



KURULUS: OCAK - 1975. YIL: 19. SIRA SAYI: 73-74

YARGITAY DERGİSİ



CİLT: 19

OCAK-NİSAN 1993

SAYI: 1-2

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan Dr. İsmet OCAKÇIOĞLU

Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü Ali Rıza GENİŞ

YAYIN KURULU

Başkan :	Gönen ERİŞ	(11.Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler :	Ahmet Cemal GÖĞÜŞ	(5. Hukuk Dairesi Üyesi)
	Şener GÜNGÖR	(10. Ceza Dairesi Üyesi)
	Hakkı DINÇ	(2. Hukuk Dairesi Üyesi)
	Ş.Ekrem SERİM	(9. Hukuk Dairesi Üyesi)

-
- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüze bağlamaz.
 - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödenmez.
 - Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
 - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
 - Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilerek aktarılabilir.
 - Gerek görüldüğünde, yazının özüne değinmeyen yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
-

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce üç ayda bir yayınlanır.
 - Yönetim ve yazışma adresi: Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü 06658 Ankara.
 - Telefon: (9-4) 425 16 32 - 425 16 49 ; 417 53 80 / 2385, 2484, 2486
Faks: (9-4) 419 41 11
 - % 6 oranındaki katma değer vergisi içinde, 1993 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 72.080.- liradır.
 - Dergi bedeli, Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304/110 sayılı veya Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı hesaplarımızdan birine aktararak yada PTT. kanalıyla gönderilerek veya Müdürlüğümüz Veznesine yatırılarak abone olunur.
 - Abone İşleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla Hâkim ve C.Savcılarını ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %20 indirim uygulanır.
 - Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.
-

İ Ç İ N D E K İ L E R

Sayfa

1- GENEL KONULAR

- a) Dr. Nadir Latif İSLAM : Milletvekili Dokunulmazlığında Meclis İçi Prosedür..... 5-10

2- USUL HUKUKU

- a) Erol ÇETİN : Yargıtay Kararları Işığında Ceza Uygulaması ve Yargılaması Yönünden 4081 Sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Yasa..... 11-29

- b) Vural SAVAŞ : Demokratik Devletlerin Teröristlere Karşı Aldığı Yasal Tedbirler ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Son Değişikliklerin Bu Açıdan Değerlendirilmesi..... 30-34

- c) Prof. Dr. Faruk EREM : İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliği..... 35-55

- ç) Mustafa GÜVEN : Nasıl Bir İnfaz Sistemi..... 56-70

3- CEZA HUKUKU

- a) Doç. Dr. Sami SELÇUK : Toplumsal Savunma..... 71-85

- b) Dr. İzzet ÖZGENÇ : Müşterek Faillik - Ceza Kanununun 463. Maddesi Hükmünün ve Buna İlişkin Uygulamanın Değerlendirilmesi..... 86-107

- c) Dr. Hüseyin H.ÖZSAN
Dr. Zehra ARIKAN : Elazığ Ruh Sağlığı ve Hastahkları Hastanesinde İki Yıllık Bir Döneme İlişkin Cezai Ehliyet Raporlarının İncelenmesi..... 108-112

4- **TİCARET HUKUKU**

- a) **Alpay ANTMEN** : Karşılıksız Çek, Karşılıksız Çekin Hukuki ve Cezai Sonuçları (II)..... 113 - 131

5- **ÖZEL HUKUK**

- a) **H.Hilmi ÖZDEMİR** : 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 46. Maddesi Açısından Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun Uygulanmasından Doğan Zilyetliğe Dayanan Tapu İptal Davaları..... 132-165

- b) **Ahmet ÖZGAN** : 3402 Sayılı Kadastro Yasasının 29/II. Maddesinin Getirdiği Bir Yenilik Üzerine..... 166 - 172

6- **FEDERAL MAHKEME İÇTİHA TLARI**

- a) **Dr. Kemal DAYINLARLI** : Avukatın Medeni Sorumluluğu (BK. m. 398/2)..... 173 - 178

7- **TÜRK HUKUKUNUN YABANCI MAHKEMELERCE UYGULANMASI**

- a) **Doç.Dr. Şeref ÜNAL** : Boşanmada Yetkili Mahkeme..... 179 - 181

8- **YARITAYDAN HABERLER**

- a) **Ali Rıza GENİŞ** : Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar..... 182 - 185
Yasalar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzükler, Yönetmelikler; Yargıtay Yayınları 186 - 190

MİLLETVEKİLİ DOKUNULMAZLIĞINDA MECLİS İÇİ PROSEDÜR

Dr. Nadir Latif İSLAM (*)

Dokunulmazlığın kaldırılmasına sadece TBMM Genel Kurulu yetkili ve görevlidir. TBMM bu konuda, onu koruma arzularına bile tahammül edemeyecek kadar tek yetkilidir.

Demokratik Parlementer sistemin cari olduğu rejimlerde, genellikle, Yasama Organı üyelerine (milletvekillerine), Yasama dokunulmazlığı adı verilen bir güvence tanınmıştır. Yasama Görevi dokunulmazlığı veya sistemimizde kısaca MİLLETVEKİLİ DOKUNULMAZLIĞI denilen bu özel güvencenin mahiyeti, şümulu ve haklılığı konusunda geçmişte ve günümüzde çeşitli değerlendirmeler ve fikirler ortaya konmuştur. Detaya girmeden özetlemek gerekirse, Milletvekilliği Dokunulmazlığı bir yönüyle tarihi gelişimin, bir yönüyle de toplumda yasaların en geniş bir hürriyet düzeni içinde oluşturulabilmesi için insanlığın hukuk zekasının ürünü olarak kabul edilmektedir.

Bütün vatandaşların hür, eşit ve insan haklarına sahip olduğu vurgulanan birçok anayasanın hükümleri arasında, bir kısım vatandaşlara (Milletvekillerine) adeta çelişki gibi görülebilecek şekilde, bir takım "imtiyazlar" dokunulmazlıklar tanınması belki de hayatın, daha doğrusu parlementer sistemin bir cilvesi olarak değerlendirilebilir. Böyle olmakla beraber, çeşitli ülkelerin anayasalarına ve uygulamada bu, bir olgudur (vakiadır).

Özetleyerek ifade edersek: Bu dokunulmazlığın iki amaçla kabul edildiği, yahut iki yönden yararlı olduğu konusunda genel bir görüş yakınlığı vardır.

(*) Avukat (Sakarya Eski Milletvekili ve TBMM Adalet Komisyonu Eski Başkanı).

1- Birinci olarak, yasama organı üyelerinin, yasama faaliyetleri sebebiyle herhangi bir baskı ve tehdide karşı tam bir hürriyet içinde bulunabilmeleri ve görevlerini tam anlamıyla hür olarak yapabilmelerini amaçlar. Yasama dokunulmazlığının, milletvekillerini, öteki etki ve tehditler yanında, hatta Meclislerdeki çeşitli çoğunluk tahakkümlerine karşı da koruyan bir güvence olduğuna, doktrinde ve tatbikatçılar arasında çoğunlukla inanılmaktadır.

2- Bunun yanında, yasama dokunulmazlığının, sadece milletvekilleri için şahsî güvence olmanın ötesinde, Parlamento'yu, devletin öteki organlarının veya yasal olmayan etki ve odakların baskılarına karşı koruyan bir zırh ve güvence olduğu da genellikle kabul olunmaktadır.

Doktrinde ve çeşitli anayasalarda, yasama dokunulmazlığı, öteki deyişle, **milletvekilliği dokunulmazlığı**'nın kapsamı üzerindeki düşünce ve ölçüler çeşitlidir. Bazı düşünce ve yasal düzenlemeler, bunun sınırsız olmasını öngörür. Milletvekilinin seçildiği andan, milletvekilliğinin sona erdiği ana kadarki bütün süre içinde her bakımdan sorumsuz kılınması uygun görülür.

Bazı görüş ve yasal düzenlemeler bu sorumsuzluğu Parlamento binası içindeki sözler ve fiiller ile sınırlar. Bunun yanında, sorumsuzluk meselesinin, bir mekân boyutu içinde, (Meclis içi faaliyetlerle) sınırlandırmanın uygun olmayacağı görüşüyle, yasama görevi yapılan her yerde ve her zamanda, bu sorumsuzluğun gerekli olduğunu kabul eden düşünce ve yasal düzenlemelere de rastlanmaktadır.

Memleketimizdeki duruma gelince:

Cumhuriyet döneminde yapılmış ilk anayasa olan 1924 Anayasası, onu takip eden 1961 Anayasası ve halen yürürlükte bulunan 1982 Anayasası'nda, bu konu aşağı yukarı aynı çerçeveler içinde düzenlenmiştir.

Yetmiş yıla yaklaşan tatbikat içinde, birbirine benzeyen veya benzemeyen uygulamalar görülmekle beraber, bu farkın daha çok Meclis içtüzüklerinden ve onların bazı hükümlerinde yapılmış kısmi değişiklikler ile, siyasal olayların getirmiş olduğu farklı değerlendirmelerden doğmuş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bugün yürürlükte olan 1982 Anayasası, yasama dokunulmazlığının esaslarını 83. maddesiyle düzenlemiştir. Maddenin birinci bendinde; "milletvekillerinin Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, sorumlu tutulamayacakları" belirlenmiştir.

İkinci bendde; "seçimden önce veya sonra, bir suç işlediği ileri sürülen bir

milletvekilinin, Meclis kararı olmadıkça, tutulamayacağı, sorguya çekilemeyeceği, tutuklanamayacağı ve yargılanamayacağı" ifade edilmektedir. Bendin devamında bu genel kuralın istisnaları zikredilmekte, daha aşağıda üçüncü bentte de; "bir TBMM Üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesinin, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılacağı" hükmü yer almaktadır.

Dördüncü bentte; "tekrar seçilen milletvekili hakkındaki soruşturma ve kovuşturmanın, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlı olduğu" vurgulanmaktadır.

Anayasanın 85. maddesi; "dokunulmazlığı Meclisce kaldırılmış bir milletvekilinin veya Meclis üyelerinden herhangi birinin bu karar aleyhine Anayasa Mahkemesine iptali için başvurabileceği" hükmünü getirmektedir.

Anayasal esas kural olarak, Milletvekillerinin Meclis (yasama) çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden dolayı sorumlu tutulamazlar. Keza, Meclis Başkanlık Divanının teklifi üzerine,

Meclisce başka türlü bir karar alınmadıkça, bunların Meclis dışında açığa vurulmasından da keza sorumlu tutulamazlar.

Bu genel sorumluluk (veya dokunulmazlık) halinin iki istisnası vardır:

1- Bunlardan birincisi, Anayasanın 14. maddesinde gösterilen haldir. Buna göre: "Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla", temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kötüye kullanılamaz.

İşte yasama dokunulmazlığına ilişkin Anayasanın 83. maddesinin ikinci bendinde istisna edilen hallerden biri, 14. maddede belirtilen yukarıda belirtilen haldir. Bu durumda milletvekili sorumsuzluk hükmünden yararlanamamaktadır.

2- Milletvekilinin dışarıdaki ilişkileri sebebiyle müstakillen veya iştirak halinde (birlikte olarak) işlemiş olduğu iddia edilen suçlar sebebiyle, eğer bu suçların amacı yönünde Meclis Kürsüsünü alet ettiği yolunda emareler var ise, bu takdirde de bu ilişkinin var olup olmadığı, en azından yasama dokunulmazlığından yararlanılabilecek veya dokunulmazlık dışında kalan hususların tefrikine imkân verebilecek araştırmanın yapılması için, soruşturma mercileri veya mahkemelerce, TBMM Başkanlığı'na müracaati mümkündür ve esasen

başka bir yol da mevcut değildir.

Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına gerek olup olmadığına Meclis, yasal düzen ölçüleri içinde kararını verecek, dokunulmazlığın kaldırılmasına gerek görecektir veya görmeyecektir.

Bu iki istisna, yürürlükteki Anayasanın hem temel özelliklerine hem de iç mantığına aykırı görülemez. Zira, Anayasanın 4. maddesi de, bu temel düşünce içinde, Anayasanın 1., 2. ve 3. maddelerinin, değil suç teşkil edecek bir eylem halinde, hatta yasama görevi kapsamı içinde olarak bile değiştirilmesinin teklif bile edilemeyeceği hükmünü getirmektedir.

Anayasanın bu şekildeki hükümlerle düzenlediği yasama dokunulmazlığının kaldırılması taleplerine ilişkin prosedür, Meclis İhtüzüğüne düzenlenmiştir.

5 Mart 1973 tarihinde kabul edilmiş olup, bugün de yürürlükte olan Meclis İhtüzüğü'nün Yedinci Kısmı "Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması ve Milletvekilliğinin Düşmesi" konularından oluşmaktadır. Bu kısmın ilk maddesi olan 108. madde hükmüne göre; "bir milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması hakkındaki istemler, Başkanlıkça anayasa ve Adalet Komisyonu üyelerinden oluşan **"Karma Komisyon"**a havale edilir.

109. madde, Karma Komisyona gelen dosya üzerinde yapılacak çalışmalara başlangıç olmak üzere, Karma Komisyon Başkanı ad çekme suretiyle beş üyeli bir "Hazırlık Komisyonu" teşkil eder.

Yine madde hükmüne göre, gerekli işbölümünü yapan Hazırlık Komisyonu, dosyayı inceler, gerekli görürse o milletvekilini dinler (tanık dinleyemez) ve göreve başlamış olduğu tarihten itibaren en geç bir ayda karar verir. Hazırlık Komisyonu kararı olan rapor, Karma Komisyonda bir ayda sonuçlandırılır.

İhtüzüğü'nün 110. maddesi çerçevesinde, Karma Komisyon, hazırlık komisyonu raporunu ve eklerini görür.

Karma Komisyon, dokunulmazlığın kaldırılmasına veya kovuşturmanın milletvekilliği veya (o kişi milletvekili değil de dışarıdan bakan ise) bakanlık sıfatının sona ermesine kadar ertelenmesine karar verir.

Meclis İhtüzüğü'nün 110. maddesinin bundan sonraki bendlerinde, Karma Komisyon Raporunun Meclis Genel Kurul gündemindeki değerlendirme ve müzakere esasları düzenlenmektedir. Buna göre: Karma Komisyon raporu kovuşturmanın ertelenmesi şeklinde ise, Genel Kurulda okunur.

On gün zarfında bu rapora yazılı olarak itiraz edilmezse kesinleşir. (İtiraz Meclis Başkanlığına yapılır. Zira, konu ve dosya o anda Genel Kurula izafeten, henüz Meclis Başkanlık Divanının elinde bulunmaktadır.)

Karma Komisyon Raporu dokunulmazlığın kaldırılması şeklinde ise veya yukarıda açıklandığı gibi, itiraz vaki olmuşsa, Genel Kurulda müzakereye açılır, görüşülür.

Kovuşturma ertelenmiş ve bu karar Genel Kurulca kaldırılmamış ise, bu kişi hakkında, milletvekilliği sıfatı devam ettiği sürece, ilgili hakkında kovuşturma yapılamaz.

İçtüzüğün 111. maddesi, dokunulmazlığın kaldırılması istenmiş olan milletvekilinin, her safhada (Hazırlık Komisyonunda, Karma Komisyonunda ve Genel Kurulda) savunma hakkı olduğunu belirlemektedir. Savunmasını kendisi yapabileceği gibi, bir başka üye tarafından da savunulabilir. Yine madde hükmüne göre, son söz herhalde savunmanıdır. Dokunulmazlığının kaldırılmasını üyenin bizzat istemesi, böyle karar verilmesi için yeterli değildir.

Bütün bu açıklamaların da ortaya koyduğu gibi, Türk Anayasa düzeni içinde, yasama dokunulmazlığı (veya diğer bir deyimle, milletvekilliği dokunulmazlığı) konusu, devlet düzeninin ve kuvvetler ayrılığı prensibinin korunması açısından önemli ve ağırlıklı bir şekilde ele alınmıştır.

Özetlemek gerekirse, yasama dokunulmazlığının kaldırılması talebi, ilgili bir merci (bir mahkeme, Savcılık veya açılmış bir dava varsa, o davanın şikayetçi veya davacısı) tarafından TBMM Başkanlığı'na ulaştırıldığında, Başkan tarafından dosyasının hemen Karma Komisyona havale edilmesi gerekir. Başkanın böyle bir talebi ne içeriği yönünden ne de başka bir düşünceyle erteleme veya geri çevirme görevi bulunmamaktadır. Yukarıda açıklanan prosedürün dayandığı Anayasa ve İçtüzük hükümleri ve özellikle içtüzükteki, komisyon çalışmalarının bitirilme sürelerine ilişkin emredici kayıtlar, gelen taleplerin süratle sonuçlandırılması amacını açıkça ortaya koymaktadır. Anayasa ve İçtüzük tarafından bu denli önemsenen ve işin sonuçlandırılması için kesin süre kayıtları konulmuş konularda, istemi değil çevirmek, geciktirmeğe sebep olmak bile, Anayasa ve içtüzük hükümlerine uyumsuzluk teşkil eder.

Bu noktayı biraz daha açmakta yarar vardır: İçtüzük, Meclis çalışmalarını düzenlemek amacıyla çeşitli kurallar koymaktadır. Ve Meclisin temel ve ana fonksiyonu "yasa çıkarmak" olduğundan, İçtüzüğün düzenlenmesinde, temel çizgi olarak, yasa çıkarılması çalışmaları esas alınmıştır. Başkanlık - Komi-

syonlar ve Genel Kurul ilişkileri ve çalışma konuları düzenlenmiştir. Bu genel çizgi dışında kalan konularda, yasa çıkarma çalışmaları ile ilgili düzen ve çizgiyle ilgili hükümlerin yetmezliği halinde bazı farklı, ek hükümler getirilmiştir.

Bunun yanında Yasama hiyerarşisi ve nezaketi içinde Anayasa ve İçtüzükteki hükümlerin yazılış tarzından da, görevlilerin ve Başkanlığın görevlerini yürütürken ne derece takdir hakları bulunduğunu farketmek mümkündür. Bazı madde hükümlerinde (..... edebilir karar verebilir) şeklinde çok yönlü değerlendirme imkânları vurgulanmakta, bazı maddeler hükümlerinde ise (yapar, eder, havale eder) şeklinde, tek yönlü olarak yerine getirilebilecek görev ve yetkiler belirlenmektedir.

Bu konuya açıklık getirebilecek somut bir örnek olarak İçtüzüğün 75 ve 108. maddelerini göstermek mümkündür:

75. madde; "Komisyonlar, şartlarına uymayan kanun tekliflerini sahiplerine tamamlatmaya yetkilidir" hükmünü getirmektedir. Daha aşağıdaki fıkrada, kanun tekliflerinin, Başkanlıkça doğruca Komisyona "havale edileceği" belirtilmektedir. Demek ki, Başkan şahsen farketdiği bir yazılış noksanlığı veya usulsüzlüğü ve yasa teklifine içerik olarak katılmazlığı sebebiyle bile, bu şahsi takdirleriyle, bu teklifi geri çeviremez, ilgisinden bizzat düzeltirme isteminde bulunamaz.

108. madde hükmüne göre de, bir milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması hakkında istemler, Başkanlıkça (Anayasa ve Adalet Karma Komisyonuna) havale edilir. Başkanın bu konuda da –kanun tekliflerindeki temel usul ve çizgi veçhile– bu havale görevi "tek yönlü"dür. Geri çevirme şeklinde ikinci bir alternatif mevcut değildir. Esasen, bir noksanlık ve yanlışlığın mevcut olması halinde, ilgili Komisyon bunları tamamlattırmaya, düzeltirmeye yetkili ve görevlidir ve dilediği mercilerden de bu konuda gerekli bütün hususları sorabilir, bilgi alabilir.

Şüphesiz İçtüzüğün bu hükümlerini, Meclis İradesinin güçlendirilmesi ve belirtilmesi amacı içinde değerlendirmek gerekir.

Bu genel amaç içinde, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına sadece Meclisin (Genel Kurulun) yetkili ve görevli olduğunu kabul etmek kaçınılmazdır. Böyle olması, hem eşyanın tabiatına en uygun olan hem de Parleментар demokrasi mantığının zorunlu sonucudur. Kısacası, TBMM. bu konuda, kendi iradesinin önünde ve üstünde, onu koruma arzularına bile tahammül edemeyecek kadar tek yetkilidir.

YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA
CEZA UYGULAMASI VE YARGILAMASI YÖNÜNDEN
4081 SAYILI ÇİFTÇİ MALLARININ KORUNMASI
HAKKINDA YASA

Erol ÇETİN (*)

● ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş. II- Kuruluş ve görevliler, III- Yasanın konuyu ilgilendiren maddeleri. IV- Memur sayılanlar. V- Bekçiler ve bazı suçlar. VI- Yargılama sorunu. VII- Yargıtay kararları.

I- GİRİŞ

En büyüğünden en küçüğüne kadar bütün il, ilçe, kasaba ve köylerimizde kuruluşu bulunan ve genelde kültür düzeyleri çok düşük kişilerden oluşan çiftçi malları koruma örgütü görevlilerinin işledikleri suçlar ve onlara karşı işlenen suçlar C.Savcılarımız ve Ceza Mahkemelerimizi en çok meşgul eden konulardan biridir.

Özel yasası bulunan bu tür kuruluşlarımızdaki görevlilerin sanık veya mağdur sıfatıyla bir suçun içinde yer alması halinde akla ilk gelen sorulardan biri o kişinin ceza yasası uygulamasında **memur** sayılıp sayılmayacağı ve işlediği suçlar nedeniyle hakkındaki davanın nasıl açılması gerektiğidir.

Bu yönüyle 4081 sayılı yasa, ceza uygulaması ve yargılaması yönünden **ceza hukukunda memur kavramını** da yakından ilgilendirir.

Bu yazımızda sözü edilen yasayı Yargıtay kararları ışığında ceza uygulaması ve yargılaması yönünden inceleyip konu ile ilgili örnek kararlarla birlikte uygulayıcılarımızın yararlanmalarına sunmayı amaçladık.

(*) Yargıtay 4. Ceza Dairesi Üyesi.

II- KURULUŞ VE GÖREVLİLER

4081 sayılı yasa, çiftçi mallarını koruma örgütünü **köylerdeki kuruluş, belediye teşkilatı olan yerlerdeki** (kasaba, ilçe ve iller) **kuruluş** olmak üzere iki biçimde düzenlenmektedir. Aşağıda etraflı biçimde değineceğimiz yargılama sorunuyla da yakından ilgili olan bu ayırımın gözden kaçırılmaması gerekir.

a) Köylerdeki kuruluş: Yasa, köy sınırları içinde bulunan çiftçi mallarının korunması için ayrı bir kuruluş öngörmemekte, köylerde bu görevin 442 sayılı Köy Yasasına göre oluşturulan **muhtarın başkanlığındaki ihtiyar heyeti** tarafından yapılacağını bildirmektedir (Md. 3).

b) Belediye teşkilatı olan yerlerdeki kuruluş: Bilindiği gibi bu gruba **kasabalar** (nüfusu ikibinden az dahi olsa belediye teşkilatı olan köyler), **ilçeler** ve **iller** girer. 4081 sayılı yasa, belediye teşkilatı olan yerlerde bu işin **koruma meclislerince** yapılmasını öngörmektedir. Yasaya göre, belediye teşkilatı olan yerlerdeki koruma meclisleri, belediye meclisinin tarımla uğraşan halk arasından seçtiği beş asıl, beş yedek üyeden oluşur. Bunlar kendi aralarından bir **başkan**, bir de **başkan vekili** seçerler (Md. 4).

Koruma ve ihtiyar meclislerinin görev ve yetkileri yasanın 7. maddesinde gösterilmiştir.

Ayrıca, her ilçe ve il merkezinde bir **murakebe heyeti** kurulur. Bu kuruluş köy ve kasabalarda yoktur. Murakabe heyeti il merkezinde valinin idare memurları arasından seçeceği bir kişinin; ilçelerde kaymakamın başkanlığı altında ziraat ve veteriner müdür veya memurları ile tarımla uğraşan halk arasından seçilecek beş üyeden oluşur (Md. 3, 4, 5). Murakebe heyetinin görev ve yetkileri yasanın 8. maddesinde yazılıdır.

Bunlardan başka, bütün köy, kasaba, ilçe ve illerde yeteri kadar **bekçi** bulunur. Köylerde ihtiyar heyetleri, belediye teşkilatı olan yerlerde de koruma meclisleri bekçiliğe ehil gördükleri kimseleri seçerek vali veya kaymakamın onayına sunarlar. Atama işlemi mülki amirin onayı ile tamamlanır (Md. 7/2). Bekçilerin görevleri de yasanın 12. maddesinde yazılıdır.

III- YASANIN KONUYU İLGİLENDİREN MADDELERİ

Madde 1 - Bu kanuna göre korunacak çiftçi malları aşağıda yazılıdır :

I- Ekili, dikili veya kendiliğinden yetişen bütün nebatlarla Orman Kanunu'nun şumulüne girmeyen ağaçlar ve ağaçlıklar,

II- Ziraatte kullanılan veya ziraatle alâkalı olan her nevi menkul ve gayri-menkul mallar,

III- Su arkları, set ve bentlerle hendek, çit, duvar ve emsali manialar, tarla ve bahçe yolları.

Madde 2 - Bu kanunun hükümleri :

I- Köy sınırları içinde,

II- Şehir ve kasaba haricinde olup, belediye hududu içinde veya dışın-da bulunsun, ziraî mahsulât istihsal edilmekte olan sahalarda tatbik olunur.

Madde 3 - Bu kanunda yazılı işlerden köylere taallük edenleri **ihhtiyar meclisi**, ikinci maddenin ikinci fıkrasında yazılı sahalara ait olanları **koruma meclisi** tarafında ifa olunur. Her kaza ve vilâyet merkezinde ayrıca bir murakabe heyeti de bulunur.

Madde 4 - **Murakabe heyeti** ile **koruma meclisine** aza seçilebilmek için belediye meclisine aza intihap edebilmek hakkına malik olmak ve aynı ziraî sahada ziraatle meşgul bulunmak şarttır. Şu kadar ki, bunların belde sakinini olup olmadıklarına bakılmaz. Köy Kanununun 30 uncu maddesi bu seçimlerde de caridir.

Koruma meclisi azaları Ticaret, Sanayi ve Ziraat odaları bulunan yerlerde bunların da iştiraki ile toplanan belediye meclisi tarafından gizli rey ve dört sene müddetle intihap olurlar. Her intihapta beşi aslî, beşi yedek aza olmak üzere on kişi seçilir. Aslî azaları arasında inhilâl vukuunda yedek azadan en fazla rey alan boşalan yere geçer. Müsavi rey almış olanlar arasında kur'a çekilir.

Koruma meclisi azaları arasından gizli rey ve bir **reis** ve bir **reis vekili** seçerler.

Madde 5 - Murakabe heyeti, vilâyet merkezinde valinin idare mensupları arasından seçeceği bir zatın, kazalarda kaymakamın reisliği altında, ziraat ve veteriner müdür veya memurları ile dördüncü madde hükümleri dairesinde intihap olunan beş azadan teşekkül eder. Kaymakamın bulunmadığı hallerde heyete ziraat veya veteriner müdür veya memuru, bunların da bulunmaması halinde kaymakamın tensip edeceği aza reislik eder.

(Ek Fıkra: 5856 - 9/1/1952)

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA CEZA UYGULAMASI VE
YARGILAMASI YÖNÜNDEN 4081 SAYILI ÇİFTÇİ MALLARININ
KORUNMASI HAKKINDA YASA**

Belediye meclislerinin her yenilenmesinde çiftçi mallarını koruma meclisi üyeleri ile murakabe heyeti üyeleri yukarıki bentte bildirilen usule göre yeniden seçilirler.

Madde 7 - Koruma ve ihtiyar meclislerinin, çiftçi mallarını koruma bakımından, vazife ve selâhiyetleri şunlardır :

I- Koruma kadro ve bütçesini ve senelik koruma ücreti tarifelerini tesbit ve her iki hususu murakabe heyetinin tetkik ve tasdikine sevk etmek,

II- Koruculuk için Köy Kanununda yazılı hükümlere göre **bekçiliğe** ehil gördüklerini seçerek tayinlerini vali veya kaymakamın tasdikine arz etmek, bekçilerin adetlerini ve çalışma müddet ve şartlarını tesbit eylemek, vazife görecekleri mıntıkaları ayırmak ve bunlara para veya mal olarak verilecek aylık veya yıllığı kararlaştırmak ve vazifelerini iyi görmeleri için lüzumlu tedbirleri almak, hayvanlar için müşterek çoban tutmak,

III- Suların mezruat ve yollara yapacağı tahribatı önlemek ve su arkları ve hendeklerle tarla ve bahçe yollarını tamir ettirmek ve bu yüzden doğacak masrafları bütçe harici olarak alâkalılar arasında istifadeleri nisbetinde taksim ve tahsil etmek (Alâkalılardan fiilen çalışmak isteyenler çalışabilirler),

IV- Suların sivrisinek yetişmesine müsait birikintiler yapmasına mani olmak ve bu maksat için açılan kanallar ve mecraları ve kurutulmuş olan toprakları muhafaza etmek,

V- Elli liraya kadar olan zarar ve ziyan işlerine 26. maddede yazılı hükümler dairesinde bakmak,

VI- Ondördüncü maddede gösterilen inzibat cezalarını vermek ve bu kanunda yazılı diğer vazifeleri görmek.

Madde 8 - Murakabe heyetinin vazife ve selâhiyetleri şunlardır :

I- Koruma kadro ve bütçesini ve senelik koruma bedeli tarifelerini tasdik veya bunlarda lüzumlu gördüğü tadilleri icra etmek,

II- Mıntıkaları dahilindeki köylerden malî ve ziraî durumları bir bekçiden ayrı olarak korucu tutmağa müsait olmayanlarını tayin etmek,

III- Koruma ve ihtiyar meclisi kararlarına bu kanun hükümleri dahilinde yapılan itirazları tetkik etmek,

IV- Koruma ve ihtiyar meclislerinin bu kanunda gösterilen vazife ve

selâhiyetlerini devamlı bir nezaret ve murakebeye tâbi tutmak,

V- Hayvanların sureti muhafaza ve sevki idaresine ve geçeceği yolların tayinine, tarla, bağ ve bahçe sınırlarının belli edilmesine veya bu yerlerin korunmasını temin için mahallince yapılması mümkün ve mutad olan manialar konmasına; tarla yollar, su arkları ve sınır hendeklerini set ve bentlerin evsaf ve sureti muhafazalarına mütedair tedbirlerin tesbitine dair Koruma ve ihtiyar meclisleri tarafından yapılan teklifleri tetkik ve karara bağlamak ve bu kanunda gösterilen diğer işleri görmek,

VI- İkinci maddenin ikinci fıkrasında yazılı saha hudutlarını tayin ve tesbit etmek,

Murakebe heyeti lüzum gördüğü hallerde bu sahanın hudutlarını değiştirebileceği gibi, yakınlık ve çiftçilik münasebetleri veya korumada kolaylık için mülâhazaları binaen bu kanunun tatbiki bakımından mezkûr sahanın bazı parçalarını veya tamamını en uygun gördüğü köye bağlayabilir.

I, III ve V sayılı bentlerde yazılı muamelelerin bir ay zarfında neticelendirilmesi mecburidir. Koruma bedeli tarifelerin tetkikatında 15. maddeye tevfiқан yapılan itirazlar da nazara alınır.

İhtiyar ve Koruma meclisleri veya bunlardan biri ile diğeri arasında tekevün eden ihtilâfı, her ikisinin tâbi bulunduğu Murakebe Heyeti, ayrı ayrı Murakebe Heyetine tâbi iseler bunlardan en yakın olanı kat'î olarak hâl ve fasleder.

Madde 12 - Bekçilerin vazifeleri şunlardır :

I- Çiftçi mallarını korumak,

II- Çiftçi mallarını zarar iras edildiği hallerde 24. maddede gösterilen muameleleri ve bu kanunda yazılı diğer vazifeleri ifa etmek.

Madde 13 - Bekçilerin bu kanunda yazılı vazifelerden gayri işlerde istihdamları veya kısa bir zaman için dahi olsa kendi mıntıkaları hâricine gönderilmesi yasaktır.

Bunlar ancak umumi emniyet ve asayişin ve su baskını, zelzele ve yangın gibi umumi afetlerin zaruri kıldığı fevkalade ahvalde bağlı buldukları yerin en büyük mülkiye amirinin veya muhtarın izniyle kendi mıntıkaları veya yukarıda gösterilen vazifeleri haricinde muvakkat olarak istihdam edilebilirler.

Şu kadar ki mali ve zırai durumları bir bekçiden ayrı olarak köy korucusu

**YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDE CEZA UYGULAMASI VE
YARGILAMASI YÖNÜNDEN 4081 SAYILI ÇİFTÇİ MALLARININ
KORUNMASI HAKKINDA YASA**

tutmağa kudreti olmadığı murakebe heyetince yapılan tetkikat neticesinde tahakkuk eden köylerde köy korucularına ait vazifeler bu beklîye gördürölür.

Madde 15 - Koruma tarifeleri her sene koruma ve ihtiyar meclisleri tarafından mahallin örf ve adeti ile iktisadi vaziyetine ve taallak ettiği arazinin verimine, mahsulün nev'ine veya hayvan cinsine göre tanzim olunur.

Bu tarifeler murakabe heyetine gönderilmekle beraber aynı zamanda köy veya kasabanın münasip mahallerine de talik olunur. Alâkadarlar talikten itibaren on gün zarfında koruma veya ihtiyar meclisleri vasıtasıyla veya doğrudan doğruya murakebe heyetine itiraz edebilirler. Tarifeler murakabe heyetinin tasdikiyle katileşir.

Koruma bedelleri her mahallin istihsal vaziyetlerine göre tesbit olunacak en müsait zamanda ve Tahsili Emval Kanununa göre tahsil olunur. Ancak **tahsilat komisyonunun** vazifeleri koruma ve ihtiyar meclisleri, **tahsildarın** gördüğü işler koruma heyeti reisinin veya muhtarın tensip edeceği kimse tarafından ifa olunur.

Koruma tarifesi bir senelik bekçi ücretlerinden başka peşin olarak ödenecek zarar ve ziyanlarla masraf karşılığı olarak bekçi ücretlerine yüzde 30'u geçmemek üzere yapılacak bir ilaveyi karşılayabilecek şekilde tanzim olunur.

Madde 18 - Her koruma ve ihtiyar meclisi nezdinde 16 ve 17. maddelerde yazılı gelirlerden bir koruma sandığı teşkil olunur. Bekçi ücretlerinden başka zarar ve ziyan mukabili olarak tahsil edilmiş olan miktar, peşin olarak ödenen zararlar dolayısıyla tükendiği veya zararın ödenmesine kafi gelmediği takdirde sandık mevcudu tarifede yazılı esaslar dairesinde mükelleflerden yapılacak tahsilatla tamamlanır. Bu suretle yapılacak tahsilatta zarar ve ziyan karşılığı olarak 15. maddenin son fıkrasına göre tesbit edilmiş olan nisbet daima muhafaza olunur.

Madde 20 - Mezruat arasında başıboş yakalanıp da onbeş gün içinde sahipleri tarafından alınmayan hayvanlar koruma ve ihtiyar meclisi tarafından münasip görülecek bir pazar yerinde müzayede ile satılır ve keyfiyet bir zabıt ile tesbit olunur. Müzayede de 2490 sayılı kanun hükümleri tatbik olunmaz. Sahibi malum olmayan hayvanlar için her yerin örf ve adetine göre ilan yapılır.

Bu hayvanlar için sarfedilen iâşe ve muhafaza masraflarıyla yapılacak diğer masraflar satış bedelinden tenzil olunduktan sonra bakiyesi bir sene müddetle emaneten saklanır. Satış bedeli bu müddet içinde müracaat edilip

alınmadığı takdirde koruma sandığına irat kaydolunur.

Madde 22 - Koruma sandığının mevcudu Devlet malı hükmündedir. Koruma gelirleri ve koruma sandığındaki paraya haciz konamaz. Koruma sandığı gelirinin cibayet ve sandık mevcudunun sarf sureti ve her sene sonunda hesapların nasıl kapatılacağı Ziraat Vekaletince tesbit olunur.

Madde 23 - Bu kanun ile **vazifedar** olanların vazifeleri dolayısıyla işledikleri suçlara Ceza Kanununun **memurlar** hakkındaki hükümleri tatbik olunur.

Bu gibilerin ifa ettikleri vazifeden dolayı kendilerine karşı işlenen suçlar **memurlar** aleyhine işlenmiş sayılır.

Madde 24 - Birinci maddede yazılı çiftçi mallarına bir zarar vukuunda bekçiler fiilin devamına mani olacak tedbirleri almakla beraber husule gelen zararın tesbitine yarayacak delilleri toplayarak keyfiyeti koruma veya ihtiyar meclisine bildirmek mecburiyetindedirler. İmkân bulunan hallerde bir zabıt varakası da tutulur.

Madde 25 - Koruma veya ihtiyar meclisinin seçeceği vukuf ehli fiili haber veren bekçi ile birlikte en geç yirmidört saat zarfında vaka mahalline giderek zararın miktarını ve hangi şartlar altında yapıldığını tahmin ve tesbit ve bunu bir zabıt varakasıyla tevsik eder. Mühim işlerde vukuf heyetine koruma veya ihtiyar meclisi azasından bir veya bir kaç katılır.

Tutulacak zabıt varakaları ve işe müteallik evrak derhal koruma veya ihtiyar meclisine tevdi olunur.

Zarar ve ziyanın tesbitine taallük eden tetkikler Köy Kanunu hükümlerine göre yapılır.

Madde 30 - Zararı husule getiren hayvanlardan zarar mahallinde görülenler bekçiler tarafından yakalanarak zarar ödeninceye kadar muhafaza edilir.

Bu suretle yakalanan hayvanlar Koruma ve ihtiyar meclislerinin karar ve icra hususunda haiz oldukları selâhiyet mahfuz kalmak şartıyla tazmin edilecek zararlara karşı teminat hükmündedir.

Şu kadar ki hayvan sahibi Koruma ve ihtiyar meclislerinin ikinci fıkra hükümleri dahilinde takdir edeceği miktarı aynen veya nakden teminat olarak yatırır veya bu heyetlerin kabul edeceği bir müteselsil kefil gösterirse hayvanları geri alabilir.

**YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDE CEZA UYGULAMASI VE
YARGILAMASI YÖNÜNDEN 4081 SAYILI ÇİFTÇİ MALLARININ
KORUNMASI HAKKINDA YASA**

Madde 32 - Bekçiler silâhlıdırlar. Silâh ve cephaneleri Devlet tarafından temin edilir. Kıyafet ve silâhlarının cinsi Dahiliye Vekâleti tara fından tâyin olunur.

Madde 33 - Bekçiler, Köy Kanununun 77. maddesinde yazılı hallerde silâh kullanmağa selâhiyetlidirler.

IV- MEMUR SAYILANLAR

Yasanın konumuzu en çok ilgilendiren maddesi görevlilerin ceza yasası uygulamasında memur sayılacağını bildiren 23. maddesidir. Maddeye göre 4081 sayılı yasa ile **vazifedar olanların** görevleri nedeniyle işledikleri suçlara Ceza Yasamızın **memurlar** hakkındaki hükümleri uygulanacak, bunların yaptıkları görev nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlar da memurlar aleyhine işlenmiş sayılacaktır. Başka bir anlatımla bu yasa ile **vazifedar olanlar**, yasanın kendilerine verdiği görevleri yaparken sanık veya mağdur sıfatıyla bir suçun içinde yer aldıkları zaman Ceza Yasası uygulamasında **memur sayılacaktır**.

4081 sayılı Yasa, bu yasa ile vazifedar olanların memur sayılacağını bildirdiği halde, vazifedarların kimler olduğunu açıklamamış, bunu uygulamaya bırakmıştır. Uygulamada bu konuyu açıklayan örneklerden biri Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 3.7.1964 tarih, 3034-3151 sayılı kararıdır. Bu karar şöyledir: "**4081 sayılı Yasanın 3, 7/2, 8, 12, 15/3 madde ve fıkralarında bahse konu görevlilerin bu yasanın 23. maddesi gereğince memur sayılacağına göre, bunların dışında kalan mağdur çiftçi malları koruma kâtabininin memur sayılmayacağı düşünülmeden yazılı maddelerle ceza tayini yasaya aykırıdır.**" 5. Ceza Dairesinin 1.12.1988 gün ve 4481-7375 sayılı kararında da, 4081 sayılı Yasanın 23. maddesindeki vazifedar olanlar sözüne kimlerin dahil olduğu yukarıda yazılı 4. Ceza Dairesi kararına uygun biçimde açıklanarak, **kendisine kasa makbuzu ve kasa mevcudu teslim edilen kişinin yasada yazılı görevliler arasında bulunmadığı kabul edilmiş⁽¹⁾**. Ceza Genel Kurulu'nun 4.10.1971 tarih ve 269-307 sayılı kararında da **4081 sayılı yasada yazılı unvanlar arasında bulunmayan "su dağıtım memurluğu" işinde çalıştırılan kişinin Memur-**

(1) 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunmasına Dair Kanunun 3. maddesinde sayılan ve görevleri 7 ve 8. maddelerde belirtilen ihtiyar meclisi, koruma meclisi ve mura-kebe heyetinin ve yine görevleri 12. maddede gösterilen bekçilerin aynı kanunun 23. maddesinde öngörüldüğü üzere "bu kanun ile vazifedar kılınmış" sayılacakları, Edirne Çiftçi Malları Koruma Dairesi Yönetim Kurulunun 1.12.1983 günlü kararı ile göreve başlatılan ve kendisine kasa makbuzu ve kasa mevcudu teslim edilen sanık T.D.'nin ise sözü edilen yasa maddesi kapsamında olmadığı

ların Yargılanmaları Hakkındaki Yasaya bağlı tutulması gerekmediği görüşü benimsenmiştir. Bu kararlar yasa ile birlikte değerlendirildiğinde, maddedeki **vazifedar olanlar** sözüne, "**yasada memuriyet unvanı gösterilen kişilerin**" dahil olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bunlar, yasanın 3. maddesinde unvanları, 7. ve 8. maddelerinde görevleri yazılı olan **köy ihtiyar heyeti, koruma meclisi murakebe heyeti başkan ve üyeleri**, 4. maddesinin son fıkrasında yazılı **koruma meclisi başkan vekili**, 7. maddesinin 2. fıkrasında atama biçimi ve 12. maddesinde görevleri yazılı olan **bekçiler**, 15. maddesinin 3. fıkrasında yazılı **tahsilat komisyonu görevlileri ve tahsildarlarıdır**.

Görevlilerin işledikleri suçlar nedeniyle memur gibi cezalandırılabilmeleri ve kendilerine karşı işlenen suçlarda da memur sayılabilmeleri için yaptıkları işin yasal görevleri olması veya yasaya uygun bir görevlendirme bulunması gerekir. Yargıtay, yasanın kendisine verdiği görev dışında bir iş yapmakta olan veya yasaya aykırı biçimde görevlendirilen kişiyi memur saymamaktadır (2, 3, 4, 5).

V- BEKÇİLER VE BAZI SUÇLAR

Uygulamada, görevlilerden en çok suç işleyenlerin veya kendilerine karşı en çok suç işlenenlerin bekçiler olduğu görülmektedir. Bu nedenle, bekçileri diğer görevlilerden ayırıp bu kavram üzerinde etraflıca durmak gereği duyduk.

alınarak zimmet suçu kabul edilen eyleminin hizmet sebebiyle görevi kötüye kullanma niteliğinde kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

(5.C.D., 1.12.1988, 4481 - 7375)

- (2) Dosya içeriğine göre çiftçi mallarını koruma başkanı olan müstekinin orman kesimi ile ilgili görevi ve sıfatı bulunmadığı, sanığın eyleminin T.C.K.'nin 482/3. maddesine uyduğu gözetilmeden suç vasfında yanlışlıkla düşülerek T.C.K.'nin 266/1. maddesiyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır.

(4.C.D., 10.2.1988, 10252 - 373)

- (3) Yasaya aykırı biçimde görevlendirilen kişinin temellükü başka bir suçu meydana getirebilirse de zimmet suçundan söz edilemez.

Olayımızda Çiftçi Mallarını Koruma Başkanlığının 26.5.1983 günlü yazısında asli görevinin çiftçi mallarını koruma bekçiliği olduğu anlaşılan ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkındaki Kanunun 13. maddesi açıklığına göre görevinden ayrı işlerde çalıştırılması yasaklanan sanığın, yasaya aykırı biçimde salma parasının tahsili için görevlendirildiğinin ve bu yasal olmayan görevi sırasında tahsil ettiği paraların 43.100 lirasını 22 adet makbuzun dip koçanlarından yaptığı tahrifat sonucu temellük ettiğinin anlaşılması karşısında eyleminin zimmet suçunu oluşturmayacağı, tahrifatın kandıracılık yeteneği varsa sahtecilik, aksi halde emniyeti suistimal suçu niteliğinde olacağı gözetilmeden yazılı şekilde zimmetten mahkûmiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

(5.C.D., 6.3.1985, 512 - 867)

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA CEZA UYGULAMASI VE
YARGILAMASI YÖNÜNDEN 4081 SAYILI ÇİFTÇİ MALLARININ
KORUNMASI HAKKINDA YASA**

Burada öncelikle değinmek istediğimiz bir husus 4081 sayılı yasaya göre atanmış olan **çiftçi mallarını koruma bekçilerinin** 442 sayılı yasaya göre atanan **köy bekçileri (korucular)** ile karıştırılmamasıdır. Bunların görevleri ilgili yasalarda gösterilmiştir. Konumuzu ilgilendiren bekçilerin görevleri kısaca, 4081 sayılı yasanın 1. maddesinde yazılı "**çiftçi mallarını korumak ve bununla ilgili işleri yapmak**" olduğu halde, 442 sayılı yasanın 68. maddesine göre köy bekçilerinin (korucuların) görevleri "**köy sınırları içinde bulunan herkesin ırzını, canını ve malını korumaktır**". Çiftçi mallarını koruma bekçilerinin köylünün ırz ve canını koruma görevi bulunmadığı ve mal kavramının çiftçi malı kavramından daha geniş olduğu düşünülürse, 4081 sayılı yasaya göre atanan bekçilerin görevlerinin 442 sayılı yasaya göre atanan köy bekçilerinin görevlerinden daha sınırlı olduğu görülür. Ayrıca, köy muhtarı 442 sayılı yasanın 72. maddesi uyarınca köy bekçilerine resmî işlerle ilgili her görevi verebildiği halde, çiftçi mallarını koruma bekçilerine yasal görevleri dışında bir görev verirken 4081 sayılı yasanın 12 ve 13. maddelerindeki sınırlamaları gözetmek zorundadır. Bu nedenle köydeki bir bekçinin suç işlemesi veya kendisine karşı suç işlenmesi halinde öncelikle bu kişinin köy bekçisi mi, çiftçi mallarını koruma bekçisi mi olduğu araştırılmalı, ilgili yasaya göre suçun görevle bağlantısı kurulduktan sonra o kişinin memur sayılıp sayılmayacağı belirlenmeli ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

Çiftçi mallarını koruma bekçilerinin **görevleri** 4081 sayılı yasanın 12. maddesinde gösterilmiştir. Sözü edilen maddeye göre bu görev: "**1. çiftçi mallarını korumak, 2. çiftçi mallarına zarar verildiği hallerde 24. maddede gösterilen işlemleri ve bu yasada yazılı diğer görevleri yapmaktır**". Maddeye göre bekçilerin görevi, yasanın 1. maddesinde gösterilen çiftçi mallarını korumak, bu mallara zarar verildiğinde 24. madde uyarınca fiilin

(4) Kasaba çiftçi mallarını koruma başkanı olan yakınının kasamaya ait meraya saldırıyla ilgili olarak yapılan keşifte hazır bulunmanın yasal görevleri arasında olmadığı ve bu nedenle keşifte kendisine sövme eyleminde memur sayılmayacağı gözetilmeden T.C.Y.'nin 482/3. maddesi yerine yazılı biçimde (266/1) hüküm kurulması yasaya aykırıdır.
(4.C.D., 21.4.1992, 2291 - 2875)

(5) Katılan çiftçi mallarını koruma bekçisinin yasal görevleri arasında köyün taşınmazlarını sulamak görevi bulunmadığından, olayda görevli (memur) sayılmayacağı ve sanıkların katılanı yaralamaktan ibaret olan eylemlerinin T.C.Y.'nin 456/4. maddesine uyacağı gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır (4.C.D., 1.7.1992, 4002-5025).

devamına engel olacak tedbirleri almak, 30. maddeye göre zarar veren hayvanlardan zarar mahallinde görülenleri yakalayıp götürerek zarar ödeninceye kadar muhafaza etmek, verilen zararın tesbitine yarayacak delilleri toplamak ve mümkün olursa düzenleyeceği bir tutanakla birlikte koruma ve ihtiyar meclisine bildirmek, 25. madde uyarınca seçilen bilirkişi ile birlikte mahalline giderek yapılacak zarar tesbitine yardımcı olmak ve yasada yazılı diğer görevleri yapmaktır.

Yasanın 13. maddesinin 1. fıkrası ile bekçilerin bu yasada yazılı görevlerden başka işlerde çalıştırılmaları veya kısa bir zaman için dahi olsa kendi görev bölgeleri dışına gönderilmeleri yasaklanmış, bu yasağın istinaları maddenin 2 ve 3. fıkralarında gösterilmiştir. İkinci fıkraya göre, bekçiler genel güvenlik ve asayişin, su baskını, deprem ve yangın gibi genel afetlerin zorunlu kıldığı olağanüstü hallerde en büyük mülki amirin veya muhtarın izniyle kendi görev yerleri ve yasada yazılı görevleri dışında da geçici olarak çalıştırılabilirler. Üçüncü fıkraya göre de, il ve ilçelerdeki murakebe heyetlerinin araştırması sonucu, ekonomik ve tarımsal durumları çiftçi mallarını koruma bekçisinden ayrı olarak korucu tutmaya yeterli olmadığı saptanan köylerde bu bekçilere köy korucularına ait görevler de verilebilir. 12. maddede yazılı olanların dışında bir görev söz konusu olduğunda, yasaya uygun bir görevlendirme bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Yargıtay, köye ait salma parasının toplanması (3), köyün taşınmazlarının sulanması (5), Meraya ilişkin keşifte bilirkişilik yapılması (6), orman ve meraların korunması (7, 8) gibi işlerin çiftçi mallarını koruma bekçilerinin görevleri dışında olduğuna ve bunlarla ilgili görevlendirmelerin yasal olmadığına karar vermiştir.

Yargıtay uygulamalarında, bir kimsenin bekçi sıfatını kazanabilmesi için yasanın 7/2. maddesindeki mülki amir onayı aranmaktadır. Bu nedenle, çiftçi mallarını koruma bekçisi olduğu ileri sürülen bir kişi sanık veya mağdur sıfatıyla bir suçun içinde yer aldığı anda atamasının onaylanıp onaylanmadığı ilgili mülki amirlikten sorulmalı, böyle bir onay yoksa memur sayılmamalı ve bu konuda

(6) Çiftçi Mallarının Korunması Hakkındaki 4081 sayılı Yasanın 12. maddesinde bekçilerin görevleri sayılmış, 13. maddesinde de bunların yasada yazılı görevlerden başka işlerde çalıştırılmaları yasaklanmış, ancak sözü edilen maddenin 2. fıkrasında gösterilen fevkalade hallerde mahalli mülki amir veya köy muhtarının izniyle başka işlerde çalıştırılabilecekleri açıklanmıştır.

Dava konusu olayda ise müşteki bekçi belediye meralarına vaki tecavüzlerle ilgili olarak 3091 sayılı yasa uyarınca yapılacak keşiflerde Çekerek İlçesi çiftçi mallarını koruma meclisince bilirkişilik yapmak üzere görevlendirilmiş, soruşturma memuru tarafından ifadesi alınırken sanığın hakaret ve müessir fiiline maruz kalmıştır.

Bilirkişilik yapmak yasada sayılan görevler arasında bulunmadığı gibi, yetkili

çiftçi mallarını koruma başkanlığı (9), jandarma (10) ve muhtarlık (11) gibi kurumlardan alınan cevaplarla yetinilmemelidir.

Bekçilerin en çok işledikleri suç T.C.Y.'nin 245. maddesinde yazılı **kişilere kötü davranma** suçudur. Çiftçi mallarını koruma bekçileri 2.5.1956 gün, 7/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre kuvve-i cebriye imaline (zor kullanmaya) yetkili olduklarından bunların görevleri sırasında işledikleri müessir fiil ve diğer kötü muamele eylemleri T.C.Y.'nin 245. maddesi içinde düşünlümelidir (12).

Bekçilere karşı en çok işlenen suç ise T.C.Y.'nin 258. maddesinde yazılı **memura etkin direnme** suçudur. Bekçilerin yasak yerde yakaladığı hayvanları, yasanın 24. ve 30. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak zarar ödeninceye kadar götürmeye kalkışmasına, bu hayvanların başında bulunan kişi tarafından cebir, şiddet veya tehditle engel olunması durumunda memura direnme suçu kolayca oluşmaktadır. Bu biçimde oluşan bir direnme

merci tarafından yasaya uygun olarak verilmiş bir görev de olmadığından, müştekinin aleyhine işlenen suçların memuriyet görevi ile ilgili bulunmadığı gözetilip sanık hakkında T.C.K.'nin 482/3 ve 456/4. maddeleri uygulanmak gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.
(4.C.D., 25.4.1989, 2740 - 3352)

Not: Mahkeme, müştekiyi memur kabul ederek 266/1, 456/4, 271. maddelerle uygulama yapmıştır.

- (7) Orman Kanununun 1 ve 129. maddeleride gösterilen vazifeler arasında çiftçi mallarını koruma bekçilerinin ithaline imkan olmadığı gibi çiftçi mallarının korunması kanununun 12. maddesinde de koruma bekçilerinin tahdiden tasrih edilen vazifelerine orman suçlarını takip işinin dahil sayılması mümkün olmamasına göre aksine mütalâaya dayanarak mağdurun vazifeli ve sanıkların hareketlerinin mukavemet sayılması bozmayı gerektirmiştir.
(4.C.D., 24.11.1949, 12282 - 13163)
- (8) Meranın köy tüzel kişiliğine ait bulunmasına göre meraya yapılan tecavüzde çiftçi mallarını koruma bekçisinin ne gibi bir görevi olduğu, 4081 sayılı yasanın 13. maddesinin son fıkrasına ilişkin bir durumun bulunup bulunmadığı araştırılmadan yazılı biçimde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.
(4.C.D., 11.10.1963, 5907)
- (9) 4081 sayılı yasanın 7. maddesinin 2. bendi nazara alınarak müşteki M.M.'nin resmen kayıtlı çiftçi mallarını koruma bekçisi olup olmadığı merciinden sorulmadan dosya içinde mevcut **çiftçi malları koruma başkanlığı** yazısı ile iktifa edilmesi bozmayı gerektirmiştir.
(4.C.D., 13.3.1967, 738-2221)
- (10) Mağdurun 4081 sayılı kanunun 7/2. maddesine göre tayini tasdik ile tekemmül etmiş çiftçi mallarını koruma bekçisi olup olmadığı usulen merciinden sorulup tesbit edilmeden **jandarmanın** yazısı ile iktifa olunarak yazılı madde ile (266/1) ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.
(4.C.D., 15.3.1972, 1969 - 2049)
- (11) 4081 sayılı Yasanın 7. maddesine göre, şikayetçinin kır bekçisi olarak tayininin kaymakamlıkça onanıp onanmadığı araştırılmadan **muhtarın** verdiği ilmühaber ile yetinilerek hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.
(4.C.D., 22.1.1985, 8693 - 128)

suçuyla ilgili olarak değinmek istediğimiz iki husus vardır. Bunlardan **birinci-** **si**; 15.12.1948 gün ve 5/11 sayılı Yargıtay İçtihat Birleştirme Kararı uyarınca, yasak yerde yakalanan hayvanları götürmek isteyen bekçiye direnen sanık hakkında T.C.Y.'nin 258. maddesinin 3. fıkrasındaki hafifletici hükmün uygulanamayacağı (13), **ikincisi**; bekçinin yasak yerde yakaladığı hayvanlardan zararı karşılayacak kadar olanını götürmek yerine sürünün tamamını götürmek istemesinin "yetki hududunu aşan bir davranış olarak kabul edilmediği" ve bu halde 258. maddenin 4. fıkrasının uygulanmasına olanak bulunmadığıdır (14).

VI- YARGILAMA SORUNU

Konumuzla ilgili olarak üzerinde durulması gereken önemli sorunlardan biri de, görevlilerin idari görevlerinden doğan suçlarında Memurların Yargılanmaları Hakkındaki Yasaya bağlı olup olmadıkları, başka bir anlatımla görevlerini yaparken işledikleri suçlar nedeniyle haklarındaki davanın iddianame ile mi, yargılamanın gerekliliği kararı ile mi açılması gerektiği sorunudur. Uygulamada, aynı görevi yapanlardan bazıları hakkında iddianame, bazıları hakkında da yargılamanın gerekliliği kararı ile dava açılması gerektiği kabul edildiğinden ilk bakışta konu ile ilgili Yargıtay kararları arasında çelişki bulunduğu kuşkusuna düşülmektedir. Ancak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve daire kararları üzerinde yaptığımız araştırmada, bu değişik uygulamanın gözden kaçmış bir çelişki sonucu değil, kuruluşun idare birimlerimizdeki örgütlenme farklılığı nedeniyle bilerek bu yola gidilmesinden kaynaklandığı sonucuna varmış bulunuyoruz. **Şöyleki**: Kuruluş ve görevliler başlığı altında yaptığımız açıklamada, çiftçi mallarını koruma örgütünü köylerdeki kuruluş ve belediye teşkilatı olan yerlerdeki kuruluş olmak üzere iki bölüm halinde incelemek ge-

(12) Kuvve-i cebriye imaline yetkili bulunan çiftçi mallarını koruma bekçisi olan sanığın eyleminin T.C.K.'nin 245. maddesine uyduğu gözetilmeden yazılı maddelerle (456/4 ve 251) ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.

(4.C.D., 5.11.1985, 7845 - 7994)

(13) Kararlar Bölümü 2 sayılı karar.

(14) Çiftçi Mallarının Korunması Hakkındaki 4081 sayılı Kanununun 24. maddesinde (çiftçi mallarında bir zarar vukuunda, bekçiler fiilen devamına mani olacak tedbirleri almakla beraber husule gelecek zararın tesbitine yarayacak delilleri toplayacakları) yazılıdır. Mağdur, zararda gördüğü hayvanların tamamını toplamak ve götürmekle zararın devamına mani olacak tedbirleri almış olmaktadır. Bundan başka mezkûr kanunun 30. maddesinde sarahaten (zararı getiren hayvanlardan zarar mahallinde görülenler bekçiler tarafından yakalanarak zarar ödeninceye kadar muhafaza edilir) hükmü vazedilmiş olmasına göre, hususi daire ilamındaki "bekçinin zararda gördüğü sürüden nişane olarak bir veya iki hayvan alıp götürmesi icap ederken sürüyü tamamen götürmek istemesi üzerine maruz kaldığı mukavemet fiilinde 258. maddesinin 4. fıkrasının tatbik edilmesine" dair bozma sebebi yerinde değildir.

(Y.C.G.K., 21.3.1955, 102 - 102)

rektiğini vurgulamıştık.

Bunlardan:

a) Köylerdeki kuruluş: Buralardaki kuruluş muhtarın başkanlığında ihtiyar heyetinden oluştuğundan ve bunlar 442 sayılı Köy Yasasının 10. maddesindeki hüküm nedeniyle asıl görevlerinden dolayı Memurların Yargılanmaları Hakkındaki Yasaya bağlı (tabi) olduklarından 4081 sayılı yasadaki kaynaklanan idari görevlerini yaparken işledikleri suçlar nedeniyle de bu yasaya bağlı oldukları kabul edilmektedir (15).

b) Belediye teşkilatı bulunan kasaba, ilçe ve illerdeki kuruluş: Buralardaki kuruluş ise 4081 sayılı yasanın 4. maddesine göre belediye meclisinin tarımla uğraşan halk arasından seçtiği kişilerden oluşan **koruma meclisleridir**. 4081 sayılı yasadaki görevliler memur kabul edildiği halde Memurların Yargılanmaları Hakkındaki Yasaya bağlı (tabi) oldukları hususunda bir hüküm bulunmadığından seçilmiş çiftçilerden oluşan koruma meclisi başkan ve üyeleri sözü edilen yasaya bağlı tutulmamaktadır (16).

Özetlemek gerekirse, **köy muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri** 4081 sayılı yasaya göre çiftçi mallarını koruma başkan ve üyeleri sıfatıyla idari görev yaparlarken işledikleri suçlardan dolayı **Memurların Yargılanmaları Hakkındaki Yasaya bağlı olacaklar**, belediye kuruluşu olan yerlerdeki **koruma meclisi başkan ve üyeleri anılan yasaya bağlı olmayacak ve haklarındaki dava iddianame ile açılacaktır**. Bu ayırım Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve 4. Ceza Dairesi'nin kararlılık arzeden uygulamasında aynen kabul edilmektedir (17, 18).

Yargıtay, köylerde görevli bekçilerle, belediye kuruluşu olan yerlerde görevli bekçiler arasında bir ayırım yapmamakta, her ikisinin de Memurların

(15) Köy muhtarı olan sanık hakkında çiftçi malları koruma başkanlığı görevini kötüye kullanmak suçundan ilçe idare kurulunca verilmiş yargılamanın gerekliliği karar olmadan iddianame ile açılan dava üzerine duruşma yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.
(4.C.D., 23.6.1987, 4767 - 6128)

(16) İlçe merkezindeki çiftçi mallarını koruma meclisi başkan ve üyeleri, bu kanuna göre mesleği çiftçilik olan kişiler arasından belediye meclisince seçilmekte olup, köy muhtar ve bekçilerinde olduğu üzere asli görevleri yönünden de Memurların Muhakematı Kanununa tabi tutulmaları söz konusu değildir.
(Y.C.G.K., 12.6.1972, 322 - 247)

(17) Köy muhtar ve ihtiyar kurulu üyeleri olan sanıkların çiftçi malları koruma başkan ve üyeliği görevlerini yaparken görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri ileri sürülmesine göre, idare kurulunca verilmiş yargılamanın gerekliliği kararı olmadan iddianame ile açılan dava üzerine duruşma yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.
(4.C.D., 23.9.1988, 5365 - 5863)

Yargılanmaları Hakkındaki Yasaya bağlı olduğunu kabul etmektedir (19).

4081 sayılı Yasanın 23. maddesi uyarınca memur sayılanlardan murakabe heyetinin çiftçiler arasından seçilmiş üyelerinin de Memurların Yargılanmaları Hakkındaki Yasaya bağlı tutulmaları gerekmediği kanaatindeyiz.

VII-YARGITAY KARARLARI

1- Çiftçi mallarını koruma bekçileri kuvve-i cebriye imaline (zor kullanmaya) yetkilidir.

4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkındaki Kanununun 12, 13, 23, 24, 30, 32, 33. maddeleri hükümlerine göre çiftçi mallarını korumak, bu mallara karşı zarar irası halinde zararın devamına mani olacak tedbirleri almak, zarar husule getiren hayvanlardan zarar mahallinde görülenleri yakalayarak tesbit olunan zarar ödeninceye kadar muhafaza etmek, zararın tesbitine yarayacak delilleri toplamak, imkân bulunacak yerlerde zabıt varakası tutmakla mükellef olup, bazı hallerde koruculuk dahi yapabilen, silahlı olan ve kanunun tayin ettiği hallerde silah kullanabilen koruma bekçilerinin vazifelerini yaptıkları sırada mümanaat ve muhalefet vukuunda ve cebir kuvveti kullanmayı gerektiren hallerde kuvve-i cebriye imaline yetkili olup Türk Ceza Kanununun 245. maddesinde yazılı (kuvve-i cebriye imaline memur olanlar)dan bulduklarına ve bu suretle Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti'nin 27.10.1952 tarihli ilâmi ile teessüs eden ve Temyiz 4. Ceza Dairesi'nin kararları ile istikrar bulan içtihadın kanun hükümlerine uygun bulduğuna ittifakla karar verildi.

(18) Sanık İlçe merkezinde görevli çiftçi mallarını koruma meclisi başkanıdır. 4081 sayılı çiftçi mallarını koruma kanununa göre belediye meclisince çiftçiler arasından seçilmiş bir kişidir. Köy muhtar ve bekçilerinde olduğu gibi Memurin Muhakematına tabi olmalarını gerektirecek asli bir görevi de yoktur. 4081 sayılı yasanın 23. maddesine ve izahnameye göre işlediği suçlardan dolayı hakkında genel hükümler dairesinde işlem yapılması zorunludur. Esasen Yargıtayın yerleşmiş görüşü de bu yoldadır.
(Y.C.G.K., 3.7.1972, 250 - 271)

(19) Yaptıkları görev 4081 sayılı yasanın 7, 12, 13, 23, 24, 30, 32 ve 33. maddeleri gereğince kamu görevi olan ve vazife ile ilgili suçlarından dolayı ceza kanununun memurlar hakkındaki hükmünün uygulanacağı ve kendilerine karşı işlenen suçların memurlar aleyhine işlenmiş sayılacağı kanunun 23. maddesiyle kabul edilen çiftçi mallarını koruma bekçilerinin ceza uygulamasında olduğu gibi ceza kovuşturmasında da memur addedilmeleri ve haklarında Memurin Muhakematı Kanununun uygulanması gereklidir. Bu görüş Yerleşmiş Yargıtay İçtihadıyla benimsenmiştir.
(Y.C.G.K., 23.9.1985, Y.Y.B. 310 - 481)

(Yarg.İçt.Bir.K. 2.5.1956 7 - 3)

2- Çiftçi mallarını koruma bekçisinin yasak yerde gördüğü hayvanları köye götürmek istemesi sırasında ona direnen sanık hakkında T.C.K.'nun 258. maddesi 3. fıkrası uygulanamaz.

... 258. maddenin ihtiva eylediği hükümlerden de açıkça anlaşılacağı üzere memurlara karşı yapılacak muhalefet ve tehdidin o anda hapis ve tevki-fine teşebbüs edilmiş olan şahıs tarafından ya kendisinin veya akrabasından birinin bu durumda kurtulmasını temin maksadına matuf olması icabetmektedir.

Tevhidi içtihadı gerektiren kararların taalluk ettiği hadiselerde ise böyle bir halin bulunmadığı ve yalnız hayvanını köy odasına götürmekte olan korucunun vazifesine karşı gelinmek istendiği görülmektedir. Bu takdirde hayvanın korucunun elinden alınmasında sahibinin filhal hapis ve tevkiften kurtulması düşünülemediği gibi, bilmuhakeme hüküm verildikten sonra da cezanın tatbikini geri bıraktırmak mutasevver olamayacağından hadisede 258. maddenin 3. fıkrasının tatbiki mümkün olmadığına üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi.

(Yarg.İçt. Bir.K. 15.12.1948 5-11)

3- Sanıkların hayvan otlattıkları yerin kendi köyleri içinde olup olmadığı ve yasak bölge olarak ilan edilip edilmediği araştırılmalıdır.

Sanıkların hayvan otlattıkları mahallin kendi köyleri içinde olup olmadığı ve yasak mıntika olarak kabul ve ilân edilip edilmediği araştırılarak neticesine göre T.C.K.'nun 272 veya 267. maddelerinin tatbikine yer olup olmadığının düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir.

(4.C.D. 7.1.1964 5491-1)

4- Çiftçi mallarını koruma katibi memur değildir.

4081 sayılı kanuna göre çiftçi malları koruma katibinin memur sayılamayacağı gözetilmeden sanığın T.C.K.'nun 266/1. maddesiyle mahkûm edilmesi bozmayı gerektirmiştir.

(4.C.D. 4.6.1976 3836-3968)

5- Ceza kanunu uygulamasında memur sayılmayan çiftçi mallarını koruma katibi hakkında dava iddianame ile açılmalıdır.

Çiftçi malları koruma katibi olan sanığın ceza kanunu uygulamasında memur sayılmıyacağı, bu nedenle hakkında iddianame ile dava açılması gerektiği gözetilmeden idare kurulunun lüzumu muhakeme kararına istinaden duruşma yapılarak yazılı şekilde (240/1) hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.

(4.C.D. 18.6.1985 5592-5930)

6- Bekçiyeye direnme suçunda 258. maddenin 3. fıkrası uygulanamaz.

Sanıkların zarar veren hayvanlarını korumaya götürmek isteyen görevli çiftçi malları koruma bekçisine zararda yakalanan hayvanların korumaya götürülmesini önlemek ve hayvanları almak için cebir şiddetle mukavemette buldukları anlaşılmasına göre T.C.K.'nin 258. maddesinin 3. fıkrasının uygulanamayacağına düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir.

(4.C.D. 27.1.1987 11288 - 499)

7- Koruma meclisi başkanları da memur sayılır.

Oluşa, dosya içeriğine, şahadete ve ilçe merkezi ve kasaba çiftçi malları koruma meclisleri başkanlarının da 4081 sayılı kanunun 23. maddesi uyarınca kendilerine karşı işlenen suçlarda memur sayılmalarına göre, sanıkların yasak mıntıkada hayvan otlatmaları nedeniyle ceza kesmek için sürüden nişane alan müdahil M.K.'ye hayvanları bırakması için cebir, şiddet ve tehditle silahla mukavemette buldukları subuta erdiği ve eylemlerinin kül halinde T.C.K.'nin 258/2. maddesine uyduğu gözetilmeden yazılı şekilde (191/2) hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

(4.C.D. 30.11.1984, 7834 - 8315)

8- Çiftçi mallarını koruma başkanı da zararda yakalanan hayvanlar hakkında işlem yapmaya yetkilidir.

Çiftçi malları koruma başkanı olan muhtarın zararda bulunan hayvanlar hakkında işlem yapmaya kanuni hakkı olduğu halde, yetkisi bulunmadığından bahisle T.C.K.'nin 272. maddesinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir.

(4.C.D. 24.12.1986 10177 - 10514)

9- Çiftçi malları koruma başkanı, ancak 4081 sayılı yasanın kendisine verdiği görevleri yaparken memur sayılır.

Salihli ilçesi çiftçi malları koruma başkanı olan müdahilin, ancak 4081 sayılı yasanın kendisine verdiği görevleri yaparken memur sayılacağı gözetilmeden, muhasebe servisinde görevli bir personelin doktora sevki nedeniyle uğradığı hakaret olayında memur sayılıp, sanık hakkında T.C.Y.'nin 482/3. maddesi yerine 266/1. maddesinin uygulanması yasaya aykırıdır.

(4.C.D. 14.12.1990 5493 - 6884)

10- Koruma meclisi başkan ve üyelerinin koruma tarifelerini yasaya aykırı biçimde hazırlayıp makbuzsuz para toplamaları görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.

Oluşa ve sanıkların açık ikrarlarıyla tanık anlatımlarına göre ilçesi çiftçi mallarını koruma meclisi başkan ve üyeleri olan sanıklar K.A., M.T. ve H.Ş.'nin koruma tarifelerini 4081 sayılı yasanın 15. maddesine aykırı şekilde hazırlayıp koruma bedellerini makbuzsuz olarak toplattıkları anlaşıldığı cihetle üzerlerine atılı suçun ispatlandığı gözetilmeden iddianamedeki konulara değinmeyen yeminsiz bilirkişi mütalâasına dayanılarak beraetlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

(4.C.D. 29.11.1988 7156 - 7483)

11- Suç tarihinde ataması yapılmamış olan bekçi memurun muhakematına tabi değildir.

Sanıkların köylerinde resmi köy bekçilerinden başka bir de çiftçi mallarını koruma bekçisi bulunduğu ilçe yönetim kurulu kararında belirtilmesine göre, asıl sıfatı köy bekçisi olan sanık 4081 sayılı çiftçi mallarını koruma kanununa göre ayrıca görevlendirilmiş kişilerden olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, adı geçeninin ekinleri korumakla görevli bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Resmi görev dışında kalan bir suçundan ötürü Memurin Muhakematı Kanununa tabi olması düşünülemez. Çiftçi mallarını koruma bekçisi olan diğer sanık B.S. ise resmi kayıtlara göre 7.7.1969'da bu göreve atanmış olup, suç tarihi olan 2.7.1969 gününü görevli değildir. Kaldı ki 4081 sayılı yasaya göre görevlendirilmiş olan çiftçi mallarını koruma mensuplarının Memurin Muhakematı Kanununa giren asli görevleri bulunmadıkça, bu kanun hükümlerine bağlı olmayacakları Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında kabul edilmiştir.

İhtiyar kurulu üyesi N.'nin kurul üyeliği dışında ekin koruculuğu gibi bir görevi bulunmadığı düşünülürse bu sanığın eyleminde de memurların yargılanmalarına ilişkin soruşturma hükümleri uygulanamayacağı anlaşılır.

Şu hale göre her üç sanık yönünden de Asliye Ceza Mahkemesince verilen görevsizlik kararı yerinde olmadığından bu mahkemenin kararının kaldırılması gerekir.

(Y.C.G.K. 10.4.1972 YYB 33 - 182)

12- Çiftçi mallarını koruma bekçisi Memurin Muhakematı Kanununa tabi değildir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yerleşmiş uygulamalarına göre çiftçi mallarını koruma bekçileri Memurin Muhakematı Kanununa tabidirler.

(Y.C.G.K. 19.10.1970 331 - 341)

13- Kasaba çiftçi mallarını koruma başkanı Memurin Muhakematı Yasasına tabi değildir.

..... sanık olan çiftçi malları koruma başkanının bu görevi belediye kuruluşu olan Kavaklı Kasabasında olup yasayla görevlendirilen köy muhtarı durumunda bulunmadığından ve 4081 sayılı yasanın 5856 sayılı kanunla değişen 4. maddesine göre seçilmiş çiftçilerden olduğu anlaşıldığından hakkında Memurin Muhakematı Kanununun uygulanması düşünülemez.

(Y.C.G.K., 10.4.1972, YYB 6 - 178)

**DEMOKRATİK DEVLETLERİN TERÖRİSTLERE KARŞI
ALDIĞI YASAL TEDBİRLER VE
CEZA MUHALEMELERİ USULÜ KANUNUNDA YAPILAN
SON DEĞİŞİKLİKLERİN BU AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Vural SAVAŞ (*)

"İnsan Hakları"na en büyük değerin verildiği bir çağda yaşıyoruz.

Ancak, günümüzde, en vahim insan hakkı ihlalleri, artık devletler ve devlet görevlileri tarafından değil, terörist örgütler tarafından yapılmaktadır.

Bu sebepten, anayasa, yasalar ve çeşitli milletlerarası antlaşmalarla kabul edilen insan haklarını hayata geçirmek, ülke bütünlüğünü korumak ve demokratik düzeni ayakta tutmak, ancak terörizmle mücadelede başarı kazanmakla mümkündür.

Anayasamızın konu ile ilgili çeşitli hükümleri birlikte değerlendirildiğinde şu husus açık bir biçimde anlaşılmaktadır: Devlet, yalnız "İnsan Hakları" için değil, başka amaçlar için de vardır. "Toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı" için vardır. Toplumun huzurunu sağlamak, ulusal dayanışmayı gerçekleştirmek ve adalet anlayışını egemen kılmak çerçevesinde varolan, bu çerçeve içinde yer alan devlet, yine de başıboş ve keyfi davranmayacak, insan haklarına "saygılı" olacaktır. İnsana değer verilmesi, insan onurunun yine kollanması gerekecektir. Ama İnsan Hakları, artık devletin varoluş nedeni olmaktan çıkmıştır (Prof.Dr. MÜMTAZ SOYSAL, Anayasa Yargısı No: 4, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, S.188-190).

Kanunlar ideallere değil, ideolojilere hiç değil, sadece ve sadece toplumun şartlarına dayanmalıdır (Türkiye'de Ceza Muhakemesi Hukukunun ilim haline gelmesinde büyük katkısı olan Prof.Dr. NURULLAH KUNTER'in son dersinde söylediklerinden, İ.Ü.H.F.M., 1982, S.797)

Bu gerçekten hareketle Avrupa'nın hemen bütün demokratik ülkeleri, terör eylemlerinin başlamasıyla birlikte, yasalarında değişiklik yaparak, bu

(*) Yargıtay 1. Ceza Dairesi Üyesi.

çeşit sanıklar için kısıtlayıcı, özel hükümler getirmişlerdir. Birkaç örnek vermek gerekirse:

a- Almanya'da terörizmin artması ve bu suçların sanıkları ile müdafileri arasındaki temasların sorunlar yaratması üzerine, müdafinin ve dolayısıyla sanığın haklarına kısıntılar getirilmiştir. Mesela hâkimin okunmasına müsaade etmediği yazılar kabul edilmemekte, görüşmenin gizlice birşey verilmesini önleyecek biçimde yapılması sağlanmakta, hata bazı hallerde müdafinin müdafilik görvi yapması yasaklanmaktadır. Bütün bu kısıntıların demokratik devletin teröristlere karşı korunması ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin bütün muhakeme sistemini uygulanabilmesi için yapıldığı belirtilmektedir (DOTTO TRIPFTERER, The Criminal Justice System of The Federal Republic of Germany; Prof.Dr. NURULLAH KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, S.475).

b- Yine almanya'da, Alman CMUK'nun 148. maddesinde 1976'da yeni bir fıra eklenerek, soruşturmanın konusu terörist eylemler için örgüt kurma olduğunda, tutuklu sanığa gönderilen veya birlikte yazılı belge veya diğer eşyanın hâkime gösterilmeden sanığa iletilmesine izin verilmeyeceği kuralı getirilmiştir (NUR BAŞAR CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, 1984, S.147).

c- İngiltre'de "Police and Criminal Evidence Act"1989 yılında değiştirilmiş ve yakalanan terör suçu sanıklarının polis tarafından yedi güne kadar gözaltında tutulması kabul edilmiş, poliste alınan ifade sırasında avukat bulundurma hakkı gibi haklardan terör suçu sanıklarının yararlandırılması yolu kapatılmıştır (R.MORGAN, 1992, "Pre-Trial Detention in England and Wales", in Dünkel F. and Vagg eds).

d- Alman CMUK'nun 112/III. maddesine göre, bazı ağır suçlarda, teknik anlamda tutuklama nedeni bulunmaksızın tutuklamaya başvurulabileceği öngörülmektedir. Bu maddeye göre, mevsuf ve basit adam öldürme, soykırım, terör örgütü kurma, yaptığı eylemle başkasının yaşamı yada vücut bütünlüğünü tehlikeye düşürme, patlayıcı madde kullanma suçlarından birini işlemiş olma kuvvetli şüphesi altında bulunan kişi, kaçma ve delilleri karartma şüphesi mevcut olmasa da, tutuklanabilir.

Suç veya terör örgütü üyeleri ve yardımcıları, suç sayılan faaliyetlerini gizlemeyi alışkanlık haline getirdiklerinden, kural olarak, bu örgütlere üyelik ve örgütü koruma, Alman uygulamasında, delilleri karartma şüphesine dayanak sayılmaktadır.

1965'de yürürlüğe giren değişiklik yasası ile Almanya'da "tekrarlama tehlikesi" tutuklama nedenleri arasına alınmıştır. Alman hukukunda, bu tutuklama nedeninin muhakemeyi güvenceleme aracı değil, toplumu, sanığın başkaca önemli suçlarından korumak için bir önleyici tedbir olduğu belirtilmektedir.

Alman CMUK'nun 148/II. maddesi ile de, terör örgütü kurmakla suçlanan tutuklu sanıkla müdafinin yazışmalarının, önce hâkim tarafından kontrolüne olanak verilmiştir (NUR CENTEL, Ceza Muhakemesinin Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, 1992, S.47, 51, 64, 65, 119).

e- Belçika'da bu tür tehlikeli hükümlüler, tek kişilik hücrelerde yatırılırlar. Bütün eşyaları hergün hücrelerinden dışarıya alınır ve tekrar yerleştirilir, hücre gece aydınlatılır, hükümlüler gündüz hücrelerinden dışarıya çıkartılırlar. Avluya çıktıklarında da hergün hücrelerinde arama yapılır. Bu hükümlülerin ilk sekiz günlerinde 15 dakikada bir hücreleri gözlenir. Bu kategoriye giren suçluların çalıştırılmaları kabul edilmemiş, ziyaretçileri ile görüşmeleri ve mektuplaşmaları engellenmiştir. İngiltere'de bu gruba giren tutuklu ve hükümlüler bir infaz kurumunda onbeş günden fazla bırakılmamaktadır.

Almanya'da 1976 yılında "terör suçu" yaratan Ceza Kanununun 129/a maddesi kabul edilmiş, usul kanunun da değişiklik yapılarak, bu madde ile, sınırlı sayıdaki belli suçlarda tutuklama yetkisi genişletilmiştir. 1977 yılında SCHLEYER'in kaçırılmasından sonra, terör sanığı ile avukatının temasları, eylem devam ettiği sürece tamamen yasaklanmıştır. 1978 yılında yapılan bir başka değişiklikle, terör suçu kuşkusunu mevcut bulunan durumlarda "evde arama yapma yetkisi" genişletilmiş, terör sanığı ile avukatının görüşmesi sırasında araya "ayırıcı bir cam" konulması uygulaması getirilmiştir (m. 148/2). 1986 yılında terör suçunun cezası ağırlaştırılmış, terör suçuna tahrik suçu yaratılmıştır (m.163) ve terörle mücadele amacıyla "Merkezi Başsavcılık" oluşturulmuştur (Prof.Dr. FERİDUN YENİSEY, 13-5-1992 tarihli Cumhuriyet Gazetesi).

f- Yunanistan'da Terörle Mücadele Kanunu basına aşırı kısıtlamalar getirmiştir.

g- İtalya'daki "Pişmanlık Yasası" yine mafya ve terör örgütlerini çökertmek için çıkarılmıştır (UĞUR MUMCU, 18.11.1992 tarihli Cumhuriyet Gazetesi).

h- Alman CMUK'nun 1975 değişikliği ile, soruşturmanın hiçbir aşamasında sanık tarafından seçilen avukat sayısının üçü geçemeyeceği

kuralı konulmuştur.

Bu genel açıklamalardan sonra, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Muhakemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" değerlendirildiğinde;

1- Terörizmin yaygınlaştığı ülkelerde kabul edilen ve yukarıda özetlenen kısıtlamaların hiçbirine yer verilmemek suretiyle, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz gerçekçilikten uzak ve ihtiyaçlarımıza cevap vermeyecek hale getirilmiştir.

Yasanın tümünün yeniden incelenmesinde ülke yararı bulunmaktadır.

2- CMUK'nun 104. maddesini değiştiren 4. madde, kaynak yasa olan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa uyum sağlayacak şekilde yeniden düzenlenerek, tutuklama nedenlerinin genişletilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

3- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 29.5.1974 gün ve 72 sayılı kararında, terör örgütü mensubu sanıkların, fazla tanığı bulunan bir davasında üç yıl yedi ay süren tutuklamayı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 5/3. maddesini ihlal edici nitelikte saymamıştır. Komisyonun bir başka kararında ise, "Tutuklama ile hüküm arasında geçen tutuklama süresinin makûl olup olmadığı soyut olarak değil, her davanın müşahhas verilerinin ışığı altında değerlendirilmesidir" denilmektedir.

Fransız hukukunda, 1970'den beri tutuklamada bir üst sınır yoktur.

Tutuklamanın uzun sürmesi istenmezse de; soyut bir üst sınır, kapsamlı, çözülmesi zor ve genellikle ağır suçları işlemiş olan faillerin işine yarayacaktır. Bu failler, yanlış bilgi ve delillerle ceza muhakemesini uzatmayı bilecekler ve bundan vahim sonuçlar doğabilecektir (KARL PETERS, Strafprozess, ein dehrbuch, 1985, S.428-429).

Hal böyleyken, 7. madde ile CMUK'nun 110. maddesinin birinci fıkrasına "Hazırlık soruşturmasında tutukluluk süresi azamî altı aydır. Kamu davasının açılması halinde bu süre hazırlık soruşturmasında tutuklulukta geçen süre dahil iki yılı geçemez" şeklinde üst sınır konulması büyük sakıncalar yaratacaktır.

4- Amerika Birleşik Devletleri, kısmen İtalya ve İngiltere (teröristler ayrık tutulmuştur) dışında dünyanın hiçbir demokratik ülkesinde polisin yaptığı

sorgu sırasında avukat bulunamamaktadır.

Her sistem kendi içinde bir bütün oluşturur. Yasanın 12. maddesiyle CMUK'nun 135. maddesinin 3. bendinde, "sanığa müdafinin ifade veya sorguda hazır bulunabileceği bildirilir", 14. maddesiyle CMUK'nun 136/son maddesinde "zabıtaca yapılan soruşturmada dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafii, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz" hükmüne yer verilmesi, Avrupalı vücuda Amerikan elbisesi giydirme denemesidir ve böyle bir denemeye Türk Toplum yapısının tahammülü yoktur.

5- Hazırlık soruşturması gizli olduğu gibi, kural olarak bütün Dünyada "dosyanın da gizliliği" kabul edilmiş bulunmaktadır. Gizlilik kabul edilmesinin gerekçesi şudur: Müdafii dosya muhteviyatını öğrenirse, savcının hazırlamakta bulunduğu işlemler başarıya ulaşamaz. Diğer taraftan, şüpheli müdafiiinden, diğer ifade sahiplerinin neler söylediklerini öğrenirse bu beyanlarla çelişmeyen beyanda bulunmak ve böylece gerçeğe aykırı ifade vermek imkânına sahip olur. Diğer taraftan toplanmakta olan delilleri de karartabilir (A. ESER ve ACKERMANN'a atfen Prof.Dr. FERİDUN YENİSEY, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 1987, S.53).

Alman CMUK'nun 169/a maddesine göre, gizlilik ancak savcının "araştırmaları bitirdiğini dosyaya kaydedip imzalamasıyla" kalkmaktadır.

Hal böyleyken, 19. maddeyle CMUK'nun 143. maddesine konulan "Müdafii hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamının inceleme ve istediği evrakın bir suretini harçsız alma hakkına sahiptir" hükmüyle, hazırlık soruşturmasının gizliliği ortadan kaldırılmakta, gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla yapılan bu soruşturma, amacına uygun şekilde yapılamaz hale getirilmektedir ki, maddenin bu haliyle kabul edilmesi uygulamada telâfisi imkânsız sakıncalar yaratacaktır.

İNSAN HAKLARI VE CEZA MUHAEMELERİ USULÜ KANUNU DEĞİŞİKLİĞİ

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

● **ANLATIM DÜZENİ:** I- *İnsan hakları. a- Avrupa Sözleşmesinin hukuki statüsü. b- Avrupa Sözleşmesinin Türkiye'deki hukuki statüsü. c- Sözleşmeye uymak için alınacak bazı tedbirler. II- Değiştirilen hükümler.*

I. İNSAN HAKLARI

CMUK'ndaki değişikliğin başta gelen nedeni haksız ve aynı zamanda insan haklarına aykırı uygulamaları gidermektir. Bu sebeple amaç yerinde ve kutlamağa değer niteliktedir.

Fakat bu amacın tümünden gerçekleştiğini söylemek olanağı yoktur.

Orta Çağın engizisyon artıkları ile donatılmış bir usul kanununun yabancı bir ülkeden alınmış olması, esasında demokratik olmayan, "şiddeti azaltılmış" bir engizisyon kanunu olan bu yabancı kanunundan iktibas edilen CMUK'nun hükümleri bazı düzeltmelerle tamamiyle demokratik kanun haline getirilmiş olamayacaktır.

Kaldı ki işe her şeyden evvel adli Zabıtaban başlamak gerekirdi. Osmanlı Devletinden geri kalan "karakol tatbikat"ı sürerken "insan hakları"ndan söz etmek sakıncasız olmayacaktır.

Fakat giriş bölümünde açıkladığımız bu düşüncelere rağmen bu yazımızda yapılan işin "hayırlı" ve "isabetli" olduğunu ileri sürecek durumdayız. Aşağıdaki satırlarda değişiklik Yasası hükümlerine temas edeceğiz. Bunu yaparken savunma, avukatlara ilişkin hükümler ve her hükmün insan hakları açısından gerekçesine özellikle temas olunacaktır.

Genel gerekçede açıklandığı üzere "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (4 Kasım 1956 Roma) AĞİK İnsani Boyut Konferansının Moskova Toplantısı Belgesi ve diğer insan haklarının korunması alanında Uluslararası temel bel-

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

geler" esas tutulmuştur. Gerçekten CMUK'nunda yapılan değişikliğin pek çoğu bu isteği yansıtmaktadır. Bu değişiklik yasası "reform" değildir, ancak önemli bir ilerlemedir (1). Özellikle savunma hakkı açısından yeni hükümlerin toplumumuz bünyesine uymadığı, sanıklar tarafından suistimale açık olduğu iddiaları bazı çevrelerce ileri sürülmektedir. Bu iddialara katılma olanağı görmemekteyiz (2).

Bu görüşe bizde katılıyoruz. Bu nedenle İnsan Hakları Sözleşmeleri hakkında –kısa da olsa– bilgi sunmakta yarar görmekteyiz.

a) Avrupa Sözleşmesinin hukuki statüsü: Avrupa Sözleşmesinin Anayasa değerinde olup olmadığı ve milli kanunlara eşitliği ile yetinilmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır.

Alman doktrininde kuvvetli bir akım Avrupa Sözleşmesinin "Anayasa Kanunu" değerinde olduğunu şu gerekçeye istinad ettirilmektedir. Sözleşme "İnsan Hakları" kavramını tasrih ve ikmal etmektedir. Alman Anayasası'nda bu haklar genel hatları ile gösterilmiştir. O halde Sözleşme Anayasa'yı tamamlayan bir metindir (3).

Bu doktrin Türk Hukukunu ilgilendirir. Alman ve Türk Anayasa'sı hükümleri arasında bu konuda açık bir benzerlik bu ilgiyi meydana getirmektedir.

Bununla beraber Alman Mahkemelerinin Sözleşmeye Anayasa değeri tanınmasını açıkça veya zımnen red eden kararlarına rastlanmaktadır (4).

Avusturya, anlaşmayı onayladığı zaman (1958) ona bir Anayasa Kanunu değeri (Verfassungsgesetz) vermek istemişti. Fakat bu Hususun sarıh bir kayıtla açıklanmamış olması ve anlaşma hükümlerinin sarıh bulunmadığı gibi gerekçelerle konu tartışmalı hale geldi. Nihayet parlamento (1964) Milletlerarası anlaşmalara ait Anayasa hükmünü değiştirme sırasında Avrupa Sözleşmesinin anayasa Kanunu hükmünde olduğunu açıkça tasrih etti.

Fililen yürürlüğe girebilmesi bir kanun yapılmasına bağlanmış olan anlaşmaların, derhal yürürlüğe girmesi ve bu arada Avrupa Sözleşmesinin derhal yürürlüğe giren bir kanun değerinde olduğu inancına en geniş şekilde Federal Almanya mahkeme tatbikatında rastlanmaktadır.

b) Avrupa Sözleşmesinin Türkiye'deki hukuki statüsü: Her ne

(1) Özlü bilgi için bk. Tekelioğlu (M.) CMUK'daki son değişiklik (Ankara 1992).

(2) Özgen (Eralp), Aynı yapıt, Önsöz, s.4.

(3) Bk. Buergenthal, s.71.

(4) Buergenthal, s.71.

kadar bu sözleşme eski Anayasa zamanında kabul edilmiş ise de konu yeni Anayasa'ya göre bir neticeye bağlanmalıdır. Anayasamız anlaşmaların onaylanmasını, Meclis'in bir kanunla uygun bulması gereklidir. "Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında" bu hüküm uygulanacaktır.

Anayasa'mız, anlaşmaların usulüne göre yürürlüğe konmasından sonra bunların "kanun hükmünde" olduklarına işaret etmiştir. O halde sözleşmenin diğer kanunların üstünde (mesela Anayasa gibi) bir kanun olduğu kabul edilmemiş demektir. Yalnız Anayasa bunlar hakkında Anayasaya aykırılık davasının açılmıyacağını bildirmekle yetinmiştir.

Bu durum karşısında sözleşme hükümlerinin milli kanunlar gibi mahkemelerce uygulanması gerekli bulunacak, fakat milli kanunlarla çatışma halinde, çözüm şekli tercih esasına göre değil, herhangi iki kanun çatışmasındaki kurallara bağlı kalacaktır. Fakat anayasaya aykırılığı dava edilemeyecek bir anlaşmanın, diğer bir kanunla çatışması halinde genel kurallara göre neticeye varılması, mesela yürürlük tarihlerine göre netice çıkarılması izahsız kalmaktadır.

Avrupa Sözleşmesine aykırı sonra bir kanun yapılabilir mi? Avrupa Sözleşmesine Anayasa değeri verilmedikçe bunun yapılamıyacağı iddia edilemez. Böyle bir kanunun, Sözleşmeye aykırılık sebebi ile uygulanmamasını mahkemeden istemek mümkün değildir. Yapılan kanunun anlaşmaya aykırılığının çözüm yeri Millet Meclisi olacaktır.

Türk mahkemelerinde sözleşmeye dayanılarak talepte bulunulmasının mümkün olduğunu zannediyoruz. Sözleşme "kanun hükmü"nde olduğuna göre ona istinad edilebilmesi tabii görülmelidir. Sözleşmeyi kabul etmiş diğer memleketlerden bazılarının tatbikatı hakkında misaller ve bu anlaşmayı kuvvetlendirmektedir:

Belçika Yüksek Mahkemesi, fertlerin sözleşme hükümlerine dayanarak hak iddia edebileceklerine karar vermiştir. Nezaret altında tutulan bir şahsın dosyayı tetkik etmesine müsaade edilmesini haksız bulan talebi Yüksek Mahkeme şu gerekçe ile reddetmiştir: Anlaşmanın 6. maddesinde (3/b) sanığın "müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak" hakkı, soruşturmada değil, dava sırasında ileri sürülebilecek bir haktır. Yine aynı mahkeme savunma şahitlerinin çağrılmaması suretiyle sözleşmenin (m.6,3) sanıklara tanıdığı "müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleri ile aynı şartlar altında davet edilmesinin ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek

haklı"nın ihlali yolundaki talebi sözleşmesinin, bir şahidin şahadetinin isbat değeri olup olmadığını takdir hususunda hakimlerin yetkisini kaldırmadığı gerekçesi ile reddetmiştir (5).

Bu kararların gerekçesinde anlaşmaya isnat edilemeyeceğine dair hiçbir kayıt yoktur.

Alman Anayasa Mahkemesi'nde, gayritabi mukareneti suç sayan Alman Ceza Kanunu'nun 175. maddesinin insan hakları sözleşmesine aykırı olduğu dava edilmiş, Yüksek Mahkeme Sözleşmenin (8/2) sağlık ve ahlâk bakımından konulacak tahditleri yasaklamadığı gerekçesi ile talebi reddetmiştir (6).

Bu karar dahi sözleşmenin Alman mahkemelerinde bir hak iddiasına mesnet olarak kullanılabileceğini göstermektedir.

c) Sözleşmeye uymak için alınacak bazı tedbirler: İnsan haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (Roma 4 Kasım 1950) Türk Devleti'nce de kabul edilmiştir (RG., 13 Mart 1954, n.8662). Bu Sözleşmenin birinci maddesi şöyledir: "Yüksek akit taraflar kendi yargı haklarına tabi her şahsa, bu sözleşmenin birinci faslında tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar". Buna göre CMUK değişikliği ile kısmen yerine getirilmiştir.

Bu hükmün bazı özellikleri vardır: Anlaşma ne "mütekabiliyet şartı"na bağlanmış, ne de akit Devletlerin tebalarına hasredilmiştir. Diğer taraftan birinci madde doğrudan doğruya uygulama zorunluğu getirmektedir. Bazı anlaşmalarda olduğu gibi akit Devletler, sadece kanunlarında gerekli değişiklik yapmak teahhüdüne girmiş değildirlere. Anlaşma ile milli mevzuat çatışma halinde ise bunların anlaşmaya uydurulması zaruridir. Nitekim akitlerden pek çoğu bu intibakı, kanunlarında değişiklik yaparak sağlamışlardır. Memleketimiz dahi CMUK değişikliği ile aynı yolu takip etmiştir.

Kanunun değiştirilmesinden evvel şu konu açıklanmıştır:

Kuşkusuz iyi bir usûl uygulamasında şanın duruşmadan evvel sorgulamasında, avukat yanında bulunabilmeli, avukatı olmayana mahkeme kendiliğinden müdafii tayin edebilmeli, müdafii davanın her hal ve safhasında hazır bulunabilmeli, hazırlık soruşturması avukattan gizli tutulmamalıdır. Soruşturma makamlarının aldığı kararlara ve yaptıkları işlemlere her zaman müdafii tarafından "itiraz" olunabilmeli ve usulsüz her davranış daha zararlı olmadan

(5) Buergenthal, s.68.

(6) Buergenthal, s.75.

durdurulabilmelidir (7).

ç) Milletlerarası Anlaşmanın 6/d maddesine göre itham şahitlerini (kamu tanıklarını) sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da itham tanıkları ile aynı şartlar altında davet edilmesinin sağlanmasını istemek hakkı sanıklara tanınmıştır. Bu hüküm Usûl Kanunumuzla ve bilhassa bu kanunun uygulanması ile çelişme halinde idi.

Yukarıdaki örnekler Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin memleketimizde gereği gibi uygulanabilmesi için mevzuatta ve bilhassa Usul Kanunlarında bazı değişikliklerin yapılması ve boşlukların da doldurulması gerektiği sonucunu vermekte idi.

Her memleketin kendi iç usûllerine ve uygulamalara "İnsan Haklarını Korumaya Avrupa Anlaşması"nın bilhassa ve anlaşmanın 6. maddesinin etkili olması gerekli idi. Bu madde hükmüne göre her sanığın "adilce alenen, makul bir sürede ve kanunla kurulmuş, bağımsız, tarafsız bir mahkemede yargılanmak" istemesi hakkı idi. Alman Yargıtay'ının bu anlaşmaları iç hukuk kuralları gibi uyguladığına örnekler verilmektedir. Usul değişikliğinden istifade edilerek çapraz sorguya yer verilmeli idi.

II. DEĞİŞTİRİLEN HÜKÜMLER

Madde 104/1 : "..... Kanunda öngörülen cezanın üst sınırı yedi yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı yedi yıldan az olmayan ceza"yı gerektiren haller tutuklama sebebi sayılacaktır.

TCK.'nun ikinci kitabında yer alan cürümlerin cezasının 3/4 oranında cezasının üst sınırı 7 yıldan fazladır.

Kaldığı bu değişik madde 104. maddenin tarihsel gelişimine de aykırı şekilde, ters yolda değiştirilmiştir. Tarihsel gidiş şöyledir: Yürürlükten kaldırılan 104. maddede tahkikatın mevzuu olan suçun ağır cezalı cürümlerden olması" (CMUK. 421) halinde tutuklama mümkün idi. Bu maddeye göre Ağır cezalı iş "ölüm, ağır hapis on seneden fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ağır cezalı suç sayılır. Ağır cezalı cürüm tabiri kaldırıldığına göre bunun yerine cezanın üst sınırının yedi yıldan az olmaması kaydı tutuklama olasılığını arttırmaktadır. Her ne kadar tutuklamada "kuvvêli belirti" (kuvvetli emare) koşulu varsada uygulamada bunun bir güvence olmadığını aşıkârdır.

Madde 104 : Usul Kanunumuzun değiştirilen 104. maddesinin 3. ben-

(7) Erem (F.), Çapraz sorgu, 1992, s.7.

dinde "suç Devlet ve Hükümet nüfuzunu kıran fiiller"den ise bu hal bir tevkif sebebi olabilecekti. Halbuki sözleşmenin 5. maddesinin "c" bendi ancak suç işlediği hakkında kuvvetli şüphe ve kaçma şüphesi hallerinde tevkifi mümkün görmektedir. Usul Kanunumuzun bahis konusu hükmünün Anayasaya uygun olduğu hakkındaki Anayasa Mahkemesinin gerekçesinde şu ibareye yer verilmiştir: "Toplumun içinde bulunduğu şartlara ve özelliklere göre değişik ihtiyaçların gerektirdiği tedbirleri almak zarureti inkâr edilemez". Bu gerekçe, anlaşmanın yukarıda arzedilen özellikleri ile bağdaşmamaktadır.

Sözleşmenin 5/c maddesinde; "..... suç işlenmesine... mani olmak zarureti inancını doğuran makul sebeplerin mevcudiyeti" halinde bir kimsenin tevkifi mümkün görülmektedir. Bu hükümden maksat hiç şüphesiz bir kimsenin suç işlemesi "ihtimal"ine göre tevkifi değildir. Fakat sadece ihtimal üzerine tevkif tatbikatına yol açması mümkün olan bu anlayış isabetli sayılamaz.

Madde şu şekilde değiştirildi:

Madde 104 : Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler aşağıdaki hallerde tutuklanabilir:

1. Kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması.

2. Delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunması.

Soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi veya sanığın ikametgahı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu isbat edememesi durumunda yukarıda 1 ve 2 numaralı bentlerdeki haller var sayılabilir.

Altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda sanık ancak, suçun toplumda infial uyandırması veya ikametgahı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi halinde tutuklanabilir.

Soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabileceksen veya tutuklama yerine bir başka önleml ile amaca ulaşabilecek ise tutuklamaya karar verilemez.

Madde şöyle değiştirilmiştir :

Madde 5 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 106. maddesinin bir ve ikinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Sanığın tutuklanmasına ancak hâkim karar verir. Tutuklanması talep edilen sanık hazırsa karardan önce dinlenir, hazır bulunan sanık isterse sorgu sırasında vekaletname aranmaksızın müdafii de hazır bulunabilir ve karar verilmeden önce Cumhuriyet Savcısı ile hazır olan müdafii dinlenir. Sanık hazır değilse talebe ilişkin karar, yokluğunda ve evrak üzerinde verilir.

Tutuklama müzekkeresinde, sanığın mümkün olduğu kadar açıkça kim olduğu ve şekli ile kendisine isnad olunan fiil, fiilin gerçekleştiği zaman ve yer, fiilin kanunda hükme bağlandığı maddeler, suçun kanuni unsurları ve tutuklamanın sebebi belirtilir."

İnsan Hakları Sözleşmelerine göre "tutuklanan kişiye tutuklama sebebinin en kısa sürede bildirileceği ve haklarının anlatılacağı, yakalama ve tutuklamadan yakınlarına bilgi verileceği" gerekmektedir. "Yakalanan ve tutuklanan kişinin en kısa sürede hakim önüne çıkarılacağı, tutuklama ve yakalama işlemi kanuna uygun değilse derhal serbest bırakılacağı" gerekmektedir.

Sanık, tutuklanmadan evvel dinlenecektir. O halde "gıyabi tutuklama" mümkün değildir, denilebilirse de "sanık hazır değilse talebe ilişkin karar yokluğunda ve evrak üzerinde verilir. Birinci halde "sanık isterse sorgu sırasında vekaletname aranmaksızın müdafii hazır bulunabilir ve karar verilmeden önce Cumhuriyet Savcısı ile hazır olan müdafii dinlenir."

Savcının evrak üzerinden yazı ile tutuklama istemesi mümkün değildir. "Karar verilmezden önce Cumhuriyet Savcısı ile hazır olan müdafii dinlenir." Müdafii tutuklamada hazır bulunacağına göre olayda tutuklamanın yasal şartlarının bulunmadığı açısından söz edebilir. Bu açıdan "kuvvetli belirti" bulunmadığı hakkında avukat beyanda bulunabilecektir. Böyle bir açıklamada bulunabilmek için avukat hazırlık dosyasını inceleyebilir.

Sanık isterse sorgusu sırasında müdafii dinlenecektir, vekaletname –bu sırada– aranmayacaktır. Sanığın müdafii istemesi gerekir. İstek halinde talep zabta geçirilir. Her ne kadar "iddianamenin mahkemeye verilmesinden sonra " müdafii dosyayı inceleyebileceği kanunda (CMUK. 143) işaret olunmuş ise de bu hüküm uygulanmayacaktır. Bu arada müdafii "kefaletle salıverilme" talebinde bulunabilir.

108. maddenin 1 ve 2. fıkraları şöyle değiştirilmiştir:

Madde 6 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 108. maddesinin bir ve ikinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

Sanık tutuklama müzekkeresi üzerine tutulduğunda derhal ve nihayet yirmidört saat içinde yetkili hakim önüne çıkarılarak sorguya çekilir ve tutmanın devam edip etmeyeceği hakkında bir karar verilir.

Sanığı en yakın hakim önüne getirmek için gerekli süre bu yirmidört saatlik süreye dahil değildir.

Bu Kanunun 223. maddesinin ikinci fıkrası ile 229. maddesindeki tutuklama sebepleri hariç sanığın sorgusu sırasında yalnız Cumhuriyet Savcısı ile müdafii hazır bulunabilir ve tutuklamanın devam edip etmeyeceği hakkında bir karar verilmeden önce Cumhuriyet Savcısı ile hazır bulunan müdafii dinlenir."

Duruşma safhasında CMUK.'nun 108. maddesi uyarınca 223. maddenin 2. fıkrası şu hükümlerle, 229. maddedeki tutuklama sebebi hariç olmak üzere "yalnız Cumhuriyet Savcısı ile müdafii hazır bulunabilir ve tutuklamanın devam edip etmeyeceği hakkında bir karar verilmeden önce Cumhuriyet Savcısı ile hazır bulunan müdafii dinlenir."

Son soruşturmada müdafii sorgu sırasında hazır bulunabilecektir. Tutuklamanın devam edip etmeyeceği hakkında karar verilmeden önce savcı ile hazır bulunan müdafii dinlenir." Bu hüküm periyodik incelemede de söz konusudur. Bu katılma müdafii için zorunlu değildir, çünkü maddede "müdafii hazır ise" denilmektedir.

Madde 7: 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun mülga 110. maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir:

Tutuklulukta geçen süre;

Madde 110 : Hazırlık soruşturmasında tutukluluk süresi azami altı aydır. Kamu davasının açılması halinde bu süre hazırlık soruşturmasında tutuklulukta geçen süre dahil iki yılı geçemez.

Soruşturmanın veya yargılamanın özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması sebebiyle yukarıda belirtilen sürelerin sonunda kamu davası açılmamış veya hüküm tesis edilememiş ise, soruşturma konusu fiilin kanunda belir-

tilen cezasının alt sınırı yedi seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılır. Yedi sene ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezasını gerektiren suçlarda tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre tutukluluk halinin devamına veya sona erdirilmesine veya uygun görülecek nakdi kefaleti vermesi şartıyla sanığın tahliyesine karar verilebilir".

a) Madde esas itibariyle "tutukluluk süresi"ni getirmektedir. Bu madde hükmüne göre hazırlıkta süre –en çok– altı aydır. Kamu davası açılmış ise süre iki yılı geçemez. İki yıla hazırlıkta geçen süre dahildir.

b) Soruşturma ceza yargılamanın "özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması sebebiyle yukarıda belirtilen süreler sonunda kamu davası açılmamış veya hüküm tesis edilememiş ise, soruşturma konusu fiilin kanunda belirtilen cezasının alt sınırı"na bakılacaktır:

aa. Alt sınır yedi seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılır.

bb. Yedi sene ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezasını gerektiren suçlarda tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre:

- Tutukluluk halinin devamına,
- Sona erdirilmesine,
- Nakti kefalet vermesi şartı ile sanığın tahliyesine karar verilebilir.

Görüldüğü üzere maddeler yedi yılı esas almaktadır. Yalnız 104. madde-
de cezanın üst sınırı, 110. maddede cezanın alt sınırı nazara alınmıştır.

Madde 8 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 122 maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Sanık soruşturma veya duruşmada mazeretsiz hazır bulunmaz veya mahkum olup da hürriyeti bağlayıcı cezanın infazından kaçarsa kefalet karşılığı hazineye gelir kaydedilir veya para cezasını, ödeme emrinin tebliğine rağmen süresinde ödemez ise kefalet karşılığında para cezası mahsup edilerek kalan para hazineye gelir kaydedilir".

Sanığın gelmemesi halinde kefaletten mahsup bahis konusudur. Hürriyeti bağlayıcı cezanın infazından kaçmanın suç sayılmayacağı hali düşündürücüdür.

Madde 9 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 128. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Madde 128 : Yakalanan şahıs bırakılmazsa, yakalama yerine en yakın sulh hakimine gönderilmesi için gerekli süre hariç yirmidört saat içinde sulh hakimi önüne çıkarılır ve sorguya çekilir. Yakalananın talebi halinde müdafii de sorguda hazır bulunabilir.

Üç veya daha fazla kişinin bir suçta iştiraki suretiyle toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya fail sayısının çokluğu ve benzeri nedenlerle Cumhuriyet Savcısı bu sürenin dört güne kadar uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Soruşturma bu sürede sonuçlandırılmazsa Cumhuriyet Savcısının talebi ve sulh hakiminin kararı ile sekiz güne kadar uzatılabilir.

Sulh hakimi yakalamayı gerektiren bir hal görmez veya yakalama sebepleri ortadan kalkmış bulunursa yakalanan şahsın bırakılmasına karar verir.

Yakalama süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine veya yakalama işlemine karşı, yakalanan kişi veya müdafii veya kanuni mümessili veya birinci veya ikinci derecede kan hısımları veya eşi hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh hakimine başvurabilirler. Sulh hakimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhal ve nihayet yirmidört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Yakalamanın veya süre uzatmanın yerinde olduğu kanısına varırsa müracaatı reddeder veya yakalananın derhal soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığında hazır bulundurulmasına karar verir.

Yakalama süresinin dolması veya hakimın serbest bırakma kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya konu olan fiil sebebiyle yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet Savcısının kararı olmadıkça bir daha bu madde hükmü uygulanmaz.

Yakalanan kişi, en yakın sulh hakimine çıkarılır. Süre 24 saattir, kişi sulh hakimince sorguya çekilir, "yakalananın talebi halinde müdafii de sorguda hazır bulunabilir". Maddede "sorguda hazır bulunmak"dan söz edilmektedir. Halbuki 106. maddede "müdafii dinlenmesi"nden söz ediliyor. Aradaki bu farktan yakalama halinde müdafii yalnız "hazır bulunmak"dan gayri bir şey yapılamayacağı düşünülemez. Çünkü, "sorguda hazır bulunmak" bahis konusudur.

İnsan Hakları Anlaşmasının 6. maddesinin 3/c bendine göre adaletin tahakkuku için zaruri ise, maddi imkanı olmayan sanıklara resen müdafii tayin edilmesi gereklidir. Usul kanunumuzda ise resen müdafii tayini halleri

sayılmıştı. Memleketimizde ölüm cezasını gerektiren suç ithamı ile mahkemeye verilen ve imkanı olmadığı için müdafii bulunmayan ve bu şekilde ölüm cezasına mahkum edilen kişiler görüldü. Bu gibi kimselerin anlaşma hükmüne dayanarak resen müdafii tayinini isteme hakları olmak lazım gelirdi. Fakat bu hususun bir hak olarak Usul Kanununda gösterilmesi daha isabetli olacaktı. Tadil ile bu yapıldı.

135. madde şu şekilde değiştirilmiştir :

Madde 12 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 135. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

İfade ve sorgunun tarzı;

Madde 135 : Zabıta amir ve memurları ile Cumhuriyet Savcısı tarafından ifade almada ve hakim tarafından sorguya çekilmede aşağıdaki hususlara uyulur.

1. İfade verenin veya sorguya çekilenin kimliği tespit edilir. İfade veren sorguya çekilenin kimliğe ilişkin sorulara doğru olarak cevaplandırmak zorundadır.

2. Kendisine isnad edilen suç anlatılır.

3. Müdafii tayin hakkının bulunduğu, müdafii tayin edilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafii talep edebileceği ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, isterse müdafiiin soruşturmayı geciktirmemek kaydı ile ve vekaletname aranmaksızın ifade veya sorguda hazır bulunacağı bildirilir; yakınlarından istediğine yakalandığını duyurabileceği söylenir.

4. İsnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.

5. Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını talep edebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkânı verilir.

6. İfade verenin veya sorguya çekilenin şahsî halleri hakkında bilgi alınır.

7. İfade veya sorgu bir tutanakla tespit edilir. Bu tutanakta;

a) İfade verme veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih,

- b) İfade verme veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği,
- c) İfade vermenin veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise sebepleri,
- d) Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafii tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı,
- e) İmzadan imtina halinde bunun nedenleri yer alır.

135. maddede "ifade ve sorgunun tarzı" düşünülmüş, 3. fıkrada "Müdafii tayin hakkının bulunduğu, müdafii tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafii talep edebileceği ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, isteme müdafiiin soruşturmayı geciktirmemek kaydı ile ve vekaletname aranmaksızın ifade veya sorguda hazır bulunacağı bildirilir" hükmü yer almaktadır. Aynı maddede (b.d) "Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafii tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı" tutanağa geçirilecektir. (bent 3) "imzadan imtina halinde bunun nedenleri" de tutanakta yer alacaktır.

Müdafii olmayanın Baro'dan müdafii istemek hakkı böylece açıklığa kavuşmuştur. Baroca tayin olunan ayukat "resen müdafii" durumundadır.

Maddenin 4. bendi "isnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu" sorguya çekilene bildirilmesi gerekmektedir. Bu husus "susma hakkı" diye isimlendirilen hal susma hakkının aleyhinde olanlarda vardır. Bunlara göre "İtham usulü" karşılıklı olmağa dayanır. Susma hakkı bu usule uygun düşmemektedir. Toplum sorguya çekene karşı susmak hakkına sahip olamaz. Böylece tanıklar hakkında olduğu gibi (CMUK.63) sanık hakkında da "tazyik tedbiri" uygulanmalıdır. Fakat bu düşünceler haksızdır.

Usul Kanunu'nun 135. maddesi genel hükümler arasındadır. Bütün usul safhasını kapsar. Bununla beraber sorguya tabi tutulmasının bir konuşma mecburiyeti doğuracağı doğaldır. Zira susmadan çıkacak manâ sanığın aleyhinde olabilir. Bu nedenle yargıcın sanığa susmasından çıkabilecek sonuçları bildirmesi doğru olabilir. Fakat bu uyarının "ihsası rey" niteliği taşıyaması gerekir. Bu uyarıyı zorunlu bir ihtar olarak kabul eden kanunlar vardır.

Bu durumda susma, sanığın suçlu olduğuna delil sayılmaz. Zira bir hakkın kullanılması aleyhe sonuç veremez.

Sanık susmak hakkına sahip ise de bu yola gitmeyerek hilafı hakikat beyanda bulunursa ceza görmeyecektir. Halbuki çekilmek hakkı olduğu halde, yalan şahadette bulunan tanık cezalandırılır. Fakat sanıklar lehine bu "imtiyaz" münakaşalıdır.

Kanuna şu hüküm eklenmiştir :

Madde 13 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 135 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 135/a maddesi eklenmiştir.

Yasak sorgu yöntemleri :

Madde 135/a : İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedenî veya ruhî müdahaleler yapılamaz.

Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.

"Kanuna aykırı menfaat temini" kaydıyla örnek bulmak imkansız değildir. Ortak suçlulukta bir sanığa suç ortağını ele verirse kendisi hakkında dava açılmayacağını vaadetmek buna misaldir.

"Günlerce ayakta tutmak", "su, yiyecek vermemek", "tabii ihtiyaçların giderilmesine engel olmak", "dayanılmaz ışık altında günlerce süren sorgu" (yormak suretiyle sorgu), işkencedir. Sorguda, suçu söyletmek için "alet kullanmak" deyimini müphem sayılabilir. Bu deyim "elektrikli sorgu" dahildir. Bu usullerin hepsine "fizyolojik işkence" denilmektedir. Fakat manevi işkence gözden uzak tutulmamalıdır.

"Zorla ilaç verme" tabiri şu anlamda olsa gerekir. İşkencenin iz bırakmayan uygulaması olarak sanığın vücuduna zerk edilen ilaç tesiri ile feci ağrılar yaratılması ve bunun tekrarı tehdidi de işkencenin bir çeşidi sayılır.

Kanun 135. maddeye bir ilave hükümlerle "yasak sorgu yöntemleri" başlığı altında yeni bir hüküm getirmiş ve son fıkra hükmü ile "yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler –rıza olsa dahi– delil olarak değerlendirilemez" hükmüne yer verilmiştir. Kanun "Yasak sorgu yöntemlerini böylece açıklamıştır. "İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır" Kural (prensipl) budur. Buna örnek olmak üzere şunlar bildirilmektedir: "Kanuna aykırı bir menfaat

vadedilmesi ile elde edilen", ifade delil olarak kabul edilmeyecektir. Özgür iradeye dayanma gereğine, yani bunu "engelleyici nitelikte kötü davranma" dahi yasak bir yöntemdir. "Kötü davranma" niteliği kanunda gösterilmemiş ise de bunu açıklamada TCK.'nun 243. maddesi ve devamındaki hükümlere bakarak kötü davranışlar tayin olunabilir. Bu maddede "maznun bulunan kimsenin cürmünü söylemek için, işkence, zalimane, gayri insani veya hayşiyet kırıcı muamele" yasaktır. Ceza Kanununun bu hükmü ile CMUK.'nun 135/a hükmü birlikte düşünölmelidir.

"Zorla ilaç verme", "yorucu sorgu", "aldatıcı sorgu", "bedensel cebir ve şiddet" yasak yöntemlerden sayılmıştır.

"Bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler" yapılması da yasaklanmıştır.

İkrarı sağlamak için "işkence" kesin surette yasaktır. İşkence yapılmasını kanun menetmiştir. İşkencenin memleketimizde süre geldiğini açıklayan "mahkeme kararları" vardır. İşkence "karakol uygulaması" biçiminde süregel-diği bilinmekte idi. CMUK.'nu durumu açıkça belirtti.

Sonuç olarak Anayasamız 17. maddesinde ceza "insani" olmak zorundadır. Bu hüküm dahi sanık hakkında da "evleviyet" kuralına kendisine insani davranılmasını isteyecek durumdur. Usul Kanunundaki bu esastan hareket edilmiştir. O halde hükümlüye işkence edilmezken sanığa elbette işkence edilemez. İşkenceli sorgu geçerli değildir. Çünkü "yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler delil olarak değerlendirilemez."

136. madde şu şekilde değiştirildi :

Madde 14 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 136. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Yakalananın veya sanığın müdafî seçimi;

Madde 136 : Yakalanan kişi veya sanık, soruşturmanın her hal ve de-recesinde bir veya birden fazla müdafîin yardımından faydalanabilir. Kanunî temsilcisi varsa o da yakalanana veya sanığa bir müdafî seçebilir.

Zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde, ancak bir müdafî hazır bulunabilir. Cumhuriyet Savcılığı işlemlerinde bu sayı üçü geçemez.

Zabıtaca yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, soruşturmanın her

safhasında müdafiiin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.

Yakalanan kişi ve sanık, soruşturmanın her hal ve derecesinde bir veya birden fazla müdafiiin yardımından faydalanabilir. "Kanuni temsilci"de aynı hakka sahiptir. Kaide müdafii adedinde sınırlama olmamasıdır. Müdafii adedinin sınırsızlığı ancak "son soruşturma" safhası içindir. Çünkü bu kurala rağmen "zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde, ancak bir müdafii hazır bulunabilir. Savcılık işlemlerinde bu sayı üçü geçemez". Zabıtaca yapılacak "sorgulama işlemlerinde yalnız bir müdafiiin hazır bulunabileceği" kısıtlamasının izahı zordur. Kaldığı zabıta sorgulaması, savcının katılımı dışında ceryanı sınırlıdır. Kanun pek çok hallerde savcı ile müdafiiin huzurundan söz etmektedir. Çünkü madde "zabıta soruşturması"ndan değil, zabıtaca yapılacak "sorgulamadan" söz etmektedir.

"Zabıtaca yapılan soruşturmada dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafiiin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz."

"Zabıtaca yapılan soruşturma"nın müdafiden gizli tutulması usulü hükümle kaldırılmış değildir ve bunun izahı kolay değildir. Hazırlık soruşturmasında müdafiiin hakları sayılmak suretiyle, sınırlandırılmıştır. Bunlar "sanıkla görüşme", "saniğin ifadesini alma", "sorgu sırasında yanında olma", "hukukî yardımda bulunma" haklarıdır. Bu haklar engellenemez, hakların kısıtlanmasına yönelik tedbirler alınmaz.

138. madde değiştirilmiştir :

"Baronun müdafii tayini :

Madde 138 : Yakalanan kişi ve sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafii tayin edilir. Yakalanan kişi veya sanık onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine müdafii tayin edilir."

Tadil gören bu maddeye göre :

a) Yakalanan kişi veya sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde Baro tarafından kendisine bir müdafii tayin olu-

nur.

Bu hükmün uygulanması için ilgilinin "talep etmiş olması şarttır. Ayrıca "müdafii seçemeyecek durumda" olduğunun tesbiti gerekir. Fakat bu konuda kesin olanaksızlık aranmamalıdır. Seçilecek kişi "resen müdafii" durumundadır. Tayinden sonra ilgili kendiliğinden müdafii seçerse, Baronun seçtiği müdafii görevi sona erer.

b) İstek üzerine seçilen müdafiiiden gayri sanık talep aranmaksızın, onsekiz yaşını bitirmemiş, yahut sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve müdafii bulunmazsa kendisine müdafii tayin olunur.

Kaldırılan maddede onsekiz değil, onbeş yaşını bitirmemiş olanlar bahis konusu idi "sağır veya dilsiz olanlar" deyimini kaldırılan maddeden aynen yeni metne alınmıştır. Halbuki TCK'nunda (TCK. 57, 58) sağır veya dilsizler değil sağır dilsizlerden söz edilmektedir. Ceza ehliyetine ilişkin bu hal ancak hem sağır, hem de dilsiz olanlar hakkında nazara alınmıştır. Yalnız dilsizlik yalnız sağırlık yeterli değildir.

Tadilden evvelki metinde "kendisini müdafaa edemeyecek derecede cismen veya dimağı maluliyeti bulunmak"dan söz edilmekte idi. Bu ibare yerine "kendisini savunamayacak derecede malul olmak" ibaresi kabul edildi. Yeni metin daha geniştir. "Cismi ve dimağı maluliyet" dışında kalanlarda müdafii tayinini isteyebilirler.

Madde 16 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 139. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Tayin edilen müdafii görevinin sona ermesi:

Madde 139 : Sanık sonradan bir müdafii seçerse evvelce baro tarafından tayin edilmiş müdafii görevi son bulur.

Yeni kanun resen tayin olunan müdafii (Baro tarafından tayin olunan müdafii) sonradan ilgili tarafından başka müdafii seçilmesi halinde, görevi sona erer.

Madde daha makul hale getirilmiştir. Eski metinde "sanık sonradan birmüdafii intihap ve o da kabul ederse" denilmekte idi. Müdafii öneriyi kabul etmezse seçim zaten kesinleşmez.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 140. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir :

Tayin edilecek müdafiler:

Madde 140 : "Müdafî, soruşturmanın veya yargılamanın yapıldığı yer barosunca tayin edilir."

Tadilden evvelki metinde "Hakim veya reis tarafından intihap edilecek müdafî"den söz ediliyordu. Değiştirilen metinde "müdafî, soruşturmanın veya yargılamanın yapıldığı yer Barosunca tayin edilir" hükmü yer almaktadır. Böylece yargının müdafî seçimine müdahalesi bu açıdan da önlenmiştir.

Madde 18 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 142. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 142 : "Yakalanan kişi veya sanıklar birden fazla ise ve menfaatleri de birbirine uygun ise, müdafî seçemeyenlerin savunması bir müdafîe verilebilir."

Değiştirilen kanun sanıklar "birden fazla ise ve menfaatleri de birbirine uygun ise, müdafî seçemeyenlerin savunması bir müdafîe verilebilir" hükmünü getirmiştir. Bu hüküm yalnız Baronun seçtiği avukatlar için konulmamıştır.

"Menfaat uygunluğu" esas tutulmuştur. Mantık kurallarınca eğer sanıklardan birinin savunmasının doğru olarak kabulü diğerinin reddini gerektiriyorsa bağdaşmazlık vardır. Gerekliğinde bağdaşmazlık olup olmadığına mahkemece karar verilir. Fakat bu karar mahkemece sanıklardan birinin tercihi şeklinde olamaz. Bu karara "itiraz" olunabilir. Her ne kadar bu karar "mahkeme kararı" ise de "üçüncü şahıslara teallük eden karar"lardandır (CMUK. 298/2).

Madde 19 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 143. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 143 : Müdafî hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakın bir suretini harçsız alma hakkına sahiptir.

Müdafinin hazırlık evrakını incelemesi veya hazırlık evrakından suret alması hazırlık soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine sulh hâkimi kararıyla hazırlık soruşturması sırasında bu hak kısıtlanabilir.

Yakalanan kişinin veya sanığın sorgusunu içeren tutanak ile bilirkişi ra-

porları ve yakalanan kişi veya sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında ikinci fıkra hükmü uygulanamaz.

Tadil Kanununun en önemli hükmü 143. maddede yapılan değişikliktir. Tadilden evvelki hükümde iddianamenin mahkemeye verilmesinden" sonra müdafii evrakı tetkik hakkı vardı. Bundan "evvelki hallerde" tahkikatın gayesine hanel vermeyeceği" anlaşılırsa ancak böyle hallerde incelemeğe müsaade olunabilirdi. Bu hüküm şu şekilde değiştirildi:

a) Müdafiler "hazırlık evrakı" ve "dava dosyası" nı inceleyebilir ve istediği evrakın suretini harçsız alma hakkına sahiptirler. Böylece müdafii itham anından itibaren evrakı incelemek hakkına sahiptir. Böylece sistem lehe ve isabetli olarak değişmiştir.

b) Bu kurala karşı şu istisna yer almaktadır: "Müdafii hazırlik evrakını incelemesi veya suret alması hazırlik soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine sulh hakimi kararı ile hazırlik soruşturması sırasında bu hak kısıtlanabilir" hakkın kaldırılmasından değil, "kısıtlanması"ndan söz edilmektedir. Kanun "hazırlık soruşturması"ndan söz ettiğine göre yasaklama, zabita soruşturmasını da kapsar.

Kural serbesti olduğuna göre hükmün geniş yorumlanması mümkün değildir. Yasaklama kararı "soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürebilecek hallerde verilebilir. Savcılığın sulh hakimine başvurusunun metnini yasağa dahildir.

c) Şu hal değişiklik kanununda yasak dışı bırakılmıştır: İlgilinin "sorgusunu içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve yakalanan kişi veya sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında (yukarıdaki) ikinci fıkra hükmü uygulanamaz."

d) Müdafii için sadece bazı evrakı tetkik yetkisini veren evvelki metin hatalı idi. Zira evrakı her zaman inceleyebilecek durumda olan iddia makamına karşı tetkik hakkı olmayan veya sınırlı bulunan "müdafaa makamı izahsız kalıyordu". Değişiklik takdire değer.

Madde 20 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 144. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Yakalanan veya tutuklunun müdafii ile görüşmesi:

Madde 144 : Yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz.

Eski metinde kamu davası açılıncaya kadar sanığın muttali olması uygun görülmemeyen hususların ona bildirilmesini hakim reddedebilirdi. Ayrıca kamu davası açılıncaya kadar sanık ile müdafinin görüşmesinde hakim veya tayin edeceği hakim hazır bulunabilirdi. Madde şöyle değiştirildi. "Kişi vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi değildir."

Görülüyorki madde serbesti lehine ve isabetle değiştirilmiştir.

Madde 21 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 145. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Duruşma sırasında sanığın eşinin müşavir sıfatıyla bulunmasına müsaade edilir ve dilerse dinlenir.

Değişmeden evvel hüküm şöyle idi: "Sanık olan bir kadına duruşma sırasında kocasının müşavir sıfatı ile bulunmasına müsaade edilir ve dilerse dinlenir". Maddenin bu birinci fıkrası şöylece değiştirilmiştir: "Duruşma sırasında sanığın eşinin müşavir sıfatıyla bulunmasına müsaade edilir ve dilerse dinlenir.

Kadın-erkek farkı böylece kaldırılmıştır.

Madde 22 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 146. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Madde 146 : Baro tarafından tayin edilen müdafie, görevin ifasından doğan masraflar hariç avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak bu tarifenin hazırlanış yöntemine göre tespit edilecek ücret ödenir. İleride yargılama giderleri ile mahkûm olan sanıklardan müdafie ödenen ücreti ödeyebilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliği'nin rücu hakkı vardır.

492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (1) ve (3) sayılı tarifelere göre alınan yargı harçlarının %15'i ve idarî nitelikteki para cezaları hariç olmak üzere para cezalarının %15'i bir önceki yıl kesin hesabına göre tespit edilen toplam miktar esas alınarak yılı içinde Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nca Türkiye Barolar Birliği hesabına aktarılır. Birinci fıkraya göre ödenecek ücretler bu hesaptan

karşılanır.

Türkiye Barolar Birliği tarafından barolar arasında yapılacak dağıtımın usul ve esasları Barolar Birliğince çıkarılacak yönetmelikte gösterilir.

Baro tarafından tayin edilen müdafie ödenen ücret hakkında yeni hükümler getirilmiştir.

Madde 23 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154. maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Bütün zabıta makam ve memurları, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri Cumhuriyet Savcılıklarına derhal bildirmek ve Cumhuriyet Savcılığının adliyeye ilişkin işlerde bütün emirlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Cumhuriyet Savcıları emirleri yazılı olarak verir, acele hallerde sözlü emir de verebilir.

Sözlü emir verildiği durumlarda Cumhuriyet Savcısı, vermiş olduğu emirden zabıta amirini de haberdar eder. Cumhuriyet Savcısının yazılı emri üzerine yakalanan kişiler, olayın sanık ve tanıkları, yapılan işleme ait evrak ile birlikte belirtilen gün, saat ve yerde zabıta kuvvetlerince hazır bulundurulur.

Madde "Adli zabıta"nın Kuruluş Kanunu henüz yapılmadığından bu hükmü boşluk kısmen doldurulmuştur. Bu hükme göre zabıta el koyduğu olayı, kişilerle uyguladığı tedbirleri savcılığa derhal bildirecek, savcıların vereceği emirleri yerine getirmekle yükümlü sayılacaktır.

"Suçu itiraf ettirmek için uygun olmayan yöntemlerin kullanılmasını önlemek" insan hakları gereğidir.

Madde 24 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 254. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz.

Maddeye şu fıkrada yer verilmiştir: Soruşturma ve kovuşturma uygulamalarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz". Bu hüküm bir prensib maddesidir. İlave edilen ve 254. maddeye eklenen bu hüküm "mahkemenin, irat ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikat-tan edineceği kanaate göre" takdir ederken "hukuka aykırı şekilde elde edilen delilleri" hükme, "esas olamaz". Bizce bunun anlamı hiç bir şekilde bunların hükme tesir edemeyeceği, kısaca yok farzedileceğidir.

Madde 25 : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 291. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Kanunî mümessilin ve eşin müracaat hakkı:

Madde 291: Sanığın kanunî mümessili ve eşi sanığa açık olan kanun yollarına süresi içinde kediliklerinden müracaat edebilirler. Sanığın müracaatına ilişkin hükümler, bunlar tarafından yapılacak müracaat ve onu takip eden işlemler için de geçerlidir.

Hüküm kadın-erkek arasında fark görülemeyeceği kuralına göre değiştirilmiştir.

NASIL BİR İNFAZ SİSTEMİ

Mustafa GÜVEN (*)

● **ANLATIM DÜZENİ:** I- Giriş. II- Amaç. III- Eğitim. A- Mevcut Sistem. a- Kurs Çalışmaları. b- Kültür Dersleri. c- Meslek Eğitimi. B- Eğitim Sistemi Nasıl Olmalı? a- Basit Suçlar, Cezaevi. b- Öğretim Cezaevi. b.1- Öğretim Cezaevinde Eğitimin Uygulanması. c- Meslek Cezaevleri. IV- Yönetim. V- Diğer Konular. VI- Sonuç.

"Sokrates, suçluları cezalandırmak ne demektir, bunun üzerine biraz düşünürseniz insanların erdemi neden öğrenilir bir şey saydıklarına hemen aklın yatar. Gerçekten hiçkimse suçluyu kötülük etti diye, bir canavar gibi körükörüne cezalandırmaz; akli başında olanlar suçluyu suçu için cezalandırmaz, çünkü olan olmuştur; ama geleceği düşünür, suçlu bir daha yapmasın, başkasına da ibret olsun diye cezalandırır. Cezanın amacı gerçekten suçu önlemekse erdem öğretilir birşey demektir." (PROTAGORAS, Eflâton, MEB Yayınları, Çev. Prof. Dr. N. Şazi KÖSEMİHAL, İstanbul, 1989, sy: 22).

I. GİRİŞ

Türk Cezaevlerini ve infaz sistemini kim incelerse incelesin, bir sürü eksiklik bulacaktır. Cezaevlerimizde her gelen kendi görüşünü uygulamak istemiştir. Kimisi disipline önem vermiş, disiplini bilmeden; kimisi çalışmaya önem vermiş, çalıştırmasını bilmeden; kimisi de öğretime önem vermiş, eğitmesini bilmeden... en sonunda da hiç kimsenin memnun olmayacağı bir sistem çıkmıştır ortaya. Cezaevlerimizin kamuya mal olmuş hangi sorunu varsa o taraf düzeltilmeye çalışılmış, herkes sırf o konuda görüş ileri sürmüş, soruna bütünsel açıdan bakan hiç olmamıştır. Yapılan düzenlemelerin bütünü nasıl etkileyeceği, bütünün yapılan düzeltmeyi nereye kadar hazmedebileceği hiç gözönüne alınmamıştır. Böylece her düşüncedeki insan Cezaevlerimizde kendinden birşeyler bulur olmuş, fakat kendine göre de bir sürü eksiklikler görmeye başlamıştır. Çünkü Melde TÜRKER'in de dediği gibi, Türk Cezaevi sisteminin hiç bir zaman bir FİLOZOFİSİ olmamıştır.

(*) Rize Cumhuriyet Başsavcısı.

II. AMAÇ

"Türk sisteminin kendine mahsus bir filozofisi yoktur" dedikten sonra Melda TÜRKER devam etmektedir: "Eğer olduğu iddia edilirse, aklımıza gelen soru şu olmalıdır. Acaba Türk hapisane filozofisi ve buna isnat eden amaç ve gayeleri, enternasyonal standartlarda yer alan insan haysiyetini koruma amacına dayanan ve 21. asrın gereklerini yansıtan modern hapisane standartlarına uygun mudur, değil midir? Sistem iyileştirilmek isteniyorsa, hedeflerinin, amaçlarının belirtilmesi lazım" (İnsan Hakları ve Cezalarının İnfazı, Ekonomik ve Sosyal Etüdler Konferans Heyeti Paneli, 28 Şubat 1990, Basım-1990, sy: 39).

Amacımızı iyi tespit edersek yapılanmamızı da ona göre ayarlamamız ve mevcut uygulamadaki eksiklik ve yanlışlıkları da düzeltmemiz mümkün olur.

Ancak, günümüzde çok revaşa olan insan hakları konusuna kafamızı takıp, yalnız insan haklarına uygun bir sistem kuracağız dersek, korkarım çok yanlış bir iş yapmış oluruz. İnsan haklarına uygun bir sistem, zaten işin asgari müstereğidir. Bunun üzerine bizim insanımıza uygun bir sistem oturtmamız zorunludur.

İnfazla ilgilenenlerden kime sorarsanız sorunuz, infaz sisteminin amacının "TOPLUMA YENİDEN KAZANDIRMA" olduğunu söyleyecektir. Hangi topluma yeniden kazandıracamız? Bu toplum, suç işleyenin içinden çıktığı toplumsa, o toplum, onun suç işlemesine, şu veya bu şekilde zaten katkıda bulunmuştur. Ancak aynı toplumda, aynı şartlarda bulunan bir çok insan da hiç suç işlememiştir. Bu neden böyledir? Çünkü, toplumsal şartların bozukluğu, o bozukluğun harekete geçirebileceği zayıf kişilikleri suça itebilmekte, kişiliği daha gelişmiş olanlar ise aynı şartlarda suç işlememektedir. Fakat şartlar daha da bozulursa, önceden suç işlemeyen kişilerde suç işleyebilir hale gelmektedir.

Toplumsal şartları değiştirmek İnfaz Sisteminin görevi değildir. Topluma yeniden kazandırmak da, infaz sisteminin altından kalkacağı bir iş değildir. Yüksek Bakanlığa gönderdiğimiz önceki yıllardaki bir raporda da belirttiğimiz gibi, biz, "Topluma Yeniden Kazandırma" kavramını çok iddialı bulmaktayız, hatta mümkün olacağına da inanmamaktayız. Çünkü topluma yeniden kazandırma ancak toplumun kabul veya ademi kabulü ile mümkündür. Bizim görevimiz, daha doğrusu infaz sisteminin görevi mahkûmların toplumla ilişki kurmalarını zorlaştıran engelleri kaldırmaktır. Bu engeller de, gerek istatistiklere, gerekse cezaevlerindeki gözlemlere göre, cahillik ve mesleksizlik olarak

belirmektedir. Aslına bakılır ve meslek öğrenmedeki toplumsal isteksizliğimiz gözönüne alınırsa, tek engel olarak cahillik dikilmektedir karşımıza. Bizce doğru olan da budur. Zaten sanayi de, gelişme aşamasında pek meslek sahibi insan aramamaktadır. Ancak çok ileri aşamalarda buna gerek duymaktadır.

Eğer yalnız insan haklarına dayalı bir ortam hazırlar ve bunun üzerine cahilliği ortadan kaldırıcı tedbirlere yer vermezsek, yaptığımız işin iki türlü sakıncası ortaya çıkacaktır. Birincisi, cezaevindeki yaşantıyla ilgilidir: Mahkûm insan haklarının ne olduğunu bilecek bir kültür düzeyinde olmalıdır. Aksi halde hakkın sınırını tayinde hataya düşecek, ya kendi hakkına, ya da başkasının hakkına zarar verecektir. Veyahut hakkını arama yollarını bilmediği için, idare tarafından hakların sağlıklı uygulanmamasını kanuni yollardan giderici girişimlerde bulunamayacaktır. İkincisi, cezaevinden çıktıktan sonraki yaşantısı ile ilgilidir: İnfaz sisteminin başarısının ölçüsü cezavine dönüş oranının yüzde olarak düşük olmasıdır. Yani mükerrirliğin azlığıdır. Bizim mevcut sistemimiz bu konuda ne yazık ki pek başarılı değildir. Eğer biz bu konuda başarılı değilsek toplumu suç ve suçludan koruma konusunda da üzerimize düşen görevi yapamıyoruz demektir. Mahkûm dışarı çıktığında, toplumla, daha doğrusu ailesi ile, yakın çevresi ile, giderek diğer insanlarla bağlantı kuramamaya devam eder ve geri dönüş için potansiyel bir varlık olmayı sürdürürse, insan haklarına uygun bir sistem kurulmasına karşı olanların, korukariz ekmeğine yağ sürmüş oluruz.

Ülkemizde suç işleyen insanların en büyük eksikliği cahillik olduğuna göre, bugün için temel amacımız, topluma zarar verdiği için ödürü içeri aldığımız insanı, daha fazla eğitilmiş olarak topluma yeniden teslim etmektir. Ne kadar eğitilmiş sorusunun üst sınırı yoktur. Ancak alt sınırı, girdiğinden daha fazla olanıdır.

Amaç şu şekilde de ortaya konulabilir: Mahkûmun kişiliğini girdiğinden daha fazla bütünleşmiş bir hale getirmek.

Bir yanlış anlamaya yer vermemek için, elbette suç işlemenin tek sebebi olarak cahillik gösterilmemelidir. Aile içerisindeki baskı veya sevgisizlikten veya sınırı olmayan sorumsuz bir sevgiden tutun da, gelenek, görenek, din, toplumsal yaşama kadar varan, binlerce sebep suç işlemekte etkindir. Ancak cezaevlerimize düşen insanların ortak özellikleri de bir gerçektir. Bunu aşmadan daha üst düzeydeki amaçlara geçmeye hakkımız olmadığını düşünürüz.

Bir mahkum şunları söylüyordu: "Öldürsek Devlet suçlar, öldürmezsek toplum suçlar". İşte meselenin özü burada. Devlet suç işleyeni elbette yakalamakla görevlidir. Fakat aynı devlet, toplumun akla ve sağduyuya uygun olmayan baskılarına direnebilen insanlar yetiştirmekle de görevli olmalıdır. Bunun için sihirli formüller aramaya da gerek yoktur. Okuma oranı arttıkça toplumsal baskının kendini en çok gösterdiği kan gütme davalarının gittikçe azaldığı bir vakıa olarak ortadadır.

Bir tespitimizi aktarmak istiyoruz: Cezaevine ilkökul mezunu olarak girip, özel çabalarla ortaokul mezunu olan hükümlülerin, eski halleriyle yeni halleri kıyaslandığında, ilkökul ile ortaokul arasında üç yıllık bir eğitimin değil, dağlar kadar farkların olduğu gözlemlenmiştir. Tepkilerin değiştiği, anlayışların değiştiği, yaşama bakış açılarının değiştiği gözlemlenmiştir. Yetmez mi?

III. EĞİTİM

Bir mahkûmun gazeteci Uğur DÜNDAR'a söyledikleri: "*Bakın Uğur Bey, şu arkadaşım kan davasından, cinayetten geldi... Şu da, şu da... Hepsi de cinayet mahkûmu bu koşušta. Genellikle müebbetlikiz... Bir tane idamlık var. Ama birde şöyle bir gerçeğimiz var... İçimizde lise veya üniversite mezunu olan tek kişi yok. Şu idamlık arkadaşımız ilkokulu cezaevinde bitirdi. Bizler aslında eğitimsizliğin kurbanıyız. Cehalet mahkûmuyuz...*" (29.11.1989 günlü Hürriyet Gazetesi'nden).

A. Mevcut Sistem

Mevcut eğitim sisteminde üçlü bir yaklaşımdan bahsedebiliriz.

a. Kurs Çalışmaları

Hükümlüleri dışardan bitirme imtihanlarına girmelerini temin için Ortaokul ve Lise seviyesinde kurslar açılmaktadır. Bunun için cezaevi idaresi ve Cumhuriyet Savcılıkları çok büyük gayretler sarfetmek zorunda kalmaktadırlar. Uzun uğraşlardan sonra ikna edebildiğimiz hükümlüler birkaç gün sonra ya kursa katıldığından ötürü diğer hükümlülerden çok fazla ayrıcalıklar istemekte, ya da kursa katıldığından ötürü kendini kıskanan koşuştaki diğer hükümlülerin aleyhte tutumlarının tesiri altında kalmaktadırlar. Her iki halde de kursa katılanların sayısı gittikçe azalmakta ve bu işe gönül verenleri hayal kırıklığına uğratmaktadır. Kurs öğretmeni bulmak için çırpınışlarınız da işin cabası... Ayrıca kursa katılacak olan kişinin kaydının mahallinden getirilmesi aylarca süren bir yazışmayı gerektirmekte ve çoğu zaman sonuçsuz kalmaktadır.

b.Kültür Dersleri

Millî Eğitim Bakanlığı ile Bakanlığımızın ortaklaşa hazırladığı ders programları doğrultusunda, yine Millî Eğitim Müdürlüklerinden temin edilen öğretmenlerle koşullarda kültür dersleri verilmektedir.

Cezaevlerimizde yürütülen bu program hükümlüye birşey vermekten ziyade onları meşgul etmeye dayanan bir sistem olmaktan öteye gidememiştir. Gidememiştir çünkü cahil birine psikoloji dersi vermenin veya eski Türk veya İslâm tarihini öğretmeye çalışmanın veyahut Endülüs'te ve Abbasiler'de sanatı anlatmanın nereye kadar faydalı olacağı çok tartışılmalıdır. Diğer taraftan karşılığı olmayan bir işin yaptırılması insan tabiatına aykırı düşmektedir. Verdiğimiz kültür derslerinin hiç bir karşılığı bulunmamaktadır. Öğretmen geliyor, anlatıyor-anlatıyor ve gidiyor. Hükümlü de dinliyor veya dinlemiş görünüyor. Sonuç? Sonucu ne anlatan biliyor, ne de dinleyen. Tabi bu söylediklerimiz bu işi ciddiyetle yürüten cezaevleri içindir. Diğerlerinde hük-ümlüler öğretmeni türlü mahkûm numaraları ile lafa tutuyor ve ders kaynayıp gidiyor. Bu uygulamanın tek faydası, dışardan gelen biri ile sohbet etmek ve rutin bir hale gelen koşul yaşamının biraz dışına çıkabilmektir.

c.Meslek Eğitimi

Cezaevlerimizde meslek öğretmenin en iyi yolu, kör-topal da olsa kurulan iş-yurtları vasıtasıyla olmaktadır.

Bir de cezaevlerimizde meslek kursları açılmaktadır. Ancak bunların pek bir faydası olmamaktadır. Bu kurslar da aslında mahkumun meşgûl edilmesini amaçlamaktadır. Ve çoğu teorik kalmaktadır. Örneğin, kapalı cezaevlerinde açılacak bir tavukçuluk veya arıcılık kursunun teorik kalacağını izah etmeye dahi gerek yoktur. Çünkü tavuk olmadan, tavukçuluk; arı olmadan da arıcılık kursu açmak görevi geçiştirmekten öteye gitmemektedir.

B.Eğitim Sistemi Nasıl Olmalı?

Öncelikle cezaevlerimiz üçe ayrılmalıdır. Birincisi, tutukevi veya Basit Suçlar Cezaevi; ikincisi, Öğretim Cezaevi; üçüncüsü de Meslek Cezaevi.

a.Basit Suçlar Cezaevi

Bu cezaevinde tutuklular ve iki yıldan az ceza almış daha da doğrusu iki yıllık cezası kalmış olan hükümlüler bulunmalıdır. İlçe cezaevlerinin bütünü bu

sınıfa girdirilebilir. İlerdeki veya Ağır Ceza Merkezlerindeki cezaevlerinin bir bölümü bu suçlulara ve hükümlülere ayrılabilir. Ağır ceza merkezlerindeki ayrılan bu bölümler de kendi içinde tutuklular ve basit suçlular bölümü olarak yine ikiye ayrılabilir.

b. Öğretim Cezaevi

En az iki yıl cezası bulunan hükümlülerin konulduğu cezaevleridir. Yalnız illerde veya tespit edilecek bölgelerde bulunabilir. Bu cezaevlerinin yarısı dersane, yarısı da yatakhane, yemekhane ve bahçe olarak ayrılmalıdır.

Dersane bilhassa ayrılmalıdır. Çünkü her iş o işe uygun bir ortamda yapılabilir ancak. Yemekhane ve oturma alanı olarak kullanılan yerde aynı zamanda ders verilemez.

Buralarda ortaokul ve lise dersleri verilecektir.

Eğitim programına geçmeden önce, bu iş için muhakkak yerine getirilmesi gereken hususlara gerekçeleri ile birlikte değinmek gerekmektedir:

– Öğretmenler muhakkak cezaevi personeli olmalıdır. Eğitim konusu dışardan temin edilen öğretmenlerle maalesef yürütülemiyor. Üç sebepten ötürü yürütülemiyor:

Birincisi, Millî Eğitim Müdürlükleri ihtiyacı istendiği gibi karşılayamıyor. Adalet Bakanlığı ile Millî Eğitim Bakanlığının protokol yapmaları bu iş için yeterli olmamaktadır.

İkincisi, öğretmenler okuldan arta kalan zamanlarında da olsa cezaevlerine gelmeye çekinmiyorlar. Kaldıkları öğretmenlerin okullarındaki programlarına göre cezaevinde program hazırlanması zaman çakışması nedeniyle çok zor olmaktadır.

Üçüncüsü, dışardan gelen öğretmenler Çocuk ve Genç yaşta ki insanların eğitimi ile uğraşmakta, yetişkin eğitiminde ve hatta yetişkin suçlu eğitiminde değil öğretmenlerin ne yazık ki ülkemizin dahi doğru düzgün bilgi birikimi bulunmamaktadır. Bundan ötürü Eğitim Cezaevlerinde çalışan bu işe gönül vermiş öğretmenler tarafından yürütülmelidir. Böyle bir uygulama ülkemizin yetişkin insan eğitimi konusundaki bilgi eksikliğini de giderecektir.

– Hükümlüleri orta veya lise öğretimine mecbur tutmak Anayasal açıdan mümkün değildir. Bunun için bir teşvik sistemi gerekmektedir. Verilecek diploma bu zamana kadarki uygulamaya göre teşvik olmamıştır. Cezaevi-

ne giren kişilerin en çok düşündüğü şey, Cezaevinden çıkacağı zamandır. İşte bu konuyu teşvik olarak kullanabiliriz. Örneğin, ilkokul mezunu olan kişi Cezaevinde ortaokul diploması alırsa ayda 6 gün değil 8 gün, aynı kişi liseyi bitirirse 10 gün yararlandırılabilir. Cahil girip uzun müddet yatarak yine cahil olarak çıkacaksa ve dolayısıyla yine kendine, çevresine ve topluma zarar verecekse bu kadar verdiğimiz emek neden?.. Birakalım daha az yatsın, fakat girdiğinden daha tahsilli çıksın, kendine yararlı olsun, ailesine yararlı olsun, çocuklarına, çevresine ve topluma yararlı olsun. Daha da önemlisi verilen bunca emeğin bir manâsı olsun.

– Her cezaevinde bir psikolog ve hatta bir psikanalistin bulunması ideal bir durumdur. Ancak ülkemizin şartlarında bunun mümkün olmadığı da bilinmektedir. Bununla beraber ülkemizde yeteri kadar psikolog veya psikanalitik yoktur diye yakınmaya da hakkımız yoktur. Ne yapılabilir? Cezaevleri öğretmenleri sürekli hizmet içi eğitim kursuna sokularak bu konudaki bilgileri artırılabilir. Fakat bu kurslar Devlet Dairelerinde yürütülen kurslar gibi olmalıdır. Öncelikle ilk işe alındıklarında gerekirse bir yıllık psikoloji bilgilerini artırıcı bir seminerden geçirilmeleri ve semineri verenlerin bu konuda otorite olmaları, ondan sonra da her yıl sürekli belirli merkezlerde uygulamaya yönelik hem bilgi tazelemek hem de karşılaşılan sorunların tartışıldığı hizmet içi eğitim kurslarının yürütülmesi mümkündür.

Burada bir tecrübemizden bahsetmek istiyoruz: Hükümlü psikolojisini daha iyi öğrenebilmek için Freud ve ardılarının dilimize çevrilmiş ve aynı konuyla ilgilenen Türk yazarların hemen hemen bütün kitaplarını okuduk. En basitinden DİNLEMESİNİ öğrendik. Ve bir hükümlünün kendini dinleyen inandığı bir kişi ile konuştuğu zaman müthiş boşaldığını ve rahatladığını gördük. Ama bunların tek kişi ile çözümlenecek sorunlar olmadığını da öğrendik. Pedagojik formasyonu olan kişilerin bu konuda daha başarılı olacağını zannederseniz anlatmaya dahi gerek yoktur.

– Ders kitapları Millî Eğitim Bakanlığı'nın hazırladıkları ile aynı olmalıdır. Eğitilecek hedef kitleyi gözden uzak tutmamalıyız. Unutmayalım ki, hedef kitlemiz yetişkin, suçlu ve uzun yıllardan beri beyni tembelliğe alışmış kişilerdir. Örneğin bu kişilere müzik dersinde, dört dörtlük bir nota bilgisi verilmesinin veya kimyada reaksiyon denklemleri öğretilmesinin pratik hiç bir faydası yoktur. Bununla beraber bir muhtarın görevi nedir? Köy Kanunu neleri düzenlemektedir? Ticari hayatın şartları nelerdir? Bankadan kredi nasıl alınır? Bir işyeri nasıl açılır? Devlet dairelerindeki birimlerin görevleri nelerdir? Bunlar öğretilmelidir. Nota yerine pratik saz çalmanın öğretilmesi daha faydalıdır. Önemli olan bu kişilerin topluma hazırlanmaları, toplumda daha rahat

yaşayabilen vatandaşlar haline getirilmeleridir. Elbette Türkçe, Matematik gibi temel dersler okutulacaktır, ancak, bazı ders kitaplarının yukarıda belirtil-diği gibi hacmi küçültülecek bunun yerine, hayatta gerekli olan yeni dersler konulacaktır. Hatta cezaevi düzenini öğrenmeleri için ilk yıl infaz hukuku dersi dahi okutulabilir.

b.1.) Öğretim Cezaevinde Eğitimin Uygulanması

Eğitim cezaevlerinde en az iki yıllık hükümlülük süresi bulunan mahkum-lar olacaktır. Çünkü bir yıla iki ders yılının programı sığdırılacaktır. Yani Millî Eğitim Bakanlığı'nın bir yıllık ders programı sığdırılacaktır. Yani Millî Eğitim Ba-kanlığı'nın bir yıllık ders programı 5,5 ayda tamamlanmalı, 1,5 yılda üç yıllık eğitim bitirilmelidir. Bu duruma göre dışarda iki yılda tamamlanan eğitim bu ce-zaevlerinde 11 ayda tamamlanmalıdır. Boş kalan bir aylık süre de, bütünleme imtihanları olarak değerlendirilmelidir.

Bu şekilde bir sistem kurulacak olursa 3 yıllık bir sürede 6 yıllık eğitim ta-mamlanmış olacaktır. Bu da ilkokul mezunu olarak cezaevine giren bir kimse-nin 3 yıllık sürede liseyi bitirmesi demektir.

Ortaokulu veya liseyi bitirmeden hiç bir kimse ayda 8 günlük veya 10 günlük indirimden yararlandırılmamalıdır. Hatta okula devam edip bitire-meyenler için de aynı şekilde düşünülmalıdır. Farzedelimki bir kişi, üçüncü sınıfta olsun ve bu sınıfı geçemesin. Sistemi sulandırmamak için infazdan yine de yararlandırılmamalıdır. Ancak tahliye olduktan sonra yine aynı cezaevinde imtihana girme hakkı verilmeli, bu şekilde dışarda iken hak ettiği indirimi mah-kemeye müracaatla bihakkın tahliye süresinden indirebilmelidir.

Yine sistemin sağlıklı uygulanabilmesi için imtihanın her sınıf için bir kere, Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlı görevlilerce yapılması veya cezaevi öğretmen-lerince yapılan dönem içi imtihanların not ortalamaları ile Millî Eğitim Bakanlığı görevlilerince yapılan dönem sonu imtihan notu ortalaması sınıf geçme için geçerli kabul edilebilir. Birde diplomaların muhakkak Millî Eğitim Bakanlığı'na verilmesi ve verilen diplomaların ortaokul veya lise diploması olması zorunlu-dur.

Teklif ettiğimiz sistem Özel-Tip ve E-Tipi cezaevleri gözönüne alınarak ta-sarlanmıştır. Türkiye'deki bütün cezaevleri gözönüne alınırsa doluluk oranının %50 civarında olduğu görülecektir. Bu yüzden cezaevlerinin yarısını Eğitim Cezaevi haline getirmek zor olmayacaktır. Ankara, İstanbul, İzmir ve hatta Adana gibi tutuklusu fazla olan cezaevleri ve çok eski cezaevleri yine tutukevi olarak kullanılabilir. Diğer merkezdeki cezaevleri bu iş için yeterlidir.

Böyle bir sistem kabul edilecek olursa, muhakkak ki şu an akla gelmeyen yüzlerce, binlerce sorun karşımıza dikilecektir. Yeni bir uygulama dünyanın hiç bir tarafında, hiç bir eksiği olmadan hazırlanamamıştır. amaç iyi belirlenirse, ilerde çıkacak sorunların çözümü de kolaylaşır. Zaten idarecinin görevi de budur. Amacı iyi belirlemek, işe başlamadan planlamayı mükemmel hazırlamak ve işe başladıktan sonra çıkan sorunları amaçtan taviz vermeden uygulamak...

Örneğin, böyle bir uygulamada hükümlülerin istedikleri yere veya ailesinin bulunduğu yer cezaevine gönderilmeleri bugünkü gibi rahatlıkla karşılanamayacaktır. Bir kaç vilayetin veya ağır ceza merkezinin hükümlüleri bir yere toplanacaktır. Bu sorunu yenmek için eğitim cezaevlerinde ayda bir açık görüş verilmesi düşünülebilir. Dikkat edilirse bir yıl içinde zaten oniki güne yakın açık görüş verilmektedir. Dinî ve Millî bayramlarda verilen bu açık görüşlerden vazgeçilmesi aslında çok normal olacaktır. Çünkü biz içerdekileri düşündüğümüz kadar biraz da dışardakileri düşünmemiz gerekir. Hükümlü aileleri bugünkü uygulama yüzünden ne yazıkki doğru düzgün bayram yapamamaktadırlar. Bunu ayda bire indirip rutin hale getirilmesi daha faydalı olacaktır.

Okumak istemeyenlerin durumu ne olacaktır? Bilindiği gibi, açık veya yarıaçık cezaevlerine ayrılmaya hak kazanılmadan ayda 6 günden yararlanmak mümkün değildir. Ancak gerek Açık ve Yarıaçık cezaevlerinin kapasiteleri yeterli olmadığından bu hüküm yumuşatılmıştır. Bunu izah etmeye gerek görmüyoruz. Teşvik için bu hükümden istifade edilebilir. Açık veya Yarıaçık cezaevine ayrılmak için ceza süresine göre (eğer iki yıl ve daha fazla ceza süresi varsa) ortaokul veya liseyi bitirmenin şart olduğu kural haline getirilebilir. Veyahut ortaokul ve lise derslerine devam etmek ayda 6 günlük indirimden istifade etmek için yeterli bir şart olarak aranır. Eğer mahkumiyet süresi örneğin yalnız ortaokulu bitirmeye yetecek kadar ise okula devam etmekle otomatikman ayda 6 günden istifade etmeye hak kazanır. (Aynı şekilde ortaokul mezunu olarak suç işleyip cezaevine düşmüşse lise derslerine devam etmesi) okulu bitirirse ayrıca bundan ötürü de mükafaatlandırılır. Yani ayda 6 günden istifade etmek için muhakkak okula devam etmenin şart olduğu benimsenir, okulu bitiremezse ayda 6 günden istifade eder, fakat ek 2 günden yararlanamaz. Diyelim ki hükümlünün ceza süresi 6 yıl. 1,5 yılda ortaokulu bitirdi. Bu kişi ayda 6 günden istifade edecek, ayrıca ortaokulu bitirdiğinden ötürü de 2 gün daha istifade edecek, eğer bu kişi liseye devam etmek istiyorsa ve burayı da bitirirse, bir iki (2) gün de bundan ötürü istifade edecektir. Ama liseye gitmek istemiyorsa ayda 8 gün istifade etmekle yetinecektir. Bütün uy-

gulayıcıların bildiği bir konuyu gözden uzak tutmayalım. Hiç bir hükümlü ayda 6 günden istifade etmek için yarıaçık veya açık cezaevlerine gitmez. Oralarda biraz daha serbestlik var diye gider veya gitmek ister. Bunun için hükümlüleri cezaevine girdiğinden daha iyi bir halde dışarı çıkarmak istiyorsak ayda 6 günlük istifadenin şartı olarak okula devam etmeyi kabul etmemiz en doğru yoldur. Okumak istemeyenler ise yalnız 1/2'den istifade edeceklerdir. Bunun dışında herhangi bir istifadeleri olmayacaktır.

Bir de çok yaşlı olanlarla basit suçlar cezaevlerinde kalanların ve lise mezunu olarak suç işleyip cezaevine girenlerin durumlarını düşünmemiz gerekir.

Basit suçlar cezaevinde kalanlar için sosyal yaşamda gerekli olan, birkaç tane kurs tesbit edilebilir ve bu kursu bizzat cezaevi personeli verir. İşte bu kurslar tamamlandığında ayda 6 günden istifade onlara tanınabilir. Ancak işi ciddiye almak gerekir. Ya cezaevi personeli bu konuda yetiştirilip kurslar ona verilir ya da bu konuda özel personel istihdam edilir. İşin usulen yerine getirilmesini önlemek için de, ülke çapında uygulanacak bir-iki kursun tespiti zorunludur. Bunun dışındaki kurslardan vazgeçilmelidir. Örneğin, basit bir elektrik kursunun kime zararı olur? Artık ülkemizin her tarafına girmiş olan elektriğin kullanımını bilmek, evinde elektrik ütüsünün prizini değiştirmesini öğrenmek zor bir iş olmasa gerekir.

Lise mezunlarının durumu Meslek Cezaevleri bölümünde ele alınacaktır.

Belirli bir yaş sınırını aşmış ve cezaevinde kalacağı süre iki yıldan fazla olan kişilerde yaşı ne olursa olsun okula devam etmek isterlerse edeceklerdir. Ancak belirli bir yaşa ulaştıkları için bunlara bir seçimlik hak verilebilir. Eğitim cezaevine girmeden meslek cezaevine ayrılabilirler. Meslek cezaevine ayrılmak bunlar için ayda 6 günden istifade etmeyi sağlar, ancak başka bir istifadeleri olamaz(*)).

c) Meslek Cezaevleri

Bu cezaevlerine en az ilkökul mezunu olarak girip, Eğitim cezaevlerinde

(*) Öğrendiğimiz kadarıyla yeni infaz kanunu taslağında ayda 6 günlük indirim kaldırılmış ve hükümlü 2/5 oranında cezasını çekmekle şartla tahliye olacağı hüküm altına alınmıştır. Hükümlüleri okumaya teşvik için ayda 6 günlük indirimin kaldırılması uygun olmamıştır. Çünkü okula devam etmek ayda 6 günden yararlanmanın şartı olarak konulacak olursa, okula kayıt yüzde yüze yaklaşır. Bununla beraber 2/5'lik oran ile, ayda 6 gün indirildikten sonra bulunan gün sayısı hemen hemen aynıdır. 2/5 oranı kabul edilecek olursa okula devam için ayda 6 günlük istifade şartı kalmaktadır. O zaman iki şekilde bir öneri getirilebilir:

1. Okula kaydı arttırabilmek için, okula kaydolup devam edene 2/5 oranından başka ayda 2 gün, bu şekilde ortaokulu bitirene 4 gün, liseyi bitirene de ayda 6 gün istifade hakkı verilebilir.

ortaokulu bitirenler ile ortaokul mezunu olarak girip, lise mezunu olanlar ve ilerlemiş yaşta olup, eğitim cezaevlerine gitmek istemeyenler konulacaktır (Tabi ceza süresi yetiyorsa, ilkokul mezunu olarak cezaevine giren ortaokulu bitirdikten sonra liseye devam edebilecektir).

Meslek cezaevleri ikiye ayrılmalıdır:

1. Kapalı meslek cezaevi,
2. Yarıaçık veya açık meslek cezaevi.

Bu kurumların sağlıklı yürümesi için de, pazarı hazır ve sanayi üretimine dönük meslekler seçmeliyiz. Ayrıca fabrika gibi çalışacak birimler kurmalıyız.

2. Okula kaydolmayı önemsemesek, ortaokulu bitirene 2/5 oranından başka ayda 2 gün, liseyi bitirene de ayda 4 gün istifade hakkı verebilir. 24 yıl ceza almış bir kişiye göre hesaplama yapacak olursak

Birinci Öneriye Göre:

a.)	Bihakkın süre	$365 \times 24 = 8760$	gün
b.)	2/5 üzerinden yatacağı süre	$8760 \times 2 + 5 = 3504$	gün
c.1.)	Okula kaydolup devam etmekle istifade edeceği süre	$3504 + 30 = 116 \times 2 =$	232 gün
c.2.)	Bu şekilde cezaevinde kalacağı süre	$3504 - 232 = 3272$	gün
d.1.)	Ortaokulu bitirmesi halinde istifade edeceği süre	$116 \times 4 = 464$	gün
d.2.)	Bu şekilde cezaevinde kalacağı süre	$3504 - 464 = 3040$	gün
e.1.)	Liseyi bitirmesi halinde istifade edeceği süre	$116 \times 6 = 696$	gün
e.2.)	Bu şekilde cezaevinde kalacağı süre	$3504 - 696 = 2808$	gün

İkinci Öneriye Göre:

a.)	Bihakkın süre	$365 \times 24 = 8760$	gün
b.)	2/5 üzerinden yatacağı süre	$8760 \times 2 + 5 = 3504$	gün
c.1.)	Ortaokulu bitirmesi halinde istifade edeceği süre	$3504 + 30 = 116 \times 2 =$	232 gün
c.2.)	Bu şekilde cezaevinde kalacağı süre	$3504 - 232 = 3272$	gün
d.1.)	Liseyi bitirmesi halinde istifade edeceği süre	$116 \times 4 = 464$	gün
d.2.)	Bu şekilde cezaevinde kalacağı süre	$3504 - 464 = 3040$	gün

Mevcut kapalı, yarıaçık ve açık cezaevlerimizde seracılıktan ve çiçekcilikten tutunuz da, matbaacılığa kadar belki yüzlerce çeşit işyurdu bulunmaktadır. Bu işyurtlarının en büyük geliri banka faizleridir. Kendimizi aldatmayalım. Ne aktif bir kârları vardır, ne meslek öğretimi ve ne de çalışana, çalıştığına karşılığını verecek bir sistemi vardır.

Bütün bunların kaldırılmasını teklif ediyoruz. Öyle işler kuralım ki, hükümlü çıktığı zaman, "ben eski mahkûm kadrosundan işe girmek istiyorum", diye çırpınmasın. Önce "benim mesleğim şu" desin.

Hangi tür iş kolları kurulabilir? Burda da ipin ucunu kaçırmamak için, sayısı az iş kolu seçmeliyiz. Bizim ilk aklımıza gelen, terzilik değil, konfeksiyonculuktur. Marangozluk değil, mobilya fabrikası hatta sanayi bölgelerinde yan sanayi kuruluşlarıdır.

Kapalı veya açık cezaevlerinde kurulacak, konfeksiyon atölyelerinde infaz memurlarının elbiseleri dikilecektir. Emniyet Genel Müdürlüğü ile anlaşılıp Emniyet Mensuplarının elbiseleri beden esasına göre diktirilebilir. Dahası Orman Genel Müdürlüğü ile anlaşılıp Orman Muhafaza Memurlarının elbiseleri de diktirilebilir. Mobilya atölyesinde Adliyelerin ihtiyacı olan masa, koltuk ve iskemle yapılabilir. Hatta Millî Eğitim Bakanlığı ile anlaşılıp okul sırası imalatı da yaptırılabilir.

Bütün bunlara rağmen bu faaliyetlerin istenildiği gibi yürütülebilmesi için, iki şeyin yerine getirilmesi şarttır. Birincisi, işin gerçek ustalarının yüksek ücretle ve yeteri kadar istihdam edilmesi, ikincisi de kesinlikle hükümlü gündeliklerinin komiklikten kurtarılması. Hatta zaman içinde ücretlerinin asgari ücret düzeyine çıkartılarak hükümlülerin sigorta ettirilmesi, ayrıca üretimi artırmak için, gerekirse akort sisteminin yürürlüğe sokulması... Bunlar yerine getirilmezse bu günkü gibi giyilmeyecek elbiseler, hiç bir zevk eseri olmayan mobilyalar üretilir ki, bunları hem kimseye kabul ettiremeyiz, hem de hiç bir hükümlüye meslek öğretmeyiz. Sözün kısası bir konfeksiyon atölyesine gerekirse bir stilist, bir makasçı ve yeterli kadar usta almak şarttır. Bunların 657 sayılı kanuna göre çalıştırılmaları da mümkün değildir. Sözleşmeli olarak almak, onlara piyasa fiyatını vermek gerekir. İşin olmazsa olmaz kurallarını atlayarak hiç bir şey yürütemeyiz.

Lise mezunu olarak suç işleyip bu cezaevlerine gelen hükümlüler burda idari işlemlerde çalıştırılıp boş zamanları fazla tutularak üniversiteye girmeye teşvik edilebilir. Bunlara da iki yıllık yüksek okul bitirmeleri halinde 6 günden ayrı olarak 2 gün, dört yıllık açık öğretimi bitirmeleri halinde de 6 günden ayrı olarak 4 gün daha istifade ettirmek mümkündür. Üniversite mezunları ne ola-

cak denirse, toplum onları üniversite mezunu yaparak borcunu ödemiştir. Meslek cezaevine ayrılıp ayda 6 günden başka bir istifadelerinin olmaması doğru olandır diyebiliriz.

IV. YÖNETİM

Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği standart kuralları olduğu gibi kabul edelim. (Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği 9.8.1985 tarihli "Tutuklulara ve hükümlülere karşı uyulması gerekli standart kurallar" Bkz. Türkiye Sorunları Dizisi-2, Alan Yayıncılık, Ağustos-1989, sy: 120-129). Ancak teklif ettiğimiz sistem veya buna benzer bir sistem getirilecek olursa gerek uygulama ve gerekse yönetim organizasyonunda bir çok değişiklikler olacaktır.

En başta Eğitim ve Meslek cezaevlerinde Cezaevi Müdürleri öğretmen kökenli olmalıdır. Hatta daha da ileri giderek öğretim cezaevlerinde orta öğretimden bir müdür, meslek cezaevlerinde de Teknik Okul öğretmenlerinden bir müdür bulunmasını ileri süreceğiz. Bunun yanına infazdan, eğitimden ve mali işlerden sorumlu birer müdür yardımcıları da verilmelidir.

Cezaevlerindeki yaşam, öğretim cezaevlerinde eğitime göre, meslek cezaevlerinde de faaliyet alanına göre ayarlanacaktır.

Öğretim cezaevinde idare öğretimden ve insan onuruna yaraşır yaşamı sağlamaktan; meslek cezaevinde ise meslek öğretmek, üretim ve insan onuruna yaraşır yaşam sağlamaktan öte bir iş düşünmeyecektir. Üretilen malın pazarlanmasını bunlar yapmayacaktır. Bu işi ya Bakanlık üst düzeydeki anlaşmalarla sağlayacak, ya da merkezi bir pazarlama birimi oluşturulacaktır.

Açık meslek cezaevlerine, diğer cezaevlerinde, herhangi bir sorun çıkarmamış, öğretim ve meslek eğitiminde başarılı olmuş kişilerin mükafaat olarak gönderilmeleri gerektiğini düşünmekteyiz.

Bu sistemin bir faydası daha olacaktır. O da infaz ve koruma memurlarının eğitimidir. Öğretmenler bunları eğitmeseler de, hiç olmazsa onlara örnek olacaklardır. Bunların cezaevlerinde örnek alacakları hiç kimse yoktur ve çoğu hükümlülerin geldiği ortamın insanlarıdır.

V. DİĞER KONULAR

Mevcut cezaevlerinde bir mastır programı doğrultusunda yapılması gereken değişiklikler de vardır. İlk kalemde aklımıza gelen şunlardır:

1. Kapalı cezaevlerindeki banyolar ne yazıkki yetersizdir. Kesinlikle

büyütülmelidir.

2. Keza çamaşır makinaları çoğunlukla çalışmamaktadır. Bu konuda gelişmiş teknolojiden istifade edilmelidir.

3. Yine kapalı cezaevlerinde sabit olarak hazırlanmış aletli jimnastik salonlarının vücuda getirilmesi çok yararlıdır. Bu salon Ermenek Özel Tıp Cezaevinde mahalli imkânlarla gerçekleştirilmiş ve faydalı olduğu gözlenmiştir.

4. Yarıaçık veya açık cezaevlerinde arazi imkânı varsa spor alanlarının hazırlanması, topluma katılmanın son durağı olan bu yerlerde çok gereklidir.

5. Çocuk cezaevlerinde, çocukların, çocukluklarını yaşamasına fırsat verilmelidir. Oralarda bu çocuklar hem okuyup, hem de iş-yurtlarında çalıştırılıyorlar. Zamanları olmadığından çok güzel bir şekilde hazırlanmış olan futbol sahası ne yazıkki bomboş duruyor.

VI. SONUÇ

Teklif ettiğimiz sistemin fazla bir maliyeti bulunmamaktadır. Öğretmenler için finansman sorunundan bahsedilebilir. Burada yapılacak şey, mevcut boş olan infaz ve koruma memuru kadrolarının öğretmen kadrosu olarak değiştirilmesidir. Yani İnfaz Koruma Memurluğu kadrosu eksiltilsin, ancak onun yerine öğretmen kadrosu verilsin.

Keza teklif ettiğimiz sistem ülkemizdeki mevcut cezaevi mimarileri gözönüne alınarak yapılmıştır. Birdenbire oda sistemine geçmek mümkün değildir. Koşu sistemi var olduğu müddetçe de cezaevlerinde sorun bitmeyecektir. Topyekün onları bir hedefe yönlendirmek gerekmektedir. Bir an için kendinizi cezaevinde düşünün, ranzanızın üzerinde yatan bir katil, yandaki bir gaspçı, öteki bir hırsız, bir dolandırıcı, bir sahtekâr, bir sapık, bir paranoyak olsun. Ne okul var, ne çalışacak bir iş. İçinizden bazısı boncuk örüyor. Bazısı arada sırada maket yapıyor. Bir çoğunuz körcahilsiniz. Hep aynı kişiler, hep aynı mekân. Konuşacak konu bitmiş, sıkıntı dizboyu. Böyle bir ortamda arada sırada hır-gür olsa, yaralama, hatta hatta ölüm olsa söyler misiniz, fena mı olur? Konuşacak bir konu çıkmaz mı hiç olmazsa? Sonunda bir takım düşmanlıklar belirse, hep birbirinizi kollamak zorunda kalsanız, sıkıntıdan bir nebze kurtulmanın (bir kısır döngü de olsa) ne olduğunu anlayabilir misiniz?... Kısacası koşu sisteminde mahkûmluk zor zenaattır...

İster insan haklarına, ister Birleşmiş Milletler standart kurallarına uygun uygulamalar yapılsın, bu kişileri insan onuruna uygun belirli hedeflere yönlentmezsek, korkarım bir gün sizin insan haklarınız sizin olsun, bana rahat ve kor-

kusuz bir yaşam verin diye bağıracaklardır. Ve biz, bu sistemde ne kadar iyileştirme yaparsak yapalım bu isteği yerine getiremeyeceğiz.

Bununla beraber teklif ettiğimiz sistemin de mükemmel olduğunu düşünmüyoruz. Muhakkak ki daha iyisi düşünülmüştür. Düşünülmelidir de. Ancak bu işin artık bir tarafından tutmanın ve ciddi ciddi sarılmanın zamanı gelmiştir.

TOPLUMSAL SAVUNMA(*)

Yazan
Marc ANCEL

Çeviren
Doç.Dr.Sami SELÇUK(**)

● **ANLATIM DÜZENİ:** Giriş. **BİRİNCİ BÖLÜM.** Kökenleri ve Gelişimi. I- *Olguncu Okulun Ortaya Çıkışı; Örnekler ve Temel İstekler.* II- *İlk Dizgeleştirme ve Tümelci Tepki.* III- *Kesin Evre.*

GİRİŞ

"Toplumsal savunma" terimi, günümüzde çok bilinmekte, dahası çok yaygın biçimde kullanılmaktadır. Ne var ki, çoğu zaman bu terim çeşitli anlamlarla birlikte algılanmakta ve kullanılmaktadır. Terimin gerçek ve ilk anlamında o, suça karşı toplumun korunmasını belirtmektedir. Suça karşı bu koruma, uzun süre katı bir cezalandırma dizgesinin kurumlaştırılması olarak anlaşılmıştır: Bu başlık altında o zamanlar "toplumsal savunma zorunluluklarından" söz ediliyordu ve kimileyin şimdilerde de edilmektedir. Aslında, ceza hukukunun esasından, ya da haklılığından, düzenli dizgesinden başka bir şey söz konusu değildi. Ama terim, bu durumuyla, özgün bir değere de sahip değildi.

Tersine, insana özgü bilimlerin gelişiminden sonra ve suçbilim ve cezabilimin doğuşuyla birlikte, cezalarla ilgili rejimin amaçları ve akılcılaştırılması konusunda sorgulayıp yargı yürütme başlayınca, XIX. yüzyıl boyunca ve özellikle anılan yüzyılın sonunda, gerçek değerlerden birini kazanır, o. O zaman şunun ayırdına varılmıştır. Toplumun korunması (dar anlamda "toplumsal savunma") yalnızca bir "ceza-ağır ceza" çatısının düzenlenmesinde yer almakta, çeşitli suçlu kesimleri bulunmakta, yasak eylemi belirten ve yaptırımını şaptayan ceza hukukunun yanısıra dar anlamda cezalandırıcı (tenkili) bulunmayan tepki biçimlerine yararlı olarak başvurulabilmektedir. O zaman toplumsal savunma terimi, ceza hukuku ve ceza rejimi açısından yeni bir değer ve bir tür özerklik kazanmıştır.

(*) Toplumsal savunma, yirminci yüzyılda geliştirilen ve uygulamayı etkileyen önemli bir ceza akımıdır. Marc ANCEL (1902 - 1990), bu akımın en büyük temsilcisi ve kuramcisidir. Çeviri, yazarın "La défense sociale, P.U.F., Paris, 1985" adlı yapıtının 5-27. sayfalarından yapılmıştır.

(**) **Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanı.**

Böylelikle bir yandan eski ödetici tutumların yeniden tartışma konusu yapılmasına yol açacak ve öte yandan da toplumun ve bizzat bireyin korunmasının yeni yöntemlerini araştırarak nitelikte bir düşünce akımı yaratılmıştır. Aynı zamanda karşıtçı, düzeltici ve insancı olan bu akım, deyiminin çağdaş anlamında, toplumsal savunma akımını oluşturmaktadır ve terime bizim verdiğimiz anlam da budur.

Bununla birlikte, hemen belirtelim ki, toplumsal savunma böylece suç ve ceza politikası alanında yerini almış olmaktadır. Burada yer verilmeyecek olan kuramsal tartışmalar bir yana bırakılmak kaydıyla, suç ve ceza politikasının; ilkin toplumun, yani pratik olarak yasa koyucu ile yargıcın, açıkçası "dürüst insanların korunmasını sağlamak" amacıyla yasanın cezalandırdığı suçları tanımlamak için benimseyip yürüttüğü seçimden (tercihten) ibaret olduğu söylenebilir. Bu seçimler çoktur ve onları işler kılma olanakları süreklidir. Ancak, onlar her kez bir sorun ortaya çıkarırlar. Hırsızlığı suça dönüştürmek gerekir mi? Kuşkusuz, diyeceklerdir, bu dürüst insanlar. Ama hangi yaptırım öngörülebilecektir? Devrim öncesindeki eski hukuk hırsızları darağacına gönderiyordu. Ondokuzuncu yüzyıl, faili zindana gönderilebilen ağırlaştırılmış hırsızlığı (örneğin, işçi ya da hizmetçi tarafından işlenilmiş hırsızlığı), yalnızca hapisle cezalandırılan basit hırsızlıktan ayırıyordu. Bununla birlikte 1810 Ceza Yasası, burada bir yıldan beş yıla değin hapis cezası öngördüğü halde, günümüz ceza yargıcını, özellikle ilk kez suç işlemiş (daha önce hüküm giymemiş) biri ise çoğu kez ertelemeli olmak üzere birkaç ay yahut da birkaç haftalık hapis cezasıyla yetinmektedir. Suç ve ceza politikası tercihleri, bu yüzden, zaman içinde değişmektedir ve karşılaştırmalı hukuk, onun bir ülkeden öbürüne yani yere göre de çok değiştiğini göstermektedir. Böylelikle, çağdaş dönemde, cezaî yönden zinanın (özellikle klasik ceza hukukunun yalnızca kadının zinasını suç sayması durumundaki gibi), erginler arasındaki rızaya dayalı eşcinselliğin ya da, hiç değilse, kimi durumlarda çocuk düşürmeyi cezalandırmanın sürdürülüp sürdürülmemesi gerektiğini bilmek sorunu ortaya atılmıştır. Suç ve ceza politikasının bu seçimleri, o yüzden toplum yaşamından doğan geleneklerin, anlayışların ve koşulların evriminin ve toplumdaki değerler basamağının işlevine bağlıdır.

Daha sonra, suçlanan eylemin failine uygulanacak hüküm, cezası süresince hükümlüye ya da bu ceza çektirildikten sonra salıverilene uygulanacak yöntem söz konusu olduğunda, öbür seçimler (tercihler) yasa koyucuya, yargıca, yöneticiye, hatta bütün bir topluma sunulurlar. Üzerinde uzun uzun düşünülmüş ve akıl yürütülmüş gerçek bir suç ve ceza politikasında çözümler korku ya da içgüdüsel bir savunma refleksinden ya da hoyratça bir

gözdağının basit isteğinden kaynaklanmayacaklardır. Seçimler (tercihler), suç, suçlu ve yaptırım konusunda, suça karşı tepkinin ve zorunlu olarak insan hakları konusunda toplumun güçlerini ya da insan kişiliğinin değerini ilgilendiren temel tutum alışların meşruluğu ve kapsamı konusunda toplumun temel anlayışlarından kaynaklanan gerçek bir ceza felsefesine bağlı olacaklardır, bağlı olmak zorundadırlar.

O halde, bu toplumsal ve insanca değerlere saygı içinde suça karşı toplumun savunmasını sağlamayı anlayan bir suç ve ceza politikası açık bir biçimde algılanabilir. Bu suç ve ceza politikası çağdaş dünyada ve onu anlatan ve destekleyen genelgeçer deyişle "toplumsal savunma akımı" diye adlandırılan düşünce akımında eylemli olarak sergilenmiştir. Görüldüğü gibi o, eski tutum alışlar kadar yeni tutum alışların tanımını da tartışma konusu yaparak rengini belli etmekteydi. Geliştirdiğimiz düşünce-lerin temel konusunu oluşturacak akımın incelenmesi işte budur.⁽¹⁾

BİRİNCİ BÖLÜM

KÖKENLERİ VE GELİŞİMİ

Toplumsal savunmanın uzak kökenleri, aynı zamanda Yunan düşünürlerinde, özellikle Platon'da, Ermiş Agustin'de ve kilise babalarında ya da Orta Çağın (dinsel) hukukçularında aranılabilir. Yine, eski İslâm hukukunun ve tarihten önceki onuncu yüzyılın çok eski Çin hukukunun^(1a), Rönesas'tan Eski Rejimin sonuna değin, kesin olarak biçimlenmese de, kimi güvenlik önlemleri ya da kendini onaylatmak isteyen polis gücünün katmerli -çelişik- etkisiyle yeniden eğitimin ve bağışlama ve acımanın hıristiyanca geleneğinin kimi deneyimleri bir yana bırakılsa bile böyledir.⁽²⁾ Ancak, tek tük görünen dağınık girişimler, ne bir

(1) Daha eksiksiz bir inceleme ve tamamlayıcı bilgiler için bir kez daha "Yeni Toplumsal Savunma: La défense sociale nouvelle" (gözden geçirilmiş 3. bası, Paris 1981) adlı yapıtıma yollama yapmaktayız. Bununla birlikte açıklamak zorundayız ki, elimizdeki bu yapıt, ileride tanımı yapılacak gibi "yeni toplumsal savunma" öğretisini temelli olarak inceleyen öbür kitabın hiçbir suretle bir özeti ya da ufak özetler dizisi değildir (Yazarın notu).

(1a) Platon, önleme kavramını ortaya atan ilklere biri oldu. Ona göre ceza, geçmişin öcünü almak için değil, geleceği onarmak içindir. Hatta o, bir "nedamet evinde" (sophonisterion) cezanın çektirilmesine ilişkin yeniden eğitim planı yaptı; özellikle bakınız: Yasalar, V, IX, X. Eski İslâm hukuku, küçükler için yeniden eğitici önlemler tasarladı. Tarihten önceki onuncu yüzyıl eski Çin hukuku, doğanın dengesi düşüyle suçluyu düzeltmeyi ve fizik olarak cezalandırmak yerine, daha sonra onu kamu hizmetlerinde kullanmayı öngörü-yordu.

"ceza felsefesine", ne de suçlulara uygulanan öç alma ve cezayı çekme biçimindeki genel rejime karşı çıkan tutarlı ya da üzerinde durulup düşünölmüş bir "suç ve ceza politikasına" bağlanamazlardı.

I-OLGUCU OKULUN ORTAYA ÇIKIŞI; ÖRNEKLER VE TEMEL İSTEKLER

Çağdaş toplumsal savunma doğrudan kökeni İtalyan olgucu okulunun yansıttığı görüşlerde bulur. Bu okul, oluştuğı XIX. yüzyılın son çeyreğindeki bilimsel eylemle bütünüyle ters düşer. 1876'da Lombroso'nun Suçlu İnsan adlı yapıtının yayımlanması, yeni bir bilimsel dönemin kapısını açar: Bu hekim suç insanbilimini (antropolojisini) yarattı; bir ceza hukuku profesörü olan Enrico Ferri, buna suç toplumbilimini ekleyecektir; ve bir yargıç olan Garofalo ise, o güne değin meçhul olmasa bile, hiç olmazsa kullanılmamış bulunan bir terimi benimseyerek, yürekli bir biçimde "Suçbilim" adlı bir yapıtta bunların ilk birleşimini (sentezini) sunacaktır. Böylece bu yeni bilimin başka başka uzmanlık alanlarından gelmiş üç ayrı bilim adamının birleşmiş ortak hareketinden doğması anlamlıdır. Toplumsal savunma tam anlamıyla bu yüzden onların (yani, hekim, hukukçu ve yargıcın) sıkı bir işbirliğini isteyecektir. Başından beri bu üç ayrı uzmanlık, çok disiplinli bir araştırmayla, suça karşı sonradan toplum savunmasını akılcı biçimde örgütlemek için, suç olgusunun bilimsel yaklaşımını yenileştirmeyi düşünmektedirler. Zira, yenilikçiler, her şeyden önce, belirgin biçimde, suçun cezalandırılmasının geleneksel dizgesine karşı çıkmak gereğine inanmışlardır. Onlar, bu cezalandırmanın etkisizliğini ileri sürmekte ve o ne suça karşı toplumun korunmasını, yani, terimin ilk anlamında, Ferri'nin deyişiyile "ceza adaletinin doğrudan ve baskın işlevi" olan toplumsal savunmayı sağlayamadığından dolayı eleştirmektedirler. Olgucular tarafından durmamacasına kullanılan deyim, tekil bir güç ve anlam kazanmıştır: O bütünüyle suça karşı tepkinin amacı ve haklılaştırılmasıdır. Çağdaş anlamı -ya da ilk anlamı- ile ortaya çıktığı andan itibaren, toplumsal savunma, ceza hukuku ya da hukuk tekniğı açısından değil, hatta-sıkı sıkıya suçbilimsel açıdan da değil, tersine suç ve ceza politikası açısından konumlanmaktadır. Böylece, olgucu akım birbiri ardı sıra ya da aynı anda, çağdaş

- (2) XVIII. Yüzyıla değin, krallık, serserileri ve kötü yaşam sürdürenleri, tutuklamadan (ki takdirî idi) sürgün ya da göçe (Manon Lescaut'nun durumu ünlü bir örnektir) değin uzanan önlemlerle etkisiz kılmıştır. Protestan ölkelerde, Hristiyan geleneğı, özellikle İngiltere'de Bridewels ve Amsterdam'da Rasphuis (erkekler tarafından yapılan tahta işleri) ve Spinhuis (ki burada kadınlar iplik işlerinde kullanılmışlardı) işevlerine başvurmayı esinlemiştir. Buna karşılık Katolik ölkelerde, tıpkı Papa XI. Clément'in 1703'te Roma'da yaptırdığı gibi, gene suçlular için özel kurumlar kurulması isteniliyordu.

manın doğumuna yol açmıştır.

Bununla birlikte, büsbütün haklı olmak için uzmanlarca ve düşüncenin aydınlatılmış kesimince olgucu akımın serpilip yaygınlaşmasının ve özellikle benimsenmesinin XIX. yüzyılın ilk iki çeyreğinde önceden kendisini duyuran çeşitli akımlar tarafından testeklendiğini ya da bir bakıma hazırlandığını bilimsel olarak belirtmek gerekir. Bu ilkin, cezanın bireyselleştirilmesine yönelen ve kimileyin özgürlükçü ceza hukuku dönemi diye adlandırılan dönemi vurgulayan akımdı. Ne var ki, 1810 Yasası, 1791 Yasasının sabit cezalarını bir yana itmiş ve genellikle her suç için alt ve üst sınır arasında değişen bir ceza öngörmüştü. Cezalandırmayı bireyselleştiren de bu idi. 1832'de, bu Yasanın cezalandırma dizgesini çok duyumsanır biçimde yumuşatan yeniden gözden geçirilmesi olgusu, (o ana değin yalnızca ayrı olarak işe karışabilen) "indirici nedenleri" genelleştirerek, bunları benimseyip uygulayan ceza yargıcına yasal alt çizginde altına indirme olanağını vererek kesin bir adım attı. Dahası, yargıç, bu noktada kararını gerekçelendirmek zorunda değildi. Cürümler için onları benimseme yetkisi bu niteliğiyle jüriye verilmişti. Böylelikle, bu yargısal bireyselleştirmeyle birlikte, öznelciliğin (sübjektivizm) önemli bir ögesi suç adaletinin dağıtımına ve yönetimine girmiş oluyordu.

İkinci akım, son olarak cezabiliminin ya da infazbiliminin doğumuna yol açan akım oldu. Çünkü, suçlu gittikçe sık sık ölüm cezasından kendini kurtarıyor, bedensel (cismanî) cezalar yitip gidiyor ve ömürboyu verilen cezalar çok ayrıık oluyordu. Özgürlükten yoksunluk -ister ağır cezalı ister asliyelik olsun- hemen hemen her zaman hükümlünün salıverilmesiyle sonuçlanıyordu. Öyleyse hükümlü karşısında nasıl davranılmalı, onun hapsedilmesi nasıl örgütlenmeli ve olabilirse, özgür yaşama daha sonraki dönüşü için hangi yol yararlı olur soruları sorulmak gerekiyordu. İngiltere'de XVIII. yüzyılın sonundan itibaren, John Howard ve başkalarının etkisiyle (çağdaş anlamda) "cezaevlerinin" (o dönemde yeni olan bu sözcük anlamlı idi) özellikle yaratılması için bir akım ortaya çıktı. Hemen ardından, insan hakları yandaşları olan ve iyilikseverliğin hıristiyanlığa özgü geleneğiyle beslenmiş soylu düşüncelerin genç Amerika Birleşik Devletlerinde, özellikle Pennsylvani Quaker'leri, mahpusların yaşadıkları kimi kurumlarda denemeleri başlatmışlardı. Bu, 1840'a doğru Kara Avrupasından "İnfaz Okulunun" içinde yüksek düzeyde yapılan bir tartışmadan önce de Tocqueville'in ilgisini ve hayranlığını çekmişti.⁽³⁾ Özellikle gece gündüz hücre hapsi yandaşları ile geceleyin ayrı, ama gündüzün birlikte çalışma yanlılarının karşı karşıya geldikleri görüldü.⁽⁴⁾ Hükümlülerin (convict'ler) yeni bir sınıflama ve hatta erken salıverilmek rejimiyle birlikte uzak kolonilere yollanılması biçimindeki İngiliz deneyimi de uzman-

ların ilgisini çekti. İster cezanın bireyselleştirilmesinden, ister cezanın çektirilmesi sırasında bireye uygulanan rejimden söz edilsin, artık bununla söz konusu olan somut "suçlu"du", salt ceza hukukunun soyut suçu değil.

Nihayet, bilimsel gelişme ve insan bilimlerinin ortaya çıkışı da suç ve "çareleri" sorunuyla ilgilenmek isteyenlere ceza-dışı ufuklar açtı. 1865'te Claude Bernard'ın "Denemeli Tıbbı Giriş" adlı yapıtının yayımlanmasının önemi ve etkisi bilinmektedir. Aynı dönemde büyük bir önem taşıyan Auguste Comte'un da felsefesine bağlandığı için, bu akım, doğal bilimlerden doğan toplumsal bilimlere yaklaşmak, gözlem yöntemini geniş biçimde kullanmak, deneysel incelemenin ortaya koyduğu bilimsel belirlenimci neden-sonuç ilişkilerini bulup gün ışığına çıkarmak ve Claude Bernard'ın kendi terimlerine göre "muklak gerçeğe" ulaştığını asla ileri sürmeksizin, yalnızca görelî ya da "kısmi gerçeği" araştırmak eğilimindeydi. Aynı zamanda buna Taine, Renan ve hatta "ceza felsefesine" suç istatistiklerinden gelen ve suç ve ceza politikası çağdaş akımının bir yerde öncüsü denilebilecek olan Gabriel Tarde da eklenebilir. Aslında onun önemini kısmen küçültmek için hukukçuların "ceza hukukuna yardımcı bilimler" diye nitelendikleri bu bilimler, bir bakıma zorunlu olarak, o ana değin normatif bir disiplinin dar sınırı içinde kalan cezacıların araştırma alanlarının genişlemesine katkıda bulunmuştur. Buna karşın, insanbilimsel ve toplumbilimsel İtalyan okulunun - çarpıcı biçimde ortaya çıkmasına değin- suçun ve suçluluğa karşı tepkinin incelenmesi hukukçuların tekelinde kalmıştır. Burada belirtmek gerekir ki o, İtalyan Okulunun bütünüyle yenilikçi bir katkılarından ibarettir.

-
- (3) Bir yolculuk sırasında Birleşik Devletler'de infazla ilgili bilgiler edinen de Tocqueville, dönüşünde (1836) (G.de Beaumont'la birlikte) "Birleşik Devletlerde Ceza Dizgesi ve Uygulanması Hakkında" adlı bir yapıt yayınladı. "Amerika'da Demokrasi" adlı ünlü yapıtından sonra yayımlanan bu yapıt, büyük bir etki yaptı ve çağdaş infaz biliminin çıkış noktası oldu. John Howard'ın İngiltere'deki ve Galler'deki cezaevleri hakkında yazdığı yapıtı (1777); maddî (beslenme ve sağlık) ve manevî (dinsel eğitim, iş ve mesleki öğrenim) iyileştirmeyi övüyor, kurumlardaki acınacak durumdan şiddetle yakınıyordu. Bentham, özellikle 1791'de Fransız Ulusal Meclisine sunduğu "Medenî ve Cezaî Mevzuat İncelemesi" ile "Cezalar ve Ödüller İncelemesi" adlı yapıtlarında bir dizgenin ilk temellerini de ortaya attı ve ardından XIX. yüzyıl boyunca sonraları çok esinlenen bir kurumu (ki buna panopticon denilmiştir) da önerdi.
- (4) Geceleyin hücre ve gündüzün sessizce konuşmaksızın birlikte çalışma temeline dayanan **auburnien** (ilkin 1816'da New York eyaletinde kurulan Auburn cezaevinde uygulanmıştır) sistemi ile Filadelfiya "örnek cezaevinde" uygulanan **philadelphien** ya da **pennsylvanien** sistemi arasında büyük ayrılık görülmüştür. Bu ayrılık özellikle Fransız Charles Lucas ile Belçika'lı Ducpétiaux'yu karşı karşıya getirmiş ve sonuçta 1870 Yasasıyla Belçika'da ve 5 Haziran 1875 tarihli olup cezaevlerinde hücre değişimini öngören yasayla ve hücre sisteminin zaferiyile (ilke olarak) sonuçlanmıştır. İki yıl sonra Paris'te bu soruna dört elle sarılan **Cezaevleri Genel Derneği** kurulmuştur.

Beccaria'nın etkisiyle doğmuş ve esasen 1791 ilk Fransız Ceza Yasasından başlayarak 1889 İtalyan Ceza Yasasına (Carrara'dan esinlenmiş olan Zanardelli Yasası)⁽⁵⁾ değin, XIX. Yüzyılın ceza yasalarında anlatımını bulmuş olan dar ve katı bir yasallık ilkesine (nulla poena sine lege, yalnızca ceza yasası suçu tanımlayabilir), manevî sorumluluğa (suçlunun kusurluluğuna dayanan hükümlülük) ve cezaya (yaptırım, kusurun karşılığı olarak zorlanmış yasal bir acı ya da baskı idi) dayanıyordu. Oysa, belirlenimci (determinist) olan olguculara göre, ister biyo-psikik ya da kalıtsal (Lombroso'nun "doğuştan suçlusu"), ister bu iç etkenlere eklenerek, suçluluğun toplumsal etkenleri nedeniyle olsun, suçlu suça itiliyordu. Öyleyse, suç olayının toplumbilimsel gerçekliğini ve suçlunun kişiliğini unutarak var olmayan bir manevî sorumluluğu cezalandırmayı ileri sürmek ve "hukuksal varlık" olarak (Carrara'nın formülüne gereğince) suçun soyut incelenmesi içinde kapalı kalmak boşunaydı. Ceza biliminin ağırlık noktası bu nedenle, cürmî eylemden failine geçmeliydi. Bu kişilik incelemesi, tehlikeli bireyleri bir yana koymaya olanak tanımalı ve yaptırım yalnızca kusurun düşsel karşılığından ya da suçla bozulan hukuk düzeninin yeniden eski duruma getirilmesinden (Olgucu Okul bu hukuksal doğaötesi duruma karşı çıkıyordu) ibaret olmamalı; tersine suç koşullarına ve suçlunun doğasına uygun ve özgülenmiş tepki önlemlerinden ibaret bulunmalıydı. Böylece, ceza biliminin içine, bireyselleştirme, tehlikeli durum (pericolosità) ve, her cezai amacın ve ahlakî rengin dışında kalan ve suçun ve özellikle tekerrürün önlenmesini sağlamayı konu edinmiş olup "toplumsal önlemler" denilen ve fakat genelde "güvenlik önlemleri" diye anılan kavramlar girmiş oluyordu. Cezaların uygulanması, artık a priori getirilmiş yasal bir ölçüye (doza) göre değil ve fakat (sadece bir tek hapis cezasının eğitici değerinin ve infaz kurumlarında sessizlik kuralının postülasından arındırılarak) yeni yargılama ve hemen ardından yeni yöntemlere göre olmak gerekirdi. Elbette, bu akım bir infaz reformunu da birlikte getirmiştir. Akabinde, ekibin en etkili temsilcisi olan Enrico Ferri, hem suçlunun "ceza adaletinin başaktörü" olduğunu ve hem de hücre hapsinin "XIX. yüzyılın en büyük saptırması" bulunduğunu ilan edebilecektir.

Böylece, bu ilk toplumsal savunma akımının bütün zenginliğinin ve olası tüm uzantılarının ayırına varıldı. Ancak, bu aslında hukuka ve daha doğrusu hukukçuya karşıt bir akımdır. Ne var ki, bu istekler doğrudan doğruya ceza-

(5) 1842'de profesör olan Francesco Carrara (1805-1888), öğrencilerinin isteği üzerine Pisa Üniversitesindeki verdiği derslerini 1859'da "Ceza Hukuku Ders Programı" adlı yapıtında toplayıp yayımladı. Bu yapıt, yeni klasik ceza hukuku öğretisinin eksiksiz bir sergilenmesi olarak görülmüştür ve Adalet Bakanı Zanardelli'nin 1889'da yürürlüğe koyduğu İtalyan Ceza Yasasını esinlemiştir.

caları ve suçla uğraşan herkesi bunların yanında, aynı zamanda suç ve ceza politikasının yeni ya da yenileştirilmiş kavramıyla yahut da ceza yasalarının iyileştirilmesi konusuna, vaktiyle ikinci imparatorluk döneminde öncülük eden Bonneville de Marsangy'nin⁽⁶⁾ dediği gibi, onun açtığı ufuklarla ilgili katıksız bağımlı hukukçuları da ilgilendirmektedir. Öyleyse bir yeni yaklaşım ya da yeni bir buluşma olanaklıydı ve dilenebilirdi suçbilimcilerle cezacı hukukçular arasında. Ondokuzuncu yüzyılın son çeyreğinde, Ceza Hukuku Uluslararası Birliğinin 1889'da (ki, suç tarihinin Zanardelli Yasasının yürürlüğe girdiği tarih olması yeterince ilginçtir) kurulmasıyla gerçekleşti. Bu Birlik esasen hepsi de hukukçu olan birinci derecede büyük üç cezacı tarafından kurulmuştur. Birisi, ilk esinleyici olan Alman von Liszt'tir. İkincisi Hollandalı Van Hamel, öbürü de uzun süre infaz işleri müdürlüğü yaptıktan sonra ceza hukuku profesörü ve yirminci yüzyılın başında toplumsal savunmanın ilk öğretisini formüllemiş olan Belçikalı Adolphe Prins'tir. Birliğin tüzükleri (1889 yazımlarında), "ceza hukukunun özgörevinin toplumsal olgu olarak öngörülen suçluluğa karşı savaş olduğunu", cezanın suça karşı tek savaş aracı olmadığını; çeşitli suç kesimlerini ayırmak, kısa süreli hapis cezalarına karşı savaşmak, ceza süresini suçun yalnızca maddî ağırlığına bağlamamak, hükümlünün düzeltilmesiyle uğraşmak ve son olarak da alışkanlık suçlularını, "olabildiğince uzun süre zarar vermeyecek durumda tutmak" gerektiğini belirtiyorlardı. Bu toplumsal savunmanın diliydi aslında.

Bununla birlikte, toplumsal savunmanın kuşkusuz etkin görüşleri, bu bilimsel ya da hukuksal akımlar içinde bir bakıma dağılık biçimde yer alıyorlardı ve henüz kendi öğretisel anlamını bulmuş değillerdi. Ceza Hukuku Uluslararası Birliğinin başlıca esinleyicisi olan von Liszt, yeni düşünceleri, özellikle Carrara'nın çömezlerinin reddettikleri koşullu şaşıverme (cezanın çektilmesinin geri bırakılması) düşüncesini, kısa süreli hapse karşı savaşımı, genç suçlular için özel bir dizge kurulmasını (yalnızca cezaî olmayan) ve de "suç ve ceza politikası" kavramının yeniden diriltmesini hukuk alanına geçirmek için çok çabaladı. Bu son görüş açısından onun etkinliği özellikle yararlı oldu. Eğer suç ve ceza politikasının (suçluluğa karşı tepkinin tutarlı ve akılcı sistemi olarak) gerçekte Montesquieu'ye (Yasaların Özü, geniş açıdan bir tür suç ve ceza politikası denemesidir) ve Beccaria'ya (1764'teki Suçlar ve Cezalar

(6) Özellikle adli sicilin "bulucusu" olarak tanınan, insancı yargıç ve ceza hukuku felsefecisi Bonneville de Marsangy, yüzyılın Infaz Okulunun çalışmalarına karşı çok duyarlıydı ve "çok çabuk, etkin ve etkili, soylu ve ahlâkî kılıcı bir adaleti gerçekleştirmek amacıyla ceza yasasının iyileştirilmesine" özgü iki ciltlik önemli bir yapıt yayımlamıştı (1865-1866). Edebiyatından ve kullanılan sözcükten önce, bu yapıtın bir tür Toplumsal Savunma izlencesi olduğu söylenebilir.

Hakkında adli küçük yapıtıyla) değin uzandığı benimsendiğinde, 1813 tarihli Bavyera Ceza Yasasını esinleyen Alman Anselm von Feuerbach, XIX. yüzyılın başında ilk dizgeleştirmeyi gerçekleştirmiş ve "suç ve ceza politikası : kriminalpolitik" terimini yaygınlaştırmış bulunan düşünür olmakla birlikte, von Liszt'in onu yeniden gündeme getirmiş ve Avrupa ile Latin Amerika'da geniş biçimde yaygınlık kazandırmış olmasından önce, bu disipline duyulan ilgi gölgelenmişti. Kuşkusuz onun algılanımı oldukça dardı. Çünkü bununla o aslında suçbilimin öğrettiklerine göre, (düzeltilmiş olan) ceza yasasının suçlunun kişiliğine uyarlanmasını anlıyordu. Bu, o zaman geniş ölçüde, toplumsal savunmayı doğuran düşünceler için bir itici güç oldu. Son olarak, Ceza Hukuku Uluslararası Birliğinin safları içinde iki adı da vurgulamak gerekir. Biri, İsviçre Konfederasyonu için bir cezasa yasası hazırlamakla görevlendirilen İsviçreli Carl Stooş'tur. Bu cezacı, yeni düşüncelerden esinlenen dikkate değer bir tasarıyı 1894'te yayımladı. Von Liszt'in coşkuyla selâmladığı bu tasarı, ancak 1937 tarihli Yasayla (ve birçok değişikliklerden ve kimi başkalaştırmalardan sonra) yasallaşmış olmasına karşın, hemen ve önemli kertede yankı yapmıştır. Öbürü Norveçli Getz'dir. Çekingenlikle değilse de, ihtiyatla belirtelim ki, o, çağdaş ceza yasalarının birincisi olan 1902 tarihli Norveç Ceza Yasasına Yeni Okulun isteklerinin bir bölümünü geçirmiştir.

II- İLK DİZGELEŞTİRME VE TÜMELCİ TEPKİ

Bununla birlikte, daha önce belirtildiği üzere Ceza Hukuku Uluslararası Birliğinin kurucularından biri olan Adolphe Prins, yüzyılın yaşında, yeni akımı dizgeleştirmek durumunda kalan ilk cezacı oldu. Onun 1910 yılında yayımladığı "Toplumsal Savunma ve Ceza Hukukundaki Değişimler" adlı küçük yapıtı, bu konuda klasiklerden ve bu akımın her incelenişinde gözetilmesi zorunlu bir yapıt oldu. Prins gerçek anlamda yeni düşünceler getirmemektedir. Ancak, Von Liszt, Van Hamel ve Birliğin düşüncelerinin bir birleşimini yapmakta, çağdaş suç ve ceza politikasıyla toplumsal savunmanın ilişkilerini aydınlatmakta, tehlikeli duruma, güvenlik önlemine (bu akıl hastaları ve çokmükerrirlerle ilgili iki temel yönde ve yüzyılın başında ısrarla sürdürülen büyük ceza reformlarından biri olacaktır), cezalandırmadaki aşırılıklar kadar yargıçların acımadaki aşırılıklarına karşı tepkiye, kısa süreli hapis cezalarının yerine geçecek önlemlerin araştırılmasına ve doğal olarak cezanın bireyselleştirilmesiyle infaz reformuna geniş yer vermektedir. Kişi olarak, Belçika'da, ceza reformunun öncüsü sayılan bir dönemi yakalamak olanağını veren Bakan Vandervelde ile Dr. Vervaeke'in seçkin çömezlerinden biri oldu.

Bu ceza reformu, esasen, 1885 tarihinde Fransız sürgün cezası gibi etkisiz kılma önlemlerinden beri derece derece ve kimileyin hemen hemen gizlice

(güvenlik önlemleri bu durumlarıyla henüz ortaya konulmamışlardır) olayların gelişimi içinde gerçekleştirilir, hemen Avrupa'da ve Amerika'nın birçok Latin ülkesinde ya da güneyin yeni Gallerinde doğan ve 1908'de İngiltere'de "iyiler" için bağışlama önlemlerine (erteleme, koşullu salıverme, cezayı çektir-meme) ve küçük suçlar için özel mahkemelere (ve özel yonteme), 1912'de Fransa ve Belçika biçiminde Amerikan Gençler Mahkemesine değin benimsenmiştir. Bunlar her zaman Adolphe Prins'çe (anormal ve alışkanlık suçluları) iki kesime ayrılmış önlemlerdir ve "Toplumsal Savunma Yasası" denilen 9 Nisan 1930 tarihli Belçika Yasasının konusunu oluşturmuşlardır. Dahası en son olarak da aşırıya kaçmış bir bireyselleştirme ile Birleşik Devletlere dek uzanarak, New York devletinde Elmira cezaevinde Brockway'in denemeleri doğrultusunda "belirsiz yargıya" değin uzanırlar. Genel olarak özel yasalarca gerçekleştirilmiş olan bu reformlar, Avrupa'da "1930 yazılı hukukuna" damgasını vuran yeni ceza yasalarıyla bütünleşirler ve kimileyin Latin Amerika'da "suç ve ceza politikası yasalarının" (Von Liszt'nin belirttiği anlamda) biçimini alırlar; 1936 Küba Yasası gibi, kimileri de resmen "toplumsal savunma yasaları" gibi adlar almaya değin vardırırlar işi.

Ne var ki, bu yazılı hukuk hiç de devrimci değildir; tersine ihtiyatlı bir uzlaşmacılık yansıtır. Daha önceleri yüzyılın dönüm noktasında, İtalya çatışan iki okulun (klasik ve olgucu) arasında Carnevale'nin bir üçüncü okulunu (Terza Scuola) görmüştür. Bu okul, çatışanları uzlaştırmak ve kuşkusuz her yerde kendi varlığından bir parça bulundurmak iddiasındadır. Daha az bir doğmacılıkla yüzyılın başında Almanya'da, Fransa'da (özellikle Cuche, Emile Garçon, Garraud ile) ve başka yerde uzlaşmacı bir akım ortaya çıkmıştır. Ceza Hukuku Uluslararası Birliği 1914'ün kargaşası içinde yitip gidince, 1924'te onun yerini alan Ceza Hukuku Uluslararası Derneği (Belçika'lı Bakan Carton de Wiart ve Fransız Profesör J. -A, Roux ile), büyük bir başarı kazanmış ve 1926'dan 1938'e değin dikkate değer kurultaylar toplanmıştır. Her şeyden önce bu uzlaşmacı akıma karşı duyarlıdır(7). Manevî sorumluluk ve kefaretçi ceza anlayışı, tehlikelilik durumuyla güvenlik önlemine bir ölçüde yer verilerek gözetilmekte; erteleme ile bireyselleştirme geliştirilmekte; kısa süreli hapis cezalarının sınırlandırılması (uygulamada önemli bir başarı gösterilmese de) önerilmekte; bir infaz reformu ve küçükler için "gözetimli eğitim kurumları" övülmektedir.

Aynı dönemde, tümelci rejimlerin ortaya çıkışıyla her şey tehlikeye girmiştir. Kuşkusuz, önce İtalya'da, sonra Almanya'da ortaya çıkan bu rejimler, o ana değin yeni klasik okulcuların direnişi nedeniyle bir türlü yaşama kavuşmayan güvenlik önlemlerini benimsemeye zorlamışlardır. Ancak,

faşizm ve daha çok nasyonal sosyalizm, acımasız cezalandırmanın bu hiç koşul tanımayan yandaşları, yeniden ele alınan suç ve ceza politikasının ve dahası toplumsal savunmanın karşıtıdır. Mussolini, İtalya'da ölüm cezasını yeniden koyar ve 1889 "özgürlükçü" Ceza Yasasının yerine 1930 "faşist" Ceza Yasasını getirir. Naziler, Weimar Cumhuriyetinin ceza hukukunun insancı girişimlerini benimsemezler, ölüm cezasına hükümlülükleri çoğaltırlar, cezaları ağırlaştırırlar. Ceza metinlerinin örnekseme yoluyla genişletilmesine izin vererek yasallık ilkesini reddederler ve eylem kadar amacı da cezalandırmaya ve kuşkulu suçluya dönüştürmeye duran bir "fail ceza hukukunu", işlenmiş bir eylemle sınırlı ceza hukukunun yerine geçirmek isterler. Almanya'da ve işgal edilmiş tüm Avrupa'da işkence kurumlarıyla, yok etme kamplarıyla, tutsakların öldürülmesiyle ve savunma haklarının ve insan onurunun bilinçli çiğnenmesiyle buna ulaşıldığını herkes bilmektedir.

Nazi suçlarındaki aşırılık da insancı bir kurtuluş tepkisini doğurmaya yol açıyordu. Geniş bir düşünce akımı, savaş suçlarının cezalandırılması ve işbirlikçilerinin kovuşturulmasıyla birlikte, nazi ya da faşist yasaların kaldırılmasını, insan hakları güvencesine dönüşü ve insanın kişiliğine saygıyı istiyordu. 1949'dan bu yana, Federal Almanya(*), eski rejimi bir yana iten ve ölüm cezasını kaldıran ve özellikle de İtalya için cezanın aslında düzeltici olması gerektiğini onaylayan kurumlar oluşturuyorlardı. Fransa'da, cumhuriyetçi yasallığın yeniden yerleştirilmesi (9 Ağustos 1944 kararnamesi), Kurtuluş sırasında bu yönetimin müdürlüğüne atanmış Paul Amor'un itici gücüyle soylu bir infaz reformunun hazırlanması bunlara hemen eşlik ediyor. Paul Amor'un tutumu dikkate değiyordu. Buna hazırlık için, Paris'te ve taşrada, çok yararlı bir çalışma olan resmi "toplumsal savunma komisyonlarıyla" yapılan bir eylemdir bu. Uluslararası planda, akım bütün gücüyle onanır ve çağdaş suç ve ceza politikasının temel ilkelerinden kimilerini doğrulayan 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisine dek uzanır. Hatta bu yıl (1948) esasen Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğinde bir "Toplumsal Savunma Kesiminin" yaratıldığı görülür. Bu kesim, dünya çapındaki örgütte suçluluğa karşı savaşın yönetimini (önderliğini) ele aldığını belirtir. Kimileri toplumsal savunmanın bir tanımını uzun süre görmek istediği "suçun önlenmesi ve suçluların tretmanı" politikasını çeşitli devletlere önerir; dahası bu kesim, başlığı bile anlamlı olan

(7) 1924 yılında oluşturulan bu Derneğin kurulması ve son savaştan önceki çalışmaları hakkında, birliğin yayın organı olan "Revue internationale de droit pénal" dergisine bakınız. 1936'da Paris'te Profesör Henri Donnedieu de Vabres tarafından çıkarılmaya başlanan "Revue de science eriminelle et de droit pénal comparé" dergisi, daha sonraları toplumsal savunma akımına karşı doğrudan doğruya ilgi duymuştur.

(*) Kitabın yazıldığı dönemde iki Almanya henüz birleşmemişti (S.Selçuk).

"Revue internationale de politique criminelle" diye bir dergiyi de yayımlamaya girer. İşte toplumsal savunma akımı bundan böyle yeniden doğuyordu ve hatta açıkça onaylanıyordu.

III- KESİN EVRE

İtalyan Avukat (daha sonraları profesör) Filippo Gramatica'nın aydınlık ve soylu girişimiyle bu esasen gerçekleşmişti. O, 1945'te, Cenova'da "Toplumsal Savunma İncelemeler Merkezini" kurar. İki yıl sonra, bu merkez, San Remo'da Birinci Uluslararası Kurultayı toplar. Bu girişim, o zaman, henüz iyi bilinmeyen bir öğretinin ilk yandaşlarını ya da meraklılarını bir araya getirir. Ancak, toplantı coşku ve umudun yarattığı ilginç bir ortamda yapılır ve gerçek ve çağdaş toplumsal savunma akımının temellerini ortaya koyar: insanın alinyazısına güvenme, insan varlığının korunması, körlemecesine yürütülen cezaya (tenkile) karşı tepki, ceza kurumlarını insancılaştırma ve suçluluk içinde sıkışıp şaşırılmış kimsenin yeniden topluma döndürülmesi kaygıları. Kendisinin gerçekten bilinçlendiği sırada toplumsal savunmanın ilk doğrularıdır bunlar. 1949'da, Liège'de yapılan ve bu kez, geniş çapta izlenen ve büyük yankı uyandıran ikinci kurultay, Toplumsal Savunma Uluslararası Derneğinin oluşturulmasına ve başkanlığına da Filippo Gramatica'nın getirilmesine tanık olur.

Her ne kadar dostça olsalar da, akımın yeni yandaşları arasında tartışmalar hemen başlar. F.Gramatica'yı destekleyenler, toplum yaşamına karşıtlık kavramını sorumluluk kavramının yerine geçiren, cezayı ve hatta yerlerine uzmanları geçirerek yargıçları dışlayan, bütünüyle kişinin yeniden topluma döndürülmesini ve iyileştirilmesini amaçlayan "toplumsal savunma hukukunu", ceza hukukunun yerine geçiren uç bir tutumu benimserler(*). Daha çok sayıda olan ötekiler ise, yasallık ilkesini, hukuku, yargılamanın düzenleyici dizgesini ve bireysel hakları koruyan ve güvence altına alan yargıcı korumak isterler. Genel olarak "yeni toplumsal savunma" diye adlandırılan bu kuram, 1954'de Anvers'de toplanan ve akımın temel tutumlarını açıklayan ve ılımlı ve "yasalcı" tutumunu geniş biçimde doğrulayan "küçük izlenceyi" ortaya koyan üçüncü kurultayda onaylanmıştır. Bir ara yeterince şiddetlenen uyuşmazlık, yatıştır ve Paris'te (1971), Karakas'ta (1976) Selenik'te (1981) toplanan öbür kurultaylarda⁽⁸⁾ birliği yeniden onaylayan genel bir uzlaşmayla (concensus) çözümler (bireysel görüş ayrılıkları saklı kalmak üzere. Zira toplumsal savunma, çoğulcu olmayı istese bile, bütün olmayı savunmaktadır).

(*) Gramatica'nın yapıtı "Toplumsal savunma ilkeleri" adıyla tarafımdan Türkçe'ye çevrilmiştir. Ankara, 1985 (S.Selçuk).

Toplumsal Savunma Uluslararası Derneğinin bir ölçüde dar çevresi dışında, toplumsal savunma akımından geniş biçimde esinlenmiş olan çağdaş suç ve ceza politikasının temel düşünceleri uluslararası boyutta yaygınlaşırlar ve yirminci yüzyılın ikinci yarısının ceza ve infaza yönelik büyük reformcu akımını canlandırırlar. Gerçekten az çok her yerde, sanayileşmiş ülkelerde, önceki yüzyıldan yüzyılımıza kalmış ve fakat günümüz toplumunun koşullarını, gereksinmelerini ve özlemlerini artık karşılamayan ceza hukuku dizgelerinin gözden geçirilmesini sağlamış olan büyük yasama ve öğretici akımının varlığını gözlemek çarpıcı bir durumdur. Büyük devletler, kimileyin güçlü olanaklarla donatılmış, çoğu kez toplumbilim ve karşılaştırmalı hukuk araştırmalarına başvuran, uzmanları çağırıp dinleyen, özellikle gençlerle ilgili sorunlar üzerinde çevrenin ve özel yaşamın korunması konusunda, ceza infaz kurumları ve ceza rejimi hakkında yeni görüşler kotaran reform komisyonları oluşturdular. Aslında doğal ve gerekli olan ayrımlar ve görüş ayrılıklarıyla birlikte, çoğu kez benzer ve zamanımızda artık elverişli bir dizgenin araştırılmasında ortak bir girişim olarak düşüncelerin yönleri ortaya konulabiliyor.

Bütün yasama etkinliğinin gelişmesini yeniden ele aldığını ileri sürmeksizin Fransa'da, Kurtuluştan bu yana ve daha önce belirtildiği gibi Paul Amor'un itici gücüyle büyük bir infaz reformu etkinliği başladı. 2 Şubat 1945 tüzüğü, suçlu çocuk için gözünü kırpmadan yeni bir dizgeyi düzenliyor, cezanın yerine eğitici önlemi geçiriyor. Çocuk yargıcı kurumunu ve küçükler için, kuşkusuz yenileştirilmiş bir yargılamayla birlikte, yargıçların yanında yer alan çocuk uzmanlarının bulunduğu bir yargıyı öngörüyordu. Bu tüzük, özel hukuk alanında ve önleme açısından, "tehlikede olan" küçükler için, bu konuda çocuk yargıçlarına geniş yetkiler veren ve "eğitici yardım" kurumunu oluşturan 28 Kasım 1958 tarihli bir başka tüzükle tamamlanmak gerekiyordu. Yine 1958'de, eski Ceza Yargılaması Yasasının yerine geçen ve Napoléon'dan beri ilk Fransız yasalaştırmasını oluşturan Ceza Yargılama Yasası, çağdaş suç ve ceza politikasından esinlenilmiş pek çok hükmü ve özellikle bütünüyle toplumsal savunma düşüncelerinden etkilenmiş (ceza infaz yargıcını oluşturarak) "Ceza İnfaz Yasası" diye adlandırılabilen V. kitabı (infaz yöntemleri konusunda) içeriyordu. Daha sonra, yine toplumsal savunmanın suç ve ceza politikasından esinlenilmiş bir dizi yerinde önlemler ortaya çıktılar: Özellikle, kimilerinin "Toplumsal Savunma Yasası" diye nitelendirebildikleri 11 Temmuz 1975 Yasasına değin, bir yerde oturma reformu, alkolikler ve

(8) Bu kurultayların işlemleri Toplumsal Savunma Uluslararası Derneğinin gözetimi altında düzenli olarak yayımlanmıştır ve yayımlanması sürdürülmektedir. Akımın gelişimini ve gerçek katkısını iyi değerlendirmek için bunlara başvurulabilir.

uyuşturucular için tretman önlemleri, hapis cezasının yerine geçecekleri araştırma, ceza yargıcının bireyselleştirme yetkilerinin artırılması⁽⁹⁾.

Aynı akım, başka ülkelerde de kendini duyurdu: İspanya ve Portekiz'deki yeni reformlardan önce, Almanya örneği söylenebilir. Orada, 1965'teki ceza reformu çalışmaları (ki bunlar 1975'te yeniden oluşturulan yasaya ulaşmış olacakları) çok klasik olan ilk tasarıya Alman ve İsviçreli profesörlerce bilgilendirilip aydınlatılmış bir topluluk tarafından çağdaş suç ve ceza politikası büyük hareketinin düşüncelerine göre meydana getirilmiş ikinci bir tasarı (ki buna seçenek tasarı denilmiştir) eklendiği zaman yeni bir dönemece ulaşılmıştır. Bu yeni düşünceler onların eylemini Latin Amerika ve Japonya'ya değin duyurmuştur.

Bu genel hareket büyük uluslararası örgütlerce ve birliklerce onaylandı, desteklendi. Daha önce, 1948'den beri suçun önlenmesi ve suçluların tretmanı politikasının gelişmesinde Birleşmiş Milletlerin oynadığı işleve değinilmişti. 1950'de, ceza ve infaz uluslararası eski komisyonunu içine aldıktan sonra bu ceza ve infaz uluslararası komisyonunun önemli bir çabası olan uluslararası kurultayların düzenli örgütlenmesini B.Milletler yeniden ele aldı. Bu kurultaylar, her beş yılda bir, suçun önlenmesi ve suçluların tretmanı genel konusuyla ilgili olarak bugün de toplanmaktadır. Onların, Birleşmiş Milletler örgütünün bütün üye ülkelerinin temsilcilerini bir araya getirmek gibi bir kolaylıkları da vardır. Birleşmiş Milletler, aynı alanda, bölgesel konferanslar, uzmanlaştırılmış kolojyomlar ve inceleme seminerleri de örgütlemiştir. Bunlar suç ve ceza politikasının kuramsal ve uygulamalı gelişimine savsanamaz katkılarda bulunmuşlardır. Öte yandan, 1957'de, Avrupa Konseyi, Suçbilim Bilimsel Konseyinin yardımcı olduğu, suç ve ceza politikasının tüm çağdaş büyük sorunlarına yaklaşan çalışmaları, toplantıları ve yayınları özendirmiş olan "suç sorunları için Avrupa Komitesini" kurdu. Unutmayalım ki, bir yandan Birleşmiş Milletler, öte yandan Avrupa Konseyi, kendi yetkileri çerçevesinde, infaz anlayışlarının evriminde bir tarihi de belirleyen, mahpusların tretmanı için mini-ma kuralları düzenlemiş ve benimsemiştir. Son olarak da, suçluluk sorunlarında uzmanlaşmış, ama hükümetlerle ilgili olmayan ve Birleşmiş Milletlerle Avrupa Konseyi nezdinde danışman konumuna sahip dört büyük örgüt,

(9) Toplumsal savunma akımının Fransız ceza hukukunun yeni reformları üzerindeki etkisi için bakınız: Raymond Gassin, Georges Levasseur ve L.H.C. Hulsmann'ın, ortak bir yapıt olan *Aspects nouveaux de la pensée juridique* (Recueil d'études en hommage à Marc Ancel), Paris, 1975, cilt II, 3, 19, 35 ve onu izleyen sayfalardaki katkılarına bakınız. 1975 Yasası için, "Revue de science criminelle et de droit comparé" de (1976 sayfa 5 ve devamı) yayımlanan A. Decocq'un "Les modifications apportées par la loi du 11 juillet à la théorie générale du droit pénal" adlı incelemesine başvurunuz.

yani, daha önce 1924'te kurulduğunu söylediğimiz Ceza Hukuku Uluslararası Birliği, 1938'de kurulan Suçbilim Uluslararası Derneği, daha önce belirtildiği üzere 1949'da kurulan Toplumsal Savunma Uluslararası Derneği ve Ceza ve İnfaz Uluslararası Vakfı (ki, ceza ve infaz uluslararası Komisyonunun malvarlığını toplamak için 1950'de kurulmuştur) kendi aralarında, ilkin yöneticilerinin yaptıkları düzenli toplantılarla, daha sonra her beş yılda bir Milano'daki Önleme ve Toplumsal Savunma Merkezinin⁽¹⁰⁾ girişimi ve çağrısı üzerine birbiri ardı sıra yapılan kolokyomlarla, Bellagio'da, uzmanlara özgülenmiş bir toplantıda suç ve ceza politikasının ve özellikle de toplumsal savunmanın özenle belirlenmiş sorunlarını incelemek için Birleşmiş Milletler Kurultayının toplandığı yılda da sürgit bir işbirliği örgütlediler. 1982 Kasımında, bu dört birlik (ki çoğu zaman Birleşmiş Milletlerde "dört büyükler" diye adlandırılırlar) kendi aralarında birbirine bağlı eylemlerini geliştirmeye ve kolaylaştırmaya özgü bir "Eşgüdüm Uluslararası Komitesi" kurdular.

Böylelikle, bu son yüzyılın sonunda İtalyan insanbilimsel ve toplumbilimsel okulundan sonra görünen toplumsal savunmanın ilk düşüncelerine dayalı ya da dolaysız bağlı bulunan ve ceza reformu ve suç ve ceza politikasıyla ilgili olan bu eylem ortaya çıkmış oldu.

(10) 1983 Haziranında kuruluşunun 35. yıldönümünü parlak biçimde kutlayan bu Merkez, Toplumsal Savunma Uluslararası Derneğinden bütünüyle ayrıdır ve konusu daha geniştir. Dikkate değer bir örgütlenmeyle donatılmıştır. Tüm toplumsal savunma akımına, özellikle kurultayların hazırlanması ve Bellagio kolokyomlarının toplanmasında olduğu gibi kurultay çalışmalarının yayımlanması konularında çok büyük bir katkıda bulundu.

**MÜŞTEREK FAİLLİK-CEZA KANUNUNUN 463. MADDESİ
HÜKMÜNÜN VE BUNA İLİŞKİN UYGULAMANIN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Dr. İzzet ÖZGENÇ(*)

1889 İtalyan Ceza Kanununun 378. maddesinin karşılığı olan Türk Ceza Kanununun 463. maddesindeki kasden adam öldürme ve kasden müessir fiil suçlarına münhasır özel düzenlemenin hukukî mahiyeti ve uygulama alanı konusunda gerek doktrinde gerek mahkeme içtihatlarında fikir birliği mevcut değildir. Maddede şu hüküm yer almaktadır: "MADDE 463- 448, 449, 450, 456, 457 nci maddelerde beyan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiil için tayin edilmiş olan ceza..... indirilerek hükmolunur. Şu kadar ki, bu hüküm fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında uygulanmaz."

Maddede yer alan hükmün hukukî mahiyeti hakkında bir açıklamada bulunabilmek, bu hükmün suç teorisine ve özellikle iştirake ilişkin daha önce yapmış bulunduğumuz açıklamalara⁽¹⁾ göre bir değerlendirmesini yapabilmek için; önce, sözkonusu hükmün uygulama alanı konusundaki muhtemel olay örneklerini ve bu ihtimallere ilişkin Yargıtay Kararlarındaki ve doktrindeki farklı görüşleri ortaya koymak gerekecektir.

ÖRNEK OLAY 1: A ve B, müştereken C'ye yumruk veya sopalarla saldırırlar. C, aldığı bu darbeler sonucu ölmüştür. Ancak, C'nin ölümünü sonuçlayan "darbenin" hangi faile ait olduğu anlaşılamamaktadır.

Bu örnek olayımızla benzerlik arzeden olaylara ilişkin Kararlarında Yargıtay, prensip itibarıyla bütün suç ortaklarının cezalarında 463. maddeye göre indirim yapılması gerektiği fikrindedir:

".....Mehmet Ali'nin mağdurun yüzüne kafa (veya sandalya) ile vurduğu; Cevriye'nin sandalya ile ve Ayşe'nin def ile, ... Süleyman'ın (da) sandalya ile

(*) **Yardımcı Doçent, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi**

(1) Özgenç, Ceza Hukukunda Suça İştirakin Hukukî Esası ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik (-henüz yayınlanamamış Doktora Tezi), İstanbul 1990, sh. 122 vd.; aynı yazar, Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik (henüz yayınlanamamıştır), Diyarbakır 1992.

vurdıkları (açıklanmıştır). Birlikte saldıran sanıklardan hangisinin darbesinin göze isabet ettiği ve uzuv tatiline yol açtığı kesin olarak belli olmadığından, TCK.nun 463. maddesinin uygulanması gerekir⁽²⁾.

"....müdahildeki çene kırığı ârızasının, (müessir fiil suçunu müştereken işleyen sanıklardan) hangisinin vurması sonucu husule geldiğinin tesbit edilemediği halde, haklarında TCK'nun 463. maddesinin de uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir"⁽³⁾.

"Sanıkların, ... taş ya da yumruk ile maktüle vurdıkları, bu darbelerden, hangisi tarafından yapıldığı saptanamayan ve başa isabet etmiş olanı sonucu beyin kanamasına yol açan travma ile ölümün meydana geldiği anlaşıldığına ve ölümü oluşturan darbelerin hangi sanık tarafından yapıldığı da tesbit olunamadığına göre," bütün suç ortaklarının cezasında 463. maddeye göre indirim yapılması gerekir⁽⁴⁾.

"..... sanıkların (M, K ve B'nin) geldiklerini gören öldürüleninkaçmaya başladığı, sanıkların da 100-150 metre kadar kovaladıktan sonra, kendisini yakalayarak hamili buldukları sopalarla kafasına ve vücudundığı yerlerine vurup, ağır bir biçimde yaraladıkları maktülün kafa travmasına bağlı beyin kanaması sonucu öldüğü ve öldürülenin başında iki adet öldürücü yara saptandığı; ancak, ölümü tevliid eden bu yaraların hangi sanığın darbesi ile meydana geldiğinin saptanamadığı anlaşıldığına göre, faillerin 463. maddeye göre cezalandırılmaları gerekir⁽⁵⁾.

"..... sanıkların (S ve Ş'nin) hamili (buldukları) bıçak(lar)la maktülün öldürdükleri ... anlaşılıyorsa da; maktüldeki ölümü husule getiren ve kalbe nazif yara ile sol koltuk altından girip dalağa ulaşan ve kan kaybından ölüme sebebiyet vereceği belirtilen ikinci yaranın hangi sanık tarafından meydana getirildiği kesinlikle saptanamamıştır. "Buna " göre, sanıklar hakkında TCK.nun 463. maddesi uygulanmak suretiyle cezalandırılmalarına karar verilmesi ge-

(2) CGK. 25.1.1971, 1-21/71-26 (Çağlayan, Muhtar: Türk Ceza Kanunu, c. IV, 3. bası, Ankara (tarih yok), sh. 167/168).

(3) 4. CD. 8.11.1983, 5034/5569 Çağlayan IV, 170).

(4) 1. CD. 12.4.1977, 852/1327 (YKD Eylül 1977, 1303).

(5) CGK. 9.10.1989, 1-239/276 (YKD Ocak 1990, 100 vd. [102/103]). Aynı mealde CGK. 5.3.1990, 1-37/52 (YKD Ocak 1991., 94 vd.); 1.CD. 30.1.1988, 4217/4297 (YKD Nisan 1989, 567 vd.); 1.CD. 16.11.1987, 4101/3973 (YKD Mayıs 1988, 702); CGK. 13.3.1961, 1-5/5 (Özek, Çetin: T.C.K. 463. Madde - Haksız Tahrik Halinin Şeriklere Sirayeti, ÜHFMD 28 (1962), 503. Keza, Askerî Yargıtay, 9.6.1983 (Ask. YKD 1983, 208). Doktrinde aynı görüşü benimseyen yazar: Soyarslan, Doğan: T.C.K. nun 463. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, DEÜHFMD 3(1988), sh. 295.

rekir⁽⁶⁾.

".... beş kişi arasında cereyan eden kavgada, her üç maznunun, ayrı ayrı her iki maktule vurdukları tesbit edilemediği gibi, ... her iki maktuldeki öldürücü yaraların bu sanıklardan birisi veya ikisi tarafından yapılmış olması da mümkün ve muhtemeldir. Bu itibarla, sözü edilen durumda, TCK.nun 463 üncü maddesinin tatbiki icap eder. ...(Her üç sanık hakkında) iki defa 448, 463 üncü maddelerle ceza tayini" gerekir⁽⁷⁾.

Yargıtay'ın sözkonusu kararlarında izhar ettiği görüşe katılmak mümkün değildir. Bu kararlara konu teşkil eden bütün olaylarda suçun işlenişine iştirak eden suç ortakları işlenen fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurmuşlardır. Birlikte suç işleme kararına istinaden hareket eden ve suçun icrasını müştereken gerçekleştiren bu suç ortaklarının cezasında 463. maddeye göre indirim yapılması, bu suç ortakları açısından haksız bir imtiyaz teşkil etmektedir⁽⁸⁾. Mağdur üzerinde etkili olan bu iştirak katkılarından "hangisinin ölüme sebebiyet verdiği", "hangisinin öldürücü darbeyi teşkil ettiği" şeklindeki sun'î gerekçelerle müşterek faillerin cezasında indirim yapılması hukuk vicdanıyla bağdaşır bir durum değildir. Böyle bir mantık, iştirake ilişkin meseleleri illiyet bağı esasına göre izaha gayret eden 19. yüzyıl Ceza Hukuku anlayışının bir kalıntısı olarak günümüzde hayatiyet sürmektedir⁽⁹⁾. Nitekim, doktrinde de bu ihtimalde 463. maddenin tatbik edilmemesi, meselenin iştirake ilişkin genel hükümler çerçevesinde halledilmesi gerektiği fikri hakimdir⁽¹⁰⁾.

(6) CGK. 22.5.1989, 1-134/193 (YKD Ekim 1989, 1470 vd.). Aynı mealde CGK. 28.9.1987, 1-130/407 (Uygun/Savaş/Mollamahmutoğlu: Ceza Genel Kurulu Kararları (1988 - 1989 - 1990 - 1991), Ankara (tarih yok), sh. 264/265).

(7) 1.CD. 3.3.1981, 4049/313 (Çağlayan IV, 171/172). Aynı mealde Soyarslan, 264.

(8) 463. madde hükmünün müşterek failer lehine bir düzenleme olduğu konusunda bkz. Any. Mhk. 11.6.1968, 48/24 (Çağlayan IV, 159); Donay, Süheyl: Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı üzerine T.C.K.nun 463. Maddesine ilişkin Bazı Düşünceler, YÜHFM 351970), sh. 522).

(9) İlliyet bağına esas alan formal objektif teorinin etkisindeki görüş için CGK. 23.11.1981, 1-214/385 (YKD Şubat 1982, 247)

(10) Özek, 506/507; Gölcüklü, Feyyaz: Asıl Faili Bilinmeyen Adam Öldürme ve Müesir Fiil Suçları (TCK. md. 463) üzerinde Bazı Düşünceler, AÜSBFD 22(1967), sh. 105-107; Donay, 519/520; Soyarslan, 296.

Yargıtay'da bir kararında, gerekçe itibarıyla doğru olmasa bile, netice itibarıyla doğru bir yargıya varmıştır: "Kafatasında mevcut her üç yaranın da ayrı ayrı ve müstakillen ölümü tevlid eder nitelik taşıması itibarıyla, bu darbeleri havale edenler hakkında 463. maddenin uygulanması gerekmez": 1.CD. 5.5.1983, 1480/1612 (YKD Eylül 1983, 1379). Aynı mealde 1. CD. 22.3.1983, 181/954 (Erdurak, Yılmaz Güngör: İctihathı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Ocak, 1984, sh. 1012); 4. CD. 16.12.1983, 6136/6710 (Çağlayan IV, 170).

ÖRNEK OLAY 2: A ve B, müşterek düşmanları C'yi öldürmek üzere karara varırlar. Varılan karar gereğince, C'nin geçeceği yol üzerinde pusu kurarlar. C'nin geçeceği sırada her ikisi de silahını ateşler; ancak, C'ye isabet eden bir tek merminin suç ortaklarından hangisinin silahından çıktığı anlaşılamaz.

Bu ihtimalde müşterek faillerin kasten adam öldürme veya kasten müesir fiil suçuna göre belirlenen cezasının 463. maddeye göre indirilmesi gerektiği konusunda doktrinde fikirbirliği mevcuttur⁽¹¹⁾. Çünkü, bu görüşe göre, 463. madde, iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırmanın mümkün olmadığı hallerde uygulama alanı bulacaktır⁽¹²⁾. 463. maddenin getirdiği düzenleme ile iştirake ilişkin hükümler tamamlanmaktadır⁽¹³⁾. 463. madde, iştirakte "ikilik" sisteminin mahzurlarını gidermektedir⁽¹⁴⁾. 463. madde, özel bir iştirak düzenlemesidir⁽¹⁵⁾.

Yargıtay da kararlarında aynı doğrultuda görüş beyan etmektedir:

"... sanıkların, attığı taşlardan birinin maktuleye isabet ettiği ve eylemlerinin TCK. nun 463 üncü maddesinde gösterilen müstakil faili belli olmayacak surette, subuta erdiği anlaşılmıştır⁽¹⁶⁾.

"Müşteki, sanıkların attığı taşlardan birisinin kendisine isabet ettiğini ifade etmiş olup, hangi sanığın attığı taşla yaralandığı saptanamadığına göre, tayin edilen cezaların TCK. nun 463 üncü maddesi uyarınca indirilmesi

Gerekçenin yanlışlığı burada kendisini tezahür ettirmektedir. Bu olaylarda bütün suç ortaklarının müşterek fail olarak suçun tam cezasıyla cezalandırılması, her bir yaranın "öldürücü nitelikte" olduğuna dayandırılmıştır. Bütün suç ortaklarının mağdurun vücuduna müştereken ika ettikleri yaralardan bazısının / bazılarının mağdurun ölümüne sebebiyet verecek nitelikte olduğu; bunakarşılık, diğer(ler)inin bu nitelikte olmadığı şeklindeki ayırım da sağlıklı bir ayırım değildir. Böyle bir ayırım, çoğu zaman objektif olmayan, keyfi bir mahiyet arz etmektedir. Bu hususa müteallik Yargıtay'ın doğru olarak verdiği şu kararları zikredilebilir: CGK. 30.1.1982, 1424/19 (Erdurak, 112-114); 1. CD. 19.2.1982, 3716/4832 (Erdurak, 1014); 1. CD. 27.12.1978, 4119/4714 (Erdurak, 928); 1. CD. 14.11.1974, 2276/5334 (YKD Haziran 1975, 103).

- (11) Bkz. Türk doktrininde Dönmezer, kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13. bası, İstanbul, Mayıs 1990, n. 120 (dn. 1), 121; Özek, 506; Gölcüklü, 86; Donay, 518 vd.; Soyarslan, 291 vd.
- (12) Mehaz 1889 İtalyan Ceza Kanununa İlişkin Komisyon ve Bakanlık Raporlarına istinaden Donay, 517, 519; Soyarslan, 283.
- (13) Özek, 505/506; Gölcüklü, 86; Soyarslan, 280, 283.
- (14) Soyarslan, 285.
- (15) CGK. 23.11.1981, 1-214/385 (YKD 2/1982, 241 vd. (244)). Türk doktrininde Erem, 463. Maddenin "müstakil bir suç" teşkil ettiği fikrindedir: Adam Öldürmek Cürümleri, 137.
- (16) CGK. 26.2.1973, 1-448/177 (Çağlayan IV, 167).

gerekir"⁽¹⁷⁾.

Ceza Genel Kurulu, Z, H ve A'nın müşterek suç işleme kararına istinaden birlikte müteaddit defa ateş etmeleri sonucu mağdur M'ye iki mermi isabet ettiği ve ölümüne sebebiyet verdikleri olaya ilişkin olarak şu şekilde karar vermiştir: "Olayımızda ... öldürülendeki iki öldürücü yaranın ateş eden üç sanıktan hangisi tarafından meydana getirildiği kesinlikle saptanamadığından," failler hakkında kasten adam öldürme suçuna göre tayin edilecek cezada 463. maddeye göre indirim yapılması cihetine gidilmelidir⁽¹⁸⁾.

Keza, Yüksek Mahkeme, K, R. ve M'nin her üçünün de hamili buldukları silahlarla otomobille uzaklaşan Y ve E'yi yaylım ateşine tuttukları; ancak, hangisinin silahından çıktığı tayin edilemeyen bir merminin Fatma'ya isabet ederek, onun yaralanmasına ilişkin olayda şu şekilde karar vermiştir: "her üç sanığın maddî müstakil faili belli olmayan adam öldürmeye tam derecede teşebbüs suçunun fer'i faili telâkkisi ve TCK.nun 52, 448, 62, 463. maddeleri gereğince bir defa tecziyeleri" gerekir⁽¹⁹⁾.

463. maddenin *ratio legisine* (va'zediliş amacına, mevridi mahsusuna) uygun olsa bile, bu tür olaylarda müşterek faillerin cezasında sözkonusu maddeye göre indirim cihetine gidilmesi, suç teorisinin verileriyle bağdaşmamakta ve bir kısım müşterek failler (Kanunun ifade tarzıyla, "fiili irtikâp eden"ler) lehine haksız bir imtiyaz teşkil etmektedir. Halbuki bu olaylarda birlikte suç işleme kararına istinaden bütün müşterek failler suçun icrası üzerinde müşterek bir hakimiyet kurmuşlardır; hep birlikte mağdurun üzerine ateş etmişlerdir. Müşterek failler, amaçlanan neticeye ulaşma (mağdurun yaralanması veya öldürülmesi) ihtimalini yüksek tutmak amacıyla (veya sorumluluğu müşterek taşıma gibi bir takım sübjektif mülâhazalarla, saiklerle) mağdurun üzerine hep birlikte ateş etmişlerdir. Dolayısıyla, suçun icraî hareketlerini müştereken gerçekleştirmişlerdir. Ancak, bazı müşterek fail(ler)in ateşlediği mermi(ler) mağdura isabet etmemiş olabilir(ler). Bütün suç ortakları, birlikte suç işleme kararıyla hareket etmekte olup, suçun icraî hareketlerini müştereken gerçekleştirmişlerdir. Bu itibarla, her ne kadar bazısının/bazılarının atışı isabet etmemişse de, bütün bu suç ortaklarını gerçekleştiren

(17) 2.CD. 15.6.1983, 4212/4359 (Erdurak, 1011); aynı mealde 4. CD. 2.12.1983, 5845 / 6339; 1.CD. 1.2.1961, 949/3262 (Erem, Adam.... 140).

(18) CGK. 23.11.1981 (YKD 2/1982, 251. Aynı mealde CGK. 19.3.1973, 78/288 itiraz (Çağlayan IV, 165-167); CGK. 21.9.1970, 1-718/302 (Çağlayan IV, 168/169); 1.CD. 30.10.1984, 2488/4420 (Çağlayan IV, 169); 1.CD. 22.3.1983, 464/913 (Erdurak, 1012); 2. CD. 5.4.1977, 2356/2703 (Erdurak, 1021).

(19) 1.CD. 2.10.1990, 2114/2360 (YKD Şubat 1991, 273 vd.)

adam öldürme veya müessir fiil suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutmak gerekecektir. Hatta, mağdura isabet eden merminin/mermilerin hangi suç ortağına/ortaklarına ait silahtan çıktığı tayin edilse bile, mağdura ateş eden ve fakat isabet ettiremeyen suç ortağını da tamamlanmış, kasden adam öldürme veya kasden müessir fiil suçuna müşterek fail olarak sorumlu tutmak gerekecektir⁽²⁰⁾.

Binaenaleyh, bütün bu olaylarda, mevcut 463. maddeye rağmen, suç ortaklarının hepsini tamamlanmış kasden adam öldürme veya kasden müessir fiil suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutmak, adalet ilkelere daha muvafık düşmektedir^(21,22).

- (20) Additif (cem'i) müşterek faillik konusundaki izahlarımız için bkz. Özgenç, Müşterek Faillik, sh. 8 vd. Gölcüklü, bu ihtimalde mağdura isabet kaydettiremeyen müşterek failin fiilinin "teşebbüs" aşamasında kaldığı fikrindedir. Buna göre, şayet 463. madde olmasaydı "teşebbüs sanığı... tam suç cezasıyla cezalandırılacaktı. Gölcüklü, bu hali "açık (bir) adaletsizlik" olarak nitelendirmektedir: Gölcüklü, 101.
- (21) 1. CD. nin yukarıda zikrettiğimiz (dn. 19) 2.10.1990 tarihli Kararına esas teşkil eden olayın çözümü özellik arz etmektedir. Bu olayda K, R ve M, Y ve E'yi öldürmek üzere karara varmışlardır; bu karara istinaden hep birlikte mağdurlara ateş etmişlerdir. Ancak, ateşlenen mermilerden hiçbirisi mağdura isabet etmemiştir. Bu itibarla, K, R ve M, Y ve E'nin her ikisine karşı işledikleri adam öldürme suçu tam teşebbüs derecesinde kalmıştır; dolayısıyla, her üç suç ortağının teşebbüs derecesinde kalmış iki adam öldürme suçuna müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerekir. Fakat bu suç ortaklarından birinin silahından çıkan bir mermi F'ye isabet etmiş ve F'nin yaralanmasına sebebiyet vermiştir. F'nin yaralanması açısından bu suç ortaklarının kast veya taksirinin varlığı araştırılmalıdır. Şöyle düşünülmelidir: K, R ve M, mağdurlara kalabalık bir caddede ateş etmiş olabilirler. Hedefte sapma (aberratio ictus) nedeniyle mermilerden birisi F'ye isabet etmiştir. Bu ihtimalde faillerin taksirle hareket ettiklerinden bahsedilemez; ancak gayrimuayyen kastlarının varlığı söz konusudur. Dolayısıyla, bu üç suç ortağının ayrıca F'ye karşı işledikleri gayrimuayyen kastla müessir fiilden dolayı müşterek failler olarak sorumlu tutulmaları gerekecektir. (Türk Hukukunda Önder, gayrimuayyen kastla işlenen suçlarda da teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmekte - Genel Hükümler II, 435- ve dolayısıyla, bu görüşe göre, bu olayda bütün suç ortakları ayrıca teşebbüs derecesinde kalmış gayrimuayyen kastla adam öldürme suçundan dolayı müşterek failler olarak sorumlu tutulacaklardır) Şayet bu suç ortaklarının mağdurlara ateş ettikleri yer herkesin gelip geçtiği bir yer değilse, faillerin F'nin yaralanması açısından gayrimuayyen kastlarının varlığından da bahsedilemez; böyle bir ihtimalde ancak taksirlerinden söz edilebilir. Bu itibarla, şayet fail bir kişi olsaydı, ayrıca taksirle müessir fiil suçundan dolayı sorumlu tutulacaktı. Fakat, olayımızda failler birden fazladır ve birlikte suç işleme kararları Y ve E'ye karşı kasden adam öldürme suçunu işlemeye yöneliktir. Taksirli suçlarda iştiraki ve dolayısıyla, müşterek failliği kabul etmediğimize göre, F'nin taksirle yaralanmasından dolayı bu üç suç ortağını müştereken sorumlu mümkün değildir. Sonuç olarak, bu üç kişiden hangisinin silahından çıktığı anlaşılamayan merminin isabeti sonucu F'nin yaralanmasından dolayı, bu kişileri, in dubio pro reo kuralı gereğince, Ceza Hukuku açısından sorumlu tutmamak gerekecektir. Ancak Borçlar Hukuku hükümlerine göre her üç kişinin de müteselsilen tazminat so-

463. maddenin getirdiği bu düzenlemenin haksızlıklara sebebiyet vereceği, aşağıdaki örnek olayımıza ilişkin izahlarla daha iyi anlaşılacaktır:

rumluluğu mevzumuz dışında kalmaktadır (ayrıca bkz. aşağıda dn. 35, 55).

De lege lata (olması gereken hukuk sistemi açısından) öngördüğümüz bu çözüm şeklini Ceza Kanununun 52. maddesinin varlığı karşısında uygulamaya koymak mümkün değildir. Çünkü, kazuistik bir hüküm olan ve suç teorisinin verileriyle bağdaşmayan 52. madde, olayımıza münhasır kalırsak, tek adam öldürme suçundan dolayı sorumluluğu kabul etmektedir. 52. maddenin bu düzenlemesi karşısında (ve sadece bu maddeye münhasır yönü itibarıyla) Yargıtay'ın kararı doğrudur. Mevzumuz dışında kalması nedeniyle, 52. madde hükmünün suç teorisi verilerine kalması nedeniyle, 52. madde hükmünün suç teorisi verilerine göre isabetliliğini burada tartışmamaktayız.

Yine, çözüme muhtaç bir olaya ilişkin olarak, Ceza Genel Kurulu şu şekilde karar vermiştir: "..... Salih ve Şemsettin öldürmeye önceden karar veren sanıkların iki ayrı grup halinde pusuya yattıkları ve birinci guruptaki Ekrem, Abdullah, İbrahim ve Mustafa, Şemsettin'e; ikinci gruptaki Köroğlu (M.Y.), Mahmut (ve) Mehmet, Salih'e birçok kez ateş ederek... öldürdükleri; öldürücü yaraların hangi sanık tarafından meydana getirildiği saptanamadığı, ölenlerdeki her iki yarının da müstakil ve müşterek tesiri ile ölümün meydana geldiği anlaşılmaktadır." Bu itibarla, 463. maddeye göre faillerin her birinin cezasında indirim yapılmamalıdır: CGK. 9.5.1988, 1-115/213 (YKD Eylül 1988, 1273 vd.). Ancak, bu kararda C. Başsavcılığı, suç ortaklarının müşterek failler olarak, yani Ceza Kanununun 64. maddesinin 1. fıkrasına göre sorumlu tutulmaları gerektiği kanaatini açıklamıştır. Halbuki, bu olayın çözümünde şu şekilde düşünülmeliydi: Suç ortakları Ekrem, Abdullah, İbrahim, Mustafa, Köroğlu (M.Y.), Mahmut ve Mehmet, Şemsettin ve Salih'i öldürmek için karara varmışlardır. Ancak, bu iki mağduru öldürmek doğrultusundaki amaçlarına ulaşma ihtimalini yüksek tutmak için, suç ortakları iki gruba ayrılmışlardır. Buna göre, birinci grubu oluşturan Ekrem, Abdullah, İbrahim ve Mustafa, Şemsettin'i öldürmek üzere pusuya kurmuşlardır. Buna karşılık, Köroğlu (M.Y.), Mahmut ve Mehmet ise, Salih'i öldürmek için ayrı yerde pusuya yatmışlardır. Her iki gruptaki bütün suç ortakları ilgili mağdura ateş etmişlerdir. Ancak, mağdurlara isabet eden ve ölümlerine sebebiyet veren mermilerin hangi suç ortağına/ortaklarına ait silahın/silahlardan çıktığı anlaşılamamıştır. Her ne kadar bütün suç ortakları gerek Şemsettin'i, gerek Salih'i öldürmek için müşterek karara varmışlarsa da; her bir grubu oluşturan suç ortakları ancak ilgili mağduru öldürülmesi fiili üzerinde müşterek hakimiyet kurmuşlardır. Hemen ifade etmek gerekir ki, olayda iki tane kasden adam öldürme suçu mevcuttur. Bu itibarla, her bir grubu oluşturan suç ortaklarının sorumluluğunu belirlerken, bu iki ayrı adam öldürme suçunu gözönünde bulundurmamak lazımdır. Birinci grubu oluşturan suç ortakları Şemsettin'i müştereken öldürmüşlerdir; her ne kadar bir kısmının atışları isabet etmemişse de, hepsi birden ateş ettiği için, bu suç açısından müşterek faildirler. (Bu noktada C. Başsavcılığının sözkonusu olayın çözümüne ilişkin görüşü doğrudur.) Ancak, Salih'in öldürülmesine ilişkin olarak diğer grubu oluşturan suç ortaklarıyla müşterek karara vardıkları için; Salih'e karşı işlenen kasden adam öldürme suçu açısından, birinci grubu oluşturan suç ortakları "suç işlemeğe teşvik veya suçu irtikâp kararını takviye" eden olarak, bir başka ifadeyle, diğer grubun işlediği kasden adam öldürme suçuna manevî yardımda bulunan (şerik) olarak sorumlu tutulacaklardır.

- İkinci grubu oluşturan suç ortakları açısından da aynı şekilde düşünülmelidir. (22) Ancak, şu örnek olayda 463. maddenin tatbik kabiliyeti olduğunu iddia etmek (Soyarslan, 292/293), isabetsizdir. A, B ve C, D'yi dövmek üzere karara varırlar. D'yi dövmelerken A, B ve C'den bir tanesi D'ye bir bıçak saplar. Bilahare bu bıçak darbesinin A, B ve C'den kimin tarafından vurulduğu anlaşılabilir. Soyarslan,

ÖRNEK OLAY 3: A, B ve C, D'yi öldürmek için karara varırlar. Planlandığı veçhile, A ve B, تنها bir yerde pusu kurarlar; C de D'yi çeşitli hile ve desiselerle pusu mahallinden geçmeye sevkeder. A ve B, yoldan geçmekte olan D'ye ateş ederler. Ancak, D'ye isabet eden ve ölümüne sebebiyet veren bir merminin A ve B'den hangisinin silahından çıktığı anlaşılamaz.

463. maddenin getirdiği bu haksız imtiyazdan müşterek faillerden sadece (Kanunun ifade tarzına sadık kalırsak) "fiili irtikâp edenler" istifade edeceklerdir. Buna karşılık, "doğrudan doğruya berareber işleyenler" hakkında 463. maddenin tatbik edilemeyeceği bu maddenin âmir hükmüdür⁽²³⁾.

Ceza Kanununun 64. maddesinde "aslî maddî faillik" için iki ihtimal öngörülmüştür: "Fiili irtikâp eden" ve "doğrudan doğruya beraber işleyen" (ler). "Fiili irtikâp eden", ilgili suçun kanunî tarifindeki muayyen (tipik) hareket (ler)i gerçekleştiren suç ortağıdır. Buna karşılık, "doğrudan doğruya beraber işleyen" ise, formal objektif teori anlamında suçun muayyen (tipik) hareketlerini gerçekleştirmemekle beraber, işlenişine bulunduğu iştirak katkısıyla suçun icrası üzerinde "fiili irtikâp eden" ile beraber müşterek hakimiyet kuran suç ortağıdır.

Örnek olayımızda A, B ve C, D'nin öldürülmesi fiili üzerinde müşterek hakimiyet kurmuşlardır. Her ne kadar C'nin iştirak katkısı suçun tipik hareketlerine uygun değilse de, suçun işlenişine bulunduğu bu katkıyla C de diğer müşterek faillerle birlikte adam öldürme fiili üzerinde müessir, fonksiyonel bir hakimiyet kurmuştur. dolayısıyla, her üç suç ortağının da D'nin öldürülmesinden müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerekir. 64. maddedeki ifa-

müessir fiil suçunun bu mevsuf şekli açısından her üç suç ortağının sorumluluğunu tayin ederken, "TCK.nun 456, 457 ve 463. maddeleri"ndeki sırayı takip etmek gerektiği fikrindedir. (Aynı mealde 4. CD. 16.3.1983, 1023/1367 (Erdurak, 1012))

Dikkat edilmelidir ki, A, B ve C, kasden müessir fiil suçunun basit şeklini (dövmek) işlemek üzere karara varmışlardır ve dolayısıyla, suçun basit şekli açısından müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Şayet bu bıçak darbesi ilgili suç ortağı tarafından diğer suç ortaklarının bilgisi ve iradesi dışında halle edilmişse, o zaman mesele müşterek faillikte sınırın aşılması kaidelerine göre halledilecektir (bkz. Özgenç, Müşterek Faillik, sh. 21 vd.).

Buna karşılık, her ne kadar önceden varılan anlaşmada belirtilmemişse de, bilahare suçun icrası sırasında müşterek faillerden birinin bıçak kullanmasına diğerleri muttali olmuş ve ses çıkarmamak suretiyle zimnen muvafakat etmişlerse, müessir fiil suçunun bu mevsuf şekli açısından anlaşma suçun icrası sırasında oluşmuş olduğu için, bu mevsuf unsur açısından da bütün suç ortakları müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır.

(23) Yargıtay'da kararlarında müstakar bir şekilde 463. maddenin "doğrudan doğruya beraber işleyenler" hakkında uygulanamayacağına işaret etmektedir: CGK. 23.11.1981 (YKD 2/1982, 248/249); CGK. 8.5.1944, 66/62 (A.P. Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, c. II, 4. bası, İstanbul (tarihsiz), sh. 287); 1. CD 20.4.1989,

delere sadık kalırsak, bu müşterek faillerden A ve B, kasden adam öldürme suçunun "fiili irtikâp eden"leri; buna karşılık, C ise, "doğrudan doğruya beraber işleyen"dir. 463. maddenin bu hükmü karşısında, D'yi öldüren merminin hangisinin silahından çıktığının tesbit edilememesi nedeniyle, "fiili irtikâp eden"ler A ve B'nin cezalarında bu maddeye göre indirim yapılacaktır; buna karşılık, "doğrudan doğruya beraber işleyen" C ise suçun tam cezasıyla cezalandırılacaktır. Müşterek faillerden bir kısmı lehine haksız bir imtiyaz oluşturan 463. maddenin bu düzenlemesi adalet ilkelerine ters düşmektedir⁽²⁴⁾.

Sorumluluk satüleri müşterek faillik olarak belirlenen suç ortaklarının cezasının 463. maddeye göre haksız indirime tabi tutulması, azmettirme açısından da çelişkili bir durum sergilemektedir. Şöyle bir olay tasavvur edersek, mesele daha iyi anlaşılacaktır:

ÖRNEK OLAY 4: D, A ve B'yi C'yi öldürmeleri için azmettirir. Bunun üzerine, A ve B, C'nin geçeceği yol üzerinde pusu kurarlar. C geçerken, A ve B'nin her ikisi de silahlarını ateşlerler. Ancak, C'ye sadece bir mermi isabet eder.

Gerek Mahkeme içtihatlarında⁽²⁵⁾, gerek doktrinde⁽²⁶⁾ azmettirmenin 463. maddenin uygulama alanı dışında kaldığı sarîh olarak ifade edilmektedir.

Bu durum karşısında, silahları ateşleyen her iki müşterek failden hangisinin silahından çıkan merminin mağdura isabet ettiğinin anlaşılabilmesi nedeniyle, bunların cezalarında 463. maddeye göre indirim cihetine gidilecek; buna karşılık, azmettiren şahsa (şerik) ise, suçun tam cezası verilmiş olacaktır. Suç ortakları arasında müşterek failler lehine haksız bir ayırım yapılması, hukuk vicdanıyla telifi kabil bir husus değildir.

463. maddenin diğer bir ilginç yanı, kasden adam öldürme ve kasden müessir fiil suçlarına münhasır oluşudur. "463. maddenin yalnız adam öldürme ve müessir fiil suçları için öngörülmüş olması, öteki suçlarda bu gibi ihtimallere pek rastlanmamasından ve maddede yazılı suçların, *âsâyiş bakımından* taşıdığı önemden ötürüdür"⁽²⁷⁾. "Kanun, bu fiilleri diğer fiillere göre daha vahim ve düzeni bozucu gördüğü için, böyle özel bir tedvini getirmiş; diğer faillerde aslî-fer'î ayırımını yeterli bulmuş, bunun tefrik ve tesbit edi-

(24) Aynı mealde Erem, Adam..., 143; Gölcüklü, 92.

(25) Any. Mhk. 11.6.1968, 48/24.

(26) Erem, Adam..., 142/143; Donay, 519; Soyarslan, 297.

(27) Any. Mhk. 11.6.1968, 48/24. Aynı mealde Donay, 523.

lememesi halinde *ceza vermemeyi* toplum için o kadar zararlı görmemiştir⁽²⁸⁾.

Bu hususa müteallik aşağıdaki örnek olayımızın çözümünden hareket edersek, sözkonusu iddiaların isabetli olmadığı anlaşılacaktır:

ÖRNEK OLAY 5: Beş kişi, Hükûmetin bir konudaki icraatına tepki olarak, yabancı bir ülkedeki Büyükelçilik binasına taşlarla saldırırlar. Mesafenin uzak olması nedeniyle, atılan taşlardan bir tanesi Elçilik binasındaki bir cama isabet eder ve camın kırılmasına sebebiyet verir. Ancak, cama isabet eden bu taşın bu beş kişiden hangisi tarafından atıldığı tesbit edilemez.

Bu olayda bütün suç ortakları, siyasi saikle Elçilik binasına zarar vermek doğrultusundaki birlikte suç işleme kararına istinaden, hep birlikte binaya doğru taş atmışlardır. Dolayısıyla, kamu malına zarar vermek fiili üzerinde müşterek bir hakimiyet kurmuşlardır. Additif (cem'i) müşterek faillığe ilişkin izahlarımız⁽²⁹⁾ dikkate alınırca, bu suç ortaklarından bazılarının (olayımızda dört kişinin) hedefe isabet ettirememesi, kimin isabet ettirdiği/ettiremediği sabit olsa bile, hepsinin *tamamlanmış* kamu malına zarar verme suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulmasına engel değildir.

Halbuki, Ceza Genel Kurulu'nun görüşüne⁽³⁰⁾ sadık kalırsak, yukarıda zikrettiğimiz örnek olayımızdaki bu beş kişiyi "cezasız" bırakmamız gerekecektir. Bu itibarla, adam öldürme ve müessir fiil dışında kalan ve örnek olayımızla benzerlik arzeden hallerde Ceza Genel Kurulu'nun bütün suç ortaklarının "cezasız" bırakılması doğrultusundaki görüşünün, meselenin mahiyeti idrak edilmeden serdedilmiş bir görüş olması gerekir.

Bu durumda bütün suç ortaklarını, yine Yargıtay'ın kullandığı formülle, (aşağıda inceleyeceğimiz - ÖRNEK OLAY : 6-) "asli faili belli olmayan fer'i fail" olarak da sorumlu tutamayız. Çünkü, görüleceği gibi, Yargıtay, sözkonusu ihtimalde, bu beş kişiden sadece bir tanesinin taş atması ve fakat, taşı atanın hangisi olduğunun tesbit edilememesi şeklindeki olayları değerlendirmektedir. .

Yine, Anayasa Mahkemesi'nin görüşünün aksine, 463. maddeyle, "âsâyiş bakımından taşıdığı önem"e rağmen, adam öldürme ve müessir fiil suçlarında "fiili irtikâp eden" müşterek failer lehine haksız bir imtiyaz ihdas

(28) CGK. 23.11.1981, 1-214/385 (YKD 2/1982, 248). Aynı mealde Gölçüklü, 101, 108; Soyarslan, 287.

(29) Özgenç, Müşterek Faillik, sh. 8 vd.

(30) Bkz. dn. 27.

edilmiştir^(31, 32).

463. madde açısından ileri sürülen bir görüş de, bu maddenin taksirle işlenen adam öldürme ve müessir fiil suçlarında tatbik edilemeyeceğidir⁽³³⁾. Ancak, bu halde meselenin nasıl çözümleneceği konusunda bir açıklamaya rastlanılmamaktadır. Şöyle bir örnek verebiliriz:

ÖRNEK OLAY 6: Bir kutlama sırasında bir grup kişi tarafından silahlarla havaya ateş edilmektedir. Ancak, bu silahlardan çıkan mermilerden bir tanesi X'e isabet ederek ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet verir.

Bu olayda grubu oluşturan kişilerin kasdî bir kişiyi öldürmek veya yaralamak değildir. Binaenaleyh, grubu oluşturan kişiler arasında müşterek faillik için aranan birlikte (müşterek) suç işleme kararı mevcut değildir. Dolayısıyla, grubu oluşturan kişiler arasında müşterek faillik ilişkisi sözkonusu değildir⁽³⁴⁾. Ancak, grubu oluşturanlardan bir tanesinin objektif itina yükümlülüğüne aykırı hareket etmesiyle, bir kişi öldürülmüş veya yaralanmıştır. X'in öldürülmesini veya yaralanmasını sonuçlayan merminin gruptaki kişilerden hangisinin silahından çıktığı anlaşılammıştır. Kanaatimizce, böyle bir durumda, *in dubia pro reo* kaidesi gereğince, grubu oluşturan hiç kimsenin Ceza Hukuku açısından sorumluluğu cihetine gidilemez. Ancak, Borçlar Hukuku hükümlerine göre, grubu oluşturan ve ateş eden bütün kişilerin müteselsilen tazminat sorumluluğuna tabi tutulup tutulamayacağı, mevzumuzun dışında kalmaktadır⁽³⁵⁾.

463. madde açısından bir diğer örnek olay şu şekilde düşünülebilir:

ÖRNEK OLAY 7: A ve B, *birbirlerinden habersiz olarak*, müşterek düşmanları C'yi öldürmek için, C'nin geçeceği yol üzerinde pusu kurarlar. C yoldan geçerken, A ve B'nin her ikisi de aynı anda silahlarını ateşlerler. Ancak, C'ye bir tek mermi isabet eder ve bu merminin hangi silahtan çıktığı

(31) Anayasa Mahkemesi'nin bu Kararına esas teşkil eden Akdağmadeni Asliye Ceza Mahkemesi'nin iddiası bu itibarla haklıdır: "463. maddedeki prensibi adam öldürme ve müessir fiil suçları dışındaki suçlara ve suçlulara teşmil etmemek, maddenin sun'î olduğunu ortaya koymaktadır" (nakleden Donay, 509).

(32) Bu gerekçelerin inandırıcı olmadığı konusunda ayrıca bkz. Erem, Adam..., 138.

(33) Erem, Adam..., 138; Soyarslan, 287. Ayrıca, 4. CD. 8'5.1948, 5140/5620 (Köseoğlu, Cemal: Hafiyeli Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1955, sh. 541).

(34) Taksirli suçlarda müşterek failliğin sözkonusu olmadığı hakkında bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 155 vd.; aynı yazar, Müşterek faillik, sh. 32.

(35) İşte "kasame" müessesesinde, bu ihtimallerde grubu oluşturan kişilerin Ceza Hukuku açısından sorumlu tutulmayı, sadece tazminata (diyete) mahkûm edilmeleri gerektiği belirtilirken; günümüz Ceza Hukukunda vardığımızbu tesbite işaret edilmekteydi. Bu itibarla, hukukçuluğu meşkur, daha ziyade "hazarfen" bir

anlaşılamaz.

Bu örnekle benzerlik arzeden olaylarda 463. maddenin tatbik edilebilip edilemeyeceği hususunda gerek doktrinde gerek Mahkeme içtihatlarında bir görüş birliği mevcut değildir.

İtalyan doktrininde Manzini'ye göre, bu düzenleme ancak iştirak halinde işlenen suçlar açısından tatbik kabiliyeti bulacaktır. Aralarında müşterek suç işleme kararı olmaksızın, birbirlerinden habersiz olarak, birden fazla kişinin aynı zamanda aynı suçu işlemek için harekete geçmesi halinde, bu hükmün uygulanması kabil değildir⁽³⁶⁾.

Buna karşılık, Türk doktrininde hakim olan fikre göre; 463. madde, hem birlikte suç işleme kararına istinaden hareket eden suç ortakları açısından, hem de aralarında müşterek suç işleme kararı mevcut olmaksızın, birbirlerinden habersiz olarak ve fakat, aynı anda aynı suçu işlemek için harekete geçen kişiler açısından uygulama kabiliyetini haizdir⁽³⁷⁾.

Ancak, doktrinde ileri sürülen diğer bir fikre göre; 463. madde, sadece aralarında müşterek suç işleme kararı olmaksızın, birbirlerinden habersiz olarak ve fakat, aynı anda aynı suçu işlemek için harekete geçen kişiler açısından uygulanabilir. Buna karşılık, birlikte suç işleme kararına istinaden, bir başka ifadeyle, müşterek fail olarak bir suçu işleyen suç ortakları hakkında 463. madde uygulanmayıp; mesele, iştirake ilişkin genel hükümler çerçevesinde halledilecektir⁽³⁸⁾.

Bu olayda failer arasında müşterek suç işleme kararı mevcut değildir. Failler birbirlerinden habersiz olarak ve fakat, aynı anda aynı suçu işlemek için harekete geçmektedirler. Fakat, birbirlerinden habersiz bu kişilerden hangisi

kişiliğe sahip bir şahsın yazdığı "kırk ambar" kabilinden bir kitaba dayanarak, bazı hukuki müesseselerin yanlış idrak edilmesi, haksız eleştirilere tabi tutulması ve okuyucuların yanılmasına sebebiyet verilmesi, hiçbir surette tasvip edilemez. Bu müesseseyi "bugünkü anlamda kusur kavramı ile hiç bağdaşma-yan bir düzenleme" olarak yorumlayan Soyarslan, 282/283. Yine, sözkonusu mües-seseyi cezaî sorumluluğun şahsiliği prensibine "aykırı" bir durum olarak algılayan Dönmezer/ Erman II, no. 1319.

(36) Manzini'den nakleden Soyarslan, 290. Bizde Soyarslan, 463. madde hükmünün "sadece iştirak halinde", daha doğru bir ifadeyle, müşterek faillik durumunda uygulama kabiliyeti bulacağı fikrindedir (sh. 291). Ancak, yazar bilahare yaptığı açıklamalarla, bu örnek olayımızda da 463. maddenin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir (sh. 293, 295, 297). Bu örnek olayımızda 463. maddenin uygulanamayacağına ilişkin CGK. 23.11.1981, 1-214/385 (YKD 2/1982, sh. 245).

(37) Dönmezer, Kişilere..., no. 120 (dn. 1), 121; Özek, 506; Donay, 520; Gölcüklü, 86.

(38) Öztürk, Nejat: Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı. c. II. 2. bası, İstanbul 1970, sh. 1164. Tavsiyeye şayan görüş olarak Gölcüklü, 107-109. Ayrıca, CGK'nun 23.11.1981 tarihli Kararına muhalif olan üye Mustafa Kaya'nın görüşü (YKD 2/1

nin silahından çıktığı anlaşılamayan bir mermi mağdura isabet etmiş ve ölümüne sebebiyet vermiştir. Birbirinden müstakil her iki fail de mağduru öldürmek kasdıyla silahlarını ateşlemekle, kasden adam öldürme suçuna ilişkin hareketin ifade ettiği haksızlığı (=Handlungsunrecht) gerçekleştirmişlerdir. Ancak, ayrı bir haksızlık ifade eden ve teşebbüs açısından önem arzeden neticeyi (=Erfolgsunrecht)⁽³⁹⁾ birbirinden habersiz bu iki failden hangisinin gerçekleştirdiği tesbit edilememiştir. Bu durumda, *in dubio pro reo* kaidesi gereğince, her iki failin de lehine karar vermek gerekir. Yani, bu iki failden herbiri neticenin ifade ettiği haksızlığı gerçekleştirmiş olabileceği gibi, gerçekleştirmemiş de olabilir. Bu itibarla, yargıya varırken, gerçekleştirmemiş olabilecekleri ihtimalini gözönünde bulundurmak gerekir. Çünkü, neticenin ifade ettiği haksızlığı hangi müstakil failin gerçekleştirdiği sabit değildir. Bu izahlarımızdan vardığımız sonuç şudur ki; birbirinden habersiz bu müstakil failerin

(39) Suç teorisinin verilerine göre; bir failin ifade ettiği haksızlık muhtevası, sebebiyet verilen neticeden ibaret değildir. Bilakis, sebebiyet verilen neticenin yanı sıra, bu neticenin oluşumunu sağlayan hareketin icra ediliş tarz ve mahiyeti de bu failin haksızlık muhtevasının belirlenmesinde etkili olmaktadır. Toplumda hakim olan değerler sistemine göre, mücerret bir şekilde belli neticelere sebebiyet vermek, her zaman Ceza Hukukunun meseleye müdahalesini haklı kılmaz. Örneğin, bir başkasının malvarlığına ancak kasden zarar verilmesi halinde, Ceza Hukukunun müdahale edeceği bir haksızlık sözkonusudur. Ceza Hukukunun meseleye müdahalesini haklı kılan, daha ziyade, bir değersizlik ifadesi olan bu haksız neticenin oluşumuna sebebiyet veren hareketin icra ediliş tarz ve mahiyetidir. Bu nedenledir ki; suçun icrai hareketlerine başlamış olmakla beraber, henüz neticeyi gerçekleştirme imkânı bulamayan kişiyi dahi cezalandırmak gerekecektir (Bu konudaki teorik tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Berlin 1973; ayrıca, Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. bası, Berlin 1988, sh. 214 vd.; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. bası, Heidelberg 1987, sh. 207 vd.) Aksi takdirde, teşebbüsün hukukî esasını izahda güçlüklerle karşılaşmış oluruz. Nitekim, illiyet ilişkisini esas alan 1930'lara kadarki suç teorisinde teşebbüs, daha ziyade failin arzettiği sübjektif, manevî durum (sübjektif teori), ya da korunan hukukî değer tehlikeye maruz bırakılması itibarıyla (objektif teori) izah edilmeye çalışılmıştır (Bkz. Jescheck, Lb., 461 vd.; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 7. bası Heidelberg 1989, sh. 19 vd.)

Aynı şekilde, şayet fiile haksızlık muhtevasını kazandıranın netice değil de, münhasıran bu neticeyi oluşturan hareketin icra ediliş tarz ve mahiyetinin olduğu kabul edilecek olursa (Gai-final-suç teorisinin etkisindeki Zielinski, fiile haksızlık muhtevasını kazandıranın münhasıran hareket olduğu; neticenin ise, ayrıca bir haksızlık teşkil etmeyip, sadece objektif cezalandırılabilme şartını oluşturduğu fikrindedir: sh. 128 vd., 205 vd.); teşebbüsün mümkün olmadığı taksirli suçlarda, tasvip edilmeyen netice meydana gelmese bile, bu neticenin oluşumunu sağlayabilecek objektif itina yükümlülüğüne aykırı her davranış, cezalandırılabilir bir hareket olarak nitelendirilmek gerekecektir.

herbirini kasden adam öldürme suçuna *teşebbüsten* dolayı sorumlu tutmak gerekecektir⁽⁴⁰⁾.

Suç teorisinin genel prensiplerinden vardığımız bu sonuç karşısında, 463. maddenin varlığı artık sadece kazuistik bir mahiyet arz etmektedir.

Ancak, Ceza kanununda mevcudiyeti devam ettiği sürece, 463. madde-nin uygulanmasının sadece bu örnek olayımıza münhasır kılınması adalet il-kelerine daha uygun düşmektedir. Her ne kadar bu kabil bir uygulama mad-denin *ratio legisine* aykırı ise de; bu ihtimalde 463. maddeye göre verilen kararların hukuk vicdaniyla bağdaşması uğruna, böyle bir yoruma gitmek zo-rundayız^(41, 42).

ÖRNEK OLAY 8: Olay mahallinde hazır bulunan birkaç kişiden sade-ce bir tanesi bir el ateş eder. Bu mermi, X'e isabet ederek, ölümüne sebebiyet verir. Ancak, ateş edenin kim olduğu tesbit edilemez.

(40) Bu örneğimize münhasır kılmamakla beraber; aynı sonuca varan Soyarslan, 303.

(41) Nitekim, doktrinde, failer hakkında adam öldürme ve müessir fiil suçlarına göre tayin edilecek cezaların 463. maddeye göre indirilmesi halinde, teşebbüse ilişkin kuralların uygulanması suretiyle tayin edilecek cezadan pek farklı bir sonucun ortaya çıkmayacağına işaret edilmektedir: Gölcüklü, 101, 109; Soyarslan, 303.

(42) Bu vardığımız sonuç açısından önem arzeden Yargıtay'ın şu Kararını burada ayrıca zikredip, değerlendirmekte fayda mülahaza etmekteyiz: "... dört kişiden ibaret olan sanıkların... atıkları... taşlarla mağdurlardan B'(yi) vücudunun muhtelif üç yerinde(n) yara(ladıkları)... bu üç arızadan hepsinin sanıklardan yal-nız bir tek veya ikisinin yahut üçünün attığı taşlardan husule gelmesi kabil olup; bu takdirde ise, taşları isabet edenlerin tahakkuku halinde bunların suçta müstakil fail ve taşları hedefe isabet... ettiremeyenler ise, müessir fiilin müteşebbisi durumunda kalacakları şüphesiz bulunmasına ... göre; sanıkların her dördü hakkında 463. maddenin tatbiki zarurî bulunmaktadır: 4.CD. 11.11.1952, 8480/10018 (nakleden Gölcüklü, 96).

Bu Kararda Yargıtay, "taşları hedefe isabet... ettiremeyenler(in) ... müessir fiilin müteşebbisi durumunda kalacaklarını, yani, aslında kasden müessir fiil suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabileceklerini belirtmektedir. Fakat, hangi sanığın taşının isabet etmediği belli olmadığı için, bütün sanıkların kasden müessir fiil suçuna göre tayin edilen cezalarının 463. madde hükmüne göre indirileceği görüşündedir. Yargıtay'ın teşebbüse müteallik bu görüşü, ancak mağdura taş atan bu dört kişinin arasında müşterek suç işleme kararının mevcut olmaması halinde kabul edilebilecek bir görüştür. Şayet bu dört kişi mağdura taş atarken müşterek suç işleme kararıyla hareket etmekteyseler, artık bu suç ortaklarından birinin/birkaçının attığı taş(lar)ın mağdura isabet etmemiş olduğu gerekçesiyle, kasden müessir fiil suçuna göre tayin edilen cezalarında indirim yapılması bir haksızlık teşkil eder. Zira, bu dört kişi taş atarak mağduru yaralamak konusunda karara varmışlardır ve bu karar çerçevesinde icrai hareketlerde bulunarak, fiilin işleniş üzerinde müşterek hakimiyet kurmuşlardır.

Bu örnekle benzerlik arzeden olaylara ilişkin kararlarında Yargıtay, 463. maddenin uygulanamayacağı⁽⁴³⁾; buna karşılık, bu kişilerin hepsinin "asli faili belli olmayan" adam öldürme veya müessir fiil suçunun "fer'i (maddi) faili" olarak sorumlu tutulmaları gerektiği⁽⁴⁴⁾ fikrini beyan etmiştir:

"...hadisede bir el ateş edildiği kabul edilmekle beraber, "av tüfeğinin bu üç maznundan hangisinin ateşlemiş olduğu tesbit edilememiş bulunduğundan, müstakil fail tayin olunamamış ise de; diğer iki maznun icraî fiillere iştirak etmemiş olduğundan, 463. maddenin tatbikine kanunen imkân bulunmadığı ve bu takdirde her maznunun maddi fer'i fail durumunda bulunduğu gözetilmeden, 463. maddenin tatbiki yolsuzdur"⁽⁴⁵⁾.

"Çadır içinde bir tek silah atılmış ve bunun sanıklardan hangisi tarafından atıldığı belli olmamış bulunması halinde 463. maddenin tatbik kabiliyeti yoktur. Bu halde sanıklardan herbirinin diğerine karşı hukukî durumlarının ise, asli maddi faili belli olmayan öldürme suçunun asil failine müzaheret suretiyle suça fer'an iştirak mahiyetinde kabulü hukuken zarurî bulunmaktadır"⁽⁴⁶⁾.

"...tabancanın suçun ikasında kullanılan tabanca olduğu anlaşıldıktan sonra, tabancanın hangi maznun tarafından kullanıldığına bilinmeyeceği gerekçesiyle her iki maznunun beraatleri cihetine gidilemez. Bu gibi ahvalde Türk Ceza Kanununun 65. maddesinin tatbiki gerekir"⁽⁴⁷⁾.

"Birden çok kişi, meselâ beş kişiden dördü ateş ediyor, birisi etmiyor. Ateş etmeyen kim olduğunu tespit edemiyoruz. Bu ahvalde yerleşmiş ve tartışmasız uygulama gereği hepsini belli olmayan asli failin fer'i olarak cezalandırıyoruz. Dördü ateş etmiştir diye hepsini asli fail sayamayız. Çünkü "fiil formülünde" bir bilinmeyen vardır. "Hareket ve Taarruz" kimin belli değildir. Bu halde 65/3. maddenin ("fer'i maddi fail") uygulanması bu bilinmeyenden doğmaktadır"⁽⁴⁸⁾.

"Dayanışma içinde hareket ederek, olay yerinde silahlı olarak bulunmak suretiyle birbirlerine cesaret verdiği anlaşılan sanıkların dördünün de ateş ettiği kesinlikle belirlenemediğine göre, (bu kişilerin hepsinin) asli faili belli olmayan öldürme suçunun fer'i faili olarak (sorumlu tutulmaları gerektiğinin)

(43) Aynı mealde Özek, 506; Gölcüklü, 93, 102-104.

(44) Aynı şekilde Gölcüklüde, bu kişilerin hepsinin beraat ettirilmemeleri ve "fer'i fail" olarak cezalandırılmaları gerektiği fikrindedir (sh. 93).

(45) 1.CD. 10.2.1958, 103/284 (nakleden Gölcüklü, 94).

(46) 1.CD. 20.2.1963, 273/401 (nakleden Gölcüklü, 95).

(47) CGK. 20.10.1963, 1-36/27 (nakleden Gölcüklü, 95).

(48) CGK. 23.11.1981, 1-214/385 (YKD 2/1982, sh. 249).

kabulünde zorunluluk vardır"(49). (Ancak, sözkonusu karara konu teşkil eden olayda Esas Mahkemesi, bu suç ortaklarının dördünün de müşterek fail olarak, yani CK. nun 64. maddesinin 1. fıkrasına göre, sorumlu tutulmaları gerektiği fikrindedir.)

"Sanıkların olay günü hepsi silahlı olduğu halde öldürülenin önüne çıkıp, bunlardan bir kısmının ateşiyle onu vurup öldürdükleri, ölümün sanıklardan hangisinin atışından meydana geldiği tesbit olunamadığı gibi, sanıklardan hangisinin ateş ettiği de kesin surette tesbit olunamadığına göre, sanıkların durumunun aslî faili belli olmayan fer'î fail olarak kabulü doğrudur"(50).

Örnek olayımıza ilişkin olarak Yargıtay'ın vardığı genel yargı şudur: "Bu (463.) maddede düzenlenen, failin belli olmaması hali değildir. Hepsi irtikâp eden (tetiğe basan, bıçağı vuran) sıfatında olan kişilerden öldürme veya yaralama hangisinin hareketinin hedefle özdeşleştiğinin, bütünleştiğinin, ölümü veya yarayı vücuda soktuğunun saptanamaması halidir"(51).

Aynı şekilde doktrinde de, 463. maddenin uygulama alanı bulabilmesi için, failerin her birinin kasden adam öldürme veya kasden müessir fiil suçunun icraî hareketlerini bizzat gerçekleştirmeleri gerektiği fikri savunulmaktadır(52). Bu kişilerin aslında "fer'î fail" olmadıkları; fakat, "şüphe sanık lehinedir" kuralı gereğince "fer'î fail" olarak sorumlu tutulmaları gerektiği iddia edilmektedir(53).

Örneğimizle benzerlik arzeden olayların çözümünde, çeşitli ihtimalleri gözönünde bulundurarak, şu şekilde düşünmek gerekir:a) Olay mahallindeki silahlı bütün şahıslar, birlikte suç işleme kararına varmışlardır ve bu amaçla birlikte hareket etmektedirler. Müşterek suç işleme kararına istinaden olay mahallinde hazır bulunan suç ortağı, her ne kadar silahını ateşlememişse de, müşterek suç işleme kararına katılmak ve olay mahallinde elinde silah olduğu halde bizzat hazır bulunmakla, suçun işleniş üzerinde diğer suç ortağıyla/ortaklarıyla müşterek bir hakimiyet kurmuştur ve dolayısıyla, adam öldürme veya müessir fiil suçundan dolayı silahını ateşleyen suç ortağıyla/ortaklarıyla

(49) CGK 26.9.1988, 1-234/319 [YKD Ocak 1989, 94 vd.(96/97)].

(50) 1.CD. 22.2.1974, 1002/ (nakleden Dönmezer, Kişilere..., no. 121 dn. 10).

(51) CGK. 23.11.1981, 1-214/385 (YKD Şubat 1982, 247); CGK. 9.5.1988, 1-115/213 (YKD Eylül 1988, 1275); CGK. 22.5.1989, 1-134/193 (YKD Ekim 1989, 1472); CGK. 5.3.1990, 1-37/52 (YKD Ocak 1991, 96).

(52) Dönmezer, Kişilere..., no. 121.

(53) Erem, Adam., 142.

birlikte müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Zira, böyle bir durumda bütün suç ortakları, Yargıtay'ın ifadesiyle "dayanışma içinde hareket ederek, olay yerinde silahlı olarak bulunmak suretiyle birbirlerine cesaret vermişlerdir.

Bu itibarla, her ne kadar Yargıtay'ın sözkonusu ihtimalle benzerlik arzeden olaylarda 463. maddenin uygulanamayacağına ilişkin görüşü doğru ise de; hangisinin silahını ateşlediği/ateşlemediği belirlenemediği gerekçesiyle, müşterek failerin hepsinin, kasden adam öldürme suçundan dolayı "asli faili belli olmayan fer'i fail" olarak sorumlu tutulmaları, müşterek failer lehine haksız bir uygulamadır. Hatta, hangi suç ortağının müşterek suç işleme kararına istinaden olay mahallinde silahlı olarak bizzat hazır bulunup da, silahını ateşlemediği tesbit edilse bile; bu suç ortağı dahi kasden adam öldürme suçundan dolayı, silahını ateşleyen suç ortağı/ortakları ile birlikte müşterek fail olarak sorumlu tutulmak gerekir.

b) Aralarında birlikte suç işleme kararı mevcut olmakla beraber, bir arada bulunan bütün suç ortakları fiilin işlenişi üzerinde müşterek hakimiyet kurmamış olabilirler. Şöyle ki, örneğin x'i öldürmek için anlaşan beş kişi bir tek tabancayla x'in geçeceği yol üzerinde pusu kurarlar. x'in geçeceği sırada bir el ateş edilir ve x ölür. Olayda bir silah kullanılmıştır ve bir el ateş edilmiştir; fakat, suç ortaklarının sayısı beştir. Tetiğin çekilmesi amelîyesine beş kişi birden iştirak etmemişlerdir. Suç ortaklarından sadece birisi tetiği çekmiştir. Diğer suç ortakları bu adam öldürme fiilinin icrası üzerinde müşterek hakimiyet tesis edecek bir katkıda bulunmamışlar, sadece tetiği çekecek suç ortağına cesaret vermek veya merak saikiyle pusu mahallinde bulunmuş olabilirler. Şayet kimin tetiği çektiği sabit olsaydı, bu kişiyi adam öldürme suçunun faili olarak; diğer suç ortaklarını ise, bu şahsın işlediği suça şerik (yardımda bulunan) olarak sorumlu tutacaktık. Ancak, olayımızda hangi suç ortağının tetiği çektiği anlaşılamamıştır; dolayısıyla, adam öldürme suçunun failinin kim olduğu tesbit edilememiştir. Tetiği çekenin haricindeki suç ortakları suçun işlenişine en azından şerik (yardımda bulunan) olarak iştirak ettikleri için; in dubio pro reo kaidesi gereğince, bütün suç ortaklarının işlenen adam öldürme suçundan şerik olarak sorumlu tutulmaları gerekir.

c) Bir diğer ihtimalde ise, aralarında birlikte suç işleme kararı olmayan, başka bir maksatla veya farklı maksatlarla bir araya gelen kalabalıktan bir kişinin attığı taş sonucu mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, bu taşın kimin tarafından atıldığı belirlenemiyorsa, Yargıtay, haklı olarak, suç şüphesi altındaki (kalabalıktaki) bütün kişilerin, in dubio pro reo kaidesi gereğince, be-

raatlerine karar verilmesi gerektiği fikrindedir^(54, 55).

ÖRNEK OLAY 9: A ve B, karşılıklı olarak, öldürmek veya yaralamak kasdıyla, birbirlerine ateş ederler. Ancak, ateşlenen mermilerden bir tanesinin isabeti sonucu üçüncü bir şahıs (C) ölür veya yaralanır.

Söz konusu ihtimalde 463. maddenin uygulanabileceği fikrine doktrinde sadece Soyarslan'da rastlamış bulunmaktayız⁽⁵⁶⁾.

Bu ihtimalle benzerlik arzeden olaylarda Yargıtay, doğru olarak, 463. maddenin uygulanamayacağı görüşündedir. Ancak, müstakil olaylar açısından verilen kararların doğruluk dereceleri tartışılabilir:

"Mağdur Halil.... Enver ve İsmail'i ayırırken elinden yaralandığını, ancak hangi sanık tarafından yaralandığını ... bilmediğini beyan etmiş. Kararda da adı geçenlerden hangisinin bıçak vurduğunun tesbit edilemediği kabul edilmiş olmasına göre; ... TCK. nun 463 üncü maddesinin olayda uygulama yeri olmadığı gibi, iki sanık birbiri ile kavga ederken araya giren şahsın yaralanmış olması karşısında, iştirak halinde suç işleyenler hakkında tatbiki gereken TCK. nun 65 inci maddesinin uygulama olanağı da bulunmadığı cihetle, aslı.... faili belirlenemediği takdirde olayın özelliği itibarıyla, sanıkların mahkûmiyeti cihetine gidilemeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde (TCK. nun 456/4, 457/1, 463 üncü maddeleriyle) hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir"⁽⁵⁷⁾.

"Karşılıklı birbirlerine ateş eden kişilerin yaptığı atışlardan üçüncü kişinin yaralanması durumunda, TCK. nun 463 üncü maddesinin uygulama olanağı bulunmadığı gözetilmeden, sanıkların silahla yaralamaya tam teşebbüs de

(54) 4. CD. 6.5.1962, 4817/1926 (nakleden Özek, 506). Aynı mealde Gölcüklü, 95, 102. Ancak, Gölcüklü, beraat kararının verilmesi gerektiği fikrini ileri sürerken, bu kişiler arasında iştirak ilişkisinin mevcut olup olmadığını hiç dikkate almamaktadır.

(55) Yukarıda zikrettiğimiz gibi (dn. 35), hukukî mahiyeti yanlış idrak edilen "kasame" müessesesi de bu ihtimalde, failin kimin olduğunun isbatlanamaması nedeniyle, suç şüphesi altındaki bütün kişilerin Ceza Hukuku açısından sorumlu tutulmalarını gerekli kılmaktadır; ancak, bu kişilerin tazminat sorumluluklarının varlığını öngörmektedir. Belirtmek gerekir ki, "diyet", bir ceza olmayıp, Borçlar Hukuku hükümlerine göre tazminat mahiyeti arz etmektedir.

(56) Soyarslan, 295. Ancak, Soyarslan, bilahare ilginç bir görüş dermeyer etmektedir (sh. 298). Buna göre, "kavga" eden (birbirlerine karşılıklı olarak müessir fiil suçu-nu ika eden) iki kişiyi ayırmaya çalışan üçüncü şahsın yaralanması halinde, bu iki kişiden hangisi tarafından yaralandığı anlaşılamazsa, "şüpheden sanık faydalanır ilkesi gereği tüm sanıklar beraat ettirilmelidir". Soyarslan, bu görüşünü Gölcüklü'ye (Gölcüklü, 95) istinaden ileri sürmektedir. Ancak, Gölcüklü'nün beraat kararının verilmesi gerektiğini savunduğu ihtimalle, Soyarslan'ın izaha gayret ettiği ihtimal, birbirlerinden tamamen farklıdır. (Gölcüklü'nün görüşünün isabetlilik derecesi hakkında bkz. yukarıda dn. 53).

recesinde kalan eylemlerine uyan TCK. nun 62, 456/4, 457/1 inci maddeleri yerine, yazılı maddelerle (TCK. nun 456/4, 457/1, 463 üncü maddeleriyle) ceza tayin edilmesi, bozmayı gerektirmiştir⁽⁵⁸⁾.

"... olayımızda birbirlerini öldürmek için ateş eden sanıklardan hangisinin tabancasından çıktığı tespit edilemeyen bir kurşunun olayda hiç bir ilgisi olmayan maktule isabetiyle öldürülmüş olmasında 463 üncü maddenin uygulanmasının makul ve makbul gerekçeleri gösterilmeden, sanıklar hakkında 448 ve 61 inci maddeleri yerine, 52, 448, 463 üncü maddelerin uygulanması suretiyle sanıkların suçlarının niteliğinde hataya düşülmesi, bozmayı gerektirmiştir"⁽⁵⁹⁾.

Karşılıklı olarak birbirlerini öldürmek veya yaralamak isteyen kişilerden hangisinden sadır olduğu anlaşılamayan bir bıçak darbesiyle bunları ayırmak isteyen üçüncü kişinin yaralanması veya ölmesi (birinci olay); ya da, birbirlerini öldürmek amacıyla karşılıklı olarak birbirlerine ateş eden iki kişinin hangisinin silahından çıktığı belirlenemeyen bir merminin isabeti sonucu, bir üçüncü şahsın ölmesi (ikinci olay) hadiselerinde şu şekilde düşünmek gerekir: Önce, her iki olayda da karşılıklı olarak birbirlerine bıçak sallayan veya silahla ateş eden kişiler bir diğerine karşı teşebbüs derecesinde kalmış veya tamamlanmış kasden müessir fiil veya kasden adam öldürme suçunu işlemektedirler. Ancak, bu tür olaylarda sözkonusu fiilleri her iki kişi de karşılıklı olarak birbirlerine ika ettikleri için; suç siyaseti mülahazalarıyla, bu iki kişinin her birine işlediği fiilin tam cezasının verilmesi veya, duruma göre, cezanın indirilerek hükmedilmesi ya da hiç ceza verilmemesi hususu mevzumuzun dışında kalmaktadır.

Üçüncü kişinin ölmesi veya yaralanması açısından, her iki olayı birbirinden ayırmak gerekir: Birinci olayda bu iki kişi karşılıklı olarak birbirlerine bıçak sallarlarken, her ikisi de, salladıkları bıçağın ayırmak amacıyla olaya müdahale eden kişiye isabet edebileceğini ya öngörmüşler ve fakat istememişlerdir, ya da lakaydi davranmışlardır. Birinci ihtimalde şuurlu taksirleri; ikinci ihtimalde ise, gayrimuayyen kastları sözkonusudur. Şayet gayrimuayyen kastla hareket etmekteyseler, her iki kişi de bu üçüncü kişinin öldürülmesine veya yaralanmasına ilişkin hareketin haksızlık muhtevasını* ayrı ayrı gerçekleştirmektedirler. Buna karşılık, neticenin ifade ettiği haksızlığı hangisinin gerçekleştirdiği sabit olmadığı için, *in dubio pro reo* kuralı gereğince, bu iki

(57) 2.CD. 2.6.1983, 3549/4025 (Erdurak, 1012).

(58) 8.CD. 26.4.1983, 918/1136 (Erdurak, 1012).

(59) 1.CD. 5.3.1974, 2878/855 (Erdurak, 1021).

kişiyi ayrıca (üçüncü kişiye karşı işlenen fiil açısından) adam öldürme veya müessir fiil suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerekecektir. Fakat, bu üçüncü kişinin şuurlu taksirle ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet vermeleri halinde; şuurlu da olsa, taksirli suçlara teşebbüs mümkün olmadığı için, her iki şahsı da ayrıca üçüncü kişinin öldürülmesi veya yaralanması fiilinden, *in dubio pro reo* kaidesi gereğince, Ceza Hukuku açısından sorumlu tutmamak gerekir⁽⁶⁰⁾.

İkinci olaya ilişkin, birinci olayla ilgili olarak zikrettiğimiz bu her iki ihtimalin yanısıra, üçüncü bir ihtimal de, birbirlerine karşılıklı olarak ateş eden kişilerin bu üçüncü şahsın öldürülmesi veya yaralanması hadisesi açısından (şuursuz) taksirle hareket etmeleridir. Bu ihtimalde karşılıklı olarak birbirlerine ateş eden kişiler, objektif itina mükellefiyetine aykırı olarak, bu üçüncü şahsın öldürülebileceğini veya yaralanabileceğini tahmin etmemişlerdir. Taksirli suçlarda teşebbüs sözkonusu olmadığı için, bu kişileri, ayrıca üçüncü şahsın öldürülmesi veya yaralanması fiilinden dolayı, *in dubio pro reo* kaidesi gereğince, Ceza Hukuku açısından sorumlu tutmamamız gerekir.

Ancak, üçüncü kişinin öldürülmesi veya yaralanmasına ilişkin ortaya koyduğumuz bu üç ihtimalden her biri, aynı hadisede karşılıklı ateş eden veya bıçak sallayan her iki kişi için sözkonusu olabileceği gibi; örneğin bu kişilerden birisi gayrimuayyen kastla hareket ederken, bir diğeri şuurlu taksirle hareket etmiş olabilir; veya birisi şuurlu taksirle hareket ederken, bir diğeri şuursuz taksirle hareket etmiş olabilir. Bu durumlarda üçüncü şahsın öldürülmesi veya yaralanması fiilinden dolayı bu kişilerin herbirinin sorumluluğunu kendi (gayrimuayyen) kast veya (şuurlu/şuursuz) taksirine göre belirlemek gerekecektir.

Bu izahlarımıza göre, Yargıtay'ın yukarıda zikrettiğimiz kararlarını şu şekilde değerlendirebiliriz:

2. CD., karşılıklı olarak birbirlerini yaralamak(?) için bıçak sallayan iki kişiyi ayırmak isteyen üçüncü şahsın yaralanması ve fakat bu yaralamanın hangi sanık tarafından ika edildiğinin tesbit olunamaması durumunda, bu iki kişinin "mahkumiyeti cihetine gidilemeyeceği"ne karar vermiştir⁽⁶¹⁾. Bu görüşe katılmaya imkân yoktur.

8. CD., karşılıklı ateş eden her iki kişinin kasden müessir fiil suçuna

(60) Bkz. yukarıda dn.21. Ancak, Borçlar Hukuku hükümlerine göre müteselsilen tazminat sorumluluklarının var olup olmadığı, mevzumuz dışındadır.

(61) Bkz. yukarıda dn. 57.

teşebbüsten dolayı mahkûm edilmesi gerektiği fikrindedir⁽⁶²⁾. Anlaşıldığı kadarıyla, üçüncü kişinin yaralandığı bu olayda, kasden müessir fiil suçuna teşebbüs dolayısıyla mahkûmiyet cihetine giderken; Yargıtay, olayı bu iki kişinin sadece birbirlerine karşılık olarak silahla ateş edişlerini dikkate almıştır; bir üçüncü kişinin yaralanmış olduğunu ayrıca değerlendirme konusu yapmamıştır. Halbuki, olay, karşılıklı ateş eden kişilerin ayrıca üçüncü bir kişinin yaralanması açısından (gayrimuayyen) kastla mı yoksa (şuurlu/şuursuz) takirle mi hareket ettikleri hususlarında da değerlendirmeye tabi tutulmalıydı.

Aynı eleştiri, karşılıklı ateş eden her iki kişinin sadece kasden adam öldürme suçuna teşebbüsten dolayı mahkûm edildiği 1. CD.'nin Kararı⁽⁶³⁾ açısından da geçerlidir.

Ayrıca, Yargıtay, karşılıklı olarak birbirlerine silahla ateş eden her iki kişinin bir olayda kasden müessir fiil suçuna, diğerinde ise kasden adam öldürme suçuna teşebbüsten dolayı mahkûm edilmesi gerektiği kanaatine varmıştır. Tesbit edebildiğimiz kadarıyla, Yargıtay'ı böyle farklı düşünmeye sevkeden, üçüncü kişinin olayların birinde yaralanması, diğerinde ise ölmesi olmuştur. Bu şekilde düşünüş tarzının isabetli olmadığı, sözkonusu olaylardaki hukukî meselenin çözümüne ilişkin yukarıdaki izahlarımız dikkate alınırca, kolaylıkla anlaşılacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da, Yargıtay'ın bu tür olaylarda CK.'nin 52. maddesinin, yani hedefte sapmaya (=aberratio ictus) ilişkin kuralların "uygulanama"yacağı doğrultusundaki görüşüdür. Çünkü, Yargıtay'a göre, "maktûlün kimin attığı kurşunla ölmüş olduğu belli değildir" ⁽⁶⁴⁾. Yargıtay'ın bu görüşünde isabet yoktur. Mesele, kanaatimizce, mağdurun kimliğinde/suçun konusunda yanılğı (=error in persona vel in objecto) ile hedefte sapmanın (=aberratio ictus) aynı hadiseler gibi telâkki edilmesinden (ve dolayısıyla, birbirinden farklı mahiyet arzeden bu iki ihtimalin 52. maddede aynı hükme bağlanmasından) kaynaklanmaktadır⁽⁶⁵⁾.

Bütün bu izahlarımızdan vardığımız YARGI şudur: 463. madde, bazı durumlarda müşterek failer lehine haksız bir imtiyaz teşkil etmektedir. Suç ortaklarından bazı müşterek failer lehine kayırcı bir hüküm ihtiva eden 463.

(62) Bkz. yukarıda dn. 58.

(63) Bkz. yukarıda dn. 59.

(64) CGK. 19.3.1979, 51/128 (YKD Şubat 1982, sh. 248'de). Aynı mealde 1. CD.'nin yukarıda (dn. 59) zikrettiğimiz kararı.

(65) 52. maddeye müteallik olarak, bkz yukarıda dn. 21.

madde, adalet ilkeleriyle çelişik bir muhtevaya sahiptir⁽⁶⁶⁾.

(66) Söz konusu maddenin ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'ya "aykırı" olduğu iddiası (Erem, Adam., 136; Soyarslan, 300, 302/303), isabetli değildi. 463. madde ile hiç kimse hak ettiğinden fazla bir ceza ile veya mücerret olarak hak etmediği halde cezalandırılmamaktadır (463. maddenin lehe bir düzenleme getirdiği konusunda ayrıca bkz. Any Mhk. 11.6.1968, 48/24; Donay, 521 vd.).

ELAZIĞ RUH SAĞLIĞI VE HASTALIKLARI
HASTANESİNDE İKİ YILLIK BİR DÖNEME İLİŞKİN
CEZAI EHLİYET RAPORLARININ İNCELENMESİ

Dr. Hüseyin H.ÖZSAN(*)
Dr. Zehra ARIKAN(**)

● ANLATIM DÜZENİ: Giriş. Materyal, Metod. Bulgular. Tartışma. Sonuç.

GİRİŞ

Ceza hukukunda suç, yasaların suç dediği şeydir. Bir şeyin suç olması için, suç olduğu yasada belirtilmiş olmalı ve cezası da yasada yazılı olmalıdır⁸. Ekonomik, siyasi ve göreneklere ilişkin suçlar çeşitli memleketlerde değişmekle beraber, diğer klasik suçlar hemen hemen bütün memleketlerde aynıdır.

Tarihsel gelişimi dikkate alındığında, ceza hukukunda hiç bir konunun ceza sorumluluğu kadar tartışılmadığını görürüz. Müşevilere ait eski yasalar embesil, küçük çocuk ve sağır ve dilsizlerin zarara neden olduklarını zaman sorumlu tutulmamaları gerektiğini belirtirler⁷. Anglo-Saxon hukukunun temel ilkesi akıl hastalıklı bireylerin ceza sorumluluğu yönünden haklarını korumaya yöneliktir³. Fransız ruh hekimlerinden Esquirol, kişilerin, akıl yetilerinden herhangi birinin bozukluğunda işledikleri suçtan ötürü ceza görmemeleri gerektiğini ileri sürmüştür¹.

Geçen yüzyılda Amerikan yetkili makamları genellikle M'Naghten kurallarını izlemişlerdir. Bu kurallara göre, fiil bir idiot, embesil veya akli dengesi bozuk bir kimse tarafından gerçekleştirilirse, böyle bir hareket suç değildir^{3,4}. 1871 yılında New Hampshire Yüksek Mahkemesi M'Naghten kurallarını reddetmiştir. Mahkeme ceza sorumluluğunu belirlemede fiilen bir akıl hastalığının ürünü olup olmadığının saptanmasını gerekli görmüştür. New Hampshire Yüksek Mahkemesinin bu kararı 1954 yılında Durham vakası hakkında karar verilene kadar pek dikkat çekmemiştir. Durham vakasında yargıç David

(*) Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı Uzmanı.

(**) Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı Yardımcı Doçenti.

L.Bazelon "eğer fiil bir akıl hastalığı veya bir akıl defektinin ürünü ise kişi bu fiilden sorumlu değildir" şeklinde beyanda bulunmuş ve bu konuyu aydınlatmanın psikiyatristin işlevi olduğunu beyanına eklenmiştir³.

T.C.Y.nın 46, 47 ve 48. maddeleri hangi durumların ceza sorumluluğuna etki yapacağını, etki derecelerini göstermektedir. Yasa akıl hastalarının eylemlerinden ötürü tam yada indirimli olarak sorumsuz olabileceklerini kabul etmektedir.

46. made "fiil işlendiği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilemez" der. Bu maddeye göre suç işleyen akıl hastası olmalı, suç hastalık etkisinde işlenmeli, hastalık ile olay bağlantısı olmalıdır².

T.C.Y.nın 47. maddesi ile tıpkı Fransız Ceza Yasası'nın 463. maddesi gibi, akıl hastalığının, bir suç işlenişinde indirimli cezaya neden olabileceği kabul edilmiştir. Hasta kendisini yönlendiren davranışlarının bağımsızlığını önleyen hezeyanlı bir atmosfer içine o suçu işlemiş ise ceza sorumluluğu taşımaması doğaldır. Ancak topluma uyum sağlayacak ölçüde iyileşmiş bir şizofren için tam sorumsuzluk kararı verilmesi doğru değildir¹.

T.C.Y.nın 48. maddesi arızı bir nedenle suç işleyenlerin 46. veya 47. maddelerden yararlanabileceklerini bildirir. Yani geçici bir neden sonucu olarak 46 veya 47. madde söz konusu ise kişi hakkında 46 veya 47. madde uygulanır². Geçici nedenlerin neler olabileceği yasamızda belirtilmemiştir, mental konfüzyon tablosundaki hastanın suç işlemesi durumunda bu maddeyi kullanabiliriz⁵.

Asıl sorun suçlunun T.C.Y.nın 46 yada 47. maddelerinden yararlanıp yararlanmayacağını saptanmasında ortaya çıkmaktadır. Suç işlemiş bir kişi için suçlunun kendisi, yakınları yada savcı akıl hastası olduğunu ileri sürerek bu maddelerin kapsamına girecek ölçüde olup olmadığını saptanmasını istemeleri karşısında, Yargıtay birleşik içtihadı gereği yargıç, suçluyu ruh hekimi-ne göndermek zorunluğundadır. Kimi vakalarda suçtan kurtulma amacı ile hekim yanılıya düşebilir, suçlunun gerçek akıl hastası olduğunu saptamak güçleşir. Bu nedenle Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 74. maddesi özellikle sanığın bilincinin incelenmesinin bir gözlem sonucu yapılmasını belir-tir.

Biz bu çalışmada T.C.Y.nın 46, 47 ve 48 inci maddelerinin ne şekilde uygulandığı konusunda bir fikir verebilmek amacı ile Elazığ Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi'ne iki yıllık bir dönemde mahkemeler aracılığı ile gönderilen

**ELAZIĞ RUH SAĞLIĞI VE HASTALIKLARI HASTANESİNDE
İKİ YILLIK BİR DÖNEME İLİŞKİN CEZAI EHLİYET
RAPORLARININ İNCELENMESİ**

ve ceza sorumluluklarının belirlenmesi istenilen vakaların sağlık kurulu raporlarının değerlendirilmesini yaptık.

MATERYAL, METOD

1985-1986, 1986-1987 tarihleri arasında Elazığ Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi'ne mahkemeler tarafından gönderilen ve ceza sorumluluklarının belirlenmesi istenen 594 kişinin sağlık kurulu raporları prospektif olarak kaydedilmiştir. Daha sonra bunların değerlendirmeleri %'ler halinde yapılmıştır.

BULGULAR

Ceza sorumluluğu sorulan 594 kişiden 218 tanesi (% 36.7) için T.C.Y.nın 46 veya 47. maddelerinden yararlanır diye karar verilmiştir. Bu 594 kişiden yalnızca 5 tanesi (% 0.8) kadındı ve kadınlardan 4'ü (% 80) 46 veya 47. maddeden yararlandılar.

46 ve 47. maddelerden yararlanan 218 kişinin yaş dağılımına bakıldığında: 20 yaş altında 31 kişi (% 14), 20-30 yaş arası 80 kişi (%36.7), 30-40 yaş arası 56 kişi (% 25.7), 40-50 yaş arası 25 kişi (% 11.5) ve 50 yaş üzerinde 26 kişi (% 12) vardı. Bunların 40 tanesi (% 18.3) cahil, 40 tanesi (% 18.3) okur yazar, 120 tanesi (% 55) ilk okul mezunu, geri kalan 18 kişi (% 0.8) ise orta eğitim görmüştü.

Hastalık dağılımları şu şekilde idi: 40 (% 18.3) psikotik reaksiyon, 42(% 19.2) zeka geriliği, 15 (% 6.7) organik beyin sendromu, 6 (%2.7) dissosiyatif reaksiyon, 63 (% 28.9) kronik şizofreni, 19 (% 18.7) epilepsi, 1 (%0.04) patolojik sarhoşluk, 30 (% 13.7) paranoid bozukluk, 1 (% 0.04) bipolar bozukluk 1 (%0.04) depresyon.

T.C.Y.nın 46 veya 47. maddelerinden yararlanan 218 kişinin 126'sı (% 57.8) 46 ve 92'si ise 47. maddeden yararlanmaktaydılar.

46. maddeden yararlanan 126 kişinin suç dağılımı: 12 (% 9.5)hırsızlık, 14(% 11) hakaret, 1 (% 0.07) ırkçılık, 8 (% 0.63) iftira, 26 (% 20.7) adam öldürme veya öldürmeye teşebbüs, 4 (% 8) yangın çıkarma, 2 (% 1.5) meraya tecavüz, 2 (% 1.5) kız kaçırma, 15 (%11.9) yaralama, 9 (%7) ırza geçme veya ırza geçmeye teşebbüs, 15 % 11.9) ızrar, 2 (% 1.5) sahte evrak tanzimi, 2 (% 1.5) esrar içimi ve satımı şeklindeydi.

Hastalık dağılımları ise: 61(% 48.4) kronik şizofreni, 30 (% 23.8) paranoid bozukluk, 15 (% 11.9) epilepsi, 9 (% 7.1) zeka geriliği, 7 (% 5.6) organik beyin

sendromu, 4 (%3) psikotik reaksiyon şeklindeydi.

T.C.Y.nın 47. maddesinden yararlanan 92 kişinin suçlara göre dağılımı ise: 14(% 15.2) hırsızlık, 1(%1.1) ırkçılık, 8(%8.6) hakaret, 16 (% 17.3) adam öldürme veya adam öldürmeye teşebbüs, 2 (% 2.2) yangın çıkarma, 1(% 1.1) kız kaçıрма, 18 (%19.6) yaralama, 22 (%23.9) tehdit, 2 (% 2.2) ırza geçmeye teşebbüs, 6 (%6.5) ızzar, 1 (% 1.1) sahte evrak tanzimi şeklindeydi.

Hastalık dağılımları ise: 36(% 39.1) psikotik reaksiyon, 33(% 35.9) zeka geriliği, 6(% 6.5) organik beyin sendromu, 6(% 6.5) dissosiyatif reaksiyon, 4 (% 4.3) epilepsi, 2 (% 2.2) kronik şizofreni, 1 (% 1.1) PMD, 1 (% 1.1) depresyon şeklindeydi.

TARTIŞMA

Ceza sorumluluğunun belirlenmesi için mahkemelerce gönderilen 564 kişiden 218'ine T.C.Y.nın 46 veya 47 inci maddelerinden yararlanabilecekleri yönünde karar verilirken, hiç kimse için 48 inci maddenin söz konusu edilmemesi dikkat çekiciydi. Bu durum, gerçekten bu 594 kişinin içinde T.C.Y.nın 48. maddesine uygun kimse yok muydu, yoksa biz bu maddeyi gözardı mı ediyoruz sorusunu akla getirmektedir. T.C.Y.nın 48. maddesi "suç sırasında arızı sebeplerle akli haletin az veya çok bozulması ve buna bağlı olarak cezai ehliyetin azaltılması veya tamamen kaldırılması" durumundan söz eder. Bu durumda herhalde T.C.Y.nın 46 ve 47. maddelerinin işlerliğinin olması bizi bu kararı almaya yöneltmektedir.

Ceza sorumluluğunun belirlenmesi için mahkemelerce gönderilen 594 kişiden yalnızca 5 tanesi (% 0.8) kadın idi. Tunalı ve Kendi fark ve temyiz kudreti üzerine yaptıkları çalışmada da kız çocuk oranı % 4.51 bulmuşlardır. Gelenek ve göreneklerimizin kadına verdiği rolün bu oran üzerinde etkili olduğunu düşünebiliriz. Özellikle de, hasta olan kadınların daha çok kollanır, gözetilir olması, ilişkilerin kontrol altında tutulur olması bu sonuca yol açabilir.

46 ve 47 inci maddelerden yararlanan 218 kişinin yaş dağılımına baktığımızda, çoğunluğun 20-40 yaş arasında olduğu görülmektedir. Delikanlılık çağından önce ve 45 yaşından sonra ruh hastalıklarının görülme oranının düşük oluşu, yaşlılığın getirdiği dejeneratif hastalıklar sayılmazsa tüm ruh hastalıklarının 40 yaşına doğru yükseldiği, sonra düştüğü gözönüne alınırsa bu durum beklentiler yönündedir.

Benzer tanılarla T.C.Y.nın 46 ve 47 inci maddelerinin uygulanmış olması hekimlerin ceza sorumluluğunu belirlemede fiilin akıl hastalığının veya defek-

**ELAZIĞ RUH SAĞLIĞI VE HASTALIKLARI HASTANESİNDE
İKİ YILLIK BİR DÖNEME İLİŞKİN CEZAI EHLİYET
RAPORLARININ İNCELENMESİ**

tinin ürünü olup olmadığının saptanmasında özen gösterdiklerini düşündürmektedir. Verilen kararlardan anlaşıldığına göre bir akıl hastalığının varlığında fiil bu hastalığın ürünü değil ise yinede hastanın indirimli ceza görmesinin uygun olacağını düşünüp T.C.Y.nın 47. maddesinden yararlanmasına karar vermişlerdir.

SONUÇ

Ceza sorumluluğu sorulan 594 kişiden 376'sı (%63.3) için T.C.Y.nın 46 ve 47. maddelerinden yararlanamayacakları yönünde karar verilmiştir. Bu bize kimi vakalarda suçtan kurtulma amacı ile hekimin yanılgıya düşürülmek istendiğini göstermektedir. Oranın bu kadar yüksek olması sanığın bilincinin incelenmesinin gözlem altında yapılmasının ne kadar önemli olduğunu da ortaya koymaktadır. Bu konuda hekimlere düşen üzerlerindeki sorumluluğun farkında olarak gerekli dikkat ve özeni göstermeleri olacaktır. Ancak hekime gerekli bilgileri sağlayacak ara kademelerin, kurulması için de yasal düzenlemelerin yapılması lazımdır.

KAYNAKLAR

- 1 Akgün A. : Ceza Hukuku Alanında Adli Psikiyatri, Adli Psikiyatri, 1987, Ankara, 55-115.
- 2 Aykaç M. : Cezai Sorumluluk, Adli Tıp, 1987, İstanbul 383-395.
- 3 Cammer L. : Criminal Responsibility, Outline of Psychiatry, 1962, Mc.Graw-Hill Book Company Inc., 360-361.
- 4 Davidson HA. : Criminal Responsibility, Forensic Psychiatry, 1965, The Ronald Press Company, New York, 3-34.
- 5 Dinçmen K. : Suça Karşı Cezai Ehliyet Kavramı, Adli Psikiyatri, 1984, Birlik Yayınları, İstanbul, 20-27
- 6 Dönmezler S. : Suç, Kriminoloji, 1984, Filiz Kitabevi, İstanbul, 57-95
- 7 Kaplan HI, Freedman AM, Sadock BJ. : Forensic Psychiatry Comprehensive Textbook of Psychiatry, Third Edition, 1980, Williams and Wilkins, Baltimore, London, 3043-3083
- 8 Özgen E. : Ceza Hukuku, Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, 1988, T.C. Anadolu Üni. Eğitim, Sağlık ve Bilimsel Araştırma Çalışmaları Vakfı Yayınları, No: 62, Eskişehir, 5-13.
- 9 Tunah I. Kendi Ö. : Fark ve Temyiz Kudreti ile İlgili Bir Araştırma, Adalet Dergisi, S: 177-190, 1987.

**KARŞILIKSIZ ÇEK
KARŞILIKSIZ ÇEKİN HUKUKİ VE CEZAI SONUÇLARI(*)
(II)**

Alpay ANTMEN(**)

**III- KARŞILIKSIZ ÇEK KARŞISINDA MUHATAP BANKACA
YAPILMASI GEREKENLER**

1- Genel Olarak

Muhatap bankanın kendisine ibraz edilen bir çekin kısmen veya tamamen ödenemeyeceğini tespit etmesi halinde, öncelikle ibraz edilen çekin süresi içinde ibraz edilip edilmediğine bakar, süresi içinde ibraz edilmiş bir çekin varlığını belirledikten sonra bu çekin yasal unsurları haiz olmasını ve yetkili hamil tarafından ibraz edilmiş olmasını arar. İşte bundan sonra muhatap banka 3167 sk. m. 5'e göre, çekin ibraz tarihi ile kısmen veya tamamen ödenmeme sebebini ve çekin ödenmeyen kısmını çek üzerine yazarak hamiline geri verir.

Çekin kısmen ödenmesi halinde dahi bu hükme göre bankaca çekin iade edilmesi gerekir^(69, 70). Mutapa banka karşılıksız çek ibrazı fiilini tespit ettikten sonra 3167 sk.m.7'ye göre ve bu madde muhteviyatına uygun olarak hesap sahibine iadeli taahhütlü bir mektupla ihtarda bulunur. Bundan sonra muhatap banka 3167 sk. m.9'a göre hesap sahibinin düzeltme hakkını kullanıp kullanmamasına göre farklı sürede ve 3167 sk'a ilişkin 1 nolu tebliğin 4. maddesinde belirtildiği üzere farklı şekillerde TC. Merkez Bankası'na bildirme ve duyurma mükellefiyetlerini yerine getirir. Ayrıca hesap sahibi ödeme yapar ise onun adına muhatap bankaca bir hesap açılması gerekir. Bundan başka muhatap banka belirli şartların varlığı halinde kendisine ibraz edilen her çek yaprağı için karşılıksız halinde, 125.000 lira ödemek zorundadır.

Muhatap banka 3167 sk. ile kendisine yüklenmiş müeyyideleri yerine ge-

(*) Yargıtay Dergisi Cilt: 18, Ekim-1992, Sayı: 4, Sayfa: 505-524'den devam.

(**) **Stajyer Avukat.**

(69) Bu konuda ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. Donay, S.: s. 29 vd.

(70) Reisoğlu, kısmi ödeme halinde çekin hamile iadesi hükmünü isabetsiz bularak eleştirmiştir. Bkz.Reisoğlu, S.: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 2. bası, Ankara 1985, s. 117 vd.

tirmez ise, aynı kanunun 15. maddesine göre cezalandırılacaktır⁽⁷¹⁾.

2- Hesap Sahibine İhtar Gönderilmesi

Karşılıksız çek olması sebebi ile kendisine ibraz edilmiş bir çeki kısmen ya da tamamen ödeyemeyen muhatap banka, hesap sahibine, kendisinin veya vekil ve temsilcilerinin elinde bulunan bütün çek karnelerinin aldığı bankalara geri vermesini, düzeltme hakkını kullanmadan bir yıl süre ile çek keşide edemeyeceğini, aksine davranışlarının cezai müeyyideye konu olacağını, ibraz tarihini izleyen günden başlamak üzere on iş günü içinde, hesap sahibine iadeli taahhütlü mektupla ihtar etmek zorundadır. Bu zorunluluk 3167 sk. m.7'den kaynaklanmaktadır. Muhatap banka ihtar yükümlülüğünü yerine getirmez ise 3167 sk. m.15'e göre ağır para cezasına çarptırılacaktır.

Çekin karşılığı olmadığı halde, hamil, karşılıksızlığın tespitini istememiş ise, mesela bankadan çekin üzerine karşılıksızlığın yazılmasını istememişse ne olacaktır? Bir çekin karşılıksız sayılabilmesi ve söz konusu çeki, karşılıksız çeklere ilişkin hukukî ve cezaî müeyyidelerin uygulanabilmesi için, önce hesap sahibine 3167 sk. m. 7 uyarınca ihtar yapılması ve hesap sahibinin düzeltme hakkını kullanmaması veya kullanamayacak olması gerekir. Donay burada⁽⁷²⁾, 3167 sk. m. 7'nin uygulanmasını yani muhatap bankanın hesap sahibine bu halde dahi ihtarda bulunması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre; "Bu suç ile korunan menfaat, çeklere karşı güven duygusunun sağlanmasıdır... Yasaya aykırı, karşılıksız çek veren kişinin sırf karşılıksızlık nedeni ile cezalandırılması, suçtan zarar gören hamilin şikâyetine bağlanabilir. Ancak 3167 sk.'a aykırı olarak çek keşide eden hamil, çek kullanımı konusundaki sınırlamalara maruz kalmalıdır. Bu sınırlamalar ise hamilin iradesine bırakılamaz... Çek keşide etme alışkanlığına erişmiş kişi için en uygun yaptırım, bu yetkinin kendisinden alınmasıdır."

Reisoğlu ise; hamilin, çek üzerine "karşılıksız" şerhinin yazılmasını istememesi halinde 3167 sk m.7'nin çalışmayacağı görüşündedir. Kanımca; Donay'ingörüşü, olması gereken hukuk bakımından isabetlidir. Ancak bir çekin karşılıksız çek sayılmasının ana unsurlarından biri de karşılıksızlığın 3167 sk.m.5'de veya TTK.m.720'de yazılı şekillerden biri ile tespit edilmesidir. Eğer çekin "karşılıksız" olduğu tespit edilmemiş ise 3167 sk. m.7'nin uygulanmasına imkân yoktur. Çünkü böyle bir çek "karşılıksız çek" sayılmayacaktır.

(71) Bu suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Donay, S.: s.84 vd.

(72) Donay, S.: s.40-41.

a- İhtar gönderilecek kişi

3167 sk.m.7'de açıkça belirtildiği gibi, ihtar, çekle işleyen hesapta adı görülen hesap sahibine yapılır. Bu ihtar hesap sahibinin bankaca bilinen adresine yapılır. Hesap sahibi, adres değişikliği keyfiyetini bankaya bildirmediği sürece, ihtarın, muhatap banka nezdinde çek hesabı açtırırken bildirdiği adrese yapılması, 3167 sk.m.12'ye göre, hüküm ve sonuçlarını doğurması için yeterlidir⁽⁷³⁾.

Çekler sadece hesap sahiplerince değil, hesap sahiplerinin vekil veya temsilcileri tarafından da keşide edilebilir. Vekil veya temsilcilerinin kendi nam ve hesaplarına değil de yetkilerini aşmadan, hesap sahibi nam ve hesabına çeki imzalamaları halinde, hesap sahibi bu halde dahi keşideci sayıldığı için hesap sahibi-keşideci ayırımının burada önemi yoktur. Vekil veya temsilciler hesap sahibi nam ve hesabına karşılıksız çek keşide ettiklerinde 3167 sk.m.16'ya göre cezaî müeyide hesap sahibi hakkında değil, çeki fiilen keşide edenler hakkında uygulanacaktır. Göle'ye göre: Hesap sahibi ile karşılıksız çek keşidesi fiilini işleyen kişilerin farklı olduğu durumlarda, bu kişilere de ihtar gönderilmesi kanun koyucu tarafından öngörülmüş değildir. Ancak pasif temsil yetkisi dolayısıyla hesap sahibine yapılan ihtarın, vekil ve temsilcilerine de yapıldığı kabul edilebilir⁽⁷⁴⁾.

b- İhtarı gönderecek şube

3167 sk.'da ihtarın hangi şube tarafından gönderileceği belirtilmemiştir. 3167 sk. m.7'de ihtarın muhatap banka tarafından gönderileceği belirtilmişse de gönderimin, muhatap bankanın genel müdürlüğünce mi yada hangi şubece gönderileceği hususunda bir açıklık yoktur. 3167 sk.'da durum böyle olmakla beraber, adı geçen kanuna ilişkin 1 nolu tebliğin⁽⁷⁵⁾ 4. maddesi uyarınca ihtarın çekle işleyen hesabın bulunduğu banka şubesince yapılması gerekmektedir. Yasada olmayan bir hükmün tebliğde yer alması yasa yapma tekniği açısından sakıncalıdır ve tebliğin bu düzenlemesi 3167 sk. m.4/2'de yer alan "Muhatap banka deyimi çekle işleyen hesabın açıldığı bankayı ifade eder." hükmüne açıkça aykırıdır ve fakat Göle'nin belirttiği gibi, çekle işleyen hesabın bulunduğu şubenin ihtarı yapmakla yükümlü kılınması, bu şubenin hesap sahibi hakkında her türlü bilgiye sahip olduğu düşünülür-

(73) Göle, C.: s. 194.

(74) Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Göle, C.: s. 193 vd.

(75) 3167 sk.'a ilişkin 1 nolu tebliğ için bkz. 24.9.1985 tarihli ve 18878 sayılı RG.

se, mantıklıdır^(76, 77).

Banka bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde 3167 sk.m.15'in son cümlesine göre ağır para cezasına muhatap olacaktır. Bu yükümlülüğün yerine getirilememesinde ağır para cezasına muhatap olacak fail, muhatap banka şubesinde görevli memurlar değil, muhatap banka tüzel kişiliğidir⁽⁷⁸⁾. Muhatap banka söz konusu ihtarı iadeli taahhütlü mektupla yapmak zorundadır. 3167 sk. m.7'de iadeli taahhütlü mektupla ihtarın yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak TTK.'nun m. 20/3 fıkrası gereğince ve muhatap banka tacir olduğu için, yapılması gerekli ihtarın noter marifetiyle veya telgrafla yapılmasında da sakınca olmaması gerekirdi. Fakat yasa koyucu 3167 sk. ile TTK.'nunu ve genel tebligat ilkelerini bağdaştıramamıştır. Kanımca, yapılacak yasa değişikliği ile, söz konusu ihtarın Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacağı şeklindeki düzenleme, olması gereken açısından daha uygundur. Çünkü bu sebeple ihtarın hesap sahibi eline ulaşıp ulaşmadığı problemi çözümlenmiş olabileceği gibi bundan daha da önemli olarak ihtarın yapılması daha ciddi ve teferruatlı hükümlere bağlanarak, tebligat hukuku açısından yeknesaklık da sağlanmış olur. Ayrıca Tebligat Kanunu'nun 2. maddesi sayesinde "tebligatın memur vasıtası ile yapılması" mümkün olabilecek, bu sebeple de gecikmesinde sakınca doğabilecek haller ortadan kaldırılıp hesap sahibinin adresini değiştirmesi halinde Tebligat K.nun m. 35/2 fıkrası gereğince tebliğ yapılarak uygulamada bu konuda duyulan sıkıntı da ortadan kaldırılacaktır.

c- İhtarın kapsamı

3167 sk.'da yapılmamakla birlikte, aynı kanuna ilişkin 1 nolu tebliğin 4. maddesinde, maddenin A ve B bentlerinde olmak üzere, muhatap bankaca yapılacak ihtarın kapsamının ne olacağı konusunda ikili ayırım yapılmıştır. Bu ayırımın temeli söz konusu tebliğin 4. maddesinin A ve B bentlerinde belirtildiği gibi hesap sahibinin düzeltme hakkının olup olmamasıdır.

Eğer hesap sahibinin düzeltme hakkı var ise;

(1) Hesap sahibine öncelikle, ibraz edilen çek ile ilgili şu bilgiler bildirilir: Keşide tarihi, numarası, ibraz tarihi, ibraz edildiği banka şubesi, tutarı, keşide edildiği banka şubesinin adı ve hesap numarası ibrazında veya provizyonu alındığında hesabın bakiyesi, karşılıksız kaldığı miktar, hamilin

(76) Göle, C.: s. 195.

(77) İhtarın çekle işleyen banka şubesine yapılması gerektiği görüşü için ayrıca bkz. Donay, S.: s. 40.

(78) Yargıtay 7.CD. tarafından verilen; E.1988/8379, K. 1989/3338, 14.4.1989 tarihli kararında da aynı doğrultuda hükmedilmiştir (YKD. 1989 C.15, S. 8, s. 1201).

adı ve adresi⁽⁷⁹⁾,

(2) İhtar mektubunun tebliği tarihinden itibaren yedi iş günü için de hesap sahibinin kendisinin veya vekil ve temsilcilerinin elinde bulunan bütün çek karnelerini aldığı bankaların şubelerine geri vermesi, aksi takdirde ilgili bankaların 3167 sk. m.13/1 fıkrası gereğince kanuni mercilere ihbar zorunda kalacakları,

(3) 3167 sk.m.8 uyarınca, yedi iş günü içinde çek tutarını veya karşılıksız kalan bölümünü % 10 tazminatı ve temerrüt faizi ile birlikte hesabın bulunduğu banka şubesine hamil adına yatırmak suretiyle düzeltme hakkını kullanabileceği aksi halde, çekin ibraz tarihinden itibaren bir yıl süre ile çek keşide edemeyeceği,

(4) Hesap sahibinin bu ihtarda belirtilen hususların aksine davranması halinde (3167 sk.m.13/1 ve 13/2. fıkraları ve hesap sahibinin düzeltme hakkını kullanmaması ve hamilin şikâyetçi oması halinde m.16/1 fıkrası gereğince) cezaî müeyyidelere maruz kalacağı hususları hesap sahibine bildirilir. (3167 sk.'a ilişkin 1 nolu tebliğin 4/A bendi)

Eğer hesap sahibi bir yıl içinde iki kez düzeltme hakkını kullanmış ise ve yeniden bu bir yıllık süre içinde karşılıksız çek keşide etmişse, bu halde düzeltme işlemlerini yapmaya sadece aleyhine yapılan ceza takibatını durdurur yeni karşılıksız çek keşide etmenin cezaî müeyyidelerinden kurtulur. Bu halde düzeltme hakkını kullanarak yeniden çek keşide etme yetkisini kazanamaz. Böyle bir durumda muhatap bankaca yapılacak ihtarda:

(a) Hesap sahibine çekin keşide tarihi, numarası, ibraz tarihi, ibraz edildiği banka şubesi, tutarı, keşide edildiği banka şubesinin adı ve hesap numarası, ibrazında ve provizyonu alındığında hesabın bakiyesi, karşılıksız kaldığı miktar, hamilin adı ve adresi.

(b) İhtar mektubunun tebliği tarihinden itibaren yedi iş günü içinde hesap sahibinin kendisinin veya vekil ve temsilcilerinin elinde bulunan bütün çek karnelerini aldığı bankaların şubelerine geri vermesi, aksi takdirde ilgili bankaların 3167 sk. m. 13/1 gereğince kanunî mercilere ihbar zorunda kalacakları,

(c) Hesap sahibinin ihtar muhteviyatına aksi davranması halinde (3167

(79) Uygulamada, özellikle hamile yazılı çeklerde, hamiller ad ve adreslerini vermek istememektedirler. Ancak hamilin ad ve adresini muhatap bankaya bildirmesi, hem bunların hesap sahibine bildirilmesi hem de hesap sahibi hamil adına hesap açınca bu durumun hamile bildirilmesi açısından gerçekten önemlidir.

sk.m.13/1 ve 13/2 fıkrası ve özellikle, düzeltme işlemleri yerine getirilemez ise, m. 16/1 fıkrasında) cezaî müeyyidelere maruz kalacağı,

(d) Keşidecinin çekin karşılıksız kalan kısmını % 10 tazminatı ve temerrüt faizi ile birlikte muhatap banka şubesine veya ilgili bir bankanın herhangi bir şubesine kanunda öngörülen süre içerisinde yatırmış bulunması halinde hâmilin şikâyet hakkının doğmayacağı hususları bildirilecektir. (3167 sk.'a ilişkin 1 nolu tebliğin m.4/B bendi)

Bu arada çek bir kambiyo senedi olarak TTK.'da düzenlendiği için, TTK.m.3 gereğince ticari işlerden sayılır. Bu sebeple, 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanununun m. 2/3 fıkrası delaletiyle, eğer hamil hesap sahibinin, yasal % 30 temerrüt faizi yerine, T.C. Merkez Bankasının kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskon faizi oranını ödemesini istemiş ise muhatap bankanın hesap sahibine göndereceği ihtarda, hesap sahibinin düzeltme hakkının olup olmadığı farketmeksizin, bu durumu da belirtmesi gerekir⁽⁸⁰⁾.

Yapılacak ihtarın kapsamının 3167 sk.'a ilişkin 1 nolu tebliğin 4. maddesine eksiksiz uyması gerekir. Aksi halde bu ihtar tamam olmaz ve banka ihtar yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaz. Ayrıca muhatap bankanın ihtarı, 3167 sk.'nun 7. maddesinde öngürülmüş olan 10 iş günlük süre içinde göndermiş olması gerekir. Aksi halde, yine, muhatap bankanın ihtar yükümlülüğünü yerine getirdiği söylenemez. Donay'a göre bankanın tedbirsizlik ve dikkatsizlikle ihtarı geç veya eksik yapması halinde 3167 sk.m.15'de yazılı suç oluşmaz, yani bankanın cezaî sorumluluğu doğmaz. Çünkü bu suç ancak kasten işlenebilir⁽⁸¹⁾. Ancak kanımca bankanın burada objektif bir sorumluluğu vardır ve muhatap banka tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucunda da olsa ihtar yükümlülüğünü gereği gibi veya hiç yerine getirmezse ya da geciktirirse 3167 sk. m.15'e göre sorumlu olur.

3- Hamil Adına Hesap Açılması

Hesap sahibi düzeltme hakkını kullanacak ise veya düzeltme hakkı olmadığı halde, karşılıksız çekin cezaî sonuçlarından kurtulabilmek için düzeltme işlemlerini yapacak ise, muhatap banka hesap sahibinin söz konusu ödemeyi yapabilmesi için ve ödemeyi yaptığı anda hesap sahibi adına bir hesap açması gerekir. Hesap açacak şube, ödemenin yapıldığı şube olmalıdır. Bankanın bu yükümlülüğü 3167 sk. m.8'den kaynaklanır. Muhatap

(80) Aynı grüş için bkz. Göle, C.: s. 197.

(81) Donay,S: s. 93-94.

banka bu yükümlülüğünü yerine getirebilmek için, söz konusu çeki ibraz eden hamilin ad ve adresini titizlikle tespit etmek zorundadır. Göle'ye göre "aksi takdirde, hesap sahibinin düzeltme hakkını kullanması güçleşebilir."⁽⁸²⁾ bu güçlük yanında, hamilin ad ve adresini bilmeyen muhatap banka, hamil adına hesap açma yükümlülüğünü yerine getiremez. Kanımca hamilin ad ve adresini bildirmek istemediği durumlarda muhatap bankanın gereği gibi ve eksiksiz ihtar yapabilmesi için (3167 sayılı kanuna ilişkin 1 nolu tebliğin 4. maddesinin A/a-g bendi uyarınca) ayrıca hesap sahibinin düzeltme hakkını kullandığı veya düzeltme işlemlerini, cezaî takibattan kurtulmak için yaptığı durumlarda hamil adına hesap açılabilmesi için, karşılıksızlığı tespit etmemesinde yararı vardır. Çünkü aksi halde muhatap banka 3167 sk. m.15'e göre yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle ağır para cezasına maruz kalacaktır.

4- Muhatap Bankaca Ödenmesi Gereken Miktar

Muhatap banka, 3167 sk.m.10/1 fıkrası gereğince ve 3167 sk.'a ilişkin 2 nolu tebliğin⁽⁸³⁾ 3. maddesi ile 3167 sk.m.10/2 fıkrası delaletiyle artırılmış olduğu üzere, kısmen ya da tamamen karşılıksız kalmış, süresi içinde ibraz edilmiş ve bankalarca basılan ya da bastırılan çek karneleri üzerinde keşide edilmiş olmak şartı ile tüm yasal unsurları haiz 125.000 liraya kadar olan çekler ile bu miktarın üzerindeki çeklerin 125.000 lirasını keşideci dışındaki hamiline ödemeye mecburdur.

a- Sorumluluğun kaynağı ve niteliği

Bankanın bu sorumluluğu 3167 sk. m. 10/1 fıkrasının son cümlesinden kaynaklanmaktadır. Bu hükme göre muhatap bankanın söz konusu sorumluluğu, cevap sahibi ile çek karnesinin teslimi sırasında yapmış olduğu demeyeceği bir kredi sözleşmesinden doğar. Bu kredi sözleşmesi yasal olarak geri dönülemez olarak hükmedildiği için muhatap bankanın veya hesap sahibinin, bu sözleşmenin feshini istemelerine ve de sağlamalarına yasal olanak yoktur.

Muhatap bankanın bu ödemeyi yapmaktan imtina edememesi yanında en az bunun kadar önemli diğer nokta ise, hamilinde yapılacak bu ödemeyi red edemeyecek olmasıdır. Çünkü muhatap bankanın yapacağı bu ödeme kısmî ödeme niteliğinde olup⁽⁸⁴⁾,hamil TTK.m.730/1. fıkrası 8. bendi delaletiyle m.621/2 fıkrası dolayısıyla kısmî ödeme hamil tarafından red edilemez.

(82) Göle, C.: s. 197.

(83) 3167 sk.'a ilişkin 2 nolu tebliğ için bkz.16 Mart 1990 tarih ve 20463 sayılı RG.s.20 vd.

Eğer hamil bu hükme rağmen muhatap bankaca yapılacak ödemeyi kabul etmeyecek olursa, kabul etmediği oranda müracaat borçlularına başvurma hakkını kaybeder⁽⁸⁵⁾.

Banka, bu zorunlu kredi sözleşmesi sebebi ile, çek karnesini, hesap sahibine teslim etmeden önce münasip bir teminat isteyebilir⁽⁸⁶⁾. Reisoğlu burada, bankanın azamîyasal yükümlülüğü için bunu karşılayacak miktarda paranın, hesap sahibi tarafından bloke edilmesini istemesini de mümkün ve yasal bulmaktadır. Reisoğlu bunun yanında hesap sahibinin muhatap bankanın kredi müşterisi olması halinde, bankaya karşı doğmuş ve doğacak borçları için verdiği teminatların da bu krediyi teminat altına alacağı inancındadır⁽⁸⁷⁾.

3167 sk.nun hesap sahibi ile muhatap banka arasında meydana getirdiği söz konusu kredi sözleşmesi, Bankalar K.m.38'deki kredi limitleriyle de ilgilidir⁽⁸⁸⁾. Söz konusu hüküm bankalarca açılacak kredileri sınırlamış bulunmaktadır. Donay'a göre, bankalar K.m.38/5. bendinin (a) fıkrasının, özel kanun hükümlerine göre yapılan işlemlerin bu maddedeki sınırlamaları tâbi olmadığını belirten hükmü karşısında 3167 sk.'dan kaynaklanan kredi ilişkilerini de kredi limitlerinin tayininde hesaba katmamak gerekir.

Muhatap banka bu ödeme yükümlülüğünü yerine getirdiğinde, ödediği miktar için hesap sahibine rücu eder. Banka ile hesap sahibi arasında yasa-dan doğan bir kredi sözleşmesi mevcut olduğundan, banka rücu sırasında hesap sahibinden kredilere ilişkin faiz oranını talep edebilir.

Muhatap banka çekin ödenmeme sebeplerinin herhangi birinin⁽⁸⁹⁾ varlığı halinde söz konusu ödemeyi yapmak zorunda değildir. Hatta mevcut sebep karşısında söz konusu ödemeyi yapmamak zorundadır. Aksi halde ödediği bu kısım için hesap sahibine rücu edemez. Ancak çekin ödenmeme sebeplerinden birinin var olması sebebiyle, hataen ödediğinden bahisle, hamile karşı genel hükümlere göre ödemenin iadesini isteyebilir.

3167 sk.'a ilişkin 2 nolu MB., tebliğinde olduğu gibi, bankanın ödemesi gereken miktar arttırılacak olursa bu arttırma, arttırma tarihinden önce hesap

(84) Göle, C.: s. 1948.

(85) Göle'ye göre, hamil muhatap bankanın yapacağı ödemeyi kabul etmez ise kabul etmediği miktar ve bu miktara isabet eden temerrüt faizi, komisyon vs. gibi hususları da müracaat borçlularından isteyemez. Göle, C.: s. 198.

(86) Aynı görüş için bkz. Göle, C. s. 198-199; Reisoğlu, S.s. 127.

(87) Reisoğlu, S. s: 127.

(88) Donay, S. s.56-57.

(89) Çekin ödenmemesi sebepleri için bkz. Göle, C.: s. 171 vd.

sahibine verilmiş olan çek karneleri için geçerli olacak mıdır? Donay'a göre; söz konusu miktarda arttırma yoksa, bu arttırma arttırma kararından sonra verilecek olan çek karneleri için geçerli olur. Zira bir kredi sözleşmesine dayanan bu ödeme, sözleşmenin çek karnesinin tekemmülden kaynaklanıp o çek karnesi ile ilgili olarak aynı koşullarla devam etmektedir⁽⁹⁰⁾. Ancak kanımca, burada bankaya 3167 sk. m. 10 ile getirilmiş bir yükümlülük vardır ve aynı yasanın m.10/2 fıkrası gereğince de bu yükümlülük Merkez Bankası tarafından arttırılabilir. Basiretli bir tacir olması gereken muhatap bankanın, söz konusu yükümlülüğünün artacağını hesaba katarak çek karnesi vermesi, 3167 sk. ile korunan yarar açısından düşünüldüğünde, kabul edilebilecek bir sonuç olduğu için ve muhatap bankanın bu yükümlülüğünün yasadan doğması sebebi ile miktar artışlarının, artıştan sonra ibraz edilen çek yapraklarının tümüne, veriliş tarihi dikkate alınmaksızın uygulanması daha yerinde olur.

b- Sorumluluğun şartları

Muhatap bankanın bu sorumluluğu için, öncelikle ibraz edilen senedin çekin tüm yasal unsurlarını taşıyor olması gerekir. Bundan başka çekin muhatap bankanın herhangi bir şubesine süresi içinde ibraz edilmiş olması ve karşılığının kısmen ya da tamamen mevcut olmaması, ibraz edilen çekin bankalarca basılan veya bastırılan çeklerden olması ve çeki ibraz eden hamilin keşideci dışındaki bir kimse olması gerekir.

aa- çekin süresi içinde ibrazı ve karşılığının olmaması

Muhatap bankanın her çek yaprağı için azami 125.000 liralık ödeme yükümlülüğünün varlığı için, çekin muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edilmiş olması ve karşılığının kısmen ya da tamamen mevcut olmaması gerekir. Ayrıca çekin süresi içinde ibraz edilmiş olduğunun bankaca veya bankanın bundan imtinası halinde noter vasıtası ile çekilecek protesto sonucu tespit edilmiş olması da gerekir⁽⁹¹⁾. İbrahim süresi geçen ya da süresi içinde ibraz edildiği halde, karşılıksız çek olması nedenlerinden başka bir sebeple hamiline ödenmeyen çekler için bu yükümlülük yoktur. Hesap sahibinin çekle işleyen hesabında veya bankaya virman yapma yetkisi verdiği diğer bir hesabında yeterli karşılık mevcut ise, doğal olarak bankanın 125.000 lira ödeme yükümlülüğü yoktur. Bu arada ibraz süresinden önce ibraz edilmiş, yeterli karşılığı olmayan ileri tarihli çekler için de bankanın 125.000 lira ödeme yükümlülüğü vardır⁽⁹²⁾ (TTK. m. 707/2).

(90) Donay, S.: s. 79-80.

(91) Reisoğlu, S.: s. 125.

(92) Teoman, Ö.: Çek Yasası ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul, 1987, s.20.

bb- bankalarca basılan veya bastırılan çek yaprağının ibrazı

3167 sk. m.10/1. fıkrasında muhatap bankanın 125.000 lira ödeme mükellefiyetinin, hesap sahibi ile muhatap banka arasında "çek karnesinin teslimi sırasında yapılmış olan" geri dönülemeyecek bir kredi sözleşmesi hükmünde olduğu belirtildiğine göre, muhatap bankanın bu sorumluluğu kendisi tarafından basılan veya bastırılan çek yaprakları üzerine keşide edilmiş çekler için mevcuttur. Muhatap banka söz konusu sorumluluk altına, çek karnelerini hesap sahiplerine verdiği anda ve yaptığı çek anlaşması sonucu girmektedir. Bu sebeple herhangi bir kâğıt üzerine yazılan çek, süresi içinde muhatap bankaya ibraz edilecek olsa dahi, muhatap bankanın bu çek için 125.000 liralık yasal ödeme yükümlülüğü yoktur⁽⁹³⁾.

cc- keşideci dışındaki hamil

3167 sk. m. 10/1. fıkrasında açıkça belirtildiği üzere, muhatap bankanın 125.000 lira ödeme mükellefiyeti, hamilin, keşideci ve vekil veya temsilcileri dışındaki bir kimse olması halinde söz konusudur. Karşılığı kısmen veya tamamen yetersiz kalan bir çeki keşideci ve vekil veya temsilcisi ibraz etmiş ise bankanın söz konusu ödeme yükümlülüğü yoktur. Göle'nin haklı olarak belirttiği gibi, 125.000 liranın mutlaka keşideci dışındaki hamile ödenmesine ilişkin bu hüküm, keşidecinin herhangi bir şekilde hamil durumuna gelerek, çekini, inançlı bir muamele ile tahsil için üçüncü bir kişiye devrettiği durumlarda kolaylıkla ihlâl edilebilir⁽⁹⁴⁾.

c- Ödenmesi

Muhataap banka süresi içinde ibraz edilen her çek yaprağı için azamî 125.000 lira ödemek zorundadır. Ödeme, çekin ibrazı anında yapılmalıdır.

aa- ödemenin kapsamı

Muhataap bankanın yapacağı ödemenin kapsamını belirlemek için ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir.

(1) Eğer çek bedeli 125.000 lira veya daha düşük bir miktarda ise, banka çek bedelini keşideci dışındaki hamile öder.

(2) Eğer çek bedeli 125.000 liradan daha çok ise, muhatap banka böyle bir çekin ancak 125.000 lirasını öder.

(93) Göle, C.: s. 200.

(94) Bkz. dipnot 93.

Ancak hesap sahibinin çekle işleyen banka hesabındaki (ya da virman yetkisi tanınmış diğer bir hesabındaki) bakiye de bu 125.000 liralık ödeme yükümlülüğünün hesabında dikkate alınacaktır. Muhatap banka bir çek için azami 125.000 lira öderken, hesap sahibinin hesap bakiyesi miktarının üzerini 125.000 liraya tamamlayarak bu yükümlülüğünü yerine getirecektir. Banka, hesap sahibinin hesabında bakiye olduğu halde her zaman 125.000 lira ödemeyecek, sadece bu bakiyeyi 125.000 liraya tamamlayacaktır⁽⁹⁵⁾.

bb- ödeme zamanı

Muhatap bankanın kendisine ibraz edilen ve yeterli karşılığı olmayan her çek yaprağı için 125.000 lira ödeme yükümlülüğü bu çekin kendisine ibrazı anında doğar ve ibraz anında bu ödemenin yapılması gerekir. Bu zorunluluk, 3167 sk.m.10/1. fıkrasında bankanın söz konusu yükümlülüğünün kredi sözleşmesinden doğduğunun belirtilmiş olmasından kaynaklanır⁽⁹⁶⁾. Yasa maddesinin, aynı yasanın 7 ve 8. madde hükümlerini saklı tutmuş olması; bankanın ödeme yükümlülüğünü yerine getirmiş olması halinde dahi, gerekli ihtarı yapması gerektiğini ve hesap sahibinin düzeltme hakkını kullanabileceğini belirtmek istemesinden doğmaktadır⁽⁹⁷⁾. Bankanın, ibrazda 125.000 liralık ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi gereği çek bedelinin 125.000 lirayı aşmadığı durumlarda büyük önem arz eder. Böyle bir halde bankanın ödeme yapması hem hamil, hem de hesap sahibinin çıkarları açısından uygundur. Çünkü; hamil ibrazı anında azami 125.000 liralık çekinin bedelini alacak ve herhangi bir sebeple beklemek zorunda kalmayacaktır. Bu durum çek hamillerini korumayı amaçlayan 3167 sk.'nun ruhuna da uygundur. Buhâl hesap sahibi açısından da önemlidir, çünkü, bankanın söz konusu yükümlülüğünün kredi sözleşmesine dayanması sebebi ile bankanın ödeme yapması sonucunda 3167 sk.m.3 işlemeyecek ve hesap sahibi karşılıksız çek keşidencisi durumuna düşmeyecektir. Çek bedelinin 125.000 liralık ödeme yükümlülüğünü aştığı durumlarda dahi, bankanın ibraz anında ödeme yapmasının 3167 sk.m.2 anlamında genel mesuliyeti daha dikkat ve itina ile gözönüne alarak çekle işleyecek hesap açarken daha titiz davranmaya sevkedeceği inancıyla, bankanın ibraz anında söz konusu yükümlülüğü yerine getirmesi gerektiğini savunuyorum.

5- TC. Merkez Bankasına Bildirme ve Duyurma

Muhatap banka 3167 sk.m.9/1 gereğince süresi içinde ibraz edilen bir çekin karşılıksız çek hükmünde olması sonucu hamiline ödenmediğini veya

(95) Bu konuda örnekler için bkz. Reisoğlu, S.: s. 125; Donay, S.: s.56; Göle, C.: s. 201.

(96) Aksi görüş için bkz. Reisoğlu, S.:s. 125-126; Göle, C.s. 201-202.

(97) Donay, S.: s.57.

ödenemediğini ve karşılıksız çek keşide edilen çekle işleyen hesabın sahibi hakkında gereken bilgileri TC. Merkez Bankası'na bildirmek zorundadır. Muhatap banka tarafından bu bildirim, hesap sahibinin düzeltme hakkı yok ise çekin ibraz tarihinden; düzeltme hakkı var ise düzeltme süresi sona erdiği tarihten itibaren on iş günü içinde yapılır. Bu bildirim alan Merkez Bankası da otuz iş günü içinde durumu diğer bankalara bildirir. 3167 sk.'a ilişkin 2 nolu tebliğin 1. maddesinin ii bendi ile aynı kanuna ilişkin 1 nolu tebliğin 5. maddesi değiştirilmiştir. Vaki değişikliğe göre; çekle işleyen hesabın bulunduğu banka şubesine veya muhatap bankanın diğer bir şubesine ibraz edildiği halde karşılıksız çek hükmünde olması sebebi ile çeki ödenmeyen hesap sahibi hakkındaki bilgiler, 3167 sk.'a ilişkin 2 nolu tebliğe eklenmiştir. 2 numaralı örneğe göre; önce hesabın bulunduğu banka şubesince kendi genel müdürlüklerine bildirilir; genel müdürlük kendisine intikal ettirilen bu bilgileri bilgisayar ortamında kaydederek, 3167 sk.m.9/1. fıkrasında belirtilen süreler içinde, T.C. Merkez Bankası'na gönderir. Bildirimlerin içeriği, örnek 2'de ayrıntılı biçimde belirtilmiştir.

2 nolu tebliğe ek 2 numaralı mektup örneğine göre muhatap bankaca yapılacak bildirimde şu hususlara yer verilir:

(1) Hesap sahibinin düzeltme hakkı olup olmadığı, var ise bu hakkını kullanıp kullanmadığı,

(2) Hesap sahibinin, gerçek kişi ise ad ve soyadı, tüzel kişi ise kısaltılmış adı ve ticaret ünvanı (kuruluş adı); gerçek kişi ise baba adı doğum yeri ve yılı, varsa bağlı olduğu sigorta sicil numarası, tüzel kişi ise firma ticaret sicil numarası ve bunlardan başka adresi,

(3) Çekin hesap numarası, keşide tarihi, ibraz tarihi, seri ve sıra no Türk Lirası olarak tutarı, ayrıca çek döviz üzerine keşide edilmiş ise dövizin türü de yazılır. Son olarak da düzeltme hakkının kullanıldığı tarih, yapılacak bildirimde yer alır.

Reisoğlu, 3167 sk.'da açık hüküm olmasına rağmen T.C. Merkez Bankası'nın çıkardığı 1 (ve 2) numaralı tebliğde bankaya, hesap sahibinin düzeltme hakkını kullanması halinde dahi bildirim yapma yükümlülüğünü yüklemiştir, görüşündedir⁽⁹⁸⁾. Ancak Donay'ın haklı olarak belirttiği gibi "her ne kadar tebliğde düzeltme hakkından söz edilmiyorsa da, tebliğ ile yasa hükmünü birlikte yorumlamak gerekir. Yasa, düzeltme hakkından, bildirim

(98) Reisoğlu, S.: s.123.

süresinin başlangıcı için söz etmektedir. Tebliğ ise sadece nasıl bildirim yapılacağını belirtmekle yetinmiştir."⁽⁹⁹⁾

Muhatap bankanın bildirimde bulunacağı süre 3167 sk. m. 9/1 tarafından belli bir süreye bağlanmıştır. Eğer hesap sahibi 3167 sk.m.8/2 fıkrası gereğince düzeltme hakkına sahip değilse, söz konusu bildirim karşılıksız çekin ibraz tarihini izleyen günden başlamak üzere on iş günü içinde yapılır. Eğer hesap sahibinin düzeltme hakkı mevcutsa, muhatap banka düzeltme hakkının kullanılması için gerekli, 3167 sk.m.7 ve 8'de belirtilen sürelerin sona ermesi tarihinden itibaren on iş günü içinde, söz konusu bildirim yapılması gerekir.

Muhatap banka bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyecek veya getirecek olursa, 3167 sk.m.15'in son cümlesi gereğince ağır para cezası ile cezalandırılır.

TC. Merkez Bankası da, muhatap banka tarafından kendisine yapılan bildirim aldığı tarihten itibaren otuz iş günü içinde (3167 sk.m.9/1 son cümle), diğer bütün bankaların genel müdürlüklerine bildirir. Banka genel müdürlükleri de bu hususları kendi şubelerine bildirmek zorundadırlar. TC. Merkez Bankası bu bildirim yerine getirmez veya geciktirir ise 3167 sk.m.15'e göre cezalandırılmaz. Çünkü m.15'deki banka deyimi muhatap bankaları, muhatap banka deyimi ise 3167 sk.m.4/2 gereğince, çekle, işleyen hesabın açıldığı bankaları ifade etmektedir. T.C. Merkez Bankası ise 3167 sk. anlamında muhatap banka değildir ve bu sebeple 3167 sk.m.15'e göre cezalandırılmaz⁽¹⁰⁰⁾.

T.C. Merkez Bankası tarafından genel müdürlüklere, buradan da şubelere yapılacak duyurunun öğrenilmesinden veya Merkez Bankası'nın duyurusunun yapıldığı tarihi izleyen onbeşinci günün bitiminden itibaren⁽¹⁰¹⁾, bir yıl süre ile hesap sahibine veya vekil ve temsilcilerine çek karnesi verilemeyeceği gibi çekle işleyen hesap dahi açılmaz. (3167 sk.m.9/2). Bu yükümlülüğü ihlâl eden bankalar hakkında 3167 sk. m.15'in son cümlesine göre ağır para cezasına hükmlenir.

(99) Donay, S.: s. 50-51.

(100) Donay aynı görüştedir, fakat gerekçesi farklıdır. Donay'a göre "TC. MB. bu hükmün dışında bırakılmıştır. Esasen 15. madde sadece banka deyimini kullanmaktadır. Eğer yasa koyucu TC.MB.'sını da kapsamına almak istese idi açıkça TC.MB. kavramını kullanırdı.... yasanın ratio legis'i nedeni ile TC.MB.'ni 15. maddenin kapsamı dışında mütalâa etmek gerekir." Donay, S.: s. 55.

(101) Burada onbeş gün, iş günü değil, tatil günlerini de içeren bir süredir.

IV-KARŞILIKSIZ ÇEK KARŞISINDA HESAP SAHİBİNCE YAPILMASI GEREKENLER VE YAPILABİLECEK OLANLAR

Hesap sahibi, keşide ettiği çekin karşılıksız çek hükmünde olmasının tespitinden sonra, düzeltme hakkını kullanacak olsa da olmasa da elindeki bütün çek karnelerini aldığı bankalara iade etmek zorundadır ve yeniden çek keşide etme hakkını kazanmak için ya da düzeltme hakkı kalmamış ise cezaî takibattan kurtulmak için, dilerse, düzeltme hakkını kullanmalıdır.

1- Çek Karnelerini İade Mükellefiyeti

Hesap sahibi 3167 sk.m.13'de belirtildiği üzere, yasanın 7. maddesine göre yapılan ihtarı aldığı veya yasanın 12. maddesine göre almış sayıldığı tarihten itibaren yedi iş günü içinde, geçerli bir mazereti olmaksızın, elindeki tüm çek karnelerini almış olduğu ilgili bankalara iade etmek zorundadır. İade kapsamına sadece kendisine ihtar yapan bankanın değil, elinde varsa diğer tüm bankalara ait çek karnelerini aldığı bankalara iade etmek zorundadır⁽¹⁰²⁾. 3167 sk.m.7'de belirtildiği gibi hesap sahibi kendi elindeki çek karnelerini yanında vekil ve temsilcilikleri elinde bulunan çek karnelerini de ilgili bankalara geri vermek zorundadır⁽¹⁰³⁾.

Hesap sahibinin çek karnelerini iade etme zorunluluğu düzeltme hakkı olsun veya olmasın mevcuttur. Hesap sahibi düzeltme hakkını kullanmış olsa da çek karnelerini ilgili bankalara iade etmek zorundadır⁽¹⁰⁴⁾.

a- Çek karnelerini iade zamanı

3167 sk.m.7'ye göre, muhatap banka tarafından, kendisine yapılan ihtarı alan hesap sahibi kendisinin veya vekil ve temsilcilerinin ellerinde bulunan bütün çek karnelerini "derhal" ilgili bankalara iade etmek zorundadır. Karnenin iadesi çek yapraklarının tamamının iade edilmesi anlamını taşır. Çek karneleri iade edilirken yapraklardan birinin veya birkaçının çek sahibinin nezdinde saklanmış olması halinde iade yükümlülüğünün yerinè getirildiği söylenemez.

Hesap sahibinin düzeltme hakkının mevcut olması ve hatta düzeltme hakkını 3167 sk.m.8'e uygun olarak kullanmış olması, iade etme mükellefiyetini ortadan kaldırmaz. Çünkü hesap sahibinin düzeltme hakkını kullanmış olması halinde, dahi çek karneleri daha önce ilgili bankalara iade edilmiş olacağından, ilgili bankalar çek karnelerini yeniden hesap sahibine

(102) Göle, C.: s. 204.

(103) Donay, S.: s. 41.

(104) Reisoğlu, S.: s. 122.

verip vermeme konusunda bir defa daha düşünme imkânı bulacak; karşılıksız çek keşide etmesi sebebi ile hesap sahibine olan güveni sarsılmışsa çek karnelerini yeniden vermeme yoluna gidecektir⁽¹⁰⁵⁾. Böylece banka, çekle işleyen hesap açarken ve çek karnesi verirken bunların gerektirdiği basiret ve itinayı gösterebilecek ayrıca 3167 sk.m.2'nin yüklediği genel mesuliyeti ancak bu sayede yerine getirilebilmiş olacaktır⁽¹⁰⁶⁾.

b- Çek karnelerini iade etmemenin müeyyidesi ve bu müeyyidenin uygulanacağı kişiler

3167 sk.m.13/1 fıkrası gereğince banka tarafından yapılan ihtar aldıği veya almış sayıldığı tarihten itibaren yedi iş günü içinde geçerli bir mazerete dayanmaksızın elindeki tüm çek karnelerini ve çek yapraklarının tamamını ilgili bankalara geri vermeyenler hakkında ilgili bankanın ihbarı üzerine, ağır para cezası uygulanır. Banka söz konusu ihtar 3167 sk.m.13/1 fıkrası gereğince yapmak zorundadır. Banka bu ihtar yapmaz veya geciktirir ise aynı yasanın 15. maddesinin ilk cümlesine göre ağır para cezası ile cezalandırılır.

Çek karnelerinin iade edilmemesi halinde uygulanacak müeyyide, çek karnelerini iade etmeyen hesap sahibi yanında, bu zorunluluğa aykırı davranan hesap sahibinin vekil ve temsilcileri hakkında da uygulanır. Çünkü pasif temsil yetkisi dolayısıyla hesap sahibine yapılan ihtar, onun vekil ve temsilcilerini de bağlar⁽¹⁰⁷⁾. Ancak Donay, ihtarın sadece hesap sahibine yapılacağını ve bu sebeple de çek karnelerinin iade edilmemesinin müeyyidelerinin sadece ihtarın yapıldığı kişi olan hesap sahibine uygulanacağı görüşündedir⁽¹⁰⁸⁾.

Fakat, hesap sahibi tüzel kişi veya gerçek kişinin vekili veya temsilcisinin düzenlediği çekin karşılıksız çek hükmünde olduğu durumlarda, temsilcinin veya vekilin kendilerine ait kişisel çeklerini de iade etme mükellefiyeti altında olup olmadıkları belirsizdir. 3167 sk.'nun karşılıksız çek keşide eden kişileri izleme ve ilgililere duyurma çabaları ve 3167 sk.'nun ruhu gözönüne alındığında, bu kişilerin de kişisel çeklerini iade etme mükellefiyetleri vardır⁽¹⁰⁹⁾. Hatta 3167 sk.m.16'daki cezaî müeyyidenin bu kişilere uygulanacak olması da bu görüşü desteklemektedir⁽¹¹⁰⁾.

(105) Göle, C.: s. 205.

(106) Aynı görüş için bkz. Reisoğlu, S.: s. 129-130.

(107) Göle, C.: s. 206

(108) Donay, S.: s. 63-64.

(109) Reisoğlu, S.: s. 130.

(110) Göle, C.: s. 206.

2- Düzeltme Hakkı

Hesap sahibi 3167 sk.m.8'e göre, ibraz ettiği çekin karşılıksız çek hükmünde olması sonucu, ihtar mektubunu aldığı veya almış sayıldığı tarihten itibaren yedi iş günü içinde çek tutarını veya karşılıksız kalan bölümünü % 10 tazminatı ve temerrüt faizi ile birlikte hamil adına muhatap bankaya yatırdığı takdirde, karşılıksız çıkan çekin ibraz tarihinden itibaren ancak iki defaya mahsus olmak üzere (3167 sk. m.8/1), çek keşide etme hakkını yeniden kazanır. Hesap sahibi bir yıl içinde iki defa düzeltme hakkını kullanmış ve yeniden karşılıksız çek keşide etmiş ise artık düzeltme işlemlerini yerine getirmesi sadece aleyhine yapılacak cezaî takibatı önler (3167 sk.m.16/2), yoksa yeniden çek keşide etme hakkını kazanamaz ve bir yıl müddet ile çek keşide edemez (3167 sk.m.7). Çek keşide ederse m.13/2 fıkrası gereğince hapis ve ağır para cezası ile cezalandırılır.

a- Düzeltme hakkının kullanılması ve sonuçları**aa- düzeltme hakkını kullanabilecek olanlar**

3167 sk.m.8 metninde düzeltme hakkının hesap sahibi tarafından kullanılacağı öngörülmüştür. İhtarın da hesap sahibine yapılması gerektiği düşünülecek olursa düzeltme hakkını hesap sahibinin kullanacağına dair 8. madde hükmü isabetli sayılır. Ancak karşılıksız çekin; tüzel kişi veya gerçek kişi hesap sahibinin vekil veya temsilcisi tarafından düzenlendiği hallerde, cezaî müeyyidenin (3167 sk.m.16) bu kişiler hakkında uygulanması söz konusu olduğundan, hesap sahibinin düzeltme işlemlerini yerine getirmediği durumlarda, bu kişiler cezaî müeyyidelere maruz kalmamak amacıyla, düzeltme işlemlerini yerine getirebilirler⁽¹¹¹⁾. 3167 ş.k.m. 16/2 fıkrasında, fiili işleyenlerin düzeltme işlemlerini yerine getirerek (hatta düzeltme işlemleri için yatırılacak paranın çekle işleyen hesabın bulunduğu şube yanında muhatap bankanın herhangi bir şubesine de yatırılacağı öngörülmüştür.) karşılıksız çek keşidesinin cezaî müeyyidelerinden kurtulabilecekleri açıkça öngörülmüştür. Bu sebeple hesap sahibinin düzeltme işlemlerini yerine getirmediği durumlarda cezaî müeyyidelere maruz kalacak diğer kişiler varsa bunların da düzeltme işlemlerini yerine getirmeleri ve cezaî takibattan kurtulmaları mümkündür.

bb- düzeltme hakkının süresi ve kapsamı

Düzeltilme hakkı, 3167 sk. m.8'de belirtildiği üzere; kendisine yasanın 7. maddesine göre yapılan ihtarı aldığı veya yasanın 12. maddesine göre almış

(111) Göle, C.: s. 208.

sayıldığı tarihten itibaren yedi iş günü içinde kullanılır.

Hesap sahibinin düzeltme hakkını, karşılıksız çıkan çekin ibraz tarihini izleyen bir yıl içinde iki defa kullanabilmesi sebebiyle (3167 sk.m.8/2) birden fazla karşılıksız çek keşide etmesi halinde ortaya problemler çıkabilir. Birinci düzeltme hakkı ilk defa karşılıksız çıkan çek için kullanılacağı sebebiyle bir yıllık süre bu ilk karşılıksız çekin ibrazı anında başlar. Hesap sahibinin bir yıl içinde ancak iki defa düzeltme hakkını kullanabilecek olması her banka yönünden ayrı ayrı değil ve fakat bütün bankalar açısından söz konusudur⁽¹¹²⁾.

Hesap sahibine ait birden fazla çekin aynı gün ve aynı saatte muhatap bankaya ibraz edilmesi halinde, hesap sahibinin hangi çekte/çeklerde düzeltme hakkının var olduğu konusunda 3167 sk.'da hüküm yoktur. Göle'ye göre; karşılıksız çıkan çekler, dakika ve saat itibarıyla sıraya konularak bir çözüme gidilebilir, hepsinin aynı anda muhatap bankaya ibrazı halinde ise üzerlerinde yazılı seri numaralarına göre sıralanabilirler⁽¹¹³⁾.

Hesap sahibinin düzeltme hakkını kullanmış sayılabilmesi için, 3167 sk.m.8'de belirtilmiş olan düzeltme işlemlerini yerine getirmiş olması gerekir. Düzeltme hakkı, hesap sahibinin, çek tutarını veya çekin karşılıksız kalan bölümünü % 10 tazminatı ve temerrüt faizi ile birlikte hamil adına muhatap bankaya yatırması şeklinde kullanılır. Temerrüt faizi, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1. maddesine göre % 30'dur. Ancak, hamilin istemiş olması ve bunun da hesap sahibine yapılacak ihtarda belirtilmiş olması sonucu, hamilin talebi gibi temerrüt faizi olarak T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faizi oranı uygulanır (3167 sk.m.2/3)⁽¹¹⁴⁾. Düzeltme hakkının kullanılmış sayılabilmesi için, hesap sahibinin, 3167 sk.m.8'de öngörülen bütün şartları yerine getirmiş olması gerekir. Aksi halde, yasanın açık hükmü sebebi ile düzeltme hakkının kullanıldığından bahsedilemez⁽¹¹⁵⁾.

cc- düzeltme hakkının kullanılacağı banka

Düzeltilme hakkı, 3167 sk.'da belirtilmemiş olmakla birlikte aynı yasaya

(112) Donay, S.s. 49, Teoman, Ö.s. 16, Göle, C.s. 208, Reisoğlu, S.s. 132-133.

(113) Göle, C.s. 208-209.

(114) Aynı görüş için bkz. Reisoğlu, S.s. 131-132.

(115) Y.11.HD.E. 1987, K 1987/6992 ve 11.2.1987 tarihli kararında "karşılıksız çıkan çekin bedelini, muhatap bankanın ihtarına uymaksızın hamile ödeyen keşideci, yeniden çek kullanma hakkının tespitini isteyemez" derken 3167 sk.'nun kamu düzeni ile ilgili emredici hükümlerinin aynen uygulanmasının zorunlu olduğunu açıkça ifade etmiştir (YKD. 1988, c. 14, s. 6, s. 802 vd.).

ilişkin 1 nolu tebliğin m.4/A, C bendinde belirtildiği üzere, söz konusu paranın çekle işleyen hesabın bulunduğu banka şubesine hamil adına yatırılmak suretiyle kullanılabilir^(116, 117). Hesap sahibinin düzeltme hakkı yok ise ve fakat cezaî takibattan kurtulabilmek için düzeltme işlemlerini yerine getiriyor ise söz konusu paranın çekle işleyen hesabın bulunduğu banka şubesi yanında muhatap bankanın herhangi bir şubesine de yatırılmasında sakınca yoktur (3167 sk.m.16/2).

dd- düzeltme hakkının kullanılmasının sonuçları

Hesap sahibi düzeltme hakkını 3167 sk. m.8'de uygun olarak kullanırsa, aynı maddenin açık hükmüne göre çek keşide etme hakkını yeniden kazanır. Ancak düzeltme hakkı karşılıksız çekin ibraz tarihinden itibaren bir yıl içinde iki kez kullanılabileceğinden, hesap sahibi bir yıl içinde bir üçüncü kez daha karşılıksız çek keşide ederse, bu halde düzeltme işlemlerini yerine getirmesi sadece aleyhine yürütülecek cezaî takibatı önler (3167 sk.m. 16/2), ama çek keşide etme hakkını yeniden kazanamaz.

b- Düzeltme hakkının kullanılmamasının sonuçları

Hesap sahibinin düzeltme hakkı olup da bunu kullanmaması halinde çek keşide etme hakkını yeniden kazanamaz. Bu sebeple hesap sahibi bir yıl boyunca çek keşide edemeyeceği gibi (3167 sk.m.7) kendisine ve vekil veya temsilcilerine çek karnesi verilmez ve hatta çekle işleyecek hesap dahi açılmaz (3167 sk.m.9/2). Bu bir yıllık süre, 3167 sk'a ilişkin 1 nolu tebliğin m.4/A,C bendine göre söz konusu çekin ibrazı anında başlar⁽¹¹⁸⁾.

Hesap sahibinin düzeltme hakkı olmayıp da 3167 sk.m.16/2'ye göre düzeltme işlemlerini yerine getirip cezaî takibattan kurtulabileceği hallerde, düzeltme işlemleri yerine getirilmediği takdirde hesap sahibi (veya fiili işleyenler) hakkında karşılıksız çek keşide etmenin cezaî müeyyideleri uygulanır (3167 sk.m.16/1).

Bunlardan başka, hesap sahibi düzeltme işlemini yerine getirmediği için veya düzeltme hakkı olmadığı için bir yıl müddetle çek keşide etme yasağı

(116) Göle, tebliğin, bu hükmünün 3167 sk. ile çeliştiğini belirtmektedir (Göle, C. s. 210).

(117) Hamil adına yatırma muhatap bankanın bir şubesinden çekle işleyen hesabın bulunduğu banka şubesine havale suretiyle yapılabileceği gibi, Donay'a göre de başka bir banka ve hatta posta havalesi aracılığıyla da yerine getirilebileceğini belirtmiştir. (Donay, S. s. 47-48).

(118) Donay ise bu bir yıllık sürenin, 3167 sk. m. 7 ve 8 ile birlikte yorumlanarak, düzeltme hakkının kullanılması süresinin bitiminden itibaren başlayacağı görüşündedir (Donay, S.s. 66).

sürerken çek keşide eder ise, 3167 sk.m.13/2 gereğince hapis ve ağır para cezası ile cezalandırılır⁽¹¹⁹⁾. Ayrıca bir yıllık yasak süresi içinde keşide ettiği çek yaprakları, 3167 sk.m.7'ye göre iade ile mükellef olduğu çek karnelerine ait ise, 3167 sk.m. 13/1. fıkrası gereğince ağır para cezası ile cezalandırılır. 3167 sk.m.13/1 ve 13/2 arasında fikrî içtima da olmaz. Çünkü m.13/2 "...fiilleri başka bir suç meydana getirse bile ayrıca.." diyerek fikrî içtima yolunu kapatmıştır. Bu sebeple de, çek karnelerini iade etmeyerek m.13/1'i ihlâlden cezalandırılması gereken bir hesap sahibi, bir de bunlar üzerinde çek keşide ederse aynı yasanın m.13/1. fıkrası yanında m.13/2 fıkrasına göre de cezalandırılması gerekmektedir.

(SÜRECEK)

(119) çek keşide etme yasağına uymama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Donay, S.: s. 66 vd.

3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNUN 46. MADDESİ AÇISINDAN
ÇİFTÇİYİ TOPRAKLANDIRMA KANUNUNUN
UYGULANMASINDAN DOĞAN ZİLYETLİĞE
DAYANAN TAPU İPTAL DAVALARI

H.Hilmi ÖZDEMİR(*)

● ANLATIM DÜZENİ: I- Genel Bilgi. II- 4753 sayılı Kanun ile ek ve tadillerine göre Hazine adına tescil edilen ve 3402 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinin kapsamına giren taşınmazlar. III- Kadastro Kanununun 46 ncı maddesinin uygulanma şartları. A) Zilyedlik ve kazandırıcı zamanlaşımı yoluyla iktisap için gerekli şartlar. a) Taşınmaz malın 4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına tescil edilmiş olması. aa) Hazine adına tescilden sonra tevzi tâbi tutulmayan tapular. bb) Tevzi sonucu oluşan kaydın iptali üzerine Hazine adına kaydedilen tapular. aaa) Mahkeme hükmü sonucu oluşan tapular. bbb) İdari işlemle iptal olunan ve tapulama ve kadastraca revizyon görmeyen tapular. ccc) Tapulama ve kadastro işlemi sırasında kısıtlamaya aykırı davranışın tesbiti sonucu Hazine lehine oluşan tapular. ddd) Kanunlar uyarınca Hazineye kalan tapular. eee) Harici satışa dayanan zilyedin Hazineye karşı açtığı iptal ve tescil davası. b) Hazine adına 4753 sayılı Kanun uyarınca tescil edilmiş bulunan taşınmazın, kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Hazinesin mülkiyetinden çıkmamış ve amme hizmetine tahsis edilmemiş olması gerekir. c) Taşınmaz malın 4753 sayılı Kanun uyarınca Hazine adına tapu kaydının oluşturulduğu tarihte zilyet yararına Kadastro Kanununun 14 üncü ve 17 nci maddelerinde öngörülen iktisap şartlarının gerçekleşmiş olması. d) Tapulama ve kadastro işlemi gören yerlere ait tapu iptali ve tescil isteklerinde 3402 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde öngörülen (10) yıllık hak düşürücü süre geçmiş ise 46 ncı maddenin son fıkrası ile getirilen (2) yıllık ek sürenin geçmemiş olması. aa) 4753 sayılı Kanunun eki olan 1073 sayılı Kanun, uygulama yönünden 46 ncı maddenin kapsamına girer. bb) 1073 sayılı Kanuna göre açılan davalarda (2) yıllık ek sürenin uygulanma şartları. e) Dava konusu taşınmaz mal hakkında kesin hüküm bulunmaması. B) Hak sahipleri adına tespit ve tescil için gerekli şartlar.

I. GENEL BİLGİ

15.6.1945 tarihinde yürürlüğe giren ve 1757 sayılı "Toprak ve Tarım Reformu Kanunu"un 235/a maddesi ile 19.7.1973 tarihinde yürürlükten kaldırılan 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ile arazisi olmayan veya yetmiyen çiftçileri, aileleri ile birlikte geçimlerini sağlayacak ve işkuvvetlerini değerlendirecek ölçüde araziye sahip kılmak, küçük çiftçiye belli miktarda sermaye ve canlı, cansız demirbaş vermek ve yurt topraklarının sürekli olarak işlenmesini sağlamak amaçlanmıştır.

(*) Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Üyesi

4753 sayılı Kanun yürürlükten kalkmış olmasına rağmen 3402 sayılı Kanununun 46 ncı maddesi ile getirilen "...4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına kaydedilen taşınmaz mallar bu kanun hüümlerine göre doğan iktisap şartlarına istinaden" ve "toprak tevzii suretiyle verilen yerler (işlemleri tamamlanmamış olsa dahi) başka bir şart aranmaksızın zilyetleri ve hak sahipleri adına tespit ve tescil olunur" hükmü karşısında uygulama yönünden yeniden önem kazanmıştır. 2510 sayılı İskân ve 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu uygulamalarında, birçok kimseye ait taşınmazlar, haklı hiçbir nedene dayanmadan, Hazine adına tescil edilmiştir. Hazine adına tescil edilen bu gibi taşınmazlar, Hazine tarafından temlik edildiği halde, bunlara ait intikâl işlemleri tapuda yapılmamıştır. İşte bir tasfiye kanunu olan ve bir defaya mahsus uygulanan Kadastro Kanunu'nda, bu fiili durumları hukuk-sallaştırmak amacı ile 46 ncı madde düzenlenmiştir⁽¹⁾. Bu maddeye bağlı olarak 4753 sayılı Kanununun tatbikinin Yargıtaya intikâl eden davalarda yoğunluk kazanması, uygulamaya ışık tutması ümidiyle bizi bu inceleme yazısını hazırlamaya teşvik etmiştir. Gerçi kanun 1757 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış ve 1757 sayılı Kanun da Anayasa Mahkemesi'nin 10.5.1978 tarihinde yürürlüğe giren kararı ile iptal edilmiş ise de, bu durumda 4753 sayılı Kanun kendiliğinden yeniden yürürlüğe girmez. Ancak bu kanun 57 nci ve 58 inci maddelerindeki kısıtlamalar yönünden yürürlükten kalktıktan sonrada bir süre varlığını saklı tutmakta ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.5.1982 tarih ve 1982/1-1 sayılı kararı ile "... Her Kanun kural olarak yürürlüğü zamanındaki olaylara uygulanmak ve ilişkileri düzenlemek suretiyle hak ve yetkiler doğurur. Kanun sonradan yürürlükten kalkmış olsa bile hak ve yetkiler hangi nitelikte ve hangi sınırlar içinde doğmuş ise, kendilerini oluşturan kanun hükmüne bağlı olarak o biçimde varlıklarını saklı tutarlar. Kanunun sonradan yürürlükten kalkmış olması, doğmuş hak ve yükümlülükleri ve yetkileri ortadan kaldırmaz. 4753 sayılı Kanun hükümlerine göre dağıtılan topraklar üzerindeki mülkiyet hakkının, aynı kanunun 57 nci ve 58 inci maddelerinde yer alan kısıtlamaları (takyitleri) bu kanun yürürlükten kalktıktan sonrada bir süre varlığını saklı tutar. Bu nedenle toprak sahibinin kısıtlamalara aykırı davranması halinde Hazine sözü edilen 57 inci ve 58 inci maddeleri hükümlerince geri alma davası açılabilmekte" idi⁽²⁾. Ne var ki, 1.12.1984 tarihinde yürürlüğe giren 3083 sayılı "Sulama Alanlarında Arazi Düzenlemesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nun geçici 3 ncü maddesi ve 22.5.1985 tarih 3202 sayılı "Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair

(1) I.Özmen, H.Çorbali-3402 sayılı Kadastro Kanunu Şerhi-1988, sh. 1079-1080.

(2) YKD., 1982, sayı: 8, shf. 1053.

134 3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNUN 46. MADDESİ AÇISINDAN ÇİFTÇİYİ
TOPRAKLANDIRMA KANUNUNUN UYGULANMASINDAN DOĞAN
ZİLYETLİĞE DAYANAN TAPU İPTAL DAVALARI

Kanun'un geçici 9 ncu maddesi ile getirilen "Uygulama alanları ve uygulama alanları dışında bulunan ve Mülga 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ve 4486 sayılı Teknik Ziraat ve Bahçivanlık Okulları Hakkındaki Kanun hükümlerine göre dağıtılan taşınmazlar hakkında Hazine tarafından açılan **geri alma davaları** ile 1617 sayılı Tarım Reformu Ön tedbirler Kanunu'nun 8 nci maddesine aykırılıktan yine Hazine tarafından açılan iptal davaları her ne safhada olursa olsun düşer" hükmü sonucu Hazinesinin dava hakkı düşürülmüştür. Bu durumda Hazine ile gerçek kişiler arasındaki iptal davalarında Hazine lehine tesis olunan 4753 sayılı Kanunun 58 inci maddesindeki takyidin kalkmış olduğunun kabulü gerekir. Gerçek kişiler arasındaki 4753 sayılı Kanuna göre açılan iptal davalarında ise, yasanın 58 nci maddesindeki takyidin tartışılmasına gerek yoktur. Zira bu takyid Hazine lehine konulmuştur. Bu düzenleme Hazinesinin açacağı davalar ile ilgili olup, Hazinesinin taraf olmadığı davada ve özellikle tevzi sahibi davacı gerçek kişinin takyidi dayanması iyi niyet kuralları ile bağdaşmıyacağından gerçek kişiler arasındaki iptal davalarında takyidin varlığı zilyet lehine mevcut hükümlerin uygulanmasına engel değildir.

II- 4753 SAYILI KANUN İLE EK VE TADİLLERİNE GÖRE HAZINE ADINA TESCİL EDİLEN VE 3402 SAYILI KANUNUN 46. MADDESİNİN KAPSAMINA GİREN TAŞINMAZLAR

3402 sayılı Kanunun 46 ncı maddesi 4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına kaydedilen taşınmaz malların zilyedleri adına tespit ve tescilinden bahsettiğine göre öncelikle 4753 sayılı Kanuna göre hangi taşınmazların Hazine adına tescil edileceğinin, sonra da bunlardan hangilerinin 46 ncı maddenin kapsamına gireceğinin açıklanması gerekir.

4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına tescil edilen taşınmazlar şunlardır:

1) Muhtaç çiftçilere dağıtılmak üzere yasanın 14 üncü ve müteakip maddelerine göre KAMULAŞTIRILAN ve 8 inci maddeye göre dağıtıma tâbi tutulan, 10 uncu maddeye göre Hazine adına tescil olunan araziler,

2) Yasanın 41/3 üncü maddesine göre, oturdukları yerin dışında başka bir yerde kendilerine toprak verilenlerin ayrıldıkları yerde bıraktıkları taşınmaz mallar,

3) 4753 sayılı Kanunun 56 ncı ve 57 nci maddelerinin arazi verilenlere getirdiği KISITLAMALARA UYMADIĞI İÇİN MAHKEME KARARLARI İLE GERİ ALINAN ARAZİLER,

4) Tarıma elverişli olan ve elverişli hale getirilebilecek SAHİPSİZ ARAZİLER (Yasanın 8/c maddesinde sayılan),

5) Zilyedinin taşınmaz mal üzerindeki zilyedliği kazandırıcı zamanaşımı süresine ulaşmayan taşınmaz mallar,

6) Zilyedlik süresi kazandırıcı zamanaşımı süresine ulaşmış da zilyedliği vergi kaydıyla ispat edilemeyen taşınmaz mallar.

Hazine adına anılan yasa uyarınca tescil edilen yerlerdir.

Bu taşınmazlardan hangileri 46 ncı maddenin kapsamına girmektedir ve bu madde uyarınca zilyed tarafından kazanılması mümkündür.

Birinci fıkradaki kamulaştırılan arazi karşılıklı olarak bir bedel ödemek suretiyle; ikinci fıkradaki ise, trampa yoluyla karşılık bir taşınmaz verildiğinden tekrar eski sahibine dönmesi ve geri verilmesi söz konusu değildir. Üçüncü fıkradaki araziler için kesinleşmiş mahkeme kararı ile geri alma söz konusu olduğundan ve 3402 sayılı Kanunun geçici dördüncü maddesi uyarınca, kanunun yürürlüğe girmesinden önce kesin hükme bağlanmış uyuşmazlıklara bu kanun uygulanamayacağından bu arazilerin de geri verilmesi söz konusu olamaz. Beşinci fıkradaki araziler de zilyedin kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap şartları oluşmadığı ve zilyedlik süresi dolmadığından mülkiyet hakkı söz konusu olmayacağı için iktisabı da düşünülemez. Ancak, burada toprak komisyonunun belirtme tutanağı ile yetinilmeyerek zilyedin iktisap şartlarının oluşup oluşmadığının ve hak sahibi yönünden tevzi için yeterli bir işlem yapıp yapılmadığının mahkemece araştırılmasından sonra varılacak sonuca göre hüküm verilmesi gerekir. Altıncı fıkrada açıklanan sebeplerle Hazine adına tescil olunan taşınmaz mallar ise 46 ncı madde uyarınca bu maddede öngörülen şartların mevcut olması halinde iktisabı mümkündür. Bu fıkrada açıklanan taşınmaz mallar için, 4753 sayılı Kanunun uygulandığı ilk yıllarda ve 2 Ocak 1969 tarihli 1073 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, Toprak Tevzi Komisyonları Mülga 5602 sayılı Kanunun 6335 sayılı Kanunla değişik 13/D maddesini gözönünde tutarak 20 dönümden fazla yüzölçümlü taşınmazlarda kişi adına tesbiti için vergi kaydıyla ispat şartını arıyorlardı. Belirtme yapılırken 20 dönümden fazla yüzölçümlü taşınmaz malların zilyetleri adına tespiti için on yıl ve daha önceki vergi kayıtları ile zilyetlikleri ispat edilemediği takdirde taşınmaz malın tamamı Hazine adına tescil ediliyordu. Bu durum adaletsizliklere sebep olduğundan, 4753 sayılı Kanuna bir Ek Madde Eklenmesi Hakkındaki 1073 sayılı Kanunla 766 sayılı Tapulama Kanununun 33, 37, 42, 43 ve geçici 3 üncü maddelerine göndermede bulunularak hak-

136 3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNUN 46. MADDESİ AÇISINDAN ÇİFTÇİYİ
TOPRAKLANDIRMA KANUNUNUN UYGULANMASINDAN DOĞAN
ZİLYETLİĞE DAYANAN TAPU İPTAL DAVALARI

sızlıkların önlenmesi düşünülmüştür.

766 sayılı Kanunun geçici 3 ncü maddesinde:

"5602 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin (D) fıkrasının değiştirilmesine dair olan 6335 sayılı Kanun gereğince yapılan tesbitlerde veya açılan tescil davalarında zilyetliğe mütedair diğer şartlar mevcut olduğu halde; vergi kaydı bulunmadığından tamamı Hazineye mal edilen gayrimenkullerin 100 dönüme kadar olan kısmı (100 dönüm dahil) bu kanunun 33 üncü maddesi hükmüne göre tahassül eden iktisap şartlarına istinaden zilyedleri adına tespit ve tescil olunur.

Yukarıdaki fıkra hükmü, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Hazine mülkiyetinden çıkmış bulunan veya âmme hizmetine tahsis edilen gayrimenkuller hakkında uygulanmaz.

İlgililerin bu maddeye dayanan dava ve talep hakkı bu kanunun yürürlüğe girmesi tarihinden itibaren 10 sene geçmekle düşer" denilmiştir. Kanun koyucu 1617 sayılı Kanunun 21 inci maddesi hükmüyle 766 sayılı Kanunun geçici 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasını değiştirerek yüz dönümü yirmi dönüme indirilmiştir. Açıklandığı üzere sırf vergi kaydı mevcut olmadığı için hakkını ispat edemiyenlere her türlü ispat aracından da yararlanmak koşuluyla kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 10 yıllık dava açma süresi tanınmıştır. Bu süre 28.6.1976 tarihinde dolmuş olduğundan 3402 sayılı Kanunun 46. maddesi ile bu maddedeki şartların oluşması halinde kanunun yürürlük tarihinden itibaren iki yıllık ek süre getirmiştir. Ancak, bu süreden yararlanabilmek için 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tespit ve tescil olunan tapunun kadastroca revizyon görmesi ve taşınmaz malın kadastrosu yapılan yerlerden olması gerekir.

Dördüncü maddedeki sahipsiz araziler yönünden, incelemenin tescilden önce ve sonra açılan davalar için ayrı ayrı yapılması gerekir.

A) Sahibi bulunmayan taşınmaz malın Hazine ve muhtaç çiftçi namına
TESCİLİNDEN ÖNCE AÇILAN DAVALAR

Sahibi bulunmayan taşınmaz malın Hazine ve muhtaç çiftçi namına tescilinden önce tapuya ve zilyedliğe dayanarak men'i müdahale ve tapu iptali davası açılabilir ve mahkemelerce görülerek hükme bağlanabilir.

B) Sahibi bulunmayan taşınmaz malın Hazine ve muhtaç çiftçi namına
TESCİLİNDEN SONRA AÇILAN DAVALAR

3402 sayılı Kanun yürürlüğünden önce, sahibi bulunmayan taşınmaz malın Hazine ve muhtaç çiftçi namına tescilinden sonra yalnız tapuya dayanarak men'i müdahale ve tapu iptal davaları açılabilir ve mahkemelerce görülerek hükme bağlanabilir idi. Ancak, tescilden sonra zilyedliğe dayanılarak men'i müdahale ve tapu iptali hakkında ayınla ilgili olarak istihkak davası dinlenemez ve davacıya ait zilyedliğin iktisap müddetini doldurup doldurmadığı hususunun da araştırılması yerinde değildi. Zira 4753 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde "yapılacak yayın ve incelemeler sonunda sahibi bulunmadığından dolayı Hazine adına tescil olunan 8 inci maddenin (c) bendinde yazılı arazi 10 yıl içinde hükümle sahibi belli olduğu takdirde el koyma tarihindeki bedeli kamulaştırmadaki esaslara göre belli edilerek Devletçe ödenir" hükmü mevcuttur. Bu maddeye göre, iddia sahibi tescilden sonra ancak toprağın bedelini alabilmek için taşınmazın sahibi olduğuna dair tespit davası açabilecek, zilyedliğe dayanarak men'i müdahale ve tapu iptal davası açamayacaktı. Bu husus 27.1.1954 tarih, 14/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, "4753 sayılı Kanunun 8 nci maddesinin (c) bendine tevfikan, sahipsiz addedilerek Hazine ve muhtaç çiftçi namına tescil edilen toprak hakkında ziyet tarafından açılan müdahalenin men'i ve tapunun iptali davasının dinlenmeyeceğine, ancak zilyedin bu yerin sahibi olduğunun tesbiti maksadıyla dava açması lüzumuna, toprak bedeli için idari mercilere müracaat olunabileceğine ve namına tescil yapılan çiftçi aleyhine açılan davaya Hazineye husumet tevcihine ihtiyaç yoktur" hükmü ve gerekçesiyle açıklanmıştır.

Sahipsiz addedilerek muhtaç çiftçi ve Hazine adına tescil edilen taşınmaz mallar hakkında ziyet tarafından iptal davası açılmıyacağına dair açıklanan hüküm 3402 sayılı Kanunun 46 ncı maddesi hükmü karşısında Hazine adına tescil edilen taşınmaz mallar yönünden uygulama olanağını yitirmiştir. Zira anılan maddeye göre "4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına kaydedilen taşınmaz mallar Hazinesinin mülkiyetinden çıkmamış ve âme hizmetine tahsis edilmemiş ise zilyedleri tarafından açılacak iptal davasına konu olabilirler. Ancak İçtihadı birleştirme Kararı muhtaç çiftçi adına tescil edilen taşınmaz mallar yönünden uygulama olanağına sahiptir. Hazine adına tescil edildikten sonra tevzi suretiyle şahıslara tahsis edilen taşınmaz mallar hakkında da 46 ncı maddede belirtildiği gibi bu mallar Hazinesinin mülkiyetinden çıktığı için ziyet tarafından tapu iptal davası açılmaz. Bu hususta 8 inci Hukuk Dairesi'nin 12.3.1990 tarih ve 1989/17544 Esas, 1990/3983 sayılı kararında "4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına belirlenip tescil edildikten sonra şahıslara tahsis edilen taşınmazlar için tevziden sonra oluşturulan tapu kayıtları hakkında tevzi edilen aleyhine iptal davası açılmaz. Dava şartları mevcut ise Hazine aleyhine bedel davası açılabilir" denil-

138 3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNUN 46. MADDESİ AÇISINDAN ÇİFTÇİYİ
TOPRAKLANDIRMA KANUNUNUN UYGULANMASINDAN DOĞAN
ZİLYETLİĞE DAYANAN TAPU İPTAL DAVALARI

miştir. Bu durumda zilyet 46 ncı maddeye dayanamaz ve tevzi tapusu tapula-
ma veya kadastroca revizyon görerek tutanak düzenlenmiş ise tutanağın ke-
sinleşme tarihinden itibaren de 10 yıllık hak düşürücü süre geçmiş ise madde-
deki (2) yıllık ek süredende yararlanamaz. Zira 46 ncı madde ancak 4753 sayılı
Kanuna göre Hazine adına tescil edilen taşınmazlar hakkında uygulanabilir.

Açıklandığı şekilde 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tescil olunan
taşınmaz malların zilyet tarafından iktisap edilip edilemeyeceğinin tesbiti için
öncelikle, belirtme tutanak ve eki belgelerin celbedilerek taşınmaz malın
yukarıda açıklanan sebeplerden hangisine dayanılarak Hazine adına tescil
edildiğinin eksiksiz araştırılması, belgelerin mahalline uygulanarak sair delille-
rin de toplanıp ve 14 üncü maddeye göre zilyetlikle ve kazandırıcı zamanlaşımı
yoluyla iktisap şartlarının oluşup oluşmadığı araştırılarak sonucuna göre
karar verilmesi gerekir.

İHTİYAÇ FAZLASI OLARAK TESPİT EDİLDİKTEN SONRA DAĞITIMA
TÂBİ TUTULAN MER'ALAR

Hazine adına tescil edilen bu taşınmazlardan başka, 4753 sayılı Kanu-
nun 8 inci maddesinin (b) fıkrasında açıklanan "bir veya birkaç köy, kasaba
veya şehir orta malı olan arazinin ihtiyaçtan fazla olduğu Tarım Bakanlığınca
belirtilip" muhtaç çiftçiye dağıtılan veya dağıtılmak üzere Hazine adına kayde-
dilen mer'aların durumu özellik arzetmektedir. Konumuz 46 ncı maddede
açıklanan 4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına kaydedi-
len taşınmaz mallarla ilgili olduğuna göre, nitelik değiştirdikten sonra doğru-
dan doğruya şahıslara dağıtılan tapular hakkında zilyedin açacağı tapu iptal
ve tescil davalarına değineceğiz.

Toprak komisyonları kararı ile 5618 sayılı "Çiftçiyi Topraklandırma Kanu-
nuna Bazı Maddeler ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun"un Ek 3
ncü maddesi hükmüne göre, "Bu Kanunun uygulandığı bölgelerde, köy, ka-
saba ve şehirlerin zirai ve ekonomik şartları ile hayvan varlıkları ve bu yönden
gelecekteki gelişmeleri gözönünde tutularak tarla, bağ, bahçe gibi kültür ara-
zisi ayrıldıktan sonra mer'a ve yaylak ihtiyaçları Tarım Bakanlığı'nca hazırla-
nan ve Bakanlar Kurulu'nca kabul edilen normlara göre hehsaplanır. Belirti-
len ihtiyaçlara göre kroki ve haritaları tanzim edilmek suretiyle bu yerler
sınırlandırılır ve tutanaklarla tevsik edilir" ve Tarım Bakanlığı'nca hazırlanan
Mer'a Yönetmeliği uyarınca orta malı karakterinde olan arazinin ihtiyaçtan
fazla görülecek dağıtımına tâbi tutulmuş olması karşısında, Toprak Komisyonu-
nun yetkisi dahilinde yapılmış olan idari işlem merciince bozulmadıkça zilye-
din, bu yerlere ait dağıtılan tapunun iptaline, men'i müdahale ve tesciline dair

davası mahkemece incelenemez⁽³⁾. Ayrıca, ihtiyaç fazlası olarak ayrıldıktan sonra Hazine adına tescili takiben muhtaç çiftçiye tevzi suretiyle verilen taşınmaz hakkında zilyedin 3402 sayılı Kanunun 46 ncı maddesine dayanarak açmış olduğu iptal ve tescil davası taşınmaz mal Hazinesinin mülkiyetinden çıkmış olduğu için dinlenemez. Zira anılan maddenin 3 üncü fıkrasına göre "Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Hazinesinin mülkiyetinden çıkmış bulunan veya âmme hizmetine tahsis edilen taşınmazlar hakkında bu madde uygulanmaz". Bu madde kanunun yürürlüğe girdiği tarihte 4753 sayılı Kanun nedeniyle Hazine üzerinde kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında zilyet veya hak sahiplerinin açacakları davalarda uygulanır.

Öncesi mer'a iken 4753 sayılı Kanunun uygulaması sonucu muhtaç çiftçiye dağıtılmak üzere ihtiyaç fazlası olarak mer'a sınırlandırılması ve haritası dışında bırakılan ve böylece yetkili mercii tarafından niteliği değiştirilerek özel mülkiyete konu olabilecek hale dönüştürülen ve Hazine adına tescil edilip Hazinesinin mülkiyetinden çıkmamış olan taşınmazmalar, ancak nitelik değiştirme gününden sonra kazandırıcı zamanaşımına konu olabilirler. Zamanaşımı taşınmaz malın niteliğinin değiştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Zira taşınmaz nitelik değiştirmeden önce mer'adır. Mer'alar süresi ne kadar olursa olsun zilyedlik ve kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilemeyeceğinden önceki zilyedlik gözönünde tutulamaz. Bu hususla ilgili olarak 7 nci Hukuk Dairesi'nin 18.10.1973 tarih, 1973/6794 Esas, 1973/6150 sayılı kararında, "nizalı taşınmazın bulunduğu bölgede 4753 sayılı Kanunun uygulandığı ve köyün mer'asının tespit edilip haritaya bağlandığı ve bu nizalı yerin mer'a haritası dışında kaldığı 11.6.1960 tarihli bilirkişi raporunda açıklanmıştır. O yerde Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu uygulandığına, mer'a tespit edilip haritaya bağlandığına göre nizalı parseli kapsayan önceki mer'a içinde kalan fakat sonradan mer'a dışına çıkartılan arazi parçası artık o tarihten sonra mer'a sayılmaz. O tarihten sonra özel mülkiyete konu olabilir" denilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar mer'a sınırları ve haritası dışına çıkartılan yerin öncesinin mer'a olduğuna dair taraflar arasında çekişme bulunmaması haline mahsustur. Taşınmaz malın öncesinin mer'a olmadığı, kültür arazisi olduğu zilyet tarafından ileri sürülür ve 46 ncı maddeye de dayanılması halinde zilyedliğin başlangıç tarihi nasıl tespit edilecektir. Yâni mer'a dışına çıkartma tarihi mi, yoksa zilyedliğin başlangıç tarihi mi, gözönünde tutulacaktır?

Toprak Tevzi Komisyonu tarafından bir yer mer'a olarak tahsis edildikten

(3) 5. H.D.'nin 5.1.1954 t., 4607 E., 1 K. ve 19.6.1953 T., 3019 E., 3037 K. sayılı kararlarından (S. Olgaç, T.Kanunu Medenisi-1957, C:2, sh. 872).

sonra gerçek kişilerin o yerdeki zilyedlikleri sona erer. Bu yer sonradan ihtiyaç fazlası olarak ayrılıp muhtaç çiftçiye dağıtılmak üzere mer'a sınırlandırması ve haritası dışında bırakılmış ise mer'adan ayrıldığı tarihe kadar geçen zilyedlik süresi kazandırıcı zamanaşımı için hesaba katılmaz. Ancak dışarıya çıkarma tarihinden sonra başlayan zilyedlik gözönünde tutulur. Ne var ki, zilyet tarafından bu yer hakkında tahsisten öncesinin kültür arazisi olduğu iddiasının ileri sürülmesi ve 46 ncı maddeye dayanılması karşısında bu iddianın incelenmesi gerekir. 4753 sayılı Kanuna göre bir yerin mer'a olarak belirtilip bir köy, kasaba veya mahalleye tahsis edilmesi o yerin öncesine ait niteliğinin mahkemece incelenmesine mani değildir. Zira bir yerin toprak komisyonunca mer'a olarak tahsisi, evveliyatı itibarıyla o yerin mutlak surette mer'a olarak kabulüne yeterli değildir. Öncesi kültür arazisi olan bu yerin mer'a olarak belirlenmesi ve tahsisi, belirtmelik tarihine kadar doğmuş olan mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaz. Bu hususta 8 inci Hukuk Dairesi'nin 20.4.1990 gün, 1990/55-7292 sayılı kararında, "... bilirkişi ve tanıklar nizalı yerin mer'a olmadığını, kültür arazisi olarak bugüne kadar tasarruf edildiğini, ziraatçı bilirkişi de bu yerin 40-45 yıldır tarım arazisi olarak kullanıldığını bildirmişlerdir. Bu açıklamalara göre, nizalı yerin mer'a niteliği taşımadığı ve mer'adan açılan bir yer olmadığı ortaya çıkmaktadır. 4753 sayılı Kanuna göre, bir yerin mer'a olarak belirlenip bir köye tahsis edilmesi mahkemeyi bağlamaz. Kültür arazisi olan bir yerin mer'a şeklinde belirlenmesi ve bu suretle tahsisi, o güne kadar oluşmuş olan tescil isteme hakkını başka anlatımla doğmuş olan mülkiyet hakkının kullanılmasını engellemez. O nedenle, belirtmenin nitelik bakımından mahkemeyi bağlamıyacağı gözönünde tutulmak suretiyle uyuşmazlığın çözülmesi yönünde gidilmelidir. Taşınmaz 1976 tarihinde tapulamaca mer'a olarak sınırlandırılmış ve bundan öncede toprak komisyonlarınca mer'a olarak belirlenip bu şekilde köy adına tescil edilmiştir. Belirtme veya tapulamaca yapılan tespit tarihinden zamanaşımı kesilmiş olacağından davacının yahut yasal halefinin zilyedliklerinin süresinin bu tarihlere göre hesaplanması gerekir. Belirtmelik tarihine kadar iktisap süresi dolmuş ve tescil isteme hakkı doğmuş ise tescile karar vermek gerekir. Mahkemece delillerin bu yön gözönünde tutularak değerlendirilmesi ve davacının miras sebebine dayandığı nazara alınarak dava koşulunun yerine getirilip getirilmediğine bakılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir" denilmiş, Dairenin açıklanan bozma kararına karşı yerel mahkemenin direnme kararı Hukuk Genel Kurulu'nun 30.10.1991 tarih, 1991/8-427 Esas, 1991/544 sayılı kararıyla "davacılar, miras bırakanlarından kendilerine intikâl eden ve kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülk edinme koşullarının gerçekleştiği, dava konusu 6000 metrekare miktarındaki taşınmazın, tapulamaca mer'a olarak

sınırlandırılan 538 parsel içerisinde bırakıldığını ileri sürerek, çekişmeli kısma ait sınırlandırmanın iptali ile adlarına tescilini istemişlerdir. Çekişmeli taşınmazın 1952 yılında 4753 sayılı Kanun gereğince toprak Tevzi Komisyonu tarafından belirlenen mer'a tahsis haritası içerisinde kaldığı ve bu yerin 1963 yılında tapulamaca mer'a olarak sınırlandırıldığı ve bu sınırlandırmanın 1982'de kesinleştiği tartışmasıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, bir yerin toprak tevzi komisyonunca mer'a olarak tahsis edilmiş olması, evveliyatı itibarıyla de o yerin mutlak suretle mer'a olarak kabulüne yeterli değildir. Ne var ki, toprak tevzi komisyonunca bir yerin mera olarak tahsisinin yapılmış olması durumunda gerçek kişinin o yerdeki zilyedliği sona erer. O itibarla, mer'a olarak tahsisin yapıldığı tarih itibarıyla kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülk edinme koşullarının gerçekleştiğinin saptanması gerekir. Bunun için de yalnızca mer'a tahsis haritasıyla yetinilmeyip, belirtmeye ilişkin tutanak ile kayıt ve belgelerin celbedilerek taşınmazın evveliyatın ne olduğunun araştırılması icabeder.

Her ne kadar davalı yeri de kapsayan taşınmazın 538 parsel numarası ile tapulamaca sınırlandırılmasına karşı dava dışı şahıslar tarafından açılan tesbite itiraz davaları, bu yerin kadim mer'a olduğu gerekçesiyle redle sonuçlanıp kesinleşmişse de, bu kararın yasal sürede davalarını açmış bulunan davacılar yönünden kesin hüküm oluşturmayacağı, ancak, taşınmazın hukuksal niteliğini belirleyen güçlü bir delil teşkil edeceği kuşkusuzdur. Güçlü delilin usul hukukundaki şartlara uygun biçimde aksinin kanıtlanması da mümkündür.

Mahkemece, açıklanan biçimde çekişmeli yerde tevzi komisyonunca yapılan belirtme tarihi itibarıyla edinme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve özel mülkiyete konu yerlerden bulunup bulunmadığının açıklıkla saptanması zorunludur. Eksik incelemeyle olayla sağlıklı ve hukuksal çözüme ulaşıldığından söz edilemez.

Bu itibarla, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen "Özel Daire bozma kararına açıklanan nedenlerle uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi yerinde değildir" gerekçesiyle direnme kararı özel daire bozma kararında ve yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Yapılan araştırma sonucu taşınmazın öncesinin kadim mer'a olduğu kanıtlanırsa, zilyedliğin başlangıcı, taşınmazın mer'a sınırları dışına çıkartma tarihi olacaktır. Zira o tarihe kadar kadim mer'a niteliğini taşıyan bir yerin zilyedlik ve kazandırıcı zamanaşımı yolu ile mülk edinilmesi mümkün değildir ve çıkartma tarihine kadar geçen zilyetlik hukuksal olarak geçerli olmadığı için

gözönünde tutulamaz.

Açıklamalarımızdan varılan sonuç, ihtiyaç fazlası olarak muhtaç çiftçiye dağıtılmak üzere mer'a sınırları dışında çıkartılan taşınmaz, öncesi kadim mer'a ise zilyedliğin başlangıç tarihi mer'a dışına çıkartma tarihi olacaktır. Öncesi mer'a olmayıp kültür arazisi ise ve zilyedin toprak tevzi komisyonunca tahsisli mer'a olarak belirtme tarihine kadar zilyedlik süresi dolmuş ve kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülk edinme koşulları ve tescil hakkı doğmuş ise zilyet mülkiyet hakkının kullanılmasını talep edebilir. Taşınmazın tahsisli mer'a olarak belirtildiği tarihten önce zilyedlik süresi dolmamış ve mülkiyet hakkı da doğmamış ise belirtme tarihinde zilyedliği kesilerek son bulacağından bu durumda zilyedin zilyedliğinin başlangıç tarihi olarak taşınmazın mer'a sınırları dışına çıkartma tarihi gözönünde tutulacaktır. Görüldüğü üzere toprak tevzi komisyonunca mer'a olarak belirtme ve mer'a sınırları dışına çıkarma tarihi önem kazanmaktadır. Bunun için de mer'a tahsis haritası ile yetinilmeyip, belirtme tutanak ve eklerinin celbedilerek taşınmazın öncesinin ve niteliğinin iyice araştırılması gerekir.

İhtiyaç fazlası olarak dağıtıma tâbi tutulan ve öncesi mer'a olan taşınmaza komşu olan şahıs arazisine ait vergi kaydında tevziye tâbi tutulan yer mer'a görülmekte ise bu yer dağıtıma tâbi tutularak özel mülkiyete konu şahıs mülkü haline getirildiği için vergi kaydındaki mer'a sınırı sabit bir sınır haline gelmiş olur. Bu durumda davaya konu edilen yer miktar fazlası mer'a olarak kabul edilmez ve vergi kaydı bu sınırı itibarıyla sabit sınırlı kabul edilir⁽⁴⁾.

III- KADASTRO KANUNU'NUN 46 NCI MADDESİNİN UYGULANMA ŞARTLARI

Kadastro Kanunu'nun 46 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tescil edilmiş taşınmaz malların zilyedleri ve hak sahipleri adına tespit ve tescil şartları açıklanmıştır. Ancak iki fıkradaki tescil şartları farklı olduğu için açıklamamızı iki bölümde yapacağız.

Maddenin birinci ve ikinci fıkraları zilyet ve hak sahibi yönünden ayrı ayrı şartlar getirmiştir. Birinci fıkrada, zilyet deyimini kullandıktan sonra iktisabı kanun hükümlerinden doğan şartlara bağlı tutmuş, ikinci fıkrada ise zilyet deyimini yerine hak sahibi deyimini kullanmak suretiyle iktisap için başka bir şart aranmaksızın sadece toprak tevzi suretiyle verilmek üzere tamamlanmamış dahi olsa bazı işlemlerin yapılmış olmasını yeterli görmüştür.

(4) 8. H.D. 4.2.1991 T., 1990/10434 E., 1991/1622 K.

A) Zilyedlik ve Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla İktisap İçin Gerekli Şartlar:

a) Taşınmaz malın 4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına tescil edilmiş olması.

b) Hazine adına bu şekilde tescil edilmiş bulunan taşınmaz malın kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Hazinesinin mülkiyetinden çıkmamış ve amme hizmetine tahsis edilmemiş olması,

c) Taşınmaz malın 4753 sayılı Kanun uyarınca Hazine adına tapu kaydının oluşturulduğu tarihte zilyet yararına Kadastro Kanununun 14 ncü ve 17 nci maddelerinde öngörülen iktisap şartlarının gerçekleşmiş olması,

d) Tapulama ve kadastro işlemi gören yerlere ait tapu iptali ve tescil isteklerinde 3402 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde öngörülen 10 yıllık hak düşürücü süre geçmiş ise 46 ncı maddenin son fıkrası ile getirilen (2) yıllık ek sürenin geçmemiş olması,

e) Dava konusu taşınmaz hakkında kesin hüküm bulunmaması,

Bu genel tesbitten sonra iktisap için gerekli şartların ayrı ayrı açıklanmasına geçelim:

a) Taşınmazın 4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca HAZINE ADINA TESCİL EDİLMİŞ OLMASI

Kadastro Kanunu'nun "Hazine adına kayıtlı taşınmaz mallarda iktisap" başlığını taşıyan 46 ncı maddesi yalnız 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tescil edilen yerleri kapsamına almamıştır. Bu yerlerin dışında 766 sayılı Kanunun 37 nci maddesine göre imar ihya yoluyla kazanılmış olup da, kanunun yürürlüğünden önce bu yolla iktisap mümkün olmadığı için Hazine adına tespit ve tescil olunan yerlerle birlikte iskân suretiyle verilen yerleri de kapsamına almıştır. Ancak, inceleme konumuz 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tescil edilen yerler olduğu için iktisap şartlarını belirlerken bu kanunla ilgili olanlarına değineceğiz.

Hazine adına 4753 sayılı Kanuna göre tescil olunan taşınmaz mallara ait tapuların geçirdiği değişikliklere göre 46 ncı maddenin zilyet lehine uygulanma durum ve şartlarında değişik olabilir. Örneğin, Hazine tapusunun ilk tesis ve tescili 4753 sayılı Kanuna göre yapıldıktan sonra herhangi bir şekilde tevziye tâbi tutulmadan ilk iktisap sebebi gibi durumunu koruyabilir. Veya Hazine adına belirtme ve tescilini takiben tevziye temlik edildikten sonra tevzi şartlarının ihlâl

144 3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNUN 46. MADDESİ AÇISINDAN ÇİFTÇİYİ
TOPRAKLANDIRMA KANUNUNUN UYGULANMASINDAN DOĞAN
ZİLYETLİĞE DAYANAN TAPU İPTAL DAVALARI

edilmiş olması nedeniyle tapu kaydı tevzi edilen şahıs üzerinden mahkeme hükmüyle veya idari işlemle veya tapulamaca yapılan tespit sırasında tevzi şartlarının ihlali nedeniyle Hazine adına tesbit ve tescil edilmiş olabilir. İncelememizi bu değişik durumlara göre ayrı ayrı yapacağız.

aa) HAZİNE ADINA TESCİLDEN SONRA TEVZİE TÂBİ TUTULMAYAN TAPULAR

4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tescil edildikten sonra tevzie tâbi tutulmamış ve tapu kaydı üzerinde herhangi bir işlem yapılmadan ilk tescil sebebiyle Hazine üzerinde kayıtlı olan tapular yönünden 46 ncı maddenin uygulanması için herhangi bir tereddüt yoktur. Zira maddeye göre, zilyet veya hak sahibinin iptal ve tescil talebinde bulunabilmesi için dava konusu taşınmaz malın 4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına tescil edilmiş olması gerekir. 4753 sayılı Kanuna göre oluşan tapunun sonradan o yerde tapulama ve kadastro işlemi nedeniyle revizyon görmesi sonucu yeni tapu oluşması bu yerin 4753 sayılı kanuna göre tescil edilmiş olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Ancak zilyet yönünden iktisap şartları araştırılırken kazandırıcı zamanaşımı süresi Hazine tapusunun 4753 sayılı Kanuna göre tescil edildiği tarih gözönünde tutularak hesap edilir. Başka bir ifade ile zilyedin kazandırıcı zamanaşımı süresinin 4753 sayılı Kanuna göre tescil edildiği tarihe kadar dolmuş olması gerekir.

bb) TEVZİ SONUCU OLUŞAN KAYDIN İPTALİ ÜZERİNE HAZİNE ADINA KAYDEDİLEN TAPULAR

4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına belirtilerek tescil edildikten sonra tevzie tâbi tutulmuş fakat yasadaki kısıtlamalara uyulmayarak tevzi şartlarının ihlâl edilmesi nedeniyle iptal edilerek tekrar Hazine adına yazılmış kayıtların durumu ne olacaktır. Bu türdeki kayıtların iptal isteği karşısında zilyet 46 ncı maddede yararlanabilecek midir? Burada iki hususu ayırmak gerekir. İptal kesinleşmiş bir mahkeme hükmü ile mi yoksa idari bir işlemle mi yapılmıştır? Yoksa tapulama veya kadastro sırasında 4753 sayılı Kanunun 56 ncı ve 57 ncı maddelerindeki kısıtlamalara uyulmadığının teknisyenlerce yapılan araştırma sonucu anlaşılması üzerine tespit ve tescilin Hazine üzerine yapılması ile oluşan tapulara karşı da 46 ncı maddeye dayanarak iptal davası açılabilir mi?

aaa) MAHKEME HÜKMÜ SONUCU OLUŞAN TAPULAR

Tevzii suretiyle oluşan tapu, kısıtlamalara uyulmaması nedeniyle kesinleşen mahkeme hükmü ile iptal edilmiş ise zilyedin 3402 sayılı Kanunun geçici

4 üncü maddesi hükmüne göre Hazine tapusunun iptali için dava açma hakkı mevcut değildir. Zira olumsuz dava şartı olan ve amme intizamı ile ilgili olan kesin hüküm böyle bir davanın açılmasına imkân vermez. Bu durumda davacı 46 ncı maddeden yararlanamaz. Kesin hükme konu olan taşınmazın tevzi yoluyla temellük eden kişi tarafından yasanın 56 ncı ve 57 nci maddelerindeki kısıtlamalara aykırı hareketle satılması halinde kesin hüküm satıcıyı bağladığı gibi, alıcıyı da bağlar. Alıcı yasaya aykırı satışa ve ziyedliğe dayanarak iptal davası açamaz ve 3402 sayılı Kanununun 46 ncı maddesinden yararlanamaz. Kesin hüküm sonucu oluşan Hazine tapusu tapulama ve kadastro ile revizyon görerak tescil edilmiş ve 10 yıllık hak düşürücü süre de geçmiş ise davacı (2) yıllık ek süreden de yararlanamayacağı için, davanın hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle, süre geçmemiş ise kesin hüküm nedeniyle reddi gerekir. 8 inci Hukuk Dairesinin 6.9.1988 tarih ve 1988/11996-10567 sayılı kararında "Dava konusu yerler davacıya bizzat işlemesi ve çiftçilik yapması kaydıyla verilmiş olup, arazileri terk ederek Elazığ'a yerleşmesi nedeniyle üzerindeki kayıtların iptali ile Hazine adına yeniden tescil edilmişlerdir. Bu ilâm kesin hüküm sayılır. Davacı tevziden önceki sebeblere dayanarak yeniden tescil isteyemez. Uyuşmazlığın 46 ncı madde ile ilgisi yoktur". Aynı Dairenin 15.5.1989 tarih 6315/4808 sayılı kararında da "4753 sayılı Kanuna göre temlik edilen taşınmazın harici satışı nedeniyle (mahkeme ilâmı ile) geri alınarak Hazine adına tescili halinde, harici satış yasaya aykırı görülerek bir bakıma mahkemece işlem iptal edilmiş bulunmaktadır. Bu durumda taşınmazı satın alan (tapu iptâ davasının davacısı) kişi yasaya aykırı ziyedliğe dayanamaz" denilmiştir. 8 inci Hukuk Dairesi'nin 21.5.1990 gün ve 1720/9074 sayılı kararında da "Taşınmazlar Hazine üzerinde kayıtlı iken 1966 yılından önce 4753 sayılı Kanun uyarınca Kadir Dericî ve Kadir Akkuş'a tevzi yoluyla temlik edilmiştir. Bunlar 4753 sayılı Kanununun 56 ncı ve 57 nci maddelerine aykırı hareket ederek taşınmazları başkalarına satmışlar ve bunun üzerine 1975 yılında Hazine tarafından geri alma davası açılmış ve başarı ile sonuçlanmışır. Hazinesinin açtığı bu dava sonunda verilen hüküm satıcıları bağladığı gibi alıcıları da bağlar. Öncesi tapulu olup, tevzi yoluyla başkasına verilen taşınmazların zamanaşımı yahut 3402 sayılı Kanununun 46 ncı maddesinde gösterilen sebeplerle kazanılması mümkün değildir. Üstelik 1975 yılında açılan dava ile mülkiyet Hazineye geçmiş bulunmaktadır. O itibarla davanın reddine karar verilmesi gerekirken değişik düşüncelerle davanın kabulü yönünde gidimesi isabetsiz ve temyiz itirazları yerinde olduğundan kabulü ile hüküm Bozulmasına" karar verilmiştir.

bbb) İDARİ İŞLEMLE İPTAL OLUNAN VE TAPULAMA VE KADASTROCA REVİZYON GÖRMEYEN TAPULAR

4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına belirtilip tescil edildikten sonra 3 ncü kişiye tevzi edilen fakat tevzi şartları kısıtlamalara uyulmayarak ihlâl edilmesi nedeniyle idari işlemle iptal edilerek tekrar Hazine adına yazılmış tapu kayıtları 4753 sayılı Kanuna göre tesis edilmiş sayılacağından⁽⁵⁾ davacının 46 ncı maddeden ve (2) yıllık ek süreden yararlanması gerekir. Zira idari işlemle mülkiyetin tekrar Hazineye geçmiş olması 4753 sayılı kanundan doğan sebebe dayanmaktadır. Ayrıca 4753 sayılı Kanunun 57 nci maddesi yasaya aykırı davranış halinde gayrimenkullerin geri verilmesini ve tapu kaydının silinerek Hazine adına değiştirilmesi hakkını sadece mahkeme kararına dayandırmıştır. Yasanın bu hükmü karşısında mahkeme hükmüne dayanmayan geri alma ve iptal işlemi hangi yoldan olursa olsun hüküm ifade etmez. Yasa koyucu idari işlemede bu hakkı tanımış olsa idi 57 nci maddede bu hususu açıkça ifade ederdi. Yalnız yargı yolunu seçmiş olması belki idarenin keyfi veya yeterince araştırma yapmadan sonuca varmasını önlemek için olabilir.

Toprak komisyonlarınca üçüncü şahıslara tevzi edilmiş ve dağıtım cetveleri onanarak Hazine'nin mülkiyetinden çıkmış taşınmazlar lehine tevzi yapılan üçüncü kişilerin **TESLİM ALMAKTAN KAÇINMALARI** üzerine toprak tevzi komisyonunca tevzi iptal edilerek mülkiyetin tekrar Hazineye dönmesi halinde **4753 sayılı Kanuna değil, değişik bir sebebe** dayanılmış olacağından zilyedin **tapu iptal ve tescil davası açması mümkün değildir**. Çünkü; 3402 sayılı Kanunun 46. maddesine dayanarak açılacak iptal davalarında taşınmazın tapuda 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tescil edilmiş olması gerekir. Açıklanan durumda iptali istenen tapu Hazine adına 4753 sayılı Kanuna göre değil, değişik bir sebebe göre tescil edilmiştir. Ancak, zilyet Hazine adına belirtme tarihine kadar koşulları mevcut ise zilyedliğinin tesbitine karar verilmesini isteyebilir. Bu konu ile ilgili olarak Hukuk Genel Kurulunun 23.9.1992 gün ve 1992/8-428 Esas, 1992/484 sayılı kararında: "Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle usulüne göre yapıлып **tamamlanan dağıtım ile dağıtım konusu çekişmeli taşınmazın mülkiyeti dağıtılan kişilere geçmiştir. Daha sonra lehine tevzi yapılan kişilerin bu taşınmazları teslim almaktan kaçınmaları üzerine, toprak tevzi komisyonununun 21.11.1972 gün ve 361 sayılı kararı ve vilayetin 24.11.1972 tarihli onayı ile tevzi iptal edilmiş ve taşınmazın mülkiyeti tekrar Hazineye dönmüştür. Görüleceği gibi**

(5) 8. H.D., 26.12.1988 T., 1988/17972 E., 1988/17267 K.

komisyonun iptal kararı üzerine mülkiyetin tekrar Hazineye geçmesi 4753 sayılı Kanuna göre değil, değişik bir sebebe dayanmış olmaktadır. Bu itibarla davacıların iptal ve tescil davası açmaları mümkün bulunmamaktadır. Ancak, Hazine adına belirtme tarihine kadar koşulları mevcutsa zilyetliklerinin tesbitine karar verilmesi gerekeceği kuşkusuz bulunduğuna göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına bu nedenle uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır" düşüncesi ile yerel mahkemenin davanın kabulüne dair direnme kararı bozulmuştur.

ccc) TAPULAMA VE KADASTRO İŞLEMİ SIRASINDA KISITLAMAYA AYKIRI DAVRANIŞIN TESPİTİ SONUCU HAZİNE LEHİNE OLUŞAN TAPULAR

Tevzi suretiyle verilen tapunun tapulama veya kadastroca revizyon işlemi sırasında, kısıtlamaya aykırı davranışın tespiti sonunda Hazine adına tescilli suretiyle oluşan tapununtapulama veya kadastroca revizyon görmesi sonunda Hazineye tespit ve tescil edilmesi suretiyle oluşan tapu, 4753 sayılı Kanuna göre tesis edilmiş tapu niteliğinde olmadığı için zilyet **46 ncı maddeden yararlanmaz**. Zira anılan madde 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına kaydedilen taşınmaz mallar hakkında zilyet ve hak sahibine tescil talep etme hakkı tanımıştır. Tapulama ve kadastro sonrası oluşan tapu 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına kaydedilen tapu niteliğinde değildir. Ancak tevzi tapusu kadastronu tamamlanan çalışma alanı içerisinde kalan eski bir tapu niteliğinde olduğu için işleme tâbi kayıt niteliğini yitireceğinden zilyedlik belgesi olarak ileri sürülebilir ve tevzi tapusunun tescil tarihinden tapulama veya kadastro tespit tarihine kadar 20 yıllık zilyedlik süresi dolmuş ve kazandırıcı zamanlaşımı ile iktisap şartları olmuş ve tutanağın kesinleşme tarihinden itibaren 10 yıllık hak düşürücü süre dolmamış ise iptal davası açabilir. Hak düşürücü süre dolmuş ise zilyet 46 ncı maddedeki ek süreden yararlanamaz. Zira yukarıda açıklandığı gibi ortada 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tescil edilmiş bir tapu yoktur.

Aynı durum, 4753 sayılı Kanuna göre takyitli olarak verildikten sonra, idari işlemle tahsis işlemi iptal edilerek geri alınan taşınmaz malın Hazine adına tescilli suretiyle oluşan tapunun tapulama veya kadastroca revizyon görmesi sonunda Hazineye tespit ve tescil olunan tapular için de geçerlidir. Bu tapularda yukarıda açıklandığı gibi 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tescil edilmiş tapu hükmünde olmayıp tapulama sonucu oluşan tapulardan olması nedeniyle zilyedin **46 ncı maddeden yararlanması söz konusu olamaz**. Bu hususta 8 ncı Hukuk Dairesinin 13.12.1988 tarih, 1988/17734

148 3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNUN 46. MADDESİ AÇISINDAN ÇİFTÇİYİ
TOPRAKLANDIRMA KANUNUNUN UYGULANMASINDAN DOĞAN
ZİLYETLİĞE DAYANAN TAPU İPTAL DAVALARI

esas, 1988/16841 sayılı kararında, "4743 sayılı Kanunun 57 nci maddesindeki takyide tâbi olarak verildikten sonra tahsis işleminin iptali suretiyle idari bir işlemle geri alınarak, davacı üzerindeki kayıt silinerek Hazine adına tescil edilen taşınmazın, idari işlem sonucu Hazine adına tescil olunan tapu kaydına dayanılarak Hazine lehine tapulama tesbiti yapılmış ise taşınmazın Hazine adına yazılış sebebi üzerinde durulması veya bunun tartışılması söz konusu olmayacaktır. Bu durumda 3402 sayılı Kanunun 46 nci maddesinin 1 inci fıkrasının olaya uygulanması mümkün bulunmamaktadır" denilmiştir.

ddd) KANUNLAR UYARINCA HAZİNEYE KALAN TAŞINMAZLAR

3402 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, "... Kanunlar uyarınca Devlete kalan taşınmaz mallar, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilemez..." Taşınmazmal, 4753 sayılı Kanunun uygulanması sırasında, kaçak ve yitik kişilerden, mübadil rumlardan kaldığı, mirascı bırakmadan ölen kimseden kalarak Medeni Kanunun 448 nci maddesi uyarınca Hazineye intikâl ettiği ve böylece kanunlar uyarınca Devlete kalan taşınmaz mallardan olduğunun anlaşılması sonucu Hazine adına tescil olunmuş ise bu taşınmaz mallar hakkında 3402 sayılı Kanunun 46/1 inci maddesi uygulanmaz. Bu hususta 8 inci Hukuk Dairesi'nin 20.9.1989 tarih ve 1989/4427 esas, 1989/8029 sayılı kararında; "firari, yitik ve mübadil kişilere ait taşınmazlar kanun hükmü gereği Hazineye kalacağından böyle bir şey için süre söz konusu olmasada (10) yıllık hak düşürücü süre dolmamış olsa da açılan dava dinlenmez" denilmiştir. 16 ncı Hukuk Dairesi'nin 20.9.1990 tarih, 1989/15924 Esas, 1990/11950 sayılı kararında da "3402 sayılı Kanunun 18/2 nci maddesi gereğince, kanunlar uyarınca Hazineye kalan taşınmazların zilyedlikle iktisabı mümkün değildir.

Bu tür uyuşmazlıklar hakkında sözü edilen Kanunun 46/1 inci maddesi uygulanmaz.

Çekişmeli parsellerin kaçak ve yitik kişilerden intikâl etmesi nedeniyle 4753 sayılı Kanun uyarınca Hazine adına tapuya bağlandığı saptandığına, 3402 sayılı Kanunun 18/2 nci maddesi gereğince kanunlar uyarınca Hazineye kalan taşınmazların zilyedlikle iktisabı mümkün bulunmadığına, bu tür taşınmazlar hakkında sözü edilen kanunun 46/1 inci maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığına" karar verilmiştir.

Mirascı bırakmadan ölene ait tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malın Hazine tarafından kendi üzerine intikâl yapılmamış ise 1617 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisabı mümkündür. Ancak,

1617 sayılı "Toprak ve Tarım Reformu Öntedbirler Kanunu"nun 20 nci maddesiyle, Tapulama Kanunu'nun 33 üncü maddesine eklenen son fıkrası ile getirilen "kanunlar uyarınca Devlete kalan gayrimenkuller, tapuda kayıtlı olsun ya da olmasın, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilemezler ve bu madde hükmü uygulanmaz" hükmünden sonra, Medeni Kanunun 448 inci maddesine göre Hazineye son mirascı olarak geçen yerler üzerinde kazandırıcı zamanaşımı hükümlerinin uygulanma olanağı kalmamıştır. 3402 sayılı Kanunun 18/2 nci maddesi ile de aynı hüküm korunmuştur.

Bu açıklamalarımız 46 ncı maddenin birinci fıkrası yönündendir. Taşınmaz mal kanunlar uyarınca Hazineye kalan yerlerden olması nedeniyle Hazine adına 4753 sayılı Kanuna göre tescil olunmuş fakat hak sahibine tevzi edilmek üzere işlemlere girilip ancak işlemleri tamamlanmamış olması nedeniyle hak sahibi adına tescil olunmamış ise 46 ncı maddenin ikinci fıkrasından hak sahibi yararlanabilecek midir? Yasanın 18 inci maddesi, kanunlar uyarınca Devlete kalan taşınmaz malların kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilemeyeceğini âmirdir. 46 ncı maddenin ikinci fıkrasında, 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tescil edilmiş bir taşınmaz malın hak sahibi adına tespit ve tescili için kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap şartı aranmamış, yalnız tevzi için bazı işlemlerin yapılmış olmasını yeterli görülmüştür. Örneğin, tevzi cetvelinin Valilikçe onanması, toprağın dağıtılması ve mülkiyetin dağıtılana geçmesi sonucunu doğurur. İkinci fıkra iktisap şartları yönünden birinci fıkradan ayrılarak kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap şartlarından olan zilyedlik şartını aramadığına ve 18/2 nci madde, kanunlar uyarınca Devlete kalan taşınmaz malların zilyedlik ve kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisabını yasakladığına göre tevzi cetveli onanmış hak sahibinin taşınmazı iktisabı için bir engelin bulunmaması gerekir. Burada 46 ncı maddenin ikinci fıkrasının yasanın 18/2 nci maddesine aykırı olduğu da ileri sürülemez. Zira 18/2 nci madde sadece zilyet yönünden kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisabı yasaklanmıştır. 46 ncı maddenin ikinci fıkrasındaki iktisap şartlarının zilyedlik ve kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisapla ilgisi yoktur. Kaldı ki, 8 inci Hukuk Dairesi'nin 31.10.1975 tarih, 1975/1419 esas, 1975/5953 sayılı kararındaki "Erdek Mal Müdürlüğü'nün 21.3.1972 tarih ve 321-3/160 sayılı yazısında, dava konusu taşınmazın 1929 yılında 108 lira bedelle satıldığı bildirilmiştir. Bu suretle Hazine tarafından satılmış olan taşınmazın yeniden Hazineye kalan taşınmazlar cinsinden sayılması ve tescilinin mümkün olmadığınin kabulü yerinde değildir. Tapulama Kanununun madde 33/IV'de yazılı yasaklayıcı hükmü, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce tamamlanmış hukuki işlemler sonucu, Hazine ile ilgisi kalmamış taşınmaz mallara uygulama olanağı yoktur. Bu sebeplerle dava konusu taşınmazda diğer tescil şartları aranarak varılacak sonuca

150 3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNUN 46. MADDESİ AÇISINDAN ÇİFTÇİYİ
TOPRAKLANDIRMA KANUNUNUN UYGULANMASINDAN DOĞAN
ZİLYETLİĞE DAYANAN TAPU İPTAL DAVALARI

göre bir karar verilmesi gerekir" şeklindeki görüşünde belirtildiği gibi, satış, iskân veya tevzi gibi hukuki sebeplerle zilyedliği Hazineden devralan zilyedin taşınmazı kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap ettiği yerde, tevzi cetvelinin onanması suretiyle tamamlanmış bir hukuki işlem sonucu Hazine ile ilgisi kalmamış taşınmaz malı iktisap etmiş olması yasaya uygundur. Zira hak sahibi mülkiyet gibi daha üstün bir hakka dayanmaktadır.

Ne var ki, burada 46 ncı maddenin 3 üncü fıkrası gözönünde tutularak araştırma yapılmalıdır. Taşınmaz mal 3 üncü şahsa tapudan intikâl ederek Hazinenin mülkiyetinden çıkmış veya amme hizmetine tahsis edilmiş ise hak sahibinin 46 ncı maddeden yararlanması söz konusu olamaz. Kanunlar uyarınca Hazineye kalan taşınmaz mallarla ilgili olarak 46/1 inci maddeye göre açılan davalarda, son fıkradaki (2) yıllık ek süreden yararlanma söz konusu olmadığı gibi (10) yıllık süre dolmadan dava açılmış ise, zilyet 46/1 inci maddeden yararlanamayacağı için dava dinlenemez. İkinci fıkraya göre açılan davalar ise yukarıda açıklandığı gibi dinlenme imkânı bulunduğundan (2) yıllık ek süreden yararlanılır.

eee) HARİCİ SATIŞA DAYANAN ZİLYEDİN HAZINEYE KARŞI AÇTIĞI
İPTAL VE TESCİL DAVASI

4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına belirtilerek tescilinden sonra, muhtaç çiftçiye dağıtılan taşınmaz malın tazyit süresi içerisinde harici satışı nedeniyle hükümlerle, istirdat, kaydın Hazine adına düzeltilmesi, tapulama veya kadastroca Hazine adına tespit ve tescil sonucu geri alınarak Hazine adına tescil edilen taşınmazlar hakkında geçersiz olan harici satışa dayanarak satın alan gerçek kişi tarafından Hazine aleyhine açılan tapu iptal ve tescil davası dinlenemez. Olaya 766 sayılı Kanunun 32/C ve 3402 sayılı Kanunun 13/B-b maddeleri uygulanamaz. Satın alanın harici satıştan doğan dava hakkı ancak satıcıya karşı mümkün olup Hazineye karşı kullanılamaz. Buradaki harici satışın geçersizlik nedeni Medeni Kanunun 634 üncü maddesindeki tapulu bir gayrimenkulün harici satışının şekle aykırılığı değildir. Buradaki geçersizlik, 4753 sayılı Kanunun 57 nci ve 58 inci maddelerindeki toprak tevzi edilen kimsenin yasanın amacına aykırı her türlü tasarruflarını yasaklayan kamu düzeni ile ilgili bir yasaklamadan ve Hazinenin yasal hakkını kullanmasından ileri gelmektedir. Bu sebeple Medeni kanunun 634 üncü maddesinin bir istisnası olan 766 sayılı Kanunun 32/C ve 3402 sayılı Kanunun 13/B-b maddelerinin uygulanması düşünülemez. Bu maddelerin uygulandığı tapulama ve kadastradan önceki hukuki sebebe dayanan davalarda ileri sürülen harici satışlarda ise kamu düzeni ile ilgili bir yasak söz konusu olmadığı için

anılan maddelerin uygulanması yasa gereğidir. Harici satış sonucu alıcıya karşı iptal davası açan satıcının satışın 4753 sayılı Kanuna göre geçersiz ve satış aktinin yasaya ve şekle aykırı olduğuna dair iddiası ise Medeni Kanunun 2 nci maddesi hükmü karşısında objektif iyi niyet kurallarına aykırıdır. Satıcı tarafından ileri sürülen böyle bir iddia ve dava dinlenemez. Alıcı yönünden durum farklıdır. 4753 sayılı Kanuna göre dağıtılan ve tapu maliki tarafından tapu dışı yolla satılan taşınmaz mal hakkında alıcı zilyet, 766 sayılı Kanunun 32/C veya 3402 sayılı Kanunun 13/B-b maddelerine dayanarak satıcı aleyhine tapu iptal davası açabilir. Anılan maddelerdeki koşulların varlığı ve Hazine'nin de taraf durumunda olmaması halinde taşınmaz mal alıcı zilyet adına tescil edilebilir. Bu hususta Hukuk Genel Kurulu'nun 4.2.1987 tarih, 1986/1-173 Esas, 1987/66 sayılı kararında, "dava konusu 284 parsel sayılı taşınmaz, 1953 yılında 4753 sayılı Kanun gereğince davacıya verilmiş olup, 1958 tarihinde harici senetle davalıya satılmış, 1980 yılında yapılan tapulama çalışmaları sırasında da davacı adına tespit ve tescil olunmuştur. Belirtilen bu hususlar ile taşınmazın halen davalı tasarrufunda bulunduğu tartışmasızdır.

Taşınmaz mal tapulu olup, genel kurallara göre tapulu bir taşınmazın haricen satışı geçerli olmaması itibariyle 766 sayılı Kanunun 96 ncı maddesi delaletiyle 32/C maddesinin olayda uygulanıp uygulanmayacağı hususunun tartışılması gerekmektedir. Gerçekten 766 sayılı Kanunun 32/C maddesinin bir olayda uygulanabilmesi için aslında resmi şekilde yapılması gereken satışın bu resmi şekle uyulmadan yapılmış olması ve zilyedinin tespit tarihine kadar 10 yıl süre ile taşınmazı nizasız, fasılasız, mâlik gibi kullanması gerekir.

Davalı (mukabil davacı alıcı) olayda 4753 sayılı Kanun gereğince verilen yere ait tapunun iptalini istemiştir. Her ne kadar anılan yasa ile verilen yerlerde 25 yıllık takyid konulmuş ise de, bu olayda 3083 ve 3202 sayılı Yasalarla getirilen 4753 sayılı Kanunun öngördüğü yasaya aykırı davranış nedeniyle Hazine'nin açacağı davalara ilişkin düzenlemenin mahiyetine, Hazine'nin bu davada taraf olmamasına, bu nedenle de takyidin mukadderatının bu davada tartışılmasına gerek bulunmamasına, özellikle (satıcı) davacı tarafın takyide dayanmasının objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmamasına göre, olayda 766 sayılı Kanunun 32/C maddesinin uygulanması gerektiğinin kabulü icabeder" denilmiştir.

b) Hazine adına 4753 sayılı Kanun uyarınca tescil edilmiş bulunan taşınmazın, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Hazine'nin mülkiyetinden çıkmamış ve amme hizmetine tahsis edilmemiş olması gerekir

Kadastro Kanununun 46 ncı maddesinin üçüncü fıkrası "bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Hazinesinin mülkiyetinden çıkmış bulunan veya amme hizmetine tahsis edilen taşınmaz mallar hakkında bu madde uygulanmaz" hükmünü getirmiştir. Bu fıkra birinci ve ikinci fıkralarda yazılı olan 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına kayıtlı taşınmaz mallarda iktisabın istisnasını teşkil etmektedir. Yasanın bu hükmüne göre, 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına belirlenip tescil edildikten sonra şahıslara tahsis veya başka bir hukuki sebeble kanunun yürürlüğe girmesinden önce Hazinesinin mülkiyetinden çıkmış olan taşınmaz mallara ait tapu kayıtları hakkında tevzi veya temlik edilen aleyhine iptal davası açılmayacaktır. Şayet dava şartları mevcut ise Hazine aleyhine bedel davası açılabilir. Bu bölümle ilgili olarak 27.1.1954 tarih, 1953/14 Esas, 1954/1 sayılı Tevhidi İçtihadın 46 ncı madde karşısında uygulama yönünden açıklanmasında yarar vardır. Tevhidi İçtihat ile, "Hazine ve muhtaç çiftçi namına tescil edilen toprak hakkında zilyet tarafından müdahalenin men'i veya tapunun iptali hakkındaki dava dinlenemeyeceği cihetle, bu yerin sahibi olduğunun tesbiti için ayrıca dava açması gerekeceğine, toprak bedeli hakkında adalet mahkemelerine dava açılmayıp idari mercilere müracaat olunabileceğine ve toprak namına tescil edilen çiftçi aleyhine açılan davada Hazineye husumet tevcihi gerekmeyeceğine" karar verilmiştir. Bu karar 3402 sayılı Kanunun 46 ncı maddesi karşısında Hazine namına tescil edilen topraklar hakkında zilyet tarafından açılacak davalar yönünden uygulama olanağını yitirmiştir. Zira 46 ncı madde 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tescil edilen taşınmazlar hakkında zilyet ve hak sahipleri tarafından tapu iptal ve tescil davası açma imkânını getirmiştir. Ancak, tevhidi içtihat doğrudan doğruya muhtaç çiftçi adına tescil edilen taşınmaz mallar hakkında hükmünü korumaktadır. Zira 46 ncı madde sadece Hazine adına 4753 sayılı Kanuna göre tescil edilen ve Hazinesinin mülkiyetinden çıkmamış taşınmaz mallar için zilyet lehine hüküm getirmiştir. Maddenin üçüncü fıkrası, ancak konunun yürürlüğe girdiği tarihte Hazinesinin mülkiyetinden çıkmış veya amme hizmetine tahsis edilen taşınmaz mallarla ilgili davalarda madde hükmünün uygulanmayacağını açıklamıştır. Bu durumda olan davalarda iki yıllık ek süreden yararlanma olanağı da bulunmamaktadır. Tevzi veya hukuki işlem sonucu intikâl eden tapunun tapulama ve kadastroca revizyon görerek tutanak düzenlenmiş ve tutanağın kesinleşmesinden itibaren yasanın 12/3 üncü maddesinde öngörülen 10 yıllık hak düşürücü süre geçmiş ise dava bu nedenle reddolunacaktır. Taşınmaz malın kanunun yürürlüğünden önce Hazine mülkiyetinden çıkıp çıkmadığının tesbiti için tapu kayıtlarının tüm tedavülleri ile birlikte getirtilerek intikâl tarihinin araştırılması, kamu hizmetine tahsis söz konusu ise tahsis tarihinin de ilgili merciden sorulması gerekir. Bu konu ile ilgili

olarak 8 inci Hukuk Dairesi'nin 11.11.1991 tarih, 1991/13092 Esas 1991/15452 sayılı kararında "dava konusu taşınmaz 1966 yılında tapulama yoluyla 4753 sayılı Kanuna göre tesis edilen tapu kaydı dayanak yapılarak Hazine adına tespit ve tescil edilmiş ve bu suretle tapulama tutanağının kesinleşmesinden itibaren 10 yıl geçtikten sonra 3402 sayılı Kanununun 46 ncı maddesi uyarınca bu dava açılmış bulunmaktadır. Dayanılan sebep bakımından hak düşürücü süre söz konusu değil ise de (taşınmaz mal) 3402 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce dağıtım tâbi tutulmuş ve bu davada davalı sıfatını alan İbrahim'e tevzi edilmiş olup bu suretle Hazinesinin mülkiyetinden çıkmış bulunmaktadır. 3402 sayılı Kanununun 46/3 üncü maddesi hükmüne göre, taşınmaz kanunun yürürlüğe girmesinden önce Hazinesinin mülkiyetinden çıkmış olduğundan böyle bir taşınmaz hakkında 46 ncı madde hükmüne veya 17 nci madde hükmüne dayanılarak dava açılması mümkün bulunmamaktadır. Davanın bu sebepten reddi gerekir" denilmiştir.

Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu'nun 10 uncu maddesi gereğince Devletin özel mülkiyetindeki tapusuz arazinin, muhtaç çiftçiye toprak sağlamak amacıyla Tarım Bakanlığı emrine verilmesi bu arazinin kamu hizmetine tahsis edilmesini ifade eder mi? 26.12.1966 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında bu soruya olumsuz cevap verilmiş ve Tarım Bakanlığı emrine vermenin fevkalade zamanaşımını engellemeyeceği kabul edilmiştir.(6). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.9.1973 tarih, 1973/5-73 Esas, 1973/550 sayılı ve aynı mahiyetteki 27.2.1972 tarih, 1967/5-711 Esas, 1967/107 sayılı(7) kararlarında da "4753 sayılı Kanunun uygulandığı yerlerde dahi, bu kanunun yürürlüğe girdiği 15.6.1945 tarihine kadar devam eden sürenin 20 yıla varıp varmadığına bakılacağı ve bu süre dolmuşsa iktisap şartının gerçekleşmiş sayılacağı" kabul edilmiştir.

c) Taşınmaz malın 4753 sayılı Kanun uyarınca Hazine adına tapu kaydının oluşturulduğu tarihte ZİLYET YARARINA Kadastro Kanununun 14 üncü ve 17 nci maddelerinde öngörülen İKTİSAP ŞARTLARININ GERÇEKLEŞMİŞ OLMASI

Kadastro Kanununun 46 ncı maddesinin birinci fıkrası, 4753 sayılı Kanun uyarınca Hazine adına tapuya tescil edilen taşınmazların yasanın 14 ncü maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde zilyet adına tespit ve tesciline olanak sağlamıştır. Zilyedlik ve kazandırıcı zamanaşımı ile ik-

(6) Tekinay, Eşya Hukuku, 1989, shf. 739.

(7) Son İçtihatlar Dergisi, 1974, shf. 129-131 ve 33-35.

154 3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNUN 46. MADDESİ AÇISINDAN ÇİFTÇİYİ
TOPRAKLANDIRMA KANUNUNUN UYGULANMASINDAN DOĞAN
ZİLYETLİĞE DAYANAN TAPU İPTAL DAVALARI

tisap şartlarının tapunun 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tescil tarihinden önce gerçekleşmiş olması gerekir.

d) Tapulama veya kadastro işlemi gören yerlere ait tapu iptali ve tescil isteklerinde 3402 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde öngörülen (10) yıllık hak düşürücü süre geçmiş ise 46 ncı maddenin son fıkrası ile getirilen (2) yıllık EK SÜRENİN GEÇMEMİŞ OLMASI

3402 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinin son fıkrası ile daha önce kadastronu yapılan yerlerde bu maddeye dayanan talep ve dava hakkı kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıllık süreye tâbi tutulmuştur. 4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına tespit ve tescil edilen yerler hakkında 46 ncı maddeye göre açılan tapu iptal ve tescil davalarında yasanın 12/3 üncü maddesinde sözü edilen (10) yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması halinde yasanın yürürlüğünden itibaren (2) yıllık ek süre tanınmıştır. Bu sürenin daha önce kadastronu ve tapulaması yapılan yerlerdeki taşınmaz mallarla ilgili talep ve davalara ait olduğu fıkrada vurgulanarak hak düşürücü süre olduğu belirtilmiştir. İki yıllık bu süre hak düşürücü süre olması nedeniyle hâkim tarafından kendiliğinden gözönünde tutulacaktır. Taraflarca talepte bulunmaya gerek yoktur. Zira hak düşürücü sürenin kabul edildiği yerlerde kanunun tâyin ettiği süre içerisinde dava açılmazsa hak doğmaz. Hakkın doğumu ancak süresinde dava açmakla mümkündür. Zamanaşımı hak olduğu halde davanın dinlenmesine, hak düşürücü süre ise hakkın varlığına engel olur. Yani zamanaşımında hak vardır fakat zaman geçtiği için korunmaz. Fakat hak düşürücü süreye tâbi olan işlerde hakkın sübut ve varlığı bu müddet içerisinde dava açılmazsa hak vücut bulmamış demektir.

aa) 4753 sayılı Kanunun eki olan 1073 sayılı Kanun; UYGULAMA YÖNÜNDEN 46 ncı MADDENİN KAPSAMINA GİRER

15.1.1969 tarihinde yürürlüğe giren '4753 sayılı Kanuna Bir Madde Eklenmesine" dair Kanun ile toprak komisyonlarınca Devlet arazisi olarak belirtilen ve Hazine adına tescil edilmiş olan yerler, şartları mevcut ise 766 sayılı Kanunun geçici 3 üncü maddesi uyarınca zilyetleri adına tescil edilmek üzere dağıtım dışı bırakılır hükmü getirilmiştir. Böylece 4753 sayılı Kanunun uygulanmasında geçici 3 üncü madde hükmünün de gözönünde tutulması gerekmektedir. Anılan geçici maddenin son fıkrası ile ilgililerin dava hakları, 766 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren başlamak suretiyle on yıllık hak düşürücü süreye tâbi tutulmuştur. 3402 sayılı Kanunun 46 ncı maddesi 4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına kaydedilen taşınmazlarla ilgili bulunduğuna göre bu kanunun eki olan 1073 sayılı Kanun, uy-

gulama yönünden 46 ncı maddenin uygulamasında gözönünde tutulur. Geçici 3 üncü maddenin son fıkrası ile dava hakkı 10 yıllık hak düşürücü süreye tâbi tutulduğuna ve bu süre 3402 sayılı Kanunun yürürlük tarihinde sona erdiğine göre hak sahiplerinin 46 ncı maddeye dayanarak açtıkları davalarda maddenin son fıkrasındaki (2) yıllık ek süreden yararlanabilmeleri için taşınmazın önceden kadastro görmüş ve tutanağın kesinleşmesinden itibaren 10 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması gerekir. 8 inci Hukuk Dairesi'nin 9.9.1991 tarih, 1991/8167 esas, 1991/11501 sayılı kararında ise "4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına belirlenmiş, sonra Hazine adına tescil edilmiş yerler için 1073 sayılı Kanunun yollamasıyla 766 sayılı Kanunun geçici 3 üncü maddesine göre açılacak davaların 766 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden itibaren 10 yıl içinde açılması gerekir. Kanunda öngörülen bu süre geçmiş ise, bilahare yürürlüğe giren 3402 sayılı Kanunun 46 ncı maddesi ile bu tür davalar için (2) yıllık ek süre getirilmiştir. Bu iki yıllık ek süre de geçirilmiş ise 46 ncı maddeden istifade mümkün değildir" denilmiştir.

1073 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 15.1.1969 tarihinde Hazine üzerinde kayıtlı bulunan arazinin 766 sayılı Kanunun mülkiyet hakkının tesbitine ilişkin 33, 37, 42 ve 43 üncü maddelerindeki esaslara göre ve geçici 3 üncü maddesi uyarınca zilyedleri adına tescil edilmek üzere dağıtım dışı bırakılması hükmünü getirmiştir. Kanunun yürürlük tarihinden önce dağıtılmış olan arazilerle ilgili olaylara 1073 sayılı Kanun uygulanmaz. Bu husus 3402 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının "Hazinenin mülkiyetinden çıkmış bulunan taşınmaz mallar hakkında bu madde uygulanmaz" hükmü ile tekrar edilmiştir. zilyedin 3402 sayılı Kanunun 46 ncı maddesine dayanarak 1073 sayılı Kanundan yararlanması için 1073 sayılı Kanunun yürürlük tarihinde taşınmaz malın Hazine üzerinde kayıtlı olması ve muhtaç çiftçiye dağıtılmamış olması gerekir (8).

4753 sayılı Kanuna eklenen 1073 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15.1.1969 tarihinden sonra YAPILAN DAĞITIM GEÇERSİZDİR. Böyle bir taşınmaz hakkında zilyedlik hukuki sebebine dayanılarak iptal ve tescil yoluyla mülkiyetin aktarılması davası açılabilir. 8. H.D.'nin 24.9.1990 T., 1990/971 E., 1991/12153 sayılı kararında belirtildiği gibi "4753 sayılı Kanuna eklenen 1073 sayılı Kanun 15.1.1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir (1073 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 4753 sayılı Kanuna eklenen ek madde ile). Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, 4753 sayılı Kanuna göre Hazine uhdesin-

(8) 16. H.D.'nin 17.10.1989 T., 1988/13942 E., 1989/14727 sayılı kararında belirtildiği gibi "1073 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15.1.1969 tarihinden önce başkasına temlik edilerek Hazinenin elinden çıkmış taşınmazlar hakkında, zilyedliğe dayanılarak sonradan açılan men'i müdahale ve tapu iptal davaları dinlenmez" (YKD., Mayıs-1990, sh.724).

de bulunan taşınmazların dava sonuna kadar tevzi işlerinin durdurulacağı hükme bağlanmıştır. Dava konusu 810 parselin dağıtımı 15.1.1969 tarihinden sonra 5.1.1970 tarihinde yapılmış olduğuna göre dağıtım anılan kanun hükmü karşısında geçersiz olmaktadır. O itibarla böyle bir taşınmaz hakkında şartları mevcut olduğu takdirde iptal ve tescil davası açılabilir. Zira, bir bakıma taşınmaz tevzi usulsüz olduğu için Hazine üzerinde sayılır..." Yasaya aykırı geçersiz dağıtım sonucu oluşan tapu usulsüz tevzi işlemi söz konusu olduğu için taşınmaz malın Hazineye ait olduğunun kabulü 1073 sayılı Yasanın âmir hükmü gereğidir. Durum böyle olunca zilyedin 3402 sayılı Kanunun 46. maddesinden yararlanması gerekir.

1073 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce 4753 sayılı Kanunun uygulanmasından doğan davalara Tapulama Kanununun 97 nci maddesi gereğince ancak bu kanunun 33 ve 42 nci maddeleri uygulanabiliyordu, geçici 3 üncü maddenin uygulanma imkânı yoktu. İşte bu çelişikliği gidermek amacıyla 4753 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden evvel meydana gelen olaylara tatbik edileceği hususunda bir açıklık yoktur. Geçici 3 üncü maddeye yapılan atıf kanunun yürürlüğe girdiği tarihte henüz tevzi edilmemiş ve âmmeye hizmetine tahsis edilmemiş bu gibi taşınmaz mallar hakkında ne gibi işlem yapılacağını göstermekten ibarettir. Kanun maddesinin başka türlü yorumu kazanılmış hakları ortadan kaldırmak gibi hukuken kabulü mümkün olmayan sonuçlar doğurur(9).

46 ncı maddenin son fıkrasında talep hakkından bahsetmekle hak sahiplerine mahkemelere başvurmadan idari yoldan tescilin düzeltilmesi olanağı tanınmıştır. 3402 sayılı Kanuna göre hazırlanan "Taşınmaz Malların Sınırlandırılma, Tespit ve Kontrol İşleri Hakkındaki Yönetmeliğin" 18 inci maddesinde hak sahipleri tarafından idari yoldan tescil talebinde bulunulması halinde yapılacak işlem aşağıdaki şekilde açıklanmıştır.

"Hak sahiplerince idari yoldan tescil talebinde bulunulması halinde, kadastro müdürlüklerince gerekli araştırma yapıp hak sahibi belirlendikten sonra, Hazine adına yapılmış olan tescilin tashihi düzeltilmesi için durum mahalli maliye kuruluşundan sorularak alınacak cevaba göre işlem yapılır.

Kadastrosu ve tapulaması yapılmış yerlerdeki bu gibi taşınmaz mallarla ilgili talep ve dava hakkı, Kadastro Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl geçmekle düşeceği ve idareye yapılan talepte bu süreyi durdur-

(9) HGK., 22.1.1972 T., 5-371 E., 44 K. (Ş.Özdemir-Gayrimenkul ve Usul Hukukuna İlişkin Yargıtay Tatbikatı, 1975, sh.472).

mayacağından, süre dolmadan evvel talebin idari yoldan karşılanmaması halinde dava açılması gerektiği talep sırasında ilgisine hatırlatılarak talebin uygun bir yerine bu husus yazılıp imzası alınır" denilmiştir. Yönetmeliğin bu hükmüne rağmen hak sahipleri tarafından tescil talebi için idari yola başvurulmadığı kanaatindeyiz. Mahkemelere çok miktarda açılan davalardan bu sonuca varmaktayız. Esasında dava yükü altında ezilmekte olan mahkemelerin, 46 ncı madde ile getirilen yeni yükünü hafifletmek için hak sahiplerine öncelikle idari yoldan tescil talebinde bulunma zorunluğu getirilmiş olsa idi, bu yük büyük oranda azaltılmış olabilirdi. Ne var ki, bugün için yasanın tanıdığı (2) yıllık süre dolmuş olduğundan Yönetmeliğin bu hükmünü uygulama olanağı kalmamıştır. Ancak, yeni bir yasal düzenleme ile bu olanak yaratılabilir. Açılmış bulunan davalar için, hak sahibine önce idari yola başvurma zorunluğu getirilerek, süresinde açılmış bulunan davaların idari işlemin sonuna kadar işlemde kaldırılabileceği, idari yoldan sonuç alınamaması halinde, davaya harçsız olarak kaldığı yerden devam olunacağı hükmü getirilmek suretiyle uyuşmazlıkların büyük çapta idari yoldan çözümü sağlanarak mahkemelerin de bu maddenin uygulamasından doğan ağır yükü hafifletilebilir. Mahkemelerin iş yükünü hafifletmekle ilgili çabaların gündemde olduğu bu günlerde bu yasal düzenleme ile çalışmalara katkıda bulunabilir.

bb) 1073 SAYILI KANUNA GÖRE AÇILAN DAVALARDA (2) YILLIK EK SÜRENİN UYGULANMA ŞARTLARI

46. maddenin son fıkrasında açıklanan (2) yıllık ek süre, daha önce kadastru yapılan yerlerde bu maddeye dayanarak açılan davalar için tanınmıştır. İki yıllık ek süreden yararlanabilmek için maddenin gayet açık ve net bir şekilde ifade ettiği gibi dava konusu taşınmazın önceden kadastro görmüş olması ve tutanağın kesinleşmesinden itibaren 3402 sayılı Kanunun 12/3 üncü (766 s. Kanunun 31/2) maddesinde öngörülen 10 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması gerekir.

4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına tescil edilen taşınmaz mallara 46 ncı maddenin son fıkrasının uygulanabilme olanağının teşkil sebep ve şekline göre araştırılması gerekir. Taşınmaz malın 4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına tapuya teşkilinden sonra kadastro işlemine tâbi tutularak tapunun revizyonu sonucu oluşan tapu siciline karşı 46 ncı maddeye dayanılarak açılan davalarda tutanağın kesinleşmesinden itibaren 10 yıllık hak düşürücü süre geçmiş ise maddenin son fıkrasında açıklanan 2 yıllık ek süreden davacının yararlanması gerektiği yönünde herhangi bir kuşku söz konusu değildir. Zira fıkrada da açıklandığı gibi dava konusu taşınmaz mal kadastru yapılan yerlerden olduğu için davacı 2 yıllık ek

158 3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNUN 46. MADDESİ AÇISINDAN ÇİFTÇİYİ
TOPRAKLANDIRMA KANUNUNUN UYGULANMASINDAN DOĞAN
ZİLYETLİĞE DAYANAN TAPU İPTAL DAVALARI

süreden yararlanacaktır. 4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına teşkil olunan taşınmazın bulunduğu yerde kadastro faaliyeti yoksa veya önceden hiç kadastrosu yapılmamış ise ortada düzenlenmiş bir kadastro veya tapulama tutanağı bulunmadığı gibi tapulama veya kadastradan önceki bir hukuki sebebe dayanma da söz konusu olamayacağı için 3402 sayılı Kanunun 12/3. (766 s. Kanunun 31/2) maddesinin, dolayısıyla 46 ncı maddenin son fıkrasındaki 2 yıllık ek sürenin de uygulanması düşünülemez. Zira kanunun ifadesi ile ortada önceden kadastrosu yapılmış bir yer söz konusu değildir. Daha açık bir ifade ile, kadastro görmeyen yerler için 46 ncı maddeye dayanarak açılan davalarda 10 yıllık hak düşürücü ve iki yıllık ek sürenin uygulanması düşünülemez, dava süreye tâbi değildir.

4753 sayılı Kanunun eki olan 1073 sayılı Kanunun atıfta bulunduğu 766 sayılı Kanunun geçici 3 üncü maddesinde kabul edilen 10 yıllık hak düşürücü sürenin aynı yasanın 31 inci maddesindeki süre ile ilgisi var mıdır? Geçici 3 üncü maddedeki süreyi kaçırmış olan hak sahibinin 46ncı maddeye dayanarak açmış olduğu davada ek 2 yıllık süreden yararlanması mümkün müdür?

Geçici 3 üncü maddenin amacı, 5602 sayılı Kanunun uygulamaları sonucu belgeye dayanmayan zilyet aleyhine doğan haksızlığı gidermektir. 5602 sayılı Kanun, 20 dönüme kadar olan ve tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların belge ibraz edilmeden şahit delili ile iktisabına olanak tanıdığı halde 20 dönümden fazla olan taşınmazlar için vergi kaydı veya mahkeme ilâmı ibraz edilmemesi halinde 20 dönümlük kısmı zilyet lehine ayırmadan tamamının Hazine adına tescilli hükmünü taşımaktâ idi. 506 ve 766 sayılı Kanunlar ise yüzölçümü 100 (1617 s. Kanunla 20-50) dönümlük kısmının belge ibraz etmeden tanık delili ile ispat ve iktisap olanağını getirmiştir. İşte 766 sayılı Kanunun geçici 3. maddesi, 5602 sayılı Kanunun uygulamalarından doğan haksızlığı gidermek için hak sahiplerine kanunun yürürlük tarihinden itibaren 10 yıl içerisinde kullanılmak üzere yeni bir talep ve dava hakkı getirmiş ve kesin hükümleride kapsayacak şekilde hükmünü geriye doğru yürütmüştür. Geçici madde tapulama davaları ile birlikte genel mahkemelerde görülerek kesin sonuca bağlanmış teşkil davalarına konu taşınmaz mallarında kapsamına almıştır. Daha önce genel mahkemelerde veya tapulama mahkemesinde dava konusu olup yüzölçümün 20 dönümü geçmesi ve belge ibraz edilememesi nedeniyle Hazine adına tespit ve teşkil olunan ve kesinleşen hükme rağmen geçici 3 üncü maddenin getirdiği olanağa göre yeniden tapulama mahkemesinde ve genel mahkemede zilyet tarafından dava açılacaktır. Ancak dava açma süresi kanunun yürürlük tarihinden itibaren 10 yıla sınırlanmıştır.

4753 sayılı Kanunun geçici 3 üncü madde ile ilişkisi bu kanunun eki olan 1073 sayılı Kanunun geçici 3 üncü maddeye atıfta bulunmasından ileri gelmektedir. Bu sebeple geçici 3 üncü madde hükmü özel bir kanun olan 4753 sayılı Kanunun uygulanmasında da gözönünde tutulacaktır. 4753 sayılı Kanuna bir madde eklenmesine dair 1073 sayılı Kanunun ek maddesine göre, toprak komisyonlarınca Devlet arazisi olarak belirtilen veya Hazine adına teşkil edilmiş bulunan yerler şartları mevcut ise 766 sayılı Kanunun geçici 3 üncü maddesi uyarınca zilyedleri adına teşkil edilmek üzere dağıtım dışı bırakılacaktır. HGK'nun 22.1.1972 T., 5-371 E., ve 44 sayılı kararında(10) belirtildiği gibi, burada geçici 3 üncü maddeye yapılan atıf kanunun yürürlüğe girdiği tarihte henüz tevzi edilmemiş ve âmme hizmetine tahsis edilmemiş taşınmaz mallar hakkında ne gibi işlem yapılacağını göstermekten ibarettir. Zilyedleri adına teşkil edilmek üzere dağıtım dışı bırakılan yerlerin teşkil işlemlerinde geçici 3 üncü maddedeki koşullar gözönünde tutulacaktır. Örneğin, toprak komisyonlarınca Devlet arazisi olarak belirtilen ve Hazine adına teşkil edilmiş bulunan yerler, kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Hazine'nin mülkiyetinden çıkmış veya âmme hizmetine tahsis edilmiş ise zilyedleri adına teşkil edilmeyecektir. Veya 5602 sayılı Kanun uyarınca 20 dönemden fazla olduğu ve belge ibraz edilemediği için tamamı Hazine adına teşkil olunan ve zilyede tevzi edilmeyen yerler hakkında kesin hüküm bulursa dahi bu gibi yerlerin 100 dönüme kadar (1617 s. Kanunla 20-50 dönüm) bölümü dağıtımla zilyet adına teşkil edilebilecektir. Zilyet tarafından bu sebeplere dayanarak açılacak dava için 766 sayılı Kanunun yürürlüğünden (28.6.1966) itibaren 10 yıllık süre tanınmıştır. Bu süre de hak düşürücü süredir. Ancak geçici 3 üncü maddedeki hak düşürücü süre ile 766 sayılı Kanunun 31 inci maddesindeki sürenin uygulanma sebepleri farklıdır. 31 inci maddedeki sürenin uygulanabilmesi için ortada bir tapulama işleminin mevcut olması ve tapulamadan önceki bir hukuki sebebe dayanılması gerekir. Geçici 3 üncü maddede ise 5602 sayılı Tapulama Kanununun uygulamasından doğan tapulama işlemlerine veya daha önce genel mahkemelerde görülmüş ve kesin sonuca bağlanmış teşkil davalarından doğan hukuki sebebe dayanılması mümkündür. Zilyet, 1073 sayılı Kanuna göre 5602 sayılı Kanundan doğan tapulama işlemine karşı ve tapulamadan önceki hukuki sebebe dayanarak dava açmış ise artık burada 46 ncı maddenin son fıkrasında açıklandığı gibi daha önce 5602 sayılı Kanuna göre yapılmış bir kadastro ve kadastrusu yapılan bir yer söz konusu olduğu için 2 yıllık ek süreden yararlanacaktır. Zilyet 1073 sayılı Kanuna göre fakat daha önce genel mahkemelerde görülerek kesin sonuca

(10) Şükrü Özdemir, Gayrimenkul ve Usul Hukukuna İlişkin Yargıtay Tatbikatı, 1975, shf, 472.

bağlanmış davalardan kaynaklanan hukuki sebep nedeniyle geçici 3 üncü maddeye dayanarak dava açmış ise ortada daha önce kadastrosu yapılmış biryer söz konusu olmadığı için iki yıllık ek süreden yararlanamayacak ve geçici maddedeki 10 yıllık süreye tâbi olacaktır. Bu sürede geçmiş ise dava geçici maddedeki hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle reddolunacaktır.

Zilyet, 1073 sayılı Kanuna dayanmadan 4753 sayılı Kanun ile ek ve tadilleri uyarınca Hazine adına kaydedilen taşınmaz malın 3402 sayılı Kanun hükümlerine göre doğan iktisap şartlarına dayanarak adına tespit ve teşçilini istemiş ve dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde daha önce kadastro yapılmamış ise, yâni, 4753 sayılı Kanuna göre oluşan tapu kadastroda revizyon görmemiş ise dava süreye tâbi değildir. Her zaman dava açılabilir. Zira, 3402 sayılı Kanunun 12/3 ve mülga 766 sayılı Kanunun 31/2 nci maddelerinde açıklanan hak düşürücü süreler tapulama gören ve tapulamadan önceki hukuki sebeblere dayanılarak açılan davalar için geçerlidir. Hak düşürücü sürenin olmadığı yerde 46 ncı maddenin son fıkrasındaki 2 yıllık ek sürenin uygulanması söz konusu değildir. Bu açıklamamıza ışık tutan HGK.'nın 29.2.1984 T., 1981/8-1143 E., 1984/176 sayılı kararında, "...davalı Hazine'nin dayandığı tapu kaydı, 4753 sayılı Kanun hükümlerince oluşturulmuş olup, 5602 sayılı Tapulama Kanunu hükümleriyle ve keza bu kanunda yeralan koşullara dayanan bir teşçil hükmü ile de ilgili bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, 766 sayılı Tapulama Kanununun geçici 3 üncü maddesinin son fıkrasında yeralan hak düşürücü süreye tabi tutulması mümkün değildir. Çünkü, 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanununa ek madde eklenmesi ile ilgili bulunan 1073 sayılı Kanunda: (Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 13 üncü maddesinin uygulanmasında, 766 sayılı Tapulama Kanununun mülkiyet hakkının tesbitindeki esaslara ilişkin 33, 37, 42 ve 43 ncü maddelerinin kayıt malikleri ve zilyetlik hakkındaki hükümlerine uyulur. Toprak komisyonlarında Devlet arazisi olarak belirtilen ve Hazine adına tespit edilmiş bulunan yerler, şartları mevcut ise, 766 sayılı Tapulama Kanununun geçici 3 üncü maddesi uyarınca zilyetleri adına teşçil edilmek üzere dağıtım dışı bırakılır) şeklinde yeralan hükümlerinin uygulanması hak düşürücü süre ile sınırlanmamış ve Tapulama Kanununun geçici 3 üncü maddesinde yeralan 10 yıllık hak düşürücü süreye bir atıfta bulunulmamıştır" denilmiştir(11).

8 inci H.D.'nin 29.7.1991 T., 11284/10464 sayılı "davacı 4753 sayılı kanuna göre Hazine adına belirtilip 1963 yılında teşçil edilen taşınmazın kendisine ait olduğunu ileri sürerek mevcut tapunun iptali ile taşınmazın adına

(11) İhsan Özmen, 3402 sayılı Kadastro Kanunu Şerhi, 1988, sh. 241, 242.

tesçiline karar verilmesini istemiştir. Taşınmaz 4753 sayılı kanun uyarınca önce Hazine adına belirtilmiş ve daha sonra tesçil edilmiştir. Hazine adına tesçil edilen bu tür taşınmazlar hakkında 1073 sayılı Kanununun yollamasıyla Mülga Tapulama Kanununun geçici 3. maddesine göre tapulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 10 yıl içinde dava açılması mümkündür.

nunda öngörülen bu süre geçmiş ise de, 3402 sayılı Kanunun 46. maddesine göre, bu tür davalar için kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 2 yıllık ek süre tanınmış olmaktadır. Dava bu süre içerisinde de açılmamıştır. Bu durumda davanın dinlenmesi mümkün bulunmamaktadır. Hak düşürücü sürenin geçmiş olması sebebiyle davanın reddine karar verilmesi" gerektiğine dair bozma kararına karşı yerel mahkemenin: (Dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde tapulama ve kadastro çalışması yapılmamıştır. Taşınmaz 4753 sayılı Kanun gereğince 1963 tarihinde Hazine adına tescil edilmiştir. 1073 sayılı Kanununun yollama yaptığı 766 sayılı Kanunun geçici 3. maddesinde (tescil...) davalarında ibaresi kullanılmış olup, davacı bu davada daha önce Hazine adına tesçil edilen yerin tapusunun iptalini ve adına tescilini istemiştir. Normal bir tesçil davası söz konusu olmadığından, bozmada belirtilen 10 yıllık hak düşürücü süreden söz etmek mümkün değildir. Tapulama ve kadastro da yapılmadığından 46/son fıkradaki 2 yıllık hak düşürücü süreye tâbi değildir) gerekçesine dayanan ısrar kararı HGK.'nun 29.4.1992 T., 1992/8-184 E., 1992/274 K. sayılı kararı ile "dava, 4753 sayılı Yasa uyarınca davalı Hazine adına oluşturulan tapunun zilyetlik hukuksal sebebine dayalı iptal ve tesçil istemine ilişkindir. Dava konusu taşınmaz, toprak tevzi komisyonunca 1962 yılında davalı Hazine adına belirtilmiş ve 1963 yılında tapuya tesçil edilmiştir. Temyize konu dava ise 1991 yılında açılmıştır. Yerel mahkeme ile özel daire arasındaki uyuşmazlık bu istekli davaların açılmasının hak düşürücü süreye tâbi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, iptali istenen davalı tapusu 4753 sayılı Kanun hükümlerine göre oluşturulmuştur. 5602 sayılı Kanunda yer alan hükümler ve tesçil ile ilgili bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca 766 sayılı Tapulama Kanununun geçici 3. maddesinin son fıkrasına göre hak düşürücü süreye tabi tutulması mümkün değildir. Çünkü 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanununa ek madde ilavesi ile ilgili bulunan 1073 sayılı Kanunda, (Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 13. maddesinin uygulanmasında 766 sayılı Tapulama Kanununun mülkiyet hakkının tesbitindeki esaslara ilişkin 33, 37, 42 ve 43. maddelerinin kayıt malikleri ve zilyetlik hakkındaki hükümlerine uyulur, toprak komisyonlarında Devlet arazisi olarak belirtilen ve Hazine adına tesbit edilmiş bulunan yerler şartları mevcut ise 766 sayılı Tapulama Kanununun geçici 3. maddesi uyarınca zilyetleri adına tesçil edilmek üzere dağıtım dışı bırakılır) şeklinde yer

alan hükümlere uygulanması hak düşürücü süre ile sınırlandırılmamış ve Tapulama Kanununun geçici 3. maddesinde yer alan 10 yıllık hak düşürücü süreye bir göndermede bulunmamıştır. Nitekim H.G.K. nun 29.2.1984 gün, 1981/8-1143 E., 1984/176 K. sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiştir. Bu durumda yerel mahkemenin uyuşmazlığın niteliğine göre davanın açılmasının hak düşürücü süreye bağlı olmadığına ilişkin direnmesi yerindedir" gerekçe- siyle direnme uygun görülmüştür(12).

e) Dava konusu taşınmaz mal hakkında KESİN HÜKÜM BULUN- MAMASI

Kadastro Kanununun geçici 4 üncü maddesi ile "tapulama ve kadastro mahkemelerince bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce kesin hükme bağlanmış uyuşmazlıklara bu kanun uygulanmaz" hükmü getirilmiştir. Madde metninden yalnız tapulama ve kadastro mahkemelerinden verilen kararlar için kesin hükmün uygulanacağı genel mahkemelerden verilen kararlar için uygulanmayacağı gibi bir anlam çıkmakta ise de, maddeyi bu şekilde anlamak kesin hükmün anlamına ters düşer. Zira kamu düzeni ile ilgili olan ve olumsuz dava şartından bulunan kesin hükmü sadece bazı mahkemelerin kararına hasretmek hukukun temel ilkesine ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 237 nci maddesine aykırı olur. Madde tapulama ve kadastro mahkemelerinden bahsetmek suretiyle, örnekleme yapmak istemiştir. Genellemenin yapılarak "mahkemelerce" ifadesini kullanması uygulamada bazı tereddütleri gidermek bakımından daha yerinde olurdu.

B) Hak Sahipleri Adına Tespit ve Tesçil için Gerekli Şartlar

4753 sayılı Kanunun uygulaması döneminde, bir kısım arazi şahıslar adına belirtildiği veya zilyedleri adına tevzi edilmek üzere toprak tevzi komisyonları tarafından dağıtım cetvelleri hazırlandığı halde ortada haklı hiçbir sebep mevcut değilken Hazine adına tesçil edilmiştir. Dağıtım cetvellerinin valilikçe onanması temlik niteliğinde olup, taşınmaz mal mülkiyeti cetvelin onay gününde kişiye geçmiş olmasına rağmen bu türdeki taşınmazlara ait intikâl işlemleri hak sahipleri adına tapuda yapılmamış olduğundan fiili durumla hukuksal durum farklılık göstermekte idi. Bir tasfiye kanunu olan Kadastro Kanunu bu fiili durumu hukuksal duruma dönüştürmek için 46 nci maddenin ikin-

(12) **AKSİ GÖRÜŞÜ:** "4753 sayılı Kanuna göre Hazine adına yapılan tescilin hukuki sebebi 5602 sayılı Kanunun değişik 13/D maddesi ise, o takdirde 1073 sayılı Kanunun yollama yaptığı 766 sayılı Kanunun geçici 3. maddesine göre Hazine aleyhine açılacak dava 10 yıllık hak düşürücü süreye tâbi olur. Hukuk Genel Kuruluna göre olayın 5602 sayılı Kanunun 13/D maddesi ile ilgisi olmadığı anlaşılmaktadır. Karar bu şekilde doğrudur"(8. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Şükrü Özdemir).

ci fıkrası ile hak sahiplerine yeni bir olanak getirmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkradan ayrılarak zilyet yerine hak sahibi deyimini kullanmış ve tespit ve teşkil için birinci fıkrada olduğu gibi kanun hükümlerine göre doğan iktisap şartları yerine, hakkın doğması için tevzi suretiyle verilmek üzere bazı işlemlerin varlığını yeterli görmüştür. İkinci fıkraya göre hak sahibi adına tespit ve teşkil için zilyedlik ve kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülk edinme şartları araştırılmayacaktır. Sadece Hazine tarafından hak sahibi adına temlik ve tahsisin yapıldığını gösteren bir belgenin varlığı yeterli olacaktır. Bu belgeler tevzi kaydı, tevzi cetveli veya tevzi haritası olabilir. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarına göre tevzi cetvelinin valilikçe onaylanması temlik niteliğinde olup, taşınmazın mülkiyeti dağıtılan kişiye onay gününde geçer(13). Yukarıdaki belgelere ilaveten yer teslim tutanağı da temlik ve tahsise ait belgelerden sayılır. Onaylı dağıtım cetveli dağıtım kaydı veya haritasının bulunamayıp yer teslim tutanağının ibrazı halinde bu belgeyi de tamamlanmamış işlem ve belge olarak kabul etmek gerekir. Zira ortada herhangi bir dağıtım kaydı ve bu kayda dayanarak onaylı bir dağıtım cetveli olmadan yer teslim tutanağı düzenlenmesi düşünülemez. Bu hususta Yargıtay 8 inci Hukuk Dairesi'nin 16.1.1989 tarih ve 1988/18049 Esas, 1989/20 sayılı kararında, "4753 sayılı Kanun uyarınca 18 numaralı dağıtım cetvelinde (nizalı taşınmazın) davacıya verildiği ancak, dağıtım cetveli ve dosyasının aramalara rağmen bulunamadığı ve YER TESLİM TUTANAĞININ mevcut olduğu, bu teslim tutanağı ile 2284 parsel numarasını taşıyan taşınmazın 5097 metrekare olarak davacıya gösterildiği açıklandığına göre, nizalı yerin davacıya toprak tevzi suretiyle verildiği ancak, işlemlerin tamamlanmamış olduğu anlaşıldığından, davacı anılan fıkra hükümünden hiçbir şart gözönünde tutulmaksızın yararlanacaktır" demiştir.

Tevzi işlemlerinin tamamlanmasından sonra, bu işlemlere dayalı olarak davacı adına tapu kaydı oluşturulmadığından sözedilerek 46 ncı maddeye dayanarak açılan davanın reddine karar verilemez(14).

Bu açıklamalarımız Hazine adına tescil edilmiş taşınmaz mallardan iskân veya toprak tevzi suretiyle işlemleri tamamlanmamış tahsisten doğan hak sahiplerinin 46/2 nci maddeden yararlanması ile ilgilidir. Hak sahiplerinden taşınmaz malı harici satışla satın alan kişilerin de 46/2 nci maddeden yararlanmaları mümkün müdür? Taşınmaz mal Hazine üzerinde tapulu olduğu için tahsis hakkına sahip olan kişinin satışı Medeni Kanununun 634 üncü maddesi karşısında geçersizdir. Hazine üzerinde kayıtlı tapulu taşınmazların başkaları

(13) 8.H.D., 5.6.1989 T., 1989/2813 E., 1989/5968 K. ve 16.H.D., 17.11.1987 T. 1987/1292 E., 1987/2847 K.

(14) 7.H.D., 23.11.1988 T., 1988/12513 E., 1988/11402 K. (Yasa Dergisi, Şubat-1989, sh. 246).

tarafından satışı hüküm ifade etmez. Haricen satın alan kişinin 3402 sayılı Kanununun 13/B-b maddesinden yararlanması da söz konusu değildir. Bu maddeden yararlanabilmek için taşınmaz malın satıcı veya muris üzerinde tapuda kayıtlı olması gerekir. Hak sahibi satıcının tamamlanmamış tahsis işlemine dayanarak Hazine üzerinde tapuda kayıtlı taşınmaz malı satmağa yasal yetkisi yoktur. Bu durumda söz zilyedin ekleme zilyedlikten yararlanması da söz konusu değildir. Zira Medeni Kanununun 909 uncu maddesi uyarınca eklemeli zilyetlikten yararlanmak için önceki zilyedin hakkının hukuken korunmağa değer ve devrinin mümkün olması gerekir. Hazine üzerinde tapuda kayıtlı taşınmaz malı haricen satan kişinin ise hukuken korunmağa değer hakkından söz etmek mümkün değildir. Taşınmaz malı haricen satan tahsis sahibi, yasanın kabul ettiği şekilde tamamlanmamış tahsis işlemleri nedeniyle mülkiyet hakkının doğmuş olması karşısında Medeni Kanununun 633 üncü maddesine göre tasarruf yetkisine de sahip değildir. Bu maddeye göre temlik tasarrufta bulunabilmesi için mahkeme ilâmı ile taşınmaz malı kazanması ve tescil merasiminin de tamamlanmış olması gerekir. Bu açıklamalar karşısında temlik tasarruf yetkisine sahip olmayan tahsis sahibi kişiden yasal olmayan yoldan hakkı devir alan kişinin de 3402 sayılı Kanununun 46/2 nci maddesinden yararlanması düşünülemez. Bu hak yalnız tamamlanmayan tahsis işleminin sahibine aittir. Anılan maddenin son fıkrasındaki 2 yıllık ek süreden de ancak tahsis işleminin yapıldığı hak sahibi yararlanabilir. Satın alan kişi ek süreden de yararlanamaz. Bu hususta 8. Hukuk Dairesi'nin 23.3.1992 tarih, 1991/8624 Esas, 1992/5697 sayılı kararında, "Davacı 209 numaralı parselin Hazineye ait iken Mehmet Yılmaz'a tahsis edildiğini, ondan birtakım kimselerin satın aldığını ve kendisinin de en son 1986 tarihinde Mirza adındaki şahıstan satın aldığını ileri sürerek Hazine üzerindeki kaydın iptali ile adına tesciline karar verilmesini istemiştir. Davacı iddiasını 3402 sayılı Kanununun 46 nci maddesinin 2 nci fıkrası hükmüne dayandırmıştır. Gerçektende 46 nci maddenin 2 nci fıkrasında Hazine adına tescil edilmiş taşınmaz mallardan iskan suretiyle... verilen yerler (işlemleri tamamlanmamış olsa dahi) başka bir şart aranmaksızın, hak sahipleri adına tespit ve tescil olunur denilmiştir. Olayımızda dava konusu taşınmaz Ermenilerden metrük olarak 1935 yılında Hazine adına tapuya tescil edilmiştir. Dosyadaki kağıtlara göre bilahare Mehmet Yılmaz'a 2510 sayılı Kanun hükmüne göre tahsis edilmiş ise de bu işlem yöntemine uygun şekilde onaylanmamıştır. Bu haliyle işlem 46 nci maddenin 2 nci fıkrasında belirtilen iskân suretiyle tamamlanmamış tevzi işlemi sayılabilmektedir. Ancak, taşınmaz önce Mehmet Yılmaz tarafından Kadir'e, Kadir'den Mirza'ya, Mirza'dan da davacıya haricen satılmak suretiyle geçmiştir. Uyuşmazlık, taşınmazı en son harici şekilde satın alan davacının Mehmet

Yılmaz'a yapılan yarım kalmış tevzi işleminden istifade edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Öncelikle şu hususun belirlenmesi gerekir: Taşınmazın öncesi tapulu olduğu için Mehmet Yılmaz'ın Kadir'e yaptığı satış geçersiz olduğu gibi Kadir'in de Mirza'ya yaptığı ve Mirza'nın davacıya yaptığı satışlar MK.nun 634 üncü maddesi karşısında geçersizdir. Hazine üzerinde tapulu olan bir taşınmazın başkaları tarafından haricen satışı bir hüküm ifade etmez. İskan cetveli idarece onaylanmış olsa bile taşınmazın öncesi tapulu olduğu için Mehmet Yılmaz bakımından mülkiyet hakkı doğmuş olmakla beraber MK.nun 633 üncü maddesi hükmüne göre Mehmet Yılmaz tarafından tasarruf edilemeyeceğinden Mehmet Yılmaz'ın yaptığı harici satışa dayanılarak taşınmazın Kadir veya ondan sonraki kimseler adına tescili istenemeyecektir. Bu durumda 46 ncı maddenin 2 nci fıkrasında geçen hak sahibi deyiminin kapsamı kendisine yarım kalmış işlemle tevzi edilen Mehmet Yılmaz'la sınırlıdır. Başka anlatımla, hak sahibi sadece kendisine taşınmaz tevzi edilen Mehmet Yılmaz olup haricen satın alanlar bu deyim kapsamı dışındadır. O itibarla bunlar harici satışa dayanarak Hazine üzerindeki tapulu yerin kendi adlarına tescilini isteyemezler. Bunun dışında 46 ncı madde ile getirilen ek süreden de istifade edemezler. Zira uyumsuzluk 46 ncı maddenin çerçevesi dışında kalmaktadır. O halde kadastrodan önceki sebebe dayanılmış olduğuna göre hak düşürücü sürenin geçip geçmediği hususunun tartışma konusu olması gerekmektedir. Dava konusu taşınmaz tapulamaca 1961 yılında tesbit edilmiş ve tutanak 1970 yılında kesinleşmiş olduğuna ve bu dava da Mülga Tapulama Kanununun 31/2 nci maddesinde sözü edilen 10 yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığına göre davanın bu bakımdan dinlenme olanağı bulunmamaktadır. Mahkemece bu görüşten hareketle davanın reddine karar verilmiş olduğuna göre karar doğru olmaktadır. Temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA" denilmiştir.

3402 SAYILI KADASTRO YASASININ 29/II. MADDESİNİN GETİRDİĞİ BİR YENİLİK ÜZERİNE

Ahmet ÖZGAN(*)

● **ANLATIM DÜZENİ:** I- Konu. II- Medeni Kanuna Göre Durum. III- Hukuk Muhakemeleri Usulüne Göre Durum. IV-766 Sayılı Yasa Uygulaması. V- 3402 Sayılı Yasadaki Durum. VI- Sonuç

I- KONU

Bu çalışmada 3402 sayılı Yasanın 29/II. maddesi I. cümlesi ile getirilen kural karşısında mirasçılardan üçüncü kişilere karşı dava açabilme yeteneği konusunu inceleyeceğiz.

İştirak halinde mülkiyette MK.nun 629. maddesi gereğince "iştirakçiler bir şey malik olursa her birinin hakkı o şeyin tamamına sari olur."

Yine MK.nun 630/II ve III. maddelerine göre ortakların iştirak halinde malik oldukları şeyde tasarruf yetkileri ancak oy birliğiyle verecekleri kararla olabilir ve iştirak devam ettiği sürece belirli bir payda tasarruf mümkün değildir.

Belirtilen kurallar gereğince dava açmakta bir tasarruf işlemi olduğundan iştirakçilerin birlikte dava açmaları veya oy birliğiyle verecekleri karar gereğince bir iştirakçi tarafından açılması gerekmektedir⁽¹⁾. Miras şirketi de kanun gereğince oluşan iştirak halinde mülkiyet biçimidir.

Türk hukuk uygulamasında iştirak halindeki mirasçılardan bir yada birkaçının üçüncü kişilere karşı terekeye dahil bir hakka dayanarak açtığı davada, dava taraf ehliyeti bulunmadığından hemen reddedilmemekte mahkeme diğer mirasçılardan davaya katılma ve muvafakatlerinin sağlanması veya MK.nun 581 maddesi uyarınca miras şirketine temsilci tayin ettirilmesi için davacıya süre vermekte davacı bunlardan birini sağlarsa davaya devam edil-

(*) Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi.

(1) Kuru, 3. bası, sh: 181, dipnot 5'deki HGK.nun 11.12.1971, 5/245-736 sayılı kararı.

mekte aksi takdirde dava tarafı ehliyetinin bulunmaması nedeniyle esasa girilmeden reddedilmektedir(2). İşte 3402 sayılı Yasa 29/II. maddesi I. cümlesi ile "Bir mirasçı diğerlerinin muvafakati olmadan dava açabilir yalnız başına davaya devam edebilir" kuralını getirmekle mirasçıları terekeye ait hakka dayanarak tek başlarına dava açtıkları takdirde diğer mirasçıların katılmalarını veya muvafakatlerini sağlamak veya miras şirketine temsilci tayin ettirmek yükümlülüğünden kurtarmıştır. Bu kadastro davalarının uzamasını engellemeye yönelik usulü bir önlem olarak düşünülmüştür. Zaten bunun usulü bir önlem olduğu yasanın yargılama usulü bölümünde yer almasından da anlaşılmaktadır.

Asıl üzerinde durmak istediğimiz iştirak halinde bir hakka dayalı, konumuzda iştirak halindeki, terekeye dahil bir hakka dayanılarak açılan davada bir mirasçı miras şirketine sahip olduğu hakkın tamamı için değil **sadece kendi payına düşen kısım için dava açarsa** durumun ne olacağıdır.

II- MEDENİ KANUNA GÖRE İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYET (EL-BİRLİĞİ MÜLKİYETİ)

Birden ziyade kimse, mülkiyet hisseleri tayin edilmeden birlikte malik oldukları ve bu mülkiyet kanununun tayin ettiği özel bir şahsi münasebetten doğmuş bulunduğu takdirde, elbirliği (iştirak halinde) mülkiyetinden bahsedilir(3). İştirak halinde mülkiyet, aralarında bir ortaklık payı bulunan kişilerin, ortaklıkları sebebiyle bir mala birlikte malik olmaları halidir(4). Mal üzerinde ortakların doğrudan doğruya hakları yoktur. Mülkiyetin sahibi, hükmi şahsiyeti bulunmayan ortaklık, yani ortakların bütünüdür(5). İştirak halinde mülkiyete yol açan ortaklık ancak kanunun kendisine bu vasfı tanıdığı ortaklık olabilir. Bu tarz ortaklığa "elbirliği" ortaklığı denir(6). İştirak halinde mülkiyette de mal tek mülkiyet konusudur. Bu mülkiyet ortaklığa ait olduğu, diğer bir ifade ile ortaklar mülkiyet hakkına "elbirliği" ile sahip oldukları için pay söz konusu değildir(7). Yani iştirak halinde mülkiyette (elbirliği mülkiyeti) ortakların hakları mülkiyet konusu şeylerin tamamına sari-dir, üzerinde tasarruf edilebilecek belli mülkiyet payları yoktur. Sadece ortaklık mallarından elde edilen semerelerle diğer menfaatlere ve nihayet ortaklığın sona ermesi halinde tasfiye payına iştirak hakları (katılma pay-

(2) Kuru, age. sh.: 182, dipnot 9'daki HGK.nun 6.10.1071, 7/830-576 sayılı kararı.

(3) Tekinay, sh: 631.

(4) Oğuzman-Seliçi, sh: 303.

(5) Oğuzman-Seliçi, sh: 304.

(6) Oğuzman-Seliçi, sh: 304.

(7) Oğuzman-Seliçi, sh: 304.

ları) vardır⁽⁸⁾.

İştirak halinde mülkiyet (elbirliği mülkiyeti) birden fazla kimse arasında meydana gelen şahsi bir münasebete dayanır. Öyle ki elbirliği mülkiyetinin doğumu, ortaklar arasında şahsi ve özel bir münasebetin, bir ortaklık münasebetinin varlığına bağlıdır⁽⁹⁾. Örneğin, karı koca mal ortaklığı veya miras şirketi gibi. İştirak halinde mülkiyet (elbirliği mülkiyeti) hükümleri çeşitli tiplere göre farklar ve kanundaki yerleri bakımından bir dağınıklık manzarası gösterir⁽¹⁰⁾. Gerçekten adi şirkete, birlikte mirasçılığa, aile şirketi emvaline ve mal ortaklığına ilişkin hükümler, bunlardan her birinin meydana getirdiği elbirliği (iştirak) tipi hakkında özel düzenleme şekilleri getirmiştir. Nitekim MK.nun 630/I. maddesinde "şeriklerin" hak ve vazifeleri iştiraki tevhit eden kanun veya mukavele hükümleri ile muayyendir. İşte elbirliği mülkiyeti söz konusu olduğu zaman ilk planda özel tipleri düzenleyen kanun ve akit hükümleri gözönünde tutulacak ve böyle bir hüküm bulunmadığı takdirdedir ki MK.nun 630/II. ve III. maddeleri uygulanacaktır⁽¹¹⁾.

MK.nun 630/II. madesine göre "hilafına bir hüküm olmadığı halde şeriklerin hakları ve hususiyle malik oldukları şeyde tasarruf selahiyetleri ancak ittifak ile verecekleri karar mucibince kullanılabilir." demek ki mal ortaklığında MK. 213, aile şirketi emvalinde MK. 238, mirasta MK.nun 533. maddelerinin özelliklerine dikkat etmek şartıyla elbirliği mülkiyetine konu teşkil eden şey üzerinde tasarruf işlemleri ancak oy birliği ile yapılabilir⁽¹²⁾. MK.nun 630/III. maddesi ortaklık devam ettikçe ortaklardan herhangi birinin "şâyi cüzüde tasarruf" edemeyeceğini belirtmiştir⁽¹³⁾.

III- HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜ BAKIMINDAN MİRAS ÇILAR TARAFINDAN DAVA AÇILMASI

İştirak halinde mülkiyet (elbirliği mülkiyeti) kuraları (M.K. 581, 630) gereğince miras şirketinin (terekenin) tümüne ilişkin davaların bütün mirasçılar tarafından birlikte açılması gerekir⁽¹⁴⁾.

Bir mirasçı, özellikle acele hallerde miras şirketinin menfaatlerini korumak için **bütün mirasçılar adına**, yalnız başına dava açabilir. Örneğin

(8) Tekinay, sh: 631; Oğuzman-Seliçi, sh: 308.

(9) Tekinay, sh: 631.

(10) Tekinay, sh: 638.

(11) Tekinay, sh: 638.

(12) Tekinay, sh: 638-639.

(13) Tekinay, sh: 640.

(14) Kuru, 5. bası, cilt: 1, sh: 652.

bir mirasçı hak düşürücü sürenin kaçırılması tehlikesini önlemek için yalnız başına şuf'a davası (MK. 658/III) açabilir. Fakat bir mirasçı diğer (acele olmayan) hallerde de **bütün mirasçılar adına**, tereke ile ilgili bir davayı yalnız başına açabilir. Ancak mirasçı kendi açtığı böyle bir davayı yalnız başına yürütemez. Davalı bütün mirasçıların birlikte yürütmeleri gerekir. Bu halde, mahkeme bir mirasçının açtığı davayı hemen reddedemez. Mahkeme diğer mirasçıların davaya katılmalarını sağlaması veya terekeye temsilci tayin ettirmesi (MK. 581) için davacıya uygun bir süre vermelidir⁽¹⁵⁾. Davayı açan mirasçı kendisine verilen kesin süreye rağmen (MK. 163) diğer mirasçıların davaya katılmalarını veya muvafakat etmelerini sağlayamaz ve terekeye temsilci tayin ettirtmez veya terekeye atanan temsilci davaya icazet vermezse dava reddedilir⁽¹⁶⁾.

Ancak bir mirasçı terekeye ait mal, hak veya alacaktan **yalnız kendi payına düşen kısım için yalnız kendi adına** dava açarsa böyle bir dava reddedilir. Çünkü bir mirasçının iştirak halindeki (elbirliği halindeki) pay üzerinden tasarrufta yetkisi yoktur. Böyle bir dava diğer mirasçıların paylarını kapsamadığından ve aynı oranda onlar adına da açılmadığından, davaya diğer mirasçıların katılmasına (icazet vermesine) imkan yoktur. Yani diğer mirasçılar davaya katılmak isteseler bile bu mümkün değildir. Aynı nedenle tereke temsilciside bir mirasçının **yalnız kendi payı için** açmış olduğu davaya icazet verip davayı devam ettiremez⁽¹⁷⁾. Bu durumda dava mirasçısının belli bir payda malik sıfatı henüz olmadığından dava sıfat yokluğundan yani esastan reddedilir. Davada sıfat bir kimsenin belirli bir davaya kendisine izafeten davacı veya davalı olma olanağının bulunup bulunmadığı olup bir usul hukuku meselesi olmayıp maddi hukuka göre belirlenen, dava konusu hakkın özüne ilişkin bir sorundur. Sıfatın bulunmaması halinde verilen karar davanın esasına yönelik bir karardır⁽¹⁸⁾.

IV- 766 SAYILI YASANIN UYGULAMASINDA DURUM

1950 yılında yürürlüğü giren 5602 sayılı Tapulama Kanunu uygulamasında, tapulama işlemlerinin süratle sonuçlandırılması ve kanunun öngördüğü sürelerin kaçınılmaması amacıyla, kanunda açık bir hüküm olmadığı halde Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin kararlılık kazanan içtihatları uyarınca mirasçılardan birinin veya birkaçının yalnız başına tapulama mahkemelelerinde dava açabileceklerine imkan sağlanmıştı, ancak daha sonra 7.

(15) Kuru, age. sh: 653-654.

(16) Kuru, age. sh: 656.

(17) Kuru, age., sh: 657.

(18) Kuru, 3. bası, sh: 204-205.

Hukuk Dairesi bu içtihadından vazgeçerek, tapulama davalarında da iştirak halindeki mülkiyete (elbirliği mülkiyetine) ilişkin MK.nun 581 ve 630 maddelerinin uygulanacağını zorunlu hale getirmiştir⁽¹⁹⁾. Yani mirasçıların terekeye ilişkin hakka dayalı dava açabilmesi bakımından genel kurallar 766 sayılı Tapulama Kanunu uygulamasında da esas alınmıştır⁽²⁰⁾.

V-3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNUN 29/II. MADDESİYLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİK

1987 yılında yürürlüğe giren 3402 sayılı Kadastro kanununun 29/II maddesinin 1. cümlesi; "bir mirasçı diğerlerinin muvafakati olmadan dava açabilir ve yalnız başına davaya devam edebilir" kuralını getirmiştir. Bu maddenin gerekçesinde de "uygulamada birlik sağlamak amacıyla MK.nun 581. madde hükümlerine gerek kalmadan bir mirasçının yalnız başına dava açıp davaya devam edeceğine açıklık getirildiği, bu durumda hakimin resen inceleme ve araştırma yaparak tüm mirasçılar adına karar verebileceğinin 30. maddede belirtildiği" kaydedilmiştir.

Kadastro Kanununun 29/II. maddesi "bir mirasçının diğerinin muvafakatini almadan dava açabileceği ve yalnız başına davaya devam edebileceği" ilkesini getirdiği için bunun zorunlu sonucu olarak da, iştirak halindeki mülkiyette bir mirasçının- bütün mirasçılar adına olması gerekir- açtığı davada hakimin re'sen (doğrudan doğruya) araştırma yapıp davaya katılmamış olan mirasçıları da tespit ederek bunların adına da tescile karar vermesi zorunludur⁽²¹⁾.

Araştırmalarımız sonucu getirilen değişikliğin bir mirasçının **sadece kendi payına yönelik** dava açması halinde bu davanın görülüp görülemeyeceği konusunda herhangi bir bilimsel görüş tespit edemedik. Tüm açıklamalar yukarıdaki alıntıda da belirtildiği (21 nolu dipnottaki) bu konuda bir ayırım yapılmadan bir mirasçının tek başına dava açıp, davaya devam edeceği yolundadır.

Kanaatimizce yenilik gerekçede açıklandığı ve kanun sistematüğünde "yargılama usulü" maddesinde düzenlenmiş olması nedeniyle sadece bütün mirasçılar adına açılan davalarda davaların uzamasını engellemeye yönelik bir kuraldır ve bir mirasçının **sadece kendi payına yönelik açtığı davalarda uygulanamaz**. Bu yeniliğin iştirak halinde mülkiyetin genel esaslarına yönelik maddi hukuka ilişkin bir düzenleme olarak kabul edil-

(19) Özmen-Çorbalı, sh: 1134.

(20) Ozanalp, 2. bası, sh: 901'deki 7. H.D.nun 26.1.1976 tarihli, 975/793 E. 976/1190 K. sayılı kararı.

(21) Özmen-Çorbalı, sh: 1164.

mesi söz konusu olmayıp yukarda da belirttiğimiz gibi terekeye dahil hakkın tamamına dayanılarak açılan davalarda usule ilişkin işlemlerin uzamasını önlemeye yönelik bir kural olduğu anlaşılmaktadır. Aksini düşünmek MK.'daki iştirak halinde mülkiyet kavramı ve kurallarına ters düşmek olur. 3402 sayılı Yasanın 23. maddesi aksine hüküm bulunmayan hallerde Türk MK. ve diğer yasaların iktisap ve tescile ilişkin hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür. Aynı Yasanın 29/II. maddesi bu anlamda MK. ve diğer yasaların aksine bir hüküm getirmemektedir. O halde 3402 sayılı Yasanın bu maddesi MK.nun 630/III maddesi karşısında bir mirasçının terekeye dahil hakka hakkın **tamamına değil sadece kendine düşen belirli bir paya yönelik** olarak açtığı davalar bakımından sonuç doğuracak bir kural olarak kabul edilemez.

VI- SONUÇ

1-3402 sayılı Yasası 29/II. maddesi 1. cümlesindeki kural bir mirasçının terekeye dahil (iştirak halindeki) bir hakka dayanarak tek başına açıp yine tek başına davaya devam edebileceğini öngörmüş ve kadastro davalarında mirasçılarını diğer mirasçıların davaya katılmalarını muvafakatlerini veya terekeye temsilci tayin ettirmelerini sağlama yükümlülüklerinden kurtararak davaların süratlendirilmelerini sağlama amacını yöneliktir.

2- Bu maddenin hiç bir şekilde bir mirasçının terekeye dahil (iştirak halinde) bir hakka dayanarak **hakkın tamamına değil sadece kendine düşen payına yönelik olarak tek başına dava açma ve devam ettirebilmesine imkan sağlaması düşünülemez.** Çünkü bu durumda iştirak halindeki bir hakta belirli bir payda (şayi cüzde) tasarrufu yasaklayan MK.nun 630/III. maddesindeki genel ve kadastro davalarında da geçerli kurala aykırılık ortaya çıkar ki 3402 sayılı Yasanın getirdiği bu genel kuraldan ayrılmayı gerektiren bir hüküm yoktur. Hele hele sadece bir paydaşın açtığı davada terekenin iştirak halinde olduğunu mahkemenin 3402 sayılı Kanununun 30. maddesi uyarınca resen diğer mirasçılarını belirleyip tümü bakımından karar vermesi halinde, davanın paya yönelik olduğunun kabulü sözü geçen 30. madde MK.un iştirak halinde mülkiyet kavramı bakımından tam bir çelişkiye düşmek olur. Hukukumuzdaki iştirak halinde mülkiyet kavramında hem iştirak halinde mülkiyetin varlığını hem de belirli bir paya yönelik açılabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Kanaatimizce 3402 sayılı Yasanın 29/II. maddesi hukukumuzdaki genel iştirak halinde mülkiyet kavramında istisna getiren bir düzenleme olmayıp, kadastro davalarının kısa sürede sonuçlandırılması için MK.nun 581. maddesindeki hükümlerdeki yükümlülüklerle gerek kalmadan görülmesini sağlamaya

yönelik bir usuli düzenlemedir; bu maddeye dayanarak maddi hukukla ilgili istisnai uygulamalar yapmaya olanak sağlaması söz konusu değildir.

KAYNAKÇA

KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü 3. bası, 1974-Ankara

KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü 5. bası C. 1. 1990-İstanbul

OĞUZMAN, Kemal-SELIÇI, Özer : Eşya Hukuku 5. bası 1988-İstanbul

ÖMEN, İhsan-ÇORBACI, Halim : Kadastro Kanunu Genişletilmiş 2. bası 1991-
Ankara

OZANALP, Nusret : Tapulama Kanunu Şerhi 2. bası 1991-Ankara

TEKINAY, Selahattin Suhli : Eşya Hukuku 5. bası 1989-İstanbul

AVUKATIN MEDENİ SORUMLULU ĞU
(BK.m. 398/2)

Çeviren
Dr. Kemal DAYINLARLI(*)

(X)'e karşı (B) Anonim Şirketinin açtığı dâvada Birinci Hukuk Dairesinin 22 Ekim 1991 tarihinde verdiği kararın özeti (Karar düzeltme talebi)

1. Avukatın dikkat özen, görevinin kapsamı (gerekçe 2a)

2. İlke olarak avukat tüm kusurlarından sorumludur; o halde, onun sorumlulu Ğu hafif kusurları da kapsar (içtihadın açıklaması; gerekçe 2a ve b).

3. Sanatkâr ve müteahhit ipote Ği ile takyit edilmesi gereken parseli tayin etmek için yapılacak işlemleri taahhüt eden, bu işlemlerde söz konusu parselin tayininde, vekil eden tarafından yapıldığı anlaşılan açık bir hatayı kanunî ipote Ğin tescili talebini yaparken düzeltmeyi ihmal eden avukatın sorumlulu Ğu (gerekçe 3).

A) 26 Nisan - 21 Haziran 1984 tarihleri arasında alt müteahhit olarak hareket eden (B) Anonim Şirketi, genel müteahhit olan (C) Anonim Şirketine karı koca (M) eşlere ait, Merlin'de bulunan bir parselde inşa edilmekte olan bir bina için özel olarak imal edilen beton elemanları teslim etmiştir.

(C) Anonim Şirketi, bu teslimlerin toplam bedeline tekabül eden 86.000 İsviçre Frangı (FRS) mebla Ğdan, ciddi finans güçlükleri sebebiyle ancak 25.800 FRS avans ödemiştir. Hatta Temmuz 1984 ayı esnasında (B) Anonim Şirketi, Cenevre'de faaliyet gösteren avukat (X)'a alacağı nın bakiyesi olan 60.200 FRS mebla Ğın ödenmesini teminen sanatkâr ve müteahhit ipote Ğinin tescil edilmesi işini yüklemiştir. Bu iş için Merlin'de avinue (x)'de 9 no'da bulu-

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

KAYNAK: Arrêt du Tribunal Fédéral Suisse Recueil Officiel, volume 117, II. Partie Droit Civil, sh. 563-5

nan ikametgah olarak kullanılan bir gayrimenkule ilişkin bir seri belgeleri avukata teslim etmiştir.

1984 yılı Ağustos ayının başında avukat (X), (B) Anonim Şirketi tarafından işaret edilen adrese tekabül eden gayrimenkulün ne olduğunun tayini bakımından araştırma yapması işini stajyerine yüklemiştir. Bu araştırmanın sonunda stajyer avukat, (M) eşlerin müşterek mülkiyeti olan 272 m²'lik bir kapsamı bulunan 10.166 nolu parsel olduğunu ve bunun üzerinde 147 m²'lik bir yüzölçümünü işgâl eden bir binanın inşa edilmiş olduğunu müşahade etmiştir. Stajyer avukat daha sonra mahalline gidip, orada söz konusu binayı ve hemen onun yanındaki şantiyeyi görmüştür. 5 Eylül 1984'de avukat (X) 10.166 nolu parsel üzerinde geçici bir takyide ilişkin talebini yapmıştır. Bu talep, 60.200 FRS olan ve bir ara yeni bir mal teslimatında bulunan (B) Anonim Şirketinin 71.008 FRS'lik meblağa ulaşan kanunî bir ipotek istemine ilişkindi. Karı koca (M) ipotek meblağının artırılmasına karşı çıkmadılar ve Cenevre Kantonu Bidayet Mahkemesince 20 Eylül 1984'de kabul edilen bu talebe ilişkin herhangi bir itirazda bulunmadılar. Dâvanın esası incelenirken, bu karara (B) Anonim Şirketi'nin talebinin kabulünde alt müteahhit tarafından teslim edilen malzemenin 10.166 nolu parselde kanunî ipoteğin tescil edilmesini haklı gösteren bir değer artışının olmadığı iddiasıyla karşı çıkarlar; zira bu arsa üzerinde yeni bir bina yapılması olayı yoktur. Delillerin incelenmesi esnasında (B) Anonim Şirketi tarafından teslim edilen beton elemanların gerçekten 10.166 nolu parseldeki binaya değil, fakat komşu parsellerdeki gene (M) eşlere ait (7-7a, X caddesindeki) 10.161, 10.160 ve 13.091 nolu parsellerdeki inşaata ait olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle (B) Anonim Şirketi'nin talebi 25 Haziran 1985 tarihinde Bidayet mahkemesi tarafından reddedilmiş ve (B) Anonim Şirketi'nin bu hükmü temyiz etmesi üzerine, 28 Şubat 1986 tarihinde bu hüküm Cenevre Kanton mahkemesince de onanmıştır.

Bu arada (C) Anonim Şirketi'nin teklif etmesi üzerine yetkili makam, alacaklılara konkordato kabul etmiştir ve (B) Anonim Şirketi sonuçta bu konkordatodan % 15'lik bir oranda hissesine düşen 10.650,20 franklık meblağı almıştır.

B) 18 Aralık 1987'de (B) anonim Şirketi avukat (X)'e karşı, (C) Anonim Şirketinden alamadığı meblağa tekabül eden 60.357 franklık meblağın ödenmesini teminen, sorumluluk dâvası açmıştır. Ayrıca bu avukata vermiş olduğu 4.000 franklık avansın faizi ile birlikte iade edilmesini istemiştir.

Dâvalı, dâvanın reddini ve karşı dâva olarak 12.746,50 franklık bakiye

vekâlet ücretinin faizleri ile birlikte ödenmesini istedi. Cenevre Kantonu Bi-dayet Mahkemesi 21 Haziran 1990'da verdiği bir kararda, avukatın kuşkusuz özen görevini ihlâl ettiğini, fakat kusur atfedilmeyeceğinden esas dâvayı red ve mukabil dâvayı kabul etti.

19 Nisan 1991'de dâvacının kararı temyiz etmesi üzerine, Cenevre Kanton İstinaf Mahkemesi esas dâvanın reddini onayladı ve dâvalı için ise kabul edilen meblağı 7.746,50 franka indirdi, faizleri ayrıca hüküm altına aldı. Bu hususta avukatın hafif bir kusur işlediğini kabul ederek bu hafif kusur dolayısıyla vekâlet ücretinde % 50 indirim yapılmasına karar verdi.

C) Dâvacı, Federal Mahkeme nezdinde, Kanton Mahkemesinin kararının iptalini 64.500,37 (64357) tutarındaki ana paranın kabul edilmesini istedi.

Federal Mahkeme, müracaatı kısmen kabul ve temyiz edilen hükmü, ana talebin tümünün reddedilmesi ölçüsünde iptal ederek gerekçeler doğrultusunda yeni bir karar verilmesi için dâva dosyasını Kanton Mahkemesine iade etti.

GEREKÇELERİN ÖZETİ

2-a) Avukatın faaliyeti vekâlet akdinden doğmaktadır. Vekil sıfatıyla avukat, sonuçtan sorumlu değildir; fakat vekâletin iyi ve sadakat içerisinde ifasından sorumludur (BK. m.398/2). Onun özen görevinin kapsamı, objektif ölçülere göre belirlenir. Bu konuda ortaya konacak vecibeler başlangıçta bir defada tespit edilemez. Çünkü, vekil edenin avukattan beklediği hizmetlerinin niteliği mevcut koşullara ve vekilin ifa esnasında karşılaştığı güçlüklerin derecesine bağlıdır. Onun her başarısızlığından sonra, vekil eden, vekil sorumlu tutmuş olsaydı avukatlık mesleğini yapması imkânsız olurdu. Bir yandan olayların ve mevzuatın karmaşık oluşu, usuldeki öngörülme durumlara; diğer yandan böyle bir mesleğin ifası esnasında zarurî olarak ortaya çıkan insanî ilişkilerdeki bazı noksanlıklar riskin bir işaretidir. Bununla birlikte meslekî yeteneği olduğu dipomayla kanıtlanan bir vekilin resmî olarak görevini ifa etmesi söz konusu olduğundan ve bunu bedeli karşılığında yaptığından, vekilden belli bilgilere ilişkin özel bir dikkat beklenebilmelidir ve özellikle bazı durumlarda meydana gelen hukukî veya uygulamaya ilişkin olarak müşterisini tavsiyesi ile yönlendirme vekilden beklenebilmelidir. Sonuçta genel olarak bilinen kuralların ihlâli dolayısıyla ona yöneltilen eleştirilerin bu arada hak düşürücü süre veya zamanaşımına riayet etme gibi hallerde avukat kusurlu olur (23 Nisan 1983 L.'ye karşı G. dâvasında yayınlanmamış kısmen JdT 1984, 1. 146 vd.) bu konudaki ilgi için bkz. ATF 115 II, 64 gerekçe 3a, 9 II, 439-440, 87-II, 368 vd. gerekçe 1).

Hukukî açıdan bakıldığına avukatın özen görevinin ihlâli, ademi ifayı veya vekâlet borcunun ayıplı olarak ifasını oluşturur. Böylece sözleşme bazında onun durumu, haksız fiil sorumluluğuna özgü hukuka aykırılık düşüncesine tekabül eden (cf. ATF 115-1 b., 181 ve yollamalar). Bu husus, vekâlet ücreti hakkının ortadan kalkmasını ve vekâletin ifası için vekil tarafından yapılan, vekil edenin ödemesi kabul edilen masrafların vekile ödenmemesi sonucunu doğurur (BK.m. 402-1; cf. ATF 110.II.285-286 gerekçe 286 ve orada zikredilen kararlar). Eğer bu ihlâl, vekil edene bir zarar veriyor ve avukatın kusuru ile birleşiyorsa, vekil eden tazminat da isteyebilir. Muhtemel kusur (BK. m. 97/1) sorumluluğun sübjektif-unsurudur. Bu, ancak avukata atfı kabil olabilen özen görevinin ihlâliyle meydana gelebilir; bu da, vekilin özel durumun hâl ve şartını dikkate alarak buna uygun bir tutum takınması gerekirken, bunu bilerek veya genelde ihmal ederek yerine getirmemesi nedeniyle olur. Bu son görünümde, avukat bu sorumluluktan vasat meslek kapasitesi ve bilgisine sahip tüm avukatların bundan farklı davranmayacağını, ondan farklı hareket etmeyeceğini kanıtlamakla kurtulur. Herhangi bir vekil gibi özellikle, tıp doktoru (ATF 115, 1b, 180 gerekçe 2b, 113 II 432-433 gerekçe 3a ve ilgide gösterilen kararlar) avukat, ilke olarak, tüm kusurlarından sorumludur; o halde, hafif kusurları da buna dahildir (aksi yönde karar için bkz. ATF 79 II 438 gerekçe 4, açık bırakılan karar için bkz. ATF 87 II 372, gerekçe 1).

b) Bu ilkelerin ışığı altında incelenen, temyiz edilen kararın gerekçesi bir avukatın sorumluluğunun onun ağır kusurunun mevcudiyetine dayandırılması ölçüsünde hatalıdır. Öte yandan, özen görevinin ihlâlinin kusur olarak nitelendirilmediği halde, bu hususun ona atfedilemez varsayımında, tazminat ödemesi mahkûmiyetinden kurtulabileceğini de hesaba katmalıdır. Aksi takdirde kusurun ağırlığının derecesi ancak tazminatın şumulüne etki ederdi (BK. m. 43/1, BK.m. 99/3 ile birlikte).

3-a) Dâvalı, özen görevinde uygun olayları tespit ederken gerekli belgelerin araştırmasını bizzat yapmadığı için özen görevini kusurlu olarak ihlâl etmemiş, bu özen görevini stajyerine tevdi etmesi nedeniyle ihlâl etmiştir.

b) Sanakâr ve müteahhitlerin ipoteği, bir gayrimenkulün değer artışı oluşturarak müteahhit alacağına ödenmesini garanti etme amacını taşır. O halde, bu değer artışından istifade eden gayrimenkul üzerinde tescil etme zorunluluğu vardır (ATF 116 II, 682, gerekçe 4a 112, II, 216-217 gerekçe 2, 111, II, 34 vd.). Tescil işleminin yapılmasında hak düşürücü sürenin kısalığı dolayısıyla (MK. 839-2) tescili yaptırmakla yükümlü olan avukat hâl ve şart

açık olmadığı takdirde, böyle bir ipoteğin takyidi ihtimalinde gayrimenkulde gerekli olan araştırmaları yapmadığı için özen görevini ihlâl etmiştir. Kuşkusuz, genel kural olarak, müşterisinin bu konuda kendisine vermiş olduğu belgenin usulüne uygun talep yapmaya elverişli olup olmadığını ve doğruluğunu incelemekle yükümlüdür; buna karşın, doğru olmadığı veya çelişkili görüldüğü takdirde, durumu açıklığa kavuşturmak ve gerekli araştırmaları özenle yapmak ona düşer. Bu durum karşısında, kanunî ipotekle takyid edilmek zorunda olan bir gayrimenkul söz konusu olduğunda, dâvalıya verilen belgeler yanlış bir yeri gösterdiğinden haklı olarak avukat bu gayrimenkule ilişkin tamamlayıcı bilgileri elde etmekle görevli olduğuna inanmıştır. Bu görevi yerine getirmekle yükümlü stajyeri ise bir kadastro planı elde etti ve kadastro dairesine danıştı. Böylece vekil eden tarafından belirtilen yer 10.166 nolu parselde tekabül ediyordu; bu da 272 m²'dir. Bunun 147 m²'si üzerinde zaten bir bina vardı. Ayrıca, mahalline gitti; söz konusu binayı ve komşu şantiyeyi gördü. Bu gözlemlerden, prefabrik beton elemanları teslim eden müvekkil müteahhidin verdiği belgelerdeki tüm bilinmeyenlere ait araştırmalarını yapma zorunda olduğu gözönüne alınarak, gayrimenkulün 10.166 nolu parsel olamayacağını anlaması gerekirdi. Aynı sonuca, sadece kadastro planını değil, aynı zamanda ve özellikle müteahhit tarafından gerçekleştirilen teslimlerin hacmi, avukatın elinde bulunan belgelerden anlaşıldığına göre, derhal bu beton elemanların (binanın yüzüne ilişkin çerçeveleri, balkon tabanları, girişleri vs.) 10.166 nolu parselden geri kalan 125 m²'lik alanın inşa edilecek binaya ait olduğunu bilmesi gerekirdi. Sonuç olarak kanunî ipoteğin bu parselde tesis edilebileceğini düşünme olayı, avukata düşen özen görevinin objektif bir ihlâlini teşkil etmektedir.

Savunmasında dâvalı, dâvacı tarafından kendisine verilen belgelerin hatalı niteliğini öne sürmüştür. Her halükârda bu durum, bu dâvada vekâletin kötü ifasından doğan kusur karinesini ortadan kaldırmamaktadır. Gerçekten, burada belirleyici husus, bu belgeler üzerinde avukatın başkaca bir araştırma yapmaksızın durması, kendisine verilen adresin parselde tekabül edip etmemesi olayı değil, kanunî ipotek yapılması gereken parselin belirlenmesinde vekil eden tarafından yapıldığı görülen hatanın, durumu açıklığa kavuşturmak için yaptığı işlemler esnasında düzeltilmesini ihmal etmesidir. Bunu yapması için yeterli zamanı olmadığını da ileri sürmemiştir. Aksine genel tecrübeye göre, bunu yapması için yeterli zamanı da vardı. Zira, bu işlemlere Ağustos 1984 yılının başında başlamıştır. Kanunî ipoteğin muvakkat tesciline ilişkin talep ise, aynı yılın Eylül ayının 5. günü yapılmıştır. Buradan anlaşılıyor ki, arada geçen zaman içerisinde, durumu açıklığa kavuşturacak tüm belge-

leri, vekil eden ile irtibat kurarak dâvalı temin edebilirdi. Bu nedenle vekil, akdi sorumluluğu içinde dâvada özen görevini kusurlu olarak ihlâl etmiştir.

● **TÜRK HUKUKUNUN YABANCI
MAHKEMELERCE UYGULANMASI**
(Medeni Hukuk)

BOŞANMADA YETKİLİ MAHKEME

Doç.Dr. Şeref ÜNAL(*)

● **ANLATIM DÜZENİ: I- Konu. II- İsviçre Uster Bölge Mahkemesi'nin 21 Mart 1986 Tarihli Kararı. 1- Olay. 2- Hüküm.**

I- KONU

2675 Sayılı, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK) 28. maddesine göre, Türkiye 'de ikametgahı bulunmayan Türk vatandaşlarının Kişi hallerine ilişkin davalarını ikamet ettikleri Ülke mahkemelerinde açmaları mümkündür. Söz konusu hüküm ilk bakışta aktif dava ehliyetini düzenler görünmektedir. Diğer bir ifadeyle, yabancı Ülkede ikamet eden Türk vatandaşı yabancı mahkemede davacı sıfatıyla dava açabilir. Ancak, bu hükme göre, yabancı ülkede ikamet eden Türk vatandaşı aleyhine, o yer mahkemelerinde dava da açılabilir. Bu bakımdan, anılan hükmün Türk vatandaşının pasif dava ehliyetini de düzenlemektedir. Önemli olan, dava açıldığı sırada Türk vatandaşının ikametinin yabancı Ülkede bulunmasıdır. Sonradan kendisinin ikamet yerini değiştirmesi, örneğin Türkiye'ye dönmesi sonucu değiştirmez.

Aşağıda çevirisini verdiğimiz İsviçre mahkemesinin boşanma kararına konu olan somut olayda, Türk vatandaşı (A.D.), Macar asıllı ve İtalyan vatandaşı (İ.T.) ile evlenmiştir. Kadın evlenmekle Türk vatandaşlığını kazanmıştır.

II. İsviçre, Uster Bölge Mahkemesi'nin 21 Mart 1986 Tarihli Kararı

1. Olay

Macar asıllı olan davacı kadın, 1963 yılında bir İtalyan'la evlenerek İtalyan vatandaşlığını kazanmıştır. Bu evlilikten 1968 yılında bir çocukları olmuştur. Uster Bölge Mahkemesi 1972 yılında tarafların ayrılığına ve 1977 yılında da boşanmalarına karar vermiştir.

Taraflar 1983 yılında evlenmiştir, bu evlilikten çocukları olmamıştır. Kadın

(*) Adalet Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanı

evlenmekle Türk vatandaşlığını kazanmıştır. Eşler evlenmeyi izleyen kısa sürede, kocanın sınırdışı edilmesine kadar İsviçre'de birlikte yaşamışlardır. Kadın bir kürkçü yanında çalışmakta ve ayda 1.800.-Frank kazanmaktadır. Ayrıca ek geliri de vardır. Kadın ilk evliliğinden olan çocuklarıyla birlikte oturmakta ve ayda 1.065-Frank kira ödemektedir.

Davacı kadın 12 Mart 1985'de boşanma davası açmıştır. Davalı ise mahkemenin talebine rağmen İsviçre'de tebliğe salih bir adres bırakmamış, ancak dava dilekçesine cevap vermiştir.

Taraflar Türk vatandaşlarıdır. Yabancıların İkameti Hakkında Kanununun 7. maddesine göre, İsviçre'de ikametgahı bulunan yabancılar, kendi ülke kanunlarının İsviçre mahkemelerinin yetkisini kabul ettiğini kanıtladıkları takdirde, İsviçre mahkemeleri nezdinde boşanma davası açabilirler.

Boşanma davası açma ehliyetinin ilk şartı olan davacının ikametgahı İsviçre hukukuna göre belirlenecektir. Davanın açıldığı anda İsviçre 'de bulunup bulunmadığı hususu İsviçre hukukuna göre kadının ikametgahı kocanın ikametgahıdır. Kocanın ikametgahı yurtdışında da olsa, durum değişmez. Ancak, davacı kadın kocanın ikametgahının belli olmaması halinde ayrı yaşama hakkına sahiptir. Kaldı ki İsviçre MK.nun 170/1. maddesi, kadının sağlığı, şöhreti ve iktisadi geleceğinin tehlikede olması halinde, ayrı yaşamakta ve bir mesken edinmekte haklı olduğunu öngörmüştür.

Davacı kadının inandırıcı beyanlarına göre, eşler arasında şiddetli geçimsizlik çıkmış ve yapılan tartışmalarda davacı koca kuvvet kullanarak eşini hırpalamıştır. Öyleki evliliklerinin daha iki ayı dolmadan, koca eşini boğmaya yeltenmiş ve eşi bu yüzden Uster hastahanesine kaldırılarak tedavi görmüş ve bu yüzden altı hafta işinden kalmıştır. Davalı koca, eşinin çocuklarına karşı da kötü davranmıştır. Bu olaylar karşısında, davacı İsviçre MK. nun 170. maddesi anlamında, ayrı yaşamakta tamamen haklıdır.

Boşanma davası açılmasının ikinci şartı, davalının millî hukukunu davalının öne sürdüğü boşanma sebebini ve İsviçre mahkemelerinin yargı yetkisini kabul etmiş olmasıdır. Türk Milletlerarası Özel hukuk Kanununun 28. maddesi, bu konuda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini öngörmemiştir.

Dolayısıyla, yabancı mahkemenin vermiş olduğu bir boşanma ilanı, söz konusu Kanunun 38/b maddesinde belirtilen şartları taşıyorsa, Türkiye'de tanınıp uygulanacaktır. Bu şartlardan en önemlisi, kuşkusuz davacının ikametgahının, davanın açıldığı anda yabancı ülkede bulunmasıdır. Bu arada davalı eşin ikametgahının Türkiye'de veya üçüncü bir ülkede olması durumu değiştirmez.

Böylece usul hukuku bakımından gerekli iki şart gerçekleştiği için davacı eş İsviçre'de boşanma davası açabilir. Ancak bunun da ön şartı, İsviçre'de öne sürülen boşanma sebebinin Türk hukukunca da tanınmış olmasıdır. Türk Medeni Kanununun konuya ilişkin 134. maddesi, İsviçre Medeni Kanununun 142. maddesinin bir tekrarı niteliğindedir. Bu hükme göre, şiddetli geçimsizlik yüzünden evlilik birliği çekilmez hale gelmişse, boşanma davası açılabilir. Hükümde ayrıca, geçimsizlikte bir eşin kusuru daha ağırsa, boşanma davasını ancak diğer eşin açabileceği belirtilmiştir ki, somut olayda bu da gerçekleşmiştir.

Davalı koca mazeret beyan etmeksizin duruşmalara katılmadığından davaya gıyabında devam edilmiştir.

Davalı eşini hastahanelik edecek şekilde dövmesinden sonra bir hafta süreyle ortadan kaybolmuştur. Daha sonra eşinin şikayeti üzerine polis tarafından yakalanmış ve sınırdışı edilmiştir. Davacı 1984 yılında eşini Türkiye'de ziyaret etmişse de, bir haftalık bu ikameti sırasında yeniden dövülmüştür. Bu olaylara göre, tarafların evli kaldıkları dört aylık süre içinde, davacı kadın çok fena muameleye maruz kaldığından, kendisinden evlilik birliğini sürdürmemesi makul olarak beklenemez.

2. Hüküm

Bu durumda, evliliğin köklü bir şekilde sarsıldığını kabul etmek gerektiğinden, Türk Medeni Kanununun 134. maddesi İsviçre Medeni Kanununun 142. maddesiyle birlikte uygulanarak boşanmaya karar verilmesi gerekmektedir.

Davacı kadın nafaka talebinden vazgeçtiği için bu konuda bir karar verilmemiştir.

Mal rejimleri açısından ise, davacı kadın halen evde bulunan eşyaların kendi kişisel eşyaları olduğunu belirtmiş ve bunu kanıtlamıştır. Taraflar arasında mal birliği rejimi kabul edilmiş olmakla beraber, paylaşacak herhangi bir mal bulunmamaktadır. Dolayısıyla taraflar kendi şahsi mallarını muhafaza etmelidir. Ancak, davalı koca, eşinin Türkiye'de kendisine tamir edilmek üzere verdiği üç altın bileziği iade etmekle yükümlüdür.

1.400,- Franklık mahkeme masrafı davalı kocaya yüklenmekle beraber, söz konusu meblağın tahsili imkansız görüldüğünden, kendisinden talep edilmesinden sarfınazar edilmiştir.

● YARGITAY'DAN HABERLER

YENİ SEÇİLENLER

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Ali Rıza GENİŞ(*)

YENİ SEÇİLENLER

YARGITAY DAİRE BAŞKANLARI

● İ. Teoman OZANOĞLU

16.6.1932 günü Kastamonu'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1956 yılında bitirdikten sonra, Kastamonu Hâkim Adayı olarak 31.5.1957 tarihinde mesleğe başlayan Ozanoğlu, daha sonra sırasıyla; Bozova Sulh Hâkimliği, Andıran Hâkimliği, Eflani Hâkimliği, Gerede Sulh Hâkimliği ve Zonguldak Hukuk Hâkimliği ile Anayasa Mahkemesi Geçici Raportörlüğü görevlerinde bulunmuştur.

22.2.1980 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve çeşitli meslek dergilerinde yayınlanmış güncel konulu yazıları ile "Açıklamalı İçtihatlı Sosyal Sigortalar Mevzuatı" adlı üç ciltlik eseri bulunan, Tasnif Kurulu ile Yayın Kurulu Başkanlığı da yapan İ. Teoman Ozanoğlu, Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 3.7.1989 tarihinde seçildiği aynı Dairenin Başkanlığına, 18.11.1992 günü yeniden seçilmiştir.

● M. Fahri İLDİZ

15.4.1932 günü Çankırı'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1960 senesinde mesleğe başlayan İldiz, daha sonra sırasıyla; Hilvan Hâkimliği, Kastamonu Hâkimliği ve Kırıkkale Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

22.2.1980 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen M. Fahri İldiz, Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 16.3.1993 günü aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

(*) Yargıtay Yayın İşleri Müdürü.

● Seyfettin ÇETİNELLİ

1933 yılında Balıkesir'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1961 seneşinde bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1964'te mesleğe başlayan Çetinelli, daha sonra sırasıyla; Çelikhân Hâkim Yardımcılığı, Şarkışla Sorgu Hâkimliği, Divriği ve Ayan-cık Hâkimlikleri ile Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği ve Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Birinci Başkanlık Üyeliği görevinde de bulunan Seyfettin Çetinelli, Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 15.2.1993 günü aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

EMEKLİYE AYRILANLAR

YARGITAY DAİRE BAŞKANLARI

● İsmail OĞUZ

1928 yılında Darende'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950 senesinde bitirdikten sonra, Sivas Hâkim Adayı olarak 22.5.1952 tarihinde mesleğe başlayan Oğuz, daha sonra sırasıyla; Rize Hâkimliği, Reşadiye Hâkimliği, Kayseri Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Sivas Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Sivas Cumhuriyet Savcılığı ve Tokat Cumhuriyet Savcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

16.9.1973 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen İsmail Oğuz, 22.12.1986 tarihinden beri sürdürdüğü Sekizinci Ceza Dairesi Başkanlığından, 1.4.1993 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● M. Şükrü ÖZDEMİR

1928 yılında Gaziantep'te doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951 senesinde bitirdikten sonra, Kahramanmaraş Hâkim Adayı olarak 1952'de mesleğe başlayan Özdemir, daha sonra sırasıyla; Malazgirt Hâkimliği, Mardin Hâkimliği, Yavuzeli Hâkimliği, Sive-rek Hâkimliği ve Tunceli Hâkimliği ile Gaziantep Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

16.7.1973 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen, Fransa'nın Dijon Üniversitesi'nde Kıyı Hukuku üzerine akademik çalışma yapan, "Top-

rak ve Tarım Reformu Tapulama ve Kadastro ve Gayrimenkul Hukuku", "Miras Hisselinin Devri", "Yabancıların Mülk Edinmeleri", "Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi'nin Emsal Kararları" ve "Orman Hukuku" adlı eserleri ile Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Usul Hukuku alanında yayınlanmış ellinin üzerinde makaleleri bulunan M. Şükrü Özdemir, 2.7.1986 tarihinden beri sürdürdüğü Sekizinci Hukuk Dairesi Başkanlığından, 14.3.1993 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● Erdoğan ÇUBUKÇU

8.2.1928 günü Yozgat'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1952 yılında bitirdikten sonra , Ankara Hâkim Adayı olarak 1954 senesinde mesleğe başlayan Çubukçu, daha sonra sırasıyla; Digor ve Lüleburgaz, Hâkim Yardımcılıkları, Alaca ve Kırıkkale Hukuk Hâkimlikleri ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği ve Ankara İş Mahkemesi Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

11.3.1977 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen , İş Hukuku Dergisi'nde yayınlanmış yazıları bulunan Erdoğan Çubukçu,11.3.1985 günü Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından seçildiği Dokuzuncu Hukuk Dairesi Başkanlığından, 8.2.1993 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

YARGITAY DAİRE ÜYELERİ

● Mehmet Nihat ARYOL

1928 yılında Beypazarı'nda doğmuştur . Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950 senesinde bitirdikten sonra, İstanbul Hâkim Adayı olarak 19.3.1953 günü mesleğe başlayan Aryol, daha sonra sırasıyla; Çatalzeytin Hâkim Yardımcılığı , Çan Hâkim Yardımcılığı, Çan Sorgu Hâkimliği ve Kelkit Gezici Arazi Kadastro Hâkimliği, Adalet Müfettişliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Müfettiş Hâkimliği ile Müfettiş Hâkimler Kurulu Başkanlığı ve Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

21.9.1982 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mehmet Nihat Aryol, Onbirinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden 22.2.1993 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

YARGITAY TETKİK HÂKİMLERİ

● Dündar BURSLAN

1934 yılında Bursa'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fa-

kültesi'ni 1961 yılında bitirdikten sonra, 1965'te Suruç Hâkimi olarak mesleğe başlayan DüNDAR, daha sonra sırasıyla; Iğdır ve Beyşehir Hâkimlikleri görevinde bulunmuştur.

1976 yılında Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan ve Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği de yapan DüNDAR Burslan, Birinci Başkanlık (Tasnif Kurulu) Tetkik Hâkimliğinden 18.1.1993 günü kendi isteği üzerine emekliye ayrılmıştır.

● Türkan ARSAN

1927 yılında Bafra'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1954 senesinde bittirdikten sonra, bir süre Hazine Avukatlığı yapmıştır. Daha sonra Hâkimlik mesleğine geçen Arsan, sırasıyla ;Van Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ile Yozgat Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği görevlerinde bulunmuştur.

Yasal yaş sınırı nedeniyle .2.11.1992 günü Dördüncü Ceza Dairesi Tetkik Hakimliğinden emekliye ayrılmıştır.

Yeni seçilen OZANOĞLU ile İLDİZ ve ÇETİNELLİ'ye görevlerinde başarılar; emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan; OĞUZ, ÖZDEMİR, ÇUBUKÇU, ARYOL ve BURSLAN ile ARSAN'a da yaşamları boyu sağlık ve mutluluklar dileriz.



● YASALAR, KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER,
TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER

Y A S A L A R

Resmî Gazete

Tarihi:	No:	Sayfa:	Yasanın Adı:
21.11.1992	21412	1	Kanun No. 3844 Kabul Tarihi:19.11.1992 Türkiye Cumhuriyeti ile Japonya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
27.11.1992	21418	1	Kanun No. 3843 Kabul Tarihi: 19.11.1992 Yüksek Öğretim Kurumlarında İkili Öğretim Yapılması, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
29.11.1992	21420	1	Kanun No. 3853 Kabul Tarihi:18.11.1992 Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.
1.12.1992	21422	1	Kanun No. 3842 Kabul Tarihi: 18.11.1992 Ceza Muhakemeleri Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
12.12.1992	21433	1	Kanun No. 3849 Kabul Tarihi: 26.11.1992 Sanayi İşyerlerine Alınacak Çocukların Asgari Yaş Sınırını Belirleyen 59 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
12.12.1992	21433	1	Kanun No. 3850 Kabul Tarihi: 26.11.1992 İnsan Kaynaklarının Değerlendirilmesinde Mesleki Eğitim ve Yönlendirmenin Yeri Hakkında 142 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
12.12.1992	21433	2	Kanun No. 3851 Kabul Tarihi : 26.11.1992 Uluslararası Çalışma Normları Uygulamasının Geliştirilmesinde Üçlü Danışma Hakkında 144 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.

Resmî Gazete

Tarihi:	No:	Sayfa:	Yasanın Adı:
12.12.1992	21433	2	Kanun No. 3852 Kabul Tarihi: 26.11.1992 Terörle Mücadele Kanununun Geçici 9 uncu Maddesine Göre Yapılan Tasarruflar Hakkında Kanun.
12.12.1992	21433	3	Kanun No. 3854 Kabul Tarihi: 3.12.1992 Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
12.12.1992	21433	4	Kanun No. 3855 Kabul Tarihi: 3.12.1992 5434 sayılı TC. Emekli Sandığı Kanununun 68 inci Maddesi ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emekliliklerine Dair 26.10.1990 tarih ve 3671 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
12.12.1992	21433	6	Kanun No. 3856 Kabul Tarihi: 3.12.1992 Polis Yükseköğretim Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
12.12.1992	21433	6	Kanun No. 3857 Kabul Tarihi: 3.12.1992 17.6.1982 Tarihli ve 2684 Sayılı İlköğretim ve Ortaöğretimde Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Kanunun 2947 Sayılı Kanunla Değişik 5 inci Maddesine Bir Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanun.
29.12.1992	21450	1	Kanun No. 3859 Kabul Tarihi: 25.12.1992 (Mükerrer) 1993 Mali Yılı Bütçe Kanunu.
6.1.1993	21457	1	Kanun No. 3861 Kabul Tarihi: 25.12.1992 (Mükerrer) Katma Bütçeli İdareler 1993 Mali Yılı Bütçe Kanunu.
26.1.1993	21477	1	Kanun No. 3863 Kabul Tarihi: 14.1.1993 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 16 ıncı Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun

T Ü Z Ü K L E R

Resmi Gazete

Tarihi	No:	Sayfa:	Tüzüğün Adı:
28.11.1992	21419	5	Karar Sayısı: 92/3718 Polis Vazife ve Selahiyet Nizamnamesinin Bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair Tüzük.
7.1.1993	21458	1	Karar Sayısı: 93/3770 Çalışma Bakanlığı Yurt Dışı İşçi Sorunları Örgütü Tüzüğünün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük.
12.1.1993	21463	44	Kültür Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük.
19.2.1993	21501	1	Karar Sayısı: 93/4055 Millî Eğitim Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü.

Y Ö N E T M E L İ K L E R

Resmi Gazete

Tarihi	No:	Sayfa:	Yönetmeliğin Adı:
11.12.1992	21432	13	Karar Sayısı: 92/3721 Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik.
18.1.1993	21469	1	Karar Sayısı: 92/3809 Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik.
8.2.1993	21490	9	Hakimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliğine İlişkin Bölgeleri Gösteren Cetvele Yeni Kurulan İlçelerin Eklenmesine Dair Yönetmelik.

YARGITAY YAYINLARI

- **BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI**
Andreas von TUHR
Çeviren: **Avukat Cevat EDEGE**
1128 sayfa, iki cilt birarada, lüks ciltli..... 26.500.- TL.
- **UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk-Ceza)**
İsmet KÖKER - İlhan DİNÇ
976 sayfa, üç renkli sefon korumalı kapak..... 10.600.- TL.
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (I)**
Ali Rıza GENİŞ
Yıl: 1975-1981, 593 sayfa, üç renkli gofre kapak..... 8.000.- TL.
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (II)**
Ali Rıza GENİŞ
Yıl: 1982 - 1986, 712 sayfa, üç renkli vernik korumalı
gofre kapak..... 10.600.- TL.
- **YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI
HUKUK BÖLÜMÜ**
Cilt: VI, Yıl: 1981-1990, 696 sayfa, lüks ciltli..... 53.000.- TL.
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**
Cilt: 13, Yıl: 1987, Sayı: 1-12..... 19.100.- TL.
Cilt: 15, Yıl: 1989, Sayı: 1-12..... 28.700.- TL.
Cilt: 16, Yıl: 1990, Sayı: 1-12..... 44.600.- TL.
Cilt: 17, Yıl: 1991, Sayı: 1-12..... 63.600.- TL.
Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-12..... 159.000.- TL.
Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-12..... 216.240.- TL.
- **YARGITAY DERGİSİ**
Cilt: 12, Yıl: 1986, Sayı: 1-4..... 8.500.- TL.
Cilt: 14, Yıl: 1988, Sayı: 1-4..... 10.600.- TL.
Cilt: 15, Yıl: 1989, Sayı: 1-4..... 12.800.- TL.
Cilt: 16, Yıl: 1990, Sayı: 1-4..... 14.900.- TL.
Cilt: 17, Yıl: 1991, Sayı: 1-4..... 21.200.- TL.
Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-4..... 53.000.- TL.
Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-4..... 72.080.- TL.

- 1- Yayın bedellerine %6 oranında **Katma Değer Vergisi** dahildir.
- 2- **1987, 1989, 1990, 1991 ve 1992 ve 1993 yılı Yargıtay Kararları Dergisi ile 1986, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992 ve 1993 yılı Yargıtay Dergisi'nde ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk Bölümü Cilt: 6 adlı kitapta, Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi öğrencilerine % 20 indirim uygulanır.**
- 3- Diğer yayınlarda indirim yapılmaz.
- 4- **Ödemeli gönderilmez. Temsilcimiz yoktur.**

HESAP NUMARALARIMIZ

- T.C. Ziraat Bankası Kızılay - Ankara Şubesi 304/110
- Posta Çekleri Merkezi 92932

YAZIŞMA ADRESİMİZ

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü 06658 ANKARA.

