

SCHIDA
BASLIGI



KURULUŞ : OCAK - 1975, YIL : 8, SIRA SAYI : 30

YARGITAY DERGİSİ

Cilt : 8

Ocak - Nisan 1982

Sayı : 1-2



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

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan Derviş TURHAN

Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü Ali Rıza GENİŞ

- Dergide yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşlerini yansıtır.
- Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir. Aksi halde ücret ödenmez.
- Dergide yayımlanan yazılar, Yargıtay Dergisi'nden alındığı belirtilerek aktarılabilir.
- Yayımlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri sahibine aittir. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluğu yoktur.
- Gerekli görüldüğünde yazılarda, öze değinmeyen dil ve yazım düzeltmeleri yapılabilir.

Derginin sayısı 160,— TL., abone bedeli 640,— TL. dir.

Abone işleri için, Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'ne başvurulmalıdır.

17 15 36

Tel : 17 15 63

18 21 90 / 386, 383, 389

YAYIN KURULU :

Başkan :	Ali Rıza ÖNDER	(9 uncu Ceza Dairesi Üyesi)
Üye :	Mustafa GÜRSEL	(14 üncü Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	A. Oğuz AKDOĞANLI	(1 inci Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	İ. Teoman OZANOĞLU	(10 uncu Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	Yavuz İsmet AYER	(3 üncü Ceza Dairesi Üyesi)

İ Ç İ N D E K İ L E R

	<u>Sayfa</u>
İçindekiler	3 - 4
Yayıncılıkta Sekizinci Yıl	5 - 6
1 — GENEL KONULAR	
a) — Nail SUCU	: Askeri Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri (I) 7 - 22
2 — ANAYASA HUKUKU	
a) — M. Ünal BAŞOĞLU	: Anayasamızda Sosyal Devlet İlkesi Ve Konut Sorunu 23 - 36
3 — MİLLETLERARASI HUKUK	
a) — Hakkı YAŞAR	: Konsoloslara İlişkin Adli Ay- rıcalıklar Ve Bağışıklıklar (I) ... 37 - 49
4 — CEZA HUKUKU	
a) — Prof. Dr. Faruk EREM	: Adam Öldürme Kastı 50 - 69
b) — Doç. Dr. Hasan BIYIKLI	: Tüzel Kişilerin Ceza Sorum- luluğu Ve Türk Ceza Hukuku Sistemi (II) 70 - 88
c) — O. Kadri KESKİN	: Tatbikat Açısından Orman Kanununun Bazı Hükümleri (I) 89 - 108
ç) — Mevci ERGÜN	: Teşekkül Suretiyle Vaki Kaçakçılık 109 - 130
5 — MEDENİ HUKUK	
a) — Cemil DİKMEN	: Boşanmada Maddi Zarar Ve Tazmini (MK. m. 143/1) (I) 131 - 153

6 — BORÇLAR HUKUKU

- a) — O. Sabri GÜVEN : Kusur Kavramı
Ve Çeşitleri (II) 154 - 186
- b) — Nihat YAVUZ : Kira Sözleşmesinde
Kiralayanın Kiralananın
Bozukluklarından Dolayı
Sorumluluğu (I) 187 - 205

7 — TİCARET HUKUKU

- a) — Doç. Dr. Güven VURAL : Cari Hesap
Sözleşmesi (II) 206 - 219

8 — İCRA VE İFLAS HUKUKU

- a) — Y. Semih ÖKTEMER : İflâs İsteğinden
Vazgeçme 220 - 236

9 — TRAFİK HUKUKU

- a) — Cevdet ASLANGÜL : Trafik Ehliyetnamelerinin
Mahkemece Geri Alınması ... 237 - 251

10 — KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

- a) — Dr. Necdet YALKUT : Karşılaştırmalı Ceza Hukuku
Açısından Sözde Suç Ve İş-
lenemez Suç 252 - 265

11 — DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

- a) — Bülent AKMANLAR : Karşılaştırmalı Hukuk
Açısından Uluslararası
Çalışmalar, Gelişmeler,
Haberler 266 - 268

12 — KİTAP TANITMA

- a) — Ali Rıza ÖNDER : Yargıtay Kitaplığındaki
Eski Hukuk Eserleri 269 - 279
- b) — M. Sadrettin AYKONU : Anayasa Yargısı 280
E. AYDIN ÖZKUL

13 — YARGITAY'DAN HABERLER

- a) — Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler,
Emeklilik Nedeniyle
Aramızdan Ayrılanlar
Yitirdiklerimiz 280 - 283
- Yasalar, Tüzükler,
Yönetmelikler 284 - 294
- Yargıtay Yayınları 295 - 296

YAYINCILIKTA SEKİZİNCİ YIL

Yayınların; ortaya çıktıktan kısa bir zaman sonra kayboldukları, yada zamanlamalarını yapamayıp rastgele göründükleri veya özelliklerinden birşeyler yitirerek yayımlandıkları günümüzde, 1975 doğumlu YARGITAY DERGİSİ yedi uzun yılı geride bıraktı.

Ocak - 1975'de sizlerle tanışıp kaynaşan dergimiz, bu sayısı ile 7. cildini tamamlayıp 8. cildine başladı. Yayıncılığın bütün zorluklarına ve yoruculuğuna karşın 8. cildin 1-2. sayısı ile tekrar sizlerle olmaktan mutluyuz, gururluyuz.

İlk günden bugüne dek, dergimizde yapılan yenilik ve değişikliklerin en iyiye ve güzele doğru bir ilerleme olduğunu sizlerden duymak, genellikle aradığınızı bulabilmek, ara sıra dergimize gösterdiğiniz ilgi ve titizliğin sonucu olarak kabul ettiğimiz açık ve olumlu eleştirilerinizi almak, bizim için her zaman bir itici güç olmuş ve olmaktadır.

Dergimizin basımında kullanılan kağıt ve diğer malzemelerle, baskı ücretlerinde ortaya çıkan önemli artışlara karşın; tüm olanaklarımızı zorlayarak bu yılki abone bedelinde yapılması gerekenin altında bir artış yaparak satış fiyatını maliyete yakın saptadık. Bu nedenle geçtiğimiz yıllara göre huzurluyuz.

1975 yılı başından 1981 yılı sonuna kadar çeşitli konuda makalenin yayımlandığı dergimiz, biçim ve kapsamı ile kalitesinden yine hiçbir şey yitirmedi. Adı «dergi» olan Yargıtay Dergisi, benzetme yerinde olursa artık bir kitapçıya dönüştü. Yayımlanan makalelerin; yazılan yazılarda veya yayımlanan kitaplarda dipnot olarak yer alması, bu dergimizin duyulan gereksinimlere nasıl yanıt verdiğinin açık bir örneğidir.

2500 baskılı ve üç aylık süreli yayımlarımızın yanında; YAGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI Hukuk Bölümü'nün I., II., III., IV. ve V. ciltleri ile Ceza Bölümü'nün I., II. ve III. ciltlerini yayımlayarak 1926 - 1980 yılları arası İçtihadı Birleştirme Kararlarını tam metin olarak sizlerin yararına sunduk. Daha önce I., II. ve III. ciltlerini yayımladığımız MAJNO CEZA KANUNU ŞERHİ'nin IV. ve son cildini de satışa sunarak tasarladığımız kitapların yayımını bitirdik.

Bundan sonraki çabamız ise; 1975 - 1981 yılları arası Yargıtay Kararları Dergisi'nin 7 yıllık maddelere ve kavramlara göre arama çizelgesini bu yıl içinde basıp yayınlamak olacaktır. Bu çizelgede, dergilerimizde geçen kanunların yerleri (Düstur, T.C. Ka-

nunları, Mer'i Kanunları, Resmi Gazete) belirlenecek, ayrıca bu kanunların alfabetik ve numaratik dizinleriyle, tarafımızdan yapılan kısaltmaları da yer alacaktır. Olnaklarımız elverirse; halen geçerli olan Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulu kararlarını derlemek, yayınlarımız arasına bir de yabancı bir eser katmak düşündüklerimiz arasındadır.

Abone hizmetlerindeki ufak tefek aksamalar ve gecikmeler en alt düzeye inmiştir. Bunun kanıtı, geçtiğimiz yıl dergilerini zamanında veya zamanından önce sizlere ulaştırmamızdır. Ancak sizlerde bazı konularda bizlere yardımcı olmanız ve titiz davranmanız işlerimizi daha da kolaylaştıracaktır.

Şöyleki :

* 1 — Admıza gelen derginin üzerindeki numara sizin abone kayıt numaranızdır. Bize yapacağınız her türlü sözlü ve yazılı başvurularınızda bu numarayı bildiriniz.

* 2 — Herhangi bir yayın için ücret gönderirken, her dergimizin sonunda yer alan YARGITAY YAYINLARI bölümünü önce okuyunuz. Yayın tutarını ilgili hesap numaralarımızdan birine havale ettikten sonra, adlarını ve adetlerini bize yazınız.

* 3 — Adresinizde olacak değişikliği hemen bildiriniz.

* 4 — Ücreti havale ettiğinizde, sizde kalan kúpürün aslını veya fotokopisini başvuru yazınıza iştiriniz.

* 5 — Tükendiği bildirilen yayınlarımız için bedel göndermeyiniz.

* 6 — İndirim işlemi yapılmayan 1975 yılı dergileri ile kitaplarımıza kendiliğinizden indirimli ücret göndermeyiniz.

* 7 — Sizlere yeni çıkan bir yayınımızı duyurmak amacıyla broşür yada kart gönderdiğimizde, fazla gecikmeden istekte bulununuz.

Bunların dışında :

* 1 — Hiçbir yerde; ister kişi, ister yayınevi olsun temsilcimiz yoktur.

* Abone kaydınız takvim yılına göredir. Her yıla ilişkin son sayıyı aldığınızda aboneliğiniz son bulur. Aboneliğinizin sürdürülmesi, yeni yıla ait bedelin yatırılmasına bağlıdır.

* Yayınlarımızı bizim dışımızdaki yerlerden sağlarken, bedellerinde artış olup olmadığını kontrol ediniz.

Yeni yılda başarı ve mutluluk dileklerimizle. Her şey gönünüzce olsun.

YARGITAY YAYIN İŞLERİ MÜDÜRLÜĞÜ

GENEL KONULAR

ASKERİ HUKUKUN BUGÜNKÜ EVRİMİ ÜZERİNE GENEL BİLDİRİ (*)

(I)

Bildiriyi Sunan : Mr. John GILISEN (**) Çeviren : Nail SUCU (***)

Askeri Hukukun Evrimi :

Topluluğumuzun 8. kongresine konu olarak askeri hukukta evrimi alırken silahlı kuvvetlere özgü kazanın idamesi ve nedenlerini, yakın yasal girişimlerde ortaya konan ya da değişik ülkelerde hazırlık çalışmalarına konu olan yeni fikirleri araştırmayı yeğledik. Konumuz, olabildiğince geniş biçimde burada tetkik edeceğimiz askeri kazanın varlığını gerektiren tüm sorunlardır. Bu olabildiğince fazla sayıda adli sistemlerin bir kıyaslanması işlemidir, fakat teknik kıyaslamadan çok, gelişme eğilimleri ortaya çıkarılacak ve böylece farklı yenilikleri yasa koyuculara sunarak askeri Hukukun gelişmesine katkıda bulunulacaktır.

I— Belgesel Temel :

Bildiri sahipleri geniş bir belgesel temel üzerine yazma olnağı bulmuşlardır. Önce, Profesör Erma'nın konuyla ilgili giriş notu vardır. Bu dikkate değer bir nottur. Zira bizim çalışmalarımızdan önce ilk defa, anılan yazar Askeri Hukuk'un gelişmesinin ortaya çıkardığı sorunun ve cevaplarının özünü ana hatlarıyla ortaya koymakta başarılı olmuştur. Şimdi kendilerinin ulaştığı sonuçların müstesna değerini görebiliyor, anlayabiliyoruz.

Sayın Erman'ın notuna, topluluğumuz bürosunca titizlikle düzenlenmiş sualler dizini eklenmiştir. Büronun, askeri adli kuruluşun ve kaza hakkının disiplin ve idari planda olduğu kadar cezasal planda da sorunlarının tümünü içermesine çalıştığı anılan sualler dizini çok titizce ve

(*) Askeri Hukuk Ve Savaş Hukuku Uluslararası Örgütü 8. Uluslararası Kongre. Ekim - 1979/Ankara.

(**) Bükünel Üniversitesi Profesörü - Örgüt Eski Başkanı.

(***) Yargıtay Tetkik Hâkimi

tam olarak hazırlanmıştır. Askeri hukukun bilindiği ya da hiç bilinmediği veya az bilindiği ülkelerin bile yeterli cevap vermesine olanak sağlayacak biçimde hazırlanmaya çalışıldı. İngilizce ve Fransızca hazırlanmış bu II sahifelik soru dizini, teknik karakteri nedeniyle, yazıştıklarımızdan bir kısmını belki şaşırtmış ve ne yazık ki bu nedenle onlar cevap vermeme yolunu seçmişlerdir. Bu anket sadece topluluğumuzla ilişkili 45 ülkenin delegeğine değil ayrıca Hindistan, Pakistan, Mısır ve Japonya gibi topluluk üyesi olmayanlara da gönderilmiştir.

Bazıları 50-100 sahifeyi içeren çok detaylı, bazıları çok kısa fakat temel sorunlar için yeterli, çok titizce hazırlanmış 20 cevap aldık (1).

Bu belgelemeyi konumuza ilişkin, son yirmi yılda ortaya çıkan 4 inceleme eserle tamamladık: Birincisi topluluğumuzun incelemesi, Askeri Ceza Hukuku ve Harp Hukuku incelemesi, sonra Amerikan İncelemesi (Askeri Hukuk incelemesi), Hollanda incelemesi (Askeri Hukuk incelemesi), İspanya incelemesi (İspanya Askeri Hukuk incelemesi). Bu yönde 1960 başlarında, üçüncü dünya ülkelerindeki Askeri Hukuka ilişkin çeşitli incelemeler ortaya çıktı, ancak farklı hukuk sistemlerini kıyaslayan bir eser yoktu. Biz 20 ülke üzerinde bilgi topladık.

Bilgi sahibi olmadığımız ülkeler için doğrudan doğruya Askeri Hukuk organlarına başvurarak (örneğin Hindistan, Pakistan, Mısır) ve koleksiyon ve yayınları tarayarak bilgi edinmeye çalıştık. Ancak bu da genellikle olumlu sonuç vermedi (2).

Ne var ki askeri hukukun varlığı sorunu, en az 20.000 kişilik orduya sahip 82 den çok ülkede, ortaya çıkmıştır (3). Bunlardan 43'ü hakkında yararlı bir bilgimiz yok. Bazıları için askeri hukuk sorunu bütün silahlı kuvvetler örgütünü kapsayan bir gizlilikle örtülüdür (bu ko-

(1) Federal Republic of Germany, Austria, Belgium, Bresil, Cameroun, Canada, Spain United States, France, Great Britain, Italy, The Netherlands, Poland, Ruanda, Sweden, Switzerland, Thailand, Turkey, Zaire, Columbia.

(2) The work of Abraham Talavera (presented too late for the Ciardi Price), «Nueva estructura fuero privativo militar en la reforma del Poder judicial,» Lima, 1976, has been utilized for certain countries.

(3) See Annex I: Armed Forces in the World, from «the Military Balance 1978 - 1979» published by the «International Institute for Strategic Studies,» London.

minist ülkelerle arap ülkelerinin çoğunda görülmektedir) (4), ancak öyle olmasa bile dil sorunu onların yasal durumlarını öğrenmemize engel oldu. Yinede en önemli silahlı kuvvetlerle ilgili bilgi edindik.

Ordusu 4 milyondan oluşan, sayısal olarak dünyada en önemli, Çin için sayın Tsien Tche - Hao, bu günkü Çin Hukuku uzmanı, Fransız Ulusal İلمي Araştırma Merkezi direktörü, ülkesindeki askeri kazayla ilgili olarak elde ettiği bilgileri içeren kısa bir layiha hazırlamayı lütfen kabul etti. Dünyada ikinci büyük ve 3,5 milyondan oluşan orduya sahip Rusya için meslektaşım, Antwerp Üniversitesi'nden Gorle, silahlı kuvvetlerde hukuk sorununa ilişkin Sovyet hukukunun, özelliklerini ana hatlarıyla belirtti.

Üçüncü Dünya için de, üyelerimiz arasında Afrika hukuku uzmanı, Zaire genel müfettişi General Lakulia Bolongo vardır. Kendisi, o kıt'ada, en azından siyah Afrika ülkelerinde işlediği biçimde askeri kaza hakkında layiha hazırlamaya karar verdi.

Bize gelince, eldeki belgelerin yardımı ile askeri hukukun gelişmesi hakkında görüşlerimizi bildirmeye çalışacağız.

Bu aslında bir giriş olacak, zira yarın ve öbür gün diğer bildiri sahipleri daha özel konuları ele alıp konuyla ilgili tartışmaları arzedeceklerdir.

Bunlar normal dönemlerde cezai, disipliner ve askeri yaptırımlarla ilgili askeri kaza yetkisinin analizleri hakkında konuşacak olan Sayın Stuart-Smit, Clair ve Dau ve harp ve olağanüstü zamanlarda bu yetkinin kapsamı hakkında ben ve sayın Prugh, askeri hakim bağımsızlığı konusunda sayın Veutro ve İnteisano'dur.

II — Askeri Hukuk Sorunlarının Aktüelliği :

Gerçekten askeri hukuk sorunları var mıdır? Cevap olumlu görünüyor, zira çok fazla sayıdaki ülkeler konuyu yasallaştırmakta ya da yakın geçmişte yasallaştırmışlardır. Bu yasallaştırma ihtiyacı açıkça bir

(4) In Ecuador by virtue of art. 5 of the Civil Code, «The Promulgation of Laws, decrees and accords relative to the defense of the country, considered as secret, are made in an official register, held by the Minister of National Defense, in an official edition, and in a number of copies determined by the General Staff of the Armed Forces (Talavera, op. cit. p. 105).

gerekliğe, zorunluğa cevap vermektedir ve onlar bu boşluğu doldurma ihtiyacını duymaktadırlar.

Diğer ülkelerde de, yıllanmış yasalar vardır ve onlarda değiştirme veya gerçek gereksinmelere uydurma gereğini duyuyorlar. Kuşkusuz kıyaslamalı bir hukuk incelemesi sadece Avrupa veya Amerika'ya hasredilemez.

Koloniliğin çözülmesi, çok sayıda Afrika devletleri, Asya devletleri veya Okyanus devletlerinin tam bağımsızlıklarına ve kendilerini savunacak silahlı kuvvetlere sahip olmalarına ve sonuçta da askeri hukuk sistemine sahip olmalarına yol açtı.

Çalışmalarımızı Avrupa üzerine toplamak, bununla sınırlamak hatalı olacaktı. Ülkeleri üç kategoriye ayırma olanağı vardır :

- Askeri kaza yaratan yeni ülkeler,
- Bu konudaki yasal düzenlemeleri hemen tamamiyle yenileyen eski ülkeler,
- Askeri adli kuruluşun belli temel bölümlerine ilişkin reformları, yasal düzenlemelerin ufak bir bölümünü yenileyen eski ülkeler.

— Askeri Kazalarını Yaratan Yeni Ülkeler :

1960'larda bağımsızlıklarını kazanan eski kolonilerin büyük bir kesimi bu kategoriye girer. Örnek vermek gerekirse (1) :

- Askeri adli kuruluş, askeri ceza-usulü v askeri ceza yasası dahil bir askeri hukuk Cod'u içeren 25/Eylül/1972 tarihli yasaya sahip Zaire,
- 22/Nisan/1971 tarihli yasayla ilan edilen askeri hukuk Cod'una sahip Cezayir,
- 26/Ağustos/1922'de yürürlüğe giren yeni askeri kaza kuruluşu yasasına sahip Cameroun,
- Çok orijinal ve 1973'te yürürlüğe giren Askeri Hukuk Cod'una sahip Gabon,
- 24/Temmuz/1974 tarihli askeri hukuk Cod'una sahip Fildişi Sahili,

(1) See in annex II the reproduction (incomplete) of the military penal legislation in operation of different countries.

• Kanada cod'u metninin hemen hemen kopyası 1962 tarihli silahlı kuvvetler yasasına sahip Gana,

• 18/Eylül/1964 tarihli Britanya Ordu Yasasından önemli ölçüde esinlenen, savunmaya ilişkin 1964 tarihli savunma yasasına sahip Zambiya,

Aynı biçimde Malaya 1965 tarihli Ordu Yasasına, Uganda 1964 tarihli Silahlı Kuvvetler Yasasına sahiptir.

Pasifik Okyanusu ve Karibyan denizindeki yeni devletler de aynı biçimde askeri hukuku düzenleme yolunu seçmişlerdir (2)

2— Askeri Hukuk Codlarını Aşağı Yukarı Tümüyle Yenileyen Dahası Eski Ülkeler :

Örneğin 1973 ihtilalini takiben Portekiz, Nisan 1977 kararnamesiyle yeni bir askeri hukuk cod'u yaptı. Başlangıcında, yasa koyucu, cod'un yeni ilkelerle uyum sağlamak amacını güttüğünü belirtmiştir.

Yine Şili, 1925'te yürürlüğe giren 1944'de gözden geçirilen askeri hukuk cod'unu 12/Aralık/1976 tarihli kararname ile yeniden gözden geçirmiştir. İsviçrede de askeri ceza ve askeri ceza usulü yasaları, yasal gözden geçirmeye konu edilmiştir. Değişiklikler federal meclislerce onanmıştır. Referandum istenmezse, ki pek olası değil, yeni metinler 1/Ocak/1980 de yürürlüğe girecektir (1).

Batı Almanya 4/Eylül/1972 tarihli yeni bir askeri disiplin cod'u yayınlamıştır. Fransa 20/Temmuz/1975 tarihli «orduda genel disiplin yönetmeliği» kararnamesi çıkarmıştır. Belçika 14/Ocak/1975 tarihli yasayla yeni bir silahlı kuvvetler disiplin yönetmeliği yayınlamıştır.

Diğer ülkelerde de askeri hukuk cod'larının tüm gözden geçirilmesi projeleri yapılmaktadır. Örneğin Hollanda da 12 yıldır projeler birbirini izledi.

Yine yeni bir askeri ceza yasası projesinin parlamentoya gönderileceği Belçikada, anılan proje, hükümet ve devlet konseyince onanmış ve yeni bir askeri ceza usulü yasası, başkanlığındaki bir komisyonca incelenmektedir.

(2) Mr Stuart - Smith sent us a lot of information about these countries.

(1) J. Valenciano Almonya, En torno a un nuevo Código de justicia militar, Revis ta espanola de derech militar, no. 35, 1978, p. 55-79.

İspanyada da 20 üyeli bir komisyonca, yeni bir askeri hukuk cod'u üzerinde çalışılmaktadır ve bu askeri mahkemelerdeki askeri hukukçular önemli ölçüde takviye edilerek şimdikinden oldukça farklı olacaktır. (1)

3— Mevcut Codlarda Önemli Reformların Yapıldığı Eski Ülkeler :

Ufak reformları içeren askeri kazaya ilişkin yasal faaliyetin olduğu çok sayıda ülkeler vardır. Ancak bu ufak reformlar bile yasal metinlerdeki eğilimlere işaret eder.

Rapor gönderen ülkeler arasında Birleşik Devletler, Fransa, Belçika ve Hollanda örnek verilebilir.

Büyük Britanyada hizmet yasaları her beş senede bir parlamentoca revizyon konusu yapılmaktadır. Gelecek revizyon 1981 de yapılacaktır. Taslak hazırlayıcıları şube seviyesindeki değişiklik önerilerini incelemektedirler.

Bu incelemeler nedeniyle onlar «Dutch Soldiers solder's case» davasının sonuçlarını yani Strassbourg mahkemesinin Engel kararını incelediler (2).

Bu uzun uzadıya tek tek sayılan yasal metinler - arada atlanmışlarda vardır - askeri hukuka ilişkin temel fikirler ve kavramları yenilemek için dünyanın her tarafında görülen ilgiyi gösteriyor.

Belli kişiler her zaman askeri kaza reformları yönünden yasa koyucuların kayıtsızlığından şikayetçidirler (3).

Belli ülkelerde elli, yüz yıllık veya daha fazla, gözden geçirilmiş yasalar vardır. Önerilen reformları incelemekle görevli komisyonların ve diğer organların çabalarına karşın yasa koyucular, onların projelerini yürürlüğe koymak için pek az çaba göstermişlerdir. Gerçekten bu eleştiri hukukun diğer konuları için de geçerlidir.

Fransa ve Belçika medeni yasalı da Napolyon döneminden kalma değildir? Doktrinde de bizim konumuza büyük kayıtsızlık gösterilmiştir.

(1) J. Valenciano Almonya, En torno a un nuevo Codigo de Justicia militar, Revis ta espanola de derech militar, no. 35, 1978, p. 55-79

(2) British Report, p. 31

(3) For exemple H. Gavilenes Saltos in the Revista Espanol de derecho militar, 1957, p. 109

Yeni yasaları (1) yorumlayan birkaç eser ayrık, askeri kazanın temel unsurlarını, onun kurumlarının özel karakterlerini ya da işleyişindeki özellikleri inceleyen pek az eser bulunur. Bereket versin bir zamandan beri Hollanda-en eskilerinden biri - İspanyol, Türk, Alman, Brezilya askeri hukuk ve topluluğumuzun uluslararası askeri hukuka ilişkin olmak üzere 8 inceleme vardır ki sahamızda belgelemede, derinlemesine araştırmada ve akislerinde hareket noktalarını sağlar (2).

Ayrıca askeri kazanı nvarlığını haklı kılmaya çalışan bir kısım eserler - kitap ve makaleler - vardır, İsviçre de (3) örnek olarak Ernest Buob'un tezini Birleşik Devletlerde profesör Joseph Bishop'un «Justice under Fire» (4) adlı eserini sayalım. Yine Hukuk Müşavirleri Birliğinden eski bir general olan Kenneth J Hodson'un çok doyurucu makalelerinden «Military Justice : Abolish or Change (5) veya «Is there justice in the military» (6) yı sayabiliriz. Bunlar gibi çeşitli tartışmalar Birleşik Devletlerde yapılmıştır.

-
- (1) P.J. Doll, Analyse et commentaire du Code de justice Militaire, Paris 1966, suplement 1968; LİKULIA BOLONGO, Droit penal militaire Zalrois, Paris 1977.
 - (2) «Revue de droit penal militaire et de droit de la guerre - The military Law and Law of War Review» published under the auspices of the International Society for Military Law and the of War - Brussels 1962
«Militair Rechterlijk Tijdschrift» - Ministry of Defence - The Hague, since 1903
«Revista espa nola de Derecho Militar», Instituto Francisco de Vitoria, Seccion de Derecho militar, Madrid, since 1956.
«Military Law Review», Headquarters, department of the Army, Washington, since 1958.
«Neue Zeitschrift für Wehrecht», since 1964 ;
«Rassegna della Giustizia Militare», Rome, since 1975 ;
«Revista de Superior Tribunal Militar», io de janeiro, since 1975 ;
«Askeri Adalet Dergisi» Ministry of Defence of Turkey.
 - (3) E. Buob, Die Berechtigung der Militargerichtbarkeit in Schweizerischen demokratischen Rechtsstaat, diss. Zurich 1974.
 - (4) Joseph W. Bishop jr. «justice Under Fire» : a study of Military Law New York 1974.
 - (5) Military Law Review - Bicentennial Issue, Sept 1975 - pp. 579 - 606 - Kansas Law Review t. 22, 1873, p. 31.
 - (6) The American Reserve Magazine - nov - Dec 1969, p. 22.
 - (1) We have no information on the system adopted in Cuba after the seizure of power by Fidel Castro, nor in the system devised by the Red Khmers Rouges after 1970.

I — Niçin Askeri Kaza?

a - Kritik :

En azından basın ve düşünce özgürlüğünü bilen ülkelerde, nerede ufak çapta ilmi çalışma varsa, orada çoğunluk askeri kazanın varlığını eleştiren yeterince broşür görünür. Bu eleştiriler değişik türdendir.

Bazıları için askeri kazanın eleştirisi tüm adli sistemin, daha doğrusu, siyasi ve sosyal sistemin eleştirisidir. Toplumunu temelden değiştirme görünümü altında, bu risalelerin yazarları otoritenin, yetkinin tüm biçimlerine, özellikle silahlı güçler ve onların kaza hakkına çatarlar. Savaş zamanında ve savaş dışı karışıklıklarda, onların genişletilmiş yetkileri nedeniyle askeri mahkemeler, dünyayı değiştirmek isteyen onların - Kızıl Tugay veya Kızıl ordu fırkası, İşçiler Devrimci Birliği veya Kuzey İrlanda'daki IRA veya İspanya'daki ETA gibi - gözde hedefleridir.

Aynı zamanda bir ihtilal, bir rejim devirmede başarıya ulaştığında, yeni yöneticiler, düzeni yeniden kurmak ya da daha doğru deyimle kendi düzenlerini kurmak zorundadırlar. Ondan sonrada onlar kendi silahlı kuvvetlerini ve polisini organize etmek ve onun sonucu olarak bir tür askeri hukuk sistemi kurmak zorundadırlar.

Örneğin 1918-1921'de Rusya'da Kızıl Ordu'daki ve yine 1949'dan önce ve sonra Çin Komünist Ordusun'daki gibi.

Çoğu zaman, askeri kaza eleştirisi antimilitarizm için bir örtü bir sahte görünüşdür. Kuşkusuz tüm savaşın önlenmesi için çaba harcamak gereklidir. Şiddete başvurma önlenmeli, yasaklanmalıdır. Ancak bu halen uzak görünen idealdir. Ordusuz ve onun doğal sonucu askeri haksuz bir dünya yaratma özencini hayalcilere bırakalım. Bizlere gelince, biz gerçekleri bilelim.

Belirtelim ki şu anda mevcudu bir milyondan fazla 4 ordu, yüzbinden fazla, 33 ordu var. Yine belirtelim ki müstemlekecilikğin çözülmesi hareketi ve ulusal bağımsızlık yine onların bağımsızlıklarının garantisi olan yüzlerce ordularla alındı. Giderek belirtelim ki antimilitari eleştiriler, çoğu zaman karşı gücü, bir tür manen zayıflatmak çabası halinde gözüktür. Onlar askeri kazayı eleştirerek zaaf ve noksanlıklarını gösterecek saygınlığını yok etmeyi, kamu oyu önünde gülünç duruma düşürmeyi, böylece ulusal ya da sosyal - silahlı güçlerdeki karşı koyma gücünü kırmayı umurlar.

Eleştiri, çoğunluk askeri kaza sisteminde mahkum olmuş kimselerden gelir. O işleyiş onları savaş ya da savaş dışı karışıklıklar zamanında mahkûm etmiştir. Düşmanla işbirliği yapmış ya da iç huzursuzluklara karışmış kimseler vardır. Onların ulusal, vatanperverane görevinden doğan bu özellikli askeri kaza yetkisi yine onları, normal işleyişlerini düşünmeksizin eleştiriyi karşı karşıya getirir. Daha kurnazca ve çoğunluk daha etkili diğer bir eleştiri biçimi, askeri kazayı, sivil kaza ile kıyaslayıp onu kusurlu bulmak sonrada birini diğerinin nitelikleriyle donatmaktır. Onlar askeri kazayı hicvederler. Onlar Fransız dilindeki hemen bütün eserlerde Clemenceau'ya atfedilen deyimini örnek verirler : «Military justice is to justice as military music is to music». Unutuyorlar ki aynı Clemenceau, askeri kazaya, ordu denen diğer bir kuruluşun doğal sonucu demiştir (1) onlar, sivil bir mahkemece daha iyi bir kararın verilebileceğini belirtmeksizin, kanıt olarak, bir askeri mahkemenin kararını - belliki yetersiz - gösterirler.

Ancak onlar, askeri mahkemenin asker üyelerinin mesleki yetersizliklerine işaret ederler. Mükemmel bir mahkeme olarak düşündükleri «Court of Assize» jürisinin, yedi ilâ oniki, hukuki nitelikleri olmayan kimselerden oluştuğunu belirtmeyi unuturlar. Hattâ askeri mahkemelerin varlığını eleştirmeyi bıraksalar bile en azından bağımsızlığına kuşkuyla bakarlar. İşaret ederler ki askeri mahkemeler sivile orduyu, asta üstü tercih ederken taraflıdır. Onlara göre o, orduyu normal hukuk sistemi dışına çıkarmayı amaçlayan bir sınıf hukukudur.

Bizzat ordu, benzeri eleştiriler ortaya koyar. Belli askeri kuruluşlar, kendilerini gözden düşürücü bir sınıf hukuku olmakla, tüm askeri kazanın kaldırılmasını isterler, ancak unuturlar ki bu kuruluşların, koyu savunucusu oldukları toplum mahkemeleri, toplum olarak belirlenmiş gruplara uygun düşen mahkemelerdir.

En yersiz eleştiri de, askeri nitelikleri olmayan jürilerden gelir.

Jüristler birliği ön yargıları, ünvanı, ihhtişamı, küçümsemesi ve katılığı ile diğer sosyal gruplar gibi kapalı bir toplumdur. Jüristler oraya akademik bir rütbenin kazanılması, hukuk doktoru veya öğretim görevlisi ya da baroya veya yargı erkine kabul halinde girebilirler. Ancak bu küçük dünyada siviller yasa uygulayıcılarını küçük görürler, uluslararası

(1) An American writer, Robert Sherill, published in 1969'a book entitled : «Military justice is to justice as military music is to music».

hukuk uzmanları idare hukuku uzmanlarını aşağı görür ve ünvan sıralamasında, askeri jürileri son basamağa yerleştirirler.

Belki abartılmış imajlar ama, büyük jürilerin, üzerimize yağdırdığı önemsememeden usandım. Hatta üniversitelerde bile vardır.

Askeri yasa ve usule ilişkin eğitici mpeki yoktur - İstanbul ve altı İtalyan üniversitesi, Strasbourg ve Amsterdam (1) ayırık - ve bunları kurma projesi, uluslararası ceza hukuku, iş hukuku, sosyal ceza hukukunda gönüllü olarak yapmalarına karşın istihfafla reddedildi.

B) —Askeri Hukukun Gerekçeleri :

Neden askeri kaza? Herşeyden önce cevaplanması gerekli bir soru. Madem ki ordular var, onlara özgü bir kaza biçimi gerekli asırlardır böyle olmuştur, gelecekte de başka türlü olmasına neden yok. Genelde bu doyurucu bir cevaptır. Ancak gittikçe artan eleştiri konusudur şimdilik.

Herşeyden önce, kural, küçük yani bir kaç yüz yada binlik ordulara uygulanmayacak. Yeni devletlerin çoğu özellikle dağılan müstemlececilikten doğanlar, ülkenin dışı karşı savunmasından çok, iç düzeni sağlama hizmetinde olan küçük orduya sahiptir. Örneğin Antil Adaları, Lüksemburg, Monako gibi.

Eğer bu küçük milletler için askeri kazanın düşünülmesi ya da gerekliliğini savunmak zorsa en azından polis ve jandarma güçlerinin benzer disiplinsel sorunları vardır. Onlar, askeri disiplinle geniş sivil kuruluşların, özellikle devlet yönetim organlarının, sivil hizmet disiplini arasında bir grup oluşturur.

Ana kurala karşı diğer bir karşı çıkışta 1950'den beri askeri kazasız geniş orduların olduğudur. Herşeyden önce 500.000'den fazla mevcutlu orduya sahip Federal Alman Cumhuriyeti ayrıca 37.000'lik orduya sahip Avusturya 65.000'lik İsviçre, 34.000'lik Danimarka, 39.000'lik Norveç ve 240.000'lik Japonya'daki gibi.

8850 kişilik orduya sahip Gine Ordusu'nda -1966'da oluşturulan edindiğimiz bilgi doğru ise, askeri kaza 1970'de kaldırılmış ve tüm davalar adli kazaya devredilmiştir (1).

(1) There are also at least two school training Military Lawyers, the JAGS (Judge Advocat General School) at Charlottesville, and the Escuela de Estudios juridicos del Ejercito at Madrid.

(1) Decree of February 1966 creating the Militay Tribunal and regulations, its composition and its competence ; Decree of II September 1970 abolishing the tribunal, J. Van der Linden, in Rev. dr. pen. mil. dr. g., 1970, p. 1 m.

Batı Almanya 1949 Anayasasıyla barışta askeri kazanın kaldırılmasını zorunlu kıldı. Bu Hitler devrindeki askeri mahhkemelere atfedilen suistimallerin ve 1945'de nazi rejiminin yenilgisinin sonuçlarından biridir. Avusturya (2) ve Japonya'da da aynı. Fakat bu ülkelerde askeri mahkemelerin yerine tam gelişmiş disipliner ve idari kazalar vardır. Belirtilen bu iki izlenim bir yana ordnun olduğu yerde askeri kaza sistemi vardır diye kabul edilebilir. Ordu temel siyasi gurubun yani bütün olarak devletin özünde özel sosyal bir gurubu oluşturur.

Ordu devlet içinde dış düşmana ya da iç karışıklıkta iç düşmana karşı devleti korumakla görevli sosyal bir guruptur. Ordu, bireylerinin hayatı pahasına bu görevi yapmak zorundadır.

Ordu bu durumlarda anılan görevini yerine getirebilmek için varlığı zorunlu özel kurallara bağlı tutulur. Hazır olma ve itaat kuralı.

Hazır Olma Kuralı : Bu anlamıyla askerin, izinsiz birliğinde bulunmaması yasaklanmıştır. Terk ya da izinsiz ayrılmaya yokluk denir ve ceza yaptırımına bağlanmıştır. Ordu, yokluğun hiç bir nedenle hoşgörülmediği tek sosyal guruptur. Çünkü yokluk savaş zamanı askerin, arkadaşları ölümle karşı karşıyayken ölümden kaçmasına yol açabilir. Barışta yokluk son derece az tehlikeli sonuçlar doğuracaktır ve bu nedendir ki bazı ticaret birlikleri ya da siyasi partiler asker olmayan işçi ve görevlilerinkine benzer hakların askerlere de verilmesini istemeye yönelmişlerdir.

Bu hazır bulunma yükümlülüğünü yaptırıma bağlama sorunu, askeri kazanın gelişmesinin özü olmasa da, bu tür kararların sonuçlarını çözümlenmenin yeri burası değildir.

Diğer Askeri Kural; İtaat Kuralı : Ordu, en büyük sayıda insanı bir kumanda altında toplayan büyük bir girişimdir. Bütün bu insanlar aynı sonuç için çırpınmalı aynı buyruklara uymalıdır. Birinin başarısızlığı herkes için hayati, belkide yenilgi nedeni olabilir. Bu Amerikan bağımsızlık savaşı veya Napolyon devri örneği geçmişteki ordulardaki gibi modern, süpermotorize ve süpersofistikeyt modern ordularda da aynıdır. Askeri disiplinin temelini oluşturan bu itaat prensibi üzerine kurulmuştur o. Bu prensip herşeyden önce üstlerden gelen buyruklara uymanın ve bağlılığın, disiplinin tam birleşimidir. Ordu zorunlu olarak hiyerarşiye bağlanmıştır. Ordu, büyük mekanizmanın bütün birimlerinin kendisine itaat zorunda olduğu, en yüksek rütbe-

(2) German and Austrian Reports.

deki komutanın tepesinde bulunduğu bir piramittir. Askeri disiplinin sürdürülmesi, normal kazadan ayrı, askeri kazanın varlığını gerektiren temel nedene bağlıdır.

Etkili ve çabuk yaptırım ve itaatsizliğe, ayaklanmaya karşı uyanık olma, değerlendirme yaparken milletin bir ordusunun olması nedenini gözönünde bulunduramayan yargıçların eline bırakılamaz.

Terk ve itaatsizlik tüm askeri ceza yasasının iki temel konusudur. Zira varlık yani askerin izinsiz ayrılmaması ve itaat görevi birlik için temeldir. Bunlar onun özünü oluşturur. Düşman önünde terk ve isyan ölümlle cezalandırılmıştır. Zira bu durum diğerlerini ölümlle karşı karşıya bırakır, yenilgiyle sonuçlanabilir, diğer bir anlatımla savunulan siyasi birliğin tahribi veya tamamen yok olmasıdır.

Askeri disiplin diğer alanları, hazır bulunma ve itaatten başka hareketleri de kapsar. O ayrıca, askeri malzemenin sabotesini, bakımda savsamayı (ihmal) eşya ve paranın yerinde kullanılmamasını, üste güveni yok eden, azaltan yetki suistimalini ve bir ordunun varlığı nede-
nine bağlı yaptırımları gerektiren tüm diğer eylemleri içerir.

Bu sahada diğer bir gözlemede, askeri kazanın askerler kadar kumandanlar tarafından da kabul edilmesidir. Ve o, silahlı kuvvetler kendilerine uygun düşen bir askeri kazanın gereksinimini duyduklarından, diğer bir anlatımla silahlı kuvvetler denen çok özel bir sosyal kuruluş içindeki adalet duygusuna daha iyi cevap veren askeri adalet kuruluşu olmakla gereklidir. Kuşkusuz sivil ve askeri kaza diye iki kaza zorunlu değildir. Askeri kaza ülkenin ceza kazasıyla bir bütünlük göstermelidir, kazai kuruluşun diğer dallarında olduğu gibi. Bu da üyelerinin askeri yönleri tamamlayan nitelikleriyle olacaktır. Bu kişiler -hukuk müşavirleri, denetçiler, savcılar- iyi bir hukukçu ve iyi bir subayın tüm niteliklerine sahip olmalılar. Askeri jürilerin askeri kazanın korunması ve sürdürülmesine içten bağlı kişilerden özel heyet biçiminde oluşturulması bu amaca yöneliktir.

C — Anayasal Temel :

Belli ülkelerde askeri kazanın varlığı anayasa ile tanınmıştır. Örneğin Belçika'da 931 Anayasası m. 105, askeri mahkemelerin kuruluş ve yetkilerini düzenleyen özel yasaları zorunlu kılar. Bu maddenin iş kazasını -iş hukuku alanı- oluşturmak için yakın zamandaki tadili (1970) askeri kazaya ilişkin paragrafta bir değişiklik getirmedir.

Hollanda'da askeri kaza 1887'den beri anayasada daha açık ve katı biçimde belirtilmiştir. M. 166 (Yasa 180), kaza organı üyelerinin atama ve istifalarına ilişkin kuralların, silahlı kuvvet mensupları hakkında karar verecek kimselere uygulanamayacağını belirtir (1).

İspanya'da 1812'den beri tüm birbirini izleyen anayasalar askeri kaza teşkilatı koşulunu getirmiştir. M. 117, gerçekten, kaza birliği ilkesi adli organın temelidir ancak yine yasa, anayasa ilkelerine uygun tam anlamıyla bir askeri kaza organize edecektir der (1).

Türkiye'de Anayasa m. 138, askeri kaza sisteminin temelidir (2). Brezilya'da 967 Anayasası m. 107 ve 120, askeri kazanın organizasyonunu zorunlu kılar. Kolombiya'da Anayasa m. 170, askeri mahkemenin, askeri şahısların askeri ceza yasasına uyan aktif hizmetteki ya da onunla ilgili ihlallerinde kaza yetkisine sahip olacağını belirtir (3).

Meksika (m. 13) ve Dominik Cumhuriyeti'nde (Anayasa 1960 m. 55) de aynıdır.

Daha eski anayasalarda -Belçika'nındaki gibi- yada yakın zamanın anayasalarında -Brezilya ya da Türkiye'ninki gibi- açıkça kaza koşulu getirilmiştir. Genellikle anayasal madde yasama organını bu kazayı organize ve yetkisini belirlemekle yetkili kılar. Diğer anayasalar, doğrusu, askeri kaza kuruluşunu, en azından barışta, yasaklar. Örneğin Batı Alman Cumhuriyeti, Avusturya gibi. Zaten bunları yukarıda belirtmişrik.

IV — ASKERİ KAZA YETKİSİ :

Bu kazanın kapsamı hazırlanmış olan raporların konusu olmuştur. Önce belirtelimki, her dereceden asker üyelerin suçlarının yeterli biçimde bastırılması, önlenmesi zorunluğuş askeri disiplinin sağlanması ve sürdürülmesinin gerekliliği daima buna hak verdirecektir. Bu baskı, önleme, silahlı kuvvetler konusunda, suistimalin ağırlık ve oranını gözönüne almalı fakat ayrıca, askerlerin yaşamını ve askeri faaliyet koşullarını da gözönünde tutmalıdır.

(1) The Netherlands Report, p. 2.

(1) The Spanish Report, p. 5.

(2) The Turkish Report (p. I ; text reproduced).

(3) H. F. Sandoval, Organizacion y competencia de la justicia penal militar en Colombia. Rev. dr. penal militaire, t. II, 1963, p. 249.

Askeri kaza yetkisinin kapsamı zorunlu olarak minimum ve maksimum arasında çizilmiştir.

Askeri kazanın kıyaslamalı bir incelemesine girişmek ve kıyaslama yapmak için şimdilik üstler ve silahlı kuvvetlere bağlı diğer kimselere ilişkin kuralları bir yana bırakıp, sade askeri ele almak gereklidir. Kıyaslamalı Tablo III'de yaptığımızda budur. Bu tablo kaza yetkisinin 4 halini ayırır.

a — Genel Yetki : Askeri kaza en ağırından en hafifine kadar, ister genel ister askeri yasa uyarınca, askeri şahısların işledikleri suçlara ilişkin hüküm verir. Az ayrıkları (istisnaları) vardır ve bu da ülkeden ülkeye değişir. Örneğin U.S.S.R.'de ve sosyalist hukuka ve komünist sisteme sahip bütün ülkelerde olduğu gibi. Örneğin Belçika ve Hollanda'da.

Belçika'da, hükümetin, yeni askeri ceza usulüne ilişkin niyetlerini gösteren daha geçenlerdeki tezkeresi, bütün küçük ihlallerde, askeri kazanın yetkiyi elinde tutmasını zorunlu kılıyor. Tek ayrığı özel hükümleri gerektirir ihlallerdir : Mali ihlâl, sosyo - ekonomik ihlâl, sürecülük (askeri araçla olanlar ayrık) (1).

Fransa 1928'den beri genel yetki sistemini terketti. Yunanistan 1927'de terketmişti ancak 1935'te yeniden koydu.

b — Koşullu Genel Yetki : Anglosakson sistemi genel yetki sistemine yaklaşır.

Anglo - Sakson Ülkeleri'nde askeri kaza, askeri yasalar, ordu yasası veya askeri ceza yasasında sayılan bütün askeri suçlara bakar. Ancak bütün bu yasalarda çoğunluk, hemen hemen her suistimalin, yasa aykırı hareketlerin cezasal yaptırımına yol açan genel kural vardır. Bu yaklaşımla, genel yasanın herhangi ihlâli, askeri kaza uyarınca yargılanabilecek bir ihlâl olmaktadır.

Büyük Britanya'da örneğin, sivil suçlar yani commonlaw (ortak hukuk) ihlalleri, askeri olmayan ihlaller, eğer askeri şahıs tarafından işlenmişse, askeri yasaya karşı ihlallerdir. Askeri kaza organları bu nedenle onlar hakkında hüküm kurmaya yetkilidirler.

(1) Dutch Report, p. 32.

Bu nedenle Anglo - Amerikan sistemini ilk kategorimiz içine sokuyoruz üç özelliğine karşın : Önce belli ağır suçlara -cinayet irza geçme gibi- Büyük Britanya'da (dışında değil) sivil kazaca bakılır. Sonra davaya bakıp bakamayacağı, askeri kazaya bırakıp bırakamayacağına, söz sahibi sivil otoritedir. Nihayet askeri şahsın disipliner yönden cezalandırılması için üst veya Summery Court -dar yetkili bir mahkeme- önüne çıkması istenebilir, her ne kadar onun askeri mahkemede yargılanmasını isteme hakkı varsa da.

c — Askeri İhlâllerle Sınırlı Yetki : Diğer ülkelerde askeri kaza, sadece mutlak askeri ihlâl bakar. Genel hukuka aykırı ihlâllerin hükümlendirilmesi askeri olmayan ceza mahkemelerine aittir. Nüanslar, yinede askeri ihlâlle ne anladıklarını tarif etmenin zorluğu yüzünden fazladır. Topluluğumuz, Madrid Kongresi'ni bu amaca yöneltti (1). Genellikle yetki, askeri ceza hukukunda yer alan ihlâllerle saptanır. Bu yasa, ceza ve usul yönünden, tek olmakla kaza organı ve yetki, bu suçların ne olduğu, yasa içeriğiyle saptanır. Ancak bu içerik ülkeden ülkeye değişir. Bu yetki Fransız raporunda dendiği gibi (2) çift te-mele, biri askeri ihlâlin tabiatından doğan nesnel, diğeri aynı zamanda kabahati işleyenin statüsüne -askeri kişi gibi niteliğine- ve ihlalin oluş koşullarına -hizmet sırasında ya da askeri tesislerin içinde oluşu gibi- dayanır.

d — Yalnızca Savaş Zamanı Yetkisi : Belli ülkelerde -Almanya, Avusturya- askeri kaza, barış zamanında yoktur. Askeri kişilerce işlenen -ne olursa olsun- ihlâllere, askeri olmayan mahkemelerce bakılır. Askeri mahkemeler yalnızca savaş zamanında görülür ve askeri şahıslar yönünden tam kaza yetkisi ile hareket ederler. Barış zamanı, çok ihlâller disipliner yoldan önlenir, disiplin yaptırımları ceza yaptırımlarından pek az ayrılabilen para ve özgürlükten yoksunluğa kadar ulaşabilir.

İzin verirsiniz burada bir kaç noktaya değineyim. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra 1950 - 1960'lara doğru askeri kaza yetkisini azaltma yolunda genel bir gidiş vardı. Onlar belli olaylarda barışta, askeri kazanın kaldırılması, diğer olaylarda -ki daha çok sayıda- yetkiyi sadece askeri ihlâllere ayırma (hasretme) yolunu seçtiler.

(1) *Ecuelis de la Society*, t. IV. I : Les delits militaires.

(2) *French Report*, p. 23.

Son iki yirmi yıllık dönemde genel bir statüko olmuştur. İnsan, ayırdığım dört sistemin her biri, taraftarlarına, onları savunanlara hizmet ediyor izlenimine ulaşıyor. Gerçek gelişme, askeri mahkemelerin sivilleşmesine doğru yani sivilin özellikle sivil majistraların askeri mahkemelerin tertibindeki rolünün artırılmasına doğru yönelir gibi, fakat bu, yetki değil askeri adli kuruluş sorunudur.

V — Başlıca Askeri Adli Kuruluş Sistemleri :

Dünyadaki üç büyük sistem Anglo - Amerikan Ülkeleri Comman Law sistemi; Avrupa Kıtası ülkeleri Civil Law (Romanist sistem) sistemi, komünist ülkeler sosyalist hukuk sistemi gibi aynı biçimde üç büyük askeri adli kuruluş sistemi, Anglo - Sakson Ülkeleri askeri mahkemeler ve müşavirler sistemi, Avrupa kıtası ülkeleri savaş konsey ve hükümet komiser veya denetçileri sistemi ve hem Sovyet hem Çin sistemini içeren komünist ülkeler sistemi vardır. Her biri, şu veya bu sistemin etki alanı içindeki ülkelerde, geniş ölçüde uygulanmaktadır. Ayrıca anılan üç büyük sistemin gelişmiş haline ulaşamamış birkaç ülkede vardır. Bu ülkelerde, askeri adli sistem askeri kumandanın güçlü otoritesinden ayrılmamıştır.

Müstemlekeciliğin çözülmesi sonucu doğan yeni ülkelerde -ki Amerika'da 19. asrın başlarında Asya ve Afrika'da 20. asrın ortalarında ortaya çıkan- askeri hukukun örgütlenmesi (teşkilatlanması) genellikle ana ülkeninkinden esinlenmiştir. Böylece Latin Amerika'da onlar, daha çok İspanya Askeri Adli kuruluşunu veya Portekiz kuruluşunu taklit etmişlerdir (1).

Onu isleyen gelişme, hatta daha geçenlerde başlıca İberia örneğinde görülmektedir. Bunu daha çok İspanya birliği açıklar (1). İspanya askeri ceza incelemesinin varlığı da buna katkıda bulunmuştur. Afrika ülkelerinde Pasifik ya da İngiliz kolonisi olan Antillerde, onlar, hemen her yerde 1960 - 1970 sıralarında, 1955 Büyük Britanya'sınıninkinin aynı olan bir Silahlı Kuvvetler Yasasını kabul ettiler.

— SÜRECEK —

(1) Ordinance of Charles III (1768).

(1) In the work of Talavero (Op. Cit), there are (with several small exceptions) only references to some works in the Spanish Language.

ANAYASA HUKUKU

ANAYASAMIZDA SOSYAL DEVLET İLKESİ VE KONUT SORUNU

M. Ünal BAŞOĞLU (*)

PLAN : 1 — Giriş. 2 — Birinci Bölüm : A — Sosyal Devlet. 3 — İkinci Bölüm : A — Konut Politikası. B — Türkiye’de Konut Sorunu. 4 — Sonuç : Değerlendirme ve Çözüm Yolları.

1 — GİRİŞ

Türkiye gelişmekte olan bir sosyal hukuk devletidir.

Anayasamızda yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi ışığında, devletin klâsik kamu hizmetleri yanında sosyal kamu hizmetlerine de eğilmesi sosyal güvenlik ve konut gibi kamu sağlığını yakından ilgilendiren konularda etkin çaba harcaması bu gün artık zorunlu hale gelmiştir. Asgari sağlıklı yaşama koşullarını haiz olmıyan konutlarda oturan bireylerin meydana getirdikleri bir toplumda, çeşitli problemlerin görülmesi doğal, toplumsal huzurun sağlanması ise güçtür. Bu araştırmada ; birinci bölümde sosyal devlet ilkesi ele alınmıştır. Sosyal devlet ilkesinin temel kavramları üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde genel olarak konut politikası incelenmiş ve ülkemizde bu konuda yapılan çalışmalar ele alınmıştır.

Sonuç bölümünde ise ülkemizdeki konut sorunu ile ilgili genel bir değerlendirme yapılmış ve çözüm yolları üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

A — SOSYAL DEVLET

Batı demokrasisi 19. yüzyıldan itibaren gelişerek bireycilikten sosyal demokrasi niteliğine bürünmüştür. Özgürlüğün yanında, eşitlikten

(*) **Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Yardımcısı.**

de söz edilmeye başlanmıştır. Ekonomik hayata hâkim olan çevrelerin, sosyal hayat ve siyasi iktidara yaptığı etki oldukça büyüktür. Özgürlük sorununun yanında, güvenlik sorunuda ön plâna çıkmıştır. Soyut bir özgürlük artık insanları tam anlamı ile tatmin edememektedir. Bu konuda devlete pek çok görevler düşmektedir. Devletler toplumu meydana getiren fertleri çeşitli yönleriyle koruma ödevini yüklenmeye başlamıştır. Bu artık devletin zorunlu görevi olmuştur. Toplumunu meydana getiren fertler devletin koruyuculuğunu hak olarak talep edeceklerdir. Bu hakkı biz sosyal güvenlik olarak isimlendirebiliriz. Sosyal devlet bireyi ekonomik hayatta artık yalnız başına bırakmayan devlettir. Sosyal devlet ekonomik hayatı tanzim ederek üretimi, fiyatları, yatırım oranlarını, insan gücü kullanımını dış ticaret dengesini kontrol eder. Sosyal devletin bu alanlarda sorumlulukları, ödevleri vardır. Plânlamaya sosyal devlet içinde önem verilmeye başlanmıştır. Kamu sektörüne ağırlık verilmiştir. Sosyal devlette, devleti ekonomik gücü ellerinde bulunduranlar değil, devlet, özel sektörü, onun faaliyet gösterdiği alanları ve ekonomik hayatı kontrolü altında bulundurur, sosyal devlette özel sektör, kamu sektörü yanında artık ikinci plâna düşmüş bulunmaktadır. Sosyal devlet millileştirmecidir. Millileştirme yoluyla sosyal reformu gerçekleştirmeye çalışır. Eğer devlet özel sektörün kontrolü altına girerse, sosyal niteliğini kaybeder. Gün geçtikçe devletler vatandaşlarının refahı sorunu ile daha doğrudan yollardan ilgilenmekte ve kişilerin ve gurupların bazı ihtiyaçlarını karşılama sorumluluğunu üzerlerine almaktadırlar (1).

Sosyal devletin asıl özelliği, kamu özgürlüklerini toplum içinde sosyal adaleti sağlamak maksadı ile sınırlamaya çalışmasıdır. Sosyal devletin bünyesinde yalnız özgürlükler değil, aynı zamanda eşitlikler de mevcuttur. Kamu yararı için, özgürlüklere sınırlamalar getirilebilir. Bireyin çevresindeki tüm sosyal, ekonomik ve siyasi engelleri ortadan kaldırmak için devlet bir çaba içine girmiştir. Bu çaba sosyal devletin bir gereğidir. Devlet bireyin daima yanındadır. Onun insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşantı sürmesi için ekonomik ve sosyal hayatı düzenleyen yeni bir takım kurallar koyar. Ancak devlet demokratik yöntemleri seçerek ve bu yöntemleri uygulamak suretiyle bunu gerçekleştirebilir. Sosyal devlet anlayışı içinde plânlamanın gereği budur. Soyut bir hürriyet anlayı-

(1) Örucü, Esin. Sosyal refah devletinde bir sosyal kamu hizmeti konut. İstanbul. 1972. S. 1.

şı insan hayatı için bir garanti değildir. Çünkü insan, Beveridge'in tarihe geçen tablosuyla, beş canavarla karşı karşıyadır ; yoksulluk, hastalık, bilgisizlik, pislik, ve işsizliktir (2).

Liberal demokrasi ile sosyal demokrasi birbirlerinden değişik yapılara sahiptirler. Ancak sosyal devletde demokratik bir nitelik taşımaktadır. Sonuç olarak denilebilir ki sosyal devlet anlayışı içinde azami kişisel kâr prensibinin yerine, sosyal adaleti ve güvenliği sağlayan bir sistem kurmaktır. Sosyal devletin yeni müesseseleri henüz gelişme halindedir. Bu gün için sosyal devlet yapısının tüm müesseseleri daha tamamlanmış değildirler. Bu gün, belirli bir aşamaya varmışlardır. Sosyal devlette devrimcilik niteliği mevcuttur.

1961 Anayasamızın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere ve insan haklarına dayanan milli, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu açıkça belirtmiş bulunmaktadır. Bu tanım çağımızın koşullarının da birifadesi olmaktadır.

Anayasamızda sosyal haklar ayrı bir bölümde toplanmıştır. Sosyal devlet demokratik ve iktisadi, sosyal ödevlerle teçhiz edilmiş, insan haklarına riayet eden bir devlettir. Biz, ister refah devleti, isterse sosyal devlet diyelim, bu anlayış ve nitelikte kapitalizmle, kolektivizm, arasında yeni bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır.

1961 Anayasamızda sosyal adalet ilkesi de ön plana çıkmış ve benimsenmiştir. 1961 Anayasamızla kurulan Anayasa Mahkemesi de özgürlük ve demokrasi düzeninin önde gelen teminatı sayılmıştır.

1961 Anayasasının yanısıra anayasa mahkemesince de sosyal devlet ve haklar ele alınmıştır (3).

1961 Anayasası hükümetlere sosyal hakları gerçekleştirme yönünde ödevler yüklemiştir. Anayasanın sosyal ve ekonomik hayatı düzenleyici ilkeleri, şimdiye kadar anayasa mahkemesinin yoğun çabalarıyla kısmen de olsa, açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Sosyal devlet, Türk Anayasa hukukunun bir ilkesi ve müessesesi olmuştur. Hukuk devleti ilkesinin, sosyal devlet ilkesinde yerleşmiş ve aykırılık halinde dava ve iptal konusu olmuştur. Bu durumda sosyal devlet, artık hukuki bir değer taşıyan ve aynı zamanda uyulması zorunluğu ve müeyideleri bulunan bir ilke olmuştur.

(2) Tunaya, T.Z. Siyasi müesseseler ve Anayasa Hukuku, 2. Baskı Siyaset ilmi serisi. No. 9. İstanbul 1969 S. 673.

(3) Örucü, Esin a. g. e. S. 30.

Sosyal devlet kavramının yapısal unsurlarını birer birer araştırma yoluna giren anayasa mahkemesi onu kadrolayıcı bir yapı saymıştır. (4).

Anayasa mahkemesi kararlarında sosyal devlet müessesesinin iki yapısal unsuru olarak sosyal adalet ve sosyal güvenliği kabul etmiştir. Bu kavramlarda artık birer anayasa ilkesi olmuşlardır. Anayasa Mahkemesi, kararlarında sosyal devleti, her şeyden önce devrimci laik bir temele oturtma yolundadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre sosyal devlet ilkesine aykırılık, sosyal güvenlik ve sosyal adalet kavramlarının zedelenmesi halinde ortaya çıkar.

Ancak devlet iktisadi ve sosyal ilerleme, iktisadi gelişme ve mali kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirebilecektir. Bu şekilde devletin ödevlerine bir sınırlama getirilmektedir. Bu sınırlama kavramı konuya bir esneklik getirmektedir.

1961 Anayasa'mızda kalkınma plânlarına yer verilmiştir. İktisadi, sosyal ve kültürel kalkınma plâna bağlanır ve bu plâna göre gerçekleştirilir. Kalkınmada sadece milli gelirin arttırılması söz konusu değildir, milli gelirin bireyler arasındaki bölüşümünde önemlidir. Milli gelirin belirli zümrelerin elinde toplanması sosyal devlet ilkesine aykırı düşmektedir. Ülkemizde yaşayan insanların konut ihtiyacı ne durumdadır. Bu gün özellikle İstanbul, Ankara, İzmir gibi büyük şehirlerimizin en önemli sorunu olarak gecekondü sorunu ön plâna çıkmıştır. İnsanlık haysiyetine yaraşır bir yaşantının temelinde bireylerin asgari medeni seviyede bir konutta yaşantılarını sürdürebilmeleri yatar.

İktisadi kalkınma sosyal kalkınmaya dayanmalıdır. Sosyal devlet anlayışında kamu sektörü ön plândadır. Devlet iktisadi politikanın yürütülmesinde ve kalkınmada başrolü oynar. Devlet sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak zorundadır. Devlet kalkınmayı ve sosyal reformları bir plân dahilinde yürütür. Devlet kamu sektörü yanında özel sektöre de hâkim olmalı ve onun plâna göre muayen bölgelere ve iş alanlarına sevk etmelidir. Aksi taktirde sosyal devlet olma vasfını kazanamaz. Plânlanmanın niteliği emredicidir, onun sadece bir danışma hizmeti olarak düşünmek sosyal devlet ilkesine aykırı düşer. Sosyal devletin amacı vatandaşları insanca yaşam düzeyine erdirmektir. Sosyal devlet amaç kamu yararadır. Sosyal devlet fikri hâlâ gelişme halindedir, ancak sosyal devletin unsurları sadece sosyal güvenlik ve sosyal adalet midir? bu konuda tartışmalar devam etmektedir.

(4) Tunaya, T.Z. a. g. e. S. 691.

Kısaca bir ele alışla diyebiliriz ki ; 1961 sosyal devletine göre sosyal haklar ; Türkiye'de bu gün ailenin korunması (m. 35), sosyal güvenlik (m. 48), tam çalışma, asgari yaşayış seviyesi sağlama (m. 41), işsizliği önleme (m. 42), dinlenmeyi temin (m. 44), adil ücret (m. 45), gibi hususlarıda kapsayacak düzenlemeler ile birlikte, sağlık ve konut (m. 49), eğitim (m. 50) alanlarında karşımıza çıkar ve bu alanlarda direkt kamu hizmetlerinin kurulması gereklidir. Ailenin korunması, sağlık ve konut ve eğitim herkesi kapsayıcı olarak ve sosyal güvenlik ise çalışanları kapsayarak anayasadan kaynaklarını alan vatandaşlık hakları biçiminde sağlanmış birer sosyal haklardır ve bu bakımdanda devletin ödevi bu alanlarda birer hizmet tesisi ya da mevcut hizmetleri bu düzenin gereklerine uydurmaktır (5).

İKİNCİ BÖLÜM

A — KONUT POLİTİKASI

Devletler her geçen gün vatandaşlarının refahları ile yakından ilgilenmekte ve gereksinmeleri karşılamaya çalışmaktadır. Sosyal siyaset ve sosyal planlama kavramları benimsenmiş, uygulama alanlarına girmiştir. Devletin fonksiyonlarının analizi için sosyal idare adıyla yeni bir bilim dalı oluşmuştur. Sosyal idare biliminde sosyal hizmetler ve sosyal siyaset konusu ele alınır, sosyal güvenlik konuları, konut politikası, sağlık hizmetleri, eğitim hizmetleri incelenmektedir. Çağımızda devlet sosyal refah devleti olarak nitelenmekte tüm foksionlarını bu niteliği içinde gerçekleştirmeye çalışmaktadır. Genel olarak sosyal devletin sosyal faaliyetleri arasında konut sorunu önemli bir yer tutmaktadır. Konut sorunu plânlama, şehirleşme, mülkiyet, arsa politikası gibi bir çok sorunla yakından ilişkilidir. Devletler aile temeline dayanırlar, ailenin konutla olan ilişkisi ise çok yakındır ve bu iki sorun bir birini tamamlar. İnsanlara tanınan soyut bir özgürlük bu gün için fazla bir şey ifade etmemekte, yetersiz kalmaktadır. İnsanlar için insanca bir hayat seviyesinin sağlanması, güvenlik içine alınmaları gerekmektedir. Sosyal güvenliğin sağlanması, fertler için belirli insanca bir hayat sürebilmesine elverişli ve içinde bulunduğu yaşama düzeyini muhafazası demektir.

(5) Örücü. Esin, a. g. e. S. 49.

Sosyal güvenliğin sağlanmasında, sosyal sigorta ve aile yardımları önemli bir yer tutar. Sosyal devlette kişi özgürlüğü tam anlamıyla bulmak imkanına sahiptir. Kişiyi kısıtlayan ekonomik şartların ortadan kaldırılmasına çalışılmıştır. Kişi ekonomik özgürlüğüne kavuşunca seçim hakkı da gerçek anlamını kazanır. Devlet görevleri içinde sosyal kamu hizmeti önemli bir yer işgal etmektedir. Klasik kamu hizmetlerinin yanında devletin sosyal kamu hizmetleri diyebileceğimiz eğitim, konut, refah, sağlık hizmetleri vardır ve bu hizmetlerin kapsamı gittikçe gelişmektedir.

Devlet vatandaşlarının yaşamı ile ilgilenmek zorundadır. Devletler vatandaşlarını insanca yaşama koşullarını temin eden barınaklarda yaşamaları için tedbirler almak zorundadır. Konut gereksinmesi sadece piyasa mekanizması ile karşılanamaz. Devletin bir sosyal hizmet anlayışı içinde ve etkin bir konut politikası uygulayarak, konuya önemle eğilmesi gerekir. Konut politikası ile sadece bu gün için değil gelecekteki gereksinmelerde bilimsel yöntemlerle saptanmalı, halkın istediği tiplerde ve yerlerde, ucuz, ödeme güçlükleri olmayan bir kredi plânı dahilinde yürütülmelidir. Bu gün artık konut sorunu sosyal bir kamu hizmeti olarak ele alınmalıdır.

B — TÜRKİYE'DE KONUT SORUNU

Bu bölümde Cumhuriyet Türkiye'sindeki konutla ilgili gelişmeleri gözden geçirirken özellikle 1961 Anayasasından önceki devreyi ve 1961 anayasası ile başlayan plânlı kalkınma devresini ayrı ayrı ele alacağız. Bizim için önemli olan bu ikinci devredir. Bir kere Türkiye'de sosyal devletin kesinlikle kabulü bu devreye rastladığı gibi, gerek konuta Anayasa'da yer verilerek, gerekse kalkınma planlarında bu konu özellikle düzenlenerek bir sosyal hizmet olarak konut bu devrede kabul görmeye başlamıştır (6).

1961 Anayasası'nda sosyal devlet ilkesi kabul edilmiş bulunmaktadır. 1961 Anayasasında ve 5 yıllık kalkınma plânlarında konut sorunu yer almıştır. Şehirleşme ile birlikte konut sorunu önem kazanmış ve bu hizmet sosyal kamu hizmeti olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Şehirleşme ile birlikte gecekondular sorunu da ön plâna çıkmıştır.

Herne kadar, Türkiye'de, 1961 Anayasası ile sağlık ve konut hakları tanınmış ve hiç olmasa 1961'den bu yana yasa gereği bu alanlarda

(6) Örüçü, Esin, a. g. e. S. 76.

sosyal hakları karşılayan birer hizmet biçiminde ve modern bir anlayış içinde hizmetler sağlanması gerekiyorsa da, Türkiye'de konut sorununun hâla bir kamu sağlığı sorunu olduğu ortadadır (7).

Osmanlı devrinde konut sorunu ile vakıflar ilgilenmiş, memurlar ve düşkünler için konut yapımında kullanılmak üzere kaynak tahsisi yapılmıştır. Daha sonra Cumhuriyet döneminde mahalli idarelerce, kıt kaynakları ile konut yapımı için ilgilenilmişse de önemli bir faaliyet göze çarpmamıştır.

Belediye Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanununda sağlık yönünden konutla ilgili maddeler yer almıştır. Ayrıca imar kanununda da yeni yapılar için fen ve sağlık bakımından ruhsat alınacağı belirtilmiştir. 1950 yılında belediye kanununa eklenen bazı maddelerle konut yapma için belediyelere mecburi hizmet olarak verilmişse de, belediyelerin mali yönden kıt kaynaklara sahip olması sebebiyle bu tedbirde konut sorununa bir çözüm getirememiştir.

Türkiye'de şimdiye kadar, konut politikasının ana çizgilerini, bu alanda baş vurulacak yol ve yöntemleri bir arada ele alan herhangi bir kanun çıkarılmamıştır (8).

7017 sayılı Kanunla İmar ve İskân Bakanlığı kurulmuş ve konut politikası esaslarını saptamak ve uygulamak bu bakanlığa verilmiştir. Aynı zamanda Bayındırlık Bakanlığı da memurlar için mesken yaptırmakla görevli sayılmıştır. İmâr Bakanlığı, Toprak ve İskân Genel Müdürlüğü daha ziyade göçmen konutlarıyla ilgilenmiştir. Köy konutları yapımı ele alınamamış işçi konutları içinde Emlak Kredi Bankası İşçi sigortası adına mesken kredisi vermiştir. Bu yıllarda şehirlerin çevrelerinde, özellikle İstanbul, Ankara, İzmir, Adana, gibi büyük şehirlere, işsizlik ve göç nedeniyle sağlık şartlarından yoksun bulunan gecekondular yapılmaya başlanmıştır. Gecekondular ile ilgili kanunlar çıkarılmışsa da gece konduklar hızla yayılmaya devam etmiştir.

1961 Anayasasından sonraki dönemi incelediğimizde konut sorununa daha gerçekçi bir yaklaşımla bakılmağa başlandığı görülmektedir. 1961 Anayasamızın 49. maddesinde şöyle denilmektedir. Devlet yoksul ve dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşı-

(7) Örucü, Esin. Türkiye'nin konut sorununa çözümler. Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi. Y. 6. Sayı. 9. S. 61.

(8) Yavuz, F. şehircilik. S.B.F. yayınları. Ankara 1961 S. 79.

layıcı tedbirleri alır. Bu hüküm devletin fertlerini yakından ilgilendiren konut konusunda görevini açıklamıştır. Günümüzde sosyal devlet anlayışı hâkimdir. Devlet vatandaşlarına asgari insanca yaşama koşullarını haiz barınak temin etmek zorundadır. Konut sorunu Ülke çapında ele alınmalı, gecekonduların yayılmasına devlet engel olmalıdır. Özellikle dar gelirli ailelerin ev sahibi olmalarına devlet imkân sağlamak zorundadır. Mesken yapımı konusunda kooperatiflerin önemi büyüktür. 1960 yılında Devlet Plânlama Teşkilatı'nın kurulması ile birlikte konut sorununa beş yıllık kalkınma plânlarında da yer vermeye başlanmıştır. Birinci beş yıllık kalkınma plânında konut politikasında konut yatırımlarının büyük kitlelerin ihtiyacını karşılayacak halk tipi konutlara yöneltilmesi belirtilmiştir. İkinci beş yıllık kalkınma plânında şehirlere öncelik verilerek, yurt şartlarına uygun standart halk tipi konutların yapılmasının önerildiği görülmektedir. Devlet ev yapacaklara teknik yardım ve malzeme yardımı yaparak onları destekleyecektir. Bu dönemde Emlak Kredi Bankası Sosyal Sigortalar kurumunun yanında Emekli Sandığı da konut kredisi verecek şekilde desteklenecektir. Konut kooperatiflerinin İmar ve İskân Bakanlığı'nca denetlenmesi öngörülmüştür. Arsa ofisinin kurulması, lüks konut yapımının ve boş arsaların vergilendirmeye amaçla yöneltilmesi gibi tedbirler düşünülmüştür. Birinci ve ikinci beş yıllık kalkınma plânları dönemlerinde mevzuat yönünden bir aşama yapılmış da uygulamada konut sorunu çözülememiştir.

Birinci plânda yer aldığı halde gerçekleşemeyen hemen hemen bütün amaçlar, ikinci plândada yer almış bulunmaktadır (9).

Özellikle Arsa spekülasyonu devam etmiş ve dar gelirli yurttaşların en büyük sıkıntısını sağlık şartlarına uygun konutlara sahip olamamaları teşkil etmiştir. Ancak konut kooperatifleri yoluyla bir kısım vatandaşlar konut sahibi olabilmeye imkânlarına kavuşmuşlardır. Özellikle bu konuda kooperatifçilikte müsbet sayılabilecek bir gelişme görülmektedir. Son elli yılda gösterilen konutla ilgili çabalar yeterli olmamıştır. Memur, Subay, Öğretmen, İşçi, konutları gibi parça parça ve bağımsız sorunlar olarak ele alınmıştır. Köy konutları konusunda ise Ziraat Bankasının 1960'tan önceki yıllardır abir kaç çaba dışında bu konu yeterince ele alınamamıştır. Konut sorununun temelinde arsa politikası yatar. Konut sorununun çözümündeki başarısızlık yanlış bir arsa politikasının neticesidir. Türkiyede konut bunalımı önce Ankara'da başlamış ve hızla bütün şe-

(9) Keleş, R. Türkiyede işçi konutları sorunu. İstanbul 1968 S. 11.

hirlerde görülmeye başlamış, bunun yanında köylerden de şehirlere bir akım başlamış ve şehirlerin çevrelerindegecekondu mahalleleri doğmuştur. İnsanlar artık eski evleri beğenmemekte, büyük aileler çocukların evlenerek bağımsız bir aile oluşturmak istemeleri nedeniyle dağılmaktadır. İnsanlar bu gün eskisinden daha rahat ve konforlu evlerde yaşamak istemektedirler. 1965'te yayınlanan bir kanunla kat mülkiyeti kabul edilmiş olmasına rağmen konut sorunu bir türlü halledilememiştir. Kendi evini yapana yardım konusundada bir türlü başarı sağlanamamasının nedeni toplum kalkınmasına yeterince değer verilmeyişidir.

Ankara'da konut sorunu konusunda ilginç denemeler yapılmıştır. Memur lojmanlarının yapımı, Yeni mahallenin kuruluşu önemli bir çaba olmuştur. 1948'de konut sorunu konusunda 5218 sayılı özel bir kanun çıkarılmıştır. Yine 1948 yılında 5228 sayılı Bina Yapımını Teşvik Kanunu çıkarılmıştır. 1948'de 5431 sayılı Kanunla ruhsatsız yapıların yıktırılması ile ilgili kesin hükümler yer almış, bunların yıktırılacağı ve bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kendilerine ait olmayan arsalar üzerinde ruhsatsız olarak yapılan yapılar hakkında 5218 sayılı kanun hükümleri uygulanacağı belirtilmiştir (10).

Yeni mahallenin doğusu bu iki kanunun eseri olmuştur. Yeni mahallenin başarılı bir örnek olması ucuz arsa, uygun kredi ve inşaa mecburiyeti ile sağlanmıştır. Ucuz arsayı belediye temin etmiş, Emlak Kredi Bankası, kredi vermiş evlerin iki yıl içinde yapılması mecburiyeti konmuştur. Belediye alt yapı tesislerini gerçekleştirmiş ve proje konusunda yardım yapmıştır. Yeni mahalle başarısı böylece bütün yurttta sosyal konut konusunda başarının ancak ucuz arsa, uygun kredi ve muayen bir zamanda inşaa mecburiyeti ile mümkün olabileceğini ortaya koymuştur. Bu gün gecekondu sorunu en önemli sorunlarımızdan olmuştur. Bu konuda toplum yararı bir türlü sağlanamamıştır. Bunda arsa ve konut sorununda izlenen başarısız politikanın rolü çok büyük olmuştur.

Birinci dünya savaşına kadar devlet halkın konut gereksinmesi ile pek ilgilenmemiştir. Devlet kiralayan ve kiracı ilişkilerinde sadece kamu düzenini korumak amacı ile ilgilenmiştir. Ancak ikinci dünya savaşından sonra bir çok ülke konut sorunu ile ilgilenmeye başlamıştır. Özellikle sanayi bölgelerinde nüfusun çoğalması, gecekondu bölgelerinin doğması, büyük şehirlerde dar gelirli ailelerin konut gereksinmelerinin

(10) Örucü, Esin. a. g. e. S. 83.

karşılanması için devlet konut sorununa eğilmek zorunda kalmıştır. Devlet konut sorununa bir kalkınma sorunu olarak bakmaya başlamıştır. İnsanların beslenme ve giyinme gereksinmelerinden sonra en önemli sorununu barınma teşkil etmektedir, ülkelerin pek çoğunda konut açığı hızla büyümektedir. Devletin sosyal konut politikası anlayışında bir gelişme meydana gelmiştir. Sosyal devlet ya da refah devleti kavramı benimsenmiştir. İnsanlar genellikle barınma gereksinmelerini dört değişik olanaktan karşılamaya çalışmaktadırlar :

- 1 — Sokakta uyuyanlar,
- 2 — Gecekondu tipi barınaklarında yaşayanlar,
- 3 — Sosyal konutlardan istifade edenler,
- 4 — Lüks konutlarda oturanlar.

Her ülkede bu guruplarda oturanların oranları ülkenin gelişmişlik ve konut sorununa bakış açısına göre değişmektedir. Konut sorununun sosyal ve ekonomik yönleri vardır, ve bunları birbirinden ayırmak güçtür. Toplumda huzurun sağlanmasında da konut önemli bir etkindir. İnsanlar iyi konutlarda oturdukları takdirde çalıştıkları işte verim artışı da derhal kendisini göstermektedir. Türkiye'de yapılan tüketim harcamaları anketlerinin sonuçlarına göre, konut için yapılan harcama önemli bir yer tutmaktadır. Gıda harcamalarından hemen sonra konut için yapılan harcama gelmektedir. Devlet kira denetiminde konut sorununa başka biraçından bakmıştır. Kira denetiminin konut sorununa etkisi hakkında değişik görüşler ileri sürülmüş bulunmaktadır. Bazı düşünürler kira denetiminin lehinde, bazıları aleyhinde fikirler ileri sürmüşlerdir.

Bu devrede kanunların uygulanıp uygulanmadığı hiçbir zaman araştırma konusu olmamış, yani kanun çıkarmakla veya mevcutları değiştirmekle meselelerin halledileceği zannedilmiştir (11).

1961 Anayasasının 40. maddesinde barınma hakkından söz edilerek devletin, yoksul veya dargelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirler alır, şeklinde belirtilmiştir. 1961 Anayasamızın 53. maddesi bu görevi devletin iktisadi gelişmesinde kaynakların yeterliği ölçüsünde gerçekleştireceğini belirterek bir sınırlama getirmiştir. Memleketimizde konut politikasının saptanması ve uygulanması görevi İmar ve İskân Bakanlığı'na verilmiştir. Bu konuda 1958 yılında 7116 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Konut politikası kısaca vatandaşla-

(11) Yavuz, F. Şehircilik. S.B.F. yayınları, S. 296.

rın konut gereksinmelerini karşılamak için devletçe alınan tedbirlerin bütünüdür. Ancak bu güne kadar çeşitli nedenlerle İmar ve İskân Bakanlıklarının konut sorununa bir çözüm getiremediği ve ülke gerçeklerine uygun bir konut politikası esasları saptanamamıştır. Ancak kalkınma plânlarında, konut politikası esaslarının saptanmaya çalışıldığı görülmektedir.

Ülkemizde bazı düşünürlerce de konut politikası üç döneme ayrılarak incelenmektedir. Birinci dönemde, İkinci Dünya Savaşı'ndan önceki dönem ele alınmaktadır. Memur konutları yapılmaya bu dönemde başlanmış, fakat bu son derece yetersiz bir seviyede kalmıştır. Göçmenler için bu dönemde konutlar yapılmış ve göçmenlerin iskânı sağlanmıştır. Kira denetimi ile kiracılar korunmaya çalışılmıştır. 1933'deki sanayi planında konut sektörüne yer verilmeyerek konutun, ulusal ekonomiy-le ilişkisi kurulamamıştır.

İkinci dönem İkinci Dünya Savaşı'ndan plânlı döneme kadar olan bir zamanı içermektedir. Bu dönemde İmâr ve İskân Bakanlığı kurularak konutsuz vatandaşları konut sahibi yapmak için çalışmalara başlamıştır. Vergi tedbirleri ile de konut politikası desteklenmeye çalışılmıştır. Kredi tedbirleri konusunda Emlak Kredi Bankası, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Öğretmenler Bankası ev kredisi vermişlerdir. Bu dönemde yine kira denetimi ile ilgili kanunlar çıkarılmıştır. Mahalli idarelerde konut yapımı görevi 5656 sayılı Kanunla verilmiştir. Bu dönemde memur konutlarından çok işçi konutlarına yönelme görülmektedir.

Üçüncü dönem ise plânlı kalkınma dönemidir. 1960'tan sonra plânlı kalkınma dönemine girilmiştir. Kalkınma plânlarında konutla ilgili il-keler getirilmiştir. Birinci beş yıllık kalkınma plânı döneminde sosyal konutların yapılması teşvik edilmiştir. Arsalar konusunda spekülasyonu önleyici tedbirler alınmıştır. Gecekondu sorunu konusundada islah, ön-lenme, tasfiye tedbirleri alınmıştır. Mülk konutları yanında düşük kiralı halk konutları yapılmaya başlanmıştır. Kendi evini yapanlara da yardım tedbirleri alınmıştır.

İkinci beş yıllık kalkınma plânı döneminde yatırım konusunda bir azalma göze çarpmaktadır. Arsa konusunda kamu idarelerinin arsa stok-larını arttırmalarına çalışılmıştır. Ancak arsa ve gecekondu konularında etkili bir çaba görülememiştir. Düşük kiralı halk konutları inşası da daha ziyade piyasa mekanizmasına öncelik verilerek çözülmeye çalışılmıştır.

Üçüncü beş yıllık kalkınma plânında, ki bu dönem 1968 ve 1972 yıllarını kapsamaktadır. Üçüncü beş yıllık kalkınma plânında konut sorunu ayrıntılı bir biçimde plânda yer almamıştır. Yatırım ve kredilere birinci ve ikinci planlarda daha fazla kaynak ayrılmıştır. Ancak konut maliyetlerinin yüksekliğide göz önünde tutulmak gerekir. Sosyal konutlar için arsa tahsis edilmesi gereği üzerinde durulmaktadır. Gecekondu yapımına izin verilmeyeceği belirtilerek yeni gecekonduların yapımı önlenmeye çalışılmıştır. Bu dönemde ayrıca kiralık konut yapımının özendirilmesine çalışılmıştır. Bu dönemde konut kooperatifçiliği teşvik edilmiştir. Konut kooperatifleri konusunda yetki Ticaret Bakanlığı'ndan alınarak, İmar ve İskân Bakanlığı'na devredilmiştir. Plânlı dönemde kalkınma plânlarına, Anayasanın ilkeleri de göz önünde tutularak konut sorunlarını çözmeye yarıyacak tedbirler konulmuştur. Bu tedbirler daha ziyade şehir konutlarına yönelmiş bulunmaktadır. Konut sektörü üçüncü dönemde kalkınma plânlarının bir parçası olarak görülmüştür. Alınan tedbirler daha çok toplumdaki dar gelirliilere yöneltilmeye çalışılmıştır. Ancak alınan bütün bu tedbirlerin ve çabaların ulusal, sosyal ve ekonomik kalkınma hedefleri ve olanaklarla bağdaştırılması bir türlü sağlanamamıştır. Buna rağmen Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren, konut politikasında bir gelişmede görülmektedir (12).

Günümüzde nüfusun çoğunluğu şehirlerde oturmaktadır. Ülkemizde şehircilik konusunda yeni yeni çalışmalar yapılmaktadır. Şehirler tecrit edilmiş bir organizma değildir. Şehir ve köy, ürün, hizmet ve insan mübadelesi yapar, ayrıca şehir bulunduğu bölgenin ilişkilerini sağlar ve ülkenin şehircilik şebekesinde yer alır. Böylece her şehir az çok geniş bir coğrafi alanın dolaşım akımlarına bağlıdır, gelişmesi çoğunlukla bulunduğu yere bağlıdır. Bugün yeni ülkelerde bazı şehirler önceden tasarlanmış bir plâna uygun olarak kurulmaktadır.

Tekniklerin ve ihtiyaçların gelişmesiyle şehirlerin düzenlenme ve donatılma meseleleri günden güne karmaşık bir hal almıştır. Yollarla, açık sahaların kamu malı olmasına karşılık, yapıların bulunduğu alanlar genellikle özel mülktür. Bu gün şehirleşme hızıyla Ülkemizde yerleşme yerlerinde gerekli alt yapı kuruluşlarının paralel yürütülemeyişi yüzünden, son yıllarda şehirleşmenin yan meselelerinden biri olarak gecekondu meselesi ortaya çıkmıştır.

(12) Yavuz. F, Keleş. R, Geray. C. Şehircilik. Ankara. 1973.

4 — SONUÇ

DEĞERLENDİRME VE ÇÖZÜM YOLLARI

Ülkemizde artık konut sorunu sosyal bir kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir. Fakat uygulamada arsa spekülasyonu önlenemediği gibi mahalli idarelerde ellerinden arsalarını çıkarmaya devam etmişlerdir. Mahalli idareler konut yapımına mali imkansızlıkları nedeniyle eğilememişlerdir. Gecekondu için sadece mevzuat çıkarmakla yetinilmiş önleyici uygulamalar görülmemiştir. Arsa ofisi de amacına yönelik bir faaliyet gösterememiştir. Sadece emekli subaylar, memurlar ve sosyal sigortalara bağlı kişiler için bazı imkanlar yaratılmıştır. 1961 Anayasası ve kalkınma planlarıyla konut sorununa değinilmesi ümit verici olmuştur. Yatırımlar lüks konut yapımına yönelmiş olup, dar gelirli aileler için ucuz konut arzı sağlanamamıştır.

Türkiye gelişmekte olan bir ülkedir, ve hızla şehirleşmektedir. Konutla ilgili kurumlar arasında koordinasyon olmaması nedeniyle, yenden bir merkezi konut örgütü kurulması faydalı olabilir. Bu örgütün bünyesine uygun yasalar çıkarılmalı ve bütçeden yeterli kaynak ayrılmalıdır. Yurt için en uygun standart projeler ve yapı tipleri saptanarak, dar gelirli ailelerin aylıklarının pek az bir kısmını ayırabilecekleri bir kira ile oturmaları ve ilerdede oturdukları daireleri almak için teşvik edilmelidirler. Amacına uygun bir düzene sokulacak olan Arsa Ofisi ile işbirliği yapılarak konut sorununa birlikte çözüm yolları aranmalıdır. İnşaat malzemeleri sanayii desteklenerek suni fiyat artışlarını önlemek için arz, talebi karşılayabilmelidir. Mahalli idarelerin gelirlerini arttırıcı yasal tedbirlerden sonra, mahalli idarelerin de bölgelerinde, konut yapımına teşvik edilmeleri zorunludur.

Ayrıca konut yapımına yönelik kooperatifler her türlü tedbirle desteklenmeli ve bu kooperatifler için idareciler eğitilmelidir. Kooperatifler ciddi bir şekilde denetlenerek,, amaçtan sapmalar önlenmeli ve halka bu konuda güven verilmelidir.

Ayrıca Şehirlere göçler önlenmeli ve şehirlerin yükü çevredeki köylere teşvik edici tedbirlere kaydırılmalıdır. Gecekondu için yıkımdan çok, islah edici tedbirlere yönelinmeli, kişiyi devlet, kredi, proje ve teknik yardım yoluyla destekleyerek, gecekondu yerine asgari sağlık koşullarını haiz konut yapımına yönelinmelidir. Aslında yaşayan insanların pek çoğu köylerdeki barınaklardan daha iyi sayılabilecek yerlerde yaşamaktadırlar. En büyük gereksinme alt yapı tesislerinde görülmekte, bunun halli de devlet ve mahalli idarelere düşmektedir.

Çağımızın sosyal devleti faaliyetlerinde, kamu yararına öncelik ve ağırlık vermek zorundadır. Kamu yararı kapsamına giren halkın konut gereksinmesini karşılayacak yasal ve uygulamaya yönelik tedbirleri almakta devletin görevidir. Özellikle dar gelirli ailelerin asgari sağlık koşullarına uygun konuta kavuşturulması için gerçekçi bir konut politikası saptayarak, bütçeden her yıl ayrılacak yeterli kaynaklarla bu politikayı devletin gerçekleştirmesi gerekmektedir.

1961 Anayasamızda değinildiği gibi her yurttaşın diğer sosyal haklar gibi insanca bir hayat sürmesi için barınabileceği uygun bir konuta kavuşmak hakkıdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- KELEŞ. RUŞEN** : Türkiye'de işçi konutlar sorunu İstanbul 1968.
- ÖRÜCÜ. ESİN** : Sosyal Refah devletinde bir sosyal kamu hizmeti konut. İstanbul 1972.
- ÖRÜCÜ. ESİN** : Türkiye'de konut sorununa çözümler. M.H.A.D. 6. Sayı. 9. 1972.
- TUNAYA. TARIK ZAFER** : Siyasi müesseseler ve anayasa hukuku 2. Baskı. siyaset ilmi seri. No. 9. İstanbul 1969.
- YAVUZ. FEHMİ** : Şhircilik. S.B.F. yayınları. Ankara 1961
- YAVUZ. FEHMİ, KELEŞ. RUŞEN, GERAY. CEVAT** : Şhircilik (Sorunlar uygulama ve politika Ankara 1973.

KONSOLOSLARA İLİŞKİN
ADLİ AYRICALIKLAR VE BAĞIŞIKLIKLAR
(I)

Hakkı YAŞAR (*)

PLAN : Giriş. Genel Olarak Konsolosluk İlişkileri : İlişkinin Kurulması. İlişkinin Niteliği. Ülkemizin Aktettiği Sözleşmeler : İkinci Dünya Savaşı'ndan Önce Aktettiği Sözleşmeler. Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi. Viyana Sözleşmesi Hükümlerinden Yararlanılarak Hazırlanan Sözleşmeler. Sözleşmelerde Adli Ayrıcalık ve Bağışıklıklar : A — Meslekten Konsolosluk Memurları : Kişi Dokunulmazlığı, Bildirim. Yargı Bağışıklığı (Muaflığı) : a) Görevin Takdiri. b) Görevli Olma Halinde Verilecek Karar. c) Yargı Bağışıklığının İleri Sürülemeyeceği Hal. Üçüncü Devletin Yükümlülüğü : Tebligat - Tanıklık : a) Tebligat. b) Tanıklık. Ayrıcalık Ve Bağışıklıktan Feragat. Ayrıcalık Ve Bağışıklıkların Başlaması Ve Sona Ermesi : a) Başlaması, b) Sona Ermesi. B — Fahri Konsolosluk Memurları. Uygulanabilir Hükümler. Ceza Davası. C — Türkiye'de Uygulamadan Örnekler. D — S o n u ç .

G İ R İ Ş

«Devletin, yasama, yürütme ve yargı yetkilerini, bir yabancı irade ile paylaşmadan, bir yabancı iradenin emir ve direktiflerine uyma zorunluğunda bulunmadan ülkenin tümü üzerinde kullanabilmesi» (1) bağımsızlığının kıstası sayılır. Bu yetkilerin, uluslararası hukuk kurallarına uygun kullanılması gerekir. İşte devletin bu yetkileri, iki veya çok taraflı andlaşmalarla sınırlandırılmıştır. Konsolosluk andlaşmaları bunların başlıcalarındandır.

Konumuz konsolosların cezaî yönden yargı bağışıklığıdır. Ancak konuyu daha da anlaşılabilir hale getirebilmek için konsolosluk kurumu hakkında kısaca bilgi vermekte ve gerektiğinde diğer konulara da temas etmekte yarar görülmüştür.

(*) Yargıtay 7. HD. Üyesi.

(1) Prof. Dr. Edip F. ÇELİK, Milletlerarası Hukuk, İkinci Cilt, I. Kısım Sayfa 35

Konsolosluğun kökeni, ticarî ilişkilere dayanır. Yabancı tacirler koloniler halinde, 476 yılında Bizansın çeşitli şehirlerine yerleşmişler ve zamanla bu kimseler arasında doğan uyuşmazlıklar, kendi ülkelerinden gelen «COSUL» denen yargıçlar tarafından çözümlenmeğe başlanmış ve giderek konsolosluk kurumu doğmuştur.

Konsolosların devleti temsil yetkileri bulunmamaktadır. Diğer deyimle DİPLOMASİ TEMSİLCİSİ sayılmazlar. Konsoloslar, «Yabancı memleketlerin şehir ve limanlarında kendilerini tayin eden Devletlerin ticarî ve hukukî çıkarlarını korumak ve geliştirmek ve vatandaşlarını himaye etmekle görevli resmî memurlarıdır» (2).

Konsolosların atanmaları, görev ve yetkileri, ayrıcalıkları, konsolosluğun sona ermesi, konsolosluk sözleşmeleriyle belirlenmiştir. Uluslararası ilişkilerin giderek artması, konsolosların görev ve yetkilerinin ilkeler halinde saptanması sonucunu doğurmuştur. Bu amaçla çeşitli zamanlarda birçok uluslararası çalışmalar olmuş ve en son 1963 yılında Viyana'da toplanan konferansta, «Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi» imzalanmıştır. Türkiye için de 20.3.1976 gününden beri yürürlükte bulunan bu Sözleşme, konsolosluk ile ilgili tüm hükümleri içermekte ve bir çok ilkeleri ile ikili sözleşmeler yapan ülkelere ışık tutmaktadır.

Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi bir çok devletler tarafından imzalanmış ve metnindeki hükme dayanılarak katılmalar olmuştur. Anılan Sözleşme halen bir çok Devletler arasında yürürlükte bulunmaktadır (3).

(2) Prof. Dr. Edip F. ÇELİK. adı geçen eser Sahife 551

(3) Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi 1977 tarihi itibarıyla; Türkiye ve Almanya Federal Cumhuriyeti, Amerika Birleşik Devletleri, Arjantin, Avustralya, Avusturya, Belçika, Bolivya, Brezilya, Cezayir, Çekoslovakya, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, Ekvator Ginesi, El Salvador, Fiji, Fildişi Sahili, Filipinler, Finlandiya, Fransa, Fas, Gabon, Gana, Guatemala, Guyana, Honduras, İngiltere Birleşik Krallık, İran, Irak, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, Jamaika, Kamerun, Kenya, Kıbrıs, Kolombiya, Kongo, Kosta Rika, Kuveyt, Küba, Lesotho, Liberya, Lihtenştayn, Lübnan, Lüksemburg, Madagaskar, Mali, Maurice, Meksika, Merkezi Afrika Cumhuriyeti, Milliyetçi Çin, Mısır Arap Cumhuriyeti, Nepal, Nijer, Nijerya, Nikaragua, Norveç, Pakistan, Panama, Papua Yeni Gine, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Ruwanda Saint Siege, Senegal, Somali, Şili, Trinidad ve Tobago, Togo, Tunus, Umman, Uruguay, Ürdün, Venezüella, Vietnam Cumhuriyeti, Yeni Ze-

Genel olarak konsolosların, ticari ve gemicilik, vatandaşlarını korumak ve noterlikle ilgili görevleri yanında idarî nitelikte, kültürel alanda ve diplomatik görevleri bulunmaktadır (4).

Konsolosun, görevlerini yerine getirebilmek için, kabul eden devletin, Konsolosluk memurlarına uluslararası hukuka göre bazı kolaylıklar, ayrıcalıklar tanınması zorunludur. Bu kolaylık, bağımsızlık ve ayrıcalıklar kural olarak, Konsolosluk Sözleşmelerinde belirtilmiştir.

GENEL OLARAK KONSOLOSLUK İLİŞKİLERİ

İLİŞKİLERİN KURULMASI

Türk hukukunda, Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında, 17 Mayıs 1969 gün ve 13201 sayılı Resmî Gazete'de V. Tertip Düstur, cilt 8/2, sahife 2045 de yayınlanan 1173 sayılı Kanunda, Konsolosluk ilişkilerinin kurulması ve yürütülmesi ile ilgili hükümler vardır. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı konsolosluk Sözleşmeleri de, bu ilişkilerin kurulması ve yürütülmesi ile ilgili geniş hükümleri içermektedir.

İki Devlet, özel bir anlaşmaya gerek kalmaksızın rızalarının karşılıklı birleşmesi halinde konsolosluk ilişkilerini kurarlar. Bunun için iki Devletin önceden aralarında DİPLOMASİ İLİŞKİSİ kurmalarına da gerek bulunmamaktadır. (Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi madde : 2) (5).

landa, Yugoslavya, Yukarı Volta, Yunanistan arasında yürürlüktedir.

Ayrıca Umman Dışişleri Bakanlığı, katılma belgesine ekli bir mektupla aşağıdaki beyanda bulunmuştur :

«..... bu sözleşmeye katılma, hiçbir şekilde Umman Sultanlığı Hükümetinin İsrail'i tanıdığı anlamını taşımaz. Ayrıca Umman Sultanlığı ile İsrail arasında herhangi bir ahdi ilişki bahis konusu olmayacaktır.»

Diğer taraftan Dahomey 24.4.1963, Zaire de aynı tarihte imzalamışlar, Laos 9.8.1973, Moritanya 13.5.1970 tarihlerinde katılmış, Vatikan ise 8.10.1970 tarihinde onaylamıştır. Her halikârda yürürlük durumunda tereddüde düşüldükte Dışişleri Bakanlığında sorulmalıdır.

- (4) Tafsilat için bak, Prof. Dr. Edip F. Çelik, Milletlerarası Hukuk, Cilt I, sahife 559-563
(5) Bundan sonra Viyana Sözleşmesi diye söz edilecektir.

İLİŞKİLERİN NİTELİĞİ

Konsolosluk ilişkisi siyasî nitelik taşımaz. Siyasal ilişkiler diplomasi temsilcileri tarafından yürütülür.

Konsolosların, devletin ticaret ve gemicilik menfaatleriyle ilgili görevleri yapmak ve kendi vatandaşlarının menfaatlerini korumak ve kolaylaştırmak görevleri olduğuna işaret etmiştik. Diplomasi temsilcisiyle mukayese edilmek istenirse en bariz niteliği, konsolosların temsil sıfatlarının olmamasıdır.

Diğer fark da, diplomasi temsilcilerinin hukukî statülerini belirten kaideler genel olarak teamülî olduğu halde, konsoloslarınki genel olarak sözleşmelere dayanır.

Konsolosların statülerini belirten sözleşmelerde, onların bağışıklıkları da açıklanmıştır. Konsolosların temsil yetkileri olmadığı için bağışıklık ve ayrıcalıkları da diplomasi memurları gibi geniş tutulmamıştır. Bu itibarla ancak görevlerini ifada kolaylık sağlanması için yeterli ölçüde bağışıklıklar ve ayrıcalıklardan faydalanmaları esas kabul edilmiştir. Bu nedenle kişi dokunulmazlığı sadece şahsına tanınmıştır. Bir ölçüde ailesi bundan yararlanamaz. Diplomasi temsilcisinin dokunulmazlığı şahsı ile bağlı değildir. Eşi ve çocukları (belirli ölçüde ailesi) da bundan yararlanırlar (6).

Ancak, son zamanlara doğru, konsolos aileleri, sözleşmelerde belirli ölçüler içinde kalmak kaydı ile, bazı dokunulmazlıklardan yararlanabilmektedir. Örneğin, Bulgaristan ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki Konsolosluk sözleşmesinin 15. maddesinin 3. fıkrasında, Çekoslovakya Konsolosluk Sözleşmesi'nin 18/3. maddesinde AĞIR SUÇ işlenmedikçe gözaltına alınamama veya tutuklanamama dokunulmazlığından, konsolosluk memurlarının, kabul eden Devletin vatandaşı olmayan ailesi efradı da yararlanabilecektir. Bulgaristan Sözleşmesinin 1. maddesinin 7. bendinde «Aile Efradı» deyiminden, konsolosluk memuru veya hizmetlisinin eşi ile bunların veya eşlerin reşit olmayan çocukları anlaşılmalıdır. Bulgaristan Konsolosluk Sözleşmesi bu hükmü ile, diplomasi temsilcilerine tanınan bir hükmü, konsolosluk mensuplarına da teşmil etmiş bulunmaktadır.

(6) Bak, Hakkı Yaşar. Diplomasi Temsilcilerinin Cezaî Yönden Bağışıklık ve Ayrıcalıkları. Yargıtay Dergisi, Temmuz 1976, Sayfa : 29-55

Çekoslovakya Konsolosluk Sözleşmesinin (AİLE EFRADI) nı tarifi daha kapsamlı bulunmaktadır. Sözleşmenin 1/h. maddesinde : Konsolosluk mensuplarının eşleri ile kendilerinin veya eşlerinin reşit olmayan çocukları ve gönderen Devlet mevzuatı uyarınca konsolosluk mensubunun bakmakla yükümlü olduğu ve kendisi ile birlikte oturan ANA-BABASI da aile efradı kavramı içine alınmış bulunmaktadır.

Romanya Konsolosluk Sözleşmesi'nin 44. maddesinde ayrıcalıkların, aile efradını ne suretle kapsıyacağı belirlenmiştir.

Sözleşmenin tanıklık yapma ile ilgili 36. maddesinde ön görülen ayrıcalıklar saklı kalmak üzere, konsolosluk mensuplarının aile efradı, gönderen Devletin veya üçüncü Devletin uyuşu bulunmaları halinde ve kabul eden Devlette ikamet etmemeleri veya bu Devlet ülkesinde kazanç temin eden bir iş görmemeleri kaydıyla, kişisel dokunulmazlıktan ve konsolosluk mensuplarına tanınmış bütün ayrıcalıklardan yararlanacaklardır.

Aynı Sözleşmenin 1. maddesinin (i) bendinde AİLE EFRADI tarif olunmuştur. «Konsolosluk mensuplarının eşleri ile bunların veya eşlerinin reşit olmayan çocukları ve gönderen devlet mevzuatı uyarınca konsolosluk mensubunun bakmakla yükümlü olduğu ve kendisiyle birlikte oturan ebeveyni aile efradını teşkil edecektir. Bu tarif, Çekoslovakya Sözleşmesi'nin 1/h maddesiyle aynıyet göstermektedir.

Konsoloslar genel olarak siyasal nitelikte anlaşmazlıkların çözümü ile uğraşmazlar, bu görev diploması temsilcilerine verilmiştir. Kural bu olmakla beraber diploması temsilcisi bulunmayan ülkelerde konsolosların da diplomatik görevlerle yüklenirilmeleri mümkündür. Konsolosluk ilişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesinin 17. maddesinde, konsolosların diplomatik işlemleri de yapmakla görevli kılınmaları halinde konsolos memurlarına diplomatik ayrıcalık ve dokunulmazlık talep etme hakkı bahşetmez. Ancak, diploması temsilcilerinin konsolosluk görevlerini yerine getirmekle görevlendirilmeleri halinde, onların diplomatik ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanmaları devam eder. (Viyana Sözleşmesi madde : 70) (7).

(7) Konsolosluk ilişkilerinin kurulması ve yürütülmesi ile ilgili konularda daha fazla tafsilat için Prof. Dr. A. Gündüz ÖKÇÜN'ün «Konsolosluk İlişkilerinin Kurulması ve Yürütülmesi» Prof. Dr. Kemal Fikret Arık'a Armağan sh. 329-370

Romanya Konsolosluk Sözleşmesinin 46/1. , Yugoslavya Konsolosluk Sözleşmesi'nin 51. ve Belçika Konsolosluk Sözleşmesinin 8/3. maddelerinde, diplomasi temsilcilerinin konsolosluk görevlerini ifa etmeleri halinde diplomasi temsilcisi olmaları nedeniyle bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanmaya devam edeceklerdir.

O halde, konsolosların bağışıklığının kaynağı görevi olduğuna göre bu bağışıklıktan yararlanma da görevli olduğu süreler münhasır kalacaktır. Uygulamada bu görevin ne zaman başlayacağı ve görevli olmanın takdirinin kime ait olacağı keyfiyeti sorun teşkil etmektedir. İncelememizde bunlara cevap bulmağa çalışacağız.

ÜLKEMİZİN AKTETTİĞİ KONSOLOSLUK SÖZLEŞMELERİ

Ülkemizin aktettiği sözleşmeleri üç bölümde incelemek mümkündür.

İKİNCİ DÜNYA SAVAŞINDAN ÖNCE AKTEDİLMİŞ SÖZLEŞMELER :

● 1 — 9 Temmuz 1922 gününde Tiflis'te «Türkiye Cumhuriyeti ile Ermenistan - Azerbeycan - Gürcistan arasında İmzalanan Konsolosluk Mukavelenamesi ve Buna Zeylen Hukuk ve Aile ve Ehliyet'i Hukukiye Mukavelenamesi» III. Tertip Düstur 6. Cilt, Sahife 257 (152) de yayınlanmıştır. Ancak bu Sözleşme, onay belgeleri teati edilmediği için yürürlüğe girmemiştir (8).

● 2 — 11 Temmuz 1927 gününde Tiran'da imzalanan «Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Münakit Şehbenderlik Mukavelenamesi» III. Tertip Düstur, 9. Cilt Sahife 306 (159'da yayınlanmıştır. Ancak bu Sözleşme de onay belgeleri teati edilmediği için yürürlüğe girmemiştir.

● 3 — 25 Mart 1927 gününde Ankara'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Lehistan Arasında Münakit Şehbenderlik Mukavelenamesi III. Tertip Düstur cilt 8, Sahife 1258 (583) ve Konsolosluk Mukavelenamesinin Tadiline Dair 19 Ocak 1938 tarihli Protokol III. Tertip Düstur Cilt 19, sahife 1340'de yayınlanmıştır. Her iki sözleşmenin de onama belgeleri teati edilmediğinden yürürlüğe girmemiştir.

(8) Ahmet Yavuz. Türkiye Cumhuriyeti'nin Aktettiği Milletlerarası Andlaşmalar Ankara. Dışişleri Bakanlığı, 1965. Sahife 95

● 4 — 9 Eylül 1929 gününde Roma'da imzalanan «Türkiye Cumhuriyeti ile İtalya Krallığı arasında Konsolosluk Mukavelenamesi» III. Tertip Düstur cilt 12, Sahife 264 (135) de yayınlanmış ve 26 mart 1931 gününde yürürlüğe girmiştir.

● 5 — 28 Mayıs 1929 gününde Ankara'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti arasında Konsolosluk Mukavelenamesi, III. Tertip Düsturun cilt 11, sahife 1148 (407) de yayınlanmış ve 18 Eylül 1931 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İkinci Dünya Savaşından sonra 1 mart 1952 gününden itibaren yeniden ülkemiz ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasında yürürlüğe girmiştir. Yürürlükle ilgili nota ise, III. Tertip Düsturun cilt 33, sahife 1272'de yayınlanmıştır.

● 6 — 19 haziran 1938 gününde Ankara'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Macaristan Krallığı arasında Konsolosluk Mukavelenamesi ve Merbutatı III. Tertip Düstur, cilt 31, sahife 12 de yayınlanmış 1 temmuz 1940 gününde yürürlüğe girmiştir.

KONSOLOSLUK İLİŞKİLERİ HAKKINDA VİYANA SÖZLEŞMESİ

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 18 Aralık 1961 gün ve 1685 (XVI) sayılı kararı uyarınca, 4 - 22 Nisan 1963 günleri arasında Viyana'da toplanan konferansta «Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi» imzalanmıştır. Sözleşme, onaylanan devletler arasında ilk def'a 19 Mart 1967 gününde yürürlüğe girmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 20.5.1975 gün ve 1901 sayılı kanunla onaylanması uygun görülüp ve 7 - 10222 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kararlaştırılmış ve 27.9.1975 gün ve 15364 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış ve 20 Mart 1976 gününde ülkemiz hakkında yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

KONSOLOSLUK İLİŞKİLERİ HAKKINDA VİYANA SÖZLEŞMESİ

HÜKÜMLERİNDEN YARARLANILARAK AKTEDİLMİŞ SÖZLEŞMELER

● 1 — 30 Mart 1968 gününde Ankara'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Yugoslavya Sosyalist Federatif Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi'nin onaylanması 26.1.1971 gün ve 1322 sayılı kanunla uygun görülüp onay belgelerinin teati edilmesini müteakip 4 Aralık 1971 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme 14 Ağustos 1971

gün ve 13926 sayılı Resmi Gazete'de ve V. Tertip Düsturun cilt 10/3, sahife 2879'da yayınlanmıştır.

● 2 — 6 Ekim 1970 tarihinde Sofya'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan Halk Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi, 19 Nisan 1973 gün ve 1707 sayılı kanunla onaylanması uygun görülmüş ve 30 Eylül 1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme 16 Temmuz 1973 gün ve 14596 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

● 3 — 25 Kasım 1968 gününde Ankara'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi'nin 19 Nisan 1973 gün ve 1705 sayılı kanunla onaylanması uygun görülmüş ve 25 Temmuz 1973 gün ve 14605 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak 22 Aralık 1973 gününde yürürlüğe girmiştir.

● 4 — 28 Nisan 1972 gününde Ankara'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Belçika Krallığı arasında Konsolosluk Sözleşmesi'nin 17.4.1975 gün ve 1880 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüş ve onay belgelerinin teati edilmesi üzerine 3.4.1976 gününde yürürlüğe girmiştir.

● 5 — 15 Kasım 1977 tarihinde Ankara'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Çekoslovakya Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi'nin 29 Haziran 1978 gün ve 2163 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüş ve Kanun 7 Temmuz 1978 gün ve 16339, Sözleşme metni 15 Ocak 1979 gün ve 16520 sayılı Resmi Gazete'lerde yayınlanarak 11 Ağustos 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

SÖZLEŞMELERDE ADLİ AYRICALIK VE BAĞIŞIKLIKLAR

«Uluslararası uygulamada, konsolosluk görevlerinin gereği gibi görülebilmesini sağlamak amacıyla, kabul Eden Devlet tarafından YARGI HAKKININ kullanılmasına ilişkin bazı konularda, konsolosluk memurlarına belirli ayrıcalık ve bağışıklıkların tanınacağı kabul edilmektedir (9).

(9) Doç. Dr. A. Gündüz Ökçün. «Konsolosluk İlişkilerinde Kolaylıklar, Ayrıcalıklar ve bağışıklıklar» Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. Cilt XXVII - Sayı 3. Sahife 173

Ancak tanınan bu ayrıcalık ve bağımsızlık ile Kabul eden ülkenin YARGI HAKKI arasında denge kurulması gerekecektir.

Bu amaçla ağır suç niteliğini taşımayan eylemler nedeniyle bir taraftan konsolosluk memurlarına ve hizmetlilerine kişisel dokunulmazlık tanınmış, diğer taraftan görevlerini gereği gibi yapabilmeleri için, görevlerini görürlerken yaptıkları eylemlerden dolayı kabul eden devletin yargısına tabi tutulmamışlardır.

Bu bölümde, konsolosluk ilişkileri hakkında Viyana Sözleşmesindeki hükümler esas alınmış ve diğer ikili Sözleşmelerdeki ilgili hükümlerin mukayeseli bir biçimde belirtilmesine çalışılmıştır.

A — MESLEKTEN KONSOLOSLUK MENSUPLARI

KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI

— a) Viyana Sözleşmesi, konsolosluk memurlarının tutuklanmalarının veya gözaltına alınmalarının ancak bir AĞIR SUÇ İŞLEMELERİ halinde mümkün olacağını kabul etmektedir (Madde 41/1). Ancak bu ağır suçun ne olduğunu, taksirli suçların bunun kapsamında kalıp kalmadığını açıklamamaktadır. Bunu normal karşılamak gerekir. Zira, Viyana Sözleşmesi çok taraflı olup, çeşitli Devletler tarafından kabul edilen bir sözleşmedir. Hükümlerinin kat'i sınırlı olmamasını doğal karşılamak lazımdır. Devletler kendi aralarında yapacakları ikili sözleşmelerde bunu belirleyebilirler. Kaldı ki, Viyana Sözleşmesi'ne taraf Devletler, bu ağır suçun kendi ulusal yasalarına ve karşılıklı uygulayacakları müşterek hükümlere göre tesbit edebileceklerdir.

Örneğin, Ceza Yargılamaları Usulü Kanununun 421. maddesine göre Ağır ceza işlerinden maksat, «ölüm ve ağır hapis ve beş seneden fazla hapis cezalarını müstelzim cürümlere müteallik davalardır.» Karşılıklılık kuralı göz önünde tutularak diğer bir âkit üye ile aramızda bu durum kararlaştırılabilir.

— b) Onay belgeleri teati edilmediği için yürürlüğe girmeyen Arnavutluk ve Lehistan (Polonya) ile ilgili Şehbenderlik (Konsolosluk) mukavelenamelerinin 7/3. maddesinde; konsolosluğun görevli bulunduğu ülkenin kendi kanunlarına göre asgari 3 sene hapis cezasını müstelzim fiiller ayırık olmak üzere; başkonsoloslar, konsoloslar, muavin konsoloslar ve kaçırlaryalar gözaltına alınamıyacak veya tutukla-

namıyacaktırlar. Diğler taraftan, hukukî ve ticarî muamelelerden dolayı hapsen tazyik hükümleri de kendilerine uygulanamıyacaktır.

Almanya Konsolosluk Sözleşmesi'nin 11. İtalya Konsolosluk Sözleşmesinin 12. maddelerinde de benzer hükümler bulunmaktadır.

Macaristan ile aktedilen Konsolosluk Sözleşmesinin 11/3. maddesinde borçtan dolayı hapsen tazyikle ilgili aynı hükümler mevcut ise de, tutuklanma ile ilgili olarak konan asgarî had sınırı 1 seneye indirilmiştir. Tutuklanmak için asgari bir sene hapis cezasını gerektiren bir cürüm işlemek yeterli sayılabilecektir.

— c) Yugoslavya Sosyalist Federatif Cumhuriyeti Konsolosluk Sözleşmesinin 16. maddesinde tarif yapılmaksızın ve miktar belirtilmeksizin sadece, konsolosluk memurlarının ancak AĞIR SUÇ halinde ve yetkili adlî makamın kararı üzerine tutuklanabileceği ve yakalana-bileceği belirtilmiştir.

— d) Romanya Sosyalist Cumhuriyeti ile yapılan Sözleşmenin 35. maddesinde, konsolosluk memurlarının (10) görevlerinin yerine getirilmesi dışında işledikleri fiillerden dolayı, ancak AĞIR SUÇ halinde ve bir yetkili adlî makamın kararı üzerine gözaltına alınabileceği ve tutuklanabileceği hükmü kabul edilmiştir. Yugoslavya Konsolosluk sözleşmesindeki AĞIR SUÇUN tanifi eksikliği, Romanya Sözleşmesi'nde giderilmiştir. Romanya Sözleşmesi'nin 35. maddesinde AĞIR SUÇTAN ne anlaşılacağı da belirtilmiştir : «Bu madde hükümlerine göre; ağır suçtan, kabul eden Devlet Kanunlarının asgarî üç yıllık hürriyeti kısıtlayıcı bir cezayı öngördüğü bütün suçlar» anlaşılacaktır. Uygulamada ağır suçtan amacın ne olduğu duraksamaya neden olmayacak biçimde Romanya Konsolosluk Sözleşmesinde tarif olunmuş ve «bütün suçlar» demek suretiyle taksirli suçlar da kapsamına alınmıştır.

— e) Bulgaristan Konsolosluk Sözleşmesinin 15/3. ve Çekoslovakya Konsolosluk Sözleşmesinin 18/3. maddelerinde, Konsolosluk memurlarının (11) resmî görevleri dışında işledikleri eylemlerden do-

(10) Sözleşmenin 1/e maddesindeki tanımda, «Konsolosluk Memuru» deyiminden, Konsolosluk şefi de dahil olmak üzere konsolosluk işlerini yürütmekle görevlendirilmiş herhangi bir kişinin anlaşılacağı belirtilmiştir.

(11) Bulgaristan Sözleşmesinin 1/4. Çekoslovakya Sözleşmesinin 1/d. maddelerinde «Konsolosluk Memurlarının» tanımlaması yapılmıştır.

layı ancak AĞIR SUÇ halinde ve yetkili adlî makamın kararı üzerine tutuklanabilecek veya gözaltına alınabilecektir.

«AĞIR SUÇ» deyiminden ihmal neticesinde işlenmeyen ve kabul eden Devlet kanunlarının en az BEŞ YIL hürriyeti bağlayıcı bir cezayı öngördüğü bütün suçların anlaşılabilmesi tanımlanmıştır.

Ağır suçun sınırı, böylece 1 yıldan 3 yıla ve giderek 5 yıla çıkarılmış ve konsolosluk memurlarının tutuklanmaları sınırı daha da daraltılmıştır. Bu aşama, konsolosların giderek daha da bağışık bir durum kazanacaklarının ilk işaretleridir, denebilir.

— f) Belçika Konsolosluk Sözleşmesinin 12. maddesinde konuya daha değişik bir açıdan bakılmaktadır.

Sözleşmenin 12. maddesinde; konsolosluk memurları, resmî görevlerinin yerine getirilmesi dışında yaptıkları eylemlerden dolayı, ancak :

- a) Ağır suç halinde ve yetkili adlî makamın kararı üzerine veya
- b) Gönderen devletin muvafakatı ile tutuklanabilecek veya gözaltına alınabileceklerdir.

Bu halde, suç ağır cezalı nitelikte olmasa bile gönderen Devletin muvafakatı ile konsolosluk memurları, resmî görevlerinin yerine getirilmesi dışında yaptıkları eylemlerden dolayı tutuklanabilecek veya gözaltına alınabileceklerdir.

«Ağır Suç» deyiminden «kabul eden Devlet mevzuatının en az 5 yıl veya daha ağır hürriyeti kısıtlayıcı bir cezayı öngördüğü her türlü suç»un anlaşılması lazım geldiği belirlenmiştir.

«Ağır Suç»u tarif eden Bulgaristan Sözleşmesinin 15/3. Çekoslovakya Sözleşmesinin 18/3. maddelerinde «İHMALİ SUÇLAR» hariç kılınmış ise de, Belçika Sözleşmesinin 12/1. maddesinde «HER TÜRLÜ SUÇ» demek suretiyle taksirli suçlar da bu kapsama alınmıştır.

— g) Konsolosluk Kuryelerinin Durumuna gelince; Viyana Sözleşmesinin 35/5. maddesinde getirdiği diğer bir yenilik de, Konsolosluk kuryesinin, görevlerini yerine getirirken kabul eden Devlet tarafından korunacağı, kişi dokunulmazlığından yararlanacağı ve hiç bir şekilde bu dokunulmazlıktan sadece konsolosluk kuryesi değil ve fakat özel Konsolosluk kuryeleri de yararlanacakları hükmüdür. Ancak bu yararlanma; kuryenin, uhdesinde bulunan torbayı muhatabına teslim eder etmez son bulacaktır (Viyana Sözleşmesi madde 35/6).

Çekoslovakya Konsolosluk Sözleşmesinin 17/4. maddesinde, Konsolosluk kuryesi ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Konsolosluk kuryesi, Gönderen Devletin diplomatik kuryesi ile aynı haklardan, ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanacaklardır.

Bu açıklamaların ışığında, sözleşmelerde öngörülen hal saklı kalmak üzere, kesinleşmiş bir adlî karar olmadıkça, konsolosluk memurlarının hapsedilemeyeceği veya herhangi bir şekilde kişisel hürriyetlerinin kısıtlanmaya tabi tutulamıyacağı saptanmaktadır.

— h) Ancak aleyhinde cezaî yönden usulî bir işlem yapılan konsolosluk memuru, yetkili makamların önüne çıkmak zorundadır. Yetkili adlî makamlar usulî işlemi, konsolosluk memurunun resmî mevkiinden dolayı (resmî durumu icabı), kendisine gösterilmesi gereken saygı ile ve konsolosluk görevlerinin (işlemlerinin) yerine getirilmesini en az aksatacak (etkileyecek) biçimde yürütülecektir. Eğer bir konsolosluk memurunun tutuklanması veya gözaltına alınması kaçınılmaz ise, diğer deyimle Konsolosluk Sözleşmelerinin tarif ettiği çerçevede ağır bir suç işlenmesi halinde, aleyhinde yapılacak usulî işlemler en kısa zamanda yürütülmelidir. (Viyana Sözleşmesi 41/3. metin tercümesi hatalı yapılmıştır.) (Romanya Sözleşmesi 35/4 ve Belçika Sözleşmesi 12/2. maddeleri).

Lehistan ve Arnavutluk Konsolosluk Sözleşmelerinin 7. maddesinin son fıkrasında, İtalya Sözleşmesinin 11/2. Macaristan Sözleşmesinin 11/2. maddelerinde, bağışıklık ve ayrıcalık hali müstesna olmak üzere, kabul eden Devletin uyuğunun tabi olduğu koşullar dahilinde, tabi olacaklardır.

BİLDİRİM

Konsolosluk şefi dışında kalan konsolosluk memurları ve konsolosluk hizmetlileri ve hizmet personeli mensuplarının tutuklanmaları halinde, kabul eden Devlet, durumdan Konsolosluk şefini en kısa zamanda haberdar etmekle yükümlüdür (Viyana Sözleşmesi 42/1 birinci cümle ve 1/h. Yugoslavya Sözleşmesi 16).

Eğer yukarıdaki işlemler ve tedbirlerden birine, konsolosluk şefinin kendisi muhatap olursa kabul eden Devlet, Gönderen Devleti, DİPLOMATİK YÖNDEN haberdar edecektir. Diğer deyimle kabul eden Devlet, Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile, hakkında tedbir uygulanan konsolosluk şefinin Diploması Temsilcisini (elçiliğini) keyfiyetten haber-

dar edecektir (Viyana Sözleşmesi 42/İkinci cümle ve 1/c, Yugoslavya Konsolosluk Sözleşmesi 16. Çekoslovakya Sözleşmesi 18/son). Arnavutluk ve Lehistan Sözleşmelerinin 7/2. Bulgaristan Sözleşmesinin 15/4. İtalya Sözleşmesi 12/son. Almanya 11/son. Macaristan 11/3, Belçika 13. maddelerinde, haklarında tutuklama kararı verilen veya kovuştur-maya tabi tutulan konsolosluk mensupları bulunduğu takdirde, kabul eden Devlet, bunların mensup olduğu siyasi mümessili (elçiyi) (Dip-lomatik temsilciyi) mümkün olan süratle (derhal) keyfiyetten haberdar edecektir.

Romanya Sözleşmesi'nde, daha değişik bir hüküm kabul edilmiştir.

Sözleşmenin 35/5. maddesinde, bir konsolosluk memuru veya bir konsolosluk hizmetlisi aleyhine hürriyeti kısıtlayıcı bir tedbir alınması halinde kabul eden Devletin ilgili makamları bundan gönderen Devletin konsolosluğunu veya Diplomatik temsilciliğini haberdar edecektir. Ancak bu sözleşmede, cezaî bir kovuşturma halinde değil de hürri-yeti kısıtlayıcı bir tedbir alınması halinde haber verilecekmiş gibi bir mana çıkmaktadır. Ancak bu halde, teamüli hukuk kurallarını hatırlamak ve gözüaltına alma veya tutuklama olmasa bile, cezaî kovuşturma halinde de keyfiyetten konsolosluğu veya elçiliği haberdar etmek lazımdır.

— SÜRECEK —

ADAM ÖLDÜRME KASTI

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

PLAN : 1 — Giriş ve Sistemler. A — Giriş. B — Sistemler : (1 — Karine Usulü. 2 — İspat Usulü. 3 — TCK. nun Sistemi.) II — İspat Sistemi İçinde Öldürme Kastına Dayanak Sayılan Haller : A — Suç Nedeni. B — Hayati Tehlike. C — Suç Vasıtası : (1 — Vasıtasız Öldürmeler. 2 — Vasıta Seçimi. 3 — Manevi Vasıta. 4 — Çeşitli Vasıta Kullanılması. 5 — Selbi Fiil. 6 — Silah. 7 — Künt Cisimler. 8 — Suda Boğulma. 9 — Ev Yakmak. 10 — Motorlu Araçlar. 11 — Isı. 12 — Zehir.) Ç — İsabet Nahiyesi : (1 — Baş. 2 — Ağız, Burun. 3 — Göğüs. 4 — Karın. 5 — Öldürücü Olmayan Nahiyeler.) D — Teveih. E — Mesafe. F — Atış, Darbe Adedi. G — Söz. H — Kastın Aşılması. I — Suçtan Evvelki ve Sonraki Davranışlar : (1 — Davranışlar. 2 — Fiile Devam Etmek. 3 — Kendiliğinden Teslim Olmak - Kaçmak) İ — Yargıtay'ın Denetimi.

1. GİRİŞ VE SİSTEMLER

A — Giriş

Uygulamada öldürme kastı ile müessir fiil kastının ayırt edilmesinde, kısacası kastın takdirinde görüş farkları sürüp gitmektedir. Bu nedenle konunun ayrıca incelenmesi yararlı görülmüştür.

Yaralama ile sonuçlanan bir olayda, adam öldürmeğe teşebbüs mü, yoksa sadece müessir fiil mi, ölüm meydana gelmiş ise, adam öldürme mi, yoksa kastın aşılması (müessir fiilden telefi nefis mi) mı kabul edilecektir? Doğru bir sonuca varmak için ceza kanunumuzun mevcut sistemlerden hangisini benimsediğini saptamak gereklidir.

B — Sistemler

Diğer memleketlerin uygulamasında da bu konunun tartışıldığı görülmektedir. Bazı memleketler duraksamalı durumu «yasal karine» yoluyla çözmeği daha uygun görmüşlerdir.

1) — Karine Usulü : Bu usul, «şüphe sanık lehinedir» kuralını - adam öldürme suçlarında ve kasıt açısından - tersine uygulamaktadır. Bir kaç örnek verebiliriz.

(*) Avukat.

Bu usulü benimseyen yabancı ceza yasalarında, her yaralamada öldürme kastı var sayılmış, fakat olayın özelliklerine göre aksinin kanıtlanması olanağı tanınmış, diğer bir deyimle «aksinin ispatı mümkün karine» (preemption jüris tantum) yoluna gidilmiştir (1).

Bazı yasalarda «öldürmek kastının bulunmadığının açıkca anlaşılabilir olması» dışındaki tüm olaylarda öldürme kastının varlığı kabul edilmektedir. Böylece «aşikârlık kavramı» esas tutulmaktadır (2). Bazı yabancı yasalar daha sertini aksinin ispatına yer verilmeyen karine «juris et de jure) usulünü tercih etmişlerdir. Eğer olayda «silâh» kullanılmış ise yargıç, öldürme kastını kabul etmek zorundadır (3).

Öldürme kastının kesin olarak sübutunun mümkün olmadığını düşünenler de vardır. Mirto'nun kanısına göre «tabanca ile ateş eden kişi mağduru yaralamamış olsun. Bu kişi öldürmek niyetiyle ateş etmiş olabilir, yaralamak ya da korkutmak niyetiyle hareket etmiş olabilir. Kendisi bunu söylemedikçe bilemeyiz, söylerse de inanacakmıyız?» (4). Bu anlayış sonunda «objektif sorumluluk» veya «karine sistemi» nin kabulüne varır.

Karine usulü, kuşkusuz kolaylık sağlar, fakat karine her olayda gerçeğe uygun sonuç vermez. Uygulamada kolaylık sağlanması için ceza hukukunda haksızlığa göz yummak hukuka uygun değildir. Çünkü «karine» bir olayın hâkikiliğinin önceden ve mücerret bir surette kabul edilmesidir (5).

Bununla beraber - kısmen karine usulünü benimsemiş gözüken - İngiliz hukukunun bazı özellikleri vardır :

İngiliz ceza hukukuna göre eğer bir kimsenin ölümü, başkasının iradi fiilinden meydana gelmiş ise bu netice istenmiş sayılacaktır. Çünkü her insan, işlediği fiilin muhtemel sonuçlarını öngörmüş (dolayısıyla istemiş) sayılır. Bu bir bilgi karinesidir. Fakat sanığa bunun aksini kanıtlamak yetkisi tanınmıştır. İngiliz hukuku - genellikle - bu anlayış içinde

(1) 1938 Ekvator CK. m. 424; 1921 Arjantin CK. m. 81

(2) «Aşikârlık kavramı» ve sakıncaları için bk. Erem, Ceza usulü hukuku (5. bası 1976) m. 202

(3) 1834 Bolivya CK. m. 842

(4) Lorenzo (-dan naklen), İ limiti tra dolo e colpa (Napoli, 1955) s. 155

(5) Kunter (1961) n. 338, (1967) n. 340; Ceza usulünde karine kavramının niteliği, türleri, sakıncaları için bk. Erem (usul) 5. bası, s. 392.

karine usulüne yer vermiş gibidir. Fakat jürili mahkemelerde, hakimin jüriye yönelttiği -sorumluluğa ilişkin- soru, çok kez, karinenin haksızlığını önliyebilmektedir. Bununla beraber, İngiliz ceza hukuku kasdın aşılmasında oldukça sert bir içtihadı benimsemiştir; Saniğin, on yaşındaki çocuğun ırzına geçmek isterken, bağırmasını temin için ağzını kapaması sırasında ölmesi olayında öldürme kastı kabul edilmiştir. Gerekçesi şudur : Kasdî olan ırza geçmeğe teşebbüs ile bu sırada meydana gelen ölümü ayırt etmeğe imkân görülemez (6).

2) — İspat Usulü : Ceza yargılamasında, öldürme - yaralama kastı açısından «delil sistemi» nde farklı bir uygulamaya gitmek isabetli değildir. Daha Carrara zamanında bile kastın kanıtlanabileceği, bunun imkânsız olmadığı, düşünülmüştür.

Carrara (7) öldürme kastının saniğin karakterinden, ruhsal durumunu (dostluk düşmanlık gibi) gösteren evvelki davranışlarından, suçun nedeninden, kullanılan silâhın niteliğinden, darbelerin sayısından, iradî olmak koşuluyla darbelerin yönünden, anlaşılacağını yazmıştır.

Bazı suçlarda kasıt, fiilin niteliğinden (hileli iflâs gibi) kolayca anlaşılır. Adam öldürme suçları için aynı şey söylenemez (8). Buna rağmen adam öldürme kastının kanıtlanması mümkündür. Zira kanun koyucu, hâkimi imkânsız bir şeyi araştırmakla görevlendirmezdi (9).

Yargıtay'ımızca kast «neticelerini bilerek ve isteyerek fiili işlemek iradesidir «yolundaki tanım benimsendiğine göre» irade'nin ölüm» netice» sine yönelik olduğunun anlaşılması, diğer bir deyimle «istenen ile meydana gelen netice»nin uygunluğu öldürme kastını meydana getirecektir (10).

3) — TCK.'nun Sistemi : Türk Ceza Kanunu da «ispat sistemi»ni benimseyen kanunlar gurubuna girdiğinden konu bu sistem içinde çözülmek gerekir. Dolayısıyla ancak «karine usulü» ne uygun düşen kabul-

(6) Ancei (M.), Introduction au droit criminel de l'Angleterre (Paris, 1959, s. 107; Marc (G.), L'homicide en droit anglais depuis la loi de 1957 (Paris 1966), s. 38

(7) Carrara (Programma... 1881, I), s. 1087

(8) Bettiol (G.), Diritto penale (Palermo, 1962), s. 367

(9) Lorenzo (A), I limiti tra dolo e colpa Napoli, 1955), s. 155

(10) Bk. Lorenzo, s. 155

lerden ve içtihadından kaçınmak gerekir. Bunun için de bazı kavramlar gözden uzak tutulmamalıdır :

● a) — Umumi Kast : Adam öldürme suçunda «ö l d ü r m e k a s t ı» diğer bir deyimle «genel kast» kâfi sayılır. Mahaz kanunda ayrıca «ö l d ü r m e k n i y e t i» de aranıyordu. Öldürme niyetinin maddede gösterilmesi kasten adam öldürmeyi, diğer suçlardan (TCK. 407, 452) ayırmak içindi. Kanunumuz öldürmek niyetini açıkca ifade etmemiştir. Esasen mahaz kanunun yerine geçen yeni İtalyan kanunu projesinde öldürmek niyeti kaydolunmuş fakat tartışmalar sonunda, umumi kast nazariyesinin kâfi geldiği gerekçesi ile kaldırılmıştır. Bununla beraber yeni kanun bu bakımdan tenkit edilmektedir.

● b) — Öldürme Niyeti : TCK. nun 448. maddesinde sadece kasıttan bahsedilmektedir. Mahaz kanundaki «Ö l d ü r m e k N i y e t i» (Fine di uccide re) ibaresi kanunumuza alınmamıştır. Bunun kanunumuza alınmamış olması kanundan farklı bir mânanın çıkarılmasına sebep olamaz. Kanunun 448. maddesinde ise «kast» kelimesinin kullanılmış olması lüzumsuzdur. Kanunun 45. maddesi sarahatı kâfi sayılmalı idi.

« N i y e t » ile « S a i k » i karıştırmamak lâzımdır. Niyet «fiilin doğrudan doğruya olan gayesine teallük eder. Bu gaye failin fiili işleme suretile ulaşmak istediği hedeftir. Adam öldürme suçunda adam öldürmeği istemek gibi. « S a i k » faili suç işlemeğe sevk eden his veya menfeattir, intikam almak için öldürmek gibi. Adam öldürmenin saiki kaideten nazara alınmaz. Fakat kanun saiki bazen cezayı arttırıcı (bk. TCK. 450, b, 7, 10) bazende cezayı azaltıcı (Bk. TCK. 453) bir sebep saymıştır. Muayyen bir şahsı öldürmek niyetinin sübutu şart değildir. «M u a y y e n o l m a y a n k a s t » (11), (12) ile de bir suç işlenebilir. Bir panik yaratmak için bir kalabalığın üstüne bomba atmak gibi.

● c) — Muayyen Olmayan Kast : Öldürmek niyeti ve dolayısı ile öldürmek kası bazı hadiselerde tereddütlere meydan verebilir. Bir kapının arkasından duyulan bir gürültü üzerine kapalı kapıya doğru si-

(11) «Dolus indeterminatus» hakkında bk. Kantar, Ceza hukuku, Garraud, V. 1885, Goedseels (j.), Commentaire du code pénal Belg, II, (Brüksel, 1948), s. 124, n. 2366; bk. Contieri (E.), La premeditazione (Napoli, 1952), s. 6

(12) Bk. Erem, Türk Ceza Hukuku I. (7. bası) s. 104, n. 5

lâh ile ateş eden bir şahsın adam öldürme kastı ile hareket edip etmediğini almak için « M u a y y e n o l m a y a n k a s t » mefhumuna müracaat doğru olur. Fail, gerek muayyen, gerekse gayri muayyen şekilde ve fakat neticeyi istemiş ise adam öldürme kastı mevcut demektir. Meselâ fail bir kalabalığa ateş ederek bir kişiyi öldürmüş olsun. Fail burada adam öldürmek istemiş, fakat hassaten ölmüş olanı öldürmek istememiştir. Fakat adam öldürmek istemiş olması yeterlidir. «Tabanca ile düğün yerinde topluluğa yöneltilerek yapılan atışta kurşunlardan birinin bir kişiye isabet edip öldüreceğini sanığın bilmesi gerekir. Bu nedenle öldürmek kastının varlığı kabul edilmelidir» (13).

Yargıtay'ımız, kanunumuzun «öldürmek niyeti»ne yer vermemesine ayrı bir anlam vermiştir :

«Tabancasını kişilerin bulunduğu salon ve odaya doğru yatay durumda tutarak iki el ateş eden ve bir kişiyi vuran sanıkta, öldürme bilinci ve kastı vardır. Nitekim TCK'nun 448 maddesinde belirli bir kişinin öldürülmesi niyeti koşul olarak yer almış değildir. Belirli bir kimseye yönelmeyen kasıtle da suç oluşabilir. Bu nitelikteki olayda tedbirsizlikle ölüme sebebiyetten hüküm kurulması yersizdir» (14).

Carrara (15) adam öldürme suçlarını üçe ayırır : Taksirli, kastın aşılması suretiyle ve kasıtlı öldürmeler. Carrara, bunlara aynı suçun derecelenmesi değil, her birini ayrı suç sayar. Bununla beraber doktrinde başka bir akım, adam öldürmeyi taksirli ve kasıtlı olarak ikiye ayırır, kastın aşılması halini kasıtlının bir türü sayar (16).

II — İSPAT SİSTEMİ İÇİNDE ÖLDÜRME KASTINA DAYANAK SAYILAN HALLER

Öldürme kastının kabulünde «delil» leri ikiye ayıran, bunları subjektif (faile ilişkin) (suç sebebi, maktülle ilişkileri gibi), ve objektif (fiilin işleniş şekli, kullanılan vasıta gibi) olarak isimlendiren yazarlara ras-

(13) I. CD, 4.10.1977, 2826/2833, YKD. 1978 n. 10, s. 1722

(14) CGK, 5.3.1979, 483/95, YKD. 1979, n. 9, s. 1345

(15) Programma, s. 1110

(16) Patalano, V. Omicidio, Enciclopedia dep diritto, 29, s. 926

lanmaktadır (17). Çeşitli olaylarda öldürme kastı, bu bölümde incelediğimiz haller dayanak sayılarak, kabul veya red edilmektedir.

A — Suç Nedeni

Suçun işlenmesi nedeni çok kez «sübut» a etkili sayılabilirse de kastın saptanmasında pek az faydalı olabilir (18).

Pek basit, önemsiz bir sebeble ancak müessir fiilin işlenebileceği ileri sürülebilirse de çok kez olay nedeni ile adam öldürme fiili arasında oransızlık görülür. Bu durum ancak suçlunun «karakter yapısı» (celalli psikopat tip) ile izah edilebilir (19).

B — Hayati Tehlike

Bu «tıbbî kavram» uygulamada güçlükler doğurmaktadır. Hekimlerin «hayati tehlike» hakkındaki görüşleri farklı olabilmektedir. Bazı olaylarda «hayati tehlike» olmadığı belirtildiği halde, yaralının kısa süre sonra öldüğü veya hekimin sorumluluk kuşkusu ile hafif bir yaralamada raporuna «hayati tehlike» kaydını koyduğu görülmektedir. Bu nedenle hayati tehlike «teşhis» ine bakarak öldürme kastının kabulü her zaman isabetli olamamaktadır.

«Yaralanan kişide sol ön koltuk altı çizgisi meme dış kadranında uzanan ve cilt altı adaleye işleyen delici alet yarası bulunmasına, patolojik belirti ve hayati tehlike söz konusu olmamasına göre öldürme kastının kabulü güçtür. Bu bölgede yaralama kastı da düşünülebilir» (20).

C — Suç Vasıtası

Kullanılan vasıta, uygulamada çok kez öldürme kastının kanıtı sayılmaktadır. Bununla beraber olayların özelliği ihmal edilmemelidir.

Suç vasıtası açısından şöyle bir ayırım yerinde olur : Yapısında öldürücü nitelik bulunanlar (örneğin tabanca), doğal yapısında öldürücü olmayanlar (taş, sopa gibi). Fakat ne birinci ne ikinci türdekilere, yalnız bu özelliklerine bakarak öldürmek kastının varlığı veya yokluğu sonucuna varılamaz. Yapısında öldürücülük olan bir araç öldürme kastı dışında kullanılabilir (tabanca ile ayağa ateş etmek gibi), yapısında öldürücülük olmayan bir araç öldürme kastında kullanılabilir, başka unsurların

(17) Bk. Patalano, s. 937, Puglia, s. 20, Lorenzo, s. 155

(18) Bk. Finzi, *La intenzione di uccidere* (Milano, 1954), s. 4

(19) Bk. Erem, *Adalet psikolojisi* (7. bası, Ankara, 1977) n. 64/a.

(20) CGK., 18.2.1980, 352/63, YKD. 1980 n. 5, s. 720

katılması onları öldürücü kılmıştır (büyükce bir taşın kafaya kuvvetlice vurulması gibi) (21).

Görülüyorki vasitanın kullanılış şekli de önemlidir. «çakının bağırsağı delecek şiddetle vurulması» kastın delili sayılmıştır (22).

Esasında öldürücü bir vasitanın bu özelliğine göre kullanılmaması (tüfeğin dipçığı, tabancanın kabzası, baltanın künt tarafı ile vurulması gibi) öldürme kastının olmadığını gösterir. Öldürücü olmayan bir vasitanın da (her gün kullanılan bir şeyin) öldürücü biçimde kullanılması, adam öldürme kastına yeterli kanıt sayılabilir (23).

1) — Vasitasız Öldürmeler : Failin fizik güçle hareket etmesi hallerinde (boğaz sıkmak, göğüs üstüne oturmak gibi) çok kez asfeksi sonucu ölümlerde kast kabul edilmektedir. Bununla beraber olayın özellikleri ihmal edilmemelidir. İrzına geçilmek istenen maktülenin direncini kırmak için boğazının fazlaca sıkılması sonucu asfeksiden ölümlerde kastı ayırtetmek pek güçtür.

2) — Vasita Seçimi : Üstünde öldürücülüğü daha emin bir vasita (örneğin tabanca) bulunduğu halde, aynı nitelikte olmayan (sopa gibi) vasitanın kullanılmasıyla mağduru yaralayan kişide öldürme kastı yoktur. Bununla beraber daha etkili vasitanın o anda kullanılması olanağının bulunmaması böyle düşünmeyi engelleyebilir (24).

Ani olarak işlenen suçlarda suç vasitasının seçimi raslantı sonucudur. Böyle hallerde öldürme kastının kabulü her zaman haklı değildir (25). Tahrik sonucu «gazap» halinde vasitanın bilinçli seçiminden söz edilemez.

3) — Manevi Vasita : Manevi vasitalarla öldürme tartışmalıdır. Sık raslanan «fena muamele sonucu intihar» olaylarında bile «nedensellik bağı» nı kanıtlamak olanağı bulunmamaktadır. Sanığın mukadderatını tahmini delillere bırakmak haklı gözükmemektedir (26). Bununla beraber kanıtlama güçlüğünü esasla karıştırmamak gerektiğini ileri sürerler de vardır.

(21) Bk. Finzi, M. La intenzione di uccidere (Milano 1954), s. 4

(22) CGK., 2.7.1934, 31/557

(23) Patalano, s. 490

(24) Finzi, s. 83

(25) Finzi, s. 15

(26) Bk. Carrara (Programma, s. 1087, nt. 2); Finzi, s. 130

Kocasının kötü muamelesi ve dövmesinden duyduğu teessürle kadının intihar etmesi olayında mahkemece TCK. nun 449/1. maddesi uygulanmış, Birinci Ceza Dairesi'nce suçun 452/2. madde kapsamına gireceği, gerekçesiyle karar bozulmuş, Başsavcılığın itirazı üzerine Ceza Genel Kurulu'nca şu içtihadı varılmıştır :

«452. maddenin müessir fiil sonucu ölümü nazara aldığı, kötü muameleden (hatta etkili eylemden) ötürü intihar olaylarında ölümü doğuran eylemin, sanığın değil, müntehirin eylemi olduğu, ölenin doğuran eylemin, sanığın değil, müntehirin eylemi olduğu, ölenin eyleminin (munzam sebep) değil (TCK. 452/2) bağımsız sebep sayılması gerektiği» (27) sonucuna varılmıştır.

4) — **Çeşitli Vasıta Kullanılması** : Kullandığı bir vasıta ile yetinmeyip daha etkili başka vasıta ile fiile devam edenin (örneğin, başına sopa ile vurulup yere düşmesinden sonra maktülü bıçaklayanın) öldürme kastı kabul edilebilir (28). «Suçlunun evvelâ tabanca, sonra evine giderek aldığı mavzerle atışa devam etmesi» kastın delili sayılmıştır (29).

5) — **Selbi Fiil** : Yapmakla görevli olduğu şeyi yapmamak suretiyle öldürmekte görev çeşitli kaynaklardan gelebilir. Annenin emzirmemek suretiyle yeni doğmuş çocuğunu öldürmesi Selbi fiile icabi suçta misal gösterilir (30). Yeni doğmuş çocuğun göbeğini bağlamamakta aynı niteliktedir (31).

«Selbi suç» kavramı ile kastın aşılması bağdaşabilir mi? Bu sorunun yanıtı, evvelâ kastın aşılması suretiyle öldürmenin selbi fiille de mümkün olduğunun kabulüne bağlıdır. TCK. nun 452. maddesinde «katil kastıyla olmayan müessir fiilden telefi nefis husule gelmiş ise... «denilmektedir. «Selbi müessir fiil» işlenebileceğine göre önkoşul gerçekleşmiş demektir. Bununla beraber «selbi fiil ile kastın aşılması pek ender raslanan bir olaydır. İtalyan mahkeme içtihadından alınan şu olay (32)

(27) CGK., 12.5.1980, 161/206

(28) Finzi, s. 80, nt. 91

(29) I. CD, 27.1.1959, 3096/191

(30) Puglia, (F.), *Delitti Contro la Persona*, s. 37; Selbi fiille icabi suç konusu bk. Garraud (R), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, V. (Paris, 1924), s. 142, n. 1849; Bir yere kapatılan kişinin orada açıklıktan ölmesi konusunda, bk. Goyet (F.), *précis de droit pénal/Spécial* (Paris, 1945) s. 20

(31) Saltelli (C.) - Di Falco (E.), *Commento teorico - practice del nuovo codice penale*, II (Torino, 1931) s. 881, n. 1167

(32) Patalano, s. 992, nt. 405

ancak dolaylı bir örnek sayılabilir : Şaka niyetiyle etere batırdığı bir tamponu bir kızın ağız ve burnuna tutan bir kişinin kızın bayılması ve failin uzun süre kurtarmağa çalışmasına rağmen ölmesiyle kastın aşıldığı kabul edilmiştir.

Bir hekime başvurma «görev» inin yerine getirilmemesi selbi fiili icabıye çevirmiştir.

6) — Silâh : Yalnız kullanılan silâhın veya aracın türü değil, kullanılış biçimi de gözönüne alınmalıdır (33).

Silâh kullanmakta usta olan kişinin isabet nahiyesinde hata etmesi uzak olasılıktır. Silâh kullanmada usta bir kişinin, yakın mesafeden, mağduru sadece kolundan yaralamasını İtalyan Yargıtayı silâhla müessir fiil saymıştır (34).

7) — Künt Cisimler : «Künt cisim»lerin kullanıldığı hallerde bu cismin niteliği (örneğin, vurulan taşın büyüklüğü) önemlidir.

«Kullanılan vasıtanın künt cisim olması nasıl her olayı müessir fiilden telefi nefise dönüştürmeğe yeterli değilse, delici veya kesici alet kullanılmış olması her olayda müessir fiil kastının kabulüne engel değildir» (35). «Kullanılan aletin sopadan ibaret bulunmasına, kafa kemiğininde kırık, çökük olmamasına göre darbenin şiddetli olmadığına anlaşılmasına nazaran öldürme kastı kabul edilemez» (36).

8) — Suda Boğulma : İtalyan Yargıtayı, ateş edip öldürücü nitelikte yaralayamadığını anlayan sanığın, maktülü suya atması olayında -ölüm ister boğulma, ister bir yere çarpmadan ileri gelsin- «nedenellik bağı» ve «öldürme kastı»nın yarlığını kabul etmiştir (37).

Suda boğulmada (kaza, intihar hariç), yüzme bilmeyeni veya yüzecek durumda olmayanı suya atmak gibi hallerde kastı kabul gerekir. Fakat boğulmanın «munzam sebep» olması da mümkündür, başına vurulanın bundan değil, darbe sonucu suya düşüp boğulması gibi yahut suya atılanın bundan değil, başının bir yere çarpması sonucu beyin kanamasından ölmesi gibi (38).

(33) Bk. Finzi, M. La intenzione di uccidere, (Milano, 1954), s. 4

(34) İtalyan YG. G. 3.6.1964, bk. Patalano, s. 940

(35) Bk. Carrara (Programma, s. 1108; ksz. Patalano, s. 940

(36) I. CD, 30.6.1953, 1560/2288

(37) İtalyan YG. Kararı, 14.4.1939 (Finzi'den naklen), s. 99 nt. 108

(38) Bk. Finzi, s. 98

9) — **Ev Yakmak** : İçindeki öldürmek maksadı ile yangın çıkarmanın İtalyan CK.'nun 422. maddesine girdiği (39) ileri sürülmektedir. TCK.'nu açısından 382. ve 450/6. maddelere göre çözüme varılabılır.

10) — **Motorlu Araçlar** : Motorlu araç ile çığnemek (40) eğer yan deliller varsa (yaralananla sanık arasında husumet bulunması gibi) öldürme kastına bağlanmaktadır.

«Sanığın evvelce karısına söz attığı için kızdığı mağduru, bisikletle yolun sağ yanından gittiğini görmesi üzerine ona kasten otomobiliyle, çarpıp, ileriye fırlatarak başından yaralamış olması öldürme kastıyla hareket ettiğini gösterir» (41).

11) **Isı** : Donmağa terketmek, benzin, gaz döküp yakmak, aşırı derecede sıcak su dökerek öldürücü yanıklar yapmak kastın kabulüne neden olur. Ferri, ırzına geçtikten sonra üstüne gaz dökülüp yakılan kadın olayını misal gösterir (42).

12) — **Zehir** : Genellikle zehir kullanılmasında teammüd de kabul edilir. Fakat ani bir hiddet halinde -ender olmakla beraber zehir kullanılmış olabilir (43).

Az miktarlarla verilmeğe başlanan, yavaş yavaş miktarı arttırılan zehirle öldürmelerde olayı ayrt edebilmek oldukça güçtür. İsviçre federal mahkemesi bir kararında şöyle düşünmüştür «Öldürmeğe yeterli miktarda olmayan zehri kullanan kişi de öldürme kasdı kabul edilmeyebilir. Bu durum öldürücü nahiyeye yeter güçle vurulmamasına benzer» (44).

Ç — İsabət Nahiyesi

1) — **Baş** : Vasitanın «baş»a vurulması çok kez öldürme kastını gösterir. Başa vurma olaylarında -genellikle- sonuca bakarak kasdın kabulüne gidilmektedir. Örneğin, «kafatası çöküğü veya kırık

(39) Manzini, VI, s. 200; Finzi, s. 154, nt. 192

(40) Bk. Finzi, s. 139

(41) I. CD, 4.12.1974, 2944/5618, YKD. 1976, n. 1, s. 93

(42) Ferri, E. Omicidio (Torino, 1895, s. 347), bk. Finzi, s. 152

(43) Finzi, s. 142; kşz. Carrara (Programma) s. 1184, nt. 2

(44) İsviçre Federal mahkeme, 23.9.1953, Journal des tribunaux (= JDT), 1953, n. 2, s. 105

görülürse, kafaya şiddetle, dolayısıyla öldürme kastı ile, vurulmuş olduğu kabul edilir. Halbuki isabet alan organın özelliğine de bakmak gerekir. Örneğin, kafa tasının doğuştan inceliği, kafa tası sıvısının yeterli yoğunlukta olmaması gibi nedenlerle kemik dirençsiz olabilir. Böyle hallerde şiddetli olmayan bir darbe öldürücü olabilir (45). Başa vurulmuş künt cisimler (sopa, odun, baston taş gibi) - genellikle - öldürme kastını gösterir. Fakat darbenin (vuruşun) şiddeti de gözönünde tutulmalıdır (46). Ayrıca başa kasıtlı bir tevcih bahis konusu olmalıdır. Bir anlayışa göre : «Bir kavganın kızgınlığı içinde elindeki baston ile vurduğu darbenin birinin maktülün hayati nahiyesine raslamış ve ölümüne neden olmuş bulunan failin öldürme kastıyla hareket ettiğinin kabulü yanılıgılı veya şüpheli olur» (47).

Sekme sonucu başa isabette «isabet nahiyesine göre kasıt» düşünülemez. Çünkü isabet nahiyesi'nin «hayati nahiye» olması her zaman adam öldürme kastını göstermeğe yeterli değildir. Bu nahiye'nin hedef alınmış olmasının da anlaşılması gerekir. Örneğin, kurşunun sekme suretiyle başa isabetinde öldürme kastı - sadece isabet nahiyesine bakarak - kabul edilemez (48).

2) — Ağız - Burun Kapamak : Böyle hallerde yeterli güç kullanılıp, kullanılmadığına bakılmak gerekir. Fakat öldürülen dirençsiz kişilerden ise (yeni doğmuş çocuk, felçli kişiler gibi) kast kolaylıkla kabul edilir.

3) — Göğüs : Göğsün hareketini önlemekten meydana gelen ölümlerde, kaza (yıkılan duvar altında kalmak, bir panik sırasında kalabalıkta sıkışmak gibi) veya katil (göğüs üzerine oturmak gibi) hallerini ayırmak kolay olmamaktadır.

Göğse isabette öldürme kastı kabul edilmektedir. «Mağdurun göğüs bölgesini hedef alarak yapılan atış sonucu merminin, göğsün sol arka dışından girerek arkadan çıkması halinde sanığın eylemi öldürmeğe tam kalkışma suçunu oluşturur. Yaralama olarak nitelenmesi doğru değildir» (49).

(45) Bk. Finzi, s. 63

(46) İtalyan YG. kararı, 6.2.1920 (Giust, Pen. 1935, 505, 556)

(47) Patalano, s. 940

(48) Patalano, s. 939, nt. 127

(49) CGK, 21.2.1977, 40/72, YKD. 1978, n. 11, s. 1873

4) — **Karın** : Batın «hayati nahiye» sayılmaktadır. «Sanığın, mağdura üç el ateş etmesi ve onu ince bağırsaklarında yıkınlık yapacak ve yaşamını çekinceye sokacak biçimde yaralaması, öldürme kastını belirtmiş olmasına karşın sanık hakkında yaralamaktan hüküm kurulması doğru değildir» (50).

5) — **Öldürücü Olmayan Nahiyeler** : Bu tür nahiyelere isabetlerde esas olan öldürme kastının bulunmamasıdır. Fakat yan delillerle aksi sonucu varmak mümkündür. : «Sanığın, tüfeğin her iki gözü ile ayrı ayrı ateş ettiği, muharrik hedefe yapılan atışta cüz'i inhiraf ile isabet sahasının değişmesinin daima mümkün olduğu, silâhın bilhassa kola isabeti maksadı ile atıldığına anlaşılmaması sebebiyle öldürme kastının kabul edilmemesi» yolsuz sayılmıştır (51). Hedefin «mobil» oluşu çok kez öldürme kastının kabulüne gerekçe sayılmaktadır. «Sanığın tabanca gibi öldürücü nitelikte bir araçla mağduru hedef alarak 15/20 metre mesafeden yaptığı müteaddid atışlar sırasında dizinden vurmakla beraber davaya katılanın yanında bulunan diğer bir kişiyi de uyluğundan vurmuş olması, öldürücü nahiyelere isabet kaydetmemesi hedeflerin kendilerini koruma iç güdüsü ile mobil bir duruma girdiklerinin gözönünde tutularak suçun öldürme kastıyla işlendiğinin kabulü gerekirken olaya ve delillere aykırı düşen bir gerekçeyle yaralama olarak nitelendirilmesi yasaya aykırı» sayılmıştır (52).

D — Tevcih

Mahkeme kararlarında «cepheden», «direkt» atış gibi terimler kullanılmakta, böylece ateşli silâhın atılış yönü öldürme kastına kanıt sayılmaktadır. İtalyan Yargıtay kararlarında da buna raslanmakta, fakat yalnız buna göre kastın saptanamıyacağı düşünülmekte, yan delillerle bunun kuvvetlenmiş olması gerekli sayılmaktadır (53). Konu, «hayati bölgeye tevcih» olarak özetlenebilir.

«Hayati bölgeye tevcih» de isabet o bölgeye olmayabilir veya silâh hayati bölgeye tevcih edilmemekle beraber - herhangi bir nedenle - isabet böyle bir bölgeye raslayabilir.

(50) I. CD., 13.9.1979, 3313/3325, YKD. 1979, n. 12, s. 1775

(51) I. CD., 5.3.1952, 541/493

(52) I. CD., 12.3.1974, 3230/960, YKD. 1974, n. 4-5, s. 17

(53) Bk. Finzi, s. 48, İtalyan YG. K., (Girris. Comp. cassa. Pen), 1951, n. 608

Carrara (54) tevcih ve isabet nahiyesinin hayati bölge olmasının kastı kanıtlayacağı, fakat tevcihin iradeye bağlı olmasının gerektiği kanısındadır.

Tereddüt edilen hallerde - isbat usulü uyarınca - lehde kabul yerinde olur, «çiftenin çok yakın mesafeden atılmasına rağmen mağdura yalnız üç saçmanın, kapağa otuz iki saçmanın isabet etmesi sebebi izah edilmeksizin (yani varsa yan deliller gösterilmeksizin) öldürme kastının kabulü yolsuz» sayılmıştır (55). «Sanığın, onbeş metre mesafeden çiftenin iki gözünü de kullanmasına, mağdurun ayağına sadece iki saçmanın isabet etmesine göre Bilirkişi tayini ile bu mesafeden daha fazla isabetin mümkün olup olamayacağının araştırılması gerekir, yalnız iki saçmanın isabetinin öldürmeğe elverişli vasıta sayılıp, sayılmayacağının araştırılmaması» doğru değildir (56).

Ateşsiz silâhlarda isabet nahiyesinin öldürme kastını göstermesi, ateşli silâhlara göre, daha kesin sayılabilir. Kol ve bacak nahiyesinde kesici veya delici alet yarısı, öldürücü olmayan bölgenin seçilmesi gibi sonuç verebilir.

Katı cisimlerin hayati nahiyeye (nazik uzva) örneğin başa vurulması ile atılması arasında fark görülmektedir. Vurmakta öldürme kastı kabul edilir. Atmakta, mesafe nazara alınmaktadır. Nazik uzva isabetin kesin olabileceği mesafeden atmakta öldürme kastı, bunun dışındaki mesafelerde müessir fiil kastı kabul edilmektedir. Bu konuda yargıtayımız - genellikle - «tatbiki ve temsili keşif» i gerekli görmektedir. (Sanığın, maktüle taşı ne kadar mesafeden attığı ve başı hedef tutup tutmadığı, taşın cesameti tahkik ve tesbit edilmeden öldürme kastının kabulü» doğru bulunmamıştır (57).

Daha ayrıntılı bir kararında Yargıtayımız konuya berraklık getirmiştir : «Mahallinde taraflar, tanık, tabib ve bilirkişi hazır bulundurulacak yapılacak temsili ve tatbiki keşifle, sanık tarafından mağdurun, taş atılmak suretiyle mi? yoksa taşın direk havalesiyile mi? yaralandığı araştırıldıktan, taş atılmışsa atış anında sanığın ve mağdurun bulunduğu yerler tesbit ve bu mesafe ölçülerek tahkik olunup bilirkişilerden taşın vücu-

(54) Programma, s. 1104

(55) I. CD., 14.2.1952, 386/339

(56) I. CD., 8.9.1951, 1950/1808

(57) I. CD., 28.1.1953, 303/277

dun istenilen bölgesine mutlak isabet ihtimali bulunan mesafeden atılıp, atılmadığı sorulduktan sonra hasıl olacak sonuç dairesinde suç vasfının tayini» gerekli görülmüştür (58).

E — Mesafe

Mesafe gerek silâh, gerek katı cisimlerin atılması olaylarında önemlidir. Yakın mesafeden atılan bir taş veya silâh, uzak mesafeden atılandan farklıdır. Maktülün göğsüne yakın mesafeden ateş edilmesi (59) kastı gösterir. Ateşli silâhlarda atış mesafesine göre sonuca varmak silâhın cinsine ve özelliklerine de bağlıdır. Uzakca bir mesafeden ateş eden'in öldürmek kastı ile değil, «tehdit» kastı ile ateş ettiği veya sadece yaralamak kastında olduğu haklı gözükebilir.» atış uzaklığı saptandıktan sonra bu uzaklıktan kullanılan aracın öldürücü nitelikte sayılıp sayılmayacağına araştırılması ve sonuca göre sanığın olaydaki niyetinin belirtilmesi gerekir» (60).

F — Atış - Darbe Adedi

Carrara (61) darbelerin adedini önemli sayar. Fakat darbenin (veya atışın) teklifi veya çokluğu, kendi başına - yani yan deliller olmaksızın - öldürme kastının kesin delili olamaz. Fakat genellikle «ateşli silâhla mükerreren ateş edilmesi» (62) kastın kabulüne yeterli sayılmaktadır. Buna karşın «tabanca ile bir defa ateş edilmiş olmasının kastın her zaman mevcut olmadığına delâlet etmeyeceğine» karar verilmiştir (63). «Sanığın mağdura karşı üç defa tetiğe bastığı, ilk iki atışta tabancanın ateş almadığı, üçüncünün isabet ettiği anlaşılmasına göre hadisede öldürmek kastı vardır» (64).

«Sanığın kavga sırasında mağdura bir el ateş etmekle yetindiği, mağdurun yere düşmediği, buna rağmen sanığın atışa devam etmeyip

(58) I. CD., 29.9.980, 2861/3847

(59) I. CD., 20.5.939, 1291/1943 (Tem. Kar. 1938, s. 155)

(60) I. CD., 10.11.1977, 2798/3381, YKD. n. 8, s. 1384

(61) Programma, s. 1104, nt. 2; İtalyan YG. K. (giuris comp. cassa, pen.) 1951, n. 94

(62) I. CD., 18.5.1938, 3454/1903 (Tem. Kar. 1938, s. 151, aynı nitelikte : İtalyan YG. K. 18.4.1951 (Giuris. comp. cassa. pen. 1952)

(63) İtalyan YG. K. (Giuris. compt. cassa. pen. 1950, n. 3089)

(64) I. CD., 17.11.1949, 2610/2518

gittiği anlaşılmasına göre öldürmek kastıyla hareket etmediği» kabul edilmiştir (65). Bununla beraber «saniğin ikinci defa silâhını istimal etmemiş olması, suçun vafını tayinde, mutlak bir kıstas olarak kabul edilemez» (66).

Künt cisimle birden fazla vuruş - isabet nahiyesine göre - kastı gösterebilir : «kalın bir sopa ile başa iki defa vurulmasında öldürme kastı vardır» (67). Fakat darbenin şiddeti de nazara alınacaktır. «Saniğin, maktülün nazik uzun olan başına taşla, müteakiben belin keskin tarafı ile şiddetle vurarak kafa kemiğinin kırılarak ölümüne sebep olmasında öldürme kastı vardır» (68). Üçüncü kişilerin müdahalesi yüzünden darbeleri arttıramayanın fiilini - yargıtayımız gibi - İtalyan yargıtayı da öldürme kastı olarak kabul etmiştir (69).

Herne kadar darbelerin birden fazla oluşu, öldürme iradesindeki ısrarı anımsatırsa da, birden fazla darbenin hiç birinin nafiz olmaması, saniğin öldürme kastında olmadığını da gösterebilir. «Göğüs bölgesine yöneltilen bıçakla saldırıdaki üç vuruşta namlu sadece bir santimetre girmiş ve hayati tehlike doğmamış olmasına göre öldürme kastının kabulü doğru olmaz. Olay yaralama niteliğindedir» (70).

G — Söz

Sözle, doğrudan doğruya, öldürme düşünülemez. Yalan şahadetle, iftira ile (TCK. 285/5) gerçek dışı bilirkişilikle (TCK. 290) ölüm cezasına neden olmak ayrı bir suçtur (71).

Fiilin işlenmesi sırasında sarfedilen sözler (daha ölmedin mi demek gibi) kastı gösterebilir. Fakat bazı yazarlar (72) sadece bunların kastı göstermeye yeterli olmadığı kanısındadırlar. Karısının yüzüne tahrip edici madde atarken «artık kimseyi kandıramazsın» diyen koca da

(65) CGK., 25.3.1963, 21/2

(66) CGK., 12.1.1948, 103/7

(67) I. CD, 13.12.1949, 3063/2860

(68) I. CD, 21.4.1949, 592/770

(69) Patalano (-dan naklen) s. 939

(70) CGK., 14.6.1976, 224/277, YKD. 1977, n. 9, s. 1294

(71) Finzi, s. 133, Patalano, s. 954

(72) Finzi, s. 81

öldürme kastı kabul edilmemiştir (73). Tüfeğini iki kez ateşledikten sonra «yazık öldüremedim» diyen kişide kast kabul edilmelidir (74).

«Ben 18 sene hapis yatarım» diyerek, bıçağını mağdurun göğsüne splayan kişinin öldürme kastı kabul edilmelidir «(75). Buna mukabil» sanığın tabancasının namlusunu aşağı doğru tevcih ederek (al) diye bir el ateş edip maktülün sol baldırının aşağı kısmından yaraladığı, maktülün kan kaybından öldüğü anlaşılmasına göre fiilin öldürme kastı ile işlendiğinin kabulü» yolsuz sayılmıştır (76). Burada kasıt aşılmıştır.

Fiilin işlenmesinden sonraki sözlerin içdenliğine inanmak her zaman mümkün olamamaktadır : «yere düşen mağduru kucaklayıp ne oldu demesi, sanığın ceza sorumluluğu korkusunu» da gösterebilir (77).

H — Kastın Aşılması

Bu bölümde kastın aşılması konusu yalnız «kasıt» bakımından incelenmiştir.

Kastın aşılmasında her şeyden evvel failin kastının ne olduğunu saptamak gerekir. Ancak bundan sonra aşmadan söz edilebilir. Yetmiş yaşındaki bir ihtiyarı merdiven başında iken, duyduğu kin nedeni ile, itip merdivenden yuvarlanarak ölmesine sebep olan kişiyi İtalyan Yargıtayı, kasten adam öldürmüş sayan kararı onaylamıştır. «Bu yaştaki kişinin merdivenden bu şekilde düşmesinin ölümle sonuçlanabileceğini failin bilmemiş ve istememiş olması mümkün değildir» düşüncesi gerekçe gösterilmiştir (78).

İtalyan Yargıtayı, bıçakla üstüne yürüdüğü karısının, kurtulmak için kendisini pencereden atıp, beyin kanamasından ölmesi olayında sanık kocayı kastı aşan adam öldürmeden mahkûm etmiştir (79). Aynı anlayış içinde «dövülmek için kovalanan kişinin kaçarken bir çukura düşüp ölmesi olayında İtalyan Yargıtayı kovalayan kişiyi kastın aşılmasından mahkûm etmiştir (80). Aşırı derecede şarhoş olan ve yoldan geçen-

(73) Finzi, s. 81, n. 55

(74) Ferri (L'omicidio), s. 447

(75) I. CD, 4.12.1975, 3146/3884, YKD. 1976, n. 3, s. 394

(76) I. CD, 13.11.1948, 1702/1982

(77) I. CD, 12.10.1950, 245/2357

(78) İtalyan YG. K. 26.4.1946, bk. Archivio penale, 1947), n. 1, s. 136

(79) İtalyan YG. K. 16 luglio, 1896, Finzi (-den naklen) s. 129, nt. 127

(80) İtalyan YG. K. 1.3.1946, bk. Archivio penale, 1947, n. 1, s. 138

leri tecavüzi hareketleri ile izaç eden kişiyi, şiddetli bir şekilde iten, yere düşüp ölmesine sebep olan şahsı taksirle ölüme sebebiyetten mahkûm eden kararı Fransız yazarları tenkit etmekte, olayın, yasanın şiddetini gidermeğe yönelik olmakla beraber kastın aşılması biçiminde hükme bağlanması gereğini ileri sürmektedirler (81). Başlangıçta müessir fiil kastı ile hareket eden kişinin olay sırasında meydana gelen nedenlerle kastının öldürmeğe dönüşmesi mümkündür. İtalyan Yargıtayı böyle bir kabulü içeren hükmün «gerekçede çelişkili» sayılmayacağına karar vermiştir (82). Yargıtay'ımızın bu konudaki içtihadı aynı niteliktedir :

«Sanık, kendisine saldıran dört kişi ile kavgayla tutuştuğu sırada, önce kendisini dövenlerden mağduru yaraladıktan sonra dövülmesinin devam etmesi üzerine de maktülü göğsünden yaralayaarak öldürmüştür. Sanığın mağdura karşı eylemi yaralamaktan ibaret olup boğuşmanın devamı sırasında da maktüle karşı öldürme kastı oluşmuştur» (83). Fakat bunun aksi de mümkündür: «Sanığın evvelâ tabancasını mağdurun başına tevcih ettiği, sonra vazgeçerek ayağına ateş etmesi halinde öldürme kastının bulunmadığına» karar verilmiştir (84).

«Hayati nahiye»ye isabetin, nafiz olmaması belkide ölüm neticesinin istenmediğini, darbenin yeter güçle vurulmadığını gösterir. Fakat ikinci darbe hayati olmayan bölgeye havale edilmiş, ölüm bundan meydana gelmiş ise artık kastın aşılmasından söz edilemez. «Vurulan bıçağın sternum kemiğine raslayarak göğüse girmediği, bunun üzerine sanığın vuruşunu tekrarladığı ve ölümü meydana getiren bacadaki ikinci yarayı yaptığı anlaşıldığına göre eylemin öldürme kastı ile işlendiğinin kabulü zorunludur» (85).

Aşındırıcı madde atmak daha fazla müessir fiil olarak kabul edilir, fakat böyle bir fiil (yüze atılan kezzab'ın nefesi engellemesi gibi) müessir fiilden telefinefis olabilir (86).

(81) Bk. Revue de science criminelle et de droit pénal compare, 1953, n. 2, s. 308

(82) İtalyan YG. K. 14.4.1949, Arch. pe. 1950, II, s. 98

(83) I. CD, 19.4.1978, 1096/1613, YKD. 1979, n. 2, s. 271

(84) I. CD, 18.1.1952, 27/76

(85) I. CD, 12.10.1977, 2580/2932, YKD. 1978, n. 9, s. 1547

(86) Finzi, s. 146

İ — Suçtan Evvelki Ve Sonraki Davranışlar

1 — **Davranışlar** : Yalnız suç öncesi davranışlar değil, suç sonrası davranışlar da kast açısından önemlidir (87). Yaraladığı kimseyi yardımsız bırakıp gitmek kasta delil sayılabilir.

Evvelki davranışlarda, bazı hallerde (ceza evinden çıkınca öldüreceğini maktüle evvelden bildirmek, atış talimi yapmak gibi) (88) kastı gösterebilir. Suçtan sonrası için evvelden hazırlık (cesedin başka bir yere atılması için içine konacağı bavul veya sandığı evvelden hazırlamak, dayansın diye içini sağlamlaştırmak) (89) gibi haller kastı gösterir.

Saniğin neticeyi önleyici davranışları her zaman kastın yokluğunu göstermemektedir. Fakat «faal nedamet» hakkında ceza kanunumuzda (90) adam öldürme bölümünde özel hüküm bulunmaması isabetli gözükmemektedir. Bazı olaylarda failin neticeyi önleyici davranışları (yaraladığı mağduru hemen hastahaneye yetiştirip kurtarması) ölümü önlemiş olabilir.

Yargıtay'ımız, «hadise akabinde saniğin, mağdurun yarasını sarmak gibi hareketlerde bulunarak nedamet izhar etmiş olmasının cezayı azaltıcı sebep olup olamayacağının münakaşa edilmemesini yolsuz» saymıştır (91). Fakat bazı olaylarda «takdiri tahfif sebebi» (TCK. 59) yeterli gözükmemektedir. Saniğin, mağdura zehirli bir çorbayı içirdikten sonra pişman olarak kusturucu bir madde içirerek kurtarması halinde, teşebbüsten hüküm giymesi gerekecektir. Çünkü «icra başlangıcı» meydana gelmiştir, fakat neticenin meydana gelmesine yine kendisi mani olmuştur. Bu örnekte olduğu gibi pek çok olayda «faal nedamet» müessesesinin adam öldürme suçlarında da kabulü, neticelerin önlenmesini sağlamak bakımından, faydalı olurdu (92).

(87) Finzi, s. 4, 81

(88) Bk. Finzi, s. 166, İtalyan YG. K. (Giuris comp. assa Pen. 1951, n. 94

(89) Bk. Finzi, s. 169

(90) «Faal nedamet» kavramı için bk. Erem, Türk ceza hukuku, genel hükümler I. (Ankara, 1973), s. 353

(91) I. CD, 17.1.1949, 326/9

(92) Bk. Logoz (P.), Commentaire du code penal suisse Partie spéciale, (Nöşatel, 1955), s. 14

2 — Fiile Devam Etmek : Hiçbir engel olmadığı halde, fiile devam etmemiş olmak öldürme kastının bulunmadığını gösterir. Fakat fiile devam olanağının da (tabancada daha mermi bulunması gibi) mevcut olması gerekir.

Buna karşın, mağduru ölmüş zannederek fiile devam edilmemesi öldürme kastının olmadığını göstermez. «Kalbine kurşun isabet eden mağdurun yere yıkılmış olması karşısında silâhda başka mermi olduğu halde onların kullanılmamış olması sanıktaki öldürme kastını kaldırmaz» (93). «Sanığın kısa mesafeden, silâhla göğsünden yaraladığı mağdurun düştüğünü görmesi üzerine maksadının husule geldiğini anlayarak kaçmış olması katil kastının ifadesidir.» İtalyan Yargıtayı da aynı içtihatdadır (94).

Fiile devam edilmemesi, bazı olaylarda, diğer unsurlarla birleşmiş olabilir. «Sanığın, mağdura 25-30 metre gibi etken bir uzaklıktan av tüfeği ile hayati önem taşıyan vücut bölgelerini hedef alarak ateş etmesi, saçmaların nüfuz edememesi gibi nisbi imkânsızlık ve isabet olmaması gibi hedefin hareketli olmasından ve icrai hareketlerine devam edememesi, önlenmesinden ileri gelmiş olup eylem öldürmeye tam teşebbüstür. Yaralamak şeklindeki değerlendirme suçun niteliğinde hata sonucudur» (95). Sanığın, kendini karakola götürmek isteyen mağdura bir çok kez ateş etmesi, eli tutularak önlenmek istemesine karşın ateşe devam edip onu yaralaması eylemi, öldürmeğe tam kalkışma suçunu oluşturur» (96).

3 — Kendiliğinden Teslim Olmak - Kaçmak : Suçtan sonra teslim olmak, kast bakımından kârîne olabilir. Kaçmak ise her zaman kastı göstermez. Fakat başka unsurlarla birleşirse kastı gösterebilir (97).

J — Yargıtay'ın Denetimi

Olayda kastın kabul veya reddine ilişkin mahkeme kararının Yargıtay'ca denetiminin yasal açıdan yetki dışı olup olmadığı tartışmalıdır.

(93) İtalyan YG. K. (comp. cass. 1950, n. 3089)

(94) CGK., 16.4.1951, 30/16; İtalyan YG. K. 2.7.1972, Patalano (-dan naklen) s. 939

(95) I. CD, 9.11.1978, 4145/3947, Ankara Barosu Der. 1979, n. 1, s. 70

(96) I. CD, 26.10.1978, 3789/3736, YKD. 1979, n. 6, s. 894

(97) Bk. Finzi, s. 177; aynı : CGK., 16.4.1951, 30/16

İtalyan Yargıtay'ına göre «kastın kabulü veya kabul edilmemesi fiili meselelerdendir, bu nedenle Yargıtay denetimi dışındadır, yeterli kabul veya red mantıkî ve tam bir gerekçeye dayansın» (98). «Mantıkî ve tam gerekçe» zorunluğunu nedeni ile İtalyan Yargıtayı pek çok kararı bozabilmektedir.

Bizce Yargıtay'ın yetkisi «doğal görev»inden gelir. Yargıtay, yasaların ve hukuk ilkelerinin olaya en doğru biçimde uygulanmasını sağlamakla görevlendirilmiştir (CMUK. 307/2). «Hukuk güvencesi» yersiz kabullerle sarsılabilir, yasaların tek biçimde, eşit uygulanması kuralı zedelenebilir. Adam öldürme gibi pek ağır bir suçta isabetsiz uygulamalar, dağınık, çelişkili anlayışlar büyük ve giderilmesi çok kez olanaksız sakıncalar doğurur.

(98) İtalyan YG. K. 2.7.1951 (Giuris. comp. cass. Pen), 1951, n. 2141; kşz. D. Rép. Homicid, n. 12; D. P. 61.5.235; Granata, s. 27

TÜZEL KİŞİLERİN CEZA SORUMLULUĞU
VE
TÜRK CEZA HUKUKU SİSTEMİ (*)

(II)

Doç. Dr. Hasan BIYIKLI (**)

1 — Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunun Sınırı

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ilkesi kabul edilince, çözümlenmesi gereken iki önemli sorun karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, ceza sorumluluğu altına konulacak tüzel kişi ve organize toplulukların cinsinin saptanması, ikincisi bu insan topluluklarının, hangi suçlardan, hangi koşullarda sorumlu tutulabileceklerinin tayinidir.

● a — Sorumlulukları Yoluna Gidilebilecek Topluluklar

Bu sorun, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunduğunu savunanların karşılaştıkları sorunların en çetinlerinden biridir. Acaba, tüzel kişiliğe sahip olmayan, sürekli ve organize insan topluluklarının cezalandırılması olanaklı mıdır? Kamu tüzel kişilerinin ceza sorumluluğu yoluna gidilmeli midir?

aa — Tüzel kişiliğe sahip olmayan organize insan topluluklarının cezalandırılması, tüzel kişilerde olduğu gibi olanaklıdır. Çünkü, bu topluluklar bir miting alanında toplanmış tesadüfi kalabalıklardan değildir ve kollektif bir iradeye sahiptir. Bu tür insan topluluklarının cezalandırılmayacaklarını kabul etmek tüzel kişilerin ceza sorumluluklarının kabulünden beklenen yararları baltalayacaktır. Hollanda da, organik insan topluluklarının cezalandırılması kabul edilmiş, Fransa'da hazırlanan tasarıda da, tüzel kişilerle, organize insan toplulukları arasında ceza sorumluluğu yönünden hiç bir ayırım gözetilmemiştir (41).

bb — Ticari ortaklıklar sendikalar, dernek ve vakıflar yanında, belediyeler, KİT. vs... gibi kamu kuruluşlarının ceza sorumluluğunun kabul edilip edilmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar, kamu tüzel kişileri arasında hiç bir ayırım yapmadan, ceza verme tekeline elinde tutan devletin, kendisini cezalandıramayacağı gerekçesiyle, kamu tüzel kişilerinin ceza sorumluluğu olamayacağı görüşünü savunmaktadırlar (42).

(*) YD., Cilt : 7, Sayı : 4, Ekim - 1981'den devam

(**) A.İ.T.İ.A. Yönetim Bilimleri Fakültesi Öğretim Üyesi.

(41) D'HAENES J., 747; ROBERT J., no. 42 vd.

(42) CICALA S., 267-268; HUSS M.A., 686; GLASER S., 445 vd.

Buna karşılık, özel hukuk açısından ticari ortaklıkların statüsüne konulmuş olan ve ortaklıklar gibi çalışan kamu tüzel kişilerin, ceza sorumluluğu dışında bırakılmayacağı, ancak bu tür tüzel kişilere uygulanacak yaptırımların, onların özellikleri göz önüne alınarak saptanması gerektiği ileri sürülmüştür (43).

Bizce, özel hukuk hükümlerine tabi kamu tüzel kişilerinin ceza sorumluluğu dışında bırakılması için hiç bir haklı neden yoktur. Ancak, bunlar dışında kalan diğer kamu tüzel kişilerinin ceza sorumluluğunun kabulü bir çok idari sorun yaratmaktadır. Bu nedenle, konu üzerinde çalışmasını ve çok yönlü bir çaba gösterilmesi gerekli bulunmaktadır (44).

● b) — Tüzel Kişinin Ceza Sorumluluğunu Doğurabilecek Kişi Ve Davranışlar

Bilindiği gibi, tüzel kişiler yapıları gereği, ancak gerçek kişilerin fiziki varlığı aracılığıyla suç işleyebilirler. Tüzel kişinin bizzat suç işleyememesi doğal olgusu, kimlerin, hangi davranışlarından dolayı sorumlu tutulabilecekleri sorununu karşımıza çıkarmaktadır (45).

Her şeyden önce, Tüzel kişi kendisi adına karar almak ve uygulamak yetkisine sahip organlarının, suç oluşturan davranışlarından dolayı sorumlu tutulabilir. Bu organların yasaya ve tüzel kişinin tüzüğüne uygun olarak seçilmiş veya atanmış olması gerekir. Yasalara veya tüzüğe aykırı olarak seçilmiş organların, tüzel kişiyi temsile ve onun adına işlem yapma yetkisi bulunmadığını, dolayısıyla tüzel kişinin ceza sorumluluğuna yol açamayacağını kabul etmek hukuk mantığı açısından daha doğru olacaktır (46). Fransa'da düşmanla işbirliği yapan basın kuruluşlarının cezalandırılmasına ilişkin 30.5.1945 tarihli Yasa gücündeki Kararnamenin 3. maddesinde, benzer bir durum düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, herhangi bir organ işgal kuvvetleri tarafından zorla seçtirilmiş veya atanmış ise, tüzel kişi zorunluluk ha-

(43) LEVASSEUR G., Sanction Pénales., 718.

(44) D'HAENES J., 754.

(45) DONNEDIEU De VABRES H., 239; MAGNOL J. 62; ALLEN F.A., 34 vd.

(46) Aksine bir uygulama ve eleştirisi için bkz., DONNEDIEU de VABRES H., Note sous Paris, 12.12.1949, D., 1950, II, 434.

linde sayıldığından, bu organların davranışlarından sorumlu değildir (47).

Ancak, burada yöneticilerin tüzel kişinin ortak veya üyelerinin çıkarları aleyhine işledikleri suçlarla, tüzel kişiye yabancı kimselerin çıkarlarına karşı işledikleri suçlar arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Yöneticilerin tüzel kişinin üyelerinin çıkarları aleyhine işledikleri suçlardan dolayı yine tüzel kişinin cezalandırılması düşünülemez, kusurlu gerçek kişilerin cezalandırılması yoluna gitmek zorunludur (48). Buna karşılık, işlenen suç tüzel kişiye yabancı kimselerin çıkarlarını ihlal ediyorsa veya tehlikeye koyuyorsa, yukarıda sayılan hususların gerçekleşmesi koşuluyla, tüzel kişi sorumlu tutulabilir.

Yasalara ve tüzüğe uygun olarak seçilmiş bir organ, kendisine yasa ve tüzük tarafından tanınmış yetki sınırlarını aşarak hareket etmiş ise, diğer bir anlatımla, tüzel kişinin amacı dışında veya bu amacı aşan davranışlarda bulunmuş ise durum ne olacaktır? Tüzel kişilerin bir amaç çerçevesinde varlık kazandıkları görüşünden hareket eden bazı hukukçular, organın amaç sınırlarını aşan davranışlarından dolayı, tüzel kişinin değil, kusurlu davranan gerçek kişilerin cezalandırılabileceğini savunmuşlardır (49). Oysa, tüzel kişilerin, varlığının temelini oluşturan amaçla sınırlı olması, hususi hukuk alanında işlem yapma yetkileri, yani ehliyetlerinin alanını belirlemek için konmuş bir kuraldır. Bu kuralın ceza hukuku alanında uygulanarak, amaç dışı faaliyetlerden dolayı tüzel kişi yerine, gerçek kişilerin sorumlulukları yoluna gitmek, suç ve ceza politikası açısından, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ilkesinden beklenen yararların elde edilmesini önleyecektir (50). Gerçekten, tüzel kişilerin amaçları dışında bir suç işleyemeyeceklerin kabul etmek, suç işlemek için tüzel kişiler kurulması, daha doğrusu tüzel kişi paravani ardında suç işlemesini onaylamak

(47) Bütün bunların yanında, organların kendi adına ve tüzel kişinin adını ve olanaklarını kullanarak hareket edip etmediğinin saptanması zorunludur. *MAGNOL S.*, 62. Bu zorunluluğun klasik görüşün kabulü halinde tüzel kişinin suçundan sorumlu olacak gerçek kişilerin saptanmasından daha zor sorunlar yaratacağı ileri sürülmektedir. *HUSS M.A.*, 684; *Pradel Droit Pénal*, 473, no. 470.

(48) *SCREVEVS R.*, 182.

(49) *DONNEDIEU de VABRES H.*, Note sous Paris..., 434.

(50) *MERLE R.*, - *VITU A.*, 495, no. 490 ve burada adı geçen yazarlar.

anlamına gelecektir (51). Örneğin yasak olmasına rağmen, derneğin gizli ticari faaliyetlerde bulunması halinde, organlarının işlediği güveni kötüye kullanmak suçundan dolayı tüzel kişinin sorumlu tutulmamasını, sendikanın organları tarafından kışkırtılan işçilerin grev sırasında çalışma özgürlüğü aleyhine suç işlemeleri veya işyerini tahrip etmelerinden dolayı, sendikanın cezalandırılması yoluna gidilmesini anlamak kolay olmayacaktır (52).

2 — Özel Ceza Yaptırımlarının Saptanması

Klasik görüşün, ceza yasalarında öngörülen yaptırımların tüzel kişilerin yapısına uymadığı yolunda ileri sürdüğü itirazın geçerli olmadığını, mevcut yaptırımların tüzel kişinin yapısına uydurulması olanaklı olduğu gibi, özellikle tüzel kişiler için bazı yeni yaptırımlar yaratılabileceğini, yukarıda belirtmiştik.

Tüzel kişilere uygulanacak yaptırımların saptanması ve somut olaylarda yaptırım seçiminde hangi esaslardan hareket edilecektir? sorusu tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunduğunu savunanların yanıtlamak zorunda kaldıkları çetin sorulardan bir başkasıdır.

● a) Yaptırımların Saptanmasında Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar

Ceza yasasında mevcut yaptırımların tüzel kişilerin yapısına uyarlanması ve yeni yaptırımlar saptanmasında, herşeyden önce, tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanmasındaki amacın kesin olarak ortaya konması gerekmektedir.

Bilindiği gibi, ceza yasalarında öngörülmüş yaptırımların üç işlevi, vardır. Bunlar önem sırasıyla, 1 — Özel ve genel önleme işlevi, 2 — Öç alma ve adalet duygularının tatmini, 3 — Suçlunun yeniden eğitimi ve topluma kazandırılmasıdır. Günümüzde, teknik olanakların bunca gelişmiş olmasına karşın, ceza yaptırımlarının son işlevini gerçekleştirmekte son derece başarısız kalındığını yukarıda ileri sürmüştük. Geri-

(51) JANSSENS Ed., 466.

(52) Bu konuda çeşitli örnekler ve açıklamalar için bkz., MERLE R., - VITU A., 495, no. 490.

ye, cezanın özel ve genel önleme işlevi ile, adalet duygularını tatmin (53) işlevleri kalmaktadır.

Asıl suçlu, yani tüzel kişi, ceza sorumsuzluğu şemsiyesi altında korunurken, tüzel kişinin organını oluşturan gerçek kişilerin veya maddi hareket gerçekleştiren kişinin cezalandırılmasının adalet duygularını inciteceğini kabul etmek gerekir. Gerçekten, tüzel kişi suçtan hasıl olan çıkar ve avantajları alırken, onun yerine bir görevlisinin yargılanması ve cezalandırılması, gerek suç kurbanında gerek kamu oyununda asıl suçlunun cezasız kaldığı izlenimini doğuracak bir tutum olmaktadır. Bu nedenle, ceza yaptırımlarının doğrudan doğruya suçlu tüzel kişiye veya tüzel kişi gerçek kişi suç ortaklığı halinde, her ikisine yöneltilmesinin, adalet duygularının doyurulması işlevini daha iyi gerçekleştirmeye yarayacağı ileri sürülebilir.

Tüzel kişiler yönünden cezanın en önemli işlevi, kuşkusuz, özel ve genel önleme işlevidir. Tüzel kişilerin daha çok ekonomik, ticari ve iş yasalarında yer alan suçları işledikleri göz önüne alınarak, gerek yeni saptanacak yaptırımların, gerekse mevcut yaptırımların yeni uyarlamalarının, suçun faile sağladığı tüm maddi çıkar ve üstünlükleri ortadan kaldıracak, geri alacak nitelik ve ağırlıkta olması gerektiği sonucuna varılabilir (54).

Kısaca, tüzel kişilere uygulanabilecek yaptırımlar saptanırken hem eski yaptırımların nitelik ve ağırlıkları yönünden değiştirilmesi, hemde sayıca (tür olarak) artırılması gerekmektedir. Bunun için;

aa — Ceza yaptırım kavramının kapsamı genişletilmeli, Ceza yaptırımı -idari ceza- hukuki yaptırımlar ayırımına son verilmelidir. Aslında, toplum düzenini korumayı amaçlayan bütün bu yaptırımlar arasında yaratılan farklılık, yaptırımları uygulama yetkisine sahip mahkemenin farklı olmasına dayanan yapay bir farklılaşmadır (55). Bu

(53) Cezanın günümüzde pek önemsenmeyen, aslında son derece önemli olan işlevi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., LOPEZ - REY M., *L'idée de justice comme but du droit pénal*, R.S.C., 1965, 25 vd.

(54) D'HAENENS J., 734; SCREVEN R., 180.

(55) D'HAENENS J., 735; SCREVEN R., 180-181.

nedenle, tüzel kişileri tekerrürden alıkoyabilecek yaptırımlar ister hukuki, ister idari olsunlar, bu niteliklerine bakılmaksızın tüzel kişilere uygulanabilecek yaptırımlar olarak değiştirilmelidir (56).

bb — Keza Tüzel Kişiler Açısından, Ceza - Emniyet Tedbiri, Asli Ceza - Fer'i Ceza Ayırımına da Son Verilmesi Yerinde Olacaktır (57).

● b — Cezaların Yasallığı Ve Eşitliği İlkesi

Tüzel kişilere ceza uygulanması, cezaların yasallığı ve eşitliği açısından iki sorun doğurmaktadır.

aa — Ceza yaptırımlarının nitelik ve ağırlık yönünden gerçek kişiler ve tüzel kişiler açısından farklı olması eşitlik ilkesine aykırı sayılabilir. Ancak, tüzel kişilerle gerçek kişiler arasında niteliksel açıdan ve güçleri açısından mevcut farklar ortadadır. Bu durum karşısında, ceza yaptırımları açısından tüzel kişilerle gerçek kişileri bir görmek ve her ikisine aynı yaptırımı uygulamak olanaksız ve eşitlik ilkesi uğruna, tüzel kişilerin cezalandırılmasından beklenen yararları tamamen ortadan kaldıracak bir tutum olacaktır (58).

Kaldı ki, tüzel kişilerin değişkenlik özelliği ve gerçek kişilere göre daha güçlü olmaları gerçeği karşısında, ceza yaptırımları açısından tüzel ve gerçek kişilerin aynı muameleye tabi tutulmaları eşitlik ilkesine aykırı sayılabilir. Temelde birbirinden tamamen farklı varlıklar için aynı yaptırımların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı sayılmalıdır.

bb — Tüzel kişiye ceza yaptırımı uygulanmasının, bu kişiye yabancı kimselere zarar vermesini önlemek, başka bir anlatımla, cezanın şahsiliği ilkesini çiğnememek ve cezanın etkilerini artırmak için, yargıca, hazırlanacak yaptırımların listesi üzerinden, tüzel kişinin yapısına, işlediği suçun niteliği ve ağırlığına ve uygulanacak cezanın toplumsal sonuçlarına göre uygun bir yaptırım seçme yetkisini tanımak gerektiğini belirtmiştik. Bu yolda bir uygulamanın, cezaların yasallığı ilkesine aykırı olacağı ileri sürülebilir. Cezaların yasallığı ilkesini, suçluya uy-

(56) İdari cezalar konusunda, bunların ceza yaptırımları haline dönüştürülmesi halinde failin ceza yargılamasının garantilerine ve güvencesine kavuşacağı haklı olarak ileri sürülmüştür. FERRI E., *Principes de droit criminel*. no. 47, Turin, 1926 CICALA S., 273'den naklen.

(57) D'HAENENS J., 736.

(58) SCREVENS R., 180

gulanabilecek yaptırımların yasalarda belirlenmiş olması gerektiği biçiminde anlıyorsak, tüzel kişiler için önerilen bu uygulama ilkeye aykırı olmayacaktır. Ancak, cezaların yasallığı ilkesinin, suç sayılan bir hareket için yasada belirli bir ceza öngörülmesi anlamına alırsak, sözünü ettiğimiz uygulama kısmen ilkeye aykırı sayılabilir.

Kanımızca, tüzel kişilere uygulanacak yaptırımların, bu varlıkların işleyebilecekleri her suç için tek tek belirlenmemiş olması cezaların yasallığı ilkesine aykırı sayılamaz. İlke, keyfi cezalandırmaları önlemek, hak ve özgürlükler için bir güvence olmak için konulmuştur. Tüzel kişinin suç sayılan eylemleri karşısında, kendisine uygulanacak ceza yaptırımlarının nelerden ibaret olduğunu önceden bilmesi yeterlidir, hakları yönünden, sağlam bir güvencedir.

Bu nedenlerle, yaptırımların, suç sayılan bir eylem için yasalarda ayrıca belirlenmemiş olması, cezaların yasallığı ilkesine aykırı değildir denilebilir.

3 — Tüzel Kişilerin Yargılanmasında Usul Yöntemleri

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesi, usul hukuku açısından, davalı tüzel kişinin duruşmalarda temsili, Adli sicil ve af hükümlerinin uygulanması açısından bazı sorunlar yaratmaktadır (59).

III — TÜRK HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLERİN CEZA SORUMLULUĞU

Ne Anayasamızda, ne de TCK.'da tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul veya red konusunda açık bir hüküm yer almaktadır. Biz, bu başlık altında, Türk hukukunda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu, Anayasa, ceza yasaları ve uygulama açısından ayrı ayrı ele almak istiyoruz.

A — Anayasa Açısından

Anayasa Mahkemesi, Türk Parası'nın kıymetini koruma kanununun tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul eden 3. maddesinin iptali

(59) Konumuz dışında kaldığı için sadece değinmekle yetindiğimiz bu sorunlar için bkz., DOUVERGNE B., - HERZOG J.B., 793 vd.; MERLE R., - VITU A., 496, no. 491; PRADEL J., 473, no. 471.

istemiyle açılan davada, sözü geçen maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilebileceği yolundaki bu kararı, Türk hukuk öğretisinde, sert eleştirilere konu olmuş, tüzel kişilerin ceza sorumsuzluğunun Anayasa güvencesi altında bulunduğu savunulmasına yol açmıştır (1).

Anayasa Mahkemesi söz konusu olan, 16.6.1964 tarihli kararında; «... bugünkü toplumda tüzel kişilerin çalışma alanları daha geniş ve daha etkili olmaktadır. Bazı hallerde, yalnız idare edenleri cezalandırmak suçları önleme bakımından yeterli olmayabilir. Tüzel kişileri kanunların önleyici etkisinden uzak bulundurarak serbestçe faaliyetlerine yer verilmesi toplumun güvenliği bakımından sakıncalı olabilir. Bu sebeple, tüzel kişilerin de yapılarına uygun bir ceza sorumluluğu altında bulundurulmalarında zorunluluk olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim, Anayasa'nın 57. maddesi, bu maddede gösterilen esaslara uymayan siyasal partilerin, Anayasa Mahkemesi kararı ile kapatılacağını kabul etmiştir. Buradaki (kapatma) hükmü ile, dava konusu 1567 sayılı kanunun değişik üçüncü maddesindeki ticaret ve mesleki faaliyetten men cezası arasında hukuki nitelik bakımından bir ayrılık bulunmamaktadır... Tüzel kişilerin iradeleri organları aracılığı ile açıklandığına ve böylece yöneticilerin fiil ve hareketleri kolektif bir iradenin sonucu olduğuna göre, bundan tüzel kişinin sorumlu tutulmasıyla başkasının cezalandırıldığı anlamını çıkarmak doğru bir görüş sayılmaz, Anayasa'nın 33. maddesi ki kimse deyimi gerçek ve tüzel kişileri kapsar...» denilmektedir (2).

Bu karara yöneltilen eleştirilerden birincisi, karar altına yazılan bir karşı oy yazısından kaynaklanmaktadır. Buna göre, ekonomik yaşamın, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabule götürmesi ve öğretide bunların ceza sorumluluklarının kabulü yolunda bazı eğilimlerin güç kazanmış olması, Anayasa'nın 33. maddesinde yer alan, «ceza sorumluluğu şahsidir,» hükmünün özel yasalarla tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabulünü engellemediği biçiminde anlaşılması sonucunu doğurmaz. Öğretideki eğilimler başka, Anayasa'nın açık hükmü

(1) DÖNMEZER S., - ERMAN S., 473, no. 1558 bis vd.: ERMAN S., 93 vd.

(2) Anayasa Mahkemesi, 16.6.1964 693/101, 964/49, R.G., 28.6.1964, sayı 11817.

karşısında, bir yasanın, bu hükme aykırı olup olmadığı başka bir konudur (3).

Anayasa Mahkemesi'nin, yasaların Anayasa'ya uygunluğu denetlerken ilgili Anayasa maddesinin, değişen toplumla birlikte düşünlülen amaçları da yenileyen yaratıcı bir yorum yöntemi seçmiş olmasında (4) ve bu nedenle, toplumun ekonomik yapısının ortaya çıkardığı gereksinimleri, Anayasanın lafzına ters düşmemek kaydıyla gözönüne alınmasında eleştirilecek bir taraf görmüyoruz.

Kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa kurallarına içermedikleri bazı anlamları yakıştırmaması ne denli tehlikeli ise, Anayasa maddelerinin dar sözcük anlamlarına bağlı kalarak, özü biçime ve söze kurban etmesi de o derece sakıncalıdır (5). Kararın alıntılar yaptığımız bölümlerinden de anlaşılacağı gibi, Anayasa Mahkemesi, bu kararında, iki sakıncalı tutumdan titizlikle kaçınmıştır.

Anayasa'nın 33/5. maddesinde yer alan «Ceza sorumluluğu şahsidir» hükmü ile, yalnız bir kimsenin fiilinden başkasının sorumlu tutulmasını engellemek için değil, aynı zamanda tüzel kişilerin ceza sorumsuzluğunu korumak için konmuş olduğu ileri sürülmektedir (6). Maddenin ifade tarzından ve gerekçesinden, bu hükümle, klasik «Societas delinquere non potest» kuralının, Anayasa güvencesi altına alınmak istendiği yolunda bir anlam çıkarmak zordur. Tersine, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmemesi, bir kısım yöneticilerin başkalarının fiilinden sorumlu tutulması sonucunu doğurduğu için, sözü geçen Anayasa maddesinin tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesini amir bulunduğu biçiminde yorumlanması olanaklıdır. Anayasa Mahkemesi kararına yöneltelen eleştirilerde, ceza'en sorumlu tutulmakla, yani cezalandırıl-

(3) Karşı oy yazısı için bkz. R. Gb aynı tarih ve sayı ; Aynı görüş DÖNMEZER S., - ERMAN S., 475, no. 1158.

(4) SOSYAL M. Anayasanın anlamı, İstanbul. 1976. s., 215, soru 72 ; Rahmetli Prof. Dr. Bülent Nuri ESEN bu yorum yönetimi «Anayasa hükmü, Anayasa Mahkemesine göre, belli bir zamanda ne anlama geliyorsa odur» diyerek veciz bir biçimde ifade etmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesine göre Türk Anayasa Hukuku anlayışı, Ankara, 1966.7.

(5) SAN C. Anayasa değişiklikleri ve anayasa gelişmeleri, A.I.T.İ.A. yyn., 85, Ankara. 1974, 130.

(6) DÖNMEZER S., - ERMAN S., 467, no : 1158 ter : ERMAN S., 94.

makla, cezadan zarar görmek karıştırılmış benzemektedir (7). Gerçek kişilere uygulanan cezaların da, asıl sorumlu kişiden gayri kişilere zarar vermesi önlenebilmiş değildir. İdam edilen suçlunun yakınları, para cezasına çarptırılan kişinin eşi ve çocukları, babalarının suç işleme kararından hiç haberli olmamalarına karşın, bundan zarar görürler. Bu nedenle, bir kimsenin cezalandırılması başka, bu cezalandırmadan başkalarının zarara uğraması başkadır. Cezalandırma sonucu, zarara uğrayan kimseleri, cezalandırılmış kabul etmek doğru değildir.

Tüzel kişilerin iradelerinin organları aracılığı ile oluşturulması ve uygulanması doğaldır. Anayasa Mahkemesi'nin kararında açıklandığı bu gerçeğe karşı, tüzel kişilerin kollektif iradelerinin hiçbir zaman ceza bakımından sorumluluğun temeli olan «Bireysel ve suçlu irade» olamayacağı ileri sürülmüştür (8). Bu eleştiriye karşı, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın ceza hukuku ilkelerine değil, yasaların Anayasaya uygunluğunu denetliyen bir yargı organı olduğu anımsatılarak yanıt verilebilir. Bunun dışında, tüzel kişinin organlarıncı oluşturulan kollektif irade bir faraziye değil, bir gerçektir. Kollektif iradenin gerçek kişiler tarafından uygulanması, ceza sorumluluğunun kollektif irade sahibine yüklenmesine engel değildir (9).

Kollektif irade ile kollektif sorumluluğu karıştırmamak gerekir. Kabile reisinin tek başına aldığı kararın, kabile üyelerinden birkaçı tarafından uygulanması halinde, tüm kabile cezalandırılırsa kollektif sorumluluk kabul edilmiş demektir. Buna karşılık, tüm kabilenin toplanıp aldığı karar gereğince, bir kısım üyeler tarafından uygulanan bu karar yüzünden yalnız reis veya uygulayıcılar sorumlu tutuluyorsa ortada kollektif irade, bireysel sorumluluk var demektir. Birinci uygulamanın adalet ve hakkaniyet kurallarına aykırı olacağı ikincisinin ise adalet ve hakkaniyet kurallarına ters düştüğü gibi, toplumun korunması açısından çok zayıf kalacağı ortadadır. Ceza hukukunda kollektif sorumluluğun terk edilmiş olduğu doğrudur (10). Ancak, kol-

(7) «Tüzel kişilerin cezalandırılması organların dışında kalan ve organlar tarafından açıklanan iradeden haberleri bile olmayan üyelere zarar vereceği için» DÖNMEZER S., ERMAN S., 467 no. 1158 ter.

(8) DÖNMEZER S., ERMAN S..

(9) MERLE R., - VITU A., 491. no : 487 ; LEVASSEUR G., Les personnes morales vistes . . , 841...

(10) DÖNMEZER S., - ERMAN S.,

lektif irade, tüzel kişilerin ortaya çıkması ve gelişmesi sonucu gerçek anlamda doğmuş ve günümüzde yepyeni boyutlara ulaşmıştır. Yukarıda da değindiğimiz gibi, tüzel kişilerin bu kollektif irade nedeniyle ceza sorumluluklarının kabul edilmesi kollektif sorumluluk esasına dönüş anlamına gelmeyecektir.

Anayasa Mahkemesi kararında verilen örneğin, yani Anayasa'nın 57. maddesi gereğince, siyasi partilerin Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmasının bir emniyet tedbiri olduğunda kuşku yoktur (11). Ancak, cezalarla emniyet tedbirleri arasında bütün hukuk sistemlerinde bir yakınlaşma vardır. Bu yakınlaşma; 1) Emniyet tedbirlerinin uygulanması için mutlaka bir suçun işlenmiş olması gereği, 2) Emniyet tedbirleri içinde yasallık ilkesinin geçerli olması, 3) Emniyet tedbirlerinde de eşitlik ilkesinin uygulanması, 4) Ve nihayet emniyet tedbirlerinin şahsiliği ilkesinin kabul edilmiş olması noktalarında toplanmaktadır (12). Bir hukuk bilgininin çok yerinde olarak belirttiği gibi, bu yakınlaşma, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusunda daha belirgindir (13). Siyasi partiler Yasasının, bir partinin kapatılması için öngördüğü hareketler, genellikle suç olan hareketlerdir. Kapatma tedbirinin uygulanması halinde, tüzel kişi olan siyasi partinin ceza sorumluluğu kabul edilmiş demektir. Çünkü, bu kararı almak için, Anayasa Mahkemesi, partilerin kapatılmasına neden olan hareketlerini kollektif irade sonucu olup olmadığını araştıracaktır. Partinin kollektif iradesi ile, partinin kapatılmasını gerektiren hareketler arasında bir nedensellik bağı kurulamaz ise, sadece, bu hareketi kusurlu iradeleri ile gerçekleştiren kişi veya kişilerin cezalandırılması yoluna gidilecektir.

Sonuç olarak, Türk hukukunda, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabulüne engel hiç bir Anayasaya hükmü yoktur. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunmadığı yolundaki klasik ilke, Anayasamızda hiç

(11) DÖNMEZER S., - ERMAN S.,

(12) PRADEL J., 497, no : 487 : BIYIKLI H. Les mesures applicables aux mineurs delinquants, thèse, Politiers, 1971, Cilt 2,468 vd. ; Emniyet tedbirlerinin suçların ve cezaların yasallığı ilkesine tabi olduğu konusunda bkz. ANCEL M. La defense social nouvelle, Cujas, Paris, 1956, 126 : IV Uluslararası Toplumsal Korunma Konferansı, Milan, 1956, R.S.C., 589. Tehlikelilik hali ve ceza sorumluluğunun çelişen kavramlar olmadığı konusunda bkz., VERIN J., Les rapports entre les peines et les mesures de surte, Table ronde en l'honneur de W. POMPE, R.S.C., 1963, 532.

(13) DONNEDUEU de VABRES, Les limites de la responsabilité..., 348.

bir dayanağa sahip değildir. Bu nedenle, Yasa koyucunun, bazı suçlardan dolayı, tüzel kişilerin sorumluluğunu kabul etme ve özel yaptırımlar saptama yetkisi vardır. TCK.'da tüzel kişilerin ceza sorumluluğu açık bir hükümlerle düzenlenmemiş, bu varlıkların sorumluluğu kabul edilmemiş olduğu gibi, red de edilmediğinden, uygulamada ancak, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu yoluna, yasada bu sorumluluğun açık bir biçimde öngörüldüğü ve kabul edildiği hallerde gidilebilecektir.

B — Yasalar Açısından

Anayasal bir engel bulunmaması nedeniyle, ekonomik ve toplumsal gereklikler yüzünden Yasa koyucunun bazı alanlarda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul ettiğine tanık olmaktadır. Yürürlükteki yasalarımız açısından, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu iki başlık altında incelememiz olanaklıdır. Bu başlıklardan birincisinde, tüzel kişilerin cezalandırılmasının açık ve kesin bir biçimde kabul edildiği yasalar, diğerinde tüzel kişiler için emniyet tedbirlerinin uygulanmasının kabul edildiği yasalar ele alınabilir.

1 — Tüzel Kişilerin Cezalandırılmasını Açıkça Kabul Eden Yasalar

Tüzel kişiler, hatta tüzel kişiliğe sahip olmayan organize insan topluluklarının cezalandırılabilmesini kabul etmiş olan birçok yasa vardır. Bunların başında; 1567 sayılı Türk Parası'nın Kıymetini Koruma Hakkında Kanununun 3. maddesi gelmektedir. Bu maddeye göre; «İcra Vekilleri heyetince 1. maddeye istinaden ittihaz edilecek kararlara aykırı hareket eden hakiki veya hükmi şahıslar hakkında (1.000) liradan (200.000) liraya kadar ağır para cezası ve 7 aydan 5 seneye kadar Ticaret ve Mesleki faaliyetten men'i cezası ile birlikte, hakiki şahıslarla hükmi şahısların müdür ve fiilde iştiraki olan memurları yukarıdaki cezalara zamimeten 7 aydan 5 seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır... görüldüğü gibi, burada yasa koyucu, tüzel kişinin suçuna katılan gerçek kişiler için, iştirak hükümlerine göre cezalandırma yolunu terk ederek, ayrı cezalar öngörmektedir. Şayet bu özel düzenleme yoluna gidilmemiş olsaydı, kusurlu hareketleri ile tüzel kişinin suçuna katılan gerçek kişilerin TCK.'nun, 64 vd. maddeleri gereğince cezalandırılması olanaklıydı (14).

(14) Bkz. yukarıda s.,

1918 sayılı Kaçakçılığın Men Ve Takibine Dair Kanununun 32. maddesinde, kaçak eşya ve maddelerin yakalanması gibi herhangi bir tehlikeye karşı sigorta yapanlar için ceza öngörülmektedir. Maddeye göre, sigorta yapan kuruluş (müessese) ise, 10.000 1. dan aşağı olmamak üzere ağır para ve Türkiye dahilinde sigortacılık yapmaktan men cezalarına çarptırılır.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun doğrudan doğruya kabul edildiği bir başka metin, 3458 sayılı Sınai Müesseselerde ve Maden Ocaklarında Mesleki Kurslar Açılmasına Dair Kanundur. Bu kanunun 7. maddesinde, «Kurs açmakla mükellef tutulan müesseseler, bu kanuna göre tanzim edilecek nizamnamenin neşrinden itibaren üç ay içinde bu mükellefiyeti ifa etmedikleri takdirde 50 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Tekerrürü halinde bu ceza iki katı olarak tertip olunmakla beraber burs açılıncaya kadar müessesenin kapatılmasına da hükmolunur» hükmü yer almaktadır. Anlaşılacağı gibi, bu son iki kanunla, sadece tüzel kişilerin değil, tüzel kişiliğe sahip olmayan organize toplulukların da ceza sorumluluğu kabul edilmiştir.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edildiği bir başka yasalar gurubu, İş yasalarıdır 1475 sayılı İş Yasasının 1. maddesinde işveren, «İşçi çalıştıran gerçek tüzel kişi» olarak tanımlandıktan sonra, gerek aynı yasanın ceza hükümleri bölümünde gerek 274 sayılı Toplu Sözleşme, Grev ve Lokavt Kanununda, gerek 275 sayılı Sendikalar Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu gibi kanunlarda bu yasa hükümlerine aykırı davranan işveren için cezalar öngörülmüştür. Şu halde, suç tüzel kişiliğe sahip bir işveren tarafından işlendiği takdirde, cezalandırılması yoluna gidilecektir.

2 — Tüzel Kişiler İçin Emniyet Tedbirlerinin Öngörüldüğü Yasalar

Tüzel kişilerin ceza sorumluluklarını doğrudan doğruya ve açık bir biçimde kabul eden yasalar yanında, bu varlıklara emniyet tedbirleri uygulanmasını kabul eden yasalar da vardır. Bu tür yasalar üzerinde, S. Dönmezer - S. Erman'ın Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2, 477, No. 1159 vd. da uzun açıklama ve eleştiriler yer verilmektedir. Biz burada, tekrardan kaçınmak için adı geçen yapıta yollama yapmakla yetineceğiz. Ancak, yazarların emniyet tedbirlerini, hatta, 1567 sayılı Yasada öngörülen cezaları bile idari tedbir sayan ve em-

niyet tedbiri uygulamasının öngörüldüğü hallerde ceza sorumluluğunun kabul edilmediği yönündeki görüşlerine, yukarıda açıkladığımız nedenlerle katılmadığımızı (15) belirtmek isteriz. Özellikle, 1567, 1918, 3458 sayılı Yasalarda, tüzel kişi ve organize topluluklar için öngörülen para ve faaliyetten men cezalarının, yasanın açık kabulü karşısında, tedbir olarak nitelendirilmelerine (16) kesinlikle karşıyız.

C — Uygulama Açısından

Anayasamızın ve çeşitli yasalarımızın tüzel kişiler ve organize toplulukların ceza sorumluluğu konusunda kabul ettiği bu hükümler karşısında, uygulamada mahkemelerin ve Yargıtay'ın takındığı tavır nedir? Bu ayrı bir incelemeyi gerektiren ve bağımsız bir yazıya konu olabilecek bir sorudur. Biz, burada, yazının sınırlılığı nedeniyle, sadece, İş mevzuatı açısından, mahkemeler ve Yargıtay'ın uygulamalarına kısaca değinmeye çalışacağız.

İş mevzuatında, tüzel kişilerin, ceza sorumluluğu açık bir biçimde kabul edilmiş olmasına karşın, mahkemelerimiz ve Yargıtay'ın tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabulden titizlikle kaçtıkları izlenmektedir. Şekerbank Anonim Ortaklığı yetkilileri hakkında 274 sayılı Sendikalar Kanunu 19 ve 31/3. maddeleri gereğince verilen mahkumiyet kararını, Yargıtay, işveren durumunda olan tüzel kişinin durumundan söz açmaksızın, başka nedenlerle bozmaktadır (17). Yüksek Mahkemenin bu yöndeki kararlarına ait örnekleri çoğaltmak olanaklıdır (18).

SONUÇ

● 1 — Mahkemelerin ve Yargıtay'ın, yasanın açık hükümlerine karşın tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu uygulamaya koymaktan titizlikle kaçınması, kanımızca iki nedenle açıklanabilir. Bu nedenlerin başında, tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin ana sorunların çözüme bağlanmamış ve tüzel kişilerin yapısına uygun yaptırımların saptanmamış

(15) Bkz. yukarıda S.,

(16) DÖNMEZER S., - ERMAN S., no. 1158, son paragraf.

(17) Y.9.C.D., 25.5.1977, 1375/1859, Y.K.D., 1977, 1335.

(18) Y.9.C.D., 8.12.1977, 4089/3998 (Yayınlanmamıştır) ; Y.7.C.D., 9.6.1970, 6548/6298 (OZANOĞLU İ., - YALNIZOĞLU S., - TÜMER H.A. Sosyal Sigortalar mevzuatı, Ankara, 1974, Cilt 2, 1968, no. 1667) ; Y.8.C.D., 17.9.1976, 6376/6 300 ÇENBERCİ M., Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1970, 1471, no : 20) ; Y.9.C.D., 4.5.1979, 2055/1583 (Yayınlanmamıştır).

olması gelmektedir. İkinci neden ise, Yüksek Mahkemenin eski alışkanlıklarından kurtulamaması olsa gerekir.

● 2 — Kanımızca, günümüz toplumunda tüzel kişilerin kazandıkları önem, kavuştukları sosyal ve ekonomik yetkiler gözönüne alınarak, T.C.K.'da yapılacak bir değişiklik ile, tüzel kişilerin ceza sorumlulukları kabul edilmeli ve bunun yarattığı sorunların çözümü yoluna gidilmelidir. Böylece, özel yasalarda, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul eden hükümlerin doğurduğu duraksamalar ve yetersizlikler ortadan kaldırılmış olacağı gibi, Ulu Önder Mustafa Kemal Atatürk'ün toplum gereksinimleri ve gelişmelerini daima göz önünde bulunduran dinamik devrim ve yönetim anlayışına uygun davranılmış olacaktır.

— BİTTİ —

KAYNAKÇA

- ALLEN F.A., La responsabilité pénale des sociétés privées en droit américaine, R.İ.D.P., 1957, 9 vd.
- ANCEL M., La defense sociale nouvelle, Cujas, Paris, 1956.
- ALFANDARİ E., Fonction de dirigeant et fonction d'employé au sein d'une entreprise. D.S., 1964, 146.
- BENGÜ, C.H., La responsabilité des groupements des personnes, İmp. du Jurnal de Genève, 1941.
- CARSAU, W., La question de la responsabilité pénale des personne morales. Une thèse differente, R.D.P.C., 1980, no. 5,475.
- CHARLES R., Quelques apercus sur l'évolution du droit social pénal, R.D.P.C., 1967, 250.
- COŞKUN E., İşyerini bildirmeme suçu, İ.H.U., İş K. 97, no. 1, 1975.
- COEURET A., Le droit pénal du travail, Juris - Classeur du Travail, Juris - Classeur du travail, 10 3 B. 1977.
- CONSTANT J., La responsabilité pénale des personnes morales et leurs organes en droit belge, R.İ.D.P., 1951, 597.
- DAUTRICOURT J-Y., L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction en droit İntrenationnal pénal, R.İ.D.P., 1957, 87.
- De ASUA L.J., d'orientation moderne de nation d'auteur et de participation à l'infraction, R.İ.D.P., 1957, 480.
- DELATTE P., La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge, R.D.P.C., 1980, no. 3, 191.
- DONNEDİEU De VABRES H., Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, R.İ.D.P., 1950. 331.
- DÖNMEZER S., - ERMAN S., Nazari ve tatbiki ceza hukuku, Cilt II, İ.Ü.H.F. yn no. 519, İstanbul, 1978.
- DOUVERGNE B., - HERZOG J.B., Problemes de procedure concernant la responsabilité pénale des personnes morales, R.S.C., 1962, 789.
- ERMAN, S., Ticari Ceza Hukuku, I. Cilt, Umumi Hükümler, İstanbul, 1976.
- ESEN B.N., Anayasa Mahkemesine göre Türk Anayasa Hukuku anlayışı, A.Ü.H.F. yn., no. 206, Ankara, 1966.
- FAİVRE P., La responsabilité pénale des personnes morales, R.S.C., 1958, 457
- FRANCOIS L., Remarque sur quelques questions de droit pénal social, particulierment sur l'imputabilité, R.D.P.C., 1968-1969, 489.

- GLASER S., L'Etat en tant que personnes morales est-il pénalement responsable R.D.P.C., 1948-1949, 444.
- HANNEQUART Y., Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux biens à l'occasion des activités de l'entreprise, R.D.P.C., 1969, 409.
- JANSSENS Ed., La responsabilité pénale des personnes morales, R.D.P.C., 1980, no. 5, 463.
- JAVILLIER J, Cl., Ambivalence, efficacité et adéquation du droit pénal du travail. D.S., 1975, 375.
- LEGROS R., La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés et le droit pénal général, R.D.P.C., 1963-1964, 3.
- LEGROS R., A propos du projet de la loi sur les amendes administratives, J.T.T., 1971, 97.
- LEGROS R., Le droit pénal dans l'entreprise, J.T.T., 1977, 169.
- LEGROS R., Imputabilité pénale et entreprise, R.D.P.C., 1968-1969, 365.
- LEVASSEUR G., Les personnes morales victimes, auteurs ou complices d'infraction en droit français, R.D.P.C., 1954, 1955, 827.
- LOPEZ-REY M., Les exigences pénales aujourd'hui et la politique criminelle contemporaine, Rev. Int. de Crim. et Pol. Tech., 1962, 255.
- LOPEZ-REY M., L'idée de justice comme but du droit pénal, R.S.C., 1965, 25.
- MAGNOL J., De l'irresponsabilité du fait d'autrui et de la responsabilité pénale des personnes morales, R.S.C., 1948, 226.
- MAGNOL J., Une expérience de mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales, R.I.D.P., 1946, 58.
- MERLE R., - VITU A., Traité de droit criminel, Cujas, Paris, 1967.
- PRADEL J., L'avant projet de révision du code pénal, D., 1977, I, 115.
- PRADEL J., Droit pénal, Cuas, Paris, 1977.
- Rapports présentés aux Congrès de Bucarest, (GUNSBURG N., - MOMMAERT R., MARTINES J.A., ROUX J.A., LONGHI S., CICALA S., ETTEINGER M., RADULESCO J., GIVANOVITCH T.,) R.I.D.P., 1929.
- REETH De A.B., La responsabilité pénale des personnes morales, R.D.P.C., 1963, 623.
- ROBERT J., L'avant projet du code pénal, J.C.P., 1976, I, 2813.
- RYN J-V., - OMMESLAGHE P.V., La responsabilité pénale des sociétés et la théorie de l'organe, R.C.J.B., 1967, 312.

- SALVAIRE J., Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui, R.S.C., 1964, 307.
- SAINT-JOURS Y., L'imposition à l'entreprise d'un plan de sécurité par le tribunal répressif, D.S., 1979, 49.
- SAN C., Anayasa değişiklikleri ve gelişmeleri, Ankara, 1974.
- Sanctions pénales et personnes morales (HUSS M.A., ROQUET F., LEVASSEUR G., TROUSSE P.E., D'HAENENS J.,) R.D.P.C., 1975-1976.
- SCHULTZ H., L'orientation moderne de nation d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction, R.İ.D.P., 1957, 1.3.
- SCREVENS R., Les sanctions applicable aux personnes morales dans les Etats de Communauté Européennes, R.D.P.C., 1980, no. 3, 163.
- SOYSAL M., Anayasanın anlamı, İstanbul, 1976.
- TAHON R., Le probleme de la delinquance associationnelle, J.T., 1958, 489.
- VEUILLET A., Droit pénal du travail, Juris - Classeur Pénal, tome IV, Fas. A.B.C.
- VITU A., La responsabilité des personnes morales et la responsabilité pénal du fait d'autrui, VII eme Congrès Int., de Droit Pénal, Paris, 1957.
- WILMART J., La responsabilité des dirigeant et des entreprise au regard du droit pénal commercial, économique et financier, R.D.P.C., 1968-1969, 519.

KISALTMALAR

- A.İ.T.İ.A. : Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi
- A.Ü.H.F. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- C.D. : Ceza Dairesi
- D. : Dalloz
- D.S. : Droit Social
- İ.H.U. : İş Hukuku Uygulaması
- İ.Ü.H.F. : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- J.C.P. : Juris Classeur Periodique
- J.T. : Journal des Tribunaux (Belge)

J.T.T. : Journal des Tribunaux du Travail

R.C.J.B. : Revue Critique de Jurisprudence Belge

Rev. Int. de Crim. et Pol. Techn. : Revue Internationnal de Criminologie et
de police Technique.

R.D.P.C. : Revue de Droit Pénal et de Criminologie

R.I.D.P. : Revue Internationnal de Droit Pénal

R.P.D.S. : Revue Pratique de Droit Social

R.S.C. : Revue Science Criminelle et droit pénal Comparé

Y. : Yargıtay

Y.K.D. : Yargıtay Kararları Dergisi

Yyn. : Yayınları

TATBİKAT AÇISINDAN ORMAN KANUNUNUN BAZI HÜKÜMLERİ

(1)

O. Kadri KESKİN (*)

PLAN : I. Bölüm : Genel Açıklamalar : 1 - Giriş. 2 - Genel Olarak Ormanla İlgili Hükümler. 3 - Orman Nedir? 5 - Tatbikatta Ençok Karşılaşılan ve Karıştırılan Hususlar. II. Bölüm : Cezai Bakımdan 6831 Sayılı Kanununun 91/1-2-3 ve 108/1. Maddelerinin Tahlili : 1 - Orman Kanununun 91/1. Maddesi : A - 91/1. Maddenin Unsurları. B - Kaçak Kerestelik Ağaç Kesme Veya Kökünden Sökme. C - Odunluk - Kömürlük Ağaç Kesme. 2 - Orman Kanununun 91/2. Maddesi. 3 - Orman Kanununun 91/3. Maddesi : A - 91/3. Maddeye Giren Suçlar. B - 91/3. Maddeye Göre Ceza Tayini ve Teşebbüs. C - Nakliye Tezkeresinin İncelenmesi. 4 - Orman Kanununun 108/1. Maddesi. III. Bölüm : Ek Savunma ve Müsadere : 1 - EK Savunma. 2 - Müsadere. IV. Bölüm : Bilirkişi ve Keşif : 1 - Bilirkişi. 2 - Keşif. V. Bölüm : Orman Kanununun 91 ve 108. Maddeleri İle İlgili Tazminat Hükümleri : 1 - Genel Olarak Tazminat. 2 - Tazminat Nevileri : A - Rayiç Bedel. B - Gerçek Zarar. VI. Bölüm : Müdahale ve Avukatlık Ücreti : 1 - Müdahale, 2 - Avukatlık Ücreti. VII. Bölüm : Harç ve Masraf : 1 - Harç. 2 - Masraf.

I. B Ö L Ü M

GENEL AÇIKLAMALAR

I — GİRİŞ

Orman Kanunu ve ilgili mevzuatın tatbikinde, bilhassa konu ile yeni karşılaşan hukukçularımızın büyük zorluklara uğradıkları inkar edilemez bir gerçektir. Özellikle, hâkimlik mesleğine yeni başlayan hukukçular bu zorluğu daha çok hissetmektedirler.

Bunda en büyük faktör, orman mevzuatının tatbikinin aslında bir ihtisas işi olmasıdır. Filhakika, orman mevzuatı gerek umumi hükümleri gerek tatbik edilen maddeleri ve gerekse tatbik şekli bakımından özellikler arz etmekte, bir çok yönleri itibariyle diğer mevzuattan ayrılmaktadır.

Bu bakımdan, bilhassa tatbikatta çok karşılaşılan bir takım yanlış anlamaları, iltibasa mahal veren durumları ortaya koymakta, karmaşıklığa götürmeden basit şekilde tatbikatçıya yol göstermekte yarar düşünmekteyiz.

(*) Boyabat Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı

Yapmaya çalışacağımız, Orman Kanunu ve ilgili mevzuatı bir küllük olarak incelemek değil, tatbikatta en çok karşılaşılan ve karıştırılan bazı hususları belirtmektir.

II — Genel Olarak Ormanla İlgili Hükümler

Genel olarak, işaret etmek gerekir ki, orman varlığı bir ülkenin can damarıdır. Ormanın korunması ve geliştirilmesine çok eskilerden beri önem verilmiştir.

Hz. Muhammed, bir Hadis-i Şerifi'nde «Kıyametin kopacağını haber alsanız dahi, elinizdeki fidanı dikmekten vaz geçmeyin» emrini vermiştir.

Osmanlı İmparatorluğu zamanında da, arazi kanunnamelerinde ormanların korunması ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.

Bilahare da, 1285 sayılı Orman Nizamnamesi, daha sonraları 3116 sayılı Kanun, ardından 4785 sayılı Kanunla ormanların korunması ve gelişmesi sağlanılmak istenilmiştir.

Son defa da, temel kanun olarak, 8.9.1956 günü yürürlüğe giren 6831 sayılı Kanun vaz edilmiş ve bu Kanunun bazı hükümleri de 7395, 1444, 1744, 1906 sayılı kanunlarla değiştirilerek bu günkü şeklini almıştır. Ayrıca 2248 sayılı Kanunla, 5435 sayılı Kanunun 2. m. sinin değiştirilmesi sonucu, Orman Kanunundaki para cezaları da artırılma tabii tutulmuştur.

1961 Anayasası'nda da «Ormanların ve Orman Köylüsünün Korunması, Ormanların Geliştirilmesi» kenar başlığı altında 131. m. de «Devlet, ormanların korunması ve ormanlık sahalarını genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Bütün ormanların gözetimi devlete aittir.» hükmüne yer verilerek, temel prensipler vaz edilmiştir.

Meri mevzuatla ilgili olarak ayrıca çeşitli kuruluş kanunları ve af kanunlarına sadece işaretle iktifa etmekteyiz.

III — Orman Nedir ?

Orman Kanununun tatbiki bakımından en önemli husus ormanın ne olduğudur. Çünkü 6831 sayılı Orman Kanunu ile tecziye edilen hususlar hep ormanda veya orman emvali üzerinde işlenen, ormanla ilgili suçlardır.

6831 s. Kanununun 1. maddesinde, ORMAN «tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleri ile birlikte orman sayılır» denilerek tarif edilmiştir.

Orman Genel Müdürlüğü'nün 3.9.1964 T. ve 1950 - 138 sayılı 158 Tebliğ No.lu tamimine nazaran da, AĞAÇ «tabii olarak en az 8 m. ve daha yukarı boy yapabilen ve kökü, gövdesi, tepesi olan odunsu bitkilere ; yaşı çapı ne olursa olsun ağaç denir» denilerek, AĞAÇCIK da «tabiatan boylanmayan, yan dallarının çoğalması ve fazlaca gelişmesi neticesinde tepesi yayvanlaşan, genel olarak genişliğine bir büyüme şekli gösteren, boyu 8 m. yi bulmayan, uzun ömürlü ve odunsu bitkilere çapı ne olursa olsun, ağaççık denir» şeklinde tarif edilmiştir.

Bir yerin bu tarife nazaran orman olup olmadığının tesbiti öyle kolay bir iş değildir. Orman Bakanlığının mütalâası, varsa tahdit harita ve krokileri nazara alınarak, açıklanan tarifler ışığında Mahkemece ehil bilirkişiye tesbit ettirilecektir.

6831 s. Kanunda belirtilen orman tarifine istisnalarda, maddede sayılmıştır. Konumuz sınırlı olduğundan, umumi fikir verebilmek için temas ettiğimiz, ormanın ne olduğu hususunda, bu kadarla iktifa ediyoruz.

IV — Tatbikatta En Çok Karşılaşılan Ve Karıştırılan Hususlar

Orman K. nun ve ilgili mevzuatın en çok karşılaşılan durum, 6831 s. K. un 91. maddesi ve özellikle bu maddenin 1. ve 3. fıkrası ile, 108. maddesi hükümleri ve bu iki madde ile ilgili hususlar ; en çok karıştırılan da bu iki madde ve 91. maddenin 1, 2, 3. fıkraları arasındaki farklarla, bunlara tereddüp eden tazminat hükümleridir.

Umumi ve sathi bir giriş yapmak istersek; kaçak, yani Orman İdaresi tarafından usulüne uygun olarak verilmemiş ve damgalanmamış, nakliyesiz bir orman emvali yakalandığında ; bu kaçak emvali elinde bulunduran şahıs bunu ya başkasından kaçak olarak satın almış, ya kendisi ormandan kaçak olarak kesmiş, ya da ormandan devrik ve düşükten kaçak olarak çıkartmıştır.

Kanunda 91 ve 108. maddelerde işte bu haller ayrı ayrı nazara alınarak, her fiil ayrı ayrı cezalandırılmış ve ona göre de tazminat hükümlerine yer verilmiştir.

6831 s. Kanununun 91. maddesinin ilgili 1.2. ve 3. fıkraları aynen şöyledir : «14. maddenin A ve B bentleri ile yasak edilen fiillerden ke-

restelik ağaçları kesenler, 3 aya kadar hapis ve kereste veya Tomruğun beher m.³ ü için 25 liradan 100 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak 20 cm. kutrundan aşağı olanlar için bu para cezası bir misli artırılarak hükmolunur. 14. maddenin A ve B bentleri ile yasak edilen fiillerden kerestelik olmayan değer ağaçları keserek odun veya kömür yapanlar 1 aya kadar hapis ve odunun beher kentali için 3 lira, kömürün beher kentali için 15 lira ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Bu suretle verilecek para cezası 10 liradan aşağı olamaz.

14. Maddenin A bendinde yazılı yetişmiş ve yetiştirilmiş fidanları kesmek, sökmek, ekim sahalarını bozmak, ağaçları kesmek, boğmak ağaçlardan yalamuk, pedavra, hartama çıkarmak fiilleri için verilecek cezalar 5 misli artırılarak hükmolunur.

14. maddenin A ve B bentleri ile yasak edilen ve yukarıdaki fıkralarda yazılı bulunmayan fiilleri işleyenler 3 aya kadar hapis ve 25 liradan 300 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar» (1).

Keza, 6831 s. Kanunun 108. maddesinin ilgili 1 ve 4. fıkraları aynen şöyledir : «Bu Kanun hükümlerine göre müsaderesine hükmolunacak orman mallarının kanunsuz olarak kesildiğini, taşındığını veya toplandığını bildiği halde satın alanlar, taşıyanlar, biçenler, işleyenler, kabul edenler, kullananlar veya gizleyenler 3 aya kadar hapis ve 50 liradan 200 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan canlı veya cansız bütün nakil vasıtaları kime ait olursa olsun idarece zapt ve mahkemelerce müsaderesine hükmolunur (2).

(1-2) 22.6.1979 tarih ve 16674 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 2248 sayılı Kanunun 23. maddesi ile 5435 sayılı Kanunun 2. maddesi değiştirilerek para cezaları artırılmıştır. Daha önceki Orman Kanununa ait olmakla birlikte 6831 s. Kanun açısından da geçerli olan 15.11.1933 tarih 63/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına nazaran (Orman suçlarından dolayı hükmedilen para cezaları hukuku amme nevinden) olup, tazminat niteliğinde değildir. Bu bakımdan Orman Kanunundaki para cezaları da artırıma tabidir. 6831 sayılı Kanunun 91 ve 108. maddelerindeki para cezalarının yürürlük tarihleri nazara alındığında 10 misli artırıma tabi tutulmaları gerekir. Ancak, 2248 sayılı Kanunun 14. maddesi ile TCK. nun 19. maddesinde yapılan değişiklikle ağır para cezasının aşgari haddi 1000 lira olarak belirtilmiştir.

II. B Ö L Ü M

CEZAI BAKIMDAN 6831 SAYILI KANUNUN 91/1-2-3 VE
108. MADDELERİNİN TAHLİLİ

I — Orman Kanununun 91/1. Maddesi

Orman K. nun 91/1. m. de ormandan kaçak olarak ağaç kesmek, kökünden sökmek fiili cezalandırılmıştır.

Burada önemli olan, sanığın dikiliden ağacı kesip kesmediği, kökünden söküp sömediği, yahut kesme yerine kaim olarak hayatiyetine son verecek şekilde yaralayıp yaralamadığının tesbitidir.

Başkasının kestiği, yahut kendiliğinden devrilmiş ağacın parçalanması 91/1. m. manasında kesme değildir.

Bu noktada suç zaptı büyük önem arz ettiğinden zaptı tanzim eden Orman Muhafaza Memurlarının suçu tesbit ederken, gördüklerini olduğu gibi yazmaları gerekir (3). Çünkü genellikle suç zaptında eksik veya yanlış ifadeyle (... balta sesi duyularak gidildi. Sanığın kaçak olarak kestiği ağacı parçalamakta olduğu görüldü, sanık suçunu inkar etti...) şeklinde beyanlar görülmektedir. Halbuki bu beyandan anlaşıldığı üzere aslında Muhafaza Memurları sanığı dikiliden keserken görmemişler ve sanık da kestiğini söylememiştir. Şu halde (sanığın dikiliden kestiği) şeklindeki ifade yetersiz kalmaktadır.

Netice olarak, sanığın dikiliden kestiği kesinlikle tesbit edilmelidir.

Bu bakımdan, Orman Kanununun 91 ve 108. maddelerine göre hükmedilen para cezaları 22.6.1979 tarihinden sonra işlenen suçlar yönünden 1000 lira ağır para cezasından daha aşağı olamayacaktır. Yani asgari had 1000 lira olmaktadır.

- (3) Bütün Orman suçları yönünden suç zabıtları çok önemlidir. Çünkü, bilhassa suçun sübutu açısından, ilgili memurlarca tanzim olunan suç zabıtları aksi sabit oluncaya kadar muteber olduğundan önem arz etmektedir. Suç zaptının doğruluğu değil, zaptın aksi isbat olunacaktır. Bu bakımdan sanık suç zaptını kabul ettiği takdirde, sübut yönünden bir araştırmaya, mesela artık mahkemede zabıt mümzilerini dinlemeye gerek yoktur.

A) — 91/1. MADDENİN UNSURLARI

● 1 — Şu halde, 91/1. m. yönünden ilk unsur dikiliden kesmek, kökünden sökmektir.

● 2 — İkinci husus, dikiliden kesilenlerin ağaç olmasıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere ağaç «tabii olarak en az 8 m. ve daha yukarı boy yapabilen ve kökü, gövdesi, tepesi olan, yaşı ve çapı ne olursa olsun, odunsu bitkilerdir.»

Ağacın yaş veya kuru olması önemli değildir. Dikili ağacın, ister yaş ister kuru olsun, kesilmesi, kökünden sökülmesi yeterlidir.

● 3 — Üçüncü olarak ağacın kerestelik ya da odunluk - kömürlük olup olmadığı tesbit edilmelidir. Çünkü bu vafına göre tertip edilecek ceza ve ceza şekli değişecektir.

a — KERESTELİK AĞAÇ : Orman Genel Müdürlüğü'nün 3.9.964 tarih 1950-138 s. 158 Tebliğ No.lu tamimiğe nazaran (çeşitli boyutlarda, kereste elde etmek maksadıyla bir veya müteaddit tomruk veya sanayi odunu alınan veya muhtelif maksatlarda direk olarak faydalanılan ağaç gövdeleridir.)

b — ODUNLUK — KÖMÜRLÜK AĞAÇ : Yukarıdaki kerestelik ağaç tanımı dışında kalan ve odun olarak, yahut kömür yapmada faydalanılan ağaç gövdeleridir.

Bir ağacın bu evsafının tayini suç zaptında Orman Muhafaza Memurlarınca yapılır ve teknik bir konu olduğundan gerektiğinde mahkemece teknik bilirkişiye de tesbit ettirilir.

B — KAÇAK KERESTELİK AĞAÇ KESME VEYA KÖKÜNDEN SÖKME

Yukarıda belirtilen şekilde, ormandan kaçak olarak kerestelik ağaç kesildiği tesbit edildiğinde, bu tesbiti yapan orman muhafaza memurları suç tutanağını tanzimle orman idaresi kanalı ile C. Savcılığına intikal ettirirler. C. Savcılığı da, eğer kamu davası açılmasına gerek varsa iddianame ile Sulh Ceza Mahkemesine kamu davasını açar.

1 — DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR :

Suç tutanağında matbu formdaki hususlar yer almış olmakla birlikte, mutlaka ;

- Suç konusunun ağaç vasfında olup olmadığı,
- Kerestelik vasıfta olduğunun belirtilip belirtilmediği,
- Adet ve boyların, orta kutrun tesbitinin yapılıp yapılmadığı,
- Bu kutur, boy ve adede göre hacimlendirmenin doğru olup olmadığı incelenmelidir.

En önemli husus tesbitin orta kutra göre yapılıp yapılmadığıdır. Çünkü, kesmede, mutlaka ORTA KUTUR nazara alınarak hacimlendirme yapılmalıdır. Eğer zabıta hacimlendirmenin orta kutra göre yapıldığı yazılı değilse Orman İdaresine zabıt sureti de gönderilerek bu kutur, boy ve hacme göre orta kutra nazaran hacmin hesabı ve orta kutrun tesbiti istenilmelidir. Orta kutra göre hacimlendirme yapılmaksızın ceza tayini bozma sebebidir. (4) Suç zaptında sadece (kutur) denilmiş (orta kutur) olduğu belirtilmemiş ise, bu durum orta kutur sayılamaz. Keza kaçak olarak kesilmiş ağaç üzerinde işlem yapılmış, mesela kerestelik ağaç kesilerek mamul kereste haline getirilmiş ve bu mamul kereste yakalanmış ise, bu takdirde de gene Orman İdaresine bunun ağaç halindeykenki orta kutru ve orta kutra göre hacmi hesap ettirilmeli, bu şekilde ceza tayin olunmalıdır.

Orta kutrun tesbiti yönünden hâkimin özel bilgisi esas alınamaz : Yani hâkim kendisi hesaplayarak orta kutru ve buna göre hacmi bulamaz. Aksine hareket bozmayı gerektirir (5). Orta kutur mutlaka idarenden sorulmalı, gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır.

Ayrıca hacimlendirmede meydana gelebilecek yanlışlıkları tesbit bakımından, zabıttaki orta kutra göre boylar ve ağaç adedi ve nazara alınarak hacimler mutlaka kontrol edilmelidir. Çünkü, genellikle suç zaptı tanzim edilirken matbu kübaj cetvellerine bakılmakta ve mesela bir alt veya üst sıraya bakılması sonucu yanlış hacmin zapta yazılması mümkün olmaktadır. Bunun için gerekli kontrol yapılmalıdır. Aksi halde bu yanlış hacimlendirme sonucu ceza tertibi ve tazminat hesabı hacimlendirmeye dayandığından yanlış olmakta ve Yargıtayca tabiatıyla bozma sebebi sayılmaktadır (6).

(4) Y. CGK. 24.6.1963 t. E. 3/82 K. 101

(5) Y. CGK. 13.12.1965 t. E. 3/430 K. 439

(6) Y. 3. CD. 15.9.1976 t. E. 5416 K. 6057

Bu noktada önemli bir husus da, kolaydır diye dosyadaki suç zaptının daktilo ile çıkartılmış suretinin değil, mutlaka suç zaptı aslının incelemeye esas alınmasıdır. Çünkü suç zaptı daktiloya çekilirken bazı rakam hatalarının, atlamaların meydana gelmesi mümkündür ve bu yanlışlığa dayanan karar da yanlıştır.

2 — HACİM KONTROLÜ NASIL YAPILIR ?

Hacim kontrolü şu şekilde yapılır :

Ağaç bir silindir olarak kabul edilmek gerekmele, silindirin taban alanı ile (yani daire alanı) ağacın boyu (yani yükseklik) çarpımı o ağacın hacmini verecektir. Aynı kutur ve boyda kaç ağaç varsa bu hacmin ağaç sayısı ile çarpımı da aynı hacimdeki ağaçların toplam hacmini ortaya koyacaktır.

$$\text{Ağacın Hacmi} = (\pi) r^2 \times h$$

$$\text{Toplam Hacim} = (\text{Ağacın hacmi}) \times (\text{Aynı hacimdeki ağaç sayısı})$$

Misalle açıklarsak : Orta kutur 24 cm. , boy 12 m. , adet 8 olsa : (π) sayısı 3.1416, çap 24 cm. olup yarı çap, yani (r) de 12 cm. olduğuna göre :

$$\text{Alan} = (3,1416) \times (12 \times 12) = 452,39$$

Bir ağacın hacmi = $(452,39) \times (12 \text{ m.}) = 542,86 \text{ dm.}^3$ olmakta, küsur 50 den fazla olduğundan tama iblağ edilerek ve m.^3 e çevrilmesi sonucu $0,543 \text{ m.}^3$ hacim bulunmaktadır. (Yukarıdaki küsur 50 den noksansa bu takdirde o küsur hesaba katılmayacak, atılacaktır.)

Aynı ebatta 8 ağaç olduğuna göre,

$$\text{Toplam Hacim} = (0,543 \text{ m.}^3) \times (8 \text{ adet}) = 4,344 \text{ m.}^3 \text{ dür.}$$

İşte bu şekilde zabıttaki her bir emval için teker teker kontrol ve gerekli düzeltmeler yapılmalıdır.

Orta Kutra Nazaran Ceza Tayini

Ceza tertibi yönünden orta kutru 20 cm. den küçük olanlarla, 20 cm. ve daha yukarı orta kutru olanlar bakımından farklılık vardır. Çünkü orta kutru 20 cm. den küçük olanlar için sadece para cezası bakımından verilecek olan ceza bir misli arttırılarak hükmolunacaktır. Hapis cezası yönünden bir arttırma söz konusu değildir.

● a — Orta Kutur 20 Santimetreden Büyükse

Eğer zabıta yazılı kerestelik ağaçların hepsi 20 cm. orta kuturdan büyükse 91/1. m. ye göre, hapis cezalarının asgari hadde TCK. nun 15. maddesinde 7 gün olduğundan, 7 gün ila 3 ay arasında hapis, orta kutura göre hesap edilmiş toplam hacim için, beher m.³ 25 liradan 100 liraya kadar ağır para cezasına hükmedilecektir. Fakat 2248 s. Kanunla TCK. nun 19. m. sinde yapılan değişikliğe nazaran netice olarak hükmedilecek ağır para cezası 22.6.1979 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından 1000 liradan aşağı olmayacaktır. Misil artırması ise 10 katıdır.

Mesela, yukarıdaki misalde olduğu gibi, orta kutur 24 cm., boy 12 m., adedi 8 olsa, açıklandığı üzere toplam hacim 4,344 m.³ dür. Bu durumda, asgari haddin takdir edildiği düşünülürse, 7 gün hapis ve beher m.³ için 25 liradan (4,344 m.³ x 25 lira = 108,60 lira) ağır para cezası hükmedilecektir. Ancak, 647 s. Kanunun 2248 s. Kanunun 10. maddesi ile değişik 4. maddesine göre evvelce hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilmemiş olanlar hakkında hükmolunan 30 güne kadar (30 gün dahil) hürriyeti bağlayıcı cezaların 4. maddedeki tedbirlerden birine çevrilmesi gerekli olduğundan, verilmiş bulunan bu 7 gün hapis cezası şartları varsa o tedbirlerden birine çevrilecektir. Para cezası bakımından da, 2248 s. K. un 17. m. si ile TCK. nun 30. m. sinde yapılan değişikliğe nazaran bir liranın küsuru hesaba katılmayacak (yani mesela, 60 kuruş atılacak) ve 2248 s. K. un 14. m. si ile TCK. nun 19. m. de yapılan değişikliğe nazaran hükmedilecek ağır para cezaları, değişikliğin yürürlüğe girdiği 22.6.1979 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından 1000 liradan aşağı olmayacaktır. Şu hale göre, sanık suç tarihine göre, ya 108 lira veya 1000 lira ağır para cezası ile cezalandırılacaktır.

● b) Orta Kutur 20 Santimetreden Küçükse

Eğer, zabıta yazılı kerestelik ağaçların hepsi 20 cm. orta kuturdan küçükse 91/1. m. ye göre, belirtildiği gibi 7 gün ila 3 ay arasında hapis cezası verilecek, beher m.³ için 25 ila 100 lira arasında ağır para cezasına hükmedilecek, (yani bir m.³ için 25-100 liradan, toplam hacimle çarpılarak ağır para cezası bulunacak) ve sadece bu para cezası (hapis değil) 91/1. maddenin 2. cümlesine nazaran bir misli artırılarak netice ağır para cezası tayin edilecektir.

Ancak, bir misli artırmadan önce lira küsurları atılarak ve kalan 91/1. m. nin 2. cümlesine göre bir misli artırıma tabi tutulacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken :

aa — Nasıl olsa bir misli artırılacak diye başlangıçta m.³ için mesela 25 lira yerine ağır para cezasını bunun bir misli olan 50 liraya çıkartarak hacmin bununla çarpılmaması,

bb — Yahut başlangıçta, nasıl olsa bir misli artacak diye hacmi bir misli artırarak, bunun para cezası ile çarpılmasının yanlış olduğu,

cc — Beher m.³ için takdir olunan para cezası ile hacim çarpıldığında çıkan miktar bir misli artırılırken, artırmadan evvel lira küsuru atılarak artırmanın ondan sonra yapılması gerektiği yani küsurun bir misli artırmadan sonra değil, artırmadan evvel atılması gerektiği hususlarıdır.

Orta kutru 20 cm. den küçük olan emvaller bakımından verilecek para cezasının tayini hususundaki misal aşağıdadır.

● c) Ortu Kutru Hem 20 cm. Den Büyük, Hem Küçük Emval Varsa

Üçüncü hal, zabıta tesbit edilen kesilen ağaçlar arasında, orta kurturları hem 20 cm. den büyük, hem de 20 cm. den küçük ağaçların olması durumudur. Bu takdirde :

— 1) — Evvela tek bir hapis cezasına hükmedilecektir.

— 2) — Orta kutru 20 cm. den büyük olanlar için para cezası yukarıda açıklandığı şekilde hesap edilecek, 2248 s. K. la yapılan değişikliğe göre lira küsuru atılacaktır.

— 3) — Orta kutru 20 cm. den küçük olanlar için de yukarıda açıklandığı ve aşağıdaki örnekte görüleceği üzere para cezası bir misli artırılmış olarak hesaplanacaktır.

— 4) — İşte bu şekilde gerek orta kutru 20 cm. den büyük, gerekse orta kutru 20 cm. den küçük kerestelik ağaç için para cezalarının ayrı ayrı bulunduktan sonra her ikisi toplanacak ve netice para cezası tesbit edilmiş olacaktır.

Bir misalle açıklarsak :

Orta kutru 24 cm., boyu 12 m. olan 8 adet kerestelik ağaç olsa, toplam hacim 4.344 m.³ dür. Para cezası, beher m.³ için 25 lira olarak

takdir edilmişse, orta kutru 20 cm. den büyük olan bu emval için 108. 60 lira olmakta, lira küsurunun atılması sonucu 108 lira ağır para cezasına hükmedilmek gerekmektedir.

Orta kutru 20 cm. den küçük, mesela 18 cm., boyu 12 m. olan 81 ağaç olsa, bir ağacın hacmi 0,305 m³'dür (Aslında 305,36 dm³. çıkmakta, ancak küsur 50 den az olduğundan bu kerre hesaba katılmamaktadır.) Aynı hacimdeki ağaç sayısı 81 olduğuna göre toplam hacim, (0,305 m³ x 81 adet = 24,705 m³) dür. Gene, para cezasının asgari had olan m³ için 25 liradan takdir edildiği düşünülürse, misil artırması yapılmadan para cezası (24,705 m³ x 25 lira = 617,62) liradır. Ancak lira küsuru artırmadan evvel atılacağından para cezası 617 lira olacaktır. 91/1. m. nin 2. cümlesi ile bu para cezası bir misli artırıldığında, orta kutru 20 cm. den küçük olanlar için takdir edilecek para cezası (617 x 2 = 1234) liradır.

Gerek orta kutsu 20 cm. den büyük, gerekse küçükler için toplam para cezası (108 + 1234 = 1342) liradır.

Belirtildiği üzere hapis cezası tek olarak hükmedilecek, ayrı ayrı hapis cezasına hükmedilmeyecektir.

C — ODUNLUK — KÖMÜRLÜK AĞAÇ KESMEK

Kerestelik olmayan ağaçların kesilmesi veya kökünden sökülmesi, odun veya kömür yapılması halinde fail Orman Kanununun 91/1. m. sinin 3. cümlesine göre, TCK. nun 15. m. ile hapis cezasının asgari haddi 7 gün olduğundan 7 günden 1 aya kadar hapis ve buna ilaveten odunun beher kentali için 3 lira ,kömürün beher kentali için 15 lira ağır para cezası ile cezalandırılacak ve bu suretle verilecek para cezaları 91/1. m. nin 4. cümlesine nazaran 10 liradan aşağı olamayacaktır.

Ancak, 2248 s. K. la 647 s. K. un 4. m. de yapılan değişikliğe göre evvelce hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilmemiş olanlar hakkında 30 güne kadar (30 gün dahil) hürriyeti bağlayıcı cezaların 4. m. deki tedbirlerden birisine çevrilmesi gerekli bulunduğundan verilecek hürriyeti bağlayıcı cezalar, maddedeki ceza süresi nazara alındığında 647 s. K. un 4. m. sindeki tedbirlerden birisine MUTLAKA çevrilecektir.

Keza, 2248 s. K. la TCK. nun 19. m. sinde yapılan değişikliğe nazaran, yürürlük tarihi olan 22.6.1979 dan sonra işlenen suçlar bakımından artık 91/6. m. nin 4. cümlesindeki 10 liradan aşağı olamaz hükmünün

anlamı kalmamıştır. Zira, esasen bu tarihten sonraki suçlar bakımından ağır para cezası 1000 liradan aşağı olamayacaktır.

1 — STER — KENTAL

Burada önemli olan suç zaptında ağacın kerestelik olmadığına belirtilmiş olması ile birlikte vasfının da tesbiti ve kaç kental olduğunun belirtilmiş olması, değilse Orman İdaresinden sorularak ve gerekirse bilirkişi ile kontrol ettirilerek, tesbitidir.

Filhakika suç zabıtlarında genellikle odunluk - kömürlük evsftaki kesilen ağacın miktarı kental değil ster olarak belirtilmektedir. Halbuki ster ve kental aynı birimler değildir. Ster hacim, kental ağırlık ölçüsüdür. Eğer sterin kaç kentale tekabül ettiği teknik olarak tesbit edilmezse netice yanlış olur ve bozmayı gerektirir. Bu bakımdan suç zaptında ster cinsinden tesbit yapılmış ise bunun kaç kentale tekabül ettiği Orman İdaresinden sorularak ona göre işlem yapılmalıdır.

Fen Heyeti Reisliğinin 2.3.1966 t. 8/15 s. kararına göre, Ster «Tabii zemin üzerinde odun niteliğini haiz orman mallarınının 1x 1x 1, 1 m. boyutuna muadil (en 1 m., boy 1 m., yükseklik 1, 10 m.) 1,100 m.³ lük hacim dahilinde istif olunabilen miktardır.»

KENTAL ise bir ağırlık ölçüsü birimidir ve 100 kğ. a bir kental denilmektedir. Orman Genel Müdürlüğünün 8.10.1956 t. 7 s. tamimine nazaran bir ster, sert ağaçlarda 5, yumuşak ağaçlarda 3, karışık ağaçlarda 4 kental olarak hesaplanmalıdır.

Ancak bu husus tamamen teknik olduğundan, suç zaptında yazılı ağacın cins ve miktarına göre o kadar sterin kaç kentale tekabül ettiği yetkili merci olan Orman İdaresinden sorularak ona göre para cezası tayin edilecektir.

Ayrıca kental kesirleri atılmıyacak veya tama iblağ edilmeyecek olduğu gibi alınarak para cezası hesaplanacak, ancak neticede lira küsuru atılacaktır.

2 — BAZI DURUMLAR

Eğer sanık kestiği odunlardan kömür yapmış bitmiş ise kömürün beher kentali için 15 lira hesabıyla para cezasına hükmedilecektir. Fakat, kömür ocağında odunları yakmış, ancak henüz kömür elde edememiş ise bu takdirde odunluk ağacın kaç kental olduğu tesbit edile-

rek, gerekirse Orman İdaresine tesbit ettirilerek odunluk ağacın beher kentali için 3 lira hesabıyla para cezası tayin olunacaktır.

Belirtildiği üzere para cezasının tayininde 2248 s. K. la yapılan değişiklikler ve hükümler gözden uzak tutulmamalıdır.

Hem odunluk, hem kerestelik ağaç kesilmişse bu takdirde her ikisi için 91/1 maddeye göre kerestelik ağaç kesmekten tek bir hapis cezası hükmedilecek, fakat kerestelik için ayrı, odunluk için ayrı ayrı para cezaları hesaplanarak bu para cezaları toplanacak ve netice para cezası bulunacaktır.

Gerek kerestelik, gerekse odunluk ağaç kesmekten dolayı tecziye halinde, eğer müdahil idare tarafından talep edilmişse, ayrıca rayiç be dele göre tazminat hesaplanacaktır ki, bu husus ileride incelenmektedir.

II — Orman Kanununun 91/2. Maddesi

Kaba tarifi ile FİDAN KESME halinde yapılacak artırım 6831 s.K. 91/2. m. sinde gösterilmiştir. Aslında bu fıkra müstakil bir ceza getirmemekte fıkraya giren hallerde 91/1. m. ile verilen cezaların 5 misli artırılacağı gösterilmektedir.

Tatbikatta en çok görülen fidan kesme olduğundan, bu fıkranın temas ettiklerinden sadece fidan kesmeyi inceleyeceğiz.

A) FİDAN NEDİR ?

Orman Genel Müdürlüğünün 3.9.1964 t. 1950 - 138 s. 158 Tebliğ no. ile tamiminde FİDAN «ağaçlama sahalarına dikilen veya ormanlarda tabii olarak yetişen ağaç ve ağaççıkların fidelik - gençlik, kültür - çırpılık, çubukluk safhalarındaki halidir.» şeklinde tarif edilmekte ve «ağaçlar bu hayat devresinde ortalama olarak 8 cm. ye, boyca 8 m. ye kadar bir cesamet peydah ederler, azami yaş da 20 yıldır. Fidanlıklarda ise fidan, ağacın sadece fidelik halini ifade eder, fidanlıklarda fidanların azami boyu 1 m. ve dip kuturları da 1 - 2 cm. dir. Yaş, türe göre 1 - 2 yıl arasında değişir. Kava ve okaliptüs gibi hızlı büyüyen ağaç türlerinde boy ve çap bu hadleri aşar» denilmektedir.

Burada tereddüde konu olan husus dirak fidan ayırımının nasıl yapılacağı ve çapca 8 cm. ye kadar olanlar fidan sayılır denilince 8 cm. nin de dahil olup olmadığıdır. Ancak bu tereddüt Orman Genel Müdürlüğü Fen Heyetinin 21.10.1972 t. 42 sayılı tamimi ile giderilmiştir.

Buna göre 3 m. boylu 8cm. orta kuturlu emval, standartlara göre ince direk sınıfına giren ağaç olup, 8 cm. ye kadar denilince (kadar) sözü 7,9 cm. yi kapsayıp, 8 cm. den aşağı anlamına gelir ve 8 cm., fidan çapına dahil değildir.

Emvalin fidan niteliğinde olup olmadığı teknik bir iş olup, uzman bilirkişiye tesbit ettirilmelidir.

B) 91/2. MADDENİN TATBİKİ

Yukarıdaki tarife uyan fidan kesildiğinde, 91/1. m. ye göre ceza verilecek, ancak orta kutru 20 cm. den küçük diye ayrıca bir artırım yapılmaksızın 91/1. m. ye göre verilen hapis ve para cezaları 91/2. m. ye göre 5 misli arttırılacaktır.

1 — Eğer kesilen fidan kerestelik ise ona göre, odunluk ise ona göre 91/1 m. ye göre ceza tayin edilip 91/2 m. ile fidan olduğundan arttırılacaktır.

2 — Hem ağaç, hem de fidan kesilmişse fidan kesmeden dolayı 91/1. m. ile verilen hapis ve para cezaları 91/2. m. ile 5 misli arttırılacak, sonra ağaç kesmeden dolayı 91/1. m. ile tayin edilecektir. Bundan sonra, fidan kesmeden dolayı arttırılarak verilmiş para cezası ile ağaç kesmeden dolayı verilen para cezası toplanarak toplam para cezası bulunacaktır. Yoksa bir de ayrıca hapis cezası ilave edilecek değildir.

Misalle açıklarsak :

Saniğin kestiği kerestelik ağaçların orta kutru 24 cm., boyu 12 m., ağedi 8 olsa, asgari had nazara alındığında, bu ağaç kesmeden dolayı, toplam hacim 4,344 m.³ olduğundan (4.344 m.³ x 25 lira = 108,60 lira küsuru da atılarak 108 lira ağır para cezasına hükmedilecektir.

Sanık kestiği bu kerestelik ağaçlara ilaveten kerestelik vasıfta, orta kutru 7 cm., boyu 6 m. olan 225 fidanı da aynı zamanda kesmiş olsa, 1 fidanın hacmi 0,2034 m.³ toplam hacim 5,175 m.³ dür. Para cezası m.³ ü 25 liradan takdir edilmişse 91/1. m. ye göre 129,37 lira, küsur atıldığında 129 lira ve bunun da 91/2. m. ile 5 misli arttırılması sonucu 645 lira ağır para cezası ile cezalandırılacak, ayrıca asgari had kabul edilmesine göre 91/1. m. ile 7 gün hapis cezası verilip 91/2. m. ile 5 misli arttırılarak 35 gün hapis ile tecziye edilecektir.

Bundan sonra ağaç ve fidan kesmekten verilen para cezaları toplanarak, netice olarak sanık 35 gün hapis ve (108 + 645 =) 753 lira ağır para cezası, suç tarihi 22.6.1979'dan sonra ise, 2248 s. k.'-la yapılan değişiklikle ağır para cezalarının asgari haddi 1000 lira olduğundan, 1000 Lira ağır para cezası ile cezalandırılacaktır.

Son olarak şunu da ifade edelim ki, aşağıda geniş şekilde açıklanmakla birlikte, fidan kesmeden dolayı hükmedilecek olan tazminat, gerçek zarar esasına göre bulunacaktır.

III — ORMAN KANUNUNUN 91/3. MADDESİ

A) 91/3. MADDEYE GİREN SUÇLAR :

Bu madde, Orman Kanununun en çok uygulanan maddelerindedir.

Kanunda açık olarak hangi fiillerin bu maddeye girdiği sayılmamıştır.

Ancak, fıkrada, «14. m. nin A ve B bentleri ile yasak edilen ve yukarıdaki fıkralarda - yani, 91/1 ve 2 - yazılı bulunmayan fiilleri işleyenler...» denilmiş olmasına ve Yargıtay içtihatlarına nazaran 91/3. maddeye giren fiiller şunlardır :

- 1 — Başkası tarafından kesilmiş emvali izinsiz olarak ormandan çıkarmak,
- 2 — Kendiliğinden (kar, rüzgar vs. gibi tesirlerle) devrilmiş ağaçları kaçak olarak ormandan çıkarmak,
- 3 — Ormandan dal vs. yi kaçak olarak çıkarmak,
- 4 — Başkası tarafından kesilerek bırakılmış, yahut kendiliğinden devrilmiş ağaçları parçalamak, bunlar üzerinde işlem yapmak,
- 5 — Kesilmiş ve fakat kökü kalmış orman emvalininin, bu kalan kökünü sökmek,
- 6 — Başkanlarınca kesilerek ormanda bırakılmış veya devrilmiş emvalden kömür yapmak, (Dikiliden kesilerek yapılırsa 91/1, devrikten yapılırsa 91/3. m. uygulanmaktadır.)
- 7 — Dikili (yaş veya kuru) ağaçlardan kabuk çıkartmak, çıra, katran, sakız çıkartmak,

8 — Ağaçların dallarını, tepelerini kesmek, kopartmak veya bu ağaçları her ne suretle olursa olsun yaralamak. (Ancak bu durum ağacın hayatîyetine tesir edecek, yani kurummasına veya devrilebilecek hale gelmesine sebep olacak şekilde olmamalıdır. Eğer hayatîyetine tesir edecek şekilde ise artık 91/1. m. uygulanır. Tabiatıyla bunun tavsifi teknik bir iştir, bilirkişiye tesbit ettirilecektir.)

B) 91/3. MADDEYE GÖRE CEZA TAYİNİ VE TEŞEBBÜS

Yukarıda sayılan fiillerin işlenilmesi halinde, sanık Orman Kanununun 91/3 maddesi ile TCK. nun 15. m. sine hapis cezasının alt sınırı 7 gün olmakla 7 günden 3 aya kadar hapis ve 25 liradan 300 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacaktır. 22.6.1979 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından 2248 s. K. la yapılan değişiklik nazara alınarak TCK. nun 19. m. sine göre ağır para cezası 1000 liradan aşağı olmayacaktır. Misil artırması ise 10 katıdır.

İncelendiği üzere Orman Kanununun 91/1. m. sinde dikiliden bizzat sanık kesmektedir. 91/3. m. de ise dikiliden kesme, emvalin hayatîyetini bizzat sanığın sona erdirmesi söz konusu değildir. Genellikle başkasının keserek ormana bıraktığı veya herhangi bir suretle kendiliğinden devrilmiş emval üzerinde işlem yapılmakta, ormandan çıkartılmaktadır.

Burada, suçun tamamlandığı, yahut eksik veya tam teşebbüs derecesinde kaldığı yönünden bir takım ayrımlar yapmak gerekmektedir.

1 — Devrik, düşük ağaç üzerinde sanık parçalama, yontma, soyma, kömür yapma... gibi, bulunduğu başka bir şekle sokacak İşlem Yapmışsa suç tamamlanmıştır. Kısaca ormandan çıkarmasa, olduğu yerde bıraksa dahi emval üzerinde işlem yapılmış olması halinde suç tamamlanmıştır.

2 — Devrik düşüğü ister üzerinde işlem yaparak, ister yapmayarak ormandan çıkarmışsa suç tamamlanmıştır.

3 — Sanık emval üzerinde hiç bir işlem yapmadan ve orman içinde mesela bir araya toplarken yahut vasıtaya yüklerken yakalanırsa, suç eksik teşebbüs derecesinde kalmıştır. Orman Kanununun 91/3, TCK. nun 61. m. leri tatbik edilecektir.

4 — Sanık emval üzerinde hiç bir işlem yapmadan orman içinde ormandan çıkarmak için henüz hareket etmiş ve fakat orman sınırından

çok uzak mesafede yakalanmışsa, suç gene eksik teşebbüs derecesinde kalmıştır.

5 — Sanık, emval üzerinde hiç bir işlem yapmadan gene orman içinde, fakat orman sınırına yakın yerde, çıkarmak üzere götürürken yakalanırsa suç tam teşebbüs derecesinde kalmıştır. Orman K. nun 91/3, TCK. nun 62. m. si tatbik edilecektir. (7)

Tabiatıyla bu tesbitler suç zaptına, zabıt mümzilerinin beyanına, sanığın ifadesine, varsa orman haritası ve krokisine, gerekirse mahallinde yapılacak keşfe, bilirkişi beyanına göre yapılabilecektir.

Netice olarak, sanık, kendisinin kesmesi, devirmesi söz konusu olmaksızın, ormandan emval çıkartırsa bu fiili 91/3. m. ile cezalandırılmaktadır.

Mesela, Karayolları, Orman İdaresi gibi resmi daireler yol açarken ağaçları devirerek bunları ormanda bıraksa, bunların dahi çıkartılması suçtur.

Devrik, düşük veya başkasının kestiklerinden ormandan çıkartılanların ağaç, fidan, kerestelik, odunluk olması 91/3. m. yönünden bir deşiklik arz etmez.

Dal kesmek 91/3, fidan kesmek 91/1-2. maddeye göre cezalandırıldığından, gerek zabıt tanzim edilirken, gerekse duruşmada bunların dalmı, yoksa fidan mı olduğu fenni şekilde, gerekirse bilirkişi marifetiyle tesbit ettirilmeli, ona göre ceza tayinine gidilmelidir.

Hayvana yedirmek için dikili ağacın dalını kesme 91/3. m. ile cezalandırılır. Ancak 91/son m. ile arttırılır.

Sanık hem dikiliden kesmiş ve hem de ayrıca devrik ve düşükten çıkarmışsa, ortada iki ayrı suç olduğundan iki ayrı ceza ile, yani 91/1 ve 91/3. m. ile ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Sanığın, devrik düşükten temin ettiğini, üzerinde işlem yapmaksızın orman içinde, ormandan çıkarmadan kullanması (mesela orman içinde ağıl yapması) halinde 108/1. m. uygulanır. Ancak işlem yaparak orman içinde kullanırsa 91/3. m. uygulanacaktır.

(7) Y. 3. CD. 16.3.1977 t. E. 1722 K. 1617

Sanıkta yakalanan emvalin (mesela, evinin inşaatında veya avlağında yakalanan ağaçların) kaçak olarak sanık tarafından devrik ve düşükten getirdiği anlaşılırsa, üzerinde ister işlem yapılmış olsun, ister olmasın ormandan kaçak olarak getirildiğine göre 91/3. m. tatbik edilir, artık 108/1. m. uygulanamaz.

Sanığın kaçak olarak ağaç kestiği sırada bu ağacın devrilerek başka ağaçları da devirmesi halinde, kazara devrilen bu ağaçlar için ne 91/1, ne de 91/3. m. den ceza tertip edilemez. Zira kasıt unsuru yoktur. Sadece kestiği ağaç yönünden 91/1. m. ye göre ceza tayin edilebilecektir. Ancak, tazminat açısından durum farklı olup, ilgili bölümde açıklanmaktadır.

91/3. m. ye göre ceza tayini halinde, ayrıca şartları varsa tazminata da hükmedilecektir. Ancak bu tazminat, gerçek zarara göre hesaplanacak tazminattır.

C) İHTİYAÇ TEZKERELERİNİN İNCELENMESİ

Orman İdaresince, 6831 s. Kanununun 31 ve müteakip maddeleri hükümlerine göre, ihtiyaç sahiplerine kanuni şartları varsa yakacak ve yapacak tezkereleri verilmektedir. Bununla, muayyen zamanda ve belirtilen yerden ve belirtilen evsafa emval getirilebilir. Yakacak Tezkeresi, tezkerede belirtilen mahalden, belirtilen sürede enkazdan odun getirilmesine imkan tanır. Ancak bununla dikiliden kesilmesi, yahut tezkerede mesela (karışık kuru enkaz odun) denildiği halde yaş ağaç getirilmesi veya nakliyede yazılan cinsten başka cins getirilmesi mümkün değildir. Sanık, yakacak tezkeresinin olduğunu ileri sürerse, Orman İdaresinden tezkere sureti istenilmeli ve suç zaptında yazılı emvale uyup uymadığı, emval yedieminde ise keşif yapılarak, değilse evrak üzerindeki inceleme ile bilirkişiye tesbit ettirilmelidir. Tatbikatta, gelikle bu nakliye ile kuru enkaz odunu getirilmesi gerektiği halde kerestelik yaş ağaçlar getirilmekte, yakalananca da sanık nakliyesinin, tezkeresinin olduğunu ileri sürmektedir. Bu bakımdan açıklanan hususlar iyice araştırılmalıdır.

Yapacak Tezkeresi ile de, cinsi, kutur ve boyları, evsafı belirtilerek inşaatta kullanılmak üzere veya belirtilen ihtiyacında kullanılmak kaydıyla tomruk, ağaç vs. verilmektedir. Yakalanan veya kaçak olarak tesbit edilen emvalin yapacak tezkeresine dayandığı ileri sürülürse, Orman İdaresinden tezkere sureti istenilmeli ve eğer emval mevcutsa, yahut

yediminde ise keşif yapılarak, değilse evrak üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak tezkereye uyup uymadığı tesbit edilmelidir. Bunun için de, gerek zabıttaki, gerekse yapacak tezkeresindekilerin cins, evsaf, boy, kutur olarak uyup uymadığı ve suç zaptındakilerin yapacak tezkeresindekilerden elde edilmesinin mümkün olup olmadığı incelenmelidir. Yapacak tezkeresi ile verilmiş emval, inşaatta kullanılmış ise, kullanılırken başları kesileceğinden damgaları da kaybolacaktır. Bu takdirde yukarıda belirtilen özelliklere göre, bu emvalin, tezkerelerdekilerden elde edilip edilmeyeceği hesaplanacak, tesbit edilecektir.

IV — Orman Kanununun 108/1. Maddesi

Bu madde ile kısaca kaçak olarak adlandırabileceğimiz emvali bile rek satın almak, taşımak, işlemek, kabul etmek, kullanmak veya gizlemek cezalandırılmaktadır.

Filhakika 6831 s. K. un 108/1. m. si aynen şöyledir : «Bu kanun hükümlerine göre müsaderesine hükmolunacak orman mallarının kanunsuz olarak kesildiğini, taşındığını veya toplandığını bildiği halde satın alanlar, taşıyanlar, biçenler, işleyenler, kabul edenler, kullananlar veya gizleyenler, üç aya kadar hapis ve 50 liradan 200 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.»

İşte bu şekilde suç işleyenler, TCK. nun 15. m. sine göre hapis cezasının asgari haddi 7 gün olmakla, 7 günden 3 aya kadar hapis ve 50 liradan 200 liraya kadar ağır paracezası ile cezalandırılacaktır. 22.6.1979 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından 2248 s. K. la TCK. nun 19. m. sinde yapılan değişikliğe göre ise, ağır para cezası 1000 liradan aşağı olmayacaktır. Misil artırması ise 10 katı olmaktadır.

Orman K. nun 108/1. m. si hükmü ile 91/3. m. si hükmü tatbikatta en çok karıştırılan hükümlerdir.

Oysa, 91/3. m. de ormanla ilgili olan suçlar, 1081. m. de ise ormanla ilgisi olmayan orman suçları cezalandırılmaktadır.

108/1. m. nin unsurları :

- 1 — Orman malının kaçak olması,
- 2 — Bunun kaçak olduğunun sanık tarafından bilinmesi,
- 3 — Buna rağmen sanık tarafından alınması, işlenmesi, bulundurulması, gizlenmesi... vs. dir.

Ancak hemen işaret edelim ki, sanık ben kaçak olduğumu bilmiyordum diyerek, pek öyle kolay suçluluktan kurtulamaz. Çünkü 6831 s. K. un 27/son maddesine göre «damgasız ve nakliyesiz orman mahsulleri kaçak» sayılır. Bu bakımdan her hadisenin özelliğine göre bilip bilme-

me durumu takdir edilmelidir. Mesela yükü pazara getirilen odunlar nakliyyeye tabidir, ancak damgaya tabi değildir. Bu bakımdan oduncunun elindeki nakliyye ile bu odun tutuyorsa, artık damgasızdı, kaçaktı denilemez ve bunu alanın kaçak olduğunu bilerek satın aldığı ileri sürülemez. Ancak nakliyye de tutmadığı halde almışsa, kaçak olduğunu bilerek aldığı aşikârdır.

Başkasından bu şekilde, orman içinde emval alınması ve bunun ormandan çıkartılması hali 91/3 değil, 108/1. m. ye göre cezalandırılır ve ayrıca 91/3. m. den de tecziye cihetine gidilemez.

Sanıkta kaçak, damgasız ve nakliyyesiz emval yakalansa, sanık suçü külliyyen inkar etse, buna rağmen kaçak olduğu ve sanığa aidiyeti tesbit edilirse tatbik edilecek madde 108/1. m. dir. Çünkü sanığın kestiği veya ormandan kendisinin çıkardığı belli değildir. Ancak inkarına rağmen damgasız ve nakliyyesiz olmakla kaçak olduğu anlaşılmak ve sanığa aidiyeti sübut bulmakla bu kaçak emvali sanığın bulundurduğu anlaşılmış demektir.

91/3 ve 108/1. maddedeki suçlar birbirinden müstakil olduğundan eğer sübut bulursa sanığın kaçak emval satın almak veya bulundurmaktan 108/1 m. ile ve ayrıca başka emvali de devrik ve düşükten çıkarmış ise 91/3. m. ile tecziyesi mümkündür.

108/1. m. yönünden mürruru zamanın başlangıcı önemlidir. Çünkü, kesmede kesildiği gün ; devrik ve düşükten çıkarmada çıkarıldığı gün mürruru zaman başlar. Halbuki 108/1. m. mürruru zaman suçü el konulduğu gün başlar ki, bu da genellikle suç zaptının tanzim edildiği tarihtir. Suç tarihini o gün kabul etmek gerekir. Fakat kaçak ağaçla inşaat yapılması halinde mürruru zaman başlangıcı inşaatın yapıldığı tarihtir, zira kaçak ağacın inşaatda kullanıldığı gün suç tarihidir. Kaçak emval satın almada başlangıç, satın alındığı gündür.

Omandan işlenen bir orman suçü söz konusu olmadığından, mürruru zaman yönünden ağacın kesilmesi veya çıkartılması tarihleri 108/1. m. bakımından önemli değildir. Zira, 108/1. m. ile cezalandırılan şahıs, kesen ve çıkartan değildir.

Gerek yakacak, gerekse yapacak tezkereleri yönünden 91/3. m. incelenirken açıklanan hususlar burada da geçerlidir.

Aşağıda izah edilecek olmakla birlikte 108/1. m. ile ceza tayini halinde, şartları varsa gerçek zarar hesabına göre tazminata hükmedileceğini belirtmekte yarar görmekteyiz.

TEŞEKKÜL SURETİYLE VAKİ KAÇAKÇILIK

Mevci ERGÜN (*)

PLAN : 1 - Giriş. 2 - Tanım. 3 - Teşekkül Suretiyle Vaki Kaçakçılık Suçunun Mahiyeti. 4 - Teşekkül Suretiye Vaki Kaçakçılık Suçunun Unsurları. 5 - Teşebbüs Hükümleri Bakımından Teşekkül Suretiyle Vaki Kaçakçılık. A-TCK.-nun Sistemi. B-TCK. nun Kabul Ettiği Esas. C-1918 Sayılı Kaçakçılığın Men Ve Takibine Dair Kanun'da İfade Olunan «Teşebbüs» Müessesesi. D - İhzarî Hareketlerin Teşebbüs Safhasına Alınması Ve Cezalandırılmaları Yolunda Bazı Görüşler Ve Değerlendirilmesi. 6 - İştirak Hükümleri Bakımından Teşekkül Suretiyle Vaki Kaçakçılık. A-TCK. nun Sistemi. B-TCK. nun Kabul Ettiği Hükümlerinin Birlikte İncelenmesi. 7 - Zorunlu Yönü İle Teşekkül Suretiyle Vaki Kaçakçılık. 3 - Teşekkül Suretiyle Vaki Kaçakçılık Suçlarında Cezaları Erteleme. 9 - Teşekkül Halinde Kaçakçılık Fiilinin Cezası. A - Memur Ve Müstahdem Olmayan Failler Bakımından. B - Memur Ve Müstahdem Olan Failler Bakımından. C - Teşekkül Suretiyle Vaki Kaçakçılık Suçunu İşleyenlere Müzaheret Veya Bilerek Müsamaha Edilmesi Halinde. 10 - Teşekkül Suretiyle Vaki Kaçakçılık Suçunda Dava Zamaşımları. 11 - S o n u ç.

I — GİRİŞ

Bu çalışmamda ; Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un (1) 6829 Sayılı Kanunla (2) değişik şeklinin 26'ncı maddesi ile 27'nci maddesinin ilk fıkrasında sözü edilen «Teşekkül Suretiyle Vaki Kaçakçılık» müessesesi incelenmiştir. Anılan konuda kanunun ilgili hükümleri, T.B.M.M.'nde görüşülmesi sırasında yeterince anlaşılabilir bir «oluşum» a varılmadan kabul görmüştür. Nitekim Hükümet teklifi (3) ve Adliye Encümeninin Tadili (4) metinlerinin gözle görülebilir yalnızlığı bu düşüncemizi doğrulayıcı kanıtlardır. Esasen bu nedenledir ki «Teşekkül Suretiyle Vaki Kaçakçılık» müessesesinin uygulamada anlaşılabilir olmasını kanunun lafzından ziyade, Yargıtay kararlarının varlığında aramak

(*) Hâkim.

- (1) Kanun No : 1918, Kabul tarihi : 7.1.1932, Neşir tarihi : 12.1.1932.
- (2) 6829 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair 1918 Sayılı Kanunun bazı maddelerinin tadiline ve bu kanuna bazı maddeler eklenmesine dair kanun Kabul tarihi : 29.8.1956, Resmi Gazete ile ilanı : 7.9.1956 - Sayı : 9401.
- (3) T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre X, Cilt : 13, İçtima : 2, S. Sayısı : 308, sh. 8,9.
- (4) Adalet Encümeninde yapılan değişiklik.

gerekir. Bunun için sadece kanun hükümleri değil, bu kurallardan hareketle Yargıtay kararları ve de doktrinde mevcut anlayışları belirlemek zorunluğudur.

Böylece Yargıtay'ın uygulanmakta olan kararları ile 6829 sayılı kanunun mevcut kuralları ele alınarak konunun incelenmesine çalışılmıştır.

II — TANIM

Teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçunun unsurları ve özellikleri itibarıyla bizlere verecek olan bir tanımlamasının yapılmasında kuşkusuz ilk güvenilir kaynak, pozitif hukuk olmalıdır.

Esasen doktrinde bu konuya ilişkin bir tanımlamanın yapılmamış olmasını da belirtmekte yarar vardır. Nitekim bu nedenle olsa gerek, pozitif hukuk içinde kalınma zorunluluğu doğmuştur.

Aradığımız tanımlama ; Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un «Kaçakçılık ile iştigal etmek maksadiyle 2 veya daha fazla kimselerin evvelden anlaşıp birleşmeleri kaçakçılık için teşekkül sayılır.» hükmünü getiren 6829 sayılı kanunla değişik şeklinin 26 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında görebiliriz. Oysa kanunda mevcut bu tanım, bazı değişikliklerle Hükümet teklifinde aynen şöyledir : «Kaçakçılıkla iştigal etmek makla beraber, Hükümet teklifinde bulunmamaktadır. teşekkül sayılır» (5).

Her iki tanımlamada göze çarpan «evvelden anlaşma» hususu, kanun metninde ve Adliye Encümeninin Tadili (6) yazısında yer almış olmakla beraber, Hükümet teklifinde bulunmamaktadır.

Kısaca belirtmeğe çalıştığımız ve onlara dayalı tanımlamaları nazara alarak ; kanunda ifade olunan tanımın - bundan sonra ortaya konulacak düşünceleri de içermesi koşulu ile - daha bir tutarlı olması karşısında yazımızda itibar göreceğini açıklamak isteriz.

III — TEŞEKKÜL SURETİYLE VAKİ KAÇAKÇILIK SUÇUNUN MAHİYETİ

● a) — «Teşekkül» kavramı : «Teşekkül «sözlük anlamı ile, «kuruluş, kurum, şekillenme, meydana gelme» dir (7). Diğer bir anlatımla

(5) A.g.e., Devre X, C. 13, İçtima 2, S. Sayısı : 308, sh. 8

(6) A.g.e., Devre X, C. 13, İçtima 2, S. Sayısı : 308, sh. 8

(7) Özcan Hüseyin «Teşekkül»; Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, B. 4, sh. 649

da «teşekkül» ; «bir şekle girme, belli bir şekil alma, oluşum, kuruluş, teşkilat» anlamlarındadır (8). Konumuz bakımından «teşekkül» kavramını, «kuruluş, oluşum, teşkilat ya da kurum» olarak anlamak icap eder.

Bununla beraber kanunumuzda teşekkül ; «kaçakçılık ile iştigal etmek maksadiyle iki veya daha fazla kimselerin evvelden anlaşılıp birleşmeleri» (m. 26, f. 3) olarak tarif olunmuştur.

● b) — «İştigal» kavramı : Sosyal hayatta, «uğraşma» ya da «meşğale» yerine çoğu kez «iştigal» kavramı kullanılmaktadır. Aynı zamanda kaçakçılıkla iştigal tabirinden anlaşılması gereken «istikrar» unsurunu, bu işi «meşğale» haline getirme olarak bilmek yerinde olacaktır (9). Burada söz konusu «istikrar» tabiri, «devamlılık» anlamındadır. Öyleyse, «bir defaya mahsus olmak üzere» kaçakçılık fiilinde bulunmak için, iki veya daha fazla kimselerin anlaşmış olmalarında (40) «teşekkül» bahis mevzuu olamaz (11).

● c) — Suçun mahiyeti : Kanun vazıı kaçakçılık fiili meydana gelmese bile, bu maksatla teşekkül vücuda getirilmesini, idare edilmesini (m. 26, f. 1) ve teşekküle mücerret intisap edilmesini (m. 26, f. 2) bağımsız bir suç olarak kabul etmiştir. Böylece kanunumuz «sadece birleşmeyi yani iştirak'i cezalandıran bir suç tipi» yaratmıştır (12). Ayrıca teşekkül vücuda getirerek, bir kaçakçılık fiilinin varlığının ortaya çıkması gerekmemektedir. Öyleyse kanunumuzun 26. maddesinin uygulama görebilmesi için, teşekkül vücuda getirerek bir kaçakçılık fiilinin işlenmemesi gibi bir olumsuz şartın bulunması zorunludur.

Velev ki ; teşekkülü kuranlar, idare edenler veya bu teşekküle intisap edenler, kaçakçılık fiilini ika ederlerse, müterakki (13) bir suç ortaya çıkmış olup 27 nci madde uygulanacaktır.

-
- (8) «Teşekkül», Meydan - Larousse/Büyük Lûgat ve Ansiklopedi, C. XII, sh. 10
 (9) 5. C. D., 16.2.1960, E. 4811/K. 5744, (Dr. Tezan, E.), Tatbikatta Gümrük ve Tekel Kaçakçılığı, Ankara, 1972, sh. 149.
 (10) 5. C. D., 16.12.1960, E. 4811/K. 5744, (Dr. Tezan, E.), age., 149.
 (11) 7. C. D., 27.9.1973, E. 1973, E. 9156/K. 10226, (Dr. Menteş, C.), Kaçakçılık Mevzuat ve Tatbikat, Ankara 1978, sh. 119,
 (12) Erman, Sahir : Kaçakçılık Kanunu Şerhi, İstanbul 1973, sh. 180
 (13) Erman, age., sh. 181.

IV — TEŞEKKÜL SURETİYLE VAKİ KAÇAKÇILIK SUÇUNUN UNSURLARI

Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanununun 6829 sayılı kanunla değişik 26. maddesinde bahis konusu yapılan teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçunun unsurları :

- 1 — Kaçakçılık ile iştigal etmek maksadiyle teşekkül vücuda getirmek.
- 2 — İki veya daha fazla kimselerin olması.
- 3 — Bu kimselerin evvelden anlaşıp birleşmeleri.
- 1 — Kaçakçılık İle İştigal Etmek Maksadiyle Teşekkül Vücuda Getirmek :

Kanunumuz, mücerred teşekkül vücuda getirmeği müeyyide altına alınmıştır. İfade olunan «teşekkül vücuda getirme» den bahs olunması için biraraya gelen kimselerce kaçakçılığın meşgale haline getirilmesi icap etmektedir.

Bazı hallerde birleşenler arasında «birleşme» olgusu tam oluşmadan «teşekkül» den bahs olunamaz. Nitekim kaçakçılık maksadiyle veya buna matuf icapta bulunanın icabı teşekküle yeterli değildir. Aynı zamanda «kabul» gereklidir. Bu ise «şüpheli» delillerin varlığı ile kanıtlanamaz. Zira şüphe sanık lehine yorumlanmalıdır. Kuralı burada da esas alınmalıdır. Öyleyse bu hususta kesin delillere ihtiyaç vardır. Buna ilişkin bir Yargıtay kararında aynen şu görüş belirtilmiştir : «... teşekkülün mevcudiyeti için karşı tarafa işalı ve kabulü gerekmesine göre sanıkların kaçakçılık maksadiyle teşekkül vücuda getirdiklerini kabule saik olan kesin delillerin açıklanması lazımdır» (14).

Ayrıca bu inancı taşıyan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında aynen şöyle der : «Kaçakçılık yapmak maksadiyle önceden yaptıkları bir anlaşma ile bir teşekkül vücuda getirip dava konusu kaçakçılığı da bu teşekkülün ortakları olarak yaptıkları yeter derecede kesin delillerle anlaşılamıyorsa» teşekkülden bahs olunamaz (15).

Gerek kanunun lafzında ve gerekse Yargıtay inançlarında yer almış olan, teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçunda «kaçakçılıkla iştigal

(14) 5. C. D., 13.2.1962, E. 362/K. 605, (Dr. Tezan, E.), age., sh. 149

(15) C. G. K., 11.7.1960, E. 42/K. 46, (Dr. Menteş, C.), age., sh. 118

maksadiyle» faillerin anlaşmış olmalarının tesbiti zordur. Kuşkusuz bu sonuç «oluş», «olayların akış biçimi» ve diğer «kanıtlayıcı delillerle» varılabilecektir.

Nitekim Yargıtay'ın bu konudaki görüşüne değinmekte yarar vardır : «Sadece bir kaçakçılık fiilinin işlenmesi için iki veya daha fazla kimselerin önceden anlaşmış böyle bir kaçakçılık suçunu işlemiş olmaları halinde teşekkülden bahsedilemeyeceği, bunun varlığı için... kaçakçılık ile uğraşmak maksadıyla evvelden anlaşarak birleşmiş olmalarının gerektiği» yolundaki karar (16) gereğince ; bir kaçakçılık fiili yapmak için anlaşma yapılmasının teşekkül vücuda getirilmesini intaç etmeyeceği hususu kesindir. Ayrıca bu durum, birden fazla kaçakçılık fiili yapmak için anlaşma yapılmasının bu suç için aranması gerekeceği sonucuna bizleri götürmektedir.

Öyleyse teşekkülden bahsolunması, daimilik bulunması halinde mümkündür diyebiliriz. Bu itibarla ; yukarıdaki hususun yanısıra kaçakçılık ile uğraşmak maksadıyla evvelden anlaşarak birleşmiş olmalarının gerektiği anlaşılacakla teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçundan failer sorumlu tutulabilecektir.

Bu nedenle, devamlı olarak kaçakçılıkla uğraşmak için aralarında anlaşma olması halinde «teşekkül» vardır denilebilir (17). Diğer bir husus da tek kişinin kanun metninde ifade olunan mücerret teşekkül vücuda getirmeyi gerçekleştiremeyeceğinin açıkca görülmesidir. Kuruluşun en az iki kişiye ve iradelerinin «ortak kaçakçılık amacına» yönelik olması ihtiyacı vardır. Bu nedenle bir kişinin kurmuş olduğu böyle bir teşekkül, kanunun ruhuna uygun anlamda bir «teşekkül» adedilemeyeceğine göre, bu fiil kaçakçılık maksadına yönelik olsa bile «teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçundan» dolayı cezalandırma göremez.

Kaçakçılık maksadıyla teşekkül vücuda getirme ; ya yeni bir kuruluş yada amacı başka olan kurulu bir teşkilata yeni bir şekil verme ile olur. İkinci halde «teşekkül ile yepyeni bir veçhe veren kimse onu idare eden sayılabılırsa de, kurucu addedilemez» (18).

(16) 7. C. D, 27.9.1979, E. 9156/K. 10226, (DrI. Menteş, C.), age. 119

(17) 5. C. D, 2.11.1961, E. 3396/K. 4253, (DrI. Menteş, C.) age. 119

(18) Erman, age, sh. 181.

● 2 — İki Veya Daha Fazla Kimselerin Olması :

Yargıtay'ın «... teşekkülün mevcudiyeti için karşı tarafa isalı ve kabülü gerekmesine göre» (19) yollu kararında, «teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçu» ndan cezalandırılabilmesini, teşekkülün varlığında görmektedir. Bunun için, «kurucu tarafından teşekkül halinde kaçakçılık yapmak üzere açıklanan teklifin en az bir kişi tarafından kabul edilmesi şarttır.» (20).

Esasen bu takdirde teşekkül kurulmuş addolunacaktır. Ancak devamlılık bulunmadığı takdirde, kaçakçılık fiili işlenmemişse ortada kanunun aradığı teşekkül müessesesi kurulmuş olamayacağından suç yoktur. Aksinde ise toplu kaçakçılık suçu söz konusudur.

● 3 — Bu Kimselerin Evvelden Anlaşış Birleşmeleri :

Kanun koyucu, «... evvelden anlaşma» tabirinin yer almadığı Hükümet teklifini kabul etmemiştir. Böylece kanun metni, Adliye Encümeni'nin tadili doğrultusunda kabul edilmiştir.

Hiç kuşkusuz kanunun bahse lüzum gördüğü, «... evvelden anlaşma» dan dolayı bir tefriki ortaya koymak gerekir. Burada «zaman» unuru önem arzeder. «... Evvelden» deyimi ile ; bir defaya mahsus olmayan ve devamlılık gösteren bir zaman anlatılmak istenmiştir.

Bir başka anlatımla, çok kısa bir zaman denilebilecek bir süredeki «anlaşma» kanunun ruhuna uygun düşmez. Aynı zamanda bu sürenin kesikli aralıklarla anlaşmalı olması kanunun aradığı anlamdaki bir «... evvelden anlaşma» sonucunu doğurmaz.

Nitekim, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında bu hususu şöyle açıklamıştır : «... devamlı olarak kaçakçılıkla iştilal etmek üzere aralarında vaki anlaşmanın... (teşekkül) sayılacağı gözönünde tutularak» (21).

Ayrıca kaçakçılık yapmak maksadından başka bir sebeple birleşen kimselerin, sonradan bu fiili işlemeleri halinde teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçunu işlemiş olmayacakları açıktır. Bunlar hakkında toplu kaçakçılıktan dolayı cezalandırma yapılabilir (22).

(19) 3. C. D, 17.5.1945, E. 4500/K. 4790, (Dr. Erman, S.), age. sh. 534.

(20) Erman, age, sh. 181.

(21) 5. C. D, 2.11.1961, E. 3396/K. 4296/K. 4253, (Dr. Menteş, C.), age, sh 119.

(22) Erman, age, sh. 185.

V — TEŞEBBÜS HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN TEŞEKKÜL SURETİYLE VAKİ KAÇAKÇILIK

Türk Ceza Kanunu ile tamamlayıcı ceza hukukunun aralarındaki münasebetleri yine TCK. nun 10. ncu maddesinde yer alan ; «Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan me-vaddı hakkında da tatbik olunur.» hükmü ile düzenlenmiştir.

1918 sayılı Kaçakçılığın men ve takibine dair kanun «özel hüküm» ler getirmiş bulunmaktadır. TCK. 10 ncu maddesi lafzından, bu «Özel hüküm» lerde bulunmayan hususların «genel kural» ın uygulanmasını intaç edeceği açıktır. Bu anlayıştan hareket ederek TCK. nın 61 ve 62 nci maddelerinde yer alan «teşebbüs» müessesesinin 1918 sayılı kanunun hükümlerinin hem ruhu hem de lafzı bakımından durumunu incelemek gerekir.

A — TCK.'nun Sistemi

Kanunumuzun (TCK. m. 61, 62) kabul ettiği sistemi subjektif anlayışla izah daha doğru olacaktır. TCK. nın 63 ncü maddesinin, 11.2.1937 gün ve 3112 sayılı kanunun 3. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olması kanun vazınının da aynı zamanda subjektifliğe yatkınlığını ortaya koymaktadır (23). Diğer memleketlerin kanunlarında da teşebbüs cezalandırılırken subjektifliğe ağırlık verilerek yapılmaktadır.

Teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında «suç işlemek kararı» bakımından bir fark yoktur. O halde subjektif açıdan teşebbüs tamamlanmış bir şeydir. Ancak objektif açıdan tamam değildir (24).

TCK. m. 62'de tam olmayan cürüm, aynı kanunun 61 nci maddesinde ise teşebbüs düzenlenmiş bulunmaktadır (25). Bazı yazarlara nazaran «tam olmayan cürüm» tabiri «tamamlanmamış suç» anlamındadır (26).

B — TCK. nun kabul ettiği esas

TCK.'nun 61 nci maddesinde sözü edilen teşebbüs, cürme taalluk eyleyen kararın izharında değil, hakka tecavüz niyetinin icrasına baş-

(23) Taner, T. : Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1949, sh. 279.

(24) Erem, F. : Umanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I. Genel Hükümler, B. 11, Ankara, 1976, sh. 118.

(25) Majno, age, sh. 270.

(26) Erem, age, sh. 316.

lanması durumunda cezayı gerektirir (27). Öyleyse, «tasavvur» ve «karar» saftaları kanunsuz olmadıkça ceza görmeyeceği düşüncesi «icra» ve «ihzar» hareketleri arasında bir sınır belirlemek fikrini doğurmuştur (28). Esasen fikrimizce de, ihzari hareketlerin icrai hareketlerden tefrikinin teşebbüs nazariyesi bakımından zorunlu olduğu kanaatindeyiz. Ancak ihzari hareketler ile icrai hareketlerini ayırmanın kolay olmadığı ve bu konuda doktrinde farklı görüşlerin bulunduğu da bir gerçektir.

C — 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunda ifade olunan «Teşebbüs» müessesesi

Burada TCK. nun yukarıda açıklanan «teşebbüs» müessesesinin ana prensiplerine bağlı kalınmadığını belirtmek gerekir. Nitekim 1918 sayılı kanunun 1'nci maddesindeki (A) ve (B) bentlerindeki hükümler bunu açıkça göstermektedir. Kaçakçılık Kanunu, kaçakçılığa teşebbüs halini «tam suç» olarak kabul ederek cezalandırma yoluna gitmiştir. Bu hali ile TCK. nun 61 ve 62 nci maddelerine bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece Kaçakçılık Kanunu hükümleri «ihzari hareketleri» de «teşebbüs» içerisine sokarak «tam suç» saymış, bu noktadan cezalandırmıştır. Kaldı ki, aynı kanunun 26 ve 27 nci maddelerinde sözü geçen «teşekkül», kaçakçılık ile iştigal etmek maksadından başka bir şey olmayıp ; bu yoldaki anlaşma bir cürmün unsuru olarak değil, müstakil bir suç olarak cezalandırma görmüştür (29).

D — İhzari hareketlerin teşebbüs safhasına alınmasına ve cezalandırılmaları yolundaki bazı görüşler ve değerlendirilmesi

a) — «İcra başlangıcı» mefhumu bakımından : Doktrinde çoğunluğun görüşü ihzari hareketlerinde teşebbüs için kafi sayılması gerekeceği yolundadır. Bu görüşte olanlardan, Beccaria Cesare : «Kanunlar her ne kadar suç kastını cezalandırmıyorlarsa da, bu keyfiyet suçun işlenmesine bir başlangıç sayılan failin suçu işlemek için taşıdığı iradeyi izhar eden bir fiilin de cezaya müstahak olmadığını gerektirmez» (30) görüşünü ileri sürer.

(27) Majno, age. sh. 275

(28) Erem, age, sh. 118

(29) Akalın, M. F. ve arkadaşları : Kaçakçılık Mevzuatı ve Tatbikatı, İst. 1957 sh. 5

(30) Cesare, B. : Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, B. 3, İstanbul 1964, sh. 176

Aksi görüşte olanlardan M. Tahir Taner'e nazaran hazırlık hareketleri hedeflerin müphem olması, ihzari hareketler ile icra hareketleri arasında az çok bir zaman bulunması ve suçu yapmağa sevk ve teşvik noktalarından cezalandırılmaz (31).

Kanımızca da «teşebbüsün alanını daraltma» yolunda var olan akımın anlayışını, suçta «karardan gelen herşey icradır» diye özetleyebiliriz (32). Böylece Erem'in de ifade ettiği üzere, «kanun cürme teşebbüsü değil cürmün icrasına teşebbüsü cezalandırmaktadır» (33).

Kaçakçılık Kanununun, ihzari hareketleri teşebbüs kapsamına alarak tam suç sayıp cezalandırma yoluna gitmesini yukarıdaki gerekçelerden ziyade, «memleketin endüstri ve iç piyasasını himaye etmek» maksadındadır (34).

b) Ceza siyaseti bakımından : Genel olarak kanunlarda teşebbüsün cezalandırılmasında verilecek ceza miktarı tamamlanmış cürümden az olmaktadır. Çünkü Beccaria'ya göre «Bir suçun teşebbüs haliyle, işlenip ikmal edilmesi hali arasında bir fasıla mevcut olduğuna göre, işlenip ikmal edilmiş bir suça tam bir ceza tayin etmek, o suçu işlemeye ahdeden bir kimseyi, fiili tam surette işlemekten alıkoymak mümkündür» (35). Nitekim ümanist doktrin bakımından da aşağı yukarı aynı görüş paylaşılmaktadır (36).

Sonuç olarak ; eğer teşebbüs kaçakçılıkta tamamlanmış suç gibi cezalandırma görmeyecek olursa, daha adaletli ve daha caydırıcı bir niteliği haiz olur.

VI — İŞTİRAK HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN TEŞEKKÜL SURETİYLE VAKİ KAÇAKÇILIK

Kelime anlamı ile «katılma, ortaklık» olarak da belirtebileceğimiz iştirakin ceza hukuku açısından anlamı, «birden çok kişilerin önceden anlaşarak bir suç işlemeleri, suçta işbirliği etmeleri» dir (37).

(31) Taner, age., sh. 265

(32) Erem, age., sh. 320

(33) Erem, age., sh. 320

(34) Önder, K.O. : Kaçakçılık Kanununun Özelliği ve Genel Ceza Kuralları Ad. Der., 1973, S.10, sh. 785

(35) Cesare, age., sh. 176

(36) Erem, age., sh. 353

(37) Özcan, H. : «İstira», Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, B.4, sh. 322.

Erem, Faruk'un tanımı ile iştirak, «birden ziyade kimselerin suçu işlemek için iradî bir şekilde birleşmeleri ve suçun da birleşmeden hüsule gelmesi halidir» (38).

İşlenmiş bulunan suçtan hareketle, Fiilde ortak hareketleri bulunanların sorumluluklarını hüküm altına alan özel düzenlemeleri diğer kanunlarda olduğu gibi, kanunlarımızda da görmek mümkündür (TCK. m. 64-67, İt. C. K. m. 63-66). Anılan konuda ortakların sorumluluklarını tesbit için değişik memleket kanunlarında farklı sistemler vardır (39).

A — TCK.'nun Sistemi

Türk Ceza Kanununun kabul ettiği sisteme nazaran, ortakların ceza sorumlulukları suçun işlenmesine ilişkin eylem payları esas alınarak tayin olunmaktadır. Zira TCK. nun 65 nci maddesi, suça tali derecede iştiraktan söz etmektedir. Gerek bu husus ve gerekse TCK. nun 64 ncü maddesinin ilk fıkrasında «beraber işlemiş olanlar» tabirinden de anlaşılacağı üzere, kanunumuz suç birliği kuramını kabul etmiştir.

B — TCK.'nun Kabul Ettiği Esas

765 sayılı kanunun I. kitabının 6 ncı babında «cürüm ve kabahate iştirak «düzenlenmiştir (TCK. m. 64 vd.) Kanunumuzun sistemi fiile iştirak nevilerini aslî ve fer'î olarak iki şekilde tayin etmiştir. Bu tayin ; Türk Ceza Kanununun mehzasını teşkil eden 1889 günlü eski İtalyan Ceza Kanununda hemfiillik (Correita) ve Fer'an zimedhallik (Complicita) diye iki kısım olarak yapılmaktadır (İtalyan CK. m. 63 vd.)

Hemfiillik hakkında asıl faillere «verilen ceza değil kanunun açıkladığı cezaya itibar olunur». İtalyan Ceza Kanunu Fer'an zimedhalliği şahsi olmayan bir tarzda kabul etmiş olduğu için, bunlar içinde asıl faillere verilen ceza değil, kanunun açıkladığı ceza nazara alınır (40).

1918 Sayılı Kanun, Genel Ceza Hukukunun yanında yer alan ve onu tamamlayan bir özel kanundur. Adı geçen kanun «özel hüküm» ler getirmiştir.

(38) Erem, age., sh. 390.

(39) Suç ortaklığında genellikle sorumluluğu tesbit etmede üç sistem vardır
a) Klasik sistem, b) Eşitlik sistemi ve c) Subjektif sistem.

(40) Majno, age., sh. 348.

C — 1918 Sayılı Kanunda ifade olunan «iştirak» müessesesi ve TCK. nun ilgili hükümlerinin birlikte incelenmesi

Saniyen TCK. nun adeta «iç hukuk normlar çekişmesi» ni uzlaştırıcı bir hükmü olan 10 ncu maddesi, «özel hükmüm» lerde noksan olan hususların «genel kural» ın tatbikini gerektireceği yolundadır.

Burada 1918 Sayılı Kanununun 3777 Sayılı Kanunla değişik 22 nci maddesinin ilk fıkrasındaki açıklamadan da kolayca anlaşılacağı üzere kaçakçılık suçlarında açıkça düzenleme görmeyen konularda TCK. nun ilgili hükümlerinin uygulama kabiliyeti bulunmadığı aşikar bulunmaktadır.

Oysa 1918 Sayılı Kanunda, TCK. nun üstte sözü geçen «iştirak» müessesesinin ilgili hükümlerine ayrık düşen hükümlerine rastlamak mümkün değildir. Çünkü ; 1918 Sayılı Kanun, kaçakçılık ile ilgili suçlarda iştirak hükümlerini yine aynı kanunun 33 ncü maddesinde düzenlemiş bulunmaktadır. Madde aynen şöyledir : «25, 26 ve 27 nci maddelerdeki kaçakçılık cürümlerine veya teşekküllerine, faillerinin hal ve sıfatlarını bilerek her ne şekilde olursa olsun yardım edenler hakkında asıl suçluların o maddeler hükmünce görecekları cezaların yarısı hükmolunur. Bu fiillere iştirak eden memur ise asıl fail gibi ceza görür.»

Böylece 1918 sayılı Kanun, düzenlemiş olduğu kaçakçılık suçlarının kendine özgü mahiyetleri anlayışından hareketle Genel Ceza Hukukunun kurallarından ayrılmış bulunmaktadır.

Anılan kanununun 33 ncü maddesinde, «her ne şekilde olursa olsun yardım edenler» ibaresi ile kanun koyucunun en hafif gördüğü olumlu yada olumsuz basit fiilleri bile cezalandırma yolunu tuttuğu görülmektedir.

TCK. nun 64 ncü maddesi ile cürüm ve kabahate iştirak edenin eylemini «o fiile mahsus ceza ile» cezalandırılacağını amirdir. Aynı kanunun 65 nci maddesi ise ; suça tali derecedeki iştiraki, yani fer'i iştirak halini düzenlemekte olup, suç faillerine yardım edenler «hakkında asıl suçluların o maddeler hükmünce görecekları cezaların yarısı» ile cezalandırılırlar. Yine madde de «iştirak eden memur ise asıl fail gibi ceza görür» demektedir (m. 33, f. 2).

Sonuç olarak ; yazılışlarının değişik olması bir yana bırakılırsa TCK. nun 65 nci maddesi ile 1918 Sayılı Kanunun 33 ncü maddesinin amacı ve anlamı aynıdır (41).

Nitekim, Yargıtay bir inancında aynen şöyle buyurmaktadır : «1918 sayılı Kanun, TCK.'nun 65. maddesine paralel, kendi bünyesi içinde iştirak hükümlerini getirmiştir; 33. madde ile bu hususu halletmiştir» (42).

VII — ZORALIM YÖNÜ İLE TEŞEKKÜL SURETİYLE VAKİ KAÇAKÇILIK

Hukuki bir nedene dayalı olarak bir kişinin rızası aranmaksızın taşınır ya da taşınmaz malının hükümet kuvvetlerince elinden alınmasına «zorallm» adı verilir (43). Zorallm ceza olmayıp, bir tedbir olarak belirtilebilir (44).

TCK. nun 36 ncı maddesi zorallmın genel esaslarını düzenlemiş bulunmaktadır. Daha önceleri gerek «teşebbüs» müessesesi ve gerekse «iştirak» müessesesi anlatıldıkta ; bunların Genel Ceza Hukuku ve 1918 Sayılı Kanundaki kurallarının farklı olduğu belirtilmiştir. Aynı nedenlerle ; TCK. nun 36 ncı maddesi genel bir hüküm olup, 1918 Sayılı Kanunda ifade olunan suçlarda uygulama görmez. Bunun yerine anılan kanunda derpiş olunan - teşekkül suretiyle vakî kaçakçılık suçları da dahil olmak üzere - suçlar için, aynı kanunun özel hükümleri tatbik olunur. Böylece, 1918 Sayılı Kanunun zorallmına ilişkin hükümlerinin uygun bulunmaması halinde suçla ilgisi olmayan eşyasının Türk Ceza Kanununun 36. ncı maddesine istinaden zorallmına tevessül olunamayacağı açıktır.

1918 Sayılı Kanununun 6829 Sayılı Kanunla değişik 47 nci maddesinin ilk fıkrası : «Kaçak eşya veya madde naklinde bilerek kullanılan her türlü kara, deniz ve hava nakil vasıtalarının da müsaderesine» karar verileceğini amirdir.

Maddede sözü geçen «nakil vasıtası» nın anılan 47 nci madde doğrultusunda zorallmı için, kaçakçının bu vasıtayı münhasıran kaçakçılık

(41) Kancaal, İ. A. : 1918 Sayılı Kanunun 33. maddesi üzerinde bir inceleme, Ad. Der. 1973 S. 9, sh. 668

(42) 7. C. D. 12.1.1973, E. 13839/K. 45, (Dr. Kancaal, İ. A.), age. sh. 669 z z

(43) «Müsadere», Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, B. 4, sh. 464

(44) Majno, age, sh. 133 vd.

işine tahsis etmesi zorunluluğu vardır. Bu konuda 1918 Sayılı Kanununun 47 nci maddesi özel bir hüküm vazetmiş bulunduğundan zorulim kararına TCK. nun 10 ncu maddesi yoluyla 36 ncı maddesinin ilk fıkrasında fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak koşulunun aranmasına da gerek yoktur (45). Keza mal sahibinin zorulim için rıza ve muvafakatı da gerekmez.

Böylece denilebilir ki ; kaçak eşya veya madde nakli için tahsis olunan nakil vasıtasının malikinin rıza ve müvafakatı aranmaksızın, nakilin bilerek yapılması halinde kullanılan vasıtanın zorulimine karar verilecektir. Ancak yukarıda sözü edilen kaçak eşya ya da madde nakli için tahsis olunan vasıtanın zorulimine karar verilmesinde ilk gözetilecek husus ; vasıtanın kaçakçılığa doğrudan doğruya tahsis olunmanın varlığının kesin olmasıdır (46). Aksinde ise ; fer'i olarak bir kullanma ve tahsis zorulim için yeterli olamaz (47). Ayrıca vasıta malikinin kendi iradesi hilafına, vasıtanın sanık tarafından kaçak eşya ve / veya madde naklinde kullanılması durumunda zorulim için 47 nci maddenin tatbiki mümkün değildir (48).

1918 Sayılı Kanunun 47 nci maddesi ile nakilde istifade olunan vasıtanın zorulimi düzenlenmiş bulunup, aynı zamanda bu yolda verilen Yargıtay inançları da gözönüne alınarak ; kaçak eşya ve / veya maddenin kara, deniz, hava nakil vasıtası olmadan götürüleiek mahalle naklinin mümkün görülmemesi, yani asli bir tahsisin varlığının aranması zorunludur. Nitekim Yargıtay bir inancında bu hususu aynen şöyle izah etmektedir : «Gerçi Kaçakçılık Kanununun 47 nci maddesinin metninde başka bir açıklama yoksa da, kanun koyucu bu maddeyi koyarken bir aracın zorulimi yapabilmek için, bir araç doğrudan doğruya ve ancak

(45) Tev. İç. 5.4.1950, E. 21/K. 7, (Dr. Tezan, E.), eh. 240

(46) Bu konuda bkz. : a) Ceza Genel Kurulu 24.12.1956, E. 5/133, K. 126 - 5. C.D., 18.6.1955, E. 3043 K. 2616, (Dr. Tezan, E.) age., sh. 240 b) 5. C.D., 8.1.1957, E. 1/K. 70, (Dr. Menteş, C. ve arkadaşları), Kaçakçılık Mevzuatı, İstanbul - 1970, sh. 202

(47) Tezan, age., sh. 238

(48) Tezan, age., sh. 238

o kaçak malın taşımına ayrılmış olmasını kastettiği anlaşılmaktadır» (49).

Kanundaki sistematik sıra esas alınarak, aynı kanunun 48 inci maddesine az da olsa dokunmakta yarar vardır. Şöyle ki ; sözü edilen maddenin metninde, kaçakçılıkta kullanılan nakil vasıtaları ve kaçak maddelerin yapılmasında kullanılan alet ve edevat zaptolunur hükmü getirilmiştir. Ve aynı maddede zaptolunanların teslim olunması hususu da ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır.

Fakat kaydetmeliyiz ki 48 nci madde hükmü zoralımına ilişkin olmayıp, el konulanların idareye teslimi hükmünü getirmiş bulunmaktadır.

1918 Sayılı Kanunda düzenlenmiş tüm kaçakçılık suçlarında olduğu gibi, teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçlarında da yukarıda söz konusu edilen hususlar tatbik olunur. Ayrıca teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçunun işlenmesi halinde de ; «Kaçak eşya ve maddeler de müsadere edilir» (m. 27,f. 3'de son cümle). Bu hüküm gerek 6829 Sayılı Kanunla değişik 1918 Sayılı Kanunun 27 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında gerekse aynı fıkranın 2248 Sayılı Kanunun 26 ncı maddesi ile getirilen değiştirilmiş şeklinde aynen yer almıştır.

VIII — TEŞEKKÜL SURETİYLE VAKİ KAÇAKÇILIK SUÇLARINDA CEZALARI ERTELEME

Mahkumiyet kararı verilmesinden sonra, hükmedilen cezanın yerine getirilmemesine karar verilmesine «cezanın ertelenmesi (tecili)» adı verilir (TCK. 89, CİK. 6) (50). Erteleme, cezanın şahsileştirilmesi, uslandırma ve tekrar suç işlemeyi önleme amaçlarını içeren bir tedbir olarak düşünülmelidir (51).

Genel Ceza Hukukunda derpiş olunan «erteleme» müessesesi genel bir hükümdür. Bu nedenle, bazı suçlara ilişkin cezaların ertelenmeyeceğine dair özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydı ile diğer kanunlarda da uygulanır (İ. İf. K. 346 - CİK. 6).

12.6.1979 gününden evvel 1918 sayılı Kanunun 6829 sayılı Kanunla değişik 58 nci maddesinin ikinci fıkrası aynen şöyle idi : «Mahkemece bu kanuna göre hükmedilecek cezalar tecil edilemez». Anılan

(49) CGK. 4.6.1962, E. 28/K. 27, (DrI. Mentеш, C. ve arkadaşları), Kaçakçılık Mevzuatı, İstanbul - 1970, sh. 199

(50) Kunter, N. : Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 5, İstanbul, 1974, sh. 644.

(51) Akdağ, S. : Türk Ceza Kanunu Şerhi - Emsal İçtihatlar ve İlgili Kanunlar Ankara 1976, sh. 158.

bu hüküm 2248 sayılı Kanunun 28 nci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Öyleyse bundan böyle 1918 Sayılı Kanuna göre hükmedilecek cezaların «erteleme» kabiliyeti, cezaların miktar ve mahiyetleri vede sanığın kişiliğinde var olan nedenlerin (52) uygun olması durumunda vardır denilebilir.

Hiç kuşkusuz hükmü veren mahkeme, durumu 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanununun 6 ncı maddesindeki koşullara uyduğu takdirde, hükümlünün cezasını ertelemede bulunabilir (53).

Bu cümleden hareketle, teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçları içinde aynı inancın varlığı muhakkaktır. Teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçunu düzenleyen anılan kanunun 26 ncı ve 27 nci maddelerinde ; ağır hapis cezaları asgari beş yıldan (m. 27/2), hapis cezaları ise asgari bir yıldan başlamaktadır. Oysa 647 Sayılı Kanunun 1712 Sayılı Kanunla değişik 6 ncı maddesinde, «altı aya kadar ağır hapis veya bir yıla kadar hapis» cezalarının ertelenmesi söz konusudur. Öyleyse, 1918 Sayılı Kanunun 26 ncı ve 27 nci maddeleriyle kaçakçılık suçlarında verilecek cezaların, hükümden sonra ertelenmesi hukuken mümkün değildir.

Acaba teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçlarında hürriyeti bağlayıcı cezaların yanısıra verilmekte olan ağır para cezasının ertelenmesi mümkün müdür? Meseleye iki açıdan bakmak gerekir. İlki 647 Sayılı Kanunda ağır para cezası hususunda azami bir miktarın getirilmemiş olması nedeniyle kabil olduğudur.

Ancak ; sanık hakkında hapis ya da ağır hapis cezaları ile ağır para cezalarına hükmolunduktan, belli olan cezalardan bir kısmına yani ağır para cezasına ertelemeye karar verilmesi kanuna uygun düşmez. Zira belli olunan cezalardan bir bölümüne erteleme kararı verilip, diğer kısmının erteleme dışı bırakılması kanuna aykırıdır (54).

(52) C.G.K., 13.1.1975, T. 974/7 - 286, E., 975/4 K., (Dr. Akdağ, S.)

(53) Sanığın geçmişteki hâli ve ahlaki temayülü ertelemeden yararlanması için gözönüne alınır. Bu konuda bkz. CGK, 13.1.1975 T, 974/7 - 2826 E, 975/4 K., (Dr. Akdağ, S.), age., sh. 162

(54) 4. C.D., 31.1.1975 T., 254 E., 349 K., (Dr. Akdağ, S.) age., sh. 162.

Fiilin işlendiği zamanda faillerinin yaş durumları ve bunlara verilecek cezaların ertelenmesi üzerinde de durmakta yarar vardır :

a) Fiilin işlendiği zamanda on beş yaşını doldurmamış küçüklerin cezalarının ertelenmesi (TCK. 90, CİK. 6) :

Bilindiği üzere kaçakçılık amacı ile teşekkül vücuda getiren ya da idare edenlere verilecek «hapis» cezası üç seneden beş seneye kadardır (m. 26, f. 1). Öyleyse fiilin işlendiği zamanda on beş yaşını doldurmamış küçükler hakkında ; 26 ncı maddenin ilk fıkrasına göre, eylemlerine uygun olarak hükmedilecek ceza üç sene oldukça, - fazla olmamak koşulu ile - bu belli ceza için ertelenmesine karar verilebilir.

Keza, bu küçüklerden teşekküle mücerret intisab edenler (m. 26, f. 2) hakkında da erteleme kararı verilebileceği aşikardır.

b) Fiilin işlendiği zamanda 15-18 yaş arasında bulunan küçükler ile 70 yaşına varmış ihtiyarların cezalarının ertelenmesi (TCK. 90, CİK. 6).

Fiilin işlendiği zamanda onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını ikmal etmemiş olanlar ile yetmiş yaşına varmış ihtiyarlar, kaçakçılık amacı ile vücuda getirilen teşekküle «mücerret intisabeden» ler (m. 26, f. 2) olursa ve de takdir olunacak ceza miktarı da iki seneden fazla hapis cezası olmadığı takdirde cezalarının ertelenmesine karar verilebilir. Bunun dışında 26. ve 27. maddelerde bahsi geçen suçları işlemleri halinde erteleme müessesesinden yararlanamazlar.

IX — TEŞEKKÜL HALİNDE KAÇAKÇILIK FİİLİNİN CEZASI

A — Memur ve müstahdem olmayan failer bakımından

Bunlardan teşekkül vücuda getirenlerle idare edenler üç seneden beş seneye kadar hapis ve 2248 Sayılı Kanunun getirmiş olduğu yeni düzenleme ile de (30.000) liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır. (m. 26, f. 1). Madde hükmünde yer alan para cezası en az verilmesi gereken ağır para cezası olup, en fazla miktarı TCK. m. 19 gereğince-ki 2248 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle - (100.000) liraya kadar tayin olunabilir. Ayrıca 26 ncı maddenin ikinci fıkrası ; aynı sıfatı taşıyan kimselerden, teşekküle mücerret intisab edenler hakkında bir seneden üç seneye kadar hapis ve yine 2248 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle (10.000) liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasını hükme bağlamaktadır. Yine burada da en az olarak ifade olunan

(10.000) liralık ağır para cezasının yukarı haddi TCK. 19 gereğince (100.000) liradır.

1918 sayılı kanunun 26 ncı maddesinde düzenlenmiş bulunan ağır para cezaları amme neviindedir (55).

B — Memur ve müstahdem olan failler bakımından

1918 sayılı kanunun ceza hükümlerinde yazılı «memur» tabirinden maksat yine aynı kanunun 52 nci maddesi ; gereğince : Türk Ceza Kanununun 279 ncu maddesiyle Askeri Ceza Kanununun 13 ncü maddesinde sayılan şahıslardır.

a) Kaçakçılığın men ve takibi veya tahkiki ile mükellef olan failer bakımından :

Kanun vazı bu konuda bir ayırımı yönelmemiştir. İster kaçakçılığın men ve takibi veya tahkiki ile mükellef olan memur kişiler, isterse diğer memurlar tarafından bu suç işlenmiş olsun, her iki durumda da 26 ncı maddenin son fıkrası uygulama görecektir. Bu madde nedeniyle, teşekkülü vücuda getirenler veya o teşekküle intisap edenler içinde memur da varsa bu memurlar anılan maddenin ilk fıkrada yazılı cezaların bir misli ile cezalandırılır.

Madde metninde «müstahdem» yer almamış bulunduğuundan, bunlar içinde memur olmayan faillere verilecek ceza aynıdır.

Kaçakçılık maksadiyle teşekkül vücuda getirenler, kaçakçılık yaparlarsa aşağıdaki hususların nazara alınması zorunludur.

1918 Sayılı kanunun 27 nci maddesinin 3 ncü fıkrasında ; «... 26 ncı maddeler» inde «... Yazılı suçların kaçakçılığın men ve takibi veya tahkiki ile mükellef memurlar tarafından işlenmesi veya işleyenlere müzaheret veya bilerek müsamaha edilmesi hallerinde» 26 ncı maddede yazılı olan cezalar «bir misli... nisbetinde artırılır.» düzenlemesi getirilmiştir. Öyleyse teşekkül vücuda getirenlerden bir veya birkaçı memur ise, 26 ncı madde de ifade olunan ceza bunlar için «bir misli nisbetinde arttırılır» Ancak bu artırım, diğer memur olmayan şeriklere sirayet olunmayacaktır. Madde metninde bu kimseler arasında «müstahdemler» derpiş olunmadığından yine bunlar hakkında da bir artırım söz konusu değildir.

(55) 3. CD., 17.5.1945 E. 4500/K. 4790, (DrI. Erman, S.), Kaçakçılık Kanunu şerhi, İstanbul 1973, sh. 534.

Görülüyorki, 765 Sayılı Kanunun 66 ncı maddesinde yer alan «sirayet müessesesi, 1918 Sayılı Kanunun 27 nci maddesinde uygulama görmemektedir. Keza aynı kanunun 26 ncı maddesinde de. Oysa «memur olma» durumu bir mürekep unsur olarak kabul olunmak gerekir. Bu müessesenin sadece «birleşme» yi, yani «iştirak» i cezalandıran teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçunda yer almamasın haklı kılacak hukukî ve sosyal gerekçeler belki de bulunabilir. Ancak toplu olarak kaçakçılık fiillerini işleyenlere bu müessesenin yabancı kılınmasını izah güçtür. Zira «şahsi bir halin suistimali» suçun işlenmesi yolunda önemli bir mahiyet ortaya koyar. Kaldı ki, şeriklerin hepsi tarafından istifade edilecek bir sonuç ortaya çıkmış olacağından «suçun hakiki bir unsuru» halindedir.

Bununla beraber icra tarzına ilişkin fiili kolaylaştırdıklarından dolayı da buna iştirak edenlerin tümüne sirayet edecek objektiviteye sahip kalırlar (56).

Son olarak 1887 günlü Zanardelli projesi de hiçbir kayıt veya tehdit koymaksızın sirayeti kabul ettiğine göre (57) 1918 sayılı kanunun 27 nci maddesinde yer alması en azından kanunlarımızda yazılı ceza yönünden eşitliğin bir gereği sayılmalıdır.

b) Diğer memur ve müstahdemler tarafından işlenmesi halinde :

Yukarıda da belirtildiği gibi ; teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçu diğer memurlar tarafından işlenmiş olursa 26 ncı maddenin son fıkrasıyla cezalandırılırlar. Demek ki, teşekkül vücuda getirenler veya o teşekküle intisap edenler içinde bulunan memurlara anılan maddenin ilk fıkrasında yazılı cezaların bir misliyle cezalandırılırlar.

Burada da ; müstahdemler için, memur olmayan faillere verilecek ceza tatbik olunur.

Bununla beraber ; kaçakçılık maksadiyle teşekkül vücuda getiren diğer memur ve müstahdemler kaçakçılık fiilini işlemiş olurlarsa, tayin olunacak ceza mezkûr 26 ncı ve 27 nci maddelerde yazılı olan cezalar yarı misli artırılır (m. 27/Son Fıkra).

Kanunun metninde geçen «müstahdem» ide TCK.nun 279 ncu maddesi yoluyla «âmme hizmeti görmekle muvazzaf olan» olarak sayılmak gerekir (58).

(56) Majno, age, sh. 358.

(57) Majno, age, sh. 360

1918 Sayılı Kanunda memur tabirinden maksat devlet memurlarıdır.

c) Teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçu işleyenlere müzaharet veya bilerek müsamaha edilmesi halinde :

Kanunun 27 nci maddesinin 4 ncü fıkrasında : «Bu kanunun... 26 ncı maddeleriyle bu madde de yazılı suçları... işleyenlere müzaharet veya bilerek müsamaha edilmesi «hükmü derpiş olunmuştur. Kanunun metninde ifade olunan «bilerek» kelimesinin bulunması, kuşkusuz kabiliyeti isnadiye için kastın mevcut bulunması anlamındadır.

Esasen eylemin suç sayılması için kastın bulunması kuraldır (59). Nitekim ; «kast» ı tanımlayan Türk Ceza Kanunumuz 45 nci maddesi ile de kastın yokluğun cezayı kaldıracağını hükme bağlamıştır. Bu nedenle ; failde gayrimeşruluğu anlama bilincinin varlığına yönelinir.

Yine aynı madde metninde geçen «müzaharet» yardım etme anlamındadır. Ancak burada yardım etmeyi Pessina'nın değişinin karşı anlamı ile, suçun icrasına faydalı bir şekilde olan ve fenalığı kolaylaştıran ve onunla bağlı muayyen bir hadise şeklinde kendini gösterdikçe mücrime yardım edilmiş sayılacaktır (60). Aksinde ise, yardım yapılmış addolunamaz.

Teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık fiilinde bulunanlara bilerek müsamaha edenler, bilerek müsamahasından dolayı cezalandırılmaktadırlar.

Müsamaha tabirinden maksat «görmeme», «Göz yumma» gibi olumsuz bir koşulu içerir.

X — TEŞEKKÜL SURETİYLE VAKİ KAÇAKÇILIK SUÇUNDA DAVA ZAMANAŞIMI

1918 Sayılı Kanunda ; «özel hüküm» ün yokluğu halinde «genel kural» ın uygulanacağı anlayışından hareketle (TCK. m. 10) dava zamanaşımı konusunda TCK. nun hükümleri uygulanır. İstisnası bulunmakla beraber hemen hemen tüm suçlarda zamanaşımı söz konusu olup, TCK. nun 102 nci maddesinde bunun süreli, suçların ağırlık durumlarına göre sistemleştirilmiştir. Cümlede geçen zamanaşımı süreleri, mahkumiyetin derecesi nazara alınarak uygulama görür (61).

(58) Erman, age., sh. 199.

(59) Alacakaptan, age., sh. 155.

(60) Majno, age., sh. 343.

Türk Ceza Kanununun içerdiği esaslara göre, zamanaşımı süresi, cezanın toplam miktarı üzerinden hesap edilerek tatbik edilmek gerekir (62).

TCK.nun 102 nci madde metninde belirtilmiş çeşitli cezalara dair tayin olunmuş sürelerle ilişkin açıklamalar, 1918 Sayılı Kanunun teşekkül suretiyle vaki kaçakçılık suçları, (m. 26,27) içinde aynen uygulanır.

Dava zamanaşımı ile ilgili olması bakımından, kaçakçılık olayları davalarında hazırlık kovuşturması ilkelerince soruşturma yapılması, izlenmesi ve savunulması konularında önemli boşluklar görülmektedir. Nitekim, kaçakçılık suçları için açılan davaların bir bölümünün 10-15 yıl gibi zamanaşımı süresi içinde sonuçlandırılmaması da bunu teyid etmektedir (63).

XI — SONUÇ

Genel Ceza Hukukunun tüm suçları içermeyeceği hakikati karşısında, diğer özel kanunlar gibi 1918 Sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun vazedilmiş bulunmaktadır.

Kaçakçılık suçlarının ; devlet ve millete karşı işlenmekte olan bir suç niteliğini haiz olduğunun (64) toplumca anlaşılması zorluğundan dolayı, genellikle kanun koyucu cezaları artırma yoluna yönelmektedir. Ancak ekonomik ceza hukuku, gelişen toplum dinamizmine uygun olarak malî cezalar ve malî emniyet tedbirleri (65) ile donatılmış olmadıkça etkin olamamaktadır. Bununla beraber ; memleketin iç piyasasını koruma düşüncesinden hareketle kaçakçılık ile ilgili kuralların, Genel Ceza Hukukunun müesseseleri ile «uyum» içinde olmasının önemi büyüktür.

1918 Sayılı Kanunda yer almış olan «Teşekkül Suretiyle Vaki Kaçakçılık «müessesesi bakımından da aynı görüşü belirtebiliriz.

(61) İBK. 3.6.1942, T. 36 E., 15 K., (Drl. Akdağ, S.), age., sh. 178

(62) Majno, age., sh. 548.

(63) Anter, O. : Türkiye'de Kaçakçılık ve Çözüm Yolları, Milliyet Gzt., 30.7. 1979 sh. 2.

(64) Beccaria, age., sh. 258.

(65) Erem, age., sh. 70.

KISALTMALAR VE KARŞILIKLARI

Ad. Der.	: Adalet Dergisi (Adliye Ceridesi)
agc.	: Adı Geçen Ceride
agç.	: Adı Geçen Çeviri
agd.	: Adı Geçen Dergi
age.	: Adı Geçen Eser
B.	: Bası
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
C.D.	: Ceza Dairesi
C.G.K.	: Ceza Genel Kurulu Kararı
C.i.K.	: Cezaların İnfazı Hakkında Kanun
C.K.	: Ceza Kanunu
Çev.	: Çeviren
Drl.	: Derleyen
E./K.	: Esas/Karar
f.	: Fıkra
Gzt.	: Gazete
İçtm.	: İçtima
i. İf. K.	: İcra ve İflas Kanunu
İt. C. K.	: İtalyan Ceza Kanunu
K.	: Kanun
m.	: Madde
sh.	: Sahife
S. Sayısı	: Sıra Sayısı
T.B.M.M.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.K.	: Türk Ceza Kanunu
Tev. İç.	: Yargıtay Tevhidi İçtihat Kararı
Vd.	: Ve devamı

BİBLİYOGRAFYA

- AKALIN, M.F. ve arkadaşları : Kaçakçılık Mevzuatı ve Tatbikatı, İstanbul 1957
- AKDAĞ, S. : Türk Ceza Kanunu Şerhi - Emsal İçtihatlar ve İlgili Kanunlar, Ankara 1976
- ALACAKATAN, U. : Suçun Unsurları, Ankara 1975
- ANTER, O. : Türkiye'de Kaçakçılık ve Çözüm Yolları, Milliyet 30.7.1979, sh. 2
- CESARE, B. (Çev. Göklü, M.) : Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecelles B.3, İstanbul 1964
- EREM, F. : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I Genel Hükümler, B. 11, Ankara 1976
- ERMAN, S. : Kaçakçılık Kanunu Şerhi, İstanbul 1973
- KANCAAL, İ. A. : 1918 Sayılı Kanununun 33. Maddesi Üzerinde Bir İnceleme, Ad. Der., 1973, S.9
- KUNTER, N. : Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 5, İstanbul 1974
- MAJNO, L. : Ceza Kanunu Şerhi - Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. I, Ankara 1977
- MENTEŞ, C. - GÖKÇEDAĞ, Y. : Kaçakçılık Mevzuatı ve Tatbikatı, Ankara 1977
- MENTEŞ, C. - SANAL, A. EGE- Kaçakçılık Mevzuatı, İstanbul 1970
- SELİ, - H. : Kaçakçılık Kanununun Özelliği ve Genel Ceza Kuralları, Ad. Der., 1973, sh. 785 vd.
- ÖNDER, K. O. : Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, B. 4, Ankara 1975
- ÖZCAN, H. : Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1949
- TANER, M. T. : MEYDAN - LAROUSSE / Büyük Lûgat ve «Teşekkül», : Ansiklopedi, C. XII, sh. 100
- TEZAN, E. : Tatbikatta Gümrük ve Tekel Kaçakçılığı, Ankara 1972
- 6829 Sayılı Kanun'un T.B.M.M.- T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, C. XIII, S. Sayı-
deki Görüşmeleri : sı 30 1956, sh. 8-9

MEDENİ HUKUK

BOŞANMADA MADDİ ZARAR VE TAZMİNİ (MK. m. 143/1)

Cemil DİKMEN (*)

PLAN : I — Giriş. II — Davanın Maddi Koşulları : 1 — Davalının Kusurlu Olması. 2 — Davacının Kusursuz Olması. 3 — Zarar : A — Mevcut Menfaatlerin Bozulması İle Uğranılan Zararlar. B — Beklenen (Muntazar) Menfaatlerin Bozulması İle Uğranılan Zararlar. 4 — Nedensellik (İlîyet Bağı). III — Davanın Şekle İlişkin Koşulları : 1 — İsteme Bağı Oluşu. 2 — Tazminatın İstem Süresi. 3 — Evliliğin Boşanma İle Sona Ermesi. IV — Maddi Tazminatın Saptanması : 1 — Tazminatın Tutarı. 2 — Tazminatın Şekli. V — Davada Taraflar ve Dava Ehliyeti : 1 — Genel Olarak. 2 — Davada Taraflar : A — Davacı. B — Davalı. 3 — Dava Ehliyeti. VI — Yetkili Ve Görevli Mahkeme : 1 — Görevli Mahkeme. 2 — Yetkili Mahkeme. VII — Yargılama Giderleri : 1 — Harçlar. 2 — Taraflarca Ödenen Yargılama Giderleri. 3 — Avukatlık Ücreti. VIII — S o n u ç .

I — G İ R İ Ş

Ailenin, eşlere, çocuklara, devlete ve topluma yararlı olabilmesi, normal düzen içinde varlığını sürdürmesi, karı-kocanın karşılıklı görevlerini yerine getirmesi, eşlerin ve çocukların birbirlerine karşı sevgi, saygı, güven duyguları ile olanaklıdır. Bütün bunların tersinin oluşması, aile düzeninin temelden sarsılması, taraflar için çekilmez hâle gelmesi durumunda, evlilik birliğinin sürdürülmesi yarar yerine, zarar verici duruma gelir. Bu duruma göre boşanma, sağlıklı bir şekilde süreklilik amacı ile kurulan ve fakat çeşitli nedenlerle, eşlerce yürütülemeyen evliliğin ortadan kaldırılması olmaktadır.

Evlilik birliğinin doğumu, tümüyle eşlerin özgür iradelerine bırakılmış olduğu hâlde, evlilik bağının kopması, bu tür bir özgürlük içinde, tarafların isteklerine terkedilmiş değildir. Bunun nedeni, evlilik birliğinin kurulması ile onun, topluma maledilmiş olmasıdır. Artık, bu birliğin sürdürülmesinde veya bozulmasında eşler gibi, çocuklar ve toplumun da zarar ve yararlarının söz konusu olmasıdır. Evliliğin, eşlerin sınırlı, gereksiz, haklı olmayan nedenlerle dağılmasını kabul etmek, tarafların yararı ile bağdaşmaz. Bu nedenle, Medenî Yasamız, boşanma nedenlerini ve boşanmanın doğurduğu sonuçları, tümüyle eşlerin iradelerine bırakmamıştır. Eşler, çocuklar ve toplumun yararlarını da gözönünde tutarak düzenlemiştir.

(*) Yargıtay 2. HD. Tetkik Hâkimi.

Evlilik birliği, bütün çabalara ve isteklere karşın, sürdürülemez duruma geldiği takdirde, çıkar yol olarak hâkim tarafından boşanmaya karar verilecektir.

Boşanma ile, evlilik birliği kesin olarak sona erer. Evlilik birliğinin eşlere yüklediği hak ve ödevler ortadan kalkmış olur. Boşanma, eşler yönünden önemli parasal sonuçlar doğurur. Bunlar, maların tasfiyesi (M.Y. m. 146/I), eşlerin birbirinin mirasçısı olma haklarını yitirmeleri (M.Y. m. 146/III), kusursuz eşin maddî ve manevi tazminat istemi hakları (M.Y. m. 143/I-II), yoksulluk nafakası (M.Y. m. 144) dır.

Konumuz ise, Medeni Yasamızın 143/I. maddesinde yer alan, boşanma hâlinde kusursuz eşin boşanma yüzünden uğradığı maddi zarar ve tazminidir.

Boşanma hâlinde maddi tazminat, Türk Hukukuna, 1926 tarihinde yürürlüğe giren Medenî Yasamızla getirilen, yeni bir kurumdur. Daha önceki hukukumuzda benzer bir tazminat türü yoktu. Her ne kadar 1926 öncesinde, ülkemizde uygulanan İslâm Hukukundaki «Mehir», bu konuda akla gelebilirse de, gerek öğretide, gerekse yargısal kararlarda, mehrin, tazminata niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir.

Eşlerden birinin kusuru ile oluşan boşanma, genellikle kusursuz eşin, malvarlığında bir azalmaya yol açar. M.Y. nın 143/I. maddesinde yer alan tazminatın amacı, kusursuz eşin, diğer tarafın kusuru ile oluşan boşanma yüzünden, şimdiki ve beklenen maddi çıkarlarında, zararlarının giderilmesinden ibarettir.

M.Y. m. 143'ün öngördüğü tazminatın dayanağı cezaî değildir. Yâni, toplum adına hareket eden devletin, ilgiliye yüklediği bir ceza olmadığı gibi, cezaî ve tazmin hukukunun bir karışımı da değildir. Bu tazminat, ancak ve ön plânda boşanma yüzünden bir zararın varlığı hâlinde hükmolunabilecektir. Eğer, boşanma olayı kusursuz eşe herhangi bir zarar vermemiş ise, tazminata da gerek yoktur. M.Y. m. 143'ün amacı, kusurlu eşi boşanmaya neden olduğundan dolayı cezalandırmak olsaydı, kusurlu eşi, bir zarara uğrasın veya uğramasın, kusursuz eş yararına bir tazminatın ödenmesi öngörülürdü. Diğer yünden, ödenecek tazminat tutarı, kusursuz eşin neden olduğu zarar tutarı ile orantılıdır. Her hâlde, ödenecek tazminat, gerçek zarardan çok olmayacaktır. Burada, kusurun temel bir işlev olduğunu unutmamak gerekir. Çünkü, kusuru tazminatın zorunlu bir unsuru olduğu gibi, bir takdir un-

suru olarak da önemi büyüktür. Ancak, bu boşanma durumundaki tazminatın cezaî bir nitelik vermeye yeterli değildir. Bu nedenle, M.Y. m. 143'deki tazminatın, cezai bir niteliği olmayıp, boşanma yüzünden haksız bir şekilde uğranılan zararların giderilmesi amacını güder. Bu da, kusursuz eşin malvarlığının, kısmen veya tümüyle eski duruma getirilmesi ile olabilir.

Bu hükmün, Borçlar Yasasının tazminat hukuku ilkelerine ve hukukun genel ilkelerine de aykırı olmadığı kanısındayız. Nasıلكi, en basit bir akdin bozulmasında veya bir haksız eylemde en küçük orandaki zararlar, istenilebiliyorsa, evlilik birliği gibi, eşleri, çocukları, toplumu yakından ilgilendiren, yukarıdan beri önemi ve haksız bir şekilde bozulmaması gerektiği açıklanan bir birliğin yıkılması hâlinde, buna neden olandan, kusursuz eşin uğradığı maddi zararını isteyebilmesi çok doğal ve adalete uygun düşer. Aslında, verilecek tazminatla yıkılan aile düzeninin gerçek zararının karşılanması olanağı da yoktur.

M.Y. m. 143/1. maddesindeki maddi zararların nelerden oluşmuş olduğunu saptamak, gerçekten güçdür. Maddenin daha anlaşılır, kolay uygulanabilir biçimde düzenlenmesi uygun olacaktır. Ancak, böyle bir güçlük var diye de, uygulamamak doğru değildir. Aslında, öğreti ve uygulamanın çabaları ile bu maddenin uygulama alanı belirlenebilir. Nitekim, Federal Mahkeme kararlarından, bu maddenin kapsamlı bir şekilde uygulandığını görüyoruz.

Ülkemizde, boşanmaların artmasına ve güncel bir konu durumunda bulunmasına karşın, M.Y. m. 143/1'in uygulanmasına rastlanmadığı bir gerçektir. Bunun çeşitli nedenleri vardır. Kanımızca, M.Y. m. 143/1'-de yer alan maddi tazminat kurumunun, ülkemizde 1926'da yürürlüğe giren M.Y. ile getirilen yeni bir hüküm olması, niteliğinin ve kapsamının iyice bilinmemesi, öğretide konunun önemli bir ölçüde işlenmemesi, uygulamanın da istek azlığı nedeni ile, yeterli olmaması, M.Y. m. 143/1'in bugünkü, eşlerin tazmin gereğini karşılamayan sonucunu doğurmuştur. Aslında, M.Y. m. 143/1, kapsamlı bir maddi tazminatı öngörmektedir. Kusursuz eşe, haksız bir şekilde yitirdiği bütün maddi zararlarını bu maddeye göre, uygun bir şekilde tazmin olanağını vermektedir. Eğer kusursuz eş, bu zararlarının nelerden oluşmuş olduğunu bilip, isteyebildiği takdirde, bizde de bu madde uygulama alanı bulacaktır. Nitekim, ileride daha ayrıntılı açıklanacağı üzere, aynı maddenin

bu günkü İsviçre uygulamasındaki duruma göre, kusursuz eş, gereğinde ömür boyu, kusurlu eşden tazminat alabilmektedir.

M.Y. m. 143'ün geniş biçimde uygulanmasının önemli bir sonucu da, haksız boşanmaları önleyici nitelikte olmasıdır. Şöyleki, evliliğe haksız bir şekilde son vermeye, boşanma nedenleri yaratmaya kalkışan eşin, bu derece çok tazminat ödeyeceği korkusu ile, bu haksız düşünce ve isteklerinden vazgeçecektir. Diğer bir anlatımla, toplumun titizlikle üzerinde durup, sağlıklı bir biçimde sürekliliğini istediği, aile birliğini basit ve gereksiz nedenler ile bozma arzularını frenleyip, caydırma da etken olacaktır.

Bu konuda Esener, «... tazminatın önleyici bir işlevi de vardır. Evlilik yükümlülüklerinden yakasını kurtarmak isteyen eş, bir boşanma nedeni ihdas suretiyle, boşanma fikrinden, tazminat isteme korkusu ile vazgeçecektir. Bu nedenle, bize göre, bu hüküm boşanmanın suistimalini önleyecek niteliktedir. Kaldığı, tazminat, boşanmayı her zaman önlemese bile, bize göre, kusurlu eşin boşanmaya neden olması ve böylelikle diğer eşini malî yönden zarara sokması, onun tazminle yükümlü tutulması için muhik gözükmektedir.» (1) demek suretiyle, aynı görüşü açık bir şekilde belirtmektedir.

Biz burada, boşanma hâlinde maddî tazminatın koşullarını, tazminat tutarını ve şeklini, Federal Mahkemeden de örnekler vererek, saptanmasını, davanın taraflarını, yetkili ve görevli mahkemeyi, geniş biçimde açıklayarak M.Y. m. 143/1'in İsviçre'de olduğu gibi, ülkemizde de uygulanma olanağı bulunduğunu, belirtmeye çalışacağız.

II — DAVANIN MADDİ KOŞULLARI

1 — Davalının kusurlu olması

Medenî Yasamızın, m. 143/1 fıkrasında, «... kabahatsiz karı veya kocanın, kabahatli olan taraftan münasip bir maddî tazminat talebine hakkı vardır.» denilmek suretiyle, tazminat, kusur ilkesine dayandırılmıştır. Herkes, davranışlarını, yasalara, ahlâka, törelere, toplumun değer yargılarına göre, ölçülü ve normal biçimde kullanmak zorundadır. Aksi hâlde, kınanır. Bu nedenle kusur, geniş anlamıyla, bir kimsenin kınanan bir tutumu olarak belirlenir. Borçlar Yasası anlamında kusur

(1) Esener, T. age. sh. 26.

ise, oluşan bir zarardan bir kimsenin sorumlu tutulmasını haklı gösteren ve hukuka aykırı olan davranıştır (2).

Kusura dayanan sorumluluğun esasını, kusur oluşturur. Kusur varsa, sorumluluk vardır. Eğer, kusur yoksa, sorumluluk da yoktur. Bir de kusur olmadığı hâlde, sorumlu olunan hâller vardır ki, bu hâllerin yasalarda gösterilmesi gerekir. Örneğin, B.Y. m. 55, 56, 58.; M.Y. m. 320, 656 gibi. Bu tür sorumluluğa, kusursuz (sebeup) sorumluluğu deniliyor. M.Y. m. 143/1'de, tümüyle kusur sorumluluğu öngörül-müş, kusursuz sorumluluğa yer verilmemiştir.

M.Y. m. 143/1'e göre maddi tazminata hükmedilebilmesi için, tazminat istenen davalı eşin kusurlu olması gerekir. Eğer davalının kusuru kanıtlanamazsa, boşanmadan dolayı maddi tazminata hükmetme olanağı yoktur. Kanıt yükü, Borçlar Yasamızdaki haksız işlemlerden doğan kusur sorumluluğu hallerinde olduğu gibi, davacıya aittir (M.Y. m. 6.; B.Y. m. 42/1). Burada öngörülen davalı kusuru, tazminat istenen eşin davranışları ile boşanmaya neden olma durumudur. Yoksa, kusurun ağır veya hafif olması, diğer bir deyimle, kusurun derecesi önemli değildir. Evlenme, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere kurulmuştur. Eşler, evlilik birliğine, maddi ve manevi varlıkları ile kendilerini vermişlerdir. Boşanmada, kusuru olmayan eş de, evlilik birliğine inanmış, devamlı olacağı düşüncesi ile, bütün varlık ve kişiliğini birliğe adanmış olduğu hâlde, diğer eşin haksız tutum ve davranışları sonucunda evlilik birliği bozulup, yıkıldığında, çıkarları zarara uğratılmış olur. İşte evlilik hayatını çekilmez hâle sokan, evlilik birliğinin dağılmasına neden olan aile hayatının yükünü omuzlarında taşımak görevinden kaçınan, yaptığı haksız ve hukuka aykırı eylem ve davranışları ile, karı - kocanın toplumdaki yerini sarsan ve boşanmaya yol açan eş, kusurlu eş durumundadır. Bu suretle, davalının boşanmaya neden olması, kusurlu sayılması için yeterli görülmektedir.

Yasamızda altı madde hâlinde düzenlenen boşanma nedenlerini, evlilik birliği üzerindeki etkileri bakımından ikiye ayırabiliyoruz. Evlilik birliği üzerindeki etkisi dikkate alınmadan, mutlak boşanma hakkı veren boşanma nedenlerine (Mutlak boşanma nedenleri), evlilik birliğini çekilmez hâle soktuğu takdirde, boşanmaya gidilenlere ise, (nisbî boşanma nedenleri) diyoruz.

(2) Gürsoy, K.T. age. sh. 330.

Medenî Yasamızda, zina (m. 129), cana kast ve pek fena muameleler (m. 130), cürüm (m. 131), terk (m. 132) de belirtilenler, mutlak boşanma nedenleridir. Bunların varlığı kanıtlandığında, hâkim boşanma veya ayrılığa karar vermek zorundadır. Bu durumda, mutlak boşanma nedenlerinin evliliği çökmez hale sokup, sokmadığı araştırılmayacaktır.

Boşanma nedenlerinin mutlak ve nisbî olarak ayrılması, konumuzla ilgili olarak, tazminat istenen eşin, boşanma açısından kusurunun saptanması bakımından, yararlı olacaktır. Şöyleki, mutlak boşanma nedenlerinden birinin bir kez meydana gelmesi, istek hâlinde boşanma için yeterlidir. Örneğin, eşlerden birinin bir tek zinası kanıtlanmışsa, diğer eşin isteği ile boşanmaya gidilir ve bu zina olayının evlilik birliği üzerindeki etkisi araştırılmaz. Hâkim, boşanma kararı vermek zorundadır. Hâkimin, burada takdir hakkı, sadece mutlak boşanma nedenleri hakkında ileri sürülen kanıtların, olayın varlığı için yeterli olup, olmadığını inceleme noktasındadır. Olay, kanıtlanmış kabul edilince, boşanma için başkaca bir yönü araştırmaya gerek kalmayacaktır. Mutlak boşanma nedenleri, kusur ilkesine dayanmaktadır. Bu tür boşanma nedenlerini meydana getiren olayların, eşin kusuru ile ortaya çıktığının kanıtlanması gerekir. Kanıtlanıp, açıkca mutlak boşanma nedenlerine dayanılarak boşanmaya karar verildiğinde, davalı eşin boşanmaya neden olan kusuru da gerçekleşmiş olmaktadır.

Nisbî boşanma nedenleri, haysiyetsiz hayat sürme (M.Y. m. 131), akıl hastalığı (M.Y. m. 133) dir. Burada hâkim, ortak hayatın bu yönden diğer eş için çökmez hâle gelip, gelmediğini araştıracaktır. Çökmez hâle gelmişse, boşanmaya karar verecektir. Haysiyetsiz hayat sürerek, evliliği çökmez hâle getiren eş de kusurludur.

Bugünkü uygulamada, senelerdir süren bir evliliğin, eşlerin iradeleri dışında (örneğin, akıl hastalığı) meydana gelen bir nedenin boşanmaya yol açmasının, onların evlilik birliğinin sağladığı yararlardan tümü ile yoksun bırakılma sonucunu doğurmaktadır ki, hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, bu tür boşanmada, eşlerin ekonomik güçleri oranında, birbirlerine bakım yükümlülüğü getirilmesinin uygun olacağı kanısındayız.

Türk Medenî Yasası Ön tasarısında, m. 143/II. fıkrasında, «Eşlerden hiçbirinin kusuru yoksa, hakkaniyet gerektirdiği takdirde, yargıç boşanma yüzünden zarar gören eşin istemi üzerine, ona öteki eş tarafından, uygun bir maddi tazminat ödenmesine karar verebilir.» denil-

mek suretiyle, yeni bir düzenleme getirilmek istenmiştir. Getirilecek bu hüküm, esas olarak yerinde bir hüküm olduğu, boşanan eşlerin gereksinmelerini karşılayabileceği, ancak hâlen yürürlükte olan M.Y. m. 143/1'in, bugünkü uygulama güçlüğü de dikkate alınarak, madde-nin daha kapsamlı, kolay uygulanır biçimde düzenlenmesinin yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

Boşanma davalarının büyük bir bölümü (% 84'ü) şiddetli geçimsizlikle ilgili, M.Y. m. 134'e dayanan davalar olmaktadır. Bu madde içine akıl hastalığı dışında diğer boşanma nedenleri de girebilmektedir.

Medenî Yasamızın boşanma hükümlerinin temelini, köklü sarsılma ilkesi oluşturmaktadır. Evlilik birliğinin devam olanağı kalmamışsa, boşanma kararı verilecektir. Bu durumda, kusur aranmaz. Ancak, eşlerin hiçbirinin kusuru olmadan, boşanma davası açılması da çok enderdir. Yukarıda belirtildiği gibi, mutlak boşanma nedenlerinin kaynağı kusurlu davranışlardır. Bunu işleyen eş de kusurludur. Davacı eş, mutlak boşanma nedenleriyle ilgili eylemleri kanıtlayınca, boşanmaya gidilecektir. M.Y. m. 134'de köklü sarsılma ilkesi temel olmakla beraber, kusur ilkesi de uygulamada da görüldüğü üzere, daha baskın durumdadır. Davacı eşin, davalıdan fazla kusurlu olmaması gerekir. (M.Y. m. 134/II). Aksi durumda, dava redde gider ve hâkim de bu durumu, kendiliğinden dikkate almakla yükümlüdür. M.Y. m. 134/ün köklü sarsılma, kusur ve elverişsizlik ilkelerini de içeren, kapsamlı bir niteliği ve uygulama alanı bulunmaktadır. Özellikle, eşlerin kusurlu davranışlarının belirlenmesi, davanın açılabilmesi, kabul edilmesi ve boşanma hükümleri yönünden önemli sonuçlar doğurmaktadır. Kusursuz eşin, maddi ve manevi tazminat hakları (M.Y. m.143), yoksulluk nafakası (M.Y. m. 144) hakları kusurla ilgilidir.

M.Y. m. 134/II de, «Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise, boşanma davasının ikame hakkı, ancak diğer tarafta aittir.» denilmek suretiyle, bu maddeye göre, davayı diğer eşe göre, az kusurlu eşin açabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, M.Y. m. 134/ün uygulanmasında, kusurun belirlenmesi önemli bir işlev olmaktadır. Kusurun daha çok hangi tarafta olduğunun saptanmasında, en önemli ödev hâkime düşmektedir. Hâkim, bilgi ve yaşama deneyimlerine göre, tarafların durumlarını saptama ve kusur kıyaslaması yapacaktır. Örneğin, zina eden kocasına, bir eşin ağzına alamayacağı derecede ağır sözlerle hareket eden kadının, kusurunun da, hiç olmazsa, kocanın de-

recesinde olduğu, Yargıtayca kabul edilmiştir (3). Burada, boşanma davasını açan eşin daha çok kusurlu olması hâli, davalı durumundaki eşe bir «itiraz» mı, yoksa bir «defi» hakkını verdiği konusu tartışmalıdır. Buradaki hakkın, def'i olduğunu kabul edersek, davalı bu hakkını kullanmadıkça hâkim, davacının daha çok kusurlu olduğunu dikkate almayacaktır. Eğer, bu hakkı bir itiraz olarak benimserssek, hâkim kendiliğinden önce davacının daha çok kusurlu olup, olmadığını incelemesi, davacının çok kusurlu olma durumu yoksa, davaya devam etmesi gerekmektedir.

Yargıtay, hâkimin davacının daha çok kusurlu olduğunu, kendiliğinden, gözönünde tutmakla yükümlü olduğunu kabul etmekle, itiraz olduğu görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, Yargıtay, karısı hakkında zinadan ceza mahkemesinde hüküm alan kocanın, karısının açtığı boşanma davasında, onun bu zina nedeni ile daha çok kusurlu olduğunu savunmasını, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmemiştir (4).

Bu çekilmez geçimsizlik, bazı durumlarda eşlerin herhangi birinin kusuru olmadan da meydana gelebilir. Örneğin, tedavisi mümkün olmayan ağız kokusu veya cinsel organların cinsel ilişkiye elverişsiz olması gibi durumlarda, meydana gelen çekilmezlikle, tarafların herhan-

(3) 2. H.D.'nin 8.2.1975 gün ve 9170/9320 sayılı kararı.

(4) HGK'nun 2/191 E. ve 66 K. sayılı kararında, «...ile zinası sabit olan davacı karının açtığı boşanma davasında kocası, davalının şiddetli geçimsizliğe sebebiyet verdiği, toplanılan ve tartışılan delillerle, gerçekleşmediğine, zina gibi bir sebeple kusurlu bulunan davacının boşanma davası açmaya hakkı bulunmadığına ve Hukuk Yargılamaları Usulü Kanununun 79. maddesi gereğince, davalıdan dava açması istenemeyeceğine göre, davanın reddine ilişkin kararın onanması gereklidir. Böyle durumlarda, davalının savunma hakkını kötüye kullandığı ileri sürülerek, davacıya aşında sahip olmadığı bir dava hakkı tanınmaz. Medenî Kanununun 134. maddesinde öngörülen dava hakkına ilişkin şartlar, Türk Hukukunda hâkim tarafından kendiliğinden gözönünde tutulacağından dolayı ve böyle durumların davacı tanıklarının sözleriyle dahi, anlaşılmış bulunması karşısında savunmanın kötüye kullanılmasından söz edilemez, dinleme kararının onanmasına» denilmektedir (Yazıcı - Atasoy, H.H. age. sh. 281).

gi bir kusuru olmadan, boşanma kararı verilebilmektedir (5). Eşit kusurda dava açılabilceği gibi, yine eşit kusurda, boşanmaya da karar verileceği kabul edilmektedir (6). M.Y. m. 134'ün uygulanmasında, çekilmez geçimsizlik, çok kez eşlerden birinin veya her ikisinin kusurlu hareketlerinden doğmaktadır. Hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı genel ilkesi, M.Y. m. 134'de uygulama alanı bulmuş, daha çok kusurlu olanın, boşanma davası açamayacağı kabul edilmiştir. Burada, davacının haklılığı, davalıdan daha az kusurlu olmasına bağlanmıştır (7). Bu durumda, M.Y. m. 134'e göre açılan boşanma davalarında, boşanmaya karar verilmesi durumlarında, ya davacı ve davalıya kusur yüklenemiyor, ya davacı ve davalı eşit kusurlu oluyorlar veya çoğu kez, davacının davasının kabul edilebilmesi için, davalıdan daha çok kusurlu olmaması gerekiyor.

Bu açıklamalar, davalının, boşanma davası açısından, kusurunu belirtmeye yöneliktir. Davalı, kusuru ile boşanmaya neden olmuşsa, kendisinden kusursuz eş, maddi tazminat isteyebilecektir. Eğer, davalının boşanmada herhangi bir kusuru yoksa, tazminat söz konusu olmayacaktır. Ancak, tazminat hesap edilirken, davacı ve davalının kusur oranları, diğer etkenlerle birlikte, tazminat yönünden de saptanması gerekeceği açıktır.

-
- (5) HGK.'nun 20.1.1965 gün ve E. 515/D-2 K. 40 sayılı kararında, «Şiddetli geçimsizlik sebebine dayanan boşanma davasında, her iki tarafın kusursuz olması halinde dahi, boşanma kararı verilebilecektir. Ancak, eşler arasında şiddetli geçimsizlik sayılabilecek olaylar geçmemiş ise, Medenî Yasanın 134. maddesindeki dava şartı gerçekleşmiş olamayacağından, davanın reddi gerekir» denilmiştir (Yazıcı/Atasoy, H.H. age. s. 277).
- (6) HGK.'nun 14.10.1964 gün ve E. 777/D-2 K. 620 sayılı kararında, «Geçimsizlik yaratmakta, karı ve kocanın eşit derecede kabahatli olmaları halinde, eşlerin boşanmalarına karar verilebilir» denmiştir (Yazıcı/Atasoy, H.H. age. sh. 278). İki taraf da eşit derecede kusurlu bulunmaları halinde, taraflardan her biri, boşanma davası açabilir, bu takdirde M.K. m. 134/II'nin dayandığı hukukî temel söz konusu olmaz.
- (7) HGK.'nun 27.10.1965 günlü E. 868/D-2 K. 395 sayılı kararında, «Medenî Kanununun 134. maddesine dayanan davada, davacı kocanın haklı olabilmesi, davalıdan daha az kusurlu olmasına bağlıdır. Toplanan deliller, davacıya dava hakkı verecek nitelikte değildir» denilmiştir (Yazıcı/Atasoy, H.H. age. sh. 277). Aynı eser, sh. 319'da 2. H.D.'nin 7.6.1961 günlü E. 2646 K. 3363 sayılı kararında, «Geçimsizliğe müsteniden dava açabilmesi için, davacının haklı bulunması ve geçimsizliğin de şiddetli olması icap eder» denilmiştir.

2 — Davacının kusursuz olması

Buradaki kusursuz olma deyiminin anlam ve niteliğini belirtmek önemli bir işlev olmaktadır. Davacının tümüyle, kusursuz olması mı gerekir? M.Y. m. 143/1'de, «..... kusursuz karı veya koca.....» olarak, belirtilmiştir. İlk bakışta, yasa metninden mutlak kusursuzluk anlamı çıkmaktadır. Yasayı bu mutlak şekli ile yorumlarsak, M.Y. m. 143/1, pratik anlamını yitirir. Çünkü, boşanma davalarında, bir tarafın tam kusursuz olması, çok az rastlanan bir durumdur.

Öğretide, kusursuz olma deyiminin, mutlak kusursuzluk olarak yorumlanmasının doğru olmayacağı görüşü benimsenmiştir (8). Federal Mahkeme, önceleri yasa metninden çıkan katı anlayışa bağlı kalıyordu (9). Adı geçen mahkeme, zamanla kusursuz eş kavramını devamlı genişletti. Önce şu ölçüyü kullandı : Tazminat isteyen eşin, herhangi bir kusuru ile evlilik birliğinin bozulması arasında neden ve sonuç ilişkisi var mıdır? Böyle bir ilişki saptanırsa, tazminat isteyen eşin kusurları olmakla beraber bunlar, birliğin bozulmasına neden olan diğer olaylara oranla, ikinci derecede kalıyor veya birtakım kışkırtmaların, tahriklerin basit birer sonucu olmaktan ileri gitmiyorsa, onu yine kusursuz sayıyordu (10). Diğer taraftan, tazminat isteyen eşin, ağır bir kusuru varsa, (boşanmaya bu kusur değil de, başka olaylar neden olsa bile) tazminat isteği reddedilmelidir. Çünkü, evlilik birliğinin yüklediği görevleri yerine getirmekte, bizzat ağır bir kusur işleyen kadının ve kocanın, diğer eşin kusurundan yararlanıp tazminat istemesi, dürüstlük kuralına aykırı sayılıyordu (11). Federal Mahkeme, sonradan, bu kararı da yetersiz buldu. Kusursuz eş kavramını daha da genişletti. Bu son karara göre, davranışları ile, evlilik birliğinin bozulması arasında, neden ve sonuç ilgisi bulunan iş bile, eğer diğer eşe oranla daha az kusurlu ise, tazminat isteyebilecektir. Böylece, Federal Mahkeme, M.Y. m. 143/1'in öngördüğü «kabahatsiz (kusursuz) olmayı, artık evliliğin bozulmasına etki yapacak derecede kusurlu olmamak anlamında yorumlamaktan vaz-

(8) Feyzioğlu, N.F. age. sh. 314; Akıntürk, T. age. sh. 234; Tekinay, S.S. age. sh. 241; Schvarz, age. sh. 173; Egger, A. age. sh. 229.

(9) BGE 60 II 392 = jdT 1935 I 201; BGE 71 II 522 = jdT 451 475; Tekinay, S.S. age. sh. 241 ve dipnot 12.

(10) BGE 93 II 287 = jdT 1968 I 379 Tekinay, S.S. age. sh. 242 ve dipnot 12 a.

(11) BGE 90 II 71 = jdT 1964 I 633 Tekinay, S.S. age. sh. 242 ve dipnot 12 b.

geçmiştir (12). Nedeni, böyle bir ölçü kullanılması, güçlülere neden oluyor, âdil sonuçlara götürmüyordu. Buna göre, zina yapan bir kadın bile, icabında kusuru daha ağır olan diğer eşten, tazminat isteyebilecektir. Örneğin, yıllardır kocası tarafından yalnızlığa terk edilen kimse-siz bir kadının, sadakatsizliği durumunda, koca tazminat vermekle yükümlü tutulabilecektir (13). Ancak, tazminat tutarı hesap edilirken, hâkim eşlerin kusur durumlarını dikkate alıp, B.Y.m. 44'ü uygulayarak, tazminat tutarında indirme yapabilecektir (14). Bu görüş, öğretide de kabul edilmektedir. Federal Mahkeme de, kararlarında bu noktayı benimsemiştir (15). Tazminat isteyen eşin, tam kusursuz olmasının gerekmediği, karşılıklı (müterafik) kusurun ancak, tazminatın indirilmesini gerektireceği Yargıtay'ca da kabul edilmektedir. Nitekim, 2. HD. 6.1.1961 günlü ve E. 7070 K. 89 sayılı bir kararında, «Boşanma sebebi ile menfaati haleldar olan tarafın manevî tazminat isteyebilmesi için, büsbütün kusursuz olması meşrut olmayıp, kusurun, aleyhine boşanma davası ikamesini icabettirecek derecede olmamasını gerektirir. Müterafik kusur, ancak tazminatın tenkisini muciptir... manevi tazminat ve yoksulluk nafakasına taalluk eden talebin reddi isabetsiz görüldüğünden bozulmasına» (16) denilmiştir. Bu kararda da görüldüğü üzere, Yargıtay davacının kusur durumunu, Federal Mahkeme görüşü yönünde yorumlamaktadır. Ancak, Federal Mahkemenin davacının kusuru ile ilgili son kararından sonra, Yargıtayın bir kararına rastlanmamıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere, eşlerin kusurlarının eşit olduğu hâllerde de, boşanma davası açılabilen ve eşit kusurda boşanmaya da karar verilebilmektedir (17). Acaba, eşlerin kusurunun eşit olması halinde tazminata hükmedilebilecek mi? Yargıtay, eski bir kararında, eşit kusurda tazminat istenemeyeceğini belirtmiştir. Bazı yazarların da aynı görüşe katıldıkları anlaşılmaktadır (18). Eşit kusurda tazminata hükmet-

(12) BGE 98 II 9 = jdT 1972 I 582 Tekinay, S.S. age. sh. 242 ve dipnot 13.

(13) BGE 98 II 161 = jdT 1973 I 254.

(14) Tekinay, S.S. age. sh. 242; Akıntürk, T. age. sh. 224; Feyzioğlu, N.F. age. sh. 314; Schwarz. age. sh. 173; Egger, A. age. sh. 230.

(15) BGE 99 II 353 = jdT 1975 I 34 Tekinay, S.S. age. sh. 242 dipnot 13 a.

(16) Yazıcı/Atasoy, H.H. age. sh. 656.

(17) Bkz. Yuk. II-1.

(18) Oğuzoğlu, H.C. age. sh. 117; Velidedeoğlu, H.V. age. sh. 257 dipnot 15 2. H.D. 25.2.1946 E. 4273 K. 934 İct. Kâmil Tepeci, age. sh. 149; Dalamanlı, L. age. sh. 93; Çandarlı/Berki, Ş. age. sh. 93.

memenin, tazminat hukuku ilkelerine aykırı olduğu kanısındayız. Şöyle ki, diğer eşin kusuru, müterafık kusurdur. B.Y. m. 44'e göre, bir indirme nedenidir. Eğer diğer eş de, karşılık dava ile tazminat istese dahi, hesap sonunda hangi tarafın boşanma yüzünden fazla zarara uğradığı saptanıp, ona göre karar verilecektir. Öte yandan genellikle, uygulamada görüldüğü gibi, boşanma kararlarında iki taraf da kusurlu denilmektedir. Bunun yeterli olmayıp, tazminat açısından da değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle, eşit kusur durumunda da tazminat istenilebilmelidir.

3 — Zarar

Genel olarak maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında, isteği dışında meydana gelen ekonomik bir eksilme olarak tanımlanır. Nasılki, Borçlar Yasasının 41. maddesinde belirtilen, kusura dayanan maddi tazminat sorumluluğunda zarar, haksız bir eylemin unsuru ise, boşanma hâlinde maddi tazminatın da bir unsurudur. Boşanma sonucunda, bir maddi tazminata hükmedilebilmesi için, boşanma yüzünden bir zararın meydana gelmesi, koşuldur. Eğer, bir zarar meydana gelmemiş ise, maddi tazminat söz konusu olmayacaktır. Buradaki zarar, evlilik birliğinin bozulması sonucu doğan bir zarardır. Boşanma hükümleri ile ilgili olarak, haksız eylemlerden ayrıca düzenlenmiştir. Kusursuz eş, boşanmanın neden olduğu malvarlığındaki eksilmeyi maddi tazminat olarak isteyebilecektir. Boşanmadan ileri gelmeyen zararlar, burada maddi tazminat olarak istenemeyecektir.

Medenî Yasanın 143/l. maddesinde, «Mevcut ve hatta muntazar bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan» denilmek suretiyle, maddi zararlar genel olarak belirtilmiştir. Bu durumda, boşanmadan doğan maddi zararların neler olduğunu açıklayabilmemiz, var olan ve beklenen çıkarların neleri kapsadığını çözmemize bağlıdır. Yasada, kusursuz eşin boşanma ile yitirdiği maddi zararları tek tek saymayıp, genel olarak belirtmekle yetinmiştir. Bu zararların kapsamı, tarafların durumuna göre değişecektir. Var olan ve beklenen (muntazar) çıkarlar, oldukça kapsamlı zararları içermektedir. Bunların içerisine neler girer, neler girmez, öğreti ve uygulamanın çabaları ile belirlenebilecektir. Bu tür çıkarların boşanma yüzünden bozulması, yitirilmesi ile uğranılan zararları ayrı ayrı incelememiz yararlı olacaktır.

A — Mevcut menfaatlerin bozulması ile uğranılan zararlar

Burada, mevcut çikardan amaç, evlilik birliği devam etse idi, kusursuz eşin elde etmeye devam edebileceği zararlardır. Diğer bir anlamla, evlilik birliğinin sağladığı ve Şimdi fiilen yitirilen çikarlardır. Kusursuz eşin malvarlığının boşanmadan önceki durumu ile, sonraki durumu arasında ortaya çikan eksiklik, uğranılan zararı gösterir.

Bakım tazminatı: Bu tür mevcut zararların başında, kusursuz eşin bakımdan yoksun kalmasından dolayı uğradığı zarar gelir. Örneğin, evlilik sürse idi, koca, karısına bakacak, onun her türlü gereksinmelerini uygun bir Şekilde karşılayacaktı. Boşanma durumunda ise, kadın bu yararlarını yitirecek, koca, bakma zorunluluğundan kurtulacaktır. Burada, kadının malvarlığında bir eksilme meydana geldiğinden, mevcut yararların yitirilmesinin karşılığı olarak bir tazminat istenebilecektir. EŞe bakma yükümlülüğünün mevcut mu, beklenen bir çikarmı olduğu, tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, Şimdiye ilişkin, bazılarına göre ise, ileriye ilişkin bir çikardır. Çözüm Şekline göre, bakılma hakkının yitirilmesi, hem Şimdiki hem de ileride meydana gelecek bir zarardır. Gerçekten boşanma ile, bakılmanın sona ermesi, mevcut bir zarar olduğu kadar, gelecekte bazı zararları meydana getirici niteliktedir.

Federal Mahkeme, kararlarında, bakım yükümlülüğünden (infak ve iŐeden) yoksun kalmanın bir maddi zarar olduğu, tazminin istenilebileceği kabul edilmiştir (19). Aynı mahkeme diğer bir kararında, M.Y. m. 144'de de bakımdan söz edildiğini, bununla beraber bakılma hakkının yitirilmesinden dolayı, bir tazminat istenmesinin, M.Y. m. 144 koşullarının varlığına bağlı olmadığını, M.Y. m. 143/1'in kullandığı genel deyimden, bu maddenin, M.Y. m. 144'ü kapsadığı, bu son hâlde de, kusursuz eşin naf akaya muhtaç olmasının koşul olmadığını belirtmiştir (20).

M.Y. m. 143/1'de bakım tazminatı yönünden, karı koca arasında bir ayırım yapılmamıştır. Koca, kusursuz olma koşulu ile, kusurlu olan karısından bu tür bir tazminat isteyebilir. Bununla beraber kusurlu eşin tazminat yükümlülüğü bakımından bir ayırım yapılarak, konuyu incelemek yerinde olacaktır.

(19) Esener, T. age. sh. 50 ve dipnot 6 RO II 393 = jdT 1935 I 204.

(20) Esener, T. age. sh. 50'de dipnot 8'de RO II 394 = jdT 1935 P 205.

Kusurlu olan koca ise, kadının uğradığı zararı saptamak daha kolaydır. M.Y. m. 152'de, «Koca, birliğin reisidir... karının ve çocukların münasip veçhile iâşesi ona aittir.» denilmektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, koca, karısına uygun bir şekilde bakmakla, onu besleyip geçindirmekle yükümlüdür. Bu bakım, bütün yazarlarca da kabul edildiği üzere, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ölçüsündedir. Bu suretle, bakım tazminatı, kusursuz eşin, boşanma sonucunda, kocanın kendisine bakma yükümlülüğünden kurtulmasından dolayı, malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesi olmaktadır. Bakım tazminatının niteliği ve kapsamı, uygulama ile belirlenebilecektir. Bu konuda Yargıtay uygulamasına rastlanılamamıştır. Bu nedenle, bazı Federal Mahkeme kararlarını burada belirtmek yararlı olacaktır.

Federal Mahkeme bir kararında, «Kadının, kocası tarafından bakılması hakkı, onun boşanma ile yitireceği haklardandır.» demek suretiyle, bu bakım tazminatının boşanma hâlinde kusursuz kadın tarafından istenebileceği kabul edilmiş bulunmaktadır (21). Federal Mahkeme, diğer bir kararında da, «Zorunluluk nedeniyle, evlilik sırasında çalışmamış olan bir kadın yararına da bakılma olanağından yoksun kalmadan ötürü tazminat hükmedilebilir.» demiştir (22).

Bugün, ülkemizde olan uygulamada, karı koca birlikte iseler, koca M.Y. m. 152'ye göre, karısına sosyal ve ekonomik durumuna uygun olarak bakmakla yükümlüdür. Evlilik birliği çözülmeden haklı nedenler ile (M.Y. m. 161), ayrı konut edinme (M.Y. m. 162/I), boşanma davası devam ederken (M.Y. m. 137, 162/II), gibi nedenlerle, ayrı yaşama hâllerinde kocanın, karısına uygun tedbir nafakası vermesi kabul edilmekte hattâ, kadın ne kadar zengin olursa olsun, yine de kocasının bir miktar nafaka vermesi zorunlu görülmekte ve aksi düşüncesün, M.Y.m. 152/II'yi ortadan kaldırmak olacağı, Yargıtay kararlarında kabul edilmiştir (23). Bu nedenle, boşanan kusursuz kadının bakım tazminatında, bu uygulamanın da dikkate alınması gerekmektedir. Şöyleki, evlilik birliği devam ederken, varlığı kabul edilen bir hak, birliğin haksız bozul-

(21) RO 90 II 69 = jdT 1964 63.

(22) RO 95 596 = jdT 1971 351.

(23) Başaklar, E. age. sh. 46'da 2. H.D. 10.9.1973 E. 5422 K. 4655 sayılı kararı, benzer 2. H.D. 15.3.1976 E. 836 K. 133 sayılı kararında, «Hâkimin müdahalesi (M.K. m. 190) söz konusu olmadıkça, kadının şahsî gelirinin bulunması, kocanın nafaka borcunu ortadan kaldırmaz» denilmiştir.

masında, kusursuz eşçe, maddi bir zarar olarak istenebilmesi, haksız bir istek niteliğinde olmayacaktır.

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, kusursuz kadının yoksun kaldığı bakım alacağı ile ilgili maddi tazminat istemi, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarına, iş bulma zamanı, evlilik süresine, yaşlarına çalışabilme olanaklarına, evlenebilme durumlarına, kadın çocuklarına bakıyorsa, onların yetiştirilmesi ile uğraştığından çalışma olanağı bulunmasına göre değişecek ve kadının evlilik sonrası hayata uymasını sağlayabilecek nitelikte olacaktır. Örneğin, eşlerin çalışamayacak yaşta boşanmaları veya boşanan eşin genç olmasına rağmen, çalışma ve evlenme olanağına sahip olmaması gibi durumlarda, boşanmaya kusuru ile neden olan koca, kadının isteği hâlinde, ölünceye kadar bir bakım tazminatını, M.Y. m. 143/1'e göre ödemek zorunda kalabilecektir.

Koca, kusursuz olur ve kadının kusuru sonucu, boşanma meydana gelmişse, kocanın isteği hâlinde bu tür bir maddi tazminata hükmetme, bazı zorluklara rağmen olanak dahilindedir. Acaba, koca, bu yüzden bir zarara uğruyor mu? Bununı saptanması da, kadının evin bakımına yardım edip, etmediğinin belirlenmesi ile olanaklıdır. Öğretide, kadının evin bakımına ancak, ikinci derecede yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Kadının, yalnız mânen değil koca sıkıntı içinde ise, kişisel malları ile de, birliğe yardımda bulunmalıdır. Bu durumda koca, muhtaç değilse, boşanma yüzünden bir zarara uğramamaktadır. Bu muhtaç olmama süresi de, dikkate alınacaktır.

Bununla beraber, boşanmadan önce evin bakımının kadın tarafından yapıldığı hâllerde, boşanma nedeni ile kocanın, şimdi ve eylemsel bir zarara uğradığı söylenebilir.

Kadının, kocasını geçindirmekle yasaya göre sorumlu değilse de, koca, Medenî Yasanın 151. ve 190. maddelerine göre, karısının ev masraflarına katılmasını isteyebilir (24). Yargıtay'ın bir kararında da, «Koca, zarurete düştüğü takdirde, kadın gücü yettiği kadar ona, maddi yardımda bulunmaya mecburdur. Ancak, kadının bu yük altına sokulması hâlinde müzayakaya düşmemesi, nefsinin zorlamaması gerekir. Kocanın infak borcu, mutlak ise de (MK. m. 152), kadının mükellefiyeti, belirtilen şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu bakımdan, kadın kocasına

(24) 2. H.D.'nin 18.1.1979 gün 817/1558 sayılı kararı.

yardım için çalışmaya zorlanamaz» (25) denilmiştir. Kusursuz koca, boşanmaya neden olan kadından uğradığı maddi zararı, (M.Y. m. 143/1) isteyebilecektir. Örneğin, kocanın geliri yok veya çok az, kadının ise, ekonomik durum iyi ve evin bakımını büyük ölçüde sağlıyorsa, böyle bir durumda boşanma meydana geldiğinde, kusursuz koca, maddi tazminat isteyebilecektir. Diğer taraftan, karı kocanın kabul ettikleri mal rejimlerinin kocaya sağladığı yararlar varsa, koca, bunların yitirilmesinden dolayıda, maddi tazminata hak kazanır.

Evlilik birliğinin dağılmasından dolayı, bakım tazminatı dışında daha pek çok, kusursuz eşin eylemsel olarak uğradığı zararlar olabilir. Örneğin, kadının, kocasının bulunduğu şehirden ayrılıp, kendi kasabasına gitmesi, orada yerleşmek zorunda kalması hâlinde, yol masrafları, yeni eşya bulmak ve yaptığı giderler, mevcut zararlara girer (26).

Boşanma sonunda, ayrı bir ev kiralamak zorunda kalan kusursuz eş, kira parasını da, mevcut yitirilen çıkarlar olarak isteyebilir, kanısındayız. Şöyleki, evlilik birliği haksız bozulmasa idi, genellikle kadın, kira pafası ödemek zorunda kalmayacaktı ; boşanma ile kira parası ödemesi, malvarlığında bir azalmaya yol açacaktır. Bu durumda, boşanma sonucunda kocasından konut parasını, maddi tazminat olarak isteyebilir. Ancak, bu kira tazminatı, uygun tutar ve sürede kalacaktır.

Karı kocanın birbirinin işyerlerinde çalışarak gelir sağlaması durumunda, evlilik birliği dağılınca, gelecek için bu olanağı yitirmelerinde de, tazminat söz konusu olur (27). Kocasını ile birlikte yürüttüğü işini, boşanma yüzünden terketmek zorunda kalmasından doğan zararlar da, mevcut zararlara girer (28).

Karı koca mallarının idaresi ile ilgili olarak, evlenme öncesi veya sonrası aralarında, evlenme sözleşmesi yapabilirler. Bu sözleşmeler, boşanma hâlinde, M.Y. m. 146/III gereğince sona erer. Bu evlenme sözleşmesinden doğan yararların ve hakların yitirilmesi, kusursuz eşin, diğerine ait malları sermayeyi geri verip, işletmeyi sona erdirmesinden doğan zararlar da, mevcut zararlardır.

(25) 2. H.D.'nin 29.3.1973 gün ve 1920/1944 sayılı kararı.

(26) Tekinay, S.S. age. sh. 243.

(27) Tekinay, S.S. age. sh. 244.

(28) Tekinay, S.S. age. sh. 314.

Boşanmaya neden olan olay, haksız eylem niteliği taşıyorsa, bundan doğan zararların, M.Y. m. 143/l içinde mi, yoksa B.Y. m. 41'e göre ayrıca mı, isteneceği tartışmalı olduğu görülüyor :

Tekinay, «Örneğin, kocasını zina hâlinde yakalayan bir karı, bu yüzden sinir krizleri geçirip, aylarca tedavi görmek zorunda kalırsa, hastahane tedavi ve ilâç masrafları da mevcut menfaat kaybıdır.» (29). Karahasan, «Kocanın cana kast ve pek fena muameleleri yüzünden sağlığı bozulan, beden ve ruh tamlığı ihlâl edilen kadın, iyileştirme giderleri (doktor, hastahane, ilâç v.s.) yapmışsa durum böyledir. Genellikle, bu tip davranışlar haksız eylem sorumluluğunu doğurduğu için, BY m. 41 ve ardından gelen hükümlere de dayanılabilir» (30). Velidedeoğlu, «Eşlerden birinin diğerine zührevi bir hastalık aşılması sonrasında çıkan geçimsizlik yüzünden boşanmaya karar verilmişse, kusursuz olan eş, bu hastalığın tedavisi masraflarını, maddi tazminat olarak talep edebilir. Boşanmaya sebep olan olay, bir haksız fiil teşkil ediyorsa, kusursuz olan eş, B.Y. nundaki haksız fiillere dair m. 41 hükümlerine dayanılarak, ayrıca tazminat isteyebilir. Örneğin, cana kast ve pek fena muameleler yüzünden, sıhhati haleldar olan eş, sarfettiği, doktor, hastahane, ilâç masraflarını, haleldar olan diğer malî menfaatleri ile birlikte, kusurlu olan eşten talep etmek hakkına haizdir» (31), demişlerdir.

M.Y. m. 143/l'de yer alan mevcut ve beklenen yararların, boşanma yüzünden yitirilmesi söz konusudur. Bu nedenle, tartışılan haksız eylemlerden doğan zararların B.Y. m. 41 ve devamındaki maddelere göre, ayrıca istenmesi gerekeceği kanısındayız.

Evlenmede yapılan masraflar, evlenme nedeni ile verilen hediyeler, maddi tazminat olarak istenemez (32).

Koca tarafından kadına verilen hediyeler, tazminat davasına esas alınmaz. Koşulları varsa, hibeden cayma davası açılabilir (33).

(29) Tekinay, S.S. age. sh. 243.

(30) Karahasan, M.R. age. sh. 524.

(31) Velidedeoğlu, H.V. age. sh. 256.

(32) Akıntürk, T. age. sh. 233'de 2. D.H.'nin 2.10.1951 günlü 6042/6233 ve 2. H.D.'nin 21.1.1947 günlü 3288/282 sayılı kararları.

(33) Çandarlı/Berki, Ş. age. sh. 93.

Bu suretle, M.Y. m. 143/1'de yer alan, mevcut çıkarların yitirilmesinden doğan zararlara nelerin girip, nelerin girmeyeceğini belirtmeye çalıştık. Daha önce de açıkladığımız gibi, M.Y. m. 143/1'de yer alan zararlar, maddede tek tek sayılmamıştır. Taraflara, olaylara göre değişecektir.

B — Beklenen [muntazar] menfaatlerin bozulması ile uğranılan zararlar :

Beklenen çıkarların neler olduğu, yasada ayrı ayrı belirtilmemiştir. Karı kocanın durumlarına göre değişik olabilecektir. Burada, mevcut çıkarların aksine, henüz sağlanmış ve sağlanmakta olan bir çıkar yoktur. Ancak, gerçekleşmesi beklenen ve gerçekleşmesi olanak dahilinde olan, ileriye dönük yararlar söz konusudur. Bir hak, ancak onun doğumu ve varlığı için zorunlu olan bütün koşulların birleşmesi ile kazanılır. Eğer bir hakkın bazı unsurları eksikse, o zaman beklenen haklar söz konusu olur. Bir zaman süresi veya koşulun gerçekleşmesi ile eksiklik tamamlanır. Hak tümleşmiş olur. Örneğin, hayat boyu ödenecek iratlar, henüz süresi gelmemiş olan iratlar, bir kira akdinde henüz işlememiş olan kiralar, bakım alacağında henüz vâdesi gelmeyen sürelerdeki kısımları gibi.

Burada, gelecekte doğacak bir zarar söz konusudur. Kusursuz eş, boşanma kararının kesinleşmesi ile artık evliliğin kendisine sağlayacağı çıkarlardan yoksun kalır. Bu çıkarlar, henüz o anda gerçekleşmedikleri için, var olan bir hakkın yitirilmiş olmasından söz edilemez. Bu tür haklar, evlilik birliğinin sona ermesi anında meydana gelen bir zararla ilgili olup, gerçekleşmeden hakkı meydana getirecek olan durumların meydana gelmesine kadar askıdadırlar. Boşanma, bu hakların kaynağını oluşturur (34). Hâkim, evlilik, diğer eşin kusuru yüzünden sona ermemiş olsaydı, kusursuz eş yararına, gerçekleşme olasılığı olan yararlar için, bir tazminata hükmedecektir. Diğer bir anlatımla, hâkimin hükmedeceği tazminat, evliliğin sona ermemiş olması hâlinde, kusursuz eşin evlilikten sağlayabileceği çıkarlardan ibarettir. Konunun takdiri, ileride meydana gelecek zararın olasılık derecesine bağlıdır. Bu olasılık, işlerin normal seyrine göre değerlendirilir. Zararın hemen istenmesinin yararı, kusursuz eşin tekrar hâkim huzuruna gelmesinin önlenmesidir.

(34) Esener, T. age. sh. 56.

Beklenen çıkarlardan olan, mirasçı olma hakkının yitirilmesi, ölüme bağlı tasarrufların geçersiz olması, bir hayat sigortasından yoksun kalma gibi bazı türlerini, ayrı ayrı incelemek yararlı olacaktır.

Mirasçı olma hakkının yitirilmesi

M.Y. m. 146/III'de, «boşanan karı koca, birbirlerinin kanunî mirasçısı olamaz ve evlenme mukavelesi ile boşanmadan evvel yapılmış ölüme bağlı bir tasarruf ile temin olunan menfaatleri zayi eder.» denilmektedir. Bu durumda, boşanan kusursuz eş, beklenen miras haklarını yitireceğinden, bunun bir tazminatla karşılanması gerekir. Bu hüküm, kusursuz eşin, muhtaç olacağı parasal kaynaklardan yoksun kalacağı korkusu ile, boşanmadan vazgeçmesini önler (35). Burada, öngörülen tazminat, boşanmaya rağmen, kusursuz eşin miras hakkına sahip olduğu anlamına gelmez. Miras çıkarının boşanma yüzünden yitirilmesi nedeni ile, kusursuz eşe bu konuda uygun bir tazminat verilmesi, durumu söz konusudur (36). Kusurlu kocanın miras hakkının da, burada gözönünde bulundurulup, bulundurulamayacağı tartışmalıdır. Örneğin, eğer eşin çok az bir serveti olmakla beraber, ana babasından önemli bir miras olasılığı varsa, kusursuz eş yararına hükmedilecek tazminatta bu nokta dikkate alınacak mı? Bazı yazarlar, kusurlu eşin iktisap edeceği beklenen miras hakkı, ek bir tazminat olarak dikkate alınmak gerektiğini ileri sürmektedirler (37). Aksi görüşteki yazarlar, ise, kusurlu eşin bu tür beklenen hakkının, kusursuz eşin hak iddia edebileceği beklenen haklardan olmadığını, bu tür hakkı kapsamadığını, parasız, pulsuz bir kimseyi, ona ölecek olan ebeveyiinden, ileride miras intikal edeceği bahanesiyle, şimdiden ödeyemeyeceği bir paraya hükmetmenin, hakkaniyete uygun düşmeyeceğini belirtmişlerdir (38). Bu konuda Esener, «kural olarak son görüş taraftarıyız. Çünkü, bu hâlde, masum eşin bir zarara uğradığı çok az muhtemeldir. Gerçekten, belki de böyle bir zarar meydana gelmeyecektir. Bununla beraber, bu çözüm kesin değildir. Bir miras bekleyen kocanın, kendisine bir mirasçı nasbedebilme olanağını sağlamak için, karının saklı paylı mirasçı olmasını önlemek bakımından, bir boşanma nedeni yaratması mümkündür. Bu takdirde,

(35) Esener, T. age. sh. 57.

(36) Tekinay, S.S. age. sh. 244.

(37) Esener, T. age. sh. 57 dipnot 32; Egger. age. sh. 151 N. 7; Picot, P. 67, Schwander P. 56.

(38) Esener, T. age. sh. 57 dipnot 33, Brandenberger PT 45-46, Seeger. P. 203 a.

hâkim durumun özelliğini dikkate almalı, duruma göre, ödeyeceği tazminat tutarını arttırmalıdır.» demektedir (39).

M.Y. m. 143/1'de yer alan, «beklenen menfaatler» deyiminin, kapsamlı bir özelliği vardır. Bu nedenle, kusurlu eşin, beklenen miras haklarını da içereceğinden, birinci görüşe katılmaktayız.

Bu suretle, kusursuz eş, boşanma nedeni ile yoksun kaldığı bütün miras haklarını, maddi zarar olarak isteyebilecek, hâkim buna uygun bir şekilde hükmedecektir.

Federal Mahkeme, bir kararında, «masum eşin muhtemel çıkarları üzerinde etkisi olduğu ölçüde, kusurlu eşin ilerideki muhtemel durumları, M.Y. m. 143'ün uygulanmasında dikkate alınmalıdır.» demiştir (40).

Ölüme Bağlı Tasarrufların Geçersiz Hale Gelmesinden İleri Gelen Zararlar : Burada, M.Y. m. 146/III'ün öngördüğü bir durum söz konusudur. Bir tasarruf (diğer deyimle hukuksal işlem), onu yapanın ölümden sonra sonuçlar doğurucu nitelikte ise, başka bir anlatımla hukuksal işlem, kişinin ölümü gibi, geciktirici (taliki) bir koşula bağlı ise, buna hukuk uygulamasında, ölüme bağlı tasarruf denir, diye tanımlamaktadır (41). Ölüme bağlı tasarruflar, iki şekilde yapılabilmektedir. Biri vasiyetname, diğeri miras sözleşmesidir.

Vasiyetname, veya miras sözleşmesinde öngörülen işlemlere ve yükümlülöklere, dar anlamda ölüme bağlı tasarruf denir (42). Ölüme bağlı tasarruf, sanıldığıının aksine, her hâlde kişilere yarar sağlayan bir hukuksal işlem değildir. Miras bırakan yararına vasiyet yapılanları, bazı işleri yapmaya zorlayabilir (43).

Miras bırakan, ölümünden sonra sonuç doğurmak üzere ve bu işlemden yararlanacak olanın, uygun iradesinin birleşmesi ile sözleşme yapabilir. Örneğin, bir kimsenin mirasçı nasbedilebilmesi gibi.

Miras sözleşmesi, tek taraflı olmadığından, kural olarak bir taraflı irade beyanı ile dönülemez. Ancak, mirastan ıskat nedenleri doğmuş

(39) Esener, T. age. sh. 58.

(40) RO II 51 = jdT 1958 1493, RO 94 II 217 = jdT 1970 I 222.

(41) Şener, E. age. sh. 317.

(42) Şener, E. age. sh. 318.

(43) Şener, E. age. sh. 318.

veya miras sözleşmesinde bu hak saklı tutulmuş veya karşı taraf, kendi borcunu yerine getirmemiş veya iradeyi sakatlayan durumların varlığı kanıtlanmış ise, miras sözleşmesinden tek taraflı dönülebilir (44).

Vasiyet, kişinin son arzuları, diğer bir anlatımla, ölümünden sonra, yapılmasını veya yapılmamasını istediği hususlar, yani tavsiyelerdir, diye tanımlanmaktadır (45). Tek taraflı bir hukuksal işlem olan vasiyetten, her zaman için geri dönmek mümkündür. Vasiyet yapan, dilediği zaman ve neden göstermeksizin dönebilir. Vasiyetten dönmek, kişilik haklarından olduğu için, bu haktan vazgeçilemez, bu yoldaki irade açıklamaları da hukuksal sonuç doğurmaz (46).

Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte, M.Y. m. 146/III gereğince, ölüme bağlı tasarruflar, dolayısıyla miras sözleşmesi ve vasiyetnameler, kendiliğinden bozulmuş olur. Bazı yazarlar, vasiyetnamenin M.Y. m. 146/III dışında tutulması görüşünü ileri sürüyorlarsa da, yasada ölüme bağlı tasarruftan söz edildiği için, miras sözleşmesi gibi, vasiyetnamelerin de hükümsüz olacağı doğaldır (47).

Yukarıda, nitelikleri kısaca açıklanan ölüme bağlı tasarrufların, boşanma ile geçersiz hâle gelmesi üzerine, kusursuz eş, bu tür tasarrufların kendisine sağladığı yararlarla ilgili maddi tazminat isteyebilmektedir. Öğretide, burada vasiyetname ile miras sözleşmesi ayrımı yapmadan, bir tazminata hükmedilmesi kabul edilmektedir (48). Bu görüşü benimseyen Voudois Kanton Mahkemesi, 28.1.1925 tarihli kararında, «... M.Y. m. 143/I'in amacı, hâkime sanki boşanma meydana gelmeseydi, parasal durum ne olacak idi ise, şimdi onu dikkate almasına olanak vermektedir. Yâni, masum eş, kusurlu eşin ölümünde sağ olsa idi, vasiyetnameden veya miras sözleşmesinden elde edeceği çıkarlar dikkate alınacaktır.» demiştir. (49).

Vasiyet ve miras sözleşmesinin, belirtildiği üzere nitelikleri ayrıdır. Bunları ayrı ayrı incelememiz gerekmektedir.

(44) Şener, E. age. sh. 383.

(45) Şener, E. age. sh. 335.

(46) Şener, E. age. sh. 383.

(47) Şener, E. age. sh. 334.

(48) Esener, T. age. sh. 59. dipnot 38, Tuor, H. sh. 142, Gmür, P. 230, Schwander, P. 54, Egger, A.P. 116, Curti - Forrer. N. 3, Brandenberger. P. 45.

(49) Esener, T. age. sh. 59'da ZJZ 21, 1924-1925 P. 203 N. 71.

Miras sözleşmesi, bir sözleşmedir. Bu nedenle, ondan tek taraflı olarak bazı durumlar dışında, geri dönülemez. Burada, kusurlu eş, beklenen bir zarar meydana getirmiştir. Bu nedenle, zararı tazmin etmelidir. Bir vasiyetname ile öngörülen, beklenen çıkarların yitirilmesinden dolayı tazminat isteği ise, miras sözleşmesi gibi, hemen kabul edilecek bir konu olarak görünmemektedir. Örneğin, kocanın, karısı yararına, saklı pay sınırları içerisinde, belli bir mal vasiyetinde bulunmuş veya fûruularına geçen miras üzerinde bir intifa hakkı vasiyetinde bulunmuş ise, kusursuz eş, bunları isteyebilecekmi? Vasiyetname, her zaman geri dönülmesi olanak dahilinde olan, yok etmek suretiyle dahi, ortadan kaldırılabilen bir hukuksal işlem olduğundan, bunun da maddi tazminat olarak kabulü, pek kolay görünmemektedir.

Bir Sigorta Sözleşmesi Veya Yardım Sandığı Yararlarından Yoksun Kalmadan Doğan Zararlar : Eğer, kusursuz eş yararına hayat sigortası gibi bir sigorta yapılmış ve yardım sandığının sağlayacağı yararlardan, boşanma nedeni ile yoksun kalma durumu meydana geliyorsa, bu tür zararlar beklenen çıkarların yitirilmesi olarak, istenebilecektir.

Karı Koca Arasındaki Mal Rejimlerinin Erken Sona Erdirilmesinden Doğan Zararlar : Eşler, evlilik öncesi veya sonrası, M.Y. m. 171 gereğince, aralarında mallarının idaresi ile ilgili olarak, evlenme sözleşmesi yapabilirler. Boşanma ile bu tür sözleşmeler, M.Y. m. 146/III gereğince, sona erer. Eğer, evlenme sözleşmesi, kusursuz eşe beklenen çıkarları sağlıyor ve boşanma ile bu hakları yitiriliyorsa, o takdirde maddi bir zarar olarak istenebilecektir.

Bu suretle, beklenen çıkarların yitirilmesi ile ilgili, bazı durumları belirttik. Bu tür hakların sayısı, kuşkusuz tarafların durumuna göre değişebilecektir.

4 — Nedensellik (İllyet) Bağı

Boşanmadan doğan maddi tazminatın bir unsuru da, zararlar boşanma arasında bir nedensellik bağının bulunmasıdır. Böyle bir bağ kurulamazsa, zararı tazmin söz konusu olamaz. İstenilen zararın, boşanmadan ileri gelip gelmediğini, önce mantık kuralları ile çözümlenmeye çalışırız. Örneğin, koca, karısına, evlilik devam ederken bakmakla yükümlüdür. Boşanma halinde, bu borçtan kurtulacaktır ve kadın, bakımı için mal varlığından harcama yapacaktır. Burada, boşanmadan kadının, zarar gördüğü açıktır. Ancak, her zaman mantık ku-

ralları ile sonuca gitmek kolay olmamaktadır. Sorumluluğun ne dereceye kadar sınırlandırılacağı tartışma konusu olmaktadır. Zararı meydana getiren olaya neden dersek, zarar da bunun sonucudur. Neden ile sonuç arasındaki bu bağa, nedensellik (illiyet) bağı diyoruz. Olaylar, her zaman basit olmamakta, karmaşık durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, nedensellik bağının daha geniş bir tanımının yapılması gerekiyor. Bugün, Yargıtay'ca da, benimsenen uygun nedensellik kuramına göre, eylem niteliği itibarıyla olayların alışılan akışına ve yaşam deneyimlerine göre, meydana gelmiş olan zarar türünden bir zararı meydana getirmeye uygun ise, o eylemle zarar arasında uygun nedensellik bağı vardır, denilmektedir (50). Bu ölçü içerisinde, eylem ile zarar arasında bağ kurulmaya çalışılacaktır. Sorumluluk ancak, neden ile sonuç arasında bir ilişkinin varlığı halinde, söz konusu olacaktır. Gerek haksız eylemlerde, gerekse akitten doğan sorumluluklarda olduğu gibi, boşanmadan doğan zararlarda da, uygun nedensellik bağı, sorumluluğun unsurlarındandır. Bu bağın yokluğu, tazminat isteğine engeldir. M.Y. m. 143/1'de, «...bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan...» denilmiştir. Bu anlatıma göre, kusursuz eş, ancak boşanma yüzünden uğradığı zararlarını isteyebilecektir. Bir zararın boşanma yüzünden olup, olmadığını da, olayların akışına ve hayat deneyimlerine göre, hâkim belirleyecektir.

O halde, burada genel olarak neden boşanma, sonuç ise, kusursuz eşin boşanma yüzünden uğradığı mevcut ve beklenen çıkarlarının zarara uğramasıdır. Önemli olan nokta, mevcut ve beklenen çıkarlar olarak ileri sürülen zararların, boşanma yüzünden meydana gelen zarar türünden bir zarar olup, olmadığını saptanmasıdır. Örneğin, kocanın miras hakkının boşanma yüzünden beklenen çıkarların yitirilmesi olarak kabul edilip, edilmemesi tartışılmaktadır. İleri sürülen zararların, boşanma ile ilgisi saptanamazsa, istek reddedilecektir. Zararın boşanma yüzünden meydana geldiğini, kusursuz eş yani, davacı kanıtlayacaktır (M.Y. m. 6.; B.Y. m. 42/1).

— SÜRECEK —

(50) Tandoğan, H. age. sh. 76.

BORÇLAR HUKUKU

KUSUR KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ (*)

(II)

O. Sabri GÜVEN (**)

B — İHMAL

İhmal (Savsama, tedbirsizlik, teseyyüp, dikkatsizlik, terahi, tak-sir) ise failin hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, bu sonucun meydana gelmemesi için gerekli dikkat ve özeni göstermemesidir. İhmal, zararın önceden görülebilmesi ve önlenebilmesine ait dikkat ve ihtimam özen noksanıdır. Eğer fail gerekli özeni gösterseydi hukuka aykırı olan o sonuç herhalde meydana gelmeyecekti. Böylece hareketle normal tipten inhiraf edildiği için hareket tarzı hukuk nizamınca takbih görmekte kusurlu hareket olarak vasıflandırılmaktadır.

Örneğin; bir kimse lüzumlu ihtimamı sarfetmediği, otomobil kullanırken sohbet ettiği, sokağa dikkat etmediği, çok hızlı gittiği için bir insanı çığnıyor. Bir cerrah ameliyatta istediği için değil fakat tecrübeyle nazaran zarurî olan emniyet tedbirlerini ittihaz etmediği, ellerini kâfi derecede yıkamadığı aletlerin temizlenmesine gerektiği kadar nezaret etmediği için bir enfeksiyona sebebiyet veriyor.

İhmal'de, (Kasten farklı olarak) hukuka aykırı netice tasavvur edilmemektedir; fakat dikkat edilse idi, bu netice tahmin edilebilirdi.

Y. 4. HD.'nin 10.6.1975 gün ve 3284/7394 sayılı kararında ihmalin tanımı şöyle yapılmıştır. «İhmal, davranışının hukuka aykırı sonucunu önceden gören yada görmesi gereken kimsenin, önleme olanağı bulunan ve istemediği sonucun meydana gelmesine engel olmak için kendisinden beklenen irade uğraşısında bulunmamaktır» (42).

(*) YD., Cilt 7, Sayı 4, Ekim - 1981'den devam.

(**) **Yargıtay 1. CD. Tetkik Hâkimi.**

(42) OLGAÇ a.g.e. Sahife. 902 No. 2

Bu karara konu olan olayda davalı, avukatının yazdığı ve içinde karşı tarafa hakaret sayılan kelimeler bulunan dilekçeyi okumadan imzalamıştır. Davalının, vekilinin hazırladığı dilekçeyi okumadan imzalamış olması bir ihmal (Taksir) sayılmıştır. Yargıtay'a göre «İster ihmal, ister itimada dayansın bir belgeyi bir yazıyı, yada dilekçeyi bile bile okumadan imzalayan kişi o belgeyi kayıtsız şartsız kendi irade beya-

Hukuka aykırı sonucun fail tarafından önceden görülüp görülmesina göre ihmal, şuurlu ihmal ve şuurlu olmayan ihmal olmak üzere ikiye ayrılır.

a — Şuurlu İhmal (Bilinçli İhmal)

Fail yaptığı hareketin hukuka aykırı bir sonuç doğurması ihtimalini önceden tahmin edebilir. Fakat o sonucun meydana gelmesini istemediği için, hal ve durumun gerektirdiği tedbiri almakta, dikkati göstermekte ihmal eder.

Hatta bu neticenin husule gelmemesi için kafi olmamakla beraber bazı tedbirler alınmış olabilir. Bu takdirde şuurlu ihmal vardır. Örneğin; şoför geç kalmışta olsa kılaksonunu çalıyor, direksiyonunu yana kırmaya gayret ediyor. Cerrah ameliyattan önce gerektiği gibi dezenfeksiyon yapmıyor; çünkü işini çabuk bitirmek istiyor; böyle bir ihmalin tevhit edebileceği tehlikeyi çok iyi bilmekle beraber, bunun tahakkuk etmiyeceğini umuyor yahut pek taze olmayan yemekler, buzdolabında saklandığı için zarar vermeyeceği ümidiyle müşteriye veriliyor.

Şuurlu ihmal ile ihtimali kast arasında benzerlik bulunmakla beraber, şuurlu ihmalde fail hukuka aykırı sonucun gerçekleşmeyeceğini ummakta ve hatta bunun gerçekleşmemesi için yetersiz de olsa bazı tedbirler almaktadır. Halbuki ihtimali kastta hukuka aykırı sonuç fail tarafından önceden göze alınmış bulunmaktadır (43).

ŞUURLU İHMAL = Hukuka aykırı sonucu önceden görmek [+ Özen ve tedbir yetersizliği]

b — Şuurlu Olmayan İhmal Veya Şuursuz İhmal (Gayrimeşru İhmal)

Hukuka aykırı sonucun fail tarafından önceden görülmesine rağmen gerekli özeni sarf ettiği takdirde bu sonucun onun tarafından görülebilir bir duruma girmesi halinde de ihmal vardır. Burada şuurlu olmayan ihmal denilir (Yani gerekli dikkati sarfetseydi görülebilirdi).

nının muhtevası olarak kabul etmiş ve benimsemiş demektir. Bu durumda o kimsenin Ceza yönünden sorumluluğu cihetine gidilmese, hukuki yönünden de sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Mahkeme, bu nitelikteki bir beraat kararı ile Bk. Md. 53 hükmünce bağlı değildir.

Örneğin bir cerrah hastanın karnından bir tamponu veyahut pensi unutuyor.

Şuurlu Olmayan İhmal + Özen Yetersizliği

C — İHMALİN VARLIĞININ SAPTANMASI

1 — İhmalin Kıtası

İhmalin (Savsamanın) bulunup bulunmadığı takdir olunurken önce gerekli özenin gösterilmiş sayılması için, insanın ne suretle hareket etmesi gerektiği sorusu cevaplandırılmalıdır. Bu soruyu cevaplandırmak yargıca düşer. Şu halde ihmal geniş ölçüde takdire dayanan bir kavramdır.

Gerek ihmalin mevcudiyetini gerekse derecesinin tayininde mutlak ve kati ölçü mevcut değildir. Hâkim her hadiseyi ayrı ayrı nazara alarak takdir edecektir.

Bununla birlikte öğretide (Doktrinde) objektif ve müccerret bir ölçü ileri sürülmektedir : İhmalin mevcut olup olmadığını hâkim tetkik ederken faili değil, fakat objektif olarak, orta seviyeli, müdebbir bir kimseyi göz önünde tutacaktır. Bu ölçü Roma Hukukunun «Bonus Pater Familas» (İyi bir aile babası), İngiliz Hukukunun «Reasonable Man» (Makul adam) veya «Ordinanily Prudent Man» (Normal olarak dikkatli adam) kıtasıdır (44).

TK.'nun md. 20/II mucibince de, her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde «basiretli bir iş adamı gibi» hareket etmesi lazımdır, der.

Bu kıtası müccerret ihmal (Culpain abstracto) denir.

İstisnai bazı hallerde, failin doğrudan doğruya kendi işlerinde gösterdiği ihtimam ihmalin ölçüsünde kullanılır. Örneğin BK.'nun Md. 528 nci mucibince âdi şirkette ortaklardan her biri şirket işlerinde mutad vechile gösterdiği dikkat ve ihtimamı sarfetmeğe mecburdur. Bu kıtası da müşahhas ihmal (Culpa in concretto) denir.

Bu ölçü kullanılırken içtimaî mevki, mesleği ve fiilin mahiyeti nazara alınacaktır. Örneğin; tehlikeli bir işte daha fazla bir dikkat, Avukatta daha büyük bir ihtimam aranacaktır.

Böylece dikkatli ve makul adam tipi standart olarak alınarak mesuliyet mücerret ve umumî bir vasıtayla ölçülüyor ve failin subjektif maksadını bulmak için objektif bir kriter tatbik ediliyor. Bu zaruridir. Çünkü bir İngiliz hâkiminin dediği gibi «Şeytan bile insanın maksadını bilemez» (45).

Bu hususta subjektif bir kıstas kabul edilirse her müşahhas vaka failin irade ve zekâ kabiliyetinin, kudretinin, fizik vasıflarının, bilgisinin nazara alınması ve şahsın hukuka aykırı neticeyi önceden görüp göremeyeceğinin ve önleyip önleyemeyeceğinin tesbiti icap eder. O şahıs şahsi vasıfları itibarıyla hukuka aykırı neticeyi görüp önleyemeyecek vaziyette idiye ihmalî yoktur denilir. Böylece subjektif bir kıstasa dayanıldığı takdirde kusur mefhumu ahlâkî bir mesnede isnat etmektedir; filhakika hukuka aykırı neticeyi isteyen (Kastta olduğu gibi) veya onu önleyebilecek vaziyette olduğu halde önlemeyen, ahlâken muahhezeyi mucip (kınamayı gerektiren) bir harekette bulunmuştur ve fiilin neticelerine katlanmalıdır. Burada kusur, bir irade zaafı olarak tecelli etmektedir; manevî bir isnat kabiliyetine dayanmaktadır (46).

Ancak bugün hâkim olan görüş ihmal subjektif kıstasa göre değil, objektifleştirilmiş bir kıstasa göre tesbit olunmalıdır. Artık temyiz kudreti müstesna, failin şahsi vasıfları muayyen bir nisbette nazara alınmaktadır. Gerekli dikkat ve ihtimamın gösterilip gösterilmediği normal ve vasat bir insanın aynı vaziyette yapacağı hareket gözönünde tutularak tayin olunmaktadır. Demekki, ihmalin kıstasını mücerret bir tipin, dikkatli ve makul bir insanın, hareket tarzı teşkil etmektedir.

Böyle objektifleştirilmiş bir kıstasa başvurulmasının sebebi ikidir (47).

a — İnsanların zekâ ve irade gibi derunî vasıflarını, maharet ve kabiliyetlerini lâyıkiyla tesbit etmek imkansızdır. Bu itibarla vasatî bir tipe başvurmak zarureti vardır.

(45) İMRE a.g.e. Sahife 28

(46) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 50

(47) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 51

b — Cemiyet hayatında emniyet mülâhazası, fertlerden faaliyetlerinde şahsi vasıfları ne olursa olsun asgari derecede muayyen bir ihtimam göstermelerinin beklenmesini icap ettirir. Herkes cemiyet içindeki münasebetlerinde bilgi ve tecrübe ölçülerine riayetle mükelleftir; her fert hem cinsinin muayyen, normal bir harekette bulunacağını hesaba katmaktadır ve katabilmelidir. Bu olmazsa fertler arasındaki münasebetlerde teşevvüş ve istikrarsızlık meydana gelir. Örtinger'in beyan ettiği gibi «Her insan ahlâki, fikri ve fiziki vasıflarının cismani maharetleri ve mesleki yahut teknik bir faaliyette bulunduğu nisbette, mesleki ve teknik ehliyetlerin asgari bir yekûnunu garanti etmek mecburiyetindedir» (48).

2 — İhmal mefhumunun Objektifleştirilmesinden çıkan başlıca neticeleri ve ihmalin tesbiti ile alâkalı başlıca esasları şöylece sıralamak kabildir (49).

a — Objektifleştirilmiş ihmal mefhumunda vasati bir ölçü câridir. Aynı şartlar altında herkesten aynı hareket tarzı beklenir. Herkes mesleğine ve hayat seviyesine göre, normal ve vasati bilgi ve ehliyeti haiz olmak mecburiyetindedir. Bu suretle bir şoför, müdebbir bir şoförden, bir tabip, müdebbir tabipten beklenecek hareket tarzını göstermelidir.

Zarar verici fiil failinde subjektif bakımından mazur görülebilecek bir sebep (temyiz kudretinden mahrumiyet hariç) ehemmiyete haiz olamaz. Örneğin; bir şoförün hastanedeki karısının ölüm halinde olmasından acı duyarak bütün dikkatini toplayacak durumda olmaması ve bu yüzden bir kazaya sebebiyet vermesi halinde ihmal mevcuttur. Dalgınlık ve zihni yorgunluk mazeret olarak ileri sürülemez; şoför bu vaziyette otomobili kullanmağa mecbur olsa ve otomobilin idaresini başkasına bırakamayacak vaziyette bulursa bile hüküm aynıdır. Ani karar verme kabiliyetini haiz olamamak, çabuk dehşete kapılmak da kusuru kaideden bertaraf etmez. Bir hekim yaşlılığı dolayısıyla yeni buluşları bilmemesinden doğan ehliyetsizliğinden, elektrikle işleyen cihazlarla çalışan kimse bunları kullanmak için kâfi teknik bilgiyi haiz olmamasından mes'uldür.

(48) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 51

(49) İMRE a.g.e. Sahife 36

Bu suretle vasati ve normal tipten her inhiraf bir ihmal telakki olunmaktadır. Gerekli özenin gösterilmemesi failin zekâ, kabiliyet, maharet, fiziki kuvvet veya bilgi noksanlığından ileri gelse ve bu noksanlardan dolayı ona ahlâken herhangi bir kınamada bulunulmasa dahi o yine kusurlu sayılır. Bu haller fail için bir talihsizlik olmakla beraber, o bunların neticelerinden mes'ul tutulur. Bu hallerde manevi isnat kabiliyeti, kusurun ahlâki temeli mevcut değildir (50). Çünkü; fail elinden geleni yapmıştır. Bazı müelliflere göre (51), böyle bir kimseye noksan olan bedeni ve fikri kabiliyetten, maharet veya bilgi noksanlığından dolayı kınanmassa bile, başaramayacağı edaları taahhüt ve faaliyetleri icra ettiği için kendisi herhalde takbihi gerekecektir (Mucibi muhazedir).

Eğer fail icra edeceği faaliyet için gerekli bilgi, kabiliyet ve kuvvete sahip olmadığını biliyorsa, bu işe girişmekle ihmali suretle hareket etmiştir. Ancak ; kusuru daima bir irade zaafı olarak görmek isteyenlerin bu tevil tarzı meseleyi tamamen halletmez ve şu sualleri cevaplandıramaz. Fail kabiliyeti ve bilgisi olmadığını bilemeyecek durumda ise ne olacaktır? Niçin bu noksanlarını bilmesi lazımdır.

b — İhmalin tesbitinde objektif bir ölçü kullanılması bu ölçünün mutlak sabit, bütün haller ve bütün insanlar için aynı olacağı manasını tazammun etmez. Daha ziyade halin icapları yani fiilin içinde cereyan ettiği müşahhas şartlar nazara alınarak gösterilmesi gerekli ihtimam tâyin olunmalıdır. Bu hususta ezcümle, failin yaşı ve cinsiyeti nazara alınmalıdır ; Bir çocuktan umumiyetle daha az kabiliyet, bir kadından daha az maddi kuvvet beklemek lâzımdır. Failin mesleği, yenmesi lâzım gelen güçlüklerin ehemmiyeti giriştiği faaliyetin ehemmiyeti ve güçlüğü, tehlikeliliği, faydasızlığı nazara alınmalıdır.

Girişilen işin güçlüğü, ehemmiyet, tehlikeliliği, faydasızlığı arttığı nisbette gösterilecek ihtimamda o nisbette fazla olmalıdır. Bir yük kamyonunu sürmek küçük bir otomobil idare etmekten, bir motosiklet kullanmak, bisiklete binmekten daha güçtür. Bir kayayı veya yıkılacak binayı tahrip için infilak edici maddeyi hazırlamak bir havayı fişegi at-

(50) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 52 Oftingerden Mülhem

(51) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 52 Von Tuhr ve Schwarz'a göre

mağa nisbetle daha ziyade ihtimamı icap ettirir. Önceden görülmeyen güçlükler, hükmün yumuşatılması için bir sebep teşkil ederler.

Bir meslek ne derecede ihtisası icap ettiriyorsa, gösterilecek ihtimam derecesi de o nisbette yüksek olmalıdır ; Bilgisizliği ve beceriksizliği yüzünden bu derece ihtimam göstermeyen meslek mensubu kusurludur.

Bir ihmal o muhitte veya meslekte kötü bir alışkanlık olarak yaygınlaşmış olsa bile, fail buna isnat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Bir meslek mensubu, meslek mensubu olmayana nisbetle daha ziyade ihtimam göstermelidir. Bir yaralıya alelade bir şahsın yardımıyla cerrahın müdahalesinde aranacak ihtimam farklıdır. Bir avukat haksız yere birisi hakkında suç isnadında bulunursa alelade bir şahsa nisbetle daha ağır surette kusurlu sayılacaktır. Bir tabip ufak bir cerrahi müdahaleye nazaran ağır bir ameliyatta başka surette hareket eder. Bir bisikletlinin hareketi تنها ve geniş bir şosedede başka, kalabalık bir caddede başka olmalıdır.

c — İhmalin mevcut olup olmadığını tayinde umumun veya işçilerin korunması gayesi ile konulmuş teknik mahiyette kanun, nizamname, talimatnamelerin büyük rolü vardır. Bunlar ihtimam külfetlerinin bir kodifikasyonunu teşkil ederler. Bununla beraber halin icapları daha fazla ihtimama lüzum gösteriyorsa, sadece bu kaidelere riayet etmiş olmak failin kusurunu bertaraf etmez.

d — Teknik mahiyette tesisatın işletmeye açılıştaki idari makamların iznine mazhar olmuş ve yine idari makamlarca yapılan devri kontrollerde şartlara uygun görülmüş bulunması, bunların işletme tarzında kâfi derecede ihtimam gösterilip gösterilmediği meselenin takdirinde hâkimi bağlamaz.

e — Başkaları için tehlikeli bir faaliyete girişen veya tehlikeli bir vaziyet yaratan kimse, bundan bir zarar doğmaması için gerekli önleyici tedbirleri almalıdır. Burada ihmal ile içtinap birbirine karışır (52).

VI — KUSURUN DERECELERİ

Kusur, ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılır. Hafif kusur denilince hafif ihmal, ağır kusur denilince ekseriya ağır ihmal anlaşılır. Ağır

kusur tabirine kastta ithal olunabilir. Kastı yukarda açıkladığımızı göre diğerlerini izah edelim.

A — Ağır İhmal (Ağır Kusur)

Federal Mahkemeye göre her makul insanın aynı vaziyet ve şartlar altında aşıkâr sayacağı en iptidai (basit) ihtimam (özen) ve dikkatin gösterilmemiş olmasıdır (53). Diğer bir deyimle her anlayışlı insanın aynı durum ve aynı şartlar altında alması icap eden en basit dikkat ve özenin dahi gösterilmemiş olması halidir (54).

Örneğin bir sirkte aslanların bulunduğu kafesin kapısının açık bırakmak ve bu yüzden onların seyirciler arasına çıkmalarına sebep olmak ağır bir ihmaldir. Yine bir şoförün frenlerinin bozuk olduğunu bilerek sefere çıkması ; zaptedilmesi zor bir hayvanın kalabalık bir cadde de dörtnal sürülmesi gibi.

Demek oluyorki ağır ihmal (ağır kusur) en basit ihtiyat kurallarını ihlal eden, aynı hal ve şartlarda bulunan her makul insanın zorunlu sayacağı tedbirleri ihmal eden kimsenin davranışı olmakla tanımlanabilir (55).

Federal Mahkemenin sürekli şekilde kullandığı bir formüle göre, ağır ihmal her makul insanın aynı durum ve koşulları altında gerekli sayacağı en ilkel tedbirlerin alınmamış veya dikkatin gösterilmemiş olmasıdır (56).

B — Hafif Kusur (Hafif İhmal) Veya Savsama

Ancak ; dikkatli kimselerin görebileceği veya alabileceği tedbirlerin alınmamış olması durumu sözkonusudur. Yine diğer bir deyimle ağır olmayan her ihmaldir, denilebilir.

Failin mensup olduğu muhitte bu çeşit ihmallerin hafif sayılması bir şey ifade etmez. Kusurun derecesi umumun korunması zaviyesinden (açısından) tâyin olunmalıdır.

(53) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 54

(54) İMRE a.g.e. Sahife 27

(55) FEYZİOĞLU a.g.e. Sahife 481

(56) KANETİ a.g.e. Sahife 102-101, No. 88-87 FMK. 27.11.1962, 2.5.1961

Failin hareket tarzı ortalama hareket tarzından uzaklaştığı ve hukuka aykırı neticeyi önlemeğe engel olan kusurları bertaraf etmek kolay olduğu nisbette kusur ağır olur (57).

Örneğin ; tedbirli ve dikkatli bir kimse yediği bir karpuzun kabuklarını sokağa atmaz, bu onun hem temizlik kurallarına uyuşunun bir gereği ; hemde yoldan geçenlerin karpuz kabuğuna basarsa düşebileceği fikrinin gerektirdiği tedbirli hareketinin sonucudur. Bununla beraber herkes bunu düşünemeyeceği için sokağa karpuz kabuklarını atması sonunda bir başkasının düşmesine sebep olan şahsın hareketinde (Hafif bir ihmal) hali vardır.

Kusurun ağırlığını tayinde hareket tarzının saikleri nazara alınabilir : Örneğin sırf iddia için otomobilini hızla sürenle, bir hastayı acele doktora götürmek için hızlı sürenden birincisinin kusuru daha ağır sayılmalıdır.

Sarf olunması gereken dikkat ve özen her olayın özelliğine göre takdir olunur. Ağır ihmal ile hafif ihmal arasındaki sınır açık değildir. Hâkim olayın özelliğini gözönünde bulundurarak, ihmalin ağır veya hafif olduğu sonucuna ulaşır (58). Örneğin ariyet (iğreti) aldığı kıymetli bir kitabı evde küçük çocuk bulunmamasına rağmen meydana bırakan kimsenin ihmali ağırdır... Evde küçük bir çocuk bulunmadığı için pek ihtimam sarfetmeyerek ariyet kitabı ortada bırakan kimsenin bıraktığı bu kitabı o sırada tesadüfen eve gelen bir misafir çocuğunun yırtması halinde, ariyet alanın ihmali hafif ihmaldir.

C — Kusurun Ağır Veya Hafif Olmasının Sonuçları Veya Şumulü

Normal olarak ihmal (Kusur ağır olsun hafif olsun) hem haksız fiillerde hem de akte aykırılık (BK. 41, 98) sorumluluğu doğurur. Ancak; istisna hallerde sorumluluk ağır ihmalin (Kusur) varlığına bağlıdır. Örneğin; kusur mesuliyetinde manen tazminat ancak ağır kusur halinde istenebilir (BK. 49). Bağışlama taahhüdünde bulunan ancak ağır ihmal (kusur)'inden sorumludur (BK. 243). Kusurun ağır veya hafif oluşu tazminat miktarının tayininde önemli rol oynar. Diğer bir deyimle tazminat miktarı kusurla orantılıdır. Kusuru ağır olan kusuru hafif olana nazaran daha fazla bir miktar tazminata mahkum edilir (BK. md. 43). Yine ağır kusur halinde mesuliyetten kurtulma şartı (Beraat) geçerli

(57) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 55

(58) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 55 Tem. H.U.H. 6.2.1952 E. 235-115 K.

olmadığı halde, hafif kusur (İhmal) halinde bu şart muteberdir. (BK. 99/1).

Yukardaki ifade tarzımızı biraz vuzuha kavuşturmak gerekirse haksız fiil sorumluluğu yapılan zararı gidermekten ibarettir. Bu bakımdan kanunumuz bir kimseye (Kasden) zarar veren ile (İhmal) sonucu zarar veren arasında kural olarak bir fark gözetmemiştir. Hepsi de yaptıkları zararı gidermekle zorunlu kılınmıştır. Ancak bunlar arasında sorumluluğun yönelişi bakımından bir fark olmamakla beraber, tazminle yükümlü olacakları para, yâni tazminatın miktarı bakımından fark vardır. Çünkü BK. 43/1'e göre «Hâkim hal ve mevkiin icabına ve kusurun ağırlığına göre tazminatın suretini ve şumulünü derecesini tâyin eyer. Şu kadarki bu kuralın istisnası da vardır. Filhakika BK. 41/II icabı» ahlaka mugayyir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bile rek sebebiyet veren şahıs kezalik o zararı tazmine mecburdur.»

Görülüyorki bu istisnai halde sorumluluk için failin mutlaka «bile rek» yani «kasten» zarara sebebiyet vermiş olması lâzımdır. Binaenaleyh bir (İhmal) neticesi ahlaka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren kimse bu zarardan dolayı sorumlu olmayacaktır.

Kusurun ağırlığının tazminatın şumulünü tayin de ehemmiyet arzettiğini (Tem. HUH. 6.2.952, E. 235, 115 K. 18) belirlemiştir (59).

Failin mes'ul tutulacağı kusurdan dolayı cezai takibata maruz kalması veya kalmaması da haksız fiil mesuliyeti için aslâ haizi tesir değildir. Nihayet kusurun bir hakiki veya hükmü şahsa izafe edilmesinde hiç bir fark yoktur.

VII — KUSUR VE TEMYİZ KUDRETİ (AYIRTIM GÜCÜ) — KUSUR EHLİYETİ

İradenin hukuka aykırı bir sonuca yönelmesi (= Kast) veya hukuka aykırı bir sonucun önlenmesi hususunda gerekli iradenin sarf edilmemesi (= İhmal) hallerinde doğan zarardan sorumlu tutulabilme ehliyetine kusur ehliyeti, daha doğru bir deyişle hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyeti veya hukukî sorumluluk ehliyeti denir.

Hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyetinin, yani kusur ehliyetinin tek şartı, temyiz kudretidir.

Başka bir deyişle bir davranışın sorumluluğu gerektirmesi, yani onun kusur sayılabilmesi için, o işlemi yapanın mümeyyiz olması lazımdır (MK. 13).

Haksız fiil ehliyeti muamele ehliyetinden farklıdır ve yegane şartı temyiz kudretidir; prensip itibarıyla gayri mümeyyizler haksız fiillerinden mes'ul olmazlar (MK. md. 16/sonun muhalif mefhumundan) çıkarılmaktadır.

Kaideten temyiz kudretini haiz olmayan bir kimse ne akitten nede haksız fiilden dolayı sorumlu tutulamaz. Zira sorumluluk ancak kişinin fiil ve hareketlerine hâkim olma ve onun sonuçlarını gereği gibi değerlendirmeyi icap ettirir. Biyolojik noksanlık yüzünden karar verme ve verdiği kararın yaptığı işin hukuki neticesini bilme yeteneğinde olmayan bir kimsenin sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu sebeptendirki MK. 15'te «Mümeyyiz olmayan şahsın yaptığı tasarruf (yaptığı işlem veya eylem) hukukî bir hüküm ifade etmez» denmektedir.

Mümeyyiz olmayan kimse, ancak ; kanun öngördüğü istisnai hallerde sorumludur (MK. 15/son, BK. 54). Henüz reşit olmayanların mukavele yapma (Hukuki işlem yapma) ehliyetleri bulunmadığı halde, mümeyyiz olmaları kaydiyle bunlarda kusur ehliyeti vardır. Ehliyetsizlik hakkın doğumuna engel olduğundan haksız fiil sorumluluğundan da failin ehliyetsizliğini ileri sürme, teknik anlamda bir itiraz sebebidir. Bu nedenle ilgili tarafından ileri sürülmüş olmasa da hâkimin failin mümeyyiz olmadığını resen nazara alabilir (60).

Ayrıca kişinin her somut olay için mümeyyiz olup olmadığı araştırılmalıdır. Bir olayda mümeyyiz kabul edilen, bir başka olay için kabul edilmeyebilir.

A — TEMYİZ KUDRETİ KAVRAMI

Temyiz kudreti; kanun ifadesiyle «makul surette hareket iktidarına» sahip olan kimse mümeyyizdir der. Bunun anlamı da duruma hal ve icaplara göre gerekli makul olan kararı verebilme ve böyle bir karara kendisini uydurabilme iktidarına sahip olmaktır.

Temyiz kudreti, makul surette hareket edebilme iktidarı olarak tarif edilebilir.

Yalnız iyi ve makul düşünebilmek veya düşünmüş olmak kafi değildir ; Aynı zamanda kendi hareketlerini böyle bir düşünüşe uydurabilme iktidarına sahip olmakda lazımdır. Filvaki, makul karar verme iktidarı mevcut olduğu halde, bu makul karara kendini uydurma iktidarı mevcut olmayabilir. Bu halde de kişi müeyyiz değildir. Bu ruhi imkana sahip olduğu halde öyle hareket etmeyerek başkasına zarar vermiş olan bir kimse kusurludur. Bu nedenle kusurun neticesine katlanmalıdır. Burada dikkat edilecek olan bir husus şudur : Şahsın belli bir olayda makul hareket etmeyenin gayri mümeyyiz olduğunu ileri sürmek mümkün olur. Mühim olan söz konusu şahsın makul surette düşünme, karar verme ve böyle bir karara uyabilme iktidarına sahip olmasıdır.

Temyiz kudretinden yoksunluk iki şekilde olabilir. Biri devamlı (daimi) diğeri geçici olarak yoksunluk hali. Bu iki halin tâbi olduğu hükümler, sorumluluğa ehliyet şartları birbirinden farklıdır.

a — Temyiz kudretinden (daimi olarak) yoksun bulunanların haksız fiil sorumlulukları

Kural olarak temyiz kudretinden devamlı olarak yoksun bulunanlar, haksız fiillerinden dolayı sorumlu değildirler. Çünkü bu sorumluluğun esası (Kusur) prensibine dayandırılmaktadır. Sezgin olmayanların (gayri mümeyyizlerin) hareketlerine ise kusur bağlanamaz. Bu nedenle onların (Sorumluluğa ehil olmadıkları) prensip olarak söylenebilir.

Bu kuralı mutlak surette uygulamak, bazı hallerde hakkaniyete aykırı sonuçların doğumuna sebep olur. Örneğin sonradan görmüş zenginlerden biri olan ve temyiz kudreti bulunmayan (A) sabahları gözünü açar açmaz yatak odasından gözükken komşu evinin penceresine bir taş atarak camları kırmadan rahatlayamamaktadır. Kendisi gayri mümeyyiz olduğu için de bu haksız fiilinden dolayı sorumlu olmaması icap etmektedir. Çünkü ; kendisinde (Kusur ehliyeti) yoktur. Fakat öte yandan komşu evin sahibi bundan son derece zarar görmektedir. Esasen varlığı itibarıyla de gayri mümeyyizden hiçte iyi bir durumda bulunmamaktadır. Eğer olayda (Haksız fiilin diğer unsurları varsa) bu takdirde hâkim (Hakkaniyet gerektirdiği takdirde ve oranda) gayri mümeyyizinde sorumluluğuna gidebilmelidir. Hâkim bunun için tarafların mal varlığı ve servet durumlarını gözönünde bulunduracak gayri

mümeyyizin yaptığı zararı ona tazmin ettirmenin hak ve adalet duygularımızı tatmin ediş derecesine göre onu ya yapmış olduğu zararın tamamını yahut bir kısmı için tazminata mahkum edecektir.

Nitekim BK. 54/1'de bu sonuç açıkca ifadesini bulmuştur. «Hakkaniyet iktiza ediyorsa hakim temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ikâ ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkum eder» Burada zararın tazmini için bir konuyu açıklığa kavuşturmak gerek. Eğer gayri mümeyyiz ev reisinin başkanlığı altında ise MK. 320 gereğince evreisi zarardan mes'uldür. Eğer zarar gören bu yoldan gidebiliyorsa artık gayri mümeyyizin sorumluluğunu düşünmek için sebep kalmamış olur. Bu halde hakkaniyet temyiz kudretine haiz olmayanın sorumluluğunu gerektirmez.

Bununla beraber, Y.4. H.D. nin 16.6.1966 gün ve 65/6799-6839 sayılı kararında «temyiz kudretini taşımayan küçük veya mahcurun meydana getirdiği zarardan dolayı mağdur, hem BK. md. 41 ve 54 hükümleri uyarınca küçükten hemde MK. md. 320 uyarınca aile reisi olan veliden tazminat isteyebilir. Mağdur telâhuk eden bu haklardan birini kullanmakta muhtardır» demek ve aksine karar veren mahkeme ilâmını bozmak suretiyle zıt görüşü benimsemiş bulunmaktadır (ABD. 966/6 A. Sah. 29) (61).

b — Temyiz kudretinden (geçici olarak) yoksun olanların sorumluluğu

Aslında sezgin (mümeyyiz) olan bir kimsede, bazan geçici olarak temyiz kudretini kaybetmiş olabilir. Bu hal çoğunlukla sarhoşlarda, eskarkeşlerde görülür. Gelip geçici sar'a nöbetleri, uyurgezerlik ve sair sinir bozuklukları sonucunda da temyiz kudretinin geçici olarak kaybedildiği rastlanan olaylardandır.

Bu konuda öğretide (Doktrinde) iki görüş vardır. Birincisi : Zarar verici fiili yaptığı sırada mademki fail temyiz kudretini haiz değildir, o halde o da temyiz kudretinden daimi olarak yoksun olanların tabii kılındığı statü içinde ele alınmalıdır. (Yani ancak hakkaniyet gerektirdiği hallerde) sorumluluğa gidilmelidir.

Bu fikrin karşısında olan görüş ise, temyiz kudretini geçici olarak kaybeden kimse, o sırada yaptığı zararlardan kural olarak sorumlu sayılmalıdır. Ancak, eğer temyiz kudretini kaybetmede kendisine affedilecek bir kusur bulunmazsa o zaman zararı tazmine mecbur olmamalıdır.

Borçlar Kanunumuz bu ikinci fikri kabul etmiştir. Nitekim BK md. 54/II ye göre «temyiz kudretini muvakkaten izaa eden kimse bu haldeyken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadarki, kendi kusuru olmaksızın ika etmiş olduğunu isbat ederse mes'ul olmaz» demektedir.

Burada amaç temyiz kudretini geçici olarak kaybetmekte kusurlu olmadığını isbat işini kendisine yüklemek ve eğer bunu isbat ederse o zaman sorumluluğu cihetine gitmektedir.

Örneğin, sınıfta kaldığı veya nişanlısından ayrıldığı, yada çocuğunu kaybettiği için büyük bir üzüntü içinde bulunan (A) kederini, dağıtmak gayesiyle içkili bir lokantaya gitmiş, orada fazla içerek aşırı derecede sarhoş olmuş bulunsa, temyiz kudretini geçici olarak yitirdiği bu sırada yapmış olduğu bu zarardan kendisi mesuldur.

Buna mukabil, arkadaşlarının muzipliğine kurban giderek ilaç diye verdikleri şeyi bir yudumda içen ve fakat bardak içine uyuşturucu madde konulmuş bulunduğu için temyiz kudretini geçici olarak kaybeden kimse, bu halde iken yaptığı zarardan kendisinin bu hale düşmüşmesinde kusurlu olmadığını ispat edebilirse, sorumlu olmaz.

Burada sorumluluğu da bir yerde sınırlamak gerekir. Faili o hale düşürmek için kullanılan aracın, normal hesaplara göre faili ne gibi hareketleri yaptırmağa elverişli olduğunu araştırmak ve ölçüye göre kusur ve sorumluluk derecelerini tayin etmek gerekir (Uygun illiyet teorisine göre) (62, 63).

(62) FEYZİOĞLU a.g.e. Sahife 469

(63) KARAHASAN a.g.e. Sahife 285

1 — Temyiz kudretine sahip olmayanın sorumluluğu, hakkaniyet ilkesine dayanır.

Temyiz kudretine haiz olmayan kimsenin sorumluluğu, BK'nun 54. maddesinde açıklandığı üzere, hakkaniyet ilkesine dayanan bir sorumluluktur. Temyiz kudretini taşımayan küçük yada mahcur meydana getirdiği zarardan bu ilke uyarınca 41 ve 54 üncü maddeler hükümleri gereği, öteki koşullar varsa sorumludur (4. HD. 16.6.1966 T. 965/6799 E. 6839 K.).

VIII — KUSUR VE HUKUKA AYKIRILIK

Kusurla hukuka aykırılık haksız fiilin iki ayrı unsuru (ögesi) olmakla birlikte ayrımları vardır. Bilhassa kusuru bir irade zaafı olarak kabul edenler için kusur haksız fiilin subjektif unsuru, hukuka aykırılık ise objektif unsurudur.

Hukuka aykırılık terimi, bir durumun veya fiilin hukuka uygun bulunmadığını, aykırı olduğunu anlatır ; yeni, dış olayla ilgilidir. Buna karşılık, kusur terimi, failin hukuken red olunan ahlâki bir davranışını anlatmak için kullanılır ; yani bu terim iç olayla ilgilidir. Örneğin bir kimseye verilmiş cismâni zarar, kural olarak, hukuka aykırıdır ; meğer ki, bir haklı savunma (Meşru Müdafaa) veya tedip hakkını kullanma nedeniyle yapılmış olsun. Çünkü bu surette kişilik haklarına, insan vücudunun tamlığını koruyan genel kurala tecavüz edilmiştir.

Fakat bu fiili yapan kimse fiili nedeniyle kınanacak durumda olabilir. Fakat bu fiili yapan kimse fiili nedeniyle kınanacak durumda olabilir. Veya olamaz. Bu birincisinden ayrı bir sorundur. İşte bir hareketin dış yönden (Objektif) ölçülmesiyle, iç yönden (Subjektif) ölçülmesi arasında yapılan bu kesin ayırım, Alman Hukukunu da ortaya atılmış oradan İsviçre Hukukuna, oradan da bize geçmiştir. Nitekim Borçlar Kanunumuz da hukuka aykırılık ile kusur arasında bir ayırım yapmıştır. BK. 41 ve 96/1 maddelerinde bunu görmek mümkündür (64).

Hukuka aykırılığı kusurdan ayırmağa yarayan ve açık misal, gayri mümeyzin fiil ve hareketidir. Filhakika bir deli başka birisine zarar ıka ederse bunun hareketinde kusur vardır, denemez ; zira iradesi yoktur. Fakat kanunun tayin ettiği hududları aşmıştır ve bu itibarla fiili hukuka aykırıdır.

Bunun gibi her şahsin bir diyeri ile rekabet etmeye hakkı vardır ve kazanç temin etmek için de müşterilerin rakibi ile değil, kendisiyle

2 — Yasaca temyiz kudretinden yoksun olanlar da, zarardan sorumlu tutulmuşlardır.

Dava küçüğün haksız eyleminden ötürü açılmıştır. Borçlar Kanununun 54 üncü maddesine göre temyiz kudreti bulunmayanların dahi zarardan sorumlu oldukları gözetilmeden davanın reddedilmesi bozmayı gerektirir. Yapılacak iş haksız eylem ve zararın ne yolda gerçekleştiğinin tesbitiyle varılacak sonuca göre karar vermekten ibarettir (4. HD. 30.12.1965 tarih ve 964/11167 E. 8208 K.).

(64) TUNÇOMAĞ a.g.e. Sahife 438

alış veriş etmesini ister. Acaba bunu temin için boykotaj (haksız rekabet) yapabilir mi? Rekabet kanunen memnu değildir. Binaenaleyh bir kimse rekabet yapıp diğeri bundan zarar görürse mesul olmaz. Fakat boykotaj yapanın kullandığı vasıtalar veya takip ettiği gaye ahlâk ve âdaba aykırı ise yani iktisadi sahada dürüst ve namuslu bir kimsenin riayet ettiği teamüle muhalif ise ; veya kullandığı vasıtaların mağdura ika ettiği zarar ile faile temin ettiği kâr arasında fâhiş bir fark bulunursa, bu fiilin hukuka aykırı olduğu söylenir (65).

Buna mükabil bir kimse hukuka aykırı olmadan başkasına zarar verirse mes'ül olmaz. Mesala borcunu ödemeyen kimseye karşı mallarını haczettiren alacaklı bu malların pek ucuza satılmasından dolayı borçlunun maruz kalacağı zararı tezmine mecbur değildir ; zira bu fiili hukuka aykırı değildir. Binaenaleyh bir kimsenin başkasına zarar ika eden, fakat kanuna aykırı olmayan fiilleri var demektir.

Hukuka aykırılığı gideren halleri toplu olarak uygulamada sorumluluğu doğuran davranışlar ve sonuç kısmında ayrıntılı olarak anlatacağımız için burada bu bahsi kapatıyoruz.

IX — KUSURUN KANITLANMASI (İSPATI)

Haksız fiillerde tazminat talebinde bulunan kimse failin kusurunu isbatla mükelleftir. (66) Halbuki akde muhalefet dolayısıyla tazminat istenildiği takdirde davacının, borcunu yerine getirmeyen davalının kusurunu isbat etmesine hacet yoktur. Davalı kusurunun olmadığını isbat ederek mes'uliyetten kurtulabilir. Umumiyetle fiilin mahiyetinden kusurun mevcudiyeti hakkında fiilî bir karine çıkabilir ; Faraza birisi başkasının evinin camını kırdığı, yahut başkasını dövdüğü takdirde kusurun mevcudiyeti aşikârdır. Davacıdan, bunun ayrıca isbatının istenmesine lüzum görülmemelidir.

Umumi hükümlere göre, haksız fiil davasında kusurun isbatı davacıya (yani mağdura) terettüp edecektir (MK. md. 6). BK. md. 42/1'-de «zararı isbat etmek müddeiye düşer» demek suretiyle aynı prensibi hiç değilse zararın isbatı bakımından, tekrarlamıştır.

(65) SAYMEN - ELBİR a.g.e. Sahife 445

(66) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 62 Tem. 4. HD. 26.4.1952 E. 1130 K. 2228; 4. HD. 26.12.1957 E. 2587, K. 7623

Bu hükümler karşısında ; mağdur (davacı) aşağıdaki unsurların mevcudiyetini isbat ile mükelleftir (67).

a — Hukuka Aykırı Fiilin Mevcudiyetini :

Örneğin, adam öldüğünü, yaralandığını, eşyanın hasara uğratıldığını, kendisine hakaret edildiğini vs. davacı burada hukuka aykırılığı değil, vakianın mevcudiyetini isbat edecektir. Vakianın hukuka aykırı olduğunu hâkim tayin ve takdir edecektir.

b — Failin Kusurunu :

Zarar gördüğü fiilin kimin tarafından ika edildiğini ve bu kimse- nin bu fiili yaparken kusurlu bulunduğunu da ispat etmesi lâzımdır.

c — Zararı :

Bu hususta BK. md. 42/1 sarihtir.

d — İliyet Rabitası :

Zararın o fiilinden dolayı meydana geldiğinin de isbat edecektir.

İşte kanun, bazı hallerde, kusurun isbatını davacıdan aramamakta davalı aleyhine bir kusur karinesi kabul ederek, kusursuz olduğunun isbatını davalıdan istemekte ve davacının isbat yükünü hafifletmektedir. Zira o, sadece (a), (c) ve (d) şıklarını isbat ile vazifesini yapmış olacaktır. Böylece kusur prensibi yumuşamaktadır. Zira davalı kusursuz olduğunu isbat edemediği takdirde (Hakikat halde kusursuz olsa dahi) mesul tutulacaktır.

Ayrıca kusurun kanıtlanması BK. md. 54/II'de beyine külfeti yer değiştirmektedir : Borçlar Kanununun temyiz kudretinin muvaka- ten izaasını bir kusur karinesi olarak kabul etmiş ; Fakat davalıya bu hale düşmekteki kusursuzluğunu isbat etmek suretiyle bu karineyi çürüt- mek ve mes'uliyetten kurtulmak imkânını vermiştir.

X — UYGULAMADA SORUMLULUĞU DOĞURAN DAVRANIŞLAR — SORUMLULUĞU DOĞURMAYAN HALLER

Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için bir zararın bulunması ve bununla eylem sahibinin (fâilin) kusuru yüzünden meydana gelmiş bulunması lâzımdır. Ayrıca bu zararın yasak olan bir eylemden ileri gel-

mesi gerekir. Bir kimseye isnat edilen bir eylem olmadan bir sorumluluk söz konusu olamaz. Diğer bir deyimle herhalde bir eylem birisi tarafından yapılmış veya yapılmamış olmalıdır. Örneğin ; bir başkasının hak alanına tecavüz etmek suretiyle genellikle müsbet bir hareket tarzı ; birisinin malını tahrip etmek onun şahsiyet haklarına tecavüzde bulunup bir hareket vukuu gibi. Diğer taraftan sorumluluk unsuru olabilmesi için ortada bir hareket zorunluluğu mevcut olmalı ve ihmalde bulunan bu görevine aykırı olarak hareketsiz kalmakla kendisine düşeni yapılması gerekli olanı yapmamış bulunmakla haksız fiilin doğuşudur. Ancak ; o tür hareket etmek için böyle bir zorunluk yoksa, hareketsizlikten zararda husule gelmiş olsa hareketsiz kalan bundan sorumlu olmaz (68).

Başkasını zarardan korumak için müdahale etmek hususunda genel bir yükümlülük mevcut değildir. Bu itibarla Federal Mahkeme sarhoşça bir kimsenin otomobilinde bulunan bir kar fırtınasında onu yalnız başına bırakarak evine dönen şahsı, o kimsenin sızarak soğuktan donması halinde ailesine karşı tazminatla yükümlü saymıştır (69).

Yüzme bilmeyen bir kimse, derin bir suya düşse ve oradan geçen yüzme bilen birisi onu kurtarmak için müdahale etmesi, yüzme bilenin bu çekinmesi (İçtinabı)'nın bir haksız fiil sayılması çok şüphelidir. Buna mukabil kurtarma ekibinden olan bir şahıs denizde boğulana kurtarmazsa vaziyet haliyle başkadır.

Yargısal kararlara ve öğretide (doktorinde) şu hallerde bir hareketsizliğin (içtinabın) zarara sebebiyet verdiği ve bir haksız fiil teşkil ettiği kabul edilebilir :

1 — Mevzuat açıkça başkasını bir zarardan korumak için müdahale etmek veya tedbir almak görevini yüklüyorsa ve bu görev yerine getirilmemişse.

Yasalar ve zabıta nizamları çeşitli kimselere başkalarını zarardan korumak için bir takım tedbirler almak ve hatta bazen başkalarına yardım etmek mükellefiyetini yüklemektedirler.

Örneğin; motorlu vasıta kullananların, inşaat yapanların, ev reislerinin (MK. 320), bina maliklerinin (BK. md. 59 F/II) fabrika işle-

tenlerin bu gibi mükellefiyetleri mevcuttur. Meselâ inşaatının etrafına tahta perde çekmeyen inşaat sahibi bunu yapmaması (içtinabı) dolayısı ile yoldan geçen birisinin üstüne harç dökülmesinden mes'ul olur. 6085 sayılı Karayolları Trafik Yasası md. 49'a göre, kaza yapan şoför yaralıya gerekli özeni (ihtimamı) göstermek ve yardım etmekle mükelleftir. Aksi halde gerekli ihtimamı vaktinde gösterseydi önlenilecek olan sonuçlardan da sorumlu olur.

TCK. nunda başkasına yardım görevini yükleyen bazı hükümler vardır. Örneğin TCK. md. 527 gereğince, kimse bir musibet ve felâket veya karışıklık yahut cürmü meşhud vukuunda makul bir özü bulunmadıkça gerekli hizmet ve yardımı yapmaktan kaçınmaz. Yine TCK. md. 476'ya tevfikân, yedi yaşından aşağı bir çocuğu veya müptelâ olduğu akıl veya beden hastalığından dolayı kendini idare edemeyen bir şahsı terkedilmiş bulan kimse, derhal ait olduğu Daireye veya Hükümet memurlarına haber vermeye mecburdur. Bir yaralıya veya sair teklihede bulunan bir kimseye yahut ölüye veyahut ölüye benzer cesede tesadif eden, mümkün olan yardımı yapmak veya derhal alakalı daireye haber vermekle mükelleftir.

Acaba bu maddelerde mevzu bahis olan yardım mükellefiyetini yerine getirmeyen şahıs bu yüzden husule gelen zarardan, örneğin adam ölmesinden mes'ul tutulmalı mıdır?

Tandoğan'a göre; «İçtinapta bulunan şahıs ceza hukuku bakımından sadece yardım etmemesinden mes'ul kılınmakta, yoksa bu yardım etmemenin bütün neticelerinden mes'uliyeti cihetine gidilmemekte» demek suretiyle verdiği örnekte kasıtlı veya taksirli adam öldürmeden dolayı cezaya çarptılmamaktadır. Bu itibarla, bahis mevzu yardım vazifelerini yerine getirmemenin borçlar hukuku bakımından da bir tazminat mükellefiyetine vucut vermesi kabule şayan değildir. Zira TCK.'daki yardım vazifesi zararlı neticeye mutlaka mani olmak vazifesi mahiyetini taşımamaktadır. TCK.'daki müeyyideler bu hususta kâfi sayılmalıdır, demektedir (70).

Aynı fikirde Von Tuhr, Aksi fikirde Cahit Davran.

2 — İçtinap (Hareketsizlik) tehlikeli bir fiile merbut ise Caiz fakat tehlikeli bir faaliyette bulunan kimse zararı önleyici tedbirler al-

(69) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 13

(70) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 14

mağa mecburdur. Bu tedbirleri almaktan içtinap etmişse, bundan doğan zararı tazmin etmesi gerekir. Ezcümlle; patlayıcı maddelerle çalışan kimseler meselâ yol inşaatında veya binaların yıkımında çalışanlar, yahut zehirli madde saklıyanlar, mesela eczacılar ellerinde bulunan maddelerin üçüncü şahıslara zarar vermemesi için gerekli tedbirleri ittihaz etmelidirler.

Yargıtayımız bir kararında şu ifadeyi kullanmıştır : «Davalının herhangi bir sebeble başa girmeleri mümkün olan insan ve hayvanların başa girmesini önleyecek gerekli tedbirleri almaksızın ve zehirli madde koyacağını gerekli şekilde etrafa duyurmaksızın başına, insanlar ve hayvanlar için tehlike arzeden, zehirli madde serpmesi, bundan doğan zarardan mes'uliyetini gerektirir» Burada haksız fiil teşkil eden, zehirli madde serpilmesi değil, gerekli tedbirlerin alınmaması şeklindeki içtinaptır.

Diğer örnekler : Herkesin geçebileceği bir yerde bir çukur açan bu çukurun mevcudiyetini belirten işaretler koymalı ve geceleyin bunun bulunduğu yeri aydınlatmalıdır. Çocukların oynadığı bir arsaya boş benzin tenekeleri koyan kimse bunların açılmaması için gerekli tedbirleri almalı, bahçesinde atış müsabakaları yapılmasına müsaade veren otelci gerekli emniyet tedbirlerini almalıdır.

Alınması gerekli tedbirler halin icaplarına göre tesbit olunur. Genellikle üçüncü şahısların tehlikenin mevcudiyetinden haberdar edilmesi kâfidir. Böyle bir dikkati çekmeye aldırmayan yahut tehlikeli olarak vasıflandırılan bir mıntıkaya selahiyeti ve görevi olmaksızın girenin kendi kusuru vardır. Mutazarrırın kendi kusuru ya da illiyet rabitasını keser ve tazminat borcunu tamamen ortadan kaldırır yada tazminat tenkis sebebi teşkil eder. Tehlikeye dikkati çekme mükellefiyeti, herkes için aşikâr olan tehlikelere ve koruyucu tedbirler olmak mükellefiyeti de herkesin normal olarak kendi menfaati için alması lâzım gelen tedbirlere şamil değildir.

3 — Hüsnüniyet kâideleri içtinapta bulunmamayı âmir ise; hüsnüniyet kurallarına aykırı hareket; yani zarara sebep olanın hareketi Medeni Kanun hükme bağladığı objektif hüsnüniyet kuralına (MK. 2) aykırı ise bu kimse hareketsizliğinden doğan zararı tazminle mükelleftir ; Başkasına yanlış bilgi veya mütalâa veren, bir mukavelelenin müzakeresi sırasında karşı tarafa gerekli bilgiyi vermemek sure-

tiyle onu hatalı bir kanaat ve karara sevk eden, bu sukûtu ile haksız bir fiil işlemiş olur. Zira hüsünüyet kuralları icabı, bu hallerde karşı tarafa gerekli bilgiyi verme zorunluğ u vardır.

4 — Eğer hareketsizlik (içtinap başkasına zarar vermek kastıyla ahlâka aykırı sayılacak derecede ağır ise, (BK. 41/II) gereğince tazminat ödemeğe mahkum edilebilir. Örneğ in yukarda naklettiğ imiz ş arhoş un kar fırtınasında yalnız bırakılması olayında, bu bırakmanın zarar verme kastiyle olduğ u isbat edilirse tazminat borcu ortaya çıkabilir. Ş u kadar ki genellikle zarar verme kastı ortaya çıkmaz (olayda ş arhoş un ölümünün arzu edilmiş olması) gibi.

Yukarda sayılan hallerde hareketsizlikten dolayı zarara uğradığını iddia eden kimse, hareket mükellefiyetinin varlığını isbata mecburdur. Buna mukabil, hareketsizlikte (içtinapta) bulunduğ u iddia edilen de gerekli önlemleri aldığ ını kanıtlamakla mes'uliyetten (sorumluluktan) kurtulabilir.

Oftinger'e göre, «Hareketsizlikle (içtinapla) zarar arasında illiyet bağının isbatında, Hâkim çok sıkı davranmamalıdır. Zararın içtinaptan ileri gelmesinin kuvvetle muhtemel olduğ u hususunda hâkime kanaat verilmesi kâfidir. Zira burada icrâî fiillerde olduğ u gibi kat'î bir isbat imkansızdır» der (71).

c — Hukuka aykırılık

Genel olarak; tazmin borcunun doğması için bir eylemden zararın meydana gelmiş olması tek başına yetersizdir. Bundan başka bu zararı meydana getiren eylemin hukuku aykırı da (haksız) da olması lazımdır. Bu sebepledir ki BK. 41/II'de haksız bir surette deymi konuşmuş tur. Genel olarak bir hakkı red ve inkâr eden her tutum ve davranış haksız ve hukuka aykırıdır. Bu geniş anlamda hukuka aykırılık aile hukukunda, Ceza, İdare ve Devletler Hukukunda mevcut olabilir. Fakat Tazminat Hukukunda daha dar ve özel anlamı vardır. Burada hukuk düzeni vatandaşların doğrudan doğruya veya dolayısıyla zarara uğramalarını önlemek istemekte ve bu maksatla da zarar verici eylemleri yasaklamaktadır. Kuralların yazılı olması da gerekli değildir. Tedbir niteliğindeki bir takım polis nizamları da guruba dahildir. Bun-

lara aykırı hareketde haksızlığı ve binnetice tazmin borcunu meydana getirir.

d — Mutlak hakların ihlali

Zarar veren bir eylem, her zaman objektif hukuk kuralına aykırılıkla kalmaz, aynı zamanda bir başkasının hakkına tecavüz niteliğinde olur. Bunların başında mutlak haklara, yani vatandaşların herkese karşı ileri sürebileceği haklarına tecavüz eylemleri gelir ; Örneğin ; Bir kimsenin bir menkul veya gayri menkûlüne zarar verme ondan istifadesine engel olma, tazmin borcunu doğurur. Keza, telif, ihtira beraatı, ticaret ünvanı, bankalar üzerindeki gayri maddi nitelikte olan haklar da mutlak hak niteliğinde olup bunlara da tecavüzde haksızlık unsurunu meydana getirir.

Buna karşılık nisbî haklar (alacak hakları) sadece söz konusu borç ilişkisinde taraf olanlarca ihlal edilebilir. Bu takdirde BK. 96 anlamında akde aykırı bir eylem söz konusu olur. Böyle bir alacak hakkı hukukî ilişkiye yabancı olan bir üçüncü kişi tarafından ihlal edilemez. Alacaklı, Akdî münasebete dahil olmayan bir kimsenin fiili yüzünden zararda görmüş olsa bu üçüncü şahsın fiili BK. 41/I anlamında haksız değildir.

Örneğin; satıcı (A) birşeyi alıcı (B)'ye teslim etmeyi taahhüt etmiş ancak o şey yabancı olan (C) tarafından tahrip edilmiş ise, (B) zarar görmüş de olsa bu yüzden (C) den BK. 41'e dayanarak tazminat talebinde bulunamaz. Zira (C) hareketiyle (B)'nin mutlak bir hakkını ihlâl etmiş değildir. Eğer şartları mevcut ise bu fiilinden dolayı (A), (C)'den tazminat isteyebilir. Zira, şey henüz (A)'nın mülkiyetindedir (72).

Ancak; istisnai hallerde bir üçüncü şahıs nisbî olan bir hakkı (alacak hakkını) ihlâl edebilir. Örneğin üçüncü şahsın eylemi BK. 41/II'nin anlamında ahlâka aykırı ise bundan da alacaklı zarar görmüş bulunuyorsa failden tazminat isteyebilir. Bunun için verilen Klâsik misal şudur. (B), (A)'nın yanında çalışan bir işçidir ve (C), (A)'nın rakibi olan bir ticarethanenin sahibidir ve (B)'nin rakibi olan (A)'nin yanında çalışmasını istememektedir. Bu maksada erişmek için (C), (B)'yi kandırarak kendi yanında çalışmasını sağlamıştır. (C)'nin bu

hareketi BK. 41/II anlamında ahlâka aykırı olduğundan bundan zarar gören (A), (C)'den tazminat isteyebilir. Yine başka bir misal (A) bir şeyi (B)'ye satmıştır. Fakat henüz teslim etmemiştir. (C) ise bunun o şey'e sahip olmasını istememektedir. Bu maksatla da daha çok para vermek suretiyle (A)'dan o şey'i kendisi satınalmıştır. (C) o şey'e hiç muhtaç olmadığı halde sırf o şey'e (B) malik olmasını diye bu işi yaptığından hareketi BK. 41/II anlamında ahlâka aykırı ve tazmin borcunu doğurur. Ancak bu her iki olayda da (C)'nin diğerine zarar verme maksadiyle hareket etmesi gereklidir. Keza herkes başkasının zilliyetliğine tecavüzden içtinap etmekle mükelleftir (MK. md. 894 - 896).

e — Şahsiyet Haklarına Tecavüz

Medeni Kanun 24, Borçlar Kanunu 49, şahsiyet hakları adı altında bir kimse etrafına toplanan hukukî münasebetleri özel surette korumaktadır. Mameleki (Mal varlığı) karakterdekiler dışında kalan hukukî ilişkiler şahsiyet haklarını teşkil ederler ; Hayat, Sıhhat, Hürriyet, Şeref, Ticarî itibar, eşiyile, yakınlarıyla ilişkiler, sırlar, resim veya isim üzerinde hâklar bu tür haklardır. Bir meslek ve санаатı icra etmekte bu guruba girer. Vatandaşın bu münasebetlerinde bir saldırıya uğraması tazmin borcunu meydana getiren bir hukuka aykırılıktır. İşte, MK. 24 hükmü saldırı halinde bunun yasak edilmesini zarar vukuu halinde de maddi tazminat talebine imkan vermekte BK. 49'da da kusurun hususi ağırlığı gerektirdiği takdirde tecavüze uğrayan failden ayrıca manevi bir tazminat imkanını tanımaktadır (73).

f — Vatandaşın Hakkını Dolayısıyla Koruyan Kurallar

Hukuka aykırılığın mevcut olması için her zaman bir kimsenin subjektif bir hakkının saldırıya uğraması gerekli değildir. Sadece ey-lemün kanunun bir hükmüne aykırı olması yeterlidir. Eğer bir kimse, kusurlu olarak kanuna aykırı hareket etmişse bundan zarar görenin zarara uğramasını arzu etmemiş olsa bile meydana gelen zarardan BK. 41/II gereğince sorumludur. Örneğin ; hiç bir kimsenin sahte bir vesikanın düzenlenmemesini isteme yetkisi yoktur ; Fakat bir başkası tarafından kanuna aykırı surette düzenlenmiş sahte bir senede güvenen ve bu suretle zarara uğrayan kimse, sahteliği yapan failden vaki zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Hile ve tehdit (BK. 28, 29) Ceza Kanunu anlamında bir suçtur. Hile veya tehdit neticesinde bir mukave-

(73) GÜR SOY a.g.e. Sahife 321

le yapan bundan zarar görürse, failinden tazminat isteyebilir. Bunun sebebi failin, mağdurun subjektif bir hakkına tecavüz etmiş olması değil, Ceza Kanununun yasak ettiği bir eylemi yapmış olmasıdır. Bununla beraber sadece toplum ve onun nizamını, varlığını bir bütün olarak koruyan kuralların çiğnenmiş olması hukuka aykırılığı meydana getirmez. Örneğin Devletin şahsiyetine karşı işlenmiş olan suçlar (TCK. 125) bu niteliktedir. Bu son halde husule gelen zararlar hukuka aykırılık arasında illiyet rabitası yok demektir. (74)

g — Ahlaka Aykırılık

Zararı meydana getiren eylem çoğu zaman bir kimsenin mutlak bir hakkına saldırı niteliğinde veya fertlerin menfaatlerini koruyan bir kanun hükmüne aykırıdır. Bununla beraber bazen bir eylem, ne kanuna nede bir diğer kimsenin mutlak bir hakkına tecavüz teşkil etmemekle beraber, sadece ahlâkın uygun görmediği bir eylem niteliğindedir; bu takdirde de tazmin gereklidir (BK. 41/II). Burada söz konusu ferdi ahlâk değil, Sosyal ahlâk yani topluma mal olmuş bulunan görüş tarzlarıdır.

Burada da ahlâka aykırılığın hukuka aykırılık unsurunu meydana getirmesi için fail nezdinde «zarar verme» kastının mevcut bulunması gereklidir. BK. 41/II'de sözü edilen «Zarara uğramasına bilerek sebebiyet verme» den maksat budur. Bu hüküm oldukça geniş bir tatbik alanı bulmuştur.

Örnekler; objektif hüsnüniyet kurallarına (MK. 2)'ye göre yapılması gerekli olan bir ihbarı yapmamak suretiyle diğerinin zarara uğramasına sebep olma. Örneğin; (A), (B) için zarar doğabilecek bir sahtekarlığı keşfettiği halde ona haber vermiyor.

Hayati önemi olan bir mukaveleyi yapmaktan çekinme ; Örneğin tek eczacı olan bir kasabada eczacının ilaç satmaması.

Kendisinden istenilmediği halde yanlış bir mütalaa vererek başkasının zararına sebep olmak.

Kanunen şekle tabi olduğu halde diğer tarafı gerekli olan şekle tabi olmayan bir mukavele yapmağa teşvik etme ve sonrada bu akdin şekil noksanı yüzünden geçerli olmadığını ileri sürme (4. HD. 5.5.1958 E. 3355, K. 2984. Tandoğan Sah. 29. N. 60).

(74) TANDOĞAN a.g.e. Sahife 19

Bir bankanın belli miktarda para yatırırlara kura ile gayrimenkul ikramiyesi verileceğini gazetelerle ilân etmesi, sonra da bu taahhüdünün kanunî şekle uygun olmaması yüzünden geçerli bulunmadığını ileri sürmesi B.K. 41/II anlamında ahlaka aykırı gözükmiştir (1. H.D. 4.10.958 tarih ve 2745/2318 ; Gürsoy Sah. 323).

XI — KUSUR YÖNÜNDEN HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER

a — Resmi Bir Görevin İfası

Resmi bir görevin yerine getirilmesi münasebeti ile başkasının mallarına veya şahsiyet haklarına yapılan müdahaleler tazmin borcu doğuran bir saldırı sayılmazlar. Örneğin; kanun hükümleri dairesinde yapılan istimlâk İcra Memurunun borçlunun mallarını haczettirmesi, satması, kaçak veya yapılması yasak eşyaya Devlet tarafından el konulması zanlının usulüne uygun tutuklanması gibi.

b — Hususi Hukukun Bir Müdahaleye İzin Verdiği Haller

Bazen kanun veya mukavelenin tanıdığı bir hakkın kullanılması bir başkasının malına veya şahsına bir müdahaleyi icap ettirebilir.

Bir başkasının malını kullanma (Kira, Ariyet, İntifa, İrtifak) veya sattırma (Rehin, İpotek) gibi bir hakka sahip olan bu hakkına dayanarak yaptığı ve yaptırdığı işlemler, bir saldırı sayılmazlar. Velinin Velayeti altındaki çocuğunu terbiye maksadiyle tedip etmesi (MK. 267) bu cümledendir. Normal hallerde bu tür müdahaleler haksız ve binnetice tazmin borcunu gerektirdikleri halde müdahalede bulunan akit veya kanundan doğan yetkisi eylemin hukuka aykırılık niteliğini kaldırmakta ve binnetice bir tazminat mecburiyeti de getirmemektedir.

c — Zarara Uğrayanın Zarara Razi Olması

Eğer hak sahibi bir zararın veya bir müdahalenin meydana gelmesine kendisi müsaade etmiş ise, artık bu durumda hukuk düzeninin koruyacağı bir hak (menfaat) yoktur.

Bir müsaadenin haksızlığını ortadan kaldırabilmesi için hak sahibinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak söz konusu olmalıdır. Zira, bir kimsenin kendi şahsiyeti ve vucut tamamıyeti üzerinde hudutsuz yetkileri yoktur. Bir kimse bazı haklarından istesede vazgeçemez (MK. 23). Bu gibi hallerde saldırıya uğrayanın müsaadesine rağmen

men vaki müdahaleler saldırı niteliğinde kalır ve tazmini gerektirir. Muvafakat BK. 20 gereğince hükümsüzdür. Örneğin ; bir kimse kendisinin öldürülmesine muvafakat edemez. Fakat bazen bu muvafakat, tehlikeli sonuçlar doğurmayacak spor oyunlarına iştirak gibi, kan verme, kalp, böbrek amaliyatlarına muvafakat verme bu gün münakaşalıdır.

Makul ölçüler ve ciddi gayeler dahilinde kalmak kaydıyla bu yoldaki müsaadeler hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.

d — Vekâletsiz İş Görme

Zarar verme kastı olmaksızın, bilakis, faydalı olmak için özel bir yetkimiz bulunmadığı halde bir başkasına ait olan işi yapma ihtiyacını duyarız ; Örneğin ; Hastalanmış kendini kaybetmiş bir kimseyi felaketten kurtarmak için hastahaneye yatırmak ve bu durumda olan birini doktorun ameliyat yapması. Seyahatta olan komşunun evi yangın veya su basma tehlikesine maruz ise kapısını kırıp eşyasını bir başka yere nakletme işini yapabilirim. Bana verilmiş hususi bir yetki olmadığı halde bazı masraflar yapabilirim. Arzu edilen iyi neticeler meydana gelmemiş bile olsa hüsnüniyetle sarf ettiğim masrafları hak sahibinin arzusuna göre yaptığım masrafları isteyebilirim (BK. 413). Bu müdahaleler hukuka aykırı değildir. Ancak ; Bunun için kanun gerekli gördüğü şartlar (BK. 410 - 415) mevcut olması lazımdır.

f — Meşru Müdafaa (Haklı Korunma) (BK. 52/I, MK. 894)

Şahsi veya mali varlığımıza bir üçüncü şahsın yaptığı haksız tecavüzü defetmemiz şahsımızı veya malımızı kendi eylemimizle korumamız tabii bir icabdır. İşte bazı şartlarla bu nevi bir haksız tecavüzü önlemek için tecavüz edenin şahsına veya malına bir zarar verirsek bundan sorumlu olmayız. Bunun da şartlarını şöyle sayarız ; Başlamış veya başlamak üzere olan bir saldırı mevcut olmalıdır. Bu saldırı kendini veya başkasını koruyan kişinin şahsına veya malına karşı olmalıdır. Muhtemel bir saldırı meşru müdafayı haklı göstermez. Yine saldırının Objektif olarak haksız olması lâzım ve kâfidir. Diğer taraftan meşru müdafaa, bununla kullanılmak istenilen hakkın gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Ölçü aşıldığı oranda eylem haksız olur.

Eğer saldırıyı haklı gösteren bir durum varsa, buna karşı korunma hakkı kullanılamaz. Mesala ; Zaruret halinde bulunan kimse (BK. 52/II) hakkını bizzat kendisi almaya yetkili olan kimse (BK. 52/III)'e karşı meşru müdafaa mümkün değildir.

g — Kimsenin Hakkını Bizzat Kendisinin Alması (İlhakıhak) Veya Koruması (Vikaye Etmesi) (BK. 52/III)

Bugünkü hukuk düzeninde genel olarak bir hak devlet vasıtasıyla elde edilebilir. Bununla birlikte istisnai hallerde hak sahibinin hakkını bizzat alması veya korunması kabul edilmiştir. Örneğin; Kasabada uzakta bulunan evindeki kiracının uzun süreden beri kirayı vermediği halde eşyalarını alıp orayı terkedişine engel olmak, yine uzun süre otelde kalan şahsın parayı ödemededen bavulunu alıp giderken otelcinin bavulunu alması gibi. Burada da şartlar; kuvvet kullananın bir hakkının mevcut olması ve bunu korumak için hareket etmesi lâzımdır. Diğer taraftan resmi makamların yardımını istemek mümkün olmamalıdır. Yine bizzat kuvvete müracaat olunmaması halinde sonradan hakkını elde edilmesi mümkün olmamalı veya çok zor olmalıdır. Yine hakkı elde etmek için kullanılan vasıtanın maksada elverişli onunla orantılı olmalıdır.

h —Zaruret Hali

Mal, hayata, insan vücuduna ilişkin bir tehlikeden korunmak için bir başkasının malına (Mal varlığına) saldırı hakkıdır. Örneğin, donma tehlikesine maruz kalanın dağ evinin kapısını kırarak içeri girmesi veya kendisini takip eden vahşi bir hayvanın takibinden kurtulması için veya tecavüz edene karşı başkasına ait bir şeyi koruma vasıtası olarak kullanırsa ortada bir zaruret halinin varlığı kabul edilir. İşte BK. 52/II bu durumu hükme bağlamıştır. Bunun tatbik alanı menkul mal olup MK. 677'de ise bu durumda bir gayrimenkule tecavüzü hükme bağlamıştır. Eğer BK. 52/II şartları mevcut değilse mesele hakkında BK. 41 hükümleri uygulanır. Yani kusuru yoksa hiçbir tazmin borcu da yoktur. İrade dışında sebep olan zararlara uygulanmaz.

XII — S O N U Ç

Yukardan beri anlatmaya çalıştığımız kusur kavramı ve çeşitlerinin hukukumuzda yeri ve bununla ilgili doğan sorumluluk halleri, buradaki mevkiini belirtmeye çalıştık. Bütün bunların sonucunu uygulamada ne suretle yer verildiğini ancak yargısal kararlarda görmek mümkün olduğundan sonuç olarak bu konuda mevzuu anlatılırken araya serpiştirilen yargısal kararlar dışında kalanlardan bir kaç örnek vermek suretiyle yetineceğiz.

KUSURLA İLGİLİ YARGISAL KARARLAR

● 1 — Ağır Kusur :

Şikayet ve ihbar, şikayet olunanı zararlandırmak ve küçük düşürmek amacı ile yada şikayet konusu olayın varlığını gösterir kanıtların bulunmasına karşın yapılmışsa, hak arama özgürlüğü kötüye kullanılmış; böylece manevi ödüncenin hukuka aykırılık, ağır kusur ve ağır zarar unsurları gerçekleşmiş olur (4. HD. E. 976/1031, K. 977/6741. T. 9.6.977 YKD. sh. : 1463).

● 2 — Ağır Kusur Ve Tazminattan İndirim :

İşlenen zararın bir miktarının indirilmesi için ya kusurun ağır olması yada eylemi işleyen malca bu zararı ödeyemeyecek durumda olması gerekir (Y. 4. HD. 13.9.976 T. 1976/5787-7457. E., K.S. YKD. sh. : 707-978).

Kararda kısaca; BK.'nun 44. maddesine göre işlenen zararın bir miktarının indirilebilmesi için ayrı ayrı iki esaslî unsurun bulunması gerekmektedir. Bunlardan birincisi kusurun ağır olması, ikincisi eylemi işleyen durumunun malca bu zararı ödeyemeyecek durumda olmasıdır, denmekte.

● 3 — Kusur :

Olaya neden olan şoförün, yolda duran bir aracın önünden her zaman bir kimsenin birden bire çıkabileceğini düşünerek süratini azaltmaması kusurlu ve tedbirsiz bir davranıştır (Y. 4. HD. 23.11.976 T. 976/10308-10207 E. K. Say YKD. sh. 539-978)

● Rücu Dayası (Çalıştırılanın Kusuru - Kurtuluş Beyyinesi) :

Uzman doktor, hastanın bünyesini, kişisel durumunu ışınlarla karşı aşırı duyarlılığını bilmelidir ve tedaviyi bu etkilerin sonuçlarını ortadan kaldıracak nitelikte uygulamalıdır. Böyle bir inceleme yapılmaksızın uygulanan tedavi sonucu uğranılan zarardan (Manevi) adam çalıştıran sorumludur ve çalıştırılana dönebilir (Y. 4. HD. 17.12.976 976/692-11046 E. K. Say. YKD. sh. 444, 978).

● 5 — Devletin Sorumluluğu (Memurun Kusuru Yüzünden) Ödence :

MK.'nun 917 maddesinden doğan devletin kusursuz sorumluluğu durumunda dahi koşulları gerçekleştiğinde BK.'nin 44 maddesinin uygulama olanağı vardır. Ancak tapu iptaline ilişkin ilk davada Hazine temsilcisinin yeterli savunmada bulunmaması karşısında davacının birlikte kusurluluğu söz konusu olmayacağından ödenceden indirim yapılamaz. Bu durumda tapu memurunun eksik işlemi yüzünden iptal edilen tapu nedeniyle zarar husule geldiği yolundaki iddia üzerine gerekli araştırma ve inceleme yapılmalıdır. Mahkemece davanın reddi doğru değildir (Y. 4. HD. 27.4.977 tarih. 976/4-1921 M. 1977/431 K. YKD. sh. 513, 1978).

● 6 — İş Kazası (Kusurların Saptanması, Uzman Bilirkişi) :

İşverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli önlemleri alıp almadığının, buna karşın işçinin karşıt kusurunun bulunup bulunmadığının uzman bilirkişi tarafından saptanması gerekir (Y. 10. HD. 26.9.977 T. 977/8663-5786 E. K. Say. YKD. sh. 54, 1978).

⑦ 7 — Haksız Fiil (Hizmet Kusuru - Kişisel Kusur - Ağır Kişisel Kusur - Nedensellik Bağı) :

a — Danıştay kararının tazminata ilişkin bölümü yerine getirilmiş olsa dahi aynı zarar doğacak ise, Danıştay kararının yerine getirilmesiyle zarar arasında uygun nedensellik bağı yoktur.

b — Miktarı belirsiz tazminatın ödenmemesi halinde ağır kusurdan bahsedilemez (YHGK. 5.5.978 T. 976/4-3501 E. 978/369 K. YKD. Sh. 1617, 1978).

⑧ 8 — Bilirkişi Raporu (Trafik Polisinin Raporu - Kusurun Saptanması) :

Trafik olayından sonra işe el koyan trafik polisinin raporu, HUMK.'nun öngördüğü anlamda bir bilirkişi raporu olarak nitelendirilemez ve kusur oranının saptanmasında bu rapora dayanılmaz (Y. 4. HD. 115. 977 T. 977/5073 E. 977/5705 K. YKD. sh. 1635, 1978).

⑨ 9 — Birleşik (Müterafik) Kusur (Ödencenin İndirilmesi) :

SSK.'nun 10. maddesi hükmü BK.'nun 44. maddesinin uygulanmasına engel değildir. İşçinin birlikte kusurlu olması halinde, bir kusur sonunda zarardan indirme yapılması gerekir. Mahkemece yapılacak iş uzman bilirkişi aracılığı ile olayda işçinin de birleşik kusuru bulunup bulunmadığının saptanmasıdır (YHGK. 26.12.975 E. 9-738 - K. 1700. YKD. Sh. 1115, 1976).

⑩ 10 — Karşılıklı (Müterafik) Kusur :

Davacı davalının yanmasına neden olduğu bezelyelerini ona haber vermeksizin tarlasına bıraktığına göre davacının karşılıklı kusuru da gözönünde tutularak gerçek zarar saptanmalıdır.

Olay : Davacının kendi taşınmaz malından topladığı bezelyeleri davalının haber ve malumatı dışında davalının tarlasına demet halinde bıraktığı bunların yanmasına davalının sebebiyet verdiği, davalının ikrarı ve tanık sözleri ile açıklanmıştır. Mahkemece yapılacak iş davacının müterafik kusurunda gözönünde tutularak gerçek zararı saptayıp hüküm altına almaktan ibarettir. Şeklinde karar vermiştir (Y. 3. HD. 4.7.977 T. E - 977/4416, K. 977/4363. YKD. Sh. 1526, 1977).

⑪ 11 — Kusur :

Trafik yasasına göre motosikletin arkasına binmenin kusurlu davranış sayılmayacağına dair (Y. 4. HD. 17.1.977 tarih ve 416 sayılı karar. Karar kartonundan alınmıştır).

● 12 — Kusurlu Davranış Ve Zararı Meydana Getirme İliyeti :

Davai malik aracı ehliyesiz olan kardeşine bırakmış olması bakımından onun veya onun kullandığı adamın zararlarından Borçlar Yasasının 41 ve 55 nci maddeleri hükümlerince sorumlu tutmak gerekir. Bu nedenle malik hem kusurlu davranışından hem de zararı meydana getirme illiyetinden ötürü sorumlu tutulmak gerekir (Y. 4. HD. 27.1.977 tarih 977/252 E. 977/889 K. Sayılı Karar. Karar kartenundan alınmıştır).

● 13 — Avukatın Kusuru - Ağır Kusur (Olayda BK'nun 49 ve 47. maddelerine Dayanarak Tazminat İstenmiştir) :

Avukat üzerine düşen ödevi belli koşullar ve mesleğin gerektirdiği onur içinde yerine getirmek zorunda olup, ayrıca bu katsal ödevin yapılması sırasında davranışı meslek düzen ve geleneklerine uygun bir davranış içinde gerçekleşmelidir (1136 sayılı Yasanın 34 ve 134 sayılı maddeleri bu biçimde davranış gereğini yüklemektedir). Avukat mesleğinin gerektirdiği bu davranışa uymassa ağır kusurlu bir davranış içinde mesleğini yerine getirdiğinin benimsenmesi zorunludur (Y. 4. HD. 29.4.977 T. 976/8312-5171 E. Sayılı Karar kartonundan alınmıştır).

● 14 — Ağır Kusur, Ağır Zarar, Hukuka Aykırılığın Bulunmadığına Dair :

Bir ihbarın hukuka aykırı olması için şikayet eden kimsenin suçsuz olduğu bilinerek onları zararlandırmak ve küçük düşürmek amacı ile yapılması yada şikayette bulunması elinde şikayetine konu edeceği olayın vukuuna delalet edecek ciddi ve inandırıcı kanıtların bulunmaması halinde kusurlu davranılmış ve hukuka aykırı hareket edilmiş olur. Oysaki olayımızda evvelki bir ceza mahkumiyetini gerektirmese bile bir rızai cinsi münasebet bulunması gibi bir çok ciddi ve inandırıcı kanıt vardır. O halde yapılan ceza şikayetinin kötüye kullanıldığının kabul ile manevi tazminata hükmedilmesi olayda ağır kusur, ağır zarar, hukuka aykırılık unsurları bulunmadığı cihetle yasaya aykırıdır (Y. 4. HD. 9.6.977 T. 976/10341 - 6714 E. K. Karar kartonundan alındı).

● 15 — Şikayet Hakkı Ve Kusurlu Davranış (Şahsiyet Hakkında Tecavüz - Manevi Tazminat) :

Davalının suçsuz olduğunu bile bile davacıyı şikayet ettiği sabit olmadığı gibi, şikayet etmiş olsa idi dahi şikayetini haklı kılacak emarelerinde bulunmasına ve bu konuda kendisinden beklenen bütün ihtimamı göstermesine İhmalî ve Kusurlu davranışı da bulunmamasına göre hakkındaki davanın reddi gerekirken delillerin yanlış değerlendirilmesi ve davalının duruşma sırasında verdiği savunmalarında sarfettiği sözler ve olasılıklardan söz edilerek davalının tazminatla sorumlu tutulması bozmayı gerektirmiştir (Y. 4. HD. 30.9.977 T. 976/8657 - 8994 E. K. Sayılı Karar kartonundan alınmıştır).

● 16 — Olaya Rızî Olma Kusurunun Ağırliğini Ortadan Kaldırır : Kişisel haklara tecavüzün varlığının saptanmakla birlikte davalının on

yıla yakın bir zamandan beri basında çıkan M... Şirketinin temsilcisi olduğu şeklindeki haber ve yayınlara sesini çıkarmamak suretiyle bunlara rıza gösterdiği ve bu suretle verilen birlikte kusurlu olmak kusurun ağırlığını ve bunun sonucu olarak da manevi tazminat gereğinin ortadan kaldıran durumlar olarak kabul edilirler. Bu durumda davanın reddi gerekir (Y. 4. HD. 18.4.977 T. 976/4229 - 4519 E. K. Sayılı Karar kartonundan alınmıştır).

— BİTTİ —

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- 1 — Ord. Prof. ANSAY SABRİ ŞAKİR : Hukuk tarihinde islam hukuku üçüncü bası Ankara 1958
- 2 — Prof. Dr. ATAY AYTEKİN : Borçlar hukuku genel teorisi, birinci yarısı, ikinci bası. İst. 1975
- 3 — Ord. Prof. BELGESAY MUSTAFA REŞİT : Mecellenin külli kaideleri ve yeni hukukun ana prensipleri İstanbul 1947
- 4 — Doç. Dr. (Prof.) EREN FİKRET : Sorumluluk hukuku açısından uygun illiyet bağı teorisi Ankara 1975
- 5 — Prof. Dr. FEYZİOĞLU NECMETTİN FEYZİ : Borçlar Hukuku genel hükümleri Cilt I, II, İstanbul 1976
- 6 — Prof. Dr. GÜRSOY KEMAL TAHİR : Haksız eylemden doğan borçlar (Master için ders notu 977) Ankara (Akit dışı sorumluluk)
- 7 — Prof. Dr. GÜRSOY KEMAL TAHİR : Haksız fiillerden doğan talep hakları ve bu hakların diğer talep hakları ile yarışması, A.Ü.H.F. Dergisi Say. 974/1-4
- 8 — Prof. Dr. GÜRSOY KEMAL TAHİR - EREN FİKRET - CANSER EROL : Türk Eşya Hukuku Ankara 978
- 9 — Ord. Prof. Dr. Jur. HİRŞ ERNEST : Pratik Hukukta Metod. 3 ncü baskı (Genişletip değiştirerek işleyen Avukat Volf Çerniş Ankara 1978)
- 10 — Dr. İMRE ZAHİT : Kusursuz mesuliyet halleri İstanbul 1949
- 11 — İLMİ ve KAZAİ İÇTİHATLAR DERGİSİ 1974 cildi
- 12 — Prof. Dr. KARAYALÇIN YAŞAR : Hukukta öğretim - Kaynaklar - Problem çözüme Ankara 1977
- 13 — Doç. Dr. KANETİ SELİM : İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku kararları Cilt I (1955 - 1964) Ankara 1968

- 14 — Doç. Dr. KARADENİZ ÖZCAN : Roma Hukuku adlı kitabı Ankara 1977
- 15 — Ord. Prof. KOSCHAKER PAUL : Roma Hususi Hukukunun anahatları (Kitabı yeniden elden geçiren Prof. Kudret Ayiter Ankara 1971)
- 16 — KARACABEY Ö. FARUK : Uygulamalı hukukta yöntem ve araştırma Ankara 1976
- 17 — KARAHASAN MUSTAFA REŞİT : Tazminat davaları İstanbul 1976
- 18 — OLGaç SENAI : Türk Borçlar Kanunu ve ilgili hususi kanunlar Cilt I, İstanbul 1959 - 1975
- 19 — OSER SCHÖNEBERGER : Borçlar Hukuku 1 nci kısım (Çeviren Recai Seçkin Ankara 1947)
- 20 — PASİN CEZMİ : Yargıtay Emsal Hukuk İçtihatları Ankara 1965
- 21 — Ord. Prof. SCHWARZ ANDREAS : Borçlar Hukuku dersleri Cilt I, Çeviren Dr. Bülent Davran İstanbul 1948
- 22 — Prof. Dr. SAYMEN FERİT. H. - Doç. Dr. ELBİR K. HALİD : Türk Borçlar Hukuku 1. Umumi Hükümler İst. 1958
- 23 — Prof. Dr. TANDOĞAN HALUK : Türk Mesuliyet Hukuku Ankara 1961
- 24 — Prof. Dr. TANDOĞAN HALUK : Yüksek Lisans ders notları (Kusura dayanmayan sözleşme dışı sorumluluk) Ankara 1979
- 25 — Prof. Dr. TUNÇOMAĞ KENAN : Türk Borçlar Hukuku 1 nci Cilt İstanbul 1976
- 26 — VON TUHR ANDREAS : Borçlar Hukukunun umumi kısmı Cilt I - II, Çeviren Avukat Cevat Edege İstanbul 1952
- 27 — YARGITAY KARARLARI DERGİSİ : 1975 yılılığı Cilt I
- 28 — YARGITAY KARARLARI DERGİSİ : 1976 yılılığı Cilt II
- 29 — YARGITAY KARARLARI DERGİSİ : 1977 yılılığı Cilt III
- 30 — YARGITAY KARARLARI DERGİSİ : 1978 yılılığı Cilt IV

KISALTMALAR CETVELİ

a. g. e.	: Adı geçen eser.
A. B. D.	: Ankara Barosu Dergisi.
A. Ü. H. F.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Ank.	: Ankara
B. G. E.	: İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Küllüyeti.
B. K.	: Borçlar Kanunu.
E.	: Esas.
F. M. K.	: Federal Mahkeme (İsviçre).
H. D.	: Hukuk Dairesi.
H. U. H.	: Hukuk Umumi Heyeti.
H. M. U. K.	: Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu.
İ. B. D.	: İstanbul Barosu Dergisi.
İst.	: İstanbul
H. G. K.	: Hukuk Genel Kurulu.
K.	: Karar
K. İ.	: Karar İnceleme.
Md.	: Madde.
M. K.	: Medeni Kanun.
N.	: No - Numara.
S. S. K.	: Sosyal Sigortalar Kanunu.
Sh.	: Sahife.
Say.	: Sayı.
T. C. K.	: Türk Ceza Kanunu.
T. K.	: Ticaret Kanunu.
Y.	: Yargıtay
YKD. S.	: Yargıtay Kararları Dergisi. Sayı.

KİRA SÖZLEŞMESİNDE KİRALAYANIN KİRALANANIN BOZUKLUKLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU (I)

Nihat YAVUZ (*)

PLAN : I — Giriş. II — Kiralanandaki Bozukluk Çeşitleri Ve Özellikleri : A — Fiziksel Bozukluk - Rahatsız Edici Durumlar. B — Hukuksal Bozukluk - Ekonomik Bozukluk. III — Satımdaki Bozukluğa Karşı Sağlama İle Kiradaki Bozukluğa Karşı Sağlamanın Karşılaştırılması. IV — Bozukluğa Karşı Sağlamanın Kefalet Ve Ceza Koşulu İle İlişkisi. V — Bozukluğa Karşı Sağlama Yükümü Borcu Kusura Dayanmaz. VI — Kiralananın Muayenesi Ve Bozuklukların Bildirilmesi. VII — Kiracının Hakları. A — Bozukluğun Giderilmesi Ve Şeyin Onarılmasını İsteme Hakkı. B — Kiracının Kiralayan Hesabına - Ufak Tefek Bozukluğu Gidertme Olanığı : 1 — Bozukluğun Ufak - Tefek Olması. 2 — Bozukluğun Giderilmesi Kiracıya Ait Olmalıdır. 3 — Bozukluğun Giderilmesi İçin Kiralayana Uygun Bir Önel Verilmelidir. C — Önemli Bozukluklarda Kiralayan Hesabına Hareket Edebilmek İçin Hâkimin İznini Almak Gerekir. D — Kiralanan Şeyin Tamamen Yada Kısmen Yok Olması. E — Eski Hale Getirme İstemi. F — Kira Parasının İndirilmesini İsteme Hakkı : 1 — Mutlak Metod. 2 — Tazminat Metodu. 3 — Nisbi Metod. G — Olumlu Zararını İsteme Hakkı. H — Manevi Tazminat İsteme Hakkı. I — Sözleşmeden Dönme. VIII — Kiralayanın Sağlama Borcunun Ortadan Kaldırılması. IX — Yargılama Evresi : A — Görevli Ve Yetkili Mahkeme. B — Soruşturma Biçimi - Vekâlet Ücreti.

I — GİRİŞ

Kiralayanın kiracıya karşı en önemli sorumluluklarından birisi de sözleşmeden güdülen amacına uygun bir biçimde kiralananı teslim ve o halde bulundurma borcudur. Buna aykırılık aşağıda incelenecek bazı hakları kiracıya verir. Mesele toplumdaki çok sayıda kişiyi ilgilendirmesinin yanında güncelliğini de kiracının kira tesbiti davalarında bu olguyu ortaya atması ile sürdürmektedir. Konu bunca önemine karşın öğretide ve uygulamada gerekli ilgiyi bulamadığını saptamış bulunmaktayız. Bu dar kaynak çerçevesinde mümkün merteye öğretiyi ve uygulamadaki durumu ve sorunları tüm ayrıntıları ile sergilemeye ve gerektiğinde eleştirmeye çalışacağız.

II — KİRALANANDAKİ BOZUKLUK - ÇEŞİTLERİ VE ÖZELLİKLERİ

Kimi yazarlar (1) kiralananın sözleşme ile güdülen amacına uygun biçimde kullanılma veya işletilmesini imkansız kılacak, ya da

(*) Yargıtay 3. HD. Tetkik Hâkimi.

(1) Bilge, a.g.e. s. 131, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, 355, Fevziöğlu, a.g.e. s. 506'da bozuk, diğer sayfalarda da ayıp sözcüğünü kullanmaktadır.

önemli surette azaltacak olguları «AYIP» adı altında zikretmektedirler. Ancak ayıp kelimesinin filolojik anlamını (2) göz önünde tutarak ve de Mecelle'den (3) geldiğini vurgulayarak biz diğer yazarlar (4) gibi bozuk sözcüğünü üstün tutacağız. Ancak mahkeme kararlarında hala ayıp sözcüğünün kullanıldığını görmekteyiz.

O halde hukuksal yönden genel olarak bozukluk nedir?

İslam hukukunda, bir şeyin değerine noksan veren kusur anlamındadır. «Hukuk istilahında ehil ve erbabi arasında nev'ine göre malın pahasına noksan getiren ve tabiaten ondan salim olması lazım gelen ve külfetsiz bertaraf edilmesi mümkün olmayan kusurdur» (5). Ansiklopedik hukuk sözlüğünde ise, ayıp (bozukluk) şöyle tanımlanmaktadır : «Kusur eksiklik. Bir malın sakatlık gibi maddi veya başkasına ait olma gibi hukuki bir sebeple, kıymetini veya o maldan beklenen menfaat kayıp ettiren yahut önemli şekilde azaltan durumdur» (6).

Türk hukukunda bozukluğa karşı sağlama yükümü, çeşitli ilişkiler dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Bu ilişkiler şunlardır : Satım sözleşmesi (BK. madde 194 vd.), trampa (BK. madde 233), kira sözleşmesi (BK. madde 251), bağışlama (BK. madde 243), eser sözleşmesi (BK. madde 357), alacağın geçirilmesi (BK. madde 169), ortaklık sözleşmesi (BK. madde 521/3). Ayrıca mirasçılardan mirasın paylaşıl-

-
- (2) Ayıp : Utanılacak hal veya davranış. Kusur, eksiklik. (Türkçe sözlük, Türk Dil Kurumu yayınları, Ank. 1966, s. 65)
- (3) Mecelle : Mad. 516, 517, 518
- (4) Serozan, a.g.e. s. 326, Tunçomağ, a.g.e. s. 504. (İsviçre BK. nun Almancasına uygun olarak maddedeki -BK. 249- «akitten maksut kullanmağa salih bir halde» sözleri, «sözleşme uyarınca kullanmağa elverişli bir durumda» diye anlaşılmalıdır. Bunun gibi fesih sözü «dönme» diye f. 2'deki «intifa» sözü, «kullanma» diye, f. 3'teki «Ayıp» sözü «Bozukluk» diye, kiralayan sözü de kiracı diye anlaşılmalıdır. Ataay/Sungurbey, a.g.e. s. 350)
- (5) Türk Hukuk Ansiklopedisi, Cilt : 11, s. 1572
- (6) Özcan, a.g.e. s. 63. Çerek dipnot : 5'te ve gerekse burada kullanılan kusur sözcüğü yerinde değildir. Zira genel olarak kusur bir davranış tarzının hukuk düzeni tarafından kınanmasıdır. Sözleşmesel kusur ise, borçlunun önlenmesi mümkün sözleşmeye aykırı bir eylemi olarak tanımlanabilir. Özlü bilgi için bkz. Tuhr, a.g.e. s. 403 vd., Becker, a.g.e. s. 249 vd., Oser / Schönerberger, a.g.e. s. 351 vd., Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 45 vd., Karahasan, a.g.e. s. 54

rılmasından sonra birbirlerine karşı sorumluluklarının saptanmasında (MK. madde 614)'de satış sözleşmesindeki sağlama hükümlerine yol-
lama yapılmıştır.

Bozukluğa karşı sağlamaya ilişkin hükümler, ayrıntılı olarak, satış sözleşmesinde yer almaktadır. Diğer ilişkilerde özel hüküm yoksa, satım sözleşmesindeki sağlama hükümleri, o ilişkilerin niteliğine (mahiyetine) uygun olduğu oranda kıyas yoluyla uygulanır.

Bu bilgilerin ışığı altında kiralayanın, kiralananı sözleşmeyle güdülen amaca uygun olarak teslim yan edim borcunun varlığı ortaya çıkmaktadır. Zira sözleşme ilişkisinden yalnız sözleşmenin tipini belirleyen edim yükümleri çıkmaz. Ayrıca asli edim yükümlerinin yanlarca güdülen amaca uygun bir biçimde yerine getirilmesini sağlayan yan edim yükümleri de doğar. Yan edim yükümleri doğrudan doğruya yasadan doğabilecekleri gibi (BK. madde 194, 249, 250, 300, 360, 465) sözleşenlerin iradelerinden ve hatta doğrudan doğruya güven ilkesinden de kaynaklanabilir.

Aslında kiraya verenin kiralananın kullanılmasını terk eylemi «asli edim» yükümü, fakat sadece kiracının sözleşmeden doğan amacına uygun olarak ve düzgün bir biçimde (akitten maksut olan kullanmaya salih bir halde) kullanmaya ayırma yükümü ise «yan edim» yükümüdür (7).

a) Fiziksel Bozukluk - Rahatsız Edici Durumlar

Kirada bozukluk satışta olduğu gibi fiziksel de olabiliyor (8). Bunlar şeyin doğasına özgü olabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilen cinsten de olabilir (9). İlkine camların kırık olmasının, ikincisine kiralananana tahta kurusu veya böceklerin salgını örnek verilmektedir. Ayrıca banyonun arızalı olması ile evin küflü ve rutubetli bulunması da bunlara örnek verilebilir.

Bozukluğun doğal sonucu şu olmak gerekir : İki kiralanan şeyden bozuk nitelikli olanın diğerine nazaran arzettiği daha az kullanma

(7) Serozan, a.g.e. s. 324 ve dipnot : 156, ayrıca genel olarak asli edim-yan edim konusu hakkında özlü bilgi için anılan eserin s. 301 vd. bakılmaktadır.

(8) Bilge, a.g.e. s. 132, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 355

(9) Bilge, a.g.e. s. 132, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 357

vasfıdır. Daha değişik bir anlatımla fiziksel bozukluk kiralananın kırık, leke, yırtık, eksiklik gibi nedenlerle daha az kullanılması sonucunu yaratır.

Haksız şekilde rahatsız edici durumlara gelince (10), bunlar kiracının kiralayan veya 3. kişilerle olan ilişkilerinden kaynaklanmaktadır (11). Örneğin kiralayan ve diğer kiracıların kiralananı kullanma tarzından doğan ve kiracının uğradığı rahatsızlıklar ve güçlükler buraya girer.

Kiralayan ayrıca diğer kiracılarında, kiracısını rahatsız etmelerini önlemekle yükümlüdür (12). Bununla da kalmaz, bunlar haricinde kalan tüm 3. kişilerin de -komşular gibi- kira sözleşmesinden beklenen kullanmayı azaltacak biçimdeki kiracısını rahatsız edici hareketlerini önlemekle mükelleftir (13). Üçüncü kişilerin meydana getir-

(10) Arsebük, a.g.e. s. 20'de «mecurun dışında hadis olan sebeplerden» söz etmekte, Bilge, a.g.e. s. 132'de buna manevi ayıp demektedir. Oysa Tandoğan'ında işaretlediği üzere İsviçreli hukukcuların yaptığı gibi rahatsız edici haller deyimi bize de daha doğru gözükmektedir. Özel Borç İlişkileri, s. 355, dip not : 10

(11) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 355, dip not : 10

(12) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 355, Feyziöglü, a.g.e. s. 505

(13) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 356, Yargıtay, 3. kişinin sözleşmeyle kullanma engel olmağa kalkışma durumunu şöyle çözümlenmiştir. (Davacı, kiraladığı tarlasını kullanmasına tarla komşusunun engellediğini, davalının bu engellemeye karşı koymadığını, sözleşmenin feshi ile zarar ve ziyasını istemiştir.

Taraflar arasında kira sözleşmesi vardır. 3. kişi dava yoluyla davacının yararlanmasını önlemiş değildir. Bu duruma göre davalının B.K. 253. maddesi hükmü karşısında sorumlu tutulmasına olanak yoktur. O halde tazminat isteğinin ve fesih için neden bulunmadığından bu yöne ilişkin isteğinin reddi gerekir. Davacı (kiracı), dava konusu yeri kiracı sıfatıyla elinde bulundurduğuna (kira sözleşmesi devam ettiğine göre) icra yoluyla ve haricen ödediği kira parasını geri isteyemez. O halde davanın bu gerekçe ile reddi gerekir. 13.H.D. 15.1.1979, 5503/3 (Yayınlanmamıştır) Oysa kiralayanın bu yöne ilişkin ve yukarıda bir nebze dokunulan yükümü karşısında bu karara katılmağa olanak yoktur. Hatta Becker'den (Art. 192, Nr. 9, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 104, dip not : 21) esinlenerek diyebilirizki, kiralayanın kiracının istemi üzerine kendisine 3. kişi tarafından sataşılmayacağına dair bir teminat vermesi gerekir. Zira durumun askıda bırakılması kiracının sözleşmeden amaçlanan biçimde yararlanmasına engel olur.

dikleri koku, toz, sarsıntı gibi olaylar bunlara örnek olabilir. Kiracıya devamlı hakaret ve onu tehdit azgın bir köpeği merdivenlerde başı boş bırakmak, kiralanan vitrinli dükkanın vitrini önünde devamlı olarak otomobil park etmek (14) başkaca örneklerdir. Vitrinli bir mağazanın kiralanan vitrinden beklenen ticari yararın rahatça elde edilmesini ve görüş alanının açık bulunmasını sağlamak borcu, sözleşmenin içeriğinde yer alır. Yanlar (taraf) bu konuda açıkça anlaşmamış olsalar bile, vitrinli bir mağazayı sözleşme gereğince kullanmaya uygun bulundurma borcu, gelip geçenlerin vitrinde sergilenmiş olan malları rahatça görebilmelerini sağlama borcunu da içerir (15).

Şurasını da belirtmek gerekir ki, kiracının elmenliğe dayanarak üçüncü kişilere karşı bazı hukuksal yollara başvurabilme olanağının bulunması (MK. madde 894 - 897), kiralayanın sözleşmesel yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Kiralayan malik sıfatıyla, komşuluk hakkı hükümlerine dayanarak üçüncü kişilerin mülkiyet haklarını aşmalarına karşı önlemler almalıdır (16).

Aynı binada gerek kiralayanın ve gerekse diğer kiracıların, kiracının rakip bir ticarethane açmaları aksine bir sözleşme olmadıkça kiralayanın bozukluğa karşı sağlama borcuna aykırı sayılmaz. Ne varki kiralanan yerin özelliği icabı başka bir ticarethane açılmasını kiracının bekleme hakkı varsa durum başkadır (17). Nitekim Yargıtay (18) bir handaki kahve ocağı kendisine kiralanan kişinin, sonradan o handa başka bir yerinde kahve ocağı haline getirilip başkasına kiraya verilmesi durumunda, kira bedelinin indirilmesini isteyebileceğine hükmetmiştir. Ancak bir çok işyerinin kiraya verildiği büyük binalarda kiracının kendisine rakip bir girişimin (teşebbüsün) binaya gelebileceğini hesaba katmalıdır (19).

b) Hukuksal Bozukluk (Défauts Juridiques) - Ekonomik Bozukluk

Bazen kiralananın sözleşme ile güdülen amaca uygun biçimde kullanılmasına yasalar engel olmaktadır. Ancak bu engel olma duru-

(14) : Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 356

(15) : Olgaç, Türk Borçlar Kanunu, s. 506

(16) : Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 356

(17) : Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 356

(18) : 4. H.D. 6.1.1958, 6952/55 (Olgaç, Türk Borçlar Kanunu, s. 510)

(19) : Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 357

muna kiralayanın kusurlu tutumu neden olmalıdır. Biz buna hukuksal bozukluk demektediriz. Doğaldır ki hukuksal bozuklukların saptanması fiziksel bozukluklarda olduğu gibi kolay değildir. Burada kiralanan-dan amaçlanan biçimde yararlanılmasına hukuk düzeninin koyduğu kurallarla engel olunmaktadır. Yalnız kiralanan üzerinde 3. kişilerce üstün bir hak ileri sürülmediğinden zabta karşı sağlama hükümlerinin uygulanma yeri yoktur. Kiralananın hukuk yönünden belli nitelikleri taşımadığı durumlarda olduğu gibi. Örneğin izinsiz ya da projeye aykırı yapının kiralananı halinde Belediye, Sulh Hukuk Hâkiminin kararı ile kiralananı boşaltabilir (İMK. 21) (20). Üstelik Yargıtay 14. HD. si bu tip kararları esaslan incelemesine karşın, kişisel inancımıza göre bunlara karşı yasa yolunun kapalı olması gerekir. Zira bunlar birer tedbir niteliğinde kararlardır. Hatta Celal Erdoğan'a göre (21) mahkeme iznine, boşaltma için girecek zabta memurlarının eylemini konut dokunulmazlığı suçundan kurtarmak için gerek görülmüştür.

Birde kiralanan şeyin verimi, getirdiği kazanç v.s. gibi ekonomik niteliklerinin eksik olduğu durumlarla da karşımıza çıkabilir. Sözleşmeden güdülen amaç kiralananadaki verime ve kazanç'a bağlıdır ve öyle olaylar çıkabilir ki kiralananın sözleşmeden güdülen amaca uygun olarak kullanılması veya işletilmesine bu gibi ekonomik eksiklikler engel olabilir. Örneğin Yargıtay'ın önüne gelen bir olay'da, davacı, bütün otobüs ve minibüslerin şehre giriş ve çıkışlarının yeni garajdan yapılacağına dair Belediye encümenince kararlar alındığını ve bu kararların ilan yoluyla halka duyurulduğunu, bu teşvik nedeniyle sözü geçen otel ve lokantayı yüksek bedelden kiraladığını ve fakat sonradan bu kararlardan geri dönülerek vasıtaların şehir içinde kalmalarına ve yolcu almalarına müsaade edilmesi üzerine yeni garajlara vasıta uğramadığını, otel ve lokantanın müşterisiz kaldığını, zarara uğradığını iddia etmiş ve kira bedelinin münasip bir sınıra indirilerek 10 bin

(20) : Yapı kullanma izni alınmadan bir binanın kiralananı mümkündür. Yarg. 13. HD. 17.5.1979, 2365/2786 (Yayınlanmamıştır). Ancak yapı kullanma izni alınmadan kiraya verilen yer hakkındaki sözleşmeyi kiracı fesh etmekte haklıdır. Yarg. 3. H.D. 4.10.1979, 5662/5916 (Yayınlanmamıştır) Bize göre kiracı sözleşme yapılırken henüz ruhsat alınmadığını bilse bile eğer kiralayan yapı kullanma izni almamakta denerirse sözleşmeyi bozmakta haklı sayılmalıdır. Yok eğer kiralayan yapı kullanma izni alacağını bildirmişse, kiracı bunun baştan alınmadığını neden olarak gösterip sözleşmeyi bozamamalıdır.

(21) : Erdoğan, a.g.e.s. 255

lira tazminat istemişse de, bozma kararı üzerine yerel mahkemenin direnmesinde, HGK. (22) çoğunlukla, ne kira sözleşmesinde ve ne de şarfnamede bu konuda bir taahhüt ve davalı Belediye'nin olumsuz tutumunun bulunmadığına, vasıtaların şehre giriş ve çıkışlarına İl Trafik komisyonunun karar almaya yetkili olduğuna, Belediyenin kusurunun saptanmadığına vs.'ye dayanarak yerel mahkemenin davanın kabulü yönündeki kararını bozmuştur.

Olayda sözleşmeyi bir kalemde ürün kirası değildir diyerek bir kenara bırakamayız. İsviçreli hukukçular her iki kira çeşidini ayırırken ürün kirasında kiracının kullanmaktan başka yemişleri (semereleri) toplama ve ürün elde etme yetkisinin bulunduğunu vurgularlar. Nitekim Federal mahkeme bir vapurdaki lokanta ve büfenin kiraya verilmesinde, kiracının emrine belli bir yer tahsis edilmesinden çok işletme hakkının devrinin önem taşıdığı gerekçesiyle ürün kirası niteliği görmüştür (23). Öte yandan Yargıtay'ımızda (24) belli bir bedel karşılığında Belediyenin kiraladığı genel helayı gelir kirası olarak kabul etmiştir. Ürün kirası olarak kabul edilirse sorun kalmaz. Çünkü bir ürün kirası sözleşmesinde, ürün kiracısının amacı, yemiş elde etmek olduğuna göre, ürünü elde edebileceğine dair kiralayan tarafından bir güvence verilmese bile, sözleşmenin içeriğinden böyle bir inancanın (teminatın) varlığı kabul edilir. Kaldıkı, kiralayanın şeyi işletmeye elverişli bir halde teslim etmek yükümlülüğü dahi bu düşüncüyü açıklamaya yeter. Ancak kiralayan verim olanağını sağlamakla yükümlü olup, yemişlerin kendilerini sağlamaya zorunlu değildir (25).

Olaya birde ifayı güçleştiren beklenmedik haller yönünden bakmak gerekir. Örneğin durumu izah eden kuramlardan clausula rebus sic stantibus, süresiz veya uzun süreli bütün sözleşmelerde, akdin ya-

-
- (22) H.G.K. 24.1.1973, 1969/4 - 1164/21 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, C. 11, 15, Sayı : 121 - 180, yıl : 1971 - 1975, Cilt : 6, s. 1260 vd.) Kararın aslı H.G.K. karar kartonunda tarafımızdan görülmüşsede çoğunluk görüşü karşısındaki azınlık görüşü yazılı olmadığından saptanamamıştır.
- (23) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 306 ve dipnot : 21
- (24) 4. HD. 19.2.1971, 10311/1519 (Karahasan, a.g.e. s. 1248) Burada yüksek mahkeme açıkça olayı ürün kirası olarak nitelemiştir. Sadece belli bir yerin kullanılması değil, işletme hakkının devrini de gerektiren kiralarda bayağı kiradan ziyade ürün kirası niteliği görmek yararlar durumuna da uygun düşer.
- (25) Cansel, a.g.e. s. 58

pıldığı zamandaki hal ve koşulların esaslı bir surette değişmemesi gibi altık (zımnı) bir bozucu koşulun varlığını öngörür, sözleşmenin yaşayabilmesini yapıldığı sıradaki durumu önemli surette değişmemiş olması koşuluna bağlar (26).

- (26) Gürsoy, a.g.e. s. 11. Feyzioğlu, Emrevizyon Nazariyesi, s. 7, Gönensay, a.g.m.s. 164, Tuhr, a.g.e.s. 692. Eğer araçların tekrar eskiden olduğu gibi şehir içerisinden kalkmasına sözleşme bir müddet uygulandıktan sonra karar verilmiş ve uygulanmışsa gerçekten sözleşmenin yapıldığı andaki koşulların esaslı bir biçimde değiştiği sonucuna varmak gerekir. Yok eğer bu durum daha sözleşmenin başından beri mevcutsa - zira kararda bu durumlar yeterince açık değildir - o zaman olayı hata yönünden incelemek gerekecektir. Tabiatıyla davadaki istemleri gözden kaçırmamak koşulu ile. BK. mad. 24/4 anlamında temel hatasının ise koşuulları şunlardır : a) Hataya düşenin, tasavvurunun yanlışlığını bilseydi, sözleşmeyi hiç veya o şekilde yapmayacağı söylenmelidir. b) Objektif açıdan hata konusu belli durum iş hayatındaki objektif iyi niyet kurallarına göre iptali haklı gösteren bir önem taşımalıdır. c) Yanların hatalı saiklerinin onun iradesinin teşekkülünde oynadığı karar verdirci rol karşı tarafça bilinmeli veya bilinmesi gerekmektedir. (Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e. s. 86 vd., ayrıca s. 160 vd). Esaslı hata mertebesine yükselen saik hatalarına da temel hatası denilmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e. s. 160). Saikte hatayı esaslı saymayan BK. mad. 24/11'e BK. mad. 24/4 bir istisna getirmiştir. Bu hükme göre, kendisi bakımından sözleşmenin temeli olan ve dürüstlük kurallarına göre, alışeriş hayatında da öyle sayılması gereken belli bir durum hakkında yanılan bir kimse sözleşmeyle bağlı değildir BGE. 84, 11, 515, JdT. 1959 I 306 (Kaneti, a.g.e. s. 52).

Olayda da bu koşul gerçekleşebilir. Zira kiracının yetkili bir kurum olan Belediyenin sözleşmenin kurulmasına etkili olan açıklama ve duyurularını, dürüstlük kurallarına göre, sözleşmenin temeli sayabilir. Ancak bu durumu ifayı güçleştiren beklenmedik halleri açıklayan Windscheid'in tasavvur kuramı ve Oertmann'ın hukuksal işlemin temeli kuramı ile karıştırmamak gerekir. İlkinde yanlar sözleşme yaparlarken bazı durumların varlığına kesin olarak inanırlar ve bu durumların değişmeyeceği kanısı ile kararlarını verirler. Eğer taraflar sözleşme yaparken varlığına kesin olarak inandıkları durumun değişeceğini bilselerdi, sözleşmeyi yapmayacaklardı. Diğerinde ise, sözleşmenin yapılması sırasında ortaya çıkan ve onun temelini teşkil etmiş olan tasavvurlarının tümü, hukuksal işlemin temelidir. Bu temelde sonradan çıkan esaslı nitelikteki değişiklikler olursa, -sözleşme ile bağlı kalmışmaz. Bk. mad. 24/4'de işlemin unsuru olan bir durumdan söz edilmektedir. Ancak işlemin temelini teşkil eden durumlar onun unsuru değildir. Kaldıkı ileride ortaya çıkacak durumlar işlemin unsuru

Başka bir olayda Yargıtay (27) aşağıdaki sonuca varmıştır ki bize göre de isabetlidir :

«Davacının dava dilekçesinde kullandığı tabirlere bakılmayarak maksadının BK.'nın 249. maddesinde yazılı kiralananın akitten maksut olan şekilde kullanılması mümkün olmayacak şekilde teslim olunmadığı veya kira süresi zarfında bu halde bulundurulmadığı sebebine dayandığı kabul edilmesi halinde de bu maddede yazılı hallerin varlığı isbatlanamamıştır. Davacıya garaj içinde iki dükkan kirallanmış ve teslim edilmiştir. Kiralananın kullanılmayacak halde teslim edildiği ileri sürülmüştür. Günün her saatinde garajda belli bir sayıdan aşağı olmamak üzere vasıta bulunacağı taahhüt edilmediğine göre garajda vasıta olmadığı bir satte tesbite dayanılarak akdin feshi istenilemez. Her ne kadar 12.4.1978 tarihinde mahallinde yapılan keşifte bilirkişi garajın bir bölümüne gümrük idaresinin hurda arabaları bir bölümüne de beton direkler konulmuş olduğunu garajın işlemediğini bildirmiş ise de, akdin feshi davası, açıldığı tarihten önceki delillere göre hal olunmak gerekir. Kira sözleşmesi yapıldıktan bir seneden fazla bir zaman geçtikten sonra açılan dava üzerinden 2 sene sonra yapılan keşifte belirtilen durum hükme esas alınamaz. Sözleşmenin yapıldığı tarihten geçerli olmak üzere akdin feshine karar verilerek istifade edilen süreye ilişkin kira parasının geri alınmasına karar verilmesi de doğru değildir. Davanın red-dine karar verilmelidir.»

III — SATIMDAKİ BOZUKLUĞA KARŞI SAĞLAMA İLE KİRADAKİ BOZUKLUĞA KARŞI SAĞLAMANIN KARŞILAŞTIRILMASI

a) Satımdaki bozukluğa karşı sağlama, hasarın geçmesinden önce mevcut olan bozukluklar için söz konusudur (28). Kira devamlı bir sözleşme olduğundan, kiralayan, sözleşmenin devamı süresince kiracının bir kusuru olmaksızın ortaya çıkan bozukluklardan da sorumludur (29). Örneğin kiracının kusuru olmaksızın kiralananın tuvaletinin bozulması ve kullanılmaz hale gelmesi.

sayılmazlar. İleride ortaya çıkan ve işlemin temelini değiştirecek nitelikteki haller hatadan daha geniştir (Gürsoy, a.g.e. s. 14, 18 vd., Feyzioğlu, Emprevizyon Nazariyesi, s. 14 vd.).

Kaldığı bir çok duyurularla kiracı ile sözleşme yapmaya muvaffak olan kiralayan Belediye iyi ya da kötü niyetli olsun, diğer tarafın bu açıklamalar sonucu hataya düşmesinden ve sözleşmeyi yapmasından sorumlu olmalıdır.

(27) 13. HD. 3.5.1979, 1849/2429 (Yayınlanmamıştır)

(28) Edis, a.g.e. s. 63

(29) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 357

b) BK. kira konusunda, satımdan farklı olarak (30) kiracının bozukluğa karşı sağlamadan doğan haklarını gözden geçirme ve bildirme yükümlerinin yerine getirilmesi koşuluna bağlayan açık bir hüküm taşımamaktadır. Diğer taraftan bildirme yükümünü yerine getirmek, satımda alıcı için sadece sağlamadan doğan hakların ileri sürülmemesi sonucunu doğurduğu halde (31), kiracı için aynı zamanda, şeyin zamanında onarılmaması yüzünden kiralayanın uğradığı zararı giderme yükümünü de ortaya koyar (32).

c) Bozukluğun giderilmesi ve şeyin onarılmasını istemek ancak satışta sözleşmede bir hak kabul edildiği takdirde söz konusudur. Kirada ise bu durum yasa tarafından kabul edilmiştir. BK. mad. 250/1'de açıkça bozukluğun giderilmesinden söz edilmektedir. Bu hüküm örnekseme yolu ile önceden mevcut bozukluklara da uygulanabilir (33).

d) Bozukluk kiralayanın kusurundan ileri gelmese bile satımda (34) olduğu gibi bedelin indirilmesi gerekir. Ancak BK. mad. 207'deki bir yıllık zamaşaşımına tabi değildir (35).

IV — BOZUKLUĞA KARŞI SAĞLAMANIN KEFALET VE CEZA KOŞULU İLE İLİŞKİSİ

a) Bozukluğa karşı sağlama da kefalet ve ceza koşulu gibi tali ve fer'i bir borçtur. Dolayısıyla asıl borç ortadan kalkınca bozukluğa karşı yükümlülükte sona erer. Bunlar arasındaki benzerlik bu kadardır (36).

b) Farklarına gelince; ceza koşulu (37) sözleşmesel nitelikte bir borç ilişkisinden doğduğu halde, bozukluğa karşı sağlama borcu yasal

(30) Edis, a.g.e. s. 75

(31) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 358

(32) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 358

(33) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 359

(34) Satıcı için BK. 205 f. 2 cümle sonraki sorumluluk, BK. 96. maddesinde öngörülen kusura -dayanan sorumluluğa istisnadır. Yani şeyin bozuk olarak tesliminden alıcının doğrudan doğruya uğradığı zararı satıcı kusursuz da olsa ödemekle yükümlüdür. Oysa kiralayan kusursuzluğunu kanıtlayarak olumlu ya da olumsuz zarardan doğan giderimi ödemekten kurtulabilir (Bkz. Edis, a.g.e. s. 116, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 137 ve 363).

(35) Edis, a.g.e. s. 13, Yarg. 13. HD. 28.6.1979, 2388/3788 (Yayınlanmamıştır)

(36) Edis, a.g.e. s. 19

(37) Becker, a.g.e. s. 216, Oser/Schönenberger - Kefillik - s. 85

bir borçtur. Ayrıca ceza koşulu (38) ve kefalet (39) her türlü borç ilişkisinde sözkonusu olduğu halde bozukluğa karşı sağlama ise kira ve satım gibi bir kaç hukuksal ilişkide söz konusudur. Bundan ayrı olmak üzere ceza koşulu aynı zamanda cezasal bir fonksiyonu (40) olmasına karşın, bozukluğa karşı sağlama yükümünün yalnızca güvence fonksiyonu vardır.

Garanti sözleşmesi ile hiç bir benzerliği yoktur. Çünkü tanımından da (41) anlaşılacağı üzere garanti sözleşmesi köklü (asli) nitelikte olup bir başkasının hareket tarzından doğacak tehlikeleri üzerine almayı amaçlamaktadır.

V — BOZUKLUĞA KARŞI SAĞLAMA YÜKÜMÜ BORCU KUSURA DAYANMAZ

Bu durum karşısında kiralayan esas itibariyle kendisine bir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Bunu BK. mad. 250/2. fıkrasından da anlamak mümkündür. Eğer kiralayana kendisine bir kusurun atılamayacağına kanıtlamak imkanı tanınsaydı, bu durum, kiracıya tanınan yasal korunmanın ortadan kaldırılmasına neden olurdu. Yasa koyucu yararlar durumunu tartmış ve kiracıyı korumayı yeğ tutmuştur. Nitekim Yargıtay'da (42) «Tekeffül borçlarında bu borcu yerine getirmeyen borçlunun hiç bir kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulması, tekeffül borçlarının kanuni niteliği icabıdır... Aynı maddenin (BK. 250) ikinci fıkrasıyla birinci fıkrasının karşılaştırılmasından da birinci fıkranın uygulanması için kiraya verenin herhangi kusuru bulunmasının şart olmadığı anlaşılır» diyerek bu gerçeği vurgulamıştır.

Serozan'a göre de BK. 249 ve 250. maddelerindeki dönme ve fesih yenilik doğurucu hakları, kiraya verenin kusurlu olup olmadığına

(38) Becker, a.g.e. s. 217

(39) Oser/Schönenberger, -Kefillik- s. 3

(40) Becker, a.g.e. s. 219

(41) «Garanti mukavelesi, fer'i mahiyette olmayan öyle bir mukaveledir ki, onunla bir kimse başkasını muayyen bir hareket tarzına sevk etmek gayesi ile, bu hareket tarzından o şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alır» Tandoğan, Garanti Mukavelesi, s. 12

(42) 4. HD. 6.1.1958, 6952/55, Olgaç, Türk Borçlar Kanunu, s. 510

bakılmaksızın kullanılabilir (43). Diğer yandan, kiralayan kendisine bir kusurun isnat edilemeyeceğini kanıtlama olanağına sahip olsaydı, BK. mad. 96 vd. borcun yerine getirilmemesi ile bozukluğa karşı sağlama kurumlarının aynı nitelikte olduğu anlamına gelirdiki, yasa koyucunun aynı nitelikteki kurumları ayrı ayrı yerlerde koyduğu hükümlerle düzenleme yoluna gidiş nedeni açıklanamazdı (44).

Borcun bozuk olarak yerine getirilmesi ne direnimsizlik ve ne de kusurlu imkansızlık haline dönüştürülemez borcun gereği gibi yerine getirilmemesi nedenidir (45). Şu halde borcun gereği gibi yerine getirilmemesinden, özellikle borcun bozuk bir halde yerine getirilmesi ile sözleşmenin olumlu ihlali adı altında toplanan durumlar anlaşılmalıdır (46).

Bu durum karşısında bu borç, kiralayanın, kiralananı, sözleşmeden amaçlanan bir şekilde kullanmağa elverişli bir biçimde kiracıya teslim etmek ve kira müddeti içerisinde bu halde bulundurmamak borcunu yerine getirmeme olayına dayanır ki bu da kusur esasına dayanmayan bir borç ilişkisinden başka bir şey değildir.

VI — KİRALANANIN MUAYENESİ VE BOZUKLUKLARIN BİLDİRİLMESİ

Kiralayan deyim yerinde ise gelecek her an ve saatin yararını kiracıya temlik etmekle yükümlü olduğuna göre, bu yarar başkasına geçirmenin ilk görevi, kiralananı ondan her zaman gereği gibi istifade edilecek bir durumda bulundurmamak olup soyut kiralananın kiracıya teslimi ile bu görev yapılmış olmaz (47). Sözleşme ile amaç güdülen kullanma saptanırken şeyin özgülenme yönü, yerel gelenek, kiralayanın tek yanlı olarak temin ettiği nitelikler gözönünde tutulur. Ailelere kiraya verilen bir apartmanın bir kısmının sonradan bekar odaları haline getirilmesi, sözleşmeden beklenen amacı azaltıcı bir husus olarak kabul edilebilir (48).

(43) Serozan, a.g.e. s. 326, Bkz. ayrıca, Gücün, a.g.e. s. 616, Tunçomağ, a.g.e. s. 504

(44) Edis, a.g.e. s. 21

(45) Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 399

(46) Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 400

(47) Gücün, a.g.e. s. 616

(48) Arsebük, a.g.m. s. 20, Olgaç, Akdin Muhtelif Nevileri, s. 259, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 357, 358, Tunçomağ, a.g.e. s. 501

Eğer kiracı, kiralananı sözleşmeden önce gezip gözden geçirmişse, şeyi o hali ile kullanılmağa elverişli olduğunu kabul ettiği farz olunur (49). Böylece, kiralananın darlığından veya kuzeye baktığından vesairenden dolayı kiracı tarafından gelecek yakınmalar dinlenmez (50). Ancak bozukluklar için kiralayanın dikkati çekilmişse kiralananın teslimine kadar bunların giderilmesini kiracının beklemeğe hakkı olur (51).

Kiracı sonradan meydana gelen gizli bozuklukları da derhal kiralanana bildirmelidir. Bunun tersi bozukluğa karşı sağlama haklarından vazgeçtiği şeklinde yorumlanabilir (52).

Kira bahsinde yukarıda da dokunulduğu üzere satımdan farklı olarak bu konuda muayene ve bildirme hakkında kiracıya yöneltilmiş bir görev yoktur. Bu durum kiranın devamlı bir sözleşme olduğu ve sözleşme süresince ortaya çıkan bozuklukları kiracının ileri sürebilmesi ile açıklanmaktadır. Ancak bozukluk ortaya çıkınca da sözleşmenin sonuna kadar bekleyip o zaman giderim istenmemelidir. Aksi halde BK. mad. 44. uygulama alanı ortaya çıkar. Nitekim Yargıtay'da «Davalı kiraladığı taşınmazın noksanlarını görerek bu taşınmaza taşınmış ve işini döndürmeye devam etmiştir. Zarar gelmeden evvelki bir sürede bina-

-
- (49) Arsebük, a.g.m. s. 21, Martin, a.g.e. s. 88, Olgaç, Akdin Muhtelif Nevileri, s. 259, Tandoğan Özel Borç İlişkileri, s. 358, Tunçomağ, a.g.e. s. 501
- (50) Martin, a.g.e. s. 88
- (51) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 358, Cansel'e göre kiracı, kiralananı teslim alırken bozukluğu görür ve gerek altık ve gerekse açıkça kabul ettiğini bildirirse, artık sözleşmeden dönemez. BK. mad. 249/3 bu kuralın bir istisnasıdır. Şu koşullaki, bozukluklar teslimden sonra, kiralananı kullanılmayacak ve işletilmeyecek bir derecede sakınca çıkarmasın. a.g.e. s. 58
- (52) Cansel, a.g.e. s. 58, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 358, Olgaç, Akdin Muhtelif Nevileri, s. 259. Türk - İsviçre Medeni Yasalarında açıkça «Gizli bozukluk - Görünür bozukluk» ayırımı yapılmamıştır. Fransız Medeni Yasasınının 1641 ve 1642. maddelerinde bu ayırım gözlenmektedir. Gizli bozukluk şöyle tanımlanabilir : Sözleşme anında kiracının bilmediği ve gerekli dikkati sarf etse dahi bilemeyeceği bazı noksanlıklardır. Görünür bozukluk ise bunun dışında kalan, derin ve ayrıntılı gözden geçirmeye gerek bulunmadan ilk bakışta görülebilen ve bilinebilen noksanlıklardır (Edis, a.g.e. s. 60). Yazın kiralanan bir binanın kalorifer tesisatındaki bozukluk ilkinde, muslukların takılmamış olması da ikincisine örnektir.

nın noksanlarını mahkeme eliyle tesbit ettirmiş ve böylelikle işgalinde bulundurduğu binanın bir yağmur tehlikesi karşısında kendisinin de bir zarar göreceğini bu tutumu ile anlamış bulunmaktadır. Haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan kimsenin zarara razı olduğu takdirde Borçlar Yasasının 44. maddesi hükmüne göre bir indirme yapılması gerekir. Mahkemece aynı yasanın 98. maddesinin son fıkrası uyarınca Borçlar Yasasının 44. maddesinin hükmü gözönünde tutulmaksızın karar verilmiş olması bozmayı gerektirir.» (53) Bu nedenle kirada satımda olduğu gibi kesin bir gözden geçirme yükümü bulunmamakla beraber zamanında ihbarda bulunmamak bozukluğa karşı sağlama hakkından vazgeçme manasına alındığından, ihbar yükümünün varlığını kabul etmek gerekir (54). Yargıtay'ımız da (55) aynı görüştedir : «Kira sözleşmesinde kiralanan müştemilatlı ve sağlam olarak teslim edildiği yazılıdır. Akdettiği sözleşme hilafına, teslim aldığı sırada dava konusu noksanlıkların bulunduğu yolunda davalının zamanında yazılı bir ihtari dahi bulunmamaktadır. Yazılı kira sözleşmesi karşısında tanık dinlenemez. Bu nedenle davalının dinlettiği tanık sözlerine değer verilerek tazminattan indirme yapılması doğru değildir. «Kaldığı zamanında ihbarda bulunmak ve durumu tesbit etmek kiracının şeyi aldığı durumda iade etme ve bunu kanıtlama yükümü bakımından da kolaylık sağlar (56).

Gözden geçirme teknik anlamda bir borç değildir. Zira bunun yerine getirilmemesi genel olarak borçların yerine getirilmesine dayalı sonuçlar doğurmaz. Her iki yana da yararlar sağlayan bir kurumdur. Kiracı için bu bir yüküm olduğu kadar bir hak'ta teşkil eder. Gözden geçirme olayını kiracı kendisi yapabileceği gibi yetkili temsilcisine de yaptırabilir. Yanlar gözden geçirmeyi yansız bir 3. kişiye yaptırılması hususunda anlaşmaya varabilirler. Hatta uzmanlık isteyen durumlarda kiracı bunu anlaşma olmasa bile bir 3. kişiye yaptırabilir. Ancak bu halde sathi bir gözden geçirmenin sonuçlarına kiracı katlanacaktır.

(53) 4. HD. 18.11.1976, 1661/10047 (Yayınlanmamıştır) Not : Davacı avukatı müvekkilinin kiraladığı iş yerini davalının gerekli tedbirleri almamış olması nedeniyle su bastığını ileri sürerek 3500 lira tazminatın alınmasını istemiş, dava kabul edilmiştir.

(54) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 358

(55) 3. HD. 13.3.1978, 1324/1626 (Yayınlanmamıştır)

(56) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 358

Gözden geçirmenin şeklini saptamak kiracıya aittir. Kiralanan teslim edildikten sonra ancak bu işi kiracı yapabilir. Duruma göre sözleşme görüşmeleri sırasında da kiralananı gezerek sözleşmeden önce de kiralananı gözden geçirebilir. Kiracı işlerin olağan gidişine göre imkan bulur bulmaz bu işi yapmalıdır. Bununla ilgili giderleri kiracı yapmalı ve sözleşmenin feshinde de bunları olumsuz zarar olarak isteyebilmelidir.

VII — KİRACININ HAKLARI

Her hak gibi bu da ancak iyi niyet kuralları içerisinde kullanılabilir. O halde bu çerçevede içerisinde kiracının hakları nelerdir? .

A) Bozukluğun Giderilmesi Ve Şeyin Onarılmasını İsteme Hakkı

Satışta böyle bir hak ancak sözleşmede kabul edildiğinde söz konusu olabilir. Oysa bu durum kirada yasaca düzenlenmiştir (57).

Gerçekten, bayağı kirada kiralayanın kullandırma borcu, sözleşme konusu malı sözleşme süresince kullanılmaya elverişli durumda bulundurmalıdır. Bu sağlama borcu, kiralayanın, devamlı olumlu bir davranışının gerektirdiğinden sürekli nitelikte olup bütün ifa süresince devam etmektedir. Ürün kirasında ise kiralayan sözleşme konusunun yalnız kullanılmasını değil ayrıca yemişlerinden yararlanmasında devir borcu altına girer (58). Onun içindirki bu hakkın BK. mad. 250/f. 1 (59) de açıkça vurgulanmasa bile 248 vd. maddelerinden de bu sonuçta varılabilir. Ancak bozukluğun giderilmesi için kiracının kiralayana uygun bir süre vermesi gereklidir. Eğer bu süre içerisinde bozukluk giderilmediği takdirde kiracının diğer haklarını kullanması söz konusu olur (60).

(57) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 359, Bkz. Tunçomağ, a.g.e. s. 510 ve 504

(58) Seliçi, a.g.e. s. 21, 22

(59) İsviçre BK. 255, İtalyan MK. 1576, 1581, BK. 250. maddesi «İsviçre Borçlar Kanunu Almancasına uygun olarak, f. 1'deki «akitten maksut olan kullanılmak» sözleri «sözleşme uyarınca kullanma» diye anlaşılmalıdır. Bunun gibi «feshedebilir» sözü de «dönebilir» diye anlaşılmalıdır» Ataay/Sungurbey, a.g.e. s. 350

(60) Feyzioğlu, Özel Borç İlişkileri, s. 506, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 359

**B) Kiracının Kiralayan Hesabına Ufak Tefek Bozukluğu
Giderime Olanacağı (BK. 251/2) (61)**

1 — Bozukluğun Ufak - Tefek Olması : Bu durum kiralanan şeyin değerine veya kira bedelinin miktarına değil, bizzat bozukluğun niteliğine (ayıbın mahiyetine) ve yapılacak masraflara göre takdir edilir. Hakim olayın niteliğine ve yerel geleneğe göre hareket etmelidir. Yanların sözleri kendisini bağlamamalıdır (62). Örneğin kalorifer tesisatının, su veya gaz borularının değiştirilmesi ufak - tefek onarım kavramına girmezse de, kapanmayan muslukların, akıntı yapan çatının, kırılan camların onarılması ise bu kavram içerisine alınabilir.

Bu konuda karışıklığa neden olan hüküm BK. mad. 258/2'dir. Zira bu hükme göre kiralananın olağan kullanılması için gerekli temizlik ve düzeltme giderleri kiracıya ve onarım giderleri de kiralayana aittir. Bu hususta bölgesel adete bakılır. Durum şöylece formüle edilebilir : «Mülkiyet hakkından çıkan giderler kiralayana ve kullanma, yararlanma sonucu olan giderlerde kiracıya aittir» (63).

Esaslı onarım ise genel olarak kiralananın devamlılığı için yapılması zorunlu şeylerdir (64). Kiralananın niteliğini değiştirici biçimde yapılan değişiklikler Yargıtay'a göre (65) kira parasını etkiler. Ancak BK. mad. 251/1. uyarınca yapılan onarım kiralananın kira değerinin art-

- (61) Bu hüküm kaynak yasanın değiştirilmesi sırasında eklenmiştir. Martin, a.g.e. s. 91, İsviçre BK. 256, Fransız MK. 1724, Avusturya MK. 1119, Alman MK. 536/539, İtalyan MK. 1577, 1583, 1584, BK. 251 «İsviçre Borçlar Kanununun Almancasına uygun olarak, maddedeki «ayıp» sözleri «bozukluk» diye, İsviçre Borçlar Kanununun Fransızcasına uygun olarak da maddedeki «intifa» sözleri «yararlanma (istifade) diye anlaşılmalıdır.» Ataay/Sungurbey, s. 350. «BK. 249, 251. maddelerde mevcut intifa kelimesi yanlışdır. Onun yerine istifade kelimesi kullanılmalı» Bilge, a.g.e. s. 130, dipnot : 15
- (62) Arsebük, a.g.m. s. 21, Bilge, a.g.e. s. 131, Göktürk, a.g.e. s. 424, Martin, a.g.e. s. 91., Olgaç Akdin Muhtelif Nevileri, s. 263, Feyzioğlu, Özel Borç İlişkileri, s. 507, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 359, Tunçomağ, a.g.e. s. 512
- (63) Martin, a.g.e. s. 101, Feyzioğlu, a.g.e. s. 507 (Özel Borç İlişkileri)
- (64) Arsebük, a.g.m. s. 21, Tunçomağ, a.g.e. s. 540
- (65) Kira döneminden sonra kiralananın kullanılma şeklinin değiştirildiğini, kalorifer ve aydınlatma tesisleri yapıldığını davacı vekili dilekçesinde ileri sürmüş, davalı tarafta buna karşı koymamıştır. Mahkemece bu yönlerde bir inceleme ve araştırma yapılmalı ve iddia gerçekleştigi takdirde bunların kira parasına toptan eşya fiat indeksindeki

masına neden olmuş olsa bile kiralayanın kira parasını arttırmak hakkı yoktur (66). Çünkü anılan fıkra sadece kiralayana yönelik olup kiralananın devamlılığı için kabul edilmiştir. Ve aslında kiracının prensip itibarıyla kiralananı rahatsız edilmeden kullanılması istisna teşkil eden bir hüküm taşımaktadır. Bir bakıma zorunlu onarımlarla kiralayan sözleşme ile yükümlendiği sözleşme süresince kiralananı kullanılmağa elverişli durumda bulundurma borcunu yerine getirmektedir.

2 — Bozukluğun Giderilmesi Kiracıya Ait Olmamalıdır : Daha değişik bir anlatımla bayağı kullanmadan doğan temizleme ve düzeltme giderleri ile kiracının kusurundan meydana gelen masraflar buraya girmezler. Zira bunları kiracı karşılamakla yükümlüdür (67). Örneğin tuvaletin kokmaması için ilaçlanması masrafı ile kiracının çocuklarının muslukla oynarken kırmaları gibi.

Yeri gelmişken ilgisi nedeniyle kiralananın badana ve boyası ile ilgili uyumsuzluklara değinmekte yarar vardır. Yargıtayımız ilke olarak normal kullanmadan hasil olan yıpranma ve dolayısıyla boya ve badananın eskimesi nedeniyle giderim istenemeyeceği kanısındadır (68). Ancak yanlar bunun aksini sözleşmiş iseler buna göre hareket edilir. Örneğin : «Taraflar arasındaki kira sözleşmesinin özel koşullar 4. maddesinde (Daire kiracıya badanalı boyalı olarak teslim edildiğinden kiracı daireyi bu şekilde teslimle mükelleftir) denilmektedir. Dairenin boyalı badanalı olarak teslim edileceğinin belirtilmesinden amaç, yeni yapılmış boyalı ve badanalı veya en azından oturmaya elverişli boyalı badanalı olarak teslimdir. Tesbit raporunda dairenin kullanılır hale gelebilmesi için boya ve badana yapılması gerekeceği belirtilmiştir. O halde sözleşme koşulu göz önünde tutularak boya ve badana için gerekli masrafın ödetilmesine karar verilmek gerekirken davanın reddine karar verilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır» (69) denilmiştir.

artışa ilaveten ne oranda arttırma yapılması gerektiğini bilirkişiye tesbit ettirilmelidir.» 3. HD. 28.3.1978, 1785/2070 (Yayınlanmamıştır) Aynı paralelde 3. HD. 25.6.1979, 4076/1469 (Yayınlanmamıştır)

- (66) Brunner, Dr. Max : Mietrech (Kira Hukuku) 2. Bası, 1938, s. 420 (Çerleş, s. 631'den naklen)
- (67) Bilge, a.g.e. s. 131, Martin, a.g.e. s. 91, Göktürk, a.g.e. s. 424, Feyzioğlu, Özel Borç İlişkileri, s. 507, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 359
- (68) 13. HD. 16.1.1979, 5564/50 (Yayınlanmamıştır)
- (69) 13. HD. 12.4.1979, 1417/1917 (Yayınlanmamıştır)

3 — BOZUKLUĞUN GİDERİLMESİ İÇİN KİRALAYANA UYGUN BİR ÖNEL VERİLMELİDİR

Bu önel içerisinde kiralayan bozuklukları gidermezse kiracı ayrıca Hakimin iznini almağa gerek olmaksızın kiralayan hesabına bunları ortadan kaldırabilir (70).

Verilecek önel bozukluğun niteliğine, kiralanda meydana gelen azalmanın ölçüsüne göre kısa veya uzun olabilir (71). Doğaldır ki sokak kapısının işlememesi yüzünden verilecek önel ile su borusunun patlaması ve su sızdırmasının onarılması için verilecek önel daha başka olacaktır. Kiracının kiralayan hesabına hareket edebilme olanağı tanınırken Hakime başvurmaması durumu ufak tefek bozuklukların önemiyle orantılı bulunmayan masraflardan kiracıyı kurtarma fikriyle açıklanmaktadır (72).

Önel hukuksal işlem benzeri eylem neliğindedir. Önel süresi içerisinde kiralayana ifada bulunması gereken edim, kuşkuya yer vermeyecek bir biçimde bildirilmelidir. Sonuçlarını yasa belirlemiştir. Ayrıca kiracının bildirmesine gerek yoktur. Önel belirli bir süreyi taşımaktadır. Uygun bir süre veriyorum demek yetmez. Belirlenen önel uygun olmalıdır. Kiralayanın yapacağı işin neliği, güçlük derecesi, kiracının gereksinmesinin ivedi olup olmadığı süre tayininde göz önünde tutulmalıdır. Kural olarak şekle tabi değildir. Bizzat kiracı ya da yetkili temsilcisi tarafından önel verilmelidir. Bu kiralayana bildirilebileceği gibi sözleşme ile kararlaştırılan kişiye ya da yasal temsilcisine verilebilir (73).

(70) Aydınlıyım, a.g.e. s. 42, Berki, a.g.e. s. 81, Bilge, a.g.e. s. 131, Göktürk, a.g.e. s. 424, Martin, a.g.e. s. 91, Gücün, a.g.e. s. 620, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 360

(71) Olgaç, Akdin Muhtelif Nevileri, s. 261, 262

(72) Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 360

(73) Becker, a.g.e. s. 16 vd., Oser/Schönenberger, a.g.e. s. 771 vd., Önen, a.g.e. s. 46 vd., Tandoğan Mesuliyet Hukuku, s. 494 vd., Von Tuhr, a.g.e. s. 666 vd.

Durum gerektirdiğinde BK. mad. 107 uygulanır ve önel vermeye gerek kalmaz. Hele kiralanandaki bozukluğa kiralayana neden olmuşsa kendisine önel verilmesine de gerek görülmemiştir. Gerekçe olarak yasa koyucunun amacının, kendiliğinden meydana gelmiş olan ufak tefek bozuklukların mevcudiyetinden mal sahibinin haberdar edilmesi olarak bildirilmiştir (74). Bundan ayrı olarak zorunlu durumlarda da önel verme gerekemeyebilir. Örneğin kış günü fırtınadan kırılan camlar ya da patlayan su borularında olduğu gibi. Burada önel verme veyahut Hakimden izin alma durumuna girildiğinde önemi büyük zararlar dağıtılabilir. Örneğin evin çocukları hastalanabilir veya evi su basabilir. Zaten BK. numuz kiralayana vaktinde tedbir alabilmesi için onunla temas geçebilme olanağının bulunduğu varsayımına dayanmıştır. (BK. 251/11) Zorunlu durumlarda bu olanak yoktur ve kiracı gerçek vekâletsiz iş görme hükümlerinden yararlanabilmelidir.

— SÜRECEK —

(74) 6. HD. 3.3.1969, 5688/845 (Olgaç, Türk Borçlar Kanunu, s. 523)

TİCARET HUKUKU

CARİ HESAP SÖZLEŞMESİ (*) (II)

Doç. Dr. Güven VURAL (**)

● V — HESAP DEVRESİ VE BU DEVREDE (ALACAK, TEMİNAT VE FAİZ BAKIMINDAN) HUKUKİ DURUM

A — Hesap Devresi

Cari hesap sözleşmesi belirli veya belirsiz bir süre için aktedilir. İster belirli, ister belirsiz süreli olsun, sözleşme süresi ile hesap devrelerini birbirinden ayırmak gerekir. Sözleşmenin devamı boyunca bir kaç hesap devresi söz konusu olabilir. Devre sonunda «hesap kapatılarak bakiye tesbit edilir. Hesap devresi sonunda tarafların borçlu veya alacaklı olup olmadıkları hukuken değil sadece muhasebe yönünden belli olur (40).

Hesap devresi, sözleşme veya ticari teamüle göre tesbit edilir. Ticari teamül de yoksa, her takvim yılının son günü (31 Aralık) hesabı kapatma günü sayılır (TTK. Md. 92, f. 2). Uygulamada, cari hesap genellikle üç ayda bir (31 Mart, 30 Haziran, 30 Eylül, 31 Aralık) kapatılır (41). Alacaklı cari hesaplarda ise, bankalardaki genel uygulamaya, altı ayda bir hesabın kapatılması şeklindedir.

Sözleşme süresi sonunda «hesabın kapatılması»ndan değil, «hesabın kesilmesi»nden söz edilir. Başka bir deyişle, sözleşme sonunda hesabın tasfiyesi ile bakiye üzerinde kimin alacaklı kimin borçlu olduğunun hukuken tesbiti işlemine «hesabın kesilmesi» adı verilir. Hesabın kesilmesi ile, bakiye üzerinde alacaklı tarafın talep hakkı doğar.

Hesap devreleri sonunda hesabın kapatılarak bakiyenin muhasebe yönünden tesbiti ve kabulü ile sadece «tecdit» meydana gelir ve bakiyeyi (ara bakiyesi) alacaklı taraf talep edemez.

Hesap devresi içinde ; alacak, teminat ve faiz bakımından durumu ayrı ayrı incelemek gerekir.

(*) Y.D., Cilt : 7, Sayı : 4, Ekim - 1981'den devam.

(**) **AİTİA. Yönetim Bilimleri Fakültesi Ticaret Hukuk Doçenti.**

(40) - Bozer, A. : age., sh. 160.

(41) - Hesap devreleri, bileşik faiz bakımından üç aydan az olamaz (TTK. Md. 94, f. 1).

B — Hesap Devresi İçinde Hukuki Durum

1 — Alacaklar Yönünden :

Alacaklar cari hesaba geçirilmekle tecdit edilmiş, yenilenmiş, sayılmazlar (42). BK. Md. 115, f. 1'e göre, «Muhtelif kalemlerin bir hesabı cariye mücerret kaydedilmesiyle borç tecdit edilmiş olmaz». Aynı şekilde, cari hesap sözleşmesinden önce var olan alacağın tarafların anlaşması ile cari hesaba geçirilmesi (taraflar bu arada tecditi de açıkca aralarında kararlaştırmış olmadıkça) de tecdit sayılmaz (TTK. Md. 88, N. 2). Hesap kapatılarak bakiyenin kabulü (tanıma) tecdit niteliğindedir (BK. Md. 115, f. 2).

Cari hesap sözleşmesi ile hesaba giren alacak artık tek başına talep edilmez. Böyle bir alacak için borçlu tarafa mehil verildiği, borcun ertelendiği kabul edilir. Ancak, buradaki erteleme (tecil) hukuki anlamda bir erteleme değildir. Çünkü, hukuki anlamda ertelemelerde mehil sona erince alacak tek başına talep edilebilir. Cari hesapta ise, hesap devresi sonunda toplu bir takas söz konusudur ve bakiye (nihai bakiye) ancak sözleşme sonunda hesabın kesilmesi ile talep edilebilir hale gelir (43).

Bundan başka, cari hesaba geçirilen alacak ve borç kalemleri ayrılmaz bir bütün teşkil ettiğinden (TTK. Md. 95), cari hesaba giren alacağın başka bir kimseye temlik ve terhini de söz konusu olamaz (44).

(42) - Fransız doktrininde çoğunluk tecdit lehine olup, alacağın cari hesaba geçirilmesiyle tecditin gerçekleştiği görüşündedir. 1890 tarihli Arjantin Ticaret Kanunu da (alacak ister cari hesap sözleşmesinden önce, ister sonra doğsun) alacağın cari hesaba geçmesini tecdit kabul eder. İsviçre - Türk hukuk sisteminde, bakiyenin diğer tarafca kabulü ile tecdit gerçekleşir. 1865 tarihli Şili Ticaret Kanunu ve 1926 tarihli Eski Ticaret Kanunu'muz ikili sistemi benimsemişti. Buna göre, cari hesap sözleşmesinden önce var olan alacağın hesaba geçirilmesi tecdit kabul edilmekte, sözleşmeden sonra doğan alacağın hesaba geçirilmesi ise, tecdit sayılmamaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çamoğlu, E** : agm., sh. 197-199).

(43) - **Karayalçın, Y.** : age., sh. 581.

(44) - **Özdemir, N.** : age., sh. 96; **Karayalçın, Y.** : age., sh. 581. **Domaniç, H.** cari hesaba dahil alacağın temlik ve terhin edilebileceği kanaatinde-dir (bkz. age., sh. 204). Kanaatimizce, **Domaniç'in** ileri sürdüğü fikre göre de, temlik ve terhin, sonucu itibarıyla, nihai bakiye için söz konusu olduğundan, cari hesaba giren bağımsız alacakların temlik ve

Ayrıca, ilerde açıklanacağı üzere, cari hesap sözleşmesinin taraflarının birisinin bir başkasına olan borcu için cari hesaba geçirilen bir alacak teb başına haczedilemez. Alacaklı, sadece cari hesap bakiyesine haciz koydurabilir (TTK. Md. 98).

Öte yandan, cari hesaba geçirilen bir alacak için zamanaşımı işlemeye başlamaz. Çünkü, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlar (BK. Md. 128). Oysa, cari hesaba geçirilecek muaccel bir alacak cari hesaba girmekle, yeniden mehil kazanmış veya fiilen ertelenmiş olduğundan, muaccel olmaktan çıkmaktadır. Dolayısıyla, bu gibi alacaklar muaccel olmaktan çıktıklarından temerrüt de söz konusu olmaz (45).

Cari hesaba kayıt işlemi mücerret değil, illete bağlıdır. Bu nedenle, aksi taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça, borç veya alacak doğuran hukuki işleme dayanan dava ve savunma hakları, sırf cari hesaba kayıt yapıldı diye düşmez. Buradaki dava hakkından amaç, alacağı talep değildir. Sözü edilmek istenen, alacakla ilgili, örneğin sözleşmeye istinaden açılabilir ; ayıba, teslim, butlana, feshe vs.'ye ilişkin davalardır. Dava sonucu, cari hesaba kayıpla ilgili hukuki işlemin geçersiz hale gelmesi veya alacağın miktarının azalması halinde alacak kaleminin cari hesaptan çıkarılması veya miktarının indirilmesi gerekir (TTK. Md. 88, N. 1).

Ayrıca, bir kambiye senedinin cari hesaba kaydı, bu senet bedelinin tahsil edilmesi halinde geçerli olmak şartıyla yapılmış sayılır (TTK. Md. 88, N. 3 ve 89). Cari hesaba kaydedilip de bedeli tahsil olunamayan kambiye senedi sahibine geri verilerek cari hesaptan kaydı silinir. Uygulamada bankalar, senet bedelini tahsil etmeden cari hesaba geçirmediklerinden, bu hüküm çok az uygulama alanı bulabilmektedir (46).

Kaldı ki, TTK. Md. 88, N. 3, sadece «ticari senetler»in tahsil edilememesi halinde cari hesaptan çıkarılacağını beyan etmişse de, senede bağlı veya senetsiz tüm alacaklar için de kural böyledir (47).

terhini söz konusu olmamak gerekir. Kaldı ki, **Bozer, A.**, hesap devresi sonundaki bakiyenin (ara bakiyesi) de temlik ve terhinin söz konusu olamayacağını belirtmektedir (bkz. age., sh. 163).

- (45) - **Karayalçın, Y.** : age., sh. 582 ; **Özdemir, N.** : age., sh. 96. Ayrıca, karşı **Mimaroğlu, S.K.** : age., sh. 471.
 (46) - **Mimaroğlu, S.K.** : age., sh. 474.
 (47) - **Domaniç, H.** : age., sh. 209.

2 — Teminatlar Yönünden :

Cari hesaba geçirilen kalemlerden herhangi birine teminat verilmişse, bu teminat devam eder. Bu durum, cari hesaba kaydın tecdidi tazammun etmemesinin bir sonucudur. Kaldı ki, BK. Md. 115, f. 3, aksi kabul edilmedikçe tecdit halinde bile teminatın esasen devam edeceğini öngörmektedir. İlerde bu konuya bakiyenin kabulünün sonuçlarını incelerken tekrar döneceğiz (bkz. ● VI - B/2).

3 — Faiz Bakımından :

TTK. Md. 88, N. 5'e göre, «cari hesabın matlup kısmına kaydolunan tutarlar için mukavele veya ticari teamüller gereğince alındıkları günden itibaren faiz işler». Uygulamada genel olarak faiz, tutarın (48) hesaba alındığı günü kovalayan günden itibaren hesap edilir (49). Faizin işlemeye başladığı bu güne uygulamada «valör tarihi» veya sadece «valör» adı verilir. Tutarın hesaba alındığı gün, hesaba işleme günü değil, cari hesaba geçirilmesi icap eden gündür (50).

Faizin hesabı günümüzde genellikle Hamburg metoduna göre yapılmaktadır. Bu metoda göre, cari hesaba her tutarın kaydında tarafların alacak ve borçları hesaben takas edilir ve bulunan bakiyenin iki valör arasında kalan gün sayısı ile çarpımından elde edilen «âdat»lar bulunur. Devre sonunda âdatların toplamına faiz yürütülür (51). Alacak ve borç bakiyelerine farklı faiz oranları kabul edilebilir. Farklı faiz

(48) - «Tutar, alacak (matlup) olabileceği gibi, borç (zimet) da olabilir. Çünkü, faiz sadece alacak için verilmez, borç için de alınır (Erem, T.S. : age., sh. 141, dn. 13).

(49) - Çünkü, uygulamada, bankanın bu meblağı ancak ertesi gün kullanabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, paranın bankaya tatilden bir gün önce yatırılması halinde, valör tarihi tatili takip eden ilk iş günüdür. Sözleşme ile valör tarihi birkaç gün sonraya da atılabilir (Karayalçın, Y. : age., sh. 583 ; Erem, T.S. : age., sh. 141 - 142).

(50) - Toksal, B.M. : age., sh. 55 - 56 ve 129

(51) - Direkt metotta ise, devre sonu tarihi esas alınarak çekilen ve yatırılan paraların âdatları bulunur (iki valör arası nazara alınmaz). Devre sonunda alacak âdatları ile borçlu âdatların farkı alınır ve bu farka faiz yürütülür.

oranlarına tabi alacaklardan hangisi bakiye alacak göstermişse onun tabi olduğu faiz oranı yürütülür (52).

Cari hesaptan doğan faizin serbestçe kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı tartışmalıdır (53).

● VI — HESABIN KAPATILMASI, BAKİYENİN TESBİTİ VE KABULÜ

A — Hesabın Kapatılması Ve Bakiyenin Tesbiti

Cari hesabı sözleşmenin taraflarından birisi tutar. Taraflardan birisi banka ise, hesap banka tarafından tutulur. Günlük olarak tutulan hesapların bakiyelerinin alınması - faiz durumu dışında hukuken bir öneme sahip değildir. Muhasebe yönünden günü gününe tutulan hesaplar nedeniyle karşı tarafa bir hesap özeti (ekstre veya hesap cetveli de denmektedir) gönderilse bile, hesap devresi sonu itibarı ile yapılmayan böyle bir gönderme hukuki bakımdan hesabın kapatılması anlamına gelmez.

(52) - Örneğin, banka borçlu cari hesaplarında, müşteri alacaklarına (cari hesapta zimmet gözüktür) % 3, banka alacakları (cari hesapta matlup gözüktür) masrafla birlikte % 17 faize tabi kılınabilir. Müşteri lehine hesap alacak bakiyesi verdiğinde % 3, banka lehine hesap alacak bakiyesi verdiğinde % 17 faiz oranı uygulanacak demektir. Hamburg metoduna uyulmasa ve zimmet ve matlup kalemlerine takas uygulanmayıp, ayrı ayrı her kalem için faiz hesap edilseydi, bu durum banka müşterisinin aleyhine ve zararına olurdu.

(53) - Bir görüşe göre, cari hesap TTK.'da düzenlenmiş olduğu için ticari iş niteliğindedir. Dolayısıyla taraflar arasında cari hesap sözleşmesi var olduğu sürece taraflar faiz oranlarını serbestçe kararlaştırabilirler. Bu görüş kabul edilecek olursa, taraflar ticari iş niteliğini taşımayan bir konuda cari hesap sözleşmesi yaparak adi işlerde faiz oranlarını sınırlayan Murabaha Nizamnamesinin hükümlerinden kaçınabilirler (Bozer, A. : age., sh. 164). Bu sakıncasına rağmen Mimaroglu, S.K., bu görüşü benimsemektedir (bkz. age., sh. 475).

Diğer bir görüşe göre ise, sadece cari hesap ilişkisinin varlığı ticari işlere ilişkin faiz kurallarının uygulanmasına yetmemelidir. Ayrıca cari hesaba konu yapılan işin de ticari iş niteliği taşıması gerekir. Ancak bu halde taraflar faiz oranını serbestçe kararlaştırabilirler. Ödünç Para Verme İşleri Kanunu'nun uygulandığı hallerde, bu kanunun hükümleri saklıdır. Taraflar arasındaki cari hesaba konu olan iş, ticari iş niteliğinde değil ise (adi işlerdense) Murabaha Nizamnamesi hükümleri uygulanmalıdır (Bozer, A. : age., sh. 164).

Tek taraflı olarak tutulan muhasebenin hukuken sonuç verebilmesi için ; hesap devresinin son günündeki durumu göstermesi, bu durumla ilgili bakiyeyi gösteren cetvelin karşı tarafa tebliği ve karşı tarafca da gönderilen cetvele (ve bakiyeye) itiraz edilmemiş olması gerekir.

Bakiyeyi gösteren cetveli kabul etmek istemeyen taraf, cetveli aldığı tarihten itibaren bir ay içinde itiraz etmelidir. Bu itirazın, noter aracılığı ile, taahhütlü mektupla (54) veya telgrafla yapılması gerekir. Kanunun aradığı şekilde (55) ve süresinde itiraz edilmediği takdirde bakiye - dolayısıyla cetvel - kabul edilmiş sayılır (TTK. Md. 92, f. 2) (56) (57).

B — Kabulün Sonuçları

1 — Tecdit :

Hesabın kapatılmasıyla, bakiyenin karşı tarafca kabulü, yukarıda görüldüğü gibi, sarahaten veya zımnen olur. Takas için tek taraflı irade beyanı yeterli olduğu halde, toplu bir takas olan cari hesapta bir tecdit anlaşmasına gerek vardır. Bu anlaşma hesap cetvelinin kabulü ile gerçekleşir.

BK. Md. 115, f. 2'de, hesabın «kesilip» karşı tarafca kabulü ile borcun tecditinden söz edilmektedir. Buradaki «kesilme» deyimini TTK. Md. 92'nin kullandığı hesabın «kapatılması» anlamındadır. Çünkü, hesabın kesilmesi TTK.'nunda cari hesap sözleşmesinin sona ermesini ve hukuken talep edilebilecek nihai bakiyenin tesbitini ifade eder. Oysa burada, devre sonunda hesabın kapatılması ve tesbit edilen ara bakiyesinin kabulü ve yeni hesap devresine yeni bir kalem olarak geçiril-

(54) - TTK. Md. 20, f. 3'de, iadeli taahhütlü mektup şartı arandığı halde, TTK. Md. 92, f. 2'de, sadece taahhütlü mektup yeterli görülmüştür.

(55) - **Karayalçın, Y.**, göre, adi mektupla veya elden karşı tarafa verilen bir mektupla da - mektubun karşı tarafa vusulünü isbat şartıyla - itiraz mümkün olabilmelidir (bkz., age., sh. 584, dn. 33).

(56) - Bankalar ve mevduat kabulüne yetkili diğer kuruluşlar, mevduat sahiplerine, aksine yazılı istekleri olmadıkça, her yıl Ocak ayı içinde birer hesap özeti göndermek zorundadırlar (28 sayılı KHK. ile değiştirilen 7129 sayılı Bankalar Kanunu md. 31, f. 1).

(57) - Yg. TD. 25.1.1971 tarih, E. 1970/2893, K. 1971/417 (**Doğanay, İ.** : age., sh. 357, dn. 364).

mesinden söz edilmektedir. Dolayısıyla, tecdit ile eski borç veya borçlar düşmekte, bunların yerini yeni bir borç almaktadır.

Tecditin bu anlamı ile mutlak olarak kabulü, cari hesapta çeşitli sakıncalar yaratacağından, burada tam ve mutlak anlamda bir tecditin söz konusu olamayacağı ileri sürülmüştür. Özellikle, kabul ve tecdite rağmen hesap hatalarının düzeltilmesi ve esasen cari hesaba geçirilemeyecek kalemlerin hesaptan çıkartılması (58) istenebilir (59). Kaldı ki, tecditin mutlak bir etkisi olmadığı «... hesap hata ve zuhullerine, cari hesaptan hariç addolunmak lâzım gelen veya haksız olarak cari hesaba geçirilmiş olan kalemlere veya mükerrer kayıtlara ilişkin bulunan davalar, beş yıl geçmekle müruruzamana uğrarlar» (TTK. Md. 99), hükmünden de anlaşılmaktadır (60).

2 — Teminatlar :

Tecdit ve eski borcun sona ermesiyle, kural olarak, onun fer'i olan aynı veya şahsi teminatların da düşmesi gerekir. Cari hesapta bu kurala BK.'nu ile istisna getirilmiştir. BK. Md. 115, f. 3 hükmüne göre, «eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa hesap kesilip (kapatılıp), tasdik (kabul) edilmiş olsa bile (olmasıyla) hilafı şart edilmedikçe bu teminata halel gelmez».

O halde, cari hesaba geçirilen kalemlerle ilgili teminatlar, cari hesap sözleşmesi sona erinceye kadar devam edecektir (61). Hesap devreleri sonunda bakiyenin teminat miktarından az veya çak olması durumunda genel olarak son bakiye üzerinden teminatın devam ettiği kabul edilmektedir (62) (63).

(58) - Örneğin, kumar ve bahis borcu nedeniyle hesaba kayıt yapılmış olması, gibi.

(59) - Uygulamada, hesap özetlerine «hata ve nisyan mahfuzdur» gibi kayıtlar konulmaktadır. **Karayalçın, Y.**, bu kayıt olmasa bile hesap hatalarının düzeltilmesi istenebilir (bkz., age., sh. 589).

(60) - **Domanıç, H.** : age., sh. 209 ; **Karayalçın, Y.** : age., sh. 589; **Çamoğlu, E.** : agm., sh. 209 - 213.

(61) - **Özdemir, N.** : age., sh. 98 ; **Karayalçın, Y.** : age., sh. 585

(62) - **Toksal, B.M.** : age., sh. 68 ; **Karayalçın, Y.** : age., sh. 585.

(63) - Cari hesaba geçirilen bir kalem için üçüncü bir şahıs müteselsil olarak borçlu ise, BK. Md. 115, f. 3'deki teminatlara ilişkin hükmün kıyasen onun hakkında da uygulanması gerekeceği Alman Ticaret Kanunu ve İtalyan MK.'da açıkça belirtilmiştir (**Karayalçın, Y.** : age., sh. 586). (agm., sh. 260) ve **Mimaroğlu, S.K.**, (age., sh. 475) bu durumu bileşik faiz olarak değerlendirmektedirler.

3 — Faiz :

Hesap devresi sonunda hesabın kapatılmasıyla tesbit ve kabul edilen bakiye (ara bakiyesi) üzerinden, tesbit gününden itibaren faiz işlemleri (TTK. Md. 93). Başka bir deyişle, hesap devresi içinde cari hesaba kaydedilen kalemlere ayrıca faiz yürütülmekte (bkz. yuk. ● V - B/3), hesap devresi sonunda hesap kapatılıp bakiyenin kabulü ile tecdit meydana geldikten sonra bulunan bakiye izleyen hesap devresine geçirilmekte ve bunun üzerinden de ayrıca faiz yürütülmektedir (64) (65). Bu işleme bir bakıma bileşik (mürekkep) faiz gözüyle bakılabılır (66). Bu nedenle, kanun koyucu bileşik faiz yürütülmesinin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla cari hesap devrelerinin üç aydan aşağı olamayacağını hüküm altına almıştır (TTK. Md. 94, f. 1 ve md. 8, f. 2).

TTK.'nin 94 üncü maddesinde, «tarafklar üç aydan aşağı olmamak üzere diledikleri zaman faizlerin ana paraya eklenmesini kararlaştırabilecekleri gibi, hesap devrelerini ve faiz ve komisyon miktarlarını dahi mukavele ile tayin edebilirler», hükmü yer aldığına göre, tarafklar faiz ve komisyon miktarlarını da sözleşme ile tayin edebileceklerdir (67). Ancak, TTK. Md. 94, f. 2 ile TTK. Md. 8 saklı tutulmuş. Bu yolla, özellikle TTK. Md. 8, f. 3 hükmüne göre, 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu'nda kabul edilen azami faiz hadleri hakkındaki özel hükümler, ödünç para verme işlerine tabi cari hesaplar için - özellikle banka borçlu cari hesaplarındaki bileşik faizler bakımından - uygulanacaktır. Bu durumda, banka cari hesaplarındaki bileşik faizin Bakanlar Kurulu Kararı ile tesbit edilen (halen 29.5.1980 tarih ve 8/909 sayılı

(64) - **Bozer, A.** : age., sh. 164.

(65) - Bakiyeye yürütülecek faiz, kabule ilişkin beyan tarihi itibarı ile değil, bakiyenin hesaben tesbit edildiği günden işlemeye başlatılmak gerekir. Bu husus kanunda açıkça belirtilmektedir (TTK. Md. 93).

(66) - **Bozer, A.**, hesap devresi sonunda hesap kapatıldıktan sonra kabul edilen ve izleyen yeni devreye ayrı bir kalem olarak geçirilen bakiyeye yürütülen faizi bileşik faiz olarak nitelendirmemektedir. Yazara göre, bu durumda «tecdit ile yeni bir alacak doğmuş ve ilk alacağın kısımlarını teşkil eden resülmal ve faizin mahiyeti kaybolmuştur» (bkz. age., sh. 165).

Karayalçın, Y. (age., sh. 586), **Özdemir, N.** (age., sh. 93), **Edgü, E.** (agm., sh. 260) ve **Mimaroglu, S.K.**, (age., sh. 475) bu durumu bileşik faiz olarak değerlendirmektedirler.

(67) - **Karş.**, yuk., dn. 53 ve çevresi.

Kararname ile serbest) (68) faiz kaydına tabi olacağı sonucuna varılmaktadır (69).

● VII — BAKİYENİN HACZİ

Cari hesaba geçirilen kalemler bölünmez bir bütün olduğundan, sözleşme taraflarından birisinin alacaklısı, cari hesap devam ettiği sürece, cari hesaba giren alacak kalemleri üzerine münferiden haciz koyduramaz. Ancak, hesap devresi sonunda çıkarılan bakiye üzerine haciz konmasını icra dairesinden talep edebilir. İcra dairesinin bakiyenin haczine ilişkin kararı, cari hesabı tutan tarafa tebliğ edildiği anda hesap kapatılır ve bakiye tesbit edilir. Bu andan başlayarak bakiyeyi haczettiren alacaklının durumu, hesaba yeni zimmet kalemleri kaydedilmek suretiyle ağırlaştırılamaz. «Meğer ki ; hesaba geçirilen kalemler haciz anından önce doğmuş bulunan hukuki bir münasebetten ileri gelmiş» olsun (TTK. Md. 98, f. 2).

Bakiyenin haczine rağmen, alacaklı bunu hemen talep edemez. Talep için alacaklı ve icra dairesinin hesap devresinin sona ermesini beklemeleri gerekir (TTK. Md. 98, f. 3). Ancak, bankalardaki alacaklı cari hesaplarında bu hüküm uygulanmaz. Çünkü, alacaklı cari hesap müşterisi hesabını bankadan her an talep edebileceğine göre, onun hesabına haciz koyduran alacaklısının da buna hakkı olmak gerekir.

Borcundan ötürü cari hesap bakiyesi üzerine haciz konulan taraf, onbeş gün içinde bu haczi kaldırtmışsa, diğer tarafın cari hesap sözleşmesini feshetme hakkı doğar (TTK. Md. 98, f. 2).

● VIII — CARİ HESAP SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Cari hesap sözleşmesi belirli bir süre için yapılmışsa, bu sürenin bitmesiyle sona erer (TTK. Md. 96, N. 1).

Ayrıca, taraflardan birinin iflâsı (TTK. Md. 96, N. 3) veya cari hesap bakiyesinin haczi halinde, bu haczin onbeş gün içinde kaldırılmaması halinde karşı tarafın fesih hakkını kullanması ile de, cari hesap sözleşmesi sona erer.

(68) - Bkz., 4.6.1980 tarih ve 17007 sayılı RG., sh. 22 vd.

(69) - **Karayaçın, Y.** : age., sh. 587. **Karayaçın, Y.**, TTK. Md. 94. f. 2 ile, TTK. Md. 8 mahfuz tutulmasa idi, hatta TTK. Md. 94, f. 1 hiç bulunmasa idi dahi, sadece TTK. Md. 8'den hareketle aynı sonuca varılabileceğini ileri sürmektedir (bkz., age., sh. 586). Ayrıca bkz. **Akyazan. S.** : Türk Ticaret Yasasında Yer Alan (Cari Hesap Sözleşmesi) İle Banka Cari Hesapları ve Bu Hesaplarda Uygulanan Faiz Türleri, Batider Aralık 1978, C. 9, S. 4, sh. 1003 - 1018.

Bundan başka, sözleşme ile belirli bir süre tayin edilmiş olmasına rağmen, taraflardan birinin ölmesi veya hacir altına alınmasıyla, her iki taraf veya halefleri on gün önce haber vermek şartıyla cari hesap sözleşmesini feshedebilirler. Ancak, bakiyenin ödenmesi hesabın kapatılması gereken devre sonunda istenebilir (TTK. Md. 97).

Cari hesap sözleşmesi için bir süre kararlaştırılmamışsa, taraflardan birinin feshi ihbarda bulunması ile sözleşme sona erer. Feshin ihbarı yeterli olup, ayrıca akdin sona ermesi için bir ihbar müddeti öngörülmemiştir. Dolayısıyla, feshi ihbar beyanı karşı tarafa ulaştığı anda akid sona ermiş sayılır. Ancak, fesih hakkı objektif iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde (örneğin, sırf karşı tarafa zarar vermek için uygun olmayan bir zamanda fesih ihbarında bulunmak, gibi) kullanılmamak gerekir (70).

● IV — ZAMANAŞIMI

TTK. Md. 99'a göre ; «Cari hesabın tasfiyesine, kabul edilen veya hükmen tayin olunan bakiyeye vahi faiz bakiyesine, hesap hata ve zuhullerine, cari hesaptan hariç addolunmak lâzım gelen veya haksız olarak cari hesaba geçirilmiş olan kalemlere veya mükerrer kayıtlara ilişkin bulunan davalar, beş yıl geçmekle müruruzamana uğrarlar».

Ancak, banka ile müşterisi arasında yapılan cari hesap sözleşmesi Yargıtay'ımıza göre, temelde bir kredi sözleşmesidir (71) ve bu gibi hallerde TTK. Md. 99'da öngörülen beş yıllık zamanaşımı değil, BK. Md. 125'deki on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır (72).

Cari hesapla ilgili olan beş yıllık özel zamanaşımının başlangıç süresi konusunda TTK.'nda bir açıklık yoktur. Bu nedenle, sürenin baş-

(70) - Mimaroglu, S.K. : age., sh. 476 - 477 ; Karayalçın, Y. : age., sh 590.

(71) - Yg. TD. 26.4.1960 tarih ve E. 3525, K. 1263 (Doğanay, İ. : age., sh. 367, dn. 369) ; Yg. TD. 18.6.1970 tarih ve E. 1969/3756, K. 1970/2626 (Doğanay, İ. : age., sh. 347 - 348) : Yg. HGK. 20.10.1978 tarih ve E. 1977/11213 K. 1978/856 (Yg. Kar. Der. Nisan 1979, C. 5, S. 4, sh. 461 - 462). Ayrıca yuk., dn. 10 ve 16 ile karşılaştırmız.

(72) - Bu görüşün eleştirisi için bkz. Tandoğan, H. : Bankaların Cari Hesap Suretiyle İkrazat Mukavelelerinin Hukuki Mahiyeti Hakkında İçtihad Notu (Yg. TD. 8.4.1961 tarih ve E. 1960/2009, K. 1961/1155 sayılı kararı dolayısıyla), Batıder Ocak 1963, C. 2, S. 1, sh. 85 - 88.

langıcı, anlaşmazlığın konusuna ve genel hükümlere göre tayin edilmek gerekecektir (73) (74).

Ne var ki, kanunda zamanaşımının başlangıcının belirtilmemesi uygulamada büyük güçlükler doğuracağı gibi, bu konu doktrinde de tartışmalara neden olmaktadır (75).

S O N U Ç

Türk hukukunda cari hesap sözleşmesini, konu ile ilgili BK. Md. 115, 122, f. 3 ve TTK. Md. 87 - 99'da yer alan hükümler çerçevesi içinde incelemeye çalıştık.

Günümüzde, cari hesapla ilgili kanuni düzenlemeler genel olarak eskimiştir, denebilir. Çünkü, TTK. Md. TTK. Md. 87 - 99'da yer alan hükümler daha çok tarafları iş adamı olan cari hesap sözleşmeleri için öngörülmüştür. Oysa, bugün banka cari hesap sözleşmeleri uygulamada önem kazanmıştır (76). Banka cari hesapları genelde bankaların tip sözleşmeleriyle düzenlenmektedir. Bütün bankaların yeknesak olarak kabul edip uyguladıkları cari hesap sözleşmeleri henüz ülkemizde kullanılmamaktadır. Banka cari hesap sözleşmelerinin özelliği, bankalara tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetme yetkisini tanınmasıdır. Esasen, belirli süresi olmayan cari hesap sözleşmelerinde de tarafların sözleşmeyi tek yanlı fesh hakkı tanınmıştır (TTK. Md. 96, N. 2). Bankalar, düzenledikleri tip sözleşmelerde, belirli süreli sözleşmelerde de tek yanlı olarak sözleşmeyi feshetmek yetkisini saklı tutmaktadırlar.

(73) - **Domanıç, H.** : age., sh. 216'da, hesap hata ve zuhullerinden, cari hesaptan hariç tutulması gerekli alacaklardan ve mükerrer kayıtlardan doğan davalarda, zamanaşımının bu durumların öğrenildiği tarihlerden itibaren başlayacağını ileri sürmektedir.

(74) - **Hesap hata ve zuhulleri ile ilgili davalar için beş yıllık zamanaşımı süresi Karayalçın, Y.**, tarafından fazla bulunmaktadır (bkz. **Karayalçın, Y.** : age., sh. 591).

(75) - Bu tartışma ve çeşitli görüşler için bkz., **Bozer, A.** : Ticaret Hukuku - Ticari İşletme (Teksir), Ankara 1965, sh. 148 - 150 ; **Arslanlı, H.** : age., sh. 254 vd. ; **Çamoğlu, E.** : agm., 213 ; **Erem, T.S.** : age., sh. 147.

(76) - Arjantin Ticaret Kanunu ve bu kanunu model alan diğer bazı Güney Amerika Devletleri Kanunları ve İtalyan Medeni Kanunu, banka cari hesap sözleşmesi hakkında özel hükümler getirmişlerdir (**Karayalçın, Y.** : age., sh. 577, dn. 8).

Öte yandan Yargıtay, uzun zamandan beri zamanaşımı süresi nedeniyle verdiği kararlarda, banka borçlu cari hesaplarını bir kredi sözleşmesi (karz akdi) olarak nitelendirmektedir. Bu durum yerleşmiş içtihat halini almıştır. Oysa, banka borçlu cari hesaplarında, müşteri daima borçlu, banka daima alacaklıdır, denemez. Çünkü, cari hesabın niteliği gereği, hesaben de olsa, müşterinin çektiği paralar zimmete, yatırdığı paralar da matluba kaydedilmektedir. Bankadan kredi alan müşteri, aldığı bu krediyi bir defada ve başkaca hiçbir işlem yapılmadan cari hesap sözleşme süresi içinde başkaca hiçbir kayıt işlemi yapılmaksızın - bankaya geri ödese bile, tutulan cari hesapta bu durum borç (zimmet) ve alacak (matlup) kalemlerine kaydedileceğinden ortada yine bir cari hesap ilişkisinin varlığından söz etmek gerekir (77). Kaldı ki, müşterinin bankadan çekmiş olduğu paradan (kredi limitinden) daha fazla bir parayı bankaya yatırmış olması da her zaman mümkündür. Dolayısıyla, banka borçlu cari hesabı sözleşmesi boyunca gerek banka, gerek müşteri alacaklı ve borçlu duruma geçebilirler.

Bütün bu durumları göz önüne alarak, Yargıtay'ımızın görüşüne yeni ve gerçekçi bir yön vermesi içten dileğimizdir.

— BİTTİ —

(77) - **Tandoğan, H.**, bu durumu adi karz akdinden farklı olarak görmekte, «... hesabı cari ile memzuç bir nevi karz» olarak nitelendirmektedir (bkz. **Tandoğan, H.** : agm., sh. 88).

BİBLİYOGRAFYA

- AKYAZAN, Sıtkı : Türk Ticaret Yasasında Yeralan (Cari Hesap Sözleşmesi) ile Banka Cari Hesapları ve Bu Hesaplarda Uygulanan Faiz Türleri, Batider Aralık 1980, C. 9, S. 4 sh. 1003 - 1018.
- ARSLANLI, Halil : Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, B. 3, İstanbul 1960.
- BOZER, Ali : Ticaret Hukuku - Ticari İşletme Ders Notları (Teksir), Ankara 1965.
- _____ : İstihsal Organlarının Yaptıkları Sigorta Prim Tahsilatı Cari Hesap Sözleşmesine Konu Teşkil Eder Mi? Batider Ocak 1963, C. 2, S. 2, sh. 252 - 253.
- _____ : Bonkacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi, B. 6, Ankara 1977.
- ÇAMOĞLU, Ersin : Cari Hesapta Tecdit, İHEFM., 1962, C. VIII, S. 1, sh. 193 - 214.
- DOĞANAY, İsmail : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C 1, Ankara 1974.
- DOMANIÇ, Hayri : Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, B. 3, İstanbul 1976.
- EDGÜ, Ekrem : Cari Hesap Sözleşmesi, Bursa İ.T.İ.A. Der., Kasım 1972, C. 1, S. 1, sh. 254 - 261.
- EREM, Turgut, S. : Ticaret Hukuku Prensipleri, B. 2, C. 1, İstanbul 1962.
- HİRŞ, Ernest, E. : Ticaret Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 1948.
- KARAYALÇIN, Yaşar : Ticaret Hukuku C. 1, İşletme Hukuku, B. 3, Ankara 1968.
- KINACIOĞLU, Naci : Cari Hesap, Batider Ocak 1962, C. 1, S. 3, sh. 373 - 383.
- MİMAROĞLU, Sait, K. : Ticaret Hukuku C. 1, İşletme Hukuku, B. 3, Ankara 1978.
- ÖZDEMİR, Necdet : Türk Ticaret Hukuku, B. 4 Ankara 1978.
- POROY, Reha : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1973.
- TANDOĞAN, Halük : Bankaların Cari Hesap Suretiyle İkrazat Mukavelelerinin Hukuki Mahiyeti Hakkında İçtihad Notu, Batider Ocak 1963, C. 2, S. 1, sh. 85 - 88.
- TOKSAL, Baki, M. : Hukuki Cefpesiyle Hesabı Cari İstanbul 1956.
- TOLUN, Osman : Banka ve Borsa Hukuku, Ankara 1959.
- ÜNAY, Vecdi : Bankalarca İç ve Dış Ticaretin Finanse Edilmesi Usulleri, Ankara 1959.

KISALTMALAR

age.	: Adı geçen eser
agm.	: Adı geçen makale
aşa.	: Aşağıda
B.	: Bası
Batider.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Der.	: Dergisi
dn.	: Dip notu
E. / K.	: Esas / Karar
f.	: Fıkra
HGB.	: Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch)
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
karş.	: Karşılaştırınız
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
Md. (md.)	: Madde
N.	: Numara
MK.	: Medeni Kanun
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
sh.	: Sayfa
TD.	: Yargıtay Ticaret Dairesi
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve saire
Yarg.	: Yargıtay.
Yar. Kar. Def.	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yuk.	: Yukarda

İFLÂS İSTEĞİNDEN VAZGEÇME

Y. Semih ÖKTEMER(*)

PLAN : 1 — Konu. 2 — A) İflas Davası Sırasında Vazgeçme. B) İflas Hükümünden Sonra Vazgeçme. a) Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi'nin görüşü. b) Hukuk Genel Kurulu'nun Görüşü. c) Öğreti Görüşü. 3 — Yargıtay İçtihatlarının Eleştirisi. 4 — S o n u ç .

● **1— KONU :** Devlet gücünü aracı kılmak suretiyle alacağını elde etmek isteyen kişi, durum ve yasanın izin verdiği ölçüde, cüz'i (ferdi) veya külli (toplu) cebri icra yollarından birini tercih edecektir.

Cüz'i (ferdi) icrada, alacaklı bir veya birkaç borçluyu karşısına alır ve onların mameleklerine dahil belli mallara el koydurur. Külli (toplu) icrada ise bir alacaklının harekete geçmesi sonunda bütün alacaklılar, ayrı takip açmalarına gerek kalmadan devreye girer. Borçlunun belli bir malı değil, bütün mal ve hakları külli (toplu) icranın konusunu teşkil eder. Bir alacaklının isteği üzerine yürüyen ve genel ilke olarak tacir borçlu aleyhinde açılan bu icra biçimi iflâsdir. Bir alacaklının açtığı iflâs yolu ile takip sonunda borçlunun ticaret mahkemesinde iflâsına karar verilmesi halinde, bu hükümden ve bu hüküm gereği açılan iflâsın sonuçlarından ve tasviyeden bütün alacaklılar etkilenir ve faydalanır. İflâs hem tüm alacaklıları hem de borçlunun bütün malları bakımından (toplu ünüversel, evrensel, alemşumul) bir icra ve tasfiye yoludur (1). Diğer bir deyimle «borçlunun mameleki alacaklıların müşterek rehni mesabesinde» (2).

Borçlunun bütün mal ve alacaklarını ilgilendiren, mutlaka borçlunun muamele merkezindeki ticaret mahkemesi tarafından verilmesi gerekli (İİK. 154/3) İflas hükmünün açılma anını dahi göstermesi zorunlu kılınmış (İİK. 165), durumun hemen iflas dairesine bildirilmesi, bu dairenin de kendiliğinden derhal tapuya, ticaret siciline, gümrük ve PTT'ye mahalli ticaret ve sanayii odalarına, borsalara ve diğer gerekli yerlere bildirilmesi, ayrıca ilan edilmesi emredilmiştir (İİK. 166).

(*) **Yargıtay 12. HD. Üyesi.**

(1) Prof. Dr. Baki Kuru - İflas ve Konkordato Hukuku 1971 Sh. 3.

(2) Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu - İflâs Hukuku İlkeleri 1978 Sh. 3

Doğurduğu sonuçlar bakımından son derece önem kazanan iflas hükmü, bu safhaya gelinmeden önce, İİK. nun 177 - 180. maddelerinde yazılı (Doğrudan doğruya iflas halleri) hariç icra takibi ile başlar. Bu takip biçimi İİK. 'nun 154 ve takip eden maddelerini kapsayan (İflâs yolu ile takip) başlığını taşıyan altıncı bap' da düzenlenmiştir.

Alacaklı açtığı iflas yolu ile takibini, bu takip kesinleşmiş olsun olmasın, haricen veya icra tutanağına yazılması suretiyle olduğu yerde bırakabilir, iflas isteğini geri alabilir veya vazgeçebilir. İcra takibinin bu safhasında (vazgeçme) yönünden tartışmayı gerektiren bir sorun yoktur.

Borçlu, ödeme emrinde yazılı süre içinde borcu ödememiş veya itiraz etmemiş ise alacaklı ticaret mahkemesinden iflâs kararı verilmesini isteyebilir.

Borçlu ödeme emrine itiraz etmiş ise, İİK. nun 156/2. maddesi hükmü gereği takip durur, alacaklı ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde ticaret mahkemesine başvurarak borçlunun itirazının kaldırılmasını ve iflâsa karar verilmesini isteyebilir.

Konunun ticaret mahkemesi önüne getirilmesinden sonra, yargılama safhasında, iflâs hükmünün verilmesini takip eden devrede; alacaklının iflâs isteğinden vazgeçmesinin caiz olup olmadığı, iflâs hükmüne etkisi bu yazının konusunu teşkil etmektedir.

● **2 — A) İFLÂS DAVASI SIRASINDA VAZGEÇME** : «İflâs davası alelade bir dava olmayıp, iflâs yolu ile takibin bir hadisesidir, ve bu nitelikle takip çerçevesinde hüküm ifade eder» (3).

Alacaklının iflâs isteği üzerine ticaret mahkemesi icra dosyasını celbeder, basit yargılama usulünü uygulamak suretiyle duruşma yaparak, itiraz mevcut ise, genel hükümler dairesinde itiraz ve def'ileri inceleyerek varacağı sonuç dairesinde tesbit edeceği alacak miktarı üzerinden, o oturuma kadar hesaplanacak yasal faizi, icra takibi giderleri ve icra avukatlık ücretini katmak suretiyle varacağı meblağ üzerinden, borcunu yedi gün içinde ifa veya mahkeme veznesine depo etmesi için borçluya, vekille temsil ediliyorsa vekiline, duruşmada emreder. Dava gıyapta ceryan ediyor ise, 7201 sayılı Kanun gereği tebliğ eder. Bu

(3) Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu Age. Sh. 27.

depo emrinin tebliğine rağmen karar gereği yerine getirilmemiş ise, mahkeme borçlunun iflâsına hükmeder (İİK. 158). Ancak, kambiyo senedine dayanan iflâs takibinde, borçlu ödeme emrinde belirli sürenin geçmesinden sonra borcu ödediğine dair resmi bir belge ibraz ederse, takip talebi ve iflâs davası düşer (İİK. 173).

Borçlu iflâs davasının devam ettiği süre içinde yani iflâs kararı verilinceye kadar alacaklı ile anlaşmak suretiyle iflâsını önleyebilir (4). Gerçekten mesela borcunu ödemiş ise iflâs kararı verilmesi caiz değildir. Ancak uygulamada alacaklının borçlu aleyhindeki iflâs davasını tehdit şekline sokup alacağını bu yolla elde etmeye çalıştığı görülmektedir. Mahkeme önünde ödeme yapma için mehil isteğinde bulunulmakta, alacaklı tarafından bu dilek çok kere kabul edilmekte, böylece yargılama bir çok oturum ertelenmekte bu nedenle de iflâs davasının senelerce sona erdirilemediği gözlenmektedir. Bu uygulama şekli yasanın maksat ve ruhuna aykırıdır. Zannımızca, iflâs davası duruşması sırasında, borcun ödenmesi için borçluya mehil verilmesini alacaklının kabul etmesi halinde, mahkeme bir tehdit aracı olmaksızın kurtulmak için, borcun müeccel hale geldiği gerekçesiyle davayı reddetmelidir. Zira borçlu ile ödeme konusunda sulh müzakeresine girmek isteyen alacaklı, mahkemeyi aracı kılmamalı, İİK. 157. maddesinin kendisine tanıdığı yetkiyi kullanarak iflâs isteğini geri almalıdır. Ancak, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi alacaklının bu konuda verdiği süreyi (atıfet mehli) telakki ederek duruşmaya devam olunması gerektiği içtihadında bulunmuştur (5).

Yasa iflâs davasından vazgeçme hakkında açık hüküm getirmemiştir, zira bu boşluğu dolduracak biçimde, dava sırasında uygulanması gereken İİK. nun 157. madde hükmünü, iflâsın açılmasından sonra gözetilmesi gereken 182. maddeyi yasa metnine almıştır.

(Talebin geri alınması ve yenilenmesi) başlığını taşıyan İİK. nun 157. maddesi, «İflâs talebini geri alan alacaklı bir ay geçmedikçe bu talebini yenileyemez» hükmünü taşımaktadır. Bu maddenin yorumunda öğretici farklı görüşlere sahiptir. Bir fikre göre; isteğin geri alınmasından maksat iflâs davasının takibinden vazgeçmedir, yoksa HUMK. nun 409. maddesindeki anlamda işlem den kaldırma değildir. Bu itibarla, davalının zımni de olsa izninin bulunması gerekir. Bununla iflâs da-

(4) Dr. Necmeddin M. Berkin İflas Hukuku Dersleri 1960 Sh. 83

(5) 12. Hukuk D.'nin 3.10.1974 Tarih, E. 8528 - K. 8560 sayılı içtihadı

vası hiç açılmamış sayılır. Alacaklı iflâs davasını bir ay geçtikten sonra ve Harçlar Yasasının düzenlediği harçları yeniden vermek suretiyle açabilir, zira bu istek yeni bir davadır (6). Diğer bir görüşe göre; iflâs isteğinin geri alınması iflâs davasının talikini gerektiren bir sebep teşkil eder. Geri alınması iradesi tamamen alacaklıya bağlıdır, izne tâbi değildir. İflâs isteğinin geri alınması, alacaklının mahkemede borçluya süre verdiğine dair beyanda bulunmasına benzer ve iflâs davası reddedilmeyip talik edilir, bir ay içinde yenileme yapılamayacağından duruşmanın en az bir ay sonraki bir güne bırakılması lazımdır (7).

Her iki görüşün haklı yanları bulunduğu kuşkusuzdur. İİK'nun 157. maddesi iflâs davasından (vazgeçme) müessesesi yerine geçmek üzere yasada yer almış olup iflâsın özelliklerinden doğan ve diğer dava türlerinde bulunmayan ve görülmeyen bir usul hükmüdür. Alacaklı, iflâs gibi borçlu aleyhinde son derecede vahim sonuçlar doğurabilecek bir kararı mahkemedeni almadan evvel, borçlu ile ciddi sulh müzakeresine girişip alacağını almak imkanına sahip olabilir. Borçlu da belli bir süre geçmekle ekonomik durumunda hasıl olacağı muhtemel iyileşme ile krizi atlatıp borcunu ödeyecek hale gelip iflâs tehdidinden kurtulabilir. İşte böyle veya buna benzer bir durumda, vazgeçme gibi davanın reddine müncer olacak bir irade beyanı yerine, daha yumuşak ve ılımlı sonuç verecek olan alacaklı ile borçlu çıkarlarını dengeleyen (İflâs isteğini geri alma) yoluna gidilebilir. Geri alma iradesi iflâs davasını sona erdirmez, yargılamanın en az bir ay süreyle geri bırakılmasını sağlar. Bu nedenle gelecek oturum günü belli edilemez, zira bir ay asgari süre olup İİK'nun 156/4. maddesindeki bir yıllık süre içinde dava yenilenebilir. Bu bakımdan iflas davasını takipten vazgeçme sonucu veren bu beyanın kabulü, davalının ilanihaye iflâs tehdidi altında bırakılmaması için borçlunun izninin bulunması şartına bağlanmalıdır. Mahkeme isteğin bu şartlar altında kabul edildiğini görür ise «alacaklının iflâs isteğini geri alması nedeniyle, yenilendiği takdirde dava günü belli edilmek üzere duruşmanın ertelenmesine» karar vermelidir. HUMK. nun 409 veya İİK. nun 156/4. maddelerindeki sürelerin geçmesinden sonra yenileme vukubulursa, yeniden harc alınmalıdır. Bu konuda öğretide yer alan ortak görüş takip isteğinin ihtirazi kayıt taşımasının mümkün olmadığı, iflâs davasında davalının geri alma isteğini iflâs davası devam ettiği süre içinde kullan-

(6) Prof. Dr. Baki Kuru Age. Sh. 69

(7) Dr. Necmettin M. Berkin Age. Sh. 95 - 98

bileceği, iflâs kararı verildikten sonra geri alma beyanının iflâs kararını hükümsüz kılmayacağı ve etkilemeyeceği, davalının izninin rol oynamayacağı merkezindedir (8).

● **B) İFLÂS HÜKMÜNDEN SONRA VAZGEÇME** : İflâs külli (toplu) bir icra ve tasfiye biçimidir. İflâs davasının kendisine has özellikleri vardır. İflâs hüküm ile açılır ve hükümde açılma gün ve saati gösterilir. Mahkeme, karar gereğini yerine getirmesi için keyfiyeti hemen müflisin açık hüviyetini ve karar özetini belirtmek suretiyle iflâs dairesine bildirir. İflâs dairesi de durumu ilan etmekle beraber İİK. nun 166. maddesinde yazılı yerlere duyurma yapar. Hükümün tefhiminden sonra, taraflara tebliğ işleminin yapılması beklenmeden, iflâs hükümde belirli gün ve saatte açılır, o andan itibaren sonuçlarını doğurmaya başlar. Bunlar tedbir niteliğinde işler değildir. İflâsda muhafaza tedbirlerinin neler olduğu ne zaman isteneceği, nasıl verileceği İİK. nun 159. maddesinde yazılıdır. Bu bakımdan, İflâs hükmünün temyiz edilmesi, yerine getirme bakımından bekletici hal sayılmaz. Bu nedenlerdir ki, Yargıtay icranın tehirine karar veremez.

İflâs hükmünün gerek maddi hukuk gerek İcra İflâs Hukuku bakımından doğurduğu önemli sonuçlar vardır. İflâsın açıldığı andan itibaren müflisin tasarruf yetkisi alacaklılar bakımından kısıntıya uğrar. Müflisin taraf olduğu akitlere etkisi ortaya çıkar, haczi kabil bütün malları ve hakları masaya dahil olur, alacakların ödenmesine tahsis edilir (İİK. 184). İhtiyaten haczedilmiş mallarla, iflâs açıldığı zaman henüz paraya çevrilmemiş sair mahcuz mallar masaya girer (İİK. 186). İlerdeki tediye karşılık olarak müflise devredilmiş hamiline veya emre muharrer senetleri devredenler geriye istyebilir (İİK. nun 188). İflâsın açılmasından sonra müflis hiç bir ödeme kabul edemez. Ödemede bulunan kimse ancak masaya giren kıymet nisbetinde borcundan kurtulur (İİK. nun 192). Müflisinin masaya giren malları üzerindeki her türlü tasarrufu alacaklıları yönünden hükümsüzdür (İİK.'nun 191). İflâsın açılmasıyla beraber müflis aleyhindeki takipler durur, iflâsın kesinleşmesiyle düşer. İflâsın açılmasından itibaren, iflâsın tasfiyesi müddetince müflis hakkında haciz veya rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip açılmaz (İİK. 193). Acele haller müstesna müflisin taraf olduğu hu-

(8) Senai Olgaç - İcra İflâs Cilt : 2 Sh. 1323, Tarih Uyar - İcra İflâs Kanunu Şerhi Cilt : 2 Sh. 1743, Prof. Dr. Baki Kuru - Age Sh. 69, Dr. Necmeddin M. Berkin Age Sh. 97.

kuk davaları durur ve bu süre içinde zaman aşımı ve hakkı düşüren süreler işlemez (İİK. 194). İflâsın açılması hali müflisin borçlarını muaccel kılar (İİK. 195). Rehinli olanlar dışında kalan bütün alacakların, faizleri müflise karşı işlemez (İİK. 196).

İflâsın açılmasının maddi hukuk açısından sonuçları ise şöylece özetlenebilir : Adi ortaklıkta ortaklardan birinin iflâsı ile ortaklık son bulur (BK. 535/5). Kaydı hayat ile irad ve ölünceye kadar bakma akitlerinde alacaklı, iflâsın açılması halinde, müflisin yükümlü olduğu irad borcuna eşit bir irad tesisi için gerekli ana paraya müsavi bir ayırma yapılmasını iflâs masasından isteyebilir (B.K. 509, 519). Borçlunun iflâsı sebebiyle asıl borç vadenin gelmemesine rağmen muaccel olsa bile, kefil asıl borcun ifası için tayin olunan vadeden önce borcu ödemeye icbar olunamaz (B.K. 491). Borçlu iflâs ederse alacaklı alacağını iflâs masasına kaydettirmeye mecburdur. Alacaklı borçlunun iflâsını öğrenir öğrenmez ondan kefil haberdar etmekle yükümlüdür (B.K. 502). Adi kira akdinde, kiracı iflâs ederse birikmiş veya birikecek kiralar için münasip süre zarfında teminat vermezse, kiralayan kira akdini feshedebilir (BK. 261). Hasılat kirasında kiracının iflâsı halinde kira akdi iflâsın açılmasıyla beraber nihayet bulur (BK. 290/1). İstisna akdinde müteahhit işi bitiremeyecek biçimde aciz kaldığı (iflâs ettiği) takdirde, akit müteahhitin şahsı nazara alınarak yapılmış ise münfesih olur (BK 371/1). Neşir sözleşmesinde neşirin iflâsı halinde müellif veya halefi eseri başkasına tevdi edebilir (BK. 384/3). Hilafı sözleşmeden veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça vekalet, gerek vekilin gerekse müvekkilin iflâsı ile nihayet bulur (BK. 397/1).

Görülüyor ki iflâsın açılmasının kollektifve çok önemli sonuçları vardır, bunlar iflâs hükmünün verilmesi ile birlikte ortaya çıkar.

Yukarıda yazılı genel açıklamanın yapılmasından sonra, iflâs davasından vazgeçme konusuna girebiliriz, böylece sorun daha iyi anlaşıl-mış olacaktır.

Konu hakkında önce Yargıtay'ın görüşünü belirtip sonra öğretide yer alan düşüncelere temas edeceğiz.

a) Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin İçtihadı : İflâsa veya iflâs davasının reddine dair hükümlerin temyizi halinde temyiz incelenmesi Yargıtay 12. Hukuk Dairesinde yapılmaktadır. Bu daire, 1730 sayılı Yargıtay Kanunu gereği eski İcra ve İflâs Dairesi yerine geçmiştir.

İcra ve İflâs Dairesi 20.10.1958 tarih, 4665 - 5352 sayılı kararı ile, iflâs kararından sonra fakat kesinleşmesinden önce iflâs davasından vazgeçilebileceği içtihadında bulunmuştur. Ancak; bu içtihat terkedilmiş, iflâsın açılmasına dair karardan feragatin caiz olmadığı köklü içtihad haline gelmiştir. Örnek olarak 12. Hukuk Dairesi'nin 24.2.1964 tarih 2214 - 3175 sayılı, 24.11.1967 tarih 9469 - 10614 sayılı, 30.1.1969 tarih 1242 - 1052 sayılı, 3.4.1964 tarih 3724 - 3738 sayılı kararları gösterilebilir (9). Bunlardan sadece birinin gerekçesine işaret konu hakkında fikir verebilir : «Davacı temyiz dilekçesinde verdiği cevapta davalının parasını ödediğini kabul ve ayrıca verdiği dilekçe ile davasından vazgeçtiğini bildirmiş olsa bile, iflâs kararı hükümlerini yürütür. Zira iflâsa hükmedildikten sonra temyize karşı davadan vazgeçmek iflâs hükmünü kamu düzenini ilgilendirmesi bakımından caiz değildir. İİD. 25.2.1964 tarihli İçtihadı-» (10). Hatta bu daire bir kararında karar düzeltme safhasında borcun ödenmiş olması nedeniyle iflâs hükmünün hükümsüz kalacağını belirtmiştir (11).

HGK. nun 24.6.1977 tarihli kararından sonra, 12. Hukuk Dairesi de bu karar doğrultusunda hareket etmiş ve ekseriya çoğunlukla aldığı kararlarda iflâs isteyen alacaklının iflâs hükmü kesinleşinceye kadar davadan feragat edebileceği görüşünü açıklamıştır. Örnek olarak 24.10.1978 tarih 8414 - 8508 sayılı, 28.2.1980 tarih 358 - 1800 sayılı, 2.4.1981 tarih 1945 - 3313 sayılı kararlar gösterilebilir. Böylece yıllarca uygulanmış ve benimsenerek oturmuş içtihad terkedilerek 1958 yılındaki içtihadı dönülmüş bulunmaktadır. Bu dönüşün gerekçesi şudur; «Borçlunun 30.6.1980 tarihinde iflâsına ve bu tarihte iflâsın açılmasına ticaret mahkemesince karar verildikten sonra iflâs isteyen alacaklı iflâs kararı kesinleşmeden 21.1.1981 tarihinde davadan feragat ettiğini bildirmiştir. İflâsın açılmasıyla iflâs kararı veren mahkeme hemen yapılması gereken işlemleri yapar. Bunlar tedbir niteliğinde işlemlerdir. İflâs kararı hukuki sonuçlarını ancak kararın onanıp karar düzeltme süresinin de geçmesiyle yani iflâs kararının kesinleşmesi ile mümkündür. Bu sebeple iflâs isteyen davacının Anayasanın 31, HUMK. 79 ve 91. maddeleri gereğince feragat hakkını kullanabilmesine mani yoktur. İİK. nununda da bu hakkın kullanılmasını bertaraf eden bir hüküm ve kural mevcut değildir. 182. maddenin kesinleşen iflâs kararları hakkın-

(9) Prof. Dr. Baki Kuru - Age Sh. 84

(10) Senai Olgaç - Age Sh. 1343

(11) 12. H.D. 8.2.1977 tarih 896 - 1145 sayılı içtihadı

da uygulanması mümkündür. Bu maddenin yorumu ile iflâsın açılmasından itibaren davacının feragat hakkını kaldırmak veya sınırlamak mümkün değildir. Neticeten iflâs isteyen alacaklı hüküm kesinleşinceye kadar bu isteğinden feragat edebilir. Hukuk Genel Kurulu 24.6.1977 tarihli kararı ile bu hususu belirlemiştir. Feragat sebebiyle gerekli kararın verilmesi gerekirken iflâs kararının verilip ilan edilmesinden sonra, iflâs davasından feragat edilemeyeceğinden bahisle yazılı şekilde talebin reddine karar verilmesi isabetsizdir» (12).

b) Hukuk Genel Kurulu'nun Görüşü : Ankara 3. Ticaret Mahkemesi'nden intikal eden bir dosyada iflâs kararı verilmiş, borçlunun temyizi üzerine Yargıtay 12. HD.'ce bozulmuştur. Mahkeme evvelki hükümde direnmiştir. Temyiz nedeni ile dosyanın HGK.'na gönderilmesinden sonra, davacı alacağını aldığını beyanla davasından vazgeçtiğini bildiren ek bir dilekçe vermiştir. Bu durum karşısında, Hukuk Genel Kurulunda ön sorun olarak iflâsa karar verilmesine rağmen, temyiz isteğini takiben, bu istek hakkında karar verilmenden önce iflâs davasından vazgeçmenin hukukî sonuç doğurup doğurmayacağı tartışılmıştır. Bu görüşme sonunda, çok az oy farkı ile aşağıda belirtilen karar ortaya çıkmıştır. Bu karar aleyhine karar düzeltme yoluna gidilmediği için, HGK. da konunun yeniden ele alınması mümkün olmamıştır. Anılan 24.6.1977 tarih, 1976/12 - 2053 - 1977/658 sayılı HGK. kararının metni şöyledir ; «Anayasanın 31. maddesi hükmünce herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Bu bir temel hak olarak Anayasada yer almış ilkedir, aynı ilke hiç kimsenin yargı mercileri önünde davacı olarak dava açmaya zorlanamayacağı kuralını da kapsar. Bu esaslar yer yer usul kanunlarında da açıkça düzenlenmiştir. HUMK. nun 79. maddesi hükmünce kanunen sarahat olmadıkça hiç kimse kendi lehine olan davayı ikâmeye ve hakkını talebe icbar olunamaz. Aynı yönde usulün 91. ve bunu izleyen maddelerinde de feragat müessesesi düzenlenmiştir. O halde, bu esaslardan hareket olunduğunda bir kimsenin davasından vazgeçebilmesinin az önce açıklanan Anayasal ve yasal haklarının sonucu olduğunun kabulü gerekir.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında iflâs kararının verilmesiyle iflâsın açılacağı, iflâsın külli bir takip yolu olması itibariy-

(12) 12. H.D. 2.4.1981 tarih 1945 - 3313 sayılı İçtihadı

le bütün alacaklıların haklarını ilgilendirdiği ve bunun sonucu olarak da iflâs yolu ile takipte bulunan alacaklının davadan vazgeçmesinin hukuki sonuç doğuramayacağı görüşleri ileri sürülmüş ise de, çoğunluk aşağıdaki gerekçelerle bu görüşlere katılmamıştır : Gerçekten iflâs yolu ile takip külli bir takiptir. Bütün alacaklıların sonuçtan yararlanmaları gerekecek ve kararın verilmesiyle bazı işlemler yapılmasına girişilecektir. Ancak iflâsa karar veren mahkemece hemen yapılması gereken işlemler hukukî nitelikçe bir bakıma tedbir mahiyetinde görülürler, iflâsın hukuki sonuçlarını tam anlamıyla doğurabilmesi karar temyiz olunmuşsa kararın onanması ve bu karara karşı düzeltme süresinin de geçmesiyle başka bir anlatımla kararın kesinleşmesiyle mümkün olabilecektir. O halde iflâs isteminde bulunan davacı Anayasa ve yasa ile kendisine tanınan davadan feragat hakkını kullanabilmelidir. İİK'da bu hakkın kullanılmasını önleyen veya sınırlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Yasal bir hakkın kullanılmasını önleyen aynı düzeyde yeni yasal bir hüküm bulunmadığına göre, yorum yolu ile bu hakkı kaldırmak veya sınırlamak yorum kuralları ile bağdaştırılamaz. Bu feragat diğer ilgili ve alacaklıların aynı yola başvurmalarına engel değildir.

Bu açıklamaların sonucu olarak, iflâs isteğinde bulunan banka iflâs davasından feragat ettiğine ve feragat da geçerli bulunduğuna göre direnme kararı feragat nedeniyle bozulmalıdır. (13).

● **C) KONU İLE İLGİLİ ÖĞRETİ GÖRÜŞÜ** : Sıtkı Akyazan «iflâsa karar verildikten sonra iflâs mekanizması işlemeye başlar. Artık onu durdurmaya iflâs davasını açan davacının tek başına gücü yetmez. İflâs kararından sonra alacağını tamamen alması veya borçluya mehil vermesi ile iflâs kararı ortadan kalkmaz. Meğer ki bütün alacaklılar taleplerini geri almış ve bütün alacaklıların alacakları ödenmiş olsun (İİK. 182)» demektedir (14).

Dr. Necmeddin M. Berkin'in görüşü şöyledir : İflâs davasında borçlunun itiraz ve def'ilerinin genel hükümler dairesinde inceleneceğine işaret etmekle beraber, borçlunun iflâsını doğuran asıl sebebin, belli bir borcu ödemeye veya bir taahhütü ifaya mahkûm edilmesi değil, sadece borcunu ödeyemediğinin yani aciz halinin tesbiti oldu-

(13) Ankara Barosu Dergisi - Sayı 1977 - 6 Sh. 1076 - 1080.

(14) İİK. da yeni değişik hükümler üzerinde inceleme ve açıklamalar 1965 Sh. 117.

ğunu söylemektedir. «... yeni olayların zuhuru ile icrasında mana kalmayan, hatta tatbiki hakkaniyete uymayacak olan iflâs kararının icrasına ancak iflâsın kaldırılması yoluyla mani olunabilir»... İflâs isteğinin iflâsa karar verilmeye kadar geri alınabileceği, iflâs isteğinin iflâsa karar verildikten sonra geri alındığının beyan edilmesinin hiç bir hukukî sonuç getirmeyeceği, zira Federal Mahkemenin bir kararında belirtildiği gibi, iflâsın açılmasını sadece takipde bulunan alacaklı ile borçlunun değil teknil alacaklıların hukukuna tesir edeceği, bu itibarla borçlunun tek alacaklısı olsa bile, bu alacaklının iflâs kararından sonra iflâs isteğini geri aldığı bildirilmesi ile iflâs kararının hükümsüz sayılmıyacağı gibi, iflâsın kaldırılmasının da mümkün bulunmadığı kaydedilip, borçlunun aciz beyanına dayanılarak doğrudan iflâsına İİK. nun 178. maddesi uyarınca hüküm verildikten sonra iflâs isteğinden rucuun dahi caiz olmadığı, Zürih Mahkemesinin bir kararına dayanılarak ifade ettikten sonra, «iflâs, iflâs talebinin geri alınmasıyla kaldırılmaz. İflâsın kalkmasına karar verilebilmesi için, borçlunun mahkemeye teknil alacaklıların alacak hakkındaki isteklerini geri aldıklarına dair bir beyanname ibraz etmesi icap eder (İİK. nun 182)» denilmektedir (15).

Dr. Burhan Gürdoğan, İflâsa karar verilmesinden sonra, alacaklının isteğini geri alması, borçlu tarafından bu alacağın ödenmesi hallerinin iflâsı önleyemeyeceği düşüncesindedir (16).

Konuyu derinliğine inceleyen müelliflerden birisi de Prof. Dr. Baki Kuru'dur. Değerli hoca usul kitabında, istisnaî hallerde feragatın davayı sona erdirmeyeceğini kaydettikten sonra verdiği örnekler arasında iflâs kararından sonra feragat edilmeyeceğini zikretmektedir (17).

Prof. Dr. Baki Kuru iflâs ile ilgili eserinde ; «iflâs kararı hüküm ve neticelerini iflâs kararında gösterilmiş olan iflâsın açılma anından itibaren husule getirir.

Mahkemenin kararı ile iflâs açıldıktan sonra, iflâs davası davacı alacaklı ile davalı borçluya inhisar etmekten çıkar ve iflâs, takibe ve davaya uzak kalmış veya iflâsa rıza göstermemiş olsa dahi,

(15) Dr. Necmeddin M. Berkin Age. Sh. 92, 97, 127.

(16) Doç. Dr. Burhan Gürdoğan - İflâs Hukuku Dersleri 1966 Sh. 46, 62

(17) Prof. Dr. Baki Kuru Hukuk Muhakemeleri Usulü 1974 Sh. 554.

borçlunun bütün alacaklarına sari ve şamil bir hal iktisap eder. İflas kararı hukukî neticelerini hükmün taraflara tebliğinden veya kesinleşmesinden itibaren değil, iflâs kararında belirtilen iflâsın açılma anında (tefhiminden) itibaren meydana getirir. Bu sebeple, iflâsın açılmasından sonra, iflâs takibini yapmış ve davasını açmış olan alacaklının davasından feragat etmesi (HUMK. 91.), davalı borçlunun muafakatı ile davasını geri alması (HUMK. 185/1) veya davacı alacaklının alacağının ödenmesi ile iflâs davası son bulmaz ve iflâs hali ortadan kalkmaz. İflâs, açıldıktan sonra ancak madde 182'ye göre kaldırılabilir. Mahkeme de, iflâsa karar verdikten sonra hangi sebeple olursa, eski kararından rücu ederek yeni bir karar veremez» (18).

Senai Olgaç ise; iflâs davasında ancak hükümden önce davadan vazgeçmenin mümkün olduğu görüşünü belirttikten sonra, feragat sebebinin bildirilmesine lüzum olmadığını ve bu vazgeçmenin şekle bağlı olmadığını ancak açık ve kayıtsız şartsız olması gerektiğini açıklamaktadır (19).

Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu, «iflâs davasının alelade bir dava olmayıp iflâs yolu ile takibin bir hadisesi olduğunu» eserinin bir kaç yerinde tekrar ederek önemle vurgulamaktadır. Adı geçen yazar «depo emrinin tutulmayarak, iflâsına müteakkip ilk oturumda karar verilen borçlu, bilahare, mesela ilandan önce borcunu ödediği takdirde, iflâsın kaldırılması artık kabil değildir. Çünkü, iflâs gerçekleştikten sonra borçlu bütün mamelekenden el çekmiş sayılmakta ve bütün alacakların masa tarafından tatmini gerekmektedir. Böyle bir ödeme bütün alacaklıları yüzde yüz tatmin ettiği takdirdedir ki iflâsın kaldırılması hukuken imkân dahiline girer. Halbuki, iflâsa karar verilip henüz iflâs masası teşkil edilmeden alacaklıların kimler olduğu ve ne kadar alacaklı buldukları belli olmadığından onların tatmini de tabiatı ile bahis mevzu değildir. Borçlunun yaptığı tediyeye eski bir tediye süsü verilerek, alacaklının buna muvazi beyanı ile, iflâsın kaldırılması cihetine gidilmesi, iflâsın bünyesi ile bağdaşmaz» dedikten sonra, İcra İflâs Dairesi'nin 20.10.1958 tarihli olup vazgeçmeyi geçerli sayan içtihadını kastederek, «Yargıtay evvelki kararında, kanuna aykırı olan bu usüllere, borçluya duyduğu merhamet hisse ile, bir ara iltifat etmiş ise de, son kararları ile artık bu sakim (sakat) usule büsbütün sırt çevirmişdir» şeklinde sert eleştiride bulunmakta ve vazgeçmenin sonuç do-

(18) Prof. Dr. Baki Kuru İflas ve Konkordato Hukuku 1971 Sh. 84.

(19) Senai Olgaç Age. Sh. 1323.

ğuramayacağına dair son içtihadların tarih ve numaralarını sıralayıp biz bu içtihadların isabetine kailiz» diyerek görüşünü tamamlamaktadır (20).

Talih Uyar, iflâs talebinin ancak iflâsa karar verilmeye kadar geri alınabileceğini, iflâs isteğinin, iflâsa karar verildikten sonra geri alındığının beyan edilmesi halinin bir sonuç husule getirmeyeceğini ifade etmektedir. (21).

Prof. Dr. Saim Üstündağ : «iflâs kararı inşai mahiyette bir karardır. Bir defa açılmış olan iflâs artık herkese etkilidir. Bu sebeple de borçlusu hakkında iflâs kararı aldırın alacaklı, artık onun üzerindeki bütün kuvvetini kaybeder ve bundan böyle borçlu artık kendisini takip ederek iflâsına karar verdimiş olan münferit alacaklı ile değil, bütün alacaklıları ile karşı karşıya bulunur. Bunun sonucu olarak da borçlu, iflâsın açılmasından sonra sadece kendisinin iflâsına karar aldirmiş olan acaklıyı tatmin etmek suretiyle bu kararı kaldırtamaz. Kaldı ki, o böyle bir ödemeye de artık yetkili değildir (m. 191). Borçlunun elinde iflâsı kaldırtmak için yegane imkanı şudur : O da İİK.'nun 182. maddesine göre iflâsın kaldırılmasına dair iflâs mahkemesinden karar almasıdır. Nitekim, temyiz mahkemesi de iflâsın açılmasından sonra iflâs yolu ile takipde bulunan alacaklının alacağına ödenmesinin iflâsa etki etmeyeceğini içtihat etmiştir. İflâsın açılmasından sonra iflâs talebini geri alan alacaklının bu davranışı dahi iflâsın kalkması sonucunu doğurmaz» (22).

Görülüyor ki öğretilerde açıklanan görüşler tam bir fikir birliği halinde olup, iflâs kararının verilmesinden önce iflâs isteğinin geri alınabileceği, iflâsa hükmedildikten sonraki devrede iflâs isteğinin geri alınamayacağı, vazgeçmenin sonuç vermeyeceği fikri savunulmaktadır.

● **3 — YARGITAY İÇTİHADLARININ ELEŞTİRİSİ** : Yukarıda belirtildiği veçhile, iflâs davasında iflâs kararı verilmeden önce geçerli sayılabilen, fakat iflâsa hükmolunduktan sonra istekten vazgeçmenin sonuca etkisi olamayacağı biçiminde oluşan, içtihad, 20.10.1958 tarihli aksine olan görüş terkedilerek, uzun yıllar, Hukuk Genel Kurulundan

(20) Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu Age. Sh. 33

(21) Talih Uyar Age. Sh. 1743, 1773.

(22) Prof. Dr. Saim Üstündağ İflâs Hukuku Dersleri 1975 Sh. 31.

çıkan 24.6.1977 tarihli karara kadar kökleşmiş şekilde uygulanmıştır. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi çoğunluğu tarafından benimsenen bu HGK. kararı, uygulamada ters yöne dönük, yani 20.10.1958 tarihli içtihadı rucu ve geriye gidiştir. Evvelki köklü içtihadıdan ayrılmanın nedeni Hukuk Genel Kurulu kararı olduğuna göre, bu kararda yer alan gerekçeye eğilmemiz yeterli olacaktır.

Hukuk Genel Kurulu kararında Anayasa'nın 31, HUMK.'nun 78, 91. maddelerinden esinlenerek hiç kimsenin yargı mercileri önünde dava açmaya leyhine de olsa bir hakkı istemeye zorlanamayacağı, bu esastan hareket olunduğunda kişinin davasından vazgeçebilmesinin Anayasal ve yasal hakların sonucu olduğunun kabulü gerektiği öne sürülmüştür.

İlke bu doğrultudadır, Buna kimsenin itirazı yoktur. Ancak öyle hal ve dava çeşitleri vardır ki, vazgeçme iradesi açıklanmakla beraber sonuca etkili değildir. İflâsa karar verilmesinden sonraki durum da bu biçimdedir. Nitekim yasalarımız da, vazgeçmenin sonuç doğuramayacağı haller sadece iflâsa hüküm verilmesi haline münhasır değildir. Bu konuda bazı örnekler verilebilir. Davadan vazgeçmenin sonuç doğurmasını engelleyen hallerden biri olarak «fer'i müdahilin yalnız başına davadan vazgeçme yetkisi kabul edilemez» görüşü gösterilebilir (23). Bir başka örnek : Sahtelik iddiasından feragat olunabilir ise de, mahkeme bu feragatı kabul etmeyebilir (HUMK. 320). Keza hâkime karşı açılan tazminat davasında, davacının davasından vazgeçmesinin hukukî değer ve sonucu yoktur. Mahkeme vazgeçmeye rağmen davaya devam eder. (HUMK. 573 - 576). Ortaklığın giderilmesi davasında, davacı davasından vazgeçmesine rağmen davalılardan bir tanesi davaya devam olunmasını isterse, mahkeme davaya bakmak zorundadır. (24 - 25). Ortaklığın gayrimenkulün satışı suretiyle giderilmesine dair ilâm kesinleşip, iş satış safhasına geldikten sonra, satışı isteyen paydaşın veya diğer bazı paydaşların satış isteğinden vazgeçmeleri, tüm paydaşlar bu isteğe katılmadıkları takdirde sonuç doğurmayacağı ve satış işlemlerine devam olunması gerektiği kökleşmiş Yargıtay içtihadları gereğidir (26). Boşanma davasında, sonradan ni-

(23) Prof. Dr. Baki Kuru Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Sh. 552.

(24) M. Reşit Karahasan T. Medeni Kanunu, Eşya Hukuku Cilt : 2 1977 Sh. 78.

(25) 6. HD.nin 8.4.1968 Tarih, 1164 ve 1812 sayılı içtihadı.

(26) 12. H.D. nin 3.10.1977 tarih, 7632 - 7730 sayılı ve HGK. nun 22.12.1978 tarih 78/12 - 584/1194 sayılı içtihadları

hai hükümlerle velayet hakkı kendisine verilen annenin iştirak nafakası isteğinden vazgeçmesi geçerli sayılmamaktadır (27). Kabul iradesinin açıklanması Anayasanın teminatı altındadır. Ancak bazı dava türlerinde kabul iradesinin sonuca etkili olmadığı (boşanma davaları gibi) izahaten varestedir.

O halde vazgeçmenin Anayasal hak olduğu ve mutlaka sonuç doğuracağı görüşü 24.6.1977 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararında varılan sonucun yasaya uyguladığını kabul bakımından tek başına yeterli bir neden değildir.

Hukuk Genel Kurulu anılan kararında, vazgeçme hakkının kullanılmasını önleyen ve sınırlayan nitelikte İİK'nun bir hüküm bulunmadığını vurgulamaktadır. Halbuki bu yargıya varılırken İflâs Hukukunun tüm ilke ve uygulamaları özellikle İİK'nun 157, 173, 182 maddeleri hükümleri gözden kaçırılmakta ve ihmal edilmektedir.

Hukuk Genel Kurulu Kararında «kararın verilmesi ile bazı işlemlerin yapılmasına girişilecektir. Ancak iflâsa karar veren mahkemece hemen yapılması gereken işlemler Hukukî nitelikte bir bakıma tedbir mahiyetinde görülürler. İflâsın sonuçlarını tam anlamıyla doğurabilmesi karar temyiz olunmuşsa kararın onanması ve bu karara karşı karar düzeltme süresinin geçmesiyle başka bir anlatım ile kararın kesinleşmesi ile mümkün olabilecektir» denilmektedir. Bu görüşlere katılmak kabil değildir. İflâs hüküm ile birlikte açılır ve sonuçları o andan itibaren ortaya çıkmaya başlar. Bunlar tedbir niteliğinde işler değildir iflâsda tedbirlerin neler olduğu, nasıl ve neler üzerinde alınacağı İİK'nun 159. maddesinde yazılıdır.

İflâs hükmünün temyizi sonucunu veya kesinleşmesini, yerine getirme yönünden beklemeye lüzum yoktur. İİK'nun 164. maddesinde, iflâs hükmünün temyiz edilmesinin iflâsın ilanına, masanın teşkiline engel olmadığı, yalnız ikinci alacaklılar toplantısının iflâs hükmü kesinleşmedikçe yapılamayacağı, hüküm bozulsa bile, İİK'nun 159. maddesi uyarınca mallar üzerine konulmuş tedbirlerin devam edeceği gayet açık şekilde ortaya konulmuştur.

İflâs hükmü bozulursa, bozmadan önce yapılmış işlemler ortadan kalkmaz, ancak bozma nedeni ile yeniden verilecek hükme kadar olduğu yerde durur. Bozmadan sonra yeniden iflâsa karar verildiği tak-

(27) 2. Hukuk D. nin 24.12.1971 tarih, 7598 - 7386 sayılı içtihadı

dirde, iflâsın bozulmuş ilk hükümde gösterilen andan itibaren geçerli olacağı belirtilmeli, yani mahkeme iflâsın açıldığı tarih, gün ve saat olarak bozulan hükümde yazılı tarih, gün ve saati aynen zikretmelidir. Aksi halin kabulü, ilk iflâs tarihi ile ikinci iflâs tarihi arasında müflisin yapacağı tasarruflara geçerlilik tanımak olur ki bu hal masa ve bazı alacaklılar zararına, müflisin mal varlığının azaltılmasına göz yummak demektir ve iflâsın gayesi ve alacaklıların yararı ile bağdaşır bir hal değildir.

Bu açıklamalar karşısında, 12. Hukuk Dairesi'nin evvelki içtihadlarına tamamen zıt, öğreti görüşüne ters düşen, yasa hükmüne uymayan Hukuk Genel Kurulu kararındaki gerekçe doğrultusunda evvelki içtihadını değiştiren ve benimseyen 12. HD.'nin son kararlarının yasa uymadığını sanıyoruz.

● 4 — SONUÇ : İflâs hükmünün verilmesinden sonra, iflâsın kaldırılması, borçlunun serbestce tasarruf maksadıyla mallarının kendisine verilebilmesi, bütün alacaklıların isteklerini geri aldıklarına dair beyanname vermelerine veya tekmil alacakların ödendiği hakkında belge ibrazına yahut akdedilen konkordatonun tastikine bağlı tutulmuştur (İİK. 182). İİK.'nun 182. maddesinin ancak kesinleşmiş iflâs hükümleri hakkında uygulanabileceği görüşünün yasal dayanağı yoktur ve bu görüşü paylaşmak mümkün değildir. İflâsın açıldığı andan itibaren alacak hakkındaki isteklerin kaydı için gerekli sürenin bitmesiyle beraber, iflâs hükmü kesinleşmiş olsun olmasın, İİK. nun 182. maddesi hükmü uygulama yeri bulur.

Diğer davalara benzetilerek vazgeçmenin Anayasanın tanıdığı yasal hak olduğundan bahisle iflâs hükmünün vazgeçme ile ortadan kalabileceğini düşünmek hatalı olur. İflâs davası iflâs hükmü ile sonuçlanmadan elbette istek geri alınabilir. Bu itibarla bu iki hali birbirinden ayırmak lazımdır. Nitekim İİK. nun 173. maddesiyle, itiraz etmemiş olan borçlu kambyo senedine dayanan usule göre çıkarılmış ödeme emrinde yazılı süre geçtikten sonra, borcun ödendiğini resmi bir belge ile isbat ederse, hükme bağlanmamış olmak kaydı ile, iflâs davası düşer.

Genel hükümler dairesinde açılmış bir davada verilen hüküm tarafları ve onların sadece külli haleflerini bağladığı halde, iflâs hükmü yalnız o davanın taraflarını değil, bütün alacaklıların hukukunu etkiler hale dönüşür. Bu nedenle ve iflâsın toplu tasfiye şekli olması, bütün alacaklıların haklarının nazara alınması gerektiği, müflisin tasarruf ve

özellikle ödeme yapma yetkisinin kısıtlandığı düşünceleri karşısında, sadece bir alacaklının kendisine olan borcun ödenmesi veya başka bir nedenle açıklanan vazgeçme iradesinin diğer alacaklılar zararına sonuç vermesi hali kabul edilemez. Diğer alacaklıların haklarını kullanmalarına engel olunamaz. Bir alacaklıya tercihli bir hak tanınmaz. Vazgeçen alacaklı ancak iflâs masasından kendi hak ve alacağını çekebilir. Aksi takdirde, müflîsin sadece bir alacaklı ile anlaşıp sade ona olan borcunu ödeyip ve onu memnun ederek vazgeçmeyi sağlayıp iflâs hükmünü etkisiz hale getirmeyi, diğer alacaklılar zararına mal kaçırmayı, ödemede bulunmayı teşvik olur. Kanun, iyi niyet kuralına ve İİK. nin iflâs hükümlerine aykırı böyle bir sonucu asla himaye edemez. Bu tarzdaki kabul biçimi iflâs müessesesinin tüm ilke ve hükümlerine ters düşer. Bu nedenlerle yasada iflâs hükmünden vazgeçmenin caiz olmayacağına dair açık hüküm getirilmesi zait görülmüştür. Kanun vazgeçme yerine 157. maddesi ile iflâs kararı verilinceye kadar alacaklıya isteğini geri alma yetkisini tanımak suretiyle bu yoldaki iradesini açıklamıştır.

İflâsın açılmasından sonra gerek ödeme ile borcun ortadan kalkması veya başka bir nedenle istekten vazgeçilmesi iflâs hükmünün ve iflâs halinin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaz, iflâs hükümlerinin uygulanmasını engellemez.

Açıklanan hukukî durum karşısında karar düzeltme yolundan geçmeksizin, pek cüz'î bir oy farkıyla verilmiş Hukuk Genel Kurulu Kararının uygulamada hataya ve kötü niyetli davranışlara yol açacağı endişesi ile, öğretinin tam bir birlik içinde, bazen de sert şekilde eleştirisine uğrayan 20.10.1958 tarihli içtihadı dönüş sonucunu doğurucu biçimde HGK. kararında yer bulan gerekçe ve sonuca uymayarak, bu çeşit davaları incelemekle görevli kılınan Yargıtay 12. H.D. nin, yasalara uygun ve iflâs hukuk ilkelerine intibak eden, iflâs kararı verilmesinden sonra, istekten vazgeçmenin sonucu etkilemeyeceğini teyit ve karara bağlayan evvelki içtihadına dönüş yapılmasını temenni ediyoruz.

Ticaret mahkemelerinden birinin, bozma kararına uymamak suretiyle, konunun HGK. da bir defa daha ele alınmasını sağlamak yolunda tesis edeceği direnme kararı ile, bu konuda tartışma zeminini yeniden açılmasını bekliyoruz.

BİBLİYOGRAFYA

Sıtkı Akyazan - İcra İflas Kanununda yeni değişik hükümler üzerinde inceleme ve açıklamalar 1965, Dr. Necmeddin M. Berkin - İflas Hukuku Dersleri 1960, Dr. Burhan Gürdoğan İflas Hukuku Dersleri 1966, Prof. Dr. Baki Kuru - İflas Konkordato Hukuku 1971, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 1974, M. Reşit Karahasan - Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku Cilt 2 1977, Senai Olgaç - İcra İflâs Cilt, II 1977, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu - İflâs Hukuku İlkeleri Cilt, I 1978, Talih Uyar - İcra Kanunu Şerhi 1975, Prof. Dr. Saim Üstündağ - İflâs Hukuku Dersleri 1975, Ankara Barosu Dergisi Sayı 1977 - 6.

TRAFİK HUKUKU

TRAFİK EHLİYETNAMESİNİN MAHKEMECE GERİ ALINMASI

Cevdet ASLANGÜL (*)

PLAN : 1 — Konuya Giriş, 2 — Şoför Ve Sürücünün Tanımı, 3 — Ehliyetname Çeşitleri, 4 — Askeri Ehliyetname, 5 — Karayolları Makinelerine İlişkin Şoför Belgesi, 6 — Yabancı Kaynaklı Ehliyetnameler, 7 — Ehliyetnamelerin Geri Alınması, 8 — Ehliyetnamelerin Geçici Olarak Geri Alınmasında Süre, 9 — Kabahatlarda Durum, 10 — Suç Tarihi, 11 — Ehliyetnamenin Olup Olmadığının Araştırılması, 12 — Trafik Daire Başkanlığı, 13 — Cürümün Şoförlükle İlgisi, 14 — Sanığın Mesleği, 15 — Ceza mı, Önlem mi? 16 — Karşılaştırmalar; a) 647 Sayılı Yasanın 4. Maddesinin 5. Bendi İle Karşılaştırma, b) Kamu Hizmetlerinde Yasaklılık İle Karşılaştırma, c) Meslek Ve Sanatın Tatili Cezasıyla Karşılaştırma, 17 — İndirme Ve Artırma Nedenleri Karşısında Durum, 18 — Ek Savunma Bakımından Durum, 19 — Erteleme Bakımından Durum, 20 — Cezanın İskat Edilmesinde Durum, 21 — Af Bakımından Durum, 22 — Birden Fazla Cürüm İşlenmesi Ve Cezaların Toplanması, 23 — Kararın Kesinleşmesinden Sonraki Durum, 24 — Ehliyetnamenin Geri Alınması Kararının Yerine Getirilmesi, 25 — Konunun TCK.'nın 307/1 Maddesi Bakımından İncelenmesi, 26 — Konuyla İlgili Başlıca Kaynaklar.

1 — KONUYA GİRİŞ

Ceza mahkemelerinde geniş uygulama alanı bulan bu konu, kitaplarda ve dergilerde yeterince işlenmemiştir.

Şoför ve sürücülerin ehliyetnamelerinin geri alınması konusunu Yargıtay içtihatlarının ışığı altında derinliğine ve genişliğine incelemek yararlı olacaktır.

6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 232 sayılı Yasa ile değişik 60. maddesinin E bendi (kısaca 60/E maddesi) şoför ve sürücülerin işledikleri cürümler dolayısıyla duruma göre ehliyetnamelerinin geçici ya da sürekli (daimi) olarak geri alınacağını belirtmektedir. Sözü geçen 60/E maddesinin tamamı şöyledir :

«Şoför ve sürücülerin, bu kanunun 26. maddesinin (G) bendinde yazılı olan Türk Ceza Kanunu'nun maddelerinden biri ile mahkumiyetleri halinde daimi olarak, diğer cürümlerden mahkumiyetleri halinde ise geçici veya daimi olarak ehliyetnamelerinin geri alınmasına da davaya bakan mahkemece hükümlenir.

(*) Yargıtay Tetkik Hâkimi.

Ehliyetnamenin geri alınmasını gerektiren suçlardan sanık olanlar hakkındaki takibat neticeleninceye kadar ilgili hâkim, ehliyetnamenin tedbir mahiyetinde geçici olarak geri alınmasına karar verebilir.

Adli bir karar olmadıkça bu kanuna muhalefetten ötürü, şoför ve sürücü ehliyetnameleri muvakkaten dahi olsa alınamaz.»

2 — ŞOFÖR VE SÜRÜCÜNÜN TANIMI

6085 sayılı Yasanın 2. maddesinin (F) bendinde şoför şöyle tanımlanmıştır : «Şoför : Motorlu taşıtları müteharrik makinaları veya lastik tekerlekli traktörleri sevk ve idare eden kimsedir.»

Aynı maddenin (G) bendinde ise sürücü şöyle tanımlanmaktadır : «Sürücü : Motorsuz taşıtları veya hayvanları sevk ve idare eden kimsedir.»

3 — EHLİYETNAME ÇEŞİTLERİ

6085 sayılı Yasanın 23. maddesinde şoför ve sürücülerin ehliyetnameleri şöyle sıralanmıştır :

A) Amatör ehliyetnamesi, B) Profesyonel ehliyetnamesi, C) Ağır vasıta ehliyetnamesi, D) Traktör ehliyetnamesi, E) Milletlerarası ehliyetname, F) Şoför aday belgesi.

4 — ASKERİ EHLİYETNAME

6085 sayılı Yasanın 26. maddesinin (G) bendinin 2. fıkrasında şöyle denilmektedir : «Askeri ehliyetnameyi haiz askeri şoförlerden muayene ve imtihan komisyonlarınca yapılacak imtihanı müteakip kazananların askeri şoför ehliyetnameleri yukarıdaki A ve B fıkralarında yazılı şartlar aranmaksızın vize edilir. Vize edilen bu ehliyetnameler, trafik ehliyetnameleri vasfını haiz olup, şahsın askerliği müddetince ve münhasıran askeri taşıtlar için muteber sayılır.»

Şu duruma göre vize edilmiş askeri ehliyetnameli şoför, askerlik yaptığı süre içinde ve askeri taşıt sürerken suç işlerse ancak o zaman 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesi uygulanacaktır. Askeri ehliyetname vize edilmemiş ise, ya da vize edilmiş olsa bile hususi plakalı (yani askeri olmayan) taşıtı sürerken suç işlerse sözü geçen 60/E maddesi uygulanmaz. Bu konuda bir Yargıtay kararı : «Trafik Kanununun 26. maddesi gereğince yetkilî makam tarafından vizesi yapılmamış olan sanığa askeri ehliyetnamenin geri alınmasına karar verilmesi kanuna

aykırı bulunmuş ise de düzeltilmesi mümkün görüldüğünden ehliyet-namenin geri alınmasına dair olan kısmının kaldırılması suretiyle düzeltilerek onanmasına...» (1).

5 — KARAYOLLARI MAKİNELERİNE İLİŞKİN ŞOFÖR BELGESİ

Devlet karayolları tarafından verilen ve karayollarına ait makine-lerin kullanılacağına ilişkin belge, şoför ehliyetnamesi değildir.

6 — YABANCI KAYNAKLI EHLİYETNAME

Cürüm işleyen sanığın suç tarihinde yabancı kaynaklı bir ehliyet-namesi varsa 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesi gereğince geri alınır. Konuyla ilgili Yargıtay kararı : »Sanığın yabancı menşeli ehliyetname-sinin suç tarihinde geçerli olup olmadığı araştırılmadan hakkında 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesinin uygulanması... yasaya aykırı...» (2).

7 — EHLİYETNAMENİN GERİ ALINMASI

6085 sayılı Yasanın 26. maddesinin G bendinde açıklandığı gibi TCK.'nun 448 - 450, 403, 404, 414 - 418, 429 - 436, 491 - 493, 495 - 503, 508 - 510. maddeleriyle ceza alanların ehliyetnameleri sürekli olarak geri alınır. Bu maddelerle ilgili olarak hüküm giyen sanığın ehliyet-namesinin sürekli (daimi) olarak geri alınmasına karar verilmesi gerekirken geçici olarak geri alınmasına karar verilmesi yanlıştır. Bozma nedeni olur. Yargıtay'ın şu kararı bu konuyu açıklığa kavuşturmakta-dır : »Sanık hakkında uygulanan maddelere göre (416/3, 418/2, 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesi) şoför ehliyetnamesinin daimi olarak geri alınmasına karar verilmesi gerekirken, üç ay süre ile geçici olarak geri alınmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır» (3).

6085 sayılı Yasanın 26. maddesinin (G) bendinde sözü geçen cürümlerin dışında bir cürümle hüküm giyenlerin ehliyetnamelerinin sürekli ya da geçici olarak geri alınmasına mahkemece karar verilir.

6085 sayılı Yasanın 26. maddesinin (G) bendinde sayılan cürümlerin dışındaki cürümlerin mutlaka TCK. nunda yer alması gerekmez ; başka yasalarda da yer almış olması da mümkündür.

(1) Y.4.C.D. 19.3.1969 gün E : 8576, K : 1865 s. Kararı.

(2) Y.9.C.D. 26.10.1978 gün ve K : 1978/4082 s. kararı.

(3) Y.5.C.D. 12.12.1973 gün K : 1973/3370 s. kararı.

Ehliyetnamenin sürekli (daimi) olarak geri alınmasına karar verilirken «adalet ve nasafet kuralları» göz önünde tutulur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında şöyle denilmektedir : «Gerçi 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesi, bu kanunun 26/G maddesinde yazılı suçlardan gayri bir cürümlü mahkumiyet halinde ehliyetnamesinin geçici veya daimi olarak alınacağını beyanla bu ahvalde hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmaktadır. Ancak hâkim de bu yetkisini sınırsız olarak kullanamaz. Adalet ve nasafet kaidelerini göz önünde bulundurması gerekir. Bir defa tehlikeli vasıta kullanmaktan sanık olarak hâkim önüne gelmiş olması gerekçe gösterilerek olayın cereyan tarzı ve 2/8 oranında kusurlu oluşu gözetilmeden sanığın ehliyetinin daimi surette geri alınması kanun koyucunun amacına da aykırı düşer» (4).

Ehliyetnamenin sürekli olarak geri alınması hâkimin takdirine bırakılan durumlarda ehliyetnamenin sürekli olarak geri alınmasına karar verilirken suçun işleniş biçimi ve sanığın kişiliği özenle incelenmelidir. Bu konuda Yargıtay kararı : «Hak ve nasafet kaidelerine aykırı olarak % 50 kusurlu olan sanığın ehliyetnamesinin daimi olarak geri alınmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir» (5).

Ehliyetnamenin sürekli olarak geri alınmasını hâkim takdir ederken gözönünde tutacağı hususlara örnek olmak üzere Yargıtay'ın başka bir kararı : «Ehliyetli at arabası sürücüsü olan sanık hakkında 6085 sayılı Yasanın değişik 60. maddesinin (E) bendi uygulanırken mahkemece daimi olarak ehliyetnamenin geri alınmasını gerektiren aynı yasanın 26. maddesinde zikredilen suçların kıyasen göz önünde tutulmak ve suç ile ceza arasında adil nispet gözetilmek suretiyle bu suçlar dışında kalan yasak eylemlerin de nitelikleri itibarıyla derecelendirilerek takdire esas alınması ve buna göre ehliyetnamenin kısa veya uzun sürelerle geçici olarak geri alınmasına karar verilmesi lazım gelirken, adi bir yaralama fiili dolayısıyla sanığın ömrü boyunca mesleğinden yoksun bırakılacak şekilde sürekli olarak ehliyetnamesinin geri alınmasına karar verilmesi yolsuzdur» (6).

6085 sayılı Yasanın 26. maddesinin (G) bendinde yazılı olmayan suçlardan dolayı mahkumiyet halinde ehliyetnamenin sürekli olarak geri alınmasına karar verince cezayı artırma nedeni belirtilmelidir. Bu konuyu açıklığa kavuşturan Yargıtay kararı :

- (4) Y.C.G.K. 26.2.1973 gün ve K : 74 s. kararı
 (5) Y.4.C.D. 22.11.1970 gün ve K : 9217 s. kararı
 (6) Y.2.C.D. 18.3.1965 gün ve E : 1062, K : 2201 s. kararı

«Sanığın 6085 sayılı Yasanın 26. maddesinin (G) bendinde yazılı olmayan rüşvet almak suçundan mahkumiyetine karar verildiğine göre, aynı Yasanın 60. maddesinin E bendi gereğince ehliyetnamesinin geri alınmasına hükmolunması gerekeceği cihetle CMUK. nun 32. 260, 308/7 ve Anayasa'nın 135. maddelerine aykırı olarak teşdit sebebi gösterilmeden ve takdire dayanıldığı da belirtilmeden ehliyetnamesinin daimi olarak geri alınmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.» (7).

8 — EHLİYETNAMENİN GEÇİCİ OLARAK GERİ ALINMASINDA SÜRE

6085 sayılı Yasa, sürücü ya da şoför ehliyetnamesinin geçici olarak geri alınmasında sürenin en az ve en çok ne kadar olacağını belirtmemiştir.

Davaya bakan mahkeme, ehliyetnamenin geçici olarak geri alınacağı süreyi adalet ve nasafet kurallarına göre, suçun niteliği ve işleniş biçimi ile sanığın kişiliğini göz önünde tutarak belirleyecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun şu kararı konumuzla ilgilidir; «Ehliyetnamenin geri alınmasında yasa azami ve asgari bir süre tayin etmemiş ve bu sürenin saptanmasında suçun niteliği ve işleniş biçimi ile sanığın kişiliğini değerlendiren mahkemenin bu süreyi serbestçe belirlemesini öngörmüştür» (8).

Mahkeme, ehliyetnamenin geçici olarak geri alınmasına karar verdiği halde süreyi belirtmemiş ise Yargıtay böyle kararı bozmaktadır. Yargıtay'ın bir kararı bu konuyu aydınlatmaktadır : «6085 sayılı Yasanın 232 sayılı yasa ile değişik 60/E maddesi uyarınca ehliyetnamenin geri alınması takdir edildiğinde süresinin hüküm yerinde gösterilmesi iktiza ettiği halde bu hususlar açıklanmadan ehliyetnamenin geri alınması şeklinde karar verilmesi yolsuzdur» (9).

9 — KABAHATLARDA DURUM

Şoför ve sürüsünün işlediği suç cürüm ise ehliyetnamesi duruma göre sürekli ya da geçici olmak üzere geri alınır. Cürümün taksirli olup olmaması önemli değildir. Suç kabahat türünden ise, 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesi uygulanmaz. Bu konuda Yargıtay'ın şu kararı-

(7) Y.5.C.D. 30.4.1980 gün ve E : 1980/438, K : 1980/1472 s. kararı

(8) Y.CGK. 2.4.1979 gün ve E : 1979/2 - 85, K : 1979/166 s. kararı.

(9) Y.4.C.D. 7.4.1964 gün ve K : 383 s. kararı.

nı örnek olarak alıyorum : «6085 sayılı yasanın 60/E maddesi uyarınca şoför ehliyetnamesi cürüm işlenmesi halinde geri alınır. Sarhoşluk suçundan mahkum olan sanığın şoför ehliyetnamesinin geri alınması doğru değildir» (10).

10 — SUÇ TARİHİ

Mahkeme sanığın olay sırasında ehliyetnamesinin bulunup bulunmadığını göz önünde tutar. Sanığın ehliyetnamesinin geçici ya da sürekli olarak geri alınmasına karar verebilmek için sanığın olay sırasında ehliyetnameli olması gerekir. Sanık, olaydan sonra ehliyetname almışsa ehliyetnamenin sürekli ya da geçici olarak geri alınmasına karar verilemez. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu noktayı aydınlatan bir kararı : «Şoförlük ehliyetnamesinin geri alınmasına karar verilen sanığın olay sırasında ehliyetnamesinin olup olmadığının sorulması gerekir» (11).

Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun başka kararı : »Suçlu için öngörülen cezalar ve tedbirlerde kural olarak suç tarihindeki durum gözetilir. Bir şoförün suç işlendiği tarihten sonra almış bulunduğu anlaşılan şoför ehliyetinin geri alınmasına karar verilemez» (12).

11 — SANIĞIN EHLİYETNAMESİNİN BULUNUP BULUNMADIĞININ ARAŞTIRILMASI

Sanık, ehliyetnamesi olmadığını söylerse suç tarihinde ehliyetnamesinin bulunup bulunmadığının illerin trafik şube ve bürosundan sorulması gerekmez. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun konuya ışık tutan kararı : «Sanığın ehliyetnamesine sahip olabileceği yolunda sosyal durumu gibi bir özellik bulunmadıkça, mahkemenin bu yönünde bir inceleme yapması gerekmecektir. Gerçekten adli sicilde olduğu gibi bütün Türkiye için tutulan bir merkezi trafik sicilli bulunmadığından ve her olayda 67 ilden bilgi sorulması ve gelecek karşılıkların beklenmesi olurlu görülemeyeceğinden her ceza davasında böyle bir inceleme yapılması akla yatkın sayılmaz» (13).

(10) Y.4.C.D. 20.5.1975 gün ve E: 2564, K: 2604 s. kararı.

(11) Y.CGK. 4.2.1974 gün ve K: 67 s. kararı.

(12) Y.CGK. 3.5.1965 gün ve 168/4 - 174 s. kararı.

(13) Y.CGK. 3.5.1965 gün ve 148/2 - 178 s. kararı.

Saniğin şoför olduğu dosyadaki herhangi bir belgeden anlaşılıyorsa mahkeme saniğin ehliyetnamesini araştırmalıdır. Keskin Asliye Ceza Mahkemesi'nin 1976/144 karar sayılı dosyasındaki iddianamede sanık hakkında 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesinin uygulanması istenmemiştir. Sanık, ehliyetnamesi olduğundan söz etmediği gibi, rençber olduğunu söylemiştir. Sanık vekili için noterlikte vekâletname düzenlenirken saniğin hüviyeti saniğin şoför ehliyetnamesine bakılarak belirlenmiştir. Sanık vekilinin temyizi üzerine Yargıtayın kararı şöyledir : «Vekâletnameden şoför olduğu anlaşılan 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesinin uygulanma olanağının düşünülmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır» (14).

Sanık, şoför olduğunu söylese şoför olup olmadığı araştırılır. Bu konuda Yargıtay'ın bir kararı : «Şoför olduğunu söyleyen saniğin ehliyetnamesi bulunup bulunmadığı merciinden sorularak sonucuna göre 6085 sayılı Yasanın değişen 60/E maddesinin uygulanmasına yer olup olmadığı düşünülmemesi yolsuzdur» (15).

12 — TRAFİK DAİRE BAŞKANLIĞI

İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğüne bağlı Trafik Daire Başkanlığı Türkiye'deki şoför ve sürücülerin ehliyetnameleriyle ilgili milyonlarca fiş düzenlemiştir. Gerekliğinde bir ehliyetname sureti buradan istenebilir. Ancak yetişmiş memur azlığı, araç - gereç yetersizliği yüzünden Trafik Daire Başkanlığı ehliyetnameyle ilgili müzakkerelelere kısa zamanda cevap verecek durumda görünmüyor.

13 — CÜRÜMÜN ŞOFÖRLÜKLE İLGİSİ

Saniğin ehliyetnamesinin geçici ya da sürekli olarak geri alınabilmesi için ehliyetname konusu olan taşıtın ya da herhangi bir taşıtın olay sırasında kullanılması gerekmez, Saniğin herhangi bir suç işlemesi yeterlidir. Mustafa Sabri Livanelioğlu : «İzahlı - Mukayeseli Yargıtay Emsal Kararları Ceza Bölümü» isimli kitabında konumuzla ilgili olarak görüşünü şöyle açıklıyor : «Şoför ehliyetnamesini haiz bir kimsenin mesleğini icrasında işlediği cürümden ehliyetnamesinin geri alınmasına bir şey denilmezse de, aynı kimsenin şoförlük mesleği ile alakalı olmayarak ve mesela evinde istirahat halinde iken bir cürüm iş-

(14) Y.8.C.D. 15.6.1977 gün ve K : 5125 s. kararı.

(15) Y.3.C.D. 14.9.1965 gün ve 11345/11415 s. kararı.

lenmesi halinde de aynı hükmün uygulanması zarureti, ceza gayesinin dışında ve münakaşaya değer görülmektedir.»

14 — SANIĞIN MESLEĞİ

Ehliyetnameli sanığın şoförlüğü meslek edinmiş olup olmaması da önemli değildir. Cürüm işlediğinde amatör ehliyetnameli sanığın da ehliyetnamesinin geri alınmasına karar verilir. Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu'nun bir kararı : «Amatör ehliyetname sahipleri ile öbür ehliyetname sahipleri arasında özellikle geçici veya daimi olarak geri alınması hükmünün uygulanmasında bir ayırım yapılmamıştır» (16).

15 — ÖNLEM Mİ, CEZA MI?

6085 sayılı Yasanın 60/E maddesi gereğince geçici olarak ya da sürekli olarak geri alınmasının önlem (tedbir) mi, ceza mı olduğu konusu yıllarca tartışılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1976 yılındaki görüşü şöyleydi : «Özel kanun gereği verilmiş tamamlayıcı ceza niteliğindedir» (17). Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu kararı oy çokluğu ile almıştır.

Çoğunluğa karşı olan görüşe göre ehliyetnamenin geçici ya da sürekli olarak geri alınması bir ceza olmayıp tedbir niteliğindedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu daha sonra görüşünü değiştirdi; «6085 sayılı Yasanın 60/E maddesinde yer alan müeyyide, tamamlayıcı bir ceza değil, ancak yasanın öngördüğü tedbirden ibarettir» (18).

6085 sayılı Yasanın 60/E bendinin 2. fıkrasına göre sanık hakkındaki kanuni takibat niticeleninceye kadar ilgili hâkim, ehliyetnamenin tedbir mahiyetinde olmak üzere geri alınmasına da karar verebilir.

16 — KARŞILAŞTIRMALAR

Ehliyetnamenin geçici ya da sürekli olarak geri alınması durumunun benzer hukuki tedbir ve cezalarla karşılaştırılmasında yarar vardır.

(16) Y.CGK. 3.5.1965 gün ve 178/2 - 178 s. kararı.

(17) Y.CGK. 15.3.1976 gün ve E : 1976/4 - 105, K : 1976/128 s. kararı.

(18) Y.CGK. 2.4.1979 gün ve E : 1979/2 - 85, K : 1979/166 s. kararı.

● A — 647 Sayılı Yasanın 4. Maddesinin 5. Bendi İle Karşılaştırma :

647 sayılı Yasanın 4. maddesinin 5. bendine göre, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre mahkemece her nevi ehliyetname ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar muvakkaten geri alınmasına çevrilebilir.

M. Muhtar Çağlayan, Cezaların İnfazı Hakkında Kanun adlı eserinde bu konuda şöyle demektedir : «5. bende göre kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yerine her nevi ehliyet ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar muvakkaten geri alınmasına hükmolunabilir. Gerekcede bu hususta suçlunun ehliyet veya ruhsatname sahibi olup bu ehliyet ve ruhsatın belirli bir süre veya müebbeten geri alınması kendisini islahaya yönelten kâfi bir ceza takdir edildiği veya ehliyet yahut ruhsatnamenin konusu olan aracın kullanılması suçun işlenmesinde dolaylı bir neden bulunduğu takdirde kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yerine 5. bent hükmü uygulanabilecektir denilmektedir. Hükümet teklifinde ise ehliyet ve ruhsatnamenin müebbeten geri alınması mümkün görülüşken adalet komisyonu ağır ve keyfiliğe yol açabilecek nitelikte görerek bu kaydı tasarıdan çıkarmıştır.»

A. Bülent Gürel, Taksirle Adam Öldürme ve Müessir Fiil Suçları adlı kitabında 647 sayılı Yasanın 4. maddesi 5. bendi ile ilgili olarak şöyle yazmaktadır : «Ord. prof. Sulhi Dönmezer, yukarıda zikri geçen eserinde (Cezaların İnfazı Hakkında Kanun isimli kitabında) metne daha geniş mana verilmesi görüşünü benimsemiştir. Kendilerine göre icrası için ruhsatname gereken faaliyetlerin kötü icrası dolayısıyla işlenebilecek diğer suçlar da madde kapsamına dahil olmaktadır. Bu tedbire mahkûm olanlar karara rağmen faaliyetlerine devam ettiklerinde ruhsatsız ve ehliyetsiz olarak muayyen faaliyetleri icra etme suçlarını işlemiş bulunacaktır.»

647 sayılı Yasanın 4. maddesinin 5. bendine göre kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar (yani 6 ayı geçmeyen özgürlüğü bağlayıcı cezalar) önlem niteliğinde olarak ehliyet ve ruhsatnamenin sürekli değil sadece geçici olarak (bir aydan bir yıla kadar olmak üzere) geri alınmasına çevrilebilir. 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesine göre ehliyetnamenin geri alınması için işlenen suçun mutlaka cürüm olması zorunlu olup kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza olması gerekmez. 6085

sayılı Yasaya göre ehliyetname sadece geçici olarak değil, gerektiğinde sürekli olarak da geri alınabilir. 6085 sayılı Yasaya göre ehliyetnamenin geri alınma süresi hâkimin takdirine göre bir aydan az olabileceği gibi gerektiğinde bir yılı da geçebilir.

● B — Kamu Hizmetlerinde Yasaklılık İle Karşılaştırma

Gerek Kamu hizmetlerinden yasaklılık (TCK. m. 31) gerek ehliyetnamelerin geçici ya da sürekli olarak geri alınması cürümlerle ilgilidir.

Kamu hizmetlerinden yasaklılık da geçici ya da müebbeten olabilir. Kamu hizmetlerinden yasaklılık, kamu hizmetlerinin yasaklanması ile ilgili olduğu halde, ehliyetnamenin geri alınması sadece ehliyetnamenin geçici ya da sürekli olarak geri alınmasını gerektiren bir önlem olup ayrıca kamu hizmetlerinden yasaklamayı gerektirmez.

● C — Meslek Ve Sanatın Tatili Cezası İle Karşılaştırma

Ehliyetnamenin geri alınması cürümlerle ilgili olduğu halde meslek ve sanatın tatili cezası kabahatlerle ilgilidir. Ancak kanunun özel olarak belirttiği hallerde meslek ve sanatın tatili cezası cürüm işleyen sanığa da uygulanabilir. (örneğin TCK. m. 402). Ehliyetnamesi geçici ya da sürekli olarak geri alınan kişinin mesleğinin şoförlük ve sürücülük olması gerekmez. TCK.'nun 565. maddesinin 1. fıkrasında hüküm giyene (yani tehlikeli taşıt kullanma suçunu işleyene) aynı maddenin 2. fıkrası ile meslek ve sanatın tatili cezası da eklenir. Mesleği şoförlük olmayan ehliyetnameli bir sanığa TCK.'nun 565. maddesinin 2. fıkrası ile meslek ve sanatın tatili cezası verilmez. Bu konuya Yargıtayın ışık tutan bir kararı : «TCK. nun 565. maddesinin 2. fıkrası hükmü arabacılığı, şoförlüğü meslek ve sanat ittihaz edinmiş ve bu bakımdan ruhsatnameye tabi tutulmuş şahıslara ait olup, klişeci olduğu anlaşılan maznun hususi otomobilini bizzat kullanmış olmasıyla şoförlüğü meslek ve sanat edinmiş sayılmayacağı nazara alınmaksızın hakkında meslek ve sanatın tatili cezası hükmedilmesi yolsuzdur» (19).

Meslek ve sanatın tatili cezası ile ehliyetnamenin geri alınması cezası birbirlerine benzemekle beraber tamamen ayrı oldukları Yargıtay'ın şu kararı ile açıkça belirtilmektedir : Meslek ve sanatın tatili

yerine ehliyetnamenin geri alınmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır...» (20).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1979 yılında verdiği bir kararında meslek ve sanatın tatili ile ehliyetnamenin geri alınması tedbirinin birbirinden farklı olduğu şöyle anlatılmaktadır. «Bunun (ehliyetnamenin geri alınması tedbirinin) bir meslek ve sanatın tatili olarak düşünülmesine olanak yoktur. Çünkü TCK. nun 11. maddesinde yer alan meslek ve sanatın tatili, ancak kabahatler için kabul edilmiştir. Oysa 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesindeki müeyyide ise sadece cürümlere hasredilmiştir. Ayrıca şoför ehliyetnamesine sahip olduğu halde esas mesleği hâkimlik, mühendislik, ticaret vs. olan kimseler hakkında da ehliyetnamenin geri alınmasına hükmolunabilmektedir. Bu bakımdan bunun meslek ve sanatın tatili icrası biçiminde sayılması mümkün değildir (21).

17 — İNDİRME — ARTIRMA NEDENLERİ KARŞISINDA DURUM

Ehliyetnamenin sürekli olarak geri alınmasına karar verildikten sonra ehliyetnamenin sürekli olarak geri alınması tedbiri herhangi bir nedenle ehliyetnamenin geçici olarak geri alınması tedbirine çevrilemez.

Sanığın yaşının küçüklüğü, takdiri indirme nedenlerinin uygulanması, olayda haksız kışkırtma bulunması, eylemin kalkışma durumunda kalması, özel indirim nedenlerinin (örneğin TCK. m. 459/son, 455/son) bulunması gibi cezayı indirici nedenler olsa bile sanık hakkında hükmedilen ehliyetnamenin sürekli olarak geri alınması tedbirinin, ehliyetnamenin geçici olarak geri alınması önlemine çevrilmesine olanak vermez.

Ehliyetnamenin geçici olarak geri alınmasına karar verilmiş ise yukarda açıklandığı biçimde indirici nedenlerin bulunması durumunda süre kısaltılamaz.

Tekerrür ve özel artırma nedenlerinin bulunması durumunda da ehliyetnamenin geçici olarak geri alınması için belirtilen süre uzatılmaz.

(20) Y.2.C.D. 17.2.1976 gün ve E : 1976/959, K : 1979/1378 s. kararı.

(21) Y.CGK. 2.4.1963 gün ve K : 1979/166 s. kararı.

18 — EK SAVUNMA BAKIMINDAN DURUM

İddianamede 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesinin uygulanması istenmişse ve cürüm işleyen sanığın ehliyetnamesi olduğu anlaşılırsa bu durumda sanığa 6085 sayılı Yasanın değişik 60/E maddesinin uygulanmasıyla ilgili olarak ek savunma verilmesi gerekip gerekmediği konusunda Yargıtay daireleri arasında değişik görüşler varsa da şimdilik yaygın görüş ek savunmaya gerek bulunmadığı yolundadır. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin şu görüşü konuya ışık tutmaktadır: «Belli bir meslek ve sanatın tatili cezası niteliğinde dahi bulunmayan şoför ehliyetinin geri alınması ile ilgili işlem ceza değil, bir tedbir işlemi olduğundan tebliğnamedeki CMUK.'nun 258. maddesinde yazılı sanığa ek savunma verilmemesi ile ilgili eleştiriye iştirak edilmemiştir» (22).

19 — ERTELEME BAKIMINDAN DURUM

6085 sayılı Yasanın 60/E maddesi gereğince hükmedilen ehliyetnamenin geri alınması önlemi, ertelenebilir. Hâkim, asıl cezayı ertelediği halde, ehliyetnamenin geri alınması önlemini, yasal gerekçesini göstererek erteleme dışında tutabilir.

Yargıtay'ın bu konuya ışık tutan kararı :

«Ertelleme, devletin cezalandırma hakkından hâkim aracılığı ile ve koşula bağlı olarak vazgeçmesidir.»

«...Ceza mahkûmiyetinin, 92. maddede (TCK.'nun 92. maddesinde) sayılanlar dışında kalan, asıl cezaya bağımlı ve onun zorunlu sonucu olarak uygulanan hertürlü yaptırım hükmünün ertelenebilir olduğunu kabul etmek gerekir. TCK. nun 91. maddesi uyarınca hâkimin bunları yasal gerekçesini göstermek suretiyle erteleme dışında tutmaya takdir hakkı vardır...»

«...6085 sayılı Yasanın 60/E maddesi gereğince uygulanan (Şoför ve sürücü ehliyetnamelerinin daimi veya geçici olarak geri alınması) na dair yaptırımın ertelenmeyeceği yolunda TCK. nunda, özel yasında ve anılan kararda bir hüküm bulunmamaktadır...» (23).

20 — CEZANIN ISKAT EDİLMESİNDE DURUM

Verilen ceza iskat edilmişse (düşürülmüşse, ortadan kaldırılmışsa) ehliyetnamenin geri alınması önleminin ne olacağı konusuna Yar-

(22) Y.8.C.D. 17.11.1977 gün ve E : 1977/5885, K : 1977/8430 sayılı kar.

(23) Y.5.C.D. 19.11.1980 gün ve E : 1980/355.

gıtay 4. Ceza Dairesinin şu kararı ışık tutmaktadır. «Ceza TCK. nun 272. maddesi gereğince tamamen ıskat edilmiş olduğu cihetle 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesinde yazılı olduğu üzere ortada bir mahkumiyet bulunmadığından ehliyetnamenin 15 gün geri alınmasının kaldırılmasına...» (24).

21 — AF BAKIMINDAN DURUM

Sanık af yasasından yararlanıyorsa af yasasında aksine hüküm yoksa ehliyetnamenin geri alınmasına karar verilemez. Yargıtay 5. Ceza Dairesinin şu kararı konuya ışık tutmaktadır : «Sanık, 1803 sayılı af yasasından yararlandığına göre, şoför ehliyetnamesinin geri alınmasına hükmolunması doğru değildir» (25).

22 — BİRDEN FAZLA CÜRÜM İŞLENMESİ VE CEZALARIN TOPLANMASI

Ehliyetnamenin geçici ya da sürekli olarak geri alınması önlemi her cürüm için ayrı ayrı belirlenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun konuyla ilgili bir kararı : «6085 sayılı yasanın 60/E maddesinin cürüm nevinden her hükümlülük için ayrı ayrı uygulanması gerektiğine karar verilmelidir» (26). Bu görüş doğrudur. Ehliyetnamenin geri alınması önlemi toplam ceza üzerinden belirlenmiş olsaydı, bu cezalardan bir veya birkaçının yasal nedenlerle ortadan kalkması durumunda belirlenmiş önlem sanık için ağır olacaktı.

23 — KARARIN KESİNLEŞMESİNDE SONRAKİ DURUM

Sanık, ehliyetnameli şoför olduğu halde hakkında 6085 sayılı yasanın 60/E maddesi uygulanmaksızın mahkûm olmuşsa ve karar kesinleşmişse C. Savcısı sanık hakkında 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesinin uygulanmasını mahkemeden her zaman isteyebilir. Bu konuyla ilgili Yargıtay kararı : «Zabitaca çıkarılan nüfus örneklerinden şoför olduğu anlaşılan sanık hakkında 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesinin uygulanmamış olması itibariyle tedbir niteliğinde olduğundan bu hususta C. Savcısı tarafından mahkemeden her zaman karar alınması mümkün görülmüştür» (27).

(24) Y.5.C.D. 13.5.1977 gün ve E : 1977/3485, K : 1977/3282 s. kararı

(25) Y.5.C.D. 19.11.1977 gün ve E : 1976/2987, K : 1976/3242 s. kararı.

(26) Y.CGK. 2.4.1979 gün ve K : 1979/166 s. kararı.

(27) Y.CGK. 21.5.1980 gün ve E : 1980/1548 K : 1980/1731 s. kararı.

24 — EHLİYETNAMENİN GERİ ALINMASI ÖNLEMİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

Ehliyetnamenin geçici olarak ya da sürekli olarak geri alınması önleminin yerine getirilmesi amacıyla C. Savcılığı hüküm örneğini ilgili trafik şube ve bürolarına gönderir.

A. Rıza Mengüç, Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri adlı eserinin ikinci baskısının 212. sayfasında konumuzla ilgili olarak şöyle yazmaktadır : «Ehliyetnamenin geri alınması hakkındaki ilam mahalli zabıtaya değil, Emniyet Trafik Müdürlüğüne tevdi edilmek suretiyle oraca yerine getirilir. Bu cezanın infazı, ehliyetnamenin hükümlüden alınması cezanın infazının sonucuna kadar dosyada muhafazası ve infaza başlandığı gün ve saatin bir tutanakla bizzat hükümlüye tebliği ile başlar. Ehliyetnamenin geri alınması mümkün olmaz ise mahkumiyet hükmünün trafik bürosundaki sicil kayıtlarına işlenmesi ve bunu takiben infaza başlandığı tarihin hükümlünün imzasını taşıyan bir zabıtla tespiti yeterlidir. Nitekim İçişleri ve Adalet Bakanlıkları görüşü de bu merkezdedir.»

25 — KONUNUN TCK.'NUN 307/1 MADDESİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Şoför ehliyetnamesinin geri alınması önlem olduğuna göre TCK. nun 307/1 maddesinde yazılı ceza niteliğinde olmadığından ehliyetnamenin geri alınmasına karar verilmiş olan sanığın bu süre içinde ehliyetnamesiz taşıt sürmesi, sözü geçen 307/1 maddedeki suçu oluşturmaz.

Bu konuya Yargıtay 4. Ceza Dairesinin şu kararı ışık tutmaktadır. «Ehliyetnamesinin geri alınması tedbiri TCK. nun 307/1 maddesinde yazılı ceza niteliğinde bulunmamasına göre 6085 sayılı Yasanın 60/E maddesi gereğince ehliyetnamesinin üç ay süre ile geri alınmasına karar verilmiş olan sanığın bu süre içinde ehliyetnamesiz araç kullanmasının sözü geçen 307/1 maddedeki suçu tekevvün ettirmediği gözetilmeksizin bu madde ile sanığın mahkumiyetine karar vermesi bozmayı gerektirmiştir» (28).



26 — KONUYLA İLGİLİ BAŞLICA KAYNAKLAR

1. İzahlı Mukayeseli Yargıtay Emsal Kararları Ceza Bölümü, M. Sabri Livanelioğlu
2. Taksirle Adam Öldürmek ve Müessir Fiil Suçları, A. Bülent Gürel
3. Trafik Kazaları, Taksirle Ölüm ve Yaralamaya Sebebiyet Davaları, H. Enver Özdemir
4. Cezaların İnfazi Hakkında Kanun, M. Muhtar Çağlayan
5. Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri, A. Rıza Mengüç
6. 1973 yılı Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Ceza Davaları Kararları, O. Nuri Karateke ve Aykut Kutlay
7. İçtihatlar 1960 / 1968, İsmet Bilgin
8. Yargıtay Kararları Dergisi
9. Ankara Barosu Dergisi

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

KARŞILAŞTIRMALI CEZA HUKUKU AÇISINDAN SÖZDE SUÇ VE İŞLENEMEZ SUÇ

Dr. Necdet YALKUT (*)

PLAN : 1 — Giriş. 2 — Konumuz Açısından Türk Ceza Yasası. 3 — Konumuz Açısından İtalyan Ceza Yasası. 4 — Konumuz Açısından Fransız Ceza Yasası. 5 — S o n u ç .

1) GİRİŞ

Bu yazımızda **Sözde Suç** ve **İşlenemez Suç** müesseselerini incelemek istiyoruz. Ceza doktrininde **Suç Benzeri — Quasi Reato** adı verilen ve değişik teorik görüşlere ve uygulamalara konu olan bu kuramları karşılaştırmalı hukuk açısından, özellikle Türk, İtalyan ve Fransız Ceza Yasaları yönünden tanıtmaya çalışacağız. Etüdümüzün (sonuç) bölümünde ise, bu husustaki kişisel görüş ve dileklerimize yer vereceğiz.

2) KONUMUZ AÇISINDAN TÜRK CEZA YASASI

A) Sözde Suç

Sözde suç deyiminden failin, ortada bir yasal hüküm olmamasına karşın hukuksal bilmeme veya yanılma sonucu böyle bir hükmün var olduğu ve bir suç işlediği kanısıyla hareket etmiş olması hâli anlaşılmalıdır. Arapça tâbiriyle **Mefruz Suç**, Fransızca söyleyişle **Delit Putatif**, italyanca deyimle (**Reato Putativo veya Reato Supposto**) adıyla anılır.

Sözde suç varsayımında davranış, failin iradesine uygundur. Ve fail istediği fiili gerçekleştirmiştir. Fakat bu fiil, yasa koyucu tarafından suç olarak nitelendirilmediğinden fail cezalandırılmamaktadır. Başka bir deyişle yasaya aykırı bir fiil işlediğini sanmak suretiyle bir kimsenin yanılması halidir bu... Örneğin bir şahıs, evli bir kadınla gayrimeşru cinsel temasta bulunmak suretiyle zina suçunu işlediğini zannettiği halde kadın evli değilse zina cürmü oluşmayacaktır. Bu gibi hallerde işlenen fiil, belli bir suçun unsurlarını gerçekleştirememekte, ortada eylemi cezalandıran hukuksal bir kural bulunmamakta, bu itibarla fiil yasanın herhangi bir hükmünü ihlâl etmemektedir... Buna karşın fail,

(*) **Adapazarı Hâkimi.**

bir suç işlediği inancındadır. Bu gibi durumlarda hukuksal bir zarar olmamakla beraber, fail bu eylemiyle toplum için tehlikeli kişiliğini açığa vurmuştur. Hısımlık bağına rağmen aralarında evlenme yasağı olmayan kimseler arasında vâki evlenmede, failin bu yasağın varlığını düşünmesi hâlinde olduğu gibi...

Yukarıda yapılan açıklamalara göre **Sözde Suç'u** :

- a) Ceza kuralında hata sonucu ve
- b) Hukuka uygunluk sebebinde hata sonucu olarak iki bölümde toplayabiliriz.

a) Ceza Kuralında Hata Sonucu Sözde Suç :

Ceza Yasamızın birinci maddesine göre : (Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez). Böylece bu ilke gereğince bir kimsenin cezalandırılabilmesi, ancak bu ceza kuralının somut fiile uydurulması suretiyle mümkün olabilecektir...

b) Hukuka Uygunluk Sebebinde Hata Sonucu Sözde Suç :

Burada fail, yasanın öngördüğü bir hukuka uygunluk sebebinin hataen yok sanmakta ve fiilin hukuka aykırı nitelikte olduğu kanısıyla hareket etmektedir. Örneğin, yasal savunmanın unsurlarını oluşturan koşulların varlığını bilerek karşısındakini yaralayan kimse, bu durumun, fiili suç olmaktan çıkardığını bilmiyorsa sözde suç hali bahis konusu olacaktır.

B) İşlenemez Suç

İşlenemez suç deyimiyle teori'de hareketin elverişsizliği veya **Suç Konusunun Bulunmaması** nedeniyle fiilin sonucunun oluşmasının imkânsızlığı belirtilmek istenmektedir.

İşlenemez suçta, ceza hukuku tarafından korunan toplumsal bir yararı teklikeye sokmak, zarara uğratmak iradesi varsa da, sonuçta böyle bir zarar ve tehlikeye maruz kalınılmamaktadır. Yalnızca failin iradesi, ceza hukuku düzeni tarafından korunan bir yararı ihlale yönelmiş bulunmaktadır.

İşlenemez suç hâlinde suçun oluşması imkânsızdır dedik... Örneğin, evvelce ölmüş bir adamı öldürmek, dolu zannedilen ve fakat failin haberi olmaksızın boşaltılmış bir tabanca ile bir kimseyi öldürmek, boş olan bir cepten yankesicilik suretile para çalmak, toz şekerini

zehir diye bir kimseye vererek zehirlemek mümkün değildir. Bütün bu hallerde ortada **İşlenemez Suç**, Arapça deyimiyile **Muhal Suç**, İtalyanca söyleyişle **Reato İmpossibile** vardır.

İşlenemez suçta fail, yasanın suç olarak öngördüğü fiili işlemek istemesine karşın, suç teşkil eden bu fiilin asli maddi unsurlarından birinin yokluğu nedeniyle fiili, yasanın **Soyut Olarak** öngördüğü fiile uymamakta ve bu suretle hukukça korunan menfaat ihlâl edilememektedir.

İşlenemez suç ile sözde suç arasında tek ortak yan, sonuç itibarile ceza hukuk açısından korunan bir menfaatin ihlâl edilmemiş olması noktasında toplanmaktadır.

Sonucun elde edilemeyeceği kesin olan bu gibi hallerde faile ceza verilip verilemeyeceği bir **Sorun** olarak karşımıza çıkar.

Hemen söyleyelim ki işlenemez suçlara kalkışmanın cezalandırılıp cezalandırılmıyacağı konusunda teori ve uygulamada **Birlik** yoktur. Bu gibi hallerde failin kasdı, icrai hareketleri ve elinde olmayan nedenlerle sonucun alınamaması koşulları bulunmakla birlikte esasen suçun oluşması mümkün olmadığından bütün bu özellikler gözönünde tutularak müesseseyi hukuksal yönden bir çözüme bağlamak düşüncesiyle ortaya çeşitli doktrinal görüşler atılmıştır. Bunları özet olarak inceleyelim :

A) SÜBJEKTİF NAZARİYE

Pozitivist ekolün benimsediği bu nazariyeye göre ceza vermek için failin cürmi kasdının bulunması yeter. Sonucun önemi yoktur. Zira failin ahlâki redaeti ve toplum için zararlı bir kişi olduğu anlaşılmıştır. Elinde olmayan nedenlerle suç husule gelmemişse bundan yararlanamamalıdır. Ve fail cezalandırılmalıdır...

Böylece bu nazariye cürmi kasdın tezahürü ile yetinerek, ortada herhangi bir zararın bulunmamasına rağmen faili cezalandırmak yoluna gitmektedir.

B) OBJEKTİF NAZARİYE

Bu nazariye yandaşlarına göre, ceza verebilmek için yalnız kasdın varlığı yetmez. İşlenemez suçlarda sonucun meydana gelmesi imkânsız olduğuna göre faile ceza verilmemelidir.

1927 tarihli ceza hukukunun birleştirilmesi arsiulusal birinci Varşova Konferansı, işlenemez suçun cezalandırılmıyacağına karar vermek suretile objektif doktrini benimsemiş bulunmaktadır.

Objektif nazariyede de imkânsızlığın **Kesin** veya **Nisbi** oluşu gözönünde tutularak daha ılımlı üçüncü bir nazariye ortaya atılmıştır.

C) KAT'İ VE NİSBE İMKÂNSIZLIK NAZARİYESİ

Bu teoriye göre bir suçun işlenemez oluşu, suç konusunun bulunmamasından veya vasıtanın elverişsiz oluşundan ileri gelmektedir.

O halde imkânsızlığı :

- a) Suç konusunun bulunup bulunmaması veya,
- b) Suç işlemek için kullanılan vasıtalara göre, değerlendirmek gerekecektir.

İmkânsızlık bu iki açıdan kat'î ise fail cezalandırılmamalı, nisbi ise cezalandırılmalıdır.

● a) Suçun maddi mevzuu bulunmadığından kat'î elverişsizlikte sonucun alınması kesinlikle mümkün değildir. Örneğin zaten ölmüş bulunan bir kimseye diri sanarak ateş etmek hâlinde olduğu gibi... Zira ölmüş bir kimse tekrar öldürülemez. Burada konuya [mevzua] göre kat'î imkânsızlık hâli aşikardır. Kendi malını çalmakta da imkânsızlık kesindir. Bu gibi hallerde faile ceza verilmemelidir.

Nisbi elverişsizlik, suç mevzuunun o yerde bulunmamasından ileri gelir. Başka bir söyleyişle suçun konusu var olmakla birlikte, fiilin icrası sırasında tesadüfen o yerde bulunmuyorsa imkânsızlık nisbidir. Örneğin her gece belirli saatte yatak odasında yatıp uyumayı sürdüregelen bir kimsenin olay gecesini tesadüfen odasında bulunmaması sonucu failin fiilinin başarısızlığa uğraması, nisbi bir imkânsızlığı simgeler. Zira o gece yatağında bulunsaydı öldürülecekti... O halde faile ceza verilmelidir. Keza yankesicinin, boş bir cebe elini sokması, hırsızın açtığı kasada para olmaması da aynı paralelde örneklerdir.

● b) Vasıtalara gelince, vasıtanın elverişsizliği kat'î veya nisbi nitelikte olabilir.

Kat'î elverişsizlik, vasıtanın kesinlike sonuç doğuramayacağı hallerde söz konusu edilir. Zehir sanarak zararsız bir madde ile adam öldürmeğe, bir çöp parçası ile kasa açmağa kalkışmak, failin haberi olma-

dan boşaltılmış bir tabanca ile davranışta bulunmak kat'î imkânsızlığı oluşturur ve faile ceza verilemez. Zira vasıtalar, kasdedilen cürmü işlemeğe esasen elverişli değildir.

Nisbi elverişsizlik, vasitanın miktarından veya kullanılış tarzından kaynaklanır. Zehirin öldürücü miktarda olmaması, yahut bozuk bir silâh kullanılması hallerinde suç işlemeğe elverişli olan ve fakat kâfi gelmeyen vasıta kullanılmakla, ortada vasıtaya göre nisbi imkânsızlık bulunduğundan faile TEŞEBBÜS cezası verilmesi gerekecektir. Keza uygun bir mesafeden atılan tabancanın, failin iyi nişan alamaması veya silâhın fena doldurulması sonucu isabet kaydetmemesi yahut patlamaması, hırsızlık maksadile kapıya sokulan anahtarın kilitte kırılması..... nisbi elverişsizlik olup bu gibi hallerde failin **Teşebbüs**'ten cezalandırılması gerekecektir.

Kat'î ve nisbi elverişsizliği değerlendirirken **İcra Hareketleri**'ne başlandığı an esas alınır.

Öldürmek için bir kimse üzerine sürülen arabanın sür'at azlığından yararlanarak kaçmayı başarmasında elverişsizlik değil, **Teşebbüs Hâli** vardır.

Bu üçüncü nazariye dahi eleştirilmiş ve imkânsızlığın suçun mevzuuna ve vasıtalara göre kat'î veya nisbi olsun, esasen suç vücuda gelebileceğinden sonucu deyiştirmeyeceği üzerinde durulmuş ve **İmkânsızlığı Derecelendirmenin Yanlılığı** ve fiilin işlenmesi anındaki duruma bakılması gerektiği savunulmuştur.

Böylece sorun'u çözümlemek için bir dördüncü nazariye öne sürülmüştür.

D) HUKUKSAL VEYA YASAL İMKÂNSIZLIK NARARİYESİ

Bu nazariyeye göre her olayda işlenmek istenen suçun hukuksal tanımlanmasındaki unsurlara bakılarak suçun vücuda gelmesine olanak bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Bu unsurlardan biri yoksa faile ceza verilemeyecek, aksi takdirde verilecektir. Örneğin kasden adam öldürmek suçunun tanımı, hayatta bulunan bir insanın hayatını kasden izale etmektir. Şu halde zaten ölmüş bir kimseyi öldürmek isteyen faile ceza verilemeyecektir. Zira bu durumda, adam öldürmek suçu teşekkül edemeyecektir. Buna karşın olay gecesi tesadüfen yatağında

bulunmayan kimsenin öldürülememesi hâlinde faile ceza verilecektir. Zira suçun işlenmesine hukuken imkân vardır...

Bu nazariyelerin ışığında hemen söyliyelim ki ceza yasamızda kaynak 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasasında olduğu gibi sözde suç ve işlenemez suçlar hakkında bir sarahat yoksa da **Eksik** ve **Tam Teşebbüs** müessesesini düzenleyen 61 ve 62. maddelerde suçun mevzuu bakımından hukuksal imkânsızlık esasına, vasıtalar bakımından bunların elverişli olup olmaması esasına göre sorunun çözümlenmeye çalışıldığı, hukuksal imkânsızlık bulunması veya vasıtaların elverişli olmaması hâlinde işlenemez suçların cezalandırılmıyacağı, bunlar dışında **Teşebbüs** olarak ceza verileceği anlaşılmaktadır. Filhakika 61 ve 62. maddelerin başlangıcında : **(Bir Kimse İşlemeyi Kastedtiği Bir Cürmü)** deyimi kullanılmaktadır. Bir fiile cürüm diyebilmek için o cürüm için aranan tüm unsurların bulunması şart olduğuna göre, bu unsurlardan biri bulunmadığı takdirde cürümün meydana gelmesi hukuken imkânsız olacağından faile ceza verilemeyecektir. Keza 61. maddede **(Vesaiti Mahsusa — Elverişli Vasıtalar)** deyimi yer almaktadır. Fail elverişli olmayan bir vasita kullanmışsa, ortada vasıtaya göre kat'i imkânsızlık bulunduğundan cezalandırılmıyacak, elverişli olan ve fakat kâfi bulunmayan vasitanın kullanılması hâlinde vasıtaya göre nisbi imkânsızlık durumunun varlığı söz konusu edilecek ve faile **Teşebbüs (Kalkışma)** cezası verilecektir. Böylece ceza yasamız, sözde suç ve işlenemez suçlardan ayrıca bahsetmemekle birlikte genel hükümlerden yararlanmak suretiyle sorunu dolaylı yoldan çözümlenmek mümkün olmaktadır.

İşlenemez suçlarla tam kalkışma halinin birbirine benzemesi nedeniyle kalkışmanın unsurlarını kısaca anımsayalım. Bilindiği gibi bu unsurlar :

- a) Belirli bir cürmü işlemek kasdı,
- b) İcraya elverişli vasıtalarla fiilin işlenmesine başlanmış olması,
- c) Failin, elinde olmayan engel sebeplerle o cürme ait fiilleri ikmal edememesinden oluşur.

Eksik teşebbüste, fail elinde olmayan engel nedenlerle icra hareketlerini bitirememiş, tam teşebbüs'te ise bütün icra hareketlerini bitirmiş olduğu halde elinde olmayan sebeplerle sonuç hasıl olmamıştır. Görülüyor ki işlenemez suçlarla tam kalkışma birbirine benzemekle be-

raber, her iki müessesenin yukarıda açıklanan koşulları göz önünde tutularak hemen belirtmek gerekir ki, işlenemez suçlarda sonucun elde edilmesi mümkün olmadığı halde tam kalkışmada, yapılan icrai hareketlerle sonucun meydana gelmesi olasılığı vardır. Bir kimseyi öldürmek için silâhını kullanan ve fakat nişan almaktaki yetersizliği nedeniyle isabet kaydedemeyen kimsenin durumunda olduğu gibi. Bu, bir kalkışma'dır... Zira atılan kurşunlardan birinin hedefe isabeti olası idi.

3) KONUMUZ AÇISINDAN İTALYAN CEZA YASASI

1931 tarihli İtalyan Ceza Yasası sözde suç ve işlenemez suçu cezalandırmamış, buna karşın 49. maddesinde, beraatine karar verilen sanık hakkında bir emniyet tedbirinin uygulanmasını hâkimin emredebileceğini öngörmüştür.

Gerçekten anılan Yasanın 49. maddesinin birinci fıkrasında sözde suç hakkında şu hüküm ortaya konmaktadır :

(Suç teşkil etmeyen bir fiili, hataen suç teşkil ettiğini sanarak işleyen kimse cezalandırılmaz).

(Non È Punibile Chi Commette Un Fatto Non Costituente Reato, Nella Supposizione Erronea Che Esso Costituisca Reato).

Bu fıkra, aynı yasanın birinci maddesindeki **(Yasanın Açıkça Suç Saymadığı Bir Fiil İçin Kimse Cezalandırılmaz - Nessuno Può Essere Punito Per Un Fatto Che Non Sia Espressamente Preveduto Come Reato Dalla Legge)** ilkesini doğrulamaktadır.

İtalyan ceza yasası yönünden işlenemez suçu incelemeye geçmeden önce aynı yasaya göre de **Kalkışma (Teşebbüs)** müessesesine kısaca göz atmak zorundayız.

Teşebbüs, en basit tanımıyla tamamlanmamış, ikmal edilmemiş **(İmperfetto)** bir suçtur. Teşebbüsü tanzim eden anılan Yasanın 56. maddesi şöyle diyor : (Bir cürüm işleneceğine dair açık ve hiçbir tereddüt ve şüpheye yer vermeyecek şekilde elverişli hareketleri yapan kimse, fiil tamam olmaz veya sonuç gerçekleşmezse cürme teşebbüs-ten dolayı sorumlu olur).

Bu madde gereğince teşebbüsün şartlarını :

- a) Elverişli hareketlerin yapılması (**Atti İdoner**),
- b) Bu hareketlerin hiçbir tereddüde yer vermeyecek surette bir cürmün işleneceğini kesin olarak göstermesi (**Direzione Non Equivo- ca**),
- c) Fiilin tamamlanmamış veya olayın gerçekleşmemiş olması, şeklinde sıralayabiliriz.

Görülüyor ki 1931 tarihli İtalyan Ceza Yasasının yukarıda açıkladığımız 56. maddesi **Vasıtaların Elverişli** olmasını değil, **Hareketlerin Elverişli Olması'nı** arıyor. Hareketlerin elverişliliği de **Somut Olarak ve Maddi Duruma Göre** takdir edilmelidir.

Hareketlerin elverişli olması kıstasının zıttı, **Elverişli Olmayan Teşebbüs** ve **İşlenemez Suça Teşebbüs** müessesesidir. Bu halde yasa, ceza verilemeyeceğini belirtiyor... Fakat hâkim, aynı Yasanın 49. maddesinin son fıkrasına göre, beraat eden sanığın bir emniyet tedbiri altına alınmasına karar verebilir (**Göz Altında Serbest Bırakmak**).

Şimdi asıl konumuza dönelim :

İtalyan Ceza Yasasının 49. maddesinin ikinci fıkrasında : **Hareketin Elverişsizliği** veya **Suç Konusunun Bulunmaması** nedeniyle zararlı veya tehlikeli sonucun meydana gelmesi imkânsız ise yine cezalandırma olamaz) demektedir. Böylece :

- a) Hareketin Elverişsizliği (İnidoneità Dell'azione) ve
- b) Suç Konusunun Bulunmaması (İnesistenza Dell'oggetto işlenemez suçun, fiilin unsurları ile ilgili iki özel halini oluşturmaktadır.

Bunları kısaca inceleyelim :

a) 1889 tarihli Yasanın koyduğu formülün yerini alan **Elverişli Hareket**, suçun işlenmesini mümkün kılacak nitelikte bir harekettir. Hareketin elverişli olup olmadığını saptamak için elverişsizliği **Soyut Olarak Kat'i Ve Nisbi Elverişsizlik** şeklinde ikiye ayıran teoriye başvurulmakta ve yalnız kat'i elverişsizlik hâlinde işlenemez suçun varlığı kabul edilmektedir... Bundan başka daha yeni bir görüş sorunu somut olarak ele almak suretiyle hareketin elverişli olup olmadığını, bu somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak değerlendirmeyi tercih etmektedir. Böylece kat'i ve nisbi elverişsizlik ayırımı reddedilmekte, somut olayın bütün ayrıntıları gözetilerek hareketin elverişli olup ol-

madığının saptanması yoluna gidilmektedir. Somut olayda hareket, gerçekleştirilecek sonuca uygun görülüyorsa, sonuç metdana gelmemiş olsa bile, meydana gelme olasılığı karşısında elverişlidir ve ortada cezalandırılabilen kalkışma hâli söz konusudur. Buna karşın hareket, sonucu meydana getirmek tehlikesi göstermiyorsa elverişsizdir. Ve bir işlenemez suç hâli düşünülmemelidir.

b) İşlenemez suçun diğer esaslı şartını suçun mevzuunun bulunmaması teşkil etmektedir. Bu **Kesin Surette** mevcut olmamaktır. Bir kimşenin, failin kurşun sıkmasından önce kalp krizi sonucu ölmüş olması hâli gibi.

1931 tarihli İtalyan Ceza Yasasının 49. maddesinin üçüncü fıkrası, (İşlenen fiilde istenenden başka bir suçun unsurları bulunuyorsa, işlenen fiil için gösterilen ceza uygulanır) demektedir. Bu fıkra, gerek sözde suç, gerek işlenemez suç açısından değer taşır. Zira fail, davranışlarında aynı zamanda bir diğer suç türüne yönelmek suretile bu ikinci suçun subjektif unsurunu oluşturan kasda sahip bulunmakta, keza diğer objektif unsurlar da ihlâl edilmiş bulunmaktadır. Örneğin mevcut olmayan bir şeyi çalmak iradesile geceleyin bir eve giren kimse hırsızlık suçu açısından işlenemez suç ile karşı karşıyadır. Ama bu kimse, geceleyin konut dokunulmazlığını ihlâl suçundan ceza görecektir.

Daha önce de kısaca değindiğimiz gibi anılan Yasanın 49. maddesinin son fıkrasına göre hareketin elverişsizliği veya konunun bulunmaması nedeniyle işlenemez suçla ilgili olarak hâkim, cezalandırılmayan sanığın **Emniyet Tedbirine — Misura Di Sicurezza —** tabâ tutulmasını emredebilecektir. Özellikle işlenemez suçta failin ortaya koyduğu tehlikeli durum, hâkime toplum adına emniyet tedbiri uygulayıp uygulamamak hususunda yasal bir takdir hakkı vermektedir. Pozitivist ekol'ün etkisinin büyük olduğu bu tedbirin uygulanabilecek türü, emniyeti umumiye nezaretidir (**Liberta Vigilatà**). Bu konuda biraz açıklama yapmak yerinde olacaktır :

Bu tedbir, ceza karakterindedir. Emniyet tedbirinin temeli, failin tehlikeli oluşuna dayanır.

Hâkim bu tedbiri, failin sosyal bakımdan tehlikeli olduğunu araştırdıktan ve saptadıktan sonra emredebilecektir. Cezalarda olduğu gibi burada da **Yasallık İlkesi** geçerlidir. Bu ilke gereğince hiç kimse yasanın açıkça tesbit etmediği ve öngörülen haller dışında tedbir altına

konamıyacaktır... Ceza yasası açısından failin yeni fiiller işlemesi muhtemel görüldüğü zaman, bu şahıs ceza ehliyetini taşımasa veya cezalandırılması mümkün olmasa dahi sözü edilen Yasanın 203. maddesi gereğince **Tehlikeli** sayılacaktır.

Cezadan farklı olarak bu tedbirin aşağı haddi gösterilmiş ise de yukarı haddi belirlenmemiştir. Böylece asgari süre geçtikten sonra hâkim, ilgilinin durumunu gözden geçirecek ve tehlikelilik hâlinin sürdüğü kanısına varacak olursa yeni bir süre tâyin edecektir. Bu tehlikenin ortadan kalktığını gösteren nedenlerin varlığı hâlinde ise, hâkim bu konuda her zaman yeni bir inceleme yapabilecektir.

Hâkim tarafından fail hakkında bu tedbirin alınması mecburi değil, ihtiyari'dir.

Anılan Yasanın 228. maddesine göre bu tedbir **Göz Altında Serbest Bulundurmak — Liberta Vigilatà** şeklinde isimlendirilmektedir. Böylece yasada suç olarak yer almayan fiilinden dolayı faile, aynı Yasanın 229 maddesinin 2. bendi gereğince **Göz Altında Serbest Bulundurma Tedbiri** uygulanabilecektir. Bu suretle fail, güvenlik makamlarının nezaretinde bulundurulur ve hâkim'in verdiği emirlere ve yüklediği vecibelere uyar.

Bu göz hapsi, failin sosyal hayata tekrar intibak etmesini kolaylaştıracak tarzda çalışmak suretile icra olunur. Fail, kendisine yükletilen vecibelere uymazsa, hâkim tarafından kendisinden (**İyi Hareket Teminatı — Buona Condotta**) istenebileceği gibi vahim hallerde tarımsal müessese veya işevine, yaşı küçükse adli islâh evine gönderilmesi de karar altına alınabilir.

Anılan Yasanın 228. maddesinin 5. fıkrasına göre göz altında serbestlik tedbirinin süresi, bir yıldan aşağı olamaz...

Özet olarak 1931 tarihli İtalyan Ceza Yasasınının 49. uncu maddesi, çeşitli fıkralarile sözde suç ve işlenemez suçu hukuksal yönden düzenledikten sonra açıkladığımız son fıkrasında da **Emniyet Tedbiri** sorun'unu ele almak suretile anılan müesseseleri teorik ve pratik açıdan tamamlamaktadır.

4) KONUMUZ AÇISINDAN FRANSIZ CEZA YASASI

1808 yılında Almanya'da (**Feuerbach**) tarafından ortaya atılan ünlü **İşlenemez Suç** teorisi, Avusturya, Fransa, Rusya, Belçika..... gi-

bi çeşitli ülkeler doktrin ve içtihatlarına geniş ölçüde etki yapmış bulunmaktadır. Tipik tarihsel ilk örnek Fransa'da (**Laurent**) davasında kendini gösterir.

8 Aralık 1849 tarihinde **Laurent** adındaki gayri tabii şahıs, babasını öldürmek için doldurduğu silâhı duvara dayar... Babası, oğlunun maksadını sezinler, silâhı boşaltır ve yerine kor... Laurent gelir, silâhı alır, babasına çeker ve fakat boş silâh hiçbir zarar doğurmaz... (Agen) Mahkemesi, babasını öldürmeğe teşebbüs'ten **Laurent**'i mahkûm eder...

Aynı şekilde hasmını zehirlemek isteyen bir kimse maddeyi verir. Fakat maddenin etkisiz olması nedeniyle ölüm meydana gelmez... Yankesici, para çarpmak için elini daldırdığı şahsın cebi boş olduğu için bir şey çalamaz...

Sanık, bütün bu hallerde toplum için tehlikeli ve immoral olduğunu göstermiştir... Fiilinden sonuç alamaması, iradesinin dışındaki etkenlere dayanır...

İşlenemez suç'un Fransa'da cezalandırılmaması tezi, doktrinde Fransız ceza yasasının ikinci maddesinden kaynaklanır. Bu maddeye göre teşebbüsün cezalandırılması, **İcraya Başlama — Un Commencement D'execution** ile mümkündür. İşlenemez suçta ise icraya başlama yoktur... Zira imkânsız bir şey icra edilemez... Zehirleme ile ilgili aynı yasanın 301. maddesi, ölümü meydana getirebilecek maddelerin verilmesinden söz ediyor. Eğer verilen bu madde zararsız ise 301. maddenin öngördüğü unsurlar gerçekleşmeyecek ve fail cezalandırılmayacaktır.

Bu doktrin 19. yüzyılın başlarından itibaren Fransız içtihatlarında da yer aldı. 20 Kasım 1812'de zehirlenme ile ilgili yukarıda belirtilen doktrinal örnek Fransız Yargıtay'ınca aynen içtihat edildi ve faile ceza verilmedi. Gebe olmayan bir kadının üzerinde çocuk düşürme teşebbüsünde bulunan şahıs da aynı şekilde 1859 tarihinde cezalandırılmadı. Nihayet 1894 yılında cüzdanı çekmek için boş bir cebe elini sokan yankesici de cezasız kaldı...

Konunun bir ölçüye vurulması için Fransa'da da **Kat'i** ve **Nisbi** imkânsızlık tefriki yapıldı. Ve yalnız **Kat'i İmkânsızlık** cezalandırılmayan bir hal olarak nitelendirildi ...Keza kat'i ve nisbi imkânsızlık, mevzu (**Objet**) ve vasıta açısından ikili yeni bir ayırma tâbi tutuldu. Ölmüş bir kimse tekrar öldürülemeyeceğinden, bu gibi hallerde ortadan mev-

zu bakımından kat'i imkânsızlık vardır denildi... Keza ölü doğum yapmış bir annenin (**Infanticide**), yani yeni doğmuş bir çocuğun kasden öldürülmesi suçunu işlemesi kesinlikle imkânsız görüldü. Kesinlikle etkisiz vasıtalarda da imkânsızlığın kat'i oluşu üzerinde duruldu. Boş bir tabanca ile hasmına ateş etmeğe kalkışmak gibi.

Sırası gelmişken belirtelim ki işlenemez suçlar konusunda keyfiyeti içtihadı bırakarak Fransız uygulamasına karşın, 1934 Fransız Ceza Yasası projesi, 108. maddesinde işlenemez suç cezalandırmayı tercih etmektedir.

1932 tarihli Polonya Ceza Yasasının 23. maddesinde işlenemez suç cezalandırmaktadır. Küba Ceza Yasası 26. maddesinde kat'i imkânsızlık hâlinde fail hakkında bir emniyet tedbiri uygulanmasını vurgulamaktadır. 1938 tarihli İsviçre Ceza Yasası ise, 23. cü maddesinde, kat'i imkânsızlık hâlinde cezanın hafifletilmesini öngörmektedir...

5) S O N U Ç

Sözde suç ve işlenemez suç ile ilgili incelememizi sonuç bölümüne getirmiş bulunuyoruz. Bu bölümde konuyla ilgili kişisel görüş ve dilekçelerimizi üç nokta etrafında toplayacağız :

● A) Etüdümüz sırasında gördük ki Türk Ceza Yasasında sözde suç ve işlenemez suç konusunda açık bir hüküm bulunmamakta ve bu durum, hiç kuşkusuz uygulamada bazı tereddütlere neden olmaktadır. Hemen söyleyelim ki gerek vasıta, gerek mevzu bakımından elverişsizlik halinde işlenemez suç failine ceza verilip verilemeyeceği hususunda ceza yasamızın benimsediği sistemi anlamak çok güçtür... Bu itibarla mecburen sorumlulukla ilgili genel hükümlerden çıkartılacak sonuç ve yorumlardan yararlanmak gerekecektir. Yorum yoluyla yapılan saptamalara dayanılarak işlenemez suçun cezalandırılmayacağı ileri sürülüyor... Buna gerekçe olarak, teşebbüste yasa, elverişli vasıtalarla cürmün icrasına başlamayı aradığına göre vasıta veya mevzu yönünden işlenemez suçun cezalandırılmaması gerekecektir. Zira mevzu yoksa cürümde yoktur. Vasıta, sonucu doğurmak gücünden yoksunsa ortada elverişli vasıta bulunmamaktadır deniliyor...

Oysa 1931 tarihli İtalyan Ceza Yasasının 49. maddesi sözde suç ve işlenemez suçun hukuksal durumlarını ayrıntılarıyla düzenlemek ve bu iki müesseseyi bilimsel yönden bir disiplin altına almak suretilerle bu konudaki tüm tereddütleri ortadan kaldırmış bulunmaktadır.

Bağımsız hüviyette bir maddenin ceza yasamız bünyesinde de yer alması, böylece teorik bir konunun bilimsel ve çağdaş koşullar içerisinde uygulamada dahi çerçevesinin çizilmesi dileğimizdir.

● B) Yukarıda değinildiği gibi 1931 tarihli İtalyan Ceza Yasasınının 49. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve gerek sözde suç, gerek işlenemez suç açısından geçerli bulunan : (İşlenen fiilde istenenden başka bir suçun unsurlarının bulunması hâlinde, işlenen bu fiil için gösterilen ceza uygulanacağı) tarzındaki hükmün, ceza yasamızın bünyesinde de yer alması bilimsel esaslara çok uygun düşecektir. Zira fail, işlenemez suç sırasında bir diğer suça da yöneldiği takdirde olayda bu ikinci suçun maddi ve manevi unsurları da oluşabilecektir. Bu gibi hallerde ceza yasamızın eksik teşebbüsten bahseden 61. maddesinin son fıkrasında olduğu gibi konumuzu aydınlatacak bağımsız maddeye dilediğimiz doğrultusunda eklenecek bir fıkra sorunu çözümlenmeye yetecektir.

● C) Yukardaki anlatımlara göre bir kimseyi öldürmek için fail silâhını doldursa ve fakat hazırladığı silâh yerine hataen eline boş bir silâh almasından veya doldurduğu silâhın rutubet dolayısıyla ateş almamasından öldürme fiilini işlemesi imkânsız bulursa, bıçaklı bir saldırıya uğrayan bir kimse çelikten bir yelek giymesi nedeniyle vasita, elverişsizliğe dönüşse bu ve buna benzer hallerde faile ceza verilemeyecektir. Zira denecektir ki fiil engel olan tesadüfi keyfiyet, fiilin icrası ile son bulması arasında değil, vasitanın hazırlanması ile fiilin icrası arasında husule gelmiştir. Oysa bu gibi hallerde failin cezasız kalması, kanımızca kamu oyunu tatmin etmekten çok uzaktır. Bugünkü şekliyle toplum için tehlikeli hâlini kanıtlamış bir kimseyi, işlenemez suçun koruyuculuğu altında cezadan uzak tutmak, ona **Yeni ve İşlenebilir** fiilleri işlemeğe olanak sağlamak, yol açmak demek olacaktır.

Sübjektif bakımdan failin ahlâki redaeti ve topluma zarar verebilecek bir şahıs olduğu göz önünde tutularak bu eylemi **Müstakil Bir Suç** sayılmak suretile hakkında teşebbüs'ten daha hafif, daha ılımlı bir cezayı öngören bir maddenin ceza yasamız kadrosuna konması zorunludur. Zira fikrimizce failce bilinmeyen vasita veya mevzudaki bir elverişsizliğin cezasızlık sonucunu doğurması savunulacak bir görüş değildir. 1889 tarihli kaynak İtalyan (Ceza Yasasınının proje raporunda yer alan ve klâsik ceza hukuku ekolünün görüşüne uyan : (Sosyal nizamın doğa tarafından korunduğu bir yerde ceza yasasının savunma-

sını da buna eklemeye gerek olmadığı) tarzındaki sözler, hukuk edebiyatının süslü cümlelerini oluşturmaktan ileri gidemeyecektir.

Kanımızca fail, suç işlediği takdirde ceza göreceğini bilmelidir. Cezanın **İslâh** ve **Önleme** gayesi de bunu gerektirmektedir...

İçtenlikle inanıyoruz ki özellikle işlenemez suç'ta failin simgelediği **Tehlikeli Durum** karşısında bu konuda alınacak yasal bir önlem, toplumsal ve hukuksal bir boşluğu doldurmuş olacaktır.

KAYNAKLAR

- 1) CEZA — UMUMİ KISIM — TAHİR TANER. İSTANBUL, 1953.
- 2) TÜRK CEZA HUKUKU — CİLT I. GENEL HÜKÜMLER — FARUK EREM — ANKARA 1950.
- 3) TRAITE ELEMENTAIRE DE DROIT CRIMINEL. DONNEDIEU DE VABRES, PARİS, 1943.
- 4) COMMENTO AL CODICE PENALE ITALIANO. MAJNO, 1924.
- 5) TRATTATO DI DIRITTO PENALE ITALIANO. VINCENZO MANZINI. TORIO, 1951.
- 6) CODICE PENALE E CODICE DI PROCEDURA PENALE. FRANCHI — FERRARI. MILANO, 1964.

DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR, GELİŞMELER, HABERLER

Bülent AKMANLAR (*)

PLAN : 1 — Kongre Haberleri. 2 — Sanığın Kişiliğinin Araştırılması. 3 — Suçtan Kaynaklanan Para Ve Benzeri Değerlerin Eldeğıştirmesi Ve Gizlenmesine Karşı Alınacak Önlemler.

10. Uluslararası Sosyal Savunma Kongresi Yunanistan'ın Selanik Kenti'nde 28 Eylül - 2 Ekim 1981 tarihleri arasında toplanarak (**Kent Ve Suçluluk**) konusunu ele almıştır. Kongreye sunulan ve tartışılan bildiriler genelde ; kriminolojik, sosyolojik ve yargısal olmak üzere üç ana görüşü içermektedir. Kriminolojik açıdan ; kentlerde suç hareketleri, çocuk suçluluğu, kent ve mükerrir suçluluk, kentin çeşitli çevrelerinde suçlu tipleri, kent ve şiddet suçlarını, sosyolojik açıdan ; sosyo-ekonomik sistem, alt mahalle karakteristiği, kentlerde yabancıların yaşadıkları bölgeler, endüstrileşme ve çocuk suçluluğunu, Yargısal açıdan ise, kentleşmenin ceza ve usul yasalarına etkisi, kentin sosyal denetimini sağlayıp düzenleyecek yasal önlemleri görüşüp tartışmıştır.

Fransa 20. Kriminoloji Kongresi'nin konusu ise (**Irza Geçme**) dir. Fransa'nın Lille Kenti Tıp Fakültesi'nde 14 - 17 Ekim 1981 günlerinde toplanan kongrede irza geçme, kriminolojik ve viktimolojik açıdan, ceza hukuku, tıp ve sosyoloji bilimleri doğrultusunda tartışıldı. Kongreye sunulan bildiriler arasında en ilginç olanı sanırız ki, Uluslararası Af Örgütü'nün (**Cinsel Saldırıları Ve İşkence**) konulu olan bildirisiydi.

Önümüzdeki sayılarda bu kongrelerin geniş tutanaklarından bilgi sunacağımızı ummaktayız.

2 — SANIĞIN KİŞİLİĞİNİN ARAŞTIRILMASI

Pek çok ülkenin Ceza ve Ceza Yargılamaları Usulü Yasalarında dava dosyası yanında bir de sanığın kişilik dosyasının düzenlendiği bilinmektedir. Bu dosyanın cezanın kişiselleştirilmesi açısından erteleme, hakimın takdir hakkının kullanılması yönünde çok gerekli ve yararlı olduğunda kuşku yoktur. Uygulamada yasalarımızda böyle bir araştırmanın yapılmasına olanak sağlayacak hükümlerin bulunmaması özellikle Yüksek Yargı Denetimini sağlayan Yargıtayda sık sık dile ge-

(*) **Yargıtay 8. CD. Üyesi**

tirilmiştir. Bu konuda çok çabuk bir yasal düzenleme yoluna gidilmesi gereğine inanan bir kişi olarak aşağıda özetini vereceğimiz araştırmayı, Ceza Yasası ile Ceza Yargılamaları Usulü Yasasında yalnızca cezayı çoğaltmak ve yargılamayı çabuklaştırmaktan başka yenileştirme yapılamayacağını sanan yetkililere ithaf ediyoruz.

Bir Afrika Ülkesi olan Kamerun'un Yaunde Üniversitesi Öğretim Görevlilerinden Akoudou'nun tanıtma yazısında ; Kamerun Ceza Yargılamaları Usulü Yasasında (Sanığın Kişiliğinin Araştırılması) doğrultusunda bir değişikliğe gidileceğinden, bu konuda bir kişilik dosyası düzenleneceğinden, soruşturma aşamasında sanığın doğumundan başlayarak, aile, okul, arkadaş ve çalışma çevreleri ile ilişkileri saptanarak hangi koşullarda suça yönelip suç işlediği belirlenerek ceza, uygulaması, indirimi, ertelenmesi, ceza dışında başka önlemler alınması konularında bundan nasıl yararlanılacağından söz edilmektedir.

3 — SUÇTAN KAYNAKLANAN PARA VE BENZERİ DEĞERLERİN ELDEĞİŞTİRMESİ VE GİZLENMESİNE KARŞI ALINACAK ÖNLEMLER

Avrupa Konseyi Başkanlar Komitesinin 27 Haziran 1980 tarihli toplantısında, pek çok Avrupa ülkesinde soygun olaylarının giderek çoğalmasını ve kamu oyunun bundan duyduğu kaygıyı da gözeterek üye devletlere bazı tavsiyelerde bulunulması kararlaştırılmıştır.

Soygun, gasp ve benzeri şiddet suçlarından elde edilen (kirli) para ve değerlerin yer ve el değiştirmek ve bankalarda çeşitli yöntemlerle saklanmak suretiyle (temizlenmesine) karşı alınacak önlemleri içeren karar ve bu karara kaynak olan önerileri özetlemeye çalışıyoruz.

- Suçtan elde olunan değerler genellikle bankalarda değiştirilmekte veya saklanmaktadır. Böylece (kirli) para bankaya yatırılıp hesap açılmakta ve kaynak kaybedilmektedir. Ancak bu yöntem çok seyrek başvurulmaktadır. Banka çeki ile değiştirmek veya kiralık kasada saklamak çoğunlukla başvuru yollarıdır. Bu durumda bankaların doğrudan başvuracak olan kişilerden fotoğraflı ve resmi kuruluşlardan verilmiş kimlik belgesi aramaları ve bunu usul haline getirmeleri uygun görülmektedir. Başvuru üçüncü bir kişi tarafından yapılıyorsa bundan da kimliğini kanıtlaması istenilmelidir.

- Bankalar her başvuran kişiye kasa kiralamaktan kaçınmalı ancak sürekli iş yaptığı müşterileri ile güvenilir kişi oldukları kanıtlananlar dışındakilere kiralık kasa vermemelidir.

● Kiralık kasa sahibi müşterilerin düzenli listesi hazırlanmalı, kasadaki değerler ile maddelerin bir envanteri tutulmalı ve hakimın isteği üzerine bu bilgiler mahkemeye verilmelidir.

● Bankalar, üzerlerindeki seri sayıları önceden saptanmış bir miktar parayı silahlı banka soygunları için hazır bulundurmalı ve böyle bir durumda bunları vermek yolunu seçmelidir ki gereğinde yetkililere suç konusu paraların seri sayıları bildirilebilsin, Gerçekten (kirli) paranın sürümünde tanınmasının en geçerli yolu üzerlerindeki seri sayılarıdır.

● Vezne ve benzeri işlerde çalışanların kimlik saptaması ve (kirli) paraların tanınmasında yeteneklerinin artırılması ve bu doğrultuda yetiştirilmeleri yararlı olacaktır.

● (Kirli) paraların sürümünün önlenmesinde bankalarla yetkili kuruluşlar arasında sıkı bir işbirliği sağlanmalı ve bu işbirliği ulusal düzeyde olduğu kadar uluslararası açıdan ve İnterpol aracılığı ile teknik olanaklarla sürdürülmelidir. Bu olanaklar İnterpol'ün Swift (Dünya Bankalar Birliği Mali Telekomünikasyonu)ndan yararlanması ile sağlanabilir. Bu sistem genellikle Avrupa ülkelerindeki belli başlı bankaları birbirine bağlamakta olup tüm bankalara yayılması yararlı olacaktır.



KAYNAKLAR : 1 — Revue pénitentiaire et de droit pénal. Paris 1981 Sayı 2

2 — Mesures contre le transfert et la mise à l'abri des capitaux d'origine criminelle. Conseil de L'Europe - Strasbourg 1981

KİTAP TANITMA

YARGITAY KİTAPLIĞI'NDAKİ ESKİ HUKUK ESERLERİ

Ali Rıza ÖNDER (*)

Kitaplık Yönetmeliği'nin 22. maddesi uyarınca Yargıtay Kitaplığı'nın Başkanlık adına denetlenmesi yetkisi, Birinci Başkanlığın 11.7.1980 günlü yazısı ile bana verilmişti. Buna dayanarak son iki yıl içinde yaptığım denetleme sırasında, saloni dışındaki bir bodrum odasında depolanmış durumda bulunan kitapları birer birer elden geçirdim. Burada, eski harflerle basılmış 300'ü aşkın sayıda kitap ve dergi bulunduğunu gördüm. Eski alfabeyi bilenlerin çok azaldığını ve bu alfabe ile yazılmış yapıtları kimsenin arayıp sormadığını düşünen eski görevliler, yıllar boyunca bunları bir düzene koyup fişlemeye gerek görmemişlerdir.

İçlerinde el yazması kitapların da bulunduğu bu müzeli eserlerin, tozlar içerisinde kalmasına ve çürümeye terk edilmesine gönlüm razı olmadı. Bunları kitaplık salonuna çıkartıp tek tek inceledim. Kütüphanecilik öğrenimi görmüş olan ve konu ile yakından ilgilendiğini bildiğimiz yeni kütüphane müdürüne ve yardımcılarına, adlarını ve diğer bilgileri yazdırdım. Bunlarla ilgili bir katalog oluşturuldu. Ayrıca, kitapların bibliyografik künyeleri yer numaralarına göre sıralandı. Sağladığımız ayrı bir dolaba yerleştirilen bu değerli eserler müdürlük odasında korunmakta ve araştırmacıların yararlanmalarına sunulmuş bulunmaktadır. Çoğu kez uzunca yazılmış olan kitap künyeleri ile yazar adlarında yaptığımız kısaltmalar sırasında ufak tefek yanlışlıklara düştüğümüz ve eksik bıraktıklarımız görülmüş olabilir. Bunların, uzmanlarınca her zaman düzeltilmesi ve tamamlanması olanağı vardır. Bu konudaki kusurlarımızın hoş görülmesini dileriz.

Listesini aşağıda göreceğiniz ve Türk Hukuk Tarihi ile ilgili olmaları yönünden bilimsel inceleme yapacak kişiler için kaynak değeri taşıyan bu kitaplar arasında, 16. yüzyılın ünlü hukukçusu EBÜSSUUD Efendi'nin «Fatava-yı Ebüssuud» adlı Türkçe metinli el yazması Fetva kitabından tutun, 19. yüzyılın tanınmış müftülerinden Kayserili Mesut Efendi'nin «Mir'at-ı Mecelle» adlı Arapça kitabına kadar çeşitli hukuk kaynaklarına rastlıyacaksınız.

(*) Yargıtay 9. CD. Üyesi.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin gerekçesi niteliğini taşıyan ve «Mecelle Cemiyetinden Tanzim Olunan Mazbata Sureti» adı ile Mecelle metninin başında yer alan yazıda, 16. yüzyılın büyük İslam bilginlerinden İbn-i Nüceym'den söz edilmekte ve şöyle denmektedir :

«Bunca asırlardan beri Sadat-ı Hanifiye tarafından verilmiş olan Fetavanın cem ve ihatası ne kadar düşvar olduğu, muhtac-ı beyan değildir. Binaenaleyh (İbn-i Nüceym) bir takım kavaid ve mesail-i külliyeyi cem ederek bunların tahtında Furu-u Fıkhî âlâvehülihata dercelemek yolunda bir güzel çığır açmış ise de, ondan sonraki asırların âlim ve fakih yetiştirmek yolunda evvelki semahati görülemediğinden, onun eserine iktifa ile açmış olduğu çığırını şehrah edebilecek zatlar zuhurü ile bu yolda bezm-i cehd eylemelerine müsait olmamıştır.»

Önemini yukardaki satırlardan anladığımız ve kısa adı ile «Fetavay-ı İbn-i Nüceym» diye tanınan bu Arapça eserin, İstanbullu Esseyid Hasan Refet tarafından yapılan Türkçe çevirisi de kitaplığımızda bulunmaktadır.

Bu köşedeki kitaplardan çoğu Osmanlı Türkçesi ile yazılmıştır. Bir bölümü ise Arapçadır. Fahr'ür - Razi'nin Kuran tefsirinden Takvim-i Vekayi ciltlerine, düsturlardan Büyük Millet Meclisi Kavanin Mecmualarına kadar çeşitli konularda kaynak bulunmaktadır.

İlgilenecek aydınlarımızın bilgilerine sunulmasında yarar gördüğüm listeyi aşağıda veriyorum :

1 — Mecmua - i Mukarrerat-ı Hükümet-i Suriye. C. 5-8. 1929. 8° (23 cm). Arapça.

2 — Mecmua-i Mukarrerat-ı Hükümet-i Suriye. C. 1-4, 1981-1921 Beyrut Mat. 8° (23 cm). Arapça

3 — Edip Kemal. Kanunlarımız, 1341 (1925). İstanbul, Necm-i İstikbal Mat. 8° (23 cm) C. I. 1357 + 30 s. [(2-7.) ciltler de vardır.]

4 — Yağyir'ül-Tenkîh Fil Usul. İbni, Kemal. 1308 (1893) İstanbul, Cemal Efendi Mat. Usul Hukuku. 8° (23 cm) 295 s. Arapça.

5 — Şerh'ül - Kudurî. Abdul - Gani'el - Meydanî. İslâm Hukuku.

1316 (1900) Arif Efendi Mat. 8° (23 cm) 400 s. Arapça.,

6 — Fahr'ür - Razi. Tefsir-i Kebir. C. 1, 1307 H. (1890) Kur'an Tefsiri. 4° (29 cm) 507) s. Arapça. [2-8. ciltler de vardır]

7 — Esseyid Hasan Refet (Derleyen). Fetavay'ı İbn-i Nüceym. (İbni Nüceym'in Fetvaları). İstanbul, Şeyh Yahya Mat. 1289 (1373). 8° (25 cm) 363 s. Arapça.

8 — İbrahim Saib. Tetimme-i -Kitab'ül Müstetab. İslâm Hukuku. 1237 (1811). 8° (25 cm) 683 s.

9 — Türkiye Büyük Millet Meclisi Kavanin Mecmuası. Ankara,

10 — Tevfik, Tarık. Borçlar Kanunu. İstanbul, 1926 Marifet Mat. 8° (25 cm) 192 s. (E. T).

11 — Mahmut Efendi. Keşf'üs - Suttur. 10303 Hicri. (1885) Marif Mat. El - Hamzavi Suriye'de Bas. 8° (25 cm). Arapça. (25 cm) 247 s. Arapça.

12 — Ali Haydar. (Fetva Emi-ni). Kitab'ül - Nefakat. 1333 (1917) İslâm Hukuku. 8° (25 cm). 164 s.

13 — Burhanettin İbrahim. Kit-tab'ül - İs'af Fi - Ahkâm'ül - Evkaf. İslâm Hukuku. 1282 - (1867). 8° (25 cm) 123 s. Arapça.

14 — Kitab'ül - Telvih. 1283 (1867). C. 1, 8° (25 cm) 711 s. Arap-ça, İslâm Hukuku.

15 — Şeyh'ül İslâm Debbagzade Numan. Tuhfet'üs - Sukûk. İslâm Hukuku. 1256 (1340). 8° (25 cm) 417 s. Arapça.

16 — Mehmet İzmirî. Mir'at - ül Usul Haşiyesi. C. 2, 1295 (1879) Mısır Mat. 8° (25 cm). 409 s. Arap-ça.

17 — Mehmet Recai. Neticet'-ül - Fetava. 1265 (1849) İstanbul, Matbaa-i Âmire. 639 s. (E. T).

18 — Muhammed Bin Hamza Bin Mehmet Fenarî. Füsul'ül - Bedayi. 1296 (1880) İslâm Hukuku. C. 1, 2. 8° (25 cm) 436 s. Arapça.

19 — Şemseddin Mehmet'ül - Kahistani. Menakıb'ül - Eimmet'ül - Müctehidin C. 1., 2. 8° (25 cm) 406 s. Arapça - İslâm Hukuku.

20 — Karakoç, Serkiz. Arazi Kanunu. İstanbul, 1340 Mihran Mat. 8° (25 cm) 370 s.

21 — Abdül - Lâtif. Şerh'ül - Menar Laben'ül - Mülk. 1292 (1876) Fikih İslâm Hukuku. 8° (25 cm). 373 s. Arapça.

22 — Mehmet Tevfik Cana. El - Kararat'ül - İdariye Suriye Devletine ait. C. 5, 1936 Suriye Mat. 8° (25 cm) 344+6 s. Arapça.

23 — Mehmet Tevfik Cana. Mecmua - i Kararat'ül - Müfevvin. (Suriye ve Lübnan) 1933 Suriye Mat. C. 2, 8° (25 cm) 280 s.

24 — Mehmet Tevfik Cana. Mecmua - i Kararat'ül - Müfevvin (Suriye ve Lübnan) C. 1, 1933. 8° 1341 (1925) C. 1, T.B.M.M. Mat. 8° (25 cm) Ankara Bas. (E. T).

25 — Ceza Kanunu Şerhi. Adliye Vekâleti. C. 4, 1928. İstanbul Milliyet Mat. 4° (26 cm) 443 s.

26 — Mecmua - i Muharrerat - ı Temyiziyye - Ceza Kısmı. C. 1, 2 Nisan 1327 (1911). 8° (24 cm). [3. ve 4. ciltler de vardır].

27 — Muharrerat - ı Umumiye - i Adliye. Adliye Nezareti. 1327 (1911) İstanbul 1328, (1912) Bağdatlıyan Mat. 8° (24 cm). 171+23 s. [Başka ciltler de vardır].

28 — Seyid Mahmut Efendi Hamza. El - Feraid'ül Behiyye Fi El - Kavaid'ül - Fıkhiyye. İslâm Hukuku. 1298 (1880) Suriye'de Bas. 8° (24 cm) 380 s. Arapça.

29 — Fetavay - i Ebüssuud. El Yazması. 16. yüzyıl Türkçedir. 8° (24 cm). 439 s.

30 — Ömer, Hilmi. Ahkâm'ül - Evkaf. 1307 (1891). İstanbul, Mat-baa - i Âmire. 8° (24 cm). 231 s. (E. T).

31 — Musa El - Halveti İbni Hüseyin. Kitab'ül İşbah ve Elnezayir. Fıkıh İslâm Hukuku. El yazması. 8° (24 cm) 188+188=376 s. Arapça.

32 — Yakın tarihimize ait (1952 - 1968) Yargıtay Kararları - Müsveddesi. El yazması.

33 — Mehmet, Celaleddin. Hukuk-u Ticaret Dersleri. C. 1, İstanbul, Matbaa-i Hukukuye. 1328 (1912), 8° (24 cm) 510 s.

34 — Ali, Haydar. Tertib'ül - Sunuf Fî Ahkâm'ül - Vukuf. 1337 (1921) İstanbul Şirketi Mürettebiye Mat. 8° (24 cm) 790 s. (E. T).

35 — Balya Karaaydın Madenleri Anonim Şirketi. Nizamname-i Dahilisi. 1339 (1923). İstanbul, Matbaa-i Âmire. 80 (24 cm). 20 s. (E. T).

36 — Ahmet, Reşid. Hukuk-u Ticaret. C. 1, 1311 - (1895) İstanbul, Ticaret Odası Mat. 8° (24 cm) 880 s. (E. T).

[2, ve 3 ve 4. ciltlerde vardır]

37 — Mecma-i Lahika-i Kavanin. Fesbaryan Arserakis. 1311 (1895) İstanbul, Artin Asodoryan Şirket-i Murettebiye Mat. 8° (24 cm) 472 s. (E. T).

38 — Müellif Recep, Hilmi. Ahkâm-ı Vesaya. 1410, (1894) Mekatibi Sanayi Mat. 8° (24 cm). 189 s. (E. T).

39 — Müellif Reşid. Mecmua-i Kavanin ve Nizamat-ı - Cezaiye. 1313 (1897) İstanbul. 8° (24 cm). 589 s. (E. T).

40 — Adli Kanunlar. Adliye Vekâleti. 1340 (1924). 8° (24 cm) 118 s. (E. T).

41 — Ali, Haydar. Emval-i gayri Menkule Kanunu. C. 1, 1341-1343 (1925-1927) İstanbul, Amedi Mat. 8° (24 cm) 284 s. (E. T).

42 — Cevad, Abdurrahim. İzahlı Tatbikat-ı Hukukiye. C. 1, 1928. İstanbul Yeni Mat. 8° (24 cm) 486 s. (E. T).

43 — T.C. Devlet Salnamesi. (1923-1926.) (Yıllık) İstanbul Matbaası Âmik 8° (22 cm) 884 s. (E. T).

44 — T.C. Devlet Salnamesi (Yıllık) 1927-1928. Ankara Matbuat Umumü Md. 8° (24 cm). 1300 s. (E. T).

45 — Hukuk Usul-u Muhakemeleri Kanunu Adliye Vekâleti. 1927. 8° (24 cm). (E. T).

46 — Said'ül - Hadimi. Menafi'ül - Dekayik Fî Şerh-i Mecami'ül - Hakayik. 1083 (1667) İslâm Hukuku. 8° (25 cm) 336 s. Arapça.

47 — Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye. Ceza - Kısmı. 1327 (1911) C. 1, İstanbul Bas. 8° (25 cm) 1046 s. (E. T).

[2. cilt de var]

48 — Şerh-i Molla Miskin, Abdullah Bin Ahmet, Alâ Metn'ül - Kenz'ül - Hanefi. 1284 (1866). İslâm Hukuku. 8° (25 cm) 402 s. Arapça.

49 — Mollo Hüsrev. Dürer'ül - Hükkâm Fî-Şerh-i Gurer'ül - Ahkâm. Mevlana El - Kadi. İslâm Hukuku. C. 2, 1284 (1868). 8° (25 cm) 560 s. Arapça.

50 — Mevlana El - Kadi - Molla Hüsrev. Dürer'ül - Hükkâm Fî Şerh-i Güleri'ül - Ahkâm. C. 1, İslâm Hukuku. 8° (25 cm) 524 s. Arapça.

51 — Mecmua-i Nizamat-ı Girrit. C. 1, 1284-1310. (1868-1894) Girrit Mat. 8° (24 cm) 335 s. (E. T).

52 — Muallim Naci. Lugat-i Naci (sözlük). İstanbul. 960 s. 4° (29 cm) (E. T).

53 — Kayserili Mes'ud efendi. Mir'at-i Mecelle 1297 (1881). Matbaa-i Osmani İstanbul.

54 — Avrupa Devletleri Teşkilat-ı Adliyesi. 1926. Adliye Vekaleti. Ankara. 8° (24 cm) 40 s. (E. T).

55 — Türk Kanunu Medenisi. 1926, Adliye Vekâleti. 8° (24 cm) 239 s. (E. T).

56 — Bozkurt - Lotüs davasında Türk - Fransız Müdafaaları. Ankara, Türk Ocakları Mat. 1927. 8° (23 cm). (E. T).

57 — Ticaret Kanunu - Tatbikat Kanunu. 865-866) Sayılı Adliye Vekâleti. 8° (25 cm) 1926. (E. T). 186 s.

58 — Müzakerat'ül - Meclis'ül - Niyabi. 1926, Suriye'de Bas. Arapça. 8° (25 cm) 172 s.

59 — Ali Haydar. Dürer'ül - Hukkâm, Şerh-i Mecellet'ül - Ahkâm C. I. 1330 (1914) İstanbul. Tevsi-i Tabaat Mat. 8° (25 cm) 206 s. (E. T).

60 — Selim Bin Rüstem. Kitab-ı Şerh'ül - Mecelle. C. 1, İslâm Hukuku. 1888. Beyrüt (Lübnan) Bas. 8° (25 cm) 574 s. Arapça.

[Başka ciltleri de var]

61 — Planyol. Fransa Hukuk-u Medeniyesi, 1334 (1918). Adliye Nezareti Heyeti. İstanbul, Mat. Âmire. 8° (25 cm). 479 s.

62 — Ali, Haydar. Dürer'ül - Hukkâm Şerh-i Mecellet'ül - Ahkâm. C. 1, 1330 (1914) İstanbul, Tevzi-i Tabaat Mat. 8° (25 cm). 992 s. (E. T).

[2 cilt daha vardır].

63 — Kanun-u Medeni Şerh-i ve Nazariyeleri. S. 2, 1927. İstanbul Vatan Mat. 8° (24 cm) 970 s. (E. T).

[3. cilt de vardır].

64 — İlyas, Davut. El - Tetimet'ül - Fıkhiyye. 1912, İslâm Hukuku. Beyrut Mat. 8° (24 cm) Arapça.

65 — Bidayet'ül - Müctehid ve Nihayet'ül - Muktasid. C. 1, İslâm Hukuku. 1333-(1915) Mısır Kahire Mat. 8° (24 cm). 396+4 s.

66 — Osman, Nuri. Mecelle-i Umur-u Belediye. 1330 (1915). C. 2, İstanbul Arşak Korayan Mat. 8° (24 cm) 868+16 s. (E. T).

[3, 4 ve 5. ciltlerde var].

67 — Ziya Bey. Harabat. 1291 Hicri (1875). Şiir Antolojisi. İstanbul Mat. Âmire. C. 1, 4° (27 cm) 285 s.

[2, 3 ciltlerde var]

68 — Kitab-ı Fetavay'ül - Hûlasat Fi - Fıkıh. Fetva ve Fıkıh Kitabı. İslâm Hukuku. El yazması. Arapça.

69 — Fetava - Cami'ül - İcareteyn. Şehzade Esseyid Mehmet Esat. 1252, İstanbul Mat. Âmire. 8° (22 cm) 427 s.

70 — Ali, Haydar. Ahkâm-ı Evkaf Dersleri. 4. sınıf Kütüphanesi Hukuk. 1324 (1908) İstanbul Mat. Âmire. Vakıflar Hukuku El - yazması. Taş basması. 8° (25 cm) 224 s. (E. T).

71 — Şemsettin Ebi Abdullah. Alâm'ül - Mevkiin. C. 1, İslâm Hukuku. 107 H. (728). Mısır'da Bas. 8° (25 cm). 440 s.

72 — Şemsettin Ebi Abdullah. Alâm'ül - Mevkiin. C. 2, İslâm Hukuku. 107 H. (729) Mısır'da Bas. 8° (25 cm). 440 s. Arapça.

73 — Alâm'ül - Mevkiin An-Rabb'ül Alemin. C. 3, 1325 H. (1907). (Şeriat Kuralları). Dini Eser. Arapça. 8° (25 cm).

74 — Müderris Tahir Bey. (Tanner) Hukuk-u Ceza. 1926-1927. C. 1, Darülfünun Mat. 8° (25 cm) 293 s. (E. T).

[2. cilt de var].

75 — Burhanettin, Ali. Şerh-i Feth'ül - Kadir. C. 5, 1316 (1898) İslâm Hukuku, Mısır Mat. Arapça. 8° (25 cm) 533 s.

76 — Şeyh İmam Kemaleddin. Şerh-i Feth'ül - Kadir. C. 1, 1315 Hicri (1899) İslâm Hukuku. Mısır Matbaat'ül Kübra El - Âmire. Arapça. 8° (25 cm). 534 s.

[3 cilt daha var].

77 — T.B.M.M. Zabıt Ceridesi. C. 6, 1336 (1920). Ankara, Büyük Millet Meclisi Mat. 8° (25 cm) 613 s. (E. T).

[Başka ciltlerde var].

78 — İmam Alâeddin. Kitab-ı Bedayi'ül - Sanayi. İslâm Hukuku. 578 Hicri - 1327 (1909). Mısır Mat. Arapça. C. 1, 8° (25 cm) 328 s.

[2, 3, 4, 6. ciltler de var].

79 — Şemsettin Mehmet. Ni-hayet'ül Muhtaç İlä - Şerh'ül Min-hac. C. 1, İslâm Hukuku. Arapça. 8° (25 cm) 607 s.

[2, 3, 4, 5. ciltler de var].

80 — Şeyh Abdulkadir El - Rufai. C. 1, 1333 (1917) İslâm Hukuku. Arapça. Mısır'da Bas. 8° (25 cm) 364 s.

81 — Usul'ü Fıkıhdan - Haşiyeli Mecami'ül - Hakaik. 1318 Hicri. İslâm Hukuku. 8° (24 cm). 372 s.

82 — Fahrettin, Hasan Bin Mansur. Fetavay'ül - Âlem Giriyye. C. 1, İslâm Hukuku. Mısır Mat. Arapça. 8° (25 cm) 590 s.

[2, 3, 4, 5. ciltler de var].

83 — Ebi Hanifet'ül - Numan. Min'el - Fetavay'ül - Âlemgiriyye - El - ma'tüfet Beyn'el - nas Bil - Fetavi'ül Hindiyeye. Fi Mezheb'ül - İmam'ül - Azam. 1323, İslâm Hukuku. Arapça. 8° (25 cm) 489 s.

84 — Hüseyin Bin Hüsnü. Kitab'ül - Fetavay'ül Hayriyye - Lenfa'ül - Berriyye. İslâm Hukuku (Fetvalar). 1300 (1882) Arapça. Mısır'da Bas. 8° (24 cm).

85 — Şeyh Fethullah. Şerh-i Mecma'ül - Bahreyn. İslâm Hukuku. El yazması. Arapça 8° (24 cm) 316 s.

86 — Türk Ceza Kanunu, 1926, Ankara. (E. T). 8° (24 cm) 111 s.

87 — Min'el - Hidayet. C. 2, İslâm Hukuku. 8° (24 cm) 578 s.

88 — Cemaleddin. Fıkıh-ı Mezheb'üs - Şafii. Mısır'da Bas. Arapça. 8° (24 cm). 387 s.

89 — Şeyh Şehabeddin. Haşiyet'ül - Kalyubi, ve Emire, Kur'an Tefsiri. Mısır'da Bas. Arapça. 8° (24 cm) 390 s.

90 — Şeyh Şehabettin. Kitab'ül - İkrar. İslâm Hukuku. Mısır Mat. Arapça. 8° (24 cm) 390 s.

- 91 — Şeyh Şehabettin. Kitab'ül - Ric'a. 1318 H. (1900) C. 4, İslâm Hukuku. Mısır Mat. 8° (24 cm) 400 s.
- 92 — Eb-ül Hasan Ahmet. Cevher'ün - Neyyire 1316 (1900) İslâm Hukuku. İstanbul Mat. Âmire Arapça. 8° (24 cm) 403 s.
- 93 — Haşiyet'ül - Allâme. C. 1, Kur'an Tefsiri. Mısır Mat. Arapça. 8° (24 cm) 408 s.
- 94 — İbni, Kazım. Haşiyet'ül - Allâmet'ül - Şeyh İbrahim Elbacûri Alâ Şerh-i. 1326 - (1908) İslâm Hukuku. Mısır Mat. Arapça. C. 2, 8° (24 cm) 411 s.
- 95 — Mehmet Emin İbni Abidin. Haşiyet'ül - Allâmet'ül - Fıkhiyye. C. 4, İslâm Hukuku. Mısır Mat. Arapça. 8° (25 cm) 588 s.
- 96 — Selim Bin Rüştem. Şerh-i Kanun'ül - Muhakemat'ül ? Hukukiye - El muvakkat. 1895 M. Beyrut Mat. 8° (24 cm) 699 s.
- 97 — Seyid Mehmet Emin Abidin. Tenbih'in - Rükud Alâ - Mesail'ül - Nükud. 1031 (1614). Suriye Bas. 8° (20 cm) 843 s.
- 98 — Mirat'ül-Usul. Abd'ür-Rezak El - Antakî 1289 (1863) İslâm Hukuku. Arapça. 8° (24 cm).
- 99 — Borçlar Kanunu. 1926 4° (26 cm) 154 s. (E. T).
- 100 — Mehmet, Recai. Feta-vay-ı Feyziyye. İstanbul, 1927, Mat. Âmire. (1861). 4° (27 cm) 572 s. (E. T).
- 101 — Emr'ül - Zeylai - Tebyin'ül - Hakayik Şerh-i Kenz'ül - Dekayik İslâm Hukuku. El yazması. 4° (27 cm) 322 s.
- 102 — Russel, Virgil. Kanunu Medeni Şerh-i. C. 1, 1926. İstanbul Tan Mat. 8° (25 cm). 572+111 +10 s.
- 103 — Molla, Hüsrev (Hasan Bin Ammar). Hüve'l - Müsteam, 1297 (1881) İslâm Hukuku. Arapça. 8° (25 cm) 524 s.
- 104 — Mevlâna El - Kadi Hasan Bin Ammar. Hüve'l - Müsteam. C. 2, 1103 (1686) İslâm Hukuku. Arapça. 8° (25 cm) 560 s.
- 105 — Seydi Ebi Abdullah Muhammed. Şerh'ül - Muhakkik. C. 1, 1316 (1898) Kur'an Tefsiri. Arapça. 8° (25 cm) 452 s.
- 106 — Seyid Ebi Abdullah. Şerh'ül - Muhakkik. C. 3, 1317 H. İslâm Hukuku. Arapça. 8° (25 cm). 478 s.
- 107 — Seydi Ebi Abdullah Muhammed. Şerh'ül - Muhakkik. C. 3, İslâm Hukuku. 1316 (1900) Mısır Mat. Arapça. 8° (25 cm).
- 108 — Seydi Ebi Abdullah. Şerh'ül - Muhakkik. C. 4, 1316 (1898) İslâm Hukuku. Arapça. Mısır Mat. 8° (25 cm) 456 s.
- 109 — Bosnavi El - Hacı Muharrem Efendi. Mecma'ül - Enhar Şerh-i Mülteka El - Ebhar. C. 1, İslâm Hukuku. Arapça. 8° (25 cm). 766 s.
[2. cilt de var].
- 110 — Muin'ül - Hükkâm Fima Yetereddübin El - Hasmeyn min'el - Ahkâm. 1300, İslâm Hukuku. Arapça. 8° (25 cm) 207 s.
- 111 — Şeyh Mahmut Bin İsmail. Cami'ül - Fusul. 1300 (1882) Mısır Mat. 8° (25 cm) 358 s.

112 — Mehmet, Alaeddin. Kurret-i Uyun'el - Ahyar. C. 1, 1321 (1903) Mısır'da Bas. Arapça. 8° (25 cm) 360 s.

113 — Min'el - İkna Fi Hall-i Elfaz Ebî Şüca. C. 2, 1326 (1908) İslâm Hukuku. Arapça. 8° (25 cm) 330 s.

114 — İmam Ebil Berekat Abdullâh Bin Ahmet. Keşf'ül - Esrar. C. 1, İslâm Hukuku. 1316 - (1898) Mısır Mat. 319 s.

115 — Mehmet, İzmirî. Mir'at - ül Usul Haşiyesi. C. 2, 1307 (1891) M. Mısır Bas. Arapça. 8° (25 cm) 469 s.

116 — Fahrettin Osman. Tebyin'ül - Hakaik - Şerhi Kenz'ül - Dekaik. C. 1 - 2, 1313 (1895). İslâm Hukuku. Arapça. 8° (25 cm) 276 s. [3, 4, 5. ciltlerde var].

118 — Fetava-i Feyziyye. (Fetavalar - Türkçe). 1266, 4° (26 cm) 572 s.

119 — Ebi Mehmet, Mahmut'ül - Aynî. Şerh'ül - Kenz-i Telif. İslâm Hukuku. 1330 (1912) Mısır Mat. Arapça. 4° (26 cm) 296 s.

120 — Mevlâ Abdüllâhim, Haşiyet'i Dürr'ül - Mevlâ. İslâm Hukuku. 4° (26 cm) 898 s.

121 — Şeyh Zeyneddin, El - Bahr'ül - Raik. Şerh-i Kenz'ül Dekaik. İslâm Hukuku. İlmiye Mat. 4° (26 cm).

122 — Mehmet İzmirî. Haşiyet'ül - Mirat'ül - Usul. C. 1, İslâm Hukuku. Arapça 4° (26 cm) 468 s.

123 — Şeyh Zeynettî. Min'el - Bahr'ül - Raik. Şerh-i Kenz'ül -

Dekaik. İslâm Hukuku. Arapça. 8° (26 cm) 398 s.

124 — İbn-i Nüceym. Kenz'ül - Dekaik. Şerh-i C. 5, Ceza ve Hukuk Bölümleriyle ilgilidir. İslâm Hukuku. 8° (26 cm) 334 s.

125 — Mehmet Emin İbni Abidin. Şerh'ül Bahr'ül - Raik. C. 6, İslâm Hukuku. Mısır Mat. Arapça. 8° (26 cm) 316 s.

126 — Mehmet Emin Hüseyin. Tekmilet'ül - Bahr'ür - Raik Şerh-i Kenz'ül - Dekaik. C. 9, 1311 (1894) İslâm Hukuku. Arapça. Mısır Mat. 8° (26 cm) 592 s.

127 — Dürr'ül - Sukuk. C. 1-2, 1288 (1870) İstanbul, Matbaa-i Âmirre. 8° (26 cm) 228+253 s.

128 — Fahrettin Hasan. Fetaviy'ül - Hindiye. 1310 (1892) İslâm Hukuku. Arapça. Mısır Mat. 8° (26 cm) 572 s.

129 — Fahrettin Hasan Bin Fetava-yi Âlemgiriyye. C. 2, 1310 (1894) İslâm Hukuku. Mısır Mat. Arapça. 8° (26 cm) 491 s.

130 — Fahrettin Hasan. Fetavay'ül - Hindiye. C. 3, 1310 (1892) İslâm Hukuku. Mısır Mat. Arapça. 8° (26 cm) 644 s.

131 — Fetavay'ül - Âlemgiriyye. 1310 H. (1894). İslâm Hukuku. Mısır Mat. 8° (26 cm) 531 s.

132 — Ebi Hanifet'ül - Numan. Min'el - Fetavay'ül - Âlemgiriyye El-Ma'rüfete Bil Fetavay'ül - Hindiye Fi Mezheb'ül - İmam'ül - Azam. 1310 Hicri. İslâm Hukuku. Arapça. 8° (26 cm) 493 s.

133 — Şeyh İmam Hafızeddin Muhammed. Fetavay'ül - Âlemgiriyye

ye. C. 6, 1310 (1894) İslâm Hukuku. Matbuat'ül Kübra El Âmire. Mısır Mat. Arapça. 4° (39 cm) 480 s.

134 — Şeyh Zeynettın. Min'el Bahr'ül - Raik. Şerh-i Kenz'ül - De-kaik. C. 7, 1311 H. (1894) İslâm Hukuku. İlmiye Mat. Arapça. 4° (28 cm) 341 s.

135 — Mevlâna Burhanettın. Kitab'ül - Hidaye. C. 1, 1280 (1864) İslâm Hukuku. Arapça. 4° (26 cm) 491 s.

136 — El - Ceridet'ül - Resmıye. Suriye Resmi Gazetesi. 1834, 1-24 kadar 15 günlük. 4° (35 cm) 360 s.

137 — Devlet-i Suriye, Neşri Resmıyet-i Nısf-ı Şehriyye 15 günlük 1928, Suriye Hükümetinin Resmi Gazetesi, Arapça. 4° (35 cm).

138 — El - Neşret'ül Resmıyye (Suriye Devleti) 1931, Suriye Mat. Arapça. 4° (35 cm). 315+21 s.

139 — El - Neşret'ül - Resmıyye (Suriye - Lübnan). 1933, Suriye'-de Bas. Arapça. 4° (35 cm). 390 s.

140 — Devlet-i Suriye Neşri Resmıyyet-i Nısf-ı Şehriye (Suriye Resmi Gazetesi) 1930 4° (35 cm) 295 s.

141 — El - Neşret'ül - Resmıyye, Suriye Resmi Gazetesi. 1927, Arapça. 4° (35 cm) 243 s.

[2 cilt daha var].

142 — Molla Miskin, Feth'ül - Muin C. 1, Mısır Bas. Kur'an Tefsiri. Arapça. 4° (35 cm). 567 s.

[3. cilt de var].

143 — Esseyid Muhammed Eb'üs - Suud. Haşiyet'ül - Allâme. C. 3, 1287 (1867) 4° (32 cm) 583 s.

144 — Aynışerh'ül - Hidaye C. 1, Cüz. 2. Kur'an Tefsiri. Mısır Mat. Arapça 4° (43 cm) 1232) s.

145 — El - Neşret'ül - Resmıyye (Suriye - Lübnan). 1936. Arapça. 4° (32 cm) 496 s.

[2 cilt daha var].

146 — Seyid Muhammed Emin. Tenkih'ül - Fetavi'ül - Hamdiye. C. 1, 1280 (1863) İslâm Hukuku. Arapça. 314 s.

147 — Ali Efendi. Fetavay-i Ali Efendi C. 1, Arapça. 4° (34 cm) 338 s.

148 — Behçet'ül - Fetava - İstanbul Matbaa-i Âmire. (Türkçe Fetvalar) 4° (34 cm) 653 s.

149 — Şeyh Zeynel Abidin, Kitab'ül - Eşbah Ve'en - Nezair. 1310 H. (1895) İslâm Hukuku. Mısır Bas. Arapça 4° (27 cm) 176 s.

150 — Mevlevi Abdülhalim. Haşiyet'ül - Dürür'ül. C. 1, 4° (27 cm) 480 s.

151 — Borçlar Kanunu Nazariyeleri. Adliye Vekâleti. 1927. (E. T). 4° (27 cm) 214 s.

152 — Ceza Kanunu Şerhi (Majno) Adliye Vekâleti. C. 1, 1927 Vatan Mat. İstanbul, (E. T). 4° (27 cm) 597 s.

153 — Ceza Kanunu Şerhi (Majno) C. 2, Adliye Vekâleti 1927 İstanbul Milliyet Mat. (E. T). 4° (27 cm).

154 — Ceza Kanunu Şerhi (Majno) Adliye Vekâleti. C. 2, 1927 İstanbul Milliyet Mat. (E. T) 4° 383 s.

155 — Ceza Kanunu Şerhi (Majno) Adliye Vekâleti. C. 3, İstanbul Vatan Mat. 1927.

156 — Mali Kanunlar ve Kararlar. C. 1, 1928. Damga Mat. (E. T) 4° (27 cm) 334 s.

157 — Mali Kanunlar ve Kararlar. C. 2, 1928. Damga Mat. (E. T) 4° (27 cm) 283 s.

158 — Borçlar Kanunu (Adliye Vekâleti) 1926. İstanbul Cumhuriyet Mat. 4° (27 cm). 153 s.

159 — Kararat. (Suriye'ye ait) 1924, Arapça. 4° (27 cm) 292 s.

160 — Ceride-i Adliye. 1 Aralık 1924, (E. T). 4° (27 cm) 54+42 s.

161 — Türk Kanun-u Medenisi. Adliye Vekâleti. 1926 Ankara Hakimiyet Mat. 4° (27 cm).

162 — Ceza Kanunu Şerhi (Majno) C. 1, 1927 İstanbul Millet Mat. 4° (27 cm) 597 s.

[2, 3, 4. ciltler de var].

163 — Fetavay'ül - Ankaravi. C. 1-2, (Arapça Fetva) 4° (29 cm) 474+64 s.

164 — Mahmut Bey. Cevher'ün - Neyyire Şerh-i Muhtayar'ül Kudürü. C. 1, 1301 (1885). İslâm Hukuku. Arapça. İstanbul Mat.

165 — İmam Eb'ül - Hasan El - Cevher'ün Neyirre. C. 1, 1286 (1870) İslâm Hukuku. Arapça. 482 s.

166 — Borçlar Kanunu Nazarîyeleri ve Şerhi. Adliye Vekâleti. 1928 İstanbul Yeni Mat. 2 Adet. (E. T) 4° (27 cm) 816 s.

167 — Kanun-u Medeni Şerhi ve Nazariyeleri. C. 1, 1926 İstanbul Vatan Mat. (E. T). 4° (27 cm) 572 +196 s.

[2. cilt de var].

168 — Türkiye Nüfusu (1927 Nüfus Sayımı) Baş Vekâlet, Türk Ocakları Mat. 1927 Bas. (E. T). 4° (27 cm) 35 s.

169 — Haşiyetü Şehzade Ali Tefsir'ül - Kadi El - Beyzavi. C. 1,

1306 H. Osmaniye Mat. Arapça. B. (45 cm) 699+360 s.

[2. 3. ciltler de var].

170 — Mehmet, Lem'an. El - Hidayet'ül - Kifaye. C. 1, 1293 H. (1877) İslâm Hukuku. Arapça. B. (40 cm).

[3. cilt de var].

171 — El - Ceridet'ül - Resmîye. Suriye Resmi Gazetesi. 1933 M. Suriye Şam Mat. Arapça. 2° (38 cm) 648 s.

[Başka ciltleri de var]

172 — Düstur Birinci Tertip. C. 1, 1279 (1864). İstanbul Matbaa-i Âmire. 2 Adet (E. T). 904 s.

[Başka ciltleri de var].

173 — Mütemmin (16 Kasım 1287'den 4 Rğustos - 1323'e kadar, Düsturlara girmemiş bulunan 72 Adet kanun, nizamat ve talimatı havi). İstanbul Hilâl Mat. 2 Adet. 1871 - 1907. 655 s.

174 — Tamimler Mecmuası. Adliye Vekâleti İstanbul Yeni Matbaa 1928, (E. T). 781 s.

[Başka ciltleri de var].

175 — Takvim-i Vekayi. Sayı : 1-149. 15 Eylül 1324 28 Şubat 1324 (1908). (E. T). 4° (34 cm).

[Başka ciltleri de var].

176 — Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi. 3. devre-i intihabiye 3. senesi içtimaiye. 1 Teşrinisani 1332 (1916) 31 Mart 1333 (1917). (E. T).

[Başka ciltleri de var].

177 — Ceride-i Mehakim 19 Haziran 1295 (1879). 26 Mayıs 1297 (1881) sayı : 1-100. (E. T).

[Başka ciltleri de var].

178 — Kavan'ın Mecmuası. Ankara 1336 - 1339 (1920 - 1923). Ankara Türkiye Büyük Millet Meclisi Mat. 4° (27 cm). (E. T). 1134 s.

[Başka ciltleri de var].

179 — Kanun-u Medeni Şerhi ve Nazariyeleri. C. 2, T.C. Adliye Vekâleti. İstanbul Vatan Mat. 1927, (E. T) 8° (26 cm) 970 s.

180 — Kanunlar Mecmuası. C. 2, Adliye Vekâleti. Ankara Cumhuriyet Mat. 1342 - 1910. (E. T) 8° (26 cm). 1175+171 s.

181 — Ceride-i Adliye, Adliye Nezareti. 1325 - 1326. (1909 - 1910). Sayı : 1 - 30. (E. T).

182 — Kanunlar Mecmuası. Adliye Vekâleti. C. 1, Ankara Bas. 2 Adet. (E. T) 1368 s.

183 — Kanunlar Mecmuası C. 1, 1342 (1926). Adliye Vekâleti. 8° (26 cm). (E. T). 1368 s.

184 — Ceride-i Adliye, Adliye Nezareti. 1331 (1915). Sayı : 127 - 148. 6. sene. (E. T).

185 — Adli Kanunlar. Sayı : 2 Adliye vekaleti 1340 (1924). İstanbul Yeni matbaa. Mehmet Tevfik Cana.

186 — Mecmua-i Kararat'ül - Müzevizin el-samin. Suriye, Şam. Arapça 1935. (Kararlar dergisi).

187 — Mehmet Tevfik Cana. El - Kararat'ül - İdariye. Suriye, Şam, c. 3 1935. Arapça. (İdari kararlar dergisi).

188 — Mehmet Tevfik Cana El - Kararat'ül - İdariye, Suriye, Şam c. 2 : 1934. Arapça (İdari kararlar dergisi).

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAYINI

Atatürk'ün Doğumunun 100. Yıldönümü nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nce yayımlanan «**ANAYASA YARGISI**» isimli ve Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşundan bu güne kadar geçen ondokuz yıllık süre içinde verilmiş kararların özet ve tasnifini içeren yapıt çıktı.

İki ciltten oluşan bu yapıt, Föy - Volan biçiminde hazırlanmıştır. Birinci cilt 580, ikinci cilt 1330 sayfadır.

Birinci ciltte, «Anayasa Mahkemesi'nin yargılama ve çalışma yöntemi» ve siyasî partilerle ilgili kararlar konularına göre ayrı ayrı kod numaraları altında özetlenmiştir. Bu ciltte ayrıca Anayasa ve ilgili yasalarla dizinler yer almaktadır.

İkinci cilt, «Anayasa'ya uygunluk denetimi» ile ilgili kararlara ayrılmıştır. Burada her Anayasa maddesine bir kod numarası verilerek kararlar ilgili oldukları maddelerin altında sıra numarası ile özetlenmiştir.

Böylece, Anayasa Mahkemesi kararlarının konularına göre kolayca aranıp bulunması sağlanmıştır. Bundan sonra her yıl çıkacak kararlar da aynı yöntemle özetlenerek ek olarak yayımlanacaktır.

Yapıtın Föy ciltli olarak (iki cilt 1910 Sayfa) fiyatı 1000. - liradır. Anayasa Mahkemesi'nden sağlanabilir.

Yapıt, Anayasa Mahkemesi raportörleri M. Sadrettin Aykonu ve E. Aydın Özkul tarafından hazırlanmıştır.

YARGITAY'DAN HABERLER

YENİ SEÇİLENLER EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR YİTİRDİKLERİMİZ

Derleyen : Ali Rıza GENİŞ (*)

YENİ SEÇİLENLER

● TURGUT UYGUR

1929 yılında İzmir'de doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1951'de bitiren Uygur, 1953 yılında mesleğe girmiş, sırasıyla; Torul Hâkim Yardımcılığı, Beşikdüzü Münferit Sulh Hâkimliği, Afyon Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Afyon Tapulama ve Asliye Hukuk Hâkimliği ile İstanbul Asliye Hukuk ve İş Mahkemesi Hâkimlikleri'nde bulunmuştur.

18.9.1973 günü Yargıtay Üyelğine seçilen Turgut Uygur, Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada, Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanlığı'na 10.9.1981 günü seçilen Turgut Uygur'un yayımlanmış kitapları bulunmaktadır.

● MAHMUT CUHRUK

Yozgat 1926 doğumlu Cuhruk, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1947 yılında bitirdikten sonra, 2 Ocak 1950 günü Diyarbakır C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini; Kurtalan, Kalecik ve Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı, Ankara Sulh Hâkimliği, Ankara Hâkimliği, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Baş Muavinliği, aynı yer genel müdürlüğünün Müşavirliği ve Başmüsavirliği yaparak sürdürmüştür.

17 Eylül 1973 tarihinde Yargıtay Üyelğine seçilen Mahmut Cuhruk, Üçüncü Hukuk Dairesi Üyeliği ve Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyeliği de yapmıştır. Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyeliği yanında Yayın Kurulu Üyelğini de sürdüren Cuhruk, 25.9.1981 günü Devlet Başkanı tarafından Anayasa Mahkemesi Üyelğine atanan Mahmut Cuhruk'un yayımlanmış makaleleri ile kitapları vardır.

● SEMİH ÖZMERT

1921 yılında Üsküdar'da doğmuş, 1942'de İstanbul Hukuk Fakültesi'ni, 1952'de de Paris Hukuk Fakültesi Hukuk Doktorası Bölümünü bitirmiştir. 1953 yılında Cumhuriyet Başsavcı Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Özmert, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Başmüsaviri iken, 17 Eylül 1973 günü Yargıtay Üyelğine seçilmiştir.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada, 25.9.1981 günü Anayasa Mahkemesi Üyelğine Devlet Başkanı tarafından atanmıştır.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

● YUSUF ARSLANOĞULLARI

1921 yılında Balâ'da doğmuştur. 1942'de İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bi-

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

tirdikten sonra, 8.6.1946 günü Reşadiye Sorgu Hâkimi olarak meslek hayatına başlamış ve sırasıyla ; Oltu, Bigadiç, Balıkesir, Kadıköy Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

18.9.1973 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Yusuf Arslanoğulları, Birinci Hukuk Dairesi Üyeliği de yapmıştır. Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyeliğinden de 15.9.1981 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● FAİK ERPUL

Sivas'ta 1921 yılında doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1946'da bitirmiş, kısa bir zaman Tekel İdaresi Muhakemat Müdürlüğü'nde çalışmıştır. Daha sonra Bismil Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe dönen Erpul; Silifke Hâkim Yardımcılığı ve Hukuk Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde de bulunmuştur.

23.4.1975 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilmiş, Sekizinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden de 2.10.1981 günü kendi isteğiyle emekli olmuştur.

● S. SAİP BOLAT

İçel 1918 doğumlu Bolat, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra, 21.3.1946 günü Pötürge Cumhuriyet Savcısı olarak mesleğe başlamıştır. Malatya C. Savcı Yardımcılığı, Tekirdağ C. Savcı Yardımcılığı yaparak mesleğini sürdüren S. Saip Bolat 13.6.1962 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

Bir ara Yüksek Hâkimler Kurulu Başkan Yardımcılığı da yapan Bolat, 13.10.1981 tarihinde Üçüncü Ceza Dairesi Üyeliğinden kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● EKREM YİĞİT

1928 yılında Pınarbaşı'nda doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1951 yılında bitirdikten sonra; Bolu Hâkim Yardımcılığı, Hafik. Seben, Bünyan Hâkimlikleri, Van, Kırşehir C. Savcı Yardımcılıkları, Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, Giresun Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi Yetkili Tetkik Hâkimi olarak görev yapan Ekrem Yiğit, Üçüncü Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden kendi isteğiyle ve 15.6.1981 günü emekliye ayrılmıştır.

● ABDULGANİ SEYİTHANOĞLU

Kahramanmaraş'ta 1917 yılında doğmuştur. 1950 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra ; Hınıs Sorgu Hâkimliği, Kırşehir C. Savcı Yardımcılığı, Gürün C. Savcılığı, Boğazhyan Hâkimliği, Ordu Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı yapmıştır.

Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden kendi isteğiyle 13.7.1981 günü emekliye ayrılmıştır.

● RAUF YILMAZ KURT

1931 yılında Ankara'da doğmuş, aynı yer Hukuk Fakültesi'ni 1958'de bitirmiştir. Çıldır, İskilip ve Güdül Hâkimliklerinde de bulunan Kurt, Yargı-

tay Yedinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden 4.9.1981 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● **ORHAN ÖZBAKIR**

1925 yılında Trabzon'da doğmuştur. 1951 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra ; Aksaray C. Savcı Yardımcılığı, İkizdere C. Savcılığı, Kızılcahamam Sorgu ve Ceza Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, 7.9.1981 günü kendi isteğiyle emekli olmuştur.

● **MUALLÂ ÖZATAKAN**

1928 doğumlu Özatakan, Ankara Hukuk Fakültesi'nden 1950'de mezun olduktan sonra ; Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, Diyarbakır Sulh Hâkimliği ve Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ile Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi iken. 8.9.1981 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● **HÜSAMETTİN ÖZTÜRK**

1921 Bolu doğumlu Öztürk, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1951'de bitirdikten sonra, sırasıyla : Şebinkarahisar Hâkim Yardımcılığı, Kalecik Sorgu Hâkimliği, ve Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Birinci Başkanlık Tetkik Hâkimliğinden 10.9.1981 günü kendi isteğiyle emekli olmuştur.

● **ATIFET YÜZBAŞIOĞLU**

1925 yılında İstanbul'da doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1946'da bitiren Yüzbaşıoğlu, bir ara avukatlık yapmıştır. Daha sonra kürsüye dönmüş ve sırasıyla : Gümüşhane Hâkim Yardımcılığı, Manisa Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

6.10.1981 günü İkinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden kendi isteğiyle emekli olmuştur.

● **MUSA ÖZDEMİR**

1919 yılında Kırşehir'de doğmuş, 1945'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. Mazıdağı Sulh Hâkimliği, Yerköy C. Savcılığı ve Hâkimliği, Çubuk Tapulama Hâkimliği görevlerinde de bulunan Özdemir, Dokuzuncu Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden 12.10.1981 günü kendi isteğiyle emekli olmuştur.

Ayrıca : Yedinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi **Hasan Altürk** 10.8.1981 günü, Birinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi **Nezihe Saraç** 9.9.1981 günü ve İkinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi **Şermin Güralp** da 20.10.1981 günü kendi istekleriyle emekli olmuşlardır.

YİTİRDİKLERİMİZ

● Onbeşinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi **ENİS TORUN**'u, 7.1.1982 günü yitirdik. Sevenlerin başı sağolsun.

Yeni seçilenlere yeni görevlerinde başarılar, emeklilik nedeniyle de aramızdan ayrılanlara yaşamlarında sağlık ve mutluluklar, yitirdiklerimize de Tanrıdan rahmet dileriz.

YASALAR**TÜZÜKLER****YÖNETMELİKLER****• YASALAR****Resmi Gazete**

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :	
3. 6.1981	17359	1	Kanun No. : 2467	Kabul Tarihi : 1.6.1981
			Türk Kanunu Medenisi İle İlgili Çalışmalar Yapmak Üzere Komisyon Kurulması Hakkında Kanun.	
3. 6.1981	17359	2	Kanun No. : 2468	Kabul Tarihi : 1.6.1981
			2556 Sayılı Hâkimler Kanununun Değişik 18. Maddesine İki Fıkra, Bu Maddeye Bağlı (2) Sayılı Cetvele Bir Ünvan Ve Aynı Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkındaki 5 Nisan 1979 Tarihli Ve 2226 Sayılı Kanunun Yürürlükten Kaldırılmasına Ve 4 Temmuz 1934 Tarihli Ve 2556 Sayılı Hakimler Kanuna İki Ek Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.	
3. 6.1981	17359	2	Kanun No. : 2469	Kabul Tarihi : 1.6.1981
			6136 Sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun İle Türk Ceza Kanununun 264. Maddesinde Yer Alan Ateşli Silahlar, Patlayıcı Maddeler, Bıçaklar Ve Benzeri Aletlerin Teslimi Hakkında 2305 Sayılı Kanuna Bir Ek Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.	
3. 6.1981	17359	3	Kanun No. : 2470	Kabul Tarihi : 1.6.1981
			28.2.1981 tarih ve 2416 sayılı 1981 Mali Yılı Bütçe Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.	
6. 6.1981	17362	1	Kanun No. : 2471	Kabul Tarihi : 4.6.1981
			1318 Sayılı Finansman Kanununun Bina İnşaat Vergisine İlişkin Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.	
6. 6.1981	17362	2	Kanun No. : 2472	Kabul Tarihi : 4.6.1981
			Atatürk Barajı Ve Hidroelektrik Santrali, Karakaya Barajı Ve Hidroelektrik Santrali İle Afşin - Elbistan Linyitleri Developmanı Ve Termik Santrali Projelerinde Çalıştırılacak Sözleşmeli Personel Hakkında Kanun.	

Resmi Gazete

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :
9. 6.1981	17365	1	Kanun No. : 2473 Kabul Tarihi : 8.6.1981 Veysel Güney Hakkındaki Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
10. 6.1981	17366	1	Kanun No. : 2474 Kabul Tarihi : 8.6.1981 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanununun 18. Maddesinin (n) Bendinin Değiştirilmesi Ve Bu Kanuna Bir Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
10. 6.1981	17366	2	Kanun No. : 2475 Kabul Tarihi : 8.6.1981 Kooperatifler Kanununun 52. Maddesinin Değiştirilmesine Ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.
24. 6.1981	17380	1	Kanun No. : 2476 Kabul Tarihi : 23.6.1981 Ahmet Saner İle Kadir Tandoğan Haklarındaki Ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
25. 6.1981	17381	1	Kanun No. : 2477 Kabul Tarihi : 23.6.1981 23.4.1981 Tarih Ve 2451 Sayılı Kanunun Kapsamı Dışında Kalan Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usulüne İlişkin Kanun.
25. 6.1981	17381	2	Kanun No. : 2478 Kabul Tarihi : 23.6.1981 6136 Sayılı Ateşli Silâhlar Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Ve Bu Kanuna İki Ek Madde Bir Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
25. 6.1981	17381	6	Kanun No. : 2479 Kabul Tarihi : 23.6.1981 7269 Sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.
25. 6.1981	17381	6	Kanun No. : 2480 Kabul Tarihi : 23.6.1981 4759 Sayılı İller Bankası Kanununun Değişik 2. Maddesinin Değiştirilmesi Ve Bu Kanuna Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
27. 6.1981	17383	1	Kanun No. : 2481 Kabul Tarihi : 23.6.1981 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Sierra Leone Cumhuriyeti Hükümeti Arasında 14.8.1979 Tarihinde Ankara'da İmzalanan Kültür Antlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.

Resmi Gazete

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :
27. 6.1981	17383	1	Kanun No. : 2482 Kabul Tarihi : 25.6.1981 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Nijerya Federal Cumhuriyeti Federal Askeri Hükümeti Arasında Kültür Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
29. 6.1981	17385	1	Kanun No. : 2483 Kabul Tarihi : 25.6.1981 16.5.1973 Tarih Ve 1730 Sayılı Yargıtay Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Ve 44 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 35 nci Maddesinin 2 nci Fıkrasının Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun.
27. 6.1981	17388	2	Kanun No. : 2484 Kabul Tarihi : 25.6.1981 1318 Sayılı Finansman Kanununun Gayrimenkul Kıymet Artışı Vergisine Ait Maddelerinde Değişiklikler Yapılması Hakkında Kanun.
30. 6.1981	17386	1	Kanun No. : 2485 Kabul Tarihi : 29.6.1981 Kurucu Meclis Hakkında Kanun.
10. 7.1981	17396	1	Kanun No. : 2486 Kabul Tarihi : 8.7.1981 Borçlar Kanununun 110. Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Kanun.
10. 7.1981	17396	1	Kanun No. : 2487 Kabul Tarihi : 8.7.1981 Toplu Konut Kanunu.
10. 7.1981	17396	12	Kanun No. : 2488 Kabul Tarihi : 8.7.1981 5254 Sayılı Muhtaç Çiftçilere Ödünç Tohumluk Verilmesi Hakkında Kanununun Değişik 3. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
10. 7.1981	17396	13	Kanun No. : 2489 Kabul Tarihi : 8.7.1981 6132 Sayılı At Yarışları Hakkında Kanununun 7. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
10. 7.1981	17396	13	Kanun No. : 2490 Kabul Tarihi : 8.7.1981 222 Sayılı İlköğretim Ve Eğitim Kanununun Değişik Geçici 5. Maddesinin Uygulama Süresinin 10 Yıl Uzatılmasına İlişkin Kanun.

Resmi Gazete

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :
10. 7.1981	17396	14	Kanun No. : 2491 Kabul Tarihi : 8.7.1981 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Yunanistan Krallık Hükümeti Arasında «Trakya'da Ve Meriç Nehrinin Denize Döküldüğü Bölgede Hudut Olaylarının Önlenmesi Ve Halli Hakkında Anlaşma» İle «Trakya Hududunda Ve Meriç Nehrinin Denize Döküldüğü Bölgede Hudut İşaretlerinin Muhafazası, Kontrolü, Bakımı, Onarımı Ve İhyası Hakkında Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna İlişkin Kanun.
10. 7.1981	17396	14	Kanun No. : 2492 Kabul Tarihi : 8.7.1981 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Malezya Hükümeti Arasında 13 Şubat 1977 Tarihinde Ankara'da İmzalanan «Kültür Anlaşması»nın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
18. 7.1981	17404	1	Kanun No. : 2493 Kabul Tarihi : 16.7.1981 1050 Sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
18. 7.1981	17404	2	Kanun No. : 2494 Kabul Tarihi : 16.7.1981 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bu Kanuna Yeni Maddeler Eklenmesi Ve 2004 Sayılı İcra Ve İflas Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
24. 7.1981	17410	1	Kanun No. : 2495 Kabul Tarihi : 22.7.1981 Bazı Kurum Ve Kuruluşların Korunması Ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun.
24. 7.1981	17410	7	Kanun No. : 2496 Kabul Tarihi : 22.7.1981 6186 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Kuruluş Kanununun 2 nci Maddesinin II Numaralı Bendine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Kanun.
24. 7.1981	17410	8	Kanun No. : 2497 Kabul Tarihi : 22.7.1981 27 Temmuz 1967 Tarih Ve 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
24. 7.1981	17410	10	Kanun No. : 2498 Kabul Tarihi : 22.7.1981 26 Ekim 1963 Tarih Ve 357 Sayılı Askeri Hâkimler Kanununun Ek 5 nci Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.

Resmi Gazete

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :
30. 7.1981	17416	1	Kanun No. : 2499 Kabul Tarihi : 28.7.1981 Sermaye Piyasası Kanunu.
30. 7.1981	17416	17	Kanun No. : 2500 Kabul Tarihi : 28.7.1981 Hazineye Ait Bir Taşınmaz Malın Satışına İzin Verilmesine Dair Kanun.
30. 7.1981	17416	17	Kanun No. : 2501 Kabul Tarihi : 28.7.1981 Romen İndepentante Tankerinin Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Tarafından Çıkarılabilmesine İzin Verilmesine İlişkin Kanun.
30. 7.1981	17416	18	Kanun No. : 2502 Kabul Tarihi : 28.7.1981 2416 Sayılı 1981 Mali Yılı Bütçe Kanununa Bağlı (A) İşaretli Cetvelin Milli Savunma Bakanlığı Kısmında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
30. 7.1981	17416	19	Kanun No. : 2503 Kabul Tarihi : 28.7.1981 Başbakanlık Basımevi Döner Sermaye İşletmesi Kuruluşu Hakkındaki Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
30. 7.1981	17416	19	Kanun No. : 2504 Kabul Tarihi : 28.7.1981 1164 Sayılı Arsa Ofisi Kanununun 5. Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
19. 8.1981	17433	1	Kanun No. : 2505 Kabul Tarihi : 18.8.1981 Mustafa Özenç Hakkındaki Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
19. 8.1981	17433	1	Kanun No. : 2506 Kabul Tarihi : 18.8.1981 İsmet Şahin Hakkındaki Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun.
20. 8.1981	17434	1	Kanun No. : 2507 Kabul Tarihi : 18.8.1981 Denizcilik Yüksek Okulu Kanunu.
20. 8.1981	17434	3	Kanun No. : 2508 Kabul Tarihi : 18.8.1981 1580 Sayılı Belediye Kanununa 2303 Sayılı Kanunla Eklenen Geçici 3 ncü Maddenin Değiştirilmesine Ve Bu Kanuna 3 Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.
22. 8.1981	17436	1	Kanun No. : 2509 Kabul Tarihi : 20.8.1981 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Değişik 59 ncu Maddesine Bir Fıkra İlavesine Dair Kanun.

Resmi Gazete

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :
22. 8.1981	17436	2	Kanun No. : 2510 Kabul Tarihi : 20.8.1981 357 Sayılı Askeri Hâkimler Kanununa 2219 Sayılı Kanunla Eklenen Ek-5 nci Maddenin 1 ve 2 nci Fıkralarının Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
22. 8.1981	17436	2	Kanun No. : 2511 Kabul Tarihi : 20.8.1981 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa Bir Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
22. 8.1981	17436	2	Kanun No. : 2512 Kabul Tarihi : 20.8.1981 Başbakanlık Deniz Teşkilatı Hakkında Kanun.
25. 8.1981	17439	1	Kanun No. : 2513 Kabul Tarihi : 21.8.1981 265 Sayılı Turizm ve Tanıtma Bakanlığı Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
25. 8.1981	17439	3	Kanun No. : 2514 Kabul Tarihi : 21.8.1981 Bazı Sağlık Personelinin Devlet Hizmeti Yükümlülüğüne Dair Kanun.
7. 3.1981	17451	1	Kanun No. : 2515 Kabul Tarihi : 3.9.1981 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
7. 9.1981	17451	2	Kanun No. : 2516 Kabul Tarihi : 3.9.1981 2398 Sayılı Bursa Üniversitesi 1981 Mali Yılı Bütçe Kanununa Ek Kanun.
7. 9.1981	17451	3	Kanun No. : 2517 Kabul Tarihi : 3.9.1981 1050 Sayılı Muhasebe Umumiye Kanununun 133 ncü Maddesine Göre Terkinine Karar Verilen Borçların Silinmesi Hakkında Kanun.
7. 9.1981	17451	30	Kanun No. : 2518 Kabul Tarihi : 3.9.1981 4947 Sayılı Türkiye Emlak Kredi Bankası Kanununun 8 nci Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
7. 9.1981	17451	30	Kanun No. : 2519 Kabul Tarihi : 3.9.1981 2416 Sayılı 1981 Yılı Bütçe Kanununa Bağlı (A) İşaretili Cetvelin Dışişleri Bakanlığı Kısmında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
15. 9.1981	17459	1	Kanun No. : 2520 Kabul Tarihi : 11.9.1981 2279 Sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

Resmi Gazete

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :
15. 9.1981	17459	2	Kanun No. : 2521 Kabul Tarihi : 11.9.1981 Avda Ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları Ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı Ve Bulundurulmasına Dair Kanun.
15.9.1981	17459	6	Kanun No : 2522 Kabul Tarihi : 11.9.1981 Kamu Kuruluşlarının Yurt Dışındaki İhalelere Katılması Hakkında Kanun.
15. 9.1981	17459	6	Kanun No. : 2523 Kabul Tarihi : 11.9.1981 7470 Sayılı T.C. Turizm Bankası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
15. 9.1981	17459	7	Kanun No. : 2524 Kabul Tarihi : 11.9.1981 Anıtkabir Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun.
22. 9.1981	17466	1	Kanun No. : 2525 Kabul Tarihi : 18.9.1981 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
22. 9.1981	17466	2	Kanun No. : 2526 Kabul Tarihi : 18.9.1981 Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerden Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltmesine Ve Bu Birleşmelerin Evlilik Olarak Tescillerine İlişkin Kanun.
29. 9.1981	17473	1	Kanun No. : 2527 Kabul Tarihi : 25.3.1981 Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek Ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine Kamu Özel Kuruluş Veya İşyerlerinde Çalıştırabilmelerine İlişkin Kanun.
29. 9.1981	17473	2	Kanun No. : 2528 Kabul Tarihi : 25.9.1981 Er Kazanından İlaşe Edileceklerle İlişkin Kanun.
6.10.1981	17480	1	Kanun No. : 2529 Kabul Tarihi : 2.10.1981 1447 Sayılı Menkul Kıymetler Ve Kambiyo Borsaları Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.
6.10.1981	17480	2	Kanun No. : 2530 Kabul Tarihi : 2.10.1981 Ereğli Demir Ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketinin Kuruluşu Hakkındaki 7462 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

Resmi Gazete

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :
6.10.1981	17480	2	Kanun No. : 2531 Kabul Tarihi : 2.10.1981 Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun.
6.10.1981	17480	3	Kanun No. : 2532 Kabul Tarihi : 2.10.1981 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 49 ncu Maddesinin (d) Bendinin 3 Ve 4 ncü Fıkralarının Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
11.10.1981	17486	1	Kanun No. : 2533 Kabul Tarihi : 16.10.1981 Siyasi Partilerin Feshine Dair Kanun.
18.10.1981	17488	1	Kanun No. : 2534 Kabul Tarihi : 16.10.1981 21.2.1967 Tarih Ve 832 Sayılı Sayıştay Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
18.10.1981	17488	2	Kanun No. : 2535 Kabul Tarihi : 16.10.1981 488 Sayılı Damga Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
18.10.1981	17488	2	Kanun No. : 2536 Kabul Tarihi : 16.10.1981 1319 Sayılı Emlâk Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
18.10.1981	17.488	2	Kanun No. : 2537 Kabul Tarihi : 16.10.1981 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 46 ncı Maddesinin (b) ve (c) Bentlerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
18.10.1981	17488	3	Kanun No. : 2538 Kabul Tarihi : 16.10.1981 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu İle 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
24.10.1981	17494	1	Kanun No. : 2539 Kabul Tarihi : 22.10.1981 1111 Sayılı Askerlik Kanununa 2299 Sayılı Kanunla Eklenen Ek 1 nci Maddenin Birinci Ve İkinci Fıkralarının Değiştirilmesi Ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.
24.10.1981	17494	2	Kanun No. : 2540 Kabul Tarihi : 22.10.1981 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa Bir Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.

Resmi Gazete

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :
24.10.1981	17494	2	Kanun No. : 2541 Kabul Tarihi : 22.10.1981 2416 Sayılı 1981 Mali Yılı Bütçe Kanununun 40 nci Maddesinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun.
24.10.1981	17494	3	Kanun No. : 2542 Kabul Tarihi : 22.10.1981 Tuzla Deniz Harp Okulu İnşaatının Tamamlanması Ve Hizmete Açılması İle İlgili Kanun.
24.10.1981	17494	4	Kanun No. : 2543 Kabul Tarihi : 22.10.1981 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Değişik Ek Geçici 21 nci Maddesinin Birinci Fıkрасının Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
24.10.1981	17494	4	Kanun No. : 2544 Kabul Tarihi : 22.10.1981 Diyarbakır Üniversitesi Tıp Fakültesine Kadro Verilmesi Hakkında Kanun.
24.10.1981	17494	5	Kanun No. : 2545 Kabul Tarihi : 22.10.1981 Türkiye Cumhuriyeti İle Irak Cumhuriyeti Arasında, Türkiye İle Irak Arasındaki Hudutların Yeniden İşaretlenmesine Dair Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
28.10.1981	17498	1	Kanun No. : 2546 Kabul Tarihi : 27.10.1981 2431 Sayılı Tahsilatın Hızlandırılması Hakkında Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesine Dair Kanun.
6.11.1981	17506	1	Kanun No. : 2547 Kabul Tarihi : 4.11.1981 Yüksek Öğretim Kanunu.
10.11.1981	17510	1	Kanun No. : 2548 Kabul Tarihi : 6.11.1981 Gemi Sağlık Resmi Kanunu.
10.11.1981	17510	3	Kanun No. : 2549 Kabul Tarihi : 6.11.1981 Devlet Mezarlığı Hakkında Kanun.
10.11.1981	17510	4	Kanun No. : 2550 Kabul Tarihi : 6.11.1981 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 2 nci Maddesinin Değiştirilmesi Ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
10.11.1981	17510	4	Kanun No. : 2551 Kabul Tarihi : 6.11.1981 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa 6 Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.

Resmî Gazete

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :
11.11.1981	17510	5	Kanun No. : 2552 Kabul Tarihi : 6.11.1981 Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev Ve Yar- gılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Mad- delerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun.
14.11.1981	17514	1	Kanun No. : 2553 Kabul Tarihi : 13.11.1981 2416 Sayılı 1981 Mali Yılı Bütçe Kanunu Ve Bu Kanuna Bağlı (A) İşaretili Cetvelde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
14.11.1981	17514	29	Kanun No. : 2554 Kabul Tarihi : 13.11.1981 2388 Sayılı Ankara Üniversitesi 1981 Mali Yılı Bütçe Kanununda Değişiklik Yapılması Hak- kında Kanun.
14.11.1981	17514	29	Kanun No. : 2555 Kabul Tarihi : 13.11.1981 2412 Sayılı Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü 1981 Mali Yılı Bütçe Kanunu- na Bağlı Cetvellerde Değişiklik Yapılması Hak- kında Kanun.
14.11.1981	17514	30	Kanun No. : 2556 Kabul Tarihi : 13.11.1981 2411 Sayılı Devlet Üretim Çiftlikleri Genel Mü- dürlüğü 1981 Mali Yılı Bütçe Kanununa Bağlı Cetvellerde Değişiklik Yapılması Hakkında Ka- nun.
14.11.1981	17514	31	Kanun No. : 2557 Kabul Tarihi : 13.11.1981 2407 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü 1981 Yılı Bütçe Kanununa Bağlı Cetvellerde Değişik- lik Yapılması Hakkında Kanun.
14.11.1981	17514	33	Kanun No. : 2558 Kabul Tarihi : 13.11.1981 2413 Sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü 1981 Mali Yılı Bütçe Kanununa Bağlı Cetveller- de Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
14.11.1981	17514	36	Kanun No. : 2559 Kabul Tarihi : 13.11.1981 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 3 ncü Maddesi İle 15 nci Maddesinin (h) Fıkrası- nın Değiştirilmesine Ve 39 ncu Maddesine (j) Fıkrası Ve Bu Kanuna Geçici Ve Ek Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun.

● TÜZÜKLER

Resmi Gazete

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :
28. 9.1981	17472	2	Karar Sayısı : 8/3418 Çalışma Bakanlığı Yurtdışı İşçi Sorunları Örgütü Tüzüğü.
18.10.1981	17488	5	Karar Sayısı : 8/3419 At Yarışları Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzük.

● YÖNETMELİKLER

Resmi Gazete

Tarih :	No.:	Sayfa :	Yasanın Adı :
6. 9.1981	17450	11	Devlet Memurlarına Konut Edindirme Ve Kullandırma Yönetmeliğinin Değiştirilmesine İlişkin Yönetmelik.
23. 9.1981	17467	15	1615 sayılı Gümrük Kanununa Bağlı Gümrük Yönetmeliğinin 917. Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
1.10.1981	17475	60	Ulusal Ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliği.
31.10.1981	17500	13	Resmi Gazete Ve Tutanak Dergisi Abone Usul Ve Şartları İle Resmi Gazete Perakende Satış Fiyatlarına Ait Esasların Tadiline Dair Esaslar.
1.11.1981	17501	4	Memurlara Yapılacak Giyecek Yardımı Yönetmeliğine Ek Yönetmelik.
16.11.1981	17516	5	Türkiye Noterler Birliği Kıdem Tazminatı Yönetmeliği.

● **YARGITAY YAYINLARI**

● **YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI**

- Hukuk Bölümü Cilt : I Yıl : 1926-1941 Lüks Ciltli Tükendi
 Hukuk Bölümü Cilt : II Yıl : 1942-1944 Lüks Ciltli Tükendi
 Hukuk Bölümü Cilt : III Yıl : 1945-1947 Lüks Ciltli Tükendi
 Hukuk Bölümü Cilt : IV Yıl : 1948-1956 Lüks Ciltli Tükendi
 Hukuk Bölümü Cilt : V Yıl : 1957-1980 Lüks Ciltli 850,— Lira
 Ceza Bölümü Cilt : I Yıl : 1927-1940 Lüks Ciltli Tükendi
 Ceza Bölümü Cilt : II Yıl : 1941-1946 Lüks Ciltli Tükendi
 Ceza Bölümü Cilt : III Yıl : 1947-1980 Lüks Ciltli 950,— Lira

● **CEZA KANUNU ŞERHİ (MAJNO)**

- Cilt : I 615 Sayfa Lüks Ciltli 75,— Lira
 Cilt : II 384 Sayfa Lüks Ciltli 100,— Lira
 Cilt : III 412 Sayfa Lüks Ciltli 300,— Lira
 Cilt : IV 496 Sayfa Lüks Ciltli 550,— Lira

● **YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ YARGI YILI KONUŞMALARI (1943-1978)**

- 375 Sayfa Üç Renkli Kapak 150,— Lira

● **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**

- Cilt : I Yıl : 1975 Sayı : 1-12 180,— Lira
 Cilt : II Yıl : 1976 Sayı : 1-12 Tükendi
 Cilt : III Yıl : 1977 Sayı : 1-12 Tükendi
 Cilt : IV Yıl : 1978 Sayı : 3-12 250,— Lira
 Cilt : V Yıl : 1979 Sayı : 2-12 385,— Lira
 Cilt : VI Yıl : 1980 Sayı : 1-12 900,— Lira
 Cilt : VII Yıl : 1981 Sayı : 1-12 1.800,— Lira
 Cilt : VIII Yıl : 1982 Sayı : 1, 2 Devam Ediyor 2.040,— Lira

● **YARGITAY DERGİSİ**

- Cilt : I Yıl : 1975 Sayı : 1-4 80,— Lira
 Cilt : II Yıl : 1976 Sayı : 1-4 80,— Lira
 Cilt : III Yıl : 1977 Sayı : 1-4 Tükendi
 Cilt : IV Yıl : 1978 Sayı : 1-4 120,— Lira
 Cilt : V Yıl : 1979 Sayı : 1-4 140,— Lira
 Cilt : VI Yıl : 1980 Sayı : 1-4 300,— Lira
 Cilt : VII Yıl : 1981 Sayı : 1-4 600,— Lira
 Cilt : VIII Yıl : 1982 Sayı : 1-2 Devam Ediyor 640,— Lira

● **İSTEME VE HABERLEŞME ADRESİ**

Aşağıdaki hesap numaralarımızdan birine bedel yatırılarak Müdürlüğü-müze başvurulmalıdır.

— Posta Çekleri Merkezi Hesap No.: 92 93 2

— T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesi Hesap No.: 640/110

Adres : YARGITAY YAYIN İŞLERİ MÜDÜRLÜĞÜ — ANKARA

- **NOT : 1** — Ödemeli gönderilmez.
- 2 — Temsilcimiz yoktur.
- 3 — Gönderilen bedelin hangi yayına ve yıla ilişkin olduğu belirtilmelidir.
- 4 — 1975 yılı dergileri ile kitaplarımız için indirim yoktur.
- 5 — Diğer yıl dergileri için hâkim ve C. Savcıları ile her dergi sayısından en az 50 adet alana % 20 indirim uygulanır.
- 6 — Abone bedeli gönderilirken açık adres yazılmalı, adres değişikliği hemen bildirilmelidir.