de, «devletin arsulusal şahsiyetine karşı cürümler» başlığı kullanılmıştır (12).

Zamanımızda siyasî suçlar, çoğu kez ülke dışına da taşmak suretiyle birkaç veya pek çok devletin güvencesini sarsacak ölçüde kapsamlı olduğundan, bazen ülke kanunları da yeterli kalamamaktadır. Bu nedenle zaman zaman toplanılan konferanslarla ortak sözleşmeler de yapılmaktadır. Sırası geldikçe bu sözleşmelere de değinilecektir.

II — SİYASİ SUÇUN BELİRLENMESİ (TAYİNİ)

A. SİYASİ SUÇ KAVRAMI :

Siyasî suçun kesin bir tanımı yapılamadığı gibi, neyin siyasî suç niteliğinde olduğu hakkında da kesin bir tayin yapılamamaktadır. Devlete veya hükümete karşı yapılmış her cürmî hareket siyasî suç mudur ? Özgürlük taraftarlarının bir dikta rejimine karşı giriştikleri hareket ile, bir dikta rejimini gerçekleştirmek için çalışanların hareketleri aynı nitelikte midir ? Diğer taraftan bu fiilin

(12) Bizde, uygulamada rastlanılan bazı siyasî suç türleri şunlardır : 1) Aşırı sol faaliyetler (Komünizmin propağanda ve faaliyetleri); 2) Aşırı sağ faaliyetler (Nurculuk, Hizbüttahrir, Ticanilik, Bahaîlik ve lâikliğe aykırı sair faaliyetler); 3) Bölücü hareketler (Kürtçülük ve mezhepçilik faaliyetleri); 4) Öğrenci hareketleri (Boycot, işgal ve tahrip olayları); 5) Memur hareketleri (Boycot faaliyetleri); 6) İşçi hareketleri (Kanunsuz grev, işgal ve tahrip olayları) gibi.. Bu suçların uygulamada örnekleri için bkz. : Kazancı, Av. Sadi : Topluma Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, 1971

Bu dip notta anılan suçların yoğunluk arzemesi ve karşısında, Devletin ülkesi ve milleti ile bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasa'da belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devlet Güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli Devlet Güvenlik Mahkemeleri 26 Haziran 1973 tarihinde kurulmuş ise de, Anayasa Mahkemesinin 6 Mayıs 1975 tarih 35-126 sayılı kararı ile, 1 ve 6. maddelerinin biçim yönünden iptaline, bu nedenle artık uygulama yeri kalmayan öteki maddelerinin de iptaline karar verilmiştir. Ancak hemen şu hususu belirtmeliyiz ki, her siyasî suç'un Devlet Güvenlik Mahkemesinde görüleceği koşulu bulunmadığı gibi, Devlet Güvenlik Mahkemesinin baktığı her suç da siyasî nitelikte sayılamaz.

herhangi bir fert tarafından yapılması ile bir grup tarafından yapılması arasında fark var mıdır ?

Prof. Baha Kantar bir makalesinde : «Acaba istiklâl mücadelesi bir suç mudur?» diye sorduktan sonra şöyle diyor : Öldürülmesi, hatta azap ve işkence ile öldürülmesi kararlaştırılmış olan büyük bir milleti zulmedicilerinin elinden kurtarıp da bugünkü istiklâl ve saadete kavuşturanların yaptıkları fedakârlıklara suç demek isteyenler büyük bir suç işlemiş olurlar (13).

Devletler Ceza Hukuku bilgini Maurice Travers'e göre suçun siyasî suç olması için :

1 — Fiilinin hükümete karşıt (muhalif) şahıslardan neşet edip etmemesinin önemi yoktur.

2 — Fiilinin az veya çok meşru olmasının önemi yoktur.

3 — Suçun nerede işlendiğinin önemi yoktur (14).

Siyasî suçun tayinindeki bu zorluk karşısında bazı düşünürler ve özellikle İtalyan Ceza Hukuku düşünürleri siyasî suç kavramını, suçun objektif mahiyetinden değil, hukuken belirlenmesi (tayini) mümkün olmayan suçlu psikolojisinden çıkarma yolunu denemişlerdir (15). Bu fikir taraftarlarına göre, sorunun halli için her somut (müşahhas) olayı ve her olayda da psikolojik ve siyasî kriterleri teker teker incelemek gerekir. Psikolojik kriterler şahsiyetinden çıkarılır. Siyasî kriterler ise — ki bunlar daha emin kriterlerdir — ülkesine sığınılan ve ayrıca suçun işlendiği devletin siyasî ortam ve ruhundan, o devlette mevcut ananelerden ve nihayet suçun özel koşullarından çıkarılabilir (16).

Görüldüğü gibi, siyasî suçun tayininde doktrinde bile bir karmaşıklık, anlaşmazlık vardır. Bu nedenler siyasî suçun tayini hakkında çeşitli teorilerin (nazariyelerin) ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu teorilerin başlıcalarına göre siyasî suçlar, «sırf siyasî suçlar» ve «nisbî (muhtelit ve murtabit)» siyasî suçlar olarak ikiye ayrılır.

1 — Sırf siyasî suçlar :

Siyasî suç kriteriyumunu saptamak için doktrinde biri objektif, diğeri sübjektif olmak üzere iki teori vardır :

(13) Kantar, Prof. Baha : Siyasi Suçlar, AD. Eylül - 1936

(14) Armaoğlu, Agm. s. 1593

(15) Özgen, Age. s. 70

(16) Manzini 309 - 310'dan naklen : Özgen, Age. s. 70

a) Objektif teori : Bu teoriye göre bir suçunu siyasî suç olup olmadığını tayin için, ihlâl olunan hakkın veya menfaatin mahiyetine bakmak gerekir. Siyasî bir varlık ve kuvvet olmak itibariyle, devletin siyasî düzenine karşı işlenen suçlar siyasîdir. Bunlar da :

aa) Devletin dış siyasî düzenini bozan suçlar ki, devletin varlığına, egemenliğine, toprağının bütünlüğüne, başka devletlerle ve ya müttefikleriyle olan ilişkilerine karşı işlenen suçlar,

bb) İç siyasî düzene karşı olan, yani hükümetin şeklini değiştirmek, esas teşkilâtını bozmak, fertlerin siyasî haklarına saldırmak, seçimlere fesat ve hile karıştırmak gibi suçlar olarak ikiye ayrılır.

b) Sübjektif teori : Bu teoriye göre bir suçun siyasî suç olup olmadığını tayini için, ihlâl olunan hak ve yararını içeriliğine (mahiyetine) değil, failin saikine veya amacına bakmak gerekir. Saik veya amaç siyasî ise, suç siyasîdir, değilse âdidir. Bu bakımdan sübjektif teorinin sahası ötekine oranla daha geniştir. Çünkü siyasî saikle işlenen örneğin adam öldürme, yağma gibi esasen âdi olan suçlar da siyasî sayılmak gerekir. Buna karşılık devletin siyasî düzenine karşı suç işlemiş olanlar eğer kişisel ihtiras ve yararlarının sevkiyle, egoist bir saikle veya öç almak için harekete geçmişlerse, bu suçlarına siyasî mahiyet atfedilemez.

2 — Nisbî (Muhtelit ve murtabit) siyasî suçlar :

Bazı hallerde siyasî içeriliğe bürünen âdi suç, bu haliyle siyasî suç sayılabilir. Bunlar muhtelit (karma) ve murtabit (bağlantılı) suçlar olarak ikiye ayrılır :

a) *Karma (muhtelit) siyasî suçlar* : Âdi bir suçun siyasî bir gaye ile işlenmiş olması muhtelit siyasî suçun unsurunu oluşturur. Burada failin kastı gözönüne alınır. Bu şekilde işlenen suç hem şahsî hakkı bozmakta, hem de siyasî düzeni bozmaya yönelmektedir. Muhtelit suçun klâsik örneği Devlet Başkanına karşı suikast cürmüdür.

b) *Bağlantılı (murtabit) siyasî suçlar* : Birbiri ile bağlantısı olan ve siyasî bir amaçla şahsî hakları bozan birden çok suçların işlenmesi halinde murtabit suç vardır. Örneğin ihtilâl yapmak için banka veya bir silâh deposunu soymak, yağma etmek gibi...

Görülüyor ki, muhtelit suçta, biri ihlâl ettiği hak veya yarar bakımından âdi, diğeri failin kastı itibariyle siyasî olmak üzere

iki unsuru bulunan tek suç; murtabit suçta ise, biri yine âdi ve diğeri siyasî olmak üzere, birbiri ile ilgili iki suç vardır (17).

Muhtelit ve murtabit suçların da hudutlarını tayin ve birbirinden yeterince ayrılabilmesi de uğraşılara neden olmaktadır. Sorun, iç hukuk bakımından belki önemli sayılmayabilir. Fakat siyasî suçluların geri verilmezlik kuralı uyarınca devletler arasında büyük anlaşmazlık ve çekişmelere yol açmaktadır. Bu bakımdan doktrin burada da değişik görüşler ortaya atmıştır :

1 — Objektif teori : Bozulan hak ve yararın içeriliği bakımından soruna bir çözüm yolu arayan bu teoriye göre, muhtelit ve murtabit suçlar daima âdi suç niteliğindedir. Bunlara hiç bir surette siyasî nitelik verilemez (18).

2 — Sübjektif teori : İşlenen fiilin içeriliği ne olursa olsun, saik siyasî oldukça, suç siyasîdir.

Bu iki teorinin birbirine tamamen zıt bir şekilde sorunu ayırma eğilimi yeterli görülmeyerek başka kriteriyumlar de ileri sürülmüştür :

3 — Ayırma teorisi : Bu teoriye göre aynı saik ve fiil içindeki siyasî ve âdi suç unsurları birbirinden ayrılmalı, âdi suçlu iade edilmeli, siyasî suçlu iade olunmamalıdır, denilmektedir. Bu teori geniş ölçüde eleştirilmektedir : Siyasî saik veya amaç ile işlenmiş olan suç bölünmez bir bütün teşkil eder, siyasî unsuru ayırmak suretiyle hüküm verme olanağı yoktur (19).

4 — Üstünlük teorisi : Muhtelit ve murtabit suçlardaki siyasî ve âdi unsurlardan hangisi üstün ise, suçun içeriliğinin ona göre saptanılmasını öngören bu teori de eleştiriye uğramaktadır. Bu unsurlardan hangisinin üstün sayılacağına saptanılmasında belirli bir ölçü yoktur. Örneğin Devlet Başkanının öldürülmesi olayında, adam öldürme gibi vahim bir sonuç, fiilin âdi unsurunu üstün kılabilir. Buna karşılık, bu suçun Devlet başkanının kişiliğinden çok, Devletin hak ve yararlarının önemi dolayısıyla siyasî unsurunun üstün olduğu ileri sürülebilir (20).

5 — Savaş Kural ve Âdetleri Teorisi : «Eğer fiil siyasî bir ayaklanma, ihtilâl veya iç savaş dışında işlenmiş ise âdi, aksi halde siyasî suç sayılmalıdır» görüşünü ortaya atan bu teori, savaş dışı za-

(17) Taner, Age. s. 116 - 117

(18) Taner, Age. s. 116 - 118; Özgen, Age. s. 86

(19) Taner, Age. s. :18

(20) Taner, Age. s. 118

manlarda işlenen suçların ayırımına yeterli olamayacağından eleştirilmektedir. Savaş veya ihtilâl sırasındaki kargaşalıktan yararlanarak, örneğin öcalma amacıyla adam öldürme fiilinde siyasî bir unsur yoktur.

Görüldüğü gibi, siyasî suçların âdi suçlardan ayırımı için ortaya atılan bu teoriler dahi gereksinmeye cevap verecek nitelikte değildir. Objektif teori siyasî suçun sınırını alabildiğine daraltmakta (21) iken, sübjektif teori tam aksine siyasî suçun sahasını son derece genişletmektedir. Sübjektif teoride failin iradesine çok fazla yer verilmektedir. Amaç siyasî olmakla beraber, bu amaca erişmek için işlenen pek çok âdi suç, siyasî imiş gibi kabul olunmaktadır. Bu hal ise, yukarda açıklandığı gibi çoğu kez devletlerarası anlaşmazlıklara ve sürtüşmelere neden olmaktadır. Sorun daha çok siyasî suçluların geri verilmezlik kuralının uygulanmasında büyük önem arz etmektedir.

Devletler Hukuku ve Milletlerarası Enstitünün 1880 Oxford toplantısında sorun üzerinde durulmuş ve şu karar kabul edilmiştir : «Siyasî bir isyan, bir ayaklanma veya iç savaş sırasında işlenen fiillerin içeriliğini tâyin ve taktir için bu fiillerin savaş adetlerine göre olabilirliğine bakılmalıdır».

Enstitünün adı geçen kararında isyan veya iç savaş dışındaki durum belirlenmediğinden bu kez 1892 Cenevre toplantısında ele alınarak şu karar alınmıştır :

1 — Sırf siyasî suçlardan dolayı geri verme olanaksızdır.

2 — Nisbî siyasî suç adı da verilen muhtelit veya siyasî suçlara murtabit suçlardan dolayı da iadeye yer yoktur. Şu kadar ki kasten adam öldürmek, zehirlemek, bir uzvu kasten kesmek veya kasten ağır yaralamak, yangın, infilak, su basması suretiyle mallara tecavüz gibi ahlâk ve ortak hukuk bakımından en ağır cürümler ayrıktır.

3 — Bir isyan veya iç savaş sırasında mücadelede bulunan taraflardan birinin veya diğerinin davası uğrunda işlediği fiiller, ancak savaş hukuku bakımından yasaklanmış olan menfur barbarlık ve tahrip edici hareketlerden oldukları takdirde, geri verme söz konusu olabilir ve fakat geri verme ancak savaşın sona ermesinden sonra yapılır.

(21) Oppenheim, s. 647'den naklen : Özgen, Age. s. 73

4 — Anarşist hareketlerden dolayı geri vermeye olanak vardır».

Cenevre Konferansında alınan bu karar, bütün ağır suçlarda geri verme olanağı tanıdığı için haklı olarak eleştirilere uğramıştır. Ceza Hukukunu Birleştirme Milletlerarası VI. Kopenhag 1935 toplantısında, sırf siyasî suçların objektif bir esasa göre tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre :

1 — Devletin teşkilâtına veya görevinin yapılmasına, bunlardan vatandaşı için doğan haklara karşı işlenen suçlar siyasîdir.

2 — Birinci bendde yazılı saldırıların eyleme geçildiğini gösteren âdi suçlar ile siyasî bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak veya bu suç failinin ceza kanununun uygulanmasından kurtulmasına olanak sağlamak için işlenen fiiller de siyasî sayılırlar.

3 — Şu kadar ki, failinin egoist veya menfur bir nedenin yöneltmesi ile işlenen suçlar siyasî sayılmazlar».

Bütün bu teoriler ve konferanslarda alınan kararlara rağmen sorun kesin olarak açıklığa kavuşmamıştır. Ülkeler aralarının açılmasına neden olabilecek çekişmelere çare aramaya devam ederlerken, kendi aralarında da nisbî siyasî suçlardan hangilerinin faillerinin geri verilmesi gerektiği, hangilerinin iade dışı bırakılması hususunda anlaşmalara da varmışlardır. Siyasî suçun sahasının daraltılması pahasına karşılıklı anlaşmalarda başlıca şu suçlar âdi suç niteliğinde sayılmış ve bu suçların faillerinin «geri verilmezlik» kuralından yararlanamayacakları genellikle kabul olunmuştur :

1 — Devlet Başkanına karşı suikast (Belçika Şartı «Clause Belge»),

2 — Siyasî amaç ile yapılmış olsa bile, sahte para basma,

3 — Tethişçilik,

4 — Anarşizm suçları,

5 — İnsanlığa karşı (genocide) suçlar,

6 — Savaş suçları.

B. SİYASÎ SUÇU TAYİN EDECEK MERCİİ VE UYGULANACAK YÖNTEM

1 — Tayin Mercii :

Siyasî suçun tâyini iç hukuk bakımından fazla bir önem arz etmez. Siyasî suç - âdi suç ayırımının önemi eDvletlerarasında «suçuların geri verilmesi» konusunda kendisini hissettirir. İadesi is-

tenilen failin işlediği suçun âdi veya siyasî bir suç olduğunun saptanılması kadar bu saptamayı hangi devletin ve o devletin hangi makamlarının yapacağı hususu da önemlidir. Bu husus da, yine devletlerin birbirleriyle yapmış oldukları çeşitli sözleşmelerle kural haline sokulmak istenilmiştir.

Suçluların geri verilmesi ile ilgili 13 Aralık 1957 tarihli Avrupa Sözleşmesinin 3. maddesinin birinci bendi uyarınca geri verilmesi istenilen şahsa yüklenilen suçun siyasî olup olmadığının taktiri özellikle kendisinden istemde bulunulan devlete aittir. Devletler Hukuku Enstitüsü de, Oxford toplantısında şu karara varmıştır : «Kendisinden geri verilme isteminde bulunulan bir devlet hal ve koşulları gözönüne almak suretiyle, geri verilmesi istenilen suçlunun işlediği fiilinin siyasî olup olmadığını tâyin hususunda tam ve münhasır bir taktir yetkisine sahiptir». Bazı Devletler bu hususu kanun maddesi haline getirmişlerdir. Örneğin Fransız İade Kanununun 5. maddesi gibi... Milletlerarası Adli Polis Komisyonu Tasarısı 5. maddesi de aynı hükmü kapsamaktadır.

Bununla beraber, suçun siyasilik niteliğinin taktirinde, huku-kî esaslara, milletlerarası topluluğun yararlarına uygun surette tarafsızlık ilkesine uygun davranılması arzu edilen amaç olmakla beraber, en çok sürtüşmeye bu alanda rastlanılmakla, sorunun tarafsız bir devletlerüstü hakem kuruluna sunulması çözülmesinin sağlanması, suçluları Geri Verme Hukukunun Birleştirilmesi Tasarısında yer almıştır. Bunun için «Avrupa İnsan Hakları Divanı» başvurma yeri olarak tavsiye edilmiştir (22).

2 — Siyasî Suçu Tâyin Yöntemi :

Geri verme isteminin, kendisinden istemde bulunulan Devlet tarafından ne şekilde inceleneceği ve sonuca bağlanacağı, her Devletin iç uygulamasına göre değişir. Dolayısıyla geri verilmesi istenilen şahsın söz konusu fiilinin siyasî nitelikte olup olmadığı da o devletin iç uygulamasını ilgilendirir. Bununla beraber, ülkelerin kendilerine has uygulamalarında bu konuda üç ana sistemin varlığı görülmektedir :

1) *Adli Sistem* : Bu yöntemde suçun vasfı yargısal (kazaî) bir tetkike tâbi tutulur. Mahkeme bu hususta bir karar verir. Hükümet bu karara bağlıdır. Bu sisteme İngiliz - Amerikan sistemi de denir.

2) *İdarî Sistem* : Bu yöntemde suçun niteliğinin tayini idarî makamlar tarafından tetkik olunduktan sonra hükümetçe kabul veya reddedilir. Fransız sistemi olarak anılan bu sistem Belçika ve Hollanda'da uygulanmaktadır.

3) *Adli İdarî (karma) Sistemi* : Bu yöntemde adli merci incelemesini yapar ve kararını verir. Ancak, hükümet bu kararla bağlı değildir. Geri vermeye **son olarak karar** verip vermemek hususunda muhtardır (23).

Bu üç sistemin de kendilerine göre iyi ve kötü tarafları vardır. Adli sistemin, yabancıların hak ve özgürlüklerini dahi güvence altına almaya olanak vermesi üstün değerini ortaya koyarsa da, başka bir ülkede suçluluğu belirlenmiş bir şahıs hakkında değişik bir kararla yabancı devlet adli makamlarının faaliyetlerini bir nevi karışma (müdahale) söz konusu olabilir. İdarî sistemde, idareye geniş taktir hakkı sağlanmakla sorun pratikleşmiş olursa da, geri vermenin kabul olunmadığı hallerde devletler arasındaki ilişkilerde yıpranma olasılığı vardır. Karma sistemin, anılan iki sistemin faydalarını alıp, sakıncalı yönlerini kaldırmak suretiyle iyi bir uygulamaya olanak verdiğini söylemek uygun olur (24).

TCK. nun 9. maddesinin 2. fıkrasında : «Siyasî cürümlere murtabit cürümlerden dolayı bir ecnebinin, ecnebi devletlerce iadesi talebi devletçe kabul olunamaz» denilmek suretiyle bu konuda Türk Hâkimine tam bir taktir yetkisi kabul edilmiştir. Mahkeme, genel hükümler dairesinde suçun siyasî suç olup olmadığını araştırır ve siyasî içerilikte bulursa, failin iadesine olanak olmadığına karar verir. Hükümet mahkemenin bu kararı ile bağlıdır. Aksi halde, âdi suç olduğuna karar verirse, hükümet bu halde suçluyu geri verip vermemekte muhtardır. İsterse geri vermeyebilir.

Geri verme istemi kabul olunmayan suçlunun, sığındığı ülkede bu suçundan ötürü yargılanarak cezalandırılmasına olanak yoktur. Aksi halde geri vermemenin anlamı kalmaz. (25) Bununla be-

(23) Dönmezer - Erman : Age. s. 1185 - 1186

(24) Dönmezer - Erman : Age. s. 1186

(25) Buna rağmen sorunu TCK.'nun 6. maddesi ile bir arada ele alan Yargıtay'ımız benzeri bir davada : «Yabancıların yabancı memlekette yabancı aleyhine işlediği suçtan dolayı koğuşturma yapılabileceği» esastan hareket ederek, bugünün hukuk telâkkilerinde bir devletin kendi kanununda da suç olan fiilin bir yabancı tarafından velevki hudutları dışında ve yabancılar aleyhinde işlenmiş olsa bile, ihtiyaca (sığınmaya) geniş anlam verilmemesi ve cemiyetin hukukî nizam ve kaidelerine suikasttan ibaret olan hareketlerin himaye olunmaması görüşü ile siyasî suçlunun bu suçundan ötürü yargılanması gerekeceği» kararına varmış ise de, geniş ölçüde eleştiriye uğrayan bu karar, esas mahkemenin direnmesi üzerine Ceza Genel Kurulunca bozulmuştur. (Bkz. CGK. 3.10.1949 gün 18/93 sayılı kararı).

raber, geri verme istemi reddolunan bu şahsın, iade isteğinde bulunan ülkede işlemiş olduğu âdi bir suçundan dolayı geri verilmesi istemi nasıl karşılanacaktır? Geri verilecek midir, yoksa siyasî bir suçu olduğu saptanılmakla ikinci istem redle mi sonuçlanacaktır?

Doktrin de kabul olunan esasa göre takip olunan şahıs, siyasî suçundan dolayı yargılanmamak veya hakkındaki ceza infaz olunmamak koşulu ile âdi suçundan dolayı geri verilebilir.

İstemde bulunan devletin, suçluyu, siyasî suçundan dolayı koğuşturma veya cezasını yerine getirmeyeceğine dair, istemde bulunan devlete güvence vermesi gerekeceği de doktrin ve uygulamada kabul edilen esaslardandır. Bizde bu duruma uygun bir uygulama geçmiştir: Danıştay, «Gaston Chavvel Bize» adındaki, siyasî suçundan dolayı ülkemize sığınan bir Fransız siyasî suçundan dolayı yargılanmaması güvencesi alındıktan sonra, âdi suçundan ötürü geri verilmesine karar vermiştir (26).

Siyasî suçluların geri verilmezlik kuralının yararı gerçekten büyüktür. Çünkü bir kez, siyasî suçlu, âdi suçludan farklı olarak, genellikle sığındığı devlet için bir tehlike teşkil etmez. O ancak aleyhine suç işlediği ülkenin siyasî organları ve hükümetinin düşmanıdır. Diğer taraftan geri verme olanağı var olsa idi, bu devlet geri verme kararından önce sığınağının gerçekten suçlu olup olmadığını, örneğin haklı savunma halinde işlenip işlenmediğini de araştırmak zorunda kalırdı. Bu durumda ise, diğer devletin iç işlerine bir nevi karışma ve dolayısıyla bağımsızlık ilkelerine aykırılık söz konusu olurdu (27). Siyasî suç, savaş halinde devletin dış güvencesine yöneltilmiş olursa, suçun failinin istemde bulunan devlete teslimi, teslim eden devletin tarafsızlığına da gölge düşürmüş olurdu (28).

(26) Danıştay D.D.G.K. 1953/26 - 193 sayılı kararı.

(27) Taner, Age. s. 112; Vidal - Magnol : Age. s. 85

(28) Vidal - Magnol : Age. s. 86

CEZA MUHALEMESİ HUKUKU VE KANITLARIN TOPLANMASINDA DOĞRULUK KURALLARI (*)

Dr. HASAN İ. BIYIKLI (***)

PIERRE BOUZAT (**)

GİRİŞ :

1 — CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA KANITLARIN ÖNEMİ :

A) Sorunun konumu : Kanıtların toplanması ceza muhakemesi hukukunun en önemli sorunlarından biridir. Kanıt olmaksızın hiç kimse suçlanamaz ve cezalandırılmaz. Ceza hukukunda egemen olan anlayış, ne yönde değişirse değişsin, kanıtların araştırılması hiç bir zaman önemini yitirmeyecektir. Bu gün ceza hukukunda, suçluyu cezalandırma anlayışı yerini giderek, suçluyu topluma kazandırma anlayışına bırakmaktadır. Bu gelişmeye paralel olarak ceza muhakemesi hukukunda egemen olan, «Suçlama - savunma» çelişkisi azalmakta ve yumuşamaktadır. Çünkü, ceza hukukunda amaç, suçluyu cezalandırmaktan öteye, onu yeniden topluma kazandırmak için uygun olan önlemlerin seçimi ve uygulanması olunca, «suçlama» ögesi önemini yitirmeğe başlamıştır. Ancak, bu gelişmenin ceza muhakemesi hukukunda, kanıtların önem ve işlevlerini yitirdikleri biçiminde yorumlanması olanaklı değildir. Suçluyu uslandırmak ve topluma katmak amacına yönelik bir önlemin kişiye uygulanması bile, o kişinin yasalarda tanımlanmış bir suçu işlemiş ve bunun kanıtlanmış olması koşuluna bağlıdır. Hatta, suç sayılan eylemin kanıtlanması yanında, suçlunun kendisine uygulanmak istenen önlemin gereksiz olduğunu ileri sürerek itiraz etmesi halinde, önlemin uygulanmasının yararlı ve kişinin çıkarlarına uygun olduğunun da kanıtlanması gerekecektir. Suç sayılan eylemin işlenmesinden önce uygulanacak önleyici önlemler için ise, kişinin «Tehlikelilik halinin»

(*) Çevirinin asıl başlığı, «La loyauté dans la recherche des preuves», in *Problemes contemporains de Procedure Pénale*, Recueil d'études en hommage L. HUGONEY, Paris, 1964. s., 155 ve devamı.

(**) Rennes Hukuk ve Sosyal Bilimler Fakültesi eski dekanı, Uluslararası Ceza Hukuku Birliği genel sekreteri.

(***) Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcısı.

(L'Etat dangereux) kanıtlanması zorunludur. «Tehlikelilik hali» kavramı ceza sorumluluğunun toplumsal işlevini ortadan kaldırmaz. Oysa objektif ve sübjektif ceza sorumluluğunun kabulü, her şeyden önce, suçun fail tarafından işlendiğini gösteren kanıtların ele geçirilmesine bağlıdır (1).

B) Ceza kanıtlarının kendine özgü özellikleri : Ceza davalarının toplumla kişi arasında baş gösteren çekişmeleri çözen dava türü olmaları, bu davalarda uygulanacak usûl kurallarına iki ana özellik kazandırmıştır. Ceza usûl kurallarının bu iki özelliği; «Suçsuzluk karinesi» ve «Vicdani kanıt sistemi» dir. Böylece, ceza muhakemesi hukukundaki kanıt anlayışı ile, özel hukuk alanında geçerli kanıt anlayışı arasında önemli ayrılıklar ortaya çıkmaktadır.

a) Yasal suçsuzluk karinesi : Bu karine, bütün demokratik ülkelerin yasalarınca kabul edilmiş olan ve suçlayan tarafı savlarını kanıtlamaya zorlayan bir karinedir. Özel hukuk alanında da «ispat külfeti,» sav ortaya atan ve istemde bulunan tarafa yükletilmiştir. Ancak, ceza muhakemesi hukukunda «ispat külfeti» daha ağırdır. Çünkü, ceza alanında kuşkuların suçlanan kişi yararına yorumlanacağı kuralı kabul edilmiştir. Hemen anlaşılacaktır ki, kabul edilen bu kural nedeni ile, ceza muhakemesi hukukunda «ispat külfeti» altına sokulmuş olan suçlayıcı taraf, ne pahasına olursa olsun, başarıma yolunu seçebilir ve bunun için toplumun kendine sunduğu yasal olanaklardan yararlandığı gibi, suçluların kullandığı ve doğruluk kurallarına ters düşen yöntemlere başvurma yoluna da gidebilir (2).

b) Vicdani kanıt sistemi : Bu sistem özel hukukta davalara konu olan çekişmelerin mala veya hukuku işlemlerin geçerliliğine ilişkin olmasına karşın, ceza hukukunda dava konularının toplum - kişi çekişmelerine ve buna bağlı olarak psikolojik durumlara ilişkin olmasından doğmuş bir sistemdir.

«Yasal suçsuzluk karinesi» ile «vicdani kanıt sistemi» arasında yakın bir ilişki vardır. İkincisi birincisinin tamamlayıcısı durumundadır. Gerçekten, ceza hukukunda ispat zor olduğu için, «vicdani kanıt sistemi» ile kanıt araştırmalarının kolaylaştırılması zorunluluğu doğmuştur. Bu sistem aynı zamanda, ceza muhakemesi hu-

(1) V. P. BOUZAT : Responsabilité et état dangereux, II ème Cours international de criminologie, Paris, (1954), p., 367 ve devamı.

(2) İtiraf, sorgu yargıcının sepetine düşecek en tatlı meyvardır. Bazen bu meyvanın düşmesi için erik ağacını iyice sallamak gerekir. Hiç kimse bu gereğe karşı olamaz ve bütün yargıçlar, bu meyvanın düşmesini sağlamak için ağacı silkelemekten kaçınmamaktadırlar. HENRY - MORTON ROBINSON. «La science contre le crime.» Ed. Payot, Paris et Lausanne, 1941 (Cité par GRAVEN, in Rev. Sc. Crim. 1950, P., 329).

kukunda suçlanan kişi ile, suçlayan (Devlet) arasında bir dengenin sağlanması amacına yöneliktir. Suçlanan ve suçlayan arasında bu denge kurulmadıkça ceza adaleti, her an, kökünden sarsılabilir.

c) *Kanıtların araştırılmasında doğruluk kurallarının Önemi* : Ne mutludur ki, takip edenle (Devlet), edilen (suçlu) arasında dengeyi sağlayacak bir başka denge ögesi daha vardır; kanıtların toplanmasında uyulması gerekli doğruluk kuralları. Bu kurallar ceza kovuşturmasını bazı katı formalitelere bağlamakta ve kanıtların araştırılmasında suçlu vatandaşın aleyhine başvurulması olanaklı hiyleli ve dürüst olmayan yöntemlerin kullanılmasını engellemektedir.

2 — KANITLARIN ARANMASI YÖNTEMLERİNİN TARİHİ GELİŞİMİ :

Ceza muhakemesi hukukunda kanıtlar ve kanıtların toplanması yöntemleri konusunda yapılacak kısa bir tarihi araştırma bize, kanıt kavramı ve kanıtların toplanması yöntemlerinin, bir yandan toplumun değer yargıları ve geleneklerindeki gelişmelere, öbür yandan kanıtların toplanmasında gelişen teknik olanaklardan yararlanılmaya başlanmasına paralel olarak geliştiğini gösterecektir. Bu gelişim, «Serbestlik ilkesinden,» «Doğruluk ilkesine» doğru bir yol izlemiştir.

3 — GELENESEL VE KÜLTÜREL GELİŞMELER :

Ceza muhakemesi hukukunda kanıtların gelişiminde ilk aşama, «Dini kanıt sistemi» olarak adlandırılabilir. Bu aşamada, sanığa ya kızgın bir demir tutturulur veya eli kaynar suya batırılırdı. Bu işkencelere dayanarak hayatta kalabilen kişi, Tanrı ve dolayısıyla insan gözünde suçsuz sayılır, cezadan kurtulurdu ! Tanrı tanıklığı ve yemin bu aşamanın, yegane kanıtları idiler.

İkinci aşamada kanıtlar arasında, basit bile olsa, bir hiyerarşinin doğmaya başladığını görüyoruz. Bu hiyerarşik sıranın en başında, çoğu zaman işkence ile elde edilen ikrar gelmektedir. Bu aşamaya «Yasal aşama» adı verilebilir.

İnsancıl düşüncelerin ortaya çıkması ve yayılması ile, «Duygusal aşama» diye isimlendirilebilecek bir aşamaya girilmiştir. Bu aşamada, geçmişte yapılan haksız işlemlere engel olmak için yargıların veya jüri üyelerinin vicdani kanıtlarına büyük bir üstünlük verildiğini görmekteyiz.

Bilimsel gelişmeler, özellikle insan bilimlerindeki gelişmeler, ceza muhakemesi hukukunda kanıtların toplanmasında, «Bilimsel aşama» diyebileceğimiz bir aşamaya ulaşılmasını sağlamıştır. Bu aşamaya ulaşılmasında öğretinin büyük bir rol oynadığını belirtmeliyiz. Bilimsel aşamada, kanıtlar tamamen bilimsel yöntemlerle, kişi hak ve özgürlüklerine en az zarar verecek biçimde toplanmakta ve değerlendirilmektedir.

Bu çeşitli aşamalardan geçilerek, ceza muhakemesi hukukunda kanıtların daha insani yollarla toplanması ve değerlendirilmesi sağlandı. Buna karşın, günümüzde hâla, kanıtların toplanmasında doğruluk kurallarına tam olarak uyulmasının sağlandığını ileri sürmek olanağı yoktur. Bugün bile, zaman zaman insanlık onurunu ve adaletin saygınlığını hiç indiren yöntemlerle kanıt elde etmeğe çalışıldığını hiç kimse yadsıyamaz. Acaba, adaletin ne pahasına olursa olsun suçluyu cezalandırma amacı ile, doğruluk kurallarından ayrılması ve cezalandırılmak istenen suçlunun kullandığı yöntemlere baş vurması doğru olur mu? Eski hukukta sorun tartışmalı idi. Bazı hukukcular soruya olumlu cevap veriyorlardı. Örneğin, La Roche Flavin; «Yargıç gerçeği öğrenmek ve suçluyu cezalandırmak için, gerektiğinde yalan söyleyebilir veya daha da ileri giderek, suçluyu tehdit etmek veya vaadlerde bulunmak yolu ile, onun gerçeği söylemesini sağlamağa çalışır. Bu, tamamen yasal ve dinî hukuka uygundur (3). kanısındaydı. Tersine, Jausse, «Yargıcılar, kanıt elde etmek için hiyle kullanmaktan, yalan söylemekten, suçluyu tehdit etmekten veya gerçek dışı vaadlerde bulunarak onu kandırmağa çalışmaktan kaçınmalıdırlar». (4) diye yazmaktaydı. Kısaca, Jausse, adaleti gerçekleştirme görevini yüklenmiş olan yargıcın adalete aykırı davranışlarda bulunmaması, özellikle adaleti gerçekleştirmeğe çalıştığı sırada bundan kaçınması gerektiğini, aksi takdirde cezalandırılması gereken suçlu durumuna düşeceğini belirtmek istiyordu.

4 — KANITLARIN TOPLANMASINDA YENİ YÖNTEMLER :

A) Kanıtların toplanmasında kullanılan yeni yöntemlere genel bakış : Teknik olanakların hızla gelişmesi sonucu kanıtların toplanmasında yeni yöntemler kullanılmaya başlanmıştır. Ortaya çıkan bu yöntemler, kanıtların toplanmasında uyulması gerekli doğ-

(3) LA ROCHE FLAVİN, XIII, livres des parlements de France; XXXIX, p., 664 - 665 (Geneve, 1621).

(4) JOUSSE, Traite de la justice criminelle de France, t. II, partie III, livre II, p., 274 - 275, no. 47.

ruluk kurallarında bazı değişikliklerin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Modern kanıt arama yöntemleri ikiye ayrılarak incelenebilir.

a) *Sorgu sırasında uygulanan modern yöntemler* : Narkoz ve yalan saptama aygıtı bu sınıfa giren yöntemler arasında sayılabilir. Narkoz sorgu sırasında üç biçimde kullanılabilir; Narko - sorgu, Narko - Analiz ve Narko - Teşhis. Bu üç kullanma biçimi sorguya çekilenin iradesi ile sinir sistemi arasındaki dengeyi bozarak ve sinir sisteminin direncini kırarak, sorguya çekilenin yarı uyku veya uyku halinde tutulmasını sağlama yönünden benzerlik göstermelerine karşın, aralarında bazı farklar bulunmaktadır. Gerçekten, Narko - analiz, kişinin tüm bilinç altının ortaya çıkarılması ve bu arada suçu oluşturan eylemin bütün ayrıntılarını öğrenmeye yaradığı halde, Narko - Teşhis sadece işlediği suçun sorumlusu olup olmadığına, suçlunun masumluk rolü oynayıp oynamadığına ilişkin bir cevabın alınması amacıyla yönelik bulunmaktadır.

Yalan saptama aygıtı, sorgunun yapıldığı sırada, kişideki heyecan gelişmelerini kaydeden elektronik bir araçtır. Sorulara verilen cevaplar sırasında, kişinin heyecanlandığı bu aygıttan elde edilen çizgilerle anlaşılırsa, sorunun yanlış cevaplandırıldığı kabul edilir.

Bu modern sorgu yöntemlerinin, sorgusu yapılanın rızası alınmadıkça uygulanması düşünülemez. Ancak, suçlanan kişinin narkoz uygulanmasına rıza göstermesi ile, kanıtların araştırılmasında doğruluk kurallarına uyulmuş olması sonucunun doğacağı izlenimi yayılmak istenmektedir. Bu görüşü savunmalara göre, kişinin rızası ile, sorgu sırasında narkoz veya yalan saptama aygıtının kullanılması, kanıtların toplanmasında doğruluk kurallarından ayrılmamış sayılmak için yeterlidir. Kanımızca bu görüş kuramsal açıdan geçerli olmakla birlikte, uygulamada bir çok yönden aksaklıklar doğurabilecek niteliktedir. Gerçekten, suçlanan kişinin rızası alınırken, baskı, tehdit veya hiyle kullanılması olasıdır ve bu olasılık soruşturmanın doğruluk kurallarına uygun olarak yapıldığından duyulan kuşkuyu her zaman ayakta tutmağa yetmektedir. Böylece, kanıtların toplanmasında doğruluk kurallarına aykırı davranış, kişinin rızası olmadan kendisine narkoz ve benzeri modern soruşturma yöntemlerinin uygulanmasından değil, fakat ilgilinin rızasının soruşturmayı yapan yetkililer tarafından, hiyle veya tehdit yolu ile alınmış olmasından doğacaktır.

b) İkinci grup modern kanıt araştırma yöntemleri, telefonların dinlenmesi, mikrofon, bant ve plâklardır. Bütün bu yöntemler kanıtların toplanmasını değiştirdiği gibi, kanıtların toplanmasında uyulması gerekli doğruluk kurallarının da değişmesini gerektirmiştir. Eskiden beri polislerin kapı dinlemek, kılık değiştirmek yolu ile kanıt topladıkları bir gerçektir. Günümüzde bu yöntemler yerlerini daha teknik ve daha etkili modern araçlara bırakmış bulunmaktadır.

Mikrofon, eskiden bir polis görevlisinin saatlerce beklemek ve kendisini tehlikeye atmak suretiyle elde edebildiği kanıtları, pek az zahmetle ve kısa bir sürede, daha inanılır bir biçimde ele geçirmesi için geniş olanaklar sunmaktadır. Teyp ve teyp bantları sayesinde artık, insanın ağızından çıkan sözler havaya karışıp kaybolmamakta, sabitleştirilebilmekte ve istendiği zaman defalarca dinlenebilmektedir. Kanıt toplama araçlarının, teknik gelişmelere paralel olarak hızla gelişmesi, bu yöntemlerin kullanılmasını yaygınlaştırmakta ve sonuçta bu yöntemlerin daha yoğun tepkilerle karşılanmasına neden olmaktadır. Gerçekten, suçluyu yakalamak ve suçunu kanıtlamak için modern kanıt toplama yöntemlerinin sınırsızca kullanılması, çoğu zaman suçluların suç işlemek suretiyle topluma verdikleri zarardan daha büyük zararlar doğurabilmektedir. Bu, başlı başına, kanıtların toplanmasında doğruluk kurallarından uzaklaşıldığını ileri sürmeye yeterli görünmektedir. Yani, suçlunun suç işlemek suretiyle topluma verdiği zararlar, kanıtların toplanması için topluma verilen zarar arasında bir eşitlik bulunduğu hallerde, doğruluk kuralları ihlal edilmiş sayılmaktadır.

B) Modern kanıt toplama yöntemlerinin eleştirisi : Kullanılış biçimleri, amaç ve etkileri ne olursa olsun, modern kanıt toplama yöntemlerinin ortak özelliği, uygulandığı kişinin iradesini etkilemeleri, azaltmaları, hatta yanlış yola iletmeleridir. Böylece, modern kanıt toplama yöntemlerinin ceza adaletini yanlış sonuçlara götürmesi olasıdır. Sadece bu yönleri ile modern yöntemler, reddedilmeye ve ceza adaletinde kullanılmaları yasaklanmaya lâyıktır. Bununla birlikte, çağdaş kanıt toplama yöntemlerinin kullanılması ile, ceza adaletinin gereksinme duyduğu maddi gerçeğin daha çabuk ve kesin bir biçimde ortaya çıkarılabileceği ileri sürülmüştür. Bu savların son derece abartılmış olduğu ortadadır. Hernekadar, modern yöntemlerin, elde edilen bulguların değerlendirilmesi ve yorumlanmasında kullanılması yararlı olmakta ise de, sorgu sı-

rasında kullanılmaları ceza adaletinin sonuçlarından kuşku duyulmasını doğuracak niteliktedir (5).

Tarih boyunca, teknik olanakların hızla gelişmelerine karşın, insan vicdanı ve kitle bilincinin çok yavaş geliştiği bir gerçektir. Teknik gelişmelerle, kitlelerin bilinci ve vicdani gelişmeleri arasında bilinen bu farklılık, gelişen teknik olanakların kötüye kullanılması, işkencenin ön plana geçmesi sonucunu doğurmuştur. Çünkü, kitlelerin denetiminden uzak kalan ve vicdani duyguları gelişmemiş kişiler bu teknik olanakları kolaylıkla kötü amaçlarla kullanabilmişlerdir. Ne yazık ki, günümüzde bile, teknik gelişmeler hızlı bir tempo ile ilerlerken, moral gelişme çok yavaş olmaktadır. Şiddet, şiddeti doğurur kuralı gereğince günün birinde işkencenin hoşgörüsü ile karşılanması, hatta yasal bir işlem gibi kabul edilmesi bile olanaklıdır. Yeni sorgu yöntemlerinin ortaya çıkışı, bazı yazarlar tarafından işkenceli sorgu aşamasına geri dönüş olarak nitelendirilmiştir.

C) Karşılaştırmalı hukuk açısından durum : Modern kanıt araştırma yöntemlerinin, bütün ülkelerde tartışma konusu olması, uygulanmaları veya uygulanmamaları konusunun kesin kurallara bağlanmamış olması gibi, uluslararası planda da sorun kesin ve tek bir çözüme ulaştırılmış değildir. A.B.D.'de narko, analiz, «Gerçek serumu» olarak adlandırılmakta ve kullanılıp kullanılmaması konusunda kesin bir karar verilmemiş bulunmaktadır (6), (7) ve (8). Dinleme tabloları ve mikrofon konusunda da durum aynıdır. Yaygın olan kanının aksine, sosyalist ülkelerde, modern sorgu yöntemleri kabul edilmemiş ve taşıdıkları sakıncalar gözönüne alınarak kullanılmaları yasaklanmıştır (9).

5 — A Y R I M :

Kanıtların toplanmasında doğruluk kurallarının incelenmesi, birbirine bağlı iki başlık altında gerçekleştirilebilir. Bunlardan birincisi, kanıtların toplanmasında uyulması gerekli doğruluk kuralları sınırının çizilmesi ve tanımının verilmesidir. İkinci başlık ise, tanımlanmış ve sınırları iyice belirlenmiş olan bu kurallara ay-

(5) GORPHE, L'appréciation des preuves en justice, p., 18 et 19.

(6) HEUYER «Le penthotal nous est arrivé à la suite de l'arme américaine, dans les bagages, avec la péniciline», in Narko - analyse et narko - diagnostic, Rev. Sc. Crim. 1950, p., 9.

(7) La narko - analyse et jurisprudence de tribunaux américaine, Rev. Sc. Crim. 1960, p. 139.

(8) Le problème de tables d'écoute et l'enregistrement mécanique aux Etats - Unis, Rev. Sc. Crim., 1960, Inf. p., 718.

(9) HEUYER, op. cit. Rev. Sc. Crim., 1950, p., 15. contra : BOUCIQUE, La narko - analyse, Rév. Penit., 1960, p., 330.

kırı davranışların sonuçlarına ayrılabilir. Bu nedenle açıklamalarınıza, iki büyük başlık altından devam edeceğiz :

- I — Kanıtların toplanmasında doğruluk kuralları kavramı**
II — Doğruluk kurallarına uyulmamasının sonuçları.

I. BÖLÜM

KANITLARIN TOPLANMASINDA DOĞRULUK KURALLARI KAVRAMI

6 — GENEL BİLGİLER :

Bugün doğruluk kuralları kendi başlarına anlam ifade eden hukukî bir kavram değildir. Her ne kadar, doğruluk kuralı kavramına aykırı davranış, davranışta bulunanın sorumluluğu, usûlü işlemin yokluğu, yetki sınırlarının aşılması gibi hukukî sonuçlar doğurmaktaysa da, bu ilişki, neden - sonuç ilişkisinden ibaret bulunmakta, sonuçların hukukî nitelikte olması, doğruluk kurallarına hukukî bir nitelik kazandırmaya yetmemektedir. Bu nedenle; kanıtları denetimden geçirme ve her biri için doğruluk kurallarına uygun olarak elde edilip edilmediği konusunda karar vermektense, kanıtların toplanmasını bazı kural ve koşullara bağlamak ve bu kurallara uyulmaksızın ele geçirilmiş kanıtların geçersiz olduğunu söylemek daha doğru bir davranış olur. Böylece, kanıtların toplanmasında uyulması gerekli doğruluk kuralları kavramı açıklığa kavuşturulmuş olacaktır. Kanıtların toplanmasında uyulması gerekli doğruluk kurallarının kaynakları, yüksek Mahkeme kararlarında, öğretide ve yasalar arasında dağılmış bulunmaktadır. Şu halde, kavramın tamamını meydana getirecek öğeleri bulmak için her üç alanda, ayrı ayrı incelemeler yapmak zorunluluğu vardır. Araştırmamızın birinci bölümünü tamamlamak için, doğruluk kuralları kavramının öğelerini yasalarda, uluslararası metinlerde, öğretilerde ve Yüksek Mahkeme kararlarında bulmaya çalışacağız.

AYRIM : I. : Doğruluk kuralları kavramının öğeleri :

I. — Kavramın yasal öğeleri :

7 — GENEL BİLGİLER :

Kanıtların biçim yönünden yasalara uygun olması ve doğruluk kurallarına uygun olarak toplanmış bulunması ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden biridir. Fakat kanıtların yasal olma-

sı ile, doğruluk kurallarına uygun olarak toplanmış olmaları ayrı ayrı şeylerdir. Birincisi toplumsal bir içeriğe sahip bulunmasına karşın, ikincisi daha çok manevi bir içeriğe sahiptir.

Her ne kadar, ceza muhakemesi hukukunda, kanıtların serbestliği ilkesi benimsenmiş ise de, yasa kanıtların toplanmasında doğruluk ilkesine uyulmasını sağlamak amacıyla hükümler koymuştur. Bütün demokratik ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de, yasa, uluslararası antlaşmalar, anayasa, C.M.Y. Yasası aracılığı ile, kanıtların toplanmasında keyfiliğin önlenmesine çalışılmıştır.

8 — ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR :

10. Aralık. 1948, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesinde (10) : «Hiç kimse işkenceye, zalimane, insanlık dışı, onur kırıcı cezalara ve muamelelere tabi tutulamaz» hükmü yer almaktadır. Aynı beyannamenin 12. maddesinde ise!« Hiç kimse özel yaşamı, ailesi, konutu veya yazışması konularında keyfi karışmalara, onur ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin, bu karışma ve tecavüzlere karşı kanunla korunmağa hakkı vardır». denilmektedir. Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin (11). 3, 6 ve 8. maddelerinde aynı hükümleri kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak, insan Hakları Evrensel Beyannamesinden farklı olarak, Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin, bu hükümlerine uyulmaması bazı yaptırımların uygulanmasını gerektirebilecek niteliktedir. Böylece ,emredici hükümlere aykırı davranışlar cezalandırılmışlardır (12).

9 — ANAYASA'DAN GELEN GÜVENCELER :

5. Kasım. 1958 tarihli Anayasanın giriş kısmında, anayasanın 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beynamesi İlkelerine bağlı olduğu açıkca belirtilmiştir. Anayasa, aynı zamanda 64. maddesi ile mahkemelerin bağımsızlığını güvence altına almıştır. Böylece, politik amaçlarla, doğruluk kurallarına aykırı yöntemler kullanarak yargılama yapılması önlenmektedir, (önlenmeğe çalışılmaktadır). Ancak bu maddenin etki sınırı çok dar kalmaktadır. Çünkü, yasa koyucu çıkardığı bir yasa ile, politik niteliği ağır basan bazı dava-

(10) 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen öneri. REUTER et GROS, *Traité et documents diplomatiques*, p., 103 et s..., P.U.F. 1960.

(11) *Rév. dr. publ.* 1951, p., 726 ve devamı.

(12) Fransa bu antlaşmanın imzalanması için büyük katkılarda bulunmuş olmasına karşın bugüne kadar antlaşmayı kabul etmemiştir.

ları görme yetkisini, normal mahkemeler dışında kurulan bir takım özel mahkemelere verebilmektedir. Anayasanın 65. maddesinde, yargıçlar disiplin kurulunun kurulması emredilmiştir. Böylece, yargıçların görevlerinden dolayı cezalandırılma korkularının kalması sağlanmak istenmiştir. Nihayet 66. maddede, yargıçların kişi hak ve özgürlüklerinin bekçisi ve garantisi olduğu hükmü getirilmektedir.

10 — C. M. U. YASASI :

C.M.U. yasasında kanıtların toplanmasında doğruluk kurallarına uyulmasını sağlama yönünden hükümler getirilmiştir. Ancak üzülmek gerekir ki, aynı amaca yönelik bu hükümler çok dağınık bir biçimde düzenlenmiştir.

C.M.U. yasasının 63 ve 64. maddelerinde polisin uzun sorgular yapması önlenmeğe çalışılmaktadır. 75 ve 78. maddeler arasında hazırlık soruşturması işlemlerinin denetlenmesi düzenlenmiştir. 81. maddede, sorgu zabıtlarının ve diğer soruşturma işlemlerinin yazılış biçimi belirtilmiştir. Savunma hakkını tamamen ortadan kaldıran veya kısıtlama sonucunu doğuran usûl işlemlerinin yok sayılacağı 172. maddede hükme bağlanmış bulunmaktadır.

11 — YASALARIN YETERSİZLİĞİ :

Uluslararası antlaşmaların, Anayasa ve C.M.U. Yasasının incelenmesinden de anlaşılacağı gibi, kanıtların toplanmasında uyulması gerekli doğruluk kuralları çok dağınık ve yetersiz biçimde düzenlenmiştir. Bu yasa ve antlaşmalarda, herhangi bir kanıt toplama biçiminin, doğruluk kurallarına aykırı olduğu, dolayısıyla o yöntemle ele geçirilmiş kanıtın kesin kararın verilmesinde gözönüne alınamayacağına ilişkin, açık bir hüküm yer almamaktadır. Yasaların bu biçimde soruşturmayı kısıtlayacak kurallar koymasının nedeni, suçlulara karşı yürütülen savaşta polisi ve adli makamları, sahip oldukları bazı olanaklardan yoksun bırakmaktır. Oysa, yasa koyucu, bu tutumu ile, açıkça görünen bazı olaylara perde germeyi ve böylece onların yok sayılmalarını sağlama yolunu yeğlemiş olmaktadır. Tutulan bu yolun yanlış hesaplara dayandığından kuşku duymamak gerekir. Çünkü, soruşturma yapanın yetkilerini kısıtlayacak ve soruşturma yöntemlerini daha kesin kurallara bağlayacak yasalar, suçlulara karşı yürütülen savaşta zayıflatmayacağı gibi, suçlanana güvenceler getirecek ve adaletin saygınlığını artıracaktır.

II — Doğruluk kurallarının yargısal öğeleri :

12 — GENEL BİLGİLER :

Yargıtay, kanıtların toplanmasında uyulması gereken doğruluk kuralları konusunda yasaların yarattığı boşluğu doldurma yönünden çaba göstermiştir. Yargıtayın ceza daireleri tarafından yönetilen ceza mahkemeleri, bir yandan kişilerin sağlığı ve vücut bütünlüğü, öte yandan da ceza adaletinin saygınlığını koruma yönünde çaba harcamaya yönelmiştir.

13 — KİŞİ HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNİN KORUNMASI :

Anayasanın 66. maddesi, yargıçların kişi hak ve özgürlüklerinin bekçisi olduğu kuralını koymadan önce bile, yargıçlar bunu, yani kişi hak ve özgürlüklerinin bekçisi olduklarını kabul etmiş ve kavramış bulunmaktaydılar. Kişi haklarının korunması görevinin yerine getirilmesi, her şeyden önce, bireyin vücut yapısı ve bütünlüğü ile savunma hakkının kutsallığı ve kişi özel yaşamının gizliliğinin kabulünü zorunlu kılmaktadır.

A) Bireyin vücut bütünlüğü ve sağlığına saygı :

a) Yargıtay ikrar elde etmek için, kişiye eziyet ve işkence edilmesini yasaklamaktadır (13).

b) Yargıtay, aynı biçimde hipnotizma gibi, fiziki bir eziyet oluşturmamasına karşın, bireyin iradesini kısmen veya tamamen ortadan kaldıran yöntemleri de yasaklamaktadır (14).

c) Bununla birlikte, birey iradesine saygı ilkesi, kişinin rol yaparak ceza sorumluluğundan kurtulma hakkını kabule kadar gitmemektedir. Fransız Ceza Yasasının 276. maddesi sakatlık veya hastalık numarası yapan dilencilerin cezalandırılacaklarını amirdir. Yargıtay, narko - teşhis'in kullanılmasına bu nedenle izin vermektedir. «Penthotal» diye anılan ünlü olayda, 1948 yılında, Paris Asliye Ceza Mahkemesi, narko, sorgu ile, narko - teşhisi kesinlikle birbirinden ayırmıştır (15). «Doktor H...'nin temyiz eden C...'yi sorguya çekmek ve kendisine yüklenen suçla ilişkin ikrar elde etmek (ki hiç bir hukukî değeri olamazdı) için değil, tamamen kendi gö-

(13) Bourges, 9. Mars. 1950, J.C.P. 1950, II. 5594.

(14) V. Décret du 26 Ocak 1922 (J. O. 27 Ocak) à propos de l'affaire de «ettres anaymes de Tullés».

(15) Trib. Corr. Seine 23 Şubat 1949, Réc. Sirey 1950, II, 149, note Légale : C. Alger 18 Aralık 1948, D. 1949, ' . 382, note : VOUÏN.

rev ve yetki alanı içine giren biçimde, sanığın sorumluluktan kurtulmak için başvurduğu hiyle ve oynadığı rolü ortaya çıkarmak, başarısızlığa uğratmak için, modern olanakların hizmetine koyduğu araçlardan yararlandığı anlaşılmalıdır...»

d) Bu kararı yorumlamak istersek, narko - sorgunun kesinlikle yasaklandığını kabul etmemiz gerekecektir. Zaten kararda yer alan : «...Narko - sorgu (ki, adli yönden hiç bir değeri yoktur)» ibaresi açıklamaya gerek bırakmayacak kadar açıktır.

Belçika Yüksek Mahkemesi, kişi fiziki yapısının bütünlüğü ve dokunulmazlığı ilkesine dayanarak, narko - analizi olduğu kadar, narko - teşhisi de yasaklamaktadır. Narko - analiz'in yasaklanması şu gerekçe ile açıklanmaktadır. «Kişinin, fiilin kendisi tarafından yapılmadığını ileri sürmesi kadar, isnat yeteneğine sahip olmadığını ileri sürmesinde savunma hakkının bir parçasıdır. Narko - teşhis yolu ile bunun ortadan kaldırılması, savunma hakkının kısıtlanması anlamını taşır». Bununla birlikte, kişi bütünlüğüne ve saygınlığına zarar vermediği gerekçesiyle, Belçika Yüksek Mahkemesinin psyhocalvanographie ve électroencéphalographie kullanılması yolu ile teşhise izin verdiğini görüyoruz (16). Çünkü, bu gibi yöntemlerin kullanıldığı hallerde, narkoz yoktur ve kişi iradesini ortadan kaldıran veya sınırlayan uyku haline koyma da söz konusu değildir. Bu yöntemlerin uygulanması sırasında kişinin sinir sistemine, çok az kuvvette elektrik akımı gönderilmektedir. Uzmanların belirttiğine göre, narkotiklerin kullanılması kişi bütünlüğüne ve saygınlığına bir saldırı niteliğini taşımasına karşın, yukarıda adı geçen yöntemler insan kişiliğine ufak bir müdahale oluşturmaktadır.

e) Yalan saptama aygıtı, gerek amacı, gerekse tekniği yönünde, n sanığın sorumluluktan kurtulmak için oynadığı oyunu ortaya çıkarmak için kullanılan narko - teşhise benzemektedir. Fakat, aralarında ilke yönünden bazı farklar bulunmaktadır. Yalan, fiilin inkarını kapsadığı halde, rol (numara) yapma fiilin inkarı yanında, sorumluluğun inkarını da kapsamaktadır. Eğer, rol yapmanın, bu yolla sorumluluktan kurtulmayı denemenin Yargıtay kararları ile yasaklandığını düşünürsek, bunun karşıtı fikirden hareketle, kişinin yalan veya en azından susma yolu ile kendini savunma hakkına sahip olduğu sonucunu çıkarmamız olanaklıdır. Bu cümleden olmak üzere, sanığın yeminle dinlenmesi yasaklanmıştır (17). Bu nedenle, şayet günün birinde, yalan saptama aygıtının ceza adaletin-

(16) C. Ass. Limbourg, 22 et 30. Nov. 1955, Rec. dr. pën., 1956, p. 31 - 39.

(17) Crim, 21 Aout 1879, Bull. Crim., no. 162.

de kullanılması söz konusu olursa, yargıçların bu aygıtlarla elde edilen bilgileri, karara varmak için yardımcı bilgiler olarak kabul etmeleri ve hiç bir zaman kesin kararın verilmesi için esas almamaları gerekir. Çünkü, ne kadar yasal olursa olsun, yalan saptama aygıtlarının geniş halk kitleleri tarafından benimsenmediğini ve güvenilir bir aygıt olarak kabul edilmediğini yargıç daima gözönünde bulundurmak zorundadır.

B) Özel yaşamın gizliliğinin korunması : Özel yaşamın gizliliğinin korunması, haberleşmenin ve konutun gizliliğinin korunması demektir.

a) Konut gizliliğinin korunması : Doğruluk kurallarına aykırı olarak elde edilmiş kanıtların reddi ve kesin kararın verilmesinde kullanılmamasını zorunlu kılmaktadır. Bunun içindir ki, Colmar İstinaf Mahkemesi, bir dedektifin odaya yerleştirdiği gözetleme merceği ile ortaya çıkardığı zina olayında, dedektifin tanıklığını kabul etmemiş ve beyanlarını kesin kararın verilmesinde kanıt olarak gözönünde almamıştır (18). İstinaf Mahkemesi bu yöntemle ele geçirilen kanıtı yasa dışı olarak nitelendirmiştir. Kanıtların elde edilmesi için kullanılan yöntemlerin getireceği toplumsal huzursuzluk ile, suçun meydana getirdiği toplumsal çalkantı arasında bir orantı bulunması gereklidir. O halde, kararda, toplum huzuru bakımından, konutun ve özel yaşamın gizliliğinin korunması, zina yapan kadını cezalandırılmasından daha üstün tutulmuştur.

b) Haberleşme gizliliğinin korunması : Haberleşme gizliliği, genel olarak, eskiden beri yasalarla korunmuştur. Emile AUGIER, «Kasanın kilidinden daha dokunulmaz olan bir şey varsa o da mektup zarfının kapağıdır. Çünkü, mektup zarfının kapağı, kendini koruyamayacak kadar zayıftır». diye yazmaktaydı. Savunucu ile onun müşterisi arasındaki yazışmaların ceza adaletinde suçluluğa ilişkin kanıt olarak kullanılması olanaklı değildir. Uygulamada bu kuralın hiç bir istisnası yoktur. Bu kuralın dışında kalan kişisel yazışmalara el konması olanaklıdır. Yüksek Mahkeme bunu ilke olarak kabul etmekle birlikte, bu yolla ele geçirilmiş yazışmaların kullanılmasını titizlikle denetlemektedir (19).

c) Savunma hakkının korunması (20) : Yargıtay kararlarına göre, kanıtların toplanmasında doğruluk kurallarına uyulmasının

(18) C. Colmar, 12 Juin 1953, Gaz. Pal. 1953, I. 154.

(19) V. Crim. 12. Juin, 1952, J.C.P. 1952, II, 7241 (arret IMBERT) : Civ. 18 Mars 1955, Gaz. Pal. 1955, II, 249. C. Paris, 28 Mars 1960, Gaz. Pal. 1960, II. 258.

(20) P. BOUZAT, Les methodes modernes d'investigation et la protection des droits de la défense, Rév. Sc. Crim. 158, suppl. no : 2, p., 3.

en önemli ve önde gelen koşuldur. Yargıç bir kanıtı kabul ederken, bu kanıtın ele geçiriliş biçiminin savunma hakkını kısıtlayıp kısıtlamadığına bakarak karar verecektir. Yargıtay (21), bir polis komiserinin telefon konuşmalarını dinleyerek oluşturduğu tutanağı kanıt olarak kabul etmemiştir. «Çünkü, bu yöntemle elde edilmiş kanıtlar, yargıçların, savunma hakkını hiçe indirmeksizin kabul edemeyecekleri türde bir kanıttır». Poitiers İstinaf Mahkemesi, çok ender hallerde telefon konuşmalarının dinlenmesi yolu ile elde edilen kanıtların, kesin kararın verilmesinde gözönüne alınabileceğini kabul etmekle birlikte, kararında,» Bu ender hallerde bile, savunma hakkının çiğnenmemesi için titiz davranılması gerekir...» diyerek kabul ettiği kanıtın geçerlilik koşulunu kesin bir dille belirtiyordu(22). Seine Asliye Ceza Mahkemesi de, savunma hakkının titizlikle korunduğu bir davada, telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesi sonucu oluşturulan tutanakları kanıt olarak kabul etmiştir (23). Ancak, bu olayda, taraflar sorgu yargıcı önünde, banda kaydedilen telefon konuşmalarını dinlemişler ve sanık banda alınmış sözlerin ve sesin kendisine ait olduğunu, sarf etmiş olduğu sözlerin gerçeklere uygun bulunduğunu beyan etmiştir.

14 — CEZA ADALETİNİN SAYGINLIĞINI KORUMAK :

Adaletin vatandaşlarda saygınlık ve güven duyguları uyandırması gerekir. Özellikle ceza adaleti, suçlulara karşı yürüttüğü savaşta, ancak doğruluk kurallarına bağlı kalarak, bu saygı ve güveni yaratabilir, koruyabilir. Ceza adaletinin suçlularla savaşta, suçluların kullandığı yöntemleri kullanması, ona duyulan saygı ve güveni sarsar. Bu nedenle ceza adaletinde kışkırtma (provakasyon), hiyle ve düzenin kullanılması büyük tepkilerle karşılaşmıştır.

A) Kışkırtma yönteminin uygulanması : Yargıtay kararlarında, polislerin kışkırtma yöntemini kullanmaları konusu çok tartışılmıştır. Yargıtay ve Danıştay genel olarak, kışkırtma yapanın eyleminden dolayı ceza sorumluluğundan kurtulamayacağını kabul etmektedir. Çünkü, kışkırtma ne suçu ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni, ne de failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir özürdür (24). Fakat, ikinci Dünya Savaşı sırasında, polisler, özellikle mali polisler kışkırtma eylemlerini o derece ileri götürmüş-

(21) Crim. 12. Juin, 1952, J.C.P. 1952, II 7241, note ESMEIN. Aynı yönde bak, Crim. 18 Mars 1955, J.C.P. II., 8909, Note BROUCHOT.

(22) C. Poitiers, 16 Janv. 1960, J.C.P. 1960, II. 11599, note CHAMBON.

(23) Trib. Correc. Seine, 13 Févr. 1957, J.C.P. 1957, II. 10069.

(24) Crim. 10. Déc. 1943, J.C.P. 1944, IV. 14 ; 15. Déc. 1943, J.C.P., 1944, IV. 18, C. état, 26. Juin. D. 1947, som. 26. 28. Juil 1948, Sirey 1949, III. I., Note, AUBY.

lerdir ki, bidayet mahkemeleri bu görüşü yumuşatarak uygulamak zorunda kalmışlardır.

a) Kararların büyük bir kısmında kışkırtma yolu ile ortaya çıkarılmış suçların failleri cezalandırılmakta, fakat suç ve suçlunun ortaya çıkarılmasında kullanılan yöntemler eleştirilerek, suçlunun cezasında belirli bir oranda indirme yapılmaktadır. Bu tür kararlara esas olan fikir, kışkırtmanın failin cezasına ve ceza sorumluluğuna bir etkisi olamayacağıdır. İşgal sırasında bir polis görevlisi, kılık değiştirerek, işsiz kalmış bir kişiden normal fiyatın üzerinde tavuk satın almıştı. Mahkeme satıcı hakkında açılan davada, polisin kullandığı yöntemleri, hem ahlâk kurallarına ters düşmesi yönünden eleştirmiş, hem de organize karaborsacılığı örtmek için kullanılabilir bir yöntem olduğundan sakıncalı bulunduğunu belirtmiştir. Sonuçta sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiş, fakat verilen cezada, kanıtların toplanmasında kullanılan yöntem nedeniyle bir indirme yapılmıştır (25).

b) Bazı kararlarda, kışkırtıcı ajanın kullanıldığı olaylarda sanıklar hakkında, irade serbestisi ortadan kalktığı için aklama kararı verilmiştir. Bu kararlara gerekçe olarak, suçun önemli bir ögesi olan, hür ve bağımsız bir irade ile oluşan kast ögesinin yokluğu gösterilmiştir (26).

c) Bir kısım kararlarda, irade serbestisini ortadan kaldıran nedenlerin takdirindeki güçlükler gözönüne alınarak, sanıklar hakkında verilen aklama kararı, kışkırtma eyleminin ajanda yarattığı aşırı cezalandırma isteği ile, ajanın tanıklığının güvenilir bir kanıt olamayacağı gerekçesine dayandırılmıştır (27).

Bu kararda, daha çok, olayın kendine özgü niteliğinden gelen özellikler egemen bulunmaktadır. Genel olarak denilebilir ki, kışkırtma ender ve zorunlu hallerde kullanılmalı ve kışkırtıcı ajanın aşırılıklarına meydan vermemelidir. Örneğin Ullmo Gemisine ait çalınmış belgeleri, deniz teğmeninden geri satın almağa çalışan ve bunun için kışkırtma yolunu seçen polis görevlisinin eylemi, söz konusu belgeler son derece önemli ve devlet güvenliğini ilgi-

(25) Trib. Corr. Seine 21.Mai.1941, Gaz. Pal. 1941, II. 68 V. C. Toulouse, 13 Mars 1942, II. 1835, note, MAGNOL, C. Rennes 10, nov. 1948, D. 1948, J. 76.

(26) C. Toulouse, 23 Avril, 1942, Sem. Juridi, 1942, II. 1886, note : MAGNOL; Trib. Corr. Evreux, 22. Déc. 1942, Gaz. Pal. 1943, I. 78; Trib. Corr. Guéret, 14 Fevr 1946, 210, P. BOUZAT, Traité pratique et théorique de droit pénal, 2 ème éd. no. 269.

(27) C. Aimens, 4. Fevr. 1942, J.C.P., II, 1942, 1887, note : J. L. ; Trib. Corr. Grenoble, 28. janv. 1943, J.C.P. 1943 II. 2277; C. Paris 5. janv. 1944, D. A. 1944, 43.

lendirmesi nedeni ile haklı görülebilmesine (28) karşın, karaborsa fiyatına bir tavuk satmaya kalkışın işsiz kişiyi yakalamak için polis kışkırtma yolunu seçmesi, bu suçtan dolayı toplumun göreceği zarar önemsiz olduğu için hoş görülmemektedir.

B) Hiyle ve düzen kullanılması : (29) Bir suçun ortaya çıkarılmasında hiyle ve düzen kullanılmasının kabulü, üç koşulun varlığına sıkı sıkıya bağlıdır. Bu koşullar, hiyle ve düzeni uygulayacak ajanın kalitesi, hareketin amacı ve biçimidir.

a) *Ajanın kalitesi :* Kanıtların araştırılması üç aşamada yapılmaktadır. Polis soruşturması, hazırlık soruşturması, son soruşturma. Ceza kovuşturmasının bir aşamasından diğerine, uyulması gerekli moral kurallar sayıca daha da artmaktadır. Polis tarafından yapılan ve bir ölçüde hoşgörü ile karşılanan işlem, sorgu yargıcı veya ceza yargıcı tarafından yapılırsa eleştirilebilir (30). Bu açıdan Yargıtay, kararlarında, son derece titiz davranmaktadır. Bu cümleden olmak üzere, Yüksek Mahkeme, «Bir sorgu yargıcı görevi sırasında kimliğini saklamaksızın hareket etmek zorundadır. Zanlı veya tanığa tuzaklar kuramaz, kurduğu takdirde yetki sınırlarını aşmış olur» (31). kararını vermiştir. Ayrıca Yargıtay ünlü Wilson olayında bir arkadaşının sesini taklit ederek, sanıktan bilgiler almağa kalkışan yargıcı mahkûm etmiştir. (Bak ileride no : 27).

Sorguda polisler, yargıçlardan daha geniş davranış özgürlüğü tanıyan bu görüşü şiddetle eleştirilmiştir. Denmiştir ki, bu anlayış, yargıçlarda bilerek veya bilmeyerek soruşturmayı polisler bırakma eğilimi yaratmıştır. Böylece yargıçlar soruşturma sırasında yapılan yasa dışı ve sorumsuzca davranışların sorumluluğunu polislerin omuzlarına yükleme çabasına düşmüşlerdir. Marie Besnard olayı bu eleştirilerin haklılığı konusunda örnek gösterilebilir. Ağır ceza mahkemesi önünde «Koyun yöntemi» (32) ile sanığın suçu işlemiş olduğu kesin kanısına nasıl vardığını anlatan polis şefinin sözünü kesen başkan : «Bizim cezaevi dedikodularına

(28) Crim 22 Mai 1908, D., 1909, I. 32, report MERCIER, Rev. des grands procès, 1908, p., 209.

(29) V. BLONDET. Op. cit.

(30) V. note : CHAMBONT sous Potiers 7. janv. 1960 précité; BLONDET, op. cit., no : 1.

(31) Crim 12 juin 1952, J.C.P., 1952, II. 724 (Arret İmbert). Aynı gerekçelerle ve kararlarında, bu yöntemlerin kullanılmasına izin verilmesi adaletin saygınlığı ile bağdaşamaz denerek, Limbourg İstinaf Mahkemesinde narko - analyse'e izin verilmemiştir. (V. Supra, no : 13).

(32) «Koyun yöntemi», polis tarafından tutuklular evine sokulan bir casus aracılığı ile burada maznunlardan olaylar hakkında bilgi alma yöntemi (Çevirmenin notu).

dayanarak karar vereceğimizi sanıyorsanız aldanıyorsunuz» (33) demıştır. Böylece bir davranış polisi, kanıtları nasıl ele geçirdiğini saklamaya yönetebilir. Çünkü, polis elde edilmiş biçimleri ne olursa olsun, topladığı kanıtların bir işe yaraması istegindedir. Bu yol bir defa açılırsa, yargıçların polis tarafından yapılan soruşturmaları denetlemeleri olanaksız duruma gelecektir.

b) Soruşturma işleminin niteliği : Soruşturmayı yürüten görevlinin kimliği, ikinci bir koşul olan soruşturma işleminin niteliği ile tamamlanmak zorundadır. Yargıçlarla polisler arasında bir ayırım yapılmasına, kanıtların toplanmasında polisler daha geniş bir davranış özgürlüğü verilmesine karşın, suç kolluğunun sorgu yargıcından aldığı yetkilere dayanarak hareket ettiği hallerde, sorgu yargıcı için konmuş kurallara aynen uymak zorunda olduğu kabul edilmiştir. Bu ilke, İmbert kararı diye isimlendirilen bir Yargıtay kararında şöyle dile getirilmiştir : «Yargıç tarafından görevlendirilmiş suç kolluğu, kendisine verilen yetkinin çerçevesi içinde sorgu yargıcının yetkilerine sahiptir. Buna göre, yargıca düşen görev ve yükümlülükleride yüklenmesi doğaldır» (34). Örneğin, bu karara göre kendisine verilen yetki belgesinde açıkça yazılı olmadıkça bir polis görevlisinin telefon konuşmalarını dinlemesi olanaklı değildir. Bunun yanında Paris İstinaf Mahkemesi «Bu uygulama (telefon konuşmalarının gizlice dinlenerek kanıt elde edilmesi) yasalar tarafından açıkça yasaklanmamış olmasına karşın... yargıç tarafından verilmiş yetkiye dayansa bile, polisin telefon konuşmalarını dinlemesi tesvip edilemez» diyerek bu yolla elde edilen kanıtları kararın alınmasında gözönünde bulundurmamıştır (35).

O halde, burada yapılan ayırım, işlemleri yapanın kalitesinden de öteye «polis işlemi,» «Yargıç işlemi» ayırımıdır. Bu ayırım, kanıt elde etme işleminin soruşturmanın hangi aşamasında yapıldığı sorusu ile yakından ilgilidir. Böylece, işlemin yapıldığı sırada suçun işlendiğinden resmî organların haberdar olup olmadıklarını saptamak yetecektir. Bu koşullar, kanıtların doğruluk kurallarına uygun olarak toplanıp toplanmadığı konusunda, Yargıtay kararları arasında ortaya çıkan farkları açıklamaktadır. Örneğin telefonların dinlenmesi suretiyle banda alınmış sanık sözleri : «Banda kayıt işlemi polisin suça el koymasından önce yapıldığı için» (36)

(33) V. Le Figaro 6. déc. 1961, «Koyun Yöntemi», tutuklular ve mahkûmlar arasında güvensizlik duygularının yayılması ve onların islahi yönünden ters tepkiler doğurması yüzünden ağır cezalarla uğramaktadır.

(34) 12.wuin.1952, précité.

(35) C. Paris 28 mars 1960, Gaz. Pal. 1960, II. 253.

(36) Crim. 18 Fév. 1958, Bull. crim., no. 163 et Rév. Pénit., 1958, p. 653.

kanıt olarak kabul edilmiş ve değerlendirilmiştir. Ancak, bu olayda, sanığın banda alınmış sözlerini sorgu yargıcı önünde aynen tekrar etmiş olması, bantların kanıt olarak kabul edilmesinde büyük rol oynamıştır.

c) *İşlemin amacı*: Suçlamanın geciktirilmesi konusunda karar veren Yargıtay, 1952 yılında, İmbert olayında, geciktirilmiş suçlamadan söz edilebilmesi için, savunmayı yasal haklarını kullanamaz halde tutma amacının güdülmüş olması gibi, bu amaca ulaşılmış olmasını da şart koşuyordu (37). Fakat, 1955 yılında Yargıtay, Fesch olayında daha yumuşak davranmış (38), geciktirilmiş suçlamanın var olabilmesi için amaca bakılmayacağını, geciktirmenin, savunmaya yasadan doğan haklarını tam olarak kullanma olanağı bırakmamasını yeterli görmüştür. Daha sonra, savunma yararına olana bu karar Fransız C.M.U. Yasası tarafından, 105. maddede kabul edilmiştir. Maddenin o günkü haline göre, geciktirilmiş suçlamanın kabulü için, savunma haklarının kullanılmasının baltalanıp baltalanmadığını saptamak yetiyordu. Ancak, yasa koyucu, bir çok soruşturmanın bu yüzden yok sayılmasından korkarak 13. Ocak. 1960 kararnamesi ile, 105. maddeyi yeniden değiştirerek, 1952 tarihli Yargıtay Kararında belirtilen ilkeye dönmüştür. Amaç gibi, psikolojik bir hususun kanıtlanması, sonuç gibi maddî bir hususun ispatından daha zor olduğu için, F.C.M.U. Yasasında yapılan bu değişiklik, sorgu yargıcının yetkilerinin, savunma aleyhine genişletildiği söylenebilir.

III — Doktrinin Görüşü :

15 — GENEL BİLGİLER :

Ceza soruşturmasında, kanıtların toplanması konusunda doğruluk kurallarına uyulması için öğretinin gösterdiği çaba ayrı bir başlık altında ele alınmağa degecek kadar önemlidir. Bir çok ceza hukukcusu, doğruluk kuralları üzerine eğilmiş, ileri sürdükleri görüşler, kamu oyuna yaptıkları açıklamalar, ceza soruşturmasının daha iyi işleminde önemli rol oynamıştır.

16 — ÖĞRETİNİN GETİRDİĞİ TANIM ÖGELERİ :

A) Bütün ceza hukuku yazarları, ikrar elde etmek için suçlanan kişiye narkotik maddelerin verilmesine karşı görünmektedir-

(37) Crim 12 Juin 1952, précité.

(38) Crim. 16 Juin 1955, J.C.P., 1955, II, 8851, note : VOUÏN.

ler (39). Bu yazarlar görüşlerine sağlam gerekçeler göstermektedirler. Her şeyden önce, tam anlamı ile bir «Gerçek Serum» bulunmuş ve güvenle kullanılabilir hale getirilmiş değildir. Öte yandan, mevcut narkotikler, insan kişiliği üzerinde kötü etkiler yaptığı gibi, savunma hakkını önemli ölçüde baltalamakta ve kişi gizliliğini ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık, bir çok yazar, zanlının rızası ile, narko - teşhis'in kullanılmasını kabul etmekte, fakat zanlının rızasının alınmış biçimi üzerinde yargıcın önemle durması gerektiğine işaret etmektedirler (40). Sorunu, büyük bir ciddiyetle ve derinlemesine inceleyen Paris Barosu, 1944 yılında bu çalışmalarını sonunda yayımladığı raporda, idarenin aşırı müdahaleci tutumu ile kişi gizliliği ve fiziki dokunulmazlığını kolaylıkla ihlal edebildiği, genellikle bu tür davranışların «kitabına uydurulduğu» belirtilmekte ve şöyle devam edilmekteydi : «Yargıç, bütün iyi niyetine rağmen, ne kâtabin kalemini, ne polislin copunu, ne de psikiyatrîst'in iğnesini denetleyebilir» (41).

Karar vermezden önce, yargıcın suçlunun kişiliğine uygun bir önlem veya ceza seçmek için, zanlıyı gözlemden geçirtmesi zorunluluğunun kabul edilmiş olması, soruna yepyeni boyutlar kazandırmıştır. Bu gün artık, narko - teşhis'in hiç bir ayrıma tabi tutulmaksızın reddine olanak bulunmamaktadır. Çünkü, narko - teşhis sözünü ettiğimiz gözlemin önemli bir ögesi haline gelmiş ve bilirkişilik kuruluşu içinde yerini almıştır. Ancak, narko - teşhisin bu koşulla kabulü bile yasa koyucunun bu yönetime başvurma biçim ve şartlarını açıklıkla belirtmesi, kişilerin hak ve özgürlükleri yönünden güvenceler getirmesini istememize engel değildir. 1950 yılında, Brukselde toplanan, Toplumsal Korunma Seminerinde (42) bu konu, enine boyuna incelenmiştir. Seminer sonunda varılan sonuçlar ve ortaya konan öneriler şöyle özetlenebilir : «Aşırılıklardan kaçınmak, bireyin kişiliği ve fiziki yapısının korunması, savunmanın haklarının engellenmemesi için, suçlunun gözleminin yasa tarafından titizlikle düzenlenmesi şarttır. Bununla beraber, bu yasal düzenlemenin, gözlemi olanaksız kılacak kadar katı ve dar olması, gözlemin bilimsel gerekleri ile kişi hak ve özgürlükleri ara-

(39) DONNEDIUN DE VABRES, La justice Francais et l'emploi du penthotal, Rev. Intern. pol. Crim. 1949, p., 2; VOIRIN, L'emploi de narko - analyse en medecine légale, D. 1949, Choron, p., 101; HEUYER, Narko - analyse et narko - diagnostic, Rev. Sc. Crim. 1950, p., 7; FAUCHER, Markoz et justice, Rev. pénit, 1950 p., 3 et 459; BOUCIQUE, La marko - analyse, méthode d'investigation criminelle, Dev. (Belge) dr. pén. 1960 p., 319.

(40) V. HEUYER, op. cit. p., 20; BOUCIQUE, op. cit., p. 358; FAUCHER, op. cit. p., 49.

(41) Cité par GRAVEN, in Les moyens admisibles d'investigation moderne dans l'enquede de police et l'instruction pénale. Rev. Crim. et pol. techn. 1959, p., 258.

(42) V. PİNATEL, La criminologie, p., 162 (pes), 1960.

sında sağlam bir dengeyin kurulmasına çaba harcamak gerekmektedir. Gözlem işlemlerinin, hiç bir zaman sanıktan ikrar elde etmek amacıyla kullanılmayacağı açıktır. Ancak, yukarıda açıkladığımız ilkeye ters düşmedikçe ve zanlı rıza gösterdiği takdirde, uzmanların uygulamak istedikleri işlemlere engel olunmaması zorunludur».

B) Yalan saptama aygıtı, henüz öğreti tartışmaları aşamasındadır. Şimdiye kadar uzmanlar bu aygıtı denemişler, fakat adli amaçlarla kullanmamışlardır. Yalan saptama aygıtının ceza yargılaması alanında kullanılması önerileri, öğretilerde narkotik ilaçların karşılaştığı eleştirilerle karşılaşmıştır. Bu aygıt bilimsel olarak, kesin ve güvenilir sonuçlar verebilecek kadar geliştirilmemiş olduğu gibi, şu haliyle kişi hak ve özgürlüklerine, savunma hakkına ağır darbeler indirebilecek yapıdadır. Retör Pompe'a göre : «Yalan saptama aygıtının kullanılması, sanığın vicdanının gasp edilmesinden başka bir şey değildir» (43). Cenevre Barosu Başkanlığının da aynı kanıda olduğunu görüyoruz : «Yalan saptama aygıtının kullanılması insan kişiliğine ağır bir darbe oluşturacaktır. Şayet bu aygıtların ceza yargılamasında kullanılması kabul edilirse, ispat külfetinin iddia makamından, savunma makamına geçmesi gibi garip ve hukuk ilkelerine alabildiğine ters düşen bir sonuç ortaya çıkacaktır. Oysa, suçlayan makam, sanığın suçlu olduğunu kanıtlamak, «masumluk karinesini» çürütmek zorundadır. Yoksa, masum varsayılan zanlı, masumluğunu ispatlayamaz» (44).

Bazı yazarlar, yalan saptama aygıtının kullanılmasını ve ceza yargılamalarında bu aygıtlardan yararlanılmasını savunmaktadırlar. Ancak, bu yazarlar kanıtların toplanması ile, kanıtların inandırıcı olup olmadıklarının araştırılmasını karıştırmaktadırlar. Komiser Suzuni, bu farkı ve yalan saptama aygıtının kullanılmasını savunan yazarların içine düştüğü yanlış fark etmiş, çözüm getirebilmek amacıyla : «Yalan saptama aygıtı ancak polis soruşturmalarında kullanılabilir. Yoksa, bu aygıtlarla elde edilen sonuçların mahkemeye kanıt olarak sunulması söz konusu değildir. Bu aygıtlarla elde edilen sonuçların mahkemeye kanıt olarak sunulması kesin olarak yasaklanması koşulu ile, polis hizmetine verilmelidir» diye yazmaktadır (45).

(43) W.P.J. POMPE, La preuve en procédure pénale, Rev. Sc. Crim., 1961, p., 269.

(44) LECHAT, Réflexion au sujet du polygraphe, Rev. Intern. Crim. et pol. Techn. 1960, p., 131. V. également NAUDET, Le polygraphe et son utilisation en justice. Rev. Intern. Crim. et pol. Techn., p., 298.

(45) SUSİNİ, Un chabitre nouveau de police scientifique : la détection objective du mensonge Rev. Sc. Crim. 1960, p., 826.

Fakat, bu öneri sorunu çözmeye yetmediği gibi, yeni sorunlar doğuracak nitelikte bulunmaktadır. Gerçekten, bu aygıtın polis soruşturmaları sırasında kullanılması, yargı organlarının, polis soruşturmalarının yasalara uygunluğu konusunda yaptığı denetimi ortadan kaldıracaktır veya aksatabilir. Oysa, Marie Besnard soruşturmasının henüz belleğimizden silinmemiş anıları, bu denetimin zayıf laması veya tamamen ortadan kalkmasının ne denli tehlikeli olduğunu göstermektedir.

C) Hiyle ve düzen kullanılması : Öğreti, aynı zamanda soruşturmalarda hiyle ve düzenin kullanılması konusunda da titiz davranmaktadır (48). Gerçekten, öğreti soruşturmalar sırasında polise belirli bir davranış özgürlüğü tanımakta, fakat yukarıda açıklanan nedenlerle (Bak yukarıda no : 14. B) yargıçlar yönünden çok kısıtlayıcı davranmaktadır. Rektör Pompe bu konu ile ilgili olarak şu soruyu ortaya atmaktaydı : «Dolandırıcılık suçunun ögesi olan hiyle ve sania ile, «hoş görülemez» kurnazlık arasında bir fark var mıdır?» (47). Rektör Pompe, yaşanmış ve somut örnekler göstererek hiyle ve düzen ile dolandırıcılık arasında kesin bir bağ kurmaktaydı. Aynı yönde düşüncelere Yargıtay eski başkanlarından Chambon'un yazılarında rastlamaktayız : «Yargıç hiyle ve düzen yoluna başvurarak, toplum kurallarını çiğneyen suçlu düzeyine inebilir mi? Adaletin saygınlığı buna izin vermez. Zaten bu yöntemlerin hiç bir sonuç vermeyeceği veya tatminkar bir sonuç vermiyeceği ortadadır. Böylece, bu yöntemlerin ceza adaletini amacından saptırmasından veya yanılgiya düşürmesinden korkulmalıdır» (48). Öte yandan, hiyle ve düzen yönteminin genel olarak kullanılmaya başlanması ile, günümüzün toplum anlayışı, gelenek ve kurallarına taban tabana zıt bir «Polis Dünyası» ortaya çıkaracaktır (49).

17 — BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ARAŞTIRMA TOPLANTISI :

1960 yılında Viyana'da toplanan B.M. araştırma seminerinde «ceza kovuşturmasında kişi haklarının korunması» konusu bütün incelikleri ile ele alınmıştır (50). Bu toplantının sonuç raporu, so-

(46) V. GRAVEN, Le problème de nouvelles techniques d'investigation au procès pénale, Rev. Sc. Crim. 1950 p., 313; Microphone et tables d'ecoute comme instruments d'enquete pénale, Rev. Crim. et pol. techn. 1957, p., 169. CARREL, Les Modes de preuve au XX éme siècle. Gaz. Pal. 1957, oct. 32. MININ, La preuve par magnetefone. J.C.P. 1957, J. 370. ROUSSELET, Les ruses et les artifice dans l'instruction criminel le, Rev. Sc. Crim., 1946, p., 50. BLONDET, op. cit.

(47) POMPE, op. cit. V. Contra, in BLONDET op. cit.

(48) CHAMBON, note Précitée.

(49) P. BOUZAT, op. cit. p., 9.

(50) Kısa özeti, in Rev. Sc. Crim., 1960, inf., p. 740 et s.

runun tam bir karşılaştırlı etüdünü teşkil etmektedir. Çeşitli ülkelerden gelen ve toplantıya katılan uzmanlar, polis soruşturmasının adli makamlar tarafından otomatik olarak denetimini önermişlerdir. Hiyle, boş vaadler ve tehdit yolu ile alınan ikrarların, kesin olarak reddedilmeleri gerektiği savunulmuştur. Hatta, bazı uzmanlar polis anketlerine yargı organları tarafından kanıt olarak dayanılmamasını, en etkili ve kesin çare olarak gösterecek kadar ileri gitmişlerdir ! Çoğunluk, narko - analizi, yalan saptama aygıtını reddetmiş, ceza muhakemesi hukukunda kanıt olarak kabul edilemeyeceklerini belirtmişlerdir. İnsan hakları ile doğrudan doğruya bir ilişkisi olmamakla beraber, telefon konuşmalarının dinlenmesi ve haberleşme araçlarının denetiminin yasaklanması istenmiştir.

18 — ÖĞRETİNİN FİKİRLERİ İLE YARGI ORGANLARININ KARARLARI ARASINDAKİ FARKLAR :

Kanıtların araştırılmasında doğruluk kurallarına uyulmasının sağlanması yönünden, öğreti ve yargı organları aynı amaçla hareket etmekte, fakat önerilen çözüm yollarının uygulanış biçimi, derecesi yönünden aralarında bir fark bulunmaktadır. Öğreti ile uygulama arasında bu yönden en büyük anlaşmazlık, «kelimelere en kesin anlamlarının verilmesi» yönünden ortaya çıkmaktadır. Yargı organlarının, suçluların cezalandırılmaları gereği üzerinde fazlaca durmalarına karşın, öğreti toplum barışını sağlama yönünden, suçluların cezalandırılmaları gereğini kabul etmekle birlikte, suçluların cezalandırılmaları için kullanılacak yöntemler üzerinde de aynı derecede titiz davranmanın, toplum barışı yönünden en az suçluların cezalandırılmaları kadar önemli olduğuna inanmaktadır.

AYRIM : II.

TANIM DENEMESİ

19 — TANIMIN ÖNEMİ VE TANIMDA YER ALMASI GEREKLİ ÖGELER :

Üzerinde bir çok çalışmalar yapılmış olmasına rağmen kanıtların toplanmasında doğruluk kurallarının bir tanımı yapılmasına girişilmemiştir. Şayet kanıtların araştırılmasında uyulması gerekli doğruluk kurallarının bağımsız bir kavram haline gelmesi isteniyorsa, tanımının yapılmasında yarar vardır. Böyle bir tanımın

herkesin anlayacağı adli ölçütlere dayanması, toplumun suçlulara karşı kendini savunma olanaklarını ortadan kaldırmayacak derecede esnek olması gerekmektedir.

20 — ÖNERİLEN TANIM :

Yaptığımız araştırmaya dayanarak ve tam olduğunu iddia etmeksizin aşağıdaki tanımı öneriyoruz : Kanıtların toplanmasında doğruluk; bu işte kullanılacak yöntemlerin insan kişiliğine ve adaletin saygınlığına uygun olmasıdır.

21 — KANITLARIN TOPLANMASINDA UYULMASI GEREKLİ DOĞRULUK KURALLARINA UYULUP UYULMADIĞINI DENETLEYECEK ORGAN :

Kanıtların toplanmasında kullanılan yöntemlerin denetlenmesi yargıç ve onun üstünde Yargıtay'a düşen bir görevdir. Ancak, bu denetimin etkili olabilmesi yargıca doğruluk kurallarına aykırı gördüğü yöntemlerle toplanmış kanıtları, yapılmış işlemleri yok sayma ve yenileme olanağının verilmesine bağlıdır. Son derece önemli olan bu konunun ikinci bölümde ayrıca ele alınması doğru olur.

II. B Ö L Ü M

DOĞRULUK KURALLARINA AYKIRI DAVRANIŞLARIN SONUÇLARI

22 — GENEL BİLGİLER :

Kanıtların toplanmasında doğruluk kurallarına uyulmaması, evvela bu yolla toplanmış kanıtı etkilemektedir. Yukarıda verdiğimiz tanımla çatışan yöntemle toplanmış her kanıt, olayın niteliğine ve kanıtın ele geçiriliş biçimine göre ya tamamen yok sayılacak veya sakatlanacak, yani kararın verilmesinde esas olarak ele alınmayacaktır.

Fakat kanıtların toplanmasında doğruluk kurallarına aykırı davranış, bu davranışta bulunanın cezalandırılması sonucunda doğurabilir. Şimdi, bu sonuçları ayrı ayrı görmeğe çalışalım.

AYRIM : I.**DOĞRULUK KURALLARINA UYULMAMASININ
İŞLEM YÖNÜNDEN SONUÇLARI :****23 — KANITLARIN GEÇERSİZ SAYILMASI :**

A) Yukarıda anlatmağa çalıştığımız kanıt toplama yöntemleri kuşkusuz son derece sakıncalıdır. Fakat bazen bu yöntemlerle ele geçirilen kanıtların, gerçeğin ortaya çıkarılmasında oynadıkları önemli rol, adli makamları, bu tür kanıtları tümüyle red yerine, kısmen kabul yoluna itmektedir. Gerçekten, ele geçiriliş biçimleri yönünden bazı kanıtlar, suçluluğu kesin biçimde ispatlayan kanıtlar olarak kabul edilmemekle birlikte, diğer kanıtların yanında, suçun işlendiği vicdani kanısının doğması ve kesinlik kazanması için «Belirti» sayılmaktadır. Kanıtların belirti sayılmaları, doğruluk kurallarına ters düşen yöntemlerle toplanmış ve dolayısıyla asıl kararın verilmesinde gözönünde bulundurulmaması gereken kanıtların, kesin kararın verilmesinde sınırlıda olsa, bir rol oynamalarını olanaklı kılmaktadır.

B) C.M.U. Yasasında kabul edilen klasik bir kurala göre; ikrar, ancak suçlanan kişinin moral özgürlüğe sahip iken vermiş olması koşulu ile kanıt olarak gözönüne alınabilir. Çünkü, ikrarın özünde, ikrarı yapan kişinin özgür olması keyfiyeti yatmaktadır (51). C.M.U. Yasası, ikrarın alınmasını çeşitli kurallara bağlamakta ve aynı yasanın 428. maddesi, ceza hukukunda kanıtların elde edilmesinde zorlama ve hiyle yoluna gidilebileceğini hesaba katarak, «Yargıçların kanıtların değerlendirilmesinde, tamamen özgür ve bağımsız oldukları» kuralını kabul etmektedir. Kanıtların toplanmasında kullanılan yeni yöntemler (Narko - analiz veya yalan saptama aygıtı), hiyle ve düzen kişinin moral özgürlüğünü kısıtlayan yöntemler oldukları için, bu yolla elde edilen kanıtların tek başlarına kesin kararın verilmesini sağlamaları olanaklı değildir (52). Zorlanan veya söz tuzağına düşürülen bir kimse istemeden veya bilmeden kendini suçlayabilir. Buna karşı, kanıt araştırılmasında yasal sayılan yöntemlerinde, ister istemez suçluyu ikrara zorlayabileceği, örneğin çalıntı malın sanığın evinde ele geçirilmesinin sanığı hırsızlık yaptığını iktiraf etmeğe zorlayabileceği ileri sürülerek itiraz edilebilir. Buna karşı denilebilir ki; zorla, hiyle veya düzen kullanma yolu ile alınan ikrarda, sanık savunma olanaklarından yoksun

(51) J. LEAUTE, Les procédés nouveaux d'investigation et la protection des droits de la défense, Rev. Sc. Crim., 1958, Suppl. no : 2, p., 19.

(52) P. BOUZAT, op. cit., p. 15.

bulunmaktadır, daha doğrusu yoksun bırakılmaktadır. Bu gibi hallerde sanık söylediği sözlerin ileride kendisinin suçlu sayılması ve cezalandırılması için kullanılacağını bilmediği gibi, hangi suçtan dolayı suçlandırıldığını dahi bilmemektedir. Bu ayırım oldukça önemlidir ve neden dolayı haberleşmenin denetimi yolu ile elde edilen kanıtların ceza adaletinde kullanılabilir olduğunu açıklamaya yardımcı olmaktadır. Haberleşme araçlarının direnmesi yolu ile elde edilen kanıtları, yargıç sanığa açıklamakta ve sanığın bunların anlamı ve doğrulukları konusunda yapacağı beyanlar, yargıcın bu kanıtları vicdani eleştiriden geçirmesine yardımcı olmaktadır. Oysa zorla veya hiyle ve düzen ile elde olunan ikrar için bu olanak düşünülemez.

C) İkrarın kanıt olarak değerlendirilmesinin reddi, onun kesin kararın verilmesinde hiç gözönüne alınmayacağı anlamına gelmemektedir. Kanıt olarak kabul edilmeyen ikrarın «Belirti» sayılması ve asıl kararın verilmesinde sınırlı bir biçimde de olsa gözönüne alınması olanaklıdır. Paris Asliye Ceza Mahkemesi, bu cümleden olmak üzere, telefon konuşmalarını dinlemek suretiyle ele geçirilen bilgilerin kanıt olarak değil, belirti olarak gözönüne alınabileceğine karar vermiştir (53). Aynı ilke, ses kayıt aygıtı için de kabul edilmiştir. Cezayir Askerî Ceza Mahkemesi bir kararında şu görüşlere yer vermiştir : «Her ne kadar ses kayıt aygıtı kanıt olarak geleneksel yöntemler arasına girmiş değilse de, bu aygıtla elde edilen bilgiler belirti olarak kabul edilebilir ve diğer kanıtlarla birlikte, yargıçta, suçun işlendiğine veya işlenmediğine ilişkin vicdani kanının doğmasında yardımcı olabilirler» (54). Yargıtay daha sonraki bir kararında bu görüşleri benimsemiş ve şu yolda bir karar vermiştir : «Bütün suçlar her türlü kanıtla ispatlanabilir. Ancak, yargıç bağımsız olarak kararın alınmasına esas olabilecek kanıt ve belirtileri saptar. Şu kadarki, yargıç duruşmada ortaya atılmayan ve tartışılmayan kanıtları, kesin kararın verilmesinde gözönünde tutamaz» (55). Yargıç, suçun yargılanan kişi tarafından işlendiğine dair doğan kanısını kararında kesin bir dille belirtmeli ve hiç bir zaman bu kanısını tek karine veya belirtiye dayandırmakla yetinmemelidir (56).

İkrarın kanıt olarak değilde, belirti olarak kabulü, yargıçların, kanıt olarak yalnız ikrarın bulunduğu hallerde, bu ikrar baş-

(53) (53) 5 Mars 1957, J.C.P. 1957, II. 160069.

(54) 8. Janv. 1958, J.C.P. II. 10564.

(55) Crim 16 Mars 1961, Bull, Crim. no : 172, J.C.P. 1961, II. 12157.

(56) Crim. 30 oct 1956, C. 1956, 127.

kaca belirti veya karinelerle desteklenmediği zaman sanık hakkında aklama kararı verilmesi gibi pratik bir sonuç doğurmaktadır. Toulouse İstinaf Mahkemesi verdiği bir kararında, elde sanığın bir toplantıda yaptığı konuşmanın bantlarından başka kanıt bulunmadığı için sanık hakkında aklama kararı verilmiş olmasını haklı bulmuştur (57).

Bu uygulama ilk bakışta doğru ve adalete uygun görünmektedir. Ancak, uygulamada yargıçların tartışmalı ve doğruluk kurallarına aykırı yöntemlerle ele geçirilmiş kanıtları belirti olarak kabul etmeleri sakıncalıdır. En büyük sakınca ise, bu yöntemlerin polis soruşturmaları aşamasına inhisar ettirilmesi ve yargıçların bu yöntemleri örtülü olarak polisler uygulattırma yolunu seçmeleri tehlikesidir. Bu dolaylı yoldan, doğruluk kurallarına aykırı olarak elde olunan kanıtların ceza adaletinde kullanılmasından başka bir şey değildir... Böylece, doğruluk kurallarına aykırı davranışın yaptırımları etkisiz hale getirilebilecek ve kişi haklarına, adaletin saygınlığına aykırı yöntemlerle kanıt toplama süregidecektir.

24 — MUTLAK SONUÇ :

(Kanıtın tümünden reddi) Kanıtın toplanmasında ihlal edilen doğruluk kuralı çok önemli olur veya ihlalin derecesi çok ağır olursa, ele geçirilen kanıtların tamamen yok sayılması gibi daha önemli bir sonuç ortaya çıkar. Şayet doğruluk kuralına aykırı hareket yalnız kanıtın yok sayılmasını gerektiriyorsa, sonuç o kadar ağır sayılmamalıdır. Bazı hallerde ihlal, kanıtın elde edildiği ceza soruşturması aşamasının bütünüyle yok veya batıl sayılması sonucunu doğurabilir (58) ve (59). Yargıtay bu yolla, uzun yıllardan beri, usulü işlemlerin geçerliliği konusunda (60), özellikle ilk soruşturmanın işlemleri üzerinde, usulsüzlük bir yasa hükmü ile cezalandırılmamış olsa bile, etkili bir denetim yürütmektedir. Umit ediyoruz ki, yargıçlar ve polisler, doğruluk kurallarına uyulmaksızın elde ettikleri kanıtların hiç bir işe yaramadığı gibi, kanıtların toplandığı soruşturma aşamasını da geçersiz kılacağını görerek, kendiliğinden doğruluk kurallarına aykırı yöntemlere baş vurmaktan kaçınırlar.

(57) 7 nov. 1957, 28.

(58) V. C. Paris, 28 mars 1960, Gaz. Pal. 1960, II. 258.

(59) Crim, 22 janv 1953, J.C.P. 1953, II, 7456. Papport BROUÛHOT, 31 Mars 1957, Rec. Sirey, 1957, 334; BLONDEI, op. cit., no : 2.

(60) V. notes M.R.P.M. sous crim. 3 mars 1960 (D. 1961, p., 167), 23 fêv. 1961, (D. 1961, 287). 5 mai 1960, 6 janvr 1961, 2 nov 1960 (D. 1961, 2. nov. 1960 (D. 1961, p. 581) et notre traite de droit pênal (2 2me éd.) no. 1305.

AYRIM : II.**DOĞRULUK KURALLARINA UYMAMANIN İŞLEMİ
YAPAN YÖNÜNDEN SONUÇLARI :****25 — ÇEŞİTLİ CEZALAR :**

Daha ağır ihlallerde, cezalar yapılan işlemin yok sayılması ile kalmamakta, işlemi yapanlara kadar uzanmaktadır.

26 — CEZA YAPTIRIMLARI :

Şayet işlemi yapanın hareketleri her hangi bir suçun öğelerini bir araya getiriyorsa, işlemi yapan, o suçun yasalarda gösterilen cezası ile cezalandırılır. İşlemi yapanın sıfatı ve görevi bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz ve kendisini cezadan kurtarmaz. Bourge İstinaf Mahkemesi, ikrar elde etmek için zanlıyı döven komiseri kasden müessir fiil ve yaralama suçundan mahkum etmiştir (61).

27 — DİSİPLİN CEZALARI :

A) Bu cezalar sorgu yargıçlarına verilebilir. Bu ilke ilk olarak, 1887 yılında Wilson olayında uygulandı. Sorgu yargıcı, Wilsonla ilişki kurmasını ve görüşmesini engellemek için bir tanığı yemeğe davet etmiş, öte yandan tanığın sesini taklit ederek, telefonla sanık Wilsonla görüşerek, tanıkla Wilson arasında bir suç ortaklığı olup olmadığını anlamaya çalışmıştı. Yargıtay, yargıçlar kurulu olarak yaptığı toplantıda, sorgu yargıcının «doğruluk kurallarına ters düşen davranışlarda bulunduğu, böylece adaletin saygınlığı, meslek onurunu hiçe indirdiği gerekcesiyle» disiplin yönünden cezalandırılmasını kararlaştırmıştı (63).

Yargıçların statüsü üzerine düzenlenmiş 22. Aralık. 1958 tarihli kararnamede disiplin cezasını gerektiren eylemler şöyle tanımlanmıştır : «Yargıçların görevlerini ihmalleri, meslek onuru ve saygınlığı ile bağdaşmayan hareketler» (Madde 43). Şayet doğruluk kuralları tanımını anımsayacak olursak, doğruluk kurallarına aykırı davranışların disiplin cezalarının uygulanmasını gerektirecek davranışlardan biri olduğu açığa çıkacaktır.

(61) C. BOURGES, 9 mars 1950 J.C.P. 1950, II 5594.

(62) Paris, 13 D2c. 1887, Rec. Sirey, 1889, II. 81.

(63) C. Cass. Siégeant en Conseil de la magistrature, 31 janv 1887, Rec. Sirey, 1889, I. 241.

B) Doğruluk kurallarına aykırı davranış adli kolluk görevlilerinin disiplin cezalarına çarptırılmalarını gerektirebilir. C.M.U. Yasasının 224 ve 230. maddeleri adli kolluk makamı üzerindeki hiyerarşik denetimi düzenlemektedir. Buna göre «Suçlama Dairesi» adli kolluk organının yaptığı işlemleri, sorgu yargıcı yanında ve ondan sonra ikinci mercii olarak denetlemektedir. Adli kolluk organlarının doğruluk kurallarına aykırı davrandıkları hallerde, suçlama dairesinin denetimi büyük önem kazanmaktadır. Fakat adli kolluk organı görevlinin tutumundan dolayı alacağı ceza, olayda sorgu yargıcının takındığı tavıra göre değişmektedir. Gerçekten bazı hallerde sorgu yargıçları, bazı işlemlerin yapılmasını adli kolluk makamlarına bırakarak, doğruluk kurallarına aykırı işlemlere göz yumma yolunu seçmektedirler. Şayet adli polis yetkilisi, adli soruşturmanın açılmasından ve olayın adliyeye intikalinden önce, sorgu yargıcından yetki almaksızın işlem yapmış ise, bu işlem dolayısıyla sorumluluğu tam olacaktır. Şayet adli soruşturmanın başlamasından sonra, sorgu yargıcının açık veya örtülü telkinlerine boyun eğmek suretiyle doğruluk kurallarına aykırı hareket etmiş ise yine sorumlu olacak, fakat sorumluluğu azalacaktır.

28 — HUKUKİ YAPTIRIMLAR :

Ceza ve disiplin cezaları yanında, adli görevlilerin hukuki sorumlulukları yoluna gidilip gidilmeyeceği sorusu ortaya atılmış ve tartışılmış değildir. Fakat, adli bir işte, polisin emri üzerine telefon hatlarını bağlayan ve polisin telefonları dinlemesini olanaklı kılan bir kuruluşun hukuki sorumluluğu kabul edilmiştir. Olayda, sanığın açtığı tazminat davasında, özel kuruluş mahkum edilmiştir (64).

Bu karar esas alınarak, doğruluk kurallarına aykırı davranış, davranışta bulunan kişinin hukuki sorumluluğunu gerektirir sonucuna varılabilir. Ancak bu sorumluluğun çok sınırlı tutulması ve ancak suçlunun gerçekten bir zarara uğramış olması hallerinde kabul edilmesi gerekir. Hukuki sorumluluğun alabildiğine geniş tutulması, adli soruşturmayı yürütenleri, bu soruşturmanın gereklerini yerine getirmekten alıkoyabilir.

29 — SONUÇ :

Bir ülkenin C.M.U. Yasası ve bu yasanın uygulanış biçimi, o ülkenin demokratik yapısının niteliğini en iyi aksettiren husustur.

(64) Civ. 18 mars 1955, Gaz. Pal. 1955, I. 249.

Tam demokratik bir toplumda, «Amaç araçları haklı kılar» kuralının kabul edilerek, buna göre hareket edilmesi beklenemez. Oysa günümüzde, sorgu tekniğinde meydana gelen gelişmeler, bu kuralın kabul edilerek uygulanmasına neden olabilmektedir. Çünkü, bu yöntemler soruşturmayı yürütenlere, «İnsan kişiliğine ve özel yaşamın gizliliğine aykırı davranışta bulunmasını kolaylaştırmaktadır» (663). Tamamen mekanik bir adaletten, doğruluk kurallarına titizlikle uymayı amaç edinmemiş sözde adaletten, adalet adına kaçınılmalıyız.



MİRAS HUKUKUNDA ALACAKLILARIN KORUNMASI

ESAT ŞENER (*)

GİRİŞ :

Miras Hukuku açısından iki çeşit alacak söz konusudur. Biri miras bırakanın, öbürü ise mirasçılarının alacağı. Genellikle birincisine «Terekeden Alacak» ötekine de «Mirasçıdan Alacak» denilmektedir. Birinin kaynağı sözleşme, haksız eylem veya sebepsiz iktisap iken öbürünün dayanağı, anılan alacağın doğuş sebeplerine ek olarak, miras hukukunun «halefiyet» ve «mal varlıklarının birleşmesi» hususlarıdır. Kanunda iki alacağı da koruyucu hükümler öngörülmüştür.

I — MİRASÇININ ALACAKLILARI

Miras açılınca (M.K. 539) tereke hak ve borçları ile mirasçılara geçer. Bunun olagan ve kaçınılmaz sonucu olarak da tereke, mirasçılarının mal varlığının bir parçası haline gelir. Başka bir anlatımla iki «mâmelek - mal varlığı» birleşir. İlk bakışta bu durum mirasçıdan alacaklı olanlar için yeni bir imkân gibi görünür ise de, çeşitli sebeplerle tersi de meydana gelebilir. Hatta bazan mirasçı kendi davranışı ile buna yol açabilir. İşte bütün bu ihtimaller gözetilerek önleyici tedbirler alınmıştır.

1. MİRASI RED KARARININ İPTÂLİ :

Kanunî ve mensup mirasçılar 3 ay içinde mirası red edebilirler. (M.K. 545, 546) Bu, onların haklarıdır. Ancak, haklar kullanılırken dürüstlük kuralına uyulması zorunludur (M. K. 2). Buna aykırı davranışı, kanun önlemiştir (1). Bazan sırf bu kural ile

(*) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı.

(1) Prof. Zahit İmre, Türk Miras Hukuku, 1968 Sh. 521 - 522, Prof. Kemal Oğuzman, Miras Hukuku Dersleri, 1972 Sh. 288 ; Prof. Nuşin Ayiter, Miras Hukuku, 1971, Sh. 189; Prof. A. Naim İnan, Miras Hukuku, 1969. Sh. 337; Prof. Samim Gönensay - Prof. Kemâlettin Birsen, Miras Hukuku, 1956, Sh. 239; Prof. M. Reşit Belgesay, Türk Medenî Kanunu Şerhi, Miras, 1952, Sh. 177, Prof. Rossel, Hâkimlere Mahsus Medenî Kanun Şerhi Adalet Bakanlığı Yayını, Sh. 751, Prof. Şakir Berki, Miras Hukuku, 1975, Sh. 58; A. Himmet Berki, Miras ve Tatbikat 1946, Sh. 247; Prof. Pierre Tuor, İsviçre Medenî Kanunun sistemli izahı Amil Artüs çevirisi, 1956, Sh. 407.

yetinmeyi sakıncalı bulmuş, tartışmaların önünü almak için özel hükümler getirmeyi daha uygun görmüştür.

Medenî Kanununun 557. maddesi gereğince : «mevcudu borcuna yetmiyen mirasçı, **alacaklılarını zararlandırmak amacı ile mirası red** ederse, alacaklıları ve iflâsı söz konusu ise iflâs masası, **kendilerine teminat verilmedikçe** bu redde karşı üç ay içinde itiraz edebilirler».

Diyelimki mirasçı (A) nın malî durumu bozulmuştur. Borçları alacaklarından çoktur. Bu arada babası ölmüştür. Normal olan, dürüst bir insandan beklenen, babasının mirasından payına düşenle borçlarını kapatması (tasfiye etmesi) bu suretle durumunu düzeltmesi, böylece bu imkânı değerlendirip huzura kavuşmasıdır. Buna rağmen bu kişi mirası red ederse, kendi alacaklılarını zararlandırmak amacı taşıdığı söz götürmez. İşte kanunda kötü niyetli reddin hükümsüzlüğü öngörülmüş; Alacaklıya iptâl davası açmak hakkı verilmiştir.

A — İptâl Davasının Şartları :

a) Süre :

Kanun koyucu iptâl davasının belli bir süre içinde açılmasını gerekli bulmuştur. Bu pek haklı ve mantıkîdir. Çünkü : Dava, bir süre ile kısıtlanmamış olsa idi, terekenin taksimi bu yüzden gecikebilir; Öbür mirasçıların hakları halele uğratılmış olurdu. İş bununla da kalmaz, alacaklılar, mirası red edene karşı duydukları kızgınlık duygularının etkisi ile, olmayacak zaman ve durumlarda dava açıp diğer mirasçıları da tedirgin ederek huzursuzluklara yol açabilirlerdi. Onun için iptâl davası alabildiğince kısa tutulmuş 3 ayla sınırlandırılmıştır.

Bu kadarla da yetinilmemiş, haklı olarak bu süre, hak düşürücü (2) olarak kabul edilmiştir.

Medenî Kanununun 557. maddesine göre, iptâl davası, mirasın red edildiği günden başlayarak üç ay içinde açılabilir (3). Mirasın reddi için bir şekil öngörülmemiş, keyfiyetin Sulh Hâkimine «söz-

(2) Y. 2. H. D. nin 8.1.1971 günlü ve 6650/54 sayılı kararı, Berki (A. Himmet) Age. Sh. 248; İmre Age. Sh. 523; İnan Age. Sh. 339; Gönensay - Birsen Age. Sh. 241 No. 392, Belgesay Age. Sh. 178; (Rossel Age. Sh. 571 de zamanaşımından söz etmektedir.)

(3) Berki (Şakir) Age. Sh. 58; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 248; İmre Age. Sh. 523, Y. 2. H. D. 2.10.1974 günlü ve 1971/2 - 400 - 1037 sayılı kararı (Olgaç, Age. Sh. 439; Gönensay - Birsen Age. Sh. 241, Belgesay Age. Sh. 178; İsviçre Medeni Kanununun 578. maddesinde bu süre 6 aydır.

lü veya yazılı» olarak bildirilmesi, hâkimin de bunu tescil etmesi (M.K. 549) gereğine işaret olunmuştur.

Red, bu konudaki irade beyanının öbür mirasçılara ulaştığı anda hukukî sonuç doğurur. Dava için tescil bir formaliteden ve işin aleniyet kazanmasını sağlamaktan ibarettir (4). Bu bakımdan alacaklı reddi öğrenmiş ise tescil geçikse bile iptâl davası hakkı tescilden değil, reddin öğrenildiği andan başlar. Aksi halde dava açma süresinin başlangıcı tescil günüdür. Kanun koyucu, bir an önce mirasın hak sahiplerine ulaşması için süreleri hep kısa tutmuştur. Örnek olarak : Terekenin defterinin tamamlanmasını, bir aylık süreye (M.K. 532) tâbî tutmuş, terekenin defterinin tutulmasının ise red hakkının doğumundan itibaren bir ay içinde istenmesini (M.K. 559) emretmiş, reddin üç ay içinde (M.K. 546) yapılmasını öngörmüştür. Amaç haklar askıda bırakmamaktır. Öte yandan reddin tescilini mahkemeden öğrenmek kolay ve mümkündür. Bu bakımdan iptâl davasında hak düşürücü sürenin başlangıcı tescil günüdür. Ayrıca tescilin öğrenildiği günün araştırılmasına gerek yoktur. İlmî ve kazaî içtihatlar bu konuda söz birliği içindedirler. (5)

b) Görev :

Gerek usûl gerekse Medenî Kanunda açık bir hüküm bulunmadığı hallerde her dava Asliye Hukuk Mahkemesinde görülür. Medenî Kanununun 557. ve diğer maddelerinde görevle ilgili bir hüküm yoktur. Usûlün 8. maddesinde sayılanlar arasında da 557. maddeye açık veya kapalı bir işaret bulunmamaktadır. Öyle ise görev Asliye Hukuk Mahkemesine aittir (6).

c) Yetkili Mahkeme :

Reddin iptâline ilişkin davada yetkili mahkeme, miras bırakanın son ikametgâhı mahkemesidir. Medenî Kanununun 518. maddesi bu sonucu ulaşılmaya zorunlu kılmaktadır (7).

(4) İmre Age. Sh. 523; Gönensay - Birsen Age. Sh. 241; Rossel Age. Sh. 751.

(5) Y. H. G. K. nun 20.10.1974 günlü ve 1971/2-400-1037 sayılı kararı; Y. 2. H. D. nin 22.11.1965 günlü ve 5880/5658 sayılı kararı (Senai Olgaç, Emsal İçtihatlarla Medenî Kanun Şerhi, 1976 Sh. 439-440) Y. 2. H. D. nin 30.12.1974 günlü ve 8465/8181 sayılı kararı; (Lütfi Dalamanlı, Miras Hukuku Tatbikatı, 1975 Sh. 333) İmre Age. Sh. 523; Gönensay - Birsen Age Sh. 241; Rossel Age. Sh. 751.

(6) Y. 2. H. D. nin 8.1.1971 günlü ve 6650/54 sayılı kararı (Olgaç Age. Sh. 440) İmre Age. Sh. 523; Yargıtay H. G. K. nun 6.6.1934 günlü ve 35-36 sayılı kararı (Kâmil Tepeci, Medenî Kanun, 1952, Sh. 441) İnan Age. Sh. 339; Oğuzman Age. Sh. 288 dipnot 153.

(7) İnan Age. Sh. 339 dipnot 208; Gönensay - Birsen Age. Sh. 241, No. 393; Aksi görüş Belgesay Age. Sh. 178, No. 5.

d) Aciz Halî :

Medenî Kanununun 557. maddesinin söz konusu olabilmesi için mirası red eden mirasçının borçlarının malvarlığından çok olması, borca batık bulunması, yani alacaklının alacağının tehlikede olması gerekir. Bu durum, İcra ve İflas Kanununun 277. maddesindeki hale benzer olmakla beraber birbirinden tamamen ayrı hukukî sebep ve düşüncelere dayanmaktadır (8).

İptâl davası açılabilmesi için aciz belgesi (İc. ve İf. K. nun 105, 143) alınması zorunluğu yoktur (9). Alacaklının elinde bir ilâm bulunması veya kesinleşmiş bir icra takibi mevcut olması da şart değildir. Mirasçı alacağı inkâr ederse, deliller toplanıp sonucuna göre işlem yapılır. Takdir hâkime bırakılmıştır (10).

e) Taraflar :

Dava açmak hakkı alacaklıya aittir. Şayet bu hakkını kullanmadan ölürse mirasçıları külli halef olarak dava açabilirler. Eğer miras bırakan sağlığında, bu yolda bir dava açmış ise ölümünden sonra mirasçıları yine külli halefîyetin sonucu olarak davayı yürütebilirler (11). Alacaklı iflâs etmiş ise, iflâs masası dava açmak hakkına sahiptir (12).

Dava, mirası red eden mirasçı hakkında açılır. Dava devam ederken mirasçı ölürse, bu takdirde onun yerini kendi mirasçıları alır. Onların huzuru ile yargılamaya devam edilir (13).

İptâl isteği kabul edilirse mirası red edenin miras payı tasfiye edilir (14). Aksini düşünmek, bir mirasçının kusurlu davranışının cezasını öbürlerine sirayet ettirmek sanucu doğurur. Bu suretle, öteki mirasçıların hak ve yetkilerine gereksiz ve haksız yere müdahale edilmiş olur.

(8) İmre Age. Sh. 522; Ayiter Age. Sh. 189; İnan Age. Sh. 337, dipnot 200; Belgesay Age. Sh. 178; Gönensay - Birsen Age. Sh. 242 dipnot 1.

(9) İmre Age. Sh. 522; İnan Age. Sh. 338; Gönensay - Birsen Age. Sh. 242, dipnot 1.

(10) Y. 2. H. D. nin 15.5.1973 günlü ve 2578/3226 sayılı kararı Y. 2. H. D. nin 9.3.1973 günlü ve 1487/1439 sayılı kararı; İmre Age. Sh. 522; İnan Age. Sh. 338; Oğuzman Age. Sh. 288, dipnot 152.

(11) Gönensay - Birsen Age. Sh. 241; Rossel Age. Sh. 751; Oğuzman Age. Sh. 288 dipnot 153.

(12) Rossel Age. Sh. 751.

(13) Rossel Age. Sh. 751 de aksini ifade ederek, red kimin yararına ise davanın ona yöneltileceğini ifade etmekte ise de bu görüşe katılamıyoruz. Çünkü: Red kayıtsız ve şartsız olur. Başka bir kimse yararına miras red edilemez. Tek istisna M. Kanununun 554. maddesidir.

(14) İnan Age. Sh. 524; Ayiter Age. Sh. 190; İnan Age. Sh. 340; Aksi görüş, Oğuzman Age. Sh. 286 dipnot 154; Belgesay Age. Sh. 178; Gönensay - Birsen Age. Sh. 242.

Hükmî red durumunda mirasçının tastından söz edilemeyeceği için alacaklıların iptâl davası açmak hakları yoktur. Esasen pratik fayda da mevcut değildir. Çünkü tereke borca batık ise, zaten alacaklı açısından bir yararı olamaz. Ancak, mirasçı hileli yollarla terekenin borca batık olduğu hakkında bir karar almış veya bir mirasçının böyle bir ilâm almasını sağlamış, yahut açılacak bir davada hükmî reddin şartlarını, temin etmiş ise, bu eylemleri yapan mirasçının alacaklıları iptâl davası açabilirler (25).

Mirastan ıskat edilen mirasçının alacaklıları da Medenî Kanununun 557. maddesi gereğince iptâl davası açamazlar. Eğer mirasçı ıskat sebebine itiraz etmez ise, alacaklıları onun yerine dava açmak hakkına sahiptirler (M.K. 504).

f) *Teminat* :

Medenî Kanununun 557. maddesi gereğince, mirasçı alacaklısına teminat gösterir ise artık iptâl davası açılmıyacağı gibi, açılmış davanın da konusu ortadan kalkar (16).

Ancak iflas masası tarafından dava açılmış veya açılması önlenmek isteniyorsa bütün alacaklıların alacağını karşılayacak kadar teminat gösterilmesi zorunludur (17).

Teminatın çeşidini ve alacağı karşılayacak nitelik ve miktarda olup olmadığını hâkim takdir eder (18).

Teminatı, mirasçının vermesi şart değildir. 3 kişiler dahi teminat verebilirler. Çünkü : Amaç, alacaklının alacağını garanti altına almaktır.

B — İptâl Davasının Sonuçları :

İptâl davası başarı ile sonuçlanırsa, resmî tasfiye yapılır. Elde edilen paradan, önce reddi iptâl ettirenin alacakları ödenir. Artandan, mirasçının öbür alacaklılarının alacakları verilir. Geriye bir şey kalırsa mirasın reddinden yararlanan kimselere (M.K. 551) ait olur. Bu husus Medenî Kanununun 557. maddesinde hiç bir tereddüte yer bırakılmıyacak şekilde ifade olunmuştur. Tartışmalı olan husus, iptâl kararı üzerine terekenin tamamının mı yoksa,

(15) İmre Age Sh. 523 (Y. İc. ve İf. D. nin 20.2.1948 günlü ve 719/824 sayılı kararı).

(16) Berki (A. Himmet) Age. Sh. 248; İmre Age. Sh. 523; Gönensay - Birsen Age. Sh. 241; Belgesay Age. Sh. 178; İnan Age. Sh. 338; Rossel Age. Sh. 752.

(17) Gönensay - Birsen Age. Sh. 241; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 248; Belgesay Age. Sh. 178.

(18) Gönensay - Birsen Age. Sh. 241; Rossel Age. Sh. 752.

mirascının payının mı? Tasfiye edileceği noktasında toplanmaktadır. Bu konu, yukarıda (I - A - d) de genişçe açıklanmış olduğu için ayrıca yazmaya gerek kalmamıştır.

2. MİRASÇILARIN ALACAKLILARININ TENKİS DAVASI AÇMAK HAKLARI :

Kural olarak tenkis davası açma hakkı, saklı pay sahibi mirasçılara tanınmıştır. (M.K. 466, 502) Ancak, bazı şartların gerçekleşmesi halinde bu hak onlar adına alacaklıları tarafından kullanılabilir (M.K. 504).

Alacaklıların tenkis davası açabilmeleri için :

a) Mirasçının iflâs etmiş olması veya borç ödemekten âciz durumda bulunması,

b) Mirasçının ihtara rağmen tenkis davası açmaya yanaşmaması gerekir. Öyle ise :

Mirasçının yerine geçip tenkis davası açmak isteyeninin elinde aciz belgesi olması (İc. ve İf. K. nun 105, 143) zorunludur. Aksi halde alacaklı tenkis davası açamaz.

İflâs halinde, iflâsı İdare Memurları, İflâs kararına dayanarak tenkis davası açabilirler.

Ancak, mirasçı dava açmış ise, artık alacaklıların dava hakları yoktur. Bununla beraber, mirasçı kasden veya bilgisizliği yüzünden davasını iyi takip edemiyor ise bu takdirde, alacaklılar açılmış davaya müdahale edebilirler (19). Buna usûl kanunumuz elverişlidir. Çünkü : Usûlün 53. maddesine göre «hakkı veya borcu, bir davanın sonucuna bağlı olan üçüncü kişi, iki taraftan birinin yanında yer almak üzere davaya katılabilir». Kanunun bu açık hükmü karşısında mirasçının alacaklısının, onun yanında yer almasına engel yoktur. Bir noktaya işaret etmekte yarar vardır. Hüküm davanın tarafları hakkında verilir. Müdahil hakkında karar verilmez (H.U.M.K. 57) Çünkü : Mirasçının alacaklısı «aslî müdahil» olmayıp «fer'î müdahil» dir. Bunun başka bir sonucu olarak da fer'î müdahil, yalnız başına hükmü temyiz edemez.

Mirasçı, bazan alacaklılarını zararlandırmak amacı ile bazan miras bırakanın arzularına karşı duyduğu saygı sebebi ile, bazan

(19) İmre Age. Sh. 374 dipnot 19; Rossel Age. Sh. 652, No. 1005; Belgesay - Age. Sh. 106; Gönsensay - Birsens Age. Sh. 78; Oğuzman Age. Sh. 241, dipnot 665.

da, yakın akrabaları ile hâkim önüne çıkmamak gibi bir düşünce ile tenkis davası açmayabilir. Başarı umudunun az olması halinde de tenkis davası açılmıyabilir. Hangi sebeple olursa olsun, mirasçının açmak istemediği davayı alacaklıları açabilirler.

Esasen, saklı pay sahibi kişilerin, bu imkânları yani tenkis davası açmak hakları, onlarla ilişkide bulunanlar için bir çeşit güven unsurudur. İşte bu psikolojik unsur, tenkis davası hakkı ile perçinlenmiştir.

Yukarıda açıkladığımız gibi, tenkis davası açması için mirasçıya ihtarda bulunulması zorunludur. İhtara rağmen dava açılmazsa, bu hak alacaklılar tarafından kullanılır (20).

İhtar, keyfiyeti dava şartlarından (21) olduğu için alacaklının açtığı tenkis davasında mahkemece bu yön re'sen gözetilir. Karşı taraf ileri sürmese de mahkeme bunu araştırır. İhtar şartı ispat edilmezse dava red edilir.

İhtar şartı yerine getirilmediği için red edilen dava, şart sonradan yerine getirildiğinde, yeniden açılabilir. Çünkü : İhtar eksikliğinden ötürü davanın red edilmesi, davanın dayandığı olan hakkın özünü ortadan kaldıran bir hüküm değil, **davanın içine girilmesini engelleyen geçici nitelikte usûlî bir karardan ibarettir.** Vadesi gelmeyen bir alacak için açılan davanın reddi halinde nasıl vade geldiğinde dava açılırsa, ihtar şartı eksik davanın red edilmesi halinde ihtar şartı yerine getirildiğinde de tekrar dava açılabilir. Yani ilk davanın reddi ikinci dava için kesin hüküm olmaz (22).

Mirasçı için öngörülen zaman aşımı (M.K. 513) alacaklı için de uygulanır. Bu bakımdan, alacaklının, zamanaşımı süresi içinde dava açmaya özen göstermesi gerekir. Aksi halde yararsız bir teşebbüste bulunmuş olur (23).

İhtar için bir şekil öngörülmediğine göre, yazılı veya sözlü olur. Ancak ispat kolaylığından ötürü en uygun şekil noter eliyle ihtarda bulunmaktır (24). İhtar ile, dava açması için mirasçıya uygun mehil verilmesi dürüstlük kuralı gereğidir.

(20) Y. 2. H. D. nin 28.3.1974 günlü ve 1019/1887 sayılı kararı (Olgaç, Age. Sh. 374) İmre Age. Sh. 374.

(21) Y. 2. H. D. nin 28.3.1974 günlü ve 1019/1887 sayılı kararı (Olgaç, Age. Sh. 374).

(22) Y. 2. H. D. nin 28.3.1974 günlü ve 1019/1887 sayılı kararı (Olgaç Age. Sh. 374).

(23) Belgesay Age. Sh. 107, No : 1-d; Gönensay - Birsen Age. Sh. 78, No. 114; Oğuzman Age. 241; İmre Age. Sh. 375.

(24) Rossel Age. Sh. 652, Belgesay Age Sh. 106, Gönensay - Birsen Age. Sh. 78, No. 1.

Alacaklı, davayı açtığı dava, olumlu olarak sonuçlanırsa, miras bırakanın tasarrufu tamamen hükümsüz bırakılmaz. Yani mirasçının saklı payı tenkis edilmez. Alacaklının alacağını karşılayacak kadarı tenkis olunur (25). Bu kural, Medenî Kanununun 504. maddesinde (tenkis davası... alacakları nispetinde intikal eder) şeklinde ifade edilmiştir.

3. MİRASTAN İSKAT EDİLEN MİRASÇININ ALACAKLILARININ İPTÂL DAVASI AÇMAK HAKKI :

Medenî Kanununun 504/2. maddesi gereğince mirastan ıskat olunan mirasçı, alacaklılarının ihtarına rağmen ıskata itiraz etmediği takdirde bu hak alacaklılarına geçer. Diğer şartlar için yukarıda yazdığımız kurallar burada da geçerlidir (26).

4. MİRASI KAYITSIZ ŞARTSIZ KABUL EDEN MİRASÇININ ALACAKLILARINA TANINAN EŞİTLİK HAKKI :

Medenî Kanununun 543/1. maddesi, miras bırakanın borçlarının, mal vasiyetinden önce ödenmesi kuralını koymuş, böylece terekenin alacaklılarına öncelik tanınmıştır. M. Kanununun 543/2. maddesinde ise, mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçının şahsî alacaklılarının de ölenin alacaklıları gibi işlem göreceğine işaret edilmiştir. Bunun tabii sonucu olarak, terekenin taksiminde mirasçının borçları dahi terekenin borçları arasına katılır. (M.K. 454) Bu hüküm belki ilk bakışta haklı ve mantıkîdir. Çünkü : külli halefiyet dolayısı ile mirasçı, terekenin borçlarından sınırsız olarak sorumlu olduğuna göre kendi borçlarının terekenin passifine geçmesi haklı görülebilir. Ama gerçekte haksızdır. Şöyleki : Mademki mirasçının borçu terekenin borcu gibi sayılmaktadır. Öyle ise mirasçının alacaklarının da terekenin aktifine eklenmesi gerekir. Fakat bu yolda, emredici bir hüküm yoktur. Öte yandan, bu kural yüzünden yararlarına mal vasiyet edilenlerin alacakları tehlikeye düşmektedir. Diğer taraftan, mirası kabul eden kişi saklı pay sahibi değilse haksızlık gün gibi açıktır. Şöyleki : Miras bırakan istese idi tüm mal varlığını vasiyet edebilirdi. Bunu yapması halinde saklı payı olmıyan mirasçının yapacağı bir şey yoktur (27). Oysa mal vasiyet edilince, Medenî Kanununun 543/2. maddesi gereğince mirasçının

(25) Belgesay Age. Sh. 106; Gönensay - Birsen Age. Sh. 78; Inan Age. Sh. 251; Oğuzman Age. 241; Berki (Şakir) Age. Sh. 183.

(26) Gönensay - Birsen Age. Sh. 78; Rossel Age. Sh. 653; Belgesay Age. Sh. 107, No. 3; Oğuzman Age. Sh. 241.

(27) Gönensay - Birsen Age. Sh. 217.

borçları da tasfiye edildikten sonra geriye kalandan mal vasiyeti yerine getirilecektir. Bu çelişik ve haksız durum yorum yolu ile düzeltmeye çalışılmakta ve denmektedir ki, Medenî Kanununun 543/2. maddesi, terekenin alacaklıları ile mirasçının şahsî alacaklarının birbirine karşı rüchanlı olmadığını (28) açıklar nitelikte bulunduğu, mal vasiyet edilenlerin alacakları bakımından, mirasçılardan alacaklılarına öncelik verilmediği, Çünkü : Medenî Kanununun 504. maddesi ile zaten bu kişilerin alacaklarının garanti altına alındığı savunulmakta, saklı pay sahibi olmayan mirasçılardan ise kendi hakları korunmadığına göre, alacaklılarının Medenî Kanununun 543/2. maddeden yararlanamayacakları ileri sürülmektedir. Bu yorum biçimi mantikî olmakla beraber, kanunun açık hükmü ile çelişmektedir. Esasen açıklık olan yerde yoruma gidilemez. Onun için bu görüşe katılmak güçtür. Ama haksız bir hüküm karşısında olduğumuzu da itiraf etmeliyiz. Sonuç olarak yararına mal vasiyet edilenler, alacaklarını mirasçının da alacaklarının ödenmesi sonunda artan terekeden alırlar (29).

Ancak kendisine mal vasiyet edilen kişi aynı zamanda mirasçı ise, terekenin tasfiyesini istemekle Medenî Kanununun 543. maddesinin tehlikesini önleyebilir. Çünkü : Tasfiye istenince «mal varlıkları» ayrılır. Yani küllî halefiyet sonucu birleşen tereke ile, mirasçının mameleki birbirinden ayrı olur. Bu sebeple de mirasçının alacaklıları Medenî Kanununun 543. maddesinden yararlanamaz.

Medenî Kanun ön tasarısında, bu tartışmaların önü alınmış, yararına mal vasiyet edilenlerin alacağına mirasçılardan alacaklılarının, alacaklarından önce ödeneceği açıkça ifade edilmiştir.

5. MİRASÇININ ALACAKLILARININ TAKSİME KATILMASI :

Bir mirasçıya düşen miras payını temellük eden (alan) veya alacağına karşılık mirasçının miras payını haciz ettiren, ya da kişisel alacağı için yaptığı icra takibi sonunda aciz belgesi elde eden alacaklı, hâkimin, terekenin taksimine katılmasını isteyebilir. (M.K. 588) Üç ihtimal gerçekleşirse ve henüz taksim de yapılmamış ise mirasçının alacaklısı hâkimin «taksime katılması» için istekte bulunabilir (30).

(28) İnan Age. Sh. 321; Oğuzman Age. Sh. 279; Gönensay - Birsen Age. Sh. 217; Tuor Age. Sh. 415 - 416.

(29) İmre Age. Sh. 488 - 489; Rossel Age. Sh. 725, No. 1062.

(30) İmre Age. Sh. 792; Gönensay - Birsen Age. Sh. 304; Belgesay Age. Sh. 229; Ayiter Age. Sh. 227; İnan Age. Sh. 387; Rossel Age. Sh. 841, No. 1132; Tuor Age. Sh. 435.

a) Mirasçı, mirasın açılmasından sonra miras payını başkalarına temlik edebilir. Öyle ise miras payının devrine dair bir temlik sözleşmesi ile alacaklı durumuna giren kişi, Medenî Kanununun 588. maddesinden yararlanabilir.

b) Mirasçının kişisel borcundan dolayı mirasın açılmasından önce veya sonra alacaklı, bir aciz belgesi (İc. ve İf. K. nun 105, 143) almış ise; bu takdirde Medenî Kanununun 588. maddesinin koruyucu hükmünün uygulanmasını isteyebilir.

c) Mirasçının kişisel alacaklısı, onun miras payını haciz ettirebilir. Şu durumda icra dairesinin İcre ve İflas Kanunu gereğince işlem yapmasını arzulamazsa Medenî Kanununun 588. maddesi gereğince mahkemeye başvurarak «hâkimin taksime katılmasını» talep edebilir. Bu konudaki İçtihadı Birleştirme Kararına (31) göre miras payı iştirak halinde (M.K. 630) bulunduğu için satışı mümkün değildir. Bu gibi hallerde İc ve İf. Kanununun 94 ve 121. maddeleri gereğince işlem yapılır.

Medenî Kanununun 588. maddesinin uygulanabilmesi için, taksimin yapılmamış olması gerekir. Taksim bittikten sonra alacaklıların anılan hükmün uygulanmasını istemeleri mümkün değildir (32).

Hâkim kendiliğinden mirasın taksimine katılamaz (M.K. 588) Yani, alacaklının durumunun bu hükme uygun olduğu açık seçik bile olsa hâkimin re'sen böyle bir görevi üstlenmesi mümkün bulunmamaktadır. Onun için, alacaklının istekte bulunması zorunludur (33).

Hâkimin buradaki görevi taksimi sağlamak, taksim işini yerine getirmek değildir. Alacaklının yerine geçmek, bir çeşit temsil görevi yapmak, yani onun yararlarını korumaktır. Ancak, hâkim, görünüşte temsilci gibi ise de, alacaklının talimatı ile bağlı değildir. Hareketlerinde bağımsızdır. Hâkim, Medenî Kanununun 588. maddesinin açık hükmü karşısında alacaklının yerine kaim olur (geçer) Bu katılma da zorunludur. Kanun gereğidir. Başka bir deyişle hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır. İstek üzerine ve şartları varsa taksime katılır (34).

(31) 14.4.1943 günlü ve 48/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (Olgaç Age. Sh. 462) Yar. 2. H. D. nin 27.6.1968 günlü ve 3215/4174 sayılı kararı (Olgaç, Age. Sh. 463).

(32) İmre Age. Sh. 791.

(33) İmre Age. Sh. 791; Gönensay - Birsen Age. Sh. 305; Belgesay Age. Sh. 229.

(34) İmre Age. Sh. 791; Gönensay - Birsen Age. Sh. 305; Belgesay Age. Sh. 229; İnan Age. Sh. 387.

Hâkim, ancak başlanmış taksime katılmakla görevli olup, kendisi taksim isteyemez. Bunun tâbiî sonucu olarak da taksim başlamadıkça alacaklı Medenî Kanununun 588. maddesinin uygulanmasını talep edemez. Öte yandan hâkim, alacaklının sadece taksimle sınırlı olarak haklarını korumakla görevli olup, onun adına tenkis davası açamayacağı gibi, ölüme bağlı tasarrufun iptâlini de isteyemez (M.K. 504).

Hâkimin durumu çelişmektedir. Çünkü : Hâkim bir taraftan mirasçıdan alacaklı olanın yerine geçip taksime katılıp onun yararlarını korumak zorunda iken, öbür yandan taksimi yerine getirmekle görevlidir. Bu çelişkinin giderilmesi için, durum elverişli ise bir hâkimin taksime katılması, ötekinin taksimi yapması uygun düşer (35). Her ne kadar Sayın Belgesay alacaklının yerine hâkimin değil, icra memurunun geçeceğini (36) ileri sürmekte ise de, bu görüş her şeyden önce kanunun açık metnine (M.K. 588) ters düşmektedir. Zaten Sayın Hocam böyle bir öneriyi iki sıfatın aynı kişide birleşmesini önlemek amacı ile beyan etmekte, ısrarlı bir ifade kullanmamaktadır.

Alacaklının başvurmasına rağmen mirasçılar, taksimi yapmış olurlarsa taksim geçersiz olmaz. Ancak mirasçının payını alanlar hakkında hükümsüz olur (37). Çünkü : 3. kişinin hakkı aynı değil, taksim sonunda mirasçıya düşecek şeylerin mülkiyetinin kendisine naklini istemek gibi şahsî bir haktan ibarettir. Aksine davranış, tazmin borcu doğurur.

II — MİRAS BIRAKANIN ALACAKLILARI :

Kanun koyucu, miras bırakandan alacağı olanları koruyucu tedbirleri almayı ihmal etmemiştir. Zaten bu, toplumda güvenin kaçınılmaz sonucudur. Aksi halde, gelecekte ne olacağı belli olmayan, özellikle ölüm halinde tehlikeye düşecek sözleşme ilişkileri kurulmaz. Yalnız ticaret hayatı değil, özel münasebetler de aksardı.

A — İvazlı (Karşılığını alarak) yapılan miras mukavelesi sebebi ile tereke alacaklılarının korunması :

Bir kimse sağlığında, mirasçılarından biri veya bir kaçı ile, her hangi bir mirasçı yararına veya belli kişi amaç alınmadan ivazlı

(35) İmre ge. Sh. 792; M. K. Öntasarısında : alacaklının başvurması halinde, onun yerine geçmek üzere Sulh Hâkiminin bir kayyım tayin edeceği öngörülmüş, böylece sakıncalar ortadan kaldırılmıştır.

(36) Belgesay Age. Sh. 229, No. 3.

(37) İmre Age. Sh. 792.

olarak (karşılığını verip) miras mukavelesi yapabilir (M.K. 475) Bu sözleşme sırf miras bırakanın alacaklılarının zararlandırılması, bir mirasçının kayırılması, taksim sırasında çıkması mümkün olan uyuşmazlıkların önlenmesi ve daha başka bir çok düşüncelerle yapılabilir. Ama sözleşme hangi amaca yönelik olursa olsun, miras bırakandan alacağı olanların haklarının güven altına alınması asıl kabul edilerek Medenî Kanunun 477. maddesinde tedbir alınmıştır (38). Buna göre hükmün uygulanması için :

a) Kural olarak mirastan feraget eden, terekenin borçlarından sorumlu değildir. Ancak, miras bırakanın borçlarının tereke tutarından çok olması, yani borçları ödemeye yetmiyecek durumda bulunması, başka bir anlatıyla aciz halinin gerçekleşmesi şarttır. Bizim Kanunun 477. maddesinin karşılığı olan İsviçre Medenî Kanunun 497. maddesinde terekenin borçlarının alacaklarından çok olması şartı aranmamış, mirasçıların ödemekten kaçınmaları yeterli bulunmuştur. Bu hüküm daha âdil ve makuldür. Eğer tereke, borçları karşılayacak tutarda ise, alacaklı Medenî Kanunun 477. maddesinin koruyucu hükmünün uygulanmasını isteyemez (39).

b) Tereke borç içinde olabilir. Fakat, miras bırakanlarına karşı duydukları saygı veya aile şerefini koruma gibi sebeplerle mirasçılar, şahsî malları yani kendi mal varlıkları ile borçları ödeyebilirler. Buna engel yoktur. Aksine bu, aile bağlarının kuvvetli olmasının belirtisidir. Bu bakımdan ahlâkî görevdir. Ama bazan mirasçılar az önce belirtilen sebep ve düşüncelere önem vermez veya ödenecek tutar, kendi güçlerinin dışında kalabilir. Yani ödemekten aciz olurlar veya resmî tasfiye isterler (M.K. 572) Yahut mirası red ederler. Bu üç şart gerçekleşince, mirastan feraget eden mirasçının sorumluluğu ortaya çıkar. Yoksa mirasçılarının sırf borçları ödemekten kaçınmaları yeterli değildir. Resmî tasfiye halinde ise, alacaklıların tahsil edemedikleri miktar için, mirastan feraget edene karşı mutalebe (isteme) hakları vardır. (40)

Kanun koyucu, miras mukavelesi (sözleşmesi) ile ıvaz karşılığında mirastan feraget edeni de belli bir ölçüde korumuş, böylece alacaklıların yararı ile mirasçısının yararı arasında bir denge kurmayı ihmal etmemiştir.

(38) İmre Age. Sh. 288, Prof. A. Escher, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, miras, S. Şakir Ansay çevirisi 1949, Sh. 300; No. 1; Gönensay - Birsen Age. Sh. 164; Belgesay Age. Sh. 65; Oğuzman Age. Sh. 170; Ayiter Age. Sh. 105; İnan Age. Sh. 184; Rossel Age. Sh. 609; Tuor Age. Sh. 395.

(39) İmre Age. Sh. 288; Escher Age. Sh. 300; Gönensay - Birsen Age. Sh. 164; Oğuzman Age. Sh. 170; Ayiter Age. Sh. 105; İnan Age. Sh. 184; Rossel Age. Sh. 609.

(40) Gönensay - Birsen Age. Sh. 165; Escher, Age. Sh. 300, No. 3.

aa) Her şeyden önce bu sorumluluğu, bir süre ile sınırlamış, mirasın açılmasından önceki beş yıl içinde aldığı ıvazın geri verilmesini öngörmüştür (41). Bu pek makul ve mantıkîdir. Oldukça da yeterli bir süredir.

bb) Kanun yapıcı bununla da kalmamış, hukukun ana ilke-lerinden olan iyi niyete de ağırlık vermiş, feraget edenin geri verme borcu doğduğu zaman, yâni mirasın açıldığı gün, aldığı ıvaz ve onun Medenî ve Tabii semerelerinden elinde ne kalmış ise, onu geri vermekle yükümlü kabul edilmiş, böylece Borçlar Kanununun 63/1. maddesine paralel bir hüküm koymuştur (42).

Mirastan feraget eden, miras bırakandan önce ölebilir. Bu takdirde, onun mirasçıları küllî helefiyet sebebi ile yukarıda açıklanan sorumluluk içine girerler. Ancak, bu kişiler mirası red etmiş iseler kendileri şahsen Medenî Kanunun 477. maddesi gereğince sorumlu olmazlar. Bu durumda, mirastan feraget sözleşmesi yapanın terikesinde, aldığı ıvaz ve semerelerden ne kalmış ise o miktarı, asıl mirasçının alacaklıları isteyebilirler (43).

Mirastan feraget eden ile onun mirasçılarının durumu «adı kefil» gibidir. Asıl borçlular ödemekten aciz duruma düşmedikçe bunlardan bir şey istenemez (44).

B — Mirasın reddi halinde tereke alacaklılarının korunması :

Bazı kişiler, malî durumları iyi olmadığı halde, alacaklılarını zarara sokmak amacı ile veya büyük bir umursamazlık içinde, ya da ileride malî imkânlarının iyileşeceği umudu ile sağlığında, mirasçılara bağışlamalarda bulunabilirler. Bu anlatılanlar, hayatta çok rastlanılan olaylardır. Onun için, ölüm anında tereke, alacaklılarının alacaklarını ödemeye yeterli olmayabilir. Mirasçılar ise mirası red ederek sorumluluktan kurtulmayı yararlarına uygun bir çözüm yolu sayabilirler (45). İşte kanun koyucu, miras bırakanın

(41) İmre Age. Sh. 288; Escher Age. Sh. 300 No. 4; Gönensay - Birsen Age. 165; Belgesay Age. Sh. 65; Oğuzman Age. Sh. 170; Ayiter Age. Sh. 104; İnan Age. Sh. 184; Tuor Age. 395.

(42) İmre Age. Sh. 289; Escher Age. Sh. 301, No. 5; Gönensay - Birsen Age. Sh. 165; Belgesay Age. Sh. 65; Oğuzman Age. Sh. 171; Ayiter Age. Sh. 105; İnan Age. Sh. 184; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 226; Rossel Age. Sh. 609; Tuor, Age. Sh. 395.

(43) İmre Age. Sh. 289; Escher Age. Sh. 301, No. 6.

(44) Gönensay - Birsen Age. Sh. 165, No. 260; Belgesay Age. Sh. 65, No. 2; Ayiter Age. Sh. 105.

(45) İmre Age. Sh. 525; Ayiter Age. Sh. 188 - 189; İnan Age. Sh. 341 - 342; Belgesay Age. Sh. 179; Oğuzman Age. Sh. 288 - 289; Gönensay - Birsen Age. Sh. 243 - 248; Rossel Age. Sh. 754, No. 1084; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 249; Berki (Şakir) Age. Sh. 59.

isteyerek veya istemeyerek alacaklılarından mal kaçırmaması halinde tedbir olmayı düşünmüş, yararlar dengesi meydana getirmiştir.

Medenî Kanununun 558. maddesine göre «mevcudu borcuna yetmeyen terekenin alacaklıları, ölenin, ölümünden önceki son beş yıl içinde, mirasın bölünmesi sırasında (iadeye) tâbî bir mal almış ve mirası red etmiş olan mirasçı hakkında istirdat (geri alma) davası açabilirler.»

Öyle ise miras bırakanın alacaklılarının dava açabilmeleri için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi zorunludur.

1— Miras bırakanın sağlığında ondan teberru kabul eden, yâni karşılık vermeden mal alan ve böylece mal varlığında artış meydana gelen mirasçı, miras red etmiş olmalıdır. Şayet mirası red etmemiş ise «küllî halefiyet» sebebi ile zaten terekenin bütün borçlarından sorumludur.

2 — Terekenin aktifi, passifinden çok olmalıdır. Yâni, miras bırakanın borçları terekeden ödenecek tutarda olmamalı, alacaklıları «ödenemez» hale gelmelidir.

3 — Miras bırakanın sağlığında mirasçıya, «mirasta iade» ye tâbî bir teberruda bulunması gerekir. Medenî Kanununun 603. maddesine göre miras payına karşılık mirasçılara yapılan **teberru, fûrua yapılmış ve aksi de miras bırakan tarafından öngörülmemiş ise iadeye tabiidir.** Oysa, fûru dışındaki mirasçılara yapılan teberrular kural olarak iade edilmez. Şu halde Medenî Kanununun 558. maddesinin bütün mirasçıları kapsamına alacak şekilde düzenlenmesi isabetli olurdu. Sayın Ayiter, amaca göre yorum yapılması gerektiğini, bu bakımdan M.K. 558. maddesinin yalnız fûrua değil, tüm mirasçılara yapılan teberrular için öngörüldüğünü ve miras bırakanın iadede istisna iradesi gözetilmeden, Medenî Kanununun 603. maddesinin 1 ve 2. fıkralarını kapsamı içine aldığı ileri sürmektedir (Age. Sh. 189) Metin sırf Medenî Kanununun 603/2. maddesine atıfta (yollamada) bulunmakla (46) beraber, Ayiter'in görüşüne ağırlık vermek uygun düşer.

Medenî Kanununun 558. maddesi mansup mirasçılar hakkında uygulanamaz. Çünkü : Medenî Kanununun 603. maddesi kanunî mirasçılar ile ilgilidir. (46a)

(46) İmre Age. Sh. 526; Belgesay Age. Sh. 179; Oğuzman Age. Sh. 289; dipnot 156; Ayiter Age. Sh. 189; İnan Age. Sh. 342; Gönensay - Birsen Age. Sh. 243; Berki (Şakir) Age. Sh. 59; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 249; Rossel Age. Sh. 754.

(46a) Gönensay - Birsen Age. Sh. 243; İnan Age. Sh. 342.

4 — Mirası kabul eden bir mirasçının bulunmaması, yani mirasçının, terekenin borçlarını ödeyecek malî güçte olmaması, böylece tereke alacaklılarının alacakları ödenmez hâle gelmesi gerekir (47). Bir mirasçı bile mirası red etmezse Medenî Kanununun 558. maddesi uygulanmaz.

5 — Kanun koyucu, mirastan feragette olduğu gibi (M.K. 477) ölümden geriye doğru beş yıl içindeki teberrular hakkında dava açılacağını öngörmüştür. Geri vermede sebepsiz iktisap (M.K. 61) kurallarının uygulanması gerekir (48). Onun için, mirasçı iyi niyetli ise, ölüm anında teberrudan ve onun tabii ve Medenî semerelerinden elinde kalan ile; kötü niyetli ise, aldığı mal ve onun semerelerinin tümünden sorumlu olur. (B.K. 63, M.K. 558/son.)

6 — Kanunda açıklık olmamakla beraber, mirastan feragette olduğu gibi, mirasçının sorumluluğu, ikinci derecede ve aldığı teberru ile sınırlıdır. Şahsî mal varlığı ile ödeme zorunluğu yoktur (49).

Teberru edilen malın değeri, ölüm günündeki durumuna (50) göre hesaplanır (M.K. 517/2).

Mirası red eden ve miras bırakandan teberru kabul eyleyen mirasçı birden çok ise, alacaklılara karşı müteselsil sorumludur. (M.K. 582) Ancak bu sorumluluk her mirasçının aldığı teberru ile sınırlıdır (51).

7 — Evlenme sırasında, âdet üzere verilen veya çocukların eğitim ve öğretimi için sarfedilen şeyler için alacaklılar istirdat (geri alma) davası açamazlar (52). Bu kural Medenî Kanununun 608. maddesine paraleldir.

8 — Dava hakkı miras bırakanın alacaklılarına ait olup, mirasçılar onlar adına veya kendi hesaplarına, Medenî Kanununun 558. maddesine dayanarak dava açamazlar (53).

(47) İmre Age. Sh. 526; Belgesay Age. Sh. 179; Oğuzman Age. Sh. 289 dipnot 155; Ayiter Age. Sh. 189; İnan Age. Sh. 341; Gönensay - Birsen Age. Sh. 243.

(48) İmre Age. Sh. 526 - 527; Oğuzman Age. Sh. 289; Ayiter Age. Sh. 189; İnan Age. Sh. 342; Gönensay - Birsen Age. Sh. 249; Rossel Age. Sh. 755; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 249; Berki (Şakir) Age. Sh. 59.

(49) İmre Age. Sh. 527; Oğuzman Age. Sh. 288 dipnot 155; Ayiter Age. Sh. 189; İnan Age. Sh. 341.

(50) İmre Age. Sh. 527; Ayiter Age. Sh. 189; İnan Age. Sh. 341.

(51) İmre Age. Sh. 527.

(52) Berki (Şakir) Age. Sh. 59; İmre Age. Sh. 527; Belgesay Age. Sh. 180; İnan Age. Sh. 342; Gönensay - Birsen Age. Sh. 244; Rossel Age. Sh. 755; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 249.

(53) Oğuzman Age. Sh. 289, dipnot 157.

9 — Bu davalar için zaman aşımı konusunda kanunda bir açıklık yoktur (54). Öyle ise taksim bitinceye kadar dava açılabilir. Yeterki bu arada asıl alacak zaman aşımına uğramamış olsun.

10 — Reddin usulüne uygun olmadığını, mirasçının alacaklıları da ileri sürüp iptâlini isteyebilirler. Yargıtay H.G.K. nun 14.4.1961 günlü ve 4/36 - 33 sayılı kararında bu yön kabul edilmiştir (55).

C — Tereke alacaklılarının resmî tasfiye istemeleri :

Terekeden alacaklı olanlar, alacaklarını elde edemeyecekleri hakkında inanılır derecede bir kaygıya düşerler ve başvurmalarına rağmen mirasçılar ödemekten veya teminat vermekten kaçınırlarsa Sulh Hâkiminden, terekenin resmen tasfiye edilmesini isteyebilirler (M.K. 573, 574).

Bu hükmün iki amacı vardır.

a) Terekeden alacaklı olanların alacaklarını almalarını sağlamak,

b) Medenî Kanununun 543/2. maddesi uyarınca mirasçıların alacaklılarının önüne geçmek,

Birinci sebep pek tabii ve açık olduğu için üzerinde bile durmaya değmez. Önemli olan ikinci sebeptir. Çünkü : Medenî Kanununun 539. maddesi gereğince mirasın açılması ile mirasçılar küllî halef olurlar. Bunun kaçınılmaz ve tabii sonucu olarak, mirasçının mal varlığı ile tereke birleşip kül teşkil eder. Bu yüzden miras bırakanın borçları ile mirasçının borçları aynı niteliği alırlar. (M.K. 543) Bu kural karşısında da miras bırakanın alacaklılarının «tahsil» şansı azalır. İşte bu sakıncayı önlemek için alacaklı terekenin resmen tasfiyesini (M.K. 573) isteyerek «mal varlıklarının» ayrılmasını, bu yolla da kendi alacaklarının, mirasçının alacağına önüne geçmesini sağlamış olur (56). Tasfiye sonunda önce miras bırakanın borçları ödenir, geriye kalandan ise mirasçının alacaklılarının alacakları ve mal vasiyeti karşılanır.

Her ne kadar, Medenî Kanununun 572. maddesi gereğince mirasçılardan birinin mirası kayıtsız veya tutulan defter gereğince şartsız kabul etmesi halinde öbür mirasçılarının resmî tasfiye istemek hakları ortadan kalkar ise de, Medenî Kanununun 573. maddesinde alacaklı-

(54) Oğuzman Age. Sh. 289, dipnot 157.

(55) Ayiter Age. Sh. 188 dipnot 14.

(56) İmre Age. Sh. 560; Ayiter Age. Sh. 200; İnan Age. Sh. 357; Gönensay - Birsen Age. Sh. 273, No. 451; Belgesay Age. Sh. 199; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 265; Rossel, Age. Sh. 792.

lar için tanınan tasfiye hakkı bu kuralın istisnası olup, (57) çok haklı bir hükümdür.

Eğer bir mirasçı terekeden alacaklı olup ta başka bir mirasçı, mirası kayıtsız, şartsız şekilde kabul eder ise, alacaklı sıfatı ile mirasçı sıfatı birleşen kişinin mirasçı olarak artık resmî tasfiye istemek hakkı yok ise de (M.K. 572) alacağının elde edilmesini sağlamak amacı ile alacaklı olarak resmî tasfiye (M.K. 573) isteyebilir. Kanunun sistemi ve güttüğü amaç ve açık metinler karşısında aksini düşünmek mümkün değildir (58).

Mirasçılar ister mirası red, ister mirası red etmemekle beraber borçu inkâr etmiş olsunlar, alacaklının resmî tasfiye istemek hakkı vardır (59).

Alacağın bir ilâmda tesbit edilmiş bulunması, kesinleşmiş icra takibine dayanması veya noter senedi gibi ilâm niteliğinde bir belgede açıklanmış olması şart değildir. İnanılır nitelikte olması yerlidir (60).

Alacaklılar tekbaşına veya birlikte tasfiye isteyebilirler (61).

Miras bırakanın, iradesi ile alacağın doğumuna yol açmalıdır. Ölümden sonra, cenaze giderini karşılayan veya terekenin tespit, mühürlenme ve idaresinin gerektirdiği masrafları yapan kişilerin alacakları ile ölenle birlikte yaşayanlar yararına kanunca kabul edilen (M.K. 454) bir aylık iâşe tutarı için resmî tasfiye istenemez (62).

Alacaklıların resmî tasfiye isteğinde bulunmaları için her halde, terekenin aktifinin borçlarını karşılayamayacak miktarda olması gerekmez. Bazan tereke tutarı, alacağın ödenmesine yeterli olmakla beraber, mirasçıların bir takım borsa oyunlarına veya benzeri tehlikeli işlere girmeleri sebebi ile alacaklının alacağının ödenmesi ihtimali zayıflayabilir. İşte bu yüzden alacaklılar resmî tasfiye isteğinde bulunabilirler. Bazan birçok mirasçıdan birisi için az önce belirtilen tehlikeli durum söz konusu olup, diğerlerinin davranışları normal bile olsa alacaklı yine resmî tasfiye isteyebilir.

(57) İmre Age. Sh. 545 ve 560; Belgesay Age. Sh. 199, No. 1; Prof. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 1976, Sh. 648;

(58) İmre Age. Sh. 560;

(59) İmre Age. Sh. 561; Oğuzman Age. Sh. 296, dipnot 190;

(60) İmre Age. Sh. 561; Gönensay - Birsen Age. Sh. 272; Belgesay Age. Sh. 200;

(61) İmre Age. Sh. 560; Oğuzman Age. Sh. 295 dipnot 188; Ayiter Age. Sh. 200; İnan Age. Sh. 357; Belgesay Age. Sh. 200.

(62) İmre Age. Sh. 560; dipnot 8; Oğuzman Age. Sh. 296.

bilir (63). Çünkü : Her mirasçının malî durumunun, alacak- ve borçlarının gerçek durumunu bilmek kolay olmadığı gibi alacaklıyı bu zahmete sokmaya kimsenin hakkının bulunmadığı da açıktır.

Ölen, borcu için alacaklısına taşınır rehni vermiş ya da taşınmazında onun yararına ipotek tesis ettirmiş ise, bu takdirde alacaklı resmî tasfiye isteyemez. Çünkü : Tasfiye istemenin şartlarından birisi de mirasçının teminat vermesi zorunludur. (M.K. 573) Oysa, rehin ve ipotek esasın teminat türlerindedir. Onun için bu gibi hallerde Medenî Kanunun 573. maddesi uygulanamaz (64). Şayet rehin ve ipotek yeterli değilse resmî tasfiye istenebilir.

Resmî tasfiye istenebilmesi için mirasçının ödemekten veya teminat göstermekten kaçınması gerekir. Kanunda ihtar konusunda özel bir şekil öngörülmediğinden her vasıta ile mirasçılara durum ihtar olunabilir. Ancak, ispat kolaylığı sağlanabilmesi için noter eliyle ihtar yapılması uygun düşer. Sayın Belgesay, hâkimin mirasçıya, borç için teminat veya borcu ödemek üzere mehil vermesi gerektiğine işaret etmekte (Age. Sh. 200) ise de dayanağını açıklamamıştır. Kanun metni ise buna elverişli değildir. Nitekim Sayın Hocam genel görüşe de katılmaktadır.

Borcu ödemek veya teminat göstermek konusunda seçme (tercih) hakkı ise mirasçılara aittir. Öte yandan bir alacaklıya teminat verilmesi ya da alacağının ödenmesi, öteki alacaklıların resmî tasfiye istemek haklarını ortadan kaldırmaz (65).

Resmî tasfiye, miras bırakanın ölümünden ve vasiyetnamenin açılmasından başlayarak üç ay içinde istenebilir. Konuyu açıklamakta yarar vardır. Kanunî mirasçılarının sorumluluğu mirasın açıldığı anda başlar (M.K. 539). Onun için alacaklıların kanunî mirasçı hakkında tasfiye isteğinin başlangıcı mirasın açıldığı, yani miras bırakanın öldüğü gündür. Mansup mirasçılar için durum değişiktir. Çünkü : Mansup mirasçılık, ıvazlı ise miras mukavelesi ile olur. Bu durumda mansup mirasçı durumu daha önce bildiği için, onun hakkında tasfiye isteğinin başlangıcı miras bırakanın ölüm tarihidir. Eğer bir kimse vasiyetname ile mirasçı nasbedilmiş ise vasiyetname açılmadıkça durum bilinmeyeceği için, vasiyetname-

(63) Y. 2. H. D. nin 1.7.1968 günlü 3758/4450 sayılı kararı, (Olgaç Age. Sh. 446) İmre Age. Sh. 562 - 563; Ayiter Age. Sh. 200; Gönensay - Birsen Age. Sh. 272; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 265; Rossel Age. Sh. 789.

(64) İmre Age. Sh. 563; Aksi görüş : Gönensay - Birsen Age. Sh. 272, No. 448, Rossel Age. Sh. 791.

(65) İmre Age. Sh. 564; Ayiter Age. Sh. 200; İnan Age. Sh. 357; Belgesay Age. Sh. 200; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 265.

nin açıldığından itibaren üç ay içinde resmî tasfiye istenebilir. Daha önce öğrendiği ispat edilirse hak düşürücü süre o tarihte başlar. Eğer mansup mirasçı bulunmakla beraber kanunî mirasçıda varsa tasfiye ölüm gününden başlayarak üç ay içinde talep edilebilir. Anılan süre hak düşürücüdür. Onun için uzatılamaz (66).

Kendisine mal vasiyet edilen kişinin resmî tasfiye istemek hakları yoktur. Mal vasiyet edilenlerin, mirasçılara başvurduğu halde vasiyet yerine getirilmediği ve inandırıcı bir teminatla gösterilmediği takdirde gerekli tedbir alınmasını isteyebilirler (67). Kanunda tedbir için bir süre yoktur. Onun için tehlike baş gösterdiği tarihten itibaren üç ay içinde olması gerekir. İsviçre'de bu süre ölümden başlattırılmakta olup, aleyhte sonuçlar doğurmaya elverişli olduğu için bu uygulamaya (68) katılmıyoruz.

Tedbirin şekli ve niteliği kanunda yazılı olmadığı için hâkim gerektiği şekilde ve özellikle tarafların yararlarını uzlaştırıcı nite-likte her çeşit tedbiri alabilir. Örnek olarak : Malın bozulmaması için buzhaneye konması, yedi adle (güvenilir kişiye) verilmesi, ödemelerin durdurulması, tapuya şerh konması ve benzeri tedbirler alınabilir (69).

D — Reşit Çocukların Tazminatı :

Ailesi ile birlikte oturup ta, emeğini veya gelirini ailesine bırakan ve bundan açıkça vazgeçmeyen yâni bağışlama amacı gütmeyen reşit çocuklar ölüm halinde terekeden (muhık) bir tazminatın verilmesini isteyebilirler (M.K. 610). Kanun koyucu böylece çocuklar arasında denge sağlamış, öbür mirasçıların sebepsiz zenginleşmesini önlemek istemiştir (70). Bu tazminat terekenin borçları arasına katılır (M.K. 454). Diğer deyimle tereke mevcudundan indirilir (71).

(66) İmre Age. Sh. 564; Oğuzman Age. Sh. 296; Ayiter Age. Sh. 200 + 201; İnan Age. Sh. 357; Gönensay - Birsan Age. Sh. 273; Belgesay Age. Sh. 200; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 265; Rossel Age. Sh. 792.

(67) İmre Age. Sh. 566 - 567; Rossel Age. Sh. 793; Berki (A. Himmet) Age. Sh. 265; Gönensay - Birsan Age. Sh. 273; Belgesay Age. Sh. 200; Oğuzman Age. 200; İnan Age. 357.

(68) İmre Age. Sh. 566 - 567.

(69) İmre Age. Sh. 567, (Sayın İmre, vasiyet yapılan yararına rehin hakkı tanınması şeklinde bir tedbiri de mümkün görmekte, en emin çare olarak, kanunda bir değişiklik yapıp yararına mal vasiyet edilenlere «aynî teminat veya rehin hakkı tanınması» olduğunu ifade etmektedir.) Berki (A. Himmet) Age. 265; Gönensay - Birsan Age. Sh. 273; Belgesay Age. Sh. 200; Oğuzman Age. Sh. 296; İnan Age. Sh. 357.

(70) İmre Age. Sh. 771; Oğuzman Age. Sh. 222; İnan Age. Sh. 409; Y. H. G. K. nun 18.4.1962 günlü ve 37/32 sayılı kararı.

(71) İmre Age. Sh. 443; İnan Age. Sh. 222; Escher Age. Sh. 167.

Bu tazminattan mirasçılarının sorumluluğu tereke malları ile sınırlı olup, şahsî ve müteselsil değildir.

Medenî Kanununun 543. maddesi gereğince terekenin borçları ödendikten sonra iş bu tazminat ödenir. (72)

Miktarda anlaşmazlık olursa gerçek tutarı hâkim tespit eder. (Y.H.G.K. nin 18.4.1962 günlü ve 37/32 sayılı kararı).

İPTAL VE TENKİS DAVALARINA İLİŞKİN YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

MUSTAFA AYKONU (*)

K O N U :

Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacı ile; tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malını, gerçekte bağışlamak istediği halde, tapu sicil memuru önünde iradesini satış biçiminde açıkladığının gerçekleşmiş olması durumunda, saklı pay sahibi olan mirasçılarının, tenkis ya da mirasta iade davası açmak haklarını kullanmayıp Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvazaa nedeniyle tapu kaydının iptalini isteyebilir isteyecekleri ve saklı pay sahibi olmayan mirasçılarında aynı davayı açmak yetkisine sahip olup olmadıkları ve miras bırakanın bu davranışının, Medeni Kanunun 603. maddesinin 2. fıkrası gereğince o taşınmazı iade etmekten ayrık tutmuş bulunduğu anlamına gelip gelmediği konusunda Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu Kararları arasında içtihat aykırılığı bulunduğundan bu aykırılığın içtihatların birleştirilmesi yolu ile giderilmesine ilişkindir.

YARGITAY'IN GÖRÜŞÜ :

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1.4.1974 günlü ve Esas no : 1974/1, Karar no : 1974/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı özetle şöyledir :

«Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Kararlarında; Mirasçığı miras hakkından yoksun etmek amacı ile miras bırakanın muvazaalı olarak yapmış olduğu tasarruf işlemlerinin iptalini dava etmek hakkı, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın tüm mirasçılara tanınmış ve tenkis ve mirasta iade ile ilgili hükümleri aslında geçerli tasarruflar için uygulanabileceği açıklanmıştır. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Kararlarında ise, böyle bir dava hakkı tanınmamış; sadece saklı pay sahiplerinin Medenî Kanunun 507. maddesinin 4. fıkrası gereğince tenkis davası açabilecekleri ve miras bırakanın bu davranışının Medenî Kanunun 603. maddesinin 2. fıkrası gereğince o taşınmazı iade etmekten ayrık tuttuğu anlamına gel-

(*) Anayasa Mahkemesi Raportörü (Hâkim).

diği kabul edilmiştir. İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunda konu, sadece sevk edildiği olayla sınırlı olarak ele alınmıştır. Daha açık bir deyimle; tasarruf işleminin tapu sicilinde kayıtlı olan taşınmaz malın, görünüşte satış ve gerçekte ise hibe biçiminde olduğu olayı ile sınırlandırılmıştır.

Görüldüğü gibi Hukuk Genel Kurulu ile İkinci Hukuk Dairesi Kararları arasında temelde yer alan uyumsuzluk, dava hakkının varlığında toplanmaktadır. Bu nedendir ki, görüşmeler sırasında muvazaa iddiasının isbatı ve ispat biçimi, İçtihadı Birleştirmenin kapsamı dışında kaldığı kabul edilmiştir.

.....

Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanan muvazaa ile Medenî Kanunun 507/4. maddesine dayanan tenkis davasının ayrı ayrı hukuk müesseseleri olduğu yönünden görüşler arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Medenî Kanunun 5. maddesi hükmünce sözleşmelerin doğumuna, hükümlerine ve sukutu nedenlerine ilişkin olup Borçlar kısmında yer alan genel kuralların Medenî Hukukun diğer kısımlarında da uygulanması öngörülmüştür. O halde Borçlar Kanununun Genel hükümleri arasında yer alan 18. maddenin miras hukukunda da uygulanması doğaldır.

Miras hükümleri arasında bu kuralı engelleyecek bir hükme de yer verilmemiştir. Medenî Kanunun 507/4. maddesinin miras kısmında yer alması, mirasçının Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanan dava hakkını engelleyecek bir sonuç doğurmaz. Yukarıda değinildiği üzere, her iki maddenin ayrı ayrı hukuk müesseselerini düzenlemiş olması karşısında sorunun başka türlü düşünülmesi de olanaksızdır.

O halde Borçlar Kanununun 18. maddesinin miras ile ilgili sözleşmelerde de uygulanması gerekir.

.....

Karşı görüşte belirtildiği gibi muvazaalı satış işlemi ile miras hakkından yoksun edilen kimse küllî halef olarak değil, doğrudan doğruya üçüncü kişi olarak dava açmak hakkına sahiptir. Çünkü bu üçüncü kişinin hakkı, miras bırakanla alıcı tarafından birlikte yapılan hukuk işlemi ile çiğnenmiştir. Böyle bir durumda üçüncü kişinin dava hakkının varlığı, kanunda belli konulara hasredilmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi de kararlı içtihatlarıyla konuyu bu doğrultuda çözüme bağlamıştır.

Borçlar Kanununun 18. maddesine göre mirasçıya tanınacak iptal davası hakkının, Medenî Kanunun 507/4. maddesinin uygulanmasına yer bırakmayacağı doğrultusundaki düşünceleri de kabul etmek olanaksızdır. Çünkü Medenî Kanunun 507/4. maddesindeki dava hakkı, aslında geçerli işlemler için tanınmış bir dava hakkıdır. Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanan dava hakkı ise, işlemin aslında geçersizliği nedenine dayanır; Onun içindir ki, Medenî Kanunun 508. maddesinde iyi niyetle olan ve kendisine teberruda bulunulan kimse korunmuştur.

Miras hukuku, miras bırakanın iptali mümkün ölüme bağlı tasarruflarında bile onun son arzularına değer vermemiştir (Medenî Kanun Madde 499 ve 500). Ölenin son arzularına saygı ilkesi ancak onun hukuka uygun tasarrufları için söz konusudur. Bu bakımdan miras hukukunda ölenin son isteklerine saygısızlık gibi bir düşünce de kabul edilemez.

Medenî Kanunun 603. maddesi hükmü de aslında geçerli tasarruflara karşı mirasçıların miras payını diğer mirasçılara karşı koruyan bir hükümdür. Geçersiz tasarruf miras payına etki yapmayacağından, mirasçının bu hükme dayanmasında bir yarar yoktur. Böyle bir tasarrufla miras bırakanın açığa vurulan iradesi de hukukça değer taşımaz.

Bu nedenlerle Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin görüşünü ve o doğrultuda ileri sürülen karşı görüşleri kabul etmek olanağı bulunmamıştır.

Sonuç :

Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacı ile, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığneden tüm mirasçıların, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medenî Kanunun 507 ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etkili olamayacağına Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1.4.1974 günlü ikinci toplantısında oyçokluğuyla karar verildi». (1)

(1) 30 Mayıs 1974 günlü, 14900 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

ŞAHSİ DÜŞÜNCEMİZ :

1 — İkinci Hukuk Dairesinin görüşüne göre; bir kimsenin mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacı ile, tapu sicilinde yakıtlı taşınmaz malını, gerçekten bağışlamak istediği halde tapu sicil memuru önünde iradesini satış biçiminde açıkladığının gerçekleşmiş olması durumunda Borçlar Kanununun 18. maddesinde yazılı muvazaa hükümleri değil, Medenî Kanunun 507/4. maddesinde yazılı tenkis davası hükümlerinin uygulanması gerekir. Hukuk Genel Kurulu ise bu durumda hem muvazaa nedeniyle iptal, hem de saklı pay kuralına dayanılarak tenkis davası açılabileceği ve iptal davası açıldığı takdirde mirasçılarının miras bırakandan kendilerine geçen bir hakkı kullandıkları görüşündedir (2).

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca :

a) Olayda Borçlar Kanununun 18. maddesinde yazılı muvazaa halinin bulunduğu ;

b) Saklı pay sahibi olsun ya da olmasın bütün mirasçılar tarafından üçün kişi sıfatıyla tapu iptal davası açılabileceği ; kabul edilerek içtihatlar bu yolda birleştirilmiştir.

Görülüyor ki İçtihadı Birleştirme Kararında Hukuk Genel Kurulunun görüşüne uygun olarak olayda muvazaa hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Ancak, Hukuk Genel Kurulu Kararında muvazaa hükümlerine dayanılarak iptal davası açıldığı takdirde mirasçılarının miras bırakandan kendilerine geçen bir hakkı kullandıkları kabul edildiği halde, İçtihadı Birleştirme Kararında bu görüş kabul edilmiyerek, mirasçılarının akitden zarar gören üçüncü kişi sıfatıyla tapu iptal davası açabilecekleri görüşüne yer verilmiştir. Bizim üzerinde durmak istediğimiz sorun da budur.

2 — Sözleşmeler kural olarak sadece bu sözleşmenin tarafları ve onların halefleri hakkında hukukî sonuçlar meydana getirir. Bilindiği gibi muvazaa, irade ile beyan arasında kasten meydana getirilen aykırılıktır. Şayet bu aykırılık sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin haklarını ortadan kaldırmak maksadıyla yapılmış ise, bu taktirde üçüncü kişilerde de muvazaayı ileri sürebilirler. Bu kovalar altında üçüncü kişilerin dava hakları kanunda belli konularla sınırlandırılmamıştır.

(2) Hukuk Genel Kurulunun 4.5.1960 günlü, E. 2/24, K. 24 sayılı Kararı : Adalet Dergisi, Şubat 1962, Sayı : 2, Sayfa : 186 - 188.

Olayımızda ise, sözleşmenin geçersizliği nedeniyle tapunun iptalini isteyen kişi bu sözleşmenin taraflarından birinin (miras bırakanın) kanunî halefi yani mirasçısıdır. Talep edilen hak bu kişiye miras bırakandan geçmiştir. Çünkü, 7.10.1953 günlü, 7/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre; yukarıda açıklanan durumda, görünüşteki satış sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizli tutulan bağış sözleşmesi de resmî şekilde yapılmadığından dolayı batıldır. Tapulu taşınmazlarda tescil hukukî nedene bağlı bir tasarruftur. Şayet hukukî sebep geçersiz ise, tescil ile mülkiyet hakkı alıcıya geçmiş olmaz. Yani temlik eden malik olmaya devam eder. Onun ölümü ile bu hak mirasçılara intikal eder. Görülüyor ki, tapu iptal davası açan mirasçı aslında miras bırakanın kendisine geçen mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Bu davanın kanunî dayanağı Medenî Kanununun 933. maddesidir. Şayet mirasçılara miras bırakandan mülkiyet hakkı geçmemiş olsaydı onların tapu iptal davası açmaları düşünülemezdi. Nitekim taşınır mallarda teslim hukukî sebebe bağlı bir tasarruf olmadığından, hukukî sebep geçersiz olsa bile, bir taşınır malın maliki mülkiyeti devretmek kastı ile malını başkasına teslim etse, teslim alan onun maliki olur. Bu takdirde mirasçılar, miras haklarından yoksun bırakıldıklarından söz ederek istihkak davası açamazlar. Çünkü miras bırakanın kendilerine geçen bir mülkiyet hakkı bulunmamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, tapulu taşınmazlar hakkında mirasçılarının açtıkları tapu iptal davasında mirasçılar, miras bırakanın kendilerine geçen mülkiyet hakkına dayanmaktadırlar. O taşınmaz üzerinde mülkiyet hakları yoksa, sadece miras bırakanın kendilerini miras haklarından yoksun bırakmak kastının varlığından söz ederek tapu iptal davası açamazlar. Demek ki bu olayda mirasçılarının açtığı tapu iptal davasının, miras bırakanın kalan mülkiyet hakkına dayandığı hususu kesindir.

Oysa, Borçlar Kanununun 18. maddesindeki akitden zarar gören üçüncü kişilerin durumu yukarıdakilerin durumundan tamamen farklıdır. Orada Üçüncü kişiler sözleşmenin taraflarından birinin kanunî halefi değildirler. Ve muvazaalı sözleşme ile ihlâl edilen hak bu üçüncü kişilerin kendi müstakil haklarıdır. Örneğin, bir kira sözleşmesinde kiralayan sırf kiracının tahliyesini sağlamak amacı ile, kirada bulunan taşınmaz malını bir başkasına muvazaalı olarak satsa, kiracı akitden zarar gören üçüncü kişi sıfatıyla bu satışın muvazaalı olduğunu ileri sürerek iptalini isteyebilir. Görülüyor ki, burada kiracı tam anlamı ile üçüncü kişi durumundadır. Çünkü, sözleşmenin taraflarından kalan bir hakka

değil, kendi müstakil hakkına dayanmaktadır. Kiralayanın o mal üzerindeki mülkiyet hakkına dayanarak bir dava açmamaktadır. Şayet bu arada kiralayan ölür ve kiracı da ona mirasçı olursa bu takdirde kiracı artık üçüncü kişi sıfatıyla muvazaayı ileri süremez. Çünkü kiracı, kiralayanın yerine geçmiş ve taşınmazın mülkiyet hakkını iktisap etmiştir. Bu durumda miras bırakanın küllî halefi sıfatıyla tapu iptal davası açabilir. Yani miras bırakandan geçen dava hakkını kullanmak zorundadır. Olayımızda da mirasçıların, miras bırakanın sağlığında üçüncü kişi sıfatıyla tapu iptal davası açmak hakları bulunmamaktadır. Çünkü o sırada üçüncü kişi sıfatıyla ileri sürebilecekleri hiç bir hakları yoktur. Miras bırakanın ölümü üzerine yukarıda açıklandığı üzere onun mülkiyet hakkı mirasçılara geçmektedir. Tapu iptal davasında talep edilen hak mirasçıya miras bırakandan geçtiği için bu davada mirasçı muvazaayı üçüncü kişi sıfatıyla ileri süremez. Yani mirasçının üçüncü kişi sıfatıyla tapu iptal davası açmak hakkı bulunmamaktadır.

3 — Aslında miras bırakan mirasçılarını miras haklarından yoksun bırakmak amacı ile değil, saklı pay kuralını ortadan kaldırmak maksadı ile bağışı satış şeklinde göstermiştir. Medenî Kanunda şayet saklı pay kuralı yer almamış olsaydı miras bırakanın bu yola başvurmaya gerek kalmazdı. Yapacağı açık bir bağışlama ile mirasçılarını miras haklarından yoksun bırakabilir ve mirasçılar da buna itiraz edemezlerdi. Fakat Medenî Kanunda saklı pay kuralı yer aldığından, miras bırakan, yapacağı açık bağışın ileride saklı pay sahibi mirasçılar tarafından tenkis ettirilebileceğini düşünerek gerçek arzusuna uygun olan bağışı satış biçiminde göstermiş yani muvazaalı yoluna sapmıştır. Demek ki burada muvazaalı sözleşme ile haklarından yoksun edilmek istenenler saklı pay sahibi mirasçılardır. Bu durum Medenî Kanununun 507. maddesinin 4. bendine uymaktadır. Çünkü o bentde saklı pay kuralını ortadan kaldırmak kastıyla yapılan temliklerden söz edilmiş ve bu durumda saklı pay sahibi mirasçıların tenkis davası açabilecekleri belirtilmiştir. Yapılan temlik aynı zamanda muvazaalı olsa bile saklı pay sahibi mirasçılar tenkis davası açabilirler. (Çünkü miras bırakan, saklı pay sahibi mirasçılarını bu haklarından yoksun bırakamaz. Tenkis davası mirasçıya miras bırakandan geçmiş olmayıp, saklı pay sahibi mirasçının şahsından doğan bir dava hakkıdır. Tenkis davasında mirasçı şahsına bağlı bir hakkı kullandığı için miras bırakanın küllî halefi sıfatıyla değil, üçüncü kişi sıfatıyla hareket etmektedir. Bu nedenle tenkis davasında mirasçı muvazaayı üçüncü kişi sıfatıyla ileri sürebilir. Görülüyor ki bu-

rada mirasçı, iptal davasında olduğu gibi miras bırakandan kendisine geçen bir hakkı değil, şahsına bağlı bir hakkı kullanmaktadır. Saklı pay sahibi mirasçılar tenkis davası yerine tapu iptal davası açtıkları takdirde bunların üçüncü kişi sayılmalarına olanak bulunmamaktadır. Nitekim doktrinde bu konuda görüş birliği vardır.

Miras bırakanlarının (Murislerinin) yaptığı muvazaalı muamele ile saklı paylarına (mahfuz hisselerine) tecavüz edilen mirasçılar üçüncü kişi sayılırlar Mirasçılar diğer hallerde taraftırlar (3).

Mahfuz hissesine tecavüz edilen mirasçı, miras bırakan ile tassarruf nisabını aşan muameleyi yapan şahıs karşısında üçüncü kişi addedilir (4).

Varis üçüncü şahıs sayılabilmek için muvazaa sebebiyle iptali istemek gibi murisine ait bir hakkı değil, münhasıran ve müstakilen şahsına ait bir hakkı ileri sürmelidir (5).

Sözü özetleyecek olursak; miras bırakanın, saklı pay kuralını ortadan kaldırmak maksadıyla tapuda kayıtlı taşınma zmalını bağışladığı halde bunu satış şeklinde gösterdiği durumlarda, mirasçının üçüncü kişi sayılabilmesi için, saklı pay sahibi mirasçılar tarafından tenkis davası açılmış olması gerekir.

Gerek saklı pay sahibi mirasçılar gerekse öteki mirasçılar muvazaa nedeniyle iptal davası açtıkları takdirde üçüncü kişi sayılmazlar.

4 — Yukarıdaki görüşlerimiz sadece İçtihadı Birleştirme Kararının konusu ile sınırlı olup, miras bırakanın mirasçılarında mal kaçırmak maksadıyla borç ikrarında bulunması halinde mirasçıların ne şekilde hareket edecekleri hususu İçtihadı Birleştirme Kararının konusu dışında kaldığından burada o husus üzerinde durulmamıştır. Bu konunun ayrıca incelenmesi düşünülmektedir.

5 — Mirasçıların üçüncü kişi sıfatıyla iptal davası açamayacakları söylemek bunların muhakkak miras bırakanın küllî halefi sıfatıyla dava açabilecekleri anlamına gelmemektedir. Bu olayda miras bırakanın ve dolayısıyla mirasçıların tapu iptal davası açmak hakları bulunup bulunmadığı ayrıca incelenmesi gereken bir ko-

(3) Prof. Dr. Kenan Tunçomağ : Borçlar Hukuku, Cilt : 1, Genel Hükümler, 4. bası, İstanbul - 1969, Sayfa : 201.

(4) Prof. Dr. Turhan Esener, Borçlar Hukuku, Cilt : 1, Ankara - 1969, Sayfa : 99 - 100.

(5) Prof. Dr. İlhan F. Postacıoğlu : Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul - 1964, Sayfa : 228.

nudur. Bizim görüşümüze göre; bu olayda miras bırakanın tapu iptal davası açmak hakkı yoksa mirasçıların da bu davayı açmaya hakları bulunmamak gerekir. Sadece mülkiyet hakkının bulunması tapu iptal davası açmak hakkını vermez. Çünkü Medenî Kanunun 2. maddesi uyarınca herkes, haklarını kullanmakta ve borçlarını ifade hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Görünüştaki satış aktinin muvazaa nedeniyle ve gizli tutulan bağış aktinin de resmî şekilde yapılmadığından dolayı batıl olduğunu ileri sürerek Medenî Kanunun 933. maddesi uyarınca tapunun iptalini talep etmek, Medenî Kanunun ikinci maddesindeki iyi niyet kuralına aykırı ise, sözleşmenin hükümsüzlüğüne ve dolayısıyla mülkiyet hakkını karşı tarafa intikal etmemiş olmasına rağmen gerek miras bırakan, gerekse mirasçılar tapu iptal davası açamayacaklardır. İçtihadî Birleştirme Kararında mirasçılar üçüncü kişi sıfatıyla tapu iptal davası açabilecekleri kabul edildiği için bu sorun üzerinde durulmamıştır. Daha önceki bir yazımızda bu sorun üzerinde durduğumuzdan burada ayrıca o hususlara değinilmemiştir (6).

Esasen bu hususların ayrıca ve yeniden incelenmesini düşünmekteyiz.

Sonuç :

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı; Medenî Kanunun miras hukuku kuralları (yani mirasçılarının, miras bırakanın kanunî halefi olmaları, saklı pay kuralları dışında miras bırakanın mallarında dilediği gibi tasarruf yetkisine sahip bulunması ve saklı payın sadece tenkis davası ile korunmuş olması) karşısında, mirasçılarının üçüncü kişi sıfatıyla tapu iptal davası açmalarına olanak bulunmamaktadır. Aksi takdirde tenkis davası tapu iptal davasına dönüştürülmüş olacağı gibi, tenkis davası açmak hakları bile bulunmayan bir kısım mirasçılara bundan daha fazla bir hak tanınmış olur. Bu nedenlerle İçtihadî Birleştirme Kararında benimsenen görüşe katılmıyoruz.

GECEKONDU YIKIMI

ZEKÂİ ÖZDİL (*)

Hızla artan nüfus ve sürekli olarak değişen sosyal ve ekonomik koşullar, bütün dünyada önemini ve ağırlığını gittikçe hissettiren bir konut (= mesken) sorunu yaratmıştır. Çözüm yollarının saptanması büyük boyutlara ulaşmış, uluslararası konferanslara konu olmaya başlamıştır. Köylerden büyük kentlere, kırsal yörelerden sanayi bölgelerine insan akını devam ettikçe, gelenlere yerleşim olanaklarının sağlanması, sosyal gereksinmelerinin karşılanması, geleceği de kapsayan büyük imar ve şehircilik projelerinin yapılması, ona göre geniş mali yatırımlara, kamulaştırmalara girişilmesi ve hukukî önlemlerin alınması gerekecektir.

Sorun çok yönlüdür. Çok büyüktür. Bulunabilen hal çareleri çözüme yetmemektedir.

Biz sadece, konunun yurdumuzdaki hukukî yönünü, yazımız başlığının çizdiği anlam çerçevesi içinde incelemeye ve Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin uygulamalarını, emsal olabilecek sandığımız kararlarla açıklamaya çalışacağız.

GECEKONDU :

Halkın, bilinçli ve çok isabetli bir deyimidir. Bu kısa sözcükle, binanın gece karanlığından yararlanılarak ve çabucak kondurulduğu en veciz şekilde tanımlanmış ve sonraları yasa koyucu tarafından da bu deyim aynen benimsenmiş, 775 sayılı Kanununun 2. maddesinde tarifini bulmuştur. Anlatılmak istenmiştir ki; bir gecede inşa edilen böyle bir konut ;

a) Temelsizdir, b) Fenni olanak ve güvencelerden yoksundur. c) Hukuka ve özellikle imar plan ve projelerine aykırıdır. d) Mülkiyeti başkasına ait olan taşınmaz üzerinde, sahibinin rızası alınmadan inşa edilmiştir.

(*) Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Üyesi.

YASAL DURUM :

Gecekonduunun bu nitelikleriyle Medenî Kanununun 618 ve sonraki maddelerinin teminatı altında bulunan, kutsal mülkiyet hakkına ters düştüğü, tartışma kabul etmeyecek derecede açık bir olgudur.

Patlama sınırlarına ulaşan (sosyal problemlerle) (mülkiyet hakkı) arasında sıkışıp kalan yasa koyucu, 775 sayılı özel kanunla bir hukukî düzenlemeye gitmiş, gecekonducunun gelecekteki durumu ile taşınmaz mal sahibinin haklarını bağdaştırmaya çalışmıştır.

Anılan yasa maddelerinin ve bu kanunla ilgili BMM ve Senato tutanaklarının tüm halinde incelenmesi sonucunda; aşağıda açıklanan ilkelerin getirildiği, herşeye rağmen mülkiyet hakkının korunmasının da amaçlandığı, fiili durumun bazı şartlar altında yasalastırıldığı anlaşılmaktadır. Şöyleki ;

Birinci Hukuk Dairesinin 25.11.1975 gün ve 8199/10906 sayılı ilâmında açıklığa kavuşturulduğu gibi: sözü geçen kanunun 41. maddesi, muhtelif kanunlar arasındaki çatışmayı gözönünde tutmuş, uygulamalarda kuşkuya düşülmesini önlemek amacıyla, temel ilkeyi tekrarlayarak «bu kanunun uygulanması gereken yerlerde» «öteki kanunların» bu kanuna aykırı olan hükümlerinin «uygulanamayacağını» kesinlikle açıklamıştır.

775 sayılı yasanın, genel hükümlere ve öteki kanunlara aykırı düşen yönlerini birer birer saymaya ihtiyaç yoktur. Bir örnek; Gecekondu. Kanununun 21/b maddesinin, Medenî Kanununun 648 ve sonraki maddelerine aykırı düştüğü şüphesizdir. 648. madde uyarınca, arsa sahibinin rızası olmadan ve bir başkası tarafından yapılan yapının, aşırı zarara yol açmadığı durumlarda «yıkılması» istenebilir. 775 sayılı Kanununun 21 ve buna bağlantısı olan öteki maddelerinde yazılı koşulların gerçekleştiği hallerde ise, gecekonduunun «yıkılmaması» kabul edilmiştir.

Böylece özel yasanın müdahalesiyle genel hükmün uygulanması önlenmiş, fiili durum, sınırlı olarak 775 sayılı Kanunun himayesine girmiştir.

GECEKONDU BÖLGELERİNİN TESBİTİ :

Belediye, yapacağı çok yönlü incelemeler sonunda, özel yasanın 16 ve sonraki maddelerinde öngörülen biçimde, Belediye hudutları içerisinde «gecekondu, a) İslâh, b) Tasfiye, c) Önleme böl-

gelerini» tesbit edecek, gerekli fotoğraf, harita ve krokilere bağlatacaktır.

GECEKONDU, BÖLGELER DIŞINDA İSE :

Belirlenen bölgeler dışında kalangecekonduların 775 sayılı yasa ile hiç bir ilişkisi yoktur. Genel hükümlere tâbidir. O halde, yıkım isteği ile Hâkim önüne gelen davada yapılacak ilk soruşturma işlemi, nizalı yerin (gecekondu islâh ve tasfiye bölgesi) içinde bulunup bulunmadığını merciinden, yani Belediyeden sormak suretiyle saptamaktır. Dava konusu yerin, anılan bölge dışında kaldığı Belediyenin cevabi yazısı ile belgelendiği takdirde, dava genel hükümler dairesinde incelenecek, dava sabit olursa muhtesatın yıkılmasına, elatmanın önlenmesine karar verilebilecek, mukabil temlik davası vesair savunmalar incelenecektir.

I.H.D. nin 19.1.1976 gün ve 283/372 sayılı kararında bu hususlara değinilmiştir.

GECEKONDU, BÖLGELER İÇİNDE İSE :

Yasa koyucu, Belediyelere ve İmar-İşkân Bakanlığına çok önemli bir görev vermiştir. Tesbit edilen bölgeler, Belediyeye ait olanlar yanında kişilere ait taşınmazları da kapsamına alıyorsa, adı geçen Bakanlık ile Belediye, kanunda öngörülen süreler içinde kamulaştırma yapacak ve böylece gecekonducuları yıkılmaktan kurtaracak, bina sahiplerini, kanunda yazılı koşullarla borçlandırarak, onları aynı zamanda arsa sahibi haline getirecektir.

Ne yazıktır ki; 775 sayılı yasa 30.7.1966 gününde yürürlüğe girdiği halde bu kamulaştırma görevi tam anlamı ile halâ yerine getirilmiş değildir. (Madde : 5) Bu yüzden davalar, ihtilâflar çoğalıp durmaktadır.

Burada bir soru ile karşılaşılıyor. Belediye kamulaştırmayı hiç yapmazsa veya 20 - 30 yıl sonra yapmayı düşünüyorsa, arsa sahibinin mülkiyet hakkını kullanması Belediyenin arzu ve iradesine mi bırakılmıştır ? Bu sürenin bir sınırı, bu görevin bir müeyyidesi yok mudur. ?

Yasanın amaçladığı kamulaştırma işlemini yapmayan, makul süreleri aşan İdare, kanımızca sorumludur. Bu yön idari, cezai bir davaya konu olabilir. Fakat bu hal, kanun uygulayıcısı olan Hâkimi bağlamaz. Koşulları varsa, Hâkim, sırf bu nedenle yıkma kararı veremez.

Her görevin karşılığında bir sorumluluk bulunması genel kuraldır. Yasada, kamulaştırma görevini yerine getirmeyen İdare hakkında sorumluluğa değinilmemiş, bu konuda bir (boşluk) bırakılmıştır. Bu yetmiyormuş gibi, 15.5.1976 günü yürürlüğe giren 1990 sayılı Kanununun 7. maddesinde, görevlerini yerine getirmeyen Belediye sorumluları ceza hükümlerinden korunmuştur.

Kanunun amacına uygun şekil ve **sürede**, arsa sahibine ait mülkiyet hakkının muhafazası, vatandaşın Devlete olan güveninin sarsılmaması, taşınmazmal sahibinin gecekondularla ve Belediye ile cenkleşir hale getirilmemesi, çekişmelerin uzun yıllara sirayet ettirilmemesi Hukuk Devletinin gereği ve bizim de en içli dileğimizdir.

Gecekondunun Yıkılmasını Önleyen Yasal Koşullar :

1 — Bunlardan ilki, yukardaki değinmelerde de açıklandığı gibi, gecekondunun, Belediyece tesbit edilen islah ve tasfiye bölgesi içinde bulunmasıdır.

2 — Resmî Gazetenin 15.5.1976 gün ve 15588 sayılı nüshasında yayınlanan ve 775 sayılı yasaya geçici maddeler ekleyen 1990 sayılı kanununun 8. maddesine göre, gecekondunun 1.3.1976 gününden önce inşa edilmiş olması gerekmektedir. Son değişiklikten önce bu tarih 30.7.1966 idi.

3 — Sözü edilen tarihten önce inşa edilen gecekondunun, 16 ve 17. maddelerde öngörülen şekilde tesbit işleminin tamamlanmış olması gereklidir. Mahkemece bu yön iyice araştırılmalıdır.

4 — Gecekondunun sahibinin 25. madde uyarınca «arsa tahsisine hak kazanmış» kişi olduğu kesinlikle saptanmalıdır. Bu konuda Mahalle Muhtarlığından alınacak bir ilmuhaber asla yeterli sayılmaz. Sözü edilen maddenin son fıkrasında açıklanan yönetmeliği uygulamak Belediyeye ait bir görev olduğu için, gecekondunun sahibinin, 775 sayılı Kanunun sağladığı olanaklardan yararlanma hakkı bulunup bulunmadığı hususu Belediyeden sorulup belgelendirilmelidir.

5 — Ayrıca 25. maddenin (a) bendinde açıklandığı gibi, gecekondunun sahibinin 27. maddede yazılı bağışıklıklardan yararlanma hakkı olup olmadığı ve bu maddenin öngördüğü sürelerin sona ermiş bulunup bulunmadığı aynı yoldan araştırılıp saptanmalıdır.

Şimdi yazımızın başlığını teşkil eden soruyu yanıtlıyalım :

Yukarda sıralanan koşulların birarada bulunduğu saptanması halinde, **gecekondu yıkılamaz veya bedel karşılığında, yer sahibi olan kişiye temlikine karar verilemez.** Bu isteğe ilişkin dava reddedilecektir.

Elatmanın Önlenmesi İstekleri :

Çoğunlukla arsa malikleri tarafından gecekondu sahipleri aleyhine açılan davalarda (kal =) yıkım isteği yanında elatmanın önlenmesi ve ecrimisil istekleri de yer almaktadır. Şartları var olduğu için yıkım isteğinin reddedilmesi zorunluğuna rağmen, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerinin incelenmesini, gerekiyorsa kabulünü önleyecek yasal bir hüküm bulunmadığı kanısındayız. O halde kal isteği reddedilirken elatmanın önlenmesine ve kanunun aradığı şartlar varsa ecrimisilin tahsiline dair hüküm tesisinde bir sakınca görmüyoruz. Ancak konu tartışılmaya değer. Gecekondu yıkılmıyor amma, sahibinin yararlanması önleniyor. Böyle bir karar zıt hükümleri kapsamıyor mu ? Ortada hukukî bir çelişki yok mudur. ?

Kanımızca yoktur. Çünkü, yasa koyucu gecekonduyunun sadece yıkılmamasını amaçlamış, ilerde kamulaştırmaya giderek, arsa sahibinin Medenî Kanundan ve bina sahibinin 775 sayılı yasadan doğan haklarını bağdaştırmayı, hazır yapılmış bir konutu yıkmak ve vatandaşı yeniden bir konut inşasına zorlamak, onu iktisaden sarsmak yerine, mevcudu korumayı düşünmüştür. Buna karşı, arsa sahibi, rızası dışında inşa edilen gecekonduyunun işgal ettiği alana, bina sahibinin elatmasının önlenmesini istemeye yetkilidir. Hem böylece bina sahibi, bir an önce yararlanma hakkını sağlamak için Belediyeyi kamulaştırmaya yöneltecektir. Yani arsa sahibinin mülkiyet hakkı 775 sayılı yasa ile sınırsız şekilde kısıtlanmış değildir. (Ya kamulaştırın, ya da arsama girmenize izin vermiyorum) diyebilme hakkı önlenmemiştir.

Elatmanın Önlenmesi ve Yıkım İstekleri Arasındaki İlişki :

1. Hukuk Dairesinin (Elatmanın önlenmesi isteği, yıkım isteğini de kapsar) yolunda çok sayıda kararı vardır. Fakat o kararların yazımız konusu ile hiç bir ilişkisi yoktur. Her olay kendi koşulları ve özellikleri içinde incelenir. Örneğin, 19.1.1976 gün ve 393/430 sayılı kararda (Yapı menkül niteliğinde basit bir baraka olduğuna, menî müdahale isteği kal'ide kapsadığına göre yıkım

kararı verilmesi doğrudur) denmektedir. Bu olayda, davacının çaplı arsasına, kiracılık savunmasını kanıtlıyamayan davalı basit bir baraka inşa etmiş, davacı dava dilekçesinde sadece elatmanın önlenmesi isteğine değinmiş ise de, asıl amacının davalıyı, taşınmazından çıkartmak ve yararlanmasına engel olan muhtesatı yani menkul niteliğindeki barakayı yıktırmak suretiyle elatmasının önlenmesini sağlamak olduğu anlaşılmış ve Mahkemece de istek bu yolda kabul edilerek, yıkım suretiyle elatmanın önlenmesine karar verilmiş ve bu hüküm aynı gerekçe ile onanmıştır. Diğer kararlar da aynı özellikleri taşımaktadır. Halbuki 775 sayılı yasa uygulama alanını çizmiş, amacını açıklamış, elatmanın önlenmesi isteği ile yıkım isteğini birarada düşünmemiş, sadece gecekonduyu yıkılmaktan korumak istemiş, bu çizginin dışındaki hak alanına girmemiştir. Dairenin emsal kararlarının gecekondu bölgeleriyle ve hele bina niteliğindeki muhtesatla alâkası yoktur.

UYGULAMALAR :

Gecekondu, Bölge Dışında İse Yıkılır :

«Davalının gecekondu inşa ettiği taşınmaz, Belediyenin cevap yazısına göre, gecekondu islah ve tasfiye bölgesi dışında kalmaktadır. Hal böyle olunca 775 sayılı Kanununun 21. maddesinin uygulanması söz konusu değildir. Davacı Belediyeye ait arsa, muhtelif kimseler tarafından işgal edilmiş ve üstüne 6 bina yapılmıştır. Bu binaların biri davalıya aittir. Davalılardan her birinin binası ile işgal ettiği sahanın değeri, zemin değerinden fazla olmadığına ve binalarda gecekondu niteliği üstün bulunduğuna göre, kal kararı verilmesinde yolsuzluk yoktur».

19.1.1976 - 283/372

«Davacı Belediyenin 21.2.1975 tarihli yazısında, dava konusu yerin, gecekondu islah ve tasfiye bölgesi dışında kaldığı açıklandığı halde, bu cihet gözönünde tutulmadan davanın reddine karar verilmesi yolsuzdur».

30.6.1976 - 6769/6817

«Belediyenin 22.2.1975 günlü yazısında, dava konusu taşınmazın 711 sayılı islah bölgesi içinde bulunduğu bildirildiğine göre, 775 sayılı Kanununun 21. maddesiyle buna bağlı öteki maddeleri uyarınca inceleme yapılmadan gecekonduyunun yıkılmasına karar verilmesi yolsuzdur».

9.2.1976 - 1233/1256

Binanın Gecekondu Bölgesinde Bulunduğu Yolunda Bir Savunma Yoksa :

«Duruşma davalının gıyabındadır. Nizalı yerin gecekondu islâh ve tasfiye bölgesi içinde kaldığı yolunda bir savunma mevcut değildir. Bu itibarla gecekondu niteliğindeki yapı bakımından 775 sayılı Kanunun 21 ve ilgili maddeleriyle bir bozmaya gitmek imkânı yoktur. Bir odadan ibaret bulunan binanın basitliği, bilirkşi raporunda açıklanmıştır. Bina gecekondu niteliğinde olduğuna göre yıkım kararı verilmesi doğrudur».

4.5.1976 - 3437/4723

775 Sayılı Yasaya Dayanan Savunma Varsa :

«Davalı, davacı Belediyeye ait 1 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki gecekonduğunu 1949 yılında yaptırıp vergiye kaydettirdiğini, mezkûr yapının 6188 sayılı yasanın himayesine girdiğini savunduğuna göre, bu savunma gereğince, gerçekten sözü edilen yasanın 6188 sayılı yasayı değiştiren 775 sayılı yasanın koruduğu yapılardan olup olmadığı yönü 775 sayılı Kanunun 16, 17, 21/a, 25/a ve 27. maddeleri gereğince yapılacak inceleme ile saptanıp uyumsuzluğun varılacak sonuç dairesinde çözülmesi gerektiği düşünülmenden karar verilmesi isabetsizdir».

14.5.1974 - 3243/3566

Gecekonduunun Bedel Karşılığında Temlik Olanığı Yoktur :

«... Nizalı parselin gecekondu islâh bölgesi sınırları içinde kaldığı belirtilmiştir. Mahkemece gecekondu yıkılmamış, bedeli karşılığında davacı yer sahibine temlik edilmiştir. Mahkeme temlike karar verirken 775 sayılı kanunu değil, Medenî Kanun hükümlerini uygulamıştır. Halbuki bu yapıların mukadderatının, 775 sayılı Kanunun 21. maddesiyle buna bağlı öteki maddeler uyarınca incelenmesi öngörülmüştür. O halde temlik mümkün değildir».

25.1.1975 - 8199/10906

Not : Koşulları varsa menimüdahaleye dahi karar verilemeyeceğine ilişkin olarak bu kararda yer alan görüşünü Daire sonradan değiştirmiştir.

Yıkıma Karar Verilemeyen Ahvalde Menimüdahaleye Karar Verilebilir :

«Daire kararının 2. sahife 3. paragrafında (koşulların varlığı takdirinde, gecekondü, yapı sahibinin yararlanmasına bırakılacaktır) tarzında yer alan düşüncenin yanılıya dayandığı, yıkma kararı verilme bile elatmamın önlenmesine karar verilebileceği, Daire ilâmında sözü edilen yasa hükümlerinin bu sonucu engellemediği anlaşılmıştır. Bu nedenle (müdahalenin menine karar verilemeyeceği) anlamını kapsayan tümce ve sözcüklerinbozma ilâmından çıkarılması suretiyle kararın düzeltilmesine oybirliği ile karar verildi».

30.4.1976 - 4953/4638

Hazine Arsası Üzerindeki Gecekondü :

«Hazineye ait taşınmaz üzerindeki davalı binası, hukukî niteliği ve teknik yapısı bakımından (gecekondü) durumunda olduğuna göre, yıkılarak elatmanın önlenmesine karar verilmesi doğrudur».

10.5.1976 - 4925/4907

Kamu Malı Üstündeki Gecekondü, Yıkımda Aşırı Zarar :

«Dava konusu taşınmaz kamu malı ve üstündeki yapı ise gecekondü niteliğindedir. Medenî Kanununun 648 ve sonraki maddeleri ancak kişisel taşınmazlar için uygulanabilir. Bir an için yapının yıkılmasının aşırı zarar doğuracağı kabul edilse bile, kamuya ait taşınmazın yukarda sözü edilen maddeler uyarınca temlik edilmesi olanağı yoktur».

9.12.1975 - 11264/11287

Kumsal Yerler :

«Denizin uzantısı sayılan kumsal yerler, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki arazilerdendir. Bu yerler özel mülkiyete konu teşkil edemez. 6367 ve 775 sayılı kanunla Belediyeye geçen yerlerden değildir. Hazinesinin açtığı iptal davasının kabulü doğrudur».

11.12.1975 - 11315/11312

Kayalık Yerler :

«Dava konusu yerin kayalık olmasına ve son keşifteki bilirkişi ecrimisile mütehammil olmadığını belirttiğine göre, ecrimisile hükmedilmemesi doğrudur. Dava konusu yer kişiye ait olduğuna, 775 sayılı Kanunun 21. maddesi ancak Belediyeye ait olan veya kanun uyarınca Belediyeye intikali gereken taşınmazlara ilişkin hükümleri kapsadığına göre, davalının bu maddeden herhangi bir şekilde yararlanması söz konusu olamaz. Dava konusu yerin, davacının çap kapsamına girdiği saptandığına ve bir iptal davası da mevcut olmadığına göre, kaydın evveliyatının ve dayanağının götürülmesi de zorunlu değildir. Verilen menî müdahale kararı doğrudur».

23.10.1975 - 9752/9742

Nehir Metrükâtı :

«Dava konusu yer nehir metrükâtıdır. 1757 sayılı Kanunun 19/h maddesinde, nehir metrükâtı olan yerlerin Toprak ve Tarım Müsteşarlığı emrine geçeceği, mülkiyetinin Hazineye ait olacağı kabul edilmiştir. Hal böyle olunca, Belediye sınırı içinde bulunan dava konusu yerin mülkiyetinin 775 sayılı Kanunla Belediyeye geçtiği kabul edilemez. Mülkiyet Hazine uhtesinde kaldığına ve Belediyeye bir intikal vaki olmadığına göre, dava açmak hakkı Hazineye aittir. Husumete ehil olmayan Belediyenin açtığı davanın reddedilmesi sonucu bakımından doğrudur».

13.11.1975 - 10534/10532

Arsa Belediyeye Geçmişse :

«Kadastroca tesbit dışı bırakılan yer Belediye sınırları içerisindedir. Belediye sınırları içerisinde kalan yerler 775 sayılı Kanunun 3. maddesindeki istisnalar dışında Belediye uhtesine intikal etmiş bu bulunduğuna göre, nizalı yerin bu kanun hükmü karşısında durumunun incelenmesi, Hazinesinin uhtesinde kalan yerlerden olmadığı anlaşıldığı takdirde Belediye aleyhindeki davanın incelenmesi gerekir».

23.6.1975 - 6567/6513

Vakıf Mal Üzerindeki Gecekondu :

«775 sayılı Kanunun 4. maddesinde, vakıf malların gecekondu islâh bölgesi olarak Belediyelere nasıl geçeceği açıklanmıştır. Buna göre, gecekondu islâh bölgesinde vakıf malların ancak bedelleri

ödenmek suretiyle Belediyelerin mülkiyetine geçeceği hükme bağlanmış ve Belediye yazısına göre böyle bir alım - satım işlemi yapılmamıştır. Bu nedenle verilen menî-müdahale ve kal kararı doğrudur».

26.5.1976 - 5418/5391

Tüzel Kişiliğe Ait Arsa Üzerindeki Gecekondu :

«Dava konusu taşınmaz Davacı tüzel kişiliğe aittir. Bu niteliği itibariyle 775 sayılı kanunla Belediyeye geçen yerlerden olmadığı için, sözü edilen Kanununun 21. maddesinin uygulanması olanağı yoktur. Davacının bu taşınmazı sonradan satın alması, M.K. nun 618. maddesine dayanarak, davalı tarafından daha önce vaki olduğu ileri sürülen tecavüzün önlenmesini istemek hakkını ortadan kaldırmaz. Davacı malik, davalı fuzuli şağildir. İşgalin geçerli sayılmasını gerekli kılacak hiç bir hukukî neden yoktur. Verilen men ve kal kararı doğrudur».

23.10.1975 - 9661/9770

Taşkın İnşaatı 775 Sayılı Kanun Korumaz :

«Sınır komşusu olan davalı, kendi taşınmazını aşarak davacının parseline bina inşa etmiştir. Bu nitelikteki bir tecavüz durumu 775 sayılı Kanunun himayesine mazhar olacak hallerden değildir».

12.4.1976 - 4200/3861

Ecrimisil :

«1 — Dava konusu taşınmazın gecekondu islah ve tasfiye bölgesi içinde bulunması, davacı Vakıflar İdaresinin mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaz.

2 — Kal talebinin reddedilebilmesi için 775 sayılı Kanununun 21. maddesiyle buna bağlı öteki maddelerindeki koşulların varlığının tesbit edilmesi gerekir. Bu yön incelenmeden kal isteğinin reddedilmesi yolsuzdur.

3 — Ecrimisil için tahakkuk tarihleri esas tutularak faize hükmedilmesi lâzım gelirken, yazılı şekilde ihtar tarihinin başlangıç tutulması isabetsizdir.

4 — Kabule nazaran ecrimisil takdir edilmesi de doğru değildir».

14.6.1976 - 6292/6297

Gecekondu Sahiplerinin Dava Açabilme Hakkı :

«Davacılar, başkasına ait yer üzerindeki gecekonduların sahibi olan, fer'i zilyet durumunda bulunan kimselerdir. Davacılar, davacılar adına tapu kaydına dayanılarak yapılan tesbitin yolsuz olduğunu, tesbitin dayanağı olan kayıtların geçersizliğini ileri sürerek, iptal isteği ile bu davayı açmışlardır. Fer'i zilyet sıfatını haiz kimselerin, mülkiyet hakkına sahip olanlar aleyhine böyle bir dava açmak yetkileri yoktur. Tapu tesisinde bir takım yolsuzluklar yapılmışsa, davacılar bu hususu ancak bir vatandaş sıfatı ile merciine ihbar edebilirler. Kendilerini geçerli bir hak sahibi yerine koyarak böyle bir iptal davası açmak yetkileri yoktur. Davanın reddine dair hüküm doğrudur».

11.5.1976 - 3625/4993

Gecekondu Davasındaki Aktif Husumet :

«Dava konusu yerin 775 sayılı kanunla Belediyeye geçen yerlerden olmadığını, sözü geçen kanunun 3/2. maddesi uyarınca incelenmesi, Belediyeye geçen taşınmazlardan olduğu anlaşıldığı takdirde, Hazinesinin açtığı bu davanın, aktif husumet yönünden reddedilmesi gereklidir»,

22.3.1976 - 2788/2911

«Davacı Hazine, 775 sayılı yasaya dayanarak, davalı şirket aleyhine tapu iptali davası açmıştır. 775 sayılı kanunda, kural olarak, Belediye sınırları içinde bulunan ve Hazineye ait olan taşınmazların mülkiyetinin Belediyelere geçeceği kabul edilmiştir. Bu temel kuralın istisnaları ise, sözü geçen yasanın 3. maddesinde sayılmıştır. Bu itibarla, dava konusu taşınmazın 3. maddede açıklanan istisnalara dahil olup olmadığını saptanması, bu inceleme sonunda mülkiyetin Belediyeye intikal eden yerlerden olduğu anlaşıldığı takdirde, hazinenin açtığı bu davanın **aktif husumet** yönünden reddedilmesi doğrudur. Bu yön incelemeyen davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olduğundan, tashih isteğinin kabulü ile Dairenin bozmaya ilişkin bulunan ilâmının yukarıda açıklandığı şekilde değiştirilip düzeltilmesine **oyçokluğu** ile karar verildi.

Karşı oydaki üyelerin düşünceleri (**Muhalefet şerhi**) : Dava konusu taşınmazların davalı şirket adına yapılan tapulama tesbitine... Köyü tüzel kişiliği tarafından itiraz edilmiş, Tapulama Mahkemesince itiraz reddedilerek, nizalı taşınmazların davalı şirket adına tesçiline dair verilen 18.7.1967 günlü karar kesinleşmiştir. Son-

radan... Köyünün Belediye haline gelmesi ve köye halef olması nedeniyle, dava konusu taşınmazları iktisap etmesi hükmen engellenmiştir. Dairenin bozma kararında ayrıntılarıyla belirlendiği gibi, mülkiyetin Hazineye aidiyetinde kuşku bulunmayan nizalı parseller, 775 sayılı yasaya göre Belediyeye devredilmek istense bile, Belediye, şu ilâm karşısında iktisapta bulunamayacaktır. Kaldı ki, 775 sayılı yasanın amacı, gecekondü bölgesinde, koşullara sahip gerçek kişilere mesken sağlamaktır. Davalı şirket ise, kanunun öngördüğü gerçek kişilerden olmadığı için bu bölgede taşınmazmal edinmesi ve üzerine tesisler kurması kanuna açıkça aykırı düşmektir. Bu nedenlerle karar düzeltme isteğinin reddedilmesi düşüncesindeyiz».

30.12.1975 - 11524/12107

775 Sayılı Yasaya Göre Yapılan Tahsisler (Ayrımlar) :

a) «775 sayılı yasaya tevfikan davalı adına yapılan ayırım, bilahare idarece hatalı bulunarak, ikinci bir kararla ayırmanın kaldırılmasına karar verilip, bu karara karşı, davalı tarafından idarî kazaya muracaat edilmeyerek kesinleşmiş bulunmasına ve bu suretle davalı tapusunun hukukî mesnedi kalmamış olduğuna göre, iptal davasının kabulü doğrudur.

Not : Davacı Belediyedir».

19.11.1974 - 8863/8579

b) «Belediyece 775 sayılı kanuna dayanılarak dava konusu taşınmazın davalıdan geri alınmasına karar verilmiştir. Davalıya yapılan tahsisin hukukî sebebini kaldıran bu karara karşı Danıştaya gidilmiş, Danıştayca davalının başvurusu reddedilmiş bulunduğuna göre, Davacı Belediyenin açtığı bu iptal davasının kabulü gerekir».

3.3.1975 - 1862/1910

c) «Dava konusu taşınmaz 775 sayılı kanun uyarınca, gecekondü islâh ve tasfiye bölgesi içinde kalmış ve teşekkül etmiş bir kooperatife tahsis edilmiş bulunduğuna ve davalı da bu kooperatifin üyesi olmadığına, bu durum karşısında 775 sayılı Kanununun 21. maddesinin davalı yararına uygulanması imkânı olmadığına göre, verilen kal ve menimüdahale kararı doğrudur».

3.6.1976 - 5632/5819

d) «Taraf tapuları 775 sayılı yasaya dayanılarak tesis edilmiştir. Tapular tesis edilirken, tarafların gecekondü olarak inşa eyle-

dikleri yapıların durumunun esas tutulması gerekir. Davalı, 21.3.1973 günlü dilekçesinde, kendilerine tapu verilirken, gecekondunun bir kısmının davacı parseli içinde kaldığını, tesbit ve tahsisin yukardaki esas gözönünde tutulmadan yanlış yapıldığını ileri sürdüğüne göre, bu yönlerin **geciktirici bir sorun** olarak sayılması ve davalıya tahsisteki bu yanlışlığın giderilmesi için mehil verilmesi zorunludur».

23.3.1976 - 1580/3063

e) «Dava konusu taşınmaz tapu sicilinde davacı adına kayıtlıdır. Bu kayıt tapu sicilinden terkin edilinceye kadar geçerlidir. İptale kadar kayıt geçerli olduğuna göre, malik durumunda olan davacının açtığı bu menimüdahale ve kal davasının incelenmesi gereklidir. Davalının Danıştaya başvurup aldığı ilâmda hasım Belediyedir. Danıştay ilâmında, menimüdahale davacısı taraf olmadığına göre, bu ilâmın davacıya karşı infaz kabiliyeti yoktur. Hal böyle olunca, malik durumunda bulunan davacının açtığı davanın incelenmesi gerekir. Dava sabit olduğu takdirde; davalının **yalnız elatmasının önlenmesine karar verilmesi**, 775 sayılı Kanunun 41. maddesi delâletiyle 21 ve öteki maddelerindeki koşulların varlığından ötürü, gecekondunun **yıkılmasına ilişkin isteğin reddedilmesi gereklidir**».

25.5.1976 4952/5582

Tahsisin Amacına Aykırı Davramışlar :

a) «Dava konusu taşınmaz davacıya 775 sayılı yasaya dayanılarak verilmiştir. 775 sayılı Kanunun 34. maddesine göre, bu gibi taşınmazlarda, harici satış nedeniyle **hapis hakkı tamnması mümkün değildir**. Harici satış bedeli ile lüzumlu ve faydalı masraflara ilişkin hususlar defi zımında incelenemez. Davalının, bu isteklerini dava konusu yapması gerekir».

5.4.1976 - 3608/3569

a) «Davacı, davalıya hernekadar satış vaadinde bulunmuş ise de, dava konusu taşınmaz davacıya 775 sayılı kanuna tevfi kan verilmemiş olduğundan, satışı memnu bulunması sebebiyle davalının davacı aleyhine açtığı ferağa icbar davası reddedilmiştir. Bu suretle davalı fuzuli şağil durumuna düştüğüne ve davacı da harici satış bedeline mahsuben aldığı parayı yatırmak için tediye mahalli istediğine göre, açılan bu menimüdahale davasının kabulü gerekir».

21.10.1975 - 8860/9669

c) Tahsisten sonra trampa akti geçerli midir ?

Yargıtay Onüçüncü Hukuk Dairesinin, konumuza ışık tutan, karar düzeltmeye ilişkin 21.1.1976 gün ve 75/837 E.-76/432 K. sayılı içtihadı : (özetlenerek arzedilmiştir).

Olay : Davacı, 775 sayılı kanuna göre İmar ve İskân Bakanlığınca tahsis edilen ve (başkalarına devir ve ferağ edilemez) şartını taşıyan dairesiyle, aynı şekil ve şartlarla davalıya tahsis edilen daireyi, satış vaadi sözleşmeleriyle değiştirdiklerini, oysa bu sözleşmelerin, anılan yasanın 34. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek feshini ve dairelerin birbirlerine iade edilmesini istemiştir.

Davalı savunmasında : İmar Müdürlüğünün, daireleri değiştirmekte bir sakınca olmadığını Notere bildirmesi üzerine, satış bedeli 17.300.—lira olan dairesini davacıya, davacının da 27.700.—lira satış bedelli dairesini kendisine vererek, isteklerini, ayrı ayrı yaptıkları satış vaadi sözleşmeleriyle gerçekleştirdiklerini, böylece 1967 yılından beri birbirlerine ait daireleri kullanıp, Bakanlığa karşı yükümlülüklerini bu değişiklikliğe göre yerine getirdiklerini ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Hüküm : 775 sayılı Kanunun 34/c maddesine dayanılarak davanın kabulüne dair yerel mahkeme kararı Onüçüncü Hukuk Dairesince onanmıştır.

Karar düzeltme : madde metni deyimisel yoldan yorumlanacak olursa, tahsis olunan taşınmazların 20 yıllık süre içinde değiştirilmesine olanak yoktur. Bu madde, amaçsal yönden yorumlandığı takdirde sonuç başkadır. Gerçekten, madde başlığında da ifadesini bulduğu gibi, yasa koyucunun amacı, tahsis maksadına aykırı davranışları önlemektir. O halde, çözümlenecek sorun, olayda amaca aykırılık olup olmadığını saptamaktan ibarettir.

Taraflara tahsis olunan daireler, İstanbul'da eski eserler civarında, tasfiye edilecek gecekondularda oturmaları nedeniyle kur'a sonucu verilmiştir. Taraflar arasında dairelerin değiştirilmesine ilişkin sözleşmeler yapılmadan önce, İmar Müdürlüğü, ilgili Noterliğe verdiği yazılı cevapta, değiştirme işleminin yapılmasında bir sakınca bulunmadığını bildirmiştir. O halde, dairelerin değiştirilmesinde yasanın amacına aykırı bir davranış yoktur. Çünkü, her iki taraf da tahsisten önce, tasfiye edilecek gecekondularda oturuyorlardı. Değiştirme, ticarî bir maksatla değil, nitelik ve koşullarının durumlarına daha uygun düşmesi nedeniyle yapılmıştır. Da-

valı iyi niyetle ve davacının sözüne, yaptıkları sözleşmelere dayanarak 1967 yılından beri, satış bedeli daha pahalı olan ve davacıya tahsis edilen dairede oturmakta ve o daireye ait yükümlülüklerini yerine getirmiş bulunmaktadır. Davacının, aradan beş yıl geçtikten sonra, iyi niyetle bağdaşmayacak biçimde, şahsi hak doğuran satış vaadi sözleşmelerine rağmen dava açmış olması, Medenî Kanununun 3. maddesine de aykırıdır.

Sonuç : Bu gerekçelerle karar düzeltme isteği oybirliği ile kabul edilerek, onama ilâmı ortadan kaldırılmış, sözleşmelerin iptaline ve dairelerin birbirlerine iadesine ilişkin hüküm bozulmuştur.

13. H. D. 21.1.1976 - E. 75/837, K. 76/432.

KONKORDATO TEMİNAT SORUNU

Y. SEMİH ÖKTEMER (*)

Konkordato, tacir olsun olmasın, borçlarını elinde bulunmayan nedenlerden dolayı ödeme imkânını yitirir duruma girmiş kişi bakımından, ticaret mahkemesinin tasdiki ile oluşan, bu suretle kabul etmeyen alacaklılar için dahi zorunlu hale gelen cebri bir anlaşma yoludur. Böylelikle, malî durumunun elverişsiz hali nedeni ile iflâsın eşiğine gelmiş borçlu, konkordato şartlarına göre, bazan vadeyi uzatmak ve taksite bağlamak (vade konkordatosu), bazan da borç miktarından tenzilât yaptırmak (tenzilât konkordatosu veya yüzde konkordatosu) suretiyle, borçlarını ödemek, ticarî meşgalesine devam imkânını kazanmaktadır. Alacaklılar dahi, belki de çok çüzî miktarda ve zorlukla elde edebilecekleri alacaklarını tahsil edebilmek olanağına kavuşacaklar ve aralarında imkân eşitliği sağlayacaklardır.

İcra tetkik merciince konkordato mühleti verilmesinden, yasanın aradığı ve bu yazının konusu dışında kalan işlemlerin ikmalinden sonra, dosya tasdik kararı alınmak üzere ticaret mahkemesine intikal ettirilir. Ticaret mahkemesinin konkordatoyu tasdik edebilmesi İ.İ.K. 298. maddesinde yazılı şartların ayrıca gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar şunlardır :

1 — Borçlunun alacaklılar zararına olarak doğruluk dışında yahut pek büyük hiffetle hiç bir işlem yapmamış olması,

2 — Borçlunun ödeme konusunda teklif ettiği paranın serveti ne mütenasip bulunması,

3 — Konkordato hükmünün ifası ve kendilerini ihbar etmiş olan imtiyazlı alacaklıların bütün alacaklarının ödenmesi için kâfi teminat verilmiş olması,

4 — Konkordatonun tasdikinin gerektirdiği yargılama giderlerinin ve ilâm harcının tasdik kararından önce borçlu tarafından mahkeme veznesine depo edilmiş olması.

(*) Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi Üyesi.

Bu yazının konusunu 3. bentde yer alan teminatla ilgili sorunlar teşkil etmektedir (İ.İ.K. 298/3).

Borçlu, konkordatonun tasdiki halinde, alacaklılara ödeyeceği para için teminat göstermek zorundadır. Bu genel kuraldır. Bu şart sadece alacaklılar lehine tanınmış bir garanti değildir. Teminat, konkordatonun tasdik edilen şartlar dairesinde yerine getirilmesini mümkün kılmak, borçluyu ifa edemeyeceği şartları kabulden alıkoymak, hem de alacaklılar yönünden bir tediye garantisi sağlamak amacı ile alınmaktadır. Böylece kanun yapıcı hem borçluyu hem alacaklıları korumak istemiştir.

Hangi alacaklılar için teminat gösterilmelidir? Kanuna göre, (konkordato hükmünün ifası ve kendilerini ihbar etmiş olan imtiyazlı alacaklıların bütün alacaklarını tesfiye için kâfi teminat verilmiş) olması gerekir. İ.İ.K. 303. Maddesi uyarınca, tasdik edilen konkordato bütün alacaklılar açısından zorunludur. Ancak rehinli alacakların rehin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ile Devletin kamu hukukundan doğan alacakları ayrı tutulmuştur. Yani istisna edilmiş bu çeşit alacaklar konkordato şartlarından etkilenmezler, bu alacakların belli miktarları üzerinden vadelerinde tamamen ödenmesi zorunludur. Rehlinli alacaklar zaten teminatlı durumda bulduklarından bunlar için teminat gösterilmesi bahis konusu olamaz. Rehlinli alacaklar imtiyazlı alacak deyimi içine girmez. Bu nevi alacaklar doğrudan doğruya merhunun bedelinden tahsil edilecektir. Fakat rehinle karşılanmayan bir kısım alacak kalmış ise bu bölüm alacak yönünden teminat verilmelidir.

İmtiyazlı alacaklar İ.İ.K. 206. maddesinin ilk beş sırasında kayıtlı olan alacaklardır. Bu nevi alacakların, imtiyazsız (adî) alacaklardan önce ödenmesi öngörülmüştür. İşçi alacağı, o şeyin aynından doğan vergi alacağı örnek olarak gösterilebilir. İmtiyazlı alacakların, yukarıda işaret edildiği üzere, konkordato şartlarına tabi tutulmaksızın tamamen ödenmesi gerekir. Buna rağmen bu nevi alacak miktarında teminat gösterilmesi zorunludur ve bu hal konkordatonun tasdik şartını teşkil etmektedir.

İ.İ.K. 298/3. maddesinde imtiyazsız (adî) alaktan bahis yok ise de, (konkordato hükmünün ifası) deyimi ile, konkordatonun kendileri için uyulması mecburi olan imtiyazsız (adî) alacakların kastedildiğinde şüphe yoktur. Bu itibarla bu çeşit alacaklar için teminat gösterilmesi icap eder. Öğreti, Yargıtay İçtihatları ve mahkemelerin uygulaması, teminat miktarının tesbitinde yalnız

imtiyazlı alacakların değil, imtiyazsız alacakların da tamamının gözönünde tutulacağı fikrinde birleşmiştir.

Nizalı yahut taliki şarta veya belli olmayan bir vadeye bağlanmış alacaklar hakkında, icra tetkik mercii hesaba katılmalarına dair karar verdiği takdirde, bunlar içinde teminat gösterilmesi zorunludur.

Ana kural yukarıda belirtilmiş alacaklar için teminat verilmesi gerektiği yolunda olmakla beraber, teminat alınmasından vazgeçilmesi hali geçerlidir. Her alacaklı, alacağı nisbetinde teminat alınmasından vazgeçtiğini, iradesinin bu şekilde tezahür ettiğini bildirebilir. Ancak İ.İ.K. nun 298/3. maddesi bu beyanın açık olmasını emretmiştir: Alacaklı teminat istemediğini açıkça belirtecektir. Bu konuda susmanın, örneğin konkordato teklifini kabul ettiğini bildirmekle beraber teminat isteyip istemediğine işaret etmemiş alacaklının teminatdan vazgeçtiği anlamına gelmediği düşünülerek bu kişinin alacağı teminatın hesabında gözetilmelidir. Önce teminat verilmesi yolunda iradesini açıklayan alacaklı sonradan vazgeçerse, teminatdan sarfınazar eylediğine dair bu beyanı geçerlidir. Alacaklı teminat istememe veya vazgeçme iradesini ne tarzda bildirecektir? Alacaklılar toplantısına katılmış alacaklılar bu toplantı sonunda düzenlenmesi gereken tutanağa bu isteklerini yazdırıp altını imzalamak suretiyle belirtmede bulunabilecekleri gibi, imzalarının kendilerine aidiyetinde kuşku bırakmayacak dilekçeler vermek yolunu seçerek iradelerini açıklayabilmelerine yasal engel yoktur. Şarta bağlı olarak teminat istememe veya vazgeçme hali bahis konusu ise, bu takdirde o alacaklının bu beyanı sonuç doğurmaz, teminat istediği, vazgeçmediği anlamında yorumlanmalıdır. Teminat istememe yahut vazgeçme iradesini belirten dilekçenin ticaret mahkemesinde yapılacak son oturuma kadar verilmesi halinde nazara alınmalıdır.

Teminat ne zaman ve nerede gösterilmelidir? Bu husus uygulanmada çok tereddüt uyandıran konulardan biridir. Konkordato dosyası tasdik için mahkemeye intikal ettiği zamana kadar teminatın gösterilmiş olması şarttır. Mahkemeden teminat şartını yerine getirmek dileği ile süre verilmesi istenemez. Eğer daha evvelki safhada teminat hiç gösterilmemiş ise, kanaatimizce, ticaret mahkemesi iluruşmada borçluya teminat göstermek üzere süre tanıyamaz, sırf bu sebepten İ.İ.K. 298/3. maddesinde yazılı şartın yerine getirilmediği gerekçesi ile konkordatoyu tastik isteğini reddetmelidir. Hele tasdik hükmü ile beraber, örneğin (isteyen alacaklıya tapu

dairelerinde teminat olarak borçlunun ipotek tesis ettirmesine) tarzında karar tesisi yasanın amacına tamamen ters düşer.

Konkordato dosyasının mahkemeye intikali sırasında teminatın noksan alındığı veya teminat sayılamıyacak bir şeyin teminat olarak kabul edildiği anlaşılırsa mahkeme, bu noksanlığın giderilmesini tensip zaptı ile emretmelidir yahut en geç ilk oturumda borçluya kesin süre vermek suretiyle bu noksanlık giderilmelidir. Tekrar etmekte fayda vardır : Borçlu teminat vermek için mahkemeden süre isteyemez. Konkordato dosyası mahkemede incelenirken, gerekli teminatın evvelce gösterilmiş olduğunun anlaşılması şarttır. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihadı bu merkezdedir.

Teminatın nev'i ve miktarı ne olacaktır ? İ.İ.K. nun 298/3. maddesinde teminat nevinden bahsedilmeksizin (kâfi teminat) dan söz edilmiştir. Kâfi teminat deyimi ile, teminat alınmasındaki amacı sağlayacak biçimde teminatın hem nevine hemde miktarına temas edilmektedir : Teminat vasfını taşıyabilecek şeylerin teminat olarak kabulü ve ayrıca miktarının yeterli bulunması arzu edilmiştir.

Konkordato talebinde bulunan borçlunun malî imkânları ve serveti yönünden güç şartlar içinde bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu itibarla teminatın nev'ini tayin ve belli ederken sert davranmamak konkordatonun gayesi icabıdır. H.U.M.K. nun 96. maddesinde yazılı şeylerden hisse senetleri ve tahvilatın veya gayrimenkul rehninin yahut bir bankanın kefaletini gösteren teminat mektubunun teminat olarak kabulüne yasal engel yoktur. Kanaatimizce, İ.İ.K. 36. maddesinde yazılı biçimde menkul rehni de teminat olarak kabul olunabilir. Borçlunun iş yerinde mevcut ve ticaretinin konusunu teşkil eden örneğin satışa arz edilmiş menkul mal varlığı ve emtianın bittabi teminat olma vasfı yoktur. Çünkü, konkordato işlemlerinin ifası sırasında borçlu ticarî işine devam etmektedir. Fakat örneğin ticarethanede bulunan ve ticarî hayatının idamesi için zaruri olan kasa, tezgah, telefon gibi şeylerin ticarethanenin mütemmim cüzünü teşkil eden sair demirbaş eşyanın menkul hükmünde olsa bile teminat olarak kabulüne yasal bir engel yoktur. Bu çeşit eşyanın borçluya ait olduğu fatura vesair evrak gibi belgelere dayanıyor ve usulüne uygun şekilde yapılacak bilirkişi tetkikatı ile anlaşılıyor ise, yine bilirkişi aracılığı ile cins miktar ve değerleri tesbit olunarak bir yedieminin emanetine bırakılmasında ve teminat yerine kabulünde yasal sakınca bulunmadığı görüşündeyiz. Nitekim Yargıtay bir kararında aynen (..... İ.İ.K. nun 298. maddesinin 3. bendi kâfi teminatdan bahsetmiştir. Teminatın ni-

telîğini belirtmediğine göre menkul eşyanın teminat olarak gösterilmesinde yasaya aykırı bir durum görülmemiştir) denilmektedir. (12. HD. 23.9.1974 T. 5015 - 8170).

Kanun (kâfi teminat) deyimini kullanarak, alacaklılara alacaklarını tahsil etmeyi mümkün kılacak ve bu kanaati uyandıracak değer ve kuvvetde teminat alınmasına işaret edilmek istediğinden, şahsi kefâletin kâfi teminat sayılamayacağı yolundaki Yargıtay görüşünde isabet bulunduğunu zannediyoruz (İ.İ.D. 10.7.1969 T. 7848 - 7723).

Konkordato cebri bir anlaşma olduğuna nazaran, alacaklıların borçlu ile anlaşarak belli bir teminat konusu ve miktarını tesbit etmelerinde, anlaşmaya katılmış alacaklar yönünden bir mani mevcut değildir. Bu takdirde bittabi kararlaştırılmış o şeyler teminat olarak kabul edilecektir.

Bir şeyin teminat olarak gösterilip gösterilemeyeceği veya miktarı konusunda çıkan uyuşmazlığın, dosya ticaret mahkemesine intikal etmeden önce İcra tetkik mercii nezdinde ve merci kararı ile çözümlenmelidir. Ticaret mahkemesi dahi, borçlu ile alacaklılar arasında açık bir anlaşma bulunmadığı ahvalde, teminatın cins ve miktarının ve kuvvet derecesinin yeterli olup olmadığının resen incelemek zorundadır.

Konkordatonun tasdiki isteğini kabul veya reddetme konusunda görevli ticaret mahkemesi, incelemesini konkordato komiseri raporuna ve dava tarihindeki duruma göre yapacaktır. Komiser raporunu tanzim ederken, konkordato projesini, alacak borç listesini, borçluya ait ticarî defter ve kayıtları inceleyip borçlunun mevcudunu hatta servetini gözeterek bir sonuca ulaşacaktır. Raporda belirtilen durumda tasdik safhasında bir değişiklik olmuş ise bu değişikliği mahkemenin gözeteceği tabiidir. Bu tarzda varılacak sonuç dairesinde teminat miktarı hesaplanmış olmalıdır. Eğer vade konkordatosu bahis konusu ise rehinli alacakların rehinden arta kalan kısmı, imtiyazlı alacaklar ve imtiyazsız (adî) alacaklardan tümü için teminat istemeyenler hariç bırakılmak suretiyle yüzde yüz üzerinden teminat gösterilmiş bulunması şarttır. Tenzilat yahut yüzde konkordatosu bahis konusu olan ahvalde borçlunun tekliif ettiği ve alacaklılar toplantısında kabul edilmiş borç yüzdesi oranında teminat gösterilir. Teminat miktarını tayinde gerek merciin gerekse mahkemenin takdir yetkisi yoktur. Bir örnekle açıklama yapmakta, konunun aydınlatılması yönünden fayda vardır :

Konkordatonun yüzde atmış oranında kabul edildiği farzedilirse, rehinli alacaktan arta kalan kısım 10 bin TL., imtiyazlı alacak yekûnünü 100.000 TL., teminat isteyen imtiyazsız alacak toplamı 600.000 TL., ise, borçlunun 710.000 TL. toplam alacağın yüzde atmış oranında teminat göstermesi yeterlidir.

Teminatı mutlaka bizzat borçlunun göstermesi icabetmez. Üçüncü bir kişinin borçlu namına, yukarıda belirtilen neviden olmak üzere münhasıran şahsi kefalet biçiminde olmamak kaydı ile, teminat vermesinde bir mahzur yoktur.

MÜŞTEREK (BÜYÜK) VE HUSUSİ AVARYALAR

İSMAİL DOĞANAY (*)

A) UMUMİ HÜKÜMLER

I — TARİFLER :

1. Müşterek Avarya :

TTK. nun 1179. maddesi hükmü «müşterek avarya hareketi» ni tarif etmektedir. Kanunun bu tarifine göre bir deniz olayında müşterek (büyük) avaryanın var sayılabilmesi için; gemi ve yükün müşterek bir deniz sergüzeştine atılmış olmaları bu müşterek sergüzeşte hem «gemiye ve hem de yükü» tehdit eden bir tehlike ile karşılaşmış olmaları ve bu müşterek tehlikeden kurtulmak maksadıyla iradî yani bile bile fedakârlığın yapılmış olması ve ayrıca bu fedakârlık hareketinin de «makul olması» icap etmektedir. Kanunun bu tarifini kısaltmak ve başka bir şekilde ifade etmek istersek diyebiliriz ki; gemi denizde sefer halinde iken «gemi» ve «yükü» birlikte maruz kaldıkları bir tehlikeden kurtarmak gayesiyle, kapitan tarafından veya onun emri ile gemi adamları tarafından kasden gemi veya yük'e yahut her ikisine birden verilen bütün zararlar ve bu uğurda yapılan olağanüstü masraflar «müşterek (büyük) avarya hareketi» sayılır (1), (2).

(*) Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi.

(1) Daha fazla bilgi için, MAZHAR NEDİM GÖKNİL Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1942, Sh. 248 ve müteakip, Ord. Prof. Dr. ERNST E. HIRSCH, Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Ders Notları, Ankara 1945, Sh. 70 (teksir), Prof. Dr. ADİL İZVEREN, Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1960, Sh. 208, Doç. Dr. HAYDAR ARSEVEN, Müşterek Avaryalar, İstanbul 1961, Sh. 30 ve devamı

(2) «Müşterek avaryalara ait milletlerarası esaslar, York - Anvers kaideleri adı altında toplanmış bulunmaktadır. Hükümet tasarısında bu kaidelerin esas tutulmuş bulunması, kanunun bilhassa milletlerarası münasebetlere ilişkin bulunması dolayısıyla encümenimizde de yerinde görülmüştür. Yalnız hükümet tasarısının yapıldığı tarihte mevcut bulunan 1924 tarihli metin yerine bu kaidelerin 1950 de kabul edilmiş olan şekli esas tutularak hükümet tasarısı düzeltilmiştir. Müşterek avarya mefhumunun esaslarını bildiren birinci fıkra hükmü York - Anvers kaidelerinin (A) kaidesiyle (C) kaidesinin ilk fıkrası hükümlerinde pek mühim bir rol oynayan müşterek avarya hareketiyle bu hareketin neticesi olan ve müşterek avaryadan sayılan zarar ve masrafları anlatan müşterek avarya mefhumlarını birbirinden ayırdedecek şekilde ve York - Anvers kaidelerinin ticaret hayatında yaşayan tarifine daha uygun olan bir tarzda kaleme alınmıştır. Netice itibariyle birinci fıkra metni York - Anvers kaidelerine hem lâfız, hem ruh itibariyle uygun bir şekle sokulmuştur.

İkinci fıkradaki değişiklik sırf hükmün daha iyi anlaşılmasını temin için yapılmıştır. Üçüncü ve dördüncü fıkralardaki değişiklikler de aynı mahiyettedir.»

TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, Sh. 412.

Madde metninden de kesinlikle anlaşıldığı veçhile, müşterek (büyük) avaryanın var sayılabilmesi için gemi ve yük'ün «müşterek bir tehlikeye maruz bulunmaları» şarttır. Bu itibarla yalnız gemi veya yalnız yük tehlikeye maruz kalacak olursa, büyük avarya şartı gerçekleşmiş sayılamaz. Tehlikenin doğumuna âmil olan sebebin hiçbir önemi yoktur. Tehlike (riziko) tabii kuvvetlerden ileri gelebileceği gibi (kaptan veya bir başka gemi adamı)'nın kusurundan veyahut da harp halinden de neş'et edebilir.

«Avarya» mefhûmu; yolculuk esnasında gemi ve yük'de — normal dışı olarak — meydana gelen bilumum hasarlarla bu iki unsurla (gemi ve yük'le ve hatta navlunla) ilgili olmak kayıt ve şartıyla ihtiyar edilen bütün masrafları ifade eder.

TTK.nun 1179. maddesi metnine göre bir deniz olayında «müşterek (büyük) avarya hareketi» nin var sayılabilmesi için :

1. Müşterek bir tehlike olması,
 2. Bu müşterek tehlikeden gemiyi ve yük'ü kurtarmak için bile bile (3), (4) bir fedakârlık ihtiyar edilmiş olması,
 3. Tehlikeyi bertaraf etmek için alınmış olan tedbirin kaptan tarafından veya onun emri ile diğer gemi adamları tarafından alınmış bulunması, (5)
 4. Alınan tedbir yüzünden gemiye ve yük'e yahut her ikisine birlikte gerek doğrudan doğruya ve gerekse dolaylı olarak bir zarar verilmiş olması,
 5. Alman tedbir ve bu uğurda ihtiyar edilen olağanüstü (fevkalâde) masraflardan faydalı bir sonuç alınmış olması ve başka bir deyişle gemi yahut yükün tamamı yahut — hiç olmazsa — bir kısmının kurtarılmış bulunması,
- İcap eder.

(3) Davacıların donatıları buldukları Mete vapurunun kırmızı şamandıraya yaslanması sonucu meydana gelen zararın, gemiyi veyahut yükü veya her ikisini müşterek bir tehlikeden kurtarmak maksadıyla kaptan tarafından veya onun emriyle bilerek ve istenilerek yapılan bir manevra sonucu olmaması ve mahza o sırada esmekte olan rüzgâr ve suların şiddetinden geminin durdurulamaması sonucu meydana gelmiş bulunduğu anlaşılmasına göre olayda müşterek avarya yoktur.

Yarg. TD. 23/5/1946 gün ve E. 1945/2164, K. 1342

(4) Fırtına tesiri ile gemi halatlarının kopması ve bunun sonucu olarak başıboş kalan geminin hasara uğramış bulunması hali, müşterek (büyük) avarya kabul edilemez.

Yarg. TD. 3/3/1950 gün ve E. 1949/3546, K. 1052

(5) Tünel altı denilen ve ambar olduğu anlaşılan yerdeki yükleri kurtarmak için kaptanın emriyle tulumba ile su boşaltılması sırasında sözü geçen yerdeki diğer bir kısım malların ıslanmasından mütevellit hasar müşterek avaryadan maduttur.

Yarg. TD. 23/5/1947 gün ve E. 1947/538, K. 1543

Herhangi bir deniz olayında «müşterek avarya»nın bahis konusu olabilmesi, için geminin kısmen veya tamamen yüklü olması lâzımdır. Eğer ortada «gemi» (TTK. m. 816) vasfını hâiz olmayan bir şey varsa veya gemi'de yük yoksa, yahut bunlar müşterek bir deniz sergüzeştine atılmamışlarsa, o zaman, bir «deniz tehlikesi»nden bahsetmeye imkân kalmaz. Kaldı ki, bu tehlikenin taşınmak üzere yük'ün gemiye yüklendiği andan, boşaltma anına kadar devam etmesi gerekir. Eğer bir gemi — otel, depo veya bir satış mağazası olarak kullanılmak üzere — sahile bağlanmış ise, bu takdirde, tahsis gayesi itibariyle ortada bir «gemi»nin varlığından da söz etmeye olanak bulunmadığı için gemi ve yük'de birlikte bir deniz sergüzeştine atılmış sayılamaz (6), (7).

«Tehlike» gemi ve yük'ün ziyasını, başka bir deyişle, zarara uğramasını intaç edecek görünüşte olan bir hadisedir (8). Tehlikenin «filhal» var olması gerekir. İlerde meydana gelmesi muhtemel bir tehlike, «müşterek avarya hareketi»nin kabulü için yeterli değildir.

TTK. nun 1179/f 1. hükmü «York - Anvers» (A) kaidesine uygun olarak fedakârlığın olağanüstü (fevkalâde) olması (9) ve masrafın da aynı vasfı taşıması şartını koymuştur. Bu nedenle bir tehlike halinde vapur pompalarının çalıştırılması, kılavuz ücretleri, liman ücretleri, gemi adamlarının — fazla çalışmalarından mütevellit de olsa — ücretleri, yolculuk icabı ödenen romorkör ve

- (6) Davacı donatan tarafından davalı sigorta şirketinden talep edilen hasar bedeli geminin boş bulunduğu bir zamanda meydana gelen hasarla ilgili olmasına ve büyük avaryada gemi ve yükü için müşterek bir tehlikenin bertaraf edilmesi gayesiyle ve kaptan veya onun emriyle sair gemi adamları tarafından bilerek bir hasarın meydana gelmiş olması icap etmesine göre olayda büyük avaryadan bahsetmeye imkân yoktur.
Yarg. TD. 25/12/1946 gün ve E. 2735, K. 2975
- (7) Boş olarak dönen bir geminin kaptan tarafından karaya oturtulması halinde gemi ve yük'e karşı müşterek bir tehlikeden söz etmeye ve bu tehlikenin bertaraf edilmesi cihtine gitmeğe mahal olmaması sebebiyle büyük avarya söz konusu edilemez.
Yarg. TD. 2/3/1956 gün ve E. 1956/1043, K. 1405
- (8) HAYDAR ARSEVEN, age. sh. 31
- (9) Kaptanın giriştiği bir hareketin müşterek avarya sayılabilmesi için TTK. nun 1179 uncu maddesinde de açıklandığı veçhile yapılan fedakârlık veya ihtiyar edilen masrafın fevkalâde (olağanüstü) olması ve ayrıca mâkul ve mantkî de olması şarttır. Davacılara ait Nil motorunun ana makinesinin su ve yağ tulumalarını çalıştıran eksantriğin daha önceden kırık ve bu haliyle çalıştırılmasına imkân olmadığı ve çalıştırıldığı takdirde de derhal bozulup geminin bulunduğu bölgeden uzaklaşmıyacağına aşikâr ve muhakkak olduğu dosya muhtevassından anlaşılmasına nazaran kaptanın böyle bir makineyi çalıştırtması sonucu kırılan makine piston ve silindiri ile diğer bazı makine aksamının parçalanıp büsbütün çalışamaz hale düşen ve bu nedenle stop etmiş olan adı geçen geminin bu yüzden maruz kaldığı bütün zararlar ile ihtiyar ettiği masraflar kaptanın (mâkul) ve (mantkî) bir tedbir almaması ve alınan tedbirin faydalı bir sonuç elde edilmesine matuf bulunmaması nedeniyle müşterek avarya olarak kabul edilemez.
Yarg. TD. 3/11/1959 gün ve E. 1588, K. 2657.

layter ücretleri, mevsim itibariyle normal sayılabilen buz kırma ücretleri, geminin eskimesi ve icabında makinelerini fazla çalıştırması masrafları, olağanüstü (fevkalâde) fedakârlık ve zarar vasfını taşımaz (10). Fedakârlık bir zarar veya masraf şeklinde tecelli edebilir. Meselâ denize yük atma halinde malın zıyaî sebebiyle husule gelen zarar, kurtarma yardım ücretinin ödenmesi halinde yapılan bir masraf müşterek avaryaya girer.

Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, kaptanın ortaya çıkan bir «tehlike» yi bertaraf etmek gayesiyle, geminin hamûlesi olan yüklerle birlikte gemi alet ve edavatından olan gemi direkleri, çimaları veya yelkenlerini kesme; demirleri, demir halatları veya zincirleri denize atma... gibi bir fedakârlığın (TTK. m. 1184) icap ettirdiği bilumum zararlarla, herhangi bir sebeple karaya oturmuş olan geminin hafifletilmesi suretiyle yeniden yüzmesini (II) temin ve bu şekilde gemi veya bir kısım yükün kurtarılması maksadiyle yükün, yakıtın veya kumanyanın hepsinin yahut bir kısmının mavnalara veya diğer vasıtalara aktarılması halinde ortaya çıkan masraf ve zararlar da «müşterek (büyük) avarya hareketi» ne dahildirler (12).

TTK. nun 1179/f 3. hükmü «ikame masrafı» şeklinde adlandırılması mümkün ve haddi zatında «müşterek avarya» masrafı olmayan ve fakat ilerde müşterek avarya'ya girecek olan daha büyük bir masraftan kaçınmak için, kaptan tarafından ihtiyar olunan bir masraf nev'î olup, bu masraf da «müşterek avarya» garamesine kabul olunur. Ancak, madde metninde de (...başka ilgili şahıslar bu fazla masraflardan faydalansalar bile önlenmiş olan masrafın tutarına kadar, müşterek avarya garamesine kabul olunur) cümlesi ile belirtildiği veçhile, «ikame masrafı» sadece önlenen müşterek avarya masrafına tekabül eden miktar nisbetinde müşterek avarya hesabında nazara alınır, bu miktarı aşan kısım nazara alınamaz. «İkame masrafları» münhasıran müşterek menfaat maksadına matûf olarak yapılan masraf nevilerinden olduğu için

(10) HAYDAR ARSEVEN, age sh. 43

(11) Davacılar aیت Erkan motorunun müşterek tehlikeden kurtulmak için yapılan bir manevra sırasında sığığa oturduğu ve o andan itibaren gemi su almaya başladığı için de kaptanın gemiyi orada batırmamak maksadiyle başka bir geminin yedeğinde daha emin bir yere çektirip sonradan da geminin tamiri ve yüzmesini sağladığı anlaşılmasına nazaran yapılan bu masraflar müşterek avarya'dan sayılır.
Yarg. TD. 7/10/1955 gün ve E. 1955/7923, K. 6674

(12) Limanda tahliye yapılırken gemide çıkan yangın nedeniyle bir kısım yüklerin mavnalara aktarılması ve gerek yükün ve gerekse geminin kurtarılması maksadiyle yangının söndürülmesi masrafları müşterek (büyük) avaryadan madutturular.
Yarg. TD. 3/1/1948 gün ve E. 1850, K. 17

«müşterek avarya» ya dahil edilirler (13). «İkanı masrafı,» müşterek avaryada munzam bir zarar husule gelmesini önleyen bir hal şeklidir.

TTK'nun 1179. maddesinin en son fıkrası hükmüne göre, «müşterek avarya» garamesine (nisbet dahilinde pay edilme şekli) giren zarar ve masraflar, gemi navlun ve yük arasında müteakip madde hükümleri dairesinde paylaşılır.

«Müşterek avarya hareketi» neticesinde husule gelen zararlar-dan dolayı taşıyanın, avarya hükümleri dışında sorumlu tutulabil-mesi için, müşterek tehlikenin doğumunda kaptanın veya taşıya-nın fiilinden mes'ul olduğu diğer bir şahsın kusurunun sabit ol-ması lâzımdır. Böyle bir kusur mevcut olmadığı takdirde, sadece müşterek avarya kaidelerine göre tazminata hükmolunur (14), (15).

(13) «Gemi bir barınma limanındadır ve çok arızalıdır, geminin yükü ile yoluna devam edebilmesi için tamir edilmesi lâzımdır. Aksi takdirde yetkili makamlarca sefere çıkmasına müsaade edilmemektedir. Gemi, diğer bir limanda daha az bir masrafla ve daha çabuk tamir ettirileceğinden, yükü boşaltıyor, başka bir gemi ile varma yerine gönderiliyor, kendisi de diğer bir limanda tamir ediliyor. Tasarruflar evvelâ geminin daha ucuza ta-mir edilmiş olması, sonra bağlama limanında yükün tamir esnasında depo edilmemesin-den mütevellit depolama masraflarının ödenmemesi, barınma limanında fazla liman ücretinin ödenmemesidir. Bunun dışında gemi sahibi tamir için fazla zaman zayi etmediğinden, yeni navlun mukaveleleri yapabilir, yük sahibi yükünü bir an evvel varma limanına gö-türüp satabilir. Burada ikame masrafı olarak yapılan munzam masraflar yüklerin diğer bir gemiye nakli masrafları, gemi navlunu, bu sebeple husule gelen hasarlar, geminin diğer bir limana çekilme masrafları ilh...dır.»

Diğer bir misal: Geminin tamiri için yükün boşaltılması, depo edilmesi lâzımdır. Yükün depo edilmesi için karaya kadar taşınması ve bir ambara konulması gerekir. Bunun ye-rine yük bazan Layterlere yüklenir ve tamir müddetince Layterlerde bekletilir. Layter masrafları, depo ve nakliye masraflarından azdır. Bu prensip İngiliz dispeççileri tarafından bir ikame masrafı olarak kabul edilmiştir.

Yine başka bir misâl: Yükün değeri azdır, fakat o yükün nakli ve muhafazası masraflıdır. Meselâ kömür yükünde olduğu gibi. Geminin tamiri için yükün karaya çıkarılması lâzım-dır. Nakliye ve depo masrafları fazladır. Bunun için kaptan yük sahibinin rızası ile yükü satar, yerine tamirden sonra yeni yük alır. Alış ve satış arasındaki fark, nakliye ve muhafaza masraflarından azdır ve bir ikame masrafı olarak kabul edilmektedir.»

LOWNDES - RUDOLF, General Average, 8. bası, Londra 1955, Stevens and Sons limited (HAYDAR ARSEVEN, age. sh. 57 ve 58 den naklen).

(14) Davalının, limandan ayrıldıktan sonra zuhur eden fırtına nedeniyle davacı idareye ait 36 ton odundan 24 tonunu, geminin su alıp batması tehlikesi karşısında denize attığı ve bu halin de mücbir sebep kabul edilmesi gerektiği dosya muhtevası ile sabit olduğuna naza-ran, tazminat isteminin reddine ilişkin mahkeme kararı doğrudur.

Yarg. TD. 12/12/1949 gün ve E. 1949/5432, K. 5242.

(15) Davacının, ıslanmak suretiyle hasar ve ziyatna sebebiyet verildiğini iddia ettiği mamul tütünlerin taşıma sırasında zuhur eden şiddetli fırtına yüzünden ıslanarak hasara uğradığı ve bu hasarın davalı gemi sahibinin kusur ve ihmali ile vuku bulmayıp mücbir sebep (fır-tına) yüzünden meydana geldiği ve bu hususta davalıya atfedilecek bir kusur olmadığını dosya muhtevası ve özellikle bilirkişi mütalâası ile anlaşılmasına nazaran davalı taşıyanın bundan sorumlu tutulması mümkün değildir, böyle bir halde müşterek (büyük) avarya hükümleri uygulanamaz.

Yarg. TD. 29/5/1950 gün ve E. 2523, K. 2632.

2. Hususî Avarya Hali :

«Hususî avarya» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1180. maddesine göre bir kaza neticesinde gemi ve yük'e bir zarar verilmiş ve bu yüzden bir ziya ve masraf husule gelmiş ise bu zarar ve masraf «müşterek avarya hareketi» ne girmiyorsa ve ayrıca «navlun ve teferruâtı dışında kalan prim ve masraflar» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1075. maddesinde düzenlenmiş olan «küçük avarya» masraflarından da değilse, o zaman, böyle bir zarar ve masraf «hususî avarya» dan maduttur. Bu haliyle «hususî avarya,» müstakil bir müessesese mahiyetinde değildir.

Yukardaki açıklamadan da anlaşılacağı veçhile, bir zarar veya ihtiyar edilen bir masrafın «hususî avarya» olabilmesi için normal olmayan bir hadiseden doğması lâzımdır. Madde metninde (... ve hususiyle) kelimesiyle misal olarak zikredildiğine işaret edilen ve (...gerek yolculuk sırasındaki, gerek yolculuktan sonraki bir gecikmeden meydana gelen — işsiz kalma zararları gibi — gemiyi veya yük'ü ilgilendiren bütün zararlar veya ziyanlar ile bir müşterek avarya hareketinin dolayısıyla neticesi olan — rayiç farkından meydana gelen ziyanlar gibi — zararlar) «hususî avarya» dan maduturlar. Bu arada iki geminin çatışmasından (TTK. m. 1216) mütevellit bir zarar ile bir geminin imdât talebi üzerine diğer bir geminin kurtarma ve yardıma (TTK. m. 1222) gelmesi nedeniyle kurtarmaya gelen gemiye ödenen yardım masrafı... gibi masraflar da «normal dışı» zarar ve masraflar oldukları için bunlar da «hususî avarya» sayılırlar. Bu misâlleri daha müşahhâs bir hale getirmek istersek diyebiliriz ki, müşterek avarya sonucu hasara uğrayan bir geminin tamirde kaldığı süre içinde navlun mukavelesi yapamaması veya bu hususta daha önce yaptığı mukaveleleri yerine getirememesi nedeniyle donatanın uğradığı kâr mahrumiyeti yahut yükün varma limanına zamanında varamaması sonucu alıcının satış akdini bozması ve hatta iptidaî maddesiz kalıp çalışamayan fabrikanın bu yüzden uğradığı zararlar «müşterek avarya» (TTK. m. 1179) sayılmadığı ve müşterek avarya hareketinin dolayısıyla sonucu olan zarar ve masraflardan madut buldukları için bütün bunlar «hususî avarya» dan maduturlar.

«Hususî avarya» da herkes kendi zararını kendisi çeker, başka bir deyişle zarar ve masraf — müşterek avaryada olduğu gibi — paylaşılmaz. Ancak, «hususî avarya» neticesi bir zarara uğrayan şahıs, zarara sebebiyet veren kimseye karşı rucû hakkı vardır. Zarara sebebiyet veren kimse donatan (gemi sahibi), yük sahibi veya bir

başkası olabilir. Bu rucû hakkı — sigorta mukavelesi gibi — bir akitten doğabileceği gibi haksız fiil veya haksız iktisaptan da neş'et edebilir.

Daha önce de değinmiş olduğumuz veçhile; normal dışı bir masraf ve zararın «hususî avarya» (TTK. m. 1180) veya «küçük avarya» (TTK. m. 1075/3) sayılabilmesi için bu zarar ve masrafın «müşterek avarya hareketi» ne (TTK. m. 1179) girmemesi gerekir. «Küçük avarya» ile «hususî avarya» arasında sadece bir mefhûm farkı vardır, yoksa meydana gelen hukukî netice bakımından bir fark yoktur. Çünkü, her ikisinde de, büyük avarya (TTK. m. 1179) dışında kalma ve ayrıca meydana gelen zarar ve masrafın paylaşılmaması unsuru, müşterektir.

Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, hususî avarya zarar ve masraflarından gemiye ait olanı gemi maliki, yük'e ait olanı da yük sahibi çeker (16).

II — TEHLİKEYE SEBEBİYET VEREN KİMSENİN DURUMU :

«Tehlikeye sebebiyet veren kimsenin durumu» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1181. maddesi hükmüne göre, gemi ve yük'ü birlikte tehdit eden «tehlike» nin (TTK. m. 1179) üçüncü bir şahsın veya ilgililerden — donatan, taşıyan, yük ve navlun ile ilgili olan yolcu ve gemi adamlarından — birinin kusurundan doğmuş olması hali «müşterek avarya» hükümlerinin uygulanmasına mâni olmaz.

«Kusur» olarak kabul edilebilecek fiil ve hareketler; «ilgililer» ile «üçüncü şahıs» durumunda olan kimselere göre değişik şekiller arz'ederler. Mesela, donatan geminin hususiyetleri hakkında bildiği malûmatı kaptana vermemiş ve bunun sonucu olarak da «müşterek avarya hareketi» doğmuş ise, elbette donatan kusurlu sayılır. Ayrıca, kaptan — bu sıfatla — kendisine düşen gerekli tedbirleri almamış ve donatan da bu durumu bildiği halde sesini çıkarmamış

(16) Davalının sahibi ve kaptanı bulunduğu (Şengül) motorunun davacı Ereğli Kömürleri İşletmesine ait maden direkleri yüklü olduğu halde İğne'adadan Zonguldak'a müteveccihen hareket ettikten bir süre sonra husule gelen kesif sis sebebiyle lüzumlu bütün tedbirleri almış olmasına rağmen, deniz seviyesinde bulunan ve ilk nazarda görülemeyen kayalara oturup ahiren de çıkan fırtına nedeniyle parçalandığı ve bu arada davacıya ait maden direklerinin de denize dökülmüş bulunduğu dosya muhtevası ile anlaşılmış ve bu haliyle olayda (müşterek - büyük - avarya)'nın kabulüne imkân bulunmamış ve olay tamamen (hususî avarya) mahiyetinde kalmış olmasına ve hususî avarya halinde de meydana gelen zararın gemiye ait olanına gemi malikinin ve yük'e ait olanına da yük sahibinin katlanması gerekmesine binâen mahkemenin maden direklerinin tazmini ile ilgili olarak davacının açtığı davayı reddetmesinde hiçbir isabetsizlik yoktur.
Yarg. TD. 25/4/1961 gün ve E. 1960/3603, K. 1961/1342

ve bu yüzden de «müşterek avarya» doğmuş ise yine donatan kusurlu addolunur. İyi bir taşıyanın göstermekle yükümlü olduğu dikkat ve ihtimamın gösterilmemesi sonucu — mesela geminin kumanyasız, kömürsüz, akaryakıtsız bırakılması veya tamire muhtaç olduğu halde tamir ettirilmemesi (17), yahut kötü bir istif sonucu doğan tehlikeyi bertaraf etmek için bir barınma limanına sığınmış olunması... gibi — haller nedeniyle bir «müşterek avarya hareketi» doğmuş ise, olayda, taşıyanın «kusuru» var sayılır. Taşıtan veya yükletenin malın cinsi veya mahiyeti hakkındaki yanlış veya gerçek dışı beyanı (TTK. m. 1064) üzerine gemiye yüklenen bir tehlikeli maddenin — barut veya emsâli infilâk edici maddelerle kolay ve derhal yanıcı cinsten bir madde nedeniyle — gemide yangın (18) çıkmış ve daha sonra da bundan dolayı «yangın söndürme müşterek avaryası» meydana gelmiş ise, olayda, taşıtan veya yükletenin kusurunun varlığını kabul etmek icap eder (19). Aynı tehlikeli durum yolcu ve gemi adamlarının bagajlarından (TTK. m. 1127) doğmuş ise «kusur» ve sorumluluk hali aynıdır.

TTK. nun 1181. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmüne göre, «müşterek avarya hareketi» ne sebep olan kusurlu kişi sadece kendisinin uğradığı zarar için «müşterek avarya» paylaşmasından herhangi bir şekilde tazminat isteyemeyeceği gibi ayrıca bizzat kendisinin sebep olduğu avarya garamesine iştirak edenlerin bu yüzden uğradıkları zararlardan da onlara karşı mesul olur ve onların zararlarını ödemek zorunluğunda kalır.

«Müşterek avarya» sonunda meydana gelen zarar ve masraf münhasıran olaya sebep olan «kusurlu ilgili» nin malında husule

(17) Eski olup İkinci Dünya Harbine iştirak ettiği ve ahiren de davacı tarafından İngilizlerden satın alındığı anlaşılan (Karşıyaka) vapurunun esaslı tâmir görmedikçe uzun yola tahammüllü bulunmadığı aşikâr iken davacı donatanın adı geçen gemiyi revizyon ve tâmir tabî tutmaksızın davalı Toprak Mahsulleri Ofisi'ne ait buğdayları Amerika'dan getirmek için İngiltere'den Atlantik Okyanus'una açıldığı ve yolda arızalandığı ve meydana gelen arızanın muvakkaten izalesi yoluna gidildiği ve buğday yüklü olarak Türkiye'ye müteveccihen ecnebi mürettebat marifetiyle yoluna devam ederken su borulu kazanlarının arızalanması sonucu geminin kumandaya cevap veremez bir hale düştüğü dosya muhtevassından anlaşılmasına binaen davacıya ait böyle bir geminin tamir limanına çektilirilmesi masrafının müşterek avarya olarak kabulüne imkân yoktur. Geminin barınma limanına taşınması zorunluğu kaptanın kusuru yüzünden — tamir ettirmemesi — doğmuş olmasına göre davacı donatan bundan dolayı kendisi bir tazminat isteyemeyeceği gibi bu yüzden uğranılan zararları da ödemekle mükelleftir.

Yarg. TD. 8/11/1958 gün ve E. 1958/1068, K. 2756

(18) Taşıyan ve yük sahiplerinden bir kısmı husule gelen yangının çıkmasında kusurlu buldukları takdirde müşterek avaryadan dolayı diğer yük sahiplerinin uğradıkları zararları müteselsilen tazmine mecburdurlar, yekdiğerlerine karşı rücu hakları olup olmadığının takdirli mahkemeye aittir.

Yarg. TD. 18/1/1958 gün ve E. 1957/3108, K. 147

(19) ULRICH - BRÜDERS - HOCHGRAEBER, Grosse Havarei, Berlin C. 1927, sh. 42 - 43, (ARSEVEN, age. sh. 69 dan naklen).

gelmiş ve fakat diğer ilgililerin mallarında hiçbir zarar husule gelmemiş ise, yukarıda değinmiş olduğumuz (TTK. m. 1181/cümle 2) prensip icabı olarak esasen kusurlu taraf kendi fiilî neticesi meydana gelen zararı kendisi bizzat sineye çekeceği için artık ortada «avarya paylaşması» diye bir şey söz konusu olamaz. Müşterek (büyük) avarya hareketi sonucu meydana gelen «zarar» hem kusurlu ilgilinin ve hem de diğerlerinin mâmeleklerinde bir eksilmeye sebep olmuş ise, o zaman, «avarya paylaşması» yapılırsa da kusurlu olan pay alamaz ve fakat diğer ilgililere zarar payı öder (20).

TTK. nun 1181. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, «müşterek avarya hareketi» ni doğuran tehlikeye gemi adamlarından birinin kusuru sebep olmuşsa, — meselâ, gemi kâfi derinlikte olmayan bir kanaldan geçerken yük'ten bir kısmının boşaltılıp geminin hafifletilmesi icap ettiği halde kaptanın bunu yapmaması sonucu gemi kanaldan geçemeyip karaya oturmuş (21) veya ters manevra sonucu benzer bir hal ortaya çıkmış ve bu nedenlerle de bir «yüzdürme müşterek avaryası» meydana gelmiş ise — bu türlü avarya hareketlerinden dolayı, TTK. nun 947 ve 948. maddeleri hükümlerine göre, elbette donatan da sorumlu hale düşer ve kaptanın bu hareketi (22) mahsulü olan zarar payını öder ve fakat kendisi avarya paylaşmasından pay alamaz.

TTK. nun 1181/f 2. hükmü ile kendisine atıfta bulunulan aynı kanununun 947 ve 948. maddelerine göre donatanın sorumlu olması hali ancak «gemi adamları»nın vazifelerini yaparken «kusurlu hareket etmeleri» şartına bağlıdır. Çünkü, gemi adamlarının «kusurlu» hareketleri dışında donatanın bir sorumluluğu söz konusu değildir. Ayrıca, TTK. nun 948. maddesine göre donatan «gemi ve navlun» ile sınırlı olarak sorumlu tutulmuştur. Bunun dışında donatanın mes'uliyeti yoktur ve donatan üçüncü şahıs durumunda

(20) VÜSTENDÖRFER, Neuzeitliches Seehandelseecht 2. bası, Tübingen 1950, sh. 380, SCHLEGELBERGER - LIESECKE, Seehandelsrecht Ergänzungsband zu Schlegelberger, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1959 Berlin - Frankfurt Q. M. Vahlen G. m. b. H. Anm. 2, sh. 702 (HAYDAR ARSEVEN, age. sh. 69 dan naklen).

(21) Karaya oturma, davacı donatana ait Zonguldak gemisi kaptanının kusurlu hareketi sonucu meydana geldiği anlaşıldığına göre, donatanın yük sahiplerine karşı dispeç yapılmasını talebe hakkı yoktur. TTK. nun 1181 inci maddesi hükmü ancak davacının netice itibarıyla bir garame alacağı bulunacağı hallerde uygulanır. Karaya oturmada gemi kaptanının kusurlu olduğu sabit olmasına nazaran geminin yüzdürülmesi masrafları müşterek avarya hükümlerine göre yük sahiplerinden istenemez.

Yarg. TD. 25/10/1955 gün ve E. 1955/6047, K. 7043.

(22) Meydana gelen tehlikenin yolda alınan akaryakıtın bozuk olmasından ileri geldiği anlaşılması halinde, bunun, kaptanın bir kusuru sayılıp sayılmayacağına araştırılması ve şayet kaptanın kusuru varsa davacı donatanın açtığı büyük avarya garame payı isteğinin reddi gerekir.

Yarg. TD. 15/3/1960 gün ve E. 2985, K. 791

kalır. Daha başka bir ifade ile gemi adamlarının kusurlarının bulunmadığı «müşterek avarya» hareketlerinde donatan üçüncü şahıs durumundadır ve avaryanın tarafı değildir. Donatana tab'ân kaptan ve diğer gemi adamları da kaideten müşterek avaryanın tarafları değildirler, üçüncü şahıs durumundadırlar.

Burada şu hususu açıklamakta fayda mülâhaza etmekteyiz, o da şu; «müşterek avarya hareketi» ne müteâllik hükümler «âmir» değil, «ihtiyari» hükümlerdir, mukavele ile tamamen veya kısmen bertaraf edilebilir. Bu nedenle taraflarca gerek navlun mukavelelerine ve gerekse konişmentolara konan «âdemi - mes'uliyet» hükümleri muteber ve âkitleri bağlayıcı mahiyettedirler.

III — MÜŞTEREK AVARYADAN SONRA ÇIKAN HUSUSİ AVARYALARIN TESİRLERİ :

1. Garameye İştirak Borcu :

«III. Müşterek avaryadan sonra çıkan hususi avaryaların tesirleri, I. Garameye iştirak borcu üzerine» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1182. maddesi hükmüne göre, müşterek avarya hareketi sonunda kurtarılan bir şeyden dolayı avarya masraf ve zararına iştirak etme borç ve zorunluğu (TTK. m. 1179/f. 3) aynı şeyin daha sonra «hususî avarya» ya uğraması halinde ortadan kalkmaz yine «müşterek avarya garames borcu» olarak kalır. Bunu bir misalle aydınlığa kavuşturmak istersek diyebiliriz ki, seyir halindeki bir gemide hem yük'ü ve hem de gemiyi tehdit eden bir ârıza çıkıyor. Kaptan bu tehlikeyi bertaraf edebilmek için gemiyi bir «barınma limanı» na götürüyor ve fakat o barınma limanı daha başka gemilerle dolu olup sahile gemiyi bağlamak imkânı olmadığı için ancak gemi makinalarının işletilmesi suretiyle denizde durabilmek imkânı hasıl oluyor. Denizde durabilmek için çalıştırılan makinalarda sarf'olunan yakıtın ve «barınma limanı» masraflarının «müşterek avarya» masrafı ve bu nedenle de garames tâbi olduğu hususu kuşkusuz. Ancak, bu geminin daha sonra — barınma limanında beklerken — yanlış bir mânevra sonucu diğer bir gemi ile çatışması ve bu çatışmanın ortaya çıkardığı zarar ve masrafların da «hususî avarya» (TTK. m. 1180) olduğu meydanda. Çünkü, seyir halinde olmayan bir geminin limanda beklediği bir sırada — kaptanın arzu ve irâdesi dışında — vukubulan çatmanın doğurduğu

zararlar hiçbir zaman «müşterek avarya» olarak paylaşılamaz (23). İşte böyle bir olayda geminin sonradan «hususî avarya» ya uğraması hali, daha önce doğan avarya garamesine iştirak borcunu ortadan kaldırmaz.

2. Tazminat İstemek Hakkı

TTK. nun 1179. maddesi ile ilgili daha önceki açıklamamız esnasında da değinmiş olduğumuz veçhile, «müşterek avarya hareketi» nin esası ve dayandığı ana fikir; gemi ve yük'ü tehdit eden müşterek tehlikeyi bertaraf için kaptan veya onun emri ile diğer gemi adamları tarafından bu uğurda girişilen fedakârlık ve katlanılan masrafların iradî yani bilerek ve isteyerek yapılmış olması halidir.

TTK. nun 1183. maddesi hükmüne göre müşterek (büyük) avaryadan olan bir hasar sebebiyle tazminat istemek hakkı hasara uğrayan şeyin sonradan vukubulacak bir hususî avarya neticesinde tekrar hasara uğraması veya zâyi olması ile değil, ancak sonraki kazanın önceki ile hiçbir ilgisi olmaması ve önceki zarar vâki olmasaydı dahi sonraki kazanın tek başına bu yeni zararı tevli dedebilecek mahiyette olması halinde ortadan kalkar. Bu hükmü bir misâlle şu şekilde izah etmek mümkündür :

Bir an için, bir «müşterek (büyük) avarya hareketi» sırasında ıslanmak suretiyle kısmen hasara uğramış olan pamuk veya tütün balyalarının — aynı yolculuk devam ederken — daha sonra çıkan bir fırtına nedeniyle denize düşmek suretiyle tamamen zâyi olduklarını düşünelim. Böyle bir durumda ilk yapılacak şey şu :

Şayet sonradan meydana çıkan kaza evvelki müşterek avarya hasarının tabiî neticelerinden sayılamıyacak gibi ise ve evvelki olay hiç meydana gelmeseydi bile sonraki kaza evvelce husule gelen ziyan ve masrafı fazlasıyla yapacak idiyse, o zaman, ilgilinin müşterek (büyük) avarya tazminatı isteme hakkı düşer. Yok eğer, evvelki «müşterek avarya hareketi» ile sonradan çıkan hasar veya masraf arasında mantikî bir rabîta varsa, o zaman, ikinci de müşterek (büyük) avarya olur. Meselâ kaptan müşterek bir tehlikeyi bertaraf etmek için gemide bulunan yük ile gemi parçalarından bir kısmını denize atmak için (TTK. m. 1184) güverteye çıkartıp hazırlattığını ve tam bu sırada çıkan çok şiddetli bir fırtına tesiriyle de aynı yük ve gemi parçalarının denize sürüklendiklerini

(23) Yarg. TD. 26/3/1963 gün ve E. 1962/4742, K. 1963/1626 numaralı kararın muhalefet şerhi ile bu kararla ilgili SAMİ OKAY'ın Deniz Ticareti İçtihat Kroniği, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt : XXXII, Sayı : 2-4 den ayrı bası, sh. 24 - 25 bkz.

düşünelim. Böyle bir durumda her iki şekli «müşterek (büyük) avarya hareketi» olarak kabul etmek gerekir (24).

B) MÜŞTEREK (BÜYÜK) AVARYA HALLERİ :

I — DENİZE YÜK VE SAİRENİN ATILMASI :

«Denize yük ve sairenin atılması» suretiyle müşterek avarya şeklini hükme bağlayan TTK. nun 1184. maddesi hükmüne göre, kaptan, müşterek bir tehlikeden kurtulmak için — gemi sefer halinde iken — yükün, gemi parçalarının, teferruat ve mütemmim cüzilerin veya gemide bulunan diğer eşya, yakıt ve kumanyanın kısmen veya tamamen denize atılmasını emretmek suretiyle o müşterek tehlikeyi bertaraf edebilir.

Denize yük atma müşterek avaryası bugün tatbikatı hemen hemen ortadan kalkmış olan bir müşterek avarya tipidir. Buna da sebep; ilim ve fennin ve dolayısıyla gemi inşa teknolojisinin son derece inkişaf etmesi karşısında denize yük atmak suretiyle bir gemiyi hafifleterek ona sür'at vermek ve onu müşterek bir tehlikeden kurtarmak fikri artık yadırganacak bir hale gelmiş bulunmaktadır. Çünkü, eski devrin o küçük yelkenli ve basit gemilerinin yerini şimdi çok büyük tonajlı ve fazla sür'at yapabilen gemiler almış bir durumda. Bu günkü modern ve teknik devirde «müşterek avarya» ların hemen hemen pek çoğu «masraf avaryası» şeklinde kendisini göstermektedir. Bugün için geminin hafifletilmesi maksadiyle denize yük atma şekli çok istisnaî bir hale düşmüştür. Karaya oturmuş gemileri yüzdürmek için, o da yük'ü başka vasıtalara aktarmak suretiyle o geminin hafifletilmesi mümkün olmazsa, ancak o zaman bu yola başvurulmaktadır. Bununla beraber, bizim memleketimizin özelliği ve hudutlarımızın üçte ikisinin denizlerle çevrili oluşu ve bu uzun sahillerde deniz yolu ile yapılan nakliyatın büyük çoğunluğunun küçük tonajlı motorlarla yapılışı karşısında «denize yük atma» suretiyle girilen «müşterek avarya hareketi» ne zaman zaman rastlanmaktadır (25).

«Denize yük ve sairenin atılması» suretiyle müşterek avarya hareketini zorunlu kılan haller genellikle şunlardır :

(24) MAZHAR NEDİM GÖKNİL, age. sh. 27f

(25) Yükün, gemi ve yükü müşterek tehlikeden kurtarmak maksadiyle denize atıldığına dair düzenlenmesi gereken deniz raporu alınmadan ve fırtına sebebiyle uğranılan hasarın müşterek avarya mahiyetinde olduğu anlaşılıp davacıya yük sahibinin zararları dispeç raporu ile tesbit edilmeden yetkili olmayan gümrük memurlarınca düzenlenen tutanağa ve dinlenen şahitlerin şahadetine dayanılarak davacıya ait yükün tamamının denize atıldığından bahisle tazminat isteğine ilişkin davanın reddi isabetsizdir.

Yarg. TD. 9/12/1946 gün ve E. 1946/2270, K. 2755

Geminin su kesimi altında meydana çıkan bir delikten gemi su almaya başlamıştır, gemiyi hafifletmek ve bu deliği su yüzüne çıkarmak için yüklerin denize atılması zorunluğu ortaya çıkabileceği gibi geminin istiap haddinden fazla yük alınması veya alınan yüklerin iyi istif edilmemesi nedeniyle geminin muvazesini kaybedip batma tehlikeli ile karşı karşıya gelmesi sonucu da fazla yüklerin denize atılması yoluna gidilebilir. Ayrıca, gemi ambarlarında başlayan bir yangının diğer ambarlara sirayetini önlemek için de yanmaya başlayan yüklerin denize atılması zorunluğu doğabilir (26).

«Denize yük ve sairenin atılması» müşterek avaryasından bahsedebilmek için TTK. nun 1179. maddesinde yer alan şartların olayda mevcut olması icap eder. Ayrıca, denize atılan malların mutata «ticarî teâmmüllere» uygun olarak taşınması da şarttır. Aynı husus, «müşterek avarya olarak kabul olunamayacak hasarları» düzenleyen TTK. nun 1197/b. 1 hükmünde de tasrih edilmiş bulunmaktadır. «Mütat ticarî teâmmüllere göre taşınma» tâbiri; yükün, taşınmak üzere «gemiye konulduğu yer» bakımından elverişli bir yer olması gerektiği, anlamına gelir. Meselâ, ambarda taşınması gereken bir malın güvertede taşınması hali «mütat ticarî teâmmüllere göre taşınma» olarak kabul edilemez. Diğer taraftan, ambarda taşınmaması gereken patlayıcı maddenin ambarda taşındığı bir sırada çıkan yangın sonucu denize atılması halinde «müşterek avarya» söz konusu olamaz. Ancak, ambarda taşınması ticarî teâmmüllere uygun olan bir yük — fena istif sonucu gemi dengesini bozup müşterek tehlike yarattığı nedeniyle kaptanın emri ile denize atılmak suretiyle feda edilmişse — elbette müşterek avarya garamesine tâbi olur.

Güvertede değil ambarlarda taşınması gereken bir yük, yük sahibinin veya yükletenin rızası dışında güvertede taşınmış ise navlun mukavelesine göre, taşıyan bu zarardan sorumludur.

(26) Müşterek avarya sayılan hallerle ilgili TTK. nun 1184 - 1195 inci maddeler hükümleri tahdidî değildir, bunlardan başka da müşterek avarya halleri vardır. Bu hususta bilirkişi raporu hâkimi takyid etmez. Rota değiştirme gemiyi sevk ve idare etmenin icaplarından olup kaptana ait bir yetkidir. Rota değiştirmede hiçbir zaman gemi ve yükü kurtarma hali yoktur ve bu nedenle de büyük avarya olarak kabul edilemez. Rota değiştirmeden doğan zararlar yolculuğun mütat zararlarından mâduttur. Pervaneye takılarak gemiyi batma tehlikesine düşürmesine mâni olmak için fırtına sebebiyle denize sarkmış olan halatın kesilmesinden başka bir çare bulunmadığı kesinlikle anlaşıldığı takdirde halat kesilmesinin büyük avarya olarak kabulü icap eder.

Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, daha önce denizciliğin tabii tehlikelerinden — yani kaptanın arzu ve irâdesi dışında — birinin tahakkuku ile kopmuş bulunan direk veya başka bir eşyanın kırık ve döküntülerini kesme hallerinde meydana gelen kayıp ve zararlar «müşterek avarya» olarak kabul olunmaz (27) ve bu hal sadece «hususî avarya» (TTK. m. 1180) olur. Meselâ, fırtınada geminin direği kırılmış ve fakat tamamen kopmadığı için rüzgâr tesiri ile sallanıp geminin dengesini bozarak tehlike yaratmaktadır. Kaptanın emri ile bu kırık direk kesilip denize atılır. İşte bu şekilde atılan bu nevi kırık ve döküntüler ne değerde olurlarsa olsunlar bunların meydana getirdikleri kayıp ve zararlar «müşterek avarya» olarak kabul olunamazlar.

(27) «Müşterek avarya mefhumunun esası, yapılan fedakârlıkların ve katlanılan masrafların irâdi olmasıdır. Bilhassa bu maddedeki direklerin kesilmesi sözleri tatbikatta karışıklığa yer vermektedir. Çünkü bu sözler direklerin tabii âmilleri tesiriyle kendiliğinden kopması halini de anlatmaktadır. Ve bundan istifade eden donatanlar iradi bir şekilde kesilmiş olmayan ve fırtınanın koparmış bulunduğu direkler için de büyük avarya tazminatı istemeye kalkışmaktadırlar. Bu maksatla metin, mehazı Alman Ticaret Kanununun 706 ıncı maddesinin birinci bendinden ve York Anvers kaidelerinin IV üncü kaidesinin muhâlif mefhumundan anlaşılana mânaya uygun bir şekilde düzeltilmiş ve aynı zamanda (tedbir) yerine 1179 uncu maddedeki tarife uygun olarak (fedakârlık) sözü konulmuştur. TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekeç, sh. 413

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

SİGORTA HUKUKUNDA KUSUR - SORUMLULUK İLİŞKİSİ

ERBAY TAYLAN (*)

PLÂN :

I — GENEL OLARAK

II — KUSURSUZ SORUMLULUK KURAMLARI

1. YOL AÇIŞ KURAMI
2. DENGE KURAMI

III — KURAMLARIN HUKUKUMUZA ETKİSİ

1. TİCARET HUKUKUNDA SORUMLULUK
 - a) Yangın sigortası
 - b) Kaza ve hırsızlık sigortası
 - c) Tarım sigortası
2. SOSYAL SİGORTA HUKUKUNDA SORUMLULUK
 - a) İşverenin sorumluluğu
 - b) Üçüncü kişiler ile çalıştıranların sorumluluğu
3. TRAFİK HUKUKUNDA SORUMLULUK
 - a) En az sigorta sınırları içindeki sorumluluk
 - b) En az sigorta sınırları dışındaki sorumluluk

IV — SONUÇ :

I — GENEL OLARAK :

Sorumluluk kavramı, hemen her çağda hukuk (1) dünyasının en karışık bir kurumu olarak görünmüştür (2). Hangi koşullar altında yerine getirilmesi gerektiği yürürlükteki geçerli bir düzenle belirlenir (3). Hukuk dünyası, düşünsel bilgiler değil, yaşamın gereklerini kapsamalıdır (4). Öyle ki, tüm tarihsel, siyasal ve felsefeye ilişkin görüşler, somut hukukun incelenmesinde değer taşımazlar

(*) Yargıtay Onüçüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi.

(1) Le Fur, La théorie du droit naturel denuis, le XVII siècle et la doctrine moderne, Recueil des cours de la Hay, C. XIII, s. 135 : Topluluğun genel yararı ya da birlikteki iyiliğini sağlamak amacı ile yetkililerce kurulmuş ve etkinliğini sürdürmek için ilke olarak, karşı koyuluşu engellenirilmiş bir yaşantı kuralıdır.
(2) M. Zeki Akın, Motorlu nakil vasıtaları kazalarına karşı mecburi mesuliyet sigortası, s. 13.
(3) Hans Kelsen, Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, Revue de droit public, 1926, s. 568.
(4) Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, Paris 1928, 3. ed. C. I, s. 22.

(5). Özellikle sigorta hukuku, açısından bu değerlendirmenin yararı büyüktür. Çünkü, genel anlamdaki sorumluluk ile hukuk dilindeki sorumluluk ayrı kavramları gösterir. Toplulukta (6) sorumluluk, insanın toplum yaşantısı nedeni ile uyguladığı eylemlerinin hesabını vermesidir. Bu sorumluluk, cezaya, siyaset ve ahlâka ilişkin olabilir (7). Hukuksal sorumluluk (8) ise, bireylerin başkalarına verdiği zararların giderilmesi anlamında kullanılır (9). Bu sorumluluk kavramı, bir edim, ortaya konan zararı giderme yükümlülüğü ve zarar görenin güvencesi ile süresiz bir kaynaşma görümündedir. İnsan davranışlarının önüne geçilemeyeceğine göre, bu davranışların doğurduğu sorumluluklara da katlanmak gerekir. Bireyin birinin haklarının başladığı yerde bir diğerlerinin edimleri ve böylece sorumluluklar doğar. O da, yasa ya da sözleşme ile belirlenmiş zarar giderimi ile sınırlandırılmış olur (10).

Sorumluluk için, kimi anda yapanın kusurlu bir davranışı aranır, kimi zaman da kusur bir karine olarak kabul edilir. Bunların da dışında, kusur ilke olarak hiç düşünülmez (11). İşte bu sonuncu durum, kusursuz sorumluluğun ana yapısıdır.

II — KUSURSUZ SORUMLULUK KURAMLARI :

Bireylerin davranışlarından sorumlu tutulmaları, iki kuramın sonucudur. Bunlardan ilki, zarara yol açış (12), diğeri de, denge kuramıdır.

1. YOL AÇIŞ KURAMI :

Sosyal yaşantıya, zarara yol açabilecek bir durum getirenin, yol açtığı zararı gidermesi düşüncesine dayanır (13). Aslında, her davranışın özünde bir zarara yol açış gizlidir. Tehlikenin ağırlık düzeyi, o davranışın genişlik ve kapsamına bağlıdır. Sorumluluğun, zarar verebilecek böyle tehlikeli bir eyleme girişene yayımını gerektiren görüş, o kişinin bu tür girişimden bir takım yararlar sağla-

(5) G. Leibholz, Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne, Archives de philo. du droit et de socio. jur. 1931, s. 207.

(6) Marquis de Vareilles - Sommières, Les personnes morales, Paris 1919, s. 105 : Topluluk, onu meydana getirenlerin tümünden başka birşey değildir.

(7) Maurice Hauriou, Précis élémentaire de droit administratif, Paris, 1938, s. 27, 29.

(8) Responsabilité civil.

(9) Necdet Özdemir, Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara 1963, s. 6.

(10) Henri Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, Paris 1955, s. 1.

(11) N. Özdemir, Mesuliyet Sigortası bakımından TTK. nda benimsenmiş olan sorumluluk esasları, EİTİA. Der. 1966/1, s. 202.

(12) Théorie de risque ya da théorie de risque crée.

(13) Özdemir, op. cit. s. 203.

ması nedeninden güç alır. (14) Yararlanan, gereğinde zarar da gör-
melidir. (15) Sorumluluk için kusur, koşul değildir. (16) Yol açma-
nın özünde, zaten kusur vardır. Yeter ki, bu davranışla onun verisi
olan zarar arasında bir bağ (17) bulunsun.

Burada, ilk tanıt yükünün davacıda olduğu ilkesi (18) uygulan-
maz. Zararla eylem arasındaki bağın oluşumu, sorumluluk için ye-
terlidir. (19) Ashında, zarara uğrayan, zararlar davranış arasındaki
bağı kaldıracak kertede kusurlu ise, zarar giderimine gerek kalma-
yacaktır.

Bu türden sorumluluk ilkesini, XIX. yüzyılda olgunlaşmaya baş-
layan sosyal hukuk görüşü doğurmuştur. (20) Bu tez, çıkışından
sonra kısa sürede, uygulama alanına geçme olanağı bulmuştur. (21)
Gelişim, sigorta ortaklıklarının, ortaklıklar kurmasına dek sürebil-
di. (22) Belirtilen düşüncenin, bu denli kabul görüşü, belki de, çağ-
daş hukukun, zarar verene değil, zarar görene yönelmiş bulunması
biçimindeki görüşün, üstünlük kazanmasındandır. (23)

2. DENGE KURAMI :

Bu kuram, daha çok kaynağını, ahlâka ilişkin kurallardan alır.
Bir bakıma, hukukun, bireylerin bağımsız vicdanlarının buyrukları
olduğuna inananların (24) düşüncelerine de yaklaşım gösterir. Bu-
na göre, zarar ve sonuçlarının ilgilendirdiği kişiler içinde verilen
zararı, kim daha az güçlkle karşılayabilecekse, zarara o katlan-
malıdır. Bu sonuç, sosyal adaletin verilerindedir. (25)

III — KURAMLARIN HUKUKUMUZA ETKİSİ :

Kusursuz sorumluluk kuramlarının, Mecelle'den önce, huku-
kumuzda uygulama yeri bulunmamaktaydı. Mecelle ile, yol açma
kuramına denk düşen hükümler gelmekle birlikte (26), bunları ku-

(14) 11. HD. nin 8/4/1974 gün 825/1191 sayılı kararı : Tekelde olan bir işten meydana gelen kazadan tekeli sahibi sorumludur.

(15) Akın, op. cit. s. 20.

(16) Qui casse les verres les paie : Bardakları kıran, onları öder.

(17) Rapport de causalité ya da lien de causalité.

(18) Actori incumbit probatio.

(19) Dahihî factum dabo tibu jus : Bana olguları göster, sana hakkın olup olmayacağını söyleyeceğim.

(20) R. Kaynar - H. V. Velidedeoğlu, Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1960, s. 100.

(21) A. Schwarz, Borçlar Hukuku dersleri, İstanbul 1948, s. 75.

(22) M. Yalman - E. Taylan, Adi ortaklık, Ankara 1976, s. 40.

(23) Ripert, La régime démocratique et le droit civil moderne, s. 309.

(24) Le Fur, op. cit. s. 249.

(25) Krş. BK. nun 52/2 ve 54. maddeleri.

(26) Mecelle'nin 19, 89, 90, 92 ve 93. maddeleri

ramların etkisine bağlamak doğru olmasa gerektir. Borçlar Kanununun kabulüne dek kusursuz sorumluluk durumları özel yasalara serpiştirilmiş olarak kaldı. (27)

Borçlar Kanununun kabulünden sonra yeni bir çığır açılmış oldu. Böylece, kusur sorumluluğunu kural olarak benimsemiş olduk, kural dışı olarak da, yol açma ve denge sorumluluğuna yer verdik. (28) Hukukumuzda kural olan kusur sorumluluğunun yanında, bu sorumluluğu belirleyen maddelerin zincirinde kusursuz sorumluluk ilkesi de görülmektedir. (29) Sigorta hukuku açısından, açıklanan ilkeleri, Bluencli'sel bir ayırımı girmeksizin üç alt başlık altında incelemek istiyoruz. (30)

1. TİCARET HUKUKUNDA SORUMLULUK

Sorumluluk sigortası, kusursuz sorumluluk kuramının benimsenmesi ve zarara uğrayana ödenmesi gereken zarar giderim ölçüsünün yüksek tutulması sonucu doğmuş bir kurumdur (31). Bu sigortanın dayanağını kusursuz sorumluluk ilkesinin oluşturmasına karşın, kusura dayanmayan sorumluluğa bu alanda pek yer verildiği söylenemez. Sigorta ile, malvarlığı, sorumluluğun ekonomik sonuçlarına karşı korunma altında alınmış olur (32). Burada, sigorta ettirenin sorumluluğu ortadan kaldırılamaz, yalnızca, sigorta ettirenin davranışı sonucunda yol açılması gereken malvarlığındaki azalma engellenmiş olur.

Dağınık hükümlere serpiştirilen sigortada, kusur açısından bir değerlendirme, sigorta türlerinin ayrı-ayrı incelenmesine bağlıdır.

a) Yangın Sigortası :

Bu sigorta türünü düzenleyen 1309. maddede, yangın sigortasının, tümünden kusur ilkesine dayandırıldığı açıkça görülmektedir. Ne var ki, sözleşme ile değişik bir durum getirebilir : Taraflar, poliçeye koyacakları kayıtla, sigorta ettirenin ya da davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksız-

(27) 19/3/1926 gün 151 sayılı, 23/6/1943 gün 4268 sayılı yasalar, 1/3/1330 günlü yasa, 1289 tarihli tramvay nizamnamesi.

(28) BK. nun 55, 56, 58, MK. nun 320, 917, TTK. nun 27/2 ve İİK. nun 259. maddeleri.

(29) Z. İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda kusursuz mesuliyet halleri, İstanbul 1949, s. 34, 155.

(30) Bluencli, Théorie générale de l'Etat, Paris, 1877, s. 14 : Her devlette, birlikte yaşam ilkesine bağlı bir beden, bir ruh, bir bildirim gücü ve davranış içinde organlar vardır. Devletin cinsiyeti erkektir, kiliseninki dişidir... gibi olağanüstü bir ayırımı girer.

(31) Ali Bozer, Sigorta Hukuku, Ankara, 1965, s. 258.

(32) Y. Karayalçın, Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Ankara 1960, s. 50.

zın sigortacının sorumlu olacağını kararlaştırabilirler (33). Zarara uğrayanın, sigorta ettirenin ya da eylemlerinden sorumlu oldukları kişilerin kusurunu kanıtlama yükümlülüğü vardır. Bu durum ise, çoğunlukla zarara uğrayanın sigortanın sonuçlarından yararlanmaması sonucunu doğurur. Şöyle denebilir : Yangın dolayısı ile yapılan sigorta, adam kullananın sorumluluğundan daha değişik bir biçimde düzenlenmiştir. Adam kullananın sorumluluğunda, kullanılan adamın kusuru aranmaksızın, kullananın sorumlu olmasına karşın, yangın sigortasında, aksi sözleşilmemiş ise, sigorta ettiren ancak eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusurundan sorumlu olur (34). Sorumluluğu yaratan sözleşmenin de belirli yasal nedenlerle bozulmasında kuşku bulunmasa gerektir (35).

b) Kaza ve hırsızlık sigortası :

Burada, Ticaret Hukuku yönünden sorumluluğun dayandığı nedeni belirleyen yasal bir çözüm bulma olanağı yoktur. O halde, uyumsuzluğun Borçlar Yasasındaki kusur sorumluluğunu düzenleyen 41. maddesi ile kusursuz sorumluluğu gerektiren 55. maddesi ile giderilmesi zorunluluğu vardır. Kuşkusuz, sigortacı, sigorta ettirenin ardılı olarak zarar verene yönelebilecektir (36).

c) Tarım sigortası :

Bu tür sigorta ile biçilmiş ve biçilmemiş ürünlerle tarım ve evcil hayvanlarının hastalık ve kazalara karşı sigortaları yapılabilir. Ancak, sigortanın dayanağındaki kusur ya da kusursuzluk ilkesi yönünden bir açıklama bulunmadığına göre genel hükümler gereğince çözüm çarelerinin araştırılmasından başka bir seçeneğin varlığı düşünülemez sanıyoruz.

Görülüyor ki, Ticaret Hukuku alanında, kusursuz sorumluğa yer verilmiş değildir (37). Oysa, bu hukuk dalı, kusursuz sorumlu-

(33) Bozer, op. cit. s. 266.

(34) N. Özdemir, op. cit. s. 207.

(35) 11. HD. nin 4/7/1974 gün ve 1604/2182 sayılı kararı : Sigorta ettirenin gerçeğe aykırı bildirisi, sigortacıya sözleşmeyi bozma yetkisi verir. Ancak, sigortacı, gerçeği öğrendiği günden başlayacak bir ay içerisinde bu hakkını kullanmamış ise sorumluluğu gerçekleşmiş sayılır.

(36) İç. BK. 31/3/1954 gün 18/11 sayılı, İç. BK. 22/3/1955 gün 37/9 sayılı, Bşk. KK. 5/11/1971 gün 85/101 sayılı, 11. HD. nin 1/2/1974 gün 37/308 sayılı, 25/3/1974 gün 1119/1000 sayılı, 3/6/1975 gün ve 1284/3645 sayılı kararları.

(37) Alman Medeni Kanunu, daha çok kusur ilkesine dayanır, Fransa'da durum aksinedir. İngiltere'nin tutumu bir uzlaştırma sayılabilir. İsviçre, bu yönde tam bir gelişim içindedir. MK. nun 320, 333 ve 556. maddeleri ile BK. nun 54, 55, 56 ve 58. maddeleri tümünden kusursuz sorumluluğu içerir ve 15/3/1932 günlü Fed. yasa, bu gelişim içinde önemli bir adımdır.

luk ilkesini, en az kusur ilkesi kadar önemseyen medeni hukukun ayrılmaz bir bölümüdür...

2. SOSYAL SİGORTA HUKUKUNDA SORUMLULUK :

Bu sigortadan yararlanabilme, görülen işin gereğine göre belirlenir. Ne var ki, bunun için, kural olarak, bir hizmet ilişkisi bulunmalıdır (38). Çıraklar da bu yönden kısıtlı olarak sigorta güvencesinden yararlandırılırlar (39). 506 sayılı yasanın 86. maddesinde düzenlenen topluluk sigortası da, anılan yasanın 2 ve 3. maddelerine göre, sigortalı durumunda bulunmayanların sosyal güvenliklerini sağlamak amacıyla yapılabilir (40).

Sigorta ile işverenler, Kuruma prim ödeyerek çalıştırmakta oldukları işçilerinin uğramaları olasılığa bağlı iş kazaları ya da işle ilgili hastalıklarına (41) karşı kendilerini güvence altına alırlar. Birtür sorumluluk sigortasına benzeyen bu durumda, iş kazası ya da meslek hastalıkları sonucunda işçiye tazminat ödemiş bulunan Sosyal Sigortalar Kurumunun, kural olarak, işverene yönelme hakkı söz konusu değildir (42).

Kural olarak yönelme hakkı bulunmadığını söyledik. Yönelme hakkı, işveren ile üçüncü kişinin ve çalıştıranların davranışları durumunda kazanılmış olur.

a) İşverenin sorumluluğu :

Sigortanın işverene yönelebilmesi için, başka bir söyleyişle, işverenin sorumlu tutulabilmesi için, onun, zararın doğuşunda kasıtının, ilgili yasal kurallara aykırı eyleminin ya da suç sayılır bir davranışının bulunması koşuldur. Bu koşulların gerçekleşmesi ile işveren, sigortaya karşı sorumlu duruma girmiş olur.

(38) 11. HD. nin 21/3/1974 gün 565/949 sayılı, 10. HD. nin 20/6/1974 gün 3403/4546; 8/11/1974 gün 5122/6530; 26/11/1974 gün 5234/6846 ve 20/2/1975 gün 321/982 sayılı kararları.

(39) 10. HD. nin 29/11/1974 gün 5703/6922 sayılı kararı; Gülsevin Erkan, İş Hukuku ile Sosyal Sigorta Hukuku Açısından Çırakların Hukuksal Durumları, Yar. Der. 1976/1, s. 101 : Hiç kuşkusuz, işyerlerinde çırak adı altında işçi gibi çalıştırılan küçüklerin, bir işçi olarak bütün sosyal güvenlik dallarından yararlanmaları yasa gereğidir.

(40) 10. HD. nin 9/10/1974 gün 4591/6022 sayılı kararı.

(41) 10. HD. nin 15/1/1975 gün 6430/216 sayılı kararı : Sigortalı, sigorta sağlık kurumlarınca değil, başka sağlık kurumlarınca tedavi görürse masraflarını isteyemez.

(42) N. Özdemir, op. cit. s. 214.

b) Üçüncü kişiler ile çalıştıranların sorumluluğu :

Çalıştıranlar, ancak, kusurlarının varlığı durumunda sigortaya karşı sorumlu olurlar. Üçüncü kişilerin ise, kasıt ya da kusurlarının bulunması, onların sorumluluklarını gerektirir (43).

3. TRAFİK HUKUKUNDA SORUMLULUK :

Sigorta açısından, trafik hukukundaki sorumluluğu, 6085 sayılı yasanın 50. maddesi belirlemektedir. İsviçre'de bu sorumluluk, kusursuzluk ilkesine dayanır (44). Bizde, 50. maddenin, 232 sayılı yasa ile değişikliğe uğramasından önce, kural olarak, aynı ilkenin benimsenmiş bulunduğu yolunda görüş birliği bulunmaktaydı (45). Değişiklik nedeni ile ortaya çıkan durumu, ikiye ayırmakta yarar görüyoruz.

a) En az sigorta sınırları içindeki sorumluluk :

Bu tür sorumlulukta, birden bire kusursuz sorumluluk ilkesi bırakılarak kusurluluk ilkesine geçilmiştir (46). Böylece, çağdaş kuramlar paralelinden ve objektif sorumluluk esasından uzaklaşmış ve tersine çevrilmiş bir kusur sorumluluğu esasını benimsemiştir (47).

Burada, zorlayıcı nedenlerin (48) varlığı da söz konusudur. Uygulamada, umulmayan durumların da, belirtilen nedenlerin içine girdiğinin kabulü, ayrı bir sonuç doğurmasa gerektir (49).

(43) N. Özdemir, op. cit. s. 216 : Kurumun gerek üçüncü kişiye, gerek çalıştırana karşı açacağı yönelme davası, BK. hükümlerine göre yürütülecektir. Diğer bir söyleyişle, burada söz konusu olan yönelme davası, sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Bunun sonucu olarak da, dava, BK. nun 125. maddesinde belirlenen on yıllık dava zamanaşımına bağlı olacak ve Kurum, üçüncü kişinin ya da çalıştırının kusurunu veya kastını tanıtlama durumunda bulunacaktır.

(44) E. Başaklar, İsviçre Karayolları Trafik Kanunundaki hukuki sorumluluğa ilişkin bir inceleme, Yar. Der. 1976/1, s. 68.

(45) H. Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 217.

(46) R. Aktürk, Anahatlarıyla Türk ve İsviçre Trafik Hukuku, Yar. Der. 1975/3, s. 97 : Danıştay, yönetsel değerlendirme ilkesinden hareketle soruna orta bir çözüm yolu bulmak istemiş ve böylece Trafik Yasasının 50. maddesi uygulanmaz bir duruma gelmiştir.

(47) N. Özdemir, op. cit. s. 212.

(48) Casus minore.

(49) Bkz. A. P. Gözübüyük, Mücbir sebepler ve beklenmeyen haller, Ankara 1957, s. 66; E. Adal, Trafik kazalarında akit dışı sorumluluk, 1963, s. 104; M. Z. Akın, 6085 sayılı KYTK. nun 50 ve 51. maddelerini değiştiren 232 sayılı kanun etrafında düşünceler, Ad. Der. 1951/1 - 2, s. 83.

b) En az sigorta sınırları dışındaki sorumluluk :

Zorunlu sigorta sınırlarını aşan zarardan sorumlulukta da, genel hükümlerin uygulanması durumu ile karşılaşılmaktadır. Buna göre, araç sahibi, kullandığı adamın kusurunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır (50).

IV — SONUÇ :

Roma hukukundan gelen klâsik kusur ilkesi, Borçlar Kanunumuzda yer alırken ulu hukuk ustası Eugène Huber, dengeli bir biçimde kusursuz sorumluluğu gerektiren durumları, aralara serpiştirmeyi başarmıştır. Bu başarımın temeli üstüne kurulan sigorta hukukunun ayrı bir yapıda görülmesi, hukuk düzenindeki ahengi sarsar. Bu ahengin sağlanmasına yönelik çabanın gereği, yeni trafik yasasının hazırlıklarının sürdürüldüğü günümüzde, daha da önemsenmelidir...

(50) N. Özdemir, op. cit. s. 212 : Kanımızca, araç sahibinin sigorta sınırları içindeki sorumluluğu, sigorta sınırları dışındaki sorumluluğundan daha ağır olmak gerekirken, maddede tümden aksi bir durum yaratılmıştır.

AÇILAMANIN ÜÇÜNCÜ BASISI (1)

ALİ RIZA ÖNDER (*)

Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi Başkanı Dr. İur. Abdullah Pulat Gözübüyük'ün (2) «**Türk Ceza Kanunu Açılması**» adlı ünlü kitabından söz edeceğiz. On altı yıllık geçmişi bulunan bu dört ciltlik eserin genişletilmiş üçüncü basısı, Kazancı Yayınevinin titiz görev anlayışıyla, göz alıcı cilt kapakları içinde hukuk dünyasının yararlanmasına yeniden sunulmuştur. (Birinci ve ikinci ciltler bir kapak içinde, ikinci ve üçüncü ciltler ayrı kapaklar içinde yer almıştır).

Türk Ceza Hukuku uygulamasında yol gösteren, kolaylık sağlayan yayınlar az değildir. Ancak bunlar, başka başka hukukçuların çalışmalarıyla ortaya konmuş, kapsamı ve yöntemi bakımından değişik oylum ve nitelikte eserlerdir. Derece derece hepsi de yararlı olmuştur. Ne var ki bunların büyük bir çoğunluğu uygulamaya ağırlık vermekle yetinmiştir. Oysa sayın Gözübüyük'ün kitabında, uygulama ile birlikte bilimsel yöne de önem verilmiştir. Yabancı dillerdeki yayınları izleyip kavramak olanağına sahip bulunan yazar, karşılaştırmalı hukuk yönünden, aranan ve her zaman aranacak olan büyük bir ana eserin sahibi olarak Türk Hukuk Yazınında (Edebiyatında) adını tam anlamı ile kabul ettirmiştir. Kitabın başındaki «Kaynaklar» listesi, eserin ne derece geniş bir çalışma ürünü olduğunu göstermektedir.

İlk iki cildi bir arada kapsayan birinci kitapta (1 - 124). maddelerle (125 - 201). maddeler ele alınmıştır. Üçüncü ciltte (202 - 368), dördüncü ciltte ise (369 - 592). maddeler incelenmiştir. Her cildin sonunda harf üzerine düzenlenmiş birer dizin yer almıştır. Dördüncü cildin sonunda da bütün ciltlere ilişkin geniş bir «kavramlar» dizini vardır.

(*) Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi.

(1) «Açılama» sözcüğü, kitabın yazarı tarafından «Şerh» anlamına kullanılmıştır. Bu anlamda terim olarak yerleşmesi için, genel bir sözcük olan «Açıklama» ile karıştırılmaması gerektiği düşünülmüştür. Açılama'nın matematik terimi olan «Açı» ile de ilintisi yoktur. Açılama sözünü Gözübüyük'ten önce Prof. Abdülbâki Gölpinarlı'nın denediğini görüyoruz. 1955 yılında basılan «Kur'an-ı Kerim ve Meali» adlı kitabının «Giriş» niteliğindeki bölümü «Açılma» başlığını taşımaktadır.

(2) Gözübüyük, bu yazının basılması sırasında emekli olmuştur.

Kavramlar dizininden önce «Adli Tıp Sözlüğü» adı altında bir bölüm yer almıştır ki benzeri kitaplarda eşi bulunamayacak bir zenginliktedir. Burada, insan bedeninin çeşitli organları şemalarla gösterilip rakamlarla işaretlenmiş ve sıra ile Türkçe ve lâtince adları açıklanmıştır.

İlk cildin başında konuya girilmeden önce sırası ile, yazarın yayımlanmış eserleri (sekizi türkçe, dördü fransızca olmak üzere oniki adet), üçüncü basıyı sunuş yazısı, önsöz, yazarın biyografisi, iki sayfalık giriş yazısı, kaynaklar ve kısaltmalar yer almıştır.

Kitaptaki düzen ve yöntem konusunda bir fikir verebilmek için TCK. nun 1. maddesi altındaki bilgilere kısaca göz atmak yeterlidir : Önce işbu birinci maddenin Alman, Fransız, İsviçre ve İtalya Ceza Kanunlarında hangi maddelere karşılık olduğu belirtilmiştir. Ondan sonra suç kavramı toplumsal yönden ve hukuk açısından incelenmiş, tanımı yapılmış, unsurları sayılıp anlatılmış, maddî ve manevî olmak üzere iki bölümde açıklanmış, cezaların yasallığı ve suçların türleri belirtilmiştir. Bunların çeşitli yönlerden sınıflandırılması yapılmıştır.

Hemen hemen bütün maddeler altında eski ve yeni bir çok Yargıtay İçtihatlarının özetlerine yer verilmiştir. Eski basılarına önemli ölçüde eklemeler yapılarak içeriği zenginleştirilmiştir. Sayın yazar, doğru ve güzel bir özleştirmeden yana olduğu için dilinin sade ve temiz bir biçimde oluşu gözden kaçmamaktadır.

Ord. Prof. M. Tahir Taner'in, kitap hakkında vaktiyle yazıp gönderdiği mektuptan alınan bir parçayı ikinci cildin ilk sayfasından olduğu gibi aktarıyorum :

«Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi adlı çok değerli eserinizden bir nüshasının lütfen ihda buyrulmuş olmasından dolayı teşekkür ederim. Hemen bazı kısımlarını tekrar tekrar istifade ile okumağa koyduğum bu eser hukukçularımızın daima müracaat edecekleri, muhalled (ebedî) yaşayacak bir eser olduğunda şüphe yoktur. Naçiz imzama taşıyan önsözün hakikati tam isabetli in'ikâs ettirmiş olmasından dolayı başkaca geniş bir inşirah ve iftihar duydum. Sizi tekrar candan tebrik eder ve müsellemler olan faaliyet ve velûdiyetinizle müteakip cildlerin yakında neşrine muvaffakiyetinizi temenni ederim».

Eserin niteliği üzerine geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir tanıtma yazısı hazırlamak ve derinliğine bilimsel bir eleştiri yapmak, bu

yazımızın amacı dışındadır. Kaldı ki, kendimde böyle bir yetkiyi bulmak olanağından da yoksun bulunuyorum.

Biz, 1976 yılının yayın haberleri arasında birinci derecede önemli saydığımız bu olayı, ilgililere ve bütün meslektaşlarımıza, bu küçük yazımızla duyurabilirsek, kendimize düşen ödevi yapmış olacağız. Bir eser alınıp incelenmeden kolayca tanınmaz. Satırlarıma son verirken sayın yazarı bütün içtenliğimle kutlar, bu büyük eseri okurlarımıza salık vermekten kıvanç duyduğumu belirtirim.

