

YARGITAY DERGİSİ

CİLT: 2

SAYI: 2

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
1 — Halûk HADİMOĞLU	Çağdaş Özgürlük Anlayışı ve Hukuk 5
2 — Orhan YENER	Tabii Yargı Yolu 17
3 — Dr. Hasan İ. BIYIKLI	Ceza Hukukunda Kaçınılmaz Hukukî Hata Kavramı 23
4 — Dr. A. P. GÖZÜBÜYÜK	Devletin Güvenliğine Karşı Cürümler 39
5 — Prof. Dr. Faruk EREM	Aleyhe Bozmamak Zorunluğu 43
6 — Dr. Jur. Mustafa T. YÜCEL	Mükerrirliğin Görünümü 55
7 — Rebiî AKTÜRK	İslâm Hukukunda Mülk Edinme Ve Kullanma Hakkının Dokunulmaz- lığı Ve Kamulaştırma 67
8 — Esat ŞENER	Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi Ve Benzeri Haller 81
9 — Emin BAŞAKLAR	Uygulamada Babalık Davaları 105
10 — İsmail DOĞANAY	Denizde Yolcu Taşıma Mukavelesi 125
11 — Ahmet ZEYNELOĞLU	Çekin Muhatap Bankaya İbrazı Zorunludur 141
12 — İsmail DOĞANAY	Kaybettiğimiz Büyük Hukukçu Ali Himmet Berki'nin Ardından 147
13 — Volf ÇERNİS	Kaybettiğimiz Büyük Hukukçu Ali Himmet Berki 151



ÇAĞDAŞ ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞI VE HUKUK

HALÜK HADİMOĞLU (*)

Allah Aşkına Bırakın,
İki Yanı da Dinleyelim.

Jefferson

İÇERİK :

- 1 — Çağdaş Özgürlük Anlayışı
- 2 — Eski Yunan Özgürlük Anlayışı ile Çağdaş Özgürlük Anlayışının Genel Karakterleri ve Karşılaştırması
- 3 — Özgürlük ve Çağdaş Hukuk

1 — ÇAĞDAŞ ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞI :

Yüzyılımız, demokratik yönetimlerin çoğunlukta olduğu bir dönemdir. Çağdaş anlayışa göre, demokrasi iki temele dayanmaktadır : Özgürlük ve Adalet. Bu iki kuvvet birbirleri karşısında, birbirlerini tamamladığı gibi, aynı zamanda frenliyen iki öge durumunda çağdaş demokrasiyi kurmuşlardır. Demokrasi ise ancak, «bir devlet» içinde söz konusu olabileceğine göre, devletin kuramsal gelişmesiyle ilgili olup eski Yunandan günümüze kadar belirli sonuçlara ulaştırılamamış ve açık bir ayırımı bağlı tutulamamış çok ve çeşitli görüşlerin çağdaş özgürlük anlayışını oluşturmakta ne dereceye kadar etken olduğunu anlamak kolaylaşır.

Bu görüşlerden en önemlileri Klâsik Ferdiyetçi - Liberal ve Demokratik anlayış, Hukuki Pozitivizm, Realist Görüş, Müessese Teorisi ve bunlarla ilgili olmak üzere Sendikalizm, Korporatizm, Otoritarizm ve Totalitarizm diye belirtilebilecek görüşler olmakla beraber; bütün bunları, «özgürlük ve otorite» gibi iki ana grupta toplamak da olanaksızdır. Bununla birlikte, «tabii hukuk» anlayışına ve büyük Fransız Devrimi'nin duyurup yaydığı ilkelere daya-

(*) Müfettiş Hâkim.

nan Klâsik - Ferdietçi - Liberal anlayış; kişilerin doğal haklara sahip oluşu ve devlet içinde herşeye öncelik ve üstünlüğü, devletin doğuş ve oluşumu, hükümlanlık gücüne sahip olan Kollektivite'nin yasaları vücuda getirip devletten ayrı bir varlığı bulunması gibi ilkeleriyle, devlet kudreti karşısında kişi özgürlüğünü güvence altına alan bir sistem olarak göze çarpmaktadır.

Gerçekten, 18. Yüzyılda Fransız Devrimi demokrasinin özünü üç kelime ile belirlemişti. Coetano Solavmini'nin dediği gibi, bunlardan ilki olan özgürlük sözcüğü, o dönemde «insan hakları» adı verilen hakların bütününe belirtiyordu. Yönetenlerin bu haklara saygı göstermedikleri herhangi bir siyasî rejim düşünülüyordu. İkinci ilke «eşitlik»; sınıf, din, dil, yaşam düzeyi, siyasî düşünüş ayırımı olmadan, bütün vatandaşların aynı haklardan yararlanması demektir. Bütün vatandaşlara verilmediği takdirde, özgürlük, toplulukta bir zümrenin ayrıcalığı durumuna gelir. Eşitçe yararlanılmayan özgürlük Oligarşi'ye götürür. 18. Yüzyılın «duygusal sözlüğünde» yer alan 3. ilke «kardeşlik» ise aşağı-yukarı, ekonomistlerin «işbirliği» dedikleri şeyle eş anlama gelir. Özgür ve demokratik bir yönetim, vatandaşlar arasında en azından bir yardımlaşma bütünlüğü, diğer deyişle işbirliği olmaksızın yaşayamaz. Buna karşılık, özgürlük ve eşitlik olmazsa işbirliği bir yönetimin yıkılmasına neden olabilen ahlâkça, siyasetçe ve ekonomik yönden parçalanmasını engelleyemez.

Bütün bu ilke ve düşünceler hemen herkesin kabul edip uygulanmasını istedikleri kavramlar olmakla beraber, Kollektivite'nin realitede yansımaları olan «umumî irade» nasıl kullanılacak? Bu kuramın büyük kurucusu J. J. Rousseau; 16. Yüzyılda Fransa'da 14. Lui'nin «Devlet Ben'im» fikrinde belirlenen kral egemenliğinin mutlak devlet gücü karşısına, insanların tek-tek yaşamayıp ancak kuracakları en ileri topluluk olan «ulusal devletler» halinde yaşamalarını sürdürlebilecekleri düşüncesiyle, «Ulus Egemenliğini» koymuştur. Diğer deyişle, kralın mutlak kudreti indirilecek, ulus herşeye egemen olacaktır. Ama nasıl? Eğer bu, J. J. Rousseau'nun en az «Ulus Egemenlik» terimi kadar muğlak olan «genel İrade» ile sağlanacaksa, Duguit'nin dediği gibi, «gerek doğrudan doğruya, gerek vekâleten uygulanması durumunu gözönüne alarak, her iki biçimde de özel iradelerden ayrı bir «Genel İradenin» söz konusu olmayacağı doğaldır. Vekilin, genel iradenin organı olması için verdiği buyruğu kabul etmeyen bir kişinin bile iradesine boyun eğmesi gerekir. Genel irade doğrudan doğruya kullanılıyorsa, çoğu kez, ya-

rıdan bir fazla kişinin bir o kadar kişiye sözünü geçirdiği bir çoğunluk istibdadından başka bir şey mevcut olamaz.» Kanımızca, Rousseau yönetenlerin baskısı altında eriyen kişinin, özellikle doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlüklerinin, toplu durumda yaşama gerekliliği içinde, karşılıklı güvencesi ve geliştirilmesi için «siyasal özgürlük ve eşitlik, genel irade» gibi kavramları koymuş, fakat bu kavramları gerektiği kadar doldurup açıklığa kavuşturamamıştır.

Bununla birlikte, insanların doğal ve vazgeçilmez olarak özgür ve eşit bulunduğunu, bir araç değil bir amaç olduğunu ortaya koymakla, günümüzün «Hümanist» ve genel özgürlük anlayışına büyük ölçüde etken olmuştur.

Devletin hükümranlığını, herşeye öncelik ve üstünlüğü ilkesinde bularak hukuku ve dolayısıyla yasaları bu mutlak gücün bir belirtisi biçiminde tanımlayan «Hukuki Pozitivizm» ve Gerber, Jellinek ve Jhering'in «devleti, kollektiviteden ayrı bir hukuki kişilik» olarak ortaya koymaları; en az Rousseau'nun ulusal bir hukuki kişilik tanınması kadar tartışma doğurucu olup ancak yüzyılımızda bazı ülkelerde kurulmuş totaliter devletlerin durumlarına bir geçerlilik kazandırmağa yetebileceğinden, bu kuram üzerinde durmayacağız.

Hukuki Pozitivizm'den hareketle Tabii Hukuk anlayışını reddedip hukuk ile devlet arasında bir ayrılık görmeyerek devletin hukuka bağlılığı ilkesini kabul etmeyen Kelsen'in ise; devlet - kişi ilişkilerine bir geçerlilik kazandırmak amacıyla, kişi karşısında devleti ve kamu gücünü, doğal olaylardan da ileri bir zorunluluk niteliğiyle yüklü olan ve uyulması gerekli bir «normatif nizam» biçiminde ortaya koyduğu için, günümüzün ilerici özgürlük anlayışına bir etkisi olmamıştır.

Klâsik Ferdietçi - Liberal sistemin sarsılmasına neden olan «insanın salt insan olması hasebiyle bazı haklara sahip bulunduğu» görüşünü reddettiği gibi; «kamu kudreti, ulusal bilinç, ulusal egemenlik» gibi kavramlara da taraftar olmayan Leon Duguit; insanın ancak topluma girdikten sonra haklara sahip olabileceğini, bunun sonucu hukuk kurallarının «sosyal» olduğunu kabul etmiştir. Ancak toplum halinde hukuk kuralı söz konusu olunca, kişisel ilişkiler çerçevesi içinde, kişi iradesinin durumu ne olur? Duguit «insan iradesi özgür müdür, değil midir bilinmez» diyor. «İnsana, bilinci ve iradesi dışında; toprak, iklim ve ırk gibi vakıaların da etkisi büyükse de, bu hususu, doğal olaylardaki «illiyet» ilkasine

bağlamamalı. Çünkü insan ne istediğini bilen bir yaratıktır; iradi eylem bilinçli bir biçimde izlenen bir amacın sonucudur. Böylece toplumsal olay, belirli bir amaç izleyen insanın bilinçli eyleminin ürünü olup toplumsal yasa bir «gaiyet» yasasıdır.

Anlıyoruz ki Duguit'nin realist görüşü, toplum durumunda kişi iradesini «gaiyet» kavramı ile tahkim etmiştir. Lâkin, toplum içinde her kişinin iradesi böyle bir nitelik taşıya bile. «toplumsal farklılaşma» yoluyla en büyük kuvvet ve baskı gücünü ellerinde tutan yönetenlerin, kamu görevlerinin yerine getirilmesi sırasında ancak toplumsal dayanışmaya uygun davranarak yetkilerini geçerli kılacaklarını ortaya koyması ve devletin hukuka bağlılığı, yönetenlere «sosyal hukuk» gibi bir sınır çizme hususları Duguit'nin realist görüşlerini aşip «idealite» düzeyine ulaşmıyor mu ?

Gerçi, devletin hukuka bağlılığının müeyyidesi olarak «toplumsal tepki» niteliğinde ve isyân, ihtilâl gibi olanaklar kollektiviteye tanınmıştır. Ama sosyal hukuk nedir, nasıl oluşur, nitelikleri ne olmalıdır ? Bilinmiyor. Devletin ya da yönetenlerin sosyal dayanışma amacına aykırı davranışında, hele kişi iradesi gaiyet kavramı ile donanmış olduğuna göre, isyan ya da ihtilâl mi çıkarmalı ? Böylece Duguitnin önemle üzerinde durduğu toplumsal dayanışma ne olacak ?

Bununla birlikte, Duguit'nin toplumsal dayanışma kavramı, sonucu yönünden çok ilerici bir nitelik taşımaktadır. Çünkü insanların klâsik -ferdiyetçi doktrine göre vazgeçilmez bir hak olarak sahip olduğu mülkiyet hakkının kesin niteliği gereği bir insanın, diyelim, taşınmazını âtil bırakması, Duguit'ye göre, toplumsal dayanışmaya aykırıdır. Nasıl yönetenler devlet yönetiminde toplumsal dayanışma kıstasını uygulayacaklarsa, kişi de mutlak haklarını kullanmada tam bir serbestliğe sahip değildir. Toplumsal dayanışma ona, kendisinin zararına da olsa, taşınmazını işlemesini buyurucudur. Diğer deyişle, toplumsal dayanışma kıstası hukuk kurallarına objektif bir nitelik vermekte, toplumsal haklar yerini toplumsal görevlere bırakmaktadır.

Ancak, toplumsal dayanışmanın toplum hayatının vazgeçilmez koşulu olduğu kuramından, insanın, kesin bir gerekirililikle toplumsal dayanışmaya uygun davranacağını çıkarmak boşuna bir çabadır. Çünkü, toplumsal yararı, toplumsal iyilik doğrultusunda özel yarara yeğlemeyi sağlayacak bir değer yargısı gerekir. Gerçekten, Duguit'nin «hukuk kurallarının yönetenlerin etki alanı dışında kal-

ması gereği ve kişisel özgürlüğe aykırı yasaların da bulunabileceği» görüşlerini Gasten Jézein «özgürlük toplumsal düzenin gereklerine uymak koşuluyla bir insanın her alanda eylemde bulunmasıdır, toplumsal düzenin gerekleri ise yönetenlerin kişisel anlayışına bağlıdır» biçimindeki 2 yönden eleştirisi, söz konusu değer yargısını vurgulamaktadır. Zaten Duguit'nin, kişisel hakları kişi dışında var saydığı bir amaca bağlaması ile, klâsik sistemin kişiyi bir amaç kabul eden görüşleri arasında, vardıkları sonuç itibarıyla, pek fark yoktur.

Kanımızca, bugünkü demokratik devlet anlayışına en uygun görüşleri Maurice Hauriou'da buluyoruz. Duguit'nin, klâsik ferdiyetçi ve hukuki pozitivizm gibi akımları reddedip kişisel özgürlüğün kıstası olarak toplumsal dayanışma gibi düşünsel bir kavram koymasına karşılık Hauriou'nun görüşleri liberal ve demokratik anlayışları tamamlayıcı niteliktedir. Bir kez, devleti, tüzel kişilik ve hükümlanlık kudretiyle donatıp «iktidarı» devlet için gerekli görerek, karşılığında devlete, «uygar düzenin koruyucusu» ev bu düzen içinde kişisel özgürlüğün gerçekleşmesini sağlayıcı bir kurum olmak vecibesini yüklemiştir. Özgürlüğü devlet varlığının temel koşulu kabul eder ve iktidara ancak, özgürlüğü sağladığı, koruduğu ölçüde bir geçerlilik tanır. «Devlet, toplum düzeni içinde gerekli özgürlükleri sağlama ve kişinin devlete göre öncelik kazanan haklarını koruma ile yükümlüdür» der. Buna göre, Hauriou, kişi özgürlüklerini, klâsik doktrin derecesinde olmasa bile, önemle ele almış ve devlet kudretini özgürlüğü gerçekleştirme ve koruma koşuluna bağlamıştır. Yalnız, «gerekli özgürlükler» nelerdir? Sağlanamazsa ne olacak? Duguit gibi bir «ihtilâl hakkı» mı tanıyacağız ya da bu kuramın mantıki sonucu olarak, devlet kudretini yok mu sayacağız? Böyle olsa bile fiili devlet kudretine göz yumabilir miyiz?

Yüzyılımızın sosyalist görüşleri ve bunun Sendikalizm ve Korporatizm gibi terimlerle belirlenen biçimlerine gelince: Tüm demokrasiyi, klâsik - ferdiyetçi ve liberal ilkelerin hiçbirini kabul etmeyip ihtilâl sonucu bir Sendikalizm ve Kollektivizm'in kurulmasıyla otoriter ve totaliter devlet anlayışına taraftar olan Georges Sorel, Charles Albert, Maxime Leroy gibi, Korporatizm diye tanınan görüş sahiplerini bir yana bırakırsak; demokrasi, hak ve adalet kavramlarına saygı gösterip üretim araçlarının sosyalizasyonu kadar özgürlük ve kişisel girişime de değer veren ılımlı sosyalist Jean Jaures'i bu noktada belirtmeliyiz. Acaba üretim araçlarının toplum-

sallaştırılması sırasında herkesin kazanılmış hakkına ve bu hakların kullanılış özgürlüğüne aynı derecede saygı gösterilebilir mi ? Böyle ılımlı - sosyalist bir rejimde kişisel özgürlüğün kaynağı olarak neyi göreceğiz ?

Çağımızın otoriter ve totaliter devlet anlayışları, toplumsal ve ekonomik düzen açısından 2 bölümde toplanabilir : Komünizm ve Faşizm Cumhuriyet ve demokrasi gibi kavramlara karşı gelerek bir proleteryen diktatörlüğünden başka bir şey olmayan Karl Marx sistemi (Komünizm), 1917'de, Rusya'da, devlete herşeye göre öncelik ve üstünlük kazandıran bir solcu otoritarizm ve totalitarizmi sonuçlamıştır. Günümüzün «detente» eyilimiyle belirginleşen yumuşama ve katılıktan sıyrılmaya görünümü de, otoriter niteliğini ortadan kaldıramamıştır.

Buna karşılık, Nasyonal - Sosyalizm ve özellikle Karl Schmitt'in siyasî devlet anlayışı; devletin hukukla sınırlanmasını reddederek bir sağcı otoritarizme ulaşmıştır. Yine aynı sonuca varan Rocco, Santi Romano vb. nin Faşizm'i ise; «kişinin devlete karşı ileri sürebileceği hiçbir şey tanımadan, doğal hakların değil, «genel yarar» gibi her yöne çekilebilen bir deyimden amacına hizmet ölçüsünde, devletin tanıdığı bazı ayrıcalık ve hakların söz konusu olduğunu» belirtmektedir.

2 — ESKİ YUNAN ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞI İLE ÇAĞDAŞ ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞININ GENEL KARAKTERLERİ VE KARŞILAŞTIRMASI :

Eski Yunan sitelerindeki görüşlerle karşılaştırılması, çağdaş özgürlük anlayışının değerlendirilmesinin yapılabilmesine yararlı olacaktır. Antik çağdaki filozof ve bilgeler; düşünce ve görüşleri itibariyle, zamanın gereklerinin fazlasıyla etkisi altında kalarak, özgürlüklerin gelecekteki gelişmeleri, ilke ve temelleri konusunda sürekli ve belirli esaslar koymaktan çekinmişlerdir. Hemen hepsi, yönetenler ile yönetilenleri kesin bir biçimde ayırarak, yönetenlere çoğu zaman mutlaka varan bir kudret tanımışlardır.

Polis kudreti yalnız eşyaya değil, o anlamda kişiye de egemendir. Diğer yandan, bir çoğu, polis kudretinin bu ezici üstünlüğü karşısında, kişiler arasında kurulmasını istedikleri bir eşitsizlikten söz edip durmuşlardır. Çağının bir gereği de olsa, vatandaş - halk ayırımını özellikle ileri süren Eflâtun ve Aristoteles bile, bugünkü anlamda ulusal egemenlik anlayışından uzak oldukları için ve yöne-

tilenleri yönetmeye ancak «vatandaşları» muktedir gördüklerinden, salt bu çerçeve içinde, bu ayırımı yapmışlardır. Ayrıca, bu düşünürlerin, yalnız yöneten vatandaşlar arasında eşitlik ilkesini kabul etmelerinin, özgürlüklerin yerleşme ve gelişmesine yetmeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır.

Gerçekten, çağına göre ileri bir demokrasi örneği vermiş olan Atina'da bile bazı özellikleri bulunan küçük bir yönetilenler topluluğunun bir araya gelip birlikte karar vermelerinden geri kalan büyük insan kitlesinin özgürlükleri ne dereceye kadar korunur? Ama o çağ filozofları öyle düşünmemişler. Değil mi ki; demişler, «yönetilenler» toplanıp kendileri hakkında karar veriyorlar; o halde özgürlük hem olumlu, hem de olumsuz yönden güvence altındadır. Bilindiği gibi, o çağda, özgürlüğün iki tanımı vardı: Olumlu, olumsuz. Olumlu tanım,» bir insanın başkalarının özgürlük sınırına kadar her şeyi yapabilmesi, olumsuz tanım ise, bir insanın başkalarının özgürlük sınırı içinde hiçbir şey yapamamasıdır.»

Olumlu tanım hemen her çağda bütün düşünürlerce kabul edilmiş, yönetim koşulları ölçüsünde uygulanabilmiştir. Asıl önemli olan olumsuz tanımdır. Çünkü bu tanımda, başkalarının özgürlük sınırı içine girdiği takdirde kişisel gücü hangi kuvvetin, ne biçimde sınırlandıracağı sorunu da bulunmaktadır. İşte düşünürler, bu olumsuz tanımla da özgürlüğün var olduğunu söylüyorlar. Gerçekten, kişiler değil mi ki toplanıp karar veriyor, tek tek kendi özgürlüklerini bilfiil savunuyor ya da birlikte sınırlıyorlar, o halde özgürlük o yönden de kurulmuştur. Görünüşte bu böyle ise de; kaç kişi toplanıyor, bu doğrudan doğruya yönetim içinde diğer halk kitlesinin özgürlükleri ne dereceye kadar güvence altındadır? Bizzat toplananlar bile özgürlüklerini ne düzeyde koruyup geliştirebilirler? Çağımızda ise vatandaşlar bizzat toplanmıyor; bil'akis kendisini seçmeyenleri ne dereceye kadar temsil edeceği kuşkulu bulunan mümesiller onun hakkında bir takım kararlar veriyor, yasalar yapıyorlar. Diğer yandan, devlet, son yüzyıl olaylarının da etkisiyle kişilere kuvvetle egemen olarak, aralarındaki ilişkileri bile düzenleyici, çoğu kez elatan durumundadır. Çağımızın tez-antitez niteliğindeki akım ve yönetimlerinin de etkisi ile kuvveti artan devlet, özgürlüğün olumsuz tanımına yer ve gerek bırakmamıştır. Çünkü devlet kişiler arası ve kişi ile yönetenler arasındaki ilişkileri çoğu kez önceden, bilfiil gerek yasa, tüzük ve yönetmeliklerle, gerekse bir takım önlemlerle düzen altına almağa çalışmaktadır. Böylece kişisel davranışların sınırlandırılmasında devlet bir ön-kuvvet olarak zaten ortada durmak-

tadır. Buna göre, çağımızda özgürlüğün bu 2. tanımını önemini yitirmişdir.

Bununla birlikte, antik çağ düşünürlerinin «bir takım maddî-manevi bağlarla birbirine bağlı insanlar ne kadar küçük topluluklar durumunda toplanırlarsa demokrasinin o ölçüde ve sağlıklı biçimde yerleşeceği, böylece özgürlüklerin güvence altına alınacağı» düşüncelerine karşılık; çağımızda özgürlük, salt beşeri anlamda, bütün insan toplumunun iyilik ve yararına yönelmiş bir çerçeve içinde anlaşılıyor. Son yüzyıl olumsuz akım ve yönetimlerine karşı durabilmek isteğinin de kuvvetlendirdiği bu anlayış, böylece, eski Yunandakinin tersine, bütün insanlığı kapsayan bir özgürlük görüşü doğurmuştur. Eski Yunanlılar özgürlükleri ancak bir küçük yöneten «vatandaş» yığını çerçevesinde düşünüyorlar, özgürlükleri tanım ve sınıflamay, nasıl geliştirilip güvence altına alınacağını hesaba katmıyorlardı. Günümüz ise özgürlükten, hiç olmazsa, ne anlamak gerektiğini, mutlak anlamda olmasa bile, nasıl gerçekleştirilip geliştirilebileceğini sezmektedir.

Bir kez, çağımızda bir takım toplumsal sorunlar var. Gerek hukuk, gerekse yasa bakımından işçi olsun, zengin olsun, orta tabaka olsun herkese, her türlü hak ve özgürlükler tanınsa bile çağımızda, bu bizi, gerçekten bir özgürlüğün var olduğuna götüremez. Günümüzde, hemen her şeyde, ekonomik kuvvet ve üstünlüğün etkenliği büyüktür. Bu açıdan bir hukuk düzeni olarak, ya da temel yasalar da, soyut biçimde, bir takım hak ve özgürlüklerin belirtilmiş olması yeterli değildir. Bu hak ve özgürlüklere eylemli olarak uygulama olanağı sağlayacak «somut bir içerik» vermek gerekir. Çağdaş özgürlük görüşüyle eski Yunandaki anlayış arasındaki en belirgin ayırım, bizce, budur. Biz insanlar, gerçek özgürlüklere kavuşmak yolunda hak olarak bir şeyler arıyor ve istiyoruz. Bir kez Jean Sartre'in dediği gibi «açlık başlıbaşına bir özgürlük savıdır. Bir işsiz açlığı bütün işsizlerin açlığıdır. Ücretlerin artmasını isteyen açlık; gereksinmelerini gidermek, insan olmasına engel olan şeylerden kurtulmak isteyen insanın hak isteğidir.» Gerçekten; Türk toplumunun kurduğu Cumhuriyeti, 2. maddesinde «sosyal bir hukuk devleti» olarak niteleyen ve çağımızın en ileri hak ve özgürlük görüşlerini kapsamı içine alan 1961 - Anayasasının; örneğin, 16. maddesindeki konut dokunulmazlığının, konutu olmayan kişi için, 18. maddesindeki seyahat hürriyetinin, bunun için gereken olanağı olmayan kişi yönünden ne ifade edeceği günümüzde tartışma konusudur.

İkinci olarak, son dünya savaş ve sınıf çatışmalarının da kuvvetlendirdiği gibi ve belki eski Yunandakinden fazla olarak; düzen olsun, barış olsun istiyoruz. Bütün bunlarda aradığımız, «somut bir özgürlükten» başka nedir? Aç olan, elinde malı olmayan biri için mala sahip olmak özgürlüğü, canının istediğini Millet Meclisi'ne seçmek hakkı neye yarar? Günümüz insanları kaderini eski Yunandaki gibi siteye, mânevi kuvvetlere ya da daha sonra «toplumsal dayanışma» gibi bir takım kavramlara değil, kendi özgür iradesine bağlamak istiyor. Tâ ki, mevcut hayat koşulları içinde, sınıfsız bir toplumda herkes kendi yaşamından sorumlu olsun. Vercors'un dediği gibi; «herhangi bir eşya, bir hayvan, bir köle olmaktan çıkıp bir insan olmak, özgür bir avrılık onurunu kaaznmak, hiçbir zaman hiçbir kimse için araç olmamak». İşte eski Yunanın çoğu kez fatalist ve belli kimselere özgü özgürlük anlayışına karşılık, bugünkü, bütün insanlığı kapsayan özgürlük kavramı.

Bu anlayışın doğal sonucu olarak dünyanın büyük çoğunluğunca anlaşılmıştır ki, artık bu dünyada otoriter rejimler uzun süre yaşayamaz. Hemen her ülkede halk yığınları, eski Yunandan farklı olarak, siyasal özgürlüğünü yitirmek tehlikesini, hiç olmazsa büyük mücahit Gandhi'nin «pasif direnme» yoluyla yenmeyi bilecek kadar ileri bir özgürlük bilincine sahiptir. Özgürlüğe günümüzde verilmesi gereken «somut içerik» niteliğinde tanımladığımız «kişisel özgürlüğe» gelince :

Kanımızca, insanlık özellikle uygulamalı bilimler alanında dev adımlarla ilerlemekte, diğer deyişle, kişisel özgürlüğün maddî faktörleri hazırlanmaktadır. Kişisel özgürlüğün üzerine kurulacağı siyasal özgürlük temeli de dünyamıza gittikçe yerleşiyor. Şunu demek istiyoruz ki, dünyaya siyasal özgürlük ne ölçüde egemen olursa, hele bilim ve teknikteki gelişmelerin özgürlüklere somut içerik sağlaması yoluyla, kişisel özgürlük de o kadar çabuk sağlanacaktır. Bu bakımdan, gelecekte ümidimizi kesmeğe bir neden yoktur. Çünkü, Solvenini'nin dediği gibi, «Fransız Devrimi'nin demokrasinin özü diye nitelediği Özgürlük - Eşitlik - Kardeşlik kavramları sadece bir sağduyuyu ifade eder.» Siyasal özgürlük geliştikçe ve bu apaçık gerçeklerin yaygınlaşması ölçüsünde, sağduyulu insanlar gerçek kişisel özgürlüğü kuracaklardır.

Diğer yandan; siyasal özgürlük temeli, özgürlüklerin «somut içeriği» anlamında kişisel özgürlüğün sağlanmasında etken olduğu kadar, kişisel özgürlüğün gelişimi de siyasal özgürlüğün daha da

yayılmasına yararlı olacağından, her iki çeşit özgürlük arasında karşılıklı bir neden - sonuç ilişkisi düşünülmelidir.

Bu anlamda, siyasal ve kişisel özgürlük biçiminde, iki yönlü birbirini tamamlayan bir kavram olarak gerçek özgürlüğe ulaşmak yolunda devletin işlevi ne olmalıdır ? Aldous Huxley'in şu sözünü belirtmeliyiz : «Geçmişteki kişisel ve siyasal özgürlük büyük ölçüde yönetenlerin etkisizliğine dayanıyordu. İstibdat fikri oldum olası vardı. Ama kamusal örgütlenme genellikle zayıftı. İlerleme yolunda olan bilim ve teknik bütün bunları baştan başa değiştirdi.» Bunun sonucu, bilim ve teknikle donanmış bir devlet örgütü; bütün vatandaşları, hak ve özgürlüklerini eylemli olarak uygulama olanağına ulaşacakları bir düzeye çıkarmada, diğer deyişle, özgürlüklerin «somut içeriğine» ulaşmada büyük bir etken olacak, giderek, gerek kavram, gerekse içerik olarak bütün insanlığı kapsayan bir özgürlüğe ulaşabilecektir.

Bu düşüncelerimizi doğrular nitelikte olan, Charles Chaplin'in Diktatör filmindeki şu sözlerini hatırlayalım :

«Ben imparator olmak istemiyorum. Bu benim harcımdır değil. Hiç kimseyi yönetmek istemem. Kimseye de hükmetmeğe niyetim yok. Ben herkese yâr olmak isterdim; elimde olsa Yahudisine de, dinsizine de, beyazına da, siyahına da.

«Biz hepimiz birbirimize yâr olmağa muhtacız. İnsanoğlu böyledir. Bizler, herbirimizin mutluluğu ile yaşamak istiyoruz, yoksa sefaleti ile değil. Ne birbirimizden nefret etmek istiyoruz, ne de birbirimizi fitnelemek. Bu dünyada herkese yetecek kadar yer var. Şu aziz dünya zengindir, herkesin gereksinmelerini karşılayabilir. Hayat yolu serbest olabilir, güzel olabilir. Ama, bizler bu yolu yitirmişiz. Aç gözlülük, hırs insanların ruhunu zehirlemiş, dünyayı nefret duvarlarıyla birbirinden ayırmış. Kaz ayağı adımlarla bizleri sefalete sürüklemiş, kana bulamış. Bolluk sağlayan makine bizi yoksulluğa, zarurete sokmuş. Bilgimiz edebimizi, hayamızı silip süpürmüş. Zekâmız yüreğimizi katılaştırmış, acıma duygumuzu yok etmiş. Çok düşünür, az duyar yaratıklar olmuşuz.

«Makineden fazla insanlığa gereksinmemiz var. Akıldan çok iyiliğe, nezakete gereksinmemiz var. Bu meziyetler olmasa, hayat kasatı kesilir ve bizler de mahvolup gideriz...

«Uçaklar, radyolar bizleri birbirimize yaklaştırdı. Bu buluşların gerçek mahiyeti insanın içindeki iyiliğe, dünya kardeşliğine

sesleniyor, hepimizin birlik olduğumuzu haykırıyorlar. Şimdi benim sesim dünyanın milyonlarca insanına, ümitsizlik içinde kıvranan milyonlarca kadın ve çocuğuna, mâsum uluslara işkence yapan, insanları cezaevlerinde çürüten bir sistemin kurbanlarına ulaşıyor. Beni dinleyenlere : ümidinizi kesmeyin, diyorum. Üzerlerimize çöken sefalet kâbusu geçici bir ihtirasın, insanların ilerlemesinden korkan kişilerin eseridir. İnsana karşı duyulan nefret, dünya yüzünden kalkacaktır, diktatörler ölecek ve ulusların ellerinden zorla aldıkları iktidar yine uluslara dönecektir. İnsan ölmesini bildiği sürece, özgürlük hiçbir zaman ortadan kalkmayacaktır.»

3 — ÖZGÜRLÜK VE ÇAĞDAŞ HUKUK :

Çağımızda özgürlük, artık, soyut bir kavram olmaktan çıkmış; çağdaş anayasalarda, toplumsal yaşamın ve devlet düzeninin temel ilkesi haline gelmiştir. Bu açıdan, 1961 Anayasa'sının temel hak ve ödevlere ilişkin hükümleri bütünüyle gözlemlendikte, çağdaş özgürlük şöyle tanımlanabilir : Herkesin maddî - manevî varlığının gelişmesini ve insanlık onuruna yaraşır bir yaşam düzeyine ulaşmasını sağlayıcı, bu doğrultuda siyasal, ekonomik ve toplumsal bütün engelleri kaldırmağa yönelik, önceden belirli yasalarla ve ancak toplum yararına sınırlanabilecek, salt kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel haklar.

Bu tanımlama çerçevesinde; herkesin maddî - manevî gelişimini sağlayıcı ve toplumsal yaşamın temel ögesi niteliğindeki özgür bir ortama ulaşmak, kişinin hakkı olduğu kadar devletin görevidir. O halde, çağımızda özgürlük kavramı, devlete yüklediği «ekonomik ve toplumsal yaşamı düzenleme ve geliştirme» göreviyle yepyeni bir boyut kazanmıştır. Devletin bu görevleri ise, hukuki ve yasal düzenlemelerde yansımaları bulur.

Çağdaş - Hukuk da, çağdaş özgürlük anlayışının belirtilen nitelik ve özellikleri doğrultusunda bir düzenlemeler demeti olmalıdır : Kişinin insanca yaşamasını ve gelişimini sağlamağa, bu amaçla - toplumsal yarar ilkesi dışındaki - tüm engelleri kaldırmağa yöneliktir Çağdaş - Hukuk. Tâ ki, toplumsal yaşamın bugünkü aşamasında en ağır suç diye nitelenen bir eylemde bulunanın bile salt insan olmağa özgü tüm haklarından yoksun kılınmasının düşünülmeyeceği bir düzeye ulaşana dek, Çağdaş - Hukuk, çağdaş özgürlük anlayışı ile güçlenmeli ve yenilenmelidir.

TABİİ YARGI YOLU

ORHAN YENER (*)

I — GİRİŞ :

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının (9/7/1961 gün ve 334 numaralı) başlangıç kısmında : Tarihi boyunca bağımsız yaşamış hak ve hürriyetleri için savaşmış olan; Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışları ile meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 devrimini yapan Türk milleti; Bütün fertlerini, kederde, kıvançta ve tasada ortak, bölünmez bir bütün halinde, millî şuur ve ülküler etrafında toplayan ve milletimizi dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip, şerefli bir üyesi olarak millî birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk milliyetçiliğinden hız ve ilham alarak ve : «Yurtta Sulh, Cihanda Sulh» ilkesinin millî mücadele ruhunun, millet egemenliğinin Atatürk devrimlerine bağlılığın tam şuuruna sahip olarak :

İnsan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak için; Türkiye Cumhuriyeti kurucu meclisi tarafından hazırlanan bu Anayasayı kabul ve onu, asıl teminatın vatandaşların gönüllerinde ve iradelerinde yer aldığı inancı ile hürriyete, adalete ve fazilete aşık evlâtlarının uyanık bekçiliğine emanet eder, denmektedir.

Gene Anayasasının VIII. hakların korunması ile ilgili hükümlerde : c) Tabii Yargı Yolu başlıklı 32. maddesinde : Hiç kimse tabii hâkiminden başka bir merci önüne çıkarılamaz, bir kimseyi tabii hâkiminden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz, hükmü yer almaktadır. Olaylardan önce genel olarak kurulmuş olup ta somut bir olayla ilgili bulunmayan yargı yerlerine «tabii yargı yeri» ve böyle yerlerine hâkimlerine de «tabii hâkim» denilmektedir.

(*) Edremit Hâkimi.

II — GELİŞME :

Anayasanın V. Mahkemelerin Kuruluşu başlıklı 136. maddesi : Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir, der. Nitekim, Anayasa Komisyonu raporunda (herkesin, kanunun genel olarak koyduğu görev ve yetki esasları ile belli olan hâkim tarafından muhakeme edilmesi, şahıs güvenliğinin baş şartıdır. Kişinin kanuni olmayan, yani tabii hâkiminden başka mercilerde muhakeme edilmesi, bu alanda özel muameleye tâbi tutulması hukuk devletinin asla kabul edemeyeceği bir tutum teşkil eder.) demek suretiyle aynı yasanın 32. maddesinde öngörülen ilkeleri açıklığa kavuşturarak, konuluş amaçlarını daha belirli kılmaktadır. O halde :

A) 1 — Tabii Mahkeme : Olaylardan önce kurulmuş olup da kuruluşları, görev ve yetkileri, işleyiş ve yargılama usulleri kanunla belli edilmiş olan mahkemeler olup, bunların hâkimleride «tabii hâkim» dir.

2 — Bir kişinin, görev ve yetkileri ancak kanunla belli edilmiş bir yargı yerinden başka bir yargı yerine çıkarılması olanağını yaratacak kanun hükümleri Anayasaya aykırı olacaktır.

B) 1 — 1/11/1339 günlü, 367 sayılı kanunun I. maddesi «Rü'yeti bir mahal mahkeme ve daireî adliyesine ait olan devaî ve mesalihi diğer mahal mahkeme veya daireî adliyesinde muvakkaten rü'yet ve hükkâm ve müstantıklar ve hâkim muavinleri ile müddei-umumilere vazifeî asliyelerine ilâveten vezaifi saireî adliyeyi dahi kezalik muvakkaten ifa ettirmeğe adliye vekili mezundur.» (Bu maddenin Cumhuriyet Savcılarını geçici ek adlî görev verilmesinde Adalet Bakanına yetki tanıyan hükmü Anayasa Mahkemesinin 1969/9 - 1969/38 sayılı ve 24/6/1969 günlü kararı ile, iptal hükmü 23/12/1969 tarihinde yürürlüğe girmek üzere iptal edilmiştir.)

2 — 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurul Kanununun 25. maddesinin 6. bendindeki kayda dayanarak aynı kurulun I. bölümü tarafından I/II/1339 tarihli ve 367 sayılı kanunun I. maddesi uyarında, hâkimlere asıl görevlerine ek olarak geçici yetki verilmek suretiyle, diğer mahkemelere, gerektiğinde (o mahkeme hâkiminin hastalığı veya izinli olması halinde ve o kadar süre ile) bakması sağlanmaktadır. Tatbikatta hâkimlere bu geçici yetki müstemirren veya bakmak tâbirleri ile daimî olarak verilmekte olduğu gibi, esasen 1/11/1339 günlü ve 367 sayılı kanunun I. maddesi Anayasaya aykırıdır.

3 — Anayasanın c) Aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlıklı 151. maddesinde; Bir davaya bakmakta olan mahkeme uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır, denir. Bu itibarla hâkime yetki veren kanun da, davaya uygulanacak kanun niteliğinde olup, hâkim bakmakta olduğu davada mahkemenin kanuna uygun biçimde kurulmuş olup olmadığını aramakla da yükümlüdür.

Hâkimler Anayasanın 134. maddesinde kanunda belirtilenlerden başka genel ve özel hiçbir görev alamazlar maddesine tabidir. O halde hâkim, kendisine verilen görevin bir kanuna dayanıp dayanmadığı, dayanıyorsa bu kanunun Anayasaya uygunluğunu araştırarak, şu suretle yetki veren kanunda uygulanma durumunda bulunacaktır. Bir davada taraflardan biri veya sanık tarafından hâkimin, yetkili olarak davaya bakmasını sağlayan kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğu ve bu nedenle yetkili hâkimin yargılamayı yapamayacağı ileri sürülürse, yetki kanununun taraflar veya sanığa uygulanamayacağı yada bu kanunun ancak Yüksek Hâkimler Kurulu I. bölümünce uygulanacağı, mahkemece uygulanamayacağı gerekçeleri ile herhangi bir talebin reddine karar verilmesi mümkün değildir. O halde Anayasaya aykırı görüldüğünde mahkeme tarafların yada sanığın itirazı olmasada Anayasa Mahkemesine kendiliğinden başvurabilmelidir.

4 — Tabii hâkim, önce olağan bir yargı yerinin hâkimidir. Böyle bir hâkimin belli bir yargılama yerine geçip, yargılama yetkisini kullanması ve yargılama görevi yapabilmesi için, kanunlara uygun olarak ve yetkili merci tarafından atanmış, yani belli bir yargılama yerinde görev yapma yetkisi almış olması şarttır. O halde sulh hâkimi olarak atanan hâkimin örneğin o yerdeki Tapulama Hâkimliğinde dahi çalışması istendiğine, kendisine bu yetkiyi veren bir karar, yani geniş anlamdaki bir atama işlemine de gerek ve zorunluluk vardır.

Bir hâkimin asıl görevine ek olarak verilen örneğin Tapulama Hâkimliği davalarını çözümlenmeğe çeşitli yönlerden yetkili ve görevli olup olmadığını inceleyerek saptaması gerekli ve zorunlu bulunduğuna göre, kendisinin yetki ve görevi hakkında bir karara varırken bu konudaki kanun hükümlerine dayanması, böylelikle bir hâkime yetki veren kanunu davada uygulama durumunda olduğunun kabulü tabiidir.

C) 1 — 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanunu 25. maddesinin 6. bendine dayanarak 1/11/1339 günlü ve 367 sayılı kanunun I. maddesine göre hâkimlere asıl görevlerine ilâveten diğer mahkemeler hâkimlik yetkileri verilmek suretiyle tatbikatta mahkemelerin ceza, hukuk, sulh sorgu, icra tetkik, ticaret, tapulama, iş, mahkemeleri şeklinde ve hâkimler arasındaki görev tefriki önemini ve kuruluş gayesini kaybetmiş olmakta ve Anayasada yer almış olan tabii hâkim ilkesi zedelenmektedir.

2 — Anayasa'daki tabii yargı yolu, tabii mahkeme ve tabii hâkim ilkeleri, hastalık veya izin hallerinde hemen hâkim bulunamayı hallerinde ve yeni Hâkim ve Savcılar Kanunu henüz çıkmadığından 70 lira aslî maaştan yukarı derecedeki hâkimlere sulh hâkimi sıfatı verilemeyişi sebepleriyle hâkimler genellikle hâkim olarak atanmakta ve asil görev yerine müstemirren verilen yetkilerle çalıştırılmaktadırlar. Nitekim Milliyet Gazetesinin 6/11/1974 tarihli nüshasının 2. sayfasında Yüksek Hâkimler Kurulu 2. Bölüm Başkanı Sayın Sabahattin Eryurt «Boşalan Yargıç Kadroları ve Adalet» başlığı altındaki makalesinde bu konuya değinmiş ve «bu demektirki : her asliye, sulh ve sorgu hâkimi yerine göre de hâkim yardımcısı, iki veya gerektiğinde üç mahkemenin işine birden bakmak zorunluğunda kalmakta ve davalar - tabii hâkiminden - ziyade geçici yetki ile görevlendirilen hâkimler tarafından görülmektedir, demiştir.

Öğreti alanında : Hukuk Profesörü Dr. Baki Kuru Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı adlı 1966 basımlı eserinde «Burada 1/11/1339 tarih ve 367 sayılı geçici Yetki Kanunu üzerinde kısaca durmak gerekir. Bu kanun, hastalık veya izin ve ölüm gibi bir sebeple boşalmış bir mahkemedeki hizmetin aksamaması için, diğer bir yer hâkiminin oraya geçici olarak (Hasta hâkim iyileşinceye, izinli hâkim izinden dönüncüye veya ölenin yerine bir hâkim tayin edilinceye kadar) gönderilmesi yetkisini Yüksek Hâkimler Kurul Kanunu 29/6. fıkrası Adalet Bakanından alarak Yüksek Hâkimler Kuruluna vermiştir. Geçici yetki müessesesi elzemdir. Hastalık, izin ve ölüm gibi bir sebeple boş kalana mahkemeye acele olarak hâkim göndermek için böyle bir müesseseye ihtiyaç vardır. Anayasanın 134/I. fıkrası hâkimlerin görevlerinin ve görev yerlerinin geçici olarak değiştirilebileceğini öngörmekte, bunun mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre yapılmasını istemektedir. Geçici yetki ile göndermenin ancak Yüksek Hâkimler Kurulu kararı ile olması bir teminattır. Yalnız geçici yetki ile göndermenin esasla-

rının da objektif bir şekilde kanunla tayin edilmesi gerekirken, yeni Hâkimler ve Savcılar Kanunu tasarısı 59 ve 60. maddelerde bunu düzenlemiştir, demektedir. Bu suretle yazar geçici yetkinin ancak muayyen hallere münhasır ve gerçekten muvakkaten verilebileceğini belirtmiş, bulunmaktadır. Ayrıca, müstemirren yani devamlı olarak yetki vermenin memleketin âli menfaatlerine uyduğu, hâkim bulunmadığı bu nedenle böyle bir yola gidildiği şeklindeki klâsik düşünceleri hukuk devletimizde, zikrettiğimiz Anayasa maddeleri muvacehesinde : objektif, hukukî ve ilmî bulmamaktayız.

Ayrıca, 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurul Kanunu 64. maddesi uyarınca bölümlerden birinin kararına karşı yapılan itirazlarda genel kurulun vereceği kararın kesin olması ve başvurulacak kurul dışında bir merciin bulunmayışında bazı sakıncaları taşımaktadır. Mülkün temeli olan adaleti dağıtan hâkimlere, haklarında özlük bakımından vereceği kararlara karşı Yüksek Hâkimler Kurulu dışında, örneğin Yargıtay Daire Başkanlarından müteşekkil bir kurula nihaî merci olarak başvurma hakkının verilmesini gerekli görmekteyiz.

III — SONUÇ :

1) 1/11/1339 günlü ve 367 sayılı kanunun I. maddesi Anayasanın 32. ve 134. maddelerine aykırı olduğundan, Anayasanın 149 ve 150. maddelerindeki resmî kişi ve kuruluşların süre yönünden dava açma hakları düştüğünden, aynı yasanın 151. maddesinin mahkemelerce işletilmesi, bu suretle 367 sayılı kanunun I. maddesinin lağvedilmesi,

2) Yeni Hâkimler ve Savcılar Kanununun (Anayasanın öngördüğü gibi bir an evvel çıkarılarak : hâkimlere geçici yetkinin ancak diğer bir hakimin izinli, hasta olması veya ölümü halinde tayin edilinceye dek verilmesinin, yani gerçekten bazı şartlarla ve muvakkaten verilmesinin sağlanması,

3) Atamalarda hâkimlerin yargı yerlerindeki asil görevlerinin kesinlikle belirtilmesi, geçici yetkilerin hangi hallerde ve hangi hâkim tarafından kullanılacağının gene kesinlikle belli edilmesi kişi hürriyeti, hukuk devleti idesi, tabii hâkim idesi bakımından zorunludur.

CEZA HUKUKUNDA KAÇINILMAZ HUKUKÎ HATA KAVRAMI (*)

JEAN - PIERRE COUTURIER (**)

Çev. Dr. HASAN İ. BIYIKLI (***)

«Yasayı bilmemek özür sayılmaz...» kuralı, günümüzde, kesin bir inak (doğma) haline dönüşmüştür. Bu ünlü Ceza Hukuku kuralı, yapısı ve ortaya konuş biçimi ile, adaletsizliğe yol açabilecek nitelikte olması yönünden şaşırtıcıdır. Gerçekten, bu kural en yetkili uzmanların bile tümünü kavramakta güçlük çektiği hukuk bilimini ve uygulamasını kâhinlik olarak görenler için çekici olabilir. Fakat kural asıl bu yönü ile adalet için yanılmalara yol açabilecek bir anlam taşımaktadır. Her türlü kargaşayı (anarşi) önleme amaç ve düşüncesinde olan yasa koyucu, yasaların herkesçe bilindiği varsayımını koyarak, güya, yasanın bazı vatandaşlarca önceden öğrenilmemesi olasılığını ortadan kaldırmaktadır.

Kuşkusuz, yasaların doğrudan doğruya halk tarafından yapıldığı, uygulandığı ve yorumlandığı gerçek demokrasi ile yönetilen küçük ülkelerde, bir eylemin yasalara aykırı olduğunun, vatandaşlar tarafından önceden bilineceğini varsaymak olanaklıdır. Oysa, günümüzde bu varsayım ve bu varsayıma dayanan «yasaları bilmemek özür sayılmaz...» kuralı geçerliliğini yitirmiştir ve giderek toplumsal gerçeklerden uzaklaşmaktadır. Bugün, yasalar iyi bir hukukçunun bile öğrenemeyeceği kadar çoğaldığı gibi, kolay anlaşılacak kadar karmaşık bir içeriğe de kavuşmuştur. Ceza yasaları ile yasaklanan davranışların sayısı, temel ahlâk kuralları ile yasaklanmış olanların sayısını çoktan aşmıştır. Öte yandan yasaların içeriklerinin karmaşıklığı kadar, kötü ve eksik biçimde yazılmış olmaları da onların vatandaşlar tarafından anlaşılmasını zorlaştıran nedenler arasındadır.

Her hukukçu kabul eder ki, bugün yürürlükte olan toplumsal, ekonomik, idarî, mâlî vb... gibi yasaların tümünden haberi olan uy-

(*) «L'erreur de droit invincible en matière pénale.» R.S.C. 1968, tome, XXIII, p. 547 - 563.

(**) Dijon Hukuk ve Ekonomi Fakültesi öğretim üyesi.

(***) Ankara C. Savcı Yrd.

gulamacı yoktur. Bir de buna bugün, gerçek olarak gördüğünü birkaç hafta sonra yanlış kabul eden mahkeme kararlarını da ekleyecek olursak, yazımızın konusu olan kuralın ne derece sakıncalı hale geldiğini ve vatandaşları hukuk karşısında ne derece güvensizlik içinde bıraktığını anlamak zor olmayacaktır. Davaya konu olan olayda hangi yasanın uygulanacağını saptamak amacıyla bilirkişi görevlendiren veya kendisine duruşma sırasında yeni bir yüksek mahkeme kararını (İçtihat) haber vermeyi ihmal eden davalıya sinirlenen yargıçlar görülmüştür (1).

Böylece, hukukî hata kavramı, hukukî olduğu kadar psikolojik yönleri de olan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Kim olursa olsun, herkes, gerçeğin yanlış görüntüsünün kurbanı olabilir. Hukuk uygulayıcıları için hata yasanın varlığından haberdar olmama biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, varlığı bilinen yasanın çözümü gereken olaya yanlış uygulanmasından da doğabilir. (Hukukî hata, yine aynı biçimde, uygulayıcının yürürlükten kalkmış bir yasayı veya var olmadığı halde var sandığı bir yasayı uygulamasından da ileri gelebilir.)

Özel hukuk alanında ; hukuki hata kavramı iyiniyet veya hatanın gözönüne alınabileceği hükmünü koyan 1804 yasanın uygulanması ile yerleşmiştir. (2). Kaldı ki, bir özel hukuk yasasına dayanarak kendisini savunamayacak durumda olan davalının, «Error Communis Facit Jus» kuralına dayanarak, yani kusuru olmaksızın hukuki hataya düştüğünü ileri sürerek, kendisini savunması olanaklıdır...

Ceza hukukunda bu tür uygulamalar yoktur. Bununla birlikte, son yıllarda ceza öğretisi (doktrini) ve bunu izleyen uygulama, yavaş yavaş, «failin kusurundan ileri gelmeyen hukuki hata» nın (3) ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracağını kabul etmeye başlamıştır. Diğer bir anlatımla, ceza hukuku alanında da «kaçınılmaz hu-

(1) Soc. 21. Janv. 1955, J.C.P., 1955, II. 8837, et 28. Mai. 1953, D., 1953. J. 555. Ekonomik Ceza Hukuku Sorunları için bak. E. DE FLİGER, L'erreur en droit pénal économique, 1961 1961 (Mémoire de droit penal économique soutenu à L'institut de droit compare).

(2) J. BOULANGER, Ency. Dalloz de droit civil, «Erreur»; F. GORPHE, Le principe de la bonne foi. Thèse, Paris, 1928; VOUÏN, La bonne foi, Notion et role actuels en droit privé français, Thèse, Bordeaux, 1939; DEREUX, Etude critique de l'adage, «Nul nest censé ignorer la loi», Rev. Trim. de droit civil. 1907, p., 513; R. DECOTTIGNIES, «L'erreur de droit» Rev. Trim. de droit civil, 1951, p., 309 et s.; H. MAZAEAUD, La maxime error communis facit jus. Rev. Trim. de droit civile, 1924, p. 129.

(3) FRANCON, L'erreur en droit penal, in Etudes sur l'autonomie du droit pénal, dirigées par G. STEFANI, No. 29, p. 249; J. DUCET, Discussion sur l'erreur de droit», R.S.C. 1962, 502.

kuki hata» kavramı, eylemde maddi hata kavramı gibi uygulama olanağı bulabilmiştir.

Kaçınılmaz hukuki hata kavramının temelini oluşturan iyiniyetin var olup olmadığını saptamak için kullanılan ölçüt, olayda yasayı öğretmek için normal bir insanın göstereceği dikkat ve itinanın gösterilmiş olmasıdır. Hukuki hata, mücbir sebepten ayrılmaktadır. Mücbir sebep dışarıdan gelen karşı konulmaz bir gücün iradeyi etkilemesidir. Oysa, hukuki hatada, kişinin kendi gayret ve araştırmalarıyla veya başkalarının yardımına başvurarak düzeltebileceği bir karvam yanılığısı söz konusudur (4). Örneğin yanlış yerleştirilmiş bir yol işaretini takip ederek yasak yola giren ve kaza yapan bir otomobil sürücüsünü düşünelim. Burada failin önceden bilmesine olanak bulunmayan ve normal bir dikkat ve itina ile önleyemeyeceği bir yanılığ vardır (5).

Ancak, bu tür yanılığının sorumluluğu ortadan kaldırdığının kabul edilmesi, yasaların bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından doğan hukuki hataların da aynı etkiyi yapacakları anlamına gelmemektedir. Bu tür yanılığının ceza sorumluluğunu ortadan kaldırması, mücbir sebepten olduğu gibi, eylemin manevi unsurunun yokluğundandır.

Kabul etmek gerekir ki, verdiğimiz örnekte ayrıl (istisnai) bir olay söz konusudur. Olayda yanılığ, yasayı bilmemekten değil, yasanın idare tarafından yanlış uygulanmasından doğmaktadır. G. STEFANİ ve G. LEVASSEUR, «Ceza yasasını bilmemenin ceza sorumluluğuna hiç bir etkisi olmadığını» belirtmektedirler (6). Yüksek mahkeme kendi yönünden, ceza yasaları kadar, başka tür yasaları da içine alan, «yasayı bilmemek özür sayılmaz..» kuralını titizlikle uygulamaktadır. Yüksek mahkemenin bir kararında «Yasayı bilmemek, hangi nedene dayanırsa dayansın, iradi eylemin suç niteliğini etkilemez» denilmektedir (7). Toplumsal hayatın gerekleri, ceza hukukunda böyle bir kuralın benimsenmesini zorunlu kılmaktadır. Oysa kişisel çıkar çatışmalarını çözümlenmek amacıyla konu-

(4) A. LEGAL, «L'Evolution de la jurisprudence francaise en matière d'erreur de droit», Rev. Pénal Suisse, 1960, 318; R. LEGROS, L'element moral dans les infraction, Paris - Liège, 1952, p. 53.

(5) BOUZAT et PINATEL, Traité de droit penal et de criminologie, Iome, I, 1963, No. 183, p. 194.

(6) G. STEFANİ et G. LEVASSEUR, Droit pénal general et procedure penal, tome : I, 1968, no : 303, p., 258.

(7) Cirm. 10. Juill. 1903, D. 1903, I. 490. Bu ilke, bir çok Yargıtay kararında uygulanmıştır. Örneğin bak, Crim. 8. Fevr. 1966. Bull. Crim. 1966, no : 36, p. 73.

lan hususi hukuk yasaları için aynı şey söylenemez. Şu halde, ceza yasalarının herkesçe bilindiği karinesinin dayanağı hukuk ve toplum düzeninin iyi işlemesi ve kargaşalıktan kurtarılması gereğinde bulunmaktadır (8).

Kişilerin öznel bilgisizlik duvarı arkasına gizlenerek kendilerini savunma olanağı bulmalarının taşıdığı tehlike büyüktür. Bu yolla hukuk çevresinde oluşacak kargaşalığı (anarşi) önleme olanağı kalmayacaktır. Ceza yargıcının vatandaşın yasayı bilip bilmemesinin inanılır kaynaklara dayandığını kesinlikle saptaması olanaksızdır. Oysa «yasayı bilmemek özür sayılmaz...» kuralı yasaların resmî yollarla yayımlanmasının mantıklı bir sonucudur. Bu nedenle yasaların yayımlanması, kural olarak, vatandaşlar tarafından yasanın öğrenilmesini sağlamaktadır. Konumuz olan kural «Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege» kuralının zorunlu bir sonucudur. Böylece hukuki hata yargılanan kişinin peşinen iyiniyetten yoksun olduğu anlamını taşımaktadır.

İşte biraz da toplumsal gereklerin etkisi ile kabul edilen «yasayı bilmemek özür sayılmaz» kuralı böyle kesin bir inek (doğma) haline getirildiğinde, kişi hak ve özgürlükleri yönünden yanıltıcı ve adaletsiz sonuçlar doğurur ve savunulacak bir taraf kalmaz. Bundan önce toplumsal korunma (La défense sociale) akımı temsilcileri ile BENTHAM ve MONTESQIEU tarafından ortaya konulduğu gibi; iyi bir yasa koyucu insan gerçeğini ve bireyin doğasını göz önüne almadan kurallar koymaktan kaçınır (9). Uygulamada, eyleminin yasaklanmış olduğunu kusuru olmaksızın bilmeyen failin bu durumunu öğrenen bir ceza yargıcının mahkûmiyet kararı verebileceğini düşünemiyoruz. Bu hoşgörünün gösterilmemesi vatandaşların hukuk karşısındaki güvenini tamamen yitirmesi sonucunu doğuracaktır (10). Hiç kimse söz konusu kuralın uygulama sınırı konusunun temelinde çok önemli bir toplumsal sorunun yattığını yadsıyamaz. Özellikle tüm kültürlü vatandaşların yasak olduğunu bildiği eylemlerde değil de GAROFALO'nun «délit artificiel» ismini verdiği suçlarda, yasaların bilindiğine ilişkin karine, gerçekliğini yitirmektedir.

«Yasayı bilmemek özür sayılmaz...» kuralı failin yasayı bilmemek nedeni arkasında ceza adaletinin elinden kurtulmasını önlemek

(8) MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, 1967, p. 430.

(9) M. ANCEL *La défense sociale nouvelle*, 1966, p. 125.

(10) Bak. M. BARRAIL'in insan hakları gününde Aix - en - Provence şehrinde verdiği konferans, R.S.C. 1954, p. 211.

için konulmuş bir kural olarak kabul edilse bile, yasaların her vatandaş tarafından önceden bilindiği karinesinden doğacak sakıncaların giderilmesi için yeni bir anlayış getirmek gerekmektedir. Bu nedenle, bazı modern görüşlü cezacılar, failin suçu işlediği andaki bilgisizliğini suçun meydana gelmesine engel saymaktadırlar. Yasaların sayıca artışı ve yapılarının giderek daha teknik ve karmaşık olması, failin kusuruna dayanmayan bilgisizliklerin ceza sorumluluğunun saptanmasında göz önüne alınmasını zorunlu kılmaktadır (11).

Modern ceza hukuku anlayışı, yasaların vatandaşlarca önceden bilindiği karinesinin yumuşatılması yönünde geliyorsa da, kaçınılmaz hukuki hata kavramının ölçütünü bulmak son derece zor olduğundan, bu anlayış uygulamada kendisinden beklenen sonuçları verememektedir. Çoğu zaman adaletin toplumsal gerçekler ile cezaya dayanan toplumsal huzurun çelişkili gereklerini bağdaştırması zor görünmektedir. Bu nedenle şimdiye kadar ceza hukukunda kaçınılmaz hukuki hata kavramı son derece kuramsal kalmıştır. Kaçınılmaz hukuki hata kavramına ilişkin tek hüküm 5.Kasım.1870 tarihli kararnamenin 4. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre «Mahkemeler, idarî ve askerî otoriteler koşullara göre ayrıl (İstisnai) olarak vatandaşların yasaları bilmemesi özürünü kabul edebilirler. Ancak bunun için suçun kabahat türünden olması ve yasanın resmen yayımlanmasından itibaren üç gün işlenmiş olması gereklidir.» Nitekim 59/1472 sayı ve 28.12.1959 tarihli yasada vergi ihtilafları ile ilgili olarak buna benzer bir hüküm yer almış bulunmaktadır (12). Sonuç olarak, birkaç yasa dışında hiç bir ceza yasası, genel hatları ile bile olsa, kaçınılmaz hukuki hata kavramına yer vermiş değildir. Oysa ceza hukukunda hukuki hatanın sonuçları hukuki hukukdakinden daha önemlidir. Zira ceza hukukunda kişilerin özgürlükleri ve onurları söz konusu olmaktadır. Bu nedenledir ki modern ceza hukuku öğreticileri çeşitli kuramlar ileri sürerek, doğrudan doğruya veya dolayısıyla, «yasayı bilmemek özür sayılmaz» kuralını yumuşatmaya çalışmaktadır (13).

Bu amaçla, Fransız ve yabancı ceza öğreticileri, yasayı bilmemek özür sayılmaz kuralının uygulanması yönünden, ceza yasaları

(11) Sorun özellikle Fransa'da oturan yabancılar yönünden önemlidir. Fakat, Yargıtay, yabancılarla, Fransız vatandaşları arasında yasaların, özellikle ceza yasalarının uygulanması yönünden bir ayırım kabul etmemektedir. Fakat, Paris istinaf mahkemesi Mısır asıllı bir şahsın Fransız yasalarını bilmemesinden dolayı suçun meydana gelmemiş sayılacağını kabul etmiştir. (Paris, 31, Mai. 1949, J.C.P. 1949, II, 5163).

(12) J.O. 29. Dec. 1959. Gaz. Pal. 1960. I. Leg. p. 46 et s...

(13) FRANÇON, loc. cit. p. 244.

ile ceza hukuku içinde sayılmayan yasalar (Extra pénal) arasında bir fark gözetilmesini savunmuşlardır. Bu öğreticilere göre, suçun tanımını yapan ceza dışı yasalarının bilinmemesinin özür sayılması halinde, kuralın katı uygulamasından doğan sakıncalar giderilmiş olacaktır (14). Bu anlayışı benimseyen Yüksek Mahkeme boşanmış ve boşanma kararı kesinleşmiş, fakat henüz nüfus kütüğüne kaydı yapılmamış kocanın zina suçundan dolayı cezalandırılmayacağı kararını vermiştir (15). Kararda bu anlayışın dayandığı gerekçeler açıklanmamıştır. Ceza kuramcıları ise bu olayda hukuki hatayı maddi hataya benzeterek, kuralın yumuşatılmasını haklı ve adil gösterme yolunu seçmişlerdir (16). Böylece ceza kuramcıları hukuki hatanın suçu ortadan kaldırıcı etkisini göstermiş oluyorlardı. Ancak Yüksek Mahkeme daha sonraki kararlarında bu görüşü benimsemedi ve hatta bu görüşe karşı olduğunu gösterdi (17).

Genel olarak, Fransız mahkemeleri yasaları bilmemek özür sayılmaz kuralının ortaya koyduğu kesin karinenin yumuşatılması gerektiğine inanmakta, ancak bu yola gidildiğinde etkili biçimde cezalandırmak politikasının zarar göreceğinden ve suçlu sayısının artacağından çekinmektedirler. Bu nedenle, ceza yargıçları, yasaların sessizliği karşısında, kuralın doğurduğu sonuçları temelden çözme yerine deneyciliğe eğilim göstermişlerdir. Örneğin elinde olmayan nedenlerle yasayı öğrenememiş ve öğrenmesine de olanak bulunmayan kişinin bu yasaya aykırı davranışından dolayı cezai sorumluluğu olmayacağına karar vermişlerdir. Oysa bu durumda sorun yasayı bilmemekte değil, zorunluluk halinde toplanmış olmaktadır. Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenin failin iradesi dışında meydana geldiği kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, failin ceza sorumluluğunun bulunmaması fiilin serbest irade ile işlenmemiş olmasından ileri gelmektedir. Zaten uygulamada elde olmayan nedenlerle yasanın öğrenilmemiş olması son derece ender gerçekleşen bir haldir (18). Sonuç olarak, yasanın öğrenilmesinde kesin bir engel olmamasına karşın, öylesine zorluklar vardır ki «insan ilişkilerinde bile normal dikkat ve itinaya rağmen» hataya düşmekten kurtulunamamaktadır (19).

(14) L. HUGUNÉY, Rapport au VI. Congrès de droit comparé, Paris, 1954; BOUZAT, Ency. de Dalloz de droit criminel, «Infraction» no. 55; DONNEDIEU DE VABRES, Traité de droit Criminel, 1947, p. 86, no : 139; GARÇON code Pénal annoté, edit. 1956 par ROUSSELET, PATIN, et ANCEL, art. I., no : 94; MERLE - VITU, op. cit., no : 439, p., 431.

(15) Trib. LAVAL, 9. Janv. 1948, J.C.P., 1948, II. 4119; LEGAL, rev. Sc. crim. 1952, p., 247.

(16) G. STEFANI et G. LEVASSEUR, op. cit. tome : I no : 303, p., 258.

(17) Bak, Crim., 20. Juin. 1963, D. 1963, J. 660. Crim., 8. dec. 1965, D. 1965, J. 389.

(18) Req. 8. Juin. 1874, s. 1874, I. 319.

(19) LEGAL, loc. cit. p., 318.

Şu halde bu gibi durumlarda ancak kaçınılmaz hukuki hata kavramı yasayı bilmemek özür sayılmaz kuralını yumuşatabilir ve failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırabilir.

Bir zamanlar, Yargıtay Almanya ve Belçika'daki uygulamalardan yararlanarak kaçınılmaz hukuki hata kavramını kabul etmişti (20). Ne yazık ki Yargıtay'ın bu yöndeki kararları sürekli olmadı ve hukuki hata kavramından beklenen yararları sağlayamadı. Yargıtay son kararları ile yasayı bilmemek özür sayılmaz kuralını yeniden titizlikle ve katı bir biçimde uygulamaya başlamış bulunmaktadır. Şimdi Yargıtay kararlarının bu yöndeki değişik eğilimlerini görmeye çalışalım.

— I —

KAÇINILMAZ HUKUKİ HATA KAVRAMININ SINIRLI OLARAK KABUL EDİLDİĞİ VE UYGULANDIĞI DEVRE

1953 yılından bu yana öğretilerde ortaya atılan kaçınılmaz hukuki hata kavramı bidayet mahkemeleri tarafından uygulanmaya başlandı. Yargıtay 1956-1961 yılları arasında yasayı bilmemek özür sayılmaz kuralının sert uygulanmasından vazgeçerek, kararlarında kaçınılmaz hukuki hata kavramına yer vermeye başladı. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları daha çok idarî otoritelerin davranışlarından doğan hukuki hataları konu almaktaydı. Doğal olarak, bu kararlar son derece edildi. Çünkü, yetkili idarî otoriteler tarafından kendilerine yanlış bilgi verilmiş vatandaşlardan, o konuda yasaya uygun davranış beklemek boşunaydı ve vatandaşın ceza sorumluluğu altına sokulmaması hakkaniyet gereği idi (21). Göreceğimiz gibi, Yüksek Mahkemenin bu yöndeki kararları, cürümlerde olduğu kadar, kabahatlerde de aynı ilkelere dayanıyordu.

A — Kasdi suçlarda kaçınılmaz hukuki hata kavramının kabulü:

Yargıtay, kasdi suçlarda, yani kişinin bilinçli ve iradeli hareketi ile işlediği suçlarda, failin aynı koşullar altında normal bir insanı göstereceği dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen, yasayı bilmemesini, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmiştir. Bu konuda Yüksek Mahkemenin iki kararı örnek gösterilebilir.

(20) R. LEGROS, op. cit. no : 54.

(21) Gümrük yazısına aykırı davranışlar konusunda bakınız : Crim. 2, Mars. 1950, bull. Crim. 1950, no : 78, p. 122.

İlk örnek karar P. İ. Mahkemesinin 11.7.1953 tarihli kararıdır ve mesken masuniyetini ihlal suçu dolayısıyla verilmiştir (22). Hukuk Mahkemesinden aldığı tahliye kararının idarî makamlar tarafından uygulanmaya konulmaması üzerine, ev sahibi (x) evinde haksız yere oturanları çıkarmak amacı ile eve girmiş ve Paris Asliye Ceza Mahkemesi tarafından, mesken masuniyetini ihlal suçundan dolayı mahkûm edilmişti. Paris İstinaf Mahkemesi bozma kararında : (Tahliye) kararına rağmen kiracıların evde kalmaları ve evi hukuka aykırı olarak, bile bile işgal etmeleri nedeni ile failin, bu evin onların meskeni sayılamayacağını, dolayısıyla mesken masuniyetini ihlal suçunun yasal öğelerinin bulunmadığını ileri sürerek kendisini savunması olanaklıdır» deniyordu. İ. Mahkemesi böylece olayda failin suç kasti ile hareket etmediğinden ötürü aklama (beraat) kararı verilmesi gerektiğini belirtiyordu. Kuşkusuz, karar failin, eyleminin suç olduğunu bilmemesi nedeni ile adil ve doğrudur. Ancak, bu kararda, ceza hukuku yönünden suç teşkil eden eylemin saiki ile suç kasdı karıştırılmaktaydı. Oysa, gerçekte aklama kararı, failin eyleminin ceza yasası ile yasaklandığını bilmemesine, boşaltma kararına karşın kiracıların ev sahibi olup olmadıkları konusundaki yanılıgısına dayandırılmaktaydı.

Bu konuda kayda değer ikinci karar, yine Paris İstinaf Mahkemesi tarafından verilmiştir. 18.11.1953 tarihli bu kararda, özel jimnastik dersleri veren rehabilitasyon (fizik tedavi) yolu ile tedavi yapan bir öğretmen hakkında, izinsiz olarak doktorluk mesleğini icra etmekten dolayı açılan dava sonunda aklama (beraat) kararı verilmekteydi (23). Bu olayda, fail jimnastik salonunu doktora sorduktan ve onun olumlu yöndeki fikrini aldıktan sonra açmıştı. İstinaf Mahkemesinin kararında : «Sanık jimnastik öğretmeni, bu konudaki derslere başlamadan önce, kendisini denetlemekle yetkili organın temsilcilerinden birinin fikrini aldığına ve rehabilitasyon eylemlerine onun onayı ile başladığına ve sanığın yasaları bu yetkili kişiden daha iyi yorumlaması beklenemeyeceğine göre» aklama kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda aklama gerekçeşi yine suç kasdının olmayışıdır. Oysa, suç kasdi, doktor diploması olmamasına karşın rehabilitasyon eylemlerine girişen jimnastik öğretmenin eyleminden çıkmaktadır (24). Buna karşın, bidayet Mahkemelerinden ve Yüksek Mahkemeden benzer

(22) Paris, II. Juil, 1953, D. 1954. J. 49.

(23) Pau, 18. Nov. 1953. D. 1954. J. 229. Note, F.G.

(24) Bak Yargıtayın doktor olmayan bir psikanalist hakkındaki kararı, 22.Mars.1954, D. 1954. J. 556.

olaylarda, kasdın yokluğuna dayanarak aklama kararı verildiği çok olmuştur (25).

Burada dikkat edilmesi gerekli bir nokta da, Yüksek Mahkemenin kaçınılmaz hukuki hata kavramına, daha çok idarî organların yorumlarına dayanılarak işlenmiş eylemlerin suç teşkil etmesi halinde başvurduğudur. Bu gibi hallerde idarî organların yorumlarına dayanarak hareket eden kişinin suç kasdının bulunmadığı, aklama kararının gerekcesini oluşturmaktadır. Ancak aklama kararı verilebilmesi için kişinin yanlış yorumlara kapılarak eyleme geçmesinde bir özensizlik veya kusurunun bulunmaması gerekmektedir.

Yüksek Mahkemenin 9 Kasım 1958 tarihli kararında bu anlayışın bir uygulamasını bulmak mümkündür. Bu karara konu olan olayda, vatandaş yasayı en iyi yorumlayabilecek idarî organa danışmış ve bu organın verdiği hatalı bilginin kurbanı olmuştur (26). Failin bu tür davranışının yasalara uygun olduğunun kabulü için, organın yanlış yorum yapmış olması yeterli sayılmaktadır (27). Olayda bir işyerinin sahipleri, sendika temsilcisinin, «işyeri komitesine» girmesini engellemişlerdi. İşyeri yöneticilerinin eylemi, sendika temsilcisinin işyeri komitesine alınmasını öngören 22 Şubat 1945 tarihli kararnamenin 24. maddesi karşısında açıkça suç teşkil ediyordu. Ancak bu maddenin yorumunda tereddütler olduğundan işyeri yöneticileri, madde metninin yorumlanmasını Çalışma Bakanlığından istemişler ve bakanlıktan gelen yazılı cevap karşısında bu biçimde hareket etmişlerdi. Bu koşulları gözönüne alan Yüksek Mahkeme, «işyeri yöneticilerinin suç kasdı bulunmadığına, yorumu veren organın yasanın yorumlanmasında en yetkili organ bulunmasına, faillerin yasanın yanlış yorumunun alınmasında veya buna uyularak hareket etmelerinde bir kusur ve özensizlikleri bulunmadığına göre...» aklama kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir (28).

Böylece kaçınılmaz hukuki hata kavramı kasdi suçlarda, Yargıtay kararları gereğince, mücbir sebep etkisini doğurmakta ve aklama kararlarının dayanağını oluşturmaktadır.

(25) Trib. Corr. Seine, 29. dec. 1956, Rec dr. pénal, 1957, p., 36. Colmar, 28. fév. 1957, Rec. dr. pénal, 1958, p., 50.

(26) Crim, 9.oct.1958, D. 1959. J. 68.

(27) Aksine bir karar için bakınız. Crim, I. Juill. 1948, Bull. Crim. 1948, no : 108.

(28) Comp. Chambrey, 27. Jan. 1955, Gaz. Pal. 1955. I. 256. Crim. 7. Octobre. 1965, D. 1965. J. 811.

B — Taksirli suçlarda kaçınılmaz hukuki hata :

Yargıtay kaçınılmaz hukuki hata kavramını taksirli suçlarda da aynı biçimde uygulamıştır. Bilindiği gibi, taksirli suçlarda suç kasdi aranmamakta, failin tedbirsizliği veya dikkatsizliği sonucu meydana gelmiş ve ceza yasasında tanımlanmış bir eylemin yapılmış olması, suçun meydana gelmesi için yetmektedir. Eylemin failin özgür iradesi sonucu yapıldığının saptanması, failin cezalandırılması için yeterlidir (29). Suç kasdının bulunmaması, suçun işlenmemiş sayılması için bir neden değildir. Taksirli suçlarda ancak mücbir sebep cezalandırmaya engel olabilir. Fakat Yargıtay normal koşullar altında hareket eden ve bizzat düşünerek veya başkalarına sorarak davranan ve davranışının dayandığı bilgilerin yanlışlığını anlamak olanağına sahip olmayan failin, taksirli suçtan dolayı cezalandırılmaması esasını kabul etmiştir.

Kaçınılmaz hukuki hatayı, zorunluluk hali ile aynı düzeyde kabul eden bu anlayış, Yüksek Mahkemenin iki kararında uygulama alanı bulmuştur. Bu kararlar, Yargıtay Ceza Dairelerinin, 8 Kasım 1951 ve 26 Ocak 1916 tarihli kararlarıdır. Kararlara konu olan bu iki olayda, 3 Nisan 1951 tarihli kararnamenin 4. maddesi ile konulan, bir yıldan az süreli hizmet sözleşmelerinin Çalışma Bakanlığına bildirilmesi yükümüne aykırı davranan işadamları söz konusu oluyordu. Yetkili makamlar işadamı failin istemine rağmen gerekli işlemleri tamamlamamış ve işsözleşmelerini tescil etmemiştir. Yargıtay bu koşullar içinde, failin cezalandırılmayacağını, zira yetkili makamların tescili reddetmesinin mücbir sebep olduğuna karar vermiştir (30).

Gerçekte, yetkili makamın gerekli işlemleri yapmayı reddetmesi, fail açısından yasanın kendisine yüklediği yükümlülüğü yerine getirmesine tam engel sayılmaz. Çünkü, failin bu yasanın 3. maddesine göre, süresi bir yıldan az hizmet sözleşmesini ihtiyari olarak ve çok az bir ücret karşılığı tescil ettirme olanağı vardır. Bununla beraber, failin böyle bir yasanın ve olanağın varlığından haberdar olması bekle nemez. Bu olayda, fail bir hukuki hatanın kurbanı olmuştu ve bu hukuki hatadan kaçınmak olanağına sahip değildi. Kısaca, failin yasayı bilmemesi, makul nedenlere dayanıyordu ve bu bilmemeden dolayı fail cezaya çarptırılmıyordu.

(29) LEGAL, Rev. sc. Crim. 1960, p., 71.

(30) Crim. 8. Nov. 1951, Bull. Crim. 1951. no : 288., p. 487. Crim. 26. Janv. 1965, Bull. crim. 1965, no : 107, p., 187, obs. A. LEGAL, R.S.C. 1957, p. 369.

Yüksek Mahkemenin bu kararlarında, gerek kasdi suçlarda, gerek taksirli suçlarda kaçınılmaz hukuki hatayı aklama nedeni sayması son derece hakkaniyete uygun bulunmaktadır. Bu yolla cezalandırma politikasına zarar vermeksizin idarî keyfiliği sona erdirmeye olanağı yaratılmış olacaktır. Bununla birlikte, «yasayı bilmemek özür sayılmaz...» kuralının, faillerin gerçekten suçsuz oldukları bütün hallerde ceza uygulanmasından vazgeçilecek derecede yumuşatıldığını söylemek olanağı yoktur.

— II —

KAÇINILMAZ HUKUKİ HATA KAVRAMININ REDDİ

Son yıllarda Yargıtay yeniden «yasaları bilmemek özür sayılmaz...» kuralına dönüş yapmış ve bu kuralı katı bir yorumla uygulamaya başlamış bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, artık, kasdi suçlarda bile, yasayı bilmemeyi bir aklama nedeni olarak kabul etmemektedir. Yargıtayın kararlarındaki değişme o derece kesindir ki yukarıda incelediğimiz hallerde bile hukuki hata kavramı failin cezadan kurtulması için bir neden sayılmamaktadır. Böylece Yüksek Mahkeme gerek kasdi suçlarda, gerek taksirli suçlarda hukuki hata kavramını uygulamayı kesin olarak reddetmektedir.

A — Kaçınılmaz hukuki hata kavramının kasdi suçlarda uygulanmasının reddi :

Yargıtay 28 Ocak 1961 tarihli kararında, eski anlayışından kesin olarak döndüğünü göstermektedir (31). Bu kararında Yargıtay, 1 Eylül 1948 tarihli yasanın kira sınırlarını saptayan maddelerine aykırı davranışta, failin hukuki hataya düşmesinin hiç bir etkisi olmayacağını belirtmektedir. Bu dava sırasında, sanık söz konusu olan evin savaş sırasında tamamen yıkıldığını ve 1948 yılından sonra yeniden inşa olduğunu ve bir mahkemenin bu yasanın savaş sonrası yapılan yapılarda uygulanmayacağını karara bağladığını, bu nedenle kendisinin suç kasdi ile hareket etmediği yolunda bir savunma yapmıştı. Şu halde, failin eski kararlar yüzünden yasanın uygulanış biçimi ve kapsamı hakkında kaçınılmaz bir hukuki hata içine düştüğünü kabul etmek gerekiyordu. Gerçekten, söz konusu davadan önce verilmiş kararlar, yasanın uygulanma alanı konusunda ciddi kuşklar doğuracak nitelikteydi (32). Yüksek Mah-

(31) Crim. 28. Fevr. 1961, Bull. crim. 1961, p. 238.

(32) Paris, 29.Mars.1950, s. 1951, II, 197. Crim., 24. Janv. 1936, D.P. 1936, I.60.

keme, kaçınılmaz hukuki hata kavramını uygulamak ve sınırlarını genişletmek için eline geçen bu fırsatı değerlendirmek istemedi (33). Aslında bu olayda, Yargıtayın, sanığın yaptığı savunmayı kabul etmemesi yasaya uygundu. Zira, yasada «Yasaları bilmemek özür sayılmaz» kuralı yer alıyordu ve bu kural, yasa ne kadar karanlık ve karmaşık olursa olsun, herkesin bunu kavrayabileceği varsayımını getirmekteydi (34). Bundan başka karara konu olan olayda, failin hatası, geçerliliği tartışmağa değer bir karara dayanmaktaydı. Şu halde böyle zayıf bir karara dayanarak hareket eden failin, bu davranışın tehlike ve sonuçlarını üzerine alması gerekirdi (35). Basit bir kuşku failin cezadan kurtulması sonucunu doğurmamalıydı. Eğer bu konuda Yüksek Mahkemenin yerleşmiş içtihadına dayanılmış olsaydı, belki failin hukuku bilmemesi mazeret sayılabilir, yasanın kapsamı konusundaki yanlışlığı kendisinin aklanması için bir neden olabilirdi. Ne olursa olsun, 1961 kararının, kaçınılmaz hukuki hata kavramının ceza hukukunda hiç yeri ve etkisi olmadığını kesin olarak ortaya koyduğunu belirtmemiz gerekir.

Yargıtay, 28 Mart 1962 tarihli bir kararında aynı gerekçe ile, Grenoble İstinaf Mahkemesinin bir işadınının (çiftlik sahibinin) işçisine sosyal sigortalardan yararlanabilmesi için gerçek olmayan belge vermesinden dolayı verilen aklama kararını bozmaktaydı (36). Yüksek Mahkemeye göre, işçinin kendisi ile çiftlik sahibi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusunda çiftlik sahibini aldatmış, yanlış bilgiler vermiş olması aklama nedeni sayılamazdı; zira «failin savunma kabilinden ortaya attığı, hukuki bilgilerinin zayıflığı nedeni ile kendisinin işçisi tarafından yanlış yola itildiği iddiası, kasdi bir suçun suç niteliğini ve failin sorumluluğunu ortadan kaldırmazdı.»

26 Şubat 1964 tarihinde Yargıtay Ceza Dairesi, şehirleşme yasının, şehir civarında bahçecilik yapmak için izin alınması zorunluluğunu koyan 85. maddesine aykırı davranıştan dolayı İstinaf Mahkemesinin bir bahçıvan hakkında verdiği kararı bozmaktaydı (37). İstinaf Mahkemesinin kararı hukuki hata kavramını kabul eden daha önceki Yargıtay kararlarına uygun bulunuyordu. Zira suçlu görülen bahçıvan, yasanın yanlış yorumuna kurban olmuştu. Gerçekten birçok kez başvurmuş olmasına karşın, şehrin belediyesinin

(33) LEGAL, R.S.C. 1961 Chror. p. 338; Crim. 2.Mars. 1961, D. 1961, J. 476; Crim. 7. Oct. 1965. D. 1965, J. 811.

(34) LEGAL, R.S.C., 1962, p. 745.

(35) Soc. 20. Juin. 1966, Gaz. Pal. 1966. II. 234.

(36) Crim. 28 Mars. 1962, Bull. crim. 1962, p. 31, I.L.C. 1962, p. 734. Obs. LEGAL.

(37) Crim. 26. Fev. 1964, bull. crim. 1964, p., 160. I.S.C. 1966, p. 887, obs. LEGAL.

den bir limonluk (sera) kurmak için 85. maddede öngörülen işlemlerin yerine getirilmesinin zorunlu olmadığı cevabını almıştı. Yargıtay, kesin ve haşin bir tutumla adı geçen bahçıvan hakkında akama kararı veren İstinaf Mahkemesinin anlayışının yerinde olmadığına karar vermiştir. (Yüksek Mahkemeye göre idarenin yanlış yorumu şehirde yapılacak bütün bina ve diğer inşaatlar için belediyeden izin alınması zorunluğunu koyan madde hükmünü ortadan kaldıramaz ve bu maddeye aykırı davranışın suç niteliğini etkileyemezdi.)

8 Şubat 1966 tarihli kararda Yüksek Mahkeme, yeniden, yasanın yanlış yorumlanmasının ne bir «fait subjectif», ne de bir özür sayılacağını belirtmektedir (38). Bu karara konu olan olayda, bir kadının kocasına karşı açmış olduğu ayrılık davası sonunda ayrılığa ve çocukların davacıya (kadına) verilmesi karara bağlanmış, erkek ise çocukları vermeyi reddetmişti. Davalı erkek, karar hakkında Yargıtaya başvurduğunu ve bu nedenle kararın uygulanmasının ertelenmiş olduğunu, çocukların Yargıtay bir karar verinceye kadar kendisinde kalması gerektiğine inanıyordu. Doğuştan sağır ve dilsiz olan fail, kendisine durumu anlatanların sözlerine inanmış ve sonuçta çocukları karşı tarafa vermeğe razı olmuştu. Ancak Yargıtay, bu olayda hukukî hata kavramını uygulamaya reddederek, «Çocukları velayetin tevdi edildiği tarafa teslim etmeyi kabul etmemenin.....suçun moral uusurunu» oluşturmağa yeterli olduğuna karar vermiştir. Karar insancıl açıdan son derece çarpıcıdır. Dilsiz ve sağır olması nedeni ile dış dünya ile ilişkileri önemli ölçüde aksamış sanığın, «yasaları bilmemek özür sayılmaz» gibi bir mutlak inak nedeni ile mahkûm edilmesi hakkaniyet esaslarına aykırı düşmektedir.

Böylece, Yargıtay kaçınılmaz hukuki hata kavramının uygulanmasını reddederek, yasaları bilmemek özür sayılmaz kuralının mutlaklığını bir defa daha kesin olarak ortaya koymuş bulunmaktadır (39).

B — Taksirli suçlarda kaçınılmaz hukuki hata kavramının uygulanmasının reddi :

Kasdi suçlarda olduğu gibi, taksirli suçlarda da Yargıtay 1956 larda takındığı liberal tutumu sertleştirmiş ve yasaları bilmemek

(38) Crim. 8. Fev. 1966, Bull. crim. 1966, p. 73. R.S.C. 1966, p. 887, Obs. LEGAL.

(39) Aynı yönde bak. : Crim. 15. Juin. 1962, Bull. crim. 1962, p. 461. Crim. 12. Mai. 1965, J.C.P. 1966, II. 14589.

özür sayılmaz kuralını kesin bir dönüş yapmıştır (40). Örneğin, Yargıtay 14 Şubat 1962 tarihli bir kararında, idarenin yanlış yorumuna dayanılarak yapılmış bir eylemi suç saymıştır (41). Olayda, kısa mesafeler arası kamyonla taşımacılık yapan bir şahsın eylemi söz konusu olmaktaydı. Taşımacı idareye başvurmuş ve taşımacı olarak kaydının yapılmasını ve durumun vergi idaresine bildirilmesini istemişti. İdare, yaptığı taşımacılık kısa mesafeler içinde kısa mesafeler arası kamyonla taşımacılık yapan bir şahsın eylemi söz konusu olmaktaydı. Taşımacı idareye başvurmuş ve taşımacı olarak kaydının yapılmasını ve durumun vergi idaresine bildirilmesini istemişti. İdare, yaptığı taşımacılık kısa mesafeler içinde olduğundan, bütün bu işlemlere gerek olmadığını, bir yazı ile kendisine bildirmişti. Bu nedenle sanık, genel vergi yasasının 1760, 1771 ve 1780 nci maddelerine aykırı davranışta bulunmuş oluyordu. Hem İstinaf Mahkemesi, hem de Yargıtay; «İdarenin yorumlamasının ve kişinin iyi niyetinin cezadan kurtulması için bir neden olmayacağını, zira suçun maddî eylemlerinin yapılması ve bunun saptanmış bulunmasının, sanığın cezalandırılması için yeterli» olduğuna karar vermişlerdir. Olaydan da anlaşılacağı gibi, sanığın yasaların koymuş olduğu yükümlülüklerden kaçma gibi bir amacı yoktur. Yalnız idarenin yanlış yorumu ve sanığın bu yoruma dayanan davranışı cezalandırılması sonucunu doğurmuştur. Yargıtayın kararından dönüşü o kadar kesindir ki, bu karardan tam on yıl önce, benzer bir olayda, kaçınılmaz hukuki hata kabul edilmişti (42).

Yargıtay kararlarındaki bu kesin dönüş, 1956 yıllarında hakim olan liberal anlayışın ceza adaletine ve toplum huzuruna zarar verdiğini düşündürmektedir. Ancak, kaçınılmaz hukuki hata kavramının Yargıtay tarafından, sınırlı biçimde uygulandığı zamanlarda, ne kamu düzeni bozulmuş, ne suçlu sayısında olağanüstü bir artış olmuş, ne de yasaları bilmemek özür sayılmaz kuralı zarar görmüştür. Belki, Yargıtay bu sert tutumunu yargıçlara, dolaylı yoldan da olsa, idarî işlere karışmamaları gerektiğini anlatmak için takınmıştır. Fakat, bu gerçekçe bile, yasaları bilmemek özür sayılmaz kuralının kişisel adalet yönünden son derece zararlı bir mutlak inak haline getirilmesini haklı gösteremez. Vatandaşın iyiniyetle hareket ettiği, ancak elinde olmayan nedenlerle yasanın anlamında veya kapsamında hataya düştüğü, düşürüldüğü hallerde onu cezalandırmak adalete yakışan bir davranış değildir.

(40) Crim. 8. dec. 1964, D. 1965, J. 393. Crim. 20. Juin. 1963, D. 1963. J. 660.

(41) Crim. 14. fevr. 1962, Bull. crim. 1962, p. 193.

(42) Crim. 26. Janv. 1956. Bull. Crim. 1956, p. 187. Obs. LEGAL, R.S.C. 1957, p. 369.

Genel olarak, Yargıtayın âdil olan, fakat hukuk sistemini kargaşa içinde bırakabilecek liberal tutumundan, dikkatlice dönmek emelinde olduğu söylenebilir. Ancak, suçlu kişiliğinin ön plâna geçtiği, hatta bazı devletlerin yasalarında suçlunun «tehlikeli kişiliğini» suç unsuru haline getirdiği günümüzde (43) kaçınılmaz hukuki hata kavramının uygulanmasının reddi bu genel gidişe ters düşmekte ve son derece adaletsiz sonuçlar doğurmaktadır. Bu koşullar içinde en iyi yol yasa koyucunun işe karışması olarak görünmektedir. Yalnız yas akoyucu, kaçınılmaz hukuki hata kavramının sınırlarını saptayabilir ve ceza adaleti ile zorunlu toplumsal barış arasındaki çelişkilere bir çözüm getirebilir.

(43) M. PLAWSKI, R.S.C. 1962, pp. 445 er s...

DEVLETİN GÜVENLİĞİNE KARŞI CÜRÜMLER

Dr. A. P. GÖZÜBÜYÜK (*)

Devletin güvenliğine karşı cürümler, yeni İtalyan Ceza Kanunu sisteminin ışığı altında, ceza kanunumuzda, «Devletin şahsiyetine karşı cürümler» başlığı altında tertiplenmiştir. Alman, İsviçre, Fransız ceza kanunlarında bu takım suçlar benzer başlık altında toplanmıştır. Alman Ceza Kanununda «Devleti tehlikeye koyan suçlar», İsviçre kanununda «Devlete karşı suçlar», Fransız kanununda «Devletin güvenliğine karşı suçlar» ve İtalyan eski ceza kanununda «Devletin güvenliğine karşı cürümler» başlıkları yer almıştır.

Devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar, ulusal toplumun temelini, devletin varlığını -hukukî ve siyasî- yapısını, kamu düzenini bozan cürümlerdir (1).

Devletin güvenliğine karşı cürümlerin karşılığı cezaların hedefi devletin hukukî ve siyasî temel organ ve kuruluşlarının korunmasıdır (2).

Ceza hukukumuzda, «devletin güvenliği» yanında yeni bir «*Millî güvenlik*» kavramı yer almış bulunuyor. Bu iki kavramın kapsadığı suçlar bir birinden tamamen ayrı mahiyettedir. Burada bahse konu edilecek olan «Devletin güvenliğine karşı cürümler» den bir takım dır. Bu takım «Devlet kuvvetlerine karşı cürümler» dir.

I

Devletin güvenliğine karşı cürümlerden «Devlet kuvvetlerine karşı suçlar» ceza kanunlarının en önemli bölümlerindendir (3).

1 — Devlet kuvvetlerine karşı cürümler, devletin anayasal-constitutionnel- kuruluş ve yapısına karşı işlenen suçlardır (TCK.

(*) Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi Başkanı.

(1) Bu makale henüz basılmış olan (Türk Ceza Kanunu Açıklaması 3. Bası, 2. Cilt 1976) eserime bakınız.

(2) Manzini Tratto di Diritto Penale, T. IV. 1950.

(3) Devletin emniyetine karşı cürümler, yazımız, Ulus 18 Haziran 1948.

146 - 163). Bunların da en önemlileri anayasayı yıkma, değiştirme, bozma, Büyük Millet Meclisini, hükümeti devirme cürümleri (m. 146 - 147) dir.

A — Türk Ceza Kanununda bu cürümler «Cumhuriyet Anayasasının tamamını veya bir kısmını bozma, değiştirme veya kaldırma, Büyük Millet Meclisini veya hükümeti devirmeye teşebbüs» diye gösterilmiştir.

B — Alman ceza kanununda «Anayasa nizamını cebren veya tehditle değiştirmeye (m. 80, 1) veya anayasa ilkelerini bozmaya teşebbüs (m. 89) » denmiştir.

C — Fransız Ceza Kanununda «Anayasa yönetimini yıkmaya veya değiştirmeye teşebbüs edenler» (m. 86) denilmiştir.

D — İsviçre Kanununda «Federal Anayasayı değiştirmeye veya anayasal siyasî kuruluşları devirmeye cebren teşebbüs edenler» (m. 265) denilmiştir.

E — İtalyan yeni ceza kanununda ise «Devletin anayasa kuruluşunca tasvip edilmiyen yollardan Devletin anayasasını, veya hükümet şeklini değiştirmeye yönelik fiil işleyenler» (m. 283, 289) diye özlü tarzda ifade edilmiştir. Bu vesile ile önemli bir noktaya ilişilmesi uygun olur. İtalyan ceza kanununun faşist olduğu iddiası yersizdir. Bu kanun faşizimden önce hazırlanmasına başlanmış ve bu yönetim zamanında kanunlaşmış, bazı bölümlerine faşist temayüle uygun hükümler eklenmiştir. Gerçek budur. Bu itibarla basmakalıp bu kanunun faşist olduğunu söylemek tamamiyle indi bir iddiadan başka bir şeyi ifade edemez.

II

«Devlet kuvvetlerine karşı» cürümlerden birini veya bazılarını işlemek üzere bir kaç kişi aralarında *anlaşma* (ittifak = entente) yapabilir. Anlaşma, sadece, bir «cürmü işleme kararı - rızoluzion = résolution - dır. Bir suç işlemeye karar verme yani sadece «karar» suç değildir. Ancak kanunlar bazı önemli suçları «işleme kararı» nı da suç saymışlardır. Başka kanunlarda olduğu gibi Türk Ceza Kanununda bahse konu «Devlet kuvvetlerine karşı cürüm» lerden birini işlemek üzere «Anlaşma» yı da suç saymıştır (m. 171). Devletin yüksek menfaatleri ve bu cürümlerin toplum için meydana getirecekleri tehlikeler gözönünde tutularak, başka suçlardan farklı olarak, bu cürümleri işleme için «Anlaşma» başlıbaşına suç sa-

yılmıştır (4). Bahse konu devlet kuvvetlerine karşı cürümler siyasî mahiyettedir (5).

III

Devlet kuvvetlerine karşı cürümlerden birini işlemek üzere «Anlaşma = ittifak - suçunun özel unsurları vardır. Bir kaç kişinin anlaşma (ittifak) yapmış sayılmaları için, bunların birlikte işleyecekleri cürümleri ne şekilde ve ne gibi araçlarla icra edeceklerini önceden belirtmiş, kararlaştırmış olmaları lâzımdır. «Anlaşma» nın varolması için en az *ikiden fazla kişinin* anlaşmaya katılmış olması şarttır.

IV

Devlet kuvvetlerine karşı cürümler, devletin anayasal kuvvetlerini veya bunların kuruluşlarını yıkma, devirme veya değiştirme hedefini güttüğünden tamamen siyasî mahiyettedir. Bu cürümlerden birini işlemek üzere yapılan «Anlaşma» nın tamamen yurtseverlik, ulusal ülkücülük duygusu ve fikrile meydana getirilmesi de mümkündür. Kanunlar bu ihtimali gözönünde tutarak, anlaşmaya katılanların suçu işlemelerini önlemek amacıyla, «anlaşma» sanıklarının «cürmü icraya veya kanuni kovuşturmaya» geçilmeden önce pişman olup *vazgeçmeleri* halinde af etmekte, ceza vermemektedir.

A — Türk ceza kanunu, devlet kuvvetlerine karşı cürümlerden birini veya bir kaçını özel vasıtalarla işlemek üzere bir kaç kişinin aralarında gizlice yapacakları anlaşma - ittifak - dan «cürmün icrasına ve kanuni takibata başlanmazdan önce» *vazgeçmeleri* halinde ceza görmeyeceklerini (m. 171, Askerî CK. 99) göstermiştir. Bu bir nevi, peşimanlık karşılığı, af, cezadan muafiyettir.

B — Alman ceza kanununda (m. 82) sanıkların *vazgeçmeleri* halinde cezanın indirilmesi veya tamamen muaf tutulmasını hâkimin takdirine bırakmıştır. (7)

B — Fransız ceza kanunu (m. 101 - 130) devletin güvenliğine karşı cürme veya cürmün teşebbüsünün icrasına başlanmadan önce

(4) Garraud, *Traité de droit pénal*, T. III, p. 493 - 497, 558.

(5) Manzini, *adıgeçen eser*. Garraud, A.g.e.

(6) Logoz, *Commentaire du code pénal suisse*, II. 591.

(7) Relinger, *Code pénal allemand*, 1955.

vazgeçilmesi halinde ceza vermemektedir. Eğer vazgeçme suçun icrasına başlandıktan sonra ve fakat koğuşturmada önce ise cezadan indirme yapılması kabul edilmiştir. (Fransız ceza kanununun 4 Haziran 1960 tarihli kanunla değişen 105 - 108 m).

C — İtalyan yeni ceza kanunu (m. 308) fesat suçunun işlenmesine ve takibata geçilmeden önce, fesadın başı veya öncüsü olmak üzere, anlaşmadan vazgeçilmesi halinde ceza verilemeyeceğini belirtiyor. Ayrıca anlaşmanın hedefi suçun işlenmesini herhangi bir tarzda önliyenlerin de cezalandırılmıyacağı kabul edilmiştir (m. 302, 304, 305).

İtalyan eski ceza kanununda bahse konu anlaşma «*siyasî fesat* = *conspiratin politique* — adı altında gösterilmiştir.

V

TCK. nun 146 ve 147. maddelerinde yer alan devletin anayasal organlarını, kuvvetlerini, kuruluşlarını yıkma, değiştirme veya bozmaya teşebbüs suçlarından birini veya bir kaçını işlemek için gizli anlaşma yapanların, suçun icrasına ve kanuni takibata geçilmesinden önce vazgeçmeleri halinde *af* edilerek *ceza verilmemesi*, ceza felsefesinde temel ilke olan «*Toplumun menfaati*» kuralına dayanmaktadır. Nitekim bütün çağdaş ceza kanunları, yukarıda özetlendiği gibi», bu temel ilkeyi benimsemişlerdir.

ALEYHE BOZMAMAK ZORUNLUĞU

Yazan : Prof. Dr. FARUK EREM

PLÂN :

1. KONU
2. TERİM
3. KURALIN KALDIRILMASI ÖNERİSİ
 - a) Yasal iradeye aykırılık,
 - b) Görevin sınırlandırılması
 - c) Usulün bütünlüğünün bozulmaması
4. KURALIN LEHİNDEKİ DÜŞÜNCELER
 - a) Vicahilik
 - b) Talep dışı karar, Kanun yolundan beklenen fayda
5. TARTIŞMADAN ÇIKAN SONUÇ
6. KURALIN UYGULANMASI
 - a) Ceza
 - b) Cezanın ferdileştirilmesi
 - c) Emniyet tedbirleri
 - ç) Maddî vakıalarda değişiklik
 - d) Vasıftan bozma
 - e) Resen temyiz edilen işler
 - f) Usul hakları
 - g) Usulden bozmalar

1. K O N U :

Kanun yoluna başvurmanın aleyhe de sonuç verebileceği kabul edilirse, kanun yoluna başvurmaktan çekinen sanığın haksız olan bir hükümlülüğe rıza gösterebileceği sakıncası, «Usul Hukuku» nda «aleyhe bozmama zorunluğu» na ilişkin kural'a yer vermiştir. Bu kural «Reformatio in peius» deyimini ile de ifade edilmek istenir.

Konu doktrinde oldukça tartışmalıdır. Aşağıda açıklandığı üzere «aleyhe bozmama zorunluğu» na ilişkin kural'ın kaldırılmasını

isteyenler olduğu gibi, muhafazasını daha uygun bulanlar da vardır (1).

Kural, Kanunumuzda şöylece ifade olunmuştur : «Hüküm yalnız mahkûm (!) tarafından veya onun lehine Cumhuriyet Müddei-umumisi veya 291. maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm evelki hükümlerle tâyin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz» (CMUK. 326/2). Aynı kural « y a r g ı l a m a n ı n y e n i l e n m e s i » nde de kabul olunmuştur (CMUK. 341).

Yargıtay temyiz isteğini reddederse (CMUK. 317), hükmü tasdik ederse zaten kural'ın uygulanmasına neden yoktur (2). Fakat Yargıtay davanın esasına da hükmetmiş (CMUK. 321) veya hükmü bozmuş ise kural gözönünde tutulacaktır.

Usul Kanunumuzda kural'ın gerekçesi şöylece açıklanmaktadır : «Mahkûmun (!) lehine olarak vâki temyiz neticesinde evvelki hüküm ile tâyin olunan cezadan daha ağır bir ceza tatbiki kavaidi madelet ve hakkı müktesep mülâhazasıyla kabili telif görülmemiştir». Bu gerekçeye göre Kanun « m a d e l e t » ve « k a z a n ı l m ı ş h a k » ı esas tutmuştur. Bu kavramlarla kural'ın açıklanabileceğini sanmıyoruz. Kural'ın muhafazasından yanayız. Fakat gerekçedeki izah şekline katılmıyoruz.

«Madelet gibi yüksek bir prensibin yersiz bir tatbikatı» olarak yerilen bu gerekçe kuralı izah edemez. «Amme intizamının, cemiyet müdafaasının bahis mevzuu olduğu ceza hukukunda hep suçlunun lehine gidilmesi fikri, soysuzlaşmış bir merhametin ifadesinden başka bir şey değildir» (3). «Müktesep hak» anlayışı ile kuralı izahta (4) isabet yoktur. Esasen kamu düzeni'ni korumakla görevli ceza hukukunda «müktesep hak» kavramının (5) benimsenmesine imkân

(1) Bu kural hakkında bk. Kunter (N.), Aleyhte düzeltme yasağı, İst. H.F. Derg. 1953, n. 3-4; Aynı yazar; (Aleyhte düzeltme yasağı ve vazife cihetinden bozma, İst. H.F. Derg. 1951, n. 1-2; Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, n. 514, X), Garraud, V., s. 502; Leone (Trattato.....), III, s. 101, Taner (usul.....), s. 393; Ferri, Principii di diritto criminale, s. 149; Carulli (N.), i poteri del giudice d'appello in riferimento diritto e procedura penale, 1960, s. 72; Pisani (M.), il divieto della reformatio in peius nel processo penale italiano (Milano, 1967), s. 47; Delitala, il divieto, della reformatio in peius nel processo penale (Milano, 1927), s. 213; Bettiol (istituzioni.....), s. 138, 220; Ferrante (U.), L'effetto devolutivo delle impugnazioni penali (Milano, 1962) n. 47-48; Leone (G.), Tratto di diritto processuale penale (Napoli, 1961) s. 100-107, Aloisi (U.), Manuale pratico di procedura penale, (III. Delle impugnazioni Milano, 1952, n. 172-176).

(2) bk. Leone, s. 102.

(3) Kunter (s.g. makale) s. 669; bk. Ferrante, n. 47.

(4) Taner (usul...), s. 393.

(5) Erem (Ceza Huk. usul)

görülemez. «Suçlunun müktesep hakkından bahsedilmesi, bir diğ er söyleyişle suçun hak kazandıran bir vasıta olması, ahlâkla, hukukla kabili telif değildir. Müktesep hak fikri, ceza adaletinin hukukî, ahlâkî ve içtimaî esaslarına aykırıdır» (6). «CMUK. nda müktesep hak diye bir kaide yoktur» (CGK. 28.2.1938, 62/92).

«Kazanılmış hak» kavramı hukuk davalarında belki izah edilebilir. «Mahkemenin bozmaya uyma kararı ile davalı lehine usulî kazanılmış hak doğ ar» (HGK. 19.4.1973, 476/338). «Bidayet mahkemesince verilen hüküm taraflardan yalnız birince temyiz edildiğine göre temyiz eden aleyhine hüküm bozulamaz» (HGK. 5.5.1973, 1333/392).

2. TERİM :

Yabancı kaynaklarda kullanılan «Reformatio in peius» terimi Ulpiano'nun eserinden alınmıştır (7).

Kunter, terim hakkında şu bilgileri vermektedir : «daha çok önceki yazılarımızda olduğu gibi biz de reformatio in peius tâbirini tercüme ederken «aleyhe düzeltme yasağı» tabirini kullanmış tık. Aykırılıkların giderilmesi çareleri bahsinde reformatio karşılığı olarak islâh sözünü benimsediğimizden ve düzeltmeyi rectification karşılığı olarak kullandığımızdan, reformatio in peius tâbirini kelime kelime tercüme etmek gerekirse aleyhe islâh demek gerekecektir. Bizce bu lâtince tâbir de kavramı iyi ifade etmemektedir. Gerçekten bu esas, muhakemenin yenilenmesi halinde de bahis konusudur ve burada islâh değil, düzeltmeden bahsetmek doğru olur. Şu halde islâh diye tercümeyi ifade etmek üzere «aleyhte değıştirme» tâbirini kullanmağa tercih ediyoruz. Yasak yerine de mecburiyet'i seçtik» (8).

3. KURAL'IN KALDIRILMASI ÖNERİSİ :

Aleyhe bozmama zorunluğunun kaldırılması ve kanun yoluna başvuranın kim olduğuna bakılmaksızın hükmün sanık lehine de, aleyhine de bozulması olanağının benimsenmesini önerenler şöyle düşünmektedirler :

«Sanığın aleyhe sonuçtan korkup, haklı olduğu halde adalet için teminat olan kanun yoluna gitmekten çekinmesini önlemek dü-

(6) Ferri (Principii...) s. 149.

(7) Leone, III, s. 101.

(8) Kunter (Ceza Muhakemesi) n. 514, X, nt. 42, n. 182, 302. bk. Schwarz - Taşkn m. 331.

şüncesi ile de bu mecburiyet izah edilemez. Gerçekten savcı veya müdahil aleyhe kanun yoluna gitmişse uygulanmayan bu mecburiyet, netice itibariyle, sanığın çekinip çekinmemesine değil, iddia makamlarını aleyhte kanun yoluna gidip gitmemesine, yani tesadüfe dayanmaktadır. Bu düşüncelerdir ki lehe kanun yolu davası üzerine aleyhte değiştirmeme mecburiyeti son zamanlarda gözden düşmüştür. Almanya'da 1935'de kaldırılmasını naziliğin antidemokratik prensipleri ile izah etmek isteyecekler İngiltere'de 1907'den beri bu mecburiyetin kaldırılmış olduğunu hatırlatırız. Nitekim bizim kanunumuz da ceza kararnamesine itiraz adını verdiği duruşma isteği üzerine, sanığın gayesi lehine bir sonuç elde etmek olduğu halde, aleyhte değişmeyi kabul etmiştir» (9).

Kuralın kaldırılması için diğer düşünceleri üç grupta toplayabiliriz :

a. Yasal iradeye aykırılık : Aleyhe bozmama zorunluğu, sonuçta yasaya karşı gelmektedir. Ceza Hukukunun normal yönü yasal isteğin, somut olaylarda gerçekleşmesidir. Aleyhe bozmamak zorunlu olunca suç - ceza - sorum gibi kavramlar arasında yasanın benimsediği denge bozulmuş olacaktır. Bu suretle Usul Hukukunda kabul edilen bir kural Ceza Hukukundaki diğer bir kuralı etkisiz hale getirmiş olmaktadır (10).

b. Görevin sınırlandırılması : Gördüğü hataya rağmen kararı bozamamak, hükmü veren mahkemenin üstündeki mahkemenin görevini daraltmış olur ve suçlar arasında fark görmeyen, bir çeşit «kanunî azaltıcı» sebep meydana gelir. Usul Kanunundan gelen azaltıcı sebep izahsızdır.

c. Usulün bütünlüğünün bozulması : Aleyhe bozamamak, diğer bazı kurallara ters düşmektedir. «Suç vasfında değişiklik» uyarısı yapılarak ilk ithamdan daha ağır bir cezanın verilebilme olanağı (CMUK. 258) vardır. O halde neden aleyhe de bozma olanağı kaldırılmaktadır ?

4. KURAL'IN LEHİNDEKİ DÜŞÜNCELER :

İlk mahkemece verilen hükmün yalnız sanık veya onun lehine savcı (veya muayyen kişiler) tarafından temyizi halinde sanığın lehine bozulamayacağı kuralını, yukarıda gösterilen resmî gerekçe ile

(9) Kunter (Ceza Muhakemesi) n. 514, X.

(10) Delitala, s. 213, kşz. Ferrante, n. 47.

izah imkânsızlığı karşısında doktrindeki düşünceleri, özetlemek gerekli görülmüştür :

a. Vicahilik : Aleyhe bozmama zorunluğu kendi başına izah edilemez. Bu yasağı, usul hukukunun bazı prensiplerinden çıkarmak lâzımdır. Usul hukukunda « vicahilik prensibi » esastır. Sanık, aleyhinde olan hususlar hakkında « savunma » sını bil-dirmek hakkına sahiptir. Eğer aleyhe bozmama zorunluğu olmazsa, savunması alınmaksızın sanık aleyhine bir karar verilmiş olacaktır (11).

b. Talep dışı karar : Ceza davasını, hukuk davasına benzeten bir anlayışa göre, yalnız sanığın temyiz yoluna başvurmuş olmasına rağmen hükmün aleyhine bozulması davacı kişinin lehine, talebi olmadığı halde bir karar verilmesi anlamına gelmiş olacaktır.

c. Kanun yolundan beklenen fayda : İlgilinin, beklediği bir faydanın mevcut olması kanun yoluna başvurmanın ön şartı olmasına nazaran hükmün aleyhe bozulması bu şartın gerçekleşmediğini, dolayısıyla kararın aleyhe bozulamayacağını gösterir (12).

5. TARTIŞMADAN ÇIKAN SONUÇ :

Yalnız sanık veya onun lehine kanun yoluna başvurmalarda kararın sanık aleyhine bozulamayacağı konusunu resmî gerekçe (madelet, kazanılmış hak) ile izah inandırıcı değildir.

Asıl gerekçe şudur : Hükmün aleyhine de bozulabileceğini düşünen sanık, bazı olaylarda Yargıtay'a başvurmaktan çekinecektir. Belki de bu nedenle, daha fazla haksızlığa uğramak korkusu ile, haksız (veya kısmen haksız) bir hükme razı olacaktır. Bir yandan kanun yoluna başvurma hakkını tanımak, diğer yünden bu hakkı « aleyhe de olabilir » tehdidi ile daraltmak isabetli sayılamaz.

Aleyhe bozma yasağı hakkında yukarıdaki zıt düşüncelerden şöyle bir sonuca varmak mümkündür :

Aleyhe kanun değişikliğinin dahi geçmişe etkisizliğini kabul eden bir sistem içinde (TCK. 2) aleyhe bozma yasağı yadırganmalıdır (13). « İ t h a m s i s t e m i » esas tutulunca yasağı kabul etmemek « s a v u n m a h a k k ı » na yeterli değeri vermemek olur. Kuralı, « ü m a n i s t u s u l h u k u k u » na doğru yürü-

(11) Carulli s. 72.

(12) Pisani, s. 47.

(13) Pisani, s. 50, bk. nt. 29; kşz. Aloisi, n. 172.

yüşün bir kazancı sayan düşünce (14) isabetsiz değildir. Aleyhe bozma yasağı « hukuk devleti, demokratik devlet » kurallarının sağladığı teminatlara dahildir. Ceza usulünü « kuvvetli devlet » (Machtsstaat) ın bir aracı sayan nazi hukuku yasağı reddetmişti (15). « Ceza hukukunun son amacının « toplum savunması » olduğu, aleyhe bozamamanın, bir anlamda bireyi topluma tercih anlamına geldiği, sanığı adeta « adaletin mağduru » gibi gördüğü ileri sürülmekte ise de (16) bunlar düzeysel düşüncelerdir. « Hümanist doktrin » ın amacı « bireyin topluma feda edilmemesi » dir.

6. KURALIN UYGULANMASI :

Aleyhe bozmamak zorunluğuna ilişkin kuralı haklı veya haksız bulan düşüncelerin uygulamada da gözönünde tutulması gereklidir.

Bu düşüncelere rağmen aleyhe bozmama zorunluğu hakkındaki usul kanunu hükmünün yorumlanmasında tenkitlerin haklı yönü gözden uzak tutulmamalıdır.

Bu yasağın gerektirmediği hususları benimsemek suretile teşmil isabetli değildir. Maddî hatalar düşünülün. Aleyhe düzeltme yasağı bunlardan istifadeyi sağlayacak olursa bu bir hükmü aleyhe bozmak değil, kanunun açık hükmüne rağmen bir çeşit lehe bozmak (reformatio in melius) tır. Yasağa ait kuralda bu anlam yoktur. Maddî hatadan istifade — bu hata hâkimin olsa dahi — korunmuş olamaz. « Tekerrür » ve « içtima » da yanılma kazanılmış hak sayılmamıştır (CGK. 24.4.1950, 104/126).

Aleyhe düzeltme yasağının bir « istisna » olduğu, üst mahkeme hâkiminin görevini bir bakıma sınırladığı unutulmamalıdır. Bu nitelikteki hükümlerin dar yorumu gereklidir. Yasağın uygulanmasına ait olan aşağıdaki bölümde bu anlayışa göre sonuçlara varmak istenmiştir. Yasak yalnız temyiz yolu içindir. Diğer « u s u l ç a r e l e r i » için (meselâ CMUK. 402, 403) uygulanamaz.

Herne kadar sanığın temyiz ettiği hükümde sehven « hapis » denilmiş olması halinde bozmadan sonra aynı süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya bu kerre « ağır hapis » denilmesinin yolsuz sayıldığı hakkında kararlar varsa da (5.CD. 25.2.1972, E. 4963) maddî hatanın

(14) Bettiol, (istituzioni...) s. 138, 220 (bk. Pisani, s. 61, nt. 44).

(15) bk. Pisani, s. 61, nt. 44.

(16) Aloisi, n. 173.

«hak» sayılmaması daha isabetli olurdu (17). Aynı nedenle birlikte verilmesi gereken (örneğin hapis ve para cezası) cezalardan birisi unutulmuş ise maddî hata bahis konusudur (18). « M a d d î h a t a » terimi bu örneklerdeki türden hatalardır.

Kanundaki tahfif oranının aşılması (örneğin TCK. nun 59. maddesindeki altıda bir oranı yerine yarı oranının uygulanması) maddî hatadır, kural dışında kalır (aksi : CGK. 21.1.1944, 13022/837). TCK. nun 29. maddesinin uygulanmasında hesap hatası «kazanılmış hak» sayılmamış (5 CD. 20.10.«950, 403«/408«), fakat Ceza Genel Kurulu aksini içtihat etmiştir (19).

Kanun açıkca «cezadan» söz ettiğine göre «mahkeme masrafları», «avukatlık ücreti» konularında kural geçersizdir (aksi : 3 CD. 20.11.1947, 9609/9491; 4 CD. 5.2.1954, 1118/1280).

Müdahilce temyiz edilmeyen ilk hükümde sanığa nisbî ve mak-tu vekâlet ücreti vekâlet tahmil edilmemesi halinde, bozmadan sonraki hüküm müdahilce temyizi halinde vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararlarına rastlanmaktadır (Örneğin : 5 CD. 25.2.1972, e. 4963). Aleyhe bozmama zorunluğunun vekâlet ücretine (daha genişletirsek şahsî haklara) teşmili düşündürücüdür.

a. Ceza : Kanun «yeniden verilen hüküm evvelki hükümle tâ-yin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz» (CMUK. 326/3) hükmünü koymuştur. Bu hükme göre karşılaştırma iki ceza arasında olacaktır. Evvelki ve sonraki kanun hükümlerinden hangisinin ağır olduğunu tâyinde (TCK. 2) kullanılan maddî ceza hukuku kurallarından aleyhe bozmama zorunluğu konusunda da faydalanmak mümkündür. Ağır olmamak cezanın hem süresi hem de nev'i (TCK. 11) bakımındandır (20).

Uygulamada ölçü sadece «ceza» dır. Sonraki ceza evvelkinden ağır olamayacak, buna riayet edilmek şartıyla hüküm bozulabilecektir. Uygulamada bu yolda hareket edilmekte, «kazanılmış hak-hâlel gelmemek» kaydıyla, hüküm bozulabilmektedir.

(17) «Maddî hata» ya ilişkin düşüncemiz şöylece tenkit edilmiştir : «Erem'in ikinci basıda bu mecburiyeti ünaniist açıdan da isabetli görmesine rağmen, kanundaki istisna ile yetinmesinin sebebi anlatılamamaktadır. Diğer taraftan «hatadan istifade, bu hata hâkimin olsa dahi, korunmuş olamaz» demekle bu mecburiyete taraftar olmak pek bağdaşamamaktadır» (Kunter, X, 514, nt. 48).

(18) Aksi : Leone, s. 105.

(19) bk. Perinçek - Tüzün Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Ankara, 1954), sh. 336.

(20) bk. Ferrante s. 136, kşz. İtalyan CMUK. m. 515; Leone, s. 103, nt. 57; Aloisi, n. 173; bk. Bellavista (G.), Lezioni di diritto processuale penale (Milano, 1965, s. 388).

Yargıtayımız «kazanılmış hak» ı ceza miktarına indirgemektedir. «Önceki hükümde aşağı had üzerinden tâyin edildiği hallerde, vasıf yönünden lehdeki bozmaya uyularak daha hafif bir madde ile hükmolunan cezada aşağı haddin aşılması kazanılmış hakka aykırı değildir, yeterki son ceza önceki hükümle tâyin olunan cezadan daha ağır olmasın» (CGK. 17.8.1973, 390/546) (aynı : içtihadı Birleştirme : 8.2.1950, 21/1).

«Suç silahla işlendiği halde bozmadan önce uygulanmayan 457. madde, yalnız sanığın temyizinden sonraki kararda, hükmedilen ceza, evvelki cezadan az olsa dahi, ikinci hükümde 457. madde uygulanamaz. Yeniden verilen hükmün evvelki hükümle belli edilen cezadan daha ağır olamayacağı kabul edildiğine göre 362/2. maddedeki (Hüküm) sözünü, sadece kapsadığı ceza miktarı yönünden değil, ilk hükümdeki uygulamalar yönünden düşünerek geniş anlamak gerekir» (CGK. 15.3.1971, 4/84). Bu karar «istisnai hüküm» ü fazla ca genişletmektedir.

Fer'i ve mütemmim (kanunî netice) cezalar hakkında da aynı sonuca varılmalıdır. Bununla beraber aleyhe bozmama zorunluğuna ilişkin kuralın bir «istisna» olması nedeni ile dar yorumlanmasını, fer'i ve mütemmim cezalara kadar genişletilemeyeceğini, esasen Kanunun bu kuraldan bahsederken «... evvelki hükümle tâyin edilmiş cezadan ağır olamaz» deyimini kullandığını, «aslî ceza» yı kastettiğini ileri sürenler de vardır (21).

Birden ziyade mahkûmiyeti kapsayan hükümlerin bozulmasında içtima sonunda toplam ceza değil, her mahkûmiyet ayrı olarak nazara alınacaktır (22) (aynı 5 CD. 25.3.1952, 949/919).

b. Cezanın ferdileştirilmesi : « K a n u n î l û t u f l a r » diye anılan tedbirlerin (tecil, adli tevbih, paraya çevirme gibi) bozmadan sonra geri alınamayacağı ileri sürülmekte ise de (23). Yargıtayımız cezayı ölçüde kabul ettiğine göre tereddüt mümkündür.

İtalyan Usul Kanununda «... ceza ağır olamaz, kanunî lûtuf lar geri alınmaz» denildiğinden «tecilde kazanılmış sayılmaktadır. Eski İtalyan Usul Kanununda böyle bir hüküm yoktu. İhtiyaç duyuldu, yeni kanuna kondu (24). Bununla beraber evvelki hükümde saptanmamış olmasına rağmen bozmadan sonra tecilin «şahsî hakkın

(21) Ferrante, n. 48.

(22) Leone, s. 104.

(23) bk. Ferrante, n. 47.

(24) Aloisi, n. 172.

ödenmesi veya temini koşulu» na bağlanması olanağı vardır. Bazı İtalyan yazarları arttırmaya da «sanığın durumunu ağırlaştırması» nedeni ile bunun da yapılamayacağı kanısındadırlar. Fakat genellikle istisnanın bu kadar genişletilmesi haklı görülmemektedir (25).

Bununla beraber «tecilin kazanılmış hak sayılmamasını yolsuz» sayan kararlara rastlanmaktadır (2 CD. 30.12.1953, 140/53).

«Af» konusunda tereddüt daha yoğunlaşmaktadır. «Genel Af» da Yargıtay «TCK. nun 97. maddesi gereğince kamu davasının ortadan kaldırılması» formülünü benimsediğine göre (26) konu önemsiz görülmekte ise de «Özel Af» da durum değişiktir. Vasıftan bozarak, suçu Af kapsamı dışına çıkarmağa kuralın engel olduğu ve Af Kanununun, kapsamı dışında gördüğü bir suçu, yine de Af içinde saymanın isabetli olmadığı ileri sürülmektedir (27). İtalyan Yargıtayı aksi kanıdadır (28).

c. Emniyet tedbirleri : Yeni hüküm eskisine kıyasla yalnız «ceza» bakımından daha ağır olamayacağı esas tutulursa «emniyet tedbirleri» nin kuralın dışında kalması gerekir. Bununla beraber «trafik ehliyetinin geri alınması» (6085 sayılı K. 60/E), tedbirlerin ilk kararda gösterilmemiş olması halinde «kazanılmış hak» ın kabulüne karar verilmiştir (5 CD. 6.6.19»», 1520/8).

Bununla beraber usul kanununda «... cezadan ağır olamaz» denildiğine göre emniyet tedbirlerini kuralın dışında sayanlar vardır (29). Fakat İtalyan Yargıtayı aksi kanaattedir (30). İtalyan yazarlarından bazıları İtalyan Yargıtayının bu içtihadı ile kanun koyucu gibi davranmış olduğunu, ceza - emniyet tedbiri ayırımını yapan kanun. koyucunun iradesine, her ikisini aynı kurala tâbi sayarak birleştirdiğini ileri sürmektedirler (31).

ç. Maddî vakialarda değişiklik : Mahkemece ilk hükmün verilmesinden sonra maddî vakialardaki değişiklik ile «aleyhe bozma zorunluğu» çatışabilir.

Adam öldürmeğe tam teşebbüsten verilen hükmün sanık tarafından temyizinden sonra mağdurun öldüğü, kararın başkaca bir se-

(25) Ferrante, n. 48 (s. 149), bk. Önder (A.) Ceza Hukukunda tecil (İstanbul, 1963) s. 229 (VII. Tecilde reformatio in peius).

(26) Örneğin, memur suçlarında (CGK. 1.3.1976, 56/90).

(27) bk. Ferrante, n. 48, (s. 149); Leone, s. 106; Aloisi, n. 176.

(28) İtalyan Yg. Kararı, 18.11.1954 (Giust. pen 1954, III, 572, bk. Leone, s. 106, nt. 64).

(29) Ferrante, n. 48 (s. 147).

(30) Sez. III, Novembre, 1959 (Giustizia penale, 1960, III, 292, 356), bk. Ferrante, s. 147, nt. 46.

(31) Ferrante, n. 48 (s. 147); kşz. Aloisi, n. 172.

bepten bozulmasını takiben verilen hükmün müdahilce temyizi üzerine ceza genel kurulu şu gerekçe ile hükmün aleyhe bozulamayacağı sonucuna varmıştır : «ilk hüküm sanık tarafından temyiz edil-meyerek kesinleşmiş olsaydı, sanığın eyleminden dolayı mağdurun sonradan ölmüş bulunması sebebi ile kesinleşen hüküm aleyhine mücerret bu yönden sanık aleyhine bir işlem yapılmasına kanunî imkân yoktur. Mağdurun arada ölmüş olması, CMUK. nun 326. maddesi hükmünce teessüs etmiş bulunan kazanılmış hakkı bozma-sı icap eder (CGK. 19.6.1967. İtiraz 114/162).

Yargıtayımız bu kararında aleyhe bozmama zorunluğu kuralı bakımından farklı bir esas kabul etmiştir. Bu esasa göre «sanık temyiz yoluna başvurmamış olsaydı, durum ne olacaktı idiye o du-rum devam edecektir. Aynı anlayış içinde müessir fiil mağduru hakkında «kesin rapor» beklenmeksizin verilen kararın yalnız sanık tarafından temyizi ve dosya temyiz safhasında iken kesin raporun geldiği hallerde de «müktesep hak» kabul edilmektedir (kşz. CGK. 13.4.1964, 154/167).

d. Vasıf'tan bozma : Yargıtayımız hükmü, daha ağır vasfı da göstererek bozmakta, fakat «kazanılmış hak» ın muhafazasına da işaret etmektedir. Örneğin, yalnız sanığın temyiz ettiği bir mahkû-miyet kararını 5. Ceza Dairesi (17.10.1975, e. 2337) «sanığın eylemi TCK. nun 403/1. maddesi yerine 403/3. maddesinin uygulanmasını yolsuz» saymış ve fakat bozma kararında «kazanılmış hakka halel gelmemek kaydı» na yer vermiştir.

İlk mahkemenin, « t e ş e b b ü s » kabul ettiği fiil Yargıtayca «tamamlanmış suç» kabul edilerek veya ilk mahkemece kabul edil-meyen « t e s e l s ü l » ün (TCK. 80) Yargıtayca kabulü ile bozma-lara rastlanmaktadır. Fakat bütün bu hallerde «kazanılmış hakkın muhafazası kaydı» yer almaktadır.

e. Resen temyiz edilen işler : Resen temyize tâbi işlerde (CMUK. 305) — hiç bir temyiz talebi de yoksa — karar sanık aleyhine bo-zulabilecek midir ? Şöyle düşünülebilir : Hükümlerin «resen (ken-diliğinden) temyize tâbi sayılması» sanığın lehinde veya aleyhinde olduğuna bakılmaksızın hükmün denetlenmesi ise karar aleyhe de bozulabilmelidir. Eğer, ihmal, bilgisizlik gibi sebeplerle sanığın aleyhine bir sonucu (çok ağır işlerde), sadece temyiz talebinin olma-ması nedeni ile kesinleşmiş saymanın hukuka aykırı olduğu için «resen temyiz» yolu açılmış ise aleyhe bozma mümkün olmamak ge-rekir. Kaldı ki Savcılığın temyizi halinde (CMUK. 289) hükmün sa-

nık lehine de bozulabileceğini kabul eden kanunumuzun (CMUK. 294), kamusal düşüncelerle benimsediği « resen temyiz » kavramından, buna karşı sonuç çıkarmağa elverişli olmadığı da söylenebilir.

Savcılık herhangi bir açıklama yapmadan, sebep göstermeden sadece hükmü temyiz ettiğini bildirmekle yetinmiş ise bu temyiz sanığın lehine temyiz sayılacaktır. İçtihat da bu yoldadır (CGK. 1.4.1968, 52/118, S.İ.D. 1968, Ağustos sayısı).

Hüküm, menfaatleri zıt, birden fazla sanık tarafından temyiz edilmiş ise, kural hepsi hakkında geçerlidir. İtalyan Yargıtayı savcılığın temyizinde sanığın isminin unutulmuş, fakat kim olduğunun dosyadan anlaşılabilirdiği hallerde temyizi usule uygun saymıştır (32).

Savcının temyizinin böyle sayılmasından bazı sonuçlar çıkacaktır. Örneğin, savcılıkca, sanığın muvafakatı olmadan, temyiz isteği geri alınamayacaktır (CMUK. 195), dolayısıyla sanık aleyhinde bozmada mümkün olamayacaktır.

f. Usul hakları : Aleyhe bozmama zorunluğu, «dava süjeleri» nin usulî haklarını, bozmadan sonra kullanmalarını engelleyemez.

Örneğin, yalnız sanığın temyiz ettiği bir hükmün bozulmasından sonraki dönemde davaya müdahale olanağı vardır. Fakat bozmadan sonraki duruşma sonunda müdahil temyiz ederse, karar, evvelki karardan daha ağıra götüren bir bozma ile sonuçlanamaz. Bununla beraber Ceza Genel Kurulu Dairenin evvelâ sanık lehine, hükmü bozmasından sonra, mahkemenin bozmaya uyararak verdiği ikinci hükmü, bu defa aleyhe de bozabileceği içtihadındadır. Böyle hallerde «kazanılmış hak» ın saklı kalıp kalmadığı şöylece çözümlenmiştir :

«Sanıkların TCK. nun 450/4 ve 51/1. maddeleri ile mahkûmiyetlerine ilişkin hüküm, sanıkların ve C. Savcısının lehdeki temyizi kabul edilerek bozulmuştur. Mahkemenin, bozmaya uyararak verdiği ve eylemin TCK. nun 448, 5/1. maddesine uyduğunun kabulü niteliğindeki ikinci hüküm ise, katılanın temyizi üzerine yine vasıftan bozulmuş ve suçun 450/4. maddeye uyacağı gerekçesine dayanılmıştır. Mahkemece bu ikinci bozmaya da uyulmuş ve ilk hükümde olduğu gibi sanıklara aynı cezayı vermiştir. Bu defa yalnız sanıkların temyizi üzerine gelen üçüncü hüküm, Özel Dairece yeniden bozulmuştur. Ancak bu bozmaya karşı kazanılmış hak bulunmadığından bahisle eski hükümde direnme kararı verilmiştir. Son hükmün bozulmasına gerekçe olarak dayanan husus sanıkların lehlerine

olan ikinci hükmün kazanılmış hak teşkil eylemesi görüşüne dayanmaktadır. Oysa sanıklar aleyhlerindeki ilk kararı, davaya katılanlar, dava ve isteklerine uygun buldukları için temyiz etmemişlerse de sanıkların lehine olan ikinci hükmü süresinde temyiz etmişlerdir.

Katılanların bu kararı temyiz etmiş olması ve Yargıtayca itirazın kabul edilmesi karşısında CMUK. nun 326. maddesinde yer alan kazanılmış haktan bahsedilmesi mümkün değildir. Çünkü anılan maddenin 2. fıkrasında, hükmün yalnız mahkûm veya mümesili tarafından veya onun lehine C. Savcısı tarafından temyiz edilmesi halinde yeniden verilecek hükmün önceki hükümle tâyin olunan cezadan daha ağır olamayacağı yazılıdır. Olayımızda ise sanıklar lehine olan hüküm yalnız sanık tarafından temyiz edilmiş olmayıp davaya katılanlarca dahi temyiz olunmuştur. Şu hale göre CMUK. nun 323/2. maddesindeki unsur oluşmamıştır. Bu nedenlerle sanıkların temyiz itirazları yerinde bulunmamış ve direnme kararının usule uygun olduğu anlaşılmış bulunduğundan esasın incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekmiştir» (CGK. 3.7.1972). Buna mukabil sanık lehine bozmadan sonra verilen uyma kararından sonra müdahil lehine «tazminata hükmolunması, hukuk mahkemesine müracaatla istifası mümkün olması bakımından, kazanılmış hak mahiyetinde görülmemiştir» (CGK. 10.2.1948, 1028/1544).

g. Usulden bozmalar : Aleyhe bozma yasağının etkisi kanunda tahdit edildiğine göre usulden bozmalar mümkün görülme lâzımdır. Bu sebeple yalnız sanık tarafından temyiz edilmiş bir hüküm daha üst dereceli bir mahkemede davanın görülmesi gerekçesiyle bozulabilecek, fakat neticede ilk verilenden daha ağır ceza verilemeyecektir. Bununla beraber bazı konularda tereddüt etmek mümkündür.

Bozma sebebi evvelki hükmü ortadan kaldıracak nitelikte ise yeni baştan bir soruşturma ve yeni bir hüküm zaruridir. Evvelki hükmün mevcut sayılamayacağı hallerde yeni hükümle mukayese imkânı da yok demektir. Böyle hallerde eskisinden daha ağır bir ceza verilebileceği düşünülebilir. Fakat içtihat bu anlayışı kabul etmemiştir. «Vazifesiz mahkemenin verdiği hüküm dahi bozulmasında yasağa riayet edileceği» içtihat olunmuştur (İçt. Bir. 15.2.1950, 1/4).

«Kısa karar» ile «gerekçeli karar» arasında fark varsa «kısa karar» esas tutulacaktır.

MÜKERRİRLİĞİN GÖRÜNÜMÜ
(Bilimsel Bir Yaklaşım Doğru)

Dr. Jur. MUSTAFA T. YÜCEL (*)

Mükerrirlik, bir ceza mahkûmiyetine uğradıktan sonra yeniden suç işleyen bir kişinin normatif niteliğini belirleyen ve bu tür kişilere ilk defa suç işleyenlerden daha fazla ceza verilmesini içeren bir kavramdır. Bu kavrama bilimsel bir içerik ve anlamlı bir işlev kazandırmak amacıyla yapılan kriminolojik araştırmalar, konunun ayrıntılı bir analizini sağlamak yanında mükerrirliğin önemli bir sorun olduğunu vurgulamışlardır. Mükerrirlik, suçlunun toplumsal yaşama uyumsuzluğunu kanıtlayan ve sosyal savunusu sistemindeki yetersizlikleri belirleyen bir olgu olup; bu konuya değgin gerçeklerin gereğince anlaşılması sonucu toplumdaki bireylerin suçlu hakkında beslediği olumsuz düşünceler kendisinin toplamdan koparılmasını etkileyen duygusal yanını katılaştırmakta; kindar bakışlarını yoğunlaştırmaktadır.

Toplumun suçlu hakkındaki düşüncesi ile davranış arasındaki etkileşim sürecinde, suçlunun kendisini yalnız görmesi ve suçluluk damga ve giysisini iyice benimsemesi sonucu «suçlu yaşam» oluşmaktadır. Mükerrirlik sorusu, içerdiği sorunların giriftliği ve çeşitli açılardan yaklaşılabilmesi nedeniyle zorlu bir nitelik görünümündedir. Mükerrirliğin gerçek tabiatı, ne derece yaygın olduğu, nasıl oluştuğu ve itici güçlerinin neler olduğuna değgin bilgilerin yetersiz olması sonucu şimdilik tartışmaları etkileyen peşin hükümlerden kurtulmak olanaksız bulunmaktadır.

Bu konuda sağlıklı ve ussal bir yaklaşım, gerçeklerin sınırlı ölçüde de olsa belirlenmesini sağlayacak araştırmaların yapılması ve şimdiye değin var olan peşin hükümlerden hatalı olanlarının ortaya konulması ile sağlanabilecektir.

Normatif ve kültürel yönden var olan gelenekler, yeniden bir suç işleme karşısında yoğun bir tepkinin gösterilmesini sonuçlan-

(*) Adalet Bak. Ceza ve Tevkif Evleri, Genel Müdür Başyardımcısı.

dırmakta; yeni suça verilecek cezanın artırılması nedeni olmakta; ve suçlunun yoksunluklarını ağırlaştırmaktadır. Bu süreçte, suçlunun kişiliği yerine sıfatı (mükerrir) gözönüne alınmakta ve matematik bir işlem söz konusu olmaktadır.

Yeniden suç işleyen bir hükümlünün, ilk defa suç işleyenden daha tehlikeli olduğu yolundaki yargı bir varsayım niteliğindedir. Bu varsayımın her suçluluk olgusunda, suçlu kişiliğin psike sosyal ve biyolojik açıdan yapılacak değerlendirilmesi ile kanıtlanması gerekmektedir. Mükerrir suçlunun gelecekteki *tehlikelilik durumu* saptayabilecek tahmin cetvellerine dayalı olmaksızın, sosyal savunu açısından etkili olabileceği varsayılan ceza artırımı salt ahlâkı olmanın ötesinde bir anlam taşıyamayacaktır. Bu durumda ahlâkîlik uğruna ahlaki bir çelişki durumuna düşüldüğünde gözönünden uzak tutulmamalıdır. Önemli sorun, mükerrirliğin oluşumunu etkileyen etmenlerin saptanarak giderilmesi ise de, bu yola gidilmeyerek mükerrire fazla ceza verilmekle toplum kendi kusurunu cezalandırmış; suçluları vasıta olarak kullanmak yolunu seçmiş bulunmaktadır.

Ceza infaz kurumlarının konukları hakkında ki bulgular ise şimdiye değgin var olanlardan farklı gerçekleri yanıtmaktadır. Herşeyden önce, işledikleri suçların, genellikle, amaçları ve işlenme biçimleri açısından çok tehlikeli veya zararlı olmadığı ve her zaman *a priori* daha ağır cezalar verilmesini haklı gösterecek nitelikte bulunmadığı görülmektedir.

Suçlular hakkında önceden olumsuz bir tutum ve davranış içerisinde girmek modern kriminoloji biliminin kişi hakkında daha fazla bilgi edinmek gereği karşısında kesinlikle eleştiriye açık ve geçerliliğini yitirmiş bir yaklaşım biçimidir.

Bu nedenlerle, mükerrirlik konusunda varlığını sürdüren kavramların irdelenmesi, muhakeme sürecinde yasanın öngördüğü ölçüğe dayalı olarak zorunlu ve otomatik bir biçimde mükerrirlik damgasının vurulmasından vazgeçilmesi veya mükerrir olmaklık nedeniyle hafifletici nedenlerden veya diğer yasal indirimlerden yararlandırılmama yolunda öğretide beliren eğilimin gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Mükerrirliğin kavramsal içeriğini belirlemek amacıyla başvurulabilecek iki yaklaşım türü vardır: 1) Hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektiren ve gerçekte cezası infaz edilen suçlara ilişkin olarak mükerrirliğin ele alınması. Bu yaklaşım türünde, mükerrirliğin cezaevi kurumuna girmeklik yönü ele alınmakta; para cezası veya

infaz edilmeyen hükümlerin (örneğin af nedeniyle) sonuçları, hürriyeti bağlayıcı ceza ile karşılaştırıldığında önemsenmeyecek ve kişi açısından belirgin bir suçluluk damgası oluşturmayacak nitelikte olduğundan marjinal olgular olarak kabul edilmektedir. Diğer bir önerme ile, bu yaklaşımda, cezaevi kurumlarından salıverilen hükümlülerin yeniden işledikleri bir suç nedeniyle kuruma dönme-leri söz konusu olmaktadır.

2) Ceza infaz kurumlarından salıverilen hükümlülerin hürriyeti bağlayıcı ceza ile sonuçlanmasa bile yeni bir suç işlemesi ölçütü. Suçluların toplum yaşamına uyumunu değerlendirmek yönünden genel bir ölçüte dayalı olmak bir bakıma infaz kurumlarının etkenliğini saptayamada (sınırlı ölçüde) yardımcı olmaktadır.

Bu açıklamalara kriminolojik açıdan yaklaşım sağlamak ve mükerrirlik konusunda daha ussal bir anlayışa doğru yönelimi yoğunlaştırmak amacı ile son zamanlarda Avrupa Konseyine üye memleketlerde yapılan araştırmalara değinmek yerinde olacaktır. Bu çerçevede içerisinde İtalyanlar tarafından yapılan araştırma temel alınarak zaman zaman diğerleri tarafından yapılan araştırmalara yollamalar yapmak yöntemi seçilmiştir.

İtalyanlar tarafından gerçekleştirilen araştırmada 1961 yılında cezaevlerinden salıverilmiş hükümlülerin 10 yıl süre takibi yapılmış; toplanan veriler geniş anlamı ile mükerrirlik (yeniden bir suç işleme ölçütü) yanında yeni bir suç işleyerek cezaevine dönenleri (cezaevi mükerrirliği) kapsamıştır. Cezaevi mükerrirliği ölçütü, Fransız ve Belçika'da yapılan araştırmada da esas alınmıştır.

Araştırma kapsamına giren hükümlülerin işledikleri suçların dağılımında en fazla işlenen suç türü toplamın 2/3 ile mala karşı işlenen suçlardır. Bu bulgu, kriminolojik yönden iyice bilinen bir gerçeği bir kerre daha vurgulamaktadır. Diğer suç türleri arasındaki oranlarda, tüm olarak, iyi dengelenmiş bir durumdadır.

Suç türü	Her türdeki	
	Hükümlü sayısı	Toplamdaki %
Şahıslara karşı	66	10.89
Mala »	406	67.00
Ahlâka »	44	7.26
Diğer suçlar	90	14.85
Toplam	606	

Hükümlülerin ceza süreleri ile dağılımında yarısının oldukça kısa süreli cezaya hükümlü oldukları, üçte birinin orta ve geri kalanın uzun süreli cezaya hükümlü oldukları görülmektedir :

Ceza süresi	Her kategorideki	
	Hükümlü sayısı	Toplamdaki %
6 aydan 1 yıla	307	50.66
1 yıldan 3 yıla	199	32.84
3 yıldan 5 yıla	42	6.93
5 yıldan yukarı	58	9.57
Toplam	606	

Geniş kapsamlı ölçüte göre, en az altı aylık cezası infaz edilmiş 606 hükümlüden mükerrir olanların oranı % 62.54 iken bu oran cezaevi mükerrirliği ölçütünde % 46.54 e düşmüştür. İkinci ölçüte göre oranın Fransa'da 1961 yılında salıverilenler de % 47.9; 1962 yılında salıverilenlerde ise % 50.8 olduğu; İtalya'dakinin Fransa'daki orandan biraz düşük olduğu görülmektedir. Belçika'da yapılan araştırma da ise, en az altı aylık cezasını infaz ettikten sonra salıverilenlerden mükerrir olanların oranı % 42.5 dir.

Salıverilme yaşı ve mükerrirlik :

Mükerrirlik yönünden 21 - 39 yaş gurubunun oldukça önemli olduğu saptanmıştır. Yaş guruplarına göre yapılan ayırında beliren 25-27, 28-30, 31-34 ve 35-39 gurupları yüksek mükerrirlik oranlarını içermektedir. Geniş kapsamlı ölçütte bu guruplardaki toplam oranın % 66.92; ikinci ölçütte ise % 51.51 olduğu ve her iki oranında ortalamanın oldukça üstünde bulunduğu görülmektedir (*).

(*) Metin içerisinde geniş kapsamlı ölçüt (I) ile cezaevi mükerrirliği ise (II) ile gösterilmektedir.

Yaş grupları	Guruptaki Hükümlü Sayısı	I		II	
		Mükerrir Sayısı	%	Mükerrir Sayısı	%
15 - 17	6	4	66.67	4	66.67
18 - 20	71	48	67.61	36	50.70
21 - 24	87	57	65.52	45	51.72
25 - 29	102	69	67.65	52	50.98
30 - 39	179	102	59.78	80	44.69
40 - 49	71	44	61.97	30	43.48
50 - 59	69	40	57.97	30	43.48
60 ve yukarı	21	10	47.62	5	23.81
Toplam	606	379	62.54	282	46.54

Tabloda görüleceği üzere 30-39 yaş gurubundaki mükerrirlik oranı birden düşmektedir. Yukarda sözü edilen guruptakilere değgin oranın ortalamadan I. ölçüte göre farkı (+ 5.11), II. ölçütte (+ 4.44) iken, 30-39 yaş gurubundaki fark I. ölçütte (— 2.76), II. de (— 1.85) i bulmaktadır. Bu sonuç, 30-39 yaş gurubunda bulunan salıverilen hükümlülerin, yaş gurubu yönünden suçlulukta belirgin bir azalma saptanan yaş gurubuna girmeleri gerçeği ile açıklanabilmektedir. Bu düşme doğrultusundaki eğilim, yüksek yaş gurubundaki oranlar ile pekiştirilmektedir.

Bu oranlar, kriminologlar tarafından ileri sürülen, 35 yaşın suçluluk yaşamı yönünden bir dönem noktası olduğunu açıkça belirlemektedir. Bu yaş ötesinde kişisel çatışmaların suçlu davranışta ifadesini bulması, cebir ve şiddete yönelmesi olasılığı belirgin bir ölçüde azalmaktadır.

Yaş grupları itibariyle cezaevi mükerrirliğine değgin beliren oranlar diğer memleketlerde yapılan araştırma sonuçlarına benzer bir niteliktedir.

Yerleşim yeri ve mükerrirlik :

Örnekleme yöntemi ile seçilmiş hükümlüler hakkındaki bilgiler şehirleşme ile suçluluk arasındaki ilişkiyi belirlemek yanında mükerrirlik yönünden kişinin kırsal veya şehir toplumuna ait olması; şehirde yaşaması halinde şehrin ufak veya büyük olmasının tartışma götürmeyecek bir önemi olduğunu ortaya koymaktadır.

Yerleşim yerinin nüfusu	(I)	(II)
	mükerrirlik %	mükerrirlik %
2000 den az	47.06	29.41
2000 - 10.000	55.56	37.50
10.000 - 10.000	57.27	43.59
100.000 - 530.000	66.16	49.75

Bu konuda Fransız araştırmasında da benzer bulgular saptanmış olup; 1961 yılında salıverilen hükümlülerdeki mükerrirlik oranı yukardaki dört gurup için sırasıyla, % 30, % 37, % 45 ve % 50 dir.

Önceki suçluluk sayısı ve mükerrirlik :

Aşağıda yer alan tabloda görüleceği üzere, en belirgin özellik artan mükerrirlik yüzdesi ile önceki suçluluk sayısı arasındaki paralelliktir. Birinci gurup (suçluluk özgeçmiş olmayan) ile son gurup (altı veya daha fazla suç işleme) arasındaki fark, tüm farklılığın ne kadar büyük olduğunu açıkta göstermektedir. Mükerrirlik oranı, altı veya daha fazla mahkûmiyeti olanlarda, ilk defa suçlu olanların I. ölçüte göre iki katı; II. ölçütte ise iki katından fazla olmaktadır. Bir gurup ile diğeri arasındaki en büyük farklılık adli sicili temiz olan mükerrirler ile bir tek önceki mahkûmiyeti olanlar arasında belirlemektedir.

Önceki mahkûmiyetler	Hükümlü Sayısı	Mükerrirlik oranı			
		(I)		(II)	
		Sayı	%	Sayı	%
yok	127	53	41.74	30	23.63
1	74	44	59.46	35	47.30
2	46	31	67.40	25	54.35
3	54	34	62.97	22	40.75
4	43	30	69.77	25	58.14
5	27	20	74.08	16	56.26
6 ve yukarı	235	167	71.07	129	54.90
Toplam	606	379	62.54	282	46.54

Tek bir faktöre dayalı olarak sonuç çıkarmak yerinde olmakla beraber, suçluluk yaşamı yönünden öz geçmişi temiz olanların suçlu davranışa karşı belirli bir direnme gösterdiği; öz geç-

mişinde bir suçluluk olması halinde ise, ilk mükerrirlik dönemeci aşıldığında ilerde yeniden suç işleme olasılığının hızla arttığı ileri sürülebilir.

Yukardaki açıklamalar ışığında mükerrirleri dört guruba ayırmak yerinde olacaktır :

Mükerrirlik oranı

	(I)	(II)
Önceki suçluluğu olmayan	% 41.74	% 23.63
1 önceki suçluluğu olan	59.46	47.30
2 » » » »	67.40	54.35
3 veya daha fazla önceki suçluluğu olan	69.63	53.48

Ceza süreleri ve mükerrirlik :

Ceza süresi	Hükümlü sayısı	Mükerrirlik oranı			
		(I)		(II)	
		Sayı	%	Sayı	%
6 aydan 1 yıla	307	210	68.40	161	52.44
1 yıldan 3 yıla	199	125	62.81	96	48.28
3 yıldan 5 yıla	42	25	59.52	16	38.10
5 yıldan fazla	58	19	32.76	9	15.52
Toplam	606	379	62.54	282	46.54

Ceza sürelerinin artması ölçüsünde mükerrirlik oranının düştüğü açıkça görülmektedir. Bu sonuç, uzun süren cezaevi yaşamının kişileri ilerde suç işlemekten alıkoyduğu; aynı tecrübenin yeniden yaşanılmasının verdiği korku ile açıklanabilirse de, suçluluğun yaşanma ilede azalma kaydettiğini gözönüne almak yerinde olacaktır. Bu nedenle, ceza süresi ile yaş faktörünün birlikte ele alınması gerekmektedir.

Mükerrirliğin sıklığı :

Araştırmaya esas olan 10 yıllık salıverme sonrasında mükerrirlerden üçte biri yalnızca bir suç işlemişlerdir. Bu sonuç, mükerrir-

lik hakkındaki görüşlerimizi düzeltici nitelikte esaslı bir bulgudur. Kuşkusuz, zaman zaman veya uzun zaman aralığı ile suç işleyen birisi ile sık sık veya devamlı suçlu olan birisi arasında insanı ve sosyal açıdan farklılık vardır. Bu farklılığın dikkatlice incelenmesi gerekmektedir.

Bu farklılığın genişliği aşağıda tabloda ortaya konulmuştur. I. ve II. ölçüte göre bir tek yeni suç işleyenlerin oranı % 32 olmasına karşın multi - mükerrirlerden üç veya daha fazla suç işleyenler gurubunda oran en yüksek bir seviyeye ulaşmaktadır. Bu son gurubun özel bir niteliği olduğu ve araştırmanın kapsadığı hükümlülerden I. ölçüte göre 92 si (% 47) ve II. ölçütte ise, 86 sı (% 64), 10 yıllık süre içerisinde altı veya daha fazla mahkûmiyeti olduğu saptanmıştır. Bu hükümlüler üzerindeki araştırmanın ortaya koyduğu diğer bir gerçekte, I. ölçütte % 71 i, II. ölçütte de % 70 inin önceki suçluluklarının çok fazla olduğudur.

Suç sayısı	(I)		(II)	
	Hükümlü sayısı	%	Hükümlü sayısı	%
1	120	31.67	90	31.92
2	67	17.68	57	20.22
3 veya daha fazla	192	50.66	135	47.87
Toplam	379	62.54	282	46.54

Fransız araştırmasında da benzer bulgular saptanmış ve yukardaki üç gurup için beliren oranlar sırasıyla % 34.9, % 22 ve % 43.2 olmuştur. Bu son guruptakilerden % 23 ü altı veya daha fazla suç işlemişlerdir.

Önceki suçluluk türü ve mükerrirlik :

Bu konudaki en önemli bulgu, mala karşı önceden hükümlülüğü bulunanların I. ve II. ölçütte en yüksek oranı bulmasıdır. Genel bir önerme ile, suçluluk yaşamı uzadıkça, eski hükümlülerin belirli bir suç türünde devamlılık gösterdiği görülmekte ve mala karşı suç işleyenlerde bu nitelik daha çarpıcı olmaktadır. Bu bulbu, aşağıdaki tabloda yer alan «diğer suçlar» kategorisinin çeşitli ve atipik suçları içermesi nedeniyle özellikle önemli görülmektedir.

Şahsa karşı işlenen suçlardaki mükerrirlikte, müessir fiilden hükümlü olanlar, I. ölçütte 32 kişiden 14 ü, II. de 7 kişiden 5 idir.

Bu rakamlar hiçte küçümsenmeyecek bir olguya işaret etmektedir. Kuşkusuz, bu olgunun ayrıntılı bir biçimde incelenmesi kriminolojik bir gereksinme olarak vurgulanmalıdır.

Adam öldürmeye teşebbüs veya adam öldürmeğe değgin mükerrirlik yüzdesi de I. ölçüte göre (22 hükümlüden altısı) oldukça yüksektir. II. ölçütte yalnızca bir hükümlü saptanmış; altı hükümlüden beşinin yeniden işledikleri suçlar pek ciddi olmadığı için hürriyeti bağlayıcı ceza ile sonuçlanmamıştır.

Suç Türleri	Gruptaki hükümlü sayısı	Mükerrirlik oranı			
		(I)		(II)	
		Sayı	%	Sayı	%
Şahıslara	66	22	33.33	7	10.61
Mala	406	287	70.69	222	54.68
Ahlâka	44	15	34.09	13	29.55
Diğer suçlar	90	55	61.11	40	44.44
Toplam	606	379	62.54	282	46.54

Mala karşı işlenmiş önceki suçlar arasında en yoğun nicelik gösterenler sırasıyla hırsızlık, dolandırıcılık, şiddet sebepli hırsızlık, silahlı soygun ve çalınmış malı almaz. Bu guruptakiler arasında mükerrirlik yüzdesi en yüksek olan *hırsızlık* ve *çalınmış malı almaz*.

Genel adap ve ahlâka karşı işlenen suç gurubunda ise en yüksek mükerrirlik yüzdesi hayasızca davranışlardadır (I. ve II. ölçütte % 50 nin altında). Bu guruptaki hükümlü sayısı çok az olduğundan kesin ve ayrıntılı yargılara varmak olanaksız bulunmaktadır.

Salıverme sonrası işlenen suç türleri :

Aşağıdaki tabloda belirttiği üzere, mala karşı işlenen suçlar, araştırma kapsamına alınanların işlemiş oldukları suçlarda olduğu gibi, ağırlık kazanmakta mala karşı işlenen suçlardaki artışa karşın diğer suçlarda azalma görülmektedir.

Yeni suç türleri	(I)		(II)	
	Sayı	%	Sayı	%
Şahıslara	19	5.02	9	3.19
Mala	180	47.50	155	54.97
Ahlâka	10	2.64	10	3.56
Diğer suçlar	170	62.54	108	38.30
Toplam	379	62.54	282	46.54

Salıverilme ve mükerrir olma arasında geçen süre :

Hükümlülerin % 70 i salıverilmeyi takip eden üç yıl içerisinde yeni suçlarını işlemişlerdir. Aşağıdaki tabloda bu konuya değgin ayrıntılı bilgilere yer verilmiştir.

Mükerrir olunan yıl	Mükerrirler sayısı			
	(I)		(II)	
	Sayı	Toplamdaki %	Sayı	Toplamdaki %
Cezaevine döndükleri yıl				
1961	93	24.54	61	21.64
1962	82	21.64	65	23.05
1963	51	13.46	47	16.67
1964	41	10.82	32	11.35
1965	26	6.86	29	10.29
1966	29	7.65	17	6.03
1967	22	5.81	12	4.26
1968	21	5.54	13	4.61
1969	5	1.32	4	1.42
1970	6	1.58	2	0.71
1971	3	0.79		
Toplam	379	62.54	282	46.54

Bu tablo, kötümser bir görüş açısından, mükerrirliğin oluşmasını etkileyen bireysel ve sosyal durumlardaki zorluklara işaret etmektedir. Yalnız, itiyadi suçluların kendi dürtülerini kontrol ede-

meme biçiminde beliren psikolojik determinizmin etkisi yanında eski hükümlünün toplum yaşamında yerine almasını sağlayacak sosyal rehberlik hizmetlerinin ne derece yerine getirildiğininde göz önünde bulundurulması gereklidir.

Gerçekte en büyük cezanın salıverilme sonrası çekilmeğe başlandığı yolundaki yargı hiçte küçümsenmeyecek bir nitelik görünümündedir. Halkın eski hükümlülere karşı olan tutum ve davranışındaki olumsuzluk, bu cezayı daha da şiddetlendirmektedir. Resmî organlar tarafından sağlanması gereken sosyal rehberlik hizmetleri dışında özel kişilerin (ebeveyn, arkadaş işverenler) eski hükümlüler hakkındaki tutumlarının ön yargılardan yoksun ve onları kabul eder biçimde olup olmadığı iyice belirlenmelidir.

Tabloda belirtilen bulgular açısından, eski hükümlülerde, salıverilmeyi takip eden üç yıllık kritik süre geçildikten sonra mükerrir olma olasılığının yavaş yavaş azalma eğilimi gösterdiği ve üçüncü yılın sonunda en aşağı noktaya varıldığı görülmektedir. Bu nedenle, üç yıllık süre içerisinde eski hükümlülere yönelik sosyal hizmet faaliyetlerine ağırlık verilmesi gerekmektedir.

Mükerrir olma öncesi geçen süreye değgin diğer memleketlerdeki bulgularda benzer niteliktedir. Örneğin, Fransa'da mükerrirlerin hemen yarısı salıverilmeyi takip eden yıl içerisinde yeni bir suç işlerken, % 80 ni salıverilmeyi takip eden dört yıl içerisinde yeni bir suç işlemişlerdir. İngiliz İçişleri Bakanlığı ile Bavarian Adalet Bakanlığı tarafından yapılan araştırmalarda da mükerrirlik riskinin salıverilmeyi takip eden yıl içerisinde oldukça yüksek olduğu saptanmıştır. İngiltere'dekinde, mükerrirlerin % 95 i suçlarını beş yıllık süre içerisinde işledikleri ve bu oranların Belçika ile Amerika Birleşik Devletlerinin Norfolk'daki Massachusetts İnfaz Kurumunda da aynı olduğu görülmektedir.

Sonuç :

Araştırma sonuçlarına göre, önceki suçluluk sayısı, yaş, büyük şehirlerde yaşamak, mala karşı suç işleme gibi faktörlerle mükerrirlik arasında bir ilişki olduğu; mükerrirlik olgusunun sosyal savununu yönünden ciddi bir nitelik içerdiği belirtilebilir. Kuşkusuz, mükerrirler, suçu itiyad edinmiş olanlar genellikle her memleketteki suçluluk hareketinin en başta gelen bir nedenidir. Bu konuda Amerika'da LEAA tarafından yapılmış bir araştırmada, sokaklarda işlenen suçların % 50 sinin % 15 oranındaki suçlular tarafından işlendiği ortaya konulmuştur.

Ceza infaz kurumlarının konukları olmakta devam eden ve oranı nispeten yüksek olan mükerrir suçlularla mücadele, suçlulukla savaşta öncelik kazanmalı ve bu konuda başarı sağlamak amacıyla gerekli reformlar ceza ve infaz alanında gerçekleştirilmelidir. Hiç kuşkusuz, bu reformların gerçekleştirilmesi geleneksel sınırlı bütçe tahsislerinden fazlasını gerektirmekte ise de, mükerrirlik oranında % 10 luk bir indirim sağlanması halinde bile esaslı bir ekonomik yatırım olacaktır. Amaç, eski hükümlülerin sosyal sorumluluklarını benimsemesi ve kendi yaşamlarından suçlu davranışları uzaklaştırması olduğuna göre, cezaevinde geçirilen sürenin bu amaca yönelik (bu sorumluluğa hazırlaması ve bunu elde etmenin mümkün olduğu kadar arzu edilir olmasını benimseme yolunda etkileme) bir biçimde değerlendirilmesi; salıverilme sonrası kendi kendilerine yeterli bir hale gelmeleri için maddî ve manevî rehberlik hizmetlerinden yararlandırılmaları gerekmektedir.

Ankara Üniversitesi, Kriminoloji Enstitüsü; 1000 Mükerrir Suçlu Hakkında Kriminolojik Anket, 1954.

Hood R. and Sparks R. *Key issue in criminology*, Weidenfeld + Nicolson (London) 1970, World University Library Series.

Kunter, N. «Türkiye'de Mükerrirliğin âmilleri» *M. Reşit Seviğ Armağanı*, 1966

Moberg D.O. and Ericson R.C. «A new recidism outcome index» *Federal Probation* June 1972.

Mandel, Nathan G. and others. «Recidism studied and defined» *The Journal of recidivism* Interim report by Mr. R. Breda (Italy).

Yücel, M.T. *Suç ve Ceza Anatomisi*, 1973.

İSLÂM HUKUKUNDA MÜLK EDİNME VE KULLANMA HAKKININ DOKUNULMAZLIĞI VE KAMULAŞTIRMA

REBİİ AKTÜRK (*)

İslâm Hukukunun dayanağı ilâhî emirler ve beşerî kurallardır. İlâhî emirler Kur'anı Kerimin âyetleri ve bundan alınan ilhâm ile İslâmın Peygamberi tarafından söylenmiş sözler yani hadîslerdir. Beşerî kurallara gelince bunlar da kıyası-fukaha (fakihlerin yani hukukçuların kıyaslama suretiyle verdikleri hükümler), icma ümmet (imam ve keza hukukçuların şer'î emirleri tâyinde ittifak etmeleri), içtihat hukuku, örf ve adet olarak sıralanabilir.

İslâm Hukukunda, kamulaştırmaya doğrudan doğruya veya dolayısıyla temas eden ilâhî bir emre rastlamak mümkün değildir. Kur'anı Kerimde cezaya, mirasa, aile hukukuna, alışverişe, faize, hatta ölçü ve tartıya ait hükümler bulunduğu halde, bu hususta bir hüküm bir emir mevcut değildir. Kur'anı Kerimde mülkiyet ve tasarruf hukukuna ait hükümler vardır. Muhtelif âyetlerde mülk, milk, melik ve müştakları görülür. Mülkiyet, kudret ve kuvvet ifade eder. Lûgatta milk ve mülk «tasarruf edilen şey» diye manâlandırılmıştır. Hükümdara da bu sebeple melik denmiştir. Kudret ve kuvvet, İslâm Hukukuna göre, Allaha mahsus olduğundan insanların dünya malına tasarruf geçici ve izâfidir. Gene bu hukuka göre mutlak mülkiyet, mutlak malikiyet de Allaha mahsustur. Bir taşınmaz mala temellik ve tasarruf, dünya hayatında insana kuvvet ve kudret verdiği için bu hakka mülkiyet hakkı denilmiştir.

İslâm Hukukunda mülke tecavüz haram ile men edilmiştir. Bakara süresinde bu hususta emir vardır. Anayasamızın 16 ıncı maddesinde konut dokunulmazlığı, 36 ıncı maddesinde de mülkiyet hakkı anayasal haklar arasında zikredilmiştir. Buna göre, kanunda açıkça gösterilen haller dışında konuta dokunulamaz, girilemez, arama yapılamaz ve herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir ve bu haklar ancak kamu yararı için kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması da toplum yararına aykırı olamaz.

(*) Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi.

Medenî Kanununun 618 inci maddesinde, bir şeye malik olan kimsenin o şeyden kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf edeceği ve haksız olarak o şeye el koyan herhangi bir kimseye karşı istihkâk davası açacağı ve her nevi müdahaleyi men edebileceği hüküm altına alınmıştır. Müteakip maddelerde mülkiyet hakkının şümüli, tabii semereler, teferruat hakkında hükümler getirilmiş ve 632 inci maddesinde gayrı menkûl mülkiyetinin mevzuunun, yerinde sabit olan şeyler olduğu, erazi ve tapu siciline müstakil ve daimi olmak üzere ayrıca kaydedilen haklar ve madenlerinde, gayrı menkûl sayıldığı açıkça belirtilmiştir. Rahmetli, Hukuku Medeniyet Ordinar-yüs Profesörü Ebulûla Mardin, mülkiyeti «bir şeyi istiklâl ile zapta kâdir olacak veçhile Destiistilâ ve tasarrufa almaktır.» diye tarif etmiştir. Erazi'yide (Eraziyi öşriye ve hârâciyeden veya eraziye emiriyeden olupta şartlarına muvafık surette temlik ve mevaddan olup da bervechî mülkiyet ihya edilen erazi ve ihdas edilen kura - kariyeler - ve kasabat tabiatıyla memlûke yani temlik edilen erazi olup burada kastedilen kura ve kasabatı kadimedeki mesakin ve ebniye mahalleri ve tetümmei sûtna olan tevalidir) diye tanımlamaktadır.

Köylerdeki, şehirlerdeki baltalık ve koru ormanları da köylünün, şehirlinin müşterek malı olarak kabul edilir. Bu hukuk sistemine göre, Osmanlı devletinde mülk olan yerlerden ve binalardan vergi alınmamıştır. 1859 senesinde ilk defa İstanbul'un Beyoğlu semtindeki binalardan, belediyeye gelir temini için, vergi alınmaya başlanmış, 1874 senesinde bu yetki hükûmete devredilmiştir. İslâm Hukukunda, kariye erazilerinin ve kasabaların temellük ve istimlakine prensip olarak cevaz verilmemiştir.

İslâm Hukukunda mülk ve özellikle konut dokunulmazlığı prensibi 1327 sene evvel ilâhî emirle tesis edilmiştir. Kur'anı Kerimin Nur süresinin 27 - 29 uncu âyetlerindeki emirlere göre, hanelere izin alınmadan girilmeyecek ve girilirken evvelâ selâm verilecek eğer evde kimse yoksa o eve asla girilmeyecektir. İçinde insan oturmayan yerlere, bir yarar olmadığı takdirde, girilmemesi de emredilmiştir. Keza Bakara süresinin 189 uncu âyetinde girişin ne suretle olacağı, evlere kapısından girileceği işâret edilmiştir. İslâm Hukukunda tasarruf hakkına ne derece ehemmiyet verildiğini göstermek için bir kaç örnek vermekle yetinelim.

1 — Halife Hazreti Ömer zamanında Şam Valisi olan Muaviye bir mescidin genişletilmesi için etrafındaki toprakların kamulaştırılmasına emir verir. Bu topraklar değer ve bahası peşin verilmek

suretiyle kamulaştırılır. Yalnız bir Yahudi, evinin kamulaştırılmasına razı olmaz, fakat bu Yahudinin toprağı da parası zorla verilerek elinden alınır. Yahudi Medineye giderek Hazreti Ömer'e hadiseyi anlatır ve Valiyi şikâyet eder. Hazreti Ömer Yahudiyi dinledikten sonra bir deve kemiğine «Allaha yemin ederim ki ben Nuşirivandan daha âdilim» diye yazarak Yahudi ile Valiye gönderir. Vali Muaviye bu yazıyı alınca telâşa düşer ve Yahudiden özür diler, Yahudi ise niçin telâşa düştüğünü ve özrün sebebini sorar. Vali'de «ben -zaruretler memnu olan şeyleri mûbâh kılar - prensibiyle hareket etmiştim. Halife ise -zaruretler kendi miktarlarıncı takdir olunur -kaidelerini hatırlatarak beni doğru yola sevketti» demiştir. Mescitlerde gerçekten beş vakit namazın kılınması zaruri değildir. Mescitte yer yoksa bir kimse evinde de namazını kılabilir. Camide ise vakit ve Cuma namazları kılınır. Vali bir cami için kamulaştırma yoluna başvursaydı bu zaruret memnu olan şeyi haklı kılacaktı, ama mescit için böyle bir zorunluk ileri sürülemez.

2 — Endülüs Hükümdarı İkinci Hakemin serüvenide meşhurdur. Hakem sarayının bahçesine bitişik fakir bir kadına ait tarlayı almak ve oraya bir köşk yaptırmak ister. Ve bu yolda emir verir, kadının razı olmamasına ve karşı koymasına rağmen erazi işgal edilir ve köşk yaptırılır. Fakir kadın Kurtibe kadısına gider ve şikâyetinde bulunur. Kadı kadını haklı bulur, hükümdara bunu anlatmak için, yanına boş bir torba alarak saraya gider, hükümdarın yanına daha doğrusu huzuruna varır ve hükümdara torbaya toprak doldurmasını rica eder, bundan bir şey anlamayan hükümdar kadının dediğini yaparak toprak dolu torbayı kaldırmaya çalışır ama kaldıramaz, bunun üzerine Kurtibe Kadı'sı (Ya 'emirilmü'minin dünyada bu torba yükü toprağı kaldıramıyorsunuz ya ahrette fakir kadının gasp ettiğiniz tarlasını nasıl yükleneceksiniz) der, Kral hatasını anlar ve kadına toprağı geri verilir ve böylece mesele halledilip hak da yerine getirilmiş olur.

3 — Prusya Kralı Frederik'in değirmencinin arazisini almak istemesi üzerine değirmencinin (benim Berlin'de hâkimlerim var) demesi ünlü ve anlamlıdır. Değirmenci Adaletin huzuru içinde ve pervasızdır. Adaletin haklıdan yana olduğu inancıyla Krala dahi kafa tutmuştur.

4 — Bursa'da Ulu Cami yapılırken inşaat sahasının tam orta yerinde bir kadının evi olduğu, kadının evinin yıkılmasına razı olmadığı kadının evine dokunulmayarak caminin yapıldığı, ancak ka-

dın öldükten sonra evinin yıktırıldığı hatırasını taziz içinde oraya üstü açık bir şadırvan yaptırıldığı söylenir.

5 — İstanbul'da da Nuri Osmaniye Camii yapılırken lüzumlu görülen taşınmazlar değer ve bahası peşin verilmek suretiyle alınmış, yalnız bir kadının daha evvel orda yaptırdığı bir mescit kalmış, onunda yıkılması gerekli görülmüş amma kadın mescidin yıkılmasına bidayette rıza göstermemiş, inşaat ilerleyince bakmışki bu cami yapıldığında mescidine cemaat gelmeyecek, ilk verilen değeri alarak mescidin yıkılmasına razı olmuş.

Osmanlı Devleti'nde kamu yararına cami, kitâplık, bimarhane kervansaray gibi binalar yaptırılırken gerekli topraklar sahiplerinin rıza ve muvafakatı ile ve parası peşin verilmek suretiyle alınmış, asla cebir ve zor yoluna başvurulmamıştır.

İslâm Hukukunda temlik ve tasarruf haklarına daima riayet edilmiştir. Fransa'da 1789 İnsan Hakları Beyannamesinde, bizde Tanzimat hattında, İslâhat Fermanında ve Osmanlı Devletinin ilk Kanunu Esasisinde, nihayet 1924 Anayasasında, sonra Birleşmiş Milletler Beyannamesinde ve 1961 tarihli Anayasamızda temellük ve tasarruf hakkı hep dokunulmaz haklar arasında yer almıştır.

İslâm'da kamu hizmetine tahsis edilen tesisler şöyle sıralanabilir :

- 1 — Cami
- 2 — Medrese
- 3 — Mektep
- 4 — Kitaplık
- 5 — Bimarhane
- 6 — Tabhane (Parasız yemekli otel)
- 7 — Kervansaray (Parasız hayvan durağı)
- 8 — Arasta ve kapalı çarşı (Hal)
- 9 — Han
- 10 — Hamam
- 11 — Meşruta evler
- 12 — Muvakkithane
- 13 — Su tesisleri (Bentler, havuzlar, su kemerleri, su dehlizleri sebiller, çeşmeler)
- 14 — Umumî helâlar.

Bütün bu tesisleri hükümdarlar ve hayır sahipleri, bir karşılık beklemeden, fert olarak yaptırmışlar ve halkın hizmetine tahsis etmişlerdir.

Görülüyor ki o zamanlarda hükümetler, cemiyetler, belediyeler, vakıflar bu işlere karışmamışlar, sonradan halkın yararına olan bu müesseseler, hükümetler, belediyeler ve amme menfaatine hâdim cemiyetler tarafından yaptırılmış ve evvelce fertler tarafından yaptırılan bir kısım hayır müesseselerinin idaresi de vakıflara bırakılmıştır.

Fertler tarafından böylece bu müesseseler yaptırılırken muhtelif amaçlar güdülmüş, bir kısmı sırf hayr olsun diye, bir kısmı mallarını müsadereden korumak için, bir kısmı çocuklarına bir mayişet aracı, mütevellilik bırakmak düşüncesiyle, bir kısmı ise emlâkinin mirascıları tarafından satılmasını önlemek için bu tesisleri yapmışlardır. Ama ne olursa olsun hepsi de tebrike ve tebciye lâyıktır ve rahmetle anılmalıdırlar.

Eskiden, imaret üzerine başka bir imaret yapılamaz, İmaretler zorla alınamaz, yeni bir imaret yapmak için de vakıf olmayan ve sırf mülk olan bir yer bulmak gerekir, imaretler başka bir şekle de sokulamazdı. İmaret lügatta «mamura etme, küçük kabile, inşaat, fıkara ve medresede okuyanlara verilmek üzere ekmek, çorba v.s. pişirmeye mahsus mahal olarak» tarif edilmiştir. Bizde imaret, talebelere ve fakirlere verilmek üzere aş pişirilen yerlere denmiştir. Bu amaçla kurulan imaretlerin kaldırılması, tahsis şeklinin değiştirilmesi mümkün değildir. Bunu önlemek için çok sıkı hükümler getirilmiştir. Bu hayır müesseselerini yaptıranlar fert olduğuna göre ki hükümdarlar da bu tanımlamaya dahildir, burada artık kamulaştırmadan bahsedilemez. Esasen ferdin kamulaştırma hakkı yoktur. Bu hayır tesislerinin başta imaret olmak üzere asla istimlâki ve tasarruf şeklinin değiştirilmesi cihetine de gidilmemiştir.

Halkın hizmetine vakfedilen bu tesislerin vakfiyelerinde bunu önleyici kesin şart ve kayıtlar vardır. Şart-ı vakıf nasrı şer'î gibidir. Yani vakfın şartları şer'î hüküm, kanun olarak kabul edilmiştir. Bu düstura göre yukarıda da belirttiğimiz gibi bu tesisler kamulaştırılmaz ve kullanma şekilleri de değiştirilemez.

Eskiden hükümdar sarayları hükümet konakları, daireler, kışlalar ekseriya kamulaştırma yoluyla değil, tahsis ile yapılmış ve kullanılmamıştır.

Osmanlı Devletin İstanbul'da hükümet işleri bidayette Topkapı Sarayında, sonraları Babı Âlide (Şimdiki vilâyet binasında), meşihat işleri şeyhülislâm kapısında görülmüştür.

Kâdî askerlerin, kadıların, nâiplerin ayrı ve özel binaları vardı. Babı Âli sadrazamlar için hem ev ve hem de iş yeri olmak üzere XVI. Asırdan sonra yaptırılmıştır. İlk bina 1838 senesinde yanmış, yeniden yaptırılırken genişletilmiştir. Kadılar ekseriya kendi konaklarında vazife görmüşlerdir. Ağa kapısı (Yeniçeri Ağası binası) 1826 senesinde yaptırılmıştır.

Askerî zaruretler gereği yaptırılan kışla ve askerî mektepler için yer temininde hiç bir zaman güçlük çekilmemiştir. Bunlar ekseriya şehir dışında ve mirî arazi üzerinde yaptırılmışlardır. Düşman taarruzundan korunmak için şehirler etrafına kazılan hendekler için sahiplerine para verildiğine dair bir kayda rastlanmamıştır. Yollar ve su kanallarına gelince, bunların yapımında örf ve âdete göre hareket edilmiştir. Yol genişliğinin üç arşından az olmayacağına dair bir hadis olduğu söylenir. Evvelce şehirlerde bu hadîse dayanılarak üç arşından dar olan sokakların genişletilmesi cihetine gidildiği de görülmüştür. Yine eskiden Sultan düğünlerinde gelin alayları geçerken, alayın önünde giden yeniçeri zorbalarının dar sokaklardaki evlerin cumbalarını, alayın geçmesini temin için, ellerindeki baltalarla yıktıkları hikâye edilmiştir. Cami alanlarının genişletilmesi için fetva verildiği görülmüş ancak yolların genişletilmesi için fetva verildiğine dair bir kayda rastlanmamıştır.

İslâmın Meşhur Şehirleri adlı bir kitapta, Küfe'de, Basra'da, Bağdat'ta kırk arşın genişliğindeki sokaklardan ve meydanlardan bahsedilmiştir. Rus Müsteşriki Bartold, İslâm Medeniyeti tarihinde bu hususta geniş malûmat vermiştir. Kâbe'nin genişletilmesi için de yer alındığı söylenirse de bunun zamanı hakkında kesin bir bilgi yoktur. Buna karşılık Kâbe'nin genişletilmeyerek olduğu yerde bırakılması hakkında İmam Malik'in bir içtihadı olduğu da söylenir. Halifeler devrinde bu gibi tasarruflar Halifenin iradesine iktiran edince yürürlüğe girerdi. Sultan Fatih'in kanunları da iradeleriyle yürürlüğe girmiştir.

Mecelleyi Ahkâmı Adleyenin baştarafındaki mazbatada, içtihat hükümlerinin hükümdarın iradesine iktiran ettiği anlatılmıştır. Kur'anı Kerim'in Şura suresinin 38. Ayetinde «ve emrühüm şura beynehüm emri, hükümet» teşkilinden ve Kema tekûnu yuvellâ aleyküm hadisi de her asra her millete göre hükümet kurulacağından bahseder.

Şeyhülüslâm Ebussuut Efendi bir fetvasında, kamunun gereksinmesi için su yollarının ve suyun geçeceği yerlerin değer ve bahası verilmek suretiyle alınacağı hususunda icazet vermiştir. Ekseriya bu su yolları köy ve kasaba halkına ait olup bu gibi tesisler hep rıza ile ve imece yani ammece yapılmış ve asla kamulaştırma cihe-tine gidilmiştir. Mimar Sinan'ın, Kanuni Sultan Süleyman'a kırk çeşme suyunun imece usulüyle İstanbul'a getirtilmesini teklif ettiği Padişahın bunu kabul etmeyerek Bizanslılardan kalan ve Sultan Fatih tarafından şehir halkına vakfedilen kemerlerden faydalanmak suretiyle, devlet namı hesabına bu suyu şehre getirdiği, ancak Süleyman Camii ve müstemilâtı için lüzumlu su tesisatına kendi parasıyla yaptırdığı malûmdur.

Şahıs eliyle İstanbul'a getirilen suların sayısı onaltıdır. Bunlara ilâveten yapılan çeşmeler ve sebiller ise pek çoktur. Bu tesisler de hep değer ve pahası verilmek suretiyle yaptırılmıştır. Görülüyorki cami yaptırmak için dahi kamulaştırma yoluna gidilme-miş ancak Tanzimattan sonra duyulan gereksinmeler üzerine bu yo-la başvurulmuştur.

İslâm Hukukunda kamulaştırmada fıkıh ilminin şu ilkelerine dayanılmıştır :

- 1 — Zararı âmîmî def için, zararı hâs ihtiyar olunur.
- 2 — Raiyye yani teb'a üzerine tasarruf maslahata menuttur.
- 3 — Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar.
- 4 — Zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur.

Bu kuralların açıklanmasına gelince :

1 — Umuma zarar veren bir şeyi kaldırmak için bir şahsın veya bir müessesenin zararı, zarara girmesi göze alınmalıdır. Ehliyet-siz bir doktorun şehir halkına zarar verdiği anlaşılırsa doktorluk-tan men edilmesi, keza şehir halkına zarar veren fabrikaların şehir dışına çıkartılması bu kurala göre mümkündür.

2 — Devleti ntab'a üzerindeki tasarrufları bir fayda temini için olmalıdır. İşte bu kurala dayanılarak kamunun faydası için bir kim-senin mülkü değer ve bahası verilmek suretiyle yola kalbedilebilir.

3 — Bir gereksinme varsa memnu olan şey yapılır veya yapıl-ması tecviz edilir.

4 — Zaruret sebebiyle yapılan şey ancak o zarureti defedebile-cek kadar olmalı, fazla ileriye gidilmemelidir.

Mecellenin 1216. maddesinde (Ledelhace emri sultani ile bir kimsenin mülkü kıymeti ile alınıp yola kalbolunabilir. Parası verilmedikce yedi nez edilemez) demek suretiyle kamulaştırma hükmü böylece bir prensip altına alınmıştır. 1855 tarihinde çıkartılan bir nizamnamede, umumun yararına olan demiryol, cedvel ve nehirlerin geçeceği yerlerin yapılması, yolların genişletilmesi, beldenin temizliği ve güzelleştirilmesi için alınması gereken arazi tarla, hane vesair mülklerin aşağıda gösterilen usulle ve lâyik kıymeti verilmek suretiyle satın alınacağı açıklanmıştır. Dikkat edilecek olursa burada da kamulaştırma ve cebren temellük deyimleri kullanılmamıştır. Nizamnamede bu işleri kimlerin yapacağı, kıymetleri takdir edecek bilirkişilerin ne suretle seçileceği ve hazırlanacak mazbataların hangi makam tarafından onaylanacağı açıklanmış ve bütün bunlarda yani bu işlemlerde değer bahanın tamamen verileceği ondan sonra sahibinin mülkünden elinin çektilirileceği kesin olarak belirtilmiştir.

Kamulaştırma ile ilgili mevzuat arasında 1280 tarihli yollar ve binalar nizamnamesi, İstanbul Belediye İdaresi Nizamnamesi, 1293 tarihli Kanuni esasi, İstanbul Belediye Kanunu, Vilâyet ve Belediye Kanunu ve nihayet umumi menfaat için istimplâk kararnamesi, Ebniye Kanunu (Binalar Kanunu) İstanbul'da ve vilâyette belediye dairesi namına kamulaştırılacak mahallerin ne suretle alınacağı hakkındaki 1329 tarihli muvakkat kanunu zikretmek gerekir.

Görülüyor ki umumun yararı için yapılması gerekli tesisler bi-dayette hep fertler tarafından ve hayır için yapılmış ve bu tesisler için gerekli arazi, bina vesaire keza sahiplerinin rızasıyla ve muhakkak değer ve bahası peşin verilerek satın alınmıştır. Sonraları kamu hizmetlerinin çoğalması ve bu hizmetlerin hükümet, Belediye ve Köy İdareleri tarafından yerine getirilmesi zorunluluğu doğmuş ve bu nedenle özel mülkiyet hakkının kısmen veya tamamen kaldırılması demek olan kamulaştırma hukuku Anayasal haklar arasına girmiş ve böylece bu hukuk şahıs ve kamu yararları gözönünde tutulmak suretiyle yasalarla düzenlenmiştir.

Bu hukukun oluşturulmasında bir çok teoriler gözönünde tutulmuştur.

Ferdiyeci teoriye göre, mülkiyet hakkı ne kadar kutsal ise kamulaştırmada o kadar sakınılacak ve çok kuvvetli teminata bağlanacak bir müessesedir. Burada kamu yararı anlamı daima titiz-

likle kontrol edilmeli ve genişletilmemelidir. Ancak bu suretle sosyal hayatın zorunluğundan doğmuş bu müessese idarenin keyfi bir icra vasıtası olmaktan kurtarılır.

Sosyalist düşünceye göre, kamulaştırmak istisnaî değil mutad bir tahdit yolu gibi ele alınmıştır ve bu yol zaruretler oranında yasaldır. Bu haliyle kamulaştırmanın özel mülkiyete bir tecavüz olduğu ileri sürülemez. Bundan başka bir de üstün aynı hak nazariyesi vardır.

Fransız İhtilâline (1789) gelinceye kadar bir çok yerlerde bu prensipten bahsedildiği görülmüştür. İslâmiyette de müminlerin emiri olan halifenin özel mülkiyet üzerindeki selahiyetinin üstün aynı hak olduğu ileri sürülmüştür.

Bunu rakabe hakkı yani devletin genel hakkı, erazi üzerinde genel hakimiyeti olarak da tanımlamak mümkündür. O halde devlet zaruret halinde bu hakkını kamulaştırma yoluyla kullanmalıdır.

Rousseau kamulaştırma hakkını sosyal sözleşmeye dayandırmaktadır. Ferdin bir taşınmaz üzerindeki hakkı cemiyetin bütün taşınmazlar üzerindeki hakkına bağlıdır. Buna rağmen Fransız inkılabı mülkiyete en aşırı ferdiyetçi şekli vermeye çalışmıştır.

Modern anlayışa göre bugün mülkiyet sadece bir hak değil aynı zamanda sosyal bir görevdir. Birçok anayasalarda millî refahın sağlanması için mülk sahiplerine bir çok görevler yükletilmiştir. Mülkiyet hakkı genel menfaata uygun olarak kullanılmalıdır.

Ve İmar Anayasasınının 153 üncü maddesinde (toprağın bölüşülmesini ve istismarını, kötü kullanılmasını önlemek ve her Alman vatandaşına sıhhi bir mesken ve her kalabalık aileye gereksinmelerine uygun bir meskenle birlikte bir işletmeyi temin etmek devlete aittir ve bu işler devletce murakabe edilir) diye ifade edilmiştir.

Mesken ihtiyaçlarını gidermek ve dahilî yerleşmeyi kolaylaştırmak ve ziraatı verimli hale getirmek için gerekli eraziler bu esasa göre kamulaştırılabilir. Erazi sahipleri cemiyete karşı toprağı ekip biçmek ve verimli hale getirmekle yükümlüdürler.

Mülkün, sarf olunmuş bir mesaiye dayanmayan kıymet artışlarından mülk sahibi yararlanamaz. Bütün taşınmaz servetler ve iktisaden kullanılmaya elverişli bütün tabii kuvvetler devletin murakebesi altındadır.

1921 de Polonya'da, Danzick serbest şehri anayasasında ve nihayet 1946 tarihli Fransız Anayasasında buna mumasil hükümler vardır.

Bizde mülkiyet hakkına ilişkin anayasa tadillerinde, sonradan kaldırılan çiftçiyi topraklandırma kanununda, orman kanununa bazı hükümlerin eklenmesine dair kanunda ve bir süre uygulanan Millî Korunma Kanununda hep bu modern mülkiyet karvamından ilham alınmıştır.

Demek ki muasır hukukda, devletin özel mülkiyet üzerinde büyük bir kontrol hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Gerçekten özel mülkiyet sosyal bakımından cemiyete yararlı olmalı ve gerekirse bu yarar sağlanmalıdır.

Ünlü Alman hukukcusu Jhering, Hukukun Tekâmülü adlı eserinde kamulaştırma mülkiyet hakkına tecavüz şeklinde düşünülürse önemi kavranılmamış olur. Cemiyeti ferd açısından görenler, ele alanlar ancak böyle düşünür demiştir. Zamanımızda kamulaştırma sosyal bir değeri olan bir müessesedir.

Bilindiği gibi mülkiyet hakkı sosyal bünye içinde bir takım kayıtlara tabii tutulmuştur. Esasen kamulaştırma hakkı da aynı zorunluk altında tanınmıştır. Bu hakkında kötüye kullanılmasını önlemek için tedbirler alınmış bu hususdaki kanunlarda kamu idaresiyle özel mülkiyet sahiplerinin hak ve borçları, yükümlülükleri daima daima açık ifadelerle belirtilmiştir.

9.7.1961 gün ve 334 sayılı Anayasamızın değişik 38. maddesinde (Devlet ve kamu tüzel kişilerin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıkları peşin ödenmek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malları kanunda gösterilen esas ve usullere göre kısmen veya tamamen kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkili) olduğu ifade edilmiştir.

Gerek bu madde de, ödenecek karşılığın, taşınmaz malın tamamının kamulaştırılması halinde, malikin kanunda gösterilecek usul ve şekle uygun olarak bildireceği vergi değerini, kısmen kamulaştırma halinde, kamulaştırılan kısma düşen vergi miktarını aşmayacağı açıklanmıştır. Ancak kamulaştırılan taşınmaz mal karşılığını, vergi değerinden az takdiri halinde, malikin itiraz ve dava hakkı vardır.

Çiftçinin topraklandırılması, Ormanların devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskân projelerinin gerçekleştirilmesi ama-

ciyle kamulaştırılan mal ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprak bedellerin ödeme şekillerinde kanunla gösterileceği belirtilmiştir.

Kanun taksidi ön görmüş ise, Çiftçiyi topraklandırma, ormanların devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskân projelerinin gerçekleştirilmesi hallerinde bu taksit süresi 20, kıyıların korunması ve turizm amacıyla yapılacak kamulaştırmalarda ise 10 yılı aşmıyacaktır. Taksitler eşit olarak ödenecek ve kanunla gösterilen faizleride verilecektir. Kanunda kamulaştırılan toprağı doğrudan doğruya işleyen çiftçilerle küçük çiftçiler lehine ayrıcalık hükümler gösterilmiştir.

Bugüne kadar doğrudan doğruya veya dolayısıyla kamulaştırmaya ilişkin bir çok kanun ve kararname neşredilmiş, bunlardan bir kısmı kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırılmış bir kısım kanunlarda da bu kanunlara atıfta bulunulmuştur.

31.8.1956 gün ve 6830 sayılı İstimlâk Yasasının birinci maddesinde (amme hükmî şahısları ile müesseseleri tarafından umumî menfaatler için lüzumlu işlere tahsis edilmek üzere hususi şahıslara ait gayrimenkullerin, kaynakların istimlâki ile, hususi şahıslar lehine mahsus kanunlarına müsteniden yapılacak istimlâklerin bu kanun hükümlerine tabi olacağı yazılmıştır.

Görülüyorki bu maddede kimler lehine istimlâk yapılabileceği ve istimlâkin kimler arasında ceryan edeceği açıkca belirtilmiştir. Lehine istimlâk yapılabilecek kuruluşların, Devlet, Hususi İdare, Belediye, Köy Tüzel Kişileri ve bir de Devlet Bütçesi içerisinde döner sermayeli kamu kuruluşları, katma bütçeli fakat muhtar olmayan kamu kuruluşları, keza devlet bütçesi içerisinde katma bütçeli döner sermayeli muhtar kamu kuruluşları, 3460 sayılı kanuna tabi iktisadî devlet teşekkülleri, Millî Korunma Kanununa göre kurulan kamu kuruluşları İller Bankası, şirket halinde kurulan kamu kuruluşları ve tamamen anonim şirket niteliğinde kurulan kamu kuruluşları ve İşçi Sigortaları Kurumu olarak gösterilebilir.

Uygulamasından kısa bir zaman sonra 6830 sayılı kanunun birçok aksaklıkları görülmüş ve 4/11/1960 gün ve 122 sayılı kanunla bu yasanın bazı maddeleri değiştirilmiştir.

İstimlâk Kanununun neşrinden sonra dahi kamulaştırılma ile ilgili bir kısım kanunlar da çıkarılmıştır. (3462 sayılı Ereğli Demir Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi Kanunu, 7269 sayılı Umumi hayata müessir afetler dolayısıyla alınacak tedbirlerle yapılacak

yardımlara dair kanun, 221 sayılı amme hükmî şahısları veya müesseseleri tarafından fiilen amme hizmetlerine tahsis edilmiş taşınmazlar hakkındaki kanunlar) bu arada zikredilebilir.

22/9/1971 günlü Resmî Gazete'de neşrolunup yürürlüğe giren 1488 sayılı yasa ile, Anayasa'mızın 38 inci maddesi değiştirilmiş ve böylece yukarda da bir nebze anlatıldığı gibi kamulaştırılan malın gerçek değeri yerine, mal sahibinin bildirdiği vergi değeri esası getirilmiştir.

Eski metinde gerçek karşılığın peşin ödenmesi ilkesi kabul edilmiştir.

6830 sayılı yasanın 3 üncü maddesinde de (Kamulaştırmanın, ancak bunu yapacak idarenin kanunen ifasına memur bulunduğu kamu hizmetinin veya girişiminin yürütülmesine gerekli taşınmaz malların ve kaynakların bu kanun hükümleri dairesinde değer ve bahası peşin verilmek koşulu ile, yapılabileceği) açıklanmıştır.

Yapılan değişiklikle, gerçek karşılığın ödenmesi ilkesi, vergi değerine dönüştürülmüş, ancak Anayasa'nın değiştirilmeyen 39 uncu maddesiyle, kamu hizmeti niteliğini taşıyan özel teşebbüslerin kamu yararı olan hallerde, gerçek karşılığı kanunda gösterilen şekilde ödenmek suretiyle devletleştirilebileceği esası aynen bırakılmıştır. Ve gene yukarda da açıklandığı gibi bazı hallerde peşin ödeme yerine taksitle ödemede kabul edilmiştir.

6830 sayılı kanunun, Anayasanın getirdiği bu kurala aykırı düşen 3 üncü maddesi, Anayasa Mahkemesinin 10/4/1973 gün ve 53/16 sayılı kararıyla iptâl edilmiş ve 6830 sayılı yasanın Anayasa'nın değişik 38 inci maddesine aykırı düşen bu maddenin değiştirilmesi için bir yıllık süre tanınmış ve sürede 22/9/1974 tarihinde sona ermiştir. Bu süre içinde bu değişiklik yapılamadığından bu tarihten sonra kamulaştırmalarda vergi değeri esası uygulanmaya başlanmıştır.

Bu suretle kanun koyucu ahlâk prensiplerinden hareketle taşınmazların gerçek değerinin, vergi beyannamelerinde mülk sahipleri tarafından hür irade ile belirtilmesini amaçlamış ve kamu yararına kamulaştırma halinde de bildirilen ve doğru olduğu kabul edilen bu değer ödenmesi esasını kabul etmiştir.

Taşınmaz malın ilerde kamulaştırılacağı düşünülerek değeri bu sebeple ve kötü niyetle fazla gösterilmesi hallerinde idarenin değer azaltılmasını dava yoluyla isteyebileceği ,buna karşılık vergi

kaçırmak maksadiyle taşınmaz malın değerini az gösteren yük sahibinin kamulaştırma halinde bedelin fazlalaştırılması davası açılmıyacağı esası kabul edilmiştir.

Para Değerinin düşmesi, taşınmaz mal fiyatlarında anormal veya bölgesel artışlar olduğu takdirde, iyi niyetli mal sahiplerine değer çoğaltma davası açmak hususunda yasal olanak verilmesi üzerinde de durulmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA

- 1 — Türkiye'de Şehirciliğin İnkışâf Tarihi *Osman Nuri ERGİN*
- 2 — Türk Şehirlerinde İmaret Sistemi *Osman Nuri ERGİN*
- 3 — Belediye Teşkilât Tarihi *Osman Nuri ERGİN*
- 4 — İstimlâk Hukuku ve İlgili Mevzuat *Lütfü DALAMANLI*
- 5 — İslâm Medeniyeti Tarihi 'Bartold, 1963 terc. *Hüseyin Cahit AKÜZÜM*
- 6 — Hukuku Şuvari «Şehirler ve Kasabalar Hukuku» *Ali SUAVİ*
- 7 — İslâm İlmihali *Ömer Nasuhi BİLMEN*
- 8 — Mecellei Umuru Belediye *Osman Nuri ERGİN*
- 9 — Çandarlı Ailesi Ruznamesi, 1331
- 10 — Türkiye Muhalif Tarihi *Osman Nuri ERGİN*
- 11 — Anayasa Değişikliği Karşısında Kamulaştırma, 1974 *Ali ARCAK*
- 12 — Le contrat social *Rousscau*
- 13 — L'esprit des lois *Montesquiëu*
- 14 — Kur'an-ı Kerim Hükümleri ve Modern Hukuk, İstanbul, 1963
Mustafa Reşit BELGESEL
- 15 — İstilahatı Fıkhîye Kamusu *Ömer Nasuhi BİLMEN*
- 16 — Anayasa ve İlgili İstimlâk Kanunları.

**MİRASÇILIK SIFATININ YİTİRİLMESİ
VE BENZERİ HALLER**

ESAT ŞENER (*)

GİRİŞ :

Mirasçılık sıfatının yitirilmesi ile, mirasda pay alamamak durumuna düşmek ayrı şeylerdir. Bununla beraber, hukukî nitelikleri ve sonuçları bakımından ortak yanları da çoktur. Fakat buna rağmen tümünü içine alabilen bir «hukukî kavram» henüz bulunmuş değildir. Onun için mirastan ıskat (M.K. 457) mirastan mahrumiyet (M.K. 520) mirasta feragat (M.K. 475) ve mirası red (M.K. 545) müessesesini, «*Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi*» deyimi adı altında bir araya getirip ortak ve ayrık yönlerini, niteliklerini ve doğuracakları sonuçları bir arada açıklamaya çalışacağım.

I — MİRASTAN ISKAT :

Mirastan ıskat sebepleri sadece miras hukukunu değil, borçlar hukuku ve evlâtlıkla ilgili hükümleri de kapsar nitelikte (1) bulunduğu için önce mirastan ıskat konusu incelemeye başlayacağım.

1. ISKATLA İLGİLİ GENEL BİLGİ :

A) İskatın Şekli :

İskat, ölüme bağlı tasarrufla olabilir. (M.K. 457) ölüme bağlı tasarruf (M.K. 461) iki çeşittir. Biri vasiyet (M.K. 478) diğeri miras mukavelesi (M.K. 492).

Kanun Koyucu, ayırım yapmadan ölüme bağlı tasarruftan söz etmiştir. Oysa, ıskat, tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğuran hukukî muamelelerden olduğu için, vasiyetname çeşitlerinden birisi

(*) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı.

(1) Medenî Kanununun 258. maddesinde mirastan ıskat sebeplerinin gerçekleşmesi halinde, evlât edinenin, evlâtlık sözleşmesini ortadan kaldırılmasını hâkimden isteyebileceği öngörülmüştür.

B.K. 244/2. maddesinde bağıştan dönme (rücû) sebepleri, Medenî Kanununun 457. maddesinde ıskat için sayılan sebep ve olayların tekrarından ibarettir.

ile yapılabilirdi. Ama kanunun metnine sadakat gösterilerek, miras mukavelesi ile de ıskatın yapılabilirdi kabul edilmekle beraber, hemen bütün hukukçular, «ıskat» miras mukavelesi ile yapılsa bile miras bırakanın tek taraflı irade beyanı ile bundan dönülebileceğini kabul etmektedirler. Bu düşünce tarzı ile hem kanunun sözüne saygı gösterilmekte, hem de, özünden ayrılmaktadırlar. (2)

Gerçekten de aksi düşünülemez. Bize göre de bu yorum yerindedir. Esasen kanunda «vasiyet yolu ile» deyimini yerine dikkatsizlik sonucu, «ölüme bağlı tasarruf» sözüne yer verilmiştir. Metin öylesine açıktır ki aksine bir yorum tarzı, bir yerde hukuku gereksiz yere zorlamak anlamına gelir.

Kaldığı, miras mukavelesi yolu ile ıskata imkân verilmiş olması bir yarar da sağlamamaktadır. Şöyleki : Hiç kimse miras bırakanı ile bir araya gelip kendi aleyhinde sonuç doğuracak bir miras mukavelesi yapmaya yanaşmaz. Bir an için böyle bir anlaşma yapıldığı farz edilse bile, bu sözleşme ıvazsız (karşılıksız) mirastan feragat (M.K. 475) niteliği alır. (3).

Öte yandan, miras bırakanın bir mirasçısı ile yapacağı miras mukavelesinde saklı pay sahibi bir başka mirasçının mirastan ıskatı hakkında hüküm koyması ahlakî olmaz. Çünkü : Miras bırakanın *ıskat tasarrufunu vasiyet yolu ile gerçekleştirmesi mümkün iken, araya başka mirasçıyı koyması uygun bir davranış değildir.*

Diğer taraftan, böyle bir imkân, hakkın kötüye kullanılmasına ve mirasçuları biri birine düşüren çirkin bir uygulama yolu açacağı için de sakıncalıdır. İşte bu sebeple Medenî Kanununun 457. maddesinden «ölüme bağlı tasarruf» deyiminin çıkarılması, yerine «vasiyet yolu ile» kelimelerinin konması yararlı olur. Medenî Kanun ön tasarısı bu konuya açıklık vermemiştir. Komisyonun tasarısı gözden geçirmesi sırasında anılan değişikliği yapması uygun düşer.

B) İskat sebeplerinin tesbiti için mahkemeye başvurulamaz.

Herşeyden önce Kanunda, ölüme bağlı tasarruftan söz edilmiştir. Onun için mahkemeye başvurulamaz. Öte yandan, böyle bir

(2) Prof. Zahir İmre, Türk Miras Hukuku, 1968 Sh. 359; Prof. A. ESCHER İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Miras, S. Şakir Ansay çevirisi, 1949 Sh. 185, Not. 4; Prof. Rossel. Hâkimlere mahsus Kanunu Medenî Şerhi, Adalet Bakanlığı Yayını, Cilt : 2, Sh. 569, Prof. A. Naim İnan, Miras Hukuku 1969, Sh. 233; Prof. Kemal Oğuzman, Miras Hukuku Dersleri, 1973 Sh. 215; A. Himmet Berki, Miras ve Tatbikat, 1946 Sh. 211.

(3) İnan, Age. 234, Escher Age 185.

dava hukuk açısından «tesbit davası» olur. Tesbit davası ise, eda davasının öncüsüdür. (7.7.1965 günlü ve 5/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı) olayda miras bırakanın açabileceği bir eda davası yoktur ki, onun öncüsü olmak üzere tesbit davası açılabilir. Mirasçılarının açacağı bir dava da mevcut olmadığına göre halefiyetten de söz edilemez. *Ölümlü halinde dava açacak olan, mirastan ıskat edilen saklı pay sahibi mirasçısıdır.* Hiç kimse kendi yararına bir dava açmaya zorlanamayacağı (H.U.M.K. 79) için miras bırakan mirasçıyı ileride açacağı bir eda davası için tesbit davasına zorlayamaz.

Diğer taraftan dava, «kanunun koruduğu yarar» dır. Kanun miras bırakanı tek taraflı irade beyanı ile ıskat imkânı vermişken, bunu mahkeme kararı ile ayrıca pekiştirmek istemesinde hukukî yarar da yoktur. Son olarak tesbit davasının şartlarından olan «hukukî münasebet» şartı da olayda bulunmamaktadır. Öyle ise bir kimse sağlığında «ıskatın dayanağı olan olayların tesbiti için dava açamaz.» (4) Yargıtayın görüşü de bu doğrultudadır.

C) Kimler ıskat edilir ?

Kanun, mirasçılarının bir kısmını saklı pay gibi bir imkânla donatırken, onları da miras bırakan ve yakınlarına karşı saygılı olmaya ve yine kanunda öngörülen yükümlülüklerle bağlı kalmaya zorlamış, Sayın Escher'in deyimi ile (5) «bir çeşit emniyet sübabı» meydana getirmiştir. Yani, saklı payı haklı kılan sebep ortadan kalkarsa ıskat, miras bırakan için bir hak olur. Bir yönü ile de ıskat, ailede adalet hislerini tatmin eden bir araç olur. (6) Böylece o mirasçı yokmuş gibi miras, diğer hak sahiplerine geçer. (M.K. 458 / Son.)

Onun için mirastan ıskat, ancak saklı pay sahibi mirasçılar hakkında uygulanabilir. (7) Saklı payı olmayan mirasçılarının vasiyet yolu ile zaten mirastan yararlanmaları mutlak olarak önlenilebileceği için ıskat zorunluluğu yoktur. (8) Bununla beraber, miras bırakanın ıskat etmiş olması halinde o kişi, ıskatın gereksizliğini isbat hakkına sahip olmadığından, vasiyet o yönü ile geçerlidir.

(4) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27.3.1954 günlü ve 1681/1972 sayılı kararı (Atasoy - Yazıcı, Şahıs, Aile, Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin kararları, 1970 Sh. 888).

(5) Escher, Age, Sh. 183.

(6) Escher, Age, Sh. 183; Prof. Nuşin Ayiter, Miras Hukuku, 1971, Sh. 126.

(7) Escher, Age, Sh. 186; Prof. Samim Gönensay, Prof. Kemalettin Birsen, Miras Hukuku, 1956 Sh. 61.

(8) İmre, Age. Sh. 352; Y. H. Dairesinin 9.1.1953 günlü ve 78/29 sayılı kararı.

Bir noktaya işaret etmekte yarar vardır. İskat, genellikle kusurlu bir davranışın cezası olduğu için küçükler ve temyiz kudretinden yoksun olanlar mirastan iskat edilemez. (9) Ancak, mümeyyiz küçükler ve ihtiyarî hacir altına alınanlar iskat edilebilirler.

Bir kimse kendi kusuru ile geçici olarak temyiz kudretini yitirmiş ve bu sebeple ıskata yol açan bir davranışı olmuş ise, iskat olunabilir. (10) Meselâ : İçki içerek şuursuz hale gelip suç işleyen saklı pay sahibi mirasçı, şartları varsa bu hareketinden dolayı ıskat edilebilir.

D) Talikî şarta bağlı iskat olmaz.

Bu konuda görüşler değişiktir. Bir kısım hukukçulara göre, mirastan iskat sebebi, ölüme bağlı tasarruf yapılırken mevcut olmalıdır. Bu yön herşeyen önce kanunun metninde vardır. Aksi düşünülürse, Prof. Escher'in abartarak verdiği örneğe göre (11) henüz doğmamış kişinin bile doğduktan sonra yapacağı muhtemel hareketten dolayı mirastan iskat edilebileceği yolunda garip ve yanıltıcı sonuçlar çıkabilir. (12) Karşı görüşü savunanlara göre ise, iskat sebebi önceden beyan edilirse, ölüme kadar mirasçıların dengeli davranmaları sağlanır. Miras bırakanın akıl veya başka bir hastalık sebebi ile temyiz kudretini yitirmesi halinde zarar önlemiş olur. (13)

Bize göre : İskat sebepleri kanunda yazılı olduğu için bunu zaten saklı pay sahibi mirasçı bilmektedir. Ayrıca ölüme bağlı tasarrufla tekrarlanması gereksizdir. Sanıldığı gibi bu oportünist düşünce, (14) aile otoritesini sağlayıcı bir etken de olamaz. Çünkü : Olay olur olmaz iskat mümkündür. Diğer taraftan, insan fikri değişkendir. Bugün ıskatı düşünen kişi yarın affedebilir. Zamanla, insan telâkkileri değişmektedir. Bir dönemde iskat sebebi sayılan ve günah kabul edilen davanın, zamanla doğru yani mübah olabilir.

Eğer miras bırakan bu arada hastalık sebebi ile temyiz kudretini yitirmiş ise, iskat hüküm ifade edecektir. Oysa, aklı erecek du-

(9) Escher, Age. Sh. 186; Oğuzman, Age. 214; Prof. M. Reşit Belgesay, Türk Medenî Hukuku Kanunu Şerhi, Miras, 1952, Sh. 41, İmre, Age. 357.

(10) Oğuzman, Age. Sh. 214.

(11) Escher, Age. Sh. 189.

(12) Escher, Age. Sh. 189; Rossel, Age. 569; Belgesay, Age. 41; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 62; Berki, Age. Sh. 209; İnan Age. Sh. 233.

(13) İmre, Age. Sh. 359 (Tuor'un görüşüne katılmakla beraber iki görüşün de ağırlığı olduğunu sözlerine eklemektedir.)

(14) Escher, Age. Sh. 189.

rumda olsa idi o bile hemen tasarrufunu değiştirecek idi. O halde tersine yorum, en azından ölenin arzusuna karşı saygısızlık olur.

Kaldığı Medenî Kanununun 458. maddesinde açıkça, ıskatın geçerli olabilmesi için ölüme bağlı tasarrufta, sebebinin belirtilmesinin zorunlu olduğu öngörülmüştür. Maddenin özü ve sözü ile, Medenî Kanununun 457. maddesinin birinci bendindeki (... cürüm işlerse...) ve 2. bendinde (... kusur istikâp eylerse...) deyimleri karşısında talikî şarta bağlı ıskatı geçerli saymak mümkün değildir. (14 a)

Ölüme bağlı tasarruflarda, *şartı mümkün gören Medenî Kanununun 462/1. maddesine* dayanan sayın İmren'in düşüncesine (15) katılamıyorum. Çünkü : Sözü edilen şartlar müsaleh veya miras mukavelesini yapan mirasçıya yüklenen borç, külfet ve şartlarla ilgilidir. İskatla yakın ve uzak ilişik yoktur.

E) İskat saklı payın tamamı hakkında olabileceği gibi bir kısmı için de olabilir.

İskat sebepleri gerçekleştiğinde, miras bırakan dilerse saklı payın tamamı, dilerse bir kısmı için geçerli olmak üzere (16) ıskat hakkını kullanabilir. Bunu engelleyen hüküm yoktur. Çünkü : Bu kural, kamu düzeni ile ilgili olmadığı için, kullanıp kullanmamakta miras bırakan tam bir serbestliğe sahiptir. Öte yandan ıskat hakkı, şahsa bağlı olup mirasçıya geçmez. Yani, mirasçılar kullanamazlar. Zaten ıskatı mahrumiyetten ayıran (M.K. 520) en önemli nitelik te budur.

F) Mirastan ıskat Af'la ortadan kalkar mı ?

a) Şekle bağlı Af :

Miras bırakan, ıskat sebebinin teşkil eden olayları af ederek ölüme bağlı bir tasarrufla ıskatı geçersiz hale getirebilir. (17) Çünkü : İskat şahsa bağlı mutlak hak olduğundan, miras bırakan hiç bir gerekçe göstermeden *af hakkını kullanarak ıskatı, ölüme bağlı tasarruflar şekillerinden birisi ile ortadan kaldıracaktır. Ancak rücu'da olduğu gibi* (M.K. 489) af sebebi ile ıskattan cayma, ıskatın yapıl-

(14a) Y. 2. H. D. nin 19.10.1967 günlü ve 3554/3410 sayılı kararı (Atasoy - Yazıcı, Sh. 893).

(15) İmre, Age. 358.

(16) Rossel, Age. Sh. 568; Ayiter, Age. Sh. 127.

(17) İmre, Ae. Sh. 361 - 362; Oğuzman, Age. 219; Escher, Age. 187; İnan, Age. 239, Ayiter, Age. Sh. 127; Gönensay - Birsen, Age. 64 - 65; Rossel, Age. 568.

dığı şekilde değil, ölüme bağlı tasarruflar için kanunun öngördüğü herhangi bir şekil ile (18) olabilir.

b) Şekilsiz af :

Tartışmalı olan, miras bırakanın sağlığında af şeklinde davranış belirtilerine ve hâttâ ilişkilerini normal hale getirmesine rağmen, ıskatla ilgili ölüme bağlı tasarrufu olduğu gibi bırakması halidir. Bu konudaki fikirler şöyle özetlenebilir.

aa) Bir kısım hukukçular, miras bırakanın sağlığında mirasçıyı af etmesi halinde Medenî Kanununun 520. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Oysa af hiç bir şeyi değiştirmez. (19) Çünkü : Miras bırakan insanî duygularla eylemi af edebilir. Lâkin, fiilin karşılığı olan «ıskat müeyyidesi» nin yürürlükte kalmasını düşünebilir. Zaten kanun koyucu, afa ıskatın kalkmasını öngörseydi mahrumiyette (M.K. 520) olduğu gibi af yönünden metine açıklık verirdi. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (20) bu yolda görüşünü açıklamıştır.

bb) Bir kısım hukukçular, şekilsiz bir afa ölüme bağlı tasarrufun ortadan kalkmayacağını, zira; İsviçre Medenî Kanununun hazırlanması sırasında komisyonda konunun tartışıldığını, «şekilsiz affın» ıskatı ortadan kaldıracığı yolundaki teklifin, Prof. E. Huber'in müdahalesi ile red edildiğini, böylece olayın açıklığa kavuştuğunu (21) savunmaktadırlar.

cc) Son bir görüş olarak ünlü Hukukçu Tuor demektedirki; (22) miras bırakan af edilip samimi ilişkilere girmiş, gerçekten olayları unutmuş ise, ıskat afa ortadan kalkar. Çünkü : Medenî Kanununun 459/3. maddesine göre, miras bırakan, unutkanlığı ve ihmali yüzünden veya hata sonucu rücû etmeden ölürse, ıskat tasarrufunun iptâli istenebilir. Öyle ise şekilsiz af geçerli olur.

dd) Bu görüşlere karşı eleştirilen ve kişisel düşüncemiz :

Her şeyden önce affın ispatı güç olduğu için sakıncalı bulunduğu gibi, çeşitli delil tasnilerine (uydurma delil bulmaya) yol açacağı içinde tehlikelidir.

(18) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 19.11.1972 günlü ve 5577/6472 sayılı kararı (Adalet Bakanlığı Kararlar Dergisi, 1973, Sh. 249).

(19) İmre, Age. Sh. 361; Escher, Age. Sh. 187, Not. 10/a; Ayiter, Age. Sh. 128; Oğuzman, Age. Sh. 219.

(20) İmre, Age. Sh. 361 (Federal Mahkemenin 1948 tarih ve 73/208 sayılı kararı).

(21) İmre, Age. Sh. 361; Escher Age. Sh. 187, Not. 9.

(22) İmre, Age. Sh. 361; Ayiter, Age. Sh. 128; Escher, 187 No. 10; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 65. Not : Sadece, Prof. İnan Age. Sh. 240 de, Tuor'un fikrine katılmaktadır.

Medenî Kanununun 459/3. maddesi ölüme bağlı tasarruf sırasında ıskatın sebebindeki yanılma ile ilgilidir. Miras bırakan, ıskatın sebebi bakımından yanılmış olup bu da ispat edilirse, ıskat tasarrufu iptâl edilebilir. Oysa, af bu etkiyi yapmaz. Yani af için delil bile dinlenemez. Çünkü : 459/3. maddenin afla hiç bir ilgisi yoktur.

Tarihi yorum, uygulamada ağırlık kazanmaktadır. Kanun komisyonunda konuşulurken ileri sürülen «şekilsiz af» ile ilgili teklif reddedilmesine rağmen Medenî Kanununun 520. maddesine af için açık hüküm konması karşısında «Şekilsiz Af'ın» ıskatı ortadan kaldırmıyacağına kabulü gerekir. (23) Yargıtay bir kararında (24) afla ancak ceza kovuşturmasını ortadan kaldırılacağını, M.K. nun 457. maddesi delâletiyle 258. maddeye göre, dava hakkının düşmeyeceğini kabul etmiş, böylece dolaylı olarak afla, ıskatın ortadan kaldırmıyacağı eğilimini göstermiştir.

II — ISKATIN ÇEŞİTLERİ :

Daha önce belirttiğimiz gibi ıskat, saklı payın bir çeşit «emniyet sübabı» olarak kanunda öngörülmüş olup (25) cezaî yönü olduğu kadar koruyucu niteliği de vardır. Onun için ıskat, uygulamada biri cezaî öbürü koruyucu olanak üzere ikiye ayrılmıştır. Biz de bu ayrımı esas almayı uygun ve gerekli bulduk.

A) CEZAÎ ISKAT :

Cezaî ıskat sebepleri Medenî Kanununun 457. maddesinde yer almıştır. Ancak, kanun koyucu, ayrıntıya girmemiş, genel hatları ile sebepleri açıklamıştır.

1. Miras bırakan veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlenmesi :

Mirasçılardan biri gerek miras bırakana, gerekse yakınlarına karşı ağır bir suç işlerse mirastan ıskat edilebilir.

a) Suçun izahı ve niteliği :

«Ağır suç» kavramı ile ağır hapis cezasını (26) gerektiren suç ya da Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren bir eylem (27) kast

(23) İmre, Age. Sh. 361 - 362 de bu görüşü savunmaktadır.

(24) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 14.6.1971 günlü ve 3910/3875 sayılı kararı (Kararlar Dergisi 1971, Sh. 325).

(25) I - 1 C.; Prof. N. Feyzioglu - Prof. Ümit Doğanay - Doçent Aytekin Aybay, Medenî Hukuk Dersleri, 1973, Sh. 369.

(26) T.C.K 13.

(27) C.Y.U.K. 421.

edilmemiştir. Federal Mahkemesinin haklı olarak ifade ettiği gibi, suçun ağırlığı, verilecek cezada değil eylemin niteliğinde (28) aranmalıdır. Gerçekten, ağırlık tesbit edilirken Ceza Hukukunun prensipleri değil, Medenî Kanunun ilkeleri ve özellikle olayların akışı, suçun işleniş şekli, miras bırakanda meydana getirdiği tepki ile çevrede bu olayın uyandırdığı etki ve duygular ile benzeri diğer durumlar gözetilmelidir. (29) Onun için eylem nitelenirken, subjektif unsura, yani amaca, niyete önem verilmeli, mirasçının miras bırakana aile bağlarını kesme anlamına gelecek bir davranış içinde olup olmadığı (30) takdir edilmelidir.

Suçun tam ya da eksik teşebbüs (TCK. 61, 62) halinde kalmış olması da ıskata engel değildir. (31)

Her hangi bir sebeple sanığın cezalandırılmamış olması veya şikâyetten vazgeçilmesi, yahut şikâyet yoluna başvurulmaması veya kamu davasının zaman aşımına uğraması (TCK. 102) ya da cezanın zaman aşımı yönünden yerine getirilememiş bulunması (TCK. 112) mirastan ıskatı önlemez. Suçun veya cezanın Özel Af (Anayasa, 97 TCK. 98) veya Genel Af (TCK. 97. Anayasa, 64) ile ortadan kalkması da ıskatı önleyemez. (32)

Iztırar halinde yahut nefsi koruma amacı ile (TCK. 49) işlenen eylemler ıskat sebebi olamaz.

Suçun her halde doğrudan doğruya işlenmesi (TCK. 64) de şart değildir. Suçun yardımcı olmak (TCK. 65) yani fer'i fail olmak ta ıskat için yeterlidir. (33)

b) Temyiz kudreti :

Temyiz kudreti olmıyanların işledikleri suç ıskatı gerektirmez. Meğerki kendi ihtiyari ile bu kudretten yoksun kalmış (34) Meselâ içki ile geçici şekilde temyiz kudretini yitirmiş olsunlar.

(28) BCE 76, II. 270 (İmre Age. 354, Dip not : 7).

(29) İmre, Age. Sh. 354, Escher; Age. 189; Oğuzman, Age. Sh. 213; Ayiter, Age. Sh. 128; İnan, Age. Sh. 235; Prof. Nacip Bilge, Özel Borç Münasebetleri, Borçlar Hukuku, 1970 Sh. 135; Prof. Kenan Tunçomay, Borçlar Hukuku, 1974, Cilt : 2, Sh. 235; Y. 2. H. Dairesinin 30.3.1976 günlü ve 2467/2802 sayılı kararı.

(30) Escher, Age. Sh. 189.

(31) Escher, Age. Sh. 190; No. 14, İmre, Age. Sh. 354; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 62; İnan Age. 235.

(32) Escher, Age. Sh. 189; Belgesay, Age. Sh. 41, Oğuzman, Age. Sh. 213; Ayiter, Age. Sh. 128, İnan, Age. Sh. 235; Yargıtay 2. H. D. nin 7.5.1965 günlü 2419/2440 sayılı kararı (Atasoy - Yazıcı, Sh. 888) Y. 2. H. D. nin 14.6.1971 günlü 3910/3875 sayılı kararı. (Kararlar Dergisi, 1971, Sh. 325), Rossel, Age. Sh. 568.

(33) İnan, Age. Sh. 235.

(34) İnan, Age. 235; Oğuzman, Age. 214; Escher, Age. 186; İmre, Age. 357.

Eylemde bulunan mirasçı, mağdurun miras bırakanın yakını olduğunu bilmiyor ise ıskat söz konusu olurmu ? Bazılarına göre suç işleyen durumu bilmiyorsa ıskat sözkonusu olamaz. Bir kısım Hukukçulara göre ise, suç işleyenin bunu bilmemesi ıskatı engellemez. (35)

Herşeyden önce kanun ayırım yapmamıştır. Öte yandan, bu yön sübjektif bir husus olup, bir şeyi bilip bilememek gibi iç dünyayı ilgilendiren bir konuda ispat gücülüğü açıktır. Onun için bize göre eylem gerçekleşince ıskat gerekir.

c) *Yakınlar neyi ifade eder ?*

Medenî Kanununun 457/1. maddesinde suçun miras bırakanın yakınlarından birisine karşı işlenmesi öngörülmüştür. Bu deyim, miras ve nesep ilişkisinin dışında, Medenî Münasebetlerin veya iş ilgisinin doğurduğu tüm halleri de kapsadığı açıktır. Bu ibareye, *arkadaş, nişanlı, sütanne, dadı, hizmetçi, mürebbiye, öğretmen, kâhya, ahretlik ve daha akla gelen herkes girer. Hepsinin birleşen bir yönü vardır. O da, miras bırakanın, kuvvetli sevgi, şefkat ve bağlılık hisleri ile bunlara bağlanmış olmasıdır.* (36) Amaç, miras bırakanın çeşitli iyi duygularla yakınlık duyduğu kişilere karşı işlenen suç yüzünden üzülmemesi, mirasçıdan kırılmaması, incinmemesidir. Sayın Oğuzman'ın dediği gibi, yakın deyimini, bir kimsenin seivncini ve kederini paylaştığı kişi olarak tanımlamak gerekir. (36a)

Kanun Koyucu suçları saymayı uygun bulmamış, bunları hâkimin takdirine bırakmıştır. Bu bakımdan, olayların özelliğine göre durum değerlendirilmelidir. Bir kısım suçlar vardırki, *can bütünlüğüne, ırz dokunulmazlığına, şeref tamlığına karşı işlenir.* Bunların ıskatı gerektireceği tartışmasızdır. Çünkü : Bu eylemlerin ağır suç niteliği taşıdığı söz götürmez. Buna karşılık bazı suçlar tereddüt doğurabilir. (İtip düşürme, sarhoşlukla itham gibi) Bu konuda takdir mahkemeye ait olmakla beraber (37) yorum ve değerlendirmede maddenin amacından saptırılmamasına özen gösterilmelidir. Aksi halde, maddeyi dar görüşle uygulamak haksız yere ıskatlara, hoş-

(35) İmre, Age. Sh. 355.

(36) İmre, Age. Sh. 354; Oğuzman, Age. 214; İmre, Age. Sh. 236; Escher, Age. 190; Feyzioğlu, Age. 173.

(36a) Oğuzman, Age. Sh. 214.

(37) İmre, Age. Sh. 354; Oğuzman, Age. Sh. 213.

görü ölçüsünü kaçırmak ise, suç işleyenleri mükâfatlandırmaya yol açar. İşte bu tür yanlış uygulamadan sakınmalıdır. (38)

2. Mirasçının, miras bırakana veya ailesine karşı kanunen yükümlü olduğu görevleri ağır şekilde yerine getirmemesi :

Bu hüküm, uygulamada en çok rastlanılan ve tartışmalara, uyuşmazlıklara yol açandır. Genellikle ıskat sebepleri bu hükme dayanmaktadır. Evlâtlık sözleşmesinin iptâlinde (Mk. 258) ve bağıştan dönmeye (Bk. 244/2) de büyük bir çoğunlukla bu konu, uyuşmazlığın temelini teşkil etmektedir.

a) Aile :

Konuya girmeden önce aile deyimini üzerinde durmakta yarar vardır. Medenî Kanununun 457/2. maddesindeki «Aile» deyimini Medenî Kanununun 457/1. maddesindeki «yakınlar» ibaresinden ayırmak gerekir. «Aile» kavramı, «yakınlar» deyimine göre dar anlamdadır. Çünkü : Aileden maksat, (fürü, eş, ana, baba, kardeşler ve birlikte yaşayan yakın kan ve sıhriyet ilişkisi olan) kimselerdir. (39)

b) İskatın Hukukî Dayanakları :

Karı koca bir birine sadakat ve yardım etmekle yükümlüdür. (Mk. 151) Bu görevler, eşlerin kanunen ayrı yaşamaları (Mk. 162/1, 138) veya ne sebeple, olursa olsun fiilen birliği tatil etmiş bulunmaları halinde dahi devam eder. Konu açık olduğu için ayrıntılı bilgi vermeye gerek yoktur.

Koca, eşini ve çocuklarını geçindirmek ve bir mesken temin etmek zorundadır. (MK. 152)

Geçim sıkıntısına (zarurete) düşen usul ve fürü birbirinden, (Mk. 315), yoksul kardeş de, refah içindeki kardeşten nafaka isteyebilir. (Mk. 316)

Ana, baba ve çocuk birbirine karşı, aile yararlarının gerektirdiği yardım ve saygıyı göstermek zorundadır. (Mk. 260)

Ana, baba, çocuklarını tedip hakkına sahiptir. (Mk. 267).

(38) Yarg. H.G.K. 15.6.1968 günlü ve 1117/462 sayılı kararı (Atasoy - Yazıcı, Age. Sh. 885) Yargıtay 1. H. D. nin 13.3.1962 günlü 9380/1813 sayılı kararı (Tunçomağ, Age. Sh. 237).

(39) Oğuzman, Age. Sh. 215; Feyzioğlu, Age. 174; Escher, Age. Sh. 477; Bilge; Age. Sh. 136; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 30.3.1976 günlü ve 2467/2802 sayılı kararı.

Çocuklar, ana babanın sözlerini dinlemek ev onlara itaat etmek zorunluğundadırlar. (Mk. 264)

Aile şerefi (Mk. 24) ortaktır. Bunu hep birlikte korumakla yükümlüdürler.

Medenî Kanununun 457/2. maddesi elastiki bir bünyeye sahiptir. Hâkimin takdir hakkı geniş ve önemlidir. Öyle davranmalıdır ki, kanun amacından sapmasın, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin yerleşmiş görüşü olarak kararlarında belirtildiği gibi (40) basit olaylar ıskat sebebi sayıldığı takdirde, mirasçı miras bırakanın baskısı altında tutulmuş olur ki, bu durum insan kişiliğini olumsuz şekilde etkiler. Buna karşılık, aşırı hoşgörü ile olaylara bakılırsa bu defa miras bırakan arzuladığı saygıdan, yardımdan yoksun bırakılmış olur.

Medenî Kanununun 457/2. maddesinde yer almamış iken, *ona paralel olan Borçlar Kanunununun 244/2. maddesinde aile görevlerine ehemmiyetli surette (Önemli ölçüde) aykırılık yapılması öngörülmüştür.* Uygulamada bu unsur, ıskatın tamamlayıcı hükmü olarak kabul olunmaktadır. (40a)

c) İskatı Gerektiren Haller :

Konunun aydınlanması için bir kısım örnek vermekte yarar vardır.

1 — Eşlerden birinin zinası, aile birliğine sadakatsızlık (MK. 151) niteliği taşıdığı için hem boşanma sebebi, (MK. 129, 134) hem mirastan ıskat, hem de bağıştan dönme sebebidir. (41)

2 — Kötü yaşantı da ıskat sebebidir. Çünkü : Aile şerefi ortaktır. (41a) Buna aykırı davranış Medenî Kanununun 24 ve 260. maddelerinin çiğnenmesi olur. Reşit olsalar bile çocuklar 260. madde kapsamı dışına çıkmazlar. Bu bakımdan metres hayatı yaşayan kız (42) ahlâksızca hayat süren aile fertlerinden herhangi biri (43) mi-

(40) Yargıtay 2. H. Dairesinin 12.1.1973 günlü ve 7352/151 sayılı kararı.

(40a) Y. H. G. K. nun 30.9.1964 günlü ve 1027/601 sayılı kararı.

(41) Y. 2. H. D. nin 6.1.1951 günlü 5942/3767 sayılı kararı, Y. 2. H. D. nin 23.2.1976 gün ve 129/1535 sayılı kararı, İmre, Age. Sh. 356; Ayiter, Age. 128; Bilge, Age. Sh. 135; Escher, Age. Sh. 192.

(41a) Yargıtay 2. H. D. nin 30.9.1971 günlü ve 5309/5424 sayılı kararı.

(42) Prof. A. Egger, İsviçre Medenî Kanununun Şerhi, Aile Hukuku, Tahir Çağa Çevirisi 1943. Cilt : 2, Sh. 64; Ayiter, Age. 129, İmre; Age. Sh. 356, dip not. 17; Escher, Age. Sh. 192, No. 18; Y. 2. H. D. nin 25.5.1954 günlü ve 2747/2929 sayılı kararı; İsviçre Federal Mahkemesinin 15.9.1953 gün ve 51 sayılı kararı, Y. 2. H. D. 14.2.1961 günlü ve 7057/818 sayılı kararı.

(43) Escher, Age. Sh. 192; A. Egger, Age. Sh. 64, 58; İmre, Age. Sh. 356.

raştan ıskat edilir. Eğer miras bırakan uygun bir yaşantı içinde olmadığı için iyi terbiye vermediği çocuk sefih bir hayata alışmışsa, birlikte kusur yüzünden, diğer deyimle miras bırakan sebep olduğu bu durum dolayısıyla artık ıskat hakkını kullanamaz. (43a)

3 — Mirasçının miras bırakana kötü muamelede bulunması ıskat sebebidir. Eğer bu muamele ağır durumda ise Medenî Kanununun 457/1. maddesinin kapsamına girer. Onun dışında kalanlar ise 457/2. maddeye göre ıskatı gerektirir. (44)

4 — Hastalığı sırasında miras bırakanın sorulmamış olması, ona maddî ve manevî ilgi gösterilmemiş bulunması, Medenî Kanununun 260. maddesine aykırı bir davranış olduğu gibi, hastalık olmadığı zamanlarda da aynı görevlerin ihmal olunması yine aile yükümlüğünü bozan bir davranıştır. Bu konuda misaller öylesine değişik ve olaylar o derece birbirinden ayrıcalık göstermektedir ki örnek vermekle bitmez. Onun için Genel Kural koymakla yetinilmesi uygun olur. (45)

5 — Mirasçının, miras bırakana yardımda bulunmaması Medenî Kanununun 315. maddesine aykırılık teşkil edip ıskatı gerektirir. (46) Şayet nafaka istemek yeterli sayılırsa, yani nafaka ödemeye mahkûm edilmekle görev yerine getirilmiş kabul edilirse, aile bağlarının sarsılmasına gözyumuluş olduğu gibi, saklı payla donatılan kişinin aile ile ilişkisi ölümü beklemekten ibaret kalır ki, bu en azından ahlâkî olmaz. Ayrıca, «Nimet'in külfete» göre olması, gerektiği kuralına da ters düşülür. Onun için bu gibi hallerde iki hak birden kullanılabilir. Yani bir yandan nafaka davası açılır. Öbür yandan ölüme bağlı tasarrufla ıskat hakkı kullanılır.

6 — Kadının evlilik birliğini haksız yere terketmesi ve bunda ısrar eylemesi sebebiyle terkten ötürü boşanma kararı verilmesi bağıştan dönme sebebi (47) ise de, davanın reddedilmesi halinde, ıskat

(43a) Ayiter, Age. Sh. 129; Escher, Sh. 192.

(44) Y.G.H.K. 15.6.1968 günlü 1117/462 sayılı kararı; Y. 2. H. D. nin 13.3.1962 günlü ve 9380/1813 sayılı kararı.

(45) İmre, Age. Sh. 356; Egger, Age. Sh. 64; Y. 2. H. D. nin 29.11.1968 günlü 4962/6791 sayılı kararı, (Atasoy - Yazıcı, Sh. 891 - 892) Y.H.G.K. nun 15.6.1968 günlü 1117/462 sayılı kararı, Y.2.H.D. nin 9.1.1948 günlü 4478/151 sayılı kararı.

Yargıtay G.H.K. nun 10.3.1965 günlü ve 47/2 - 89 sayılı kararı ile; (Şimdiden sonra karım ve çocuklarım kapınızı açamazlar şeklindeki sözleri ıskat sebebi saymayan Y.2. H. D. nin kararına karşı vaki direnme kararını bozmuştur.

(46) 26.5.1952 günlü ve 2657/3158 sayılı kararı (Atasoy - Yazıcı Sh. 889) Escher, Age. Sh. 192, No. 20.

(47) Y.H.G.K. 10.10.1962 günlü 103/67 sayılı kararı (Senaî Olguç, T. Borçlar Kanunu. 1966, Cilt: 2, Sh. 342 - 343).

kat hakkı kullanılamaz. Çünkü : Terkin haksızlığı ispat olunamamıştır.

7 — Savunma sözgötürmez bir hak olmakla beraber, mirasçı bu hakkını kötüye kullanarak miras bırakanın toplum içindeki seçkin yeri bozulursa mirastan ıskat olunur. Yargıtay'ın yeni bir kararında yazdığımız gibi, (48) meni müdahale davasında, yıllarca Bakan olarak Türk Dış Politikasını yürütmüş, ömrünü yazı yazmakla tüketmiş bir kişinin ehliyetsizliğini ileri süren, muayeneye sevki suretiyle onurunun kırılmasına, durum yayın organlarına yansıdığı için incinmesine yol açan kötü niyetli mirasçının ıskat edilmesi Medenî Kanununun 457/2. maddesine uygun düşer. Çünkü : İstek kabul edilirse davacı vesayet altına alınacak, vasi davayı takip edecek, aksi halde kendisi veya vekili yargılamada bulunacaktır. *Davanın niteliği itibarı ile davaya ister kanunî, isterse akdî temsilci devam etsin, öz değişmeyecek, davalı bundan bir yarar sağlamıyacaktır.* Hal böyle iken ve özellikle ehliyeti yönünden en küçük bir belirti bile mevcut olmadığı halde, sırf onu küçültmek amacı ile savunma hakkını kötüye kullanan mirasçı, Medenî Kanununun 457/2. maddesine aykırı davranmış olduğundan ıskat tasarrufu haklı bulunmuştur.

8 — Miras bırakan hakkındaki bir davada, çekinme hakkını kullanmayıp gerçeğe uygun tanıklık eden ve onu cezalandırmasına yol açan mirasçının ıskat edilemeyeceğini bir kararında belirten Federal Mahkemenin (49) görüşüne katılmıyoruz. Çünkü : Çekinme hakkı aile bağlarını sarsmamak ve özellikle insan vicdanını kanun eliyle baskı altında bulundurmamak için öngörülmüştür. İnsan, yaradılışı icabı, yakınları haksız da olsa onun cezalanmasını istemezler. Bu kaçınılması imkânsız bir «beşeri zaaf» tır. İşte bu sebeplerdirki, tanıklıktan çekilme hakkı kabul edilmiştir. Kamu düzeni ve başkasının zarar görmesi bahasına da olsa, bu imkân tanınmıştır. Hal böyle iken, mirasçı bu hakkını kullanmamış ise miras bırakan açısından haksız bir davranışta bulunmuş sayılır. Taraflar arasındaki ilişkiler normal olsaydı, zaten mirasçı çekinme hakkını kullanırdı. Bu tutum bile aile bağlarının çözüldüğünü gösterir. Öyle ise tanıklıktan çekinmeyen mirasçı ıskat edilmelidir.

9 — Medenî Kanununun 260. maddesi tüm aileyi içine alan hükümler getirmiştir. Söze değil öze göre yorum yapılırsa, reşit çocuklarla

(48) Y. 2. H. D. nin 30.3.1976 günlü ve 2467/2802 sayılı kararı.

(49) İmre, Age. Sh. 357 (Federal Mahkemenin 1947 tarihli kararı).

kardeşlerin'de bu maddesinin kapsamına alınması gerekir. (50) Onun için kardeşine hırsızlık suçu yükleyen mirasçıyı baba, ıskat edebilir. Çünkü : M.K. nun 457/2. maddesi yalnız miras bırakana değil, ailesine karşı da görevini kötüye kullanan kişinin mirasdan ıskatını öngörmüştür.

10 — Çocuklar ile malül ana ve babanın eve kabul edilmemeleri ıskatı gerektirir. (51) Zira; böyle bir davranış hem ahlâka, hem de Medenî Kanununun 260. maddesine aykırıdır.

11 — Kadın hakkında çirkin ve iffetini zedeleyen dedikoduların yaygın olması da ıskat sebebidir. (52) Çünkü : kişi ister evli ister bekâr olsun, aile şerefini korumakla yükümlüdür. Özellikle evlilik, kadına ayrıca sadakat borcu yüklemiştir. (MK. 151)

Iskatı Gerektirmeyen Haller :

1 — Eşlerin sebep varken biribiri hakkında boşanma davası açmış olmaları ve bunda başarısızlığa uğramaları, yani ispat edemedikleri için davanın red edilmesi ıskat sebebi değildir. (53) Çünkü : Şartları varsa ve başkasını zararlandırma amacı yoksa hak arama vatandaşların hakkıdır. (Anayasa 31) Boşanma ile yersiz ve haksız ithamlar ileri sürülmedikçe ıskat söz konusu olamaz.

2 — Miras bırakanla birlikte oturmaya yanaşmamak, ıskat sebebi olmaz. Çünkü : Evli kişiler eşleri ile bir birlik meydana getirirler. Evi ise erkek seçer. Kadın, kaynana ve kayınpederle oturmaya zorlanamaz. (MK. 152) Bu bakımdan, reşit ve evli çocuklar ayrı bir mesken edinmek zorundadırlar. Hal böyle olunca ana ve baba ile beraber oturmaya kanunen zorlanamayacakları için çocukların bu yoldaki isteklere kayıtsız kalmaları veya açıkca olumsuz cevap vermiş olmaları ıskat sebebi değildir. Bekârlar için de kural aynıdır. Zira aile ile oturma zorunluğu rüşt ile sona erer. Aksi durum özgürlüğü kasıtlar.

3 — Eş veya ana baba ile çocukların biribiri hakkında nafaka davası açmış olmaları da ıskat sebebi olamaz. Çünkü : Vatandaşın meşru yollara başvurarak hak aramasını Anayasanın 31. maddesi teminat altına almıştır. Öyle ise sırf nafaka davası açılmış olması ıskat sebebi kabul edilemez. (54)

(50) Egger, Age. Sh. 64, İmre, Age. 357, Dip not : 19.

(51) Escher, Age. Sh. 191. No. 18.

(52) Y.H.G.K. 26.2.1964 günlü 10/155 sayılı kararı (Tunçomağ, Age. Sh. 237).

(53) Y. 2. H. Dairesinin 12.1.1973 günlü ve 7352/151 kararı, Escher, Age. Sh. 192, No. 22.

(54) Y. 2. H. D. nin 12.1.1973 günlü ve 7352/151 sayılı kararı,

4 — Eşlerin birlikte kusuru ile bir huzursuzluk doğmuş ve boşanma davası açılmış olması da ıskat sebebi olamaz. (55)

5 — İş hayatında rekabet, ticarî hayatın tabî icabıdır. Meşru sınırlar içinde kaldığı takdirde buna engel yoktur. (B.K. 48 T. Ticaret K. 56) Onun için iyi niyet kuralları içinde (MK. 2) kullanılan rekabet hakkı ıskat sebebi olamaz. (56)

6 — Kural olarak bir kimsenin içki ve kumar alışkanlığı veya iş tutmaması gibi davranışı, nihayet kendi ekonomik şartlarını zorlayan ve zedeleyen bir durum olup ıskat sebebi sayılamaz. (57) Bununla beraber eğer bu tutum uygunsuz hayat sürme niteliğinde ise ıskat gerekli olur. Borsada spekülasyon sonucu para kaybetmek, kumar gibi aile şerefini kırıcı nitelik taşımadığı için ıskat sebebi değildir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (58) haklı olarak bu görüş benimsenmiştir.

Bir noktaya dikkat edilmesi uygun olur. Yukarıdan beri sıraladığımız ıskatı gerektiren veya gerektirmeyen sebepler ilk anda hatıra gelenlerdir. Yoksa daha çok örnekler verilebilir.

B) KORUYUCU ISKAT :

Mirastan ıskat, her zaman mirasçıyı cezalandırmak için yapılmaz. Bazen bir tehlikenin önlenmesi ve belli mirasçılardan korunması için ıskat kaçınılmaz bir hal alır. Burada bir mirasçının hatasının sonucu ıskat sözkonusu olmadığı ve miras bırakanın, önleyici tedbir alması gibi bir amaç güdüldüğü için doktrinde «aciz sebebi ile ıskat», «koruyucu ıskat», «önleyici ıskat» gibi deyimler kullanılmaktadır. Medenî Kanununun 460. maddesinin matlabı (kenar başlığı) «aciz sebebi ile ıskat» şeklindedir. İşte koruyucu ıskat deyimini bunun karşılığı olarak kullandık. Aslında bu kavram Roma Hukukundan İsviçre Medenî Kanuna alınmıştır. (59)

Medenî Kanununun 460. maddesinde yer alan koruyucu ıskatın ana unsurlarını şöyle sıralayabiliriz :

(55) H.G.K. 30.9.1964 günlü ve 1027/601 sayılı kararı (Atasoy - Yazıcı, Age. 887).

(56) İmre, Age. Sh. 453, 356 dipnot. 19.

(57) Escher, Age. Sh. 192, No. 21.

(58) Federal Mahkemenin 1928 de yayınlanan bir karar (İmre, Age. Sh. 356, dip not : 19).

(59) EXHEREDATIO BONAMENTA FACTA (İmre, Age. Sh. 366).

Sayın Ayiter, Age. 132 de haklı olarak bu hükmü, miras bırakanın, kanunen, mirasçının alacaklılarından mal kaçırmaması şeklinde nitelemektedir. Prof. İnan ise bunu kanuna karşı hile kabul etmektedir. (İnan, Age. Sh. 240).

1 — Koruyucu ıskatdan söz edilebilmesi için, ıskat eden kişinin fûrûunun bulunması şarttır. Diğer deyimle bu koruma fûrû için öngörülmüştür. Eş, ana - baba ve kardeşler gibi saklı pay sahibi olanlar için bir koruma bahis mevzuu değildir. O halde bir kimsenin fûrûu yoksa, koruyucu ıskatın uygulanması düşünülemez.

Fûru deyimini içine nesebi sahih, mesebi tashih edilmiş (MK. 247) evlatlar ile nesebi sahih olmayan (tanıma ve babalık suretiyle) nesebi kanunen sahih sayılan (Af Kanunları ile) çocuklar ve sözleşme gereği nesebi miras bırakana bağlanan kişiler (Evlâtlıklar) ve hepsinin fûruu girer.

2 — Burada korunmak istenen saklı pay sahibi değil, onun fûruudur. Örnekle açıklarsak, aciz halinde çocuğu olan baba, torunlarını korumak için çocuğunu mirastan ıskat eder. Zaten bu yüzden «koruyucu ıskat» deyimini en uygun ifade şekli sayarak o yolda kullanma yolunu seçtik.

Korunmak istenen torunların ıskat sırasında en az birinin mevcut olması veya ana rahminde bulunması zorunludur. (60) İsviçre'de bu konu tartışmalı olmakla beraber, bizde tartışmaya gerek yoktur. (61)

3 — Medenî Kanunun 457. maddesinde ıskatın şekli gösterilmiş olduğu halde, 460. maddede bir açıklık yoktur. Bununla beraber koruyucu ıskatın da ölüme bağlı tasarruf şekillerinden birisi ile yapılması zorunludur. (62) Çünkü : Herşeyden önce sonuçları ayrı olan bir konuda iki ayrı şekil düşünülemez. Öte yandan, Medenî Kanunun 457. maddesinin ilk fıkrasında ıskatın şekli açıklanmış, daha sonra sebepler yazılmıştır. Esasen Medenî Kanunun 459/1. maddesinde ıskatı âmir olan (emreden) sebebin ölüme bağlı tasarrufta açıkca belirtilmesi zorunluğu ifade edilmiştir. Bu da gösteri-

(60) İsviçre Medenî Kanunun Almanca ve İtalyanca metinlerinde, «fûruun doğmuş ve doğacak çocukları» yer aldığı halde, Fransızca metinde «doğmuş veya doğacak çocuklar» denmektedir. (1 İmre, Age. 368 dip not. 52) Fransızca metin tartışmalara yol açmaktadır. Şöyleki : Doğmuş veya doğacak» deyimini esas alırsa ıskat sırasında çocuk olmasa bile ıskat geçerli olacaktır. Oysa «doğmuş ve doğacak» deyimine göre ıskat anında bir çocuğun her halde doğmuş olması ya da ana rahminde bulunması zorunludur. Bilim alanında çoğunluk, Almanca ve İtalyanca metne değer vermektedir. (Gönsensay - Birsen, Age. Sh. 66 dip not 2; İmre Age. Sh. 367; Escher Age. Sh. 201; Rossel, Age, 573.

(61) Fransızca aslından çevrilmiş olmasına rağmen bizde, 460. maddeye, Almanca aslı geçirilmiş bu tartışmaların böylece önü alınmıştır. Zira Fransızca metin kabul edilirse, doğması ihtimali bile olmayan çocuk için koruyucu ıskat hükmü uygulanacaktır ki bu garip bir düşünce tarzı olur. Bununla beraber ölüm anında çocuk olmayınca zaten ıskat geçersiz olacağına göre, Fransızca metnin sakıncalı bir sonuç doğurması mümkün olmayacaktır.

(62) İmre Age. 368; İnan, Age. Sh. 243.

yorki koruyucu ıskatın da ölüme bağlı tasarrufla olması gerekir. Aslında M.K. 457. maddesine koruyucu ıskatın 3. bent olarak konması daha uygun olurdu. Buna rağmen 460. madde ayrı bir hüküm şeklinde düzenlenmiş, bu yüzden de tereddütler doğmuştur. Bununla beraber, amaca göre yorum yapıp koruyucu ıskatın da ölüme bağlı tasarrufla yapılmasının kabulü isabetlidir.

4 — Koruyucu ıskatın geçerli olması için, furuun borçlarını ödemekten aciz halinde bulunması (İcra ve İflas Kanununun 105, 143) ve aciz belgesinin alınması gerekir. Aczin ölüme bağlı tasarruf yapılırken mevcut olması şarttır. Aciz belgesinin sonradan alınması ıskata engel değildir. Yani geçmişe yönelik bir aciz belgesi alınırsa ıskat geçerliğini korur. (63)

İlerde acze düşme ihtimali ile koruyucu ıskat yapılamaz. Talikî şartla ıskatın yapıp yapılamıyacağı yolundaki tartışmalar burada da caridir. (Yukarıda (1.D) de geniş bilgi verilmiştir.)

Acizle ilgili bir hüküm İcra ve İflas Kanununun 277. maddesinde yer almıştır. Anılan hükme göre, aciz halinde borçlunun yaptığı tasarrufların iptâli istenir. Y.H.G. Kurulu; İcra ve İflas Kanununun 277. maddesi gereğince açılmış iptâl davasından önce aciz gerçekleşmiş ise, (64). Dava sırasında aciz belgesi alınmasının davaya devam etmeye engel olamayacağını, öngörmüştür. Bu karardaki düşünce tarışı ıskat için de geçerlidir.

Koruyucu ıskata karşı çıkanlar diyorlarki, bu hükmü bilen bazı kişiler alacaklarını icrada takip ederken zaman aşımını kesici basit işlemler yapmakta, borçlunun miras bırakanının ölümünü beklemekte, böylece ıskatı önlemektedirler. Bu ise doğru değildir. (64a) Oysa, bu tür bir düşüncenin kınanacak yönü yoktur. Elbette insanlar alacaklarını garanti altına almak isterler. Esasen, aciz belgesi almamak ta alacaklının zararınadır. Çünkü : Belge alınmadıkça zaman aşımı işlemez. (Bakınız : Prof. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku Dersleri, 1972 Sh. 319) O halde beklemek tehlikelidir. Alacaklı buna katlandığına göre, durumu bir sakınca olarak ileri süren Sayın Rossel'in görüşüne katılmak mümkün değildir.

Acze düşmede furuun kusurlu olması ıskata engel değildir.

(63) Y. 2. H. D. nin 19.10.1967 günlü ve 3554/3410 sayılı kararı (Atasoy - Yazıcı, Sh. 893) Y.H.G.K. 18.1.1975 günlü 684/13 sayılı kararı (Talih Uyar, İcra ve İflas Kanununu Şerhi, 1975, Cilt : 3, Sh. 2435).

(64) İnan, Age. Sh. 243; Escher, Age. Sh. 200.

(64a) Rossel, Age. Sh. 572; Ayiter, Age. 132.

5 — Koruyucu ıskat saklı payın yarısına ait olabilir. Miras bırakan geriye kalanı dilediği gibi kullanır. İskata esas olan bölümü ise ıskat edilenin fûruuna bırakmak zorundadır. Yani onlara tahsis etmelidir. (65) Öteyandan tahsis şartlı veya mükellefiyetli olmaz. (66)

Önceden mevcut çocuklar kendi aralarında mirası taksim etmiş olsalar dahi, sonradan cenin sağ doğarsa, onun payını vermeye mecburdurlar. (67) Bu pay başkalarına bırakılamaz. Kanun Koyucu böylece hem alacaklıları hemde aciz halindeki saklı pay sahibi fûruun çocuklarını düşünmüş, belli bir ölçüde yarar dengesi meydana getirmiştir.

Borcun tutarı miras payının yarısından az ise, ıskat olunan mirasçı, ıskattan hükümsüz olduğunu ileri sürüp iptâlini isteyebilir. Bu yola başvurmazsa ıskat geçerlidir. Alacaklıların böyle bir iptâl hakkı yoktur. (68) Öyle ise, aciz halindeki mirasçı (fûrudan başkası olamaz). Tereke açıldığında saklı payının ancak yarısını ister. Diğer yarısını ise ıskat sebebi ile kendi fûruu alır. İptâl hakkını kullanmazsa paylaşırma bu yolda olur. Eğer şartları varsa ıskatı iptâl ettirir. (M.K. 460) Sayın Ayiter'in haklı olarak değindiği gibi (69) metindeki keenlemyekûn deyimini, 1/2 oranı ile sınırlı tutmak gerekir. Yoksa, o tasarrufun tümü batıl olmaz. İskat tasarrufa iptâl edilse bile ölüme bağlı tasarrufta başka şartlar varsa onlar geçerliğini korur, yani geçersiz hale gelmezler.

III — İSKATIN HÜKÜMLERİ :

1 — İskat, mirasçılık sıfatını sona erdiren ölüme bağlı bir tasarruftur. Bu durumda, saklı pay sahibi mirasçı artık terekeden hiç bir şey isteyemez. Onun için tenkis davası açmak hakkında da yoksun olur. (70)

2 — Medenî Kanununun 458. maddesine göre, mirastan ıskat şahsîdir. Yani mirastan ıskat edilenin ferilerinin hakkını etkilemez. Daha açık bir ifade ile bir mirasçı ıskat edilince onun saklı payı,

(65) İnan, Age. 241; Escher, Age Sh. 200.

(66) İnan, Age. Sh. 243; 244; Escher, Age. Sh. 200.

(67) İnan, Age. Sh. 243; Escher, Age. 201; Rossel, Age. 574.

(68) İmre, Age. Sh. 367; Ayiter, Age. 132.

(69) Ayiter, Age. Sh. 133.

(70) İmre, Age. Sh. 362; Oğuzman, Age. Sh. 216, Ayiter, Age. Sh. 129; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 29.11.1968 günlü 4962/6791 sayılı kararı, (Atasoy - Yazıcı, Age. 890).

kendi fûruuna geçer. Miras bırakan bunların saklı payına doku namaz. (71)

Eğer ıskat edilenin fûruu yoksa, bu takdirde o kişi, miras bırakanın önce ölmüş gibi, miras payı miras bırakanın mirasçılara geçer. Bununla beraber bu kural tamamlayıcı nitelikte olduğundan miras bırakan aksine bir kural koyabilir. (72)

3 — İskat, saklı payın tamamı hakkında olabileceği gibi kısmî de olabilir. Bu ikisi arasında hukukî sonuç bakımından çok önemli fark vardır. Şöyleki : İskat saklı payın tümüne ait ise, mirasçı tevekeden hiç bir hak isteyemez. Oysa kısmî ıskatta, mirasçılık sıfatı yitirilmediği, sadece saklı payın bir bölümünden yoksun kaldığı için, geriye kalan miras hakkını mirasçı isteyebilir. (73)

4 — Mirastan tamamen ıskat edilen mirasçı, miras bırakanın, sağlığında bir teberru almış ise o kişi, ıskat sebebi ile mirasın açıldığı tarihte mirasçılık sıfatını yitirdiği için M.K. 603. maddesi gereğince iade borcundan kurtulmuş olur. Ancak, şartları varsa hakkında tenkis davası açılabilir. (74) Çünkü bu durumda, artık o üçüncü kişi gibidir.

5 — Miras bırakan, dilerse mirastan tamamen ıskat ettiği mirasçıyı musaleh yapabilir. Yani ona mal vasiyetinde bulunabilir. Akla yakın olmamakla beraber, böyle bir tasarruf mümkün ve geçerlidir. Ancak, ölüme bağlı tasarrufta açıkca hem ıskatın, hem de mal vasiyetinin belirtilmesi gerekir. (75)

6 — İskat edilenin fûruu yoksa, onun saklı payı, miras bırakanın tasarruf nisabına eklenir. (76) Miras bırakan bunu dilediği gibi kullanır. Fakat bu yetkisini kullanmazsa, ıskat edilenin saklı payı da, ölenin diğer mirasçılara geçer. Bu kural, Medenî Kanununun 458. maddesinde yer alan «..... ölen tarafından diğer şekilde tasarruf yapılmamışsa, ıskat edilen kimse daha önce ölmüş gibi, miras payı ölenin kanunî mirasçıları arasında bölünür.....) hükmünün sonucudur.

7 — Miras bırakan ya ıskat etmekle yetinir, ya da ıskat ettiği mirasçının saklı payı üzerinde bir tasarrufta bulunup onu başka-

(71) İmre, Age. Sh. 362.

(72) İmre, Age. Sh. 363; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 63.

(73) İmre, Age. Sh.363; Oğuzman, Age. Sh. 216; İnan, Age. Sh. 237.

(74) İmre, Age. Sh. 362, dip not, 35; İnan Age. Sh. 237; Escher, Age. Sh. 193.

(75) İmre, Age. Sh. 363.

(76) Oğuzman, Age. Sh. 216; İmre, Age. Sh. 364, İnan, Age. Sh. 238, Gönensay - Birsen, Age. 63; Escher, Age. 194, No. 2; Rossel, Age. Sh. 570; Berki, Age. Sh. 212.

sına bırakabilir. Eğer, miras bırakan son tarzı geçmiş ise, ıskat edilenin fûruu saklı payları hakkında tenkis davası açabilirler. (77) Çünkü : Medenî Kanununun 458. maddesinin son cümlesi gereğince ıskat, şahsî olup ıskat edilenin fûruunun saklı payını ortadan kaldırmaz.

8 — İskat edilenin saklı payı, ıskatı âmir, (emreden) tasarrufla değil, başka bir suretle de başkasına bırakılabilir. (78) Bu durumda da ıskat edilenin fûruu tenkis davası açabilir.

9 — Eş ıskat edilirse, yukarda açıklanan kurallar uygulanmaz. Çünkü : Eşin miras bırakandan çocuğu varsa, zaten onlar miras bırakanın saklı pay sahibi mirasçılardır. Onun için halefiyet söz konusu olmaz. Başkasından olma çocuklar ise miras bırakana yabancılardır. (79)

10 — Mirastan ıskat edilen, mirasçılık sıfatını yitirdiği için, miras bırakanın borçlarından şahsî mal varlığı ile sorumlu değildir. (80) Onun için terekenin tespitini (MK. 531) tereke defterinin tutulmasını (M.K. 559) isteyemez. Ancak mahkemece henüz ıskat tesbit edilmemiş ise, mirasçı gibi, taksime katılır. Terekeyi koruyucu tedbirlerin alınmasını isteyebilir. (81) Bu hakları, ıskat gerçekleşinceye kadar devam eder.

1. İskata itiraz :

İskat tasarrufu maddî veya şekli bakımdan sakat olabilir. Bu gibi hallerde, ıskat edilen saklı pay sahibi mirasçı, miras bırakanaın ıskatlı ilgili tasarrufuna itiraz edebilir. (M.K. 459) Bu iki şekilde yapılabilir. Ya ıskat tasarrufunun Medenî Kanununun 459/3 ve 499 - 500. maddelerinde yazılı sebeplerle iptâlî istenir, ya da tenkis davası açılır.

a) İptâl :

Bilindiği gibi ıskat, ölüme bağlı tasarrufla olur. Medenî Kanununun 499. maddesinde yazılı sebepler (82) varsa ölüme bağlı tasar-

(77) Oğuzman, Age. Sh. 216; Ayiter, Age. Sh. 29; İnan, Age. Sh. 238; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 63; Belgesay, Age. Sh. 43; Feyzioğlu - Doğanay - Aybay, Age. Sh. 369; Escher, Age. Sh. 194.

(78) Oğuzman, Age. Sh. 217; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 63; Federal Mahkemenin 945/3 - 313 sayılı kararı (Senaî Olgaç, T. Medenî Kanunu, Şerhi, 1975, Sh. 331).

(79) Oğuzman, Age. Sh. 217; Gönensay - Birsen Age. Sh. 63; Belgesay, Age. Sh. 43; Escher, Age. Sh. 195.

(80) Escher, Age. Sh. 193; İnan, Age. Sh. 237.

(81) Escher, Age. Sh. 193, No. 2.

(82) Ölüme bağlı tasarrufun, Ehliyetsizlik, İradeyi fesada uğratan sebepler, Kanuna veya ahlâka aykırılık yüzünden iptâlî için dava açılabilir. (M.K. 499).

rufun iptâli istenebileceği gibi, şekle aykırılık (M.K. 500) sebebi ile de iptâl davası açılabilir. Öte yandan, ıskatın apaçık (aşıkâr) bir hata sonucu yapıldığı ileri sürülerek te iptâli istenebilir.

Yukarıda yazılı sebeplerle açılan bir davada iddia gerçekleşirse ıskatla ilgili tasarruf yapılmamış sayılır. Böylece miras bırakanın terekesi mirasçılar arasında bölüştürülür. Çünkü : Ölümüne bağlı tasarruf yokluk ifade etmiş, bu suretle ıskat yapılmamış kabul edilir. (83) Konu öylesine açıktır ki başkaca bilgi vermenin gereği ve yararı yoktur.

Medenî Kanununun 459/2. maddesinde, «..... ıskat edilen tarafından ıskata itiraz vukuunda...» denmekte olup, itiraz deyimi, hem iptâli (M.K. 459/3 ve 499/500.) hem de tenkisi (M.K. 502/504) kapsar. (84)

Iskatın iptâlini istemek hakkı sadece saklı pay sahibi olup ta mirastan ıskat edilene aittir. Iskat edilen acze düştüğü zaman alacaklıları ile, iflası halinde iflas masası dava açamazlar. (85) Medenî Kanununun 504. maddesi bu imkânı vermemektedir. Çünkü : Anılan madde ile alacaklılara sadece ve açıkca tenkis davası açmak hakkı verilmiştir. «istisnâî» nitelikteki bu hükmü genişletmek, mirasçılardan alacaklıları ile iflâs masasını mutlak olarak onların küllihelefi durumuna sokmak sonucu doğurur ki, bu asla düşünülemez. Kaldığı istisnalar daima «dar» yorumlanır. «Geniş yorum» istisnayı kaide haline getirmeye ve onu istisna olmaktan çıkarmaya yol açar. Bu ise, hem hukuk kurallarına hem de kanun koyucunun takip ettiği amaca ters düşer.

Sayın İmre'nin, mirasçının alacaklıları ile iflas masasının dahi iptâl isteyeceği şeklindeki görüşüne (86) katılmıyoruz. Her şeyden önce Sayın İmre bizzat kendi görüşleri ile çelişmektedir. Şöyle ki : Medenî Kanununun 499. maddesinin açıklamasını yaparken, açıkca iptâl davasının mirasçıya ait olduğunu, alacaklıların böyle bir hakkı olmadığını ifade etmekte iken (87) Medenî Kanununun 459. maddesini açıkladığı sırada, iptâl davasının alacaklılar tarafından da açılacağını beyan eylesininin (88) sebebini anlamak mümkün değildir. Her ne kadar bu görüşü paylaşan Federal Mahkemenin kararına

(83) Ayiter, Age. Sh. 130; Escher, Age. Sh. 198; İnan, Age. Sh. 238.

(84) Ayiter, Age. Sh. 130, dip not. 12.

(85) Ayiter, Age. Sh. 131; Escher, Age. Sh. 198; İnan, Age. Sh. 238;

(86) İmre, Age. Sh. 365.

(87) İmre, Age. Sh. 309; (Oğuzman, Age. Sh. 218 de bu görüşe eğilim göstermektedir).

(88) İmre, Age. Sh. 365.

atıf yapmakta iseler de bu düşüncesini haklı bulmak cidden güçtür. Esasen bilimsel görüşlerin çoğunluğu aksi doğrultudadır. (89)

b) Tenkis :

Iskat edilen mirasçı, iptâli mümkün görememiş veya açtığı iptâl davasında başarı sağlamamış ise tenkis davası açılabilir. (90)

Iskatın geçerli olabilmesi için, ölüme bağlı tasarrufta, ıskat sebep veya sebeplerinin belirtilmiş olması zorunludur. Iskattan yararlanacak mirasçı veya lehine vasiyet yapılan kişi, ıskat sebeplerinin varlığını ispatla yükümlüdür. Yani, ıskat yükü bunlara düşer. (91) Iskattan yararlanacak olanlar ölüme bağlı tasarrufta yer alan sebeplerin doğruluğuna, gerçeğe uygunluğuna dair delil göstermediği ya da dayanılan deliller ıskat sebeplerini kabule değer ve elverişli bulunmadığı takdirde ölenin arzuları tasarruf nisabı miktarınca geçerli olur. Şayet ölen mirastan ıskat sebepleri bakımından aşikâr (apaçık) bir hataya düşmüş ise ıskat, tasarruf nisabı hakkında bile hüküm ifade etmez. (92) Çünkü : Bu durumda ıskat yok hükmündedir. Bu takdirde, ıskat edilmek istenen mirasçı yalnız saklı payını değil, tasarruf nisabından dahi payını alır. Ne varki miras bırakan, ıskat tasarrufu ile birlikte başkası yararına vasiyette de bulunmuş ise ıskat edilen kişi ıskatın geçersizliğini sağlasa bile, tasarruf nisabından yoksun kalır. Çünkü : Miras bırakan bu konuda mutlak bir yetkiye sahiptir.

Ölüme bağlı tasarrufta ıskat sebepleri gösterilmemiş ise az önce belirtilen kural uygulanır. Yani ıskat edilen kişi saklı payını alır. Miras bırakan tasarruf nisabına dokunmamış ise ıskatın geçersizliği sebebi ile ıskat edilen mirasçı tasarruf nisabından da payını alır.

Medenî Kanununun 459. maddesinde (Beyyine ikame edilmemiş) deyimi yer olmuştur. Bu, sadece delil gösterilmemesi anlamında olmayıp gösterilen delillerin yetersizliği halini de kapsamaktadır. (93)

(89) Escher, Age. Sh. 198; Ayiter, Age. Sh. 130.

(90) İnan, Age. Sh. 239; Ayiter, Age. Sh. 129.

(91) Yargıtay 2. H. D. nin 12.6.1976 günlü ve 787/1393 sayılı kararı.

(92) Belgesay, Age. Sh. 44; Ayiter, Age. Sh. 130; Escher, Age. Sh. 197; Oğuzman, Age. Sh. 218.

(93) Oğuzman, Age. Sh. 218; Gönensay - Birsen, Age. Sh. 64; Escher, Age. Sh. 197-198; Ayiter; Age. Sh. 197-197; Ayiter; Age. Sh. 131; İnan, Age. Sh. 239; Yargıtay 2. H. Dairesinin 20.9.1946 günlü 1043/3671 sayılı kararı (Olgaç, Age. Sh. 332) Y. 2. H. D. nin 16.2.1976 günlü ve 787/1293 sayılı kararı.

İskat sebebinin, ıskatla ilgili ölüme bağlı tasarrufta açıklanması gerekir. Başka bir belgede bunun belirtilmesi ıskata geçerlik vermez. (94)

IV — KANUNLAR İHTİLÂFI :

Bir görüşe göre ise, ıskat aileyi koruma amacına yönelik bulunduğu için kamu düzenine ilişkin olup, İntikal Kanununun (LEX SUCCESSIONIS) uygulanması gerekir. (95)

Bir başka görüşe ise mirastan ıskat, sonucu bakımından ehliyetle ilgili olduğu için bunlara göre, bu konuda Millî Kanunun uygulanması gerekir. (96) Gerçekten de ıskat sebepleri arasında (Dinî ve Siyasî) sebepler yer almamış ise, Türk Kamu Hukukunu ilgilendirmez. Onun için bizde bu görüşe katılıyoruz.

(94) Belgesay, Age. Sh. 44.

(95) Prof. Vedat Reşit Seviğ, Kanunlar İhtilâfı 1974, Sh. 89.

(96) Prof. Osman Fazıl Berki Türk Hukukunda Kanunî, İhtilâflar 1971 Sh. 135 - 136.

Medenî Hukuk :

UYGULAMADA BABALIK DAVALARI

EMİN BAŞAKLAR (*)

GİRİŞ :

Evlilik dışı doğan çocuğun babasının davalı olduğunun kanıtlanması halinde, kanunî koşullara göre, tabii babalık veya bütün sonuçları itibariyle babalığa hükmolunur. Her iki tür babalığın sùbutu bazı müsterek sonuçları kapsar. Bazı sonuçlar bakımından da aralarında farklılık mevcuttur. Bu itibarla, uygulamada biyolojik (tabii) olarak nitelenen babalık ile M.K. nun 310. maddesine göre bütün sonuçları itibariyle hükmolunan babalığı ayrı ayrı incelemekte yarar vardır. Bu biçim bir açıklama ile kanunun ve kanun hükümlerinin daha iyi anlatılmış ve anlaşılmış olacağına inanıyoruz.

TABİİ (BİYOLOJİK) BABALIK VE SONUÇLARI :

Evlilik dışı doğan, biyolojik olarak, babası olduğu sùbuta eren erkeğin anneye evlenme vâdetmediği veya cinsi münasebetin bir cürüm veya nüfuzu kötüye kullanma teşkil etmediği hallerde ve yahut bu gibi hallerin var olmasına rağmen babanın cinsi ilişki sırasında evli olduğu bir durumda M.K. nun 310. maddesi birinci bendine göre bütün sonuçları itibariyle babalığa hüküm vermeye imkân yoktur. Böyle bir maddî ve hukukî olayın gerçekleşmesi halinde, sadece tabii babalığa hükmolunur.

Nesebin reddi davası sonucu baba yönünden nesepsiz kalan çocuk lehine açılacak babalık davasında da, yukarıdaki koşullarda, durum aynıdır.

Tabii babalıkta anne ve çocuğun kabul edilebilecek istekleri alacağı ilişkin olacaktır. Başka bir deyimle, malî isteklerinin kabulü mümkündür. Baba ile çocuk arasında, tabii babalıkta, hukukî bir hısımlık bağı teşekkül etmemektedir. Baba ve çocuk yekdiğesine karşı tamamen yabancı durumundadır. Çocuğun, babanın nüfusuna kaydedilme olanağı bulunmadığı gibi, onun soyadını taşı-

(*) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi.

masına, vatandaşlık hakkını iktisab etmesine ve mirasçısı olmasına da imkân yoktur. Keza, babanın da çocuğun üzerinde herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. (1) Örneğin onun kanunî temsilcisi değildir. Ve çocuğun mallarını idare yetkisi yoktur. Şahsî münasebetsisini de isteyemez. Bu nedenle, özet olarak denebilir ki, tabii babalıkta baba ile çocuk arasında ancak alacak ve borçluluk durumundan başka hukukî bir ilişki bulunmamakta ve doğmamaktadır.

Annenin alacağa ilişkin isteği maddî ve manevî tazminattan, çocuğun alacağa ilişkin hakkı ise, M.K. nun 306. maddesinde öngörülen nakdi tediye niteliğindeki iştirak nafakasından ibarettir. (2)

Çocuğun ölü doğması veya hükümden evvel ölümü annenin tazminata ilişkin davasına mani bir sebep teşkil etmez. (M.K. 297/2. maddesi) böyle bir halin meydana gelmesi açılmış davaya devam edilmesine veya tazminata ilişkin bir dava açılmasına mani değildir.

Çocuk ölmüşse, onun adına, nakdi tediyeyle ilişkin olarak mirasçılar bir dava açılması söz konusu olamayacaktır. Ancak, çocuk adına açılmış böyle bir davaya baba aleyhine, çocuğun mirasçılarının devam etmeleri ve çocuğun ölüm tarihine kadar ki zaman için, diğer koşullar ispatlandığında, karar alınması olasılığı vardır (3).

Baba davadan evvel ölmüşse, anne mirasçılar aleyhine M.K. 309. maddelerine göre maddî ve manevî tazminat davası açabilecektir. Ancak, çocuğun nafakası baba yönünden şahsî borç niteliğinde olmakla mirasçılardan çocuğun nafaka isteme olanağı bulunmamaktadır. Meğerki, baba, dava açıldıktan sonra ölmüş olsun. Bu takdirde, babanın ölümüne kadar geçen süre içinde baba peşin iştirak nafakası ile sorumlu olacağından, ölüm anına kadar ki zaman için hüküm verilebilmek üzere, babanın mirasçıları huzuru ile muhakemeye devam ile hüküm alınması da mümkündür.

Anne maddî ve manevî tazminat davasını babalıkla birlikte açabileceği gibi babalık davasından ayrı olarak da açabileceğini belirtmiştik. Sırası gelmişken akla gelebilecek bir soruyu da ce-

(1) Af Kanunları nedeni ile, koşulları varsa, çocuğun babası hanesine kaydı sureti ile nesibinin sahih hale gelmesi hali ayrıcalık teşkil eder.

(2) Bütün sonuçları ile babalığa hükümde çocuğun isteyebileceği nafaka için daha sonraki (Bütün sonuçları ile babalığa hüküm) bölümünün mali sonuçları kısmına bakınız.

(3) Burada kastedilen mirasçı şüphesiz ana yönünden, ana dahil. mirasçılardır.

vaplandırmak istiyoruz. Acaba anne, babalık davasını açtıktan sonra tazminat davasını ayrıca açabilir mi? Buna hemen cevap verelim ki, anne, babalık davasından sonra tazminat davalarını açmak hakkına sahiptir. Ancak, açacağı maddî veya manevî tazminat davalarını, babalık davası için kabul edilen hak düşürücü süre içerisinde açması gerekir. (M.K. 296. Md.) Bu kanuni süre içerisinde olmak şartıyla evvelce açılan babalığa ilişkin davanın hükme bağlanmasının ve hatta kesinleşmesinin dahi olayda önemi yoktur. Ne varki, babalık davası sonuçlanmamışsa, davaları birleştirilmesi delillerin birlikte toplanıp değerlendirilmesi bakımından faydalı olacaktır.

ANA LEHİNE TAZMİNAT :

A) MADDÎ TAZMİNAT : M.K. 304. maddesi gereğince, babalık durumu sabit olduğu takdirde, ana lehine maddî tazminata hükmedilebilir.

Şüphesiz, maddî tazminata hükmedilebilmesi için annenin harcı verilmiş veya tamamlanmış bu nitelikte bir davasının bulunması şarttır. Babalık iddiası ile ilgili olarak böyle bir tazminat isteğinde bulunulmamışsa, mahkemece re'sen, tazminatı gerektiren koşullar gerçekleşmiş olsa dahi, tazminata hükmedilemez.

Ana lehine hükmedilebilecek maddî tazminatın neleri kapsayacağı M.K. nun 304. maddesinde açıkça sayılmıştır. Bunlar : Doğurma giderleri; en aşağı doğumdan evvelki dört hafta ile sonraki dört haftanın iâşe giderleri; ve gebeliğin ve doğurmanın sebep olduğu diğer giderlerdir.

a) Doğurma masrafları : Doğum anında ki (şayet ödenmiş veya borçlanılmışsa) doktor, ebe, hastane ücretleri ile ilâç giderleridir.

Annenin ödemediği ve ödemek zorunda olmadığı giderleri istemeğe hakkı yoktur. Örneğin : Bu giderlerin, kendisinden rücu alınmamak üzere, resmî bir kuruluş veya 3. şahıslar tarafından karşılanmış olması halinde olduğu gibi. Doğum masraflarına, gerektiğinde, ameliyat giderlerinin katılması da mümkündür.

b) En aşağı doğumdan evvelki dört hafta ile sonraki dört haftanın iâşe masrafları : Bu hükümle, annenin gerekli gıdayı alması ihtimali düşünülerek doğacak çocuğun sağlığı ile ilgili olarak annenin sağlıklı biçimde beslenmesi amaçlanmıştır. Süreye ge-

lince; Kanunda öngörülen 4 haftalık süre, İsviçre Fabrikalar Kanununda hamile kadınlar için tespit edilmiş bulunan çalışmama süresi olup, Türk Medenî Kanununa aynen alınmıştır (4). Kanunda belirtilen dört haftalık süre asgari bir süredir. Hastalığın daha uzun bir süre devam etmiş olması halinde fazla süreye ait işe masraflarının da nazara alınması gerekeceğine şüphe yoktur.

İşe masraflarının hesabında kadının kazancının veya esasen yapmakta olduğu işe giderlerinin nazara alınması veya mahsubu mümkün değildir. Bu çeşit giderleri karşılığı, anaya kayıtsız ve şartsız olarak ödenir (5).

c) Gebeliğin ve doğurmanın sebep olduğu diğer masraflar : Genellikle bu giderleri önceden kestirmek mümkün değildir. Olayın özelliğine göre bir çok kalem masraf bu çeşit gidere dahil edilebilir (6). Burada dikkat edilecek husus masrafların gebelik ve doğumla ilgili olup olmadığıdır. Zira, doğum ve gebelikle ilgili olmayan giderlerin nazara alınması olasılığı yoktur. Doğumla ve gebelikle ilgili olmada ölçü, herhalde, (fayda ve zorunluluk) esas olacaktır. Örneğin : Doğum sırasında çocuğun kundak gideri, taşıt ücretleri ve hatta hamilelikle ilgili olarak doktor ve ilaç paraları gibi maddî tazminata ait iddianın davacı tarafından ispatı gerekir. Bu çeşit iddia hakkında davalının kabulü üzerine hüküm verilmesinde ise usulî ve kanunî bir sakınca yoktur.

Ancak, davalı iddiayı kabul etmediğinde davacı, iddiasını resmî veya özel teşebbüs belgesi, faturası ve makbuzlarıyla kanıtlatabilir. Belgenin ibraz olunmadığı hallerde, masraf olayının şahsî delille ispat edilmesinden sonra, para değerinin bir bilirkişi aracılığı ile tespiti evya resmî ve özel kuruluştan emsal değer hakkında bilgi alınması sureti ile masrafın gerçek değerinin hesaplanması mümkündür. Özellikle, işe masrafı hakkında, bilirkişiden bu hususta rapor alınarak sonuca ulaşılabilir.

M.K. nun 304. maddesinin kapsamı dışında kalan ve olay dolayısı ile yapıldığı iddia olunan masraf veya uğranılan zararları için de Borçlar Kanununun haksız eylemlere ilişkin hükümleri uyarınca istekle bulunulmasında kanımızca sakınca bulunmamaktadır.

B) MANEVİ TAZMİNAT : Kanun koyucu, babalık davasına konu olay dolayısı ile, ananın haklı olarak duyabileceği üzüntüsünü

(3a) Y. 2. H. D. 20.4.1976 - T.E. 2112, K. 3465.

(4) Prof. Esat Arsebük, M.H.C. II s. 479, dip not : 112.

(5) Prof. Esat Arsebük M.H.C. II. s. 479.

(6) Prof. Esat Arsebük M.K. 2.5.480.

karşılama amacı ile ana lehine manevi tazminata hükmedilebilmesine de olanak sağlamıştır. Bununla beraber, ananın davranışlarındaki haklılık veya sebep oluş derecesi gözönünde tutularak manevi tazminat belli koşullara bağlanmıştır. Oysa ki, maddî tazminat isteği için herhangi bir koşul söz konusu edilmemiş, babalığın ve masrafın sùbutu yeterli görülmüştür.

Medenî Kanununun 305. maddesine göre, manevi tazminata hükmedilebilmesi için asgari olarak tabii babalığın sùbutu ile beraber şu dört şarttan birinin mevcudiyeti zorunludur :

a) Babanın, anaya cinsi ilişkiden evvel evlenme vaad etmiş olması,

b) Veya onunla cinsî ilişkisinin kanunî bir cürüm teşkil etmiş bulunması,

c) Yahut anayla cinsî ilişkinin, ananın üzerindeki nüfuzun suis-timalini teşkil etmesi,

d) Veyahut da cinsî ilişki zamanında ananın henüz küçük bulunması.

Yukardaki koşullardan ilk üçü M.K. nun 310. maddesi gereği bütün sonuçları ile babalığa hükmedilebilmesi koşullarının aynıdır. Demek oluyor ki, bütün sonuçları ile babalığa hükümde manevi tazminat için başkaca koşul aramağa gerek bulunmamaktadır. Şayet, bu hususta istek varsa ana lehine münasip bir manevi tazminata hüküm verilebilecektir. Bu itibarla bu üç koşul bakımından tabii babalıkla bütün sonuçları itibariyle babalık arasında fark bulunmamaktadır. Ne varki, söz konusu koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminata tabii babalıkta kesin sür'atle hükmolunabilmesine karşı, aynı koşullar bütün sonuçları itibariyle babalığa hükmolunmaya yeterli değildir. Zira, bütün sonuçları ile babalıkta bir koşulun daha gerçekleşmesi lâzımdır. O da, babanın cinsi ilişki anında evli olmaması koşuludur. Şayet, baba evli ise, yukarıda sayılı üç koşula rağmen bütün sonuçları ile babalığa hükmolunamaz.

a) Evlenme vaadi : Baba, anaya cinsel ilişkiden önce evlenme vaad etmişse manevi tazminata hükmedilebilecektir. Daha sonra yapılmış evlenme vaa-dinin önemi yoktur. Evlenme vaa-dinin ne suretle gerçekleşeceği hakkında kanunda bir açıklama olmadığı için bu koşulun ispatının belli bir şekle tâbi tutulmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin : Bir nişan töreni, nikâh için yapılan hazırlıklar, ev-

lenme niyetinin başkalarının yanında erkek tarafından açıklanmış olması aynı niyetin anaya kişilere baba tarafından mektupla bildirilmiş olması gibi. Bütün bu olay ve davranışlar uygulamada, evlenme vaadinin birer kanıtı olarak kabul edilmektedir. (7)

Babanın evlenme vaadinde bulunması kadar ananın da buna iyi niyetle ve ciddiyetle inanmış olması gerekir. Veya ananın inanmış sayılabileceği ortam yaratılmış olmalıdır. Şöyle ki; erkek gerçekte evli olsa dahi bu durumu bilmeyen anaya inandırıcı biçimde evlenme vaadinde bulunmuş ve ana da buna haklı olarak inanmış ise evlenme vaadi koşulunun gerçekleştiğinin kabulü icap eder (8). Özel olarak belirtelim ki, babanın, küçük olması nedeni ile, sınırlı ehliyetsizliği evlenme vaadinin kabulüne engel teşkil etmez. (9)

Cinsel ilişkiden evvel evlenme vaadinin mevcudiyetini ispat davacıya aittir. Vaadin olmadığını ise davalının ispatı gerekir (10).

b) Cinsel ilişkinin cürüm sayılması : Cinsel ilişkinin cürüm sayılması halinde de ana lehine manevi tazminata hükmedilmesi mümkündür.

Burada söz konusu olan cinsel ilişki gebelikle sonuçlanan ilişkidir. Yani, anne ile babanın gebelikle sonuçlanan ilişkisi cürüm sayılmalıdır. Örneğin : Irza geçme, kızlık bozma veya zina gibi. Medenî Kanununun 305. maddesindeki bu kural Borçlar Kanununun manevi tazminatla ilgili haksız eylem ilkelerine benzemektedir. Ne varki, M.K. nun 305. maddesine göre kusurun ve sonucun ağırlık derecesinin olayda önemi bulunmamaktadır. Olayın Ceza Kanununa göre cürüm sayılması veya o nitelikte bulunması yeterlidir. Bu olaydan dolayı ceza mahkûmiyeti de şart değildir. (11)

c) Nüfusu kötüye kullanma ; Baba, ananın üzerindeki nüfuzunu kötü yolda yolda kullanarak onu cinsi ilişkiye razı etmiş ise manevi tazminat yine gerekecektir. Örneğin : Öğretmenin, öğrencisinin; evin efendisinin, hizmetçisinin; bir iş yerinde emredici durumda olan bir erkeğin, emrinde çalışan bir kadının; bir doktorun, hastasının; üzerindeki hakimiyetini kötüye kullanarak onu cinsi münasebete razı etmesi gibi. Burada, dikkat edilecek nokta, kadınında esasen hafifmeşrep olup olmadığı ile kendi çıkarlarına uygun gördüğü için cinsi ilişkiye razı olup olmadığıdır. Kadın

(7) Y. 2, H. D. 27.1.1970 T.E. 4511, K. 549.

(8) Prof. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, T.M.H.C. II. s. 439.

(9) Prof. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, T.M.H.M.C. II. s. 434.

(10) Prof. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, T.M.M.C. II. s. 434.

(11) Prof. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, T.M.M.C. II. s. 434.

yukarda belirtildiği gibi kendi çıkarı nedeni ile esasen bu işe razı olmuşsa erkeğin, onun üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanarak ikna etmesi söz konusu olmayacaktır (12).

d) Ananın küçük olması : Cinsi ilişki sırasında ananın küçük olması da manevi tazminatı gerektiren koşullardan birisidir. Cinsi ilişki küçüğün rızası ve isteğine dayansa dahi durum değişmez (13). Kanun Koyucu, küçüğün bu yoldaki iradesini, noksan hayat tecrübesi nedeniyle kendi yararına gereği gibi kullanamayacağını düşünerek, kâfi görmemiştir. 18 yaşından aşağı olup yaş nedeni ile rüştüne erişmemiş küçük, kanunî nedenlerden biri ile reşit farz olursa dahi manevi tazminatın takdirine bu hali engel teşkil etmez (14).

Ana ve babanın bu ilişkiye küçük adına evlenmeden olduğu gibi rıza göstermesinin de olayda önemi yoktur (15).

Ananın manevi tazminat hakkı niteliği itibariyle temlik olunamaz ise de, bir hüküm veya sözleşme ile gerçekleşmiş olmak şartı ile kazanılmış hak olarak temlikinde kanunî sakınca yoktur. Temlik olunamayan manevi tazminat hakkı ananın mirasçılara intikal etmez. Zira, bu hak, niteliği itibariyle, şahsa bağlı haklardandır. Maddî tazminatta böyle bir engel yoktur. Maddî tazminat hakkı temlik olunabileceği gibi ananın mirasçıları da bu hakkı isteyebilirler. Ancak, gerek maddî gerekse manevi tazminatın babanın mirasçılarında istenebileceği, genel ilkeler dışında, M.K. 309. maddesi ile ayrıcalık teşkil edecek biçimde kabul edilmiştir (16).

Bu nedenle, babanın mirasçıları, babanın terekesini reddetmedikçe, veya borca batıklığı ispatlanmadıkça, ananın şahsî alacağı niteliğindeki tazminat hakkından dolayı sorumludur. M.K. nun 309. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere bu sorumluluk, çocuk tanınmış olsa idi ne olacak idi ise o miktar ile sınırlı bulunmaktadır.

ÇOCUK LEHİNE TEDİYAT (NAFAKA)

M.K. nun 306. maddesinin 1. bendi gereğince babalık davasının subutu halinde, hâkim ana ve babanın sosyal durumlarına göre bir nafaka bağlar.

(12) Prof. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, T.M.M.C. II. s. 434.

(13) Prof. H.V.V.T.M.M.S. 441 - 442.

(14) Evlenme veya mahkeme hükmü ile reşit olma halleri gibi.

(15) İlerde resmen evlenmek üzere gayri meşru evlilikler için birleşmelerde anne ve babanın müsade etmesi gibi.

(16) Prof. E. Arsebük, M.H.C. II. s. 489, dip not : 179.

M.K. nun 306. maddesi gereği hükmedilecek nafaka için dava veya dava dilekçesinde ayrıca istekte bulunmaya ihtiyaç yoktur. Nafakanın duruşma sonunda istenmesi mümkün olduğu gibi, hâkim, istek olmasa dahi, resen iştirak nafakasına hükmedebilirler. Zira, 306. maddede sözü edilen nafaka hangi nitelikte olursa olsun babalık davasının fer'i niteliğindedir. Söz konusu hükümdeki, (babalık davasının sübutu) ibaresi ile asgari biyolojik veya tabii babalığın kanıtlanması amaçlanmıştır. Aynı zamanda bütün sonuçları ile babalığa hüküm verilecek nitelikte olarak da babalığın sübutu gerçekleşmiş olabilir. Kanunun koyucu nafaka konusunda babalığın sonuçlarının hukukî kapsamını ölçü olarak almamıştır. Hangi nitelikte olursa olsun nafaka için çocuğun, anası ile davalı babadan meydana gelmiş olduğunun ispatını yeter görmüştür. İki biçim babalık da ilerde belirtmeğe çalışacağımız gibi, farklılık nafakanın süresi ve niteliğindedir.

Nafaka, nakdi tediye ile ilgili babalık davasında istenebileceği gibi, bütün sonuçları ile birlikte açılan babalık davasında da istenebilecektir. Bu kurala göre hükmedilecek meblağ bir tazminat değil, nafakadır. Nafaka, yeme, içme, giyme, barınma ve çocuğun gelişmesi ve yetişmesi için gerekli tahsil masraflarını kapsar.

M.K. 306. maddesi 2. bendine göre hükmedilecek nafaka, iştirak nafakası niteliğindedir. M.K. 152/2. maddesinde baba çocuğun tüm ıvıması ile sorumlu tutulmuş iken, tabii babalık davasında, veya subutunda M.K. nun 148/2. maddesinde açıklanan biçimde evlilik bağı çözülen karı kocalar için uygulanan çocuk nafakasından olduğu gibi, nafakaya iştirak söz konusudur.

Ancak, çocuk lehine takdir olunacak nafakayı ananın doğrudan isteme hakkı yoktur. Zira, ana babalık davasına konu olan çocuğun kanunî temsilcisi değildir. Bu hak çocuk veya kanuni temsilcisi tarafından istenilebilecektir.

Kanuni temsil hakkını haiz olması halinde de çocuk lehine doğacak nafaka hakkında ananın vazgeçme veya Sulh olma, yetkisi yoktur. Bu yöndeki feragat geçersiz olup çocuğun nafakaya ilişkin dava hakkı her zaman mevcuttur. (M.K. 306/son. Md).

Nafakanın çocuğun kanunî temsilcisine (Veli veya vasisine) verilmesi icab eder. Temsilci, velâyet hakkı kendisine verilen ana olabilecek gibi vasiside olabilir.

Nafaka miktarı adilane bir iştirak teşkil edecek miktarda olmalıdır. Uygulamada, adilane ölçünün, tarafların malî ve sosyal du-

rumları ile küçüğün duyacağı muhtemel ihtiyaca göre yapılacak takdir ile sağlanacağına şüphe yoktur. Bu nedenle, iştiraki ihtiyacın yarı yarıya ana ve baba arasında bölüştürülmesi sureti ile bulunan bir oran olarak düşünmemek gerekir.

Nafakaya, M.K. 306. maddesinin 3. bendine göre, çocuğun 18 yaşını bitirmesine kadar devam etmek üzere hükmolunur ve çocuğun 18 yaşını doldurduğu anda kendiliğinden kesilir.

Nafakanın tediye zamanına gelince, Kanun koyucu, tabii babalık davasındaki nafakanın tediye zamanının tayinini hâkimin takdirine bırakmıştır. Aydan aya ödenmesi kararlaştırılabileceği gibi, bir kaç ayda bir ödenmesinin kararlaştırılmasında mümkündür. Çocuğun acil ihtiyacı nedeni ile de peşin olarak ödenmesine karar verilir. Bu nedenle, peşin verilen nafaka miktarına ait süre geçmeden çocuğun 18 yaşını bitirmesi veya ölümü halinde fazla olarak tediye edilmiş bulunan nafaka miktarının geri istenmesi olanağı vardır. Babanın ölmesi ile de, hükmolunmuş nafaka sona erer. Ancak, babanın sağlığında tahakkuk eden nafakanın babanın mirasçılarından alacak olarak istenmesi mümkündür.

Nafakaya dava veya istek tarihinden itibaren hükmedilecektir. Nafaka babalık davası ile beraber dava biçiminde istenebileceği gibi dava içinde de istenilebilir. Zira, nafaka babalığa ilişkin hükmün ferî niteliğindedir. Bu nedenle dava sırasında istek üzere hükmedilen nafaka için ücreti vekâlette gerekmez (17).

Evlilik dışı çocukların nafakaları hakkındaki davalar için özel bir yetki kural olmamakla genel kural uygulanacaktır.

YENİ OLAYLAR :

Nafakaya hükmedildikten sonra tarafların ve genel yaşam koşullarının değişikliği halinde nafaka kararının gözden geçirilmesi M.K. nun 307. maddesine göre mahkemeden istenebilir. Örneğin : Babanın malî imkânlarının artması, çocuğun yaşı ve tahsilinin ilerlemesi veya çocuğun gelir sağlamaya başlaması, mirasa konması gibi hallerde nafakanın, istek halinde, artırılıp eksiltilmesi mümkün olduğu gibi kesilmeside mümkündür.

M.K. nun 306. maddesi gereği hükmedilmesi veya aynı kanunun 307. maddesi hükmü icabı istenecek değişiklik için görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemeleridir (18).

(17) Y. 2. H. D. 8.11.1973 T.E. 6760, K. 6472.

(18) Y. 2. H. D. 5.11.1973 T.E. 6412, K. 1239.

Yetkili mahkeme ise, bu hususta özel yetki kuralı olmamakla davalının ikâmetgâhı mahkemesidir. M.K. nun 307. maddesine göre açılan davalarda da kural aynıdır. Yani, davalı evvelki ikâmetgâhını değiştirmemişse, nafaka miktarının değiştirilmesi davasına, evvelce nafakaya hüküm vermiş yer mahkemesinde, değilse davalının yeni ikâmetgâhı mahkemesinde bakılacaktır. Aynı yerde birçok Asliye Mahkemesi varsa bunlardan herhangi birisinde davanın açılması mümkündür.

Nafakanın sözleşme ile borçlanmış olması halinde, sözleşmede tayin olunan sürede, taraflarca bir itiraz ileri sürülemediğine göre, durumlarındaki değişiklik taraflara bir hak vermez. Bu biçim anlaşmaların feshi veya ifasındaki imkânsızlık hakkında Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir (19).

BÜTÜN SONUÇLARI İLE BABALIĞA HÜKÜM HÜKMÜN KOŞULLARI :

Medenî Kanunun 310. maddesinin 1. bendi hükmüne nazaran davalı, anaya evlenme vâadettiği veya cinsi münasebet bir cürüm veya nüfuzu kötüye kullanma teşkil eylediği takdirde, davacının isteği üzerine davalının babalığına hükümlenacaktır.

Şu suretle, kanun koyucu tabii babalığın subutu için ileri sürdüğü ispatı zor koşullardan ayrı olarak, Medenî Kanunun 310. maddesi ile de ayrıca bazı koşulların gerçekleşmiş olmasını da ek koşul olarak hükme bağlamış bulunmaktadır. Bununla, babalığın ağır sonuçları babaya yüklenirken gerçeğe ve adalete yaklaşılmasının amaç tutulduğuna şüphe yoktur.

Evlenme vaadi, cürüm veya nüfuzu kötüye kullanma hallerinden birinin gerçekleşmesi, bütün sonuçları ile babalığa hükmü için yeter bulunmaktadır. Manevî tazminat koşullarını incelerken aynı nitelikte olan Medenî Kanunun 310. maddesindeki ilk üç koşulu incelemiş olmakla burada tekrarlamakta yarar görmüyoruz (20). Ancak, tabii babalık halinde, sayılan bu üç koşuldan birinin mevcudiyeti manevî tazminat için kâfi olmasına rağmen bütün sonuçları ile babalığa hükümde olumsuz bir koşulun daha bulunması gerekmektedir. O da, cinsi ilişki zamanında davalı babanın evli olmaması koşuludur. (M.K. 310/Son) Şayet, baba cinsi ilişki sırasında yani hamileliği sağlayan cinsi ilişki anında evli idi ise, babalığa bütün

(19) Prof. H.V.V.M.H.C. II. s. 444.

(20) Tabii babalık bölümüne bakınız.

sonuçları ile hükmolunamayacaktır. Bu durumda, yalnız tabii babalığa hükmedilecektir. Medenî Kanununun 310. maddesinin 1. bendinde sayılı koşullar iradesini serbestçe kullanamıyan ananın korunmasını amaçladığı halde, ananın küçüklük halinin bu madde kapsamına alınmaması eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Babanın cinsî ilişki sırasındaki evliliğinin, hukuken var olan ve devam eden bir evlilik olarak anlaşılacağına şüphe yoktur. Babanın resmen evli olduğu eşiyile boşanmalarına karar verilmiş olsa dahi, boşanma hükmü, tarafları yönünden kesinleşmemiş ise, karı koca olarak ayrı yaşasalar bile evliliğin devam ettiğinin kabulü icap eder. Ve bu nedenle de bu durumdaki babanın cinsî ilişkisinden doğan çocuğun babalığına hükmedilemez. Evliliğin feshi davasında da durumun aynı biçimde değerlendirilmesi gerekir. Evliliğin varlığının ispatı şüphesiz böyle bir savunmada bulunan davalıya ait olacaktır. Ancak, nüfus kayıtlarının celbi sırasında meydana çıkan evlilik durumunu hâkim, re'sen nazara almak zorundadır. Davalıya yükletilen kanıtlama zorunluğu kayden evlilik durumunun belli olmaması hallerine mahsustur. Bunun akside olabilir. Yâni, evliliğin nihayete erdiği kayden belli olmayabilir. Böyle bir durumda evliliğin mevcut olmadığını ispat davacıya düşer. Hamileliği meydana getiren cinsî ilişkiden sonra babanın evlenmiş bulunması, babalığa şahsi sonuçları ile birlikte karar verilmesine mani değildir.

MALÎ SONUÇLAR :

Medenî Kanununun 310. maddesine göre babalığa hüküm verilmesi halinde de, ananın ve çocuğun tazminat ve nafaka isteklerinin tabii babalıkta olduğu gibi, kabulü gerekecektir. Bu bakımdan tabii babalıkla bütün sonuçları itibariyle babalığa hükmün sonuçları arasında, genel olarak, fark yoktur.

Ancak, çocuğun nafakası bakımından, Medenî Kanunun ilgili hükümlerine göre çocuk lehine bazı farklılıklar kabul edilmiştir. Şöyleki : Tabii babalıkta çocuğun maddî tediyata ilişkin peşin olarak ödenmesine karar verilen iştirak nafakası, çocuğun 18 yaşında kendiliğinden kesilmesine ve bu yaştan sonra artık tabii babadan malî hiçbir yardım talep edememesine karşı, şahsi sonuçları itibariyle babalıkta çocuk ile baba arasında gayri sahih de olsa bir nesp bağı kurulmuş olduğundan fûru mevkiinde olan çocuk 18 yaşından sonra da Medenî Kanununun 315. maddesine göre babasından yardım nafakası isteyebilecektir.

Şahsi sonuçları itibariyle babalığa hükmedildikten, başka bir deyimle, babalık hükmünün kesinleşmesinden sonra babanın nafaka borcu bakım mükellefiyeti niteliğini kazanacağından çocuğun nakdi tediye isteği bundan böyle babasının velâyetten mütevellit borçlarının edasının isteği biçimine dönüşecektir. (M.K. 297/3 - 261. Md.) Ancak, Yargıtayca, babalık davasından sonra açılan nafaka davalarında taraflar taraflar yani anne ve baba arasında evlilik birliği teessüs etmediğinden bahsile M.K. 306. maddesi uygulanmaktadır. Oysa ki, M.K. nun 297/3. maddesi hükmüne göre artık 306. maddesinin uygulanmasına kanımızca olanak yoktur (21).

Annenin maddî tazminat isteği de, tabii babalıkta öngörülen koşul ve bunların kanıtlanması ile, sonuca ulaşabilir veya elde olunabilir. Annenin manevî tazminat isteğinin de yukarıda belirtilen ilk üç koşulu, bütün sonuçları ile babalığa hükmün aynı zamanda koşulu olmakla bütün sonuçları ile babalığa hükümde manevî tazminat isteğinin kabulü mümkündür. Ayrıca, annenin küçük olması halinde de manevî tazminata hüküm verilme olanağı da vardır.

Çocuğun ölü doğması, tabii babalık bölümünde işaret olunduğu gibi, annenin nakdi tediyeye ilişkin davasının görülmesine veya dava açılmasına mani değildir. Çocuk dava sırasında ölmüşse, kanunî koşullara göre, verilecek hükümle birlikte yine ana lehine nakdi tediye isteği hakkında olumlu bir karar verilebilecektir. (M.K. 297).

ŞAHSİ SONUÇLAR :

Malî sonuçları kısaca yukarıda belirtmeye çalıştık. Şahsi sonuçlara gelince; bunlar, çocuğun nesebi, tabiyeti, soyadı, miras hakkı, ikâmetgâhı, velâyeti, mallarının idare hakkı gibi hukukî sonuçlar olup bu sonuçlara ayrı ayrı değinmenin yararlı olacağı kanısındayız.

NESEP :

Kural olarak, evlilik dışı doğan çocuğun tanıma ve babalık hükmü olmadan, nesebi sadece ana yönünden var olup, gayri sahih niteliktedir. Baba ile olan nesep bağı tanıma veya Medenî Kanununun 310. maddesindeki koşullara göre gerçekleşen babalık ile meydana gelir. Ancak, tanıma ve babalıkla meydana gelen nesep bağı dahi

(21) M.K. 261 veya 152. maddesinin uygulanması halinde görevli mahkemenin Sulh Mahkemesi olacağına şüphe olmayacağı gibi nafakanın iştirak niteliğinde olarak sınırlı olmayacağına da şüphe yoktur.

gayri sahihtir. Bu bakımdan, babalık hükmü ile kurulan nesep bağı ile Medenî Kanununun 249. ve müteakip maddeleri gereği nesebin düzeltilmesini yekdiğerine karıştırmamak icap eder. Tashihde, çocuğun nesebi sahih olmasına karşı babalık ve tanıma da nesep baba yönünden ancak gayri sahih olmaktadır. Çocuğun baba yönünden nesebinin sahih olması ile gayri sahih olması arasında ise şüphesiz hukukî sonuç bakımından bazı farklar vardır. Örneğin; miras, velâyet ve çocuğun malları üzerindeki hakların baba tarafından kullanılabilme koşullarında olduğu gibi.

Babalık hükmü ile çocuğun anaya nazaran g. sahih olan nesebinde ise bir değişiklik meydana gelmez (22).

SOYADI :

Bütün sonuçları ile babalığa hüküm halinde çocuk babasının aile ismini (soyadını) taşıma hakkını kazanır (M.K. 312/1 md.). Bu hükümden çıkan sonuçlara göre çocuk babanın soyadını taşımak, onun nüfusuna yazılmak zorundadır. Çocuk ayrı bir soyadı alamaz ve ayrı bir nüfus tesisini isteyemez. Bu itibarla davalı, babanın asılları olarak, dede veya amca da olsa babalığın subutu halinde çocuk ancak babasının soyadını taşımak ve ancak onun nüfusuna yazılmak zorundadır. Babalıkla ilgili hüküm kesinleşmiş ise, hükmün herhangi bir nedenle baba nüfusuna kaydedilmemiş olmasının olayda önemi yoktur. Zira, asıl olan mahkeme ilâmıdır. Bilindiği gibi, genel kural gereği, ahvali şahsiyeye ilişkin ilâmlar zamanla hukukî değerini kaybetmezler. Bu itibardır ki, çocuğun, babalık hükmü ile babasının soyadını taşıması hem hakkı ve hem de görevidir. Bu kural, kamu düzenini ilgilendirdiği için sözleşme ile de değiştirilemez (23). Ve babalığının subutu ile çocuk artık annesinin soyadını taşıyamaz. Çocuğun velâyetinin ana veya babadan birine verilmiş olması da çocuğun babanın soyadını taşımasına engel teşkil etmez.

İKÂMETGÂH :

Babalığın subutu veya tanıma halinde küçüğün ikâmetgâhının ne olacağı konusunda Medenî Kanunun babalık bahsinde bir açıklık yoktur. Ancak, Medenî Kanunun babalık bahsinde bir açıklık yoktur. Ancak, Medenî Kanunun 21. maddesine göre çocuğun ikâ-

(22) Şakir Berki A. 1 ve T.M.K. evlilik dışı doğan çocuklar, 1973 sh. 10 - 11.

(23) Prof. H.V.V. - T.M.H.C. 2. S. 447.

metgâhı velisi olan ana veya babasının ikâmetgâhıdır. Bu suretle, çocuğun ikâmetgâhı kanunî ikâmetgâh niteliğindedir. Çocuğun arzusuna bağlı değildir. Evlilik dışı doğan ve babaya nisbeti babalık davası ile sùbut bulan çocuğun ikâmetgâhının neresi olacağına kanunun bu hükmünden kıyasen çıkarmak mümkündür. Hâkim, babalık hükmü ile beraber velâyeti ana ve babadan birine vermemiş ve ona bir vasi tayinini uygun görmüşse, bu takdirde, çocuğun ikâmetgâhı vesayet mahkemesinin bulunduğu yer olacaktır. (M.K. 21/1 md.) Mahkemece, babalık hükmü ile beraber velâyet ana ve babadan hangisine verilmiş ise, bu defa da çocuğun ikâmetgâhı velâyet kendisine verilen ana veya babasının ikâmetgâhı olacaktır.

Babalık davasının gerçekleşmemiş olması halinde, ana Medenî Kanununun 311. maddesine göre velâyetin kendisine verilmesini sağlamamış ve küçüğe bir vasi de henüz tayin edilmemiş ise, çocuk bu temsilcilerden yoksun bulunacağından belli bir ikâmetgâhı olmayacaktır.

Babalığına hükmolunan çocuk reşit ise veya reşit olmuşsa, şüphesiz, ikâmetgâhını istediği bir mahalde tesis etmek hak ve özgürlüğüne sahip olacaktır.

VATANDAŞLIK HAKKI :

Medenî Kanununun 312. maddesi hükmüne göre nesebi babalık hükmü ile g. sahih olarak taayyün eden çocuk aynı zamanda babanın vatandaşlık hakkına da sahip olur. Bu kural da, kamu düzenini ilgilendirmekle, çocuğun veya babanın arzusuna bağlı tutulmamıştır. Bu nedenle, anne yabancı uyruklu olup baba Türk vatandaşı ise çocuk Türk vatandaşı sayılacaktır.

Ana Türk baba yabancı ise çocuk o yabancı babanın ülkesi vatandaşı olacaktır.

Ana ve baba yabancı iseler yine kural aynıdır. Çocuk babanın ülkesi vatandaşı sayılır (24).

MİRAS :

Medenî Kanununun 439. maddesine göre birinci derecede mirasçılar müteveffanın fûruudur. Yani fer'ileridir (çocuklarının çocuklarıdır). Kanunun bu hükmü başka bir kanun hükmü ile değişik bir şekle ve sonuca ulaştırılmadıkça çocuk babasının mirasçısıdır ve

(24) Türk Vatandaşlığı Kanunu 2, 4, 15, 19, 36, 37 Md. bakınız.

hissesi eşitlik ölçüsündedir. Ne varki, aynı kanunun 443. maddesi hükmü ile mirasta nesebi sahih çocuklar ile nesebi babaya nazaran gayri sahih çocuklar arasında bir ayırım yapılmıştır. Farklılık yalnızca pay oranındadır. Medenî Kanunun 312. maddesini başka bir şekilde ifadesi olan aynı kanunun 443. maddesinin birinci bendi ikinci fıkrası ile 2. bendi hükmü gereği, babalığı tanıma veya babalık davası hükmü ile taayyün eden çocuğun nesebi gayri sahihtir. Ve pay oranı da sahih fûrua nazaran yarıdır. Evlilik dışı doğmuş, nesebin tashihi sebeplerinden biri ile nesebi düzeltilen, dolayısıyla nesebi sahih hale gelen çocuklar Medenî Kanunun 443. maddesi kapsamına dahil edilemezler. Onlar sahih nesepli oldukları için Medenî Kanunun 439. maddesine göre eşitlik kuralı uyarınca müsavat üzere mirasçılardır. Tabii babalıkta ise, çocukların baba yönünden mirasçılığı hangi şekilde olursa olsun söz konusu değildir. Yani evlilik dışı doğan çocuk hiçbir surette tabii babasının mirasçısı olmaz. Şüphesiz, neseple ilgili Af Kanunlarına uygun olan tabii babalık durumu ayrıcalık teşkil eder.

Medenî Kanunun 443. maddesi 2. bendinden çıkarılacak diğer bir sonuç da; nesebi gayri sahih çocuk, ancak sahih nesepli çocukla birleştiği takdirde yarı pay alacaktır. Tek başına mirasçı olduğunda ise mirasın tamamını alabileceği gibi, başka mirasçılarla birleştiğinde payı nesebi sahih fûruu gibi tam olarak hesaplanacaktır.

Babaya nazaran nesebi gayri sahih olan çocuğun evlâtlıkla birleşmesi halinde evlâtlıklar nesebi sahih fûruu kadar hisse alacaklarından nesebi gayri sahih çocuğun pay oranı evlâtlığa nazaran yine yarı olacaktır. Şüphesiz, evlâtlığa evlât edinilirken miras hakkı tanınmamış ise, nesebi gayri sahih olan çocuk başka mirasçı yoksa, mirasın tamamını alacaktır. (M.K. 257/2. Md.) Evlatlığa sözleşme ile daha az bir miras oranı tesbit edilmiş ise arta kalan miras, (başka mirasçı yoksa) yine nesebi g. sahih çocuğun olacaktır.

Medenî Kanunun 439. ve 443. maddelerinden sözü edilen miras, kanunî mirastır. M.K. 257/2. maddesinde sözü edilen mirasda sözleşme ile tesbit edilecek olmakla beraber niteliği itibariyle kanunîdir. Başka bir deyimle mansup mirasçılık söz konusu değildir (25).

Gayri sahih nesepli çocuğun fûruu da, babalığı bir hükümlerle belirlenen babanın kanunî mirasçısıdır. Babadan evvel ölmüş nesebi gayri sahih olan çocuk, başka mirasçıların iştiraki halinde, nesebi gayri sahih çocuk ne miras alacaksa o miras payı onun çocuk-

larına intikâl eder. Nesebi gayri sahih çocuğun çocuklarının bir kısmının nesebinin gayri sahih oluşu mirasçı olmasına engel teşkil etmez. Onlarda mirası aralarında kanunun tanıdığı oranda bölüşeceklerdir. İlke daima aynıdır. Nesebi sahih fûruu ile birleştiklerinde hisseleri yarıdır.

Mahfuz hisse bakımından ise, nesebi sahih ile nesebi gayri sahih çocuk arasında farklılık yoktur. Medenî Kanununun 443. maddesinde fûruu ibaresi kullanılmıştır. Nesebi gayri sahih çocuklarda fûruu olmakla aralarında farklılık olmayacağı açıktır. Bu kuralı bertaraf eden herhangi bir kanun hükmü de bulunmamaktadır.

Nesebi g. sahih çocuklar, mansup mirasçı olmalarını önleyen bir kanun hükmü olmadığından, mansup mirasçı olabilirler. Baba, miras hissesi yarı olan bu çocuklarına tasarruf nisabı ölçüsünde yapacağı vasiyet ile veya ölüme bağlı tasarrufla, hisse oranlarını dengeleyebilme imkânına sahiptir.

Gayri sahih nesepli çocukların baba yönünden mirasçılıkları konusuna son vermeden üzerinde önemle durulmağa değer bir noktaya değinmek isteriz. Evlilik dışı ilişki nedeni ile kusurlu olan ana ve babanın günahını onları bir takım haklardan ve özellikle miras hakkının bir kısmından mahrum etmek sureti ile bu ilişkilerden doğan çocuklara çektirmek herhalde haksızlık olmaktadır. Mademki, çocuk o babadan dünyaya gelmiştir ve mademki babanın diğer çocukları ile kardeşirler. Öyle ise, onların miras haklarını kısıtlamak bir nevi haksızlık değildir ? Şimdiye kadar meydana gelen evlilik dışı ilişkileri bu biçim bir kısıtlama hangi ölçüde önlemiş veya azaltmıştır. Hatta, zina mahsulü çocukların mirasçılık haklarının tanınmasının dahi bugününün insan hakları kavramına ters düşmeyeceği, bunda zarar değil fayda bulunduğu doktrinde savunulur hale gelmişken babalık davalarına konu olan çocuklara bu haklarının verilmesi zamanının geldiğine inanmaktayız (26). Esasen bu ilke, neseple ilgili af kanunları ile, Türk Kanun koyucu tarafından kabul edilmiş ve benimsenmiş bulunmaktadır. O halde niçin Medenî Kanun hükümleri arasına alınmasın ? İşte, biz, bu âdil hükmün Medenî Kanununun değiştirilmesi sırasında devamlı uygulanabilen bir kanun hükmü olarak gerçekleştirilmesini içtenlikle temenni etmekteyiz. Böylece, evlilik dışı doğan çocukların kardeşleri ile arasındaki gayri âdil sonuçlar ortadan kalkmış olacaktır.

(26) Prof. Nuşin Ayiter - 1976, Medeni Kanununun 50. Yılı dolayısıyla düzenlenen toplantı konuşması.

VELÂYET :

Babalık davasının subutu ile beraber babasının soyadını taşımaya ve onun vatandaşlık hakkına sahip olan çocuğun velâyetinin ana ve babadan hangisine verilmesi gerektiği hususu mahkemece düşünülerek velayet hakkı buna göre ana babadan birisine verilir. Velâyet, babalık hükmü ile birlikte verilebileceği gibi, unutulmuş olması nedeni ile daha sonraki bir dava sonucu da hükme bağlanabilir.

Hâkim velâyeti ana ve babadan birine verirken ana ve babanın öz yararını ve duygularını değil, çocuğun her yöndeki yararını ön plânda düşünecektir. Bu nedenle, velâyet hakkının kime verileceği hususunda ki, özel anlaşmalar geçersizdir. Velâyet, ancak, mahkeme hükmü ile ana veya babaya verilebilir. Mahkemece, ana ve babanın maddî ve manevî imkânları ile çocuğun yaşının olayda gözönünde tutulması ve herhalde çocuğun şahsî menfaatlerinin daha ziyade nazara alınması gerekmektedir.

Velâyet hakkının kullanılması bakımından nesebi sahih çocuk ile nesebi gayri sahih çocukların velâyeti arasında fark yoktur. Velâyet kime verilmişse, o kimse, velâyet hakkındaki genel hükümlere göre, velâyet hakkını amacına uygun biçimde kullanmak zorundadır.

Anne veya babadan birine verilen velâyetin, haklı nedenler varsa diğer tarafa verilmesi hâkimden her zaman istenebilir. Bunun için velâyetin nez'ine ilişkin sebeplerin bulunması şart değildir. Şüphesiz, koşulları varsa velâyetin nez'inin, Medenî Kanununun 274. maddesine göre, talep edilmesinde de sakınca yoktur.

Velâyet hakkı babaya verildiği takdirde; ana Medenî Kanununun 313. maddesi uyarınca çocukla aralarındaki şahsî ilişkilerin düzenlenmesini mahkemeden isteyebilir. Tıpkı, boşanma halinde olduğu gibi (M.K. 148 md.). Velâyetin anneye verilmesi halinde ise babanın çocukla aralarında şahsî ilişki düzenlenmesini istemeğe hakkı yoktur. Çünkü : anne için bu hususta Medenî Kanununun 313. maddesinde bir hüküm sevk edilmiş olmasına karşı her nedense baba için böylesine bir kural koyulmamıştır.

Kanunda açıklık yoksa da, çocuğun anaya verilmesi veya çocuğa bir vasi tayini halinde hem anne ve hem de babanın çocukla şahsî ilişkilerinin düzenlenmesinde kanunî sakınca olmayacağı kanısındayız. Kıyas yoluyla, kanunun bu yöndeki boşluğunun doldurulma-

sı Medenî Kanunun velâyetle ilgili ilkelerine ve aynı zamanda hak ve adalet duygu ve düşüncesine uygun düşecektir.

Velâyete ilişkin hükmün babalık hükmü ile birlikte verilmesi asıdır. Ancak, unutulma halinde, anne veya babanın isteği üzerine velayet konusunu daha sonra açılacak bir dava sonunda hükme bağlanması da mümkündür. Velâyetin tevdi yönünden önce veya sonraki davada, böylesine bir istekte bulunulmuş olması farklılık yaratmaz. İnceleme koşulları aynıdır.

Şu varki, sonradan ve sadece velâyetin düzenlenmesi için, M.K. 312 ve 313. maddelerine dayanılarak açılacak davada görevli mahkeme, H.U.M.K. 8/5. maddesine nazaran, Sulh Hukuk Mahkemesidir. Yeni durumlar dolayısıyla evvelce saptanan velâyet konusundaki hükmün değiştirilmesine ait istekler de, anılan usul maddesi gereği, Sulh Hukuk Mahkemesinde karara bağlanacaktır.

Velâyetle birlikte nafaka isteği de varsa, nafakaya bakmaya Asliye Mahkemeleri görevli olmakla, velâyet yönündeki dava tefrik olunarak nafaka davası görevsizlik kararı ile Sulh Mahkemesine gönderilecektir. Bu iki isteğin Sulh Mahkemesine karşı ileri sürülmesi halinde, bu defa da nafaka talebi hakkında görevsizlik kararı verilecektir. Bu husustaki kural kamu düzenini ilgilendirmekle talep, olması dahi mahkemece (tefrik) ve (görevsizlik) re'sen nazara alınacaktır (27).

Evlilik dışı doğan çocuğun, yukarıdan beri vaki açıklamalardan üç çeşit kanunî temsilcisi olabileceği anlaşılmaktadır : Kayyım, veli ve vasi. Bu üç temsilcinin ne zaman ve ne için tayin edileceği hakkında özet bir açıklama yapmanın yararlı olacağı kanısıyla kısa bir özetlemede bulunmak istiyoruz.

Medenî Kanunun 299. maddelerine göre, evlilik dışı doğan küçüğe ilk anda haklarının korunması için kayyım tayin olunur veya icabeder. Ancak, babalık davası bitmişse mahkeme velâyeti baba veya anneye bırakacağı gibi bunda yarar görmezse kayyım yerine vasi tayini yoluna gidebilir. Veli veya vasi tayini ile kayyımın görevi artık sona erer. Babalık davasının ikamesi için belli sürenin geçmesi halinde de istek üzerine, küçüğün velâyet hakkı anneye verilebileceği gibi uygun görülmediğinde vasi tayini yoluna da gidilebilir. Böylece, kayyım, evlilik dışı doğan çocuğa babalık davası açılma süresince veya açılmış babalıkla ilgili dava bitinceye kadar tayin olun-

makta, daha sonra, hasıl olan durum ve isteğe ve hâkimin takdirine göre de küçüğün velâyet hakkı ana veya babadan birine verilmekte bu da uygun görülmediğinde küçüğe vasi tayin olunmaktadır.

ÇOCUĞUN MALLARI ÜZERİNDEKİ HAKLAR :

Velâyet ana ve babadan hangisine verilmişse mahkeme, çocuğun malları üzerindeki haklarını da tayin eder. (M.K. 314 Md.). Bu emredici hükme rağmen babalığa hüküm halinde verilen kararlar da bu hukukî sonuca çoğu defa dokunulmamaktadır. Bu fiili durum, herhalde, küçük çocukların mallarının bulunmayışından ileri geldiği kanısındayız. Çocuğun mal varlığının bulunduğu iddia edilmesi halinde anılan kanun hükmünün uygulanacağına şüphe yoktur.

Tabii babalıkta, baba ile çocuk arasında bir nesep veya şahsî bağ kurulamamış olmakla velâyet hakkı söz konusu olmayacağından, babanın çocuğun malları üzerinde bir idare hakkı bulunmamaktadır. Mahkemece de bu hak verilemez. Annenin de hangi çeşit babalıkta olursa olsun çocuk malları üzerindeki hakkı doğuştan ve kanunen yoktur. Anneye de bu hakkın, ancak, mahkeme hükmü ile verilme imkânı vardır. (M.K. 314 Md.)

EVLİLİK DIŞI DOĞAN ÇOCUĞUN ANAYA KALMASI :

Sadece tabii babalığın subutu veya davalının biyolojik de olsa evlilik dışı doğan çocuğun babası olmadığının subutu halinde baba tarafından tanınmamış çocuk annesine kalır. Böyle bir durumda, baba yönünden nesebi olmayan çocuğun anne yönünden nesebi doğuştan var olmakla beraber bu nesep gayri sahihtir. (M.K. 290 Md.)

İşte, babası ispatlanamayan veya belli olmayan çocuk Medeni Kanununun 311. madesine göre annesine kalmakla onun soyadını (aile ismini) taşır. Annenin vatandaşlık hakkını iktisap eder ve annesi ile anasının hısımlarına karşı sahih olmayan nesep üzerine düşen hak ve göreve sahiptir. Ananın borçları ise nesebi sahih çocuğa olan borç gibidir. Bütün şahsî sonuçları ile babalığa hükmedilmiş olması halinde, çocuk, babasından kalan mirasa nesebi gayri sahih bir çocuk olarak yarı hisseye sahip olurken, anadan ve onun murisinden kalan mirasa nesebi sahih çocuk gibi tam hisse oranında mirasçıdır. (M.K. 443 Md.)

Babalık davasının reddi veya böylesine bir dava bulunmaması halinde, çocuğun doğuşunda velâyet hakkı annede mevcut olmadığından, anne her zaman evlilik dışı doğurduğu ve henüz babası belli olmayan çocuğun velâyet hakkının kendisine verilmesini isteyebilir. (M.K. 311 md.) Sulh Hâkimi bu isteği uygun görürse anneye velâyet hakkını verebileceği gibi uygun görmediğinde bir vasi de tayin edebilir (28).

(28) Neseple ilgili Af Kanunları konusu derginin diğer bir sayısında ayrı bir inceleme konusu yapılacaktır.

DENİZDE YOLCU TAŞIMA MUKAVELESİ

İSMAİL DOĞANAY (*)

I. GİRİŞ :

A. Taşımanın Mahiyet ve önemi :

İlk sosyal hayatın başladığı günden bugünkü gelişmiş hale ulaştığı güne kadar geçen uzun süre zarfında insanlar, her nevi ihtiyaçlarını giderecek mal ve eşyaları temin edebilmek için buldukları yerden bir diğer yere veyahut da o mal ve eşyaları kendi buldukları yere getirmek suretiyle ihtiyaçlarını telâfi edebilmek maksadıyla kara, hava ve su yolları ile bunların her türlü taşıma vasıtalarına müracaat zarureti hissetmişlerdir.

Toplum halinde birlikte yaşayan insanların kendi iş sahaları ile alâkalı herhangi bir faaliyette bulunabilmeleri için, bazan bir yerden diğer bir yere bizzat seyahat etmeleri lüzum ve zarureti hasıl olabileceği gibi, bir memleketin sanayi ve ziraî istihsâl bölgelerinden elde edilen her nevi mal ve eşyanın, gerek o memleketin ve gerekse dünyanın diğer tüketim (istihlâk) bölgelerine taşınmaları da normal ticarî ve ekonomik hayatın tabii bir neticesidir.

Dünyada ilk taşıma işi tabii yol (deniz ve kara yolu ile) ve en iptidaî nakil vasıtalarından faydalanmak suretiyle başlayıp, buhar ve elektriğin taşıma vasıtalarının tahrikinde kullanılmaya başlanması suretiyle de tekâmül safhasına girmiştir. Denebilir ki, hiçbir faaliyet şubesi, taşıyıcılık kadar ilim ve tekniğin yardımından faydalanmamıştır. Buna mukabil, taşıma vasıtaları da toplumun sosyal, ekonomik ve ticarî hayatı üzerinde o nisbette ve belirli bir şekilde müessir olmuşlardır.

Taşıma işi sayesinde, henüz işlenmemiş bir malın üretim bölgesinden o malın mamûl hale gelmesini temin edecek olan sanayi bölgesine kolaylıkla taşınması imkânı elde edilebileceği gibi, aynı malın, tüketim (istihlâk) mntıklarına sevk'edilmeleri suretiyle de

(*) Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi.

üretim ve tüketim bölgeleri arasında husule gelen büyük fiyat farklarını mümkün mertebe önlemek suretiyle, mal ve eşya fiyatlarının aynı seviyede tutulması temin edilmiş olur (1).

Taşıma işinin kara, deniz ve hava yolu sayesinde bugünkü en mükemmel şeklini alması sonucu olarak, insanlık tarihinde pek acı ve unutulmaz hatıralar bırakan darlık ve kıtlık gibi beşerî âfetlere artık eskisi gibi pek tesadüf edilmemektedir.

Bir memleketin ticarî ve ekonomik hayatında çok önemli bir rol oynayan taşıma işini, bir kimse, ister kendisine bir meslek olarak seçsin, ister bu işi arızî olarak yerine getirmiş olsun, taşıma konusu eşyayı gönderen kimse ile o eşya kendisine gönderilen şahıslarla olan karşılıklı hak ve münasebetlerinde devletin murakabesine tabidir. Daha açık bir deyimle, taşıyıcının hak ve sorumlulukları kanun hükümleriyle tesbit ve tayin edilmiş bulunmaktadır.

Biz bu incelememizde, (Denizde yolcu taşıma mukavelesi) ile ilgili Türk Ticaret Kanununun 1119 - 1132 inci maddelerini açıklayıp bu hükümlerin Yargıtayca uygulanışına değineceğiz.

II. YOLCU TAŞIMA MUKAVELESİ

A. Yolcunun hak ve mükellefiyetleri :

Denizde «yolcu taşıma mukavelesi» ile taşıyıcı yolcuyu bagajı ile birlikte ve bir ivâz karşılığında denizde bir yerden diğer bir yere sağ ve salim olarak sadece götürmeyi veya hem götürüp hem de geri getirmeyi taâhhüt eder. Onun bu işi meslek şeklinde ve devamlı olarak yapması şart değildir. Arızî olarak ve hatta bir defaya mahsus bile olsa ücret karşılığında insan taşımayı taâhhüt eden bir kimse yine taşıyıcı sayılır ve kanun hükümlerine tâbi olur (2).

Esas itibariyle taşımanın bir ivâz karşılığında yapılması icap eder. Ücretsiz veya hatıra binâen (3) taşımalar «yolcu taşıma mu-

(1) İSMAİL DOĞANAY, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine göre karada eşya taşınması. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATIDER), Mart 1970 - Cilt V. Sayı : 3. sh. 432 - 480.

(2) Daha geniş bili için : İSMAİL DOĞANAY, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, s. 1482-1490 bkz.

(4) Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, sorumluluğa ilişkin kanun hükümlerinin taşıyıcılar aleyhine uygulanabilmesi için taşıma işinin mutlaka bir ücret karşılığında yapılmış olması şart değildir. Bir kimse tanıdığı veya hiç tanımadığı bir kimseyi hatıra binâen veya merhameten kendi nakil vasıtasına alsın ve böyle bir taşıma esnasında da herhangi bir kaza meydana gelse ve o kaza sonunda da o kişi ölse veya yaralansa, taşıyıcı (..... ben bu taşıma işinden bir ücret almadığım, kendisini hatıra binâen taşıyordum, bu itibarla bana bir sorumluluk düşmez...) diyemez. Mahkemece taşımadan dolayı kendisinin sorumluluğu cihetine gidilir ve fakat sadece TTK. nun I inci maddesi hükmünün atfı nedeniyle BK. nun 44 üncü maddesi hükmüne göre yolcunun (..... zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına...yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfı nazar edebilir.)

kavelesi» değildirler. Taşımanın belirli bir gemi ile yapılması şart değildir. Fakat muayyen bir «kabine» nin yolcuya tahsisi halinde taşımanın — hilâfına başka bir anlaşma olmadıkça — o kabinenin bulunduğu gemi ile yapılması taraflarca kararlaştırılmış sayılır.

Denizde yolcu taşınmasını düzenleyen ve 1119-1132 inci maddeye kadar devam eden 14 maddelik hükümler tefsiri mahiyettedir. Ancak, taşıyıcının yolcuyu gideceği yere kadar sağ ve salim olarak götürmek mükellefiyeti ile bu mükellefiyetin ihlâlinden ileri gelen mes'uliyetle ilgili hükümler «âmir-emredici» mahiyettedir. Taşıyıcının bu mes'uliyetini ortadan kaldıran veya daraltan hertürlü kayıt ve şartlar hükümsüzdür (TTK. m. 1130).

Türkiye sahil ve limanları arasında yolcu taşıma hakkı münhasıran Türk bayrağı çekme hakkına (TTK. m. 832) sahip gemilere aittir. Bu hak 815 sayılı Kabotaj Kanunu'ndan doğmaktadır.

Denizce «yolcu taşıma mukavelesi» karşılıklı mükellefiyet yükleyen iki taraflı bir akit nev'idir. Bu nevi bir akitte gemi sahibi donatan firma — meselâ Denizcilik Bankası gemileriyle yapılan iç ve dış seferleri olduğu gibi — ekseriya taşıyıcı olarak görünürse de, taşıyan bazan donatandan gayri nakliye müteâhhide bir firma da olabilir. Mukavelenin diğer âkidi ise, ekseriya yolcudur. Fakat, taşıma mukavelesiyle verilen bilet «hâmiline» yazılı olup da yolcu, taşınma hakkını bir başkasına devretmek yetkisine sahip ise, bu takdirde biletin hâmilî akdin bir tarafı olarak diğerinin yerine geçer ve seyahat etme hakkını o devralmış olur. Hâmiline yazılı biletler genellikle kısa mesafelerde yapılan seyahatlerde — meselâ şehir hatlarında — kullanılmaktadır.

Taşıma akdi hususî bir şekle tâbi tutulmamıştır. Taşıyan tarafından ücret karşılığında yolcuya verilen bilet ise, daha ziyade, taşıma sözleşmesinin yapılmış ve bilet sahibinin âkit sıfatıyla taşınma hakkını kazanmış olduğunun yazılı bir delilini teşkil eder.

Taşıyanın belirli limanlar arasında yolcu taşıyacağını ilân etmiş olması hali, bir icap değil, sadece icaba dâvettir (4). Yolcunun taşıyanın acentesine başvurarak yer ayırtmak için adını yazdırması da genellikle aynı mahiyettedir (5). Bu icap ancak biletin yolcuya verilmesiyle «kabul edilmiş» olur.

(4) SCHLEGELBERGER - LIESECKE, Seehandelsrecht, Berlin u. Frankfurt, 1959 (S. OKAY Deniz Ticareti Hukuku, II. 2. bası, İstanbul, 1971, sh. 257 den naklen).

(5) PRÜSSMAN, Des Seerech, München 1968, s. 848 (S. OKAY, age. s. 257 den naklen).

TTK. nun 1119 uncu maddesi hükmüne göre, taşıma mukavelesinde yolcunun adı yazılı olursa, yolcu taşıma hakkını bir başkasına devredemez. Şayet bilet nâma değil de hâmiline yazılı ise, o zaman, ona sahip olan taşıma hakkını da elde der.

«Yolcu taşıma mukavelesi» nin in'ikadı ile yolcu, bir ücret karşılığında muayyen bir mesafe veya zaman fasılası için taşınabilme hakkını iktisap etmiş olur. Genellikle taşıma ücreti (bilet parası) önceden ve henüz bilet verilmeden önce ödenir. Bilet ücretinin ödenmediğini ispat yükü taşıyıcıya düşer.

B. Yolcu, kaptanın talimatına riâyet etmek zorunluğundadır :

Deniz yolcusunun ücret ödeme borcu dışında diğer bazı mükellefiyetleri de vardır. Bunların en önemlisi, gemide huzur ve sükûnu bozacak hareketlerden kaçınmak ve kaptanın gemideki nizamla ilişkin bütün emir ve talimatına uymaktır.

Kaptan, gerek hizmetlerinin gereği gibi görülebilmesini temin maksadiyle ve gerekse gemide bozulmuş olan inzibat ve emniyeti tekrar iâde gayesiyle kendisince lüzumlu gördüğü her tedbiri almak yetkisine sahiptir. Özellikle gemi adamları ile gemide bulunan yolcu ve diğer kimseler üzerinde cebir kullanmaya, itaâtsizlikte direnenleri geminin uygun bir yerine kapatmaya veya — halin icabına göre — gemiden uzaklaştırmaya ve hatta bu gibi kimselerin üzerleri ile eşyalarını, mahkemeden alınmış bir arama kararı bile olmadan aramaya yetkilidir. Kaptanın bu yetkisi gemi adamları bakımından daha da geniştir. Görev yapmamak maksadiyle gemiden kaçanları zorla gemiye getirebilmeye kadar gider.

Kaptan, gerek yukarda açıklanan yetkilerini kullanırken ve gerekse lüzumlu gördüğü tedbirleri alırken zabıta ve hatta ihtiyaç halinde, mahallî askerî kuvetlerden yardım istemeğe yetkisi olduğu gibi, onların da bu isteği yerine getirmeleri, kanunî yükümlülükleri icabıdır (TTK. m. 1467), (6).

C. Yolculuk başlamadan önce veya başladıktan sonra yolcunun gecikmesi hali :

TTK. nun 1119 uncu maddesi ile ilgili açıklamamız esnasında da değinmiş olduğumuz veçhile, taşıma ücreti genellikle peşin ola-

(6) İSMAİL DOĞANAY, Kaptan gemi adamı değildir? Yargıtay Dergisi, C. I, Ocak 1975 sayı : I, sh. 62 - 63.

rak ve biletin teslimi mukabilinde ödenir. Yolcunun kararlaştırılan hareket gününde gemiye gelmemesi ve mukaveleden caydığını da bildirmemesi üzerine kaptanın kendisini beklemeden yolculuğa başlaması veya devam etmiş olması hallerinde taşıma ücretinin tam olarak ödenmesi gerekir. Yolcunun kusurunun bulunmaması da neticesi değiştirmez.

D. Yolcunun taşıma mukavelesinden cayması veya hastalık yahut ölüm gibi şahsî bir sebeple taşıma mukavelesinin hükümden düşmesi hali :

TTK. nun 1122 inci maddesi hükmüne göre, yolcu, yolculuk başlamadan önce taşıma mukavelesinden caydığını bildirir veya ölür yahut hastalık veya şahsını ilgilendiren başka bir umulmayan hal yüzünden yolculuktan vaz'geçmek zorunda kalırsa taşıyan ondan ancak kararlaştırılan taşıma ücretinin yarısını isteyebilir. Yolculuk başladıktan sonra yolcu seyahattan caydığını bildirir veya sözü geçen umulmayan hallerden biriyle yolculuktan vaz'geçmek zorunda kalırsa taşıma ücretini tam olarak ödemesi gerekir.

«Yolculuğun başlamasından», geminin yolculuğa çıkmak üzere yanaşma yerinden (limandan) ayrılmış olması anlaşılmalıdır (7).

Tatbikatta yolcunun, yolculuktan, henüz yolculuk başlamadan önce caymış bulunması halinde, caymanın geminin hareket gününden belli bir süre önce veya sonra olmasına göre peşin ödenen bilet ücretinden muayyen bir nisbette — meselâ % 10 nisbetinde — bir kesinti yapılarak geri kalanı yolcuya iâde olunmaktadır.

a) *Geminin batması, tamire değmez hale gelmesi veya açık artırma ile satılması suretiyle ziyaa uğraması hali :*

Geminin umulmayan bir hal yüzünden ziyaa uğraması, özellikle batması, tamire değmez bir hale gelmesi yahut müsadere edilmesi hallerinde (TTK. m. 1082/f. 1 b. 1) taşıma mukavelesi hükümden düşer.

E. Yolcu taşıma mukavelesinden cayma hakkı bahşeden hal ve şartlar :

Bir harp çıkması ve bunun neticesi olarak geminin serbest sayılmayıp zaptedilme tehlikesine maruz bulunması yahut gemiyi il-

(7) SCHAPS - ABRAHAM, Das deutsche Seerecht, 3. bası, Berlin C. I, 1959, C. II, 1960, C. II/2, 1962, sh. 667, Anm. 2 (S. OKAY, age. sh. 259 dan naklen).

gilendiren bir âmme tasarrufu ile yolculuğun durdurulması hallerinde gerek yolcu ve gerekse taşıyan yekdiğerine taşıma ücreti veya bir tazminat ödemek zorunda kalmaksızın taşıma sözleşmesinden karşılıklı olarak cayabilirler. Cayma hakkının kullanılmasından sonra yukarda söz konusu sebeplerin ortadan kalkmış olması hali taşıma sözleşmesini yeniden canlandırmaz (8).

Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre gerek yukarda değinilen sebeplerden dolayı ve gerekse «yük taşımaya tahsis edilen bir gemide» aynı zamanda yolcu taşınması halinde, taşıyana muzâf bir kusur olmaksızın yük taşıma işinin yapılamaması halinde de taşıyan, yolcuya tazminat ödemeksizin taşıma akdinden cayabilir. Fakat bundan dolayı taşıyanın navlun kaybı önemli değilse, o zaman, taşıyana cayma hakkı tanınmaz (9).

G. Taşıma mukavelesinin hükümden düşmesi halinde, tarafların yekdiğerine tazminat verip veremeyeceği hususu :

TTK. nun 1123 üncü maddesi hükmü ile ilgili açıklamamız esnasında da değinmiş olduğumuz veçhile, gemi umulyan bir hal nedeniyle ziyaa uğramış, özellikle batmış, tamire değmez hale gelmiş yahut müsadere edilmiş ise, taşıma akdi hükümden düşer (TTK. m. 1023). Şayet bu haller yolculuk başladıktan sonra ortaya çıkmış ise, o zaman, taşıyan, yolcudan taşıdığı yere kadar kendisine «mesafe navlunu» (TTK. m. 1085) ödemesini isteyebilir. Yolcunun ödemesi gereken «mesafe navlunu», aşılan kısmın bütün bir yolculuğa olan nisbetine göre hesap edilir. Ödenecek miktarın hesabında, TTK. nun «mesafe navlunu» ile ilgili 1085 inci maddesi hükmü uygulanır.

Geminin ziyaa uğraması veya tamire değmez bir hale gelmesi veyahut da müsadere edilmesi halleri taşıyana muzâf bir kusurdan ileri gelmiş ise, taşıyan, yolcunun bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü hale düşer. Geminin ziyaa uğraması hali ile yolcunun kendi şahsını ilgilendiren bir sebeple yolculuktan cayması hali birleşirse, o zaman, geminin ziyâi ile ilgili hükmün uygulanması icap eder (10).

(8) PRÜSSMAN, age. s. 860 (S. OKAY, age. s. 268 den naklen).

(9) PRÜSSMAN, age. s. 860 (S. OKAY, age. s. 268 den naklen).

(10) PRÜSSMAN, age. s. 858, (S. OKAY, age. s. 268 den naklen).

H. Yolculuk sırasında geminin tamir edilmesi zorunluğunun doğması :

Yolculuk devam ederken geminin tamiri lâzım gelirse yolcu, tamirin bitmesini beklemese bile, taşıma ücretini tam olarak öder. Tamirin bitmesini beklerse, taşıyan kendisine yolculuk tekrar başlayıncaya kadar ayrıca bir ücret istemeksizin yatacak yer temin etmeye ve yemek hususunda da taşıma mukavelesi gereğince kendisine düşen mükellefiyetleri ifaya devam etmeye mecburdur. (TTK. m. 1126/f. 1).

Taşıyan, mukavele gereğince yolcunun haiz olduğu diğer haklara halel gelmeksizin bir fırsattan istifade ile yolcuyu aynı derecede iyi olan diğer bir gemi ile «varma limanı» na taşımayı teklif edip yolcu da bu teklifi kabul etmezse yolculuk tekrar başlayıncaya kadar yatacak yer ve yiyecek temini talebinde bulunamaz. (TTK. m. 1126/f. 2).

I. Yolcu, yanında gemiye getirebileceği bagajı için, bilet parasından ayrı bir ücret ödemek zorunda değildir :

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça yolcu, taşıma mukavelesi zımında gemiye getirebileceği «bagaj» için taşıma ücretinden ayrı bir ücret ödemeye mecbur değildir. Çünkü, yolcu bilet ücreti içerisinde, yolcunun yanında (11) getireceği bagaj'ın taşıma ücreti de dahildir. Bu itibarla yolcunun yanında taşınan bagajlar hakkında «navlun mukavelesi» hükümleri uygulanamaz. Ancak kaptana teslim edilip gemi adamlarının bakım, gözetim ve muhafazasına bırakılan otomobil, piyano ve buzdolabı... gibi eşyaların taşınması yolcu ile birlikte aynı gemide yapılmış bile olsa yine navlun mukavelesine konu teşkil eder (12).

«Bagaj eşyası»; yolcunun şahsî eşya olarak yolculuk süresince yanına aldığı (zâti) şeyler olup, normal olarak «yük» diye vasıflandırılan ve navlun mukavelesi konusuna giren eşyadan ayrı olan eşyalardır. Bir eşyanın «bagaj eşyası» olup olmadığı hususunda meydana gelen bir tereddüdün mahallî örf ve âdete ve özellikle yolcunun sıfat ve içtimâi mevki'ine göre halledilmesi gerekir. Hatta bu

(11) Davacı tarafından davalının vapuru ile seyahat ederken kayb olduğu iddia olunan «bagaj eşyası»nın davalıya teslim edildiği isbat edilememiş olmasına binaen böyle bir eşyanın ziyandan dolayı davalı taşıyanın sorumluluğu cihetine gitmeğe imkân yoktur.

Yrg. TD. 6/2/1943 gün ve E. 1943/224, K. 262.

(12) Bir sonraki madde (TTK. m. 1128) altındaki 4/7/1949 gün ve 3323/3219 sayılı karara bkz.

husus yolculuğun yapıldığı mevsime ve yolcunun seyahat gayesine göre değişik şekiller alabilir. Bir kimse kışın bir yolculuğa çıkarsa elbette yanına alacağı zatî eşyaların şekil ve vasıfları başka, aynı yolcu yazın seyahata çıkarsa yine yanına alacağı «bagaj eşyası»nın şekil ve mahiyeti başka olur.

İ. Yolcunun gemiye getirdiği bagaj hakkında uygulanacak hükümler nelerdir ?

TTK. nın 1128 inci maddesinin ilk fıkrası hükmüne göre, taşıyan yolcunun «bagaj»ını da yolcu ile birlikte ve ayrı bir ücret almadan taşımakla yükümlüdür. Bir önceki madde ile ilgili açıklamamız esnasında da değinmiş olduğumuz veçhile, bagajların taşınması kaide olarak bir «navlun mukavelesi» sayılmadığından kanun, bagaj taşınmasına navlun mukaveleleri hakkındaki bütün hükümlerin değil, kanunda belirtilen muayyen hükümlerin uygulanmasını öngörmüş ve bunu bu madde hükmünde açıklamış bulunmaktadır.

Mukavele, yükleme limanı nizamları ve bunlar yoksa mahallî teâmüller ile aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bagajların gemi bordasına kadar taşınması — boşaltma safhasında da gemi bordasına kadar taşınması — boşaltma safhasında da gemi bordasından alıp götürme — masrafı yolcuya, gemiye alma ve gemiden çıkarma masrafları taşıyana aittir (TTK. m. 1021 ve 1051). Aksine bir anlaşma olmadıkça gemiye getirilen bagajın herhangi bir «kaza» neticesinde ziyaa uğraması halinde — şayet taşıyıcı tarafından bagaj için peşin olarak ayrı bir ücret alınmışsa — geri alınır, henüz ödenmemişse hiç ödenmez (TTK. m. 1072/f. 1).

Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre bagajın — ziya ve hasara uğraması halinde — gemi kaptanına teslim edilip edilmediğine göre tazmin şekli değişmektedir. Bagajın kaptana veya onu temsil eden teslim almaya memur edilen bir kişiye teslim edilmesi halinde, taşıyan, bagajın gemiye yükletilmesi, istifi, taşınması, elden geçirilmesi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyıcının göstermesi gereken dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir. Bagajın teslim alındığı andan yolcuya teslim edileceği ana kadar geçen müddet içinde bagajın ziya ve hasarı yüzünden doğacak zararlardan taşıyan mesuldür (13); meğer ki, ziya ve hasar, tedbirli bir taşıyanın dikkat ve ihtimamı ile dahi önüne geçilemeyecek sebeplerden ileri gelmiş ol-

(13) 11 numaralı dip notu altındaki Yarg. TD. sine ait 6/2/1943 gün ve E. 1943/224, K. 262 numaralı karara bkz.

sun (TTK. m. 1061). Keza bagaj'ın taşıyıcıya veya onu temsile yetkili diğer birine teslim edilmiş olması halinde, taşıyan, meydana gelen ziya ve hasardan dolayı kendisi hakkında TTK. nun 1063 üncü maddesinde sayılan mücbir sebeplerle ilgili ve ayrıca onu takip eden 1064 ve 1065 inci maddeler hükümlerinin kendisi hakkında da uygulanmasını istemek imkânına sahiptir.

TTK. nun 1128 inci maddesi hükmü aynı kanunun 1062 inci maddesine atıfta bulunmadığı için taşıyan, — zararın geminin sevkine, teknik idaresine ilişkin bir kusurdan veya bir yangından ileri geldiğini ve bu nedenle de ziya ve hasardan sorumlu tutulamıyacağını — yolcuya karşı bir defa olarak ileri süremeyecektir, demektir. Türk Ticaret Kanununun 1072 inci maddesi ile ilgili açıklamamız incelendiği zaman da görüleceği veçhile, bu konuda — navlun mukavelesine nazaran — farklı bir durum hasıl olmuş bulunmaktadır.

Kıymetli eşya, san'at eserleri, para ve kıymetli evrak için taşıyan, ancak malın cins ve kıymeti teslim sırasında kaptana veya teslim almaya memur edilen kişiye bildirilmiş olduğu takdirde mesul olur.

Yolcuya ait bagaj'ın kayıp olması veya hasara uğraması halinde, tazminatı malın ticarî değeri ile sınırlayan 1112 ve 1113 üncü maddeler hükümleri ve ne de koli veya parça başına taşıyıcının sorumluluğunu (1500) lira ile takyid'eden 1114 üncü madde hükmü uygulanmaz. Bagaj'ın kayıp ve hasarından dolayı taşıyanın mes'uliyeti ile ilgili hükümler «âmir-emredici» mahiyette olmadığından — Borçlar Kanununun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla — bu mesuliyeti daraltan kayıt ve şartlar muteberdir (14), (15).

(14) «Bu maddenin ikinci fıkrasında bagajın ziya ve hasarı halinde tatbik olunacak hükümler arasında 1069 uncu madde hükmünün gösterilmesi bir yanlışlık eseridir. Çünkü bu madde hükmünün ziya ve hasardan doğan tazminat meselesiyle bir ilişki yoktur. Bu maddenin mehâzı olan Alman Kanununun 673 üncü maddesinin 10 Ağustos 1937 tarihli kanunla değiştirilmiş ikinci fıkrasında en son 613 üncü maddeye atıf yapılmaktadır ki, bu da tasarrufların 1068 inci maddesine karşılık teşkil etmektedir. Bu itibarla atıf düzeltilmiştir.

Bu maddenin 3 üncü fıkrasındaki ilk atıf 1024 üncü maddeye yapılmış isede bagajlar hakkında 1023 üncü madde hükmünün de tatbiki zaruridir. Nitekim mehâzın 673 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasındaki atıf tasarıdaki 1023 üncü maddenin karşılığı olan Alman Kanununun 563 üncü maddesinden başlamaktadır. Bu itibarla bu atıf da düzeltilmiştir.» TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, s. 411.

(15) Her ne kadar davalı taşıyıcı vekili tarafından yapılan savunmada hasara uğradığı iddia olunan otomobilin biletle nakli kabul edilmiş olduğundan ve bu kabil biletle nakil olunan eşya ve hayvanatın vapura tahmil ve vapurdan ihraç ve muhafazası sahibine ait olduğundan herhangi bir suretle vâki olacak ziyan hasar veya teleften idarenin ve vapur kaptanının mes'ul olmayacağı ileri sürülmüş ve bu husustaki meşruhatı mutazammın bir adet yük bileti ibraz edilmiş ise de; işbu bilet altında yazılı meşruhat ancak elde ve sırtta nakli mümkün olan eşya ve hayvanat hakkında câri olabiliş vapurun vinciyle yapılan tahmil ve tahlilyeye şumulu olamayacağına ve hâdisede ise hasar keyfiyeti vinçle ya-

Maddenin son fıkrası hükmüne göre, yolcu tarafından gemiye getirilmiş olan bütün eşya hakkında 1023-1028 inci maddelerle 1073 üncü madde hükümleri de uygulanır.

J. Taşıma ücreti yönünden, taşıyanın, yolcunun eşyası üzerinde rehin hakkı vardır

«Rehin hakkı» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1129 uncu maddesi hükmüne göre, taşıyanın «taşıma ücreti» için yolcunun gemiye getirdiği eşya üzerinde «kanunî rehin hakkı» vardır. Bu hak yolcunun taşıyana teslim etmeyip yanında alıkoyduğu el bagajları üzerinde de mevcuttur (16). Fakat bu hak ancak eşya gemide yahut taşıyan veya adamlarının elinde yahutta tevdi edildiği yerde — meselâ depoda — bulunduğu sürece devam eder. Navlun mukavelelerinden farklı olarak — TTK. nun 1077/f. 2 hükmüne göre navlun mukavelelerinde «rehin hakkı» yükün tesliminden sonra taşıyanın mahkemeye müracaat etmesi ve yükün de gönderilmesinin zilyedliğinde kalmış olması şartıyla otuz gün daha devam eder — eşyanın karada yolcuya teslimi ile düşer. Rehnedilemeyen şeyler üzerinde rehin hakkı da doğmaz (17).

Rehin hakkının doğması için eşyanın yolcuya ait olması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Yolcunun beraberindeki eşya konusunda bu soruya olumlu cevap vermek gerekir (18). Çünkü burada malın taşıyana teslimi söz konusu olmadığından yolcuya ait olmadığını bilmesi halinde olduğu gibi bilmemesi halinde de taşıyan hüsnüniyetli olsa dahi rehin hakkına dayanarak başkasına ait eşya üzerinden alacağını tahsil edemez. Taşıyana teslim edilen eşya konusunda ise taşıyanın bunların yolcuya ait olmadığını bilip bilmediğine göre bir sonuca varmak icap eder.

pılan tahmil sırasında vuku bulmuş olup bu cihet tarafların tesaduku altında olmasına nazaran davalı idarenin her türlü tedbiri ittihâz etmesine rağmen kendisine atfedilmeyecek fevkalâde bir hal dolayısıyla bu hasarın vâki olduğunu isbat etmedikçe mes'uliyetten vâreste tutulmasına kanunen imkân mevcut olmayacağından keyfiyetin bu yönden mütalâasıyla ona göre gerekli soruşturma ve inceleme yapılması ve hâsıl olacak sonuca göre davanın kanunî bir karara bağlanması icap ederken bundan zuhul ile kanunî bir mesnet teşkil etmeyen yük bileti altındaki mes'uliyetsizlik meşruhatına dayanılarak davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.

Yarg. TD. 4/7/1949 tarih ve E. 1949/3323. K. 3219.

- (16) SCHAPS - ABRAHAM, age. s. 674 Anm. 2, SCHL7GELBERGER - LIESEKE, age. s. 674 No. 1 «Gemiye getirilen eşya» deyimini taşıyana daha önce teslim edilen eşyayı da kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır.» PRÜSSMAN, age. s. 867 (S. OKAY, age s. 259 dan naklen).
- (17) SCHAPS - ABRAHAM, age. s. 674, Anm. 5, SCH)EGELBERGER - LIESECKE, age. s. 674, No. 5 (S. OKAY, age. s. 259 dan naklen).
- (18) PRÜSSMANN, age. s. 867, SCHLEGELBERGER - LIESECKE, age. s. 674, No. 3 (taşıyana teslim edilen bagajlar konusunda da aynı fikri benimsemektedirler) (S. OKAY, age. s. 259 dan naklen).

Taşıyanın, yolcunun «bagaj eşyası» üzerinde «hapis hakkı» nı haiz olup olmadığı hususu, kanunda açıklamış değildir. Yukarda değinildiği veçhile, taşıyanın yolcuya ait eşya üzerindeki rehin hakkı ancak eşyanın alıkonulduğu veya depo edildiği sürece mevcut olup, onun bu hakkını muhafaza edebilmesi, eşyayı elinde tutmasına veya kendi adına hıfzedilmek üzere bir yere tevdi etmesine bağlı bulunduğundan ve mal yolcuya teslim edilmekle de bu hak düşmüş olacağından taşıyana, taşıma ücreti alacağından dolayı, yolcunun, kendisine teslim ettiği eşya üzerinde «hapis hakkı» na sahip olduğunu da kabul etmek icap eder (19).

K. Yolcunun ölüm veya cismanî bir zarara maruz kalması halinde, taşıyıcının tazminat ödeme yükümlülüğü yardımından mahmuriyet tazminatı - maddî ve mânevî) :

«Taşıyanın ölüm veya cismanî zarar halinde mükellefiyetleri» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1130 uncu maddesi hükmüne göre, taşıyıcı, yolcuları gidecekleri yere zamanında sağ ve salim olarak ulaştırmak mükellefiyetindedir. Taşıyıcının kendisine, gemi adamlarına ve diğer istihdâm ettiği kimselere isnat edilebilecek bir sebeple cismanî (bedence) veya ruhî bir zarara maruz kalmalarından ileri gelen zararlardan dolayı yolculara ve ölümleri halinde de onların yardımlarından yoksun kalanlara karşı mes'uliyeti, «akdî» bir mahiyettedir. Fakat özellikle ölenlerin yardımından yoksun kalanlar haksız fiil hükümlerine (BK. m. 45 ve 47), (20), (21), (22) dayanabilirler. Bu son halde, taşıyıcının kusuru ile zarar arasındaki «illiyet bağı» nı ispat etme yükümlülüğü müteveffanın yardımından mahrum kaldığını iddia eden dava...

(19) Türk Ticaret Kanununun «Hükümet Tasarısı» nda «rehin hakkı» yerine «hapis hakkı» ndan bahsedilmekte idi. Fakat TBMM. Adâlet Encümeni kaynak metne uygun olarak «hapis hakkı» tâbirini «rehin hakkı» olarak değiştirmiş bulunmaktadır (S. OKAY, age. s. 260, dip not 20 den naklen).

(20) «Paranın mânevî zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman mânevî kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut mânevî varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır mânevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırarak, insanın mânevî dengesi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir savunma, bir ruhi tatmin aracı olmaktan ibarettir. Mânevî varlıklarının hiçbir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya mânevî kayıpları için herhangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Amma bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk, genel olarak uğradığı haksız saldırının hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başarınca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğe, ferahlığa kavuşur.» Anayasa Mahkemesinin 11/2/1969 gün ve 1968/33 - 12 sayılı kararından alınmıştır.

(21) Mânevî tazminat, bozulan mânevî ruh düzenini tekrar eski hale getirecek tutarda bir para ödenmesinden ibaret olmasına göre, fiil ile ödenecek para arasında uygun bir nis-

Aksî mes'uliyete dayanıldığı hallerde ispat yükünün kime ve ne ölçüde düşeceği üzerinde dikkatle durulmak gerekir. Deniz taşımacılığında yolcu — kara taşımacılığında olduğundan farklı olarak — gemi dahilinde oradan oraya hareket kabiliyetini haiz olduğundan meydana gelen zararın kendi fiilinden ileri gelmiş olması veya onun müterafık kusurunun da olaya tesir icra etmiş bulunması daima ihtimal dahilindedir (23). Meselâ ,geminin bir yerinden denizin içerisindeki bir «Yunus» balığının hareketini merakla takip ederken muvâzenesini kaybedip denize düşmesi, olayında olduğu gibi. Bu itibarla, ispat yükü tayin edilirken, bu gibi haller daima gözönünde bulundurulmak icap eder. Yolcu veya müteveffanın yarımından mahrum kalanlar zarar sebebinin taşıyana muzâf oldu-

betin bulunması şarttır. Özellikle duyulan elem ve ızdırabın derecesi, haksız fiil ile meydana gelen sonucun ağırlığı mânevi tazminatın takdirinde gözönünde tutulması gereken unsurlardandır.

Davalı taraf, davacılı yararına mânevi tazminata hükmedilmesini ortadan kaldıracak bir şekilde ölü ile bunlar arasında ruhi bağıllık ilişkisini sarsan ve davacıların ölüm olayı ile bir acıya düşmediklerini gösteren bir iddia ve bunun delillerini ortaya koymamış bulunmalarına binâen mânevi tazminata hükmedilmesinde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir.

Yarg. HGK. 25/5/1965 gün ve E.T. - 787, K. 225.

(22) 1 — Mânevi tazminatın kapsamının takdiri tamamen hâkime ait olup bu takdir hakkının hak ve nasafete uygun olması gerekir. Mahkemenin maddî hukuka ilişkin takdir hakkı Yargıtay'ın denetimine tâbi tutulmuştur.

2 — Hâkimin mânevi tazminata hükmetme yetkisi, davacı ile ölen kişi arasındaki özel münasebetlerin (dostluk veya düşmanlık) halinde olup olmamasına göre sınırlandırılmıştır. Çünkü, mânevi tazminata hâkim olan ana düşünce, ölümlle bozulmuş olan — ölenin yakınının — ruhi ve bedenî dengesini, kısmen olsun yeniden elde etmesi imkânını ona yaratabilmektedir.

3 — Mânevi tazminat takdir edilirken haksız fiil failinin hiçbir suretle malî bir müzayaka içine düşmesi sonucunu doğuracak bir nisbette, tazminata hükmedilmemesi ve başka bir deyişle ölüm hali davacı mevki'indeki ölenin yakınlarının servet sahibi olmaları sonucunu yaratacak bir miktara da ulaşmaması gerektiği gözönünde bulundurulmalıdır.

4 — Kendisine mânevi tazminat hükmedilmesini isteyen davacının sosyal, ekonomik ve özellikle ölenle kendisi arasındaki ailevî ilişkilerin hudut ve şumulünün iyice araştırılması gerekir. Çünkü, mücerret ölenin amcası, halası, teyzesi ve hatta kaynanası olmak, olaydan acı duyulmasının ve bu acı sonucunu ruhl dengenin bozulmuş olduğunun bir delili olarak kabul etmeye imkân yoktur. Mânevi tazminata hükmedecek olan hâkim, — bu şekilde bir yakınlığa rağmen — ölenle mânevi tazminat davacısı arasında bir düşmanlığın bulunabileceğini her zaman göz önünde tutmak zorluğundadır.

Yarg. HGK. 8/12/1965 gün ve E.T.-829, K. 450.

(23) Hâdise günü Karamürsel PTT İdaresi tarafından telefonla İzmit iskele memurlarına şiddetli bir fırtınanın çıkıp o tarafa doğru yayılmakta olduğu şeklinde önceden verilen fırtına haberine rağmen Üsküdar gemisinin büyük fırtınaya karşı kâfi derecede mücehhez bulunmadığını bilmesi lâzım gelen kaptanın mutad sefere çıkması ve İzmit iskelesinden ayrıldıktan biraz sonra Karamürsel istikametinden gelen fırtına ile karşılaşmış o tarafa doğru yola devam etmenin imkânsız olduğunu gördüğü halde gemiyi baştan kara etmemesi ve devamlı imdat düdüğü çalmaması gibi tedbirsizlikleriyle birlikte gemide tesbit edilen — yola ve denize elverişsizlik bakımından — noksanların da kazanın âmili olduğu ve davalı Denizcilik Bankasının hem donatan ve hem de taşıyıcı bulunmasına ve TTK. nun 1130 uncu maddesi hükmünce taşıyıcı yolcuları gidecekleri yere sağ ve salim olarak ulaştırılmakla mükellef olup bu mükellefiyeti yerine getirmeyen davalının ölenlerin yardımından mahrum kalanlara maddî ve mânevi tazminat ödemesi icap etmesine ve her ne ka-

ğunu yahut gemideki bir eksiklik veya bozukluktan ileri geldiğini ispat etmelidirler. Aksinin ispatı, meselâ zararın başka bir sebepten doğduğunu veya kendisinin ve adamlarının bu zararın doğumunda kusurları bulunmadığını ispat yükü, taşıyana aittir (24).

Kanunun, taşıyıcıya yüklediği — sağ ve salim taşıma — yükümlülüğünü ilgilendiren hükümleri, «âmir - emredici» mahiyette olduğu için, bu hükümlere aykırı ve başka bir deyişle bu mes'uliyeti önceden hafifleten veya tamamen ortadan kaldıran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür. Hatta dava açma süresini kısıtlayan kayıt ve şartlar da — taşıyıcının mes'uliyetini hafifletme mahiyeti taşıdığı için — hükümsüzdür.

Taşıyanın, — yolcuların taşınması ile ilgili — mes'uliyeti akdi bir mes'uliyet olduğu için, taşıyan ancak mes'uliyetten kendisi ile gemi adamları ve istihdâm ettiği sair kimselere hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ve zararın bir kazadan ileri gelmesi halinde kazanın, kendisine veya yardımcılarına yükletilmesi mümkün bir kusurdan doğmadığını ispat etmesi suretiyle kurtulabilir (TTK. m. 806 ve BK. m. 97) (25). Bu itibarla, taşıyıcı sebebi anlaşılmasını — me-

dar söz konusu madde hükmü davalı taşıyıcının mes'uliyetini gemi ve navlunla tahdit etmiş ise de, donatan ve taşıyıcı olan davalının aynı kanunun 817 ve 1019 uncu maddeleri hükümlerine göre gemisini denize ve yola elverişli buldurmakla yükümlü olup aksi halde bilet satmak suretiyle yolcularla aktettiği taşıma mukavelesinin yerine getirilmesinde onlara karşı kusurlu olacağı ve bundan dolayı mes'uliyetinin de aynı kanunun 948 inci maddesinin son fıkrası hükmüne tevfikan gemi ve navlun ile sınırlı (mahdut) olmayacağına ve davacılar, davalının İzmit Körfez hattına tahsis ettiği (Üsküdar) vapurunun bu yolculuk için fiilen denize ve yola elverişli olmadığını isbat etmiş ve kaza ile davalının kusuru arasındaki illiyet bağını da ortaya çıkarmış bulunmaktadırlar ve bu nedenle davalının hudutsuz mes'uliyetinin kabulü doğrudur.

Yarg. TD. 15/7/1963 gün ve E. 2443, K. 3190 (Kararın tam metni için BATİDER C. III, Sayı: I, Sayfa: 181 - 188).

(24) Davalı taşıyıcıya ait gemi kaptanının hatalı manevrası sonucu muvazenesini kaybedip denize düşüp boğularak ölen davacının davalı taşıyıcıdan (müinden mahrumiyet hükümlerine göre) maddi ve mânevi tazminat talep etmesinde kanuna aykırı bir yön yoktur. Ayrıca davalı bankaya ait yolcu gemisinin Üsküdar İskelesine yaklaştığı bir sırada aynı iskeleye daha önce yanaşmış bulunan yine aynı bankaya ait diğer bir vapurun iskeleden ayrılmasını beklediği bir sırada davacının oğlunun vapurun iskele tarafına meylettiği zaman kamara ile küpeşte arasındaki (puntal) adı verilen demiri tutması ve bu demirin daha önceden çürümüş olduğu için de hemen kopmuş olması ile denize düşüşü olayı bilirkişi heyetince müteveffaya olayda % 25 nisbetinde müterafık bir kusur isnadına sebep sayılmış bulunmasına ve bu yüzden sadece maddi tazminatta bu miktarda bir indirim yoluna gidilmiş olmasında da kanuna aykırı bir yön görülmemiştir.

Yarg. TD. 17/1/1961 gün ve E. 2491, K. 147.

(25) «Bugünkü kanunda ve tasarıda yolcu taşıma akitlerinin gereği gibi yerine getirilememesi yüzünden yolcunun cismanî zarara uğraması veya ölmesi halinde istenilecek tazminatlar hakkında herhangi bir hüküm bulunmaması büyük bir eksiklik teşkil etmektedir. Yolcu bagajı hakkında ödenecek tazminatın tasarının 1128 inci maddesiyle hükmeye bağlanmış olmasına rağmen yolcunun şahsının zararına uğraması halinde ödenecek tazminat hakkında yalnız haksız fiil hükümleri ile iktifa edilmesi istendiği düşünülürse bu eksikliğin ne derece önemli olduğu anlaşılır. Bu itibarla bu mevzu'un tasarının encümenimizce kabul

selâ neden ileri geldiği kesinlikle bilinmeyen bir çatmadan — doğan zararlardan da sorumlu olur.

Taşıyanın, geminin donatanı olmaması — gemi işletme müteâh-hidi (TTK. m. 946/f. 2) olması — halinde donatanın mes'uliyeti akit dışı mes'uliyet hükümlerine tâbidir. Bu sebeple yolcu ona, yolcu taşıma akdi hakkındaki hükümlere göre değil, sadece, «gemi adamlarının» vazifelerini yaparken işledikleri bir kusur neticesi üçüncü şahıslara irâs ettikleri zararlardan dolayı donatanın sorumluluğunu düzenleyen TTK. nun 947 inci maddesi hükmü ile Borçlar Kanununun haksız fiillerle ilgisi 41 ve müteakip maddeleri hükümleri ve bir de gemi alacaklısı hakkındaki hükümlere (TTK. m. 1171 ve özellikle 1235) dayanarak başvurabilir.

Yolcu taşıma akdinden dolayı meydana gelen zarar halinde — ana kural — taşıyanın kusurlu sayılması halidir. Ancak çatma, karaya oturma, infilâk ve yangın hallerinde taşıyan veya adamlarının kusuru var sayılır (26). Dolayısıyla taşıyan, mes'uliyetten kurtulabilmek için, olayda kusursuz olduğunu ispat etme yükümlülüğü altındadır.

TTK. nun 1130 uncu maddesinin kendisine atıfta bulunduğu aynı kanunun 806 ıncı maddesine göre, zarar; bir «kaza» dan ileri gelmiş ise, kazanın, taşıyan veya istihdâm ettiği kimselere yükletilebilen bir kusurdan ileri gelmediğini ispat yükü taşıyana aittir. «Kaza» ibâresini, sadece deniz kazası olarak değil — daha geniş anlamda — beklenmeyen, zarar doğuran bil'umum anormal olaylar şeklinde anlamak icap eder. Yangın ve infilâktan doğan zararlar da «kaza» neticesinde doğmuş sayılmalıdır. Diğer hallerde — yukarıda da işaret edildiği veçhile — yolcu veya yolcunun yardımından mahrum kalan kimse meydana gelen zararın geminin yola ve denize elverişsizliğinden veya taşıyıcının gemi hizmetlerini ifadaki kusurundan neş'et eylediğini, başka bir deyişle, meydana gelen zarar ile kaza arasındaki «illiyet bağıını» isbat etmek zorunluğundadır.

edilen şekliyle 766 ve 806 ıncı maddeleri hükümlerine atıf yoluyla tanzim edilmesi uygun görülmüştür. Fakat, karada yolcu taşıyan kimsenin aksine olarak denizde yolcu taşıyanların akdin yerine getirilmesinde veya eksik olarak yerine getirilmesinde şahsî bir kusurları bulunmadığı takdirde gemi ve navlunla mahdut olarak mes'ul tutulmaları gerektiğinden burada bir yandan karada yolcu taşıma akdine ait iki hükme atıf yapılırken diğer cihetten mahdut mes'uliyet hükümlerine dahi atıf yapılarak maddenin tatbikinde herhangi bir tereddüde yer bırakılmamak istenmiştir. Tasarıdaki 1130 uncu madde üçüncü fıkraya olarak muhafaza edilmiştir.»

TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, sh. 411.

(26) Deniz yoluyla (yolcu taşımaya) dair bazı kaidelerin birleştirilmesi hakkında 20/5/1961 tarihli beynelmîlîl Brüksel Anlaşması'nın 4 üncü maddesi hükmü.

Gemi güvertesinin oraya dolan deniz sularının kolaylıkla boşaltılmasına engel olacak bir şekilde «parampet» le çevrilmiş olması ve «lomboz - kör köpek» camlarının inceliği taşıyana izâfe edilebilecek kusurlardandır (27).

Yolcunun meydana gelen kazada müterafık kusurunun bulunması halinde — yukarda da değinildiği veçhile — hâkim , tazminatı indirebileceği gibi tamamen hükmetmetken de sarfınazar edebilir (BK. m. 98 ve 44).

Maddenin en son fıkrası hükmüne göre, yolcunun gemide seyahat ederken ölmesi halinde, kaptan; ölenin gemide bulunan bil'umum eşyaları ile bagajını resmî ilgililere teslim edinceye kadar bu eşyaların muhafazası ile ilgili bütün tedbirleri almaya zorunludur (TTK. m. 807).

L. Geminin yolcu taşımak üzere diğer bir kimseye tahsisi :

Daha önce de değinildiği veçhile «denizde yolcu taşıma mukavelesi» ile (TTK. m. 1119) taraflardan biri (taşıyıcı) diğerine karşı, onu veya bir başkasını (yolcuyu) bagajı ile birlikte ve bir ivâz mukabilinde deniz yolu ile bir yerden diğer bir yere sağ ve salim olarak sadece götürmeyi veya hem götürüp hem de geri getirmeyi taâhhüt etmiş olur. Taşıma mukavelesinin en esaslı unsuru, «taşıma taâhhüdü» dür. Bu itibarla, yolcu taşıma işinde kullanılmak üzere bir geminin tamamının veya belirli bir cüz'ünün yolcu taşımak üzere üçüncü bir şahsa tahsisi veyahut da o üçüncü şahsa kiralanması hiçbir zaman bir «yolcu taşıma mukavelesi» olarak kabul ve tâvsif edilemez. Bu yön, Türk Ticaret Kanununun 1131 inci maddesi hükmünün kendisine atıfta bulunduğu — dördüncü faslın birinci kısmı (TTK. m. 1016 - 1118) — hükümlerinden açıkca anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, «denizde yolcu taşıma mukavelesi» nin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, denizde eşya taşıma (navlun) mukavelesi hükümleri burada da aynen uygulanır.

(27) Üsküdar gemisi kazası ile ilgili Yarg. TD. sinin 15/7/1963 gün ve 2443/31 90 sayılı karara bkz. (Kararın tam metni için BATIDER, C. III, Sayı : I, Sayfa : 181 - 188 bkz.)

ÇEKİN MUHATAP BANKAYA İBRAZI ZORUNLUDUR

AHMET ZEYNELOĞLU (*)

Türk Ticaret Kanununun 708. maddesi ödenmek üzere çek'in maddede yazılı süreler içinde muhataba «Bankaya» ibraz edilmesi lüzumuna âmildir. Zira madde «muhataba ibraz edilmelidir» ibaresi ile emredici bir hüküm taşımaktadır. Esasen bütün kambiyo senetlerinde olduğu gibi çek'e bağlı bir hakta senetle sıkı sıkıya irtibatlı bulunduğundan hamilin çekle muhataba başvurması gerekir. Bu zorunluk çeklerin kayıtsız şartsız muayyen bir meblağın ödenmesi için bir havale olması niteliğinden doğmaktadır. Ayrıca çekin muhataba ibraz mecburiyeti çek kullanmaktan doğacak bazı mahzurları gidermek, aynı zamanda bazı yararları ihtiva etmek bakımından da gereklidir. Filhakika :

1 — Bedelin hâmile ödenmesi ile çek muhatap bankaya tevdi edileceğinden çek bir makbuz olarak muhatap tarafından muhafaza edilir.

2 — Türk Ticaret Kanununun 695. maddesi uyarınca banka ile keşideci arasında bir sözleşme yapılması gerektiğinden bankanın keşideci müşterinin imzasını tanınması ve imzanın keşideciye ait olup olmadığının tayini ve muhtemel dolandırıcılıkların önlenmesi için çek'in muhatap bankaya ibrazı gereklidir.

3 — Yine Türk Ticaret Kanununun 695. maddesi uyarınca çek keşidesi için karşılık gerektiğinden çekin karşılığı bulunup bulunmadığının tespiti bakımından çekin yine muhatap bankaya ibrazı gereklidir.

4 — İbraz edenin teselsül eden cirolarla yetkili hamil olup olmadığını tayin bakımından yine çekin muhatap bankaya ibrazı lüzumludur. «713 - 713»

Kanunumuzun bu âmir hükmüne rağmen muhatap banka olarak Pamukbank'ın Beyoğlu Şubesine ibraz edilmesi gereken bir

(*) Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi.

çekin Kuşadası Akbank Şubesine ibrazını geçerli sayan İstanbul Ticaret Mahkemesinden verilmiş olan bir hüküm Dairemizce ve özetle T.T.K. nu ibrazın süresini ve kime yapılacağını açıkca tayin etmiştir. Buna göre aynı yerde çek'in 10 gün zarfında muhataba ibraz edilmesi gerekir. Çekin bir takas odasına ibrazı ödeme yerine geçeceğine dair T.T.K. nun 710. maddesinin istisna tanıyan hükmü hadisede böyle bir durum olmadığından tatbik kabiliyeti yoktur. Kanun ibrazın süresini ve kime yapılacağını tayin ettiğine göre T.T.K. nun 1. maddesi hükmüncede ticarî örf ve adet şekline girdiğine dair bir teamülün olduğuna ve ispat edilmiş olsa bile yukarıda yazılı olduğu veçhile evvelâ ticarî hüküm tatbik edileceğinden mevcut ticarî hüküm muvacehesinde kanunen teamül ve ticarî örf ve adete istinat edilemez. İrade beyanının tefsiri bahis konusu olmadığından teamülün nazarı dikkate alınmasında düşünülemez, gerekçesi ile bozulmuştur. Mahkemenin ısrarı üzerine hüküm Hukuk Genel Kurulunun Kararlar Dergisinin 975/cilt 1, Sayı : 7 nüshasında yayınlanmış bulunan 973/641 Esas, 974/1183 Karar numaralı 13.11.1974 günlü özeti aşağıda yazılı kararile mahkeme kararı onanmıştır.

1 — T.T.K 701. son fıkrası, 710, 713 ve 716. maddeleri birlikte gözönüne alındığında aynı kanunun 708. maddesinde yer alan «Çek muhataba ibraz edilmelidir» hükmü amir bir hüküm olmadığı gibi provizyon verilmesi suretiyle çekin, çekte yazılı muhatap bankadan başka bir bankaya ibraz edilmeside muhataba ibraz yerine geçer.

2 — Çekin mutlaka çekte yazılı muhatap bankaya ibrazını zorunlu kılmak hem ticarî hayatın gerektirdiği sür'at ve kolaylığa ve hemde çekten beklenen ticarî ve iktisadî amaca aykırı düşer.

3 — Hem keşideci hemde muhatapı banka olan bir çeki banka çeki denir. Böyle bir çeki keşide eden bir bankanın birer itimat ve itibar müessesesi olmaları bakımından bankalara karşı genel güveni sarsıcı davranışlara girişmemesi gerekir.

4 — Çekin lehtar veya hamilin kanuni süresi içerisinde yapılması gereken bir işlemin velevki o süre içinde yapılmamış olsa bile muhatap banka T.T.K. nun 720. ve 730/14. maddeleri yoluyla aynı yasanın 644. maddesi hükmüne göre o çekten dolayı yine borçlu durumda kalır.

Aşağıda arzedeceğimiz nedenlerle bu karar bizce yasaya uygun değildir.

1 — Daha önce beyan ettiğimiz gibi T.T.K. nun 708. maddesi çekin muhatap bankaya ibrazını emretmektedir. Aynı yasa 707. maddesinde «ödenmek için ibraz» 710. maddesinde «Ödeme için ibraz» 723. maddesinde de «Ödeme maksadı ile ibraz» sözleri ile bu emri tekrarlamaktadır. Bu hükmün bir tek istisnası vardır buda T.T.K. nun 710. maddesi uyarınca çekin bir takas odasına ibrazının ödeme için ibraz yerine geçmesidir. Ancak bu da takas odası üyesi olan bankalara tanındığından bankadan gayrı gerçek ve hükmi şahıslar bu hükümden yararlanamazlar. Bu halde 708. maddenin koyduğu prensibin kuvvetini gösterir. Tersine 701. maddenin son fıkrası 715. ve 716. maddeler 708. maddenin çekin muhataba ibrazı zorunluğunu teyid eden maddelerdir. Zira bankanın diğer şubesi ancak ciro suretiyle çeki ödeyebilir. Bu hüküm hâmile kendisine daha yakın bir şubeye başvurmasında mevcut kolaylık için kabul edilmiştir. Aynı merkeze bağlı şubelerde karşılık sormak imza mukayesesi yapmak kolaylıkları bulunduğundan kanun hamile kendisine daha yakın bir şubeye başvurması kolaylığını göstermiştir. Ancak ciro suretiyle bu yolu tanıtmıştı ki muhatap olmayan herhangi bir bankaya çekin ibraz edilemeyeceğinin bu hal kesin bir alametidir. 715. ve 716. maddelere gelince çekler ödeme şekillerine göre alelade çekler, çizgili çekler, hesaba geçirilecek çekler diye üç nevidir. T.T.K. nun 715. maddesi gereğince çizgili çek çekin iç yüzüne birbirine muvazıl iki çizgi çekmek suretiyle yapılır ve iki çizgi arasına banka yazılır. Bundan maksat çekin tahsil ve ödenmesinde emniyeti temin ve bedelin müstahak olmayan ellere geçmesini önlemektir. Yoksa ibrazın muhatap bankaya yapılması kaidelerini zayıflatan bir hal değildir.

2 — Kıymetli evrak, ticarî senetler veya kambiyo senetleri dediğimiz bono, poliçe ve çek artık bugünkü ekonomik ve ticarî hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Bunlar olmadan ticarî hayat tasavvur bile olamaz. Ama bu çok yararlı senetlerin kullanılmasından doğan bazı mahzurlarda vardır. Meselâ çekte karşılıksız çek ve sahte çek kullanmak suretiyle yapılabilecek büyük dolandırıcılıkları önlemek için çekin kullanılması bazı kuralları bağlanmıştır. Çek karşılığının olup olmadığını araştırmak, imzanın sahte bulunup bulunmadığını tayin etmek için bunu anlayabilecek durumda olan muhataba çekin ibrazını kanun kabul etmiştir. Tıpkı trafik kaideleri gibi belki bu kaidelere uymamak aracı kullanan için bazı kolaylıklar sağlar, menzile daha çabuk gidilebilir fakat genel trafik nizamını korumak meydana gelecek kazaları önlemek için bu kaidelere riayet gereklidir.

3 — Çekler karşılıklarının garanti edilmeleri derecelerine, ödeme kabiliyet ve emniyetlerine görede Banka çekleri, Tüccar çekleri gibi iki çeşide ayrılırlar. Banka çekleri bankalar tarafından ya kendi üzerlerine veya başka bir bankaya hitaben keşide edilen çeklerdir. Emniyet itimat ve itibar üzerine kurulan ve işleyen bankalarca tanzim edilen çeklerin ödenmemesi karşılıksız kalması pek istisnai haller dışında mümkün değildir. Bu bakımdan banka çekleri tüccar çeklerine nazaran daha emin ve sağlam çeklerdir. Fakat tabii oldukları kanun hükümleri yönünden bir fark yoktur. Zaten bu tasnif kanuni de değildir. Onun için olayımızda çekin bir banka şubesinden diğerine keşide edilmiş olması bir değişiklik meydana getirmez ve ibrazın muhataba yapılması prensibini bozamaz.

4 — T.T.K. nun 730/14. maddesinin yaptığı yollama ile çeklerde uygulanması gereken aynı yasanın 644. maddesi hükmüne göre keşideci poliçeyi kabul etmiş olan muhatap zamanaşımı sebebiyle veya senede dayanan hakların muhafazası için kanun hükmünce yapılması gerektiği muamelelerin ihmal edilmiş bulunması nedeniyle poliçeden doğan borçları düşmüş olsa bile hamilin zararına ve sebepsiz olarak iktisap etmiş oldukları meblağ nisbetinde ona karşı borçlu kalırlar. Hakların korunması için yapılması gerekli işlemlerin yapılmamış olması veya zamanaşımı süresinin geçmiş bulunması nedenleri ile çekten doğan hakların kullanılmayacak hale gelmesinden sonra haksız iktisap davası yoluna başvurulabilir. Yoksa hakkını kaybetmemesi bakımından hamile tanımış olan bu kolaylık 708. maddenin kambiyo senedi niteliği bakımından getirmiş olduğu ibraz zorunluğunu ortadan kaldıramaz.

Vakıa karar düzeltme isteği üzerine Genel Kurul yukarda iza-hına çalıştığımız sebeplerle ibraz lüzumunu kabul ederek onama kararının gerekçesini değiştirmiştir. Ancak yine bizce kabulü mümkün olmayan başka gerekçe ile hükmü Onamıştır.

Yüksek Kurul Kararında «muhatap banka ziyaa uğramış olması nedeniyle çekin ödenmemesi için bütün şubelerine tamim yolladığına göre çek muhatap şubeyede ibraz edilmiş olsa idi yine ödenmeyeceği varsayımından hareketle ibrazın muhatap şubeye yapılması gerektiği hususundaki yasal hükme dayanarak sorumluluktan kurtulmak istemesi bir hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder ve Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gereğince davacı bankanın yasa-larca korunması gereken bir durumu söz konusu edilemez. Bu nedenle davacı bankanın davalı hamile karşı çek bedelinden sorumlu tutulmaması gerekmiştir.» denilmektedir.

Bu sonucu aşağıda sıraladığımız nedenlerle yasaya uygun bulmayarak Ticaret Dairesi olarak karşı oyda bulunduk.

1 — Çek davacı bankanın İzmir şubelerinden birine hatta muhatap Beyoğlu Şubesine ibraz edilse idi banka çeki ödenirmiydi şeklinde kararda yöneltilen soruya iyi niyet kuralına dayanılarak verilmiş olan cevaba katılmıyoruz. Çünkü işlemlerin niteliği itibarıyla biçimsel kuralların kambiyo hukukunun yapısal bünyesinde üstün ve etkin yeri vardır. Anonim Ortaklık olan davalı çek hâmininin bu kuralları bildiği ve tedbirli bir tacir gibi hareket etmek zorunluğunda olduğu kuşkusuzdur. Böyle olunca kararda belirtildiği gibi davacı bankanın ibraz hususunda davalıya yol göstermemiş olmasının aleyhine yorumlanması doğru değildir. Banka şubesinin diğer bir şubesine hitaben keşide ettiği çek muhatap nezdinde daima provizyonu mevcut olan bir banka çeki niteliğinde olduğundan kural olarak ibrazında ödeneceği kabul edilmelidir. Buna rağmen davalının çekin muhatabına süresi içinde ibraz etmemesinin müeyyidesi genel hükümlerde değil kambiyo hukukunun biçimsel kuralları içinde aranmalıdır. Gerçekten dava konusu çek yasal süre içinde muhataba ibraz edilmediği kabul olunduğuna göre artık hamil keşideciye muhataba ve cirantalara müracaat hakkını kaybeder. Bu kural T.T.K. nun 708. - 667 ve 720. maddelerinde açık ve seçik olarak gösterilmiştir.

2 — Çekin süresinde muhatabına ibraz edilmediği kanıtlanmış ve kabul edilmiş bulunmasına göre ödemedemeden kaçınmaya ilişkin bulunan doğru veya sakat protestonun yapılmış olması müracaat hakkının düşmüş olması bakımından sonuca etkili değildir.

3 — Yasa koyucu çekin ziyayı halinde diğer ticarî senetlere uygulanan ödeme yasağı müessesesini değişik biçimde düzenlemiştir. T. T. Kanununun 711. maddesinin son fıkrasında aynen «keşideci çekin kendisinin veya üçüncü bir kimsenin elinden rızası olmaksızın çıkmış olması iddiasında ise muhatabı çeki ödemekten men'edebilir» denildiğine göre keşidecinin ödeme yasağı doğrudan doğruya uygulama olanağı vardır. Bu yasal hakkın yerine getirilmiş olması müracaat hakkını saklı tutmak isteyen çek hamilinin hiçbir suretle çeki ibraz etmesine ve yasanın gösterdiği biçimde bu ibrazı kanıtlamasına engel değildir. Bunu ihmal eden çek hamili neticelerine katlanmalıdır.

4 — T.T.K. nun 711. maddesi gereğince ayrı haller dışında çekten cayma ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade eder.

Kanun koyucu caymanın en son ne zaman yapılması gerektiğini göstermemiş aksine cayma yapılmadıkça muhatabın ibraz süresinden sonra dahi çeki ödeyebileceğinden söz etmiştir. Olayda keşideci banka şubesinin 16.3.1972 tarihinde noter ihtarnamesinin çekten cayma niteliğinde olduğu ve bu amaçla keşide edilmiş bulunduğu kabulü gerekir.

KAYBETTİĞİMİZ BÜYÜK HUKUKCU ALİ HİMMET BERKİ'NİN ARDINDAN

İSMAİL DOĞANAY (*)

Türk adliyesinin ve dolayısıyla Yargıtay'ın nadiren yetiştirdiği büyük hukukcu «Ali Himmet Berki» yi 24 Mayıs 1976 günü kaybetmiş bulunmaktayız.

Merhumu ilk defa, «Ankara Hukuk Fakültesi» nde talebe bulunduğum günlerde, o zamanlar, «İstanbul Hukuk Fakültesi» nde Medeni Hukuk Kürsüsü doçenti olan ve halen emekli bir ordinar-yüs profesör bulunan sayın Hıfzı Velled Velidedeoğlu'nun «Türk Hukuk Kurumu» adına, Dil - Tarih Coğrafya Fakültesi konferans salonunda verdiği ve o zamanki Bakanlar Kurulu'nun büyük çoğunluğu ile o devrin kalbur - üstü hukukcularının katıldığı, Medeni Kanunun boşanma ile ilgili hükümlerinin değiştirilmesi gerekip - gerekmiyeceğini hedef alan münakaşalı konferansındaki konuşması ile tanıdım.

Hukuk Fakültesini bitirip Ankara adliyesinde — 1945 yılında — hâkim stajına başladığım o ilk günlerden bir gün, o zamanlar, Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı olan merhumun beni çağırdığını haber verdiler, hemen Yargıtay'a giderek kendisini makamında ziyaret ettim. Merhum, büyük oğlu profesör Osman Fazıl Berki'nin beni kendisine meth' ve tavsiye ettiğini ve bu nedenle arzu ettiğim takdirde hâkimlik stajıma yanında devam edebileceğimi ve bunun benim için son derece faydalı olacağını ve müsbet cevap verdiğim takdirde hemen keyfiyeti Adalet Bakanlığına intikal ettirip beni oradan isteyeceğini söyledi, o zamanlar hâkim stajyerlerinin Yargıtay'da staj yapmaları pek mutâd değildi. Meslekte iyi yetişebilmem bakımından şahsım için son derece faydalı ve isabetli olacağına inandığım böyle bir teklife karşı hiç tereddüt etmeden hemen orada müsbet cevap verip gösterilen teveccühe de teşekkür ederek yanından ayrıldım ve aradan bir hafta kadar bir süre geçtikten sonra da merhumun başkanı bulunduğu Yargıtay

(*) Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi.

İkinci Hukuk Dairesinde hâkimlik stajıma devam etmek üzere işe başladım ve iki senelik staj süremi o dairede tamamladım. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinde stajyer hâkim olarak — boşanma ve özellikle nafaka dava dosyalarını okuyup heyete takrir etmek suretiyle — çalıştığım süre içinde merhumun derin bilgi ve meslekî tecrübesinden azamî istifade etme imkânını buldum. Merhum, benimle çok yakından ilgilendi ve benim yazı hayatına atılmama o sebep oldu, o zamanki adıyla «Adliye Ceridesi» nde «Ahkâmî - şahsiye hukuku» ile ilgili olarak yayınlanmış olan bütün makalelerimi o okuyup tashih etmiştir ve bana yol göstermiştir. Hatta diyebilirim ki, onun «rehleî - tedrisi» nde bulunmam benim için ikinci bir hukuk tahsili yapmış olmam kadar faydalı olmuştur.

Büyük hukuk bilgini Ali Himmet Berki ile yukarda açıkladığım şekilde başlayan ilişkilerimiz aramızdan ayrıldığı güne kadar aradan geçen otuzbir yıl içinde her geçen gün biraz daha artarak devam etti durdu. Merhum, kendisini her ziyaret ettiğimde, hal-hatır sorduktan sonra; «Mahkeme-î Temyizde ne var, ne yok?...» der ve daha sonra da meslekî liyakatları bakımından kendilerini beğendiği veya şahsen tanıdığı bir kısım Yargıtay mensuplarının ne yaptıklarını sorar ve 95 yaşını idrak etmiş olmasına rağmen hukukî konularda fikir teâtisinde bulunmaktan büyük zevk alır ve bu suretle de hasta yatağında bile meslekî mesâisini tıpkı eskisi gibi aynen sürdürmek isterdi. Hatta, vefatına tekâddüm eden aylarda — evvelce beşer sene fasıla ile iki defa basılmış olan — o meşhur iki ciltlik (Vakıflar) adlı kitabını bugünkü genç neslin anlayabileceği bir lisan sadeleştirilmesinden sonra tekrar yeniden yayınlama hazırlıkları içine bile girmişti.

Kendisini, en son olarak, — vefatından tahminen iki ay kadar önce, eşimle birlikte evinde ziyaretine gittiğimde — görmüştüm, yanında, halen Gülhane Askerî Hastanesinde profesör olan büyük damadı vardı, ben ve eşim her zamanki gibi elini öptük, her ikimizin de hal ve hatırımızı sormasına rağmen, ilk defa, ne beni ve ne de eşimi tanıyamadı, aradan yarım saatten fazla bir zaman geçtikten sonra çok güçlkle ancak beni tanıyabildi, bu durumdan son derece üzüldüğümü gören damadı bana, (... bu şekilde hafıza zâfiyeti başlıyalı iki - üç ay oluyor !...) dedi. Her zamanki gibi elini öpüp vedalaştığımız anda, kendisini ziyaretimden duyduğu memnurlukla, bana, «berhudâr ol oğlum İsmail, yine gel, emi !..» dedi ve fakat kader bir daha birbirimizi görmemize imkân vermediği gibi, kendisinin vefat ettiği tarihte yurd dışında bulunduğum için de

maalesef, bu büyük hukukcuyu, bu fâni dünyadan ebedî istirahat-gâhına uğurlayan dost ve hayranları arasında dahi bulunamadım.

Bütün bir ömrünü, hak ve adaletin en iyi ve en doğru bir şekilde yerine getirilmesi için harcamız ve resmî işinin fazlalığına rağmen de istirahattinden fedakârlık yaparak, gece-gündüz demeden çalışıp, her biri diğerinden daha değerli, (Vakıflar, Miras ve Tatbikat, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Vasiyyet ve Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Mecelle ve bir de Kahire'de arapça olarak basılmış olan Fatih Sultan Mehmet Devri Adâleti adlı eserlerin müellifi olan bu büyük hukukcunun, gıpta edilecek koca hayat defterine bir küçük yaprak ilâştirerek, onun, bugünkü genç adliyecî nesil tarafından pek iyi bilinmeyen yönlerini anlatıp, kendisini tanıtmak; benim için, hem bir vefâ ve hem de bir minnettarlık borcudur.

1911 yılında «Mektebi - Kuzat» tan birincilikle mezun olan merhum Ali Himmet Berki, muhtelif yerlerde kadılık ve mahkeme reisliklerinde bulunduktan sonra 1925 yılında Yargıtay üyeliğine tayin olunmuş ve daha sonra 1933 yılında da İkinci Hukuk Dairesi Başkanlığına getirilmiştir. Merhum, emekliye ayrıldığı tarihe kadar tam 20 sene süreyle bu daire başkanlığını büyük bir başarı ile yürütmüş ve ayrıca — bir hukuk yazarı olarak — gerek eserleriyle ve gerekse vefatından 2-3 sene evveline kadar muntazaman yazdığı hukukî makaleleriyle de millî hukukumuzun gelişmesine çok büyük hizmetlerde bulunmuştur.

O, kanun hükümlerinin, kullanılan kelime ve ibârelere göre değil, kanun koyucunun o hükmü sevk'etmekteki maksadına göre tefsir edilmesi gerektiği inancında idi. Merhum bu yoldaki fikir ve kanaatını, «Hukuk Mantığı ve Tefsir» adlı ve son derece orijinal olan eserinin önsözünde aynen, (...gerek kanunlarda gerekse bir veya iki taraflı tasarruf ve bu tasarruflara müteâllik vesikalarda kullanılan kelime ve ibârelerin kendilerine has mânaları ve kanun vazînm ve tasarruf yapanların bir takım maksatları vardır. Söylenen ve yazılan sözler açık veya müphem olabilir. Bu, kasden olabileceği gibi beyan kaidelerine riâyet edilmemek veya bir sehiv ve hata neticesi olmak ta mümkündür. Çok defa kelime ve ibârelerden ne kastedildiğini anlamak güç bir mesele halini alır. Bir sözün imâli mümkün oldukça ihmali cihetine gidilemeyeceğinden maksadı arayup bulmak icap'eder.) demek suretiyle, açıklamış bulunmaktadır.

Merhum Ali Himmet Berki, vasiyeti üzerine, memleketi olan Akseki kazasına bağlı İbrada nahiyesinin «Unulla» köyünde, tıpkı

kendisi gibi, bir hukukcu olan merhum babası «Kadı Osman Efendi» nin yanına defnedilmiş bulunmaktadır.

Merhum, bir hâkimde bulunması gereken bütün mânevi vasıfları şahsında toplamış, son derece çalışkan ve Allâh'ın pek az kimselere ancak verdiği muhakeme ve mantık kudretine sahip, kendisini hak ve adâlete adanmış, nadir yetişen, büyük bir hukuk bilgini idi. O, çalışmak istemeyen ve yorulmayan — başka bir deyişle — «tenbel» kimselerden hiç hoşlanmazdı. Bakınız, merhum, o meşhur «Vakıflar» adlı eserinin önsözünde ne diyor ?

(Şurada bütün ömrünü hukuk ilmine hasretmiş yaşlı bir meslekdaş sıfatıyla genç hukukcularımıza bazı vesayada bulunmak isterim.

Faideli şeyler daima güç olan şeylerdir. Kolay olsun da faideli ve kıymetli olsun ben böyle bir şey hatırlamıyorum. Yükselmek isteyen uykusuz kalmıya, rahat ve huzurdan fedakârlık yapmağa mecburdur. Bir işte ne derece mesai ve dikkat sarfedilir ise muvaffakiyet o nisbette olur. Bunun için herhangi ilmî bir eser, roman gibi okunamaz. Böyle okumaktan vakit kaybından başka bir şey hasıl olmaz.)

Biz, merhumun hayatta iken takdir ve teveccühlerine mazhar olmuş ve onun «rahleî-tedrisi» nden feyz' almış bir meslekdaşı sıfatıyla, onun hakkındaki en samimî tahâssüs ve kanaatlerimizi olduğu gibi burada yeni nesle aksettirmeyi kendimiz için, hakikaten yerine getirilmesi gerekli çok acı bir vazife telâkki ettik. Kendisi için otuzbir senedenberi taşıdığımız ve inandığımız bu samimî duyguları içimizden doğup gelen bir hisle aynen buraya aktarmaya çalıştık. O, ancak büyük Allâh'ın pek nâdir kullarına nasip ettiği insanlık ve hâkimlik vasıf ve meziyetlerini kendi nefsinde cem'eylemiş ve bâki kalan bu kubbede «bir hoş sâdâ» bırakabilmiş fânilerden biri idi. Gelmiş ve gelecek bütün meslekdaşlarımın onun aziz hatırasını ebediyyen hürmet, muhâbbet ve hayranlık duygusu ile yaşatacaklarına ve onun sınırsız çalışma azmî ile hâkimlik anlayışını kendilerine örnek ittihâz edeceklerine inanarak, merhumu, büyük Allâh'ın mağfiretine emânet ederim, nur içinde yatsın !...

**KAYBETTİĞİMİZ BÜYÜK HUKUKÇU :
ALİ HİMMET BERKİ**

VOLF ÇERNİS (*)

Ulu Tanrı'nın, O'nu birkaç gün önce, yeryüzünde iken doğru dağıtımını uğrunda ömrünü adanmış ve ülküsü peşinde koşmuş olduğu kusursuz bir adaletin mutlak olarak hüküm sürdüğü daha iyi bir âleme götürmek için sessiz sedasız aramızdan almış olduğunu yeni duydum. Ne gazetelerde göze çarpıcı şatafatlı ölüm ilânları, ne sansasyonel nitelikte bir duyuru... ebediyete intikal edişi de, bu dünyadaki tüm yaşamına uygun bir biçimde, tam bir sadelik içinde geçti; bazı yakınlarından başka, kimsenin bu olaydan haberi bile olmadı. Bu nedenle, en büyük H â k i m i n huzuruna çıkmak üzere, en büyük yolculuğuna ait son seferde, uğurlayıcısı bile olamamanın üzüntüsü ve ezikliğini de duymak düştü bize... Cennetin kapılarının ardına kadar kendisine açılmasını O'nun kadar hak eden az insan bulunur, çünkü Hazreti Peygamber Muhammed'in : «Adl-ü saatin hayrün min ibâdeti elfi sene» (bir saatlik adalet icrası bin yıllık ibadetten hayırlıdır) hâdis'i şerifine nazaran, uzun bir ömür boyunca bu fâni dünyamızda adalete hizmet etmiş sevgili bir kul'una Cenab-ı Hak, elbette ki, kollarını açmış bulunacaktır.

Maddiyatın bir tapınak haline getirildiği zamanımızda dahi, ahlâk ve fazilet, O'nun için, baştacı edilmesi gereken kutsal mefhumlardı. Bunlara o kadar candan bağlı idi ki, fenerle güpegündüz «adam» aramaya çıktığı bilinen Diyojen bile, şayet O'na rastlamak bahtiyarlığına erişmiş olsa idi, aradığı i y i i n s a n ı , hiç kuşku yok ki, onun şahsında bulmuş olacaktı.

Kaybettiğimiz büyük insan ve değer, pek uzun yıllar, o zamanki adıyla, «Temyiz Mahkemesi» olan şimdiki Yargıtay'ın 2. Hukuk Dairesi'nin başkanlık görevini dirayetle yerine getirmiş, ayrıca bir hukuk yazarı ve hak ilminin meftunu olan ALİ HİMMET BERKİ'dir.

O'nun adını ilk kez 1944 yılında, asistanı bulunduğum bir sırada, merhum ünlü Medenî Hukuk Profesörü Ebül'ulâ Mardin'in O'ndan «nümune-i imtisal» seçkin bir hukukçu olarak sitayişle bahsederken duymuştum. Sonra adn 1946'da serbest avukat olarak mesleğimin icrasına başlayınca, kendisini yakından tanımak talih ve şerefine nail oldum.

O, mevzuat hükümlerini, sırf klişe ve kalıpları içinde kupkuru bir tarzda, kolay tarafından hemencecik uygulayıveren bir tatbikatçı değildi; bilâkis, her davada hâdisenin derinliklerine inmeye çalışan, kanun hükümlerini olaya uygularken, kılı kırk yarmakla beraber çağdaş hukukumuzun en büyük özelliklerinden birini teşkil eden «gaî» metodu rehber edinerek, kanun hükümlerine en doğru mânayı vermek için çaba harcayan, kelimenin gerçek anlamıyla bir hukuk bilgini idi.

Diyebilirim ki, bütün hayatı, tatbikat ve nazariyatı ile, hep hukuk etrafında dönüyor, bu sahada yaratıcı bir faaliyet göstermek, yaşamına renk ve mâna veriyordu. O, özellikle yeni Türk Medenî Kanunu'nun 1926 yılında yürürlüğe konmasından önce mer'i bulunmuş olan evelki hukuk zamanında yetişmiş ve eski hukuka has kavramlarla haşır neşir olmuş, hele vakıflar hukukunda tam bir otorite idi. Bana kalırsa, O'nun asıl büyüklüğü, buna rağmen çağdaş Türk Medenî Kanunu'nu uygularken, bu büyük inkılâbın düşünce ve sistemini yadırgamak şöyle dursun, tam tersine, buna intibak etmekte ve bunu benimsemekte göstermiş olduğu başarı idi.

Ali Himmet Berki, Yargıtay Daire Başkanı olarak, özellikle aile ve miras hukukuna ilişkin hükümlerin, memleketimizin gereklerine uygun bir tarzda uygulanmasında isabet göstermek suretiyle, sadece tatbikata hizmet etmekle yetinmiş bir şahsiyet olmayıp, aynı zamanda hukuk ilmine beslediği büyük sevginin bir tezahürü olarak, değerli kitap ve makaleler de yayınlamaktan geri kalmamış güzide bir hukukçu idi. Merhumun, memleketimizin başta gelen hukuk dergilerinde makale olarak neşredilmiş birçok yazılarının yanısıra, örneğin İstanbul'da 1947'de «Miras ve Tatbikat» adı altında çıkardığı 384 sahifelik; yine 1948'de Ankara'da «Hukuk Mantığı ve Tefsir» başlığı altında yayınladığı 272 sahifelik, Ankara'da 1961'de «Vasiyyet ve Ölümüne Bağlı Tasarruflar» ismi ile yayın alanına çıkardığı 174 sahifelik; «Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü» vasıtasıyla Ankara'da 1959 yılında yayınlanan «MECELLE» adlı 316 sahifelik kitabı ile vakıfları konu alan eserleri ayrıca zikredilmeğe değer.

Yaş haddi sebebiyle O, emekliye ayrıldıktan sonra da, boş durmak istemedi; birkaç yıl Ankara'da avukatlık yaptı; yazılarına hiç ara vermedi.

Kendisini son kez bundan birkaç yıl önce, takdirkârlarından, kıymet bilen vefalı bir Yargıtay üyesi ile birlikte evinde ziyarete gittiğimiz zaman, o tarihte 90'a yaklaşan yaşının çok ilerlemiş bulunmasına rağmen, hukukî konulara karşı olan aşkının sürmekte olduğunu, muhakeme kudret ve gücünden hiçbir şey kaybetmemiş bulunduğunu hayranlıkla müşahade etmiştik.

Bildiğimiz kadariyle, faydalı birer insan olmaları için hiçbir fedakârlığı esirgemediği evlâtlarının şahsında, memlekete değerli hukukçular yetiştirdi. Oğullarından OSMAN FAZIL BERKİ ile ŞAKİ BERKİ hem hukuk doktoru, hem profesördürler. En küçük oğlu SAADETTİN BERKİ de, yanılmıyorsam, uzun yıllardanberi Yalova Asliye Hukuk hâkimi olarak hak uğrunda görev yapmakta bulunmuştur. Böylece BERKİ ailesi fertlerinin hep hukukçu olması, rahmetlinin hukuk ilmine olan sevgisi ve meftunluğunun ayrıca fiili ve kesin delili değil midir ?

Tab'an tam bir ilim adamı hüviyyetine yaraşan bir sadelik ve tevazuun simgesi idi; öyle kendine özgü bir sadelik ve tevazu ki, en gösterişli bir ihtişamdan daha göz kamaştırıcı bir tesir bırakıyordu.

Türk hukuk tarihi, memleket büyükleri arasında, O'na da, mutlaka mümtaz bir yer ayırmasını bilecektir. Şanına lâayık olmaktan uzak kaldığımız pek âlâ farkında olduğumuz, ancak içtenlikle kaleme alınan bu küçük yazımızla, sağlığında haklarına kavuşturduğu veya eserleriyle kendilerine doğru yolu gösterdiği kadirşinas binlerce hak sahibi ile onların temsilcileri durumundaki müdafilere de tercüman olarak, son şükran ve hürmet borcumuzu böylece yerine getirmeyi deneyip O'nun aziz hatırasını tazimle anarken, ruhunun şâd olması dileğimize memleket çapında geniş ve seçkin bir hukukçu camiasının aynı duygularla iştirak ettiğini yakînen bilmez, tek teselli nedenimizdir.

