

YARGITAY DERGİSİ

KURULUŞ : OCAK 1975

Cilt : 3

Temmuz - Ekim

Sayı : 3 - 4

Ajans - Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara

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

Sahibi : Yargıtay adına Birinci Başkan *Cevdet MENTEŞ*

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

Dergide yayınlanan yazılar yazarların kişisel görüşlerini yansıtır.

Dergide yayınlanan yazılar Yargıtay Dergisi'nden alındığı belirtilerek iktibas edilebilir.

Derginin sayısı 20,— TL., abone bedeli 80,— TL. dir.

Abone işleri için Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'ne başvurulmalıdır.

Tel : 17 15 63

25 63 50 / 265

Yayın Kurulu :

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

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

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

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

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

İÇİNDEKİLER

Sayfa

I — GENEL KONULAR :

- a) Cevdet MENTEŞ 6 Eylül 1977 Günü Yaptığı
1977 - 1978 Adalet Yılı Açılış
Konuşması 5 - 13
- b) Prof. Dr. Faruk EREM 1977 - 1978 Adalet Yılı Açılışında
Yaptığı Konuşma 15 - 21
- c) M. Mazhar BUDAK Hâkim Ve Avukat İlişkileri ... 23 - 25
- ç) M. Nihat ÖMEROĞLU Adalet Organlarının Sorunları ... 27 - 38
- d) H. Hüsnü OKAN 6831 Sayılı Orman Kanununun
Gayesi Ve Düşünceler 39 - 51
- e) Sami SELÇUK Cumhuriyet Döneminden Önce
Türkler de Ölüm Cezaları

II — CEZA HUKUKU

- a) Selâhattin SÖNMEZ Mukayeseli Ceza Ve Usul
Hukukunda Suçlu Çocuklar
- b) Cemil SAATÇIOĞLU Türk Ceza Kanununun Dayandı-
ğı Düşünce Temeli, Cezaların
Sınıflandırılması, Suç Ve Ceza
Hakkında Bazı Sorunlar 113 - 126
- c) Yılmaz BIÇER Amerika Birleşik Devletleri'nde
Çocuk Suçluluğu Salgını 127 - 142
- ç) Dr. Jur. Mehmet DOĞAN Siyasî Suçlar 143 - 155
- d) Dr. Necdet YALKUT Mukayeseli Hukuk Açısından
Yetkili Mercii'nin Emrini İfa 157 - 170
- e) Prof. Dr. Faruk EREM Usul Hiylesi 171 - 174
- f) Şefik GÜNER 1587 Sayılı Nüfus Yasasının 59.
Maddesi Üzerinde Bir İnceleme 175 - 180

III — MEDENİ HUKUK :

- a) Ali Rıza DÜZCEER Tapusuz Taşınmazlarda Zilyed-
liğin Teslimsiz İktisabı 181 - 202
- b) H. Avni USLUOĞLU Ormanlarda Üst Ve İnşaat
Hakkı 203 - 215
- c) Salim ÖZDEMİR Yeni Ve Deneysel Tedavilerden
Dolayı Doktorların Hukukî
Sorumluluğu 217 - 228

IV — TİCARET HUKUKU :

- a) İsmail DOĞANAY Müşterek (Büyük) Avarya Sayılan Haller Nelerdir 229 - 245

V — HUKUK USULÜ :

- a) Mustafa Y. AYGÜN Bağıt 247 - 253
b) Tahsin TÜRKÇAPAR Mahkeme Kararlarında Gerekçe Zorunluğu Ve Takdir 255 - 265
c) Orhan YILMAZ İhtiyati Tedbirlerde Görev Ve Yetki 267 - 278

VI — ANI :

- a) Şahap KİTAPÇI Bir Hâkimin Ardından 279 - 280

VII — KİTAP TANITMA :

- a) Ali Rıza ÖNDER «Tapulama Kanunu Şerhi» 281 - 284
b) Faruk KARACABEY «Miras Hukuku» 285 - 288

VIII — YARGITAY'DAN HABERLER :

- a) Ali Rıza GENİŞ Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar, Yeni Seçilen Daire Başkanları, Bu Yıl Atanan Üye Ve Tetkik Hâkimleri, Medeni Kanun Komisyonu Çalışmaları, Yayınlarımız 289 - 295

- IX — DANIŞTAY YAYINLARI :** Yeni Çıkan Yayınlar 297 - 300

GENEL KONULAR

**ÇOK SAYIN CUMHURBAŞKANI ;
SAYIN KONUKLAR ;
DEĞERLİ MESLEKTAŞLARIM ;**

**Yargıtay Birinci Başkanı
Sayın CEVDET MENTEŞ'in
6 Eylül 1976 günü yaptığı
1977 - 1978 Adalet Yılı
Açılış Konuşması**

1977 - 1978 Adalet yılını, 1730 sayılı Yargıtay Kanununun 52. maddesi uyarınca, Yüce Türk Ulusuna hayırlı ve uğurlu olması dileğiyle açıyorum.

Yargı sorunlarının pek çoğunun yine çözümlenmediği, askıda bırakıldığı bir Adalet yılını daha geride bırakmış oluyoruz.

Yeni Adalet Yılı'nın açılışı nedeniyle düzenlenen toplantıya onur verdiğiniz için hepinize ayrı ayrı şükranlarımı sunarım.

1943 yılından buyana, ilk kez açılış töreninin Yargıtay binası içinde yapılmasından derin mutluluk duyduğumuzu da ifade etmek isterim.

Geçen yıl içinde sonsuzluğa göçen Sayın Hâkim ve Cumhuriyet Savcılılarıyla Adalet mensuplarına ulu tanrıdan rahmet dilerim.

Ayrıca, yaş haddi ya da istekleriyle emekli olan ve yaşamlarının en verimli yıllarını Adalet hizmetine harcamış bulunan seçkin Hâkim ve Savcılarımıza da esenlikler, sağlıklar diliyorum.

YARGITAY ÇALIŞMALARI :

1976 yılında Yargıtay'a gelen toplam 253.873 dosyadan, 227.235 adedi karara bağlanmış, 26.638 dosya 1977 yılına aktarılmıştır. 6 adet İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiştir.

Hukuk Dairelerinden, Birinci Hukuk Dairesine 13.137, Dördüncü Hukuk Dairesine 12.770, Yedinci Hukuk Dairesine 14.266, Dokuzuncu Hukuk Dairesine 21.834, Onikinci Hukuk Dairesine 12.246; Ce-

za Dairelerinden, İkinci Ceza Dairesine 10.545, Yedinci Ceza Dairesine 10.007, Sekizinci Ceza Dairesine 10.047, Hukuk Genel Kuruluna da 3617 dosya gelmiştir.

Her bir hukuk ve ceza dairesinde ortalama bir günde 90 dosya incelenmekte, tüm daireler ve genel kurullarda ise bir günde ortalama incelenen dosya sayısı 1000'i aşmaktadır.

Verilen bu rakamlar, Yargıtay'ın insan gücünü aşan bir çalışmaya gerektiren iş yükünü omuzladığını açıkça göstermektedir.

ÇABUK ADALET DAĞITIMI VE ÇÖZÜM YOLLARI :

Ülkede yargıya güvenin sağlanması; Adalet dağıtımının ucuz, güvenceli ve özellikle çabuk olmasına bağlıdır.

1943 yılından beri açılış konuşmalarında ele alınan en önemli sorun, mahkemelere, Adalet Dairelerine ve Yargıtay'a gelen iş ve davaların uzadığı, sürüncemede kaldığı, vatandaşların bu durumdan haklı olarak yakınmaları olgusudur.

Bunun yanı sıra Hâkimlerle Cumhuriyet Savcılarının ve Adalet personelinin de sıkıntıları ve sızlanmaları vardır.

Yargının çabuklaştırılması, yargı organlarının yükünün hafifletilmesi, Hâkimlik mesleğinin sorunlarına çözüm bulunması konularında getirilmesini öngördüğümüz önlemleri şu suretle özetlemek mümkündür :

Bilindiği gibi Yargıtay, Anayasanın 139 ncu maddesine göre Adalet Mahkemelerinden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, kanunla verilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Yargıtay'ın asıl görevi, temel işlevi, hukuk yaratmak ve yasaların yurdun her yerinde aynı biçimde uygulanmasını sağlamak, Anayasamızın herkes kanun önünde eşittir ilkesini gerçekleştirmek, uygulamada görülen aykırılıkları gidermek amacıyla yaratacağı içtihatlarla hukuka yön vermektir.

Yukarıda açıkladığım gibi Yargıtay'a gelen ve çıkarılan dosya sayısı ve çalışma düzeni karşısında bu aslı görevin eksiksiz yerine getirildiği söylenemez.

Dünyanın hiç bir ülkesinde, 26 dairesi ve 201 Üyesi olan bir yüksek mahkeme yoktur. Tek etkin çarenin, üst mahkemelerin geciktirilmeden kurulmasında gördüğümü inanarak bir kez daha tekrarlıyorum.

Üst mahkemelerin kurulması konusunda Yargıtay'ca hazırlanan ve 31.5.1975 günve 1672 sayı ile Adalet Bakanlığına verilen Üst Mahkemeler kuruluş Yasa Taslağı, Yüksek Hâkimler Kurulunca da sürekli bir çalışma sonucu düzenlendiğini öğrendiğimiz yasa önerisi ile birleştirilerek, kurulacak bir komisyondan geçirilmeli ve zaman kaybedilmeden yasalaştırılmalıdır.

Yaptırdığımız incelemelere göre halen Fransa'da, İsviçre'nin bazı kantonlarında, Avusturya, Federal Almanya, Belçika, Hollanda, İtalya, İngiltere, İsveç ve Norveç'te Üst Mahkemeler kuruluşları bulunmaktadır.

Üst Mahkemeler kuruluncaya kadar süratin sağlanması ve Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi bakımından, Sulh Hukuk ve Sullı Ceza Mahkemelerinden verilen kararlar itiraz yoluyla Asliye Hukuk ya da Ağır Ceza Mahkemelerinde incelenerek kesin karara bağlanmalı, Sulh ve Asliye Ceza Mahkemelerinden niceliği ve türü ne olursa olsun yalnız para cezasına ilişkin olarak verilen hüküm ve kararların kesinliği kabul edilmeli, 1711 sayılı kanun ile saptanan kesin kararların değer ölçüleri çoğaltılmalıdır.

Almanya'da bu değer ölçüsü 1969 yılında çıkarılan bir kanunla 40.000 mark olarak düzenlenmiş iken, ülkemizde bu miktar 2000 liradır.

Yüksek yargı organları ve yerel mahkeme Hâkimleri, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri, Türkiye Barolar Birliği ve Barolara mensup Avukatlardan seçilecek bir kurula, Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunları üzerinde esaslı bir inceleme yaptırılarak yargıyı çabuklaştıracak hukuksal düzenlemeler sağlanmalıdır.

Örneğin ;

Cumhuriyet Savcılıkları kadroları genişletilmeli ve Ceza davalarının uzamasından başka bir yararı olmadığına inandığımız Sorgu Hâkimlikleri kaldırılmalıdır.

Cumhuriyet Savcılarının görevlerini kolaylaştırmak, suç ve suçluyu en kısa zamanda tüm delilleriyle meydana çıkarmak, sürati sağlamak, kamu vicdanını tatmin etmek, polis taraf tuttuğu yolundaki yaygın söylenti ve kuşkuları ortadan kaldırmak gibi ciddi yararları bulunan C. Savcılarına bağlı «Adlî Zabıta» her halde kurulmalıdır.

Özellikle, Ceza davalarının süratla çözümlenmesinde büyük yeri olan Adlî Tıp Meclisinin çalışmaları düzene koyacak önlemler alınmalı ve 6119 sayılı Kanunda gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

Sayısı 10.000'i aşan kanunların tümü gözden geçirilerek yürürlükte olan ve olmayanlar ayıklanmalı, bir kot altında toplanmalı ve sınıflandırılmalıdır.

HÂKİMLİK MESLEĞİ - YETİŞTİRİLMESİ VE SORUNLARI :

Türk Ulusu adına Yargı Erkini kullanan, toplumun sosyal ve ekonomik yaşamında, yürütmenin eylem ve işlemleriyle ilgili konularda söz sahibi olan Hâkimin, bilgili, bilinçli ve hele yansız olması zorunludur. Halen, Hâkimlik mesleğine girişte uygulanan staj ve mülâkat (görüşme) yönetmeliğinin yeterli ve yararlı olmadığı, umulanı vermediği artık anlaşılmıştır.

Davanın uzamasının başlıca nedenlerinden biri ve en önemlisi bilgi ve tecrübe kazanmadan, tam yetişmeden bir Hâkimin kürsüye çıkarılması ve ondan süratli ve isabetli kararlar beklenmesidir.

Bu önemli soruna çözüm getireceğini inandığımız, Adalet Bakanlığında hazırlanan ve çalışmalarına Yargıtay olarak katıldığımız «Türkiye Adalet Akademisi» kanun taslağının, meslek içi eğitime de yer verilerek, bu yolda değişiklikler yapıldıktan sonra yasalaştırılması sağlanmalıdır.

Hızlı nüfus artışı, kentleşme, sosyal ve ekonomik gelişmeler yüzünden yerel mahkemeler, her yıl artan yoğun iş hacmi ile karşı karşıyadır. Hâkimlerin çoğunluğu, insan üstü bir çaba içinde görev yapmakta, çoğu kez tatil günlerinde ve evlerinde çalışma zorunda kalmaktadırlar. Adalet Bakanlığından alınan bilgilere göre bir önceki yıldan aktarılan dosya ve işlerle birlikte, 1976 yılında tüm yerel mahkemelere gelen toplam dava ve iş sayısı altı milyonu aşmaktadır. Buna karşın, hâkim kadrosu 393'ü açık olmak üzere 3249 dur.

Yargının çabuklaştırılması bir bakıma Hâkim ve Adalet personeli kadrolarının artırılmasına ve yeni mahkemeler kurulmasına bağlıdır. Bu konuda Yüksek Hâkimler Kurulunca, ayrıntılı bir inceleme sonucu hazırlanarak Adalet Bakanlığına verilen 28.3.1977 gün ve 560 sayılı yazı ve eki rapor gözetilmeli ve değerlendirilmelidir.

Güvencesiz Hâkimin bağımsızlığından, her türlü kaygıdan uzak karar verebilmesinden söz etmek kolay olmayacaktır. Bu nedenle 1597 sayılı kanunla tartışması yapılmadan kaldırılan ve tamamen geriye dönüşü ifade eden Hâkim güvencesi yeniden kabul edilmelidir.

Anayasanın 134 ncü maddesi ile öngörülen, mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre düzenlenmesi gereken hâkimler ve bu meslekten sayılanlarla ilgili personel kanunu bir an önce çıkarılmalıdır.

Bilindiği gibi, Hâkimlik sürekli çalışmayı durmadan dinlenmeden emek vermeyi özel hayatından fedakârlığı gerektiren zor olduğu kadar kutsal bir meslektir. Hâkimlerin bu nedenle diğer kamu görevlilerinden daha çabuk yıprandıkları, sağlıklarının bozulduğu, mesleğe tam yararlı olabilecekleri bir çağda meslekten çekilme zorunda kaldıkları, ya da hayata göz yumdukları gerçeği karşısında emeklilik sürelerine yıpranma nedeni ile itibarı hizmet süresi eklenmeli, ayrıca toplumda en saygın kişi olan hâkim, emekli olduktan sonra da hiç bir suretle geçim sıkıntısı çekmemeli, geçimini sağlayacak başka hizmetler arama kaygısı duymamalı ve bu nedenlerle de görevde iken aldıkları maaşları ile emekli olmaları üzerinde önemle durulmalıdır.

ADALET PERSONELİNİN SORUNLARI :

Adalet hizmetlerinin aksamadan yürütülmesinde payları geçen ve hâkimlerin çalışma ve başarılarında bir ölçüde yardımcı olan adalet personeli, meslek içi ve dışı eğitime tâbi tutulmalı, bu amaçla meslek okulları açılmalı, yaptıkları görevin önem ve ağırlığı gözetilerek, çıkarılması Anayasa emri olan Hâkim ve Savcılar Personel Kanunu içinde bunlara da ayrı bir yer verilmeli, maaş ve yan ödemeleri buna göre ayarlanmalıdır.

KONUT VE ADALET BİNALARI :

Yurdumuzun az gelişmiş yörelerinden başlamak üzere Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Adalet personeline konut yapımına başlanmış olmasını olumlu bir aşama olarak karşılıyoruz. Ancak, 1976 yılında bütçeye konan 50 ve 1977 yılında 150 milyon lira çok az ve yeterli değildir. Göstermelikten uzaklaşıp, sorunun ve hizmetin önemi ile orantılı ödenekler sağlanmalı ve bu yararlı girişim tüm ülke düzeyini kapsayacak boyuta ulaştırılmalıdır. Ayrıca dağınık ve yetersiz olan adalet binaları yerine mesleğin kutsallığına, görkemliliğine yakışır biçimde, rahat ve huzur içinde çalışma olanağı sağlayacak adalet sarayları yapımına başlanılmalıdır.

Mahkemelerin ve Cumhuriyet Savcılıklarını araç ve gereç gereksinimleri, hizmetin aksamasına yer verilmeden noksansız ve zamanında karşılanmalı, bu arada düzenli mahkeme kitaplıkları kurulmalıdır.

Sosyal yapımızda gereği tartışılmayacak kadar önem kazanan çocuk mahkemelerinin kurulmasına öncelik tanınmalıdır.

Bir ülke, yalnız Adaletle sonsuzlaşır ve Adaletsizlikle yıkılır. Ağızdan düşürmediğimiz «Adalet Mülkün Temelidir» ilkesine olan

ulusal inancımızı korumanın ve yaşatmanın, yukarıda özetlediğimiz yargı sorunlarına gönülden eğilmekle, planlı, programlı bir adalet politikası gütmekle ve bu sorunları tek yönü ile değil tümü ile ele almak ve gerçekleştirmekle mümkün olacağına inanıyorum.

Geçen yıl, İstanbul ve Ankara Hukuk Fakültelerince düzenlenen seminer, sempozyum ve konferanslar hukuk alanında ve özellikle uygulayıcı ile öğretici arasında bilim alış verişi yönünden çok yararlı olmuştur. Bu konuda gösterdikleri çaba ve çalışmalarından ötürü İstanbul Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. İlhan Akın ve Ankara Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a ve her iki fakülte Sayın öğretim üyelerine, bu arada İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Müdürü Sayın Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'a yüksek huzurunuzda şahsım ve yüce Yargıtay mensupları adına şükranlarımı sunarım.

Yine geçen yıl, Türkiye Barolar Birliğinin, hukukun ve yargının üstünlüğü, kesinleşen yargı kararlarını yerine getirilmesi, gelişen sosyal yapımıza ve Anayasa düzenine uymayan, ters düşen kanunların düzeltilmesi ile ilgili savunma ve çabalarını dikkatle izlediğimizi önemle belirtmek isterim. Bu vesile ile Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Prof. Dr. Faruk Erem'le birlikte Sayın Avukat meslektaşlarımı da bu olumlu çalışmalarından ötürü gönülden kutlarım.

PROTOKOL :

Esefle beyan etmek isterimki; Anayasa düzenine uymayan, demokratik hukuk Devleti anlayışı ile asla bağdaşmayan Resmî Devlet Protokolü uygulaması sürdürülmektedir.

Bu akıl almaz protokolde, Yüksek Yargı Organları temsilcilerine 3 ncü ve son bölümde yer verilmesi gerçekten utanç vericidir.

Adalete saygısı ile ün yapan Yüce Türk Ulusu, bu uygulamayı kınamaktadır.

1961 yılından bu yana Yüksek Yargı Organları temsilcileri pek haklı olarak kendilerine yakışır bir olgunlukla resmî törenlere katılmadılar. Anayasa düzenine ve demokratik hukuk devleti anlayışına uygun bir düzenleme yapılmadıkça, bundan böyle de katılmayacaklardır. Bu katılmama, Türk Ulusu adına yargı erkini kullanan Hâkimlerin, o yüce varlık adına bir direnmesidir.

AYLIK VE ÖDENEKLER :

Türk Silâhlı Kuvvetleri personeline 23.12.1974 günve 7/9207 sayılı kararname ile sağlanan ve her yıl geçim ve para değeri ölçülerine göre ayarlanan, Hâkimlerle bu sınıftan sayılanlara 1871 sayılı kanunla verilen Hâkim ödeneğini fazlasıyla aşan iş güçlüğü, iş riski ve teminindeki güçlük zamlarından ayırık olmak üzere 1.3.1975 tarihinde yürürlüğe konan 1923 sayılı kanunla genel gösterge tavanı olan 1000 + 200 ün üstüne çıkılmış ve kademeli biçimde göstergeler 1000 + 200 ile 1000 + 600 arasında değerlendirilmiştir. Yüksek Yargı Organları Başkan ve Üyeleri ile yüksek dereceli (birinci sınıf) Hâkimlerin göstergeleri ise 1000 + 200 de bırakılmıştır. Ayrıca sözü edilen 1923 sayılı Kanununun 137. maddesi ile de askerî hâkim general ve amiraller hakkında eşiti rütbedeki general ve amirallere bu madde uyarınca tahsis olunan ek gösterge rakamlarının uygulanması sağlanmıştır. Bununla, 1.3.1975 tarihinden bu yana tuğgeneral rütbeli Askerî Yargıtay Başkanı ve tümgeneral olan Yüksek Askerî İdare Mahkemesi Başkanı, diğer yüksek yargı organları başkanlarından daha çok maaş ve emekli aylığı alacak duruma getirilmiş, böylece denge daha da bozulmuş, tam ayrıcalık yaratılmıştır.

Bu imtiyazlı durum ve dengesizliği ortadan kaldırmak amacı ile hazırlanan tasarı, Hükûmetçe olumlu karşılanmış, ne varki bir sayın Bakanın, askerî personel yönünden yeniden denge bozulacağı gibi gerçek ve hukuk dışı görüş ve tamamen kişisel kaygıya dayandığı bizce bilinen düşünüş biçimi yüzünden Yasama Meclislerine intikal ettirilememiştir. Genel seçimlerin yenilenmesinden kısa bir süre önce, bu konuda bir kısım sayın Milletvekillerince yapılan yasa önerisi ise, Millet Meclisi Adalet Komisyonunun kabulünden öteye gidememiş, kadük olmuştur. Yeniden oluşan yasama meclislerinde bu kanun teklifinin ele alınacağına olan inancımızı koruyoruz.

Bu sorun, parasal olmaktan öte Yargının onuru ile ilgilidir. Ve az önce belirttiğimiz üzere salt eşitsizlik, dengesizlik ve bir ayrıcalıktır.

Bu iki konuda kesin kez söyleyeceklerim şunlar olacaktır :

Egemenlik Kayıtsız ve Şartsız Türk Milletindedir (Anayasa Madde : 4).

Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez. (Anayasa Madde : 5).

Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir. (Anayasa Madde : 6).

Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır (Anayasa Madde : 7).

Görülüyorki Anayasa, Devleti oluşturan bu üç güçten başka bir güç tanımamıştır. O halde bu üç güçten başka kuruluşa ayrıcalık tanımak, denge bozucu haklar, olağanüstü mali olanaklar sağlamak, demokratik Hukuk Devletine gölge düşürmekle kalmaz. millet iradesini de zaafa uğratar.

Açıkça Anayasaya ters düşen bu uygulamaların sürdürülmesi; ülkede her kesimdeki yurtdaşın yargıya karşı duyduğu tarihsel ve geleneksel saygının yitirilmesine yol açmaktadır. Oysa yargıya karşı duyulan saygı ve inancın, toplum huzurunu sağlamada, Devletin güçlülüğünü kanıtlamada önemli bir etken olduğu, bu yüzden uygar ülkelerin toplumunda yargıya duyulan saygınlığı canlı ve başta tutmak için ciddi özen gösterdikleri, çağdaş devletin temel uğraşısı saydıkları bilinen bir gerçektir.

Bu ve diğer açıkladığım yargı sorunlarının bu güne değin askıda bırakılması ve yakınma konusu olagelmesinde, özellikle geçen yasa dönemi içinde Adalet Bakanlarının yargıya ve sorunlarına uzak kalmayı yeğleyen bir tutum içinde bulunmalarında payı olmuştur.

YAYIN İŞLERİ :

1975 yılı ortalarında kurulan döner sermayeli Yargıtay Yayın Müdürlüğünün çalışmaları parasal olanaklar ölçüsünde ve her türlü eleştirilere açık olarak düzenle yürütülmektedir. Süreli olan Yargıtay Kararları Dergisi ile Yargıtay Dergisi yayımı aksatılmadan sürdürülmektedir. İçtihadı Birleştirme Kararlarının Ceza bölümünün ilk cildi çıkarılmıştır. Mayno'nun dört ciltlik Ceza Kanunu Şerhinin ilk cildi de basılmıştır. Bu konuda önemli olan husus, yayınların uygulayıcılara, özellikle Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarına ulaştırılması, yararlanmalarının sağlanmasıdır. Büyük parasal bir yükü olmayan bu görevi Adalet Bakanlığı titizlikle yerine getirmelidir. Ayrıca daha verimli ve düzenli çalışma ve bir basımevi kurma olanığının sağlanması için 750.000 lirayı geçmeyen döner sermaye en az 10.000.000 liraya çıkarılmalıdır.

Çok Sayın Cumhurbaşkanımızın şükranla ve minnetle karşıladığımız yakın ilgileri sonucu, bitişiğimizdeki Enerji ve Tabii Kay-

naklar Bakanlığı binasının Yargıtay'a tahsis edilmesi ile yerleşme sorunumuz uzun bir süre için çözümlenmiştir.

Türk Devleti, sürekli bir değişim, yenileşme, ileriye dönük bir bilinçlenme ve kendini aşma süreci içindedir. Yüce Türk Ulusu ise büyük çoğunluğu ile Lâik Cumhuriyete, Demokratik Hukuk Devletine, Atatürk Devrim ve ilkelerine gönülden bağlılık inancını taşımaktadır. Hiç bir yöntem ve çaba ile geriye dönüş düşünülmemelidir.

Modern Türkiye'nin yönetiminin ancak Cumhuriyet'çi ve Atatürk'çü düşünceden kopmamakla mümkün olacağı iyi bilinmelidir. Yine çok iyi bilinmelidir ki, Atatürk Cumhuriyeti sadece bir yönetim biçimi değil, ulusal varlığımızın yöneldiği yeni bir yaşam anlayışı, apayrı bir dünya görüşüdür. Tüm Atatürk Devrimleri; uygar, ileri, özgür bir toplum düzeyine ulaşmayı, mutlu ve gönençli bir toplum ülküsünü gerçekleştirmeyi amaçlayan köklü girişimlerdir.

Toplumsal yapının sağlıklı bir biçimde varlığını sürdürmesi, iç barışın, güvenliğin, ulusal birlik ve beraberliğin sağlanması, yukarıda özenle işaret edilen inançlara sıkı sıkıya bağlı kalınmakla, kanunların ve yargı gücünün egemen kılınması ile mümkün olacaktır.

Demokratik Hukuk Devletinin, Lâik Cumhuriyetin tüm kuralları ile işlerlik kazanacağına, yargı gücüne ve kararlarına saygı duyulan daha mutlu bir Türkiye'nin el birliği ile yaratılacağına içtenlikle inanıyorum.

Beni sabırla dinlediğiniz açılış konuşmama son verirken yeni Adalet Yılına, Lâik Cumhuriyetin, Atatürk İlke ve Devrimlerinin her zaman olduğu gibi bundan böyle de en büyük güvencesi ve koruyucusu olan değerli Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarına ve tüm Adalet mensuplarına hayırlı ve uğurlu olmasını ve başarılı geçmesini gönülden diler, saygılar sunarım.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI FARUK EREM'İN KONUŞMASI

1977 - 1978 Adalet Yılı Açılışında
Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Sayın Prof. Dr. FARUK EREM'in
K o n u ş m a s ı

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu adına Yeni Adalet Yılı'nın «H u k u k u n Ü s t ü n l ü ğ ü» ilkesine daha etkili uygulamalar getirmesi dileğimizi sunarken Adalet hizmetinde sabırla emeklerini sürdürmekte olan değerli Yargıç ve Savcılarımıza Türk Avukatlarının en iyi dileklerini sunarız.

Adalet Yılı'nın açılışından faydalanarak Savunma Mesleğinin bir şikâyetini dile getirmekte, Yasama ve Yürütmede görev alan Avukat ve Hukukçu meslektaşlarımızın dikkatini bir konuya çekmekte, gerekli yasal önlemlerin alınmasını dilemekte ısrarlı olduğumuzu açıklamak istiyoruz. Türk Toplumunu «g e c i k m e l i A d a l e t» den Türk Avukatları da «g e c i k m i ş s a v u n m a» dan şikayetçidirler. «İ t h a m ı n b a ş l a d ı ğ ı a n d a s a v u n m a d a b a ş l a r» kuralının memleketimizde yürürlükte olmadığını, kanıtları ile birlikte, kamu oyunun takdirine sunmak istiyoruz. Böylece hukukumuzun savunma açısından çağdan düşmüşlükten arınması isteği, ilgi görmüş olabilecektir.

1961 Yılında Anayasamız yenilendi. Yeni Anayasa savunma hakkı açısından etkin kuralların getirilmesini öngörüyordu. Uygulama bunun tersine oldu. Anayasanın emri yerine getirilmedi, aksine geriye dönüş özlemleri savunma hakkına da el uzattı.

1924 Anayasasında da kabul edilmiş olan «S a v u n m a H a k k ı», 1961 Anayasamızda «H a k a r a m a ö z g ü r l ü ğ ü» üst - kavramı içinde ve yargı bölümünde değil, «T e m e l H a k l a r» bölümünde yer aldı. Bu tutum büyük değişiklikleri müjdeliyordu. Çünkü Yeni Anayasamızda Temel Haklar İnsanın «kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve özgürlükler» diye tanımlanıyordu. Anayasanın bu anlayışına göre savunmaya ilişkin Kanun hükümlerinin yeniden düzenlenmesi gerekirken bir başka dönem geldi ve «Temel Hakların özüne dokunulabileceği» anlayışı ile Türk Hukuk Gelişiminin yönü -yapay önlemlere- değiştirildi. Bundan «S a v u n m a H a k k ı» da kendini kurtaramadı, zedelendi.

Türkiyemizde «S a v u n m a m a k a m ı» Kanun Hükümleri ile pekiştirilmiş «Gizlilik» ten şikâyetçidir. Bu şikâyetin haklılığını soyut deyimlerle değil somutlaştırarak açıklamakta inandırıcılığın daha fazla olabileceğini sanıyoruz :

I — AVUKATTAN EVRAK SAKLAMAK :

1. Konu : Yirminci yüzyılda ve demokrasilerde müdafiden belge saklamak büyük bir kusurdur.

1894'te, Fransa'da Yüzbaşı Dreyfus, askerî mahkemeye tevdi edilen, fakat sanki ile müdafiden gizlenen bir «belgeye» dayanılarak mahkûm edilmişti. O tarihlerde Aurore adlı gazetenin yazarı ünlü Emile Zola, Dreyfus'ün mahkûmiyetini haksız bulan ve Cumhurbaşkanı Félix Faure'a hitap eden bir açık mahkemenin bilgisine sunulan «gizli belge uygulamasına şöyle karşı çıktı : mahkemenin bilgisine sunulan «gizli belge5 uygulamasına şöyle karşı çıktı : «Gizli belge (!). Bunun ne demek olduğunu biliyor musunuz ? Bu, bir insanın, ondan gizlenen bir belgeye dayanılarak, yargılanması, mahkûm edilmesi, kendisinin, çocuklarının, ona yakın herkesin şerefsizliğe hüküm giymesi demektir. Baylar, içinizden hanginiz, bu şartlar altında mahkûmiyete isyan etmezsiniz. Şekil, gerçeğe tercih edilmemelidir. Vatan, sadece toprak parçası değildir, aynı zamanda, fikirleri ne olursa olsun, dost olsun, düşman olsun, bütün insanların birleştiği adalet, vatandır. Bu herkesin ısındığı ocak, güvenlik, herkes için eşit olan adalettir. Adaletin olmadığı bir vatan düşünülemez». Bu çabalar sonuç verdi. «Gizli belge» usulünün uygar devletlerce nefretle reddedilmesinde «Dreyfus davası»nın etkisi büyük olmuştur.

2. Yasalar : Memleketimizdeki durum nedir ? Bu konuda oldukça vahim bir hüküm mevcuttur; Danıştay Kanununun 82. maddesine eklenen fıkra şöyledir : *Görevli daire veya kurul veya kanun sözcüleri tarafından getirilen veya idarece gönderilen gizli her türlü belge, taraf ve vekillerine incelettirilemez*». 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 54. maddesinden esinlenerek yapılan bu genelleştirme büyük sakınca doğurmaktadır.

a) Davada taraf olan kişi veya vekili kendi aleyhlerine olan bir belgeyi göremeyecektir. Memleketimizde, resmî yazışmalarda gizlilikte ne kadar ifrata gidildiği düşünülürse uygulamada bir kimsenin kendisini nasıl savunacağını kestirmek mümkün olmaz.

Bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı bakımından şöyle düşünülebilir. Anayasamızın 31. maddesine göre «*herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir*». Kendilerine ilişkin bir konuda ilgililer, gizlilik iddiası ile dosyalarını göremezlerse dava ve savunma hakkını nasıl kullanacaklardır ?

b) Usul Hukukunda savunma hakkının ön koşulu «İ t h a m ı ö ğ r e n m e k h a k k ı» dır. İdarî işlemi dava eden ilgili, idarenin gizlilik iddiası ile Danıştay'a gönderdiği evrakı göremezse hakkındaki ithamı nasıl karşılayacaktır ?

İdarenin «gizli» damgasını bastığı her belge böyle bir ayrıcalıktan faydalanırsa, artık savunma hakkından söz etmek olanaksızdır.

c) Eklenen hükmün Anayasada yer alan duruşmaların açıklığı (aleniyet) kavramını da zedelediği görülmektedir. İdarenin gizli dediği belge duruşmada da okunamayacaktır. Halbuki bu evraka dayanmak suretiyle «h ü k ü m» veya «v i c d a n i k a n a a t» teessüs edebilecektir.

Bu davalarda Danıştay verdiği kararda «gizli belge» den ya söz etmemekte veya ne içerdiğini göstermeksizin sadece böyle bir varakanın varlığına işaretle yetinmektedir. Bu suretle ne hakkını arayan, ne de kamuoyu, davanın ne sebeple reddedildiğini anlamayacaktır.

II — DELİL AYRICALIĞI :

Ceza Usulü Kanununun 88. maddesine göre «resmî dairelerde saklı evrak vesair vesikalar münderecatının ifşası memleketin selâmetine zarar vereceği o dairenin en büyük âmiri tarafından beyan edilirse bu evrak ve vesikaların gösterilmesi ve teslimi istenemez. Şu kadarki bu beyan kâfi görülmezse o dairenin mensup olduğu vekâlete müracaat edilebilir» (bkz. HUMK. 249, 336; Danıştay K.).

Bu madde hükmü üzerinde özellikle «hukukun üstünlüğü» kavramı açısından durmak gereklidir.

1. Hükmün Özelliği : Böyle bir hüküm, ceza adaletinin her türlü delile sahip kılınması kuralına bir istisna teşkil eder. Fakat eksik delil ile de hüküm verilebileceği sonucuna varıldığında bu istisna düşündürücüdür. «Memleketin selâmeti adaletin de üstündedir» denilirse tereddütler artar. Sanık - vatandaşın bağımsız mahkemeler önünde, bütün delillerin «a l e n i y e t» içinde tartışılarak yargılanmak hakkı açısından da konu önemlidir. «H u k u k u n ü s t ü n l ü ğ ü» esas ise, bundan da üstün bir kavramın bulunabileceği düşüncesinde isabet görülmeyebilir.

Buna karşın gerçekten açıklanması ağır toplumsal zarar doğurabilecek konularda (örneğin Millî Savunma sırlarında) istisna haklı gözükülebilir. O halde konu, yargısal yorumun en isabetli tercihi ya-

pacağında odaklaşmaktadır, takdir yürütmeden alınmalı, yargıya bırakılmalıdır. «Memleketin selâmeti» ve benzeri deyimler müphemdir, vuzuha kavuşturulmalıdır. Böylece, yargı organlarının eksik olanaklarla göreve zorlanmaları gibi bir duruma meydan verilmiş olur.

2. Sistemler : Bu konudaki sistemler aşağıda özetlenmiştir :

— İngiltere'de yetkili Nazırın, mahkemeden böyle bir delili kim tarafından ikame edilirse edilsin telâkki (kabul) edilmemesi hakkında karar istemek yetkisi vardır. Böyle bir isteğin, mahkeme bu kanaatte olmasa dahi, daima kabul edildiği bildirilmektedir.

— Fransız Danıştay «Devletin güvenliği»ni tehlikeye düşürebilecek evrak ile diğer evrakı tefrik eder. Şu olaydaki Fransız Danıştayın kararı önemlidir : Fransa'da yüksek memuriyetlere geçebilmek için bir idare okulundan mezun olmak, bu okula girebilmek için de bir sınavı başarmak gereklidir. İdare, sınav adaylarından bazılarının dosyalarını incelemiş ve onların sınava alınmamasına karar vermiştir. Açılan idarî davada adayın siyasal kanısı dolayısıyla sınava kabul edilmemesinin kamu görevine alınmada vatandaşlar arasındaki eşitlik kuralına aykırı olduğu ileri sürülmüş, Danıştay bu adayların dosyasını istemiş, Hükümet dosyaları vermemiştir. Danıştay, bu durum karşısında davacıların siyasî kanaatleri sebebi ile sınava alınmadıklarını iddia etmek suretiyle ortaya attıkları «k a r i n e»nin aksinin sabit olmaması, idarî tasarrufun mesnedini idarî kazanın denetlemesinin gerekli bulunması gerekçesi ile kararı iptâl etmiştir.

— İtalyan Usul Kanununa göre (m. 342) memuriyeti veya mesleği gereğince yanında bulunan evrakı memur veya meslek sırrı ile bağlı olan kimse, talep halinde, adli makamlara tevdi mecburdur. Siyasî, askerî memuriyet veya meslek sırrı bahis konusu ise yazı ile ve hatta sebep göstermeksizin, evrakın verilmeyeceği beyan olunur. Eğer siyasî, askerî sır ileri sürülmüş ve adli makam bu beyanı yerinde görmemiş ise durum Adalet Nazırına bildirilir. Fakat Nazırın izni olmaksızın yalan şahadet suçundan takibat yapılmaz. Eğer memuriyet veya meslek sırrı ileri sürülmüşse ve adli makamının, beyanın asılsızlığından şüphe etmesi için sebep varsa ve bu evrak olmaksızın takibe devam mümkün değil ise gerekli araştırma yapılır, sonunda beyanın varit olmadığı anlaşılırsa evrakın zabtına karar verilir.

3. Memleketin Selâmeti Kavramı : Usul Kanunumuz «memleketin selâmetine zarar»dan bahsetmektedir. Kanunun gerekçesi şöyledir : «Dairenin en büyük âmiri tarafından beyan edildiği halde memleketin menafii âliyesi noktasından o gibi evrak ve vesaikin

talebinde bulunulamıyacağı keyfiyetinin tasrihi faydalı görülerek bu madde tertip olunmuştur». Bu faydayı Hâkim takdir etmelidir. Kanunun gerekçesi ve maksadı uygulamadaki abartılmış gizlilik anlayışını önlemeliydi. Kanunun herşeye rağmen (Adaletle rağmen) gizliliği tuttuğu sonucu çıkarılmamalıydı.

III — CEZA KOVUŞTURMALARINDA GİZLİLİK :

1. Hazırlık Soruşturması : Hazırlık soruşturmasının gizliliği iddiasının ifrata götürüldüğü, zabıta soruşturması sırasında ilgilinin avukatı ile görüşmesinin engellendiği, Birliğimize yapılan başvurularla saptanmıştır. Bu engellemelerin Yasal bir temeli yoktur. Tatbikatçı gizlilik kurallarına alıştırılmış, bunları tartışmasız kabule zorlanmıştır.

a) Esas kural şudur : «İthamın başladığı anda savunma da başlar». Bir kimsenin, ne sebeple olursa olsun hürriyetinden mahrum edilmesi, nezarete alınması, hattâ sanık olarak sadece sorguya çekilmesi onun «İtham» edildiğini gösterir. Artık bu andan sonra «savunma» bütün olanaklara kavuşturulmalı, ilgili istediğinde Avukatı yanında bulunabilmelidir. Avukatının hazır olmadığı bir sorguda sanığın ikrarı geçerli sayılmamalıdır. Bu usul dayaklı sorgu (işkence) suçlamalarının da önüne geçmiş olacak, ceza kovuşturma sistemimizin «insanileştirilmesi» isteklerini geniş ölçüde karşılayabilecektir.

b) Nezarete alınan kimsenin nerede olduğunun dahi bilinmediği, öğrenilemediği, soran Avukatın cevapsız bırakıldığı bir ortamda savunma hakkının geçerliliğinden söz edilemez. Birden alınıp götürülenin akibeti hakkında yakınlarının bir avukata başvurması, Avukatın onlara aczini bildirmekle yetinmesi «savunma mesleği» ne çok şey kaybettirmektedir.

c) Anayasamız Kurucu Mecliste tartışılırken «Türkiye'de hiç bir şey tevkif kadar suistimal edilmemiştir» yakınması güncelliğini bugün de yitirmemiştir. Hazırlık soruşturmasında verilen tutuklama kararına Avukatın itiraz hakkı vardır. Fakat bu hakkı kullanıp kullanmamak, kullanacak ise itiraz gerekçelerini saptamak olanaksızdır. Çünkü hazırlık soruşturması, avukat için de gizlidir. Bir hakkı tanıyıp, kullanma olanağını sağlamamak tam bir çelişkidir, içtensizliktir.

2. İlk Soruşturma : İlk soruşturmada Avukatın yalnız bazı evrakı görebileceği yolundaki hükmün yanlış yorumlanması fiilî bir gizlilik yaratmıştır. Her sorgu yargıcının tutumu değişik olabilmek-

tedir. Ancak «son soruşturma» da geçerli sayılan «savunma» etkisini yitirmiş olur. Faydası azalmıştır.

IV — YÜRÜTME LEHİNE GİZLİLİK :

Yürütme, kamu hizmeti görür. Bu hizmet gizli olamaz. İdare Hukukunun gelişmesi âleniyete yönelmiş, bundaki kamu yararı —özellikle Demokrasilerde— daha gerçek, daha üstün görünmüştür.

İsveç'te, âleniyet demokratik rejimin ilkesi sayılmaktadır. Bu ilke gereğince herkes kamu idaresinin elinde bulunan her belgeyi görebilir, her vatandaş kendisi hakkında kayda geçmiş her bilginin kendisine yazı ile bildirilmesini istemek hakkına sahiptir.

İsviçre'de, yürütmenin kararlarına mesnet olan her belge alenidir. Bu belgeleri yalnız taraflar değil, herhangi bir vatandaş ve Basın görebilir.

Yürütmenin açıklığı İdare Hukukunda yepyeni bir yöndedir. Bu akım karşısında memleketimizin, gününü doldurmuş İdare Hukuku anlayışını sürdürmesi, faydalı değildir. Yürütmede, idarî karar ve işlemlerde alışıldığı için haklı sanılan gizlilik en yaygın haldedir.

Örneğin köy sınırı ile ilgili bir dava açabilmek için İçişleri Bakanlığı dosyasındaki tesbitleri, dosyayı, bir emeklinin, dul veya yetiminin hakkını arayabilmek için Emekli Sandığındaki dosyayı, Avukat inceleyememektedir. Bu haksız davanın veya dava haklı ise yanlış veya yetersiz gerekçelerle, delilsiz dava açılmasının nedeni olmaktadır. Vergi ile ilgili davalarda «Vergi Mahremiyeti» kavramının ilgili mükellefin aleyhine kullanılması büyük sakıncalar doğurmaktadır.

Bütün kuruluşların, yetkililerin avukatın görevini kolaylaştırması kuralını koyan Avukatlık Kanununun 2. maddesindeki «Âmir Hüküm», çeşitli fiilî sınırlamalarla işlemez hale getirilmiştir. Avukatın, idarî mercideki dosyayı, işlem hakkında karar verildikten sonra, fakat dava açılmadan önce inceleme olanağı mutlaka sağlanmalıdır. Gerçeği bilmeden açılan davaların sebep olduğu toplumsal zarar, sanıldığından çok fazladır. Kamu hizmetinde gizlilik düşünilmez. İdarede «şahsi dosya» anlayışı hukuk dışıdır.

Yasalarımızdaki ve buna eklenen uygulamalardaki gizlilik halleri bu sayılanlara indirgeli değildir. Daha pek çok örnek gösterebilecek durumdayız. «Kısıtlı Savunma» Usul Hukukunu değerden düşürür. Sınırlamaya, koşula bağlandığında özünü yitiren tek kavram «savunma»dır.

V — SONUÇ :

Bir «Hukuk Devleti» nde İdarenin bir davayı kazanması veya kaybetmesi özellik taşır. Devlet haksız olduğu davayı kazanmama-
lıdır. Kazanırsa, bu Hukuk Devletinin kendi kendini inkârı olur.
Gizli tutulan belgenin bilinmesi halinde idarenin davayı kaybetmesi
gerekeceğini farzedelim. Bu belge gizli kaldığı için idare davayı ka-
zanırsa kaybeden sadece davacı vatandaş değildir.

Türk Avukatlarında genel kanı şudur : Yasalarımızda savunma
hakkını kısıtlayan hükümler kaldırılmadıkça «*Hak Arama Özgür-
lüğü*» ne ilişkin «*Temel Hak*» gerçekleşmeyecektir.

Saygılarımızla.

HÂKİM VE AVUKAT İLİŞKİLERİ

M. MAZHAR BUDAK (*)

Hâkim ve avukat ilişkilerinin, görev ve statülerini düzenleyen yasalardaki genel ve objektif hükümler gözönünde tutularak ayrıntıları ile belli kurallara bağlanmasında adalet hizmetinin yürütülmesi bakımından büyük yararlar vardır.

Avukatlığın kamu hizmeti ve serbest meslek olduğu, avukatların görevlerini, kutsallığına yaraşır biçimde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirecekleri, avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır şekilde hareket etmekle yükümlü ve bağımsız oldukları Avukatlık kanununda hükme bağlanmıştır.

Türkiye Barolar Birliği Avukatlık yasasının 110/16. maddesi uyarınca zorunlu meslek kurallarını saptayarak üyelerine duyurmuştur.

Anılan kuralların 17. maddesinde; Hâkim ve Savcılarla ilişkilerinde avukatın hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorunda olduğu, bu ilişkilerde karşılıklı saygının esas bulunduğu belirtilmiştir.

Bu kurala ilişkin yasalardaki hükümlere ve bilimsel görüşlere göre :

Avukatın göstereceği saygı «meslek vakarı» ile bağdaşacak ölçüde olmalı, mesleğin ağır başlılığı ile bağımsızlığının zedelenmesinden sakınılmalıdır.

Duruşmanın idaresi ve disiplini hâkime (Başkana) ait olup bu disiplinin sağlanmasına yönelik tutum ve davranışlar savunma özgürlüğünü kısıtlamıyacak ölçüler içinde kalmalıdır. Avukatın bütün belâgatı ile savunmasını yapmasında, jest ve hareketleriyle savunmasını kuvvetlendirebilmesinde sosyal ve meslekî zaruretler bulunduğu bilimsel görüş olarak ifade edilmiştir.

Savunma dokunulmazlığı ile duruşma disiplini bağdaştırılmalı, duruşmanın disiplini bakımından hâkime verilen yetkiler, savunmanın özgürlüğüne engel olmayacak şekilde makul ölçüler içinde kalmalıdır.

(*) Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanı.

Avukatlık kanununun 58. maddesine göre, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun duruşmanın disiplinine ilişkin hükümleri saklıdır. Şu kadar ki ,bu hükümlere göre avukatlar tutuklanamayacağı gibi, haklarında hafif hapis veya para cezası da verilemez.

Ceza Usulü Muhakemeleri Kanununun 378. ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 150. maddelerine göre, duruşmanın disiplinini bozan her şahsı, başkan mahkeme salonundan çıkartır. Münasip olmayan hal ve tavır vekilden sadır olmuşsa ihtarda bulunur, ihtara rağmen ısrar halinde vekil mahkmeden çıkarılır.

Duruşmanın disiplinini öngören hükümlerle, Avukatlık Kanununun 58. maddesinin bir arada incelenmesinden, duruşmanın disiplinini bozan avukatın duruşmadan çıkarılmasına karar verileceği açıkça anlaşılmaktadır.

Ancak bu ağır tedbire başvurulmasına meydan verilmeden karşılıklı saygı ve anlayış içinde hâkim ve avukatların adalet hizmetinde yüklendikleri görevleri yerine getirecekleri tabiidir.

Toplumda görülen her türlü hukukî anlaşmazlık sosyal rahatsızlığın ifadesi sayılır. Söz konusu anlaşmazlıklar çoğu kez pek karmaşık dava biçiminde mahkemelere intikal eder ve Anayasaya, kanunlara, hukuka ve vicdani kanaatlarına göre soruna hukukî çözüm bulmakla görevli hâkimlere, taraflar olayı görüş ve anlayışlarına uygun olarak kabul ettirme çabası içine girerler. Bu durumda vekâlet görevini üstlenen avukat anlaşmazlığın hukuka uygun olarak çözümlenmesinde hâkimin en yakın yardımcısı sayılır.

Objektif ölçüler içinde görev yapan hâkim ve avukatlarımızdaki hukuk bilgisi, adalet duygusu, gerçekleri bulma aşkı aynı doğrultuda olduğu sürece karşılıklı saygı ve anlayış içinde hukukî anlaşmazlıkların kolayca çözüme bağlandığı, bu yoldaki uygulamanın adalete olan güveni arttırdığı ve adaletin ayrılmaz öğeleri olan hâkim ve avukatların saygınlığı ile birlikte kişiliklerini de yücelttiği görülmektedir.

Pek nadir olsa dahi bu anlayış ve ölçüler içinde sürdürülmiyen hâkim avukat ilişkilerinin üzücü olaylara neden olduğu anlaşılmaktadır.

Hâkimlerin o yüce kürsülerde adalet dağıtmak gibi müstesna bir hizmetin sahipleri olduğu tartışmasız kabul edildiğine göre, adalet mesleğinin mensubu avukatlarımızın bugüne kadar olduğu gibi bundan sonra da adalet ülküsüne içten bağlı olarak hâkimlerimize karşı gerekli ölçüde saygılı davranışlarını sürdüreceklerinden, hâkimlerimizin de savunmanın kutsallığını, adaletin ayrılmaz parçası sayılan avukatların kendilerine en yakın yardımcı olduklarını gözönünde tutarak mesleğin onuruna yaraşır biçimde mukabil saygı ve kolaylık göstereceklerinden kuşku duymuyoruz.

Gönlümüz üzücü olayların olmaması temennisi ile doludur.

Toplumun ayakta tutan ve güçlü kılan yüce adalet duygusu ve üstün meslek bilinci ile karşılıklı saygı içinde görev yapan hâkim ve avukatlarımızın hukukî anlaşmazlıkları ve meslek sorunlarını en isabetli biçimde hak ve adalet ölçülerine uygun şekilde kolayca çözümlenerek toplumumuzda inşirah yaratacaklarına yürekten inanıyoruz.

ADALET ORGANLARININ SORUNLARI

M. NİHAT ÖMEROĞLU (*)

PLÂN :

I — GENEL OLARAK

II — HÂKİMLERLE İLGİLİ SORUNLAR

A) MESLEĞE KABULDEN ÖNCE

1 — Hâkim Adaylarının Seçimi - Mesleğe Hazırlanması ve Kabulü

B) MESLEĞE KABULDEN SONRA

1 — Konut Durumu

2 — Maaş Durumu

3 — Çağdaş İç ve Dış Hukukun İzlenmesi İle Kitap Sorunu

4 — Yıpranma Tazminatı

III — MEVZUAT EKSİKLİKLERİ VE GEREKLİ YENİ MÜESSESELER

IV — DİĞER SORUNLAR

A) 1 — Bina

2 — Personel Durumu

3 — Araç ve Gereç

B) HARÇLAR KANUNUNUN 34 ÜNCÜ MADDESİ

V — SONUÇ :

Ülkemizde kamu kesiminde çeşitli eksiklikler ve yetersizliklerin olduğu bilinmektedir. Adli teşkilâtın da kamu kesimi içerisinde önemli işlevi olduğu; bunun yanında adliyenin çeşitli sorunları olduğuda yine bilinen bir gerçektir. Yazımızda bu sorunlara değineceğiz.

I — GENEL OLARAK :

Her Adalet yılı sayın Yargıtay başkanının konuşması ile açılır. Bilindiği gibi bu konuşmalarda genellikle Yargı organlarının sorunları dile getirilirken, aksaklıklar, giderilmesi gerekli eksiklikler, ile bu hususta alınması gerekli önlemler kamu oyuna açıklanır. Yetkililerden biran evvel gerekli girişimlerin yapılması istenir. Son zamanlarda gerek adalet yılı açılış konuşmalarında, gerekse belli baş-

(*) Ulukışla Hâkimi.

lı kanunlarımızın Türkiye tarafından kabul edilmiş yıl dönümlerinde hukuk sahasında köklü birtakım değişikliklerin istendiğine şahit olmaktayız. Artık ülkemizde batıdan tercüme edilen, toplumumuzu hersahada etkileyip, bir nevi yeniden şekillendiren belli başlı kanunların yerine, ülkemizde var olan liyakatlı Türk hukukçuları tarafından toplum bünyemize uygun millî kanunların yapılması gerektiği, hiç olmazsa köklü değişikliklerin yapılması gerektiği söylenmeye başlanmıştır (1). Bu gerçekten sevindirici bir aşamadır. İnandırıyoruz ki, Türk hukukçuları tarafından bu güç görev gerçekleştirilecektir. Usul kanunlarında, Medeni Kanunda, ticaret ve hukuk sahasında toplum bünyemize uygun değişiklikler yapılacaktır.

Yazımızın asıl konusuna geçmeden önce; yukarıda değindiğimiz sorunun ayrı uzun bir bilimsel incelemenin konusu olduğunu belirtmek isterim. Yine gecikmiş adaletin, adalet olmayacağı sık sık tekrarlanır. Bu bir realitedir. Vatandaş haklı olduğuna inandığı basit bir menî müdahale, alacak, tazminat vb. gibi hukuk davalarının yıllarca sürüncemede kaldığını her vesile ile şikayet etmektedir. Bu gecikmede hâkimin mesleğe olan tutkusunun zayıflığı, tembelliği, veya dosyayı gerektiği gibi zamanında incelemeyip, devamlı tetkike almasının, hâkim değişikliklerinin rolü varsa da, temelde gecikmenin kanunlarımızdaki aksaklıklar ile toplum bünyemizle bir kısım kanun ve hükümlerinin çelişkili olması gelir. Bunların neler olduğu bu yazının konusu değildir. Bu bakımdan değinmekle yetineceğiz.

Yazımızdan amaç, yetkililere bir hatırlatmanın yanında, bu sorunların giderilmesi için vakit geçirilmeden elden geldiğince tedbirler alınması olacaktır. Eğer «Adalet Mülkün Temeli» ise kimse bu sorunlara kaygısız kalamaz. Zira gerçek adaletin oluşturulmasında yargı organlarının imkan nispetinde aksaklıklarının giderilmesi şarttır. Yoksa aksaklık, hata ve gecikmelerden tüm toplum etkilenecektir.

Hâkim ve savcılarla ilgili sorunlar, personel durumu, harçlar kanunu, bina, araç, gereç vb. gibi eksiklikler bu yazının konusunu oluşturacaktır.

II — HAKİM VE SAVCILARLA İLGİLİ SORUNLAR :

Bunu iki bölüm halinde belirtmekte fayda gördük. Mesleğe kabulden önce ve mesleğe kabulden sonra.

(1) T.B.B. Başkanı Faruk Erem'in, Medeni Kanunun 50. Yılı nedeniyle verdiği demeçten.

A) MESLEĞE KABULDEN ÖNCE :

1 — Hâkim Adaylarının Seçimi, Mesleğe Hazırlanması ve Kabulü :

1973 yılı Mayıs ayına gelene dek hâkim adayları staja, okuldan mezun oldukları derecelere göre sıra ile alınmakta idiler. Buna göre pekiyi ile mezun olanların iyi derece ile mezun olanlara, iyi derece ile mezun olanların orta derece ile mezun olanlara göre öncelik hakları vardı. Bu ise hakkaniyete aykırı bir uygulamaydı. Şimdi ise; yılda bir kaç defa ve ihtiyaç nispetinde önce yazılı daha sonrada sözlü mülakattan geçen Hukuk Fakültesi mezunları hâkim adayları olabilmektedirler. Bu daha adil ancak yine yetersiz bir uygulamadır. Şöyle ki;

Hâkim adayları yani stajer hâkimler staj dönemlerinde gerektiği şekilde yetişememekte, yetersiz ve hatalı bilgi ile mesleğe atılmaktadırlar. Bu ise başta adil bir hükme varılmasını engellediği gibi, mesleki yetersizlik gecikmelere, masrafa ve vatandaşı haklı şikayetlere sevketmektedir. İyi yıllık staj devresi — ki çoğu zaman bir yılını dolduran adayları Adalet Bakanları yetkisine göre atayabilmektedir — hakkıyla değerlendirilebilse yeterlidir. Ancak belirttiğimiz gibi hâkim adayları başta savcılık olmak üzere çeşitli mahkeme ve hâkimlerde 1 ve 2 aylık süreler şeklinde sadece duruşmaları takip etmekte ilgililerden gerekli yakınlığı görememektedirler. Gerçi hâkim ve savcılarımızın işleri yüklü olduğundan bu ilginin gösterilmemesinde kısmen haklı olabilirler. Ancak mevzuatın olmaması nedeniyle bu açık ancak feragatli hâkim ve savcılar sayesinde giderilebilir. Nitekim halen Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Esat Şener, 1959 - 1964 yılları arasında İstanbul'da Asliye Hukuk Hâkimliği esnasında, adliyede tüm staj yapan adaylara 5 yıl süreyle haftada bir gün üçer saat pratik dersler vermiştir (2). Bu erdemli ve örnek bir tutumdur. Gerekli ilgiyi göremiyen hâkim adayları biran evvel staj süresinin nasıl olsa tamamlanmasını beklediği gibi, bazen bilgi yetersizliğinin verdiği güvensizlik sonucu meslekten ayrılmayı yeğlemektedirler. Asgari, mesleğe atıldıklarında teorik bilgi ile pratik uygulama usulü arasındaki farkı görünce şaşırıp kalmaktadırlar. Yeri gelmişken çeşitli ülkelerdeki staj durumlarını kısaca belirtmekte yarar vardır.

Japonya'da durum : Hâkim, savcı ve avukatların birlikte yetiştirilmelerini sağlamak üzere 1947 yılında kurulan «Adalet Eği-

(2) Esat Şener, Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı, «Yargı Organlarının Sorunları ve Çözümleri», Adalet Dergisi, Y. 65, Haziran 1974, Sayı : 6, Sayfa : 416.

tim ve Araştırma Enstitüsü» ne bu görev verilmiştir. Eğitim, staj dönemi, toplu eğitim safhalarını içeren 2 yıllık adaylık devresi sıkı bir imtihanla sonuçlanmaktadır (3).

Fransa'da hâkimlerin yetiştirilmesi ; «Hâkimlik Millî Okulu» ile sağlanmıştır. 28 aylık üç safhalı meslek eğitimini tamamlayanlar bu okulda sınava girerler. Başarı gösterenler, başarı durumlarına göre bir listeye alınırlar ve adliyede açılacak yere defter sırasına göre tayin edilirler (4).

Federal Almanya'da hâkimlerin yetiştirilmesi ; Hâkim, savcı noterler birlikte yetiştirilirler. Mesleğe girmeden yetiştirme dönemi 30 ay olup, imtihan sonucu başarı gösterenler, mesleki yetiştirmeye tabi tutulurlar. Mesleki yetiştirme 1968 yılında kurulan «Alman Hâkimler Akademisinde» yapılır. Burada pratik bilgiler yanında *aktüel konular, siyasi, ekonomik, sosyal ve teknik gelişmeler üzerinde* inceleme ve tartışma yapılır. Son defa imtihan yapılarak mesleğe kabul edilirler (5).

İngiltere'de ise ; Nazari ve mesleki eğitim olmak üzere iki dönem halindeki safhalar «Hukuk Eğitim Kurulunda» yapılır. 2 yıl sonra imtihanı kazananlar çırak olarak bir yıl avukat yanında ücret vererek çalıştıktan sonra, burada başarılı olanlar avukatlık mesleğinin bir kolu olan «Barrist» olurlar. İşte hâkimler bu «Barrist»lerin arasından başarı gösterenlerden seçilirler (6).

Görüldüğü gibi hâkimlik, belli başlı ülkelerde çok sıkı kurallara bağlı olup, bunun için kurulan akademi ve okullarda ciddi olarak ele alınmaktadır.

Türkiye'deki duruma yukarıda kısaca değinmiştik. 1963 yılında hazırlanan Hâkimler Kanunu tasarısında 7. madde ile «Staj Enstitüsü» kurulması öngörülmüyordu. Bu enstitünün kurulması mutlaka çok daha yararlı olacaktır. Burada hâkim adaylarına teknik ve fenni bilgilerinde — özellikle hukuk davalarında taşınmazlarla ilgili davalar yönünden — pratik olarak gösterilip uygulamasının yaptırılması yanında, ceza sahasında Kriminoloji, Adli Tıp üzerinde pratik olarak durulması çok yararlı olacaktır.

(3) (4) (5) (6) Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, Türkiye 1. Hukukçular Kongresine sunulan tebliğ, «Türk Adalet Akademisi Niçin ve Nasıl Kurulmalıdır». 1972. Sayfa : 28 - 29, agd. Sayfa : 414 den naklen.

Kişisel olarak Federal Almanya örneğini tercih ettiğimizi belirirken, hâkimler kanunu tasarısının 7. maddesindeki staj enstitüsü teklifini aynen yazımıza aktarmakta yarar gördük.

Staj Enstitüsü :

Madde 7 — Stajyerlerin yetiştirilmesi için Adalet Bakanlığı tarafından Ankara'da bir staj enstitüsü kurulur.

Stajyerliğe atananlar, Adalet Bakanlığının isteği üzerine yetkili kurul ve organlar tarafından görevlendirilecek hâkim ve savcılar ile yardımcıları ve diğer uzmanlar marifetiyle idare edilen staj enstitüsünde ve bu enstitünün öğretim ve gözetimi altında, belli mahkemeler ile C. Savcılığında ve adalete yardımcı sair müesseselerde iki yıl müddetle nazari ve ameli çalışmalara tabi tutulurlar.

Enstitü masrafları, her yıl Adalet Bakanlığı bütçesine yeterince konulacak ödenekten karşılanır».

2 — Hâkim Adaylarının Seçimi :

Buraya kadar hakim adaylarının nasıl ve ne suretle yetiştirilmelerinin yararlı olacağına değindik. Kanımızca hâkim adaylarının seçiminde şahsi hal durumlarının çok önemli olduğunu hemen ifade edelim. Adayların geçmişi temiz, ahlâklı, erdemli kişiliğe sahip olmaları gerektiği şüphesizdir. Maddî yönden gözü tok, moral değerlere saygılı adayların her türlü maddî imkansızlıklara rağmen feragatli çalışmaları mümkün olacaktır. Fertlerin canları ile, yeri geldiğinde milyonları bulan malvarlığı üzerinde karar verecek olan hâkimlerin çok sıkı ve titiz bir şekilde araştırılarak seçilmesinde, önce toplumumuzun büyük yararı vardır. Ayrıca adayların Anayasa dışı akımlara sahip olmaması en önemli hususlardan bir tanesidir. Demokratik rejim adı altında, özgürlük düşmanı fikir ve eylemlere bağlı kimselerin bu mesleğe kabulündeki sakınca ortada olduğu gibi, her kamu kesimine alınmalarındaki sakınca da ortadadır. Nitekim Federal Almanya'da kamu görevlileri atanırken çok titiz davranıldığını bir F. Alman mahkeme kararından öğrendik (7). Oysa

(7) Baden - Württemberg Danıştayının bir kararında, Asistan olmak isteyen bir Alman Komünist Partisinin ileri gelen elamanlarından olduğu için Millî Eğitim Bakanlığınca kabul edilmemiş, oda Millî Eğitim Bakanlığı aleyhine açmış olduğu davada, verilen kararda aynen şöyle deniyordu : «Alman Komünist Partisinin hedeflerini desteklemekte faal olan bir komünist parti üyesi, hür demokratik nizam için çalışmak hususunda bir garanti sayılamaz. Alman Komünist Partisi Anayasaya düşman gayeler peşindedir.»

F. Almanya'nın Demokratik bir ülke olmadığını kimse inkâr edemez kanısındayız.

Türkiye'de de adaylar imtihanı kazandıktan sonra özgeçmiş, hâl ve yaşantısı ilgili kurumlarca araştırılıyorsa da bu sadece formalitenin yerine getirilmesi bakımından olduğunu üzümlere ifade etmek isterim.

B) MESLEĞE KABULDEN SONRA :

1 — Konut Sorunu :

Hemen hemen her zaman adliyenin sorunları üzerine eğinilen durumlarda konut sorununa değinilmekte, hâkim ve savcılarının acilen bu zaruri ihtiyaçlarının giderilmesi istenmektedir. Bununla ilgili olarak, «Yüksek Hâkimler Kurulunun ... hâkimlik mesleğini cazip bir hale getirmek için alınması gereken tedbirler hakkında bazı önerilerde bulunmaktadır.

Bu önerilerin başında hâkimlere konut sağlamak işi gelmektedir. Gerçekten kiracı ve kiralayan arasındaki ihtilafları halletmek durumunda olan hâkimin bizzat kiracı olması, özellikle oturulabilecek konut miktarı pek az olan ufak merkezlerde, hükme tesir bile etmekte ve hâkimi haksız tenkitlere hedef tutmaktadır. Büyük merkezlerde ise kira bedellerinin çok yüksek oluşu hâkimleri maddi sıkıntılara uğratmaktadır» (8).

Biran evvel hâkim ve savcılarının konut ihtiyacının giderilmesini dilerken, bakanlığın lojman yapım işini süratlendirmesini ve bu hususu takdirle karşıladığımızı yeri gelmişken ifade etmek isteriz. Konutu olmayan hemen hemen tek kurumun adliye teşkilâtı olduğunu da hatırlatalım. Bugün sağlık ocağı personelinin (Dr. sağlık memuru, ebe) tutunda ormancılara, YSE., Karayolları personeline kadar hepsinin konutları bulunmaktadır.

2 — Maaş Durumu :

Daha önce hâkim mesleğinden sayılanlara brüt maaşın % 50'si hâkim ödeneceği olarak verilmesi kanunlaştırılmış ve bu kısmı ferahlamayla birlikte hâkimlik mesleğini yine kısmen cazibeli hale getirmişti. Toplumumuz hâkim ve savcılarının çok yüksek maaş aldığı düşüncesindedir. Bunu yakinen gözlemedik. Ancak değışen ve

(8) Prof. Dr. Sahir Erman, «Adalet Reformu ve Hakimler» 3/7/1974 tar. Milliyet Gazetesi.

giderek pahalılaşılan hayat şartları karşısında mevcut maaş ve ödeneklerin yetersiz olduğunu ve bunun bir kanunla hiç olmazsa her iki yılda bir düzenlenmesini önereceğiz. Zaten Anayasa'nın 134. maddesi hâkimlerin aylık durumunun ayrı bir kanunla düzenlenmesini öngörmüştür. Biz bu konuda bir ölçü olur düşüncesiyle 1974 yılında Yüksek Hâkimler Kurulu İkinci Başkanı Sayın Sabahattin Eryurt'un tespitini aktarmakta yarar gördük. Sayın Eryurt bir gazetede çıkan yazısında (9) İngiltere'de birinci derecede bir hâkim ayda 30.000 lira, istinaf (ikinci derecede üst mahkeme) ve Yargıtay hâkimlerinin ise ayda 48.000 lira aldıklarını aktarmaktadır. Değerlendirmeyi, Türk hâkimlerinin ne denli feragat duygusuyla çalıştıklarını hatırlatarak, kamu oyunun ve yetkililerin takdirlerine bırakıyoruz.

3 — Çağdaş İç ve Dış Hukukun İzlenmesi İle Kitap Sorunu :

Dünya devamlı değişmekte, köklü inkilâplara uğramaktadır. Bu hukuk kuralları üzerine de yansımakta yeni yeni teoriler ve uygulamalar oluşmaktadır. Hâkim ve savcılarımızın çoğunluğu bunlardan bihaberdir. Bu tür yeni değişiklik ve uygulamaları şahsi konferans veya bazı kurumlarca çıkarılan broşürlerden öğrenebilmekteyiz. Örneğin; 28.10.1974 günü Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu adına başkan sayın Faruk Erem'in Hatay'da yaptığı seminerde, «Dünya Hukuk Hareketleri ve Bunlardan Çıkan Sonuçlar» adı altında, kamu hukuku, özel hayatın korunması, tutukluluk, öğretim hakkı, adli müzaheret, mesken, idarede aleniyet, suçtan zarar görenlerin korunması, çocuk aldırma, uyuşturucu madde, trafik kazaları, hava korsanlığı, yalan haber ve sabotaj, çek, organ nakli, mahkumiyetin ilgası ; Medeni hukuk sahasında, boşanma, nafaka, karı - koca eşitliği, evlat edinme ve cenin konusunda, ceza ve usul kanunları hakkında yararlı bilgiler edinme imkanı doğdu. Bu itibarla hâkimin dünya hukuk hareketlerini yakından takip etmesi gerektiği gibi sürekli olarak kendisini yenilemesi de gerekmektedir. «... Bu zorunluluk, hukukçuya, yasa ve kuralların, toplum olarak vardığımız bu noktadan bizi daha ileri bir aşamaya ulaştıracak yeni yorum, anlayış ve uygulamalarına girişme yetki ve sorumluluğunu da, getirmektedir. Yasama ve yürütme organlarının bu devrimci atılış ve yenilemede geç kalmaları olağandır. Ancak, bu durum hukukçuyu, *dünyanın ve toplumumuzun gelişme sürecini* yansıtan yeni yorum ve anlayışlara varmaktan alıkoyamayacağı gibi, bir yerde zorlayıcı olabilecektir.

(9) 7/3/1974 tarihli Milliyet Gazetesi, agd. naklen.

Bu çaba, her an «kendini yenileme ve aşma gücü» niteliğiyle, insan ve özellikle aydın olarak, görevimizdir» (10).

Bunun yanında hâkimin kararlarında doktrin ve Yargıtay içtihatlarından istifade edeceği konusundaki ilkenin espirisi içinde, iç hukuktaki yeni değişiklikleri de takip etmesi için, her yıl belli dönemlerde ve belli süreler çerisinde bir program dahilinde hâkim ve savcılara teorik ve pratik çalışmalar yapılmasının sağlanması, her yönden büyük yarar sağlayacaktır. Bu çalışmalarla hâkim ve savcılar hem iç belki hem de dış hukuk hareketlerini izleme fırsatı elde edeceklerdir.

Diğer yandan maaş durumu ve mevcut mesleki tatbikat kitaplarının fiyatlarının yüksek oluşu, hâkim ve savcıların yeni yayınları gerektiği ve yeterince takibine engel olmaktadır. Bu bakımdan her adalet dairesinde bir kitaplık kurulması, olanların düzene sokulması ve yeni çıkan yayınların hâkim ve savcılarımızın yararlanmalarına sunulması gerekmektedir.

4 — Yıpranma Tazminatı :

Hâkim mesleğinden sayılanlar, özellikle hâkimler, yüklendikleri görev ve sorumluluğun sonucu çok ağır zihni yorgunluğa uğradıkları şüphesizdir. Bir tek dosya tetkikinin günlerce zaman aldığı, karar verirken de çeşitli düstur, kanunların araştırılıp okunması gerektiğinin bilinmesi bu durumun takdiri yönünden iyi bir kıstastır. Sayın Eryurt'un bu konu ile ilgili önerisi şöyledir : Hâkimleri, «Mesleğin ağırlığı ve yıpratıcı vasfı gözönünde tutularak (öteki bazı memleketlerde olduğu gibi) emekliliklerine sayılmak üzere itibari hizmet sürelerinin tanınması...» (11) gerekir.

III — MEVZUAT EKSİKLİKLERİ VE GEREKLİ YENİ MÜESSESELER :

Bunların başında, hâkimlerin özlük işlerinin, aylık ve ödeneklerinin ayrı bir kanunla düzenlenmesi gelmektedir.

Anayasa'nın 134. maddesi «Hâkimlerin hakları, ödevleri, aylık ve ödenekleri, diğer özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı esas alınarak kanunla düzenlenir» demektedir. Sanıyoruz, bundan da amaç, mahkemelerin direkt veya endirekt siyasal iktidarların etkisinden etkilenmemeleridir. Oysa hâlâ 15 yıldır bu kanun çıkartıl-

(10) M. Halûk Hadimoğlu, YHK. Müfettiş Hâkim, «Atatürk Devrimleri Açısından Hukukçunun Sorumluluğu» Yarg. Der. C. 1, Temmuz 1975, Sayı : 3, Sayfa : 143.

(11) 7/3/1974 tarihli Milliyet Gazetesi, agd. naklen.

mamıştır. Hâkim ve savcılarının aylıkları 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ek geçici 7. ve 8. maddeleri ile düzenlenmektedir.

Tasarıları hazırlandığı açıklanan; çocuk mahkemeleri, istinaf mahkemeleri, adli zabıta, Adli Tıbbın yeniden düzenlenmesi, staj akademileri tasarılarının biran önce kanunlaştırılıp kurulmaları sağlanmalıdır. Ayrıca adliye personeli yetiştirecek okulunda kurulmasında sayısız fayda vardır.

Aktüalitesini koruduğu ve tartışmalarının oldukça yoğunlaştığı günümüzde İstinaf mahkemeleri ile ilgili konuya da değinmek isteriz.

Bu konuda çeşitli görüşler öne sürülürken, asgari müştereklerde genel bir yargıya varıldığı söylenemez. Bir kısım hukukçular istinaf mahkemelerinin kurulmasını, Yüksek Yargıtayın özellikle iş hacmini göz önüne olarak kurulması gerektiği görüşünü savunurken (12); Diğer bir kısım hukukçular da, daha önceki bu mahkemelerin 15 - 20 milyonluk nüfusla başarılı olamadığını, pahalı olup işleri uzatacağı, Yüksek Yargıtaya fazla iş gelmesinin ve bunun sonucunun içtihat birliğinin sağlanamamasının, ilk mahkemelerden doğru ve tatmin edici olmayan kararların çıkmasının, neden olduğu bununda giderilmesinin hakimi iyi seçmek ve iyi yetiştirmekle mümkün olacağı görüşünü savunarak, bu mahkemelere karşı çıkmaktadırlar. (13)

Biz bu konuda, üst mahkemelerin kurulup, kurulmaması tartışmasından önce, ülkemizde dava sayısını azaltmanın nedenlerine inilmesi gerektiği; bu itibarla Türkiye'de dava enflasyonunun toplumuzun sosyal, ekonomik, kültürel sorunları ile ilgili olduğu, bunlar giderilmeden istinaf mahkemelerinin kurulmasını sorunu çözümeceği düşüncesindeyiz.

IV — DİĞER SORUNLAR :

Bunları, bina, personel, araç ve gereç, harçlar kanununun 34 üncü maddesi, telefon, silah taşıma sorunları olarak değineceğiz.

A) 1 — Bina :

Bugün çoğu adliye binaları perişan vaziyettedir. Çoğu eski binalar olup, genellikle hükümet konaklarının alt katlarında adliyeye

(12) Fahrettin Kıyak, Y. 4, CD. Üyesi, «Türkiye'de Üst Mahkemeler Kurulmalı mı?» Yarg. Der. C. 3, Ocak 1977, Sayı : 1, Sayfa : 11 - 32.

(13) Ahmet Zeyneloğlu, «Üst Mahkemelerin Kurulması Ülkeniz İçin Yararlı Değildir» Yarg. Der. C. 1, Temmuz 1975, Sayı : 3, Sayfa : 116 - 124. Kemal Gür, «Üst Mahkemeler Üzerine» Yarg. Der. C. III, Nisan 1977, Sayı : 2, Sayfa : 5 - 8.

ayrılan yerde hizmet görülmeye çalışılmaktadır. Duruşmaları hâkimler, oturma odalarında yapmak zorunda kalmaktadırlar. Buna Ankara, Adana vb. gibi adliyedeki hâkimlerde dahildir. Bu ise adalete ve hâkime olan saygınlığı giderdiği gibi, yakın mesafelerle oturma odasında duruşmayı idare etmek, yargı makamlarının etkinliğini ve ona duyulması gerekli saygıyı olumsuz yönde etkilemektedir. Bu nedenlerle adliyelere bağımsız binaların sağlanması zorunludur.

2 — Personel Durumu :

Yukarıda değindiğimiz gibi ilgili adliye personelini yetiştirecek okulun kurulması şarttır. Ehil olmayan, hukuka yabancı personel adaleti geciktirdiği gibi, lüzumsuz yazışmalarla masraflarada neden olmaktadır. Hâkim de işlerin çokluğu nedeniyle personelle her zaman ve yeterince ilgilenmemektedir. Bunun yanında, personele maddi imkanlarının hakkıyla sağlanması ve personel üzerindeki halk arasında duyulan (özellikle büyük kentlerde) yakışıksız ve yersiz isnatların önü alınmalıdır. Her an göreve gitme durumunda bulunan (tatil günleri dahil) adliye personeline insanca yaşayacağı maddi imkan mutlaka tanınmalıdır.

3 — Araç ve Gereç :

«Sivil, asker, resmî veya özel bütün kuruluşlarda mevcut olan araç bolluğu göz önünde tutulup hiç olmazsa büyük şehirlerimizde Hâkim ve memurları ve dosyaları taşıyacak servis arabası sağlanarak mevcut ilgisizliğe ve perişanlığa son verilmesi...» (14) gerekir. Hemen belirtelim ki, her adliyeye en az bir arabanın tahsisi, vilayetlerde ise yeterince sağlanması zorunludur. Bu, büyük kentlerde ihtiyacı karşılayacak sayıda olmalıdır.

Mahrumiyet yöreleri ile küçük kazalarda araba temin etme güçlüğü bilinmektedir. Araç sahipleri suç üstü tahsisatının yeterince olmayıp, zamanında hemen paralarını alamamaları nedeniyle cezada, otopsi ve keşiflere gitmek istemedikleri gibi, bazan rica minnet götürülebilmekte, araç yetersizliğini bildiklerinden yüksek vasıta ücreti yazılmasını istemektedirler. Hakim ve savcı arzu ettiği ücreti yazmadığı takdirde bir daha da gitmemektedir. Özellikle küçük yörelerdeki adliyelere sağlanacak araziye uygun vasıtaların, vatandaşın lehinde kullanılabilmesinin sağlanması yerinde olur. Adaletin aynı zamanda ucuz sağlanmasında kamu vicdanında bırakacağı yer farklı olacaktır. Örneğin, hukuk davalarında da yanlardan maktu

(14) 7/4/1974 tarihli Milliyet Gazetesi, agd. naklen.

vasıta ücreti alınabileceği gibi, hâkime de devletin lehine vasıta ücretini takdir edip yana veya yanlara yükleyebilmelidir. Para tahsil işi de mevzuatta yapılacak değişikliklerle başkâtiplere yüklenebilir.

Yine, hakim ve savcılarının odasındaki mefruşat (masa, sandalye, sümen, fon ve Atatürk portreleri gibi) içler acısıdır. Kırtasiye ihtiyacının yeterince sağlanması yanında bu duruma da son verilmesinde devletin prestiji yönünden büyük yararlar vardır.

Diğer sorunlarla ilgili olarak hakimlerin telefon ile silah taşıma konularına değinmek isteriz.

İlgili kanunda basit bir değişiklikle hakimlerin de iş ve evlerine telefon çekilmesi, gördükleri kutsal görevin ve prestijlerinin gereğidir. Bu durumun iş yerleri açısından büyük kentlerde yerine getirilmesi sevindiricidir.

Bilindiği gibi ruhsata tabi olmadan beylik tabancalarını C. Savcılarını sorgu hâkimleri taşıyabilmektedirler. Diğer hâkimler ise ne gariptir ki taşıyamamaktadır. 6136 sayılı kanunla ilgili çıkartılan yönetmelikte yapılan değişiklikle tüm hakimlerin de şahsi tabancalarını ruhsata tabi olmadan taşıyabilme imkânı tanınmalıdır. Bu öncelikle onların kısmî güvenlikleri açısından — son hakim öldürme olayları hatırlanacak olursa — gereklidir.

B) HARÇLAR KANUNUNUN 34 ÜNCÜ MADDESİ :

492 sayılı Harçlar Kanununun anılan bu maddesine göre; belediye sınırları içerisinde dairenden uzaklaştırmayı gerektiren işlerde hakim ve savcılara 10 lira, belediye sınırları dışında ise 15 lira almaktadırlar. Başkâtipler ve kâtipler için bu miktarın 2/3 ü, mübaşir ve müstahdemler için ise yarısı ödenmektedir. Keşif veya otopsi mahallerine varmak için 3-4 saat veya daha fazla vasıta ile gittikten sonra, bizzat yaşadığımız üzere gidiş - dönüş 6-7 saat at veya benzeri vasıtalarla gidilip ikmal edilme veyahut yol uzaklığı nedeniyle dönülemeyip köylerde kalınma halinde bu para çok komik kalmaktadır. Ayrıca saatlerce nefes tüketme, buna paralel kâtibin de yerine göre 8 - 10 sayfa daktilo tuşlarına vurması... Önceki yasa döneminde meclislere sunulan tasarı (15) kanunlaşmamıştı. İlgililerin diğer konular gibi bu konusunda üzerine eğilerek bu haksızlığın biran önce giderilmesini dileriz.

(15) Bir Milletvekili ve arkadaşları tarafından 492 sayılı Harçlar Kanununun 34 üncü maddesinin değiştirilmesine ilişkin yasa değişikliği tasarısı, 7/8/1976 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

V — SONUÇ :

Adalet organlarının sorunları çok grifttir. Biz belli başlı olanlarına değindik. Bu sorunların giderilmesinde Adalet organlarının üst düzeyindeki yetkililerle meclisler organları arasında kurulacak, inandırıcı, samimi diyaloğun sorunlarımızın çözümlenmesinde yararlı olacağı şüphesizdir. Ayrıca meslektaşlarımızın da sorunlarımız üzerine eğilerek, bunları canlı tutma açısından özellikle basın vasıtasıyla yazı yazmalarında sayısız yarar vardır.

Yazımıza son verirken sorunlarımızın çözümlenmesinin şu veya bu parti veyahut hükümetler olmadığı hatırdan çıkarılmamalıdır. Bu konuda 1974 yılında Yüksek Hâkimler Kurulunca hazırlanıp, Başbakanlığa, Adalet Bakanlığına ve ilgili kuruluşlara sunulan rapor ile Prof. Erman'ında belirttiği gibi «... raporda ileri sürülen aksaklıklara biran önce çare bulmak, şu veya bu siyasî partinin programı ile ilgili bir konu değildir. Adaletin çabuk, tarafsız ve adil bir tarzda dağıtılmasında bir ülkede yaşayan bütün fertlerin menfaati vardır ve her iktidar bu menfaati gerçekleştirmekle yükümlüdür.» (16)

Temennimiz bu sorunlara bir an önce eğinilerek, Adaletin ve Adliyenin hak etmiş olduğu imkânlarla kavuşmasıdır. Bunda öncelikle Adalet Bakanlığı ile Yasama Meclislerine düşen görev büyüktür.

(16) Prof. Dr. Erman, agm.

6831 SAYILI ORMAN KANUNUNUN GAYESİ VE DÜŞÜNCELER

H. HÜSNÜ OKAN (*)

GİRİŞ :

A — Türkiye Ormanları 1937 yılında çıkarılan 3116 sayılı Orman Kanununun kabulüne kadar, Devlet tarafından Hazine için bir irad kaynağı ve Halk tarafından bir geçim ve kazanç aracı olarak kullanılmıştır. 3116 sayılı Orman Kanununun kabulünden evvel Ormanlar için ilk defa Fatih Sultan Mehmet ve Kanuni Sultan Süleyman devirlerinde yasaklar konulmuş ve fakat sonraları bu yasaklar uygulanmamıştır. Bundan sonra Devlet 1856 yılında Sultan Abdulaziz devrinde, Hazineye irat temini bakımından, Ormanlara ilgi göstermiştir. Bu ilgi Orman mahsullerinden % 10 nisbetinde vergi alınması suretile tezahür etmiştir. Buna mukabil Ormanların bakım ve imarı hiç nazara alınmamıştır. Daha sonraları 1869 yılında bir orman nizamnamesi hazırlanmış isede, bunun da niteliği hazineye irat temin etmekten ibaret kalmıştır.

3116 sayılı Orman kanunu, Ormanı bir geçim ve kazanç aracı yapan Orman içindeki ve civarındaki vatandaşın iktisadi durumu ıslâh edilmeden kabul edildi. Bu kanun, Ormanların hiçbir kayda tabi olmadan, halk tarafından bir geçim ve kazanç aracı olarak kullanılmasının bir tepkisi idi. Fakat kanuna rağmen açmalar, kesilme, hayvan sokma ve yangınlarla Ormanı harap olmaktan kurtarmak mümkün olmadı. Ormanların harap olmasının sonucu olarak meydana gelen şiddetli yağmurlar ve su baskınları ile toprak kaymaları vuku bulmuş ve ormandan açılan sahalar kıraçlaşarak yararsız hale gelmiştir. Bu durum, geçimini ormana bağlamış olan fakir orman köylüsünün büsbütün fakirleşmesine yol açmıştır. Kanuna rağmen hem orman harap olmuş, hem de orman köylüsü sefaletе düşmüştür. Bu sebeple yeni bir orman kanunu hazırlamak zarureti duyulmuş ve 31.8.1956 tarihinde 6831 sayılı Orman kanunu kabul edilmiştir.

B — 6831 Sayılı Orman Kanununun Gayesi :

6831 sayılı Orman Kanunu çok taraflı bir gaye takip eder. Bu gayeleri aşağıda sıralıyoruz.

(*) Emekli Ankara Hâkimi.

- I — Ormanları korumak,
- II — Orman içi ve civarı köylüsünün iktisadî kalkınmasını sağlamak,
- III — Ormanları imar etmek ve yeniden orman yetiştirmek,
- IV — Türkiye tabiatının güzelliğini korumak,
- V — Ziraî ve iktisadî faaliyetlerin emniyetini temin etmek ve memleketin iklim, toprak, su ve sağlık rejiminin normal olarak devamını mümkün kılmak,
- VI — Hazineye gelir sağlamak,
- VII — Ormanlık bakımından Devlet ile vatandaş arasındaki münasebetleri tanzim etmek.

Bu yazımızda yalnız ilk 3 madde üstünde durup düşüncelerimizi açıklayacağız.

I — ORMANLARI KORUMAK :

Ormanların korunmasında rol oynayan unsurları aşağıda sıralıyoruz :

- 1 — Teşkilât,
 - 2 — Ceza hükümleri,
 - 3 — Orman hudutlarının tesbiti,
 - 4 — Ormanların hayvanlardan korunması,
 - 5 — Ormanların yangınlardan korunması,
 - 6 — Ormanların baltadan korunması.
- Şimdi bu unsurlardan söz edeceğiz.

1) TEŞKİLÂT :

Teşkilât 4.6.1937 tarih ve 3204 sayılı kanun ile kurulmuştur. Burada teşkilât kanununun ayrıntılarına girmeksizin, sadece orman Muhafaza memurları hakkında bir kaç söz söylemekle yetineceğiz.

Orman Muhafaza memurlarının görevi Ormanı beklemek ve kesim, açma, hayvan sokma ve yangın gibi kanunsuz eylemleri önlemektir. Bu görevin iyi bir şekilde ifası, Orman Muhafaza Memurlarının ormandan ayrılmaması ile mümkündür. Halbuki, birçok orman suç tutanaklarından, Ormanın bazen boş bırakılmakta ve kaçakçıların yollarda veya suç işlendikten sonra yakalanmakta olduğu anlaşılmaktadır. Bir çok orman suç zabitleri «... kaçakçı yolunu

beklemekte iken ..., Ormanda yeni bir açma yapılmış olduğu görülerek ..., Ormandan ağaç kesilmiş olduğu görülerek ..., Ormandan kesilmiş ağaçların kaçırılmış olduğu görülerek ..., Köyüne gidildiğinde kaçak emval ile yeni bir bina yapılmış olduğu görülerek ..., Ormanda hayvan otlatıldığı görülerek ..., Ormandan duman ve alev çıktığı görülerek ...» ibareleri ile başlamakta olması, ormanların bazen boş bırakılmakta olduğu yolundaki görüşümüzü doğrulamaktadır.

Ormanların muhafazası, bu fiillerin işlenmesine engel olmakla daha mükemmel sağlanabilir. Bunun için Orman Muhafaza memurlarının ormandan ayrılmaması, ormanda ikamet etmesi ve mecburiyet olursa, yerine başkası geldikten sonra ayrılması lüzumuna kanıyız. Ormanların muhafazası için düşünülen diğer bir tedbirde, Ormana girmenin yasaklanması ve bunun için ceza hükümleri getirilmesidir.

2) CEZA HÜKÜMLERİ :

Burada bütün ceza hükümlerinden ayrıntıları ile söz etmiyeceğiz. Sadece en çok uygulanan 6831 sayılı Orman kanununun 91. maddesinin 1., 3., ve 108. Maddenin 1. fıkrası ve 93. Madde üstünde ceza sınırları bakımından kısaca duracağız.

Anılan 91. ve 108. Madde fıkralarındaki hapis cezaları 7 günden 3 aya ve para cezalarında 91/1. maddede emvalin 25 liradan 100 liraya, 91/3. maddede emvalin miktarı nazara alınmaksızın 25 liradan 300 liraya ve 108/1. maddede 50 liradan 200 liraya kadardır.

93/1. Maddeler yer alan işgal ve faydalanma suçunun cezası 1 aydan 1 seneye ve yeniden tarla açmak suçunun cezası 3 aydan 2 seneye kadar hapidir.

Gerek 91. ve gerek 108. maddelerde kanuni arttırıcı hükümler mevcut olup, bunlardan ayrıca söz etmiyeceğiz.

Kanun, Ormanların korunmasında rol oynayan bir unsur olarak bir taraftan ceza hükümleri getirmiş, bir taraftan Ekonomik ve sosyal tedbirlerle orman içi ve civarı köylüsünün kalkındırılmasını gaye almıştır.

Ormanın korunmasının bir unsuru olarak ceza hükümlerinin uygulanmasında, ormanın Memleket için taşıdığı büyük ehemmiyetin gözönünde tutulacağına inanıyoruz. Mahkemelerin cezaları tayinde geniş takdir hakları vardır. Ormandan tahrip edilen veya çıkarılan emvalin veya açılan sahaların veya ormana sokulan hayvan

miktarının çokluğu, yani suçtan doğan zararın ağırlığı, sanıkların eski mahkumiyetlerinin veya dava konusu olmuş daha başka suçlarının bulunması, sanıkların ahlâkî redâetleri, suçların işleniş tarzı, sanıkların suçu işledikten sonraki tutumları, örneğin yakalandığı zaman memurlara karşı cebir ve şiddetle mukavemet etmiş, hakaret etmiş, memurları yaralamış, kaçakçılıktan vazgeçmeyeceğini, yarın aynı şeyi tekrar yapacağını, çok çok bir hafta ceza alacağını, cezasının tecil edileceğini, ormandan ağaç çalmanın mubah olduğunu, bundan ekme parası kazandığını söylemiş, suç aletini vermek için direnmiş, gelmeyin vururum diye tehdit etmiş, elinizden geleni arkanıza koymayın demiş, mahkemede inkâra sâparak gerçek dışı deliller gösterip davayı uzatmış sanıkların durumları ve bütün bunlardan başka olaya göre zuhuru muhtemel olumsuz haller takdiri şiddet sebebi olabilir.

Buna mukabil yakalandığı zaman memurlara güçlük çıkarmamış, kötü davranmamış, memurlara itaat etmiş, suçu zaruretle yapmış, mahkemede suçunu ikrarla davanın süratle bitirilmesine yardımcı olmuş, pişmanlık duymuş, suçu işledikten sonraki halleri olumlu görülmüş bir kimse için bu cihetler takdiri hafifletici sebep olabilir.

Aynı suçu işlemiş iki sanıktan biri hakkında yukarıda saydığımız takdiri şiddet sebepleri mevcut ise verilecek ceza başka, takdiri hafifletici sebepler mevcut ise verilecek ceza başka olmalıdır. İlk grupta takdiri şiddet sebeplerinin, ikinci grupta takdiri hafifletici hükümlerin uygulanması, cezanın içtimai fayda, korkutma ve uslandırma gayeleri itibarile gereklidir.

Tatbikatta şahsında ve suçun işlenmesindeki özellikler itibarile takdiri şiddet sebebini gerektiren ve mesela bir ve daha fazla sabıkası olan veya fazla miktarda «Miktarın azlığı veya çokluğunu tayinde kıyaslamaya esas olarak 1 M¹, bir dekar, bir hayvan alınmalıdır» kaçak emval kesen veya çıkaran veya fazla miktarda tarla açan veya fazla miktarda hayvan sokan bir kimseye aşağı sınırdan ceza verildiği halde, aksine, şahsında ve suçun işlenmesindeki özellikler itibarile takdiri hafifletici hükümlerin uygulanmasını gerektiren ve mesela sabıkası bulunmayan veya az miktarda kaçak emval kesmiş veya çıkarmış veya az miktarda tarla açmış veya az miktarda hayvan sokmuş bir kimseye teşdiden ceza tayin edilmekte olduğu görülmektedir. Esasen bizi bu yazıyı kaleme almağa sevk eden amil, gerek bu yoldaki tatbikat ve gerek harap olmakta olan ormanların arzettiği ehemmiyet ve orman içi ve civarı köylünün iktisadi durumudur.

Kanun koyucu, gerek sanığın şahsında, gerek suçun işlenmesindeki yukarıda saydığımız ve olaya göre zuhur etmesi muhtemel olan durumların, önceden bilinemeyeceğini gözönünde tutarak sabit cezalar koymamış, iki sınır arasına almak suretile, Hâkime geniş bir takdir hakkı tanımıştır. Hâkim, bu takdir hakkını, gerektiği zaman kullanmalıdır. Bir M' miktarda ağaç kesen bir kimse ile, daha çoğunu kesen bir kimseye veya sabıkasız bir kimse ile sabıkalı bir kimseye aynı nisbette ceza tayini, kanunun Hâkime tanıdığı takdir hakkının kullanılmaması demektirki, kanunun ruhuna ve maksudına aykırı olur. «Takdir hakkının kullanılması, hakimnin takdirine aittir» şeklinde bir düşünce hatıra gelebilir. Kanımızca, böyle bir düşünceye yer vermemek lâzımdır. Zira Kanun Koyucu tarafından sabit cezalar konulmayarak, iki sınır arasına alınmasının sebebi, yukarıda saydığımız ve suçun özelliklerine göre zuhur etmesi muhtemel haller vukuunda cezanın iki sınır arasında çoğaltılıp azaltılmasını mümkün kılmak içindir. Şahsında takdiri şiddet sebebi bulunmayan bir sanığa teşdiden ceza tayin etmek nekadar gayri adil ise, şahsında takdiri şiddet sebebi bulunan bir kimseye aşağı sınırdan ceza tayin etmekte adalet yoktur. Kısaca ceza miktarı suçun işleniş tarzına ve sanığın şahsi durumuna göre tayin olunmalıdır. Bu düşünce cezaların şahsiliği piresibinden doğmaktadır. Burada hemen şunu ilave edeyimki, takdiri şiddet sebepleri uygulanırken dahi suçun ağırlık derecesi ile içtimai yararın, Adalet ve şefkatin gözden uzak tutulmayacağına ve keyfiliğe yer verilmeyeceğine inanıyoruz.

Acaba Kanununun tayin ettiği bu ceza sınırları, Ormanların Memleket için iktisadi, Sosyal, İklim, Tabiat güzelliği vesair bakımlardan taşıdığı büyük ehemmiyet ve kanunun takip ettiği gaye ile mütenasipmidir? Bu soruya cevap vermek için evvela ormanların ehemmiyetine değinmek lazımdır.

Ormanların Ehemmiyeti :

Orman bir milletin varlığının temelidir. Orta Asyadan vuku bulan göçlerin sebebi, bu sahanın çölleşmesi dolayısıyla hayatı devam ettirme imkanının kalmamasıdır. 100 sene evveline kadar dahi Türkiye büyük çapta ormanlara sahipti. Fakat Osmanlı İmparatorluğunun duraklama ve gerileme devirlerinde, halkın refah seviyesi düştüğçe, ormanlar bir geçim ve kazanç aracı haline getirilmiştir. Bu durum Cumhuriyet devrine kadar devam etmiş ve ormansız kalmak ve memleketin yaşanması güç bir hale gelmesi korkusu, 1945 yılında kabul edilen 4785 sayılı kanun ile, bütün ormanların Dev-

letleştirilmesinin saiki olmuştur. Denebilirki ormansız kalmak, iktisaden geri kalmış bütün ülkelerin kaderidir. Zira Fakir düşen ve iş bulamayan geri kalmış insan, hayatını devam ettirebilmek için geçimini ormandan sağlama yoluna gidecektir.

Orman Memlekete yağmuru ve dolayısı ile toprağa bereket getirerek bol mahsul alınmasını ve fazlasının ihracı suretile Memlekete döviz girmesini sağlar, Toprak kaymalarını önler, Yer altı su kaynaklarının teşekkülüne hizmet eder, yağmur ve kar sularının şiddetini azaltarak su baskınlarını önler, sert rüzgârları, toz ve kum fırtınalarını durdurarak mutedil bir iklimin doğmasına hizmet eder, Akar suların, göllerin ve barajların dolmasını önler, Memleket savunmasında gizlenmeye yardımcı olur, Memleketin odun ve kereste ve halkın çeşitli Spor ve dinlenme ihtiyacını karşılar, iç ve dış turistik faaliyetlere imkân verir, İlim adamları ve sanatkârlar için mükemmel bir ilham ortamı yaratır, Memleketin güzelliğini korur, çölleşmeyi, bozkırlaşmayı önler.

Orman kısaca Memleketin serveti, güzelliği ve ilham kaynağıdır. Bu derece güzel ve ehemmiyetli şeylerin yaratılabilmesi için Memleketin Orman varlığının korunması şarttır. Bir Memleketin orman varlığı, arazisinin % 33'ü nisbetinde olması lâzımdır. Üzüntü ile belirtiyimki, bugün bu nisbet % 11 civarındadır. 6831 sayılı Orman kanununa rağmen, Memleket için, 3116 sayılı Orman Kanununun çıkarıldığı zamanki korku devam etmektedir.

Evlîya Çelebi seyahatnamesinde, Anadolu'nun baştanbaşa Ormanlarla kaplı olduğunu söyler. Bugün Anadolu'nun çok yerleri bozkırlaşmış, bazıları yerleride çölleşmeye başlamıştır.

1928 yılında Almanya'dan getirilen bir Mütihazsıs Ormanlarımız için aynen «Türkiye Ormanlarındaki bugünkü yok edici kesim şekli daha bir kaç yıl böyle giderse, Türkiye barınılması güç bir memleket olacaktır» demiştir.

Alman Profesör Bade, Orta Anadolu'nun ormanlaşmasını mümkün kılmak üzere 100 sene müddetle tahliyesi lüzumuna işaret etmiştir.

Ormanların ehemmiyetine binaen Birleşmiş Milletler Gıda ve Yardım teşkilatı «F.A.O.» Ormanları Dünyanın müşterek malı adetmiştir.

Gerçekleri yansıtmakta olan bu sözlere şunuda ilave etmek isterizki, Bozkırlaşan, Çölleşen toprağın, yeşilendirilmediği takdir-

de, Vatana hiçbir faydası yoktur. Bu sebeplerle Ormanlar üzerine titizlikle eğilmek gereği açık bir gerçektir.

Ormanların ehemmiyeti hakkındaki sözlerimiz, Fatih Sultan Mehmet'in, Ormanlar hakkındaki bir sözü ile tamamlayacağız.

Fatih Sultan Mehmet aynen «Ormanımdan bir dal kesenin başını keserim» demiştir. Bu söz, Büyük Hükümdarın Ormanlara ne derece Büyük ehemmiyet verdiğini göstermesi bakımından şayanı dikkattir. Bu sözü hatırlatmaktaki maksadımız, Büyük hükümdarın Ormanlara verdiği büyük değer ile, bugünkü durumu mukayese edebilmek içindir.

Şimdi, yukarıda ortaya koyduğumuz soruyu cevaplandırabiliriz.

Kanunun tayin ettiği ceza sınırları, ormanların memleket için yukarıda açıkladığımız iktisadi, Sosyal, İklim, Tabiat güzelliği ve sair bakımlardan taşıdığı büyük ehemmiyet ve kanunun takip ettiği gaye ile mütenasip değildir. Bu itibarla bugünkü şartlarda hem vatandaşın kalkındırılması için kanunda ön görülen iktisadi ve sosyal hükümleri uygulamak, yeni tedbirler getirmek, hemde cezaların aşağı ve yukarı sınırlarını Ormanların Memleket için taşıdığı büyük ehemmiyet ile mütenasip bir ölçüye çıkarmak gerektiği kanısındayız.

3) ORMAN HUDUTLARININ TESBİTİ :

Ormanların korunmasında rol oynayan diğer bir unsurda orman hudutlarının tesbitidir. Ormanların tahdit ve kadastrosu 6831 sayılı kanunun 7. ve 11. maddelerinde tanzim edilmiştir. Uzun yıllardan beri Orman hudutlarının tamamen tesbit edilememiş olması, vatandaş ile Devlet arasında anlaşmazlıklara ve Ormanın tahribine sebep olduğu şüphesizdir. Bunu önlemek için tahdit ve kadastro işlerinin süratlendirilmesine ihtiyaç vardır.

Burada şu noktayı belirtmek gerekirken, Orman tahdidi içinde kalan boş ve ağaçlıklı yerlere tecavüz edilmekte ve yeni sahalar açılmakta olduğu gibi, evvelce haklarında suç zaptı tutulmasına ve hapse mahkum olmalarına rağmen, tekrar aynı yerlere tecavüz edilmektedir. Bunu önlemenin çareside yukarıda belirttiğimiz gibi ormana girmeyi yasaklamak ve bunun için ceza hükümleri getirmektir.

4) ORMANLARIN HAYVANLARDAN KORUNMASI :

Hayvanlar ve bilhassa kıl keçi ormanların büyük mikyasta tahribinde rol oynamaktadır. Hayvanlar düz yerlerde toprağın sıkış-

masına, meyilli yerlerde toprağın kaymasına sebep olur; ve dolayısı ile tohumların intaşını ve yeni ağaçların yetişmesini önler. Kıl keçisi uzanabileceği yükseklikteki fidanların tepesini yemek suretile kurumasına sebep olur. Orman Fakültesi Profesörlerinden bir Zatin beyanına atfen bir yetkili 1936 yılında keçilerin bu şekildeki tahribatının 1,5 milyon M³ olduğunu söylemiştir. Bunların kemale geldikten sonraki yıllık ortalama değerinin yüz milyonlarca liranın üstünde olduğu muhakkaktır.

6831 sayılı Orman kanunu 95. maddesile Ormana izinsiz Hayvan sokulması yasaklanmıştır. Ceza 1 günden 2 aya kadar hafif hapis ve hayvanın cinsine göre beher hayvan için 25, 50, 100 kuruş hafif para cezasıdır. Bu ceza hükmü Ormana hayvan sokulmasını önleyemez. Zira Orman içinde bulunan köylü hayvanını mecburen ormanda otlatacaktır. Onu bu mecburiyetten hiç bir ceza hükmü alıkoyamaz. Yakalandığı zaman memura «Arazim yok, burada hayvanlarımı otlatmağa mecburum, her zaman burada otlatıyorum» der. Sanığın verdiği bu cevap, sanığın hayvanlarını bir çok defa ormanda otlattığını, fakat bir defa yakalandığını göstermektedir. Bu durum aynen ağaç kesme için dahi varittir. Acaba Ormana hayvan sokmayı önlemenin çaresi nedir? Çare olarak düşüncemiz şudur. Orman köylüsüne ahır hayvancılığını öğretmek, bunun için lüzumlu tesisleri kurmak, mali bakımdan desteklemek, ihtiyacı karşılayacak miktarda yem fabrikaları kurmak, fenni meralar yetiştirip hayvanların orada otlamasını sağlamaktır. Bunlarla birlikte Orman içinde kalması sakıncalı ise köylüyü oradan kaldırmak ve başka yerde topraklandırıp müstahsil hale getirmek lâzımdır. Sütçülük dahi ancak ahır hayvancılığı ile birlikte gelişebilir. Diğer bir tedbirde kıl keçilerinin Devletçe satın alınarak ihraç edilmesi ve bunun yerine koyunun ikame edilmesidir.

5) ORMANLARIN YANGINLARDAN KORUNMASI :

Ormanların yok olmasının en mühim sebeplerinden biride Orman yangınlarıdır. 6831 sayılı Orman Kanununun 68. ve 76. Maddeleri ile yangınları önlemek ve çıktığı takdirde söndürmek için, halkı orman teşkilâtı ile el ele hareket etmek üzere bir takım tedbirler getirmiştir. Tafsilat için maddelere bakılabilir.

6) ORMANLARIN BALTADAN KORUNMASI :

Vatandaş ağacı niçin keser ve niçin tarla açar? Sebebi açıktır. Yakacak, yapacak ve toprak ihtiyaçlarını karşılamak için. Hemde tarla açarken kullandığı usuller çok fecidir. Bazen ormanı yakar,

bazen kestiği ağaçları yakar. Bunu önlemenin çaresi, vatandaşın, sözü edilen ihtiyaçlarını karşılamak, yani kısaca iktisadi kalkınmasını sağlamaktır. Bu noktada kanunun ikinci gayesine gelmiş bulunuyoruz.

II — ORMAN İÇİ VE CİVARI KÖYLÜSÜNÜN İKTİSADİ KALKINMASINI SAĞLAMAK :

Kalkındırılması lâzım gelen köylüyü iki guruba ayırmak lâzımdır.

1 — Orman içinde ve kenarında bulunan ve kalkındırılması mümkün olan Orman köylüsü.

6831 sayılı kanunun 13. Maddesinin 1. fıkrası ile Orman içi ve civarındaki köylünün halkındırılması için Tarım Bakanlığı bütçesine her sene 50 milyon lira konulması hüküm altına alınmıştır. Bir yetkili bu paranın bütçeye konulmadığını söylemiştir. Kanunun çıktığı tarihten bugüne kadar ne orman harap olmaktan kurtarılmış, ne de orman köylüsü iktisaden kalkınabilmiştir. İktisaden kalkınamayan ve iş bulamayan orman köylüsü, hayatını devam ettirebilmek için gözünü ormana çevirecektir. Buna engel olmak için evvelâ orman köylüsünün hayatını idame edebilmesinin şartlarını hazırlamak lazımdır.

İktisaden kalkındırmak maksadı ile 6831 Orman kanunu 31. Maddesi ile Orman içi ve civarı «Ormana 10 kilometre mesafede bulunan köylü» köylünün 1/10 tarife bedeli üzerinden yakacak ve yapacak ve tarife bedeli alınmaksızın müşterek ihtiyaçları ve ayrıca pazar satış ihtiyacı verilir. Fakat ihtiyaçların karşılanması, ya bazen gecikmekte, ya kısmen karşılanmakta veya ormanların müsadessizliği yüzünden mümkün olamamaktadır. Bu durum köylüyü kendi ihtiyacını kendisinin temin etmesi yoluna itmekte ve orman kanunu hükümlerinin ihlâline ve ormanın tahribine sebep olmaktadır. O halde köylünün bu ihtiyaçlarının süratle karşılanması zarureti vardır. Devlet Orman İşletmelerinin bu hususta gereken tedbirleri alması Memleketin ve ormanın yararına olup. yine İktisaden kalkındırmak maksadı ile ihtiyaçlarının karşılanması için orman köylüsüne, yapacak ihtiyacında kullanmak şartı ile, köy veya köy birlikleri veya bunların kuramadıkları ahvalde şahısların açacakları tuğla, kiremit ve kireç ocakları için İşletmelerce kesme ve taşıma masrafları ve tarife bedeli ödendiği takdirde kereste verilir. Sözü geçen ocaklar köy, Köy Birlikleri veya eşhas tarafından açılmadığı takdirde İşletmelerce açılabilir. İstihsal edilen madde-

ler, Maliyet bedeli üzerinden veya kredi ile muhtaç Orman köylüsüne satılabilir. Bu hususlar 6831 sayılı Orman kanununun 35. maddesinde yer almıştır. Evini yapmak isteyen köylüye gösterilen kolaylık budur.

Ancak köylü, Asırların ötesinden gelen bir alışkanlıkla evini, ahırını, samanlığını, daima kereste ile yapar; ve büyük mikyasta kereste zıyanına sebebiyet verir. Bu itibarla hem köylüyü kaldırmak ve medeni bir meskende yaşamasını sağlamak, hemde Ormanı kurtarmak için işletmelerin en az kereste ile kurulabilecek evler yaptırması düşünülebilir. Hatta daha ileri giderek diyebilirizki, İşletmeler, Emirlerindeki Mühendislerine orman içi köylerin Planlarını yaptırıp yavaş yavaş bu planları uygulamak suretile modern köyler yaratabilir. Bu suretle Orman içi köyler ve dolayısı ile memleketin bir parçası imar görmüş ve orman kurtarılmış olacaktır.

6831 sayılı Orman Kanununun 35. maddesinde sözü geçen tuğla, kiremit ve kireç ocaklarının Köy, Köy Birlikleri veya eşhas tarafından açılmadığı takdirde İşletmelerce açılacağı ve istihşakin maliyet fiatı üzerinden veya kredi ile satılacağı yolundaki hüküm ihtiyaridir. Sözü geçen ocaklar Köy, Köy Birlikleri, veya eşhas tarafından açılmasa dahi Orman işletmelerinin bu ocakları açmağa mecburiyetleri yoktur. Mecburiyet olmadığı için bu ocakların işletmelerce açılacağıni düşünmek fazla iyimserlik olur. Bir yetkili bu ocakların işletmelerce açılmadığını söylemiştir. Ormanların korunması isteniyorsa bu hükmü, Amir hüküm haline getirmek ve bu ocaklara taş ocağında katmak ve istihşali maliyet fiatı üzerinden peşin para veya taksitle satmak yerinde bir tedbir olur.

Bu şekilde yapılacak evlerin çimento ve demir ihtiyacını Devlet, kendi imkânları ile maliyet fiatına, peşin para veya taksitle sağlaması düşünülebilir. Muhtaç olduğu konut ve müstemilatı ahır ve samanlığın bu suretle yapıldığını gören köylü elbetteki ormandan elini çekecektir.

Burada bir noktaya daha işaret etmek istiyoruz. Orman İşletmeleri döner sermaye ile ve Ticari icaplara göre çalışmaktadır. İşletmelerin ve personelin bütün finansman ihtiyacı bu suretle karşılanmaktadır. Orman köylüsünün ihtiyacı daha sonra nazara alınmaktadır. Düşüncemiz, köylünün ihtiyacına öncelik verilmesidir. Bu takdirde önce orman hasılatından kendi ihtiyacının karşılandığını gören köylü, ormanı artık kendi malı addedecek, Devletle birlikte ormanı ihya etmek, yeniden orman yetiştirmek ve ormanı

korumak vazifesini seve seve üstüne alacaktır. Kanımızca Ormanı kurtarmanın kesin yollarından biride budur. Diğer bir tedbir olarak Memleket ihtiyacını karşılayacak miktarda sun'î kereste fabrikalarının kurulması düşünülebilir. Bu tedbirler hem kaçakçılığı, hemde muhtemel suistimalleri önleyebilecek niteliktedir. Ormanın Hazineye kâr sağlaması düşüncesinde yer verilmemelidir. Zira maksat Ormanın korunması ve orman köylüsünün iktisaden kalkındırılmasıdır. Hazineye sağlanacak gelir, tahakkuku arzulan diğer gayeler yanında çok değersiz kalır. Kâr gayesi, lüzumu kadar Orman yetiştirildikten sonra düşünülebilir.

Orman köylüsünün iktisaden kalkındırılması ve ormandan elini çektirmenin bir yoluda, köylüyü topraklandırmaktır. Toprağı olmayan ve kendisine geçim yolu ve iş bulamayan orman köylüsü, ağaçları kesmek, orman örtüsünü kaldırmak veya yangın çıkarmak suretile ormandan toprak kazanmak ister. Köylü Ormandan açtığı tarlanın kendisine ömür boyu fayda sağlayacağını sanır. Halbuki orman toprağının niteliği itibarile ve bilhassa meyilli arazide, harici etkilerle toprağın kayması sebebiyle, bu fayda 8-10 seneyi geçmez. Bu itibarla orman köylüsünün topraklandırılması şarttır. Bu mümkün olamıyorsa ve iş temin edilemiyorsa, başka yere naklini düşünmek zaruridir.

Orman Köylüsünü iktisaden kalkındırmak için yapması mümkün olan tavukçuluk, Arıcılık, Dokumacılık ve küçük el sanatları gibi işler için mali bakımdan desteklemek ve teknik bakımdan aydınlatmak lâzımdır.

İktisaden kalkındırılması için idarece alınan bir tedbir, orman köylüsüne Orman içi üretim faaliyetlerinde iş sağlanmış olmasıdır. Fakat her köylü acaba bundan nasibini almaktamıdır; ve bütün sene bu işte çalışmaktamıdır ?

Bütün bu mülahazalar orman içinde ve kenarında bulunan ve kalkındırılması mümkün olan köylüler içindir. Şimdi ikinci gurup köylüye geçiyoruz.

2 — Orman içinde ve kenarında bulunan ve kalkındırılması mümkün olmayan orman köylüsü.

6831 sayılı Orman kanununun 13. Maddesinin 2. fıkrası ile Orman içinde kalkındırılması mümkün olmayan orman köylüsünün kendi isteği ile müstahsil hale getirilmek üzere başka yerlere nakil ve yerleştirilmeleri esası kabul edilmiştir. Fakat köylü iste-

mez ise, başka yerde müstahsil hale getirmek imkânı olsa dahi, yine köylüyü başka yere nakil etmek mümkün değildir.

Türkiyenin çok yerinde Orman içinde dağınık vaziyette tek veya toplu halde bir çok yerleşme yerleri vardır. Hatta böylelerinin kasabada bulunan arazilerinden yazın elde ettikleri mahsul ile kışın geçindikleri görülen olaylardandır. Tabii orman kaçakçılığında buna eklemek lâzımdır.

Bu köylüyü iktisaden kalkındırmak mümkün olamıyorsa, rızasına bakmaksızın yeni yerleşme merkezleri kurup oralara yerleştirmek ve bu hususta 6831 sayılı orman kanununun 13. maddesinde değişiklik yapmak gerektiği kanısındayız.

III — ORMANLARI İMAR ETMEK VE YENİDEN ORMAN YETİŞTİRMEK :

Orman kanununun gayelerinden biride mevcut ormanları imar etmek ve yeniden orman yetiştirmektir. Bu cihet 6831 sayılı kanunun 5. faslında 57. ve 67. maddelerde yer almıştır. Bazı yerleri bozkırlaşan, bazı yerleri çölleşen memleketimizde süratle ormanları imar etmek ve yeniden orman yetiştirmek zorunluğu vardır. 57. madde ile eski orman sahalarında veya Devlete ait elverişli topraklarda hersene 5000 Hektarlık bir sahanın ağaçlandırılması hüküm altına alınmıştır. Bir yetkilinin beyanına göre 1970 ve 1971 yıllarında bu miktar 17 şer bin hektar civarında olmuştur. Ancak Memlekette bir ağaç seferberliğine gidilmediği ve bu rakamlar senede en az 50 bin hektara çıkarılmadığı ve buna muvazi olarak orman lâıyıkı ile ve yukarıda açıkladığımız bütün şartları ile korunmadığı ve orman köylüsü iktisaden kalkındırılmadığı ve ormanın ehemmiyeti vatandaşın gönlüne ve bilincine yerleştirilmediği takdirde hiçbir zaman ormanları arzu edilen seviyeye çıkarmak mümkün olmayacaktır. İnsan nasılkı, korunmak için giyinmeğe muhtaç ise, toprağın korunması içinde ağaca, çıplak araziye ağaçlandırmak içinde vatandaşın yardımına ihtiyaç vardır. Vatandaşın yardımını sağlamak ise, ancak ihtiyaçlarının karşılanması ile mümkün olur. O halde Ormanı korumak ve yeniden orman yetiştirmek için herşeyden evvel vatandaşın iktisadi kalkınmasını sağlamak gereği açık bir gerçektir. İktisaden kalkındırılmayan köylü yerini yurdunu terk edecek, şehirlerin etrafında yerleşmeye çalışacak ve bu hal Memleketi yeni meselelerle karşı karşıya getirecektir.

Bütün bu açıklamalar ve düşüncelerden sonra akla bir soru gelmektedir. Acaba, Orman kanunu gayasine ulaşmış mıdır ? Üzüntü

ile belirtiyimki, bu soruya verilecek cevap olumlu değildir. Zira, Orman köylüsü iktisaden kalkındırılmamış ve orman korunamamıştır.

SONUÇ :

Alınacak tedbirler, vatandaş üzerinde maddî ve manevî bakımdan çok olumlu sonuçlar husule getirecek, Vatandaş, Ormanı sevecek ve koruyacak, geçim sıkıntısından kurtulacak, sefalet önlenecek, göçler duracak, Devlete inançla bağlanacak, vatan ve Millet sevgisi daha gelişecek ve bütün bunlar vatan ve Millet'in bekasının bir unsuru olacaktır.

Bu tedbirler sayesinde Ormanın korunması, İmarı ve yeniden yetiştirilmesi ve orman köylüsünün iktisaden kalkındırılması gayeleri tahakkuk ettiği takdirde, 6831 sayılı Orman kanununun diğer gayelerinin de kendiliğinden bir çözüme kavuşacağı inancındayız.

FAYDALANILAN ESERLER :

- 1 — 6831 Sayılı Orman Kanunu.
- 2 — 6831 Sayılı Orman Kanunu Esbabı Mucibe Layihası.
- 3 — 6831 Sayılı Orman Kanunu Meclis Müzakereleri.
- 4 — Ord. Prof. Tahir Taner'in Ceza Hukuku Kitabı.
- 5 — Dava Dosyaları.

CUMHURİYET DÖNEMİNDEN ÖNCE TÜRKLER'DE ÖLÜM CEZASI

SAMİ SELÇUK (*)

PLAN :

I — ÖNCE

II — İSLÂMLIK SONRASI DÖNEMDE ÖLÜM CEZASI

- A. HUNLAR
- B. GÖKTÜRKLER VE UYGURLAR
- C. DİĞER TÜRK BOYLARI

III — İSLÂMLIK SONRASI DÖNEMDE ÖLÜM CEZASI

- A. TÜRKLERİN İSLÂMLIĞA GİRİŞLERİ
- B. İSLÂM HUKUKUNDA ÖLÜM CEZASI
 - a) Hadd Cezasını Gerektiren Suçlarda Ölüm Cezası
 - b) Kısas (Tallon) Cezasını Gerektiren Suçlarda Ölüm Cezası
 - c) Ta'zir Cezasını Gerektiren Suçlarda Ölüm Cezası
- C. SELÇUKLULARDA ÖLÜM CEZASI
 - a) Genel Olarak
 - b) Kimi Uygulamalar
 - c) Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlar
 - d) Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesi Yöntemleri
- D. OSMANLILARDA ÖLÜM CEZASI
 - a) Tanzimattan Önce
 - aa) Genel Olarak
 - bb) Örfi Hukuk
 - cc) Siyaseten Katl
 - dd) 1838 (1254) Tarihli Görevlilere Özgü Ceza Yasası
 - b) Tanzimattan Sonra
 - aa) Tanzimat Girişiminin Nedeni ve Amacı
 - bb) 1840 (1256) Tarihli Ceza Yasası
 - cc) 1851 (1267) Tarihli Ceza Yasası (Kanun-i Cedit)
 - dd) 1858 (1274) Tarihli Ceza Yasası (Ceza Kanunname-i Hümayunu)

(*) Cumhuriyet Başsavcısı Yardımcısı.

IV — SONCA :

K A Y N A K Ç A

- ABADAN, Yavuz : *Tanzimat Fermanının Tahlili*, Tanzimat - I, İst. 1940.
- AHMET, Lütfi : *Mirat-ı Adalet*, İst. 1304.
- ANHEGGER, Robert - İNALCIK, Halil : *Kanunname-i Sultani ber Muceb-i Örf-i Osmani*, T.T.K.Y. 1956.
- ARAT, R. Rahmeti : *Eski Türk Hukuk Vesikaları, Şarkî Türkistan'da Yapılan Araştırmalara Kısa Bir Bakış*, T.K.A. 1964, sayı : 1.
- ARSAL, S. Maksudi : *Türk Tarihi ve Hukuk*, İ.Ü.H.F.Y., 1947.
- AVCIOĞLU, Doğan : *Türkler'in Tarihi*, Cumhuriyet (4-15 Aralık 1977)
- CHARLES, Raymond : *Histoire du Droit Pénal*, Paris, 1955.
- DAVID, René : *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Dalloz, 1973.
- Defterdar Sarı MEHMET PAŞA : (Çev. Uğural, H. R.) : *Devlet Adamlarına Öğütler*, T.O.D.A.İ.E.Y. 1969.
- GAUDEFROY - DEMOMBYNES, Maurice : *Mahomet*, A. M. Paris, 1969.
- GÜNAL, Yılmaz : *Uyuşturucu Madde Suçları*, Kazancı y. 1976.
- HERODOTOS (Çev. : Ökmen, M.) : *Herodot Tarihi*, Remzi K., 1973.
- İNAL, Güner : *Kahire'de Yapılan Bir Humyunnamenin Minyatürleri*, Belleten, 159, Temmuz 1976.
- İBN FAZLÂN *Seyahatnamesi*, (Çev. : Şeşen, R.) Bedir Y., 1975.
- İBNÜ'L-ADİM (Yay. : Sevim, A.) : *Bugyat at - Talab fi Tarih-i Halab*, T.T.K.Y. 1976.
- IMBERT, Jen : *La Peine de Mort*, Paris, 1967.
- IMBERT, Jean - LEVASSEUR, Georges : *Le Pouvoir, Les Juges et Les Bourreaux*, Paris, 1972.
- İslâm Ansiklopedisi*, Fıkıh maddesi.
- KAFESOĞLU, İbrahim : *Millî Türk Kültürü*, T.K.A.E.Y., 1977.
- KARAKOÇ, Serkiz : *Ceza Kanunu (Taahşiyeli)*, İst. 1329.
- KARAL, E. Ziya : *Osmanlı Tarihi*, c : IV, T.T.K.Y., 1976.
- KARAMAN, Hayreddin : *Mukayeseli İslam Hukuku*, İrfan Y., İst. 1974.
- KAYNAR, Reşat : *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat*, T.T.K.Y., 1954.
- KOÇI BEY *Risalesi* (Çev. : Danişman, Z.), T.K.K.E.D.Y., İst. 1972.
- KOÇU, R Ekrem : *Tarihimizde Garip Vak'alar*, Varlık Y. 1958, İstanbul.
- KÖPRÜLÜ, Fuad : *Türk ve Moğol Sülâlelerinde Hanedan Azasının İdamında Kan Dökme Memnuiyeti*, Türk Hukuk Tarihi Dergisi, 1941 - 1942.
- KÖPRÜLÜ, M. Fuad : *Ortazaman Türk Hukuku Müesseseleri*, Belleten, II, sayı : 5, 6.
- KÖPRÜLÜZADE, M. Fuad : *Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Tesiri*, Türk Hukuk ve İktisat Tarihi Mecmuası, Cilt : I, 1931.
- KÖYMEN, M. Altay : *Büyük Selçuklu İmparatorluğu*, C : II, T.T.K.Y., 1954.
- Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Anlamı*, D.İ.B.Y., 1973 ; *Kur'an*, (Çev. : ATALAY, B.), İst. 1972; *Kur'an* (BALTACIOĞLU, İ. H.) ; *Le Coran* (Tr : Ksimirski), G. F., Paris, 1970.

- LIGETI, L. (Çev.: KARATAY, S.): *Bilinmeyen İç Asya - I*, 1000 T. E., 1970.
- MUMCU, Ahmet: *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, A.Ü.H.F.Y., 1963.
- MUMCU, Ahmet: *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*, A.Ü.H.F.Y., 1972.
- MUMCU, Ahmet - ÜÇÖK, Coşkun: *Türk Hukuk Tarihi*, A.Ü.H.F.Y., 1976.
- NİZAMÜLMÜLK, (Çev.: Çavdaroğlu, M. Ş.): *Siyasetname*, İ.Ü.H.F.Y., 1954.
- ÖGEL, Bahaeddin: *İslâmiyetten Önce Türk Kültür Tarihi*, T.T.K.Y., 1962.
- ÖGEL, Bahaeddin: *Uygur Devletinin Teşekkülü ve Yükseliş Devri*, Belleten, XIX, Temmuz 1955.
- RICHARD, J. Walsh (Çev.: ERSEL, R.): *Marko Polo'nun Keşif ve Maceraları*, İyigün Y., İst., 1970.
- SBT İBNÜ'L-CEVZÎ (Yay.: SEVİM, A.): *Miratü'z-Zaman fi Tarihi'l-Ayan*, D.T.C.F.Y., 1968.
- SENA, Cemil: *Hazreti Muhammet ve Felsefesi*, Remzi K., 1975.
- SEVİM, Ali: *Suriye Selçukluları*, A.Ü.D.T.F.Y., 1965.
- SİYAVUŞGİL, S. Esat: *Tanzimatın Fransız Efkârı Umumiyesinde Uyandırdığı Akisler*, Tanzimat - I, İst., 1940.
- SÜMER, Faruk: *Oğuzlar*, D.T.C.F.Y., 1968.
- ŞADRÜDDİ EB'L-HASAN ALİ İBN NÂŞİR İBN ALİ EL HÜSEYNÎ (Çev.: Lügal, N.): *Ahbar üd-Devlet-is Selçukiyye*, T.T.K.Y., 1943.
- TANER, Tahir: *Ceza Hukuku, Umumî Kısım*, İ.Ü.H.F.Y., 1943.
- TANER, Tahir: *Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Tanzimat - I*, İst., 1940.
- TOGAN, Z. Velidî: *Umumî Türk Tarihine Giriş*, C.: I, T.A., İst., 1946.
- TOPÇUOĞLU, Hamide: *Hukuk Sosyolojisi*, A.Ü.H.F.Y., 1956.
- TURAN, Osman: *Selçuklular Tarihi ve Türk İslâm Medeniyeti*, T.K.A.E.Y., 1965.
- ÜDEH, Abdullah, (Çev.: A. Nuri): *İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk*, İhya Y., İst., 1976.
- UĞURLU, Nurer: *Türkiye'de İlk Batılaşma Hareketleri, Cumhuriyet*, 12.3.1977 ve 16.3.1977.
- UZUNÇARŞILI, İ. Hakkı: *Midhat Paşa ve Yıldız Mahkemesi*; T.T.K.Y., 1967.
- ÜÇÖK, Bahriye: *İslâmdan Dönenler ve Yalancı Peygamberler*, A.Ü.İ.F.Y., 1967.
- ÜÇÖK, Coşkun: *Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Hukukuna Aykırı Hükümler*, A.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946, 1947.
- VELİDEDEOĞLU, H. Veldet: *Ölümler Cezası, İktisadî Uyanış Dergisi*, 1954, sayı: 68.
- VELİDEDEOĞLU, H. Veldet: *Ölümler Cezasının Tarihine Dair*, Cumhuriyet, 25.2.1970.
- YUSUF ULUĞ HAS HACİB, (Çev.: Arat, R. R.): *Kutadgu Bilig*, T.T.K.Y., 1974.
- ZEYDAN, Abdülkerim: (Çev.: Şafak, A.), *İslâm Hukukuna Giriş*, Sırdaş Yayınları, İst., 1976.

I — Ö N C E :

1. Ölüm cezası konusunu işleyen yabancı yapıtlarda ve yazılarda, Türk hukuku çoğu zaman savsaklanmıştır. Bunun başlıca nedeni, belki de, anılan konuda, kaynakların yetersizliği, derli toplu bilgilerin bulunmayışıdır. Ancak, eski ve köklü bir tarihi olan, üstelik geniş bir alana yayılmış, büyük devletler kurmuş bulunan Türk soynunun, bilgilerin dağınıklığı nedeniyle bir yana itilmesi, uygarlık ve hukuk tarihiyle karşılaştırmalı hukuk bilimi açısından bağışlanacak bir tutum olmasa gerektir.

Gerçi, Hi-ung-nu'lardan başlayarak Cumhuriyet dönemine dek, Türk tarihinin geçirdiği yüzyılları kapsayan aşamalar ve üzerinde olduğu geniş coğrafik alan gözönüne alınırsa, Türk hukuk kurumlarının kökenleri ve evrimlerinin incelenmelerinin güçlükleri kolayca ortaya çıkar (1). Nedir ki, bu gerekçe sadece gecikmenin özrü olabilir, ama savsaklamanın değil. Dahası, toplumun ve uygarlığın aynası demek olan cezalandırma dizgesi (2) konusunda, savsaklama da bağışlanamaz.

2. O nedenle biz, yapabildiğimiz oranda, Cumhuriyet dönemini şimdilik bir yana bırakarak ve elde edebildiğimiz kaynaklara dayanarak, İslâmlıktan önceki dönemle; İslâmlıktan sonraki, yani Selçuklularla Osmanlılar dönemlerinde ölüm cezası konusunu incelemek istiyoruz.

II — İSLÂMLIK ÖNCESİ DÖNEMDE ÖLÜM CEZASI

A. H U N L A R :

3. Hunlar'dan önceki dönem hakkında, elde edilen buluntular, göçebe kültürünün yoğunluğunu vurgulamakta; bu dağınıklığın sonucu olarak da ölüm cezası konusunda fazla bir bilgi edinilememektedir.

Hunlar bilindiği üzere hem Türkler'in, hem de Moğollar'ın atalarıdır (3). Çinliler'in Hi-ung-nu dedikleri göçebe halka, günümüz bilgileri Asyalı Hunlar demektirler ve Doğu Avrupa'ya giren Atilla Hunlar'ının dedelerini oluşturmaktadırlar. Hunlar, Asya topluluklarını egemenlikleri altına alarak ilk kez bir bayrak altında top-

(1) Köprülüzâde M. Fuad : Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine tesiri, Türk Hukuk ve İktisat Tarihi Mecmuası, Cilt : I, 1931, S. : 181.

(2) İmbert, Jean - Levasseur, Georges : Le Pouvoir, Les Juges et Les Bourreaux, Paris, 1972, p. 10.

(3) Mumcu, Ahmet - Üçok, Coşkun : Türk Hukuk Tarihi, A.Ü.H.F. Y. 1976, s. 12.

ladıkları için kültür (4) ve dolayısıyla hukuk tarihimiz açısından büyük bir önem ve değer taşımaktadırlar.

4. M.Ö. 225'lerde kurulup Mete Bagatır'ın (Mao - tun : M.Ö. : 209 - 174) hakan bulunduğu yıllarda en parlak dönemlerini yaşayan Hunlar, kuruluş ve çöküşleri açısından, göçebe devletlerin iyi bir örneğini vermişlerdir (5). Ancak, Hun İmparatorluğu zorbalıkla ayakta duran bir devlet değil, toplumun en küçük birliği olan aileye varıncaya dek örgütlenmiş bir yapı idi. Suç işleyenleri cezalandırma hak ve tekeli devlete verilmişti. Suçlar, ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılmışlardı. Ağır suçlara çokluk ölüm cezası öngörülmüştü. Hapis cezalarının seyrek ve on günü aşmayan türden olmalarına karşın, ölüm cezası uygulamada daha çok görülmekte ve bu konuda fazla titizlik gösterilmemektedir (6). Adam öldürme, soygun ve suçüstü yakalanan hırsızlık suçlarının öznelere (failleri) ölümle cezalandırıldıkları gibi, zina, kimi zaman ırza geçme, evli kadına saldırı ve barış zamanında kılıç çekmenin cezası da idamdı (7). Çin kaynaklarından anlaşıldığına göre kılıç çekmeden amaç adam öldürmedir (8). Yine aynı kaynaklara göre başkaldırma, yurda ihanet, bağlı atı çalma suçları da ağır nitelikteydi ve ölümle cezalandırılıyordu. Öyle ki, suçüstü hırsızlığını cezalandırmaya ölüm cezası bile yetmiyor, genel zoralmaya gidiliyor ve aile bireylerinin de özgürlükleri kısıyordu (9).

5. Bu bilgilerden şunu anlıyoruz ki, Hun Türkler'inde, devletin esenliğine, can güvenliğine, aile düzenine, aktöreye (ahlâk ve âdaba) ve mülkiyete karşı işlenen başlıca suçlar, ağır kabul edilmişler ve ölümle cezalandırılmışlardır. Kurulan imparatorluğun ayakta durabilmesi, at'a ve aile düzenine verilen önem, bu yaptırımı gerektirmiştir. Öte yandan, İran'lı Gerdizî gibi yazarlar, Türkler'de törenin sağlamlığına, evlilik birliğinin sürdürülmesi için karı - koca sadakatine verilen öneme değinmişlerdir. Böylesine önem verilen bir konuda, zinanın da ölümle cezalandırılmasını doğal karşılamak gerekir. Kaldı ki adam öldürmenin ölüm cezası ile karşlanması ilkel topluluklarda mutlak adalet ölçüsüne göre, genellikle benimsenen kisas esası ile kolayca açıklanabilir. Ancak Hunlar'da, diğer ağır suçlarda da ölüm cezasının benimsenmesi, sadece böylesi bir eşdeğerliğin gözetilmediğini ortaya koymaktadır.

(4) Ögel, Bahaeddin : İslâmiyetten Önce Türk Kültür Tarihi, Türk Tarih Kurumu Y. 1962, s. 43.

(5) Ligeti, L. : (Çev. : Karatay, S.), Bilinmeyen İç Asya - I, 1000 T. E. 1970, s. 29.

(6) İbid, s. 50; Arsal, S. Maksudi : Türk Tarihi ve Hukuk, İ.Ü.H.F. Y. 1947, s. 206 vd., 285, 286.

(7) Kafesoğlu, İbrahim : Millî Türk Kültürü, Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Y., Ank., 1977, s. 239.

(8) Mumcu - Üçok, op. cit. s. 15.

(9) Arsal : op. cit., s. 261, 285, 337.

Cezanın nasıl yerine getirildiği konusunda başvurduğumuz kaynaklarda bir açıklamaya rastlayamadık. Ancak, bunun daha sonraki dönemlerde görüldüğü gibi, cezanın korkutucu niteliğini çarpıcı biçimde yansıtmaya ve örnek olma görevini yerine getirebilmesi için gözler önünde açıktan yapılması güçlü bir olasılıktır. Nitekim Hunlar'la özdeş oldukları ileri sürülen Tu-kiyular'da (10) kadına saldıran kimsenin cezası, iğdiş edildikten sonra parçalanarak yerine getirilmektedir (11).

B. GÖKTÜRKLER VE UYGURLAR :

6. Ünlü Türk bilimcisi Prof. Gyula Németh'in öğrencisi Prof. Lajos Ligeti'ye göre, Göktürklerin örgütleyici güçleriyle devlet kurma, Uygurlarınsa uygarlaşma yetenekleri şaşılacak ölçüde yüksektir (12). Göktürklerin M.S. VI. ve VII; Uygurların (Tokuz Oğuzlar) ise VIII. ve IX. yüzyıllarda bağımsız devletler kurduklarını görüyoruz. Hunlardaki ölüm cezasına değgin kuralların bunlarda da geçerli olduğunu görmekteyiz. Ceza hukuku, özel öç aşamasından kurtulmuş, kamu hukuku alanına kaymıştır. Aynı suçların, yani devlete karşı başkaldırma, yurda ihanet, adam öldürme, evli kadına saldırı, zina, bağlı at çalma suçları ölüm cezasıyla cezalandırılmaktadır (13). Sözelimi, Karabalgasun yazıtına göre, (M.S. 795'te hakan olan Kutlug zamanı) Tibetlilerle Karlukların, Uygurlara karşı oluşturdukları çetelerin başları öldürülmüşler, düzen ve dirliği bozanlar ölümlerle cezalandırılmışlardır (14).

Ayrıca şunu da ekleyelim ki, Orhon yazıtlarına göre, Türk hakanı, tüm yetkileri elinde toplamıştır. O nedenle de, bu yetkilerin ölüm cezasını da içerdiğine kuşku yoktur (15).

C. DİĞER TÜRK BOYLARI :

7. Hakçası odur ki, ortaçağda geniş bir alana yayılan ve çeşitli adlar altında kurulan Türk devletlerinde boy atan hukuksal kurumlar, henüz yeterince incelenmemişlerdir (16). Ancak, Türk fetihleri sonunda kurulan devletler, çok yalın ve esnek bir örgütlenme sis-

(10) Mumcu - Üçok ; op. cit., s. 12.

(11) İbn Fazlân Seyahatnamesi (El-Rihle), (Çev. : Şeşen, R.), Bedir Y. İst. 1975, çevirenin notu ; s. 112.

(12) Ligeti, op. cit. s. 33.

(13) Arsal, op. cit. s. 261, 285; Mumcu - Üçok, op. cit. s. 23.

(14) Ögel, Bahaeddin : Uygur Devletinin Teşekkülü ve Yükseliş Devri, Belleten, XIX, Temmuz 1955, sayı : 75, s. 364.

(15) Mumcu, Ahmet : Osmanlı Devletinde Siyaseten Katıl, A.Ü.H.F. Y. 1963, s. 23, 38.

(16) Köprülü, M. Fuad : Ortazaman Türk Hukuku Müesseseleri, Belleten, II, 1938, sayı : 5 - 6, s. 46.

temine, «t ü r e» denilen yasa ve geleneklere yaslanmışlar (17) ve Kutadgu Bilig'de de değinildiği gibi, silâhla kurulmuşlar, ama kalem ve yasalarla yöneltmişler (18). İster at, ister çadır, ister göçebe, ister bozkır kültürü denilsin, eski Türkler, kendilerine özgü bir hukuk tipi oluşturmuşlar; batılı tarihçilere göre de ilk yasa koyucu uluslar arasında sayılmaya hak kazanmışlardır (19).

8. Batı Türklerinden Oğuzlarda, ölüm cezası, vardı kuşkusuz. İbn Fazlân'ın bildirdiğine göre, onuncu yüzyılda, zina suçu ölümlle cezalandırılmaktadır. Cezanın yerine getirilmesi ise çok ilginçtir. Zina suçlusu, iki ayrı ağacın dalları bir yere yaklaştırılarak bunlara bağlanmakta, sonra bu dallar serbest bırakılarak eski durumlarına geldiklerinde, vücut ikiye parçalanmaktadır. Oğuzlarda, çocukların ırzına geçmenin cezası da, tıpkı Moğollarda olduğu gibi, kural olarak ölümdür. Bu konuda İbn Fazlân, şu olayı anlatmaktadır : Bir keresinde Yabgu'nun (Türk hükümdarına verilen ad) vekilinin (Kûzerkîn) oymağına bir Harzemli gelir. Daha önce kaldığı bir Türk'ün evine konuk olur. Türk'ün tüyü bitmemiş oğlunu kandırarak isteğini gerçekleştirir. Bu sırada Türk baba onları suçüstü yakalar ve konuyu Kûzerkîn'e götürür. O da tüm oymağı toplar ve çocuğun babasına, doğru karar vermesini isteyip istemediğini sorar. Baba, herkesin önünde, doğru ve hakça bir karar verilmesini ister. Kûzerkîn, ırza geçenle birlikte çocuğu da ölüm cezasına çarptırır. Ancak, Türk baba buna razı olmadığından karar değişir. Sanık, Kûzerkîne ve babaya kurtulmalık olarak koyun verir ve kurtulur (20). Bu öyküden iki sonuç çıkmaktadır. İlkin, küçük erkek çocukların ırzına geçmenin ve buna razı olmanın cezası ölümdür. Irzına geçilen taraf bu cezayı kabul etmediği takdirde, ceza kalkmamaktadır, ama değişebilmektedir. İkincisi de suç, yalnız mağdura karşı değil, oymağa karşı da işlenilmiş sayılmakta, böylelikle de cezalandırma kişisel ölçü alanından kamusal alana doğru kaymaktadır.

Yine Oğuzlarda, ölüm cezasıyla sonuçlanan bir başka gelenek daha vardır. Eğer bir Türk, bir müslüman tarafından konuklandığı sırada ölürse, bu kimse öldürülür. Yine bir müslüman, bir Türk'e nebîz (şarap) içirir ve bunun sonucu Türk damdan düşerek ölürse, onu içirenin cezası ölümdür. Müslümanın kafilesi oradan geçerken, nebîzi içiren kimse kervanda olmazsa, içlerinden en büyüğünü sanık

(17) Togan, Z. Velidi : Umumî Türk Tarihine Giriş, Cilt : I, Tarih Araştırmaları, İst. 1946, s. 106.

(18) Arsal, op. cit. s. 167.

(19) Kafesoğlu, op. cit., s. 189 - 199.

(20) Seyahatname, op. cit., s. 31, 34.

yerine ölümle cezalandırılırlar. Bundan da anlaşılıyor ki, Oğuz Türklerinde öldürülenin öcünü almak, yani kan davası vardır (21).

9. Volga dolaylarındaki Bulgar Türklerinde de, kasten adam öldürmenin cezası, kısas yöntemiyle, ölümdür. Taksirle adam öldürmenin cezası ise, ölüm cezasıyla sonuçlanabilecek biçimde ağırdır. Bu durumda suçlu, Türklerde kutsal olan kayın ağacından yapılan bir sandığa, üç somun (ekmek), bir testi su ile birlikte konularak kapatılır. Sandık çivilenir ve üç büyük ağaç kazığının ortasına bağlanarak asılır. «Biz onu yerle gök arasına bıraktık, güneş ve yağmura maruz kalsın. Belki Tanrı acır da kurtulur» denilerek, çürümeye ve rüzgâra terk edilir. Cezalandırılan, açlık, susuzluk, soğuk, sıcak etkisiyle çoğu zaman ölür (22).

Görülüyor ki, Bulgarlar, kasten adam öldürmeyle taksirle olan ayırabilmişlerdir. Ayrıca burada, ilginç bir yerine getirme biçimi de karşımıza çıkmaktadır. Çaresiz ve özgürlükten yoksun kılınarak doğa ortasında ölüme bırakma.

Bulgarlarda, hırsızlık ve zina suçlarının cezası da ölümdür ve aynı biçimde yerine getirilir. Suçlunun elleri ve ayakları çakılan dört kazığa bağlanır. Daha sonra hükümlü boynundan uyluğuna kadar balta ile ikiye parçalanır. Parçaların her biri bir ağaca asılır. Kadın ve erkek için de durum aynıdır. Bulgarların komşuları Ruslar da hırsızlara ölüm cezası vermektedirler, ama ceza asılarak yerine getirilmektedir (23). O nedenle, özellikle zinada, Bulgarlarla Oğuzlar arasındaki benzerlik göze çarpmaktadır.

10. Bundan başka, Hazar Türklerinde, savaşta yenilip geri dönenlerin cezası ölümdür. Böyle kimselerin kadınları ve çocukları, evleri, silâhları, hayvanları başkalarına verilir. Ölüm cezası, ikiye parçalanıp cesetler çarımha gerilerek veya ağaca boyunlarından asılarak yerine getirilir (24). Burada da, ölüm cezasının korkutuculuk niteliğinin ve örnek olmaklık görevinin ön plana çıktığı görülmektedir.

Öte yandan, Türkistan'da bulunan onuncu yüzyıla ait belgelerden, Türklerde medeni hukuk sözleşmelerine uymamanın da kimi zaman ölüm cezasını çağırdığı görülmektedir. Bireyler arasında yapılan sözleşme, büyük defter denilen belge türüne (kütük) geçirilmiş, bu belge de hükümdar adına verilmiş ve defterde adları yazı-

(21) Sümer, Faruk : Oğuzlar, D.T.C.F., Y. Ankara, 1967, s. 461.

(22) İbn Fazlân Seyahatnamesi, op. cit., s. 56.

(23) İbid., s. 57.

(24) İbid., s. 78, 79.

lanlardan birinin adı yerine bir başka kimsenin adı sözkonusu belgeye yazılmışsa, senedi düzenleyen ölümle cezalandırılmaktadır (25).

11. Öte yandan, Kutluklarda kendilerine özgü yasalar bulunduğunu, katilde kısas yoluyla ölüm cezası verildiğini, zinanın da ölümle cezalandırıldığını görüyoruz. Ancak, zina suçunda, Ebû Düllef'in Risâle'sinde bildirildiğine göre, ölüm cezası, kadın ve erkeğin yakılması suretiyle yerine getirilmektedir. Oysa, Yâkût'a göre, Karluk Türklerinde zinanın cezası ölüm değil, odun kesmeye hüküm giymedir (26).

12. Kırgız Türklerinde ise, cezalandırma sisteminin çok sert olduğu görülmektedir. Kaynaklara göre, ülke sorunları konusunda kavga çıkaranlar, haydutlar, hırsızlar ölümle cezalandırılmaktadırlar. Cezanın yerine getirilmesi baş kesme biçimindedir. Özellikle çocuk hırsızlığından babaların sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Çünkü, baba, hırsız çocuğun kesilen başını boynuna asmak ve ömrü boyunca taşımak zorundadır (27).

13. Papa VI. İnnocentius tarafından onüçüncü yüzyılda elçi olarak Tatar hanına gönderilen Johannes Plano de Carpini'ye göre, Tatarlarda ölüm cezası, sıradan bir işti. Haydutlara, hırsızlara, sadakatten ayrılan kariya ve kocaya bu ceza verilirdi. Gerçi, hafif suçlar değnek cezasıyla cezalandırılıyordu, ama çoğu zaman vurulan yüz değneğin sonunda, adalet dağıtımı mezarda sonuçlanıyordu. Marko Polo'ya göre, başkaldırmanın cezası da ölümdü (28).

14. Öte yandan, çoğu toplumların geçirdiği dinsel dönemin toplumsal bilinç olgusunun tipik örneğini Tatarların da geçirdiği görülmektedir. Tek Tanrı'ya inanmalarına karşın, abadan yapılan insan biçimindeki kutsal putların bulunduğu arabalardan eşya çalmak, suçun ötesinde günahdır ve cezası ölümdür. Haram sayılan şeylere saygısızlık da aynı sonucu doğurmaktadır. Plano Carpini'ye göre, hançeri ateşe değdirmek, baltayı ateşin yanına götürmek, kamçıya dayanmak, kamçı ile oka dokunmak, kuş tutmak veya öldürmek, ata dizginle vurmak, kemiği kemikle kırmak, sütü ve başka bir içkiyi yere dökmek günahdır ve cezası ölümdür. Tencere dibindeki etten bıçakla almak, çadıra pislemek, odunu ateşin yanında tutmak da aynı sonucu doğurmaktadır (29).

(25) Arat, R. Rahmeti : Eski Türk Hukuk Vesikaları, Şarkî Türkistan'da yapılan araştırmalara kısa bir bakış, Türk Kültür Araştırmaları, 1964, sayı : 1, s. 29, 38.

(26) İbn Fazlân Seyahatnamesi, op. cit., s. 91, 112.

(27) Ögel, Bahaeddin : İslâmiyetten..., op. cit., s. 209.

(28) Ligeti, op. cit., s. 135 vd. ; Richard, J. Walsh (Çev. : R. Eysel) : Marko Polo'nun Keşif ve Maceraları, İyigün Y. İst. 1970, s. : 49 - 51.

(29) Ligeti, op. cit., s. 135 - 142; İbn Fazlân Seyahatnamesi, op. cit., s. 113.

Burada, ilkel toplumlarda, ceza hukukunun dinsel değerleri korumayı üstlenen yönüne tanık olmaktadır. Günahla suç anlayışları örtüşmüşlerdir. Totemlere, yasaklara, kutsallığa saldırı en büyük günahdır ve genellikle ölüm cezasını çağırılmaktadır (30).

15. Şunu belirtmek gerekir ki, İslamlık öncesi Türklerde, mistik olmayan eylemler, düşmana karşı işlendiklerinde suç olmamaktadırlar (31). Ayrıca, Orta Asya Türklerinde, han sülâlesinden olanlar, ağır suç işlemedikleri sürece ölüm cezasına çarptırılmazlardı. Tahta karşı başkaldıranlar mutlaka öldürülürlerdi. Ama han sülâlesinden olanların kimi zaman öldürülmedikleri de görülmektedir (32).

16. Ölüm cezasının yerine getirilme biçimleri hakkında, yukarıdakilerin dışında çok şey bilinmiyorsa da, İbn Fazlân, Ebû Dülef, Marko Polo ve Ricold'un aktardıkları gözlemlerden, eski Türklerde kan akıtmanın günah olduğunu saptamaktayız. İnsan ve hayvan kanı, Türklerde hayat demektir. Ruh ve sihir kandaydı. O nedenle ölüm cezası çokluk kan akıtmadan yerine getiriliyordu. Özellikle yüksek görevlilerin kanları hiç akıtılmazdı. Buna karşılık, Kâşgarlı Mahmut'un bildirdiğine göre, vergi ödemeyi reddedenler, kanları akıtılarak öldürülürlerdi (33). İskitler'in de, kurbanlık hayvanları, kanlarını akıtmadan öldürdükleri anlaşılmaktadır ki ilginçtir (34).

17. Yine arkeolojik buluntular ve Herodot tarihine göre, Eski Türklerde yuğlara (cenaze törenlerine) büyük önem verilmekteydi. Bir kimsenin gömülmemesi ya da törensiz gömülmesi, yerici, hatta sözgü sayılan bir davranıştı. O nedenle de idam hükümleri törensiz gömülürlerdi (35).

III — İSLÂMLIK SONRASI DÖNEMDE ÖLÜM CEZASI :

A. TÜRKLERİN İSLÂMLIĞA GİRİŞLERİ :

18. Hicret'in yirminci yıllarında (M.S. 642) İran'ı ele geçiren Araplar, Türklerle ilk teması yapmışlardır. Maveraünnehir dolaylarındaki bu ilk ilişki, Göktürk devletinin yıkılışıyla ve Arapların Türklerle karşı güttükleri savunma siyasasıyla daha çok belirginleşmiştir.

(30) Charles, Raymond : Histoire du Droit Pénal, Paris, 1955, p : 10; İmbert - Levasseur, op. cit. p : 23; Topçuoğlu, Hamide; Hukuk Sosyolojisi, Ank. 1956, s : 201.

(31) İbn Fazlân Seyahatnamesi, op. cit., s. 112.

(32) Mumcu, Ahmet ; Osmanlı ..., op. cit., s. 188.

(33) İbn Fazlân Seyahatnamesi, op. cit., s : 135 ; Hayvan kanını akıtmak, öğ almak tehlikesini artıracığından, öldürme sopa, çekiç, topuzla yapıldı. Avcıoğlu, Doğan : Türklerin Tarihi, Cumhuriyet (5.12.1977).

(34) Herodotos (Çev. : M. Ökmen), Herodot Tarihi, Remzi K., İst. 1973, s : 247.

(35) İbn Fazlân Seyahatnamesi, op. cit., s. 120, (Çevirenin notları).

X. yüzyılda ise kimi Türk boylarının islâmlığı kabul ettikleri görülmektedir. Başbuğ Alptekin'in ilk Türk müslüman devletini Gazne'de kurduğu dönemden sonra (M.S. 963), Karahanlılar devletinin resmen islâmlığı kabul ettiğini görmekteyiz. Daha sonra ise Selçuklular ve Osmanlılar gerçek müslüman Türk devletlerini kurmuşlardır (36).

Artık bundan böyle Türklerde uygulanan hukuk, İslam hukukudur. O nedenle ölüm cezasını ilgilendirdiği oranda bu hukukun incelenmesi ve Türklerdeki uygulamanın ne olduğuna değinmek gerekir. Ne ki, uygulamada, eski Türk geleneklerinin büsbütün bir yana itilmedikleri de görülmektedir.

B. İSLÂM HUKUKUNDA ÖLÜM CEZASI :

19. Bilindiği üzere, islâm hukuku biliminin adı, «anlayış ince-liği», «bilgi» anlamına gelen «fıkıh» tır. Bilgi anlamının da yan-sıttığı üzere, tanrısal ve toplumsal kuralların tümünü kapsar (37). Bu hukukun başlıca özelliği ve diğer hukuk sistemlerinden ayrıldığı nokta, özerk bir bilim dalı olmayıp islâm dininin bir yüzü bulun-ması, tanrıbilimi (teolojiyi) de içine almasıdır. O yüzden de, İslâm-lık, Yahudilik, Hıristiyanlık gibi bir yasa dini (38); islâm hukuku sistemi ise «sözleri değiştirilemeyen» «Tanrı'nın İndirdiği Kitaba Göre Hükmeden» bir hukuktur, kurallar bütünüdür (39). Bu nedenle islâm hukukunun ilk belirgin özelliği değişmez oluşudur (40).

Bununla birlikte, Ebû Hanife'nin «insanların leh ve aleyhlerin-de olanları bilmeleri» diye özetlediği fıkıh, «usavurma (istidlâl) yo-luyla hukukun belli konularda konulmuş kurallarından (mufassal delillerinden) çıkarılan uygulamalı hukuk hükümlerini bilmek» diye tanımlanmış ve Taftâzânî'nin bu tanımı genellikle benimsenmiştir (41). Nitekim, Kur'andaki danışarak (42/38) adalet üzere hükmet-meyi (16/90, 6/8, 4/10, 58), cezada kişiselliği (2/286, 6/164, 35/18) ve suç ile cezanın dengeli ve oranlı olmasını (26/40) buyuran âyetlere göre, bir hukuk mantığı geliştirilmeye çalışılmış; bu gelişim süreci

(36) Mumcu - Üçok : op. cit. s. 43 - 45.

(37) İslâm Ansiklopedisi, fıkıh maddesi, s. 601 vd.

(38) David, René : Les Grands Systèmes de droit Contemporains, Paris, Dalloz, 1973, ps : 473 - 474.

(39) Kur'andan alınan âyetler için şu kitaplardan yararlanılmıştır : Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Anlamı, D.İ.Y., Ankara, 1973 ; Kur'an (Çev. : B. Atalay), İst. 1972; Kur'an, (Çev. : İ. Baltacıoğlu), Ankara, 1957; Le Coran, (Tr : Ksimirski), G. Flammarion, Paris, 1970. İlk rakamlar süre, ikinciler âyet numaralarını göstermektedir. Kur'an; 10/64, 5/49.

(40) Udeh, Abdullah (Çev. : A. Nuri), İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk, İhya Y. İst. 1976, s. 40 - 42, 114.

(41) Zeydan, Abdülkerim (Çev. : A. Şafak) : İslâm Hukukuna giriş, Sırdaş Y. İstanbul, 1976, s. 109 vd.

içinde özellikle ceza hukuku, ortodoks anlayıştan erken uzaklaşmıştır (42).

20. İslâm ceza hukuku, «ukubat» adını almaktadır. Çoğunluğun görüşüne göre, kisası ilgilendiren konularda bile, ilgili suçlu bağışlansa dahi, devlet onu cezalandırabileceğinden, ukubat kamu hukuku kapsamına girer. Ceza hem dünyevî, hem de uhrevîdir. Suç ise, İmam el - Mâverdi'ye göre «Tanrının hadd veya ta'zir cezalarıyla cezalandırıldığı hukuksal yasaktır» (43).

a) Hadd Cezasını Gerektiren Suçlarda Ölüm Cezası :

21. Sözlük anlamı «önlemek», hukuk terimi olarak anlamı Tanrı hakkı olarak yerine getirilmesi gerekli (vâcip), sınırlı ve belli ceza demek olan hadd (44) cezasını gerektiren suçlar arasında ilki, yol kesme (kat'ül - târîk) suretiyle yağma suçudur. Ayete göre (5/33) «Tanrıya ve Resulüne karşı savaşanların ve yeryüzünde karışıklık (fesat) çıkaranların ceza ölümüdür. «Yorumculara bakılırsa, yağma suçu sırasında, mal almayıp adam öldürenler, öldürülürler; hem adam öldüren ve hem de mal alanlar öldürüldükten sonra asılarak sergilenirler (45). Bununla birlikte, cezanın yerine getirilmesi biçimi tartışmalıdır. Kimi yorumcular, yağma suçunda, hem mal alınmış, hem de adam öldürülmüşse, suçlunun önce sağ eli ile sol ayağının kesilmesinden sonra, öldürülmesini; diğerleri ise öldürüldükten sonra veya öldürülmeden önce suçlunun asılmasını, sonra da mızrak ile karnının deşilmesini önerirler. Suçlu üç gün asılı kaldıktan sonra onu gömecek olanlara verilir. Suça katılanlar birden çok iseler, bunlardan sadece biri adam öldürse bile, hepsine aynı ceza uygulanacaktır. Yol keserek yağma suçu, yoldaki can ve mal güvenliğini sağlamakla yükümlü Devlet Başkanına ve onun buyruğundaki kuvvetlere karşı başkaldırma sayılmıştır. Yol güvenliği, geceleyin, bu kuvvetlerle sağlanamayacağından, suçlulara bu ceza uygulanamayacaktır (46).

22. Hadd cezasını gerektiren suçlardan ikincisi, başkaldırma (isyan, ihtilâl, bağıy), (Kur'an : 49/9). Peygamber hâdisinde, başkaldıranın, topluluğu, ümmeti parçalamak isteyen boynunun vurulmasını istemiştir. İslâm hukuku, bu nedenle, başkaldıranların

(42) David, op. cit. p : 495.

(43) Zeydan, op. cit. s. 83, 586.

(44) Karaman, Hayreddin : Mukayeseli İslâm Hukuku, İrfan Y., İst. 1974, s. 125.

(45) Mumcu - Üçok, op. cit : s. 73.

(46) Üçok, Coşkun : Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Hukukuna Aykırı Hükümler, A. Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946, sayı : 1, s. 144 - 146.

mallarının alınmasını ve kanlarının akıtılmasını mubah saymıştır. Ancak, Kur'anda açık bir hüküm bulunmadığı için hadd yerine ta'zir cezasının da uygulanabileceği, siyasal nitelikte bir suç olduğundan, Devlet Başkanı tarafından bağışlanabileceği belirtilmiştir (47).

23. Hadd cezasını gerektiren zina suçuna gelince; bu suç, aileye ve topluma yönelik kabul edilmiş, ahlâk bozucu, soyları karıştırıcı olduğundan zararlı görülmüştür (48).

Kur'an, zinayı yasaklamıştır. (4/16; 16; 17/32; 25/68). Âyete göre, cezası sopadır. Ancak, Halife Ömer zamanında, «Müslümanın kanı, malı, ırzı müslümana helâl değil», «Müslüman kişinin kanı ancak üç şeyden biriyle helâl olur : evli olup zina etmekle, cana karşı can ile, dinini terketmekle» hadislerine dayanılarak evli iken (muhsan kişiyle) zina etmenin cezası recm (taşlayarak öldürme) olarak kabul edilmiştir (49).

İslâm hukukunda suç ile cezalarda kıyas, ancak yasak hükmünün içine giren eylemlerin belirlenmesinde yardımcı bulunan açıklayıcı bir kaynak olarak kabul edilmiştir. Hüküm, yasak nedeni benzer olaylara kıyasen uygulanır. O nedenle livata suçuna (50) ve kimi olağan dışı cinsel ilişkilere de zina hükmü uygulanmıştır (51). «Kuşku (şüph) haddi savar» kuralına göre, zina işleyenlerin cezalandırılabilmesi için, suçu bilerek ve isteyerek ve hiç bir baskı olmadan işlemeleri gerekir. Birbirleriyle evlenmeleri yasak kadın ve erkeğin bu yasağı bilmeden zina etmeleri gibi (52).

Zina suçuna öngörülen recm cezasının Yahudilik hukukunun etkisiyle konulduğu iddiası güçlüdür. Çünkü, Kur'an zinayı yasaklamış, ama recm ile cezalandırmamıştır (53). Öte yandan, Peygamberin, yaşarken, recm cezasını uyguladığı da kesinlikle kanıtlanmış değildir (54).

Recm cezasının uygulanmasına gelince; önce hükümlü bir alana götürülür. Taşlayacak olanlar, camideki gibi dizilirler. Hükümlü kadınsa, yarı beline dek toprağa gümülür. Gebeler, doğumdan ve lohusalar bu dönemleri bittikten sonra recmedilirler. Doğan çocuğa bakacak kimse yoksa, ceza, çocuğun annesine gereksinme duyma-

(47) Udeh, op. cit. s. 156, 191, 236.

(48) Üdeh, op. cit., s. 155 vd.; Zeydan, op. cit., s : 96, 592.

(49) Mumcu - Üçok, op. cit. s. 72; Üdeh, op. cit., s. 188, 190, 284 vd.

(50) Üdeh, op. cit., s. : 314.

(51) Mumcu, Ahmet, Osmanlı ..., op. cit., s. 46.

(52) Üdeh, op. cit., s. 398 - 405, 740 - 745; Üçok, a.g. yazı, s. 133.

(53) Gaudéfroy - Demombynes, Maurice : Mahomet, Paris, A. M., 1969, p. 540.

(54) Üçok, a.g. yazı, s. 133.

yacağı yaşa gelinceye dek geri bırakılır. Taşları, sırasıyla tanıklar, hükmi veren yargıç (kadı) ve halk atarlar. Halktan kimse taş atmak istemezse, hazineden ödenmek üzere ücretle adam tutulur. Tanıklar suçluyu taşlamaktan çekinirler veya taşlama yerine gelmezlerse veyahut bunlardan biri ölmüşse (dört kişi olmak gerek) ceza uygulanmaz. Çünkü, ceza uygulanıncaya dek, tanıklar, sözlerini geri alabilirler. Recm cezası yerine getirildikten sonra suçlu, diğer müslümanlar gibi dinsel törenle gömülür (55).

Zina suçunda recm cezasının, islâm ülkelerindeki gayri müslimlere uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı bir konudur (56).

24. Hadd cezasını gerektiren bir başka suç da, irtidad, yani islâmlığı bırakma ve bu dinden dönmedir (57). Âyet, irtidadı lânetlemiş (Bakara, 28), ancak dünyadaki cezasını belirtmemiştir. Doğruluğu kuşkulu bir hâdise göre, dinden dönmekte direnen ölümle cezalandırılacaktır. Önce kendisine, yeniden müslüman olması önerilecek, direnirse öldürülecektir. İmam Ebû - Hanife, kadınlara bu cezanın uygulanamayacağını belirtmiştir. Ancak, yorumculara göre kadın erkek ayırımına yer yoktur (58). Bu suç ve ceza, devletin yüksek çıkarları için, Halife Ebû Bekir döneminde ortaya atılmış ve uygulanmıştır (59). Sonradan uygulama, dini bırakma kavramını giderek genişletmiştir. Sözcelişimi, Ceride-i İlmiyenin 1330 (1914) tarihli bir sayısında, ramazanda özürsüz yiyip içenin idamının haklılığı belirtilmektedir (60).

25. Hadd cezasında bağış (af) tanınmamıştır. Yukarıdaki ayırıklar dışında, suç ve cezaların yasallığı ilkesi kabul edilmiştir. Bu suçlar, islâm toplumunun çıkarları düşünülerek kabul edilmişlerdir. Süre aşımı kısadır. Suça kalkışma olanak dışıdır. Çoğu zaman, kânitlerin tümü belirlenmiş, yani, yasal kanıt sistemi benimsenmiştir (Zinada olduğu gibi).

b) Kısas (Talion) Cezasını Gerektiren Suçlarda Ölüm Cezası :

26. Bunların başında adam öldürme suçu gelir. Kur'anda, mü'mini kasten öldürme yasaklanıp lânetlenmiş (4/93, 6/151, 17/33, 25/68), kısasta hayat bulunduğu ve bunun farz (2/178, 179) ve

(55) Üçok, a.g. yazı, s. 134, 135.

(56) Üdeh, op. cit., s. 596, 597.

(57) Üçok, Bahriye: İslamdan Dönenler ve Yalancı Peygamberler, A. Ü. İ. F. Y. 1967, s. 17.

(58) Karaman, op. cit., s. 132, 133; Zeydan, op. cit., s. 598.

(59) Mumcu, op. cit., s. 45.

(60) Velidedeoğlu, H. Veldet: Ölüm Cezasının Tarihine Dair, Cumhuriyet, 25.2.1970.

«cana can» olduğu (5/45); hadîste ise «Müslümanın kanının müslümana helâl olmadığı», «kasten öldürmenin hükmünün kısas» bulunduğu belirtilmiştir (61).

İslâm hukukunda, kasten ve tasarlayarak (taammüden) adam öldürme suçunun cezası kısas yoluyla ölümdür. Ceza kişiseldir.

Ancak İslâm hukukçuları, birbirinden farklı kast ve tasarlama kuramları geliştirmişlerdir. Yaralayıcı bir araçla öldürmede kastın varlığı kabul edilmekle birlikte, hangi araçların bu nitelikte oldukları tartışmalıdır. Kasdı aşan suçlarda, yanılıyla öldürmelerde, çokluk belirsiz (gayri muayyen) kasıtlı suçlarda kısas uygulanmamaktadır. Ayrıca ölüm cezasının uygulanması için maktul, müslüman veya zimmî olmalıdır (62).

Adam öldürmede kısasın uygulanabilmesi için, kastın kuşkuya yer vermeyecek biçimde kanıtlanması gerekir. İkrar bile yetersizdir. Bunu kullanılan araçlar, suçun işlendiği yer ve zaman desteklemelidir. Öldürülenin toplumsal durumu Hanefî mezhebinde kısas cezasını etkilememektedir. Öldürenin suçu kasıtlı işlemesi yanında ergin ve akli başında da olması gerekir. Ayrıca öldürülenin rızasının, suçu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı tartışmalıdır. Bunun bir önbağışlama olduğunu ileri sürenler yanında, bu hakkın suçun işlenmesinden sonra doğacağını belirtenler de vardır (63).

27. Kısasın yerine getirilmesi, ölenin mirasçılarının isteğiyle olur. Mirasçı çoksa, kısas isteğinde oybirliği koşulu aranır. Yerine getirme sırasında, hepsi hazır bulunmalıdır. Bağışlama olasılığı nedeniyle, biri yoksa, hüküm yürütülmez. Kısası isteme hakkı, bir miras hakkı değil, halefiyet hakkıdır (64).

Prof. Üçok'a göre, Peygamberin bir sünneti uyarınca kısa cezası, kılıçla yerine getirilebilir. Ceza, suçlu suçu hangi araçla ve ne biçimde işlemişse öylece uygulanamaz, işkence yasaktır (65). Buna karşın, yazar Cemil Sena, Peygamberin hep bağışlayıcı olup, ölüm cezasını yerine getirmekten kaçındığını ve bir kez uyguladığını, müslüman cariyenin başını taşla ezerek öldüren bir Yahudiyi, gözü önünde ve aynı biçimde, yani başını taşla ezerek öldürttüğünü yazmaktadır (66). Ebû Hanife, ölüm cezasının kısasta başın kesilmesi su-

(61) Karaman, op. cit., s. 136.

(62) Üdeh, op. cit., s. 702, 713, 728; Üçok, a.g.y. s : 365 - 369.

(63) Üdeh, op. cit., s : 755 vd.

(64) Üçok, a.g.y., s. 370 - 375.

(65) İbid, s. 373.

(66) Hazreti Muhammet'in Felsefesi, Remzi K. İst., 1975, s. 442.

retiyale yerine getirilmesini öngörmüştür (67). Halife Ali, kendisinin katili için, oğlu Hasan'a : «Onu iyi tutun. Eğer yaşarsam kanın sahibi benim. Ölürsen, bana indirilen vuruş gibi, ona bir vuruşta bulunun» demiştir (68). Bununla birlikte, islâm hukukunda, ölüm cezasının üç biçimde yerine getirildiği genellikle kabul edilmiştir : Recm (zinada), kafa kesme (kisas ve irtidadda) ve asma (69). Ancak, Halife Ebû Bekir, irtidadda bulunanlar arasında anarşist olanlar varsa, onların yakılmalarını buyurmuştur (70).

Kisasın ilkel toplumlara özgü bir ceza olduğu kuşkusuzdur. İslâmlıkta bu kalkmamıştır. Ancak, Musa'nın koyduğu yasadaki gibi, taksirle ve kasıtle adam öldürme ayırımı yapılmış (71), bir adım daha atılarak koşullar sınırlandırılmış ve diyet (kanlık) kabul edilmiştir (72).

c) Ta'zir Cezasını Gerektiren Suçlarda Ölüm Cezası :

28. Hadd ve kisas cezalarını gerektiren suçlar dışında kalan, kurallara bağlanmayan, esnek bir görünümü olan ta'zir cezaları, yargıca geniş takdir hakkı tanımaktadırlar. Yargıç, kurallara uyarak bu hakkını kullanır, amaç suçluyu uslandırmaktır. Suç ve cezaların yasallığı ilkesine ters düşen (73) ta'zir cezasının, ölüm cezasını içerip içermediği tartışmalıdır. İmam Mâlik'e göre, toplum düzenini korumak için, ne kadar ceza gerekiyorsa, ölüm cezası dahil, verilebilir (74). Nitekim, çoğu kez, Şeyh ül-İslâmdan fetva (olur) alınarak, devlete zararlı kişileri öldürme hakkı (siyaseten katil) bir tür ta'zir cezasıdır (75).

29. Şunu da belirtelim ki, sonraları ölüm cezalarının uygulama alanları çok genişletilmiştir. Kur'anın bir harfinden kuşkulananlar, inançsız sayılarak ölüm cezasına çarptırılmışlardır. Peygamberi, hatta eşi Âmine'yi bile gündelik sözlerle anmak, Âmine'ye kötü söz söylemek ölümle cezalandırılmıştır. Ramazanda oruç yiyenlerin öldürülmeleri de bu konuda anımsanmaya değer (76).

(67) Mumcu - Üçok, op. cit., s. 70.

(68) Üdeh, op. cit. s. 160.

(69) Carles, op. cit. p. 24.

(70) Mumcu, op. cit. s. 116.

(71) İmbert, Jean : La Peine de Mort, Paris, 1967, p. 21.

(72) Gaudefroy - Demombynes, op. cit. p. 540.

(73) Üdeh, op. cit. s. 200.

(74) Karaman, op. cit., s. 146; Üdeh, op. cit., s. 206.

(75) Mumcu - Üçok, op. cit., s. 74 ; Mumcu, op. cit., s. 48 - 54.

(76) Mumcu, op. cit., s. 46; Velidedeoğlu, ölüm cezasının... Cumhuriyet, 25.2.1970.

C. SELÇUKLULARDA ÖLÜM CEZASI :

a) Genel Olarak :

30. İslâm hukuku kurallarının uygulandığı Selçuklularda eski Türk, Bizans ve Sasani geleneklerinin de hukuk anlayışını etkilediği çokluk kabul edilmiştir.

Hangi suçlara ölüm cezasının verildiğine ilişkin kaynaklar, ne denli az olursa olsun, her şeyden önce, Selçuklularda islâm hukukunun uygulandığına kuşku yoktur. Bununla birlikte, İslâmlıktan sonra da Türklerin ve Selçukluların geleneksel hukuku büsbütün bırakmadıkları anlaşılmaktadır. Söz gelimi, IX. ve X. yüzyıllarda uygulanan Alâ ud - Devle Bey yasasına göre, yol kesip haydutluk edenlere ölüm cezası öngörülmesine karşın, zinada, recm olmadığı takdirde para cezası verileceği belirtilmiş ve benzeri suçlara akçalı cezalar öngörülmüştür (77). Ancak uygulamaya yansıyanlardan, eldeki kaynaklar, çoğu halkı ilgilendiren suçlara değil, üst düzeydeki suçluların daha çok başkaldırma suçlarıyla ilgilidir. Bunlarsa, çokluk savaş hukukunun kaçınılmaz sonuçları ve o dönemdeki hemen her devlette uygulanan esaslardır. Ancak, kimileri ölüm cezasının yerine getirilme yöntemleri hakkında bize bilgi vermektedirler.

31. Büyük Selçuklular döneminde yazılan, Karahanlı hükümdarı Ebû Ali Hasan bin Süleyman Arslan Hakana 1070'lerde sunulan, büyük Türk düşünürü Yusuf Uluğ Has Hâcib'in Kutadgu Bilig (Kutlu olma bilgisi) adlı yapıtında yaptığımız taramada, ölüm cezası konusunda açık bir düşünceye rastlamanın olanaksız bulunduğunu gördük. Çeşitli beyitlerde, adalet üzere hükmetmenin, kötülerini cezalandırmanın erdemine değinilmekte, 679. beyitte «Beni vurmak isteyenin kendisi vurulur», 5279. beyitte «kılıcın hükümdarda olduğu», 5577. beyitte ise islâm hukuku doğrultusunda «yol kesici ve haydutların yok edilmelerinden» söz edilmektedir. Ama konumuz açısından açıklık ve kesinlik yoktur (78).

32. Yine Büyük Selçuklu devletinin ünlü veziri Nizamülmülk'ün (1070 - 1092) Siyasetname'sinde ölüm cezasının irdelenmesine rastlanılmamaktadır. Bununla birlikte, yapıtın birçok bölümlerinde padişahın iyi bir adalet dağıtıcısı olması, yargıçların (kadıların) atanmalarında özen gösterilmesi gerektiğine değinilmektedir (79). Padişahın öfkelenildiğinde (gazaba gelince) birinin boynunu vurdura-

(77) Üçok, Coşkun : Osmanlı... A.Ü.H.F. Mecmuası, 1947, s. 69.

(78) Kutadgu Bilig, (Çev. : Arat, R. R.), T.T.K.Y. Ankara, 1974.

(79) Siyasetname, (Çev. : Çavdaroğlu, M. Ş.), İ.Ü.H.F. Y., İst. 1954, s. : 23 - 25.

bileceği belirtilmekte ve adam öldüren ve bunu ikrar eden bir gencin başının kesilmesi öyküsü anlatılmaktadır (80). Gazneli Sultan İbrahim'in, ekmek darlığı yaratan bir fırıncıyı, filin ayağı altında ezdirerek, Mu'tasım'ın bir suçluyu çuval içine koyup bağlattıktan sonra sopa vurdurarak öldürtmesi olayları anlatılmaktadır (81). Bunlardan anlaşılıyor ki, Nizamülmülk, ölüm cezası yanlısıdır. Üstelik, hükümdarın bu yoldaki yetkisini doğal karşılamakta ve «siyaset» terimini de ölüm cezası karşılığında kullanmaktadır (82). Ne ki, büyük vezir, ölüm cezasının ölçülü ve acımalı kullanımını da salık vermekte, yanılmanın doğal, sultanın hoş görüsünün de bir lütuf olduğunu belirtmektedir (83). Böylece, Osmanlılar döneminde çok gelişen «siyaseten katl» kurumunun Selçuklular dönemindeki kökenine de rastlanılmaktadır. (84)

b) Kimi Uygulamalar :

33. Bunlardan başka, Selçuklular döneminde, ölüm cezasıyla ilgili olaylara değinmekte ve gerektiğinde bunları irdelemekte yarar vardır.

Sözgelimi, Halep'te Mirdasî emiri Mahmut, XI. yüzyılda Selçuklu sultanı adına sünnî hutbe okutmuş ve yeni hutbeyi dinleyenlerin ve namaz kılmaktan kaçınanların ölümle cezalandırılacağını duyurmuştur (85). Daha sonra Sultan Alp Arslan, kendine karşı çıkan bu emirin boynunun vurulmasını istemiş, ancak, Nizamülmülk ile sultanın karısı bunu önlemişlerdir (86). Selçuklu beylerinden Atsız, kendine başkaldıran Merv ileri gelenlerini ve din adamlarını (Şafii Fakîhi İbrahim el î-Mervezî, Ali b. Muhammed Arslan, elebaşı Şerif Ali b. İshak el - Musevî) öldürtmüştür (87). Tuğrul Bey de, Bagdat'ta Mısır Halifesi adına imamlık, müezzinlik ve hatiplik yapanları aynı biçimde öldürtmüştür (88). Yine Bahreyn'de Mehdîlik iddiasıyla ortaya çıkan ve 1090 yılında Basra kentini kuşatıp yakan, Melikşah'ın su kanallarını bozan, ilk vakıf kitaplığı yakan yalancı Mehdî yakalanarak, halkın sövgüleri arasında Bagdat'ta asılmıştır (89).

(80) İbid, s. : 154 - 156.

(81) İbid, s. : 59, 71.

(82) İbid., s. 41.

(83) İbid. s. 142.

(84) Mumcu, op. cit. s. 26.

(85) Sevim, Ali : Suriye Selçukluları, A.Ü.D.T.C.F. Y. 1965, s. 37.

(86) İbid, s. 39.

(87) Köymen, M. Altay : Büyük Selçuklu İmparatorluğu, c : II, T.T.K.Y. 1954, s. 337.

(88) Turan, Osman : Selçuklular Tarihi ve Türk - İslam Medeniyeti, T. Kültür. A.E.Y. 1965, s. 51.

(89) İbid, s. 225.

34. Sultan Melikşah, kardeşi Tacüddeve Tutuş'u Atsız Bey'in Kahire yenilgisi üzerine Suriyeye göndermiş, bu sırada, Fatimilere karşı Dımaşk kentini savunan Atsız Bey Tutuş'tan yardım istemiştir. Tutuş, kendisini kentin dışında karşılamadığı için, önce kardeşini, sonra da Atsız Beyi yay kirişiyle boğdurarak öldürtmüştür (90). Yine Melikşah dönemindeki bir olay kayda değer. Dede Korkut öykülerinde ve Siyasetnamede belirtildiği üzere, Oğuz beylerinin sık sık şölen yapmaları gelenektir. Buna uymayan ve boy beyleri arasındaki sırayı bozan hükümdara karşı başkaldırma bir haktır. Melikşah'ın bu geleneğe uymaması üzerine Çiğil boyları başkaldırınca, Melikşah, başkanları Aynüddeve ile Kâşgar Hanının kardeşi Yağan - Tekin'in oğlu Yakup Tekin'i Semerkant'a çağırtdığında, Yakup Tekin bir fetva ile kan akıttığı için Aynüddeve'yi idam ettirmiştir (91).

35. İbrahim Yınal ayaklanmasını bastırmak için Tuğrul Bey'in Bağdattan ayrılması üzerine emir Besasirî kenti yağma eder. Tuğrul Bey dönüşte onu Hille'de yakalattır ve Türk asıllı olan Besasirî'nin başını kestirir. Kesik baş Bağdatta dolaştırılarak halka gösterilir ve 10 Ocak 1060'ta Halifenin saray kapısına astırılarak sergilenir (92).

36. Sultan Tuğrul'un ölümü üzerine veziri Muhammed bin Mansûr Amid'ül Mülk'el - Kündürî, Alp Arslan'ın kardeşi Süleyman adına hutbe okutur ve Süleyman'ı tanımları için askere para dağıtır, Alp Arslan'a da bir mektup yazarak Horasanla yetinmesini bildirir. Alp Arslan Rey'e gelip tahta çıkar ve Nizamülmülk'ü vezir yaptıktan sonra, bu suçu nedeniyle Kündürî'yi önce tutuklar, bizzat sorgusunu yapar, mallarına el koydurur, kılıçla başı kesilir ve Kirman'da bulunan sultana gönderilir. Kündürî, cellât tarafından boynu vurulmadan önce Nizamülmülk'e ulaştırılmak üzere şöyle demiştir : «Türlere, vezirleri ve divan sahiplerini öldürmeyi öğretmekle çok kötü bir iş yaptın. Kim çukur kazarsa sonunda kendisi o çukura düşer. Kim fena bir âdet vaz'ederse onun ve onu adet yapanların bütün günahları kıyamete kadar onun boyundadır» (93).

37. Alparslan döneminde iki kez başkaldırıp bağışlanan Kavurt Bey, Melikşah'a da başkaldırınca tutsak edilir. Sultan'a «Beni

(90) Sevim, op. cit., s. 60.

(91) Turan, op. cit. s. 153 - 154.

(92) İbnü'l - Adim (yay. Sevim, Ali) : Bugyat at - Talab fi Tarihi Halab, T.T.K.Y. 1976, s. 63 - 65; Sbt İbnü'l - Cevzi (yay. : Sevim, Ali) : Mir'atü'z - Zeman fi Tarihi'l - Ayan, D.T.C.Y.F. Y. 1968, s. 11.

(93) Sbt İbnü'l - Cevzi, op. cit. s. 71 - 72; Sadruddî Eb'l - Hasan Ali İbn Nâşır İbn Ali el Hüseyinî (Çev. : Lügal, Necati) : Ahbâr üd - devlet is - Selçukiyye, T.T.K.Y. 1943, s. 71 - 72.

öldürmekle bu hanedan değerinden hiç bir şey yitirmez; bana Türk-
lere yakışır biçimde davran» demiştir. Cevzî'ye göre yay kirişiyile
bodurulmuştur (94). Bununla birlikte Nizamülmülk'ün onu zehir-
leterek öldürttüğü de ileri sürülmüştür (95). Yine Nizamülmülk
kendisine karşı harekete geçen Alp Arslan'ın kızı Gevher Hatun'u
1974'te katlettirmiştir.

38. Sultan Melikşah, Tekiş isyanı sırasında Gazneli hükümdar-
ının elçisinin Tekiş'in huzura gelmeyeceğini bildirmesi üzerine, el-
çinin boynunun vurulmasını buyurması ilginçtir. Ancak cezanın ye-
rine getirilmesi Nizamülmülk'ün işe karışmasıyla önlenmiştir (96).

39. Hüseyin b. Ali et - Tuğraî, Sultan Mahmut'a karşı kardeşi
Mesut'u tuttuğundan, Esedâbad (Remedan'da) yöresindeki savaşta
tutsak edilmiş, Hicrî 514'te, büyük olasılıkla başı kesilerek öldü-
rölmüştür (97). Hille Arap emiri olan Dübeys b. Sadaka, orduda hu-
zursuzluk çıkardığından, öldürölmüştür. Arapça metinde kan akıtıl-
dığından söz edilmesine göre kılıçla başının kesildiği anlaşılma-
ktadır (98). Sultan Mes'ut da, gözlerine mil çekilen kardeşi tarafından
kuyuya atılarak ve üzeri taş doldurularak öldürölmüştür. Oğlunun
çocuklarını da Sultan Abdürreşit öldürtmüştür (99).

40. Melikşah'ın ölümünden sonra Tutuş'la arası açılan Aksun-
gur Halep yöresinde (Seb'in'de) Tutuş'a yenilir. Tutuş : «Sen beni
böyle ele geçirseydin ne yapardın ?» diye sorar. Aksungur'un «öl-
türdüm» demesi üzerine Tutuş da «Ben de sana, senin bana ver-
mek istediğin hükmü uyguluyorum» diyerek onun boynunu vur-
durur. Onunla birlikte boynu vurulan emirler arasında, Urfa Valisi
Bozan, Bağdat Şihnesi Tuh - Tegin, Halep Şihnesi Koçkar, Emir
Togan, İsrail, Ali b. es - Süleymanî ve kardeşi, Buharalı Mehmet,
Melikşahın hâslarından Eb'ül - Kasım ve Altun - tegin de vardır (100).
Yine, Tutuş, kendi adına hutbe okutmaktan kaçınan Musul emiri
İbrahim b. Kureyş'in ordusunu yenmiş, onu ve tüm Arap emirleriyle
amcasını acımadan öldürtmüştür (101).

41. Bu arada, Sultan Berk Yaruk, başkaldıran amcası Töküş'ü,
Fırat'ta boğdurarak; Sultan Mehmet veya veziri Müeyyid-ül-Mülk

(94) Sbt... op. cit. s. 19, Arapça metin, s. 163.

(95) Köprülü, Fuad : Türk ve Moğol Sülâlelerinde Hanedan Azasının İdamında Kan Dökme
Memnuiyeti, Türk Hukuk Tarihi Dergisi, 1941 - 42, c. I, s. 4.

(96) Sbt ..., op. cit., s. 29.

(97) İbn el - Adım, op. cit. s. 81 - 82, Arapça metin, s. 188 - 196.

(98) İbid, s. 86 - 88.

(99) İbn Ali el - Hüseyinî, op. cit. s. 10 - 11.

(100) İbn el - Adım, op. cit., s. 73 - 75; Sevim, op. cit., s. 115.

(101) Sevim, op. cit., s. 107.

Sultan Berk Yaruk'un annesi Zübeyde Hatun'u yine boğdurarak öldürmüşlerdir. Alp Arslan'ın oğlu Aslan Argun, kardeşi Böri Bars'ı, yenip tutsak ettikten bir yıl sonra boğdurtmuş; Melikşah'ın torunu Sultan Süleyman b. Mehmet tahttan düşürüldükten sonra, eceliyle veya zehirlenerek veyahut da yay kirişiyle boğdurularak öldürülmüştür. Harzemşahların yenilgisi üzerine Barak Hacib'e sığınan Şehzade Gıyaseddin Kerman Melik'i ve annesi de boğdurularak öldürülmüşler; Sultan II. Gıyaseddin Keyhusrev, I. Keykubâd'ın eşi Melike Âdile'yi; Anadolu Selçuklu ileri gelenleri, Mogol yardımından yararlanarak, korktukları Sultan Rükneddin'i yay kirişiyle boğmuşlardır (102).

c) Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlar :

42. Yukarıdaki örneklerde görüldüğü üzere, İslâm Ceza Hukukunda öngörülen suçlar yanında, Kutadgu Bilig'de de belirtildiği gibi, kılıç Sultan'ın elinde; Siyasetnamede vurgulandığı gibi Sultan veya egemen olan öfkelenildiğinde bu kılıcı kullanabilmektedir. Nitekim, ölüm cezasının doğal karşılandığı taht kavgaları ve başkaldırımlar dışında, saygısızlık gösterme (Atsız Bey olayı, 34) ve orduda huzursuzluk yaratma (Dübeys b. Sadaka olayı, 39), nedenleriyle de bu ceza uygulanmaktadır.

d) Ölüm Cezasının Yerine Getirilme Yöntemleri :

43. Ölüm cezasının yerine getirilmesi ise, boğma, baş kesme, asma, zehirlenme biçimindedir.

Yukarıda değindiğimiz üzere, İbn Fazlân Seyahatnamesinde ve Ebû Dülef Risalesinde, ruh ve sihrî gücün kanda bulunduğu inanan Türkler, hayvan ve insan kanı akıtmaktan çekinmişlerdir. Frazer'in belirttiği gibi, kanın döküldüğü yer kutsal sayılır ve tabu olurdu. Moğollarda ve Türklerde bulunan bu inanç, İslam dininin etkisinden uzak kalmış. Şaman geleneğini korumuş Türklerde şimdilerde de vardır. İslamı kabul eden ve fakat paganlık döneminden kalma kimi inançları koruyan Selçuklularda, bu gelenek han sülâlesine mensup olanların kanlarının kutsallığı ve dökülmemesi inancı biçiminde sürdürülmüştür (103). O nedenle bir çok Türk prensleri, prensesleri ve beyleri kanları akıtılmadan, çoğu kez boğularak öldürülmüşlerdir. Atsız ve Kavurt Beylerle (34, 37), Zübeyde Hatun, Böri Bars, Sultan Süleyman b. Mehmet, Gıyaseddin Ker-

(102) Köprülü, Fuad, Türk ve Moğol ..., a.g. yazı, s. 4-1.

(103) a.g.y., s. 1-4.

man Melikle annesi, Melike Âdile, Sultan Rükneddin (41) olaylarında görüldüğü gibi. Kan kutsallığının Atsız ve Kavurt Beyler olaylarında görüldüğü gibi, kimi zaman hanedan mensuplarının dışına da uzandığı görülmektedir. Buna karşılık, Besasirî (35), Kündürî (36), Tuğraî, Dübeys b. Sadaka (39) ve Aksungur (40) başları kesilerek öldürülmüşlerdir. Kan akıtmadan öldürme türü yalnız boğma biçiminde değil, zehirleme (kimi iddialara göre Kavurt'un ölümlü), Töküş'ün öldürülmesinde olduğu gibi (41) suda boğma, Sultan Mes'ut olayında (39) olduğu üzere, kuyuya atarak taş doldurma yöntemleriyle de yerine getirilebilmektedir. Ancak, genel ve ortak yöntem, özellikle hanedan sülâlelerinde, yay kirişiyile boğmadır.

44. Buna karşılık, hanedan sülâlelerinden olmayanların ölüm cezaları, başları kesilerek veya asıl yöntemleriyle (yalancı Mehdî olayı, 33) yerine getirilmektedir. Yalancı Mehdî olayında ve özellikle Besasirî'nin öldürülmesinde olduğu gibi, açıkta yürütülen infazlardan, cezanın örneklik ve korkutuculuk niteliklerinden yararlanılmak istenildiği muhakkaktır. Ancak, bu infaz aleniyeti, hanedan mensuplarına uygulanmamaktadır. Şunu da belirtelim ki, sonradan, Osmanlılarda «siyaseten katıl» adıyla anılan ölüm cezası kurumunu açısından, Kündürî'nin öldürülmeden önce söylediği yukarıda değindiğimiz sözler, dikkat çekicidir. (36)

D. OSMANLILARDA ÖLÜM CEZASI :

a) Tanzimattan Önce :

aa) Genel Olarak :

45. Osmanlılar, İslâm ceza hukukuna bağlı kalmakla birlikte, fıkının boş bıraktığı alanları kanunname ve yasaknamelerle doldurmuşlardır. İslam hukukuna aykırı düşenleri olmakla birlikte, tüm Osmanlı ceza hukukunun mutlak anlamda, bu hukuktan ayrıldığı ileri sürülemez. Esasen, bu kanunnamelerin çoğunda, şer'î hükümlerden ayrılınmaması sahk verilmiştir. O nedenle, Osmanlılarda, şer'î hükümlerin ve dolayısıyla buna uyularak verilen ölüm cezalarının uygulandığı muhakkaktır. Ancak kanıtlama güçlüğü nedeniyle recm cezası çok az uygulanmıştır (104).

b) Örfî Hukuk :

46. Şer'î hukukun yanı sıra, boşlukları doldurmak amacıyla konulan örfî - sultanî hukuk, Tursun Beğ'in tanımına göre; şeriat ya-

(104) Karaman, op. cit., s. 160 - 162.

nında, toplum düzenini korumak için ulûl - emrin koyduğu akli temele dayanan yasalardır. Böylece «ahkâm-ı şer'iyeye» kavramı yanında gelişen «kavanîn-i örfiyeye», Pir Mehmet Efendi'nin ve özellikle «...şer'an caiz değildir ve hem men' olunmuştur Cânib-i Sultan-dan» sözcüklerini kullanan Kemal Paşazade'nin fetvalarından anlaşılacağı üzere, Osmanlı hükümdarının, müslüman toplumun başkanı olarak, şer'î alanda; sultan olarak da örfî alanda söz sahibi olmasının sonucudur. Böylece, mutlaka yargıçlar (kadılar) tarafından verilecek olan cezalar, şeriata veya örfî hukuka uygun olacaktır; kadı hükmü olmadan kimse cezalandırılmayacaktır. Cezaları yerine getirme görevi ise, sancak beyi ve subaşlarına aittir. (105)

47. Osmanlılarda gelişen bu örfî hukukun, eski Türk gelenek ve göreneklerinin etkisiyle, zaman zaman, şer'î hukuktan ayrıldığı da görülmektedir. Örneğin, Fatih Mehmet ve Kanunî Sultan Süleyman Kanunnamelerinde, zinada suçun kanıtlanması bakımından, İslam esaslarına uyulmuş; ancak recm cezasının kaldırılıp kaldırılmadığı kesinlikle açıklanmamıştır. (106) Süleyman Kanunnamesinde, köle hırsızlarına, köle ayartanlarla dükkân açanlara ve birden çok hırsızlık edenlere, kundakçılıkta bulunanlara ölüm cezası öngörülmüştür. Oysa İslam hukuku, ölüm cezasının çok sınırlı durumlar için uygulanmasını istemiştir. Bosna Kanunnamesinde de durum aynıdır. Bunlar asılarak öldürüleceklerdir. (107)

Burada şunu da belirtelim ki, örfî hukuk, çokluk, ülkenin tümünü kapsamamakta, «genellik» niteliğine sahip bulunmamaktadır. (108) Ancak, Sultan Süleyman Kanunnamesinin tüm imparatorluk sınırları içinde işlerlik kazandığı muhakkaktır. (109)

48. Bu arada, şeriat alanı dışında kalan ve akçalı konuları (ekonomik suçları) düzenleyen kanunnamelerde de ölüm cezasına rastlanılmaktadır. Örneğin, Hicrî IX. yüzyıla ait olduğu sanılan dört yasaknamede, kalpazanlık yapanların boğazlarından asılacakları, başka bir yasaknamede tuz yasağına uymayanların ölümle cezalan-

(105) Anhegger, Robert - İnalçık, Halil : Kanunname-i Sultanî ber Muceb-i Örf-i Osmanî, T.T.K.Y. Ankara, 1956, s. IX - XVII; Mumcu - Üçok, op. cit., s. 213 - 216.

(106) Üçok, Osmanlı..., a.g.y., 1947, s. 61. Osmanlılarda, recm cezası, bir Hıristiyanla zina eden Müslüman bir kadına ve Merzifonlu Kara Mustafa Paşa döneminde uygulanmıştır. Eski tarihçiler linç karşılığı olarak buna «keşkeş etme» demektedirler. (Koçu, R. Ekrem : Tarihimizde Garip Vak'alar, Varlık Y. 1958, s. 26).

(107) Üçok, a.g.y., s. 52 - 67. Ayrıca Osmanlı Devletinde, sokaklar fenerle aydınlatılıncaya dek, zina, livata, yağma gibi suçları önleme politikası açısından, geceleri fenersiz sokağa çıkma yasağı konulmuş; Tarihçi Naîma ile Gilmanî Tarihi yazarı Mehmet Halife'ye göre, bu yasak IV. Murat döneminde ölümle yaptırıma bağlanmış ve bu ceza uygulanmıştır. (Koçu op. cit. s. 67 - 69).

(108) Mumcu - Üçok, op. cit., s. 215.

(109) Anhegger - İnalçık, op. cit., s. XIV.

dırılacakları, Fatih'in son, II. Beyazıt'ın ilk dönemlerine rastlayan bir yasaknamede, tuz yasağına uymayanların boğazlarından asılacakları; 1481 - 1488 yılları arasında çıkarılan başka bir yasaknamede altın yasağına uymayanların; Hicrî 904 yılına, yani Fatih'in son yıllarına rastlayan bir kanunname hırsızlık edenlerin ölümle cezalandırılacakları belirtilmiştir. (110)

49. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, kanunnamelerin çoğunda, İslam ceza hukukunda ölüm cezasını çağıran suçlara bu cezanın öngörüldüğü gözlenmektedir. Örneğin, Sultan Süleyman Kanunnamesinde, adam öldürmede, kısasın uygulanacağına değinilmiştir. Ancak, bu arada, IV. Mehmet Kanunnamesinde, örfî hukuk izin verirse, suçlu asılmaya lâıyk ise, kadının onu astıracağı, kadının bunu sadece günah olduğunda erteleyebileceği belirtilmiştir. (111) IV. Murat, İslâm hukukunda cezası sopa vurma olduğu halde, içki, hatta afyon, tütün ve kahve kullananların bile boyunlarının vurulmasını buyurmuş ve vurdurmuştur. (112) Öte yandan, adam öldürmede, kısas cezasının yerine getirilmesi, Peygamberin yaşarken uyguladığı ileri sürülen yöntemden ayrılmış gözükmekte ve «Kaatil, maktulü ne suretle katletmiş bulunursa bulunsun, onun kısası ancak kılıç gibi keskin bir âlet-i cariha ile boynu kat'edilerek ıstıfa kılınur.» denilmektedir. (113)

cc) Siyaseten Katl :

50. Her zaman ve her yerde, devletin bir niteliği de kuşkusuz, ceza verebilme gücünü elinde bulundurması olmuştur. Egemenliğin, yalnızca hükümdarda bulunduğu bir ülkede ise, bu hak ve yetkinin onun tekelinde toplanması doğaldır. O nedenle Türklerde hakanın ölüm cezası verme yetkisi çok olağan karşılanmıştır. İşte, İslâm hükümdarının, devletin ve toplumun esenliği için verebileceği ölüm cezasına «siyaseten katl» denilmiştir. (114)

51. Cezanın kökleri, Peygamber zamanına dek inmektedir. Abbasi Halifesinin çevresinde sürekli bir cellât ve kesilen kafaların üzerinde yuvarlanacakları bir deri parçası bulunurdu. Selçuklularda Nizamülmülk'ün deyişiyle öfkelenen hanın birinin boynunu vurdurması ne denli doğalsa, Osmanlılarda da bu geleneğin benimsenmesi

(110) İbid, s. 9, 13, 14, 16, 30, 31, 53, 83.

(111) Karaman, op. cit., s. 164.

(112) Günal, Yılmaz : Uyuşturucu Madde Suçları, Kazancı Y., Ankara, 1976, s. 47.

(113) Velidedeoğlu, H. Veldet : Ölüm Cezası, İktisadî Uyanış Dergisi, 1954, sayı : 68, s. 32.

(114) Mumcu, Ahmet : Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, A.Ü.H.F.Y., 1963, s. 2.

o denli olağandır. (115) İslâm'da ta'zire dayanılarak ölüm cezası verilmiş, ancak «ta'zir cezası, aynı türden olan hadd cezasını aşamaz.» ilkesi yüzünden kimi zorlamalara gidilmiştir. (116) Şerirlerle adam öldürmeyi ve fesat çıkarmayı huy edinip alışkanlık durumuna getirenlerin «re'y-i ulül-emr ile siyaseten katilleri caiz ve meşru» görülmüş; (117) hükümdarlar «suç işleme tehlikesi» gösterenleri de ölümle cezalandırmışlardır. Siyaseten katlin uygulandığı alanları kesinkes saptamak olanaksızdır. Ancak, kamu esenliğine, hakanın onuruna karşı işlenen cürümlerle ta'zir cezasına karşın gerçek dışı ihbarda bulunma, yargıcın uyarılarına karşın memurluk nüfuzunu kötüye kullanma, halkın malını çalma, zulüm yapma, hukuk dışı nikâhlanma, zor kullanarak kötü eylemlere girişme, belgede sahtecilik, kalpazanlık suçlarına genellikle bu ceza uygulanmıştır. (118) Bu arada, tahtın tehlikeye düşme olasılığı, padişahın canına saldırı, başkaldırma, padişaha yalan söyleme, görevde başarısızlık, padişahı fesada kıskırtma, padişahın mutlak otoritesini sınırlamak istememesi, devletin çıkarı ve zarar görmemesi (hikmet-i hükümet) ve yetkilerin kötüye kullanılmaları gerekçeleriyle ve fetva alınarak padişah katli için siyaseten katli kurumu işletilmiştir. Ulema sınıfının ise, sünnî işlem düşüncesine aykırı düşünceye özenme, padişahın öfkelenmesiyle siyaseten katledildikleri anlaşılmaktadır. (119)

52. Siyaseten katli kimi zaman sorgusuz da yürütülmüş, ancak çoğu kez padişahlar buyrultularını (ferman) bir hükme dayandırarak haklı kılığa büründürmek istemişlerdir. (120)

53. Ulema dışındaki askerî sınıf, Padişahın kulu olarak görüldüğünden, üzerlerinde padişahın mutlak bir tasarruf yetkisi kabul edilmiştir. Sözelimi, II. Mehmet, Mahmut Paşa'yı, annesi ölen Şehzade Mustafa'nın yanına yas giysisiyle gitmediği için kolayca katletmiştir. (121) Bu sınıfın cezasının yerine getirilmesini, sarayda bostancıbaşı, saray dışında kapıcıbaşı gözetmektedir. Bostancıbaşına, bir cellâtbaşı ile birçok cellât bağlıdır. İdam hükmünü alan bostancıbaşı, önemli kimselerin idamında bizzat bulunur, öbürlerinin idamını cellâtbaşına bırakır. Önemli hükümlülerin idamında seçi-

(115) İbid., s. 19-43. Örneğin; Sultan İbrahim, İstanbul içinde araba sürmeyi yasaklamış, ancak, bir üfürükçüye giderken rastladığı bir arabaya sinirlenerek Sadrazam Salih Paşa'yı, üfürükçünün evine çağırıp oracıkta kuyu ipiyle boğdurmuştur. (Koçu, op. cit. s. 14).

(116) Mumcu, op. cit. s. 48.

(117) Velidedeoğlu, Ölüm Cezası, İktisadî U. D.; Cumhuriyet, 25.2.1970.

(118) Mumcu, op. cit., s. 51-53.

(119) İbid., s. 84-100, 125-130.

(120) İbid., s. 107. Bu konuda, adli yanılığın acı bir örneği Abaza Mehmet Paşa'nın yerine bir başkasının kementle boğdurulmasıdır. Daha sonra kendisi hançerle öldürülmüştür. (Koçu, op. cit., s. 91-93).

(121) Mumcu, op. cit. s. 62, 66.

len usta cellatlara «cellât yamakları» yardım ederler. İdam edilecek kimse ferman çıkıncayadek bostancıbaşı tarafından tutuklanırdı. «Bostancıbaşının hapsine verilme» denilen bu tutuklamadan pek az kimse kurtulabilmiştir. Bununla birlikte, bostancıbaşılar, devlet adamlarına, etek öperek ve namaz kılmaya olanak tanıyarak cezayı bildirirler. Yani hükümlüye rütbesine göre saygı gösterilir, çoğu kez hükmün bildiri, Türk geleneğinde onur simgesi olan kara samur kürk benzeri kara kaftan giydirilerek yapılır. (122) Ayrıca bunların infazında gizliliğe uyulur. O nedenle çoğu kez cellâtlar dilsizdir. Kan dökme yasağı nedeniyle yüksek askerî sınıflarda, cezanın boğularak yerine getirilmesi genel kuraldır. Özellikle siyasal hükümlüler yağlı kementle boğulurdu. Kimi zaman, idamdan sonra «şifre» denilen çok keskin bu iş için yapılmış bir ustura ile baş gövdeden ayrılır «ibret taşının» üzerine konulur ya da sarayın kente açılan büyük kapısının (bab-ı hümayun) önüne atılırdı. Ama, kılıçla baş kesme ve kurşunla da cezanın infazına rastlanmaktadır. İnsan ruhunun, uykuda Tanrı yanında olduğu, o nedenle uykuda öldürmenin cesedi öldürmek gibi günahsız sayıldığı da ileri sürüldüğünden, bu tür infaza da rastlanmaktadır. (123)

Diğer askerî sınıflarda ise infaz çeşitlidir. Genellikle ordu mensubu olmayanlar, asılarak veya baş kesilerek; ordu mensupları ise, geceleyin boğulma veya özellikle savaş sırasında kafa kesildikten sonra ayaklarına taş bağlanarak denize atılmak suretiyle cezalar infaz edilirler. (124)

54. Askerî sınıfların idam cezaları, bildirim yapıldığı yerde, kimi zaman padişahın huzurunda, kimi zaman Yedikule'de; taşrada da, bildirim yerinde yerine getirilmektedir. Hadd cezalarında amaç, korkutma ve ibret olduğundan, infaz açıktır. Toplu idamlar, «siyaset alanında» yapılmaktadır. İnfazdan sonra kesilen başlar, idam nedeni de yazılarak İstanbul'da saray kapısı önünde üç gün sergilenmektedir. Ulemanın da cezası askerî sınıf gibi yerine getirilmektedir. Boğmada kement, asıda ip, kafa kesmede balta veya pala kullanılmaktadır. (125)

(55). Kamu hizmeti görenlerin reyaya karşı şeriata aykırı davranışları zulüm diye adlandırılmış (usulsüz vergi toplamak, sahtecilik, eşkiya ile işbirliği yapmak v.b.), bu suçları işleyenler de ölüm cezasıyla cezalandırılmışlardır. (126)

(122) İbid, s. 113 - 115; Koçu, R. Ekrem, op. cit. s. 23 - 24, 26.

(123) Mumcu, op. cit., s. 91 - 94, 100, 118 - 120; Koçu, op. cit. 23 - 24.

(124) Mumcu, op. cit., s. 121; Koçu op. cit. s. 24.

(125) Mumcu, op. cit., s. 121 - 124, 131.

(126) Mumcu, Ahmet : Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı, A.Ü.H.F.Y., 1972, s. 9, 24, 29 - 31.

56. Reayanın katil nedenleri, askeri sınıflarla ulema için sayılanlara benzemekle birlikte, geniş kapsamlı eşkiyalık, hırsızlık, fuhuş suçlarını da buna eklemek gerekir. Bunlar için kan dökme ya sağı söz konusu olmadığından, genel olarak, kafa kesme yöntemi uygulanmıştır. Ancak, dumanla boğma, fahişeleri çuvala koyup denize atma yöntemlerine de rastlanmaktadır. Ayrıca sabıkalı hırsızlar özellikle gece hırsızları, kentin seçilen bir yerinde ya da hırsızlık yaptığı bölgede; kimi zaman da hırsızlığı işlediği evin, dükkânın, hanın kapısında asılırlardı. Adam öldürenlerse, genellikle işkence ile öldürülürlerdi. İşkence ile ölüm cezasının yerine getirilmesinin başlıca üç yöntemi vardı : Çengel, çarmıh, kazık. Çengel, İstanbul'da Eminönü'ndeydi. Kalın kalaslardan yapılmıştı. Bir adam boyu yüksek yerinde, çeşitli büyüklükte başları yukarıya doğru kıvrık ve sivri, keskin, tarak biçiminde, kasap dükkânlarındaki gibi, çengeller bulunurdu. Elleri ayakları bağlı ve çırılçıplak soyulan hükümlü, makaralı iplerle yukarı çekilip birden bu çengellerin üzerine bırakılırdı. Yağmacı ve korsanlara uygulanan bu korkunç ceza, özellikle denizlerde asayişi sağlamak amacıyla gütmekteydi. Çarmıh ise yağmacı ve casuslara uygulanırdı. Soyulan hükümlü kolları ve bacakları açık, yüzükoyun bir çarmiha sımsıkı bağlanır, omuzbaşlarıyla butlarının kaba etleri bıçakla oyularak, buralara dikilen mumlar yakılır, çarmıhtaki hükümlü deve üzerinde tüm kentte dolaştırılıp sergilenirdi. Hükümlü bu sırada ölmezse, akşam üzeri asılırdı. 17. yüzyılda, Abaza Mehmet Paşa'nın casuslarına bu yöntem uygulanmıştır. Kazığa gelince, bu da yağmacı, soyguncu ve korsanlara uygulanan dehşetli bir ceza idi. Çırılçıplak soyulan hükümlü, bilek kalınlığında ve sağlam bir ağaçtan yapılmış yağlı bir kazığa çakılarak oturtulur, çokluk, çarmıhta olduğu gibi bir çift mum yakılarak kentte dolaştırılırdı. Bunlardan başka, 16. yüzyılda, Bostancıbaşı Ferhat Ağa, bir kez uygulanan, «top» cezasıyla idam yöntemi bulmuştur. Bir imamın genç karısını kandırıp zina eden ve onu, saçlarını kestirerek erkek kılığında gezdiren bir Yeniçerinin, önce, bilek, dirsek, diz ve ayak eklemleri çekiçle kırılmış, sonra paçavralara sarılarak gülle gibi havan topunun namlusuna tıklanmış ve top ateşlenerek hükümlü parçalanmıştır. Bundan başka, idamdan önce, ustura ile diri diri deri yüzme, saçları kesilen başa ateşte kıpkızıl olmuş demir tas giydirmek, cumbızla sinirleri çekmek, organlara burgu gibi sonda sokmak, çekiçle kol, bacak kemiklerini kırmak, sıcak ve soğuk suya sıra ile sokmak gibi işkenceler de uygulanmıştır. Görüldüğü üzere, ölüm cezasının uygulanması, yöntemlerindeki amaç, çarpıcı bir dehşetin sergilenmesidir. (127)

(127) Mumcu, Ahmet : Osmanlı Devletinde ..., s. 131 - 141, Koçu, op. cit. 24 - 26.

Şunu da eklemek gerekir ki, kafa kesme yöntemiyle ölüm cezasını yerine getirme, oldukça yaygın görülmektedir. Örneğin, Büyük İskender'i düşsel olarak işleyen İskendernamelerden, 1389'da Germiyan hükümdarı Süleyman Şah'a sunulan Ahmedî'nin İskendernamesinde, İskender'in çavuşunu ölümle cezalandıran bir minyatüre rastlanmaktadır. Buna göre, arkada kılıcını çekmiş bir muhafız, önde elinde balta infazı bekleyen bir cellat görülmektedir. (128)

57. Osmanlı devletinde kamu esenliği için, hanedan üyelerinin siyaseten katledildikleri, Fatih Kanunnamesiyle bunun hukuksal kılındığı, beşikteki çocukların bile öldürüldükleri bir gerçektir. Yine eski Türk geleneğine uyularak, ölüm cezaları, kan dökme yasağı nedeniyle kementle boğularak, doğum anında ise çocukların göbekleri düğümlenerek yerine getirilmişlerdir. Ancak kimi zaman, bu kurala uyulmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca boğmadan sonra da hanedan üyelerinin kafaları, kimi ayrıık durumlar bir yana (Süleyman ve Musa Çelebilerin kafaları kesilmiştir) kafaları kesilmemektedir. (129)

58. Keyfî uygulamalara yol açan bu ceza, ancak Tanzimatla kaldırılabilmiştir. Gerçi, zaman zaman ulema sınıfının, keyfî cezalandırmalara karşı çıktıkları görülmüştür. Örneğin, yolsuzluk nedeniyle yüzelli hazine memurunu idama hüküm giydiren I. Selim'e, Ali Cemalî Efendi «bu haksız buyruğundan dolayı ahirette sorumlu olacağını» belirterek karşı çıkmıştır. (130) O yüzden, çoğu kez, Osmanlı padişahları, şehzadelerin öldürülmesi, vezir kafalarının kesilmesi, saraya karşı gelen birinin boğdurulması için Şeyhülislâmdan fetva almışlardır. (131)

59. Bununla birlikte, Osmanlı Devletinde ölüm cezasını irdeleyen bir düşünüre rastlanılmamaktadır. XVII. yüzyılda yazılıp IV. Murat ile I. İbrahim'e sunulan ve âdil bir yönetimi salık veren Koçi Bey Risalesinde bu konu işlenmemiştir. (132) 1717 yılında «dikkatsizlik, savsama, din ve devlete sövme, Tamşuvar kalesinin düşmanın eline geçmesine yol açmak ve padişah hakkında kötü söz söylemekle» suçlandırılıp idam edilen Defterdar Sarı Mehmet Paşa ün-lü kitabında, bir haramzadenin yakalanıp öldürülmesi, dinin ve hak-

(128) İnal, Güner : Kahire'de Yapılan Bir Humayunnamenin Minyatürleri, Belleten, 159, T.T.K. Temmuz 1976, s. 445.

(129) Mumcu, Ahmet : Osmanlı Devletinde ..., s. 183 - 204; Köprülü, M. Fuad; Türk ve Mogol ..., a.g.y., s. 7.

(130) Mumcu, op. cit., s. 141

(131) Uğurlu, Nurer : Türkiye'de İlk Battlaşma Hareketleri, Cumhuriyet, (16.3.1977).

(132) Koçi Bey Risalesi (Çev. : Danışman, Z.), T.K.K.E.D.Y. İst. 1972, s. 47.

kında uygulanacak işlem yasa hükümlerinin gereğiye, suçlunun mutlaka cezalandırılmasını, salıverilmemesini, bağışlanmamasını istemektedir. Ancak, kan akıtma (ölüm cezası) söz konusu olduğunda, sabır ve teenni ile davranılmasını salık vermekte, çünkü gaza uğramış bir kimsenin öldürülmesinde başlangıçta yarar görülüp sonradan yazıklanabileceği, haksız yere kan döküp Tanrı yapısını (insanı) yıkmanın akılca da, şeriatça da caiz olmayıp haram ve yasak bulunduğunu belirtmektedir. (133)

60. Görüldüğü üzere, Osmanlılarda, genellikle İslam ceza hukuku egemen olmuş, boşluklar, fıkıh ve fetva kitapları yanında, zaman zaman çıkarılan yasalarca doldurulmaya çalışılmıştır. Bu yasalar, hadd ve kısas cezalarına değgin hükümleri, çoğu zaman korumuşlar, devlete bırakılan ta'zir cezalarını ise, yer ve dönemlerine göre düzenlemişlerdir. Bu yargı, kimi ayırtılarla (nüanslarla) tanzimat dönemi için de geçerlidir. (134)

*dd) 1838 (1254) Tarihli Görevlilere Özgü Ceza Yasası
(Memurine Mahsus Ceza Kanunnamesi) :*

61. Sultan II. Mahmut'un son yıllarında çıkarılan ve kazasker, kadı ve memurlara ilişkin bu yasayla, zaman zaman şeriat ilkelince yetkileri kısılmak istenilmesine karşın, bir Tanrı örneği «Yargı (ceza) gününün de hakanı (egemeni) » (Fatiha : 3) bulunan Osmanlı hükümdarının ölüm cezası konusunda, bir ölçüde, mutlak gücünü yitirdiğine tanık olunmaktadır. Gerçekten yasaya göre, «şer'an kısas ve hududu» gerektiren durumlar dışında, askerî sınıf için, siyaseten katil (siyaset-i urfiyye) bir yana bırakılmıştır. (135) Nasıl cezalandırılıp ödüllendirileceklerini bilmek üzere sadece memurlara lütfedilen bu ceza yasası, cezanın kötüye kullanılmasını önlemek istemiştir. Nitekim, başkaldırmamış, fesada karışmamış ve şer'an hakkında kısas ve hadd cezaları uygulanması gerekmemiş kimseleri, düşmanlık güdüsüyle (garazen) öldüren görevlilere şeriatın katil hükmü, yani kısas uygulanacaktır. Rütbe sahipleri de, Tanrı önünde herkes yaradılıştaki eşit olduklarından, aynı işleme uyruk tutulmakla birlikte, başkalarına ders olmak üzere, padişahça uygun görüldükleri cezaya çarptırılacaklardır. (136)

62. Ne var ki, uygulama, teb'ayı değil, sadece memurları ilgilendiren bu ayrıcalık yasası doğrultusunda gelişmemiştir. Yasadan

(133) Defterdar Sarı Mehmet Paşa (Çev. : Uğural, H. R.) : Devlet Adamlarına Öğütler, T.O.D.A.İ.E. Y., Ankara, 1969, s. 26.

(134) Aynı düşünce : Karaman, op. cit., s. 162.

(135) Kaynar, Reşat : Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, T.T.K.Y., 1954, s. 296.

(136) İbid., s. 300.

bir yıl önce Pertev Paşa'nın idamı ve Mustafa Reşit Paşa'nın yine idam edilmesi için buyruktu çıkarılması bunu kanıtlamaktadır. (137)

b) Tanzimattan Sonra :

aa) Tanzimat Girişiminin Nedeni ve Amacı :

63. Kuşkusuz Osmanlı devletinde, yenileşme çabaları ve batılılaşma girişimleri, Tanzimat Fermanından önce başlamıştır. Ne var ki, bu ferman, Avrupa uygarlığının elzici üstünlüğü karşısında duyulan tepkiyle yeniden derlenip toparlanmanın, devlet hayatında yenileşmenin hukuksal bir belgesi, eski hukuk düzeninden yeni hukuk düzenine geçişin başlangıcı, Auguste Comte'un deyişiyle, kendi çıkarlarından habersiz ve bilinçsiz bir halkı yasa yoluyla iyiliğe yönelik ve kötülüğe dirençli kılma girişimidir. (138)

Tanzimat eylemi, Osmanlı Devletinin çağının çok gerisinde kaldığı, teokratik devlet özelliğini büyük ölçüde yitirdiği, yoğun bunalımların yaşandığı bir dönemin kesitidir. Osmanlı aydınları kesintiye uğrayan evrimi diriltmek için, 28 Çelebi Mehmet Efendi'den beri, «Osmanlı teokratik düzenini, İslam geleneğinin şeriat hukukunu ve Padişahın mutlak iktidarını batıda gördüğü örneklerle değiştirmek ve yüzyılların oluşturduğu imparatorluk siyasi birikiminin geleneksel yapısından uzaklaştırıp Avrupa tipi liberal devlet anlayışına dönüştürmek ister.» (139) Bu da hukuksal düzenin zorunlu değişikliğiyle ve yeni yasaların kabulüyle olanaklıdır. Bir «temel haklar fermanı» görünümünde olan 1839 hattı humayunu, gizli ve açık idam ve zehirlenmeyi (hafî ve celî i'dam ve tesmim) yasaklayan, uyruklar arasında eşitlik ve cezaların kişiselliğini gözetken, can güvenliğini sağlayan, rütbe ve hatıra bakılmaksızın uygulanacak bir ceza yasası vaad ediyordu. (140) İşte bu vaad, ilkin 1840 tarihli yasa ile yerine getirilmiştir.

bb) 1840 (1256) Tarihli Ceza Yasası :

64. Kandan, dolayısıyla idam cezasından tiksindiği belirtilen Padişah Abdülmecit'in hatt-ı humayunda «doğrusu pek güzel ve ayrintılı kaleme alınmış» diye övdüğü bu yasanın ilk maddesine göre; padişaha ihanet, devlet aleyhine suç veya adam öldürme gibi,

(137) Mumcu, Ahmet : Osmanlı Devletinde..., op. cit., s. 174.

(138) Abadan, Yavuz : Tanzimat Fermanının Tahlili, Tanzimat - I, İstanbul, 1940, s. 56; Karal, E. Ziya : Osmanlı Tarihi, c. VI., T.T.K.Y., 1976, s. 280; Siyavuşgil, S. Esat : Tanzimatın Fransız Efkârı Umumiyesinde Uyandırdığı Akisler, Tanzimat - I, İstanbul, 1940, s. 755.

(140) Karal, op. cit., s. 153; Kaynar, op. cit., s. 177 - 179; Mumcu - Üçok, op. cit., s. 313; Tamer, Tahir : Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Tanzimat - I, İstanbul, 1940, s. 223 - 226.

şer'an ve yasal olarak suçları kanıtlananlar dışında kimsenin canına, gizli ve açık idam ve zehirlemeyle kastedilmeyecektir. Bir vezir bile bir çobanı öldüremeyecek, tersi durumda kısas uygulanacaktır. İkinci maddede ise, adam öldürmede, küçük büyük herkesin eşit olduğu; üçüncü maddede ise, İstanbul'da olan adam öldürme suçunun yargılaması yapıp hüküm padişah tarafından onaylanmadıkça, kısasın yerine getirilemeyeceği; dördüncü maddede taşradaki adam öldürme suçu yargılamasının da aynı yöntemle uyruk tutulduğu belirtilmektedir.

İkinci bölümün ikinci maddesinde de, başkaldırmaya kışkırtma ve bu suç için silâh, barut ve benzeri madde sağlayanların idam edilecekleri, üç ve dördüncü maddeler ise bunların yargılanma yöntemi hakkındadır.

Dokuzuncu bölümün üçüncü maddesinde, güvenlik kuvvetlerine karşı silahla direnme sırasında ölüm olayı meydana gelirse; onuncu bölümün ikinci maddesinde halktan birine silah boşaltma ölümle sonuçlanırsa; onbirinci bölümün üçüncü maddesinde yol keserek yağma suçunu işleyenler, adam öldürürlerse kısasın uygulanacağı belirtilmiştir. (141)

65. Görülüyor ki, yasa herkese ve eşit uygulanacaktır. Ölüm cezası padişahça onanmadıkça yerine getirilemeyecektir. Padişah istediği zaman ölüm cezası veremeyecektir. Yargılama koşulu öngörülmüştür. Siyaseten katli, ancak kanıtlanan başkaldırma suçunda söz konusu olabilecektir.

Bununla birlikte, yasa, çok yerde, örfî cezalarla birlikte islam ceza hukukunu yinelemek ve onu desteklemek, kimi zaman da onun saklı olduğunu belirtmek durumunda kalmıştır. (142) O nedenle, islamdan dönme (irtidad) suçunun cezası, ne yazık ki, aynen ve ölüm olarak kalmıştır. (143)

cc) 1851 (1267) Tarihli Ceza Yasası (Kanun-i Cedit) :

66. Bu yasa konumuz açısından 1840 tarihli yasanın yinelenmiş biçimidir. İslam hukukuna (şer'i şerif, şeriat, şer'an sözcükleri altında) daha çok yer verilmiştir. Kısas yöntemi korunmuş ve üstelik berkitilmiştir. Esasen, yasaların zamanın koşullarına göre düzenleneceği, bir önceki yasanın sunuş ve bitiriş kesimlerinde, yapanlarca kabul edildiğinden, yasa kimi eklerle çıkarılmıştır.

(141) Yasa metni için bakınız : Kaynar, op. cit., s. 303 - 313.

(142) Taner, Tahir : Ceza Hukuku, Umumî Kısım, İstanbul, 1953, s. 148; Taner, a.g.y., s. 227.

(143) Mumcu, Ahmet ; Osmanlı Devletinde ..., s. 179.

67. Yasaya göre, yasal olarak ve şer'an yargılanmaksızın ve düşmanlık duygularıyla, gizli ve açık idam ve zehirleme yöntemleriyle kimsenin canına kıyılmayacağı (md. 1) ; adam öldürmede kisasın uygulanacağı (md. 4); başkaldırıya kışkırtma ve bunun için silah ve benzeri maddeler sağlama suçlarının idam ve siyaseten katil ile cezalandırılacakları (md. 6) ; yol keserek yağma sırasında adam öldürenlere şeriatı göre ölüm cezası verileceği (md. 9); silahlı başkaldırma ve yol kesmede sanık sağ yakalandıktan sonra öldürülmüşse, öldüren görevliye kisas uygulanacağı (md. 10) belirtilmektedir. (144)

68. Görüldüğü üzere bu yasa da, şeriat hükümlerine yer verilmiş ve boşlukların islam ceza hukukuna (özellikle irtidad konusunda) göre çözümlenmesi kabul edilmiş bulunduğundan, uzun ömürlü olamamıştır. Ancak; kisas ve diyet gibi şer'î yaptırımların, kişisel hakkı ilgilendirdiği düşüncesinin yavaş yavaş bırakılmak istendiği, yasanın ilk maddesinden anlaşılmaktadır. Gerçekten, öldürülenin mirasçılarının bağışlamaları veya diyet almalarıyla kisas hakkı şer'an düşse bile, suçlu «siyaseten ve nizamen» öldürülebilecektir. Bu aslında, islam ceza hukukundan sapma, cezalandırma hakkını devletin tekeline alma ve kamusal kılma eğiliminin somut bir anlatımıdır. Böylece, Tanzimat ceza hukuku, çağdaş anlayışa doğru önemli bir adım atmış ve daha sonra bu adım, ilk kez dışardan çeviriyle uyarlanan 1858 tarihli ceza yasasıyla çarpıcı bir biçimde vurulanmıştır. (145)

dd) 1858 (1274) Tarihli Ceza Yasası (Ceza Kanunname-i Humayunu) :

69. Cumhuriyet döneminin ilk yıllarına dek (1926) yürürlükte kalan bu yasa, 1810 tarihli Fransız Ceza Yasasının bir çevirisidir. Çeşitli tarihlerde (özellikle 1911 ve 1914'te) çoğu kez, Fransız, Alman ve İtalyan yasalarına göre değiştirilen söz konusu yasa, (146) layik hukuka doğru atılmış önemli bir adım olmak ve daha ilk maddesinde kişi aleyhine işlenen suçlar dahil cezalandırma hakkının da devlete ait olduğunu belirtmekle birlikte, «şer'an muayyen hukuku şahsiyeye halel gelmeyeceğini» belirtmiş, 171, 172, 177 ve 180. maddelerinde «kisas» ve «diyet» ten söz etmiş, 181. maddesinde ise «emr-i kısısta hükm-i şer'î ne ise icra olunur.» demiştir. Anlaşıyor ki, yasanın «hukuku şahsiye davası», «diyet» ve «kisas» dışındaki hükümleri, tümüyle vicdanî kanı dizgesinin (sisteminin) be-

(144) Yasa metni için bakınız : Ahmet Lütfi : Mir'at-ı Adalet, İstanbul, 1304, s. 150 - 176.

(145) Mumcu, op. cit., s. 180; Taner, a.g.y., s. 228 - 230.

(146) Taner, op. cit., s. 151.

nimsendiği layik ve nizami mahkemeler tarafından uygulanacaklardır. Ancak, kişisel hakka ilişkin kısas ve diyet davaları, ilgililerin isteği üzerine, yasal kanıt dizgesinin uygulandığı şer'î mahkemelerde görüleceklerdir. Örneğin, yasanın 171. maddesine göre, adam öldürme suçundan yargılanıp nizamiye mahkemelerince aklanan bir kimsenin, öldürülenin mirasçılarının başvurusu üzerine, şer'îye mahkemelerince yeniden yargılanıp kısas yoluyla öldürülmesine karar verilebilecektir. Çünkü, yasanın 171. maddesi, «yasa hükmünün kişisel hakkı düşürmeyeceği», vereselerin şer'îye mahkemelerine gidebileceklerini açıkça belirtilmiştir. (Ayrıca 1870 tarihli Askerî Ceza Yasası, md. 7). Gerçi idam cezasının yerine getirilmesi, hükümdarın onayına bağlıdır; ama, nizamiye mahkemelerinin aklandığı (beraat) kimse bağışlansa bile, kurtulamamakta, kürek cezasına hüküm giymektedir. (md. 172) Bu şaşılabilir durum da gösteriyor ki, yargı birliği ilkesi bu maddelerle temelinden sarsılmıştır. (147)

70. Değişikliklerle ölüm cezasının uygulama alanı, oldukça daraltılan bu yasaya göre; suçlar, «cinayet», «cünha», «kabahat» diye üçe ayrılmış, (md. 7), «mücazat-ı terhîbiye» yi gerektiren suçlar diye tanımlanan «cinayet» eylemleri için en ağır ceza olarak ölüm cezası öngörülmüştür. (md. 3) İki kez kürek cezasına hüküm giyme (md. 8), saltanata karşı silahlı eylemde bulunma (md. 48; 1870 tarihli Askerî Ceza Yasası, md. 75, 76), devlete karşı düşmanlık ve savaş eylemlerine katılma, yabancı devletlerle anlaşma (md. 49), devlete karşı eylemde yabancılara yardım, tersane, cephane, fabrika, savaş gemilerini yabancılara verme (md. 50; 1870 tarihli Askerî Ceza Yasası, md. 77, 86), savaş sırasında askerî, yönetsel, siyasal konuşma sırlarını veya barışta da olsa gizli sırları düşmana verme (md. 51; 1870 tarihli Askerî Ceza Yasası, md. 77, 81, 82, 84), yabancı bir devlete toprak vermeye kalkışma (md. 54, ek fıkra), padişaha suikastta bulunma ve anayasayı zorla değiştirmeye kalkışma (md. 55; 1870 tarihli Askerî Ceza Yasası, md. 96), çetecilik (md. 56, 57) ve adam öldürmeyle sonuçlanan çetecilikle yine suikast ve adam öldürme amacıyla kurulan çeteciliğe yardım (md. 58, ek fıkra), savaş sırasında komutanlık görevini bırakma veya buna özendirme (teşvik) (md. 59; 1870 tarihli Askerî Ceza Yasası, md. 112), askerî mühimmatı yok etme (md. 61; 1870 tarihli Askerî Ceza Yasası, md. 171), mükerrir olarak yol kesme ve yağma suçunu işleme veya bu suç sırasında adam öldürme (md. 62, ek fıkra), kasten bina ve gemi yakmak (md. 163), kasten yangın çıkarma suçunda adam ölmesi (md. 166), silahla, zehirlemeyle tasarlayarak adam öldürme (md.

168; 169 170; 1870 tarihli Askerî Ceza Yasası, md. 181) ile kasten ana babayı öldürme (md. 170), görevlileri ve milletvekillerini öldürme (md. 174), işkence ve gaddarca hareketlerle adam öldürme (md. 173) suçlarını işleyenler ölüm cezasıyla cezalandırılmaktadırlar. (148)

71. Yasaya göre, bağışlandığında süresiz ağır hapse çevrilen ölüm (ve kısas) cezası (md. 172), padişahın onayından sonra «meydan-ı siyasette» okunarak yerine getirilmektedir. (md. 16) Asılan hükümlünün cesedi, kural olarak mirasçılara verilir. (md. 17) Gebeliği belgelendirilen kadının ölüm cezasının yerine getirilmesi doğum sonrasına bırakılır. (md. 18). Dinsel günlerde bu ceza yerine getirilemez. (md. 17, 18). Ayrıca ölüm cezasına ilişkin hükmün özetleri cezanın verildiği eyalet merkezinde, suçun işlendiği yerde, yerine getirme yerinde, sanığın oturduğu yerde hükümet konağı kapısına asılarak duyurulur. (md. 33). Böylece, yerine getirme açık olmakta, cezanın örneklik ve korkutuculuk niteliklerinden olabildiğince yararlanılmaktadır.

Suçta katılma (iştirak) hükümleri de ölüm cezasını doğurabilmektedir. (md. 45; 1870 tarihli Askerî Ceza Yasası, md. 6, 72). Nitekim ünlü devlet adamı Mithat Paşa, Yıldız Mahkemesi tarafından, Sultan Abdülaziz'i öldürmeyi «tasavvur, tertip ve ihzar» ettiği gerekçesiyle anılan yasanın 45. ve 170. maddelerine göre ölüm cezasına çarptırılmış, daha sonra cezası süresiz ağır hapse çevrilmiştir. (149)

72. Görülüyor ki, Tanzimat döneminde, tam açılmasa bile uygar anlayışın kapıları aralanmış, ceza hukuku alanında devrim düzeyinde adımlar atılmış, padişahın yetkileri kısılmış, yasanın padişahtan üstünlüğü ilkesi benimsenerek hukuk devleti açısından büyük boyutlara ulaşılmıştır. Cezalandırma hakkının devletin tekeline verilmesi anılmaya değer ölçektir. Uygulamadaki ikiliğin sürdürülmesine karşın (150), Tanzimat, ceza hukuku ve dolayısıyla ölüm cezası açısından, Cumhuriyet döneminin önsözü gibidir.

IV — SONCA :

73. İncelememizin kesitini aldığımızda, eski Türklerin, ilk yasa koyan ve cezalandırma tekeli devlet eline veren ilk insan soylarından olduklarını görmekteyiz. Yaptırımlar dizisi içinde, en ağır ceza olan ölüm cezasının, çağdaşlarına oranla eski Türk boylarında

(148) Metin : Karakoç Serkiz : Ceza Kanunu (Tahşiyeli), İstanbul, 1329.

(149) Uzunçarşılı, İ. Hakkı : Midhat Paşa ve Yıldız Mahkemesi, T.T.K.Y., 1967, s. 306 vd.

(150) Taner, a.g.y., s. 232.

ve devletlerinde fazla uygulandığı da ileri sürülemez. Ne var ki, kesinlemelerde bulunabilmek için, elde henüz yeterli kaynak yoktur. Yalınkat sonuçlarla yetinmemek ve araştırmaları derinleştirmek gerekir.

74. İslâmlık, ölüm cezasının uygulama alanlarını oldukça sınırlamış bulunmaktadır. Ancak, hangi suçların ölüm cezasını çağırıldığı konusu kesinlikle belirlenmiş değildir. Yer ve zamana göre değişen yorumların nerede biteceklerini kestirmek gerçekten olanak dışıdır.

75. Tanzimat dönemi, bu konuda oldukça ileri kurallar getirmek ve ölüm cezasının konularını açıklığa kavuşturmakla birlikte; Tanrısal ve ussal alışım temellerine yaslanan ve o yüzden de bir türlü istenilen bireşimi (sentez) gerçekleştiremediği için hep ikili kalan düzenin tüm sakatlıkları uygulamaya yansımış, köklü bir sonuca varamamıştır. Her yönden bir arayış dönemidir, Tanzimat. O nedenle, meşru yaptırım tekeli elinde bulunduran Max Weber devletine, ancak usçu, yani layık Cumhuriyet döneminde kavuşulabilecektir.

CEZA HUKUKU

MUKAYESELİ CEZA VE USÛL HUKUKUNDA SUÇLU ÇOCUKLARIN DURUMU (*)

SELÂHATTİN SÖNMEZ (**)

İÇİNDEKİLER :

- I — KONUNUN ÖNEMİ
- II — ÇOCUK SUÇLULUĞUNUN SEBEPLERİ
- III — ÇOCUK SUÇLULUĞUNU ÖNLEYİCİ TEDBİRLER
- IV — MUKAYESELİ CEZA HUKUKUNDA ÇOCUK MEFHUMU VE CEZAİ EHLİYET
- V — SUÇLU ÇOCUKLARIN TAKİBİ, YARGILANMALARI
- VI — SUÇLU ÇOCUKLAR HAKKINDAKİ HÜKÜMLERİN İNFAZI
- VII — SONUÇ

KONUNUN ÖNEMİ :

Suçlu çocukların durumu zamanımızın hukukî ve içtimâî meselelerinin en önemlilerinden birini teşkil etmektedir.

Filhakika, 19 ncu asrın bidayetinden beri, dünyanın gelişmiş sayılan cemiyetlerinde yayınlanan adlî istatistik bültenleri hukukçuları olduğu kadar terbiyecileri ve teşriî vazife görenleri bu mevzu ile ilgilenmeye ve hadisenin sebepleriyle, önleme ve tedavi çareleri üzerinde düşünmeye sevketmekte gecikmemiştir.

Zikri geçen asrın başı ile sonu arasında Fransa, İngiltere, Almanya ve İtalya gibi belli başlı garbi avrupa memleketlerinde, başta nüfus artışı olmak üzere muhtelif sebeplerle, suçlarda umumî bir artış kaydedilmekle beraber, kâhil insanlar tarafından işlenen suçlardaki artışın % 300 civarında olmasına mukabil, çocuklar tarafından işlenen suçlarda yüzde 400 den fazla bir artış görülmüş ve bu tehlikeli artma yirminci asrın ilk yarısında da devam etmiştir.

(*) «1977 yılı Adli Tatilinde (Suçlu Çocuklar) konusunda meslekî incelemeler yapmak üzere İsviçre'ye giden Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi üyesi Selâhattin Sönmez tarafından hazırlanan Yargıtay Yüksek Başkanlığı'na sunulan rapor» dur.

(**) Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi üyesi.

Bu müşahade 19 ncu asrın sonlarından itibaren hukukçuları, hususile kriminolojistleri ve içtimaî ilimler mensuplarıyla terbiyecileri bu olayın sebeplerini araştırmaya ve çareler aramaya sevk etmiş ve o zamandan beri çok kıymetli çalışmalar yapılmıştır.

Zira bir cemiyetin geleceğinin birinci derecede o cemiyetin çocuklarını yetiştirmesindeki muvaffakiyetine bağlı olduğunu kabul etmek için gerekçe göstermeye lüzûm olmadığı aşikârdır.

Özellikle, bizim ve bizim gibi geri kalmış cemiyetlerin üzerinde daha büyük bir hassasiyetle durmaları ve bu konudaki rötalarını telâfi için gayret sarfetmeleri gereken en önemli hususların birisi belki de birincisi budur.

Hakikaten, en büyük kaybımız, güzel yurdumuzun tabii zenginliklerinden ve çeşitli imkânlarından lâıyıkı veçhile istifade edemeyişimiz değildir. Bu nimet ve imkânlardan bugün olmazsa bile yarın ve biz olmasakda gelecek nesillerimiz istifade edebilirler. Fakat telâfisi imkânsız olan asıl kaybımız, büyük çoğunluğu hâlâ okuma yazma bilmeyen milletimizin zekâ ve kabiliyet potansiyelinden her nesil için büyük bir kısmının heder olup gitmesidir. İşte bu kaybı yerine koymak mümkün değildir.

Eğer, diğer milletler mekteplerini ve araştırma laboratuvarlarını çoğaltır ve genişletirken biz sadece hapishanelerimizi çoğaltmakla yetinirsek, «muasır medeniyet» seviyesine yükselmek idealimiz tahakkuku muhâl bir hayâlden ibaret kalmaya mahkûm demektir.

Binaenaleyh mütekâmil her cemiyette olduğu gibi, bizimde ceza, Ceza Usulü ve infaz Hukuku sahalarındaki çalışmalarımız ve alacağımız tedbirler suçlara karşı yeni ve daha ağır müeyyideler koyarak suç işlenmesine mâni olmaya çalışmaktan ziyade fertleri ve özellikle gençleri ve çocukları suç işlemeye sevkeden amilleri araştırarak bunları yoketmeye gayret etmek ve suç işliyenleri islâhetmek gayesine matuf olmalıdır.

II

SUÇLULUĞUN VE ÖZELLİKLE ÇOCUK SUÇLULUĞUN ARTIŞINDAKİ SEBEPLER

Ceza Hukuku ve kiriminoloji alanında, bu sebepleri kendi görüş ve inanışlarına göre muhtelif açılardan mütalea ve izah edenler olmuştur.

Özellikle din adamları ve dini inanışları kuvvetli olan bazı bilginler suç artışının asıl sebebini dinî duyguların zayıflamasında ve maddî düşüncelerin revaç bulmasında görmekte dirler.

Diğer bir kısım düşünür, suçluluğun artmasına, hususiyle çocuk suçluluğunun yayılmasına sebep olarak, aile otoritesinin zayıflamasını ve bilhassa aile içerisinde babaya tanınan mutlak otoritenin sarılması ve henüz iyi ve kötüyü tefrik edecek olgunluğa erişmemiş bulunan çocuklara hazmedemeyecekleri bir hürriyetin tanınmış bulunmasını sebep olarak göstermektedir.

Daha ilmî görünen üçüncü izah tarzına göre ise, suçluluğun ve bilhassa çocuk suçluluğunun artmasındaki esas amili, dünyanın 19 ncu asırdan bu yana geçirmekte bulunduğu ekonomik gelişmede aramak icabeder. Bu görüşü savunanların fikrine göre, kırdan koyunlarını otlatan bir çoban veya tarlasında çalışan bir çiftçiye nazaran, yüzbinlerce ve hatta milyonlarca insanın bir arada yaşadığı ve icabında dakikaları hesabetmek mecburiyetinde bulunduğu bir büyük şehirde yaşayan insanın tanrısıyla başbaca kalmak ve uzun boylu tefekküre dalmak için çok daha az zamanı vardır.

Hakikaten, suçlu çocuklar meselesi bilhassa büyük şehirlerde kendini hissettirmekte olup bunda da büyük şehirlerin doğmasına âmil olan ve 19 ncu asırda başlayan ekonomik tahavvül ve hususile sanayileşmenin gelişmesi önemli bir sebep olarak görülmektedir.

Filhakika, dünya nüfusundaki artış neticesi olarak ve toprağı işlemek için bulunan yeni metodların tatbikine rağmen ziraat alanlarının kendilerine bağlanan nüfusu geçidirmeye kifayetsiz hale gelişti toprak işçisinin çoğunu işsiz bıraktığı gibi makinenin ziraat alanında büyük ölçüde kullanılmaya başlanması da bu işsizliğin artmasına geniş ölçüde sebep olmuştur.

Buna muvazi olarak, sanayileşen ve büyüyen şehirlerin amele ihtiyacı köylerdeki nüfusun süratle şehirlere doğru göçmesini intaç etmiştir.

Bidayette bu göç iki taraf yönünden faydalı görülmekte idi. Hakikaten, eğer zamanında bu göçün önemi idrak edilerek ve doğuracağı meseleler evvelden görülerek lüzümlü tedbirler vaktinde alınabilmiş olsaydı bu böyle olacaktı.

Fakat maalesef böyle olmadı. Sanayileşen ve büyüyen şehirler kısa zamanda gelen nüfusu istiab edemez hale geldiler. Bu gibi şehirlerin etrafı beynelmilel tabiriyle (tereke mahalle) ler, bizim buluşumuza göre (gecekondu) denen sefalet yuvalarından müteşekkil kuşaklarla çevrildi.

Devletler bu göçün gerektirdiği mesken davasını halletmekte çoğunlukla geç kaldılar. Bu gün dahi bir çok memlekette ve bu me-

yanda memleketimizde mesken davası halledilmiş olmaktan uzak olduğu gibi, harpler, yangın, zelzele, su baskını gibi afetler sebebiyle zaman zaman mesken buhranı daha da artmakta ve kötü etkisini de artırmaktadır.

Sanayileşmenin bidayetinde işçi kitlelerinin ıstırabını tahfif ve hayatlarını teminat altına alacak sosyal kanunlar yok denecek halde idi. Çalışma saatleri uzun, çalışma yerleri gayri sıhhi ve ücretler asgarî derecede bulunuyordu. Ekseriya evin hanımı da dışarda çalışmak mecburiyetinde kalıyordu. Özellikle bu mecburiyet gittikçe artmış ve hiçbir memlekette azalma görülmemiştir.

Çalışan çiftlerin iş saatleri zarfında çocuklarını bırakabilecekleri müesseseler henüz mevcut değildi. Eğer bu çocuklar ekseriya olduğu gibi kendileri de çalıştırılmak durumunda değilseler, umumiyetle sokaklarda kendi hallerine terkedilmiş idiler. Sabah çok erken saatlerde evlerini terketmek mecburiyetinde kalan ana ve babalar akşamları da geç dönebiliyorlardı. Gündelik işlerinin uzunluk ve ağırlığı sebebiyle bitab ve sinirli olarak eve döndükleri zamanda çocuklarına karşı sevimli, ilgili ve iyi örnek olabilmekten ekseriya uzak idiler.

Bu suretle çocuklar iyi giydirilmemiş, iyi doymamış, terbiye ve tahsilleri ihmâl edilmiş halde bulunuyorlardı. Bütün bunlar hiç şüphe yokki bu çocukların iyi birer vatandaş olarak gelişip yetişmelerini temin edecek şartlar değildi.

Sosyal adaletsizlik babayı ve ekseriya anayı dahi amansız bir sınıf mücadelesine sevk ediyordu. Bu mücadelelerden muzaffer çıkanlar her zaman onlar olmadığı için, bazı ahvalde ailenin sefaleti daha da artıyor ve bu hâl çocukların körpe ruhlarında yokluk ıstırabını çekmeyenlere karşı bir nevi kırgınlık ve hatta kin doğmasına sebep oluyordu.

Bizim memleketimiz de sanayileşme yoluna girmiş bulunduğuna göre bu safhayı geçirmemiz mukadderdir. Bu sebeple çok dikkat etmemiz ve bu safhayı evvelce geçirmiş bulunan milletlerin tecrübelerinden istifade de kusur etmememiz lâzımdır. Fakat ne yazıkki kusur etmiyoruz diyebilmekten çok uzaktayız.

Yukardaki meseleler bu gün büyük şehirlerimizi çevreleyen gecekondu kuşakları sakinlerinin günlük dertleridir. Eğer soğuk kış günlerinde malî durumu iyi olanların oturdukları semtlerin çocukları temiz ve kavi elbiseleri içinde mekteplerine giderken veya oyun oynarken, kirli ve yırtık elbiseler içindeki bir çok çocuk çöplüklerde

iyi yanmamış kömür parçaları topluyor ve fırsat buldukça öteberi aşırıyorsa bu asla onların kabahati değildir.

Herkesçe bilindiği üzere iktisadî sıkıntılarla, alışılmamış zenginlikler ve bilhassa birincisi suçluluğun belli başlı sebeplerindendir.

Ekonomik zorluklar mal aleyhindeki cürümlerle, dilencilik ve serseriliği; alışılmamış ve aşırı servest ise umumiyetle sefahati, alkolizmi veya sair uyuşturucu maddeleri kullanma alışkanlıklarını ve kumarı teşvik etmektedir.

Bununla beraber, iktisadî darlık had devrine varmamış olduğu zaman suçluluğu ve özellikle çocuk suçluluğunu artıran yegâne sebep değildir. Ana ve babanın (ki bunlar çocuk için ilk örneği teşkil ederler) kalitesinin de çok büyük önemi vardır. Eğer her ikisi de sıhhatli, namuslu, iyi kalpli ve geçimli kimseler iseler, mütevazî bütçelerine rağmen cemiyete faydalı evlât yetiştirmeyi pekala başarabilirler. Fakat itiraf etmek lâzımdır ki buna muaffak olabilenlerin adedi maalesef pek çok değildir.

Suçlu çocuklar üzerinde yapılan tetkikat göstermişti ki bunların % 70 den fazlası bilgisiz, düzensiz veya dağılmış ailelerden gelmektedirler. Diğer taraftan düzenleri normal sanılan bir çok aile de dahi çocuğa karşı gösterilen aşırı sertlik veya haddinden fazla yumuşaklık yahut ilgisizlik çocuğun isyankârlığının veya şımarıklığının yahutta avareliğinin balışca sebebini teşkil etmektedir.

Çocuk suçluluğunun aile dışındaki amillerine gelince :

Sosyal muhitin ve hatta ırkî ve coğrafi şartların tesirleri de zikre değer mahiyettedir.

Bunlardan sosyal muhit de tıpkı aile muhiti gibi çocuk üzerinde derin izler bırakmaktadır. Tabir caizse, çocuğun hamuru ailede yoğurulmakta fakat çocuk içtimai muhitte pişmektedir. Sokak, mektep, sinema ve televizyon kitap bu sosyal muhitin şartlarını tayin eden başlıca unsurlardır. Sosyal muhit büyükler için kaçınılmaz sayılmasa bile (ki bunlar bir dereceye kadar oturacakları yeri ve arkadaşlarını seçmek imkân ve iradesine sahiptirler) çocuklar için sosyal muhit onlara empoze edilmiş durumdadır. Bunlar için ikâmetgâhlarını ve arkadaşlarını seçebilmek imkânsız gibidir.

Sokağın, mektebin, temaşa yerlerinin ve kitapların çocuklar üzerindeki öneminden yukarda kısaca bahsettik. Hakikaten bunların herbiri üzerinde ne kadar titizlikle durulsa yeridir. Ve ancak bu vasıtalar sayesinde ki cemiyetlerin fertlerinin ve çocuklarının ter-

biye ve yetişmelerine etkide bulunulması ve gayeye uygun bir şekilde gelişmelerinin temini mümkün olmaktadır.

Nitekim bu hususa önem veren cemiyetlerin ve rejimlerin çocuklarında ve gençlerinde görülen idealist yönelmeler kayda değer.

Meselâ komünist veya nasyonal sosyalist rejimlerin kurnazca ve gayelerine uygun olarak kullanılmış olan terbiye ve yetiştirme metodları sayesinde kendi yönlerinden elde ettikleri başarılı neticeler gözden kaçmamalıdır.

Keza, bu terbiye ve yetiştirme vasıta ve metodlarının başı boş bırakılışının yıkıcı tesirleri de liberalliği ile tanınmış bazı milletlerde acı ile müşahade edilmiş ve millî ölçüdeki kriz anlarında bu cemiyetler hatalarının günahını ağır şekilde ödeyerek uyanmışlardır.

Filhakika, ayrı hayat telâkkilerine sahip cemiyetlerde yetişen çocukların birbirlerinden hayli farklı görüş ve inanışlara sahip olarak yetiştikleri bir realitedir. Meselâ, komünist veya totaliter bir rejimde yetişmiş bir çocukla, kapitalist veya liberal demokratik bir cemiyette yetişmiş olan çocuğun şahsî mülkiyet ve ferdi hürriyete olan hürmet ve riayetlerinin aynı olamayacağı ve olmadığı aşîkârdır.

Keza memleketin coğrafî durumu ile ikliminin de çocukların ve insanların karakteri üzerinde müessir olduğu görülüyor. Mesela, dağlık mıntıka çocuklarıyla ova ve sahil çocukları; şehir çocuklarıyla köy çocukları arasında bariz yetiştirme ve düşünme farkları vardır.

Hatta kutuplara yakın memleketler halkları ve çocukları ile sıcak memleketler sakinleri ve onların çocukları arasında farklar mevcuttur. Nitekim adli istatistikler Akdeniz mıntıkası sakinleri için daha az öğünülecek bir manzara göstermesine mukabil erken olgunlaşma, yaratıcı zekâ ve cevvaliyet bakımından bu mıntıka halkı ve çocuklarının şimalilere nisbetle daha avantajlı oldukları müşahade ediliyor.

Yukarıda zikrettiğimiz harici tesirlerin dışında çocuğun karakteri üzerinde rol oynayan bir takım içe dönük ve tabii amilleri de zikretmek icabeder. İrsiyeti, arızalı doğumları, aklî ve bedenî çeşitli hastalıkları bu meyanda zikretmek gerekir.

Lombrozo'nun suçlu tipi, onun zannettiği kadar kat'i ve mukadder değilse de, yaradılışı itibariyle suç işlemeye müsait kimseler ve çocuklar bulunduğu muhakkaktır. Nitekim (Dugdala ve Eastbrook) taraflarından (Jukes) ailesi ve bu ailenin tarihi üzerinde yapılan araştırmalarla, hamburgda 500 suçlunun kendileri ve aileleri üzerin-

de yapılan tetkikler neticesinde, suçlulukta müessir olan ve irsen intikal eden bir takım kalıtlar olduğu anlaşılmıştır. Tilki yavrusunun tavuğa karşı olan meyli derecesinde olmasa da, ailenin bazı vasıflarının çocuğa intikal ettiği ve meselâ, asabî mizaçlı bir çiftin çocuklarının da ekseriya kendilerine benzediği görülmektedir.

Suçlulukta cinsiyet farkının da kendini hissettirdiği görülüyor. Meselâ, bütün cemiyetlerde gerek büyüklerde, gerek çocuklarda erkek suçluların miktarı kadın ve kız suçlulardan daima bir kaç kere daha fazla. Diğer taraftan işlenen suçlar arasında da esaslı farklar var. Meselâ, fuhuş, çocuk düşürme, büyük mağazalardan ufak tefek şeyler aşırma ve zehirlemek suretiyle adam öldürme kadın suçlularda daha çok görüldüğü halde, şiddet ile işlenen cürümler erkek suçluların özelliğini teşkil ediyor.

Netice olarak şunu diyebiliriz ki Ceza Hukukunun bu günkü seviyesi artık yetişkin bir suçlu için acahi suçun bütün günahını sadece suçlunun omuzlarına yüklemeye müsait değildir. Suçlu bir çocuk olduğu zaman, bu günahın hemen hemen tamamının büyüklerinde ve onların teşkil eylediği cemiyette bulunduğu tereddüdsüz kabul edilmektedir. Hakikaten suçlu çocuklar, büyük ekseriyeti itibariyle içinde yetiştikleri cemiyetin masum kurbanlarıdır denebilir ve terbiye ve ıslâha müstait bulunmaları sebebiyle de yeniden faydalı vatandaşlar haline getirilmeleri pekâlâ mümkündür.

İşte bu sebeptendir ki, ileri cemiyetlerde suç işlemiş çocuklar için (Ceza vermek) usulü henüz terkedilmemiş olsa bile pek istisnâî halere inhisar eylemektedir. Bu memleketlerde evvel emirde çocuk suçluluğunu önleyici müessir tedbirler alınmakta, buna rağmen işlenen suçların çocuk faileri hakkında da sadece terbiye is ıslâh yoluna gidilmektedir.

III

ÇOCUK SUÇLULUĞUNU ÖNLEYİCİ TEDBİRLER

Bu tedbirler iki sınıfta mütalaa etmek mümkündür. Birincisi, ilk suç önleyici tedbirler; ikincisi, tekerrürü önleyici tedbirlerdir.

İlk suçu önleyici tedbirlerin başında çocuğun sağlığının, tahsil ve terbiyesinin temini ve bu mühim işin ana ve babanın mutlak keyfine bırakılmaması geliyor. Bu maksatla ileri cemiyetlerin kanunlarına hukukî ve cezaî hükümler ve müeyyideler konmuştur.

Ana ve baba çocuklarını, onların ruhi ve bedenî bakımdan normal gelişmelerini temin edecek şekilde yedirip giydirmek, tahsil ve

terbiyesine dikkat etmek mecburiyetindedirler. Bu onlar için bir vazifedir. Bu vazifenin ifasında yapacakları en küçük ihmâl veya gösterecekleri yetersizlik derhal vazifeli organların müdahalesini icab ettirmelidir.

Bu müdahale, icabı hâle göre nasihattan, çocuğun kendilerinden alınarak hususî veya resmî bir müesseseye tevdiine kadar giden muhtelif derecedeki tedbirleri ihtiva eder.

Bizde de medenî kanunun velâyet ve vesayete ve bunlara merbut hak ve vazifelerin ihmâl ve suistimali takdirinde velâyet ve vesayetin nezine veya tebdiline mütealîk hükümlerle, ceza hukukumuzun çocuklar aleyhine işlenen cürümlerin tedibine mütedair hükümlerinden ayrı olarak çıkarılmış bulunan 5387, 6972 sayılı kanunları ve bunların tatbiki ile ilgili talimatnameyi zikredebiliriz.

Suçlu çocukların mükerrir olmalarını önleyici tedbirler meyanında ise hususi çocuk zabıtası ve çocuk mahkemeleri ihdası ile islâh müesseseleri kurulması gelmektedir. Bu konular üzerinde daha ileride ayrıca durulacaktır.

IV CEZA HUKUKUNDA «ÇOCUK» MEVHUMU VE CEZÂİ EHLİYET

Umumiyetle kabul edilen tarife göre ceza hukuku bakımından (çocuk), yaşının küçüklüğü sebebiyle bedenî ve ruhî tekâmülü henüz tamamlanmamış olan ve bu nedenle kanun tarafından korunan ve özel muameleye tabi tutulan genç insandır.

Cansız cisimlere ve hayvanlara dahi ayırmasız ceza tatbik edilen iptidai devirlerde çocuklarda işledikleri suçlardan dolayı büyükler gibi cezalandırılıyorlardı. Zamanla, bedenî ve ruhî gelişmesi henüz tamamlanmamış, iyi ve kötüyü tefrik için henüz yeterli olgunluğa ulaşmamış çocuklara karşı daha müsamahalı davranmak gereği idrak edilmeye başlandı. Umumiyetle, henüz bülüğ çağına ermemiş olan ve aşağı yukarı 11, 12 yaşlarından küçük olanlar çocuk adedildi ve müsamahalı muameleye tabi tutularak nisbeten hafif cezalarla tecziyeleri yoluna gidildi.

Hakikaten bülüğ çağı uzviyetin tekâmülünde esaslı bir dönüm noktası teşkil etmektedir.

Bilâhare, (ilk çocukluk çağı) dediğimiz ve umumiyetle 7 yaşından aşağı olan devre için mutlak cezaî ehliyetsizlik kabul edildi.

Daha sonra (büluğ çağı) tefriki yerini (fark ve temyiz) kudretinin tayinine terketti. Bu suretle cezaî ehliyet yaşı biraz daha ileriye yani 14-15 yaşları civarına kadar yükseltilmiş oldu.

Bu yeni anlayışa göre, farik ve mümeyyiz olanlar ceza görebilir kabul edilmek te, olmayanlar cezadan muaf tutulmakta ve ancak gerekirse haklarında hususi tedbirler iddihazı düşünülmektedir.

Gittikçe terkedilmekte olmasına rağmen hâlâ birçok memleketlerin ceza kanunlarında ve özellikle ceza kanunumuzda (fark ve temyiz) mefhumuna önemli bir yer verilmiş bulunmaktadır.

O halde fark ve temyiz kudreti nedir ?

Fark ve temyiz kudretinin tarifinde hukukçular ittifak edemiyorlar. Bir kısmına göre bu «iyiyi kötüden ayırma» kudretidir. Diğerlerine göre ise «yasak olanla, olmayanı bilmek» den ibarettir.

Türk Ceza Kanununun 54 ncü maddesinin 2 nci fıkrasında «eğer çocuk işlediği fiilin bir suç olduğunu fark ve temyiz ile hareket etmiş ise» dendiğine göre ikinci görüşü benimsemiş olduğu görülmektedir.

Tarifi ne olursa olsun fark ve temyiz kudreti, varlığı ile yokluğunun tayin ve tefriki çok güç, mücerret bir mevhumdur. Suç işleyen bir çocuğun temyiz kudretiyle hareket edip etmediği çocuğun yaşma, maddî ve manevî gelişme derecesine ve işlediği fiilin mahiyetine göre mahkeme tarafından takdir edilmek icab eder. Mahkeme isterse bilirkişiyede müracaat edebilir. Bu bilirkişi bir doktor olabileceği gibi bir pedagoji mütehasısı da olabilir.

Ancak, bizdeki tatbikatta farik ve mümeyyiz bulunup bulunmadığı mevzu bahis olan çocukların bu durumunu tesbit tamamen tıp doktorlarına bırakılmış gibidir. Sadece vuku bulacak itiraz veya şikâyet üzerine çocuğun bir uzman hekime veya sıhhi heyete yahutta adlî tıp müessesesine sevki düşünülmektedir.

«Cezaî ehliyet» diğer deyimle «cezaî rüş» ün tayini hususuna gelince : Cezaî ehliyet için muayyen bir yaş tesbiti ceza nazariyatında tartışmalıdır. Umumiyetle bununun sunî bir tefrik olduğu kabul edilmektedir. Fakat tatbikattaki faydaları da inkâr edilmiyor.

Hakikaten, cezaî ehliyet yaşını bil farz 18 olarak tesbit etmiş bir ülke için, bu yaş neden 17 veya 19 değilde 18 olarak tesbit edilmiştir ? gibi bir sorulduğu zaman bu suale tatmin edici bir cevap almak hayli müşgüldür. Esasen insanların aklî ve bedenî gelişmeleri de her zaman birbirine uymamaktadır. Bu fark bünyeye,

yetişmeye, tabiî ve coğrafî şartlara tabi olarak değişmektedir. Meselâ, kutuplara yakın mıntıklardaki bir çocuğun aklî ve bedenî inkişafı ile üstüvaî mıntıkadaki yaşıtının inkişaf dereceleri arasında dikkate değer farklar müşahade edilmekte ve sıcak memleketler çocuklarının daha çabuk olgunlaştıkları görülmektedir.

Buna rağmen cezaî bakımdan tam ehliyet için bir yaş tesbitindeki pratik faydalar bunu zaruri kılmaktadır. Aşağı yukarı bütün ceza kanunları bir zecaî rüşt yaşı kabul etmiş durumdadır.

Ancak, tesbit edilen cezaî rüşt haddi muhteliftir. Meselâ : Irak, Suriye, Lübnan ve Mısır'da bu yaş 15; Belçika, Avusturalya, Kanada, Meksika ve Birleşik Amerika'nın bazı eyaletlerinde (Newyork, Alabama, Kansas) ta 16; İngiltere ile eski dominyonlarının çoğunda, Polonya ve Amerika Birleşik Devletlerinin bir kısmında (Mişigan, Missouri) de 17; Almanya, Fransa, Avusturya, Hollanda, Lüksemburg, İsviçre, Norveç, İsveç, Finlandiya, Danimarka, Çekoslovakya, İtalya, Romanya, Ürdün Çin, Tayland, Brezilya ile Kanada'nın ve Birleşik Amerika'nın bazı eyaletlerinde (Manitoba, Kebek, Kolorado, Arizona, Florida) ve Türkiye'de 18; Şilide 20; Yunanistan ve Perude 21 dir. Bu fark, ilk nazarda akla gelebileceği gibi memleketlerin ve halkların coğrafî ve tabiî şartlarından ileri gelmeyip, daha ziyade o memleketin kanun yapan organlarına o sırada hâkim olan görüşlerin farklı olmasından mütevellittir. Bil farz bir çok şimâl ülkesinde cezaî ehliyet yaşı 17 ilâ 18 olduğu halde bir akdeniz memleketi olan Yunanistan'da 21 dir. Nitekim yine bir akdeniz memleketi olan Türkiyemizde de 1953 yılındaki tadilattan evvel bu yaş 21 olarak tesbit edilmiş idi.

Bir çok memlekette (cezaî rüşt) yaşı (medenî rüşt) yaşından eveldir. (Meselâ, Fransa'da bunlar sırasıyle 18 ve 21 olarak tesbit edilmiştir).

Bununla beraber bu memleketlerin ekserisinde suçlu çocuklar hakkında alınan terbiye ve islâh tedbirleri medenî rüşt yaşına kadar uzatılabilir. Diğer bazı memleketlerde ise medenî ve cezaî rüşt yaşları aynıdır. (Meselâ Türkiye ve Birezilyada olduğu gibi). Bir kısım memlekette ise kız ve erkekler için ayrı ayrı cezaî ehliyet yaşı tesbit edilmiştir. (Meselâ Birleşik Amerika'nın Oklahoma eyaletinde bu yaş erkekler için 16 kızlar için 18, Kentucky ve ilinois te erkekler için 17 kızlar için 18, Wyoming'de ise erkekler için 18 kızlar için 21 dir.

Mamafih bu görüş kız çocuklarının erkeklere nisbetle daha erken olgunlaştığı yolundaki tıbbî ve ilmî kanılara aykırıdır. Nitekim

birçok memlekette evlenme ehliyeti için kabul edilen yaş haddinin kızlar için daha aşağı şekilde tesbit edilmiş bulunmasının sebeplerinden biride bu kanaat olsa gerekir. Meselâ, evlenmeye ehliyet yaşı Fransa'da kızlar için 15 erkekler için 18, Türkiye'de ise kızlar 14 erkekler için 17 dir. Bununla beraber iki cins için böyle değişik evlenme yaşları tesbitinin erkeklerin evin reisi sayılmasından ve evin geçimini temin ile birinci derecede mükellef tutulmasından ve bu iş için ehil çağa gelmelerinin daha genç yaşta mümkün olamayacağına umumiyetle kabul edilmesinden ileri gelmiş olması daha ziyade akla yakındır.

Umumiyetle ceza kanunları her türlü cezaî ehliyetten muaf bir (ilk çocukluk) çağı kabul etmektedirler. Buda bir memleketten diğerine değişmektedir. Meselâ, Filipinler, Avusturya, Birmanya, Tayland, Hindistan, Pakistan, Irak, Suriye, Lübnan, Mısır, Cenubi Afrika, Yunanistan, Kolombiya ve Birleşik Amerika'nın bazı eyaletlerinde bu yaş 7; aynı devletin bazı eyaletleriyle İngiltere'de 8; İsrail'de 9; Arnavutluk ve Bolivya'da 10; Türkiye'de 11; Romanya, Polonya, Macaristan ve Meksika'da 12 dir. Böylece çocuklar için evvela biri mutlak muafiyet, diğeri tam ehliyet yaşı olmak üzere asgarî ve azamî iki yaş tayin etmiş olan kanunların çoğu bu iki yaş arasında da ayrıca tefrikler yapmışlardır. Meselâ, Türkiye'de 11; 15; 15 - 18; İsviçre'de 7 - 15; 15 - 18; Yunanistan'da 7 - 12; 12 - 18 ve 18 - 21 yaşları arasındaki cezaî mesûliyet dereceleri farklı bulunmaktadır.

Bu devrelerden mutlak muafiyeti haiz olan birincisine (ilk çocukluk); mahdut ehliyetle bunu takip eden ve umumiyetle farik ve mümeyyiz olup olmadıkları araştırılarak kısmî ehliyete sahip bulunup bulunmadıkları tesbit edilen ikinci kategoriye (bülüğ çağı); onu takip eden kısmî ehliyet devrine de (bülüğ sonrası) veya (delikanlılık) yahutta (ilk gençlik) devresi denmektedir.

Yukarda Yunanistan misalinde görüldüğü gibi bazı memlekeler bu sonuncu devreyi iki kısımda mütalaa ederek farklı hükümler koymuşlardır. Bir kısmı da İsviçre'de olduğu gibi yeni reşit olmuş gençler hakkında (18 - 25) daha mülâyim ve indirimli cezalar uygulamakta veya bu cezaların infazı sırasında, daha ziyade, ferdi cemiyete yeniden kazandıracak umumî ve meslekî eyitim yapılmaktadır.

İncelenmesi gereken diğeri bir hususta yaş hesabındaki usûllerdir. Kanunumuza göre yaş hesabı resmî takvime ve nüfus kaydına müsteniden yapılır. Görünüşün nüfus kaydına uymadığı ahvalde hakiki yaşın tesbiti ve karar altına alınması için tahkikatın bulunduğu safhaya göre hukuk veya ceza mahkemelerinde dava açmak ve

tashih cihetine gitmek mümkündür. Yaş hesabında çocuğun doğduğu gün 9 ay 10 günlük olduğu ve iki ay 20 gün sonra bir yaşını doldurmuş olacağı yolundaki çinli telâkki revaç bulmamıştır. Kanunumuza göre çocuk doğduğu gün ve saatin yıldönümünde bir yaşını ikmâl etmiş sayılır. Eğer doğduğu saat belli değilse doğduğu günün son saatinde, günü belli değilse doğduğu ayın son gününde ve ayda belli değilse doğduğu senenin son ayında doğmuş olduğu kabul edilir. Yaşın yukarı ucunu hesapta ise suçun işlendiği tarihi nazara almak usûlü hemen bütün memleket kanunlarında kabul edilmiştir. Mütamadî ve müteselsil suçlarda suçun işlediği tarih olarak temadi ve teselsülün bittiği an suç tarihi olarak keza kabul edilmektedir.

V

SUÇLU ÇOCUKLARIN TAKİBİ, YARGILANMALARI, TERBİYE VE İSLÂHI

a) TAKİBAT :

Bütün iyi organize edilmiş memleketlerde ve bilhassa bu memleketlerin büyük şehirlerinde suçlu çocuklarla meşgul olmak üzere hususi zabıta ekipleri teşkil edilmiş ve bunlar gerekli eyitime tabi tutularak özel şekilde yetiştirilmişlerdir. Bu ekipler ve mensupları vazife gördükleri şehrin çocukları tarafından tercih edilen oyun ve eğlence yerlerini devamlı olarak kontrol altında bulundurur ve onlar tarafından teşkil edilen gruplarla küçük çeteleri ve bunların elebaşılarını yine devamlı olarak göz altında tutarlar. Bu çetelere dahil olan veya çete mensupları tarafından kullanılmak tehlikesine maruz bulunan çocukların veli veya vasilerini durumdan derhal haberdar ederler.

Suç işleyen çocuklar hakkındaki tahkikatlar da bu ekiplere mensup ve ihtisas kesbetmiş memurlar tarafından yapılır. Ayrıca suçlu çocukların mazisi, yaşayış tarzları hakkında çocuk mahkemeleri tarafından talep olunacak malûmatın önemli bir kısmını bu ekiplere mahsus elemanların tanzim edecekleri raporlar ve icabında şifâî olarak verecekleri izahat teşkil eder.

Bu özel zabıta, ihtisası dolayısıyla hem suç işlenmesini önlemekte ve hemde suç işleyen çocukları bulup çıkartmakta çok faydalı hizmetlerde bulunmaktadır.

Keza büyük şehirlerde mevcut adalet dairelerinde münhasıran suçlu çocuklarla meşgûl olan Savcı yardımcıları ve hatta sorgu hâ-

kimleri mevcuttur. Bu ihtisaslaşma çok faydalı neticeler vermektedir. Ancak bu suretle çocuk mahkemelerinin gerektirdiği seri ve verimli çalışmalar kabil olmaktadır.

b) YARGI ORGANLARI :

1 — Tarihi bilgi :

Geçen asrın sonuna kadar suçlu çocuklar büyükler gibi umumî mahkemelere sevkedilmekte idiler. Fakat 19 ncu asır boyunca çocuk suçluluğunun süratle artışı terbiyecileri ve kriminalistleri olduğu kadar kanun yapıcılarını da bu meseleyle ilgilendirdi ve neticede görüldü ki normal mahkemeler suçlu çocuklar için zararlı ve kifayetsiz olmakta ve onların islâhını güçleştirmektedir. Zira bu mahkemelerin kuruluşları ile tatbik eyledikleri usûlü muhakeme çocuklar için ağır, haşin ve şekilci bir görünüm arz etmekte ve çocuklar üzerinde derin izler bırakan darbe tesiri yapmaktadır. Filhakika, umumî mahkemelerin tabi oldukları merasim ve haiz oldukları mehabet çocuğu ya korkutup ürkütmekte, yahutta kendisini büyümüş bir insan, bir kahraman zannetmesine sebebiyet vermektedir. Bu durum ise onun islâhını güçleştiren esaslı sebeplerden biri haline gelmektedir. Hakikaten çocuklar için normal mahkemelerin bu gün haiz oldukları dekora hiçte lüzûm yoktur. Mahkemenin ve hâkimin çocuklar için haiz olması icabeden görünümün, onları içinde buldukları müşgüllerden kurtaracak ve koruyacak bir sığınak mahiyetinde olması icabetmektedir. Ayrıca umumî mahkemelerin tatbik eyledikleri tahkik usulleri de çocuk davaları için kifayetsizdir. Zira çocukların suç işlemelerinde kendi serbest iradelerinden evvel yetiştikleri süre içinde buldukları şartların büyük rolü olduğu artık tereddütsüzce kabul edilmektedir. Binaenaleyh onlar hakkındaki tahkikatın gayesi yalnızca suçu ve suçluyu meydana çıkarmak değil ve fakat masum bir varlığı suçlu iskemlesine oturtan amilleri bulup ortaya koymak olmalıdır. Zira bu gibi çocukların terbiye ve islâhı istikametinde takip edilecek yolun seçiminde toplanacak bu bilgilerin çok büyük önemi olduğu aşikârdır.

Ayrıca çocuğun maddî ve manevî gelişmesini açıklayacak şekilde ruhî ve bedenî muayenesinin yaptırılması ve bununda toplanan bilgilere ilâve edilmesi icabetmektedir.

İşte bu düşüncelerledir ki 19 ncu asrın sonlarına doğru çocuklar için hususî mahkemeler teşkiline ve mütehassis hâkimler yetiştirilmesine tevessül edildi.

İlk deneme Amerika Birleşik Devletlerinde yapıldı ve oradan bütün dünyaya yayıldı. Filhakika, ilk çocuk mahkemesi 1878 de Massachusetts eyaletinde çalışmaya başladı. 1889 da İllinois ve 1901 de Pensilvanya eyaleti mahkemeleri bunu takip ettiler. 1925'te birleşik Devletlerin ekserisinde çocuk mahkemeleri kurulmuştu 1945 ten beri ise bütün eyaletler çocuk mahkemelerine sahiptir. Diğer kıtalarda sırasıyla Norveç (1900), İsveç (1902), Romanya (1903), Danimarka, İngiltere, Mısır (1905), Avusturya (1907), Portekiz (1911), İsviçre, Belçika, Fransa, Almanya (1912), Macaristan (1913), İspanya, Rusya (1918), Avusturya, Polonya (1919), Kolombiya (1920), Hollanda (1921), Japonya (1923), Peru, Yunanistan (1924), Yeni Zelanda (1925), Brezilya (1927), Şili (1928), Kanada, Yugoslavya, İtalya (1929), Meksika (1931), Uruguay (1934), Guetemala (1937), Venezuela, Lüksemburg (1939), Ekvator (1944) olmak üzere Devletlerin çoğu çocuk mahkemeleri teşkili yoluna gitmiş ve zaman geçtikçe ilk çıkardıkları kanunlar üzerinde değişiklikler ve yenilikler yaparak kurdukları müesseselerin tekamülüne çalışmışlardır.

Bizde de 1945 ve 1952 yıllarında çocuk mahkemeleri teşkili ile ilgili kanun tasarıları hazırlanmışsa da muhtelif sebeplerle kanunlaştırılmaları henüz kabil olmamıştır. Bu konudaki gecikmemizi burada büyük üzüntü ile kaydetmek icabeder.

2 — Çocuk mahkemeleri teşkilinde muhtelif sistemler :

Esas ve müşterek gaye çocukları umumî mahkemelerden alarak mütehasıs elemanlardan müteşekkil, şekilcilikten uzak ve özel yargılama usûlüne göre vazife yapan ihtisas mahkemelerine tevdi olmakla beraber muhtelif memleketler tarafından kurulan çocuk mahkemelerinin bünyeleri arasında esaslı farklar mevcuttur.

Kuruluşları bakımından bu mahkemeleri üç grupta mütalaa etmek mümkündür.

1 — Adli Sistem :

Bu sistemde çocuk mahkemeleri mevcut adli cihazın bir şubesi addedilir ve meslekten yetişen hâkimler tarafından teşkil olunarak adalet saraylarında vazife görürler. Bu mahkemelerin hâkimleri de diğer hâkimlerle aynı statüye sahiptirler ve bu mahkemelerden diğer mahkemelere naklen tayinleri her zaman mümkündür.

Ancak çocuk hâkimlerinin seçimlerinde bu mevzu ile ilgilenmiş olanlar tercih olunur.

Bazı memleketler çocuk mahkemesi hâkimi seçilebilmek için en az 5 veya 10 sene hâkimlik etmiş olmak, 30 veya 40 yaşını aşmış bulunmak, evli ve hatta çocuklu olmak gibi bazı munzam şartlarda koymuşlardır.

Adli sistemin lehinde ve aleyhinde görüşler ileri sürülmüştür. Aleyhinde bulunanlara göre, ihtisas kesbetmiş hâkimlerden müteşkil olmasına ve istisnaî usulü muhakemeye tevfikân vazife görmesine rağmen meslekten yetişme hâkimlerden kurulan ve adliye binası içerisinde çalışan bir mahkeme adalet cihazının klâsik ve alışılmış havasından ve alışkanlığından kendisini kurtaramaz. Sert ve şekilci kalmaya mahkûmdur.

Busistemin lehinde bulunanlara göre ise, meslekten yetişen hâkimlerin sertlikten ve şekilcilikten uzaklaşmalarının zannedildiği kadar zor olmadığı, bilakis bu hâkimlerin haiz oldukları hukukî bilgi ve meslekî karakterin kendileri tarafından teşkil edilecek çocuk mahkemeleri için otorite ve bilgi yönünden teminat teşkil edeceği yönündedir. Ayrıca adli sistemdeki kanun yolları teminatı da bir başka tercih sebebi kabul edilmektedir.

II — İdarî Sistem :

Bu sistemde çocuk mahkemeleri adli mekanizmadan tamamiyile müstakil olup, mahallî belediye, eyitim ve sağlık dairelerinin mümessilleriyle o yerde faaliyette bulunan ve devletçe tanınmış olan hayır ve çocuk koruma müesseselerinden seçilecek temsilcilerden teşekkül etmektedir.

Bu mahkemeler, bu sistemi kabul etmiş bulunan memleketlerde çeşitli isimler altında faaliyette bulunmaktadırlar. Meselâ : İsveçte bu mahkemelere «çocuk koruma meclisi», Danimarkada «çocuk koruma encümeni», Norveçte ve Polonya'da ise «Vesayet Meclisi» ismi verilmektedir.

Bu sistem hakkındaki kritiğe gelince : Bu mahkemelerin hukukî bilgi yönünden kifayetsiz, kararlarında duygusal ve sır saklamaya daha az elverişli oldukları merkezindedir.

Halbuki çocuk mahkemelerinin ilk plânda gözönünde tutmaları gereken hususlardan biri de tahkikat konusundaki ketumiyet ve her ne şekilde olursa olsun çocukların teşhirini önlemektir.

III — Mutavassıt Sistem :

Aralarındaki çeşitli farklılıklara rağmen, bu sistemde toplanmaları mümkün olan çocuk mahkemelerinde meslekten yetişme hâkimlerle bazı idarî organ mümessillerinin veya sağlık ve pedagoji uzmanlarının birlikte çalıştıklarını görmekteyiz. Meselâ, Guetemalada çocuk mahkemesi meslekten Yetişme bir hâkimin başkanlığında mülkî idare, belediye, maarif ve sağlık daireleri mümessillerinden tekerrüp ediyor. Meksikada ise çocuk mahkemesi bir avukat bir doktor ve bir pedagoptan teşekkül ediyor.

Bize gelince, bir an evvel kurulmaları temenniye şayan olan çocuk mahkemelerimizin adliye camiasına bağlı olarak ve uzmanlaşacak hâkimlerin riyasetinde kurulup icabında doktor ve pedagoj gibi meslek sahiplerinin iştirakini temin suretiyle takviyesinin tercihe şayan olacağı kanaatindeyiz.

Diğer bazı memleketlerin tatbik ettikleri değişik sistemleri de mutavassıt sisteme ithâl etmek mümkündür. Şöyle ki : Bazı memleketler hakikaten uzman elemanlardan müteşekkil çocuk mahkemelerini sadece büyük şehirlerinde kurmakla yetinip diğer yerlerde işi umumî mahkemeler hâkimlerinden kurulan ve çocuk mahkemelerinde cari usûle göre yargılama yapan umumî mahkemelere tevdi etmektedirler. Bu gün memleketinin her tarafında müstakil çocuk mahkemeleri teşkiline muaffak olmuş devletlerin sayısı nisbeten az olup hemen hepsi uzun veya kısa sürelerle yukarda arz edilen safhayı geçirmişlerdir.

Bazı memleketler ise, kanunla çocuk mahkemeleri teşkil etmeden evvel, büyük şehirlerindeki savcı, hâkim ve mahkemelerinden bazılarını ve adlî zabitanın bir bölümünü münhasıran çocuk suçluların takip ve muhakemesine tahsis etmek suretiyle bir nevi fiilî ihtisaslaştırma yoluna gitmişler ve sonrada çıkardıkları kanunlarla çocuk mahkemelerini kurduklarında yetişmiş eleman sınıktısı çekmemişlerdir. İtalya ve Yunanistan uzun süre bu usulü tatbik etmiş memleketler arasındadır.

Diğer bazı memleketler ise, hususi mahkeme teşkil etmedikleri gibi fiili uzmanlaştırma yoluna dahi gitmiyerek sadece umumî mahkemelere sevk edilen çocukların muhakemelerinde gizliliğe riayet, resen müdafii tayini ve icabında çocuğun duruşmadan vareste tutulması imkânı gibi yumuşatıcı mahiyette usulî istisnalar kabul etmekle iktifa etmiş durumdadırlar. Bunlar meyanında Finlandiya, Cenubî Afrika ve memleketimiz zikredilebilir.

3 — Çocuk mahkemelerinin vazife ve selâhiyetleri :

I — Vazife :

a) Suçlu bakımından :

Hiç şüphe yokki çocuk mahkemelerinin şahıs yönünden konuları suçlu çocuklardır. Ceza hukuku yönünden kimlerin çocuk sayıldıkları ve cezaî ehliyet bahsi üzerinde yukarıda durmuştuk. Ancak, bazı tahkikat gecikmeleri sebebiyle yetişkin kimselerin de henüz genç yaşlarında işledikleri suçlardan dolayı çocuk mahkemeleri huzuruna çıkmaları mümkündür. Bazı memleketlerde bu husus onlar için bir nevi hakkı müktesep kabul edilmektedir.

Diğer taraftan bazı memleketlerde büyükler tarafından çocuklar aleyhine işlenmiş bulunan suçlarla, velâyet veya vesâyet hak ve vazifelerinin ihmâl veya suistimali ile ilgili bir kısım davaların rüiyeti vazifesi de çocuk mahkemelerine tevdi edilmiş bulunması sebebiyle keza yetişkinlerin çocuk mahkemeleri huzuruna çıkarıldıkları görülmektedir.

Ayrıca bazı kanunların, hiyaneti vataniye teşkil eden suçlarla, idam, müebbed hapis gibi bazı ağır cezaları gerektiren cürümlerin çocuklar tarafından işlenmesi halinde bunları askerî veya umumî mahkemelere tevdi eylemeyi tercih etmeleri neticesi bazı memleketlerde bir kısım çocuk suçlunun çocuk mahkemelerinin yetkisi dışında bırakıldığı görülmektedir.

b) Suç bakımından :

Çocuk mahkemelerinin hangi nevi suçları rüiyet edeceği noktasında muhtelif memleketler mevzuatı arasında esaslı farklar mevcuttur.

Bazı memleketler, çocuklar tarafından işlenen bütün suçları ve hatta yukarıda zikrettiğimiz gibi velâyet hakkının, vesayet vazifesinin ihmâl ve suistimali şeklinde büyükler tarafından çocuklar aleyhine işlenen bazı suçların muhakemesini çocuk mahkemelerine tevdi etmek suretiyle bu mahkemelere geniş bir faaliyet sahası tanımaktadırlar. Hatta bu memleketlerden bir kısmı suçlulukla alâkası olmayan ve sadece korunmaya muhtaç olan çocuklar hakkında gerekli tedbirleri almak yetkisini de bu mahkemelere tanımak suretiyle çocuk suçluluğunu önleyici tedbirler alanında da çocuk hâkimlerine önemli görevler vermiş bulunmaktadırlar. İngiltere,

Belçika, İtalya, İspanya, Romanya, Kolombiya bu memleketler arasında zikredilebilir.

Diğer memleketlerden bazısı kabahat nevinden hafif suçları (Fransa gibi), bazısı da bunun aksine yukarıda işaret edildiği şekilde bazı ağır suçları (Almanya gibi), çocuk mahkemelerinin görevi dışına çıkarmışlardır. Bunlardan birinciler, çocuklar tarafından işlenmiş olan kabahat nevinden fiilleri hususi bir önem atfına değer bulmamakta ve ancak istisnâî hallerde bu gibi fiillerin faillerini çocuk hâkimi huzuruna sevketmekte, diğerleri ise bazı mühim suçların muhakemesini normal usulü muhakemeye tabi tutmayı veya yargılamanın normal mahkemelerde yapılmasını toplumun menfati ve tatmini yönünden zarurî addetmektedirler.

Büyüklerle küçüklerin iştirak halinde işledikleri suçların muhakemesine gelince : Burada da çeşitli sistemler müşahade edilmektedir. Bazı kanunlar umumî mahkemelerin selâhiyetini asıl ve kaide olarak kabul ediyor (İngiltere olduğu gibi); bazı kanunlarda ise küçüklerin kendi mahkemelerine sevkleri zarurî sayılıyor ve davaları tefrik ediliyor.

4 — Çocuk mahkemelerinde tatbik olunan usûlü muhakeme :

Bu mahkemelerin en karakteristik yönlerinden birini tabi oldukları hususî usûlü muhakeme teşkil eylemektedir. Bu usûlün esaslı prensiplerini şu şekilde sıralamak mümkündür.

a) Tahkikatta yumuşaklık :

Çocuklar için mahkemeler artık, sadece ceza verilen yüzü soğuk, korku verici yerler olmaması gerektiği gibi; hâkimlerde sadece ceza veren korkulu ve haşin insan hüviyetini terketmelidir. Çocuk mahkemesi yukarıda zikredilenin aksine, suç işleyecek derecede müşkül duruma düşmüş çocukların bir nevi sığınağı ve dertlerine çare arayacakları bir yer, çocuk hâkimleri ise koruyucu ve kurtarıcı bir insan ve yerine göre tatlı sert olmayı bilen bir baba hüviyetini haiz olmalıdır.

b) Tahkikatta genişlik :

Çocuklar hakkındaki tahkikatın gayesi büyüklerde olduğu gibi sadece suçu ve suçluyu ortaya koymaktan ibaret olmamalıdır. Bu tahkikat aynı zamanda suç işleyen çocuğun mazide ve halde içinde bulunduğu maddî ve manevî şartları, bedenî ve ruhî gelişme

derecesini, kısaca bunu suç işlemeye müsait hale getiren hatta bazen zorlayan asıl amili meydana çıkaracak mahiyette olacaktır. Zira ilerde onun islâhı yolunda alınacak tedbirlerin muaffakiyet şansı birinci derecede bu teşhisin doğruluğuna bağlıdır.

c) Gizlilik :

Çocuk suçlular hakkındaki tahkikat ve muhakemenin her türlü teşhir tehlikesinin dışında cereyan etmesi icabettiği gibi, bilhas- sa basın yolu ile ve hatta imâ suretiyle dahi suçlu çocuğun teş- hirini menetmelidir.

d) Merasimden uzaklık :

Çocuk mahkemeleri her türlü gösteriş ve şekilcilikten uzak olarak tam bir mahremiyet ve samimiyet havası içinde çalışmalıdır.

e) Geniş takdir hakkı :

Çocuk hâkimine ve çocuk mahkemelerine tahkikat ve muha- kemede gayet geniş hareket serbestisi ve takdir hakkı tanımak, icabında ona hadiselerle resen el koymak ve tahkikat sırasında ilgili makam ve müesseselerden her türlü yardım ve müzaheretini talep etmek imkânı verilmek gerekir.

Hüküm sırasında ise gerek hâkime gerek mahkemeye, içlerin- den en müasibini seçmeye imkân verecek şekilde çeşitli tedbir yol- ları tanımak gereklidir. Keza hükmedilen tedbirin çocuk üzerinde müşahade edilecek tesirine göre tâdili imkânının da hâkim ve mah- kemeye tanınması icabeder.

Klâsik usûlü muhakemenin, tahkikat hâkimi ile hüküm veren hâkimi ve infaz organlarını yekdiğerinden ayıran ve ayrı ayrı ellere tevdi eden prensibinden ayrılarak çocuk hâkimine aynı zamanda tahkikat yapmak, muhakeme etmek, hüküm vermek ve infazı kontrol ederek icabında evvelce ittihaz olunmuş olan hükmü tadil et- mek imkânını tanımak lâzım gelmektedir. Zira yukarda da arze- dildiği veçhile çocuk hâkimi bir nevi doktor durumundadır. Ve suçlu çocuğun muayenesi ile birlikte hastalığının teşhis ve tedavisi de aynı ele tevdi edilmelidir.

VI
SUÇLU ÇOCUKLAR HAKKINDAKİ HÜKÜMLERİN İNFAZI
V E
TERBİYE VE İSHÂL MÜESSESELERİ

Bugün artık bir çocuğa klâsik manada ceza tayini bir hâkimin en son olarak aklına gelmesi gereken bir husus olarak kabul edilmektedir. Aslolan çocuğun terbiye ve islâhıdır.

Şayet çocuğa ceza vermek kaçınılmaz hale gelmiş olsa dahi, esasen yaşına göre muayyen nisbetler dahilinde azaltılarak hükmedilmesi icabeden cezanın sadece adı cezadır ve infazındaki usûl ve gaye tamamıyla onun islâhına çalışmaktan ibaret olacaktır.

Çocuk mahkemeleri ile onları tamamlıyan diğer teşkilâtın iyi organize edilmiş olduğu memleketlerde suçlu çocukların terbiye ve islâhı için hastane ve mektepten, elverişli şekilde hazırlanmış hâpishaneye kadar bir seri müessese mevcut olup bu müesseselerde çocukların bedenî ve ruhî tedavilerinden tahsillerine, ziraat işçiliğinden kalifiye sanayi işçiliğine, ressamlıktan marangozluğa kadar çeşitli meşguliyet ve öğrenim dalları mevcuttur.

Mütenevvi atölyelerde her yıl hayatını alın teriyle kazanmanın hazzını tatmış yüzlerce iyi niyetli insan yetiştirilmektedir. Bu sahada, henüz kâfi miktar ve genişlikte olmamakla beraber bizimde iyi kurulmuş, iyi işleyen ve kurulmakta olan müesseselerimizin mevcut bulunduğunu memnuniyetle ifade edebiliriz. Ancak biraz evvel ifade edildiği gibi bu müesseseler miktar ve genişlik itibarıyla henüz yeterli değildir.

Hâkimlerimizin bu hususu gözönünde tutarak hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırmak mecburiyetinde kaldıkları küçüklerin bu cezalarının tecil sınırı içinde bulunması halinde ve müstahak buldukları takdirde onlardan bu lütfü esirgememeleri hâkikaten temenniye şayandır.

VII
S O N U Ç

Yukardaki izahatımızda suçlu çocuklar meselesinin bu günkü durumunu, önemini ve meselenin hal şekilleri üzerindeki çeşitli görüş ve çalışmaları tebarüz ettirmeye gayret ettik.

Önleyici tedbirler meyanında, bilhassa ilk suçluluğa mani olmak üzere, korunmaya muhtaç çocukların lâyiki veçhile yardım ve

himaye görmelerinin şart olduğunda ne kadar ısrar edilse azdır. Bu bakımdan korunmaya muhtaç çocukların himayesi hakkındaki kanunumuzun hazırlanması ve çıkarılmasında hizmeti geçmiş olanlara korunmaya muhtaç yavrularımız adına minnetlerimizi ifade ederken, bu kanunu tatbik mevkiinde bulunanlardan da azami titizliği göstermelerini, ulusumuzun istikbali adına, temenni ederiz.

Suçluluğun tekerrürünü önlemek maksadıyla de çocuk mahkemelerinin daha fazla gecikmeden kurulması ve ıslâh müesseselerinin ihtiyaca cevap verecek miktar ve seviyeye ulaştırılması icabettir.

Zira, bir milletin istikbalinin, o milletin çocuklarını yetiştirmesindeki muaffakiyetine bağlı olduğu hususu çok söylenmiş olmakla beraber ne kadar tekrar edilse yeridir.

Bu etüdü, Birleşik Amerika çocuk hâkimlerinin Lindsay'in meşhur cümlesiyle bitirmek isterim : «Bir çocuk bir bisiklet çaldığı zaman, önemli olan cihet, bisikletin akibeti değil, çocuğun akibetidir».

BİBLİYOGRAFYA

- EREM FARUK Dr. : *Ceza Hukuku Önünde Suçlu Çocuklar*, (Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1940).
- EREM FARUK Prof. Dr. : *Türk Ceza Hukuku*, Ankara Üniversitesi yayını, 1960.
- EREM FARUK Prof. Dr. : *Türk Ceza Kanunu*, Akay Kitabevi, Ankara 1948.
- DÖNMEZER SULHÎ Ord. Prof. Dr. - ERMAN SAHİR Doç. Dr. : *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul Üniversitesi yayını, 1959.
- DÖNMEZER SULHÎ Ord. Prof. Dr. : *Dedroit Çocuk Mahkemesi*, (İzmir Baro Dergisi, 17)
- GÖZÜBÜYÜK ABDULLAH Dr. : *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara 1960.
- GÖZÜBÜYÜK ABDULLAH Dr. : *İsviçre Küçükler Ceza Mahkemesi*, (Adalet Dergisi, sayı : 10, 1942).
- GÖZÜBÜYÜK ABDULLAH Dr. : *Le Probleme'de L'Enfance Delinquante' en Turquie* (Revue de Criminologie, 1954).
- ŞENSOY NACİ Prof. Dr. : *Çocuk Mahkemeleri Tarafından Verilen Kararlar ve Bunlar Aleyhine Kanun Yolları* (Adalet Dergisi, sayı : 12, sene 1939).
- ŞENSOY NACİ Prof. Dr. : *Çocuk Mahkemeleri ve Nezaret Altında Serbesti Sistemi*. (İş Dergisi, sayı : 34, sene 1943, sayı : 144, sene 1953).
- ŞENSOY NACİ Prof. Dr. : *Çocuk Mahkemeleri*, (Siyasal Bilgiler Dergisi, sayı : 1-4, sene 1950).
- KUNTER NURULLAH Prof. Dr. : *Suçlu Çocuklar ve Çocuk Mahkemeleri*, İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı : 1, sene 1949.
- BALKUVAR ZİYA : *Fransız Çocuk Mahkemeleri Kanunu* (Adalet Dergisi, 1942/3).

- ÇULLU Ş. TAYYAR : *Çocuk ve Mahkeme*, (İzmir Baro Dergisi, sayı : 10, sene 1937).
- ELDENİZ PERİHAN : *Amerika Çocuk Mahkemeleri Üzerinde İntibalar*, (Adalet Dergisi, sayı 6, sene 1951).
- KÂZİM ZAFİR Dr. : *Çocuk Mahkeme ve Cezaevlerimi ? Çocuk Kurtarma Yurtları mı ?* (İş Dergisi, sayı : 34).
- ÖGET İBRAHİM ZATİ Dr. : *Çocuk Mahkemeleri Nasıl Teşkil Edilmelidir, Çocuk Mahkemelerine Yardımcı Servisler Nasıl Tanzim Edilmelidir*. Suhulet Basımevi, İstanbul 1938).
- ÖGET İBRAHİM ZATİ Dr. : *Çocuk Mahkemelerinin Lüüzüm ve Faydaları*, (Hüsnü Tabiat Basımevi, İstanbul 1944).
- SERİM CEVAT : *Fransız Çocuk Mahkemeleri, Mevzuat ve Teşkilât Üzerinde Bir Tetkik* (Adalet Dergisi, sayı : 12, sene 1939).
- TAN HADİ Dr. : *Çocuk Mahkemeleri ve Alman Çocuk Mahkemeleri Kanunu*, (Adalet Dergisi, sayı : 5, sene 1942).
- TAN HADİ Dr. : *27 Temmuz 1942 Tarihli Fransız Çocuk Mahkemeleri Kanun Tasarısı ve Gerekçesi* (Adalet Dergisi, sayı : 2, sene 1951).
- TEZAL REŞAT Dr. : *Üçüncü Milletlerarası Çocuk Yargıçları Kongresinde Görüşülen Meseleler* (Adalet Dergisi, sayı : 3, sene 1951).
- TONGUÇ TURGUT : *Çocukların Muhakemesi* (İş Dergisi, sayı : 65, sene 1947).
- SAPMAZLI HÜSEYİN Av. : *Çocuk Hakları ve Himaye Müesseseleri* (Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1943).
- GRABINSKA W. WALL IRENE : *Çocuk Mahkemeleri ve Çocuk Müesseseleri*, Çeviren : PERİHAN ELDENİZ (Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1939).
- BAYNES HAMILTON : *Çocuk Mahkemelerinin Genel Prensipleri ve Tatbikatı*, Çeviren : AKİL ÖNDER (Adalet Dergisi, sayı : 4, sene 1949).
- LORI H. HERBERT Dr. : *Çocuk Mahkemeleri Felsefesi*, (Çeviren : AKİL ÖNDER (Adalet Dergisi, sayı : 1,2,3,6 sene 1949).
- PETERS KARL Dr. : *6 Kasım 1943 tarihli Alman Çocuk Mahkemeleri Kanunu*, Çeviren : AHMET ERDOĞDU (Adalet Dergisi, sayı : 3, sene : 1946).
- POLIER VISE : *Amerikan Çocuk Mahkemeleri*, Çeviren : ENVER ERBİL, (Adalet Dergisi, sayı : 5, sene 1946).
- MUMFORD GILBETR H. : *İngiltere'de Çocuk Mahkemeleri*, Çeviren : REŞAT DENİZ (Yeni Hukuk ve İçtihatlar Dergisi, sayı : 16, sene 1950).
- MUMFORD GILBERT H. : *A Guide To The Juvenile Cout Low*. (Jordan And Sans, London 1955).
- BOUZAT P. : *Traité Théorique et Pratique de Droit Pénal* (Daloz, Paris 1951, :supl. 1956).
- STEFANI G. et LEVASSEUR G. : *Droit Pénal Général et Criminologie* (Daloz, Paris 1957).
- VITU A. : *Prosédure Pénale* (Thémis, Paris 1957).
- CHAZAL J. : *L'Enfance Délinquante* (Que sais- Je Paris, 1953).
- CHAZAL J. : *L'Enfance Devant Leurs Jugas* (Edition Familiale Paris, 1947).
- CHAZAL J. : *L'action Humaine du Juge des Enfants* (Revue de L'éducation Surveillée, Paris 1946).

- CHAZAL J. : *L'Avenir de L'institution du Juge des Enfants* (Sauv. L'Enf. Paris, 1947).
- CHAZAL J. : *Le Juge Des Enfants, Pratique Judiciaire et Action Sociale*, Paris 1948).
- CHAZAL J. : *L'Etude de la Criminologie Juvénile* (Paris Press Universitair 1952).
- CHAZAL J. et RANDET P. : *L'Organisation de la Liberté Surveillée du Tribunal Pour Enfant de la Saine*, (Revue de L'Education Surveillée 1947).
- PRIEDLANDER KATE : *La Délirquance Juvénile*, (Paris Press Universitaire, 1951).
- UNGER C. FRANÇOIS : *L'Adolescent Inadapté* (Paris Press Univ. 1957).
- LEGAL ALFRED : *Commentaire de L'Ordonance du 2 Février 1945*, (Recueil Sirey 1946/4 - 249).
- LEGAL ALFRED : *Les Pouvoirs du Juge des Enfants* (Revue de L'Education Surveillée, Maix - Juin 1947).
- VABRES DONNEDIEU de - ANCEL M. : *Le Problème de L'Enfance Délinguante Devant La Loi et la Justice Pénale* (Travaux et Recherchas Collectifs de l'Institut Droit Pénal, Paris).
- VABRES DONNADIEU de : *Commentaire sur la Loi du 24 Mail 1951*, (Daloz Dalloz, Chron, 1951).
- ANCEL M. : *L'Evolution Moderne des Tribunaux Pour Enfants*, (Revue Internationale de Droit Pénal Comparé 1948).
- POTIER : *L'Organibation des Tribunaux Pour Enfants Depuis 1939*, (Revue Sciances Pénitenciaire et de Droit Pénal 1947).
- SÍMEON J. : *La Protection Judiciaire de l'Enfant Délinquant ou en Danger*, (Paris 1957).
- COSTA : *Statut des jeunes Délinquants en Europe Occidentale* (Revue Sciances Crimenlles 1953 p. 395).
- COSTA : *La Délinquance Juvénile en France*, Paris 1951.
- CECCALDÍ P. et SYNDET H. : *Le Droit Pénal au Secours de l'Enfant*, Paris 1953.
- MORLHON FABRE De Dr. : *Place et Role du Juge des Enfants dans la Protection de l'Enfance* (These à la Faculté de Droit de Montpellier).
- SÖNMEZ SELÂHATTİN Dr. : *L'Organisation et la Compétance des Juridictions Pour Enfants*, (These à La Faculté de Droit de Montpellier, 1960).
- GILBERT PANDELE : *La Protection des Jeunes par le juge des Enfants*, (Les Edidions esf, Paris 1977).



TÜRK CEZA KANUNUNUN DAYANDIĞI DÜŞÜNCE TEMELİ, CEZALARIN SINIFLANDIRILMASI, SUÇ VE CEZA HAKKINDA BAZI SORUNLAR

CEMİL SAATÇIOĞLU (*)

GİRİŞ :

I) CEZALARIN SINIFLANDIRILMASI

II) SUÇLARIN TASNİFİ KRİTERİ

1 — Hukuki Konu Kriteri

2 — Hukuki Konu Kriterinin Sınırları

III) HUKUKİ KONU KRİTERİNİN GELİŞİMİ

A) DOKTRİN ALANINDA

a) Tabii Suçlar

b) Sosyal Suçlar

B) YASAMA ALANINDA

IV — CEZALANDIRILABİLEN EYLEMLERİN ÖZELLİKLERİ

V — AŞIRI CEZALANDIRILMALARA GİTME TEHLİKESİ

GİRİŞ :

Gelişen toplum düzeni halkın özgürlük anlayışı sosyal ve ekonomik yapıda meydana gelen değişmeler köyden kente akım ve bundan dolayı doğan sorunlar Ceza Kanunlarında da değişme ve gelişmenin zarureti ortaya koymaktadır.

Bağımsızlık savaşı veren Türkiye kendi öz varlığını korumak, modern hukuk sistemi içinde gelişmesini sağlamak için ana kanunlardan olan Ceza Yasasını Avrupa Kültür Ocağından almıştır. Hiç şüphesiz bu husus ceza alanında önemli bir rekor teşkil etmektedir. 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasasından iktibas edilen ceza kanunumuz o ülkede birer otoriter olan Laipniç, Karafalo, Mancini, Bekariye gibi *büyük hukukçular yetiştirmiştir*. Hukuk bilimi düzenli bilgilerin organik bütünlüğünü gerektirir. İşte belirtilen bilginlerin yüksek görüşünün ışığı altında düzenlenen İtalyan Ceza Kanunu Ceza Kanunumuza mehaz teşkil etmiştir. Ceza Kanunumuz incelendiğinde liberal ve ferdietçi bir temelin hakim olduğunu görmekteyiz.

(*) Yargıtay Tetkik Hâkimi.

Profesör Sulhi Dönmezer - Profesör Sahir Erman nazarı ve tatbiki ceza hukuku adlı yapıtlarının altıncı baskısında ileri bir zihniyet taşıyan tekniği ve mantığı çok kuvvetli ve Demokratik esaslara sadık bir kanun olarak kanunumuzu nitelendirmektedirler.

Yasalar toplumun bilincinden doğar. Türk Ceza Kanunu İtalya'dan alınmıştır. Bir ülke için çok mükemmel olan yasa diğer bir ülke için o derece mükemmel olmayabilir. Bu nedenle Türk Ceza Yasasını değişen koşullara göre yeniden ele alıp düzenleme yoluna gidilmelidir. Bazı maddeleri değiştirmek suretiyle yapılan değişiklik yasanın insicamını bozar. Bu itibarla bu yöntem yerine tüm olarak ele alınma yöntemi seçilmelidir.

Türk Ceza Yasası otuzdan fazla değişiklik görmüştür. 1926 yılında kabul edilmiş, o günden bu güne kadar bazı maddeler değiştirilmiştir. Bu değişimler yapılırken maddeler arasındaki beraberlik ve maddeleri ilgilendiren müşterek hükümler ve yine maddeler dolayısıyla doğan adaletsizlikler giderilememiştir. Türk Ceza Kanununun tümünün değiştirilmesi için ilk adım 1958 yılında atılmıştır. Adalet Bakanlığı 1958 yılında «Türk Ceza Kanunu Tasarısı» diye bir proje hazırlayıp yayınlamıştır. Tasarının gerekçesinde özet olarak :

a) Türk Ceza Kanunu 1926'dan buyana 30 yıl geçmiş, toplumun bünyesinde sürekli değişimler ile ilerlemeler olmuş bu nedenle kanun çeşitli tarihlerde değişikliklere uğramış 20 değişiklik 380 madde üzerinde gerçekleştirilmiş aynı kanun maddeleri bazen birkaç defa değiştirilmiş Türk Ceza Kanununun genel ahengi ve insicamı kaybolmuş, uygulamalar,, çeşitli güçlüklerle karşılaşmalar, hatta bugün kanun Yurttaşlarca gereğince anlaşılması bile güçleşmiştir.

b) Gerekçede bu nedenlerden ötürü kanun kolaylıkla anlaşılır uygulanabilecek, toplumun bünyesindeki derin değişmelerin, toplumsal ve ekonomik yaşamımızda hızla ilerlemekte olan büyük kalkınma hamlelerinin ortaya koyduğu yeni ihtiyaçları hızla karşılayacak bir duruma getirilmesinin bir zorunluk olarak belirlediği ileri sürülmektedir.

Tasarı Türk Ceza Kanunu üzerinde bir revizyon yapıldığını belirtmektedir.

c) Tasarının hazırlanmasında şu hususlar hedef tutulmuştur. Ulusal bünyenin özelliklerine uyabilecek toplumsal, kültürel ve ekonomik yaşamda beliren ihtiyaçları karşılayabilecek ceza hukuku ala-

nında ortaya çıkan yenilikleri yansıtabilecek ceza müeyyideleri ahenkleştirilmiş boşlukları doldurulmuş aksaklıkları giderilmiş bir ceza yasası hazırlamak görüşü hakim olmuştur. Şunu da belirtmek gerekir ki hazırlanan tasarılar ne doktrinde hakim olan modern ceza görüşü ve ne de uygulamada doğan aksaklıklar ve yine uygulayıcıların öngördüğü hükümler yer almıştır.

Konumuzun daha iyi açıklığa kavuşması için öncelikle suç ve ceza kavramları üzerinde durmamız gerekir. Bir toplumun varlığı ve düzenli yaşaması için varlığını ve düzenini sarsıcı durumları önleyici mekanizmanın kurulması gerekir.

SUÇ : Suç genellikle biyolojik, psikolojik ve sosyolojik düzeylerdeki olayların etkileşmesi sonucu meydana gelen ve toplum denen sistemin normal çalışmasının sonucu olan bir olgudur. (1)

Suç yasanın cezalandırdığı eylemdir. (2)

C E Z A :

Genel olarak ceza toplumda düzenin korunmasını sağlayan müeyyide guruplarından birisini oluşturan ve insanlık tarihinin başlangıcından bugüne kadar gelmiştir. Ceza kavramının günümüze kadar gelerek bütün canlılığını korumasında başta gelen etken hiç şüphesiz Devleti ve sosyal düzeni ceza müeyyidesine başvurmadan korumanın olanak dışı bulunduğuna ilişkin görüş birliğidir. (3)

Devleti ve toplum düzenini koruyan cezanın ne olduğu doktrinde çok değişik fakat her zaman belirli değişmez unsurları kapsar şekilde ortaya konmuştur.

Ceza suç işlediğinden dolayı bir kimsenin hayat hürriyet mal ve izzeti nefsi üzerinde Devletin bunları tahdit ve takyideder nitelikte koyduğu ve uyguladığı tedbirlerdir. (4)

Söz konusu tanımlardan çıkartılabilen unsurlar ceza müeyyidesinin nasıl olması gerektiğini de ortaya koyar. Bu unsurları aşağıdaki tarzda sıralamak mümkündür :

1 — Ceza faili mahrumiyetlere tâbi kılarak ona ızdırap verir, acı çektirir,

(1) Profesör Nevzat Güreli - Türk Hukukunda Ölüm Cezası ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalardaki Gelişmeler.

(2) Türk Hukuk Lûgati - Ankara, 1944 - Sayfa : 303.

(3) Profesör Sulhi Dönmezer - Sahir Erman - Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. : 2, Sayfa : 594.

(4) Türk Hukuk Lûgati - Ankara, 1944 - Sayfa : 49.

2 — Cezalar yasalar tarafından saptanır.

3 — Ceza fiilin ağırlığı ve failin sorumluluk derecesi ile orantılı olarak tertip edilir ve uygulanır.

4 — Cezanın korkutuculuk vasfı taşınması gerekir.

5 — Cezaya yargı yoluyla ve bir kararla hükmedilir. (5)

Ceza için konulan unsurlardan şu sonuçlara varmak mümkündür.

1 — İzlenen çeşitli amaçlar gözönünde tutulmak suretiyle cezaların türleri itibarıyla çeşitli bulunmaları ve bir sistem içinde aralarında bir denge ve ahenk kurulması,

2 — Cezalar çeşitleri itibarıyla korkutucu uslandırıcı ve tasfiye edici nitelikte bulunmalı. ve yerine göre bu gayelerden bazıları üstünlük göstermelidir. Bu nedenlerle cezaların çeşitli olması şarttır.

İstatistikler suç niteliğinde artış göstermektedir. Bu itibarla yukarıda belirtilen görüşlere göre ceza yasalarında değişiklik yapılması zamanı geçmiştir bile. Son 14 yıllık dönemde Cumhuriyet Savcılına gelen iş sayısında % 8 ceza mahkemelerinde % 25 Yargıtay Ceza Dairelerinde % 11,4 oranında artış vardır.

Yeni bir ceza yasası hazırlanırken doktrin ve uygulamanın ışığı altında bu yasayı eniyi tarzda hazırlayacak bilim adamları ile uygulayıcılardan müteşekkil bir komisyon kurulmalı Adalet Bakanlığının bugüne kadar takibettiği yöntem terkedilmelidir. Bunun için

1 — Sorunları teşhis,

2 — Suç işleme nedeninin araştırılması,

3 — Ceza yasasının adil ve Demokratik olma kuralı,

4 — Ferdietçilik ile toplum arasında ahenk,

5 — Müesseselere itimat besleme kuralı,

6 — Hükümlerde açıklılık,

7 — Suçluluğu önleme kuralı gözönünde bulundurulmalıdır.

I) CEZALARIN SINIFLANDIRILMASI :

Cezaların sınıflandırılmasında kullanılacak kriterin ne olması gerektiği önemli bir sorundur. Doktrinde cezalar çeşitli yönlerden sınıflandırmaya tâbi tutulmuştur. Halbuki nitelikleri bakımından konuları veya maddiyatları bakımından, hukuki süreleri veya ağırlıkları yönünden bilimsel bakımdan tasnif edilmesi gerektiği görü-

şü en uygun bir yöntemdir. Türk Ceza Kanununun 11 nci maddesi yasal açıdan diğer bir deyimle hukuki nitelikleri yönünden cezaları sınıflandırmaktadır.

Birinci tasnif şekli genel kısım ve özel kısım ayırımıdır. Genel kısmın konusu suçta suçluya ve müeyyideye ilişkin genel doktrindir.

Özel kısım ise cezalandırılabilen eylemlerin önceden tesbiti konusunda genel olarak duyulan zaruret sonucudur. Onun için ne gibi suçların ayırıcı özelliğini ortaya koyan ceza müeyyidesi gerek ferdin başlıca yararını etkilemesi gerek Devlet içinde bir kısım külfetler doğurması nedeniyle müeyyidelerin en ağıridir. Öyle ise ne gibi durumlar da ceza müeyyidesine başvurulacağı önceden bilinmelidir. Suçların yasada bir bir gösterilmesini gerekli kılan bir başka husus da hukukun belirli davranışları sadece yasaklamakla yetinmeyip bunları ayrıca bir değerlendirmeye tâbi tutmasıdır. Bu değerlendirme yasaklanan eylemler için tesbit edilen cezalarda ortaya çıkar. Şu halde suçların bir bir tesbiti bunları sadece herhangi bir cezayı gerektirmiyen eylemlerden ayırmak için değil aynı zamanda diğer suçlardan ayırmak için de gereklidir. Türk Ceza Kanunu birinci maddesinde yasanın açık olarak suç saymadığı bir eylem için kimseye ceza verilemez. Yasada yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz, hükmü ile kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralını benimsemiştir. 334 sayılı Türkiye Cumhuriyet Anayasasının 33 ncü maddesinde kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak yasa ile konur hükmü ile de yasalarda suçların ne olduğunun ve bu suçlara verilmesi gereken ceza ve tedbirlerin belirtilmesi gerektiğinin zaruretine değinmiştir.

Suçların yasada tarif ve tesbiti gerektiğinin kuralı sonucu suçların tasnifi üzerinde durmak gerekir. Suçları guruplar, alt guruplar halinde düzenlemek hukuk bilimi ve yasama tekniği yönünden bir zorunluktur. Suç talitürlere ve katagorilere bölünebilen genel bir kavramdır. Suçların yasadaki tasnifi herşeyden önce Yurttaşlara güvenlik kuvvetlerine C. Savcılara ve Hâkimlere işlerliği öğrenilen suç eyleminin yasadaki yerini ve ait olduğu suç cinsi ile ilgili olarak unsurlarını ve modalitelerini kolay bir şekilde saptamak olanağını verir. Bu tasnif sayesinde çeşitli suçlar arasındaki benzerlik farklılık ve ilişkiler belirlenmiş olur. Suçların tasnifi zorunluğu bilimsel ve yasal alanda kendisini hissettirmiştir. Bu tasnifin diğer bir yararı da suç teşkileden eylemler arasındaki hukuki-etik bir karşılaştırma olanağının doğmasıdır. Bu karşılaştırma sonucu yasanın yasakladı-

ğı dolayısıyla hukuken meşru sayılmıyan çeşitli hareketlerin ahlak-sızlığın ve suçluluğun daha iyi kavranması yönünden toplum şuurunda eğitici bir etkiye sahibolma olanağının doğmasıdır.

II) SUÇLARIN TASNİFİ KRİTERİ :

Suçları tasnif ederken kriter olarak gözönünde bulundurulması gereken önemli konu olması dolayısıyla bunu ncelemeye çalışalım.

1 — Hukukî Konu Kriteri : Suçlar çeşitli kriterler kullanılmak suretiyle tasnif edilmiştir. Tasnifte suçun manevi unsuru failin saiki ve failin tehlikeyi yahut suçlu tipi gibi subjektif nitelikteki bir tasnif ortaya çıkar. Buna karşılık olarak tasnifte hareket, sonuç, yasal tipe uygunluk, pasif suje, ceza ve suçun hukuki konusu gibi objektif nitelikteki kriterlerden biri de esas alınabilir. Sonuç olarak denilebilir ki, suçların tasnifinin suçun objektif ve subjektif bütün unsurlarına dayandırmak suretiyle yapmak mümkündür.

Suçların tasnifi yapılırken güdülen amaç önemlidir. Bu önem suçların ağırlığını nitelik ve vasıflarını amaç olarak yapmayı gerektirir. Objektif ve genel nitelik taşıyan hukuki konu kriteri olduğunda şüphe yoktur. Burada güdülen amaç suçun pasif sujesine ait olan, suçun nev'inin değişmesine değinen ve suç tarafından ihlâl edilen hukuki varlık veya hukuki yarardır.

Suçların sadece pratik değil aynı zamanda bilimsel değere de sahip ve birçok yasalarda görülen empirizmi yok edebilecek bir tasnifinin ancak hukukî konu kriterine göre yapılabileceğini ortaya koymak güç değildir. Ceza Hukukunun genel kısmında yeralan pekçok müessesede objektif ve subjektif unsurların birarada bulunmasına rağmen özel kısım esas itibarıyla objektif kritere göre düzenlenmiştir.

Çeşitli yasalar incelendiğinde suçların tasnifine ilişkin tekniğin yasal tiplerin tesbitine paralel olarak suçların hukuki konusunun müterakkî bir şekilde tâyini ile teşkil edildiği ve geliştirildiği ve görülür. Ceza normları sadece emredici değildir. Değerlendirici bir nitelikte taşıdığı gözönünde alınırsa hukuki konunun sadece yasalar tarafından izlenen teknik bir kriter olmayıp suçların tasnifi ve özel kısmın sistemleştirilmesi yönünden bilimsel bir kriter olduğu da kolayca anlaşılır.

2 — Hukukî Konu Kriterinin Sınırları :

Suçların ve dolayısıyla özel kısmın tasnifinden beklenen yararları eniyi bir şekilde ortaya koyabilen tasnifin hukuki konu kriterine

göre yapılabileceği yukarda belirtildi. Bu kriterin mantığı ve hukuki sınırlarını belirtmek gerekir. Hukuki kriter üzerine kurulan bir tasnif esas yönü ile suçların vasıflarını yansıtır. Yalnız bu kritere göre suçların ağırlığını yansıtan bir tasnif ortaya koyma olanağı bulunmaktadır.

Yasa etik politik ekonomik ve sosyal düşüncelerden hareketle değişen zaman içerisinde hukuki varlık yönünden de önemli bir durum yaratır ve buna göre kriterin tercihinde yukardaki sorunlar gözönünde bulundurulur. Ceza hukukunun amacı beşeri varlık ve yararları bunlar için zararlı veya tehlikeli olan hareketlere karşı korumak olduğuna göre bir suç tarafından zarar verilen veya tehdit edilen varlığı tesbit etmek ceza yasasının belirli bir hareketi ceza tehditi altında yasaklamak suretiyle varmak istediği amacın saptamaktan başka bir anlam taşımaz. Diğer bir deyimle ceza yasasının izlediği amaçlara göre yorumlamak anlamına gelir. Bu nedenle münferit suçlar tarafından saldırıya uğrayan hukuki varlık veya yararın saptanması doğrudan doğruya ceza yasasına dayanarak gerçekleştirilebilir.

III) HUKUKİ KONU KRİTERİNİN GELİŞİMİ :

Suçların tasnifinden esas alınması gereken kriterin hukuki kriter konusu olduğunu belirttikten sonra doktrin ve yasama alanındaki gelişim üzerinde duralım.

A) DOKTRİN ALANINDA :

Suçların tasnifinde suçun hukuki konusu kriterine dayandırılması klâsik ekolün eseridir. Bu konuyu ilk kez suçlar ve cezalar adlı eseriyle Beccaria ortaya atmıştır. Adı geçen eserler toplumun yararı yönünden herkişinin yapmaya ve yapmamaya zorunlu olduğu şeye aykırı hareketlerden ibaret olan kabahatlerin yanısıra cürümleri ihlâl edilen hakkın niteliğine göre iki katagoriye ayırmaktadır. Bunlardan birincisi doğrudan doğruya topluma veya toplumu temsil edenlere ikincisi ise yurttaşın hayatına veya malına veyahut onur ve güvenliğine tecavüz eden cürümlerden meydana gelmektedir. Bu esastan hareket eden Filangreri cürümlerin tüm olarak sınıflandırılmasında ilk adımı atmıştır. Bu bilim adamına göre cürümlerin genel sınıflandırılmasında konularına dayanılarak belirli sınıflara veya guruplara ayırmak gerekir.

Suçların tam ve organik ilk sınıflandırılması Carrara tarafından ortaya atılmıştır. Carrara cezalandırılan eylemlerin tanım sınıflan-

dırılmasını objektif kritere diğer bir deyimle saldırıya uğrayan hakkın niteliğine göre yapılabileceği görüşünü ileri atmış ve daha sonra hakları evrensel ve özel haklar olmak üzere iki guruba ayırmıştır. Birinci gurup toplumu meydana getiren tüm kişilerin müşterek hak ve yararları olup ikinci gurup ta ise sadece bir kişiye, biraileye veya belirli sayıda kişilere ait olan haklar yer almaktadır. Bunun sonucu sosyal ve tabii suç ayırımı ortaya çıkmaktadır.

a) Tabii Suçlar :

1 — HAYAT : 2 — Beden bütünlüğü, 3 — Kişi özgürlüğü, 4 — Onur, 5 — Aile ve mülkiyet.

b) Sosyal Suçlar :

1 — Genel Adalet, 2 — Kamu huzuru, 3 — Kamu güvenliği, 4 — Genel ahlâk ve âdap, 5 — Genel sağlık, 6 — Kamu ekonomisi, 7 — Din ve Devletin güvenliği olmak üzere ayrılmaktadır.

B) YASAMA ALANINDA :

Uygulamadaki önemine binaen yasama alanında suçun ayırımı kriteri önem kazanmaktadır. 1810 sayılı Fransız Ceza Yasasında üçlü bir ayırım yer almakta idi. Yasaya göre suçlar cinayet, cünha ve kabahat olarak ayrılıyordu. Bunlar da kendi aralarında bir sınıflandırılmaya tâbi tutulmuş idi. Daha sonra yapılan değişmeler başka guruplar da ilâve edilmiştir. 1872 de kabul edilen Alman Ceza Yasası özel kısımda yeralan suçları 30 guruba ayırmaktadır. Bu ayırım ve dağılıfta bir sıra güdülmemiştir.

Türk Ceza Yasasının alındığı İtalyan Ceza Yasası ve bunun değişiklikleri sonucu bugün yürürlükte bulunan 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası suçun hukuki konusuna ilişkin çalışmaların sonucu yüksek düzeye ulaşmıştır. Bu düzeye ulaşmak için bilimsel çalışmalardan yararlanmış, zararlı anlayışlardan uzak kalmabilmiştir. Yasa koyucu suçları eylemin, kullanılan araçların ve faildeki saiklerin dış şekillerine göre değil suçun hukuki konusu kriterine yani suç tarafından zarar verilen veya tehlikeye konulan hukuki varlık veya yarara göre sınıflandırma amacını gütmüştür. Ceza Yasamız mehz İtalyan Ceza Yasasındaki sistemi esas almıştır. Yalnız 1930 yılında kabul edilen İtalyan Ceza Yasasındaki üçlü sistemi değil 1830 şeklindeki cürüm ve kabahat olmak üzere iki dereceli sistemi kabul etmiştir. Bu yapılırken Bakanlık raporuna göz atacak olursak raporda tasnifin eyle-

min hukuki konusu kavramına yani suçun amacı olan hakkın cinsine dayandığı hususunun belirtildiğini görmekteyiz. Türk Ceza Kanununun ikinci kitabı özel kısmı kapsamaktadır. Medeni toplumu meydana getiren kişilerin bütünü için müşterek olan veya kişisel veyahut toplu halde nazara alınan kişilere ait olan belirli hukuki varlık veya yararlaraya yönelik tecavüzler şeklinde değiştirildikleri kolayla anlaşılır. Bu nedenle Türk Ceza Yasasının ikinci kitabında yer alan cürümler bu cürümlerle saldırıya uğradıkları kabul edilen hukuki varlık veya yararların en genel müşahadesine göre onbaba ayrılmıştır. Bab'ları sırasıyla sayacak olursak a) Devletin kişiliği, b) Hürriyet, c) Devletin idaresi, ç) Adliye, d) Kamu düzeni, e) Kamunun itimadı, f) Kamunun selâmeti, h) Adab'ı umumiye ve aile nizamı, i) Şahıs ve mal aleyhine cürümlerdir. Bab'lar fasıllara ayrılmıştır. Bu ayırımda da hukuki kriter gözönünde bulundurulmuştur. Yalnız fasıl ayırımında bazen bu kriterden ayrıldığı görülmektedir. Örnek olarak 7 nci ve 10 ncu bab'da suçun aktifsujesi 2 nci bab'da suçun maddi konusu gibi kriterlere başvurulmuştur. Ceza Kanunumuza toplu olarak gözetdiğimizde sistematik bir ayırım yapılmadığını görmekteyiz. Yasamızda ferdiyetçi görüş hâkimdir. Bu nedenle Türk Ceza Kanununun hürriyete karşı suçları Devlete karşı suçlardan hemen sonra düzenlenmiştir. Şahıslara karşı işlenen suçlar bölümünde kısırlaştırma çocuk düşürme gibi ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine işlenen cürümler yer almıştır.

Ceza Kanunu bir alettir. Bu alet istenilen tarzda düzenlenebilir. Uygulamaları kolaylaştırmak için sistemimizi maddeler halinde ifade ediyoruz. Önemli olan teoriyi geliştirirken bugünkü toplumun ihtiyaçlarına göre bugünün insanını hayattan istediklerine göre kişiyi mutlu kılacak şekilde tesis edebilmektedir. Bu nedenle bir alet ne kadar mükemmel olur ve kullanılması ne kadar kişisel ve toplumsal yapıya uygun bulunursa alınan sonuçta o nitelikte olumlu olur.

Ceza Yasası cezalandırmanın kişi hakve özgürlüklerini ihlâl etmeyecek biçimde organize edilmesini sağlayan bir enstrümandır. Bu nedenle sosyal ve ekonomik koşullar bunları etkileyen psikolojik sevk ve idare kişi ve toplumun huzuru bu aletin nasıl olması gerektiğini sağlayacaktır. Bir taraftan toplum düzeni sağlanırken diğer taraftan toplumu oluşturan kişi kavramı üzerinde de durmak gerekir. Bugün için Türk Ceza Kanununun mevcut tasnif biçimiyle günümüz Türk toplumundan uzak kalmıştır. Yasamızda eleştirilmesi gereken bir nokta da yasanın esas itibarıyla failin kişiliğini veya fiilin özelliklerini değil sonucu nazara almasıdır. Klâsik doktrine uygun olarak

sonuca göre ceza tâyin etme kuralından hareket edilmektedir. Bugün için bazı hukukçular taksirli suçların bazıları kabahatlerin ceza yasasından çıkarılması gerektiği görüşünü ileri sürmektedirler. Diğer bir kısım hukukçulara göre taksirli suçlar çoğalmaktadır. Cezanın ibret verici yönü gözönünde bulundurularak bu suçlar Ceza Yasasında yer almakla beraber daha ağır müeyyide konulması görülmüştür. Yine bazı bilim adamları kabahatler için yalnız para cezası verilmesi görüşünü savunmaktadırlar. Kanımıza göre sınıflandırmada esas hukuki kriter olduğuna göre Türk toplumunun yapısı ve değişen koşullara göre durumu değerlendirmek gerekir. Kabahat niteliğinde olmakla beraber toplumun daha ağır ceza verilmesi görüşünü benimsediği kabahat suçlarının bulunduğunu gözden uzak tutmamak gerekir.

1975 tarihli Avusturya Ceza Yasası üçlü sistemi terkederek kabahatları yasanın dışında bırakmış, suçları cinayet ve cünha olarak ayırmıştır.

Burada cünha tanımını özetlemeğe çalışalım.

CÜNHA : 1274 tarihli ceza kanununun 4 nci maddesine göre, mücazâtı tedbiyeyi yani bir haftadan ziyade hapis ve muvakkat nefih, memuriyetten tardı ve para cezasını müstelzim cürümler denmekte 1926 tarihinde değişiklikle Türk Ceza Kanununun 587 nci maddesinde «Elyevm mer'i olup cinayet, cünha ve kabahat taksimatına müstenid âhkâmı havi bulunan kanunlarda münderiç mücazâtı terhibiye ve cinayet tabirleri badema ceza kanunda muharrer müebbet veya muvakkat ağır hapis ve 5 seneden fazla hapis ve hidameti ammeden müebden memnuiyet ve müebbet sürgün cezalarıyla bunları müstelzim cürümlere mücazâtı tedbiye ve cünha tabirleri 5 sene ve 5 seneye kadar hapis ve muvakkat sürgün ve ağır cezayı nakdi ile bunları müstelzim cürümlere ve mücazâtı tekdiriye tabiriyle hafif hapis ve hafif cezayı nakti ve meslek ve sanatın tatili cezalarıyla bunları müstelzim fiillere masruf olacaktır» demekle eski maddeyi kaldırmış yasanın birinci maddesi cürüm veya kabahat demek suretiyle iki sistemi benimsemiştir.

IV) CEZALANDIRILABİLEN EĞLEMLERİN ÖZELLİKLERİ :

Yukarıda suçların ayırımını incelemeye çalıştık. Ceza Yasamızda genel ve özel bölümlerin düzenlenmesinin yapılmasının zamanı gelmiş geçmiştir bile. Değişen toplum ve ceza hukuku karşısında Türk Ceza Kanununun 50 nci yılı ve geleceği senpozyomunda Fransa mukaye-

seli hukuk merkezi başkanı ve Fransız Yargıtayı Hukuk Dairesi eski Başkanı Març Ancel sunduğu Fransız Ceza Hukuku 50 yıllık gelişimi isimli bildirisıyla tutuklama infaz mahkemelerin teşekkülü gibi usul hukukunu ilgilendiren konuları belirtirken bunların ceza yasalarında yer aldığını belirtti. Kanımızca ceza yasası ile ceza yargılama usulü yasası prosüdür yönünden yekdiğerinden ayrıdır. Objektif ceza hukuku bir ülkede uygulanan ceza kurallarının tümünü teşkil eder. İlim anlamına gelen ceza hukuku bir memlekette yürürlükte olan ceza nizamının nasıl uygulanacağını gösteren hukuki sahayı belirtir.

Objektif ceza hukukunun görev ve amacı bir toplumun esaslı yararlarına aykırı olanını önlemek suretiyle o toplumun varlık ve hayat kurallarını güvenlik altına almıştır. Bu hukuka toplumun genel düzeni için teşkil eden fiilere karşı bir sosyal savunma aracı nazarıyla bakılır. Onun için ceza hukukunu içtimai müdafayı sağlıyan bir hukuk olarak kabul etmek gerekir. Ceza yargılama usulü ise maddi ceza hukukunun koyduğu prensipleri kesin ve maddi hakikatın tayin ve tesbiti için Devletçe tanzim ve tesbit olunan usul ve kuralların bütünüdür. Ceza Yargılama usulu şekle ait bir ceza hukuku ve bunun sonucu olarak şekle ait bir kamu hukukudur. İki yasanın amaç ve yöntemine göre ceza yasasında yer alması gereken hususların usulde, usulde yer alması gereken hususların ceza yasasında bulunmaması gerekir. Örnek olarak Türk Ceza Kanununun 19 ncu maddesini belirtecek olursak infazla ilgili olduğu için usul yasasında bulunması gerekir. Türk Ceza Yasası 89. maddesi ve müteakip maddeleriyle ertelemeyi düzenlemiş, 647 sayılı cezaların infazı hakkındaki yasanın 6. maddesiyle aynı düzenlemeye girmiştir. Bu nedenle suçlar sınıflandırılıp guruplara ayrılırken bunların gözden uzak tutulmaması gerekir. Bizim bu görüşümüze cevap olarak sayın Març Ancel «Tabiidir ki bu soruyu sormakla haklısınız. Çünkü ceza usul kanununda ceza hukukuna infaz hukukuna ilişkin hükümlerin bulunması şaşırtıcıdır. Yalnız 1958 tarihli Fransız ceza yasasında tecil probasyon ve suçlunun kişiliğinin incelenmesi hükümleri yer almaktadır. Bu gibi hükümlerin yani ceza hukukuna ilişkin hükümlerin ceza usul kanunda yer almasının sebebi içinde bulunmaktan şeref duyduğum hazırlama komisyonunda meydana gelen bir eyilim dolayısıyla olmuştur. Buna göre bir kanunun hazırlanması bir fırsattır. ve bu fırsatta bütün yenilikçi düşüncelerin ortaya konması gerekmektedir. İşte bu düşünce ile kanuna bu hükümler konulmuştur. Gerçekte bir noktada haklısınız. Bu bir örnek davranış değildir, ama bu şekilde yapılmıştır. Aynı toplantıda sayın Bülent Akmanlar ise bu konuda sayın arkadaşım Cemil Saatçioğlu endişelerinde belki haklı ama

açıklıkla ifade etmek gerekirse bugün müstakil bir bilim haline geldiğini kabul etmek zorunluğunda olduğumuz modern kriminoloji mahkemelerimizin kapısından içeriye henüz girmedir. Ceza hukuku ile krimonolijinin içiçe bulunması gereği biryana usul hukuki ile ceza hukukunun ve kromolojinin birlikte mütela edilmesi de zorunludur. Böyle olunca usul ile ceza hukukunun birbirinden ayrılması ayrı düşünülmesi doğru değildir görüşünü savunmuştur.

Hiç şüphesiz kriminoloji sayın Ord. Prof. Dönmezer'in belirttiği gibi «Suç bugün halkın tecessüsünü çeken olayların başında gelmektedir. Birçok sosyolojik ve kriminolojik suç ve suçluya karşı olan bu ilginin esasını saptamak için çaba göstermiştir. Kriminolojinin incelenmesini gerektiren önemli bir nedende ekonomiktir. Suç birçok toplumlarda ekonomik kalkınmayı etkilemektedir. Onun için suçun azalması gerekmektedir. Kriminolojinin bir kere pratik faydaları vardır. Kriminoloji bazı sosyal hizmetlerden ve mesleklerde çalışacak olanlar için çok esaslı bir hazırlığı belirler. Memleketimizde suçları önlemek için az da olsa bazı çabalar göstermektedir. (6)

Sayın hocamızın bu görüşü ile hukuk ile kriminolojinin içiçe olduğu belirlemektedir. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Ancak BONGER'in tanımladığı gibi kriminoloji bütün yönleriyle suç olayını etüd eden deneysel bir bilim dalıdır. Dönmezer'in belirttiği gibi ceza hukuku ve kriminoloji aynı gerçekte uğraşan iki ayrı daldır. Bu nedenle ceza ile ilgili hükümlerin ceza usul yasasında yer alması görüşüne katılmıyorum. Uygulamada hâkimlerimiz işlenen suç için ceza yasasına başvuracaktır. Bu ise istikrar sağlayacağı gibi yanlış uygulamaları da önler.

Suçların tasnifini inceledikten sonra ceza yasasının özel bölümünde yer alan suçların sınıflandırılması üzerinde durmak gerekir. Nelerin cezalandırılması gerektiği nelerin cezalandırma dışında bırakılması ayırımı üzerinde titizlik göstermek icabeder.

Devletin amaçlarıyla cezalandırılan eylemlerin amacı çok defa çatışma halindedir. Onun için hukuk düzeni tarafından iyi karşılanmayan eylemlerdir Ancak Devletin amacı sadece müşterek hayatın temel ve zorunlu koşullarını teminat altına almak olmayıp aynı zamanda toplumun gelişmesini de teşvik etmektir. Bu husus sadece suçlara özgü bir özellik olmayıp Devletin gerek sosyal korumaya, gerekse sosyal gelişmeye ilişkin genel yarar yönünden müsaade etmeyeceği bütün gayri meşru eylemler için müşterek bir özelliktir .

Suç önlemenin en önemli yolu müeyyidedir. Bu müeyyideyi tâyin ederken suçun Devlete kamu düzenine ferde aileye ve topluma verdiği zararlar üzerinde durmak gerekir. Suç türleri değişen sosyal ve ekonomik koşullara göre değişmekte bazı suçlar azalırken bazıları çoğalmaktadır.

Suç sayılmada töre ve geleneğin yeri önemlidir. Bir zamanlar insanlara karşı acıma telakkisi başta iken bugün için hayvanlara karşı dahi acıma duygusu çoğalmış hayvanları koruma gibi dernekler kurulmuştur. Çünkü bazı eylemler vicdanı rahatsız etmeğe başlamıştır. Örnek olarak hayvanlara kötü muamele etmenin müeyyidesi olan Türk Ceza Kanununun 577 nci maddesini sayabiliriz. Bugün için Devletin görevleri de artmıştır. Kamu otoritesi sosyal hayat ilişkilerine daim daha fazla müdahale etme gereğini duymuştur. Buna örnek olarak Ekonomik durum üzerinde durmak gerekir. Gıda maddelerinin tahşiş edilmesi piyasada mal darlığı yaratmaya karşı tepki artmış ceza yasalarında bunlar için bulunan özel hükümlerin yeterli olmadığı görüşü belirmiştir.

V) AŞIRI CEZALANDIRMALARA GİTME TEHLİKESİ :

Cezalandırılabilen eylemlerin bazı özelliklerine değindikten sonra cezalandırma faaliyetlerinde beliren tehlikeye işaret etmek gerekir. Bu ise suç önlemede cezaların aşırı derecede ağır olması gerektiği görüşüdür. Ceza Hukukunun başlıca görevlerinden biri kişiyi ve sosyal varlıkları korumak olduğuna göre bu varlıklara ilişkin düzeni yeniden gözden geçirimeksizin ceza yasasının özel bölümünde gerçek bir reform düşünülemez. Yasa yapıcı suçları öngören normları yaratırken değerler hakkındaki çeşitli kültürel sosyal ve ekonomik anlayışlar alanında çok dikkatli bir seçim yapma zorundadır. Yasalar Parlamento tarafından yapıldığına göre hangi eylemin suç teşkil etmesi gerektiğini ve bunlara uygulanması gerektiren cezayı saptıyacak olan da Parlemontodur. Yasa koyucu suç yaratırken çeşitli unsurları gözönünde alacak bu arada sosyal şura başvurmakla ve belirli bir tarihi dönemdeki hayat gereklerinin değerlendirilmesini de yapmaktadır. Böyle bir seçim sonunda hukuki varlıkların yasadaki ifade edilen sistemi ortaya çıkmaktadır.

Toplum daima değişmektedir. Ceza Yasasının özel kısmını yeniden düzenlemeye kalkışırken öncelikle hukuki varlıklar düzenin yürürlükte bulunan yasadaki durumu gözönünde bulundurulmalıdır. Ceza Yasasında Devlete ve topluma ait varlıkları bozan cürümler daha sonra da kişiye ait varlıklara karşı cürümler yer almaktadır.

İtalyan Ceza Yasasının ön projesi hakkındaki raporda politik yönden örgütlenmiş bir toplumda düşünülebilen en büyük ve en önemli varlığın Devlet olduğu bu varlığı koruyan normlara öncelik tanındığı ifade edilmektedir. Hukuki alanda kriter olarak suçların ağırlığını ortaya koyan öz gözönünde bulundurulmalıdır. Yoksa hukuki norm kriteri değil, Suçları işleyen kişilerdir. İster kişisel, ister toplumsal olsun ister kişiye, ister mala isterse Devlete ve diğer değerlere karşı yönelsin cezai korumanın konusu daima insandır. Ceza Yasamızda şahıslara karşı cürümleri düzenleyen hükümlerin yasamın diğer bablarında yer alan hükümlere nazaran pekçok halde genel norm karakterine sahip oldukları görülmektedir. Bunun nedeni de insan varlığının ceza hukuku tarafından korunan bütün varlıkların merkezini ve kaynağını teşkil etmesidir. Burada bir genellik özellik ilişkisi bulunmaktadır.

Özel normların yasada genel normlardan önce düzenlenmesi yasa tekniği prensiplerine ve hukukun dogmatik kurallarına uygun düşmemektedir.

YARARLANILAN ESERLER

- 1 — Ord. Prof. Sulhi DÖNMEZER - Sahir ERMAN (*Nazari ve Tatbiki Ceza Huk.*)
- 2 — Prof. Faruk EREM (*Türk Ceza Hukuku*)
- 3 — Ord. Prof. Sulhi DÖNMEZER (*Kriminoloji*)
- 4 — Prof. Nevzat GÜRELLİ (*Türk Hukukunda Ölüm Cezası ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalardaki Gelişmeler*)
- 5 — Doç. Nevzat TOROSLU (*Suçların Tasnifi Sorunu*)
- 6 — Març ANCEL (*Fransız Ceza Hukukununun 50 Yıllık Gelişimi*)
- 7 — Türk Hukuk Lûgâtı.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE ÇOCUK SUÇLULUĞU SALGINI (*)

YILMAZ BİÇER (**)

CHICAGO. Johnny — 16 yaşında; denge dışı hareket, adiyen darp, ağır saldırı suçlarından uzun bir sicile sahip. Kandırıldığı bir şoförü, çıkmaz bir sokağa soktuktan sonra, 22 kalibrelik pistolu ile altı kez ateş ederek öldürüyor. Yeniden tutuklanıyor ama olay tanıklarının mahkemeye gelmekten çekinmeleri üzerine salıveriliyor. Şimdi başı boş.

NEW ORLEANS. Steven — 17 yaşında; ilk kez onbir yaşındayken bina içinde hırsızlık suçundan tutuklanıyor ve bir tür akıl hastalığı tanısı konarak, tedavisine karar veriliyor. Kapatıldığı hastaneden durmadan kaçıp, hırsızlıktan adam öldürmeye değin yirmiiki değişik suçtan tutuklanıyor. Yağma ve adam öldürmeye kalkışma suçlarından kovuşturmaya uğramasından dört gün sonra, genç bir hemşirenin zorla ırzına geçip öldürmekten yeniden tutuklanıyor.

HARTFORD. Touché — 19 yaşında ; takma adını bıçak kullanmadaki becerisinden alıyor. Yedi yaşından beri başı dertten kurtulmuyor : Yangın çıkarıyor, kapkaç yapıyor, araba çalıyor, evleri soyuyor, adam yaralıyor. Sonunda Connecticut'ta Meriden Erkekler İslahevine kapatılmış bir arkadaşını kurtarmak için oraya baskın yapıyor. Arkadaşını serbest bıraktırmayı başarıyor ama kendisi de daha önce onyedı kez kapatıldığı ve firar ettiği aynı islahevinin özel bir hücre sine konuyor.

WILMINGTON. Eric — 16 yaşında; önce bir serserilik suçundan hüküm giymekten kurtuluyor. Bundan sonra seksenaltı yaşında bir kadını yere yıkıp, para çantasını zorla aldığını itiraf ediyor. Kadın ise olaydan sonra üç ay geçmesine karşın hâlâ hastanede ve bir daha da yürüyeceği sanılmıyor. Eric, bu suçtan ceza olarak babasının gözetimine bırakılarak salıveriliyor. O günden bu güne hakkında üç ayrı hırsızlık suçundan soruşturma açılan Eric için, detektif James Strawbridge : «Bir gün birini öldürecek» diyor. Ama Eric, hâlâ serbest dolaşılıyor.

(*) Time Dergisi'nin 11.7.1977 günlü sayısından çevrilmiştir.

(**) Boyabat Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı.

HOUSTON. Lawrence ; komşusu olan iki erkek kardeşi öldürmekle suçlandığında onbeş yaşındaydı. Öldürdüklerinden Kenneth Elliot onbirinde, Ronald Elliot onikisindeydi. Lawrence, elini ayağını bağlayıp, kalbine iki bıçak darbesi indirdiği Kenneth'in kesik kafasını cesetten 50 feet uzağa atıyor. Cesedi hiç bir zaman bulunamayan Ronald'ı da aynı biçimde öldürdüğünü itiraf ediyor. Lawrence, Texas'ta bütün suçlu çocuklara uygulanan infaz sisteminin gerektirdiği gibi, onsekiz yaşında tahliye edilmiş bulunuyor.

Kamuoyu, çocuk suçluları, yaptıkları yanlarına kalmakla her zaman suçlardı. Ama şimdi bu, sözcüğün tam anlamıyla bir gerçek olmuş bulunuyor. Tüm Birleşik Devletler'de şaşırtıcı ve ürkütücü yeni bir suçluluk türü ortaya çıkmış durumda. Artık pek çok genç, sinemaya gidercesine ya da bir beyzbol maçına katılırcasına rahatlıkla soyuyor, ırza geçiyor, yaralayıp sakat bırakıyor, öldürüyor. Yaptığından pişmanlık duymayan yeni bir çocuk suçlu kuşağı doğuyor. Amerika'da bunlarla ilgili istatistiklerden daha korkuncu yok.

Amerika'daki tüm önemli cürümlerden (adam öldürme, zorla ırza geçme, ağır saldırı, soygun, hırsızlık) yarısı, yaşları on ile onyedi arasındaki suçlular tarafından işleniyor. 1960'tan bu yana, çocuk suçluluğundaki artış hızı, ergin suçluluğunun iki katı. San Francisco'da, «şahıslara karşı işlenen suçlar» ın % 57'si, «mallara karşı işlenen suçlar» ın % 66'dan tutuklananlar, onyedi yaşın altındakiler. Geçen yıl Chicago'da kovuşturulan tüm cinayetlerin üçte biri, yirmi ya da daha genç yaştakiler tarafından işlendi, 1975'ten % 29 daha fazlasıyla... Detroit'te geçen yıl, gençlerin işledikleri suçlar öylesine arttı ki, kent yetkilileri, onaltı ya da daha küçük yaştakilerin geceleri saat 10'dan sonra sokağa çıkmalarını yasaklamak zorunda kaldılar.

Bu suçluların, her çevre ve etnik gruptan gelmelerine karşın, çoğunluğunun, kenar mahallelerin bakımsız evlerinde, eziklik duygularıyla katılaştırmış ve bilenmiş beyaz olmayan çocuklar olduğu saptanıyor. Genellikle kendileri de toplumun kurbanları olan, kronik alkolizm, sinirsel bozukluklarla bozulmuş, ya da geçmişlerinde bir suçun sabıkası yatan ana - babaların aşağılanmış, terkedilmiş çocukları...

Çocukların, şiddete dayanan suçlarının hemen hemen yarısı, siyah derili gençler, önemli bir bölümü de İspanyol kökenlilerce işleniyor. Özellikle büyük kentlerin gecekondu bölgelerinde, vahşi gençlik, sokakların kralı kesildi. İçlerinde yakalanan olursa, mah-

kemeler hemen salıveriyor. İlgili devletin yasalarına göre onaltıdan onsekize değin değişme koşuluyla belirli bir yaşın altında olan sanık, genellikle, ona hâlâ bir çocuk muamelesi yapan çocuk mahkemesine gönderiliyor. Hatta o çocuk, birini kasden öldürmüş olsa, da yalnızca bir kaç ay içinde bırakıldıktan sonra ya ceza süresi dolmazdan çok önce serbest bırakılıp evine gönderiliyor, ya da firar ediyor ki bu durumda, çocukların gözünde ikisi arasında hiç fark kalmıyor. Bundan ötürü, kaşarlanmış çocuk suçluların, davalarına bakan mahkemelerin duruşmalarını gülererek, gerinerek, esneyerek, hatta uyuyarak izlemelerine pek şaşmamak gerek.

New York'lu bir çocuk, oniki yaşındayken, ihtiyar kadınların eşyasını yağmalamaya nasıl başladığını WCBS'nin bir radyo röportajına anlatırken : «Gençtim» diyor. «Önümde fazla zamanım olmadığını biliyordum. Eğer bir takım yanlış şeyler yaparsanız, bunları gençken yapın. Çünkü sonra zaman bulamazsınız».

Onbeş yaşında bir başka çocuk, cinayeti neden işlediğini şöyle anlatıyor : «Hiç önemli değildi. Nedenini düşünmedim. Onu öldürmek zorunda kaldıysam, öldürmek zorunda kaldığımdandı. Neden, benim gençliğimdi. O zaman bu suçtan en çok onsekiz ay yiyeceğimi biliyordum».

Miami'de onbeş yaşındaki Edward Robinson, bir ev kadınının, hem de ev polis kordonu altındayken, bıçak tehtidi ile ırzına geçmekle suçlandığında sırtıyor : «Bana ne yapacaksınız ? Çocuk mahkemesine mi göndereceksiniz ? Bir kaç saate kalmaz beni oradan salıverirler. «Robinson bu alaycı davranışın, ergin suçluları yargılayan bir mahkemede yargılanmakla ödüyor. Ama onun bu durumu bir ayrıcadır; çocuk suçluların çoğunun etkin cezalardan korusu ise bir gerçek.

Colorado Savcılar Birliği (District Attorneys' Association) yöneticisi Andreë Voght, bu gerçeği vurguluyor : «Gerçek şu ki biz toplumda imtiyazlı bir sınıf yarattık».

Bu imtiyazlı sınıf, daha genç üyelerin katılmasıyla durmaksızın genişliyor. Bunda kısmen, çocuk suçlular hakkındaki yasalara karşı bir tepkinin payı var. Esrar kaçakçılığında, yağmada, hatta kimi adam öldürmelerde, büyük çocuklar, yakalanırlarsa daha kolay kurtulabilme olanakları bulunan küçük çocuklardan yararlanıyor. New Haven'de onaltı yaşındaki Ernest Washington ile ondört yaşındaki kardeşi Erik, diğer dört çocukla birlikte, bir Yale öğrencisinin eşyasını yağmalayıp öldürmekle suçlandıklarında, yaşı küçük olan

Erik, tabancanın tetiğini kendisinin çektiğini kabul etmiştir. New Haven Savcısı Michael Whalen'e «Bana en çok verebileceğiniz iki yıldır» diyen Erik, ergin suçluları yargılayan bir mahkemeye gönderildi. Geçen ayki yargılamasında ne oldu dersiniz ? Erik, ateş edenin kendisi olduğunu inkâr etti. Ama bu inkârın da ona bir yararı olmadı. Sonunda suçlu bulunup onbeş yıldan ömürboyuna değin hapis cezasına hükümlendirildi. Whalen o'nun hakkında : «Hiç pişmanlık ya da vicdan azabı belirtisi göstermedi» diyor. «Bir çılgın gibi sırtıyordu. Her halde cezaevinin, daha önce bulunduğu yerlerden çok daha kötü olmadığını düşünüyordu».

Bu tür hesaplı davranışlar dışında, çocuklarda bir gelişme daha görülüyor : Sadizmden erken yaşta hoşlanma. III. Cook County Çocuk Mahkemesi Başkanı Yargıç William S. White'a göre suçlulukta aşağı yaş limitine ulaşılmış olsa gerek. Altı yaşında bir çocuğun adam öldürebileceğini sanmıyorum» diyor. Ama pek emin olmamalı. Geçenlerde Washington D.C.'da altı yaşındaki bir çocuk, otomobilden çektiği benzini, uyuyan komşusunun üzerine boca edip, kibritle tutuşturarak adamın yanışını seyretmiş bulunuyor.

Kızlar da şiddet olaylarına giderek daha çok bulaşıyor. Onsekizinden küçük kız çocuklarının önemli suçlardan tutuklanma oranı, 1970'ten 1975'e değin, erkek çocukların % 24 artış oranına karşılık % 40'a tırmanmış durumda. 1975'te tüm şiddet suçlarından tutuklananların % 11'ini kızlar ve kadınlar oluşturdu. Chicago Polisi, geçen ay, yaşlı kişiler arasında korku salmış ve yaşları ondört - onaltı arasında altı kızdan oluşan bir çete yakalandı. Son suçları, altmışsekiz yaşında bir adamı insafsızca dövmek. Olayı anlatan Polis Teğmeni Lawrence Forberg «Şaşırdım» diyor. «Kızlar kurbanlarına karşı öylesine öfke içindeydiler ki hiç birinin gözünden bir damla yaş akmadı. Ben genç kızların bu denli katı olabileceklerini ilk kez gördüm».

ÖLDÜRMENİN BEDELİ :

Genç suçlular avlarını genellikle en savunmasız kurbanlardan seçiyor : Çocuklar, yaşlılar, sakatlar, hastalar ve körler... Bunlar bıçaklanıyor, yumruklanıyor, ateşli silâhlarla yaralanıyor. Sonra ka kırılmış organları ve korkuyla damgalanmış yürekleriyle, üç kez kilitledikleri kapılarının arkasına çekiliyorlar. Bir çoğu artık geceleri evlerinden çıkmaya cesaret edemiyor; bir kısmı gündüzleri bile sokağa çıkmayı göze alamıyor. Genellikle yoksul ve tahsilsiz oldukları için kime, nasıl yakınmak gerektiğini de bilemeyen bu insanların acıları, gizlendikleri köşelerden duyulmuyor.

New York'taki bir çocuk suçlular müessesesi müdürü «Bunda ne yenilik var» diye soruyor. Yaşlı insanlara saldırılar yıllardır sürdürülüyor. Gençlerin gözönüne alınması gereken ve kendilerine özgü bir değerler sistemi olduğunda direnen bu müdürün ulaştığı karamsar sonuca göre çocuklar, kendilerine fırsat tanımayan bir topluma işte böyle başkaldırıyorlar. Manhattan'ın yukarı Doğu yakasında, çıkaracak bir göz arayarak dolaşan bir genç, bu konuda garip bir değer yargısı sergiliyor : Bu güne değin bir otobüs şoförüne, bir gazeteciye, Mısır'lı bir turiste, Demokratik Parti'nin Manhattan eski başkanı Edward Costikyan'ın oğluna ve diğerlerine saldırdığı bilinen bu çocuk, yaş küçüklüğünden ötürü hiç tutuklanmadı.

Elizabeth Griffth adında seksendört yaşında bir zenci kadın, New York'taki apartmanında iki zenci çocuk tarafından dövülüşünü şöyle anlatıyor : «Nefesim tutulmuş, duygularım sağırlaşmıştı. Artık darbelerin acısını bile duymuyordum. Büyük çocuk, küçüğe vur dedikçe, küçük gelip bana tekrar vuruyordu. Küçük çocuğa bakıp, utan dedim. Önümde açılan ölümü görmüş, sanki ölmüştüm. Tanrı'ya yakarmaya başladım. Kendi kendime ne karabasan bu, ne karabasan diyordum».

Evet, uygar bilinen bir toplumda asgari koşul olan kişi dokunulmazlığına bile güvenemeyen daha bir çok kimseler tarafından paylaşılan bir karabasan. Harlem'de, ölüm olaylarını araştıran zenci detektif Jim Wilson'un dediği gibi «Herkes istediği zaman sokağa çıkabilmeli».

Araştırmacılar bıkip usanmadan, çocuk suçluluğunun yaygınlaşmasında işsizliğin, kötü barınmanın, yetersiz okulların ve «getho» denen kendine özgü kapalı toplumlar içinde yaşamının doğurduğu ruhsal bozukluğun olumsuz katkıları bulunduğunu haklı olarak söyleyip duruyorlar. Fakat bunun yanı sıra göz önüne alınması gereken başka bir gerçek daha var : Suçların dalga dalga yayılan etkilerinin, en sonunda bir kenti baskısı altına alarak, yaşama biçimini bozduğu. Halk, kentlerin merkezlerine inmekten korktuğu için dükkânların, tiyatroların, lokantaların işleri giderek azalıyor. Onların yerini, içlerinde suçluların cirit attıkları porno evleri, masaj yerleri denen fuhuş yuvaları, kumarhaneler, yerden mantar biter gibi bir hızla alıyor. Bir başka ölüm olaylarını araştırma detektifi William Lndon'a bakılırsa, Harlem gibi kentlerin nüfusunun onda biri, işlenen suçlar yüzünden bozulmuş durumda. William Lndon : «Sanki orada doktorun her gün ameliyat ettiği bir kanser olayı var» diyor. Hemen hepsi de zenci olan Harlem'in mağaza ve

dükkân işletenleri, soygunları engellemek kaygısı ile ekseriya iş yerlerini günün yirmidört saatinde açık tutuyor. Ama iş yerlerinde kaldıkları sürece, kendilerine saldırılma olasılığını da artırıyorlar. Bunların içinde, daha önce midesinde soyguncular tarafından vurulan altmış yaşlarında babacan bir manav da var. Tüm yaşamını, bütün gece açık tuttuğu dükkânında geçiriyor. Camekânın üzerindeki çelik levhaları kısmak suretiyle içeri girmeyi beceren hırsızların, yirmi kasa birayı tepe penceresinden sürüye sürüye götürdüklerini anlatırken, düşüncelerini «Bunun için kendi milletimi kamçılayamazdım ya» inançsızlığıyla belirtiyor. Harlem'li iş adamları arasında, umutsuzluğa kapılıp, işlerini bırakanların sayısı arttıkça işler daha da kötüleşiyor. Queens' N. Y.'de bin kişi kadar işçi çalıştıran bir düzüne işveren, kendilerini sürekli olarak soyan gençlik çetelerine karşı etkin önlemler alınmadıkça, iş yerlerini bir süre için başka yerlere taşımakla tehdit ediyorlar. Çeteci çocuklar ise cezalandırılmayacaklarından öylesine eminler ki, saldıracakları yerleri daha önceden yetkililere bildirmekten bile çekinmiyorlar.

Okullar, genellikle haklı olarak, çocuklara en basit becerileri bile kazandıramamakla suçlanıyor. Ama bir çok kentlerde okullar da, şaşırıp kalmış öğretmenlerin, zamanlarının çoğunu düzen ve disiplini sağlamaya harcadıkları suçlu yuvalarına dönüşmüş durumda. Geçen yıl Birleşik Devletler'de 70.000 öğretmenin saldırıya uğradığı ve okul yapılarındaki tahribat tutarının 600 milyon dolar'a ulaştığı FBI raporlarında belirtiliyor. New York Kent'inde her bir okul günü, okul kaçağı öğrencilerin sayısı 200.000 olarak tahmin ediliyor. Bunların bir kısmı da, sınıflarda başlarına gelebilecek tehlikelerden korunmak için savuşuyor. Bu ay bir devlet araştırma komisyonunda dinlenen onaltı yaşındaki Felix Davila, okulundaki çetelerin öğretmenleri korkutmaları ve kız öğrencileri banyo dairelerine sokup, kendileriyle cinsel ilişkide bulunmaya ya da uyuşturucu madde kullanmaya zorladıkları için okuldan uzak durmayı yeğlediğini anlatmış bulunuyor. Onaltı yaşındaki Miguel Sanchez de «Vahşiler Kabilesi» denen bir çetenin okul yönetimine tümüyle egemen olduğunu aynı komisyona açıklarken diyor ki: «Onların bütün yaptıkları adam dövmek, ırza geçmek». Ben kendimi kurtardım».

UNUTULAN GERÇEKLER :

Tarihte genç suçlularına karşı bu denli savunmasız başka bir toplum bulabilmek için çok uğraşmak gerekir. İngiltere'de, Sanayi Devrimi sıralarında aç çocukların oluşturduğu çetelerin sokakları

doldurup, gelip geçenlere korku saldıkları bir gerçek. Ama o çocukların suçlarında belirgin bir neden vardı : Yoksulluk onlar yiyecek sağlamak için öldürürlerdi.

Yoksullukla suç işleme arasında hâlâ bir ilişki bulunduğu açıktır. Ama bu ilişki şimdi daha incelmış durumda. Bir kez, yoksul çocukların büyük çoğunluğunun suç işlemediğini görüyoruz. Sonra, mükerrer suçlular, ghetto toplumlarından da gelseler, ekseriya, soydukları kurbanlardan daha çok parası olanlar. Bunların bazıları, uyuşturucu madde satışı ve kapkaçılıktan, her istediklerini satın alabilecek kadar fazla kazanıyor. Bir hırsız çocuk, bu gibilerin davranışını açıkladığında «anlarsınız ya» diyor «hep aynı ayakkabıyı gitmekten usanıyorlar. Değişiklik, örneğin bir çift siyah ayakkabı istiyorlar». Böyle ayakkabıları, abur cubur bir sürü yiyeceği, parlak giysileri, bir araba ve kuşkusuz tabancalar satın aldıktan sonra bir delikanlı daha ne ister ? Hiç bir şey ya da tepişmek... Manhattan'daki bir problemlili çocuklar okulu öğrencisine göre : «Saldırmak ve kapıp kaçmak bir oyundur. Çocuklar böyle şeyleri eğlenmek için yapar».

Miami'de biri ondört, diğeri onyediyi yaşlarında iki çocuk, elinde sebze paketleriyle evine döndüğü sırada yakaladıkları ve pistollarıyla vurarak komaya soktukları bir kadını kaldırıma serdikten sonra da tekmelemelerine karşın, sebzelere el sürmeden uzaklaşıp, gittiler. Washington'da yüz yaşında bir din adamının evine su içme bahanesiyle giren iki çocuktan biri adamı bıçaklarken, diğeri gırtlaklarını kesmeye çalıştı. Ama adam her nasılsa ölmedi. Aynı kentte, iki kişinin öldürülüp, bir kişinin ağır yaralandığı bir soygunda, onbeş yaşındaki silâhli soyguncu, savcılarının «amaçsız saldırı» olarak nitelendirdikleri bir uğraşıda, deri yüzerken görüldü.

Ahlâkçı filozofların pür şeytanlık diye tanımladıkları bu sadistçe eylemler, yoksullukla fakirlikle nasıl açıklanabilir ? Toplumumuzda böylesine akılsızca bir vahşeti doğuran unsur nedir ? 19. Yüzyıl Fransız Suçbilimcisi Jean Lacassagne : «Her toplum, layık olduğu suçlulara sahip olur» gözleminde haklı mıydı ? Yoksa toplum ve suç arasındaki bağlantı çok mu abartılıyor ?

Bu konuda bilinen açıklamaların bazıları oldukça zayıf görünüyor. Evet, Amerikan Toplumunu, herkesin olabildiğince varlık edinmesine kışkırtıldığı maddeci bir toplum. New Haven çocuk ve gençlik dairesi başkanı Francis Maloney'in belirttiği gibi, «mağaza işletenlerin bir yandan mallarının çalındığından yakınırken, bir yandan da tüm mallarını herkesin kolayca erişebileceği raflarda, tez-

gahlarda sergilemeleri bir çelişki. Eğer siz eşyanızı, alıcıya tuzak kurarcasına ve alıp götürmeye kıskırtırcasına bu biçimde sergiler-seniz, parası olmayan çocuklar, bu fırsatı kullanacaklardır. Böylece suçların işlenmesi için kendimiz çanak tutuyoruz».

Evet, televizyon vahşeti kutsallaştırıyor ve evet Amerika bir sonsuz hoşgörü ülkesi. Madison Wis. Dane County Yargıcı Archie Simonson, ırza geçme suçundan önüne getirilen onbeş yaşındaki bir çocuğu, ailesinin gözetiminde kalmak üzere salıverişini, kadınların içlerini gösteren saydam bluzlar giymelerini hoş gören bir toplum-da, bir çocuğun da bu biçim davranışının normal olduğu gerekçe-siyle açıklarken, o çocuğun saldırdığı onaltı yaşındaki kızın giydiği süeterin hiç de öyle tahrik edici olmadığını önemsemiyor bile. Kuş-kusuz ki böyle gerekçeler, suçlardan bireyi değil de, tümüyle top-lumu sorumlu tutmak gerektiğine değin varan düşünceler, hiç bir derinliği olmayan yüzeyde kalmış savlar.

Daha ciddi araştırmacılar ise, etnik bakımdan karma toplumlarda, hızlı bir ekonomik büyümenin, Birleşik Devletler'de 19. Yüzyıl ortalarında ve sonlarında başgösteren şiddet dalgalarında da görüldüğü gibi, suç üreten tarihsel bir gerçek olduğunu öne sürüyor.

Toplum bilimci Marvin Wolfgan'ın belirttiği başka bir tarihsel gerçek te kişisel özgürlüklerle ilgili. Bu tür düşünen uzmanların savlarına bakılırsa, bu gün çocuk suçluluğundaki yaygınlaşmanın bir nedeni, herkesin haklarını kendince yorumlayarak, olabildiğince genişletme tutkusu. Moral standartların düştüğü ve belirsizleştiği bir ortamda her tür davranış, ne denli tutarsız olursa olsun, hemen bir takım savunucular buluyor. Aile, kilise, okul gibi geleneksel kısıtlayıcı kurumlar, otoritelerini büyük çapta yitirmiş durumda. Güney California Üniversitesi'nin çocuk suçluluğunda uzmanlaşmış suç bilimcilerinden Lamar Empey, diyor ki : «Toplumun geleneksel denetim yolları 1960'larda yitirildi. Artık tüm alanlarda çok daha geniş bir özgürlük anlayışı belirdi. Bu durumda suçların artışı, kaçınılmaz bir sonuç oldu. Irkçı bir toplum yapısına sahip olduğumuzun kabulü de, bir takım kimselere, böyle bir topluma saldırmanın suç sayılmayacağı bahanesini verdi».

Bu konuda en önemli neden, ailenin çöküşü oldu. Çocukların işlediği suçlarla ilgili yılda bin davaya bakan Dade County Yargıcı Symour Gelber : «Aile kurumuna eski bakış açısı doğrudur» diyor. «Biz soruna kısa sürede çözümler ararken, uzun süreli çözüm, aile kurumunun sağlamlığında ve durağanlığında yatıyor. «Bu söz-lere Detektif Elen Carlyle, ana - babaların çocuklarına gereken ilgiyi

göstermediklerini eklerken şöyle diyor : «Ana - babalar polise dönüp, işte benim sorunum, onunla siz ilgilenin demekle yetiniyor. Oysa bebekliklerinden başlayarak çocuklarıyla asıl onlar ilgilenmeliydiler».

Yargıç Gelber, Dade County'deki şiddet suçlarının % 75'nin nüfusun ancak % 15'ini oluşturan zencilerce işlendiğini gösteriyor.

Fakat Kübalı'ların bölge nüfusunun üçte birini oluşturmalarına karşın, bu tür suçlara katılma oranının yalnızca % 12 olduğunu söyleyen yargıcın kanısına göre bu fark, Kübalı'ların güçlü aile yapısıyla açıklanabilir. Miami - Dade Toplum Koleji Toplum bilimcilerinden Juan Clark, bu konuda şunları belirtiyor : «Tıpkı Çinli'lerde olduğu gibi, Kübalılarda da daha sıkı bir gözetim ve denetime dayalı, güçlü aile bağları vardır. Üç kuşağın bir arada yaşadığı aileler, Kübalılarda daha çoktur. Göreneklerine göre orta ya da yukarı - orta sınıftan aile kadınları dışarda çalışmaz. «Fakat ana yurtlarından ayrı yaşamının getirdiği baskılar ve çağdaş etkiler nedeniyle Kübalı aileler de zayıflama yolunda. Onlarda da çeteler oluşuyor, suçlar işleniyor.

Harlem'de onbir yıldır, hiç bir çocuğun kabul edilemeyecek durumda sayılmadığı bir ana okulu işleten ozan Ned o'Gorman bile, sürekli başarı kazandırdığı çocuk sayısının azlığından ve ana - babaların çocuklara erken yaşta yaptıkları olumsuz etkileri gidermenin zorluğundan yakınıyor. «Çocukların kendilerinden gelen olumsuzluklar ya da ailelerin hataları yüzünden, başarısız çocukların oranı çok büyük» diyen O'Gorman'ın okuluna başlayan kimi çocukların üç ya da dört yaşlarından önceki yaşamları öylesine zehirlenmiş oluyor ki, buna en hafif deyişle çocuk kıyımı denebilir. Çocuk yalnız dövülmek, hırpalanmakla kalmıyor, ana - babaların ihmal ve tedbirsizlikleri yüzünden yatağında yanma, banyo küvetinde boğulma, pencereden düşme tehlikeleriyle de karşı karşıya bulunuyor. O'Gorman bu nedenlerle «Çocuk gözlerinde, solan bir ruhun sabit bakışlarını» görüyor.

Manhattan'ın yukarı - batı yakasında, sayıları otuz kadar problemlili çocuklara iyileşme ve eğitim sağlayan Phoenix Okulu'nun zenci Müdürü Charles King, ailenin verdiği terbiyedeki anlaşmazlık ve düzensizliklerin, çocuklar üzerinde gizli sertlikten daha zarar verici olduğunu düşünüyor. Ana - baba önce çocuğunu dövüyor, sonra da armağanlarla şımartıyor. Bu tutarsızlıktan şaşkına dönen çocuk ta doğruyu yanlıştan ayırma olanağı bulamıyor. Kimse onunla doğru dürüst konuşmadığı için de büyük ölçüde cahil kalıyor. «Öğrendiği

dil» diyor King, «başkalarıyla anlaşmaya, ilişki kurmaya yetmiyor. Böylece durmadan geri çevrilen çocuk, kendini duyurmanın tek yolunun birinin dişlerini dökmek olduğunu öğreniyor. Kullandığı şiddet, ona birden bire bir varlık kazandırıyor».

BAŞARISIZ KALAN SİSTEM :

Çocuk suçluluğuyla ilgili adalet hizmeti, çocukların çoğunun ne bir ceza ne de bir iyileşme görmeden, bir ucundan girip, öbür ucundan çıktıkları anlamsız bir geçit görünümüyle sorunun bel kemiğini oluşturuyor. Bu sistem, geçmişteki bir çok on yıldan geçerek, kötü çocuk diye bir şey olmadığı ya da en azından kurtarılamayacak hiç bir çocuk bulunmadığı varsayımı üzerinde evrimleşti. Bu ana fikre göre çocuk, ne denli ağır suç işlerse işlesin, zaman ve sabır yoluyla düzeltilmeye her zaman elverişlidir. Bundan ötürü, belirli yaşın altındaki bir çocuk suçlunun fotoğrafı, genellikle, çekilmez, parmak izleri de ender olarak alınır. Gizli tutulan sabıka kayıtları, hukuksal erginliğe ulaştıktan sonra ortadan kaldırılır. Böylece o kişi, eski yanlış davranışlarından hiç bir iz kalmayacak biçimde adeta yeniden doğmuş olur. New Haven'deki bir çocuk mahkemesi Yargıci James Higgins, bu sistemi savunanların görüşünü açıklarken : «Biz, çocuk suçluluğuna bir özel hukuk sorunu olarak yaklaşır ve eylemi özel hukuk yöntemleriyle araştırırız» diyor. «Mahkeme, çocuğu suçlu olarak kabul etmez. Çocuk sorumsuz olabilir ama suçlu (Criminal) olamaz».

Washington D.C.'de, dokuz yaşındaki bir oğlan, ihtiyar bir kadını itip merdivenlerden yuvarlayarak kötürüm kalmasına yol açmaktan yargılandığında, mahkemenin yargıci kovuşturma makamına diyor ki : Üzgünüm ama söyleyeceğiniz hiç bir şey beni şu çocuğun suçlu olduğuna inandıramaz». Yine Washington'da, çocuk suçluluğu ile ilgili bir komisyonun eski üyelerinden Robert M. Ross, bazı yargıç ve savcılarının kendisine, çocuklarla ilgili davaların üçte birinden yarıya yakınının, oturup sanık çocuklara sıkı bir konferans çekmekle çözümlenebileceğini söylediklerinden yakınıyor. Bu tutum, çocuk mahkemelerinin asıl işinin masum yaramazlık davalarına bakmaktan ibaret olduğu Huck Finn ve Penrod çağlarının huzur dolu günlerinde belki çok yararlı olabilirdi. Çünkü Yargıç Gelber'in de belirttiği gibi çocuk mahkemeleri o çağlarda, kaba ve zalimce işlenmiş şiddet suçlarını yargılamak amacıyla düşünülmemiş, bir vasat - Amerika imgesi ile kurulmuşlardı.

Dayandıkları temel düşüncelerin tartışılabilirliği bir yana bu gün çocuk mahkemelerinin yetersizliği apaçık görülüyor. Yargıçlar

bile bu mahkemelere atanmayı meslekte bir ilerleme değil, bir gerileme olarak kabul ediyorlar. New York Ceza Mahkemesi Yargıcı Eve Preminger : «Çocuk mahkemesine başkan olacağıma öleyim daha iyi çünkü tümüyle doğumsuz ve verimsiz bir uğraş» diyor. Gerçekten de bu mahkemelerdeki davalar, hizmetin işi başından aşmış ve az sayıda personelinin yaptığı yetersiz soruşturmalarla açılıyor. Zaten başından beri sınırlı bir duygu içinde olup, bazan da sanıkların tehditleriyle karşılaşan yakınlar ve tanıklar, uzayıp giden davalarda sıralarını beklemekten usanıp, mahkemeden çıkıp gidince davalar da red ediliyor. Dava red edilmese bile mahkeme kürsüsü, yargılamada ağırlığı davalı tarafa tanıyor. Sanık çocuk okuma - yazma bilmiyebiliyor ama Miranda Haklarını (*) bülbül gibi bir solukta şakıyabiliyor. Tutuklu davalarda gerek sanığın, gerek avukatının başlıca çabası, kovuşturma yönteminin bazı boşluk ya da aksaklıklarından yararlanıp davayı düşürtmeye yöneliyor. Genellikle bunu da başarıyorlar. San Francisco'daki adli polisler, dairede değişik bir hedef tahtasına ok atarak kendilerini eğlendiriyorlar : Hedef tahtasındaki çemberlerde : «Kovuşturmanın Yetersizliği, Adli Tevbih, Kanıt İsteme «etiketleriyle tam onikinin üzerinde «Davanın Geri Alınması» yazısı okunuyor. Polis teğmeni George Rosko, çocuk suçluluğuyla ilgili adalet hizmetini şöyle özetliyor : «Sistemi yenebilecekleri konusunda çocukların inancını besliyor... Mahkemedeki yargılama aşamasından salimen geçen çocuk, çevresine bir kahraman olarak dönüyor».

Suçtu saptanan çocukların çoğunluğu, alışılmış bir uygulama olan «Gözetimli Erteleme» (Probation) den yararlandırılarak, ana-babalarının yanında bırakılıyor. İşleri başlarından aşkın Gözetim Memurları, bu çocuklarla ender olarak ilgilenebiliyorlar. Bazan yeniden mahkemeye çağırılan ana - babalar, çocuklarının gözetimine verildiği memurun adını bile anımsamıyorlar. Providence'de ise genç suçlular, genellikle, başlarını sokacak bir yer bulmaları için ceplerine bir miktar kira parası konarak salıveriliyorlar.

Yetkililer bir çocuk suçlunun salıverilmesinin çok tehlikeli olacağına karar verdikleri zaman da o çocuğu ne yapmak gerektiğini kimse bilmiyor. Cezaevine benzer kapalı bir infaz kurumuna mı, açık çalışma kamplarından birine mi, yoksa bu hükümlülere mahsus bir yuvaya mı göndermeli ? Ayrıca bu infaz programlarının

(*) Birleşik Devletler'de 1966'dan beri Yüksek Mahkeme (Supreme Court) içtihadına göre polis, bir sanığı sorguya çekmeden önce, susma ve avukat tutma hakları bulunduğunu ona hatırlatmak zorunda. Daha yakın zamanlarda Yüksek Mahkeme, çocukların ikrarlarının ana ya da babaları ya da kendilerine yakın başka bir ergin kişi önünde yapılmış olmadıkça geçersiz olduğuna karar verdi.

maliyeti, astronomik sayılara ulaşıyor. Örneğin New York Devleti'nin açık infaz kurumlarında çocuk başına infaz masrafı 15.000 doları bulurken, küçük çaplı deneysel bir psikiyatrik programın yıllık masrafında çocuk başına 50.000 dolarlık bir harcama düşüyor.

Arizona, California ve Connecticut gibi, çocuk hükümlülerin büyük cezaevlerine kapatma yerine, demir parmaklıksız ve küçük kapasiteli kamplarda ve yuvalarda barındırmanın uygun bulunduğu devletlerde, bu uygulamalardan değişik sonuçlar alınıyor. Çoğunlukla, saldırgan karakterde olmayan çocukları, düzenli bir topluluk koşulları içinde barındıran kimi yarı - açık infaz kurumlarında iyi sonuçlar alındığı görülüyorsa da çetinçeviz çocuklar arasında mükerrirlik sayısı azalmıyor. New York'ta, uslandırıcı bir infaz metodunun, küçük kurumlarda daha iyi uygulanabileceği gerekçeyle bir kaç büyük kurum kapatıldığı zaman, pek çok çocuk Ithaca dışında bir orman kampına gönderilmişlerdi. Çocuklar çok geçmeden ormanı yaktılar.

Çetinçeviz çocukların, uslandırıcı bir infaz metodunun tüm çabalarına karşı direnebildikleri saptanıyor. Boston'daki bir çocuk suçlular görevlisi Robert Watts, onaltı yaşında bir suçluda uğradıkları tipik bir başarısızlığı şöyle anlatıyor :

«O'na her şeyi verdik. Yoğun öğretim, grup eğitimi, danışma ve dayanışma, ormancılık bilgisi, deneysel kamçılık, temsillerde oynama...» Sonra bu çocuk oniki saatlik bir izinden yararlanıp, ortadan kayboluyor. Ta ki bir bankayı soymak ve iki araba çalmaktan suçlanana değin.

Yetkililer çocuk hükümlülere iş bulmaya da çalışıyorlar. Ama bulunan yasal işler, yasa dışı yollardan kazanılan paralarla rekabet edemiyor. Manhattan'da gündüzleri çocuk suçlulara ait özel bir okula devam eden, geceleri de Harlem'de esrar satan onaltı yaşında bir çocuk, dört saatlik sürede kazandığı ve 600 doları dağıtıcıya ait olan 1000 dolarla yakalanınca, kazandığı ölçüde de hızlı harcayan çocuk şöyle öğünüyor : «Bankada şimdiden binikiyüz dolarım yatıyor. Diğer çocukların kazancına göre bu hiç bir şey değil, onların 10.000 - 20.000 dolar paraları var».

ÇÖZÜME DOĞRU :

Yasal yaptırımları getirilmedikçe, çocuk suçlularla ilgili hiç bir program işletilemez. Suç işleyen çocukların % 10'nu «ıslah olmaz» türdekilerin oluşturduğu düşünülürse, bu tür çocuklara baş-

ka hiç bir şey yapılamasa da, onlar kendiliklerinden yumuşayacakları bir yaşa gelene değin, bu gibileri sürekli bir disiplin ve denetim altında tutmanın zorunluğunu pek çok liberal düşünceli aydınlar bile artık kabul ediyor.

Phoenix Okulu Müdürü King, hiç bir saldırgan çocuğun, yaptığı şeyin anormalliğini kavrayana değin serbest bırakılmaması gerektiğini belirtirken, cinayet işlemiş onaltı yaşındaki bir kızla ilgili olayı buna örnek gösteriyor : Suçunun kendisine tekrar tekrar anlatılması sonucunda birden bire boşalarak ağlamaya başlayan bu çocuk, suçlu düşüncesi ile suçu işleyen elleri arasında bağlantı kurmayı en sonunda başarıyor ve bundan sonra ıslah olma yoluna giriyor. Fakat katillerin çoğu, yaptıklarından pişmanlık yerine, suçlarının kendilerine tekrarlanmasından yalnızca sıkıntı duyuyorlar.

Eğer toplum, saldırgan gençlerden korunmak isteniyorsa, cezaya karşı duyulan eski saygının yeniden canlandırılması gerekiyor. Öyle ki gençler, belirli bir suçu işlediklerinde kendilerini neyin beklediğini önceden kesinlikle bilmeliler. Bunun yanı sıra, silâhlı soygun, ırza geçme ya da cinayet gibi ergince suçlara, ergince yaklaşımlar gerekiyor. Oysa Amerika Birleşik Devletleri'nde bir çok devletin yasalarına göre, çocuk suçlular hiç bir suçtan erginleri yargılayan mahkemelerde yargılanamıyor. Harlem detektiflerinden Wilson'un dediği gibi «Artık bu işin fakatı makatı kalmadı. Yasalar değiştirilmelidir. Çocukları ufak tefek suçlarından dolayı sabıkalıktan koruma fikri, ondört, onbeş yaşlarındaki katiller için düşünülmeli».

Saldırgan gençlere daha sert yöntemlerle karşı çıkılmasının, suçları azalttığını kanıtlar gösteriyor. Ama bu açık gibi görünen gerçek, uzun süredir pek çok toplumbilimci tarafından kuşkuyla karşılandı. Düşünülmeli ki Bronx'taki mahkeme, bu yıl, yaşlı kişilere karşı işlenen soygun suçlarında daha katı tutum izleyip, beş yıldan on yıla varan cezalar dağıtmaya başlayalı beri, bu suçlardan tutuklananların sayısı % 40 oranında azaldı. Bunun gibi, New Orleans'ta, çocuk suçlular hakkında daha ağır yaptırımlar ve bu arada mükerrirler için hapis cezaları getirilmesinden sonra, çocukların neden oldukları öldürme suçları 1973'te 29 iken 1975'te 5'e inmiş bulunuyor.

Bölge Savcısı Harry Connick, bu sonucu şöyle açıklıyor : «Eğer bir profesyonel suçluyu sokaktan çekip alırsanız, onun avanesi de durumu hemen kavrayıp, artık onu izlemekten cayıyorlar».

Memphis'teki çocuk mahkemesinde, 1975'te bakılan dava sayısı 16.191 iken geçen yıl 14.174'e düşmüş ve bu yılın ilk çeyreğinde de % 16 oranında daha azalmış bulunuyor. Bu mahkemenin, suçlu çocukların adlarını ve adreslerini de yayımlamaları için basını yüreklendiren Yargıç Kenneth A. Turner, sonucu «Biz, ceza sözcüğünü kullanmaktan korkmuyoruz» diye açıklıyor. İlk kez suç işleyenlere hitap ettiğinde «Her köpeğin bir kez ısırmaya hakkı vardır» diyen Yargıç Turner, aynı zamanda onları uyarıyor : «Ama tekrar yanıma gelerseniz, diş fırçalarınızı da birlikte getirin. Çünkü biz sözümüzü tutarız. «Bu uyarı, bundan sonra işlenecek ilk önemli suçta hapis cezası verileceği anlamına geliyor. Turner bu tutumunu açıklarken : «Biz» diyor, «toplumu koruma ödevimizin, çocukların çıkarlarına ağırlık vermekten önde geldiğine inanıyoruz».

Atlanta, bazı sert yargıçlarıyla birlikte, çocuk suçluluğundaki düşüş oranının en fazla olmasıyla da göze çarpıyor. Baş Yargıç Tom Dillon, sanıkların davaları açıldıktan en geç on gün içinde yargılanmaları gerektiğinde ısrar edişini şu gerekçeye dayandırıyor : «Çünkü çocuğun belleği zayıftır. Suçtan sonra dava ne denli çabuk açılırsa herkes ve özellikle de suçlu çocuk için o denli iyi olur».

Ağır suçlular diğerlerinden ayrı bir işleme tâbi tutulursa, evlerini terkeden, okuldan kaçan, işe gitmeyen, serserilik yapan, önemsiz hırsızlık suçları işleyen ve uslandırılmaları daha kolay çocuklarla uğraşmakta kolaylaşacak. Zaten bunların çoğunun tutuklanmaları gereksiz olduğu gibi, katillerle ve ırz düşmanlarıyla aynı cezaevi ya da yuvaya da konmamalıdır. Çünkü her cins suçlunun aynı yerde birlikte tutulması sonucunda, daha az kötülerin, kaşarlanmış suçluların hemen etkisine girip, daha saldırgan ve tehlikeli bir hale geldikleri görülüyor.

Bazı çocuk mahkemeleri, verdikleri cezaları, işlenen suça tam anlamıyla uyduruyorlar. Böylece hırsız, yaptığını onarmaya zorlanıyor. Malını çaldığı ya da kırdığı kişinin yanında bir süre parasız çalışmak, ya da zarar ödenene değin başka bir iş bularak zararı karşılamak gibi. Seattle'de hafif suçlular hastanelerde, diğer kamu kurum ve hizmetlerinde çeşitli işlere yerleştiriliyor. Bunlar, işledikleri suçun karşılığını ödemeyi bitirdiklerinde, sosyal hizmet programlarında tam ücretle çalışma fırsatını da elde edebiliyorlar. Memphis'te Yargıç Turner, ıslah kurumlarına konan çocukların oradaki masraflarını ödemeye bazı ailelerini yükümlü tutuyor. Yargıç Turner : «Bu uygulamanın, aileler üzerinde çocuklarına sahip olmaları yönünden daha fazla sorumluluk yüklediğini» söylüyor.

Yasal yaptırımların yanı sıra, en önemlisi toplumun, suça karşı savaşımını yaygınlaştırarak harekete geçirmek. Çünkü tıpkı çeteciler gibi suçlular da bazan bölgeyi terketme, eğer orada elverişli ortam bulamazlarsa başka bir yere gitme durumundalar. Memphis'te konuyla ilgilenen 900 kadar gönüllü, problemlili çocuklarla dostluk kurarak, onlara öğüt verip, doğru yol göstererek, gözetimli Erteleme (Probation) Hizmetine yardım ediyor. Yargıç Gelber, bu «örnek olma metodunun çocuk suçluluğunda çok önemli bir faktör olduğunu açıklarken diyor ki: «Büyük değişimin potansiyeli burada yatıyor. Eğer bir serseri arkadaş çocuğu etkileyebiliyorsa Walt Fraizer de etkileyebilir».

Chicago'lu Jesse Jackson ile New York Belediye Başkanı Adayı Percy Sutton'un da katıldıkları ve gittikçe sayıları artan zenci liderler, suça karşı savaşım için zenci topluluklarını organize ediyor. Geçen hafta Harlem halkının, bir taksi şoförünü öldüren iki genci polise yakalatmış olması bunun olumlu bir sonucu. Philadelphia Bölge Savcı Yardımcısı Lewis Mitrano, «zenci toplumu, gittikçe artan bir biçimde polisin çabalarını destekliyor. Çünkü çocuk suçluluğu ve saldırılarından en çok zarar görenler yine onlar» diyor. Bu tutumun, suçla savaşımında, sosyal projeler için harcanan tüm fonlardan daha çok yarar sağladığını belirtiyor.

En başarılı sosyal programların, gençlerdeki bireysel sorumluluk duygularını canlandırmayı amaçlayanlar olduğu görülüyor. Michael Major, «kendi problemlerinin sorumluluğunu başkalarına yüklemeyi bir kaçış olarak» nitelendiriyor. Junction adlı bir bölgenin, gençlik programlarıyla ilgili otuz yaşındaki yönetmeni, çocukları suçtan korumada % 50'nin üzerinde bir başarı oranı tutturmuş durumda. Oysa alışılmış başarı oranı bunun çok altında bulunuyor. Kendine güven duyma hissini yaratmaya varan pek çok yol içinde, Major izciliği seçmiş buluyor. O'nun deyişle: «Sayfiyelerden gelen her mavi gözlü çocuk, ailesinin desteğine ve kamp malzemesini alacak paraya sahip. Kentin iç çevrelerinin çocukları ise bunlardan yoksun. Ama biz yine de deneyimin gerçekleşmesini sağlıyoruz. İzcilikte kullanılan (Elimden geleni yapacağıma şerefim üzerine söz veririm) andı, eğer onu kentin iç çevrelerinden gelen çocuklar için gerçeğe dönüştürebilirsanız çok güzel bir şey».

Aynı ana düşünce, Brookly'deki kahverengi taşlardan yapılmış yapılardan oluşan bir komplekste elli kadar çocuk suçluyu barındıran «3. No'lu Gençlik Geliştirme Merkezi» de rehberlik ediyor. Burada kalan eğitimcilerin görevi, çocukların düşüncelerine sorumluluk bilinci yerleştirmek. Uygulanan Yeni -Freud'cü terbiye çocukların sorumluluklarını aileye, okula ya da arkadaşlara yüklemelerine değil, yalnızca kendilerinde aramalarına izin veriyor. Çocuklara, özgür bir istemleri bulunduğu, kendi istemlerini kullanmaları söyleniyor. Bu düşünce en sonunda onüç yaşındaki bir çocuğun kavrayışında yansımaları buluyor. «Gerçekleri kabul etmek zorundayım» diyen bu çocuk, şunları ekliyor : «Bazı kardeşler, burada bulunuşlarının sorumluluğunu kendilerinden başka herkese yükleyerek bir aptal rolü oynamak istiyorlar. Ben bunu kabul etmiyorum, çünkü şimdi burada olan başkaları değil, benim».

SİYASÎ SUÇLAR (*)

Dr. Jur. MEHMET DOĞAN (**)

İKİNCİ KISIM

GÜNÜMÜZDE YAYGIN BAZI SİYASÎ SUÇ TÜRLERİ

Buraya kadar olan incelememizde sayısî suçların teorik açıdan tanımını yapmaya çalıştık. Şimdi ise günümüzde yaygın durumda olan bazı siyasî suçların neden ve sonuçları üzerinde duracağız.

Kesin bir tanımla yapılamamakla beraber kısaca «Devlete karşı «suçlar» olarak bilinen klâsik siyasî suç tanımını günümüzde anlamını kaybetmiş durumdadır. Ulaşım ve haberleşme olanaklarının akıl almaz bir düzeyde bulunduğu günümüzde; ırk, dil ve din birliğini kapsayan eski millet ve milliyetçilik anlayışının yavaş yavaş değişmeye ve silinmeye yön tuttuğu bu çağda işlenen siyasî suçlar da eskiye göre bambaşka bir içerik taşımaktadır. Gerek kültürel ve gerekse ekonomik koşullar, başka başka ırka mensup insanları, ülkeler dışı bir örgütlenme, bir kutuplaşma eğilimine doğru itmektedir. Herhangi bir ülkede görülen küçük bir kıvılcım, çok kısa zamanda dünyanın hemen her yanına yayılma olanağını bulmaktadır.

Bir tarafta aşırı sağ (faşizm), diğer tarafta aşırı sol (kominizm) kutuplaşması sonucu başgösteren rejim aleyhtarı fiiller ve hatta aynı kutba mensup olanlar arasında bile, ideolojik görüş ayrılığı nedeni ile hasımlaşma sonucu işlenen fiiller gittikçe daha yoğun ve yaygın bir hal almaktadır. Diğer taraftan, ondokuzuncu yüzyılda rastlanılmayan ve gerçekten ekonomik isteklere yönelik, örneğin grev suçları gibi bazı fiillerle, çeşitli mezhepler aleyhine işlenen suçlara, siyasî nitelik atfonulması hususunda da eğilimler belirlemekte, «siyasî - İçtimaî suçlar (delits politico - sociaux)» adı verilen bu nevi fiillerin, egoist olmayan, her türlü kin ve yarardan uzak ve sırf toplum yararını esas alan saiklerle işlendikleri ileri sürülerek siyasî suçların alanının genişletilmesi yönüne gidildiği de görülmektedir (1).

Geçen yüzyıldan beri süregelen ve özellikle Birleşik Amerika ve Güney Afrika Devletlerinde yaygın olan ırk ayrımı suçları, savaş

(*) Bu yazının ilk bölümü Yargıtay Dergisi Ocak 1977 Sayı : 1'de yayınlanmıştır.

(**) Şereflikoçhisar Hâkimi.

(1) Şensoy, Prof. Naci : Siyasî Suçlar, İHFD 1951, C. XVII, s. 1.

halindeki ülkelerde, savaşın doğurduğu olağan siyasî suçlar (2), siyasî nitelikteki basın suçları ve dini istismar suretiyle veya dine yahut tatbikatına karşı işlenen suçlar da, günümüzde rastlanılan siyasî suç türlerindedir. Ancak biz burada, bunlardan günümüzü en fazla meşgul eden tethişçilik ve anarşist suçlardan ve bunların bir türü olan uçak kaçırma olaylarından söz edeceğiz.

A — ANARŞİST SUÇLAR :

Kendilerine (nihiliste) adı da verilen ve kayıtsız serbestiyi savunan anarşistlerin kökeni Aleksandır zamanının Rusya'sına dayanır. İktidarın sosyal disiplini koruyucu gereğini ve hatta devletin de gereğini inkâr eden anarşistler, sosyal ve ekonomik sahada bazı amaçları gerçekleştirmek veya bazı isteklerini kabul ettirmek için zaman zaman cebir ve şiddet hareketlerine başvururlar. İşte bu tür sosyal suçlar, anarşist suçlardır.

Hernekadar Milletlerarası toplantı ve anlaşmalarda (3) anarşist suçların siyasî suç sayılmaması tezi genel bir prensip olarak benimsenmiş ise de, bu durumun sırf anarşist suçluların geri verilmezlik kuralından yararlanmalarının önlenmesine yönelik olduğunu sanıyoruz. Bununla beraber bazı düşünürler, anarşist suçun teorik açıdan da siyasî suçtan ayrı olduğu savını ortaya atmaktadırlar. Örneğin Armaoğlu, anarşist suç ile siyasî suç arasında şöyle bir farkın olduğunu açıklamaktadır : Siyasî suç belirli bir devlete veya bu devletin hükümet şekline yöneliktir. Oysa anarşist suç, anti - sosyal bir suçtur. Bütün devletlerin ortak patrimuana yöneliktir (4). Bunun gibi, Rivier, Diena gibi düşünürler de, anarşist suçların âdi suçlar gibi anlaşılması gerektiğini belirtmektedirler. Diena, sosyalistlerle anarşistleri birbirinden ayırarak, birincilerin toplumun otoritesini kişi özgürlüklerinin üstüne çıkarmak istediklerini, ikincilerin ise her türlü otoritenin kalkmasını istediklerini söyleyerek, anarşist suçların, siyasî suçlar katagorisinden çıkarılması gerektiği sonucuna varmaktadır. Borquin ve Travers ise aksi tezi savunarak, «çünkü bu suçlar da memleketin siyasî organizasyonuna saldırmakta olup, gayeleri bu organizasyonu yıkmak, hiç değilse bunu mahva sürüklemek, onunla mücadele etmektedir» demektedirler (5).

(2) Savaşta belirli savaş kuralları dışında işlenen casusluk, hıyanet, çapulculuk yağmacılık gibi suçlar ötedenberi siyasî suç sayılmamaktadır.

(3) Devletler Hukuku Enstitüsünün 1892 Cenevre Toplantısında ve 1899 yılında Roma'da toplanan «Antianarşizm Konferansı» nda anarşist suçların siyasî suç sayılmayacağı kararına varılmıştır. (Armaoğlu : Agm. s. 1712 ; Dönmezer - Erman : Age. s. 1162).

(4) Armaoğlu : Agm. s. 171.

(5) Borquin 205 - 207; Travers 529'dan naklen Armaoğlu, Agm. s. 1712.

Görüldüğü gibi, anarşist suçlara siyasî suç niteliği tanımamak için gösterilen bu çabalar, bu suçların, yalnız bir devlete veya bir hükümet şekline karşı olmayıp, her türlü sosyal teşekküllerin temelilerine yönelik ve çok daha vahim sonuçlar doğuracak nitelikte suçlar olduğu anlayışına dayanmaktadır. 1899 yılında Romada toplanan «Antianarşizm Konferansı» nda da aynı esaslar tekrarlanmıştır : «Siyasî suçlarla sosyal suçların birbirinde ayırımı hususunun uygulamada ne kadar müşkül olsa da olanak içinde bulunduğu beyan edilmiş ve bu suçlardaki ahlâk dışı davranışların zamanla değişmediği ve organize bir topluluk olan her yerde bu suçların aynı nefreti çekecekleri» hususu üzerinde anlaşmaya varılmıştır. (6).

Memleketimiz ile bazı devletler arasında imzalanan sözleşmelerde, anarşist suçların siyasî suçlardan sayılmıyacağı sözleşilmiştir. Örneğin, İtalya ile yapılan sözleşmenin 4. maddesinde : «Anarşist cürümleri de keza siyasî e'alden (fiillerden) sayılmayacaktır» denilmiştir. Aynı şekilde Irak ile yapılan sözleşmenin 4. maddesinde de : «Her ne maksatla olursa olsun yol kesicilik ve işkence fiilleri ve işkence ile yapılan hırsızlıkların siyasî suç ve buna murtabit suç sayılmıyacağı» belirtilmiştir (7).

B — TEDHİŞÇİLİK SUÇLARI :

Gerçekte bir tethişçilik suçu yoktur. Tethişçilik mahiyetinde bir takım suçlar vardır. Tethişçilik, ayrı bir grupta toplanan çeşitli suçlara verilen genel bir addır. Bu nedenle, nelerin tedhişçilik suçu olup olmadığını anlamak için genel bir tanım olanak içinde değildir. Geniş anlamda tethişçilik, halka korku ve endişe verecek, dehşet hali yaratacak fiillerdir (8).

Tethişçilik fiilleri evvelden beri var olan fiillerdir. Fakat özellikle Birinci Dünya Savaşından sonra, toprak değişiklikleri ve diğer nedenler tethişçilik fiillerinin çoğalmasına yol açmıştır. Bunların doğurduğu huzursuzluk, devletlerarası ilişkiler üzerinde yaptığı kötü etkiler ve hatta çoğu kez barışı bile tehlikeye düşürme olasılığı devletleri tethişçilik fiillerinin önlenmesi için işbirliğine yöneltmiştir (9).

İçinde bulunduğumuz yüzyılda tethişçilik fiil ve hareketlerinin, anarşizm vasıtası olmak hududunu aşarak çok daha geniş ölçüde uy-

(6) Dönmezer - Erman : Age. s. 1161. Amerikan tezinin de bu yolda olduğu hakkında bkz. Travers 532'den naklen Armaoğlu : Agm. s. 1712.

(7) Dönmezer - Erman : Age. s. 1162.

(8) Taner, Age. s. 123.

(9) Taner, Age. s. 125 ; Özgen, Age. s. 93.

gulamaya konulduğu, özellikle bir devlet içinde azınlıklara istiklâl (bağımsızlık) kazandırmak, savaş sonu yurtsuz bırakılan yüzbinlerce halkın yurtlarına kavuşmasını sağlamak gibi amaçlara dayanarak yapıldığı da görülmektedir.

Burada şöyle bir soru ile karşılaşmak olanağı vardır : Acaba Bağımsızlık mücadelesine katılmak bir suç mudur ? Suç sayılıyorsa siyasî suç mudur ? Elbetteki, iktidardaki yöneticiler için bu hareket bir suç ve failleri birer âsirdirler. Bağımsızlık mücadelesi veren ülke mensuplarının bu hareketleri, sömürge sahipleri nezdinde birer isyan, kurtuluş aşıkları için vatanperverliktir. (10).

Memleketimiz, bağımsızlık mücadelesi veren yabancıların bu hareketlerine çoğu zaman yardımcı olmuş, gerektiğinde onlara melce (sığınma) hakkı tanımaktan çekinmemiştir. Tarihte bunun örneklerine rastlamak olanağı vardır : Çar Petro önünden ülkemize kaçan İsveç Kralı Demirbaş Şarl hatırlayabildiğimiz ilk siyasî mültecilerdendir. Stalin'le anlaşmazlığa düşen Troçki, Cumhuriyet devrinde Türkiye tarafından kabul edilmişti. 1849 yılında Rusya ve Avusturya, Osmanlı İmparatorluğuna sığınmış bulunan ve Macar ihtilâline katıldıkları iddia olunan 5000 siyasî mülteciyi şiddet ve tehdit ile talep eylemiş ise de, Osmanlı Devleti bunu kabul etmemiştir. Oysa Osmanlı İmparatorluğu bu iki devletle evvelden, siyasî suçluların iade olunacağı ve isyan edenlere melce (sığınma) tanınmayacağını karşılıklı anlaşmalarla kabul etmişti. Buna karşılık memleketimizden de dışarıya sığınmalar olmuştur. Kardeşi İkinci Bayazıt'ı devirmek isteyen Cem Sultan, Avrupa ülkelerine sığınmış, Abdülhamit istibdadından kaçan jön Türkler de uzun yıllar Fransa ve İsviçre'de mülteci hayatı yaşamışlardır.

Çok yakın tarihte dahi, bağımsızlık mücadelesi veren ülkeler halkına müzahir olunduğu görülmektedir. Fas Kralı II. Hasan, sömürge topraklarına komşu olan bağımsız Afrika Ülkelerinin kurtuluş hareketlerinin topraklarında üslenmelerine izin verilmesini istemiştir. Dokuzuncu toplantısını Rabat'da yapan Afrika Birliği Örgütü'nün yeni başkanı olarak konuşan Kral, bu ülkelerden : «Toprakları gece ve gündüz düşman tarafından bombalansa bile, kurtuluş hareketlerini üslendirmekten yılmamaları» gerektiğini söylemiş ve «Cezayir savaşı sırasında Fas öyle yaptı» demiştir (11).

(10) Prof. Baha Kantar bu hususta şöyle demektedir : «Öldürülmesi, hatta azap ve işkence ile öldürülmesi kararlaştırılmış olan büyük bir milleti zulmedicilerin elinden kurtarıp da, bugünkü istiklâl ve saadete kavuşturanların yaptıkları fedakârlıklara suç demek isteyenler büyük bir suç işlemiş olurlar» (Kantar, Agm. s. 1495).

(11) 18 Nisan 1972 tarihli Cumhuriyet Gazetesinden.

Bununla beraber, bağımsızlık mücadelesi için dahi girişilen tethişçilik hareketlerinin çok vahim sonuçları Milletlerarası bazı önlemleri (tedbirleri) getirme gereksinmesini duyurmuştur ve duyurmaktadır. 1934 yılında Yugoslavya Kralı Aleksandır ile Fransız Dışişleri Bakanı Barthou, Marsilya'da Hırvat İhtilâl Örgütü mensupları tarafından öldürülerek suçluları İtalya'ya kaçırmıştı. İtalyan hükümeti sığınanların suçlarını siyasî nitelikte sayıp geri verme istemini reddetti. 16.Kasım.1937'de toplanan Cenevre Konferansı'nda sorun ele alındı ve sözleşmede tethişçilik fiilleri : «Belirli şahıslar veya şahıslar grubu, yahut halk üzerinde dehşet yaratacak içerikte veya böyle bir amaç ile devlete yöneltilen cürmî fiiller» olarak nitelendirildikten sonra tethişçilik fiilleri üç grupta toplanmıştır :

«1) Şahıslara karşı işlenen cürümler,

2) Devlete veya Kamu yararına ait malları tahribe yönelik kasdî fiiller, genel bir tehlike yaratmak suretiyle insanların hayatlarını tehlikeye koyacak içerilikte kasdî fiiller, bütün bunlara teşebbüs, bu fiilleri işlemek için silâh, cephane, patlayıcı maddeler imâli, sağlanması...

3) Peyk suçları : Örneğin tethişçilik suçunu işlemek için cemiyet (örgüt) kurulması veya anlaşma, tahrik gibi fiiller...»

Tethişçilik suçlarına siyasî suç vasfı verilmemesi hususu Cenevre Konferansı'dan önce de Uluslararası Konferanslarda tekrar tekrar ele alınmıştır. Bu suçların arzettiği vahim durum dolayısıyla sorun Ceza Hukukunu Birleştirme 1930 Brüksel, 1931 Paris, 1934 Madrid, 1935 Kopenhag Kongrelerinde de görüşülmüştür. Yine aynı sıralarda Milletler Cemiyeti tarafından bu konuda teşkil edilen Komite iki proje hazırlamış ve Türkiye dahi bu sözleşmeleri imzalamıştır (12).

Günümüzde önemli bir sorun olarak sık sık karşılaştığımız tethişçilik fiilleri amaç bakımından ikiye ayrılır :

1) Şahsi yararı gözetener,

2) Siyasî saik veya amaç ile işlenmiş olanlar.

İkinci gruba giren fiiller de yine ikiye ayrılırlar :

a) Dahili, yani başka hiç bir devletle ilgisi olmayanlar,

b) Harici, yani Devletlerarası olanlar (13).

Siyasî saik veya amaçla işlenen tethişçilik suçları, ister dahili olsun, ister devletlerarası bir vasfı haiz olsun, herhangi bir ayırım

(12) Dönmezer - Erman : Age. s. 1162.

(13) Taner : Age. s. 126

gözetilmeksizin, devletlerarası anlaşmalarda âdi suç sayılmaktadır. Dolayısıyla suçlularına geri verilmezlik kuralından yararlandırılma olanağı verilmemektedir. Bu hal siyasi suç kavramına bir ayrıcalık niteliğinde olmayıp, suç siyasi nitelikte olsa bile, âdi suç hükümlerine tabi kılınmak istenildiği anlaşılmaktadır. Bundan amaç, yukarıda da belirtildiği gibi, genel bir tehlike sayılan tethiş suçu faillerinin cezadan kurtulmamalarını sağlamaktır. Nitekim Cenevre Anlaşması dahi, tethişçilik fiillerinin ne esasen, ne de geri verme bakımından siyasi olup olmadıkları hususunda bir hüküm vermekten kaçınmıştır. Sadece, tethişçilerin nerede olurlarsa olsunlar, mutlaka cezasız kalmamalı için şu esasları kabul etmiştir :

«1) Eğer tethişçi, sığındığı memleketin vatandaşı ise ve bu memleket uygulaması vatandaşın geri verilmesine uygun değilse, Devlet vatandaşını takip edecek ve cezalandıracaktır (mad. 9.).

2) Eğer şahıs yabancı ise, bu takdirde kural olarak geri verilecektir. Fakat, Devlet iç uygulaması bu fiili siyasi sayıyor ve siyasi suçluların geri verilmemesi kuralını da kabul ediyor ise, bu durumda anlaşmaya göre fail geri verilmeyecek fakat bulunduğu yerde takip olunacak ve cezalandırılacaktır (mad. 10.).»

Az sonra değineceğimiz ve tethişçilik suçlarının bir türü olan uçak kaçırma, adam kaçırma ve benzeri olaylar güncelliğini aralıksız korumakta, Uluslararası konferanslarda ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nde sık sık gündem konusu olmaktadır.

Bizde de, geçen yüzyılın sonlarında Makadonya'da yer yer başgösteren tethişçilik olayları, Osmanlı - Balkan savaşlarına ve dolayısıyla bir kısım topraklarımızın elden çıkmasına neden olmuştur. Keza Saray Bosna'da Avusturya Veliahdı Arşidük François Ferdinand ile eşine yapılan suikast birinci Dünya Savaşının meydana gelmesinde esaslı bir unsur değilse de, onun ilânına büyük bir vesile teşkil etmiştir (14).

1968 yılında, basit bir öğrenci olayı gibi Avrupa'da yayılan anarşist olaylar, çok kısa zamanda bütün dünyaya yayılmış; bu arada memleketimize de sıçramıştır. Dersleri ve sınavları engellemek, banka soymak, adam kaçırmak, adam öldürmek, kütle halinde saldırılar büyük bir huzursuzluğa, siyasi bunalımlara ve rejim buhranına vesile teşkil etmektedir. Toplumca asla benimsenmeyen bu hareketler, vatandaşlar ve çoğu kuruluşlarca kınanmaktadır. Buraya, Türkiye Barolar Birliği'nin 7 - 8 / Ocak / 1.72 Bursa V. Genel Kurul Top-

(14) Kantar : Agm. s. 1493.

lantısına sunulan rapordan ilgili bölümü bir örnek olarak aktarıyoruz :

«Memleketimizde son yıllarda gittikçe artan ve tethişçilik diye doktrinde ve diğer memleketlerin mevzuatlarında da yer alan bu eylemlerde:

a) Başkasının yaşama hakkını inkâr eden bu anlayışların, bütün kudretini insanlıktan alan hukuku yok etmek istediklerinde birleştikleri görülmektedir. Örgütlenen katillğin siyasal ve hukukî bir düzen kurabildiğine insanlık tarihinde örnek bulunamaz.

b) Bu tür eylem ve düşüncelerin Türkiyemizde sonuç alamaması, elverişli sosyal ortam bulamaması başta gelen sorundur. Sosyal bünyenin belli akımlara karşı kuvvetli kalması ve kuvvetlendirilmesi en doğru yoldur.

Tethişçilik eylemlerine zemin hazırlayan etkileri gidermek kadar, belki de ondan daha fazla, «ekonomik - demokratik kamu düzeni» nin kurulmasına «hiç olmazsa şimdiden - başlamak lâzımdır, Aksi takdirde sarfedilen gayretlerin sonuç vermemesi mümkündür» (15).

C — UÇAK KAÇIRMA OLAYLARI :

Tethişçilik suçlarını tipik bir örneği olan uçak kaçırma olayları güncel olaylar arasına karışmıştır. Bu nedenle konu, ayrı bir başlık altında incelemeye değer görülmüştür.

Uçak kaçırma nedenleri genellikle siyasî amaçla yapılmaktadır. Bunun yanında, akıl hastaları veya macera heveslileri, herhangi bir yarar peşinde olanlar, bulunduğu ülkede işlediği bir suçundan dolayı takipten kurtulmak gibi siyasî olmayan nedenlerle de bu olaylara girişildiği görülmektedir.

Siyasî amaçla yapılan uçak kaçırma olaylarında başlıca nedenler şu şekilde sıralanabilir :

1 — Kendi ülkesindeki sosyal ve siyasal koşullara uyamamak ve bundan kurtulma amacını taşımak,

2 — Bağlı buldukları siyasî örgüte dünya kamuoyunun dikkatini toplamak,

3 — Aynı örgüte para veya silâh temini,

4 — Yakalanan kader birliği militanların salıverilmesini sağlamak.

Uçak kaçırma olayları, devletlerin çoğunluğu tarafından tanınmış uluslararası bir suç niteliğinde değildir. Bu eylemler, millî kanunlar tarafından henüz yeni yeni, değişik saiklerle yasalaştırılmaktadır.

Hava yolu ile seyahat etmekte olan kimselerden biri veya birkaçı tarafından mürettebatın tehdit edilmesi suretiyle uçağın seyir yönünün değiştirilmesi ve başka ülkelerin hava alanlarına inmeye zorlanması şeklinde beliren bu olaylar, 1958 Cenevre Açık Denizler Konvansiyonu'nun, «bir özel uçağın, yolcuları veya mürettebatı tarafından, diğer bir gemi veya uçağa müteveccih olarak cebir yoluyla alıkoymak...» şeklinde sözleşmeden hareketle millî kanunlarda değiştirme ve eklemeler başlamıştır. Sonradan Türkiye'nin de taraf olarak katıldığı, uçaklarda işlenen suçlar ve diğer bazı eylemlere ilişkin 14.Eylül.1963 tarihli Tokyo Sözleşmesi (16) ve 4. Aralık.1969 tarihinde yürürlüğe giren Tokyo Konvansiyonu bu eylemlerin Konvansiyona katılan ülkelerce suç sayılması yanında, taraf devletlere, kaçırılan uçak ve mürettebatının geri verilmesi, uçuşa devamın sağlanması gibi görevler de yüklemektedir (17).

Yine Türkiye'nin de taraf olarak katıldığı (18) 23.Eylül.1971 tarihinde Montreal'de düzenlenen «Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşme» de de Tokyo Sözleşmesinin kapsamı genişletilerek özetle şu hususlar üzerinde sözleşilmiştir :

«Bu sözleşmeye taraf olan devletler, Sivil Havacılığın güvenliğine karşı kanun dışı eylemlerin can ve mal güvencesini tehlikeye düşürdüğünü, hava servislerinin işletilmesini ciddi şekilde etkilediğini ve dünya uluslararası sivil havacılığın güvenliğine olan güvencesini sarstığını, ciddi bir endişe konusu olan bu eylemlerin önlenmesi amacıyla suçluların cezalandırılması için uygun tedbirlerin alınmasına ivedilikle gerek olduğu düşünerek :

Herhangi bir şahıs, kanuna aykırı ve kasıtlı olarak uçuş halindeki bir uçakta bulunan bir şahsa karşı, uçağın emniyetini tehlikeye düşürmesi muhtemel bir şiddet hareketinde bulunursa (m. 1/a); veya servisteki bir uçağı tahrip eder veya uçuş halinde emniyetini

(16) Resmî Gazete : 4.5.1975 tarih, 15226 sayı.

(17) Çavdar, Av. Arif : Uçak Kaçırma Olayları ve Hukukî Niteliği, ABD. 1970/1, s. 13 vd.

(18) 17 Nisan 1975 tarih ve 1888 sayılı kanunla onaylanan bu sözleşme Resmî Gazetenin 29 Kasım 1975 gün ve 15427 sayısı ile yayınlanmıştır.

tehlikeye düşürmesi muhtemel bir hasara uğrattırsa (m. 1/b); veya bu tehlikeyi yaratacak bir cihaz veya maddeyi koyar (m. 1/c); veya hava gidiş - geliş kolaylıklarını tahrip eder veya hasara uğrattırsa (m. 1/d); veya, yanlış olduğunu bildiği bilgiler vermek suretiyle uçuş halindeki bir uçağın emniyetini tehlikeye düşürürse (m. 1/e), suç işlemiş olur.»

Sözleşme, hangi hallerde uçağın «uçuş halinde» olduğunu açıkladıktan sonra (m. 2); her âkit devletin, birinci maddede yani yukarıda anılan suçların ağır cezalarla cezalandırılacak suçlar haline getirmeyi taahhüt edeceğini hüküm altına almıştır. (m. 3). Bu sözleşmenin askerî maksatlar ile, gümrük ve polis hizmetlerinde kullanılan uçaklara uygulanmayacağı belirtildikten sonra (m. 4/I), uçağın yurt içi veya uluslararası bir sefer yapmakta olmasına bakılmaksızın, uçağın fiili veya programlanmış iniş veya kalkış noktası, uçağın teşkil edildiği Devletin ülkesi dışında ise; (m. 4/a); veya, suç uçağın teşkil edildiği Devletten başka bir Devletin Ülkesinde işlenmişse, uygulanacağı belirtilmiştir.

Âkid devletlerce bu suçlar, suçluların iadesi antlaşmasında iadeyi gerektiren suçlar arasında yer almış olacak (m. 8) ve sanığın, ülkesinde yakalandığı âkid devlet, eğer onu iade etmezse, herhangi bir istisna tanımadan ve suç kendi ülkesinde işlenmiş olsun veya olmasın, olayı ceza kovuşturması yapılması maksadıyla yetkili makamlarına intikal ettirmek zorunda olacaktır. Bu makamlar kararlarını, o devletin hukukuna göre ciddi nitelikteki herhangi bir âdi suç suç için öngörülen usuller uyarınca vereceklerdir (m. 7).

Uçak kaçırma suçlularının yargılanmaları için gerekli her türlü bilgi ve delillerin de âkid ve yargılamanın yapıldığı devlete verilmesini yükümlü kılan (m. 11) sözleşme çoğu ülkelerce benimsenmiş ve onaylanmıştır. Buna rağmen bu tip olaylar her geçen gün daha da artmış, bazı ülkelerin bu suçun faillerine göz yumduğu, müzahir olduğu iddiaları da ortaya atılmıştır.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 20/Haziran/1972 tarihinde, A.B.D. temsilcisinin çağrısı üzerine uçak kaçırma olaylarını kınayan bir bildiriye, onbeş üyesinin tamamının oyları ile kabul etmiştir (19). Bu kınama bildirisinde hiç bir ülkenin adı verilmemekte ve hiç bir yatırım (müeyyide) öngörülmemektedir. Konsey, devletleri hava korsanlıklarını ortadan kaldırmayı ve özellikle hava gü-

(19) 21 Haziran 1972 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

venliği konusunda kendilerinden sığınma hakkı sağlamaya çalışan korsanların cezalandırılmaları da dahil olmak üzere, alınan tedbirleri artırmayı öngören uluslararası konvansiyonları onaylamağa oybirliği ile teşvik etmiştir.

Gerek Tokyo Konvansiyonu ve gerekse Montreal Sözleşmelerine katılan memleketimiz, bu sözleşmelere henüz taraf olmadan önce, sözleşmelere uygun olarak Türk Ceza Kanununda gerekli değişimlere girişmiştir. Türk Ceza Kanununda özellikle zorla uçak kaçırma eylemini açıklayan bir hüküm evvelce mevcut değil iken, olayların gittikçe vahim bir hal alması karşısında 11/Haziran/1936 tarih 3038 sayılı kanunun 2. maddesi ile kaldırılan TCK. nun 384 maddesi yerine ikame olunan maddenin üçüncü ve müteakip bendi ile yeni bir hüküm getirilmiştir (20). Bu metne göre, her kim bir uçağı kaçırsın veya kaçırmaya teşebbüs ederse üç seneden beş seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Kaçırma fiili cebir ve şiddet veya tehdit, veya hile ile işlenirse ceza artırılmaktadır. Dördüncü bende göre; her kim cebir, şiddet, tehdit ve hile ile seyretmekte olan bir uçağın başka bir yere sevkini gerçekleştirir veya teşebbüs ederse cezası on seneden onbeş seneye kadar; yerde bulunan bir uçağı tahrip veya imha ederse beş seneden on seneye kadar cezalandırılacaktır. Bütün bu hallerde, uçak umumun istifadesine arzedildiği durumda, hükmedilecek cezaların artırılacağı da (bend - 5) hüküm altına alınmıştır.

Memleketimizde son bir kaç yıl içerisinde, ikisi içerden dışarıya, ikisi dışardan içeriye olmak üzere dört uçak kaçırma olayı olmuş; ayrıca bir de yakın tarihte, alanda harekete hazır bir uçağın kaçırılması teşebbüsüne de girişilmiştir. 1969 yılında THY'na ait Seç uçağı, Ankara - İstanbul seferini yaparken, yolculardan birinin silâh tehdidi ile Sofya Havaalanına indirilmiş, kaçırmanın aklen malûl olduğu anlaşıldığından uçak ve yolcuları ile birlikte yurdumuza iade olunmuştur. Yine THY'na ait Marmara Yolcu uçağı 1972 yılında Sofya Havaalanına kaçırılmış, Marksist - Leninist bir sol diktatorya tesisini amaçlayan, bu amaçla örgütlenen ve bir kısım elebaşlarının yakalanmaları üzerine yurd dışına kaçmak isteyen dört anarşist tarafından bir gün Sofya Havaalanında tutulan uçak, diplomatik çabalar sonucu iade olunmuştur. Olayda, Bulgaristan'ın da uçak kaçırana mäsamaha göstermediği, anarşist ve tedhişçilere sığınma (melce) tanımadığı halde, Türk Hükümetinin, yolcu ve

(20) 28.9.1971 gün ve 1490 sayılı kanunla değiştirilen metin.

mürettebatın hayatları söz konusu olduğundan, istem üzerine anarşistlere sığınma hakkı sağlandığı anlaşılmıştır.

Dışardan içeriye olan uçak kaçırma olaylarının her ikisi de Rusya'dan olmuştur. 1970 tarihinde Sinop'a indirilen uçağın kaçırma failleri nadim olduklarını beyanla, sığınma hakkı istemediklerinden uçak, mürettebatı ile birlikte Rusya'ya iade olunmuştur. Öteki olay ise, 15/Ekim/1970 günü Bakû - Moskova seferini yapmakta olan S.S.C.B. ne ait bir uçağa yolcu olarak binen Rus uyruklu baba-oğul Karayevolar'ın uçak havalandıktan sonra silâh tehdidi ile Trabzon Havaalanına indirmeye zorlamaları ile meydana gelmiştir. Olay sırasında yapılan çatışmada uçağın Hostesi öldürülmüş, pilot ve telsizci yaralanmıştır.

Sovyet Rusya Hükümeti, faillerden baba Karayevo'nun toplum mallarını çalmak suçundan yargılanmakla beraber ıslâh cezasına mahkûm olduğu, memlekette fiilen siyasetle uğraşan kimselerden olmadıkları, işledikleri suçların siyasî suça murtabit bir cürüm de sayılamıyacağı nedeni ile her iki vatandaşının geri verilmelerini istemiştir.

Yetkili Trabzon Asliye Ceza Mahkemesi, Sovyet Rusya'daki Komünist rejimi kastederek, «devamlı insan hak ve hürriyetleri ile uzlaştırılmaz baskıya dayanamayarak canlarını kurtarmak için bu fiillere başvurmak zorunda kaldıkları» gerekçesi ile sanıkların fiillerini siyasî nitelikte kabul etmiş; itiraz üzerine Ağır Ceza Mahkemesince onaylanan bu karar, yazılı emir istemi üzerine Yargıtaya gelmiş; Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 21.12.1970 günlü kararı ile :

«a) Baba sanığın eski ve infaz edilen mahkûmiyetlerinin, uçak kaçırma ve mürettebatına karşı işlenen cürümlerin sebebi olarak gösterilmesi, Avrupa Suçluları İade Sözleşmesinin 12. maddesi ile bağdaşmadığı,

b) Kaldığı, sanıklardan babanın eski infaz edilen mahkûmiyeti sebebi ile mi, yoksa Türk ilk mahkemesince aksi sabit olmadığından dolayı kabul edilen savunmasında ileri sürdüğü haksız baskı ve şiddet yüzünden mi S.S.C.B. nden uçak kaçırmağa teşebbüs ettiğinin soruşturulması ve incelenmesi, iadeyi talep eden devletin içişlerine karıştırma niteliğini taşıyacağı cihetle,

c) Bazı kimselerin siyasî saik ile şu veya bu cürmü işlemeleri için siyasetle uğraşmalarının veya suç mağdurlarının da siyasî kişiler olmasını gerektiren hukukî,makul ve makbul bir gerekçeye dayanamayacağı, hiç bir bilim görüşünde böyle bir düşüncenin yer

almadığı gibi, medenî dünya devletleri yasalarında veya hukuk ve adalet uygulamasında da böyle bir anlayışın mevcut bulunmadığı nedeni ile,

d) Öldürme ve öldürmeye teşebbüs olaylarında, sanıklarla öldürülen ve yaralanan kimseler arasında herhangi bir düşmanlık da mevcut olmadığı anlaşılmalı, sanıkların uçak kaçırma ve müret-tebatına saldırı fiillerini işlemeğe sürükleyen saikin siyasî olup, meydana gelen cürümlerin ise murtabit siyasî suç mahiyetinde kabulüne» ve dolayısıyla iade talebinin reddine karar verilmiştir (21).

SONUÇ :

Yukardanberi açıklamaya çalıştığımız siyasî suçların günümüzde, devletin varlığı aleyhindeki cürümleri de kapsar şekilde çok daha geniş bir sahaya yayıldığı anlaşılmaktadır. Önceleri liberal görüşle bu suç faillerine daha hoşgörülü davranılması düşünülürken, daha sonra tamamen tersine olarak bu suçların en ağır şekilde cezalandırılması gerekeceği anlayışı, ötedenberi siyasî suçların âdi suçlardan ayrı olarak uygulanması gerekeceği zorunluğunu duyurmuştur.

İster hoşgörülü karşılasın, ister sert önlemler uygulansın, siyasî suçların âdi suçlardan ayrılmasında yarar büyüktür. Bu hal yalnız suçluların geri verilmesi konusunda düşünülmemelidir. Siyasî suç failleri çoğu kez âdi suç faillerinden farklı olarak bu suça itilirler. İç ve dıştan gelen birtakım telkin ve teşviklerin, yaratılan tahriklerin etkisi ile adeta basit, bilinçsiz birer otomat halinde hareket ettikleri de görülür. Bunun yanında bu suç faillerinden çoğu farklı bir ruh yapısına sahiptir. Ruhi buhranlar sonucu, çevre ve toplandan kopan ve çoğunluğunun gençlerden oluştuğu bu tip insanlar, Lambroza'nın belirttiği (doğuştan suçlu) tipine de uygun olarak, anti sosyal, yani topluma karşı kişiler olarak tanınırlar. Kahramanlık fantazileri içerisinde daha çok özgürlük ve sorumsuzluk içgüdüleri ile yaşamak isteyen bu kimselerden bazıları ve hatta çoğu, çok zeki yaradılışlı olup, normal sayılan insanlara da önderlik etmeyi başarabilen tiplerdir. İşledikleri suçlardan asla pişmanlık duymazlar ve yakalanmaması veya cezalandırılmaması pek çoğunda huzursuzluk yaratır. Psikopat veya yeni tabiri ile «sosyopati» hastası sayılabilecek bu tipleri (22) cezalandırmadan

(21) 1. CD. 21/12/1970 tarih, 3701/3579 sayılı içtihadı.

(22) Öztan, Dr. Necati : Sosyopatik Şahsiyet ve Anarşik Olaylar : 7/Haziran/1972 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

önce tedavileri ve onları bu ortama iten nedenleri ortadan kaldıracak çarelere başvurulması gerekeceği kanısındayız. Yine kanımızca, bu tip sosyal (siyasî) suç failleri için ceza kanunlarında öngörülen cezaî rüşt (erginlik) yaşı yeterli değildir. Zamanın ve ortamın koşullarına uyarak ve farkında olmaksızın akıntıya kapılan gençlerde, seçme yaşma varmaksızın bu suç bilincine erişilmesi ve seçilme yaşına varılmaksızın tam bilinç sahibi olduğunun anlaşılması herhalde zordur. Bu nedenle Ceza Kanunlarında bu tür suçlar için cezaî rüşt yaşının, bu yaşlar arasında oranlanması temennimizdir.

MUKAYESELİ HUKUK AÇISINDAN YETKİLİ MERCİİN EMRİNİ İFA

Dr. NECDET YALKUT (*)

PLÂN :

- 1) Giriş
- 2) Türk Ceza Hukuku Açısından Yetkili Merciiin Emrini İfa
- 3) İtalyan Ceza Hukuku Açısından Yetkili Merciiin Emrini İfa
- 4) Fransız Ceza Hukuku Açısından Yetkili Merciiin Emrini İfa
- 5) Sonuç

1) GİRİŞ :

Bu yazımızda mukayeseli hukuk açısından (YETKİLİ MERCİİN EMRİNİ İFA) müessesesini (L'ORDRE DE LA LOİ ET LE COM-MENDEMENT DE L'AUTORITÉ LÉGITİME) incelemek istiyoruz. Özellikle Türk, İtalyan ve Fransız Ceza yasaları gözönünde tutularak yapılan bu incelemede, yeri geldikçe diğer bazı ülkeler yasalarına da kısaca değineceğiz. Etüdümüzde emir, âmir, ast, memur, meratip silsilesi, yetki, sınırın aşılması gibi kavramlar üzerinde duracağız. Kanunsuz emri ifa eden memurun sorumluluğunun hukukî mâhiyeti üzerindeki doktrinal tartışmaları da özet olarak belirteceğiz. Emrin meşruiyetini memurun kontrolü hususunda ortaya atılan çeşitli nazariyeleri ayrı ayrı ele alacağız.

(SONUÇ) bölümünde ise konuyla ilgili kişisel görüşlerimizi ve dilekelerimizi yansıtmaya çalışacağız.

2) TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN YETKİLİ MERCİİN EMRİNİ İFA

Bilindiği gibi yasanın suç saydığı bir fiilden dolayı bir kimsenin cezalandırılabilmesi için, o kimsenin cezai sorumluluğunu bulunması gerekir. Cezai sorumluluk, o kimsenin cezai ehliyete hâiz olması ve suçun kendisine isnat edilebilmesile mümkündür. Bununla birlikte, failin şahsı dışında yalnızca fiile taallük eden bazı objektif sebepler vardır ki, bunların varlığı, cezai sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır. Bunlara hukuk nazariyatında (BERAAT SEBEPLERİ)

(*) Bursa C. Savcı Yrd.

de denilmektedir. Yetkili merciin emrini ifa, meşru müdafaa ve zaruret hâli'nden ibaret olan bu sebeplerden, (YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA), bizim yazı konumuzu oluşturacaktır. Bu müessese, cezai sorumsuzluğu gerektiren, hukuka uygunluk arzeden objektif bir haldir. Ceza yasamızın 49. maddesinin birinci bendinde düzenlenen bu konu, kanunun bir hükmünü veya salâhiyettar bir merci den verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemeyeceği sonucunu sağlamaktadır. İfa edilen bu vazife, dayanağını kanundan alıyorsa kanunun hükmünü icra, âmirin emrinden alıyorsa, yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi söz konusudur. Âmirin emrini ifada verilen emrin yönetmelik, tüzük yasa veya anayasa hükümlerinden, tek kelime ile yazılı hukuktan kaynak alması şarttır. Kanunun hükmünü icrada, doğrudan doğruya hareket mümkün olduğu halde yetkili merciin emrini ifada, âmirin aracılığı ile yasa hükmü yerine getirilmektedir. Anılan bend (FAİLE CEZA VERİLMEZ) deyimini kullandığına göre, fiil aslında suç sayılmakla beraber, mazeret sebebinin varlığı nedeniyle fail cezadan kurtulmaktadır. Örneğin, ölüm cezasına mahkûm olan bir şahsın, yetkili bir kimse tarafından, kanunda yazılı usul ve merasime uyularak ve merciinden verilmiş emre müsteniden asılması hâlinde, asan kimse, adam öldürme suçunu işlemiş olmayacaktır.

1810 tarihli Fransız ceza yasasını kaynak alan 1858 tarihli CEZA KANUNNAMEİ HÜMAYUNU'nda âmirin emrini icrada sorumluluk meselesi özel kısımda ele alınmakta ve suç teşkil eden emri veren âmir sorumlu olmakta, emri yerine getiren memur sorumlu tutulmamaktaydı...

Bundan sonra 1.3.1926 tarihinde Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilen, 13.3.1926 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanan ve 1.7.1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 49. maddesile bugünkü sisteme geçilmiştir. Madde, Ceza Yasamızın birinci kitabının (ESASLAR) başlığı altında bulunan dördüncü bâbının (CEZAYA EHLİYET VE BUNU KALDIRAN VEYA HAFİFLETEN SEBEPLER) bölümünde yer almaktadır. Maddenin bu suretle (GENEL HÜKÜMLER) kısmında bulunması, mâzeret sebeplerinin, kasdi, gayri kasdi, cürüm veya kabahat tüm suçlar hakkında uygulanabileceğini kanıtlamaktadır.

Yukarıda söylediğimiz gibi 49. maddenin birinci bendinde, kanunun hükmünü veya yetkili merciin emrini icradan bahsediliyor. Hiç kuşkusuz mâzeret sebebinin kabulü için bu iki hâlin (BİRLİKTE)

bulunması gerekmez. Bunlar birbirinden bağımsız (İKİ AYRI) mâzeret sebebidir.

Kanun teriminin kapsamına ceza kanunu ile birlikte diğer kanunlar, hatta tüzük hükümleri de girer...

Fransızcada (ORDRE - COMMENCEMENT); italyancada (ORDINE); ingilizcede (ORDER, COMMEND); almancada (BEFEHL) terimleriyle ifade olunan (EMİR), Ceza yasamızda târif edilmemiştir. Easen emir, bizzatihi bir ceza hukuku müessesesi değilse de sonuçları ve etkileri bakımından ceza hukuku bu müesseseye de yabancı gözüyle bakmamak zorunda kalmıştır. Nazariyat ve tatbikatın ışığı altında bu konuda şu şekilde bir tanımlama yapabiliriz : Emir, kamu hizmetlerini sevk etmekle yükümlü ve hukuk tarafından üstün bir kudret ve yetkiye sahip kılınmış bir kimsenin, belirli bir davranışta bulunmak üzere, ast durumunda bulunan bir kişiye veya kişilere, yasalara uygun olarak yönelttiği bir irade beyanıdır. Bu tanımlamadan, emir kavramının :

- a) Üstünlük,
- b) Mecburilik,
- c) Tabiiyet,

gibi ana unsurlardan oluştuğu anlaşılmaktadır. Mecburiyet, bir müeyyide ile varlığını hissettirir. Tabiiyet, itaat vecibesini doğurur.

Yukardaki açıklamalardan kolayca anlaşılacağı üzere, emir, âmir tarafından verilir ve âmir, kamu hukukuna ait resmi bir merciin başında yetkili olarak bulunup bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını emreden kimsedir. Belirttiğimiz tanımlama, memurların (ÜST - MAFEVK - SUPERIORE) ve (AST - MADUN - SUBORDINATO) durumunda olmalarını gerektirmektedir. Böylece kamu hukukunda, âmirle memur arasında bir (KADEMELEŞME) kurulacaktır. İşte memurların üst veya ast olmalarından doğan ve üste emir verme yetkisi sağlayan hukukî durum, MERTEBELER SİLSİLESİ'ni (fransızca hiérarchie, italyanca GERARCHIA, ingilizce HIERARCHY, almanca RANGORDNUNG) oluşturur. Ancak böyle bir hiyerarşik düzen içerisinde âmir - memur ilişkileri kurulabilir. Hiyerarşik ilişki ise varlığını emir müessesesi ile kanıtlar. Memur, âmirinin emrine itaat edecektirki bir görevin yerine getirilebilmesi sağlanabilsin ! İdari çarkın düzenli çalışmasında bu denli önemli rol oynayan emre itaat, ceza hukuku açısından bir sorumluluk doğurduğu zaman ileride inceleyeceğimiz (SORUMLULUĞA KİMİN SÜJE OLACAĞI) sorusunu akla getirecektir. Tek kelime ile kamu hukuku düzeninde hiyerarşik münasebetin özelliği, âmirin memura

verdiği emir'le belirlenir. Ast bu emre itaat eder. Hizmetin tanzim ve yürütülmesi âmir'e aittir. Böylece hiyerarşi, (ZİNCİRLEME BİR MERCİLER TOPLULUĞU) olarak hukukî müesseseler arasındaki yerini alır. Her merciin başında bulunan kimse ilgili bakanlığa bağlıdır. Bunların bir araya gelmesi de HÜKÜMET'i oluşturur. Hiç kuşkusuz (BAKANLAR KURULU ÜYELERİ) arasında hiyerarşik ilişki yoktur.

Buna karşılık özel hukukta, kamu hukukuna benzer bu tür ilişkiye rastlanmaz. Başka bir söyleyişle özel hukuk ilişkilerinde (ÜSTÜNLÜK) değil, (EŞİTLİK) esası uygulanmaktadır.

Hemen işaret edelim ki kamu hukukunda (EŞİT) derecedeki şahıslar, birbirine emir veremez. Bu esas, lâtinedeki (PER IN PAREM NON HABET İMPERİUM) — EŞİT EŞİTE EMİR VEREMEZ — kuralına dayanmaktadır.

Âmir tek bir kimse olabileceği gibi heyet hâlinde çalışan bir şahıslar topluluğu da olabilir.

Bazan âmir normal hiyerarşik ilişkinin dışında yer alabilir. Talep halinde askeri makamların, idari makamlara yardım etmesi gibi... Gerçekten İl İdaresi Kanununun II/D maddesinde : (Vali il içindeki kolluk kuvvetleriyle bastırılmıyacak olağan üstü ve âni hadiselerin cereyanı karşısında kalırsa en yakın askeri kara, deniz ve hava kuvvetleri komutanlarına mümkün olan en seri vasıtalarla müracaat ederek yardım ister ve bunu yazı ile teyit eder. Bu talep derhal yerine getirilir) demektedir. Burada emri veren âmir, Vali'dir. Bu emir birlik komutanının aracılığı ile yerine getirilecektir.

Âmir ve Memur, Ceza yasamızın aynı maddesinin kapsamında yer almaktadır. Gerçekten 279. maddeye göre :

Ceza Kanununun tatbikatında :

1) Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri.

2) Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler MEMUR sayılır.

Ceza kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazaf olanlar :

1) Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri.

2) Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.

Âmme vazifesi bilindiği gibi Devlet tarafından âmme menfaati düşüncesiyle gerçekleştirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Âmme hizmeti ise, ihtiyari olarak Devlet tarafından kendi faaliyet sahasına alınan işlerdir. Böylece ceza yasamız 279. maddesinde geniş anlamda bir memur kavramına yer vermektedir. Başka bir söyleyişle yalnız âmme vazifesi değil, âmme hizmeti görenleri de bu kavrama dahil etmektedir.

Sırası gelmişken burada askeri şahıslar açısından konuya kısaca değinmek yerinde olacaktır. Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 9. maddesine göre, âmir, makam ve memuriyet itibarıyla emretmek salâhiyetini haiz kimsedir. Âmir, bir emir verdikten sonra, ikinci bir emirle birinci emri değiştirebilir. Muhtelif derece ve mevkilerdeki âmirlerin vermiş oldukları emirler arasında çatışma olduğu takdirde, derecesi en yüksek olan âmirin emrine uyulur. Aynı kanunun 8. maddesine göre emir, hizmete ait bir talep veya yasağın sözlü, yazı ile ve sair suretle ifadesidir. Keza aynı yasanın 19. maddesine göre ise, emrin üniforma ile verilmesi lâzımdır. Üniformasız bir âmirin verdiği emri, onu tanıyanlar yapmağa mecburdur.

Bazan zabıta makamlarına (İDARÎ) ve (ADLÎ) otoriteler tarafından aynı zamanda değişik emirler verilmiş olabilir. Bu takdirde durum ne olacaktır ? Bilindiği gibi İl İdaresi Kanununun II. maddesine göre Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilâtının âmiridir. C.M.U.K. nun 154. maddesi ise, bütün zabıta makam ve memurlarının, Cumhuriyet Savcısı'nın Adliye'ye müteallik işlerde emirlerini ifa ile mükellef olduklarına işaret etmektedir. Bu iki merciin emri çatışırsa zabıta hangisini yerine getirecektir ? Bu gibi hallerde, zabıtanın sicil âmirinin (idare) olması nedeniyle zabıta, idari makamların emrini tercih edegelmektedir. Bu isabetsiz tercih, bu yersiz eğilim, kanımızca, ancak ADLÎ ZABITA TEŞKİLÂTI'nın bir an evvel yurdumuzda kurulması ve savcılığa bağlanması ile ortadan kalkabilecektir. Ceza yasamızın 49. maddesinin birinci bendindeki ibareden de anlaşılacağı üzere, emrin hukuka uygun olabilmesi için o emrin salâhiyettar bir merciden verilmiş olması yani âmirin yetkili bulunması ve merciin de (RESMÎ MERCİ) olması gerekmektedir. Yetki olmayınca emretme de yok-

tur. Emrin, emri verenin olduğu kadar yerine getirecek olanın da yetkisi dahilinde bulunması lâzımdır. Yetki :

- a) Yer itibarile,
 - b) Vazife (konu) itibarile,
 - c) Zaman itibarile,
- olmak üzere üç şekilde anlaşılır.

a) Yer itibarile yetki demek, âmir ancak kendi bölgesinde emir verir demektir.

b) Vazife itibarile yetkiye gelince, memurun âmirine itaat mecburiyeti, emrin vazifeye aidiyetile sınırlıdır. Hizmeti ilgilendirmeyen şahsi emirlere itaat zorunluluğu yoktur.

c) Memur âmirinin emrini ifa ederken zaman itibarile yetkili olup olmadığına da bakacaktır. Yetkisiz ise, emri yerine getirmeyecektir. Âmir, vazifeye fiilen başlamadan emir veremez. Âmir, vazifesinde bulunduğu süre âmirlik yapabilir.

Memur, âmirin emri ve kanunun hükmü bakımından iki çatışan durumla karşılaşır, kanuna üstünlük tanınması gerekir.

Bir emrin meşruluğu, kanunun şekil ve esaslara uygun olmasıyla mümkündür. Emir, yazılı veya sözlü olabilir. Mahiyeti icabı yazılı olması gereken emrin infazı için imzalı, hatta mühürlü olması da aranır. Şekil şartlarından yoksun bir emir yerine getirilmemelidir. Yazılı olması şart olsa bile, acele ve tehirinde mazarrat umulan hallerde, sonradan yazılı şekle çevrilme kaydı ile sözlü emir verilebilir.

Emir kanuni (meşru) ise gerek emri veren âmir, gerek emri yerine getiren memur bakımından (SORUMSUZLUK) söz konusudur. Zira meşru emir, dayanağını kanundan almaktadır. Örneğin, usulü dairesinde verilmiş bir tevkif müzekkeresine istinaden tutuklamayı yerine getiren polis, hürriyeti tahdit suçunu işlemiş olmaz. Ortada gerek âmir, gerek memur açısından (HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ) vardır. Hukuka aykırılık olmadığı yerde suç da bulunamaz.

Prensip olarak, kanunsuz bir emir yerine getirildiğinde âmirin ve memurun sorumluluğu ileri sürülecektir. Bu prensibin hukuki mahiyeti doktrinde tartışılmakta ve bu tartışmalarda memur lehine eğilimler kaydeden görüşlere rastlanmaktadır. Bu görüşlere kısaca göz atalım :

A) ZARURET HÂLİ :

Emri yerine getiren memur cezalandırılmaz. Zira irade serbestisi yoktur.

B) MANEVİ CEBİR HÂLİ :

Emri yerine getiren, manevi bir cebir altındadır. Emir, onun hareket serbestisini (LİBERO ARBİTRİO) ortadan kaldırmaktadır.

C) HÜSNÜNİYET HÂLİ :

Emir bir suç teşkil ettiği takdirde, bunu hüsnüniyetle ve kasıtsız olarak yerine getirenin sorumlu olmaması gerekir. Memur burada, âmirinin kanuna aykırı bir emir vermiyeceği varsayımına dayanarak emri yerine getirmiştir. Fransız doktrininde taraftar bulan bu teorinin, (KANUNU BİLMEK MAZERET SAYILMAZ) ilkesi karşısında savunulması gerçekten güçtür.

D) HATAYA DÜŞME HÂLİ :

Kanunsuz emri ifa eden memur, emrin meşruluğu hususunda hayata düşmüştür. Bu hata sonucu, fiilde, CÜRMİ KASDI'nın varlığı iddia edilemez.

Konumuzla ilgili bir diğer sorun da emri yerine getirenin emrin meşruiyetini kontrol edebilip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Emrin meşruiyetini kontrol hakkında çeşitli nazariyeler ortaya atılmıştır. Bunları sırasile inceliyim :

A) MUTLAK İTAAT (PASİF İTAAT) NAZARİYESİ :

Bu teoriye göre ast, âmiri tarafından verilen her emre itaat zorundadır. Emir, yasaya aykırı da olsa yerine getirilmelidir. Sorumluluk, emri verene aittir. Memuru, âmirin iradesinin esiri haline getiren bu nazariyeye karşı çıkmıştır. Ve modern Devlet anlayışında bu teorinin yeri yoktur denilmiştir.

B) EMRİN ŞEKİL BAKIMINDAN KONTROLÜ NAZARİYESİ :

Bu teoriye göre şekil şartları tamam olan emrin muhtevası ile uğraşılmaksızın icra edilmesi gerekir. Oysa emir şekli bakımından tam olduğu halde, muhteva itibarile suç teşkil edebilir. Bu itibarla bu nazariyenin de kabule şayan olduğu söylenemez.

C) MUHTEVA İTİBARİLE KONTROL NAZARİYESİ :

Bu teoriye göre memur, aldığı emri gerek şekil, gerek muhteva bakımından kontrol etmeli, ona göre hareket etmelidir. Oysa emrin muhteva itibarile kontrolü memur tarafından yapılıncaya bu davranış, Devlet mekanizmasını anarşi içerisine düşürecektir. Bu nazariye, âmiri memur karşısında eriteceği cihetle tenkide uğramıştır.

D) İTİRAZ YAHUT EMRİN TEKRARI NAZARİYESİ :

Bu teoriye göre âmirinden emir alan memur, bunun yasaya aykırı olduğu kanısına varırsa keyfiyeti âmirine anlatır. Âmir ikna edilemezse emre itaat eder. Sonuç itibarile itaati zorunlu kılan bu nazariye de tercihe lâyük görülmemiştir.

E) KARMA NAZARİYE :

Diğer teorilerin aksayan yönlerini gözönünde bulundurarak ortaya atılan ve (KARMA) bir görüş benimseyen bu son nazariyeye göre, memur, emrin şekil ve muhteva itibarile kontrolünü yaptıktan, gerekirse itiraz yoluna gittikten yahut emrin tekrarını sağladıktan sonra emri yerine getirecektir. Fakat emrin konusu suç teşkil ediyorsa yerine getirmeyecektir.

Bu konuda Türk sistemi nedir ? Bizde yetkili merciin emrini ifa müessesesi asıl kaynağını 1961 tarihli Anayasa'mızdan almaktadır. Sözü edilen yasanın 125. maddesi şöyle demektedir : (Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır).

Yukarıda açıkladığımız nazariyelerin ışığı altında Anayasa'mızın bu maddesinden çıkaracağımız anlam şudur : memur, emri gerek şekil ve gerek muhteva bakımından kontrol edecektir. İtiraz veya emrin tekrarı nazariyesinden de yararlanan bu madde hükmü-

ne göre, emrin konusu suç teşkil ettiğinde hiçbir suretle yerine getirilmeyecektir.

Devlet Memurları Kanunu da II. maddesinde bu hususta Anayasa'mızın 125. maddesi paralelinde hüküm ihtiva etmektedir.

1924 Anayasası da 94. maddesinde: (Kanuna muhalif olan umurda, âmire itaat memuru mesuliyetten kurtarmaz) demek suretile memura, emrin şekil ve muhteva bakımından kontrolü hakkını tanımıştı...

Ceza Yasamızın 49. maddesinin birinci bendinde :

- a) Emrin yetkili merciden verilmesi,
- b) İnfazının vazifeden zaruri olması, şartları aranmış, son fıkrasında ise,
- c) Emrin hilâfı kanun olmaması... öngörülmüştür.

Böylece bu üç şart, emri (HUKUKA UYGUN) kılmaktadır.

Nemurun, emrin hilâfı kanun olup olmadığını tetkiki demek, emrin şekil ve muhteva bakımından kanuna uygunluğunun kontrolünü yapmak demektir. Bu üç şarttan biri yoksa emir meşru değildir ve dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi de yoktur. Bu durumda gerek âmir, gerek memur müştereken cezalandırılacaklardır.

Mevzuatımızla ilgili bölümün sonuna yaklaşmış bulunuyoruz. Sözlerimizi özetlersek, Türk sistemine göre memur, âmirinden aldığı emrin yasaya uygunluğunu kontrol edecektir. İfa hususunda tereddüde düşerse durumu âmirine bildirecek, âmir emrini yazılı olarak yenilirse, memur artık bu emri yerine getirecektir. Ancak suç teşkil eden emri hiçbir suretle ifa etmeyecek, ifa ettiği takdirde sorumluluktan kurtulamıyacaktır. Böylece Türk sistemi, emrin şekil ve muhteva itibarile kontrolü nazariyesine taraftar görünmekte, aynı zamanda itiraz veya emrin tekrarı nazariyesini de gözden uzak tutmamak suretile KARMA NAZARİYE'yi benimsemiş bulunmaktadır.

Yetkili merciin emrini ifada sınır aşıldığı takdirde durum ne olacaktır ? Ceza yasamızın 50. maddesi, kanunun hükmünün veya yetkili merciin emrinin yerine getirilmesindeki sınırın aşılması hâlini, cezayı indirici bir sebep olarak görmekte ve ne oranda indirme yapılacağını belirtmektedir.

Emrin ifasında sınır, KASDEN veya TAKSİRLE aşılabılır. Sınır kasden aşılmışsa bu takdirde ceza (TAM OLARAK) verilir. Başka bir deyişle fail, 50. maddenin indirici hükümlerinden faydalandırıl-

maz Memur, emri icra ederken dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik, aşırı işgüzarlık gibi kusurlu hareketlerle sınırı aşmışsa taksirle sınır aşılmış demektir. İşte bu halde fail hakkında 50. maddede öngörülen oranda cezai indirim yapılır. Örneğin, polisın zaruret olmadığı halde silâh kullanması sonucu bir kimseyi öldürmesi gibi...

Yetkili merciin emrini ifade sınırın aşılması ile ilgili sözlerimizi bitirmeden önce bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.10.1959 gün ve Esas I/32, Karar 32 sayılı ilâmını önemi ve görüşümüze tamamen uygun olması nedeniyle yazımıza aktarıyoruz! (...Hadisenin cereyan tarzına nazaran, maktulün geceleyin DUR ihtarına aldırış etmeyerek kaçarken, yandan ve uzak mesafeden atılan silâhla öldürüldüğü anlaşılmıştır. Jandarma Teşkilât ve Vazife nizamnamesinin 270. maddesinin Ç bendinde, herhangi bir suçtan mahkûm ve mevkuf olup da tutulması emrolunan şahsın yakalanması sırasında kaçması ve yakalamayı temin için başka bir çare bulunmaması halinde silâh kullanma salâhiyeti vermiş ise de, 271. madde gereğince silâh kullanmadan maksat, öldürmeyi istihdaf etmemiş, sadece vazifenin yerine getirilmesini mümkün kılacak bir hâle hasredilmiş olmasına göre, sanığın bu lâzimeye riayet etmeyerek maktulü başından vurup öldürmesinin zaruret hududunu tecavüz mahiyetinde olduğu halde, bu husus karar yerinde esaslı bir şekilde münakaşa ve tetkik edilmeksizin beraat kararında ısrar edilmesi yerinde görülmediğinden bozulmasına...).

3) İTALYAN CEZA HUKUKU AÇISINDAN YETKİLİ MERCİN EMRİNİ İFA

1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası'nın 51. maddesi, inceleme konumuzu müesseseleştirmiş bulunmaktadır. Mâzeret sebeplerinin (CAUSE Dİ GIUSTİFİCAZIONE) bulunduğu hallerde işlenen fiil, yalnızca zâhiren suç kanuni modeline uygun olup cezaen önem taşımamaktadır.

51. maddenin birinci fıkrası şöyle diyor : Bir hakkı kullanmak veya bir hukuk kaidesi ile veya resmi makamların meşru olan bir emri ile verilen bir vazifeyi yerine getirmek cezayı kaldırır. (L'ESERCIZIO Dİ UN DIRITTO O L'ADEMPIMENTO Dİ UN DOVERE İMPOSTO DA UNA NORMA GIURIDICA O DA UN ORDİNE LEGİTTİMO DELLA PUBBLICA AUTORITÀ, ESCLUDE LA PUNIBILITÀ). Görülüyorki bir görevin yerine getirilmesinde fiili meşru kılan husus, ya bir hukuk kaidesinden (bir icra memurunun bir eşyaya haciz koyması, veya onu zaptetmesi gibi) veya bir âmirin emrinden doğmaktadır.

1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası bu müesseseye genel kısımda yer vermekle beraber, bir hakkın icrası ile kanunun hükmünü ve âmirin emrini icrayı birbirinden müstakil olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

Verilen emir gayrı meşru ise gerek emri veren, gerek yerine getiren sorumlu olacaktır. 51. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları bu hususu belirtmektedir. Bu fıkralara göre suç teşkil eden fiil, bir makamın emri ile işlenmişse bu suçtan o emri veren kimse sorumludur. (SE UN FATTO COSTITUENTE REATO È COMMESSE PER ORDINE DELL'AUTORITÀ, DEL REATO RISPONDE SEMPRE IL PUBBLICO UFFICIALE CHE HA DATO L'ORDINE).

Üçüncü fıkraya göre fiili ve maddi bir hata yüzünden meşru bir emre itaat ettiği zannı ile fiili işleme hâli müstesna olmak üzere, emri icra eden kimse de sorumlu olur. (RISPONDE DEL REATO ALTRESÌ CHÌ HA ESEGUITO L'ORDINE, SALVO CHE, PER ERRORE DÌ FATTO, ABBÌA RITENUTO DÌ OBBEDIRE A UN ORDINE LEGITTIMO).

51. maddenin dördüncü fıkrası ise üçüncü fıkradaki hatadan başka fail lehine ikinci bir olanak sağlamaktadır. Gerçekten anılan fıkrada şöyle denilmektedir : Gayrı meşru emri icra eden kimseye, kanun eğer emrin meşruiyeti üzerinde hiçbir denetleme hakkı tanımamışsa ceza verilemez. (NON È PUNIBILE CHÌ ESEGUE L'ORDINE ILLEGITTIMO, QUANDO LA LEGGE NON GLÌ CONSENTE ALGUN SINDACATO SULLA LEGITTIMITÀ DELL'ODINE).

Aynı yasanın 55. maddesine göre yetkili merciin emrini ifada sınırın aşılması halinde indirme, ancak TAKSİRLİ FİLLER (İ DELİTTİ COLPOSİ) için uygulanabilecektir.

4) FRANSIZ CEZA HUKUKU AÇISINDAN YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA

Fransız sisteminde yetkili merciin emrini ifa ile ilgili hüküm, ceza yasasının özel kısmında yer almakta ve 327, 114 ve 190. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. 327. maddeye göre, kanunun hükmüne ve yetkili merciin emrine istinaden meydana gelen ölüm, müessir fiil gibi hallerde cinayet veya cünha teşekkül etmez. (İL N'YANİ CRİME Nİ DÉLİT, LORSQUE L'HOMICIDE LES BLESSURES ET LES COUPS ÉTAİENT ORDONNÉS PAR LA LOİ ET COMMANDÉS PAR L'AUTORITÉ LÉGITİME). Böylece mazeret sebepleri (LES CAUSES DE JUSTIFICATION) failin cezai veya me-

deni tüm sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. 327. madde metninden de anlaşılacağı üzere, burada kanunun hükmü ve yetkili merciin emrinden oluşan bir mâzeret sebebi ortaya konmaktadır. Başka bir deyişle kanunun hükmü ve yetkili merciin emri, bizden farklı olarak maddede ayrı ayrı değil, içtima ettirilmek suretile ele alınmıştır. Kanunun hükmüne bir örnek verelim : Fransız Ceza Yasası'nın 378. maddesinde, hekim vesair sağık personelinin meslek sırlarının ihlâlüne dair hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm, bu laşıcı bir hastalığın ilgililere ihbarı halinde çiğnenmiş olmayacaktır. Zira hekim burada, halkın sağlığının korunması için tifo gibi, zührevi rahatsızlıklar gibi bazı hastalıkları ihbar ve beyan etmek zorundadır. Ve bu zorunluluk, kaynağını kanunun bir hükmünden almaktadır.

Yukardaki sözlerimizi özetleyecek olursak Fransız sisteminde emrin icrası, tek başına hukuka uygunluk sağlamamakta, emirle birlikte bir kanun hükmünün de varlığı aranmaktadır.

5) SONUÇ :

Buraya kadar verdiğimiz izahatla yetkili merciin emrini ifa müessesesini çeşitli yön ve özellikleriyle bazı ülkeler ceza yasaları açısından incelemiş bulunuyoruz. Bu son bölümde ise konuyla ilgili kişisel görüş ve dileklerimizi belirtmeğe çalışacağız :

A) Gördük ki yazı konusu müessese, Fransız Ceza Yasası'nın özel kısmında yer almaktadır. Buna karşılık bu hüküm, ceza yasamızın genel prensipler bölümünde bulunmaktadır. Kanımızca, Türk Ceza Yasası'ndaki bu düzenleme, maddenin tüm suçlar için uygulama yeteneği taşıması açısından ve sistematik yönden, Fransız yasasına nazaran üstünlük arz etmektedir.

B) Ceza yasamızın 49. maddesinin son fıkrasında : (merciinden sâdır olan emir hilâfı kanun olduğu takdirde neticesinden hâsil olan cürme müterettip ceza, emri veren âmire hükmolunur) denmektedir. Hiç kuşkusuz bu fıkra sadece âmirin ceza göreceği anlamında yorumlanamaz. Suç teşkil eden emri icra eden memur da, âmir gibi cezalandırılacaktır. Zira Anayasamızın yukarıda açıklanan 125. maddesinin ikinci fıkrasına göre konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Görülüyor ki, yazı konumuz 49. maddesinin birinci bendile ilgili bu son fıkra, lüzumsuz, yararsız, uygulamada tereddütler yaratabilen, yoruma muhtaç, diğer maddelerle çelişki

halinde bulunan bir fıkradır. Kanımızca bu fıkranın, madde bün-yesinden atılması şarttır.

C) Ceza yasamızın 49. maddesinde (FAİLE CEZA VERİLEMEZ) deyimi kullanıldığına göre, bu tür bir fiilde dosyanın, son tahkikat safhasına intikal ettirilmesi, yani hüküm hâkiminin önüne getirilmesi ve ancak mahkeme tarafından bu konuda bir karar verilmesi zorunlu olacaktır. Oysa Fransız sisteminde 327. madde sarahatına göre, fail hakkında sorgu hâkimi ilk tahkikat sonunda MUHAKEMENİN MEN'İNE (ORDONNANCE DE NON - LIEU) karar verilebileceği gibi, işin özelliği itibarile dosya mahkeme huzuruna gelmişse hüküm hâkimi de beraat kararı tesis edebilecektir. Şekli görüşten uzak işbu alternatifin, bizi, şahsen, Fransız sistemini tercihe yönelttiğini burada belirtmek zorundayız.

D) İncelediğimiz sistemlerle birlikte İngiliz sisteminde de HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ (RULE OF LAW) kuralından hareketle, âmirin emrini icra eden memur, bu emrin kanuna aykırı olması halinde mâzeret ileri süremeyecektir. Kanımızca, suç teşkil eden emrin icrası hâlinde, emredilen fiilin yerine getirilme zorunluluğu, itaat ve bağlılık derecesi, vazife hissi, hiyerarşik mesafe, sosyal ve psikolojik durum... gibi kriterler ve sübjektif etkenler nazara alınarak memur leyhine ceza tutarından yasal bir indirme sağlanması yerinde olacaktır.

E) Hatta, kanunsuz emrin icrasında memurun sorumluluk hâlini ortadan kaldırabilir mi ? Ceza yasamızda bu hususta bir hüküm yoktur. 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası'nın 51. maddesinin üçüncü fıkrası, yukarıda açıkladığımız gibi fiili hatânın (yanılmanın) sorumluluk haline bir (istisna) teşkil ettiğini söylemektedir. Kasdın bulunmadığı bir ortamda sorumluluğun da bulunmaması çok doğaldır. Hiç kuşkusuz ortada, emrin konusunun suç teşkil ettiği hususunda, tereddüde yer vermeyecek bir açıklık mevcutsa, memurun yanılması önem taşımıyacaktır.

Hüsnüniyetle yanılma gibi fiil hatânın, kasdı ortadan kaldıracak güç ve nitelikte bulunduğu hallerde emri yerine getirenin sorumsuzluğu kanımızca bizde de yasal olarak kabul edilmeli, bu suretle kanunun bir boşluğu doldurulmalıdır.

F) Suç teşkil eden bir emrin icrası hâlinde, ilgililer hakkında ceza tâyininde hâkim'e geniş bir (TAKDİR HAKKI) verilmesinin çok yararlı olacağına inanıyoruz. Bu takdir hakkı'nın yalnızca hafifletmeden de ibaret kalmıyarak, davanın özelliklerine göre (CE-

ZAYI BÜSBÜTÜN KALDIRMAYA) kadar uzanması gerektiğini düşünüyörüz.

G) Sonuç olarak, Ceza Yasa'mızın 49. maddesinin konumuzla ilgili birinci bendinin, diğer yasa hükümleri, şahsi görüşlerimiz ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası'nın 51. ve 55. maddelerinin ışığı altında yeniden düzenlenmesini ve bu suretle bu önemli müessesenin daha aydınlık, çelişkisiz, bilimsel ve açık hâle getirilmesini içtenlikle diliyoruz.

BİBLİYOĞRAFYA

- 1) DIRITTO PENALE - PARTE GENERALE - *VINCENZO CAVALLO*; Napoli, 1955.
- 2) ISTITUZIONI DI DIRITTO PENALE ITALIANO - PARTE GENERALE - *GIAN DOMENICO PISAPIA*; Padova, 1965.
- 3) CODICE PENALE E CODICE DI PROCEDURA PENALE. *FRANCHI-FEROCCI - FERRARI*. Milano, 1964.
- 4) TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CRIMINEL ET DE LÉGISLATION PÉNALE COMPARÉE. *DONNEDIEU DE VABRES*. Paris, 1943.
- 5) COURS DE DROIT CRIMINEL - *M. HUGUENEY*. Paris, 1950.
- 6) TÜRK CEZA HUKUKU - CİLT I. GENEL HÜKÜMLER. *FARUK EREM*. Ankara, 1950.
- 7) CEZA HUKUKU - UMUMİ KISIM. *TAHIR TANER*. İstanbul, 1953.

USUL HİYLESİ

Prof. Dr. FARUK EREM (*)

Genel anlamda «dava»nın taraflar arası bir mukavele kavramına dayandığı, davanın kamu vasfına intikali, «usul hiylesi» kavramına da etkili olmuştur :

1) **Kavramın mahiyeti** : Davanın mukavele fikrinden kamu kavramına geçişi «şahsî intikam» dan devletin cezalandırmak hakkına geçişine benzetilmektedir. Davada tarafların iradesi haricinde, bir üçüncü kuvvet ihtilâfların çözümü ile görevlidir. Bu anlayış davayı taraflar arasındaki ihtilâfın halline matup bir anlaşma (mukavele) sayan fikir ile izah edilemez. Davada hususiyet hâkimin temsil ettiği « üstün irade » de toplanır.

Davaya hiyle karıştırılması davanın bir « adlî mukavele » olarak izahı ile davanın kamu vasfında olması arasında fark yoktur. Her iki anlayışta da irade (ikincisinde hüküm verecek olan üstün irade) ifsat edilmiş, dolayısıyla doğru olan karar verilmemiştir. Davada hiylenin « pasif süje » si daima « y a r g ı ç » tır. Carnelutti'nin dediği gibi taraflar, birbirlerine değil, daima « y a r g ı ç » a hitap ederler.

2) **Hilenin çeşitleri** : Tarafların anlaşmalı hilesi, tek taraflı hile, olmak üzere, başlıca iki çeşit hile tefrik olunur. Tâli tefrikler de mümkündür. «Anlaşmasız tek taraflı hile» gibi. Bu çeşit hilede iki tarafın birbirlerine karşı hile kullandığı görülür. Anlaşmalı hilede ise taraflar arasında hile hakkında bir iştirak mevcuttur. Bazan hile taraf olmayanlardan da gelebilir, şahidin hilesi (yalan şahadeti) gibi.

Bütün hile çeşitlerinin birleştiği bir nokta mevcuttur : Hile, yargıcın adaleti bulma çabasını şaşirtir veya güçleştirir. Konuyu bu yönden ele almak lâzımdır. Hilenin, hükme tesirine göre müeyyidelendirilmesi doğru olmaz. Zira yargıcın hükmünü hazırlayan «saik» lerin tahlili şu veya bu yöne göre bölünmesi âdeta imkansızdır. Bununla beraber pek müşahhas bazı hallerde «hile» ile «hüküm» arasında «sebeup-sonuç bağı» açık olarak görülebilir. Bu itibarla hükümlerde «gereke» ve delile dayanan «vicdanî

(*) Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

kanaat» sebep - sonuç bağıını göstermesi dolayısıyla hükmün değerlendirilmesi bakımından da zaruridir.

Usul hilesinin «hile» olarak, mahiyeti itibariyle, «umumî» hile (meselâ borçlar hukukundaki hile) kavramına benzeyeceği tabiidir, fakat doğrudan doğruya yargıca matuf olması, kamu vafında bir usul münasebetine taallük eylemesi bakımlarından usul hilesi «umumî hile» den ayrılır.

Yargıcın iradesini ifsat eden bir kavram sayılması suretiyle veya davada tarafların bağı olmaları lâzım gelen ve dava münasebetinin esasında mevcut sayılan «hüsnüniyet vazifesi» nin ihlâli şeklinde «hile» yi izah etmekte — zannımıza göre — isabet yoktur. Hile kanunların kazaî yol ile tatbikine karşı, yani yargılamaya karşı bir fiildir. Bu fiil herhangi bir davada « h u k u k î m e s e l e l e r » le alâkalı olabilir.

3) Sanığın hilesi : Davada sanığın hususî durumu sebebi ile onun tarafından yapılan hilenin bir hususiyeti olmak lazım gelir. Her ne kadar sanığın da «dava münasenetî» ne bağılılığı ve dolayısıyla iyi niyetle hareket vazifesi iddia edilebilirse de, ithamın hedefi olması sanığın hususî durumunu meydana getirir. Zira kanun sanığa kendini müdafaada en geniş serbestiyi tanımak isteğindedir. Fakat bunun müdafii de kapsadığı söylenemez.

Sanığın sorgusu hakkında kanunların ihtiva ettiği hükümler ve bilhassa sanığın sorgusunun, kendi lehinde olan hususları bildirmesine mani olmayacak tarzda icrası hakkındaki kaide (CMUK. 135) kanun vazının isteğini açıkça gösterir. Bazı kanunlarda da serbestinin, sanığın hüviyeti hakkında yanlış bilgi vermesinin cezalandırılması suretiyle, tahdidi yoluna gidildiği görülmektedir (bkz. İtalyan CK. 496, kşz. TCK. 343).

Sanığın hüviyeti hakkında doğru bilgi vermesi hususunda böyle bir hükmün haksız olduğu iddia edilemez. Zira hüviyeti hakkında bilgi vermek sanığın «müdafaa serbestisi» ni tahdit etmiş olamaz. Kaldı ki hüviyeti hakkında sanığın yanlış bilgi vermesi hatta bilgi vermekten çekinmesi masum üçüncü şahısların haksız bir itham altında kalmasına da sebebiyet vermiş olabilir.

Usul Kanununun gerekçesinde şu kanaat izhar olunmuştur : «İştıcvabın bir hedefi de, maznunun hüviyetinin ve suçta ve cezaya müessir olabilecek ahvali şahsiyesinin tesbitidir. Binaenaleyh hâkim bir taraftan maznunun hüviyetini tesbit edecek vesai ki taharri diğer cihetten sevabıki ahvali, içtimaî vaziyeti, temayülatı ruhiyesi,

alesi, vaziyeti akliye ve bedeniyesi gibi şahsın maddî ve manevî anasını tahkik ve tespite çalışır».

Tatbikat ceza davalarında rastlanan «atfı cürüm (sanığın suçu bir başkasına atması) hadisesi müdafaa serbestisi içinde mütalâa edilemez. Bu müdafii için de düşündürücü bir konudur. Böyle hallerde «iftira»nın diğer şartları mevcut ise sanık bu yönden de takibe uğrayabilir. Zira haksız atfı cürüm, neticede bir «hile» dir. Esasen iftira bakımından «saik» in ehemmiyeti yoktur.

Görülüyor ki sanığın hilesi esas itibariyle «müdafaa hakkı»nın zarurî neticesi olan serbestiden istifade etmektir. Bununla beraber, müstakil suç sayılan bir hareket (mesela sahte vesika ibrazı) suç olmakta devam edecektir. Sanık için, hoşgörü ile karşılanan bir davranış, müdafii için vahim bir tutum sayılabilir.

4) Hilenin müeyyidesi : Usulde hilenin bir çeşit «usul dolandırıcılığı» sayılması lâzım gelip gelmediği üzerinde de durulmuştur. Hukuk davasında taraflardan biri, yargıcı aldatır ve diğer tarafa zarar veren bir karar alırsa, bu hallerde «dolandırıcılık» mevcut mudur ? (Bk. Logaz, I. m. 148, n. 6). Eğer taraflar, yalancı şahit veya hakikat hilafı bilirkışı temini gibi yollara sapmak veya sahte vesika ibraz etmek gibi şekillerle yargıcı hataya düşürmüşlerse, bu hareketler ayrı birer suç teşkil ettiklerinden ait oldukları hükümlere göre cezalandırılır. Ceza davasında durum biraz daha değişiktir. Zira «savunma hakkı» bazı ahvelde buna inzimam eden savunma dokunulmazlığı sanığa kısmen serbesti tanımıştır. Fakat bu serbesti «savunma pervasızlığı» anlamına gelmez. Müdafii çok dikkatli olmalıdır.

«Usul hilesi» terimi adliye aleyhine suç veya herhangi hususî bir suç teşkil etmeyen bir hareket ile yargıcı aldatmak suretiyle karar istihsal etmek manasına alınabilir. Bu suretle «usul hilesi» bağımsız bir kavram olarak usul hukukumuzda girebilir. Belki de bunda zaruret vardır. Bu manada usul hilesinin müstakil bir suç sayılması için Ceza Kanununa bir hüküm ilâvesi doğru olur mu ? Doğru ise böyle bir suçun yeri dolandırıcılık hükümleri mi, yoksa adliye aleyhine suçlar bölümü müdür ? Liszt, bu hilenin, mer'î hükümlere göre dolandırıcılık sayılacağı düşüncesindedir (Liszt, II, s. 266 : diğer Alman müellifleri için bk. Escobedo studi sul reato di truffa (1928 s. 160). Tomelei'nin fikrine göre, hilesine kanunî bir şekil vermek suretiyle yargıçtan hakkı olmayan bir şey istihsal etmiş bulunmak cezasız kalmamalıdır. Hile, adlî makamlara yönelik olunca daha ağır sayılmalıdır (Escobedo (= dan naklen), s. 161).

Logoz. Federal Mahkemenin — hiç olmazsa şimdilik — meseleyi menfi olarak karara bağladığını, bunun gerekçesi olarak da yargıcın davadaki hususî durumunu nazara aldığını bildirmektedir (Logoz, I. m. 148, n. 6). Goldschmidt ise davada taraflardan birinin «y a l a n» inin suç sayılamayacağı, zira hâkimin tek tarafın iddiasına itimat etmeyeceği kanaatindedir (Goldschmidt, in torno al concetto di truffa (Riv. italiano di diritte penale (1936), ss. 210).

Zannımıza göre kanunun hususî hükümlerle müeyyideye bağladığı hileler dışında kalabilen «usul hileleri» nin umumî ve tamamlayıcı bir hükümle cezalandırılması zaruridir. Dava, ciddî bir ameliyedir. «Y a l a n» ve «h i l e» nin yargıç huzurunda olunca bir çeşit dokunulmazlıktan faydalanması mantıksızdır. Bundan savunma hakkının zarar göreceği düşünülemez. Zira yalan, hile, tasni «savunma aracı» olamaz.

**1587 SAYILI NÜFUS YASASI'NIN 59. MADDESİ ÜZERİNDE
BİR İNCELEME**

ŞEFİK GÜNER (*)

P L Â N :

I — KONUYA GİRİŞ

**II — NÜFUS YASASI'NIN 59. MADDESİNİN ETKİN OLDUĞU
TÜRK CEZA YASASI KURALLARI :**

A) MAĞDUR AÇISINDAN KONUNUN İNCELENİŞİ

B) SANIK AÇISINDAN KONUNUN İNCELENİŞİ

III — KONUNUN TARTIŞMASI

IV — SONUÇ :

I — KONUYA GİRİŞ :

Yasama meclislerimizce kabul olunup, yayımlanan ve 1 Eylül 1974'te yürürlüğe giren 1587 sayılı Nüfus Yasası'nın yeni kuralları kapsayan maddeleri arasında bulunan 59. madde, ceza uygulaması açısından ayrı bir önem taşımaktadır.

Bu yazımızda anılan yasa maddesince kabul olunan ilke ile daha önceki durum belirtilerek, yeni durumun ceza uygulama alanına etkisi, yansıması inceleme konusu yapılarak bu konuda bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

YASA METNİ : 1587 sayılı Nüfus Yasası'nın (R.G. : 16.5.1972) anılan madde metni aynen şöyledir.

Madde 59 — Doğum tarihlerinde doğum yılı yazılıp doğuma ay ve günü yazılmamış olanların yaşlarının hesaplanmasında doğduğu yılın Temmuz ayının birinci günü, ayı yazılıp da günü belli olmayanlarda o ayın birinci günü başlangıç tutulur. Eski kayıtlar için 13 günlük takvim farkı saklıdır.

Bu yasa maddesince kabul edilen temel ilkeyi şöylece belirtebiliriz :

Uygulamada yaşlarının hesaplanması gereken kişilerin doğum tarihinde «doğum yılı» yazılıp da ;

(*) Yargıtay C. Başsavcı Yrd.

A) «Doğum ay ve günü» yazılmamış olanların doğduğu yılın «Temmuz ayı» ve bu ayın «birinci günü» ;

B) Doğum ayı yazılı olup da «günü» belli olmayanlarda o ayın «birinci günü» ;

Başlangıç tutularak gerekli yaş hesaplanmasının yapılması ilkesi kabul olunmuştur.

NÜFUS YASASI'NIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN ÖNCEKİ DURUM VE UYGULAMA :

1 Eylül 1974'te yürürlüğe giren 1578 sayılı Nüfus Yasası'ndan önce yürürlükte bulunan 1330 sayılı Sicilli Nüfus Yasası bu yönden belirgin bir kuralı kapsamamaktaydı. Bu nedenle ceza alanındaki uygulamada Yargıtay'ın yerleşmiş görüşüne dayanılıyordu.

Yüksek mahkemenin bu konudaki belirgin görüşüne göre :

Ay ve günü belli olmayan *suçluya ait* doğum tarihlerinde sanığın lehine olarak nüfusta yazılı *yılın son ayı ve gününün* doğum tarihi olarak kabulü zorunludur. (1)

Mağdurun doğduğu ay ve günü tayin edilmemiş olmasına göre sanık lehine olarak o yılın *ilk ayında ve gününde* doğduğunun kabulü gerekir. (2)

II — NÜFUS YASASI'NIN 59. MADDESİNİN ETKİN OLDUĞU TÜRK CEZA YASASI KURALLARI :

Konuyu; mağdur ve sanık açısından incelemek gerekir.

A) MAĞDUR AÇISINDAN KONUNUN İNCELENİŞİ :

Türk Ceza Yasası'nı incelediğimizde; mağdurun yaş küçüklüğü ya da yaşının suç ögesi olduğu yasa kurallarını şöylece belirtebiliriz.

1. Türk Ceza Yasası'nın İkinci Kitabının ;

a) «Kamunun Esenliğine Karşı Cürümler» i kapsayan 7. Kısımın «Kamunun Sağlığına, Yenecek ve İçilecek Şeylere İlişkin Cürümler» e ilişkin 3. Bölümünde yer alan 403/7, 404/1. maddeleri ;

b) «Edep Törelere ve Aile Düzenine Karşı Cürümler» i kapsayan 8. Kısımın «Zorla Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete

(1) Yar. Ce. Ge. Kurulunun 25.5.1931, 26.10.1931 gün 60, 68 No. lu ilâmlarından.

(2) Yar. Ce. G. Kurulunun 20.2.1939 gün, E = 104/16, K = 17 No. lu ilâmından.

Saldıranlar» a ilişkin 1. Bölümündeki 414/1, 415, 416/1, 2, 3, 423/1. maddeleri; «Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırma» ya ilişkin 2. Bölümündeki 429, 430, 431. maddeleri; «Orospuluğa Kışkırtma» ya ilişkin 3. Bölümündeki 435, 436. maddeleri ;

c) «Kişilere Karşı Cürümler» i kapsayan 9. Kısımın «İrkin Tümlüğü ve Sağlığına Karşı Cürümler» e ilişkin 4. Bölümünde yeralan 468/III - 1, 472/II. maddeleri; «Çocukları ya da Kendilerini Çekip Çevirmeğe Gücü Yetmeyenleri ya da Tehlikede Bulunanları Kendi Haline Bırakmak Cürümleri» ne ilişkin 5. Bölümde yeralan 473/1, 476. maddeleri; «Eğitim ve Sıkıdüzen Araçlarının Kötüye Kullanılması ve Aile Bireylerine Karşı Kötü Davranış»a ilişkin 6. Bölümde yeralan 478/1. maddesi ;

2. Türk Ceza Yasası'nın Üçüncü Kitabının ;

a) «Kamu Düzenine İlişkin Kabahatlar» ı kapsayan 1. Kısımın «Dilencilik» suçlarına ilişkin 6. Bölümünde yeralan 545. maddesi ;

b) «Genel Töreyle İlişkin Kabahatlar» ı kapsayan 3. Kısımın «Sarhoşluk» suçlarına ilişkin 2.Bölümünde yeralan 574/II. maddesi.

Yukarıda ayrıntılı olarak belirtilen yasa maddelerine değinen suçların işlenişinde mağdurun yaşının saptanması; sanığa yükletilen suçun değindiği yasa maddesinin yasal öğelerinin oluşup oluşmadığının saptanması yönünden ayrı bir önem taşımaktadır.

1587 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş olup da bu yasanın yürürlüğe girmesinden sonra da yargılaması süren davalarda hangi yasa kuralının uygulanması gerektiği konusunun tartışması daha sonraki bölümlerde yapılacaktır.

B) SANIK AÇISINDAN KONUNUN İNCELENİŞİ :

Nüfus Yasası'nın 59. maddesinin uygulanışı; sanık yönünden, özellikle Türk Ceza Yasası'nın 54, 55, 57 ya da 58. maddelerin uygulanması gerektiği zaman önem taşır.

Türk Ceza Yasası'nın 54. maddesinin II. fıkra 1. bendi ve aynı yasa 55. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendi ile; bu madde, fıkra ve bentlere atıfta bulunan aynı yasa 58. madde IV, V. fıkralarının uygulanması yoluyla «i d a m» cezasının; geçici ağır hapis ya da ağır hapis cezasına çevrilmesini gerektiren durumlarda ise daha da önem taşımaktadır.

Konunun önemini belirtme açısından Türk Ceza Yasası'nın ölüm cezalarını kapsayan kurallarını kısaca belirtelim.

Türk Ceza Yasası'nın İkinci Kitabının ;

a) «Devletin Kişiliğine Karşı Cürümler» i kapsayan 1. Kısımın «Devletin Uluslararası Kişiliğine Karşı Cürümler»e ilişkin 1. Bölümünde yeralan 125., 126., 127., 129., 131., 132., 133., 136., 137., 138. ve 141. maddeleri; «Devlet Güçlerine Karşı Cürümler» e ilişkin 2. Bölümünde yeralan 146., 147., 149., 152. maddeleri ;

b) «Devlet Yönetimine Karşı İşlenen Cürümler» i kapsayan 3. Kısımın «Rüşvet» suçuna ilişkin 3. Bölümünde yeralan 217. madde ;

c) «Adalete Karşı Cürümler» i kapsayan 4. Kısımın «Karacılık» suçlarına ilişkin 3. Bölümünde yeralan 285. madde; «Yalan Tanıklık ve Yalan Yere Ant» a ilişkin 4. Bölümünde yeralan 286. maddeler ;

d) «Kamunun Esenliğine Karşı Cürümler» i kapsayan 7. Kısımın «Kamunun Sağlığına, Yenecek ve İçilecek Şeylere İlişkin Cürümler» e ilişkin 3. Bölümünde yeralan 403, 407. maddeler ;

e) «Edep Törelere ve Aile Düzenine Karşı Cürümler» i kapsayan 8. Kısımın «Zorla Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Saldıranlar» a ilişkin 1. Bölümünde yeralan 418. madde; «Geçen Bölümler Arasında Ortak Kurallar» a ilişkin 4. Bölümünde yeralan 439. madde ;

f) «Kişilere Karşı Cürümler» i kapsayan 9. Kısımın «Adam Öldürmek Cürümleri» ne ilişkin 1. Bölümünde yeralan 450. madde ;

g) «Mala Karşı Cürümler» i kapsayan 10. Kısımın «Yağma ve Yol Kesmek ve Adam Kaldırmak» a ilişkin 2. Bölümünde yeralan 499. maddesi.

Yukarıda belirtilen maddelerden ayrı olarak cezaların ertelenmesi yönünden, Türk Ceza Yasası'nın 90 ve 647 sayılı Cezaların Yerine Getirilmesi Hakkındaki Yasa'nın 6. maddelerinin uygulanmaları gerektiğinde, sanığın yaşının saptanması ayrıca önem taşır.

III — KONUNUN TARTIŞMASI :

1587 sayılı Nüfus Yasası'nın 59. maddesinin uygulanışının «Sanık» ve «Mağdur» a etkisi yönünden incelenişinde genel olarak şöyle bir sonuca varılmaktadır.

Anılan 59. maddenin uygulanması sonucu ; «doğum ay ve günü» yazılmamış mağdurların yaşının hesaplanmasında, 1 Ocak günü (önceki uygulama ve hesaplama göre) yerine, 1 Temmuz günü başlangıç tutularak hesaplama yapılmaktadır. «Doğum ay ve günü»

yazılmamış sanıkların yaşının hesaplanışında da, 31 Aralık yerine 1 Temmuz günü başlangıç günü olarak kabul olunmaktadır.

Belirttiğimiz bu durum ise; sadece mağdurun yaşının hesaplanması gereken durumlarda (önceki uygulamaya oranla) mağdur lehine; sadece sanığın yaşının hesaplanması gereken durumlarda (önceki uygulamaya oranla) sanık aleyhine, bir sonuç oluşturmaktadır.

Aynı olay nedeniyle anılan madde uyarınca mağdur ve sanığın yaşlarının hesaplanmasında ise; (önceki uygulamaya oranla),

Mağdur yaşının suç ögesi olan durumlarda, suçun yasal ögesinin saptanması açısından mağdur lehine, sanık aleyhine ;

Sanığa hükmolunacak cezanın nevi ve miktarının saptanışı açısından sanık aleyhine ;

Bir sonuç oluşturmaktadır.

Varılan bu sonuçlar nedeniyle, 1587 sayılı Nüfus Yasası'nın yürürlüğe girişinden önce işlenmiş olup da bu yasanın yürürlüğe girdiği günden sonra da yargılaması süren davalarda, gerektiğinde mağdur ve sanığın yaşının hesaplanışında hangi yasanın uygulanacağı konusu önem kazanır.

Yukarıda belirtilen durum ve sonuçlar gözetilerek, Türk Ceza Yasası'nın 2. madde kuralının ışığı altında şöyle bir sonuca varabiliriz :

1 — Sanık ; Türk Ceza Yasası'nın 54, 55, 57 ya da 58. maddelerinden yararlanamayacak yaş ve durumdadır. Ancak mağdurun yaşının suç ögesi olduğu bir suçtan sanık bulunmaktadır. Bu gibi durumda sanığa yükletilen suçun yasal ögesi saptanırken, mağdurun yaşının hesaplanışında, sanıktan yana olan 1330 sayılı Sicilli Nüfus Yasası kurallarının ve yukarı bölümlerde belirttiğimiz Yargıtay görüşünün uygulanması ;

2 — Sanık Türk Ceza Yasası'nın 54, 55, 57 ya da 58. maddelerinden yararlanacak durumdadır. Bu sanık hakkında, herhangi bir suçundan ötürü ceza saptanacağı zaman, sanıktan yana olan 1330 sayılı yasa kuralları uygulanarak doğum ay ve günü belirlenip ceza saptanması ;

3 — Sanık Türk Ceza Yasası'nın 54, 55, 57 ya da 58. maddelerinden yararlanabilecek durumdadır. Sanığa yükletilen suç, mağdurun yaşının suç ögesi olan bir suçtur. Bu durumda, suçun yasal

öğelerinin saptanması açısından, mağdurun yaşının hesaplanmasında, gerekse sanığa verilecek cezanın tür ve miktarının saptanması açısından sanığın yaşının hesaplanmasında, sanıktan yana olan 1330 sayılı yasa kurallarının uygulanması gerekmektedir.

IV — SONUÇ :

1587 sayılı Nüfus Yasası kapsam ve niteliği itibarıyla ; Usul yasası olmayıp, özel bir yasa niteliğindedir. Bu yasanın 59. maddesinin «sanıktan yana» ilkesinden çok «eşitlik» ilkesine dayalı olduğu görülmektedir. Bu madde ile kabul olunan belirgin bir kuralla yasadaki bir boşluk doldurulmuştur.

1587 sayılı yasanın 59. maddesinin, yürürlüğe girişinden önceki olaylar nedeniyle uygulanması gerekip gerekmiyeceği bahis konusu olduğunda, Türk Ceza Yasası'nın 2. maddesi gözetilerek bir sonuca ulaşmak gerekir. Uygulama yönünden, (Konunun Tartışması) bölümünde özetlenen sonuca uygun uygulamanın çözüm yolu olduğu kanısındayım.

MEDENİ HUKUK

TAPUSUZ TAŞINMAZLARDA ZİLYEDLİĞİN TESLİMSİZ İKTİSABI

Yazan : ALİ RIZA DÜZCEER (*)

P L Â N :

1 — GİRİŞ

2 — ZİLYEDLİĞİN DEVRİ

3 — TESLİMSİZ İKTİSAP

A) BREVİ MANU TRADİTİO - KISA ELDEN TESLİM

B) HÜKMEN TESLİM

a) Tarif

b) Devredenin vasıtasız zilyed olarak kalmasını sağlayan hukuki ilişki

c) Uygulama alanının tahdit edilmesi

aa) Teminat hükümlerini ihlâl kastıyla yapılması,

bb) Başkasını izrar kastıyla yapılması

C) ZİLYEDLİĞİN HAVALESİ

a) Tarif

b) Niteliği

c) Şartları

aa) Zilyedliği devredenin vasıtalı zilyed olması

bb) Dava hakkının devri

cc) Hukuki muamele niteliğinde bulunması

dd) Üçüncü kişiye ihbarın geçerlik şartı olmaması.

1 — GİRİŞ :

Fransız Medeni Kanununun 1138. maddesine göre, satım aktinin tamamlanması ile birlikte, taşınır mallarda mülkiyet alıcıya geçer. Bu sebeple Fransız Medeni Kanununun etkisinde kalan hukuk alanlarında, teslim pratik bir önem taşımaz (1). «Bey'i münakidin hükmü mülkiyettir» hükmünü koyan Mecellenin 369/1. maddesi ile de, aynı ilke kabul edilmiş idi (2). Medeni Kanunun 687. maddesi ise, «Menkul mülkiyetinin nakli için zilyedliğin müktesibe devri lazımdır» hükmünü koymaktadır (3).

(*) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi.

(1) Mary Zwahlen, Zilyedliğin Havalesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1974, S. 11, s. (383 - 408) - 386.

(2) İsmet Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, 1963, s. 12.

(3) Maddede, «Menkulde mülkiyetin intikali için teslim lazımdır.» denilmekte ise de, Kaynak Kanununun karşılık 714. maddesine uygun olarak, bizim maddenin de, yukarıda yazılı olduğu biçimde anlaşılması gerektiği açıklanmıştır (M. Kemal Oğuzman - Özer Seliçi, Eşya Hukuku, 1975, s. 534; Selâhattin Sulhi Tekinay, Eşya Hukuku, 1970 - 1971, s. 64).

Zilyedliğin kazanılması ile ilgili hükümler, sadece taşınır mallarda değil, taşınmaz mallar hakkında da uygulanır (4). 9.10.1946 gün ve 12/6 sayılı içtihadı birleştirme kararı (5) ile kabul edilen esasa göre de, tapusuz taşınmazların satışı, zilyedliğin devri taahhüdünden ibarettir. İctihadı birleştirme kararından sonraki Yargıtay kararları ile, tapusuz taşınmazların mücerret satışının hüküm ifade etmeyeceği, maliki aleyhinde teslim zorlayıcı bir dava açılmayacağı kabul edilmiştir (6). Sungurbey'in belirttiği gibi, 9.10.1946 günlü içtihadı birleştirme kararından sonraki kararlar, Roma hukukunun «Aynî akit» sistemine benzer bir çözüm tarzını benimseyerek, ancak teslim varsa akit geçerlidir, ilkesini getirmiştir (7).

Uygulamadan Örnekler : «... Tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkullerin zilyedliği devredilmedikçe yapılan satış ve hibe gibi akıtlar muteber olmıyacağına göre dava konusu gayrimenkullerin zilyedliğinin de davacılaraya devir ve teslim edilmiş olup olmadığı incelenmek...» (8).

«... Tapuda kayıtlı olmıyan taşınmazdaki harici alım - satımın zilyedliğin devri ile tekemmül edeceği yönünün gözönünde tutulması ve bu yönün gerçekleşmemesi halinde hukuki tasarrufun varlığından bahsedilemeyeceğinin nazara alınması...» (9).

Memleketimizde tapusuz taşınmazlar hâlâ büyük bir çoğunluk teşkil ettiği için, teslimi şart koşan ilke, zilyedliğin devri meselesini İsviçre'ye oranla daha önemli bir müessese haline getirmiştir. Bu nedenle, tapusuz taşınmazlarda zilyedliğin devrinin önemini belirtmek için, yukarıda yazılı açıklamayı yapmak ihtiyacını duyduk.

2 — ZİLYEDLİĞİN DEVRİ :

Medeni Kanununun 890. maddesine göre, «Zilyedlik, şeyin aynını veya onu iktisap edenin yedi iktidarına geçirecek vesaiti teslim ile intikal eder. Bir şey evvelki zilyedin rızasıyla iktisap edenin iktidarı dairesine geçmekle zilyedliğin nakli tamam olur».

Bu maddenin 1. fıkrasında; a) Şeyin fiilen teslimi, b) Şeyi devir alanın zilyedliğine geçirecek vasıtaların teslimi (devir konusu evin anahtarlarının teslimi) gibi, iki tür teslim biçimi düzenlenmiştir.

(4) Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku, Birinci Kitap, 1972, s. 184.

(5) 20.6.1947 gün ve 6637 sayılı Resmî Gazete.

(6) İsmet Sungurbey, Medeni Hukuk Eleştirileri, 1970, cilt 2, s. 139; İsmet Sungurbey, İsviçre-Türk Hukukuna göre İktisabî Müruru Zaman, 1956, s. 82 ve dip not 332 de yazılı kararlar.

(7) Sungurbey, a.g.e. Eleştiriler, s. 139.

(8) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 796/901, 5.2.1962 (Nihat Okurer - Mehmet Raşit Dereli Orhan Onur, Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Emsal Kararları, 1970, s. 458).

(9) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 8984/591, 25.1.1977 (Yayımlanmamıştır).

İkinci fıkrada ise, (zilyedlik sözleşmesi) olarak nitelenen üçüncü bir teslim hali düzenlenmiştir. Kaynak Kanununun Almanca metninin karşılık 922. maddesinde, «iktisap eden, evvelki zilyedin şey üzerinde hâkimiyetini kullanabilecek bir duruma gelmesiyle zilyedlik nakledilmiş olur» biçimindedir (10). Açıkta bulunan tuğla yığınının, tarladaki toplanmış mahsulün, boş arsanın gösterilerek, iktisap edenin iktidar sahasına sokulması gibi. Oğuzman - Seliçi'nin görüşleri aksine (11), 2. fıkranın, 1. fıkrayı açıklayıcı nitelikte olmayıp, yeni bir teslim biçimi düzenlediği hususunda görüş birliği vardır (12).

Birinci fıkradaki halde, devir edenin mümeyyiz olması (13), ikinci fıkradaki halde ise, iki tarafın medeni hakları kullanma ehliyetini haiz olmaları gerekir (14).

Medeni Kanununun 891. maddesinde de, gaipler arasındaki teslim hali düzenlenmiştir.

Tapusuz taşınmazların temlikine ilişkin senetlerde kullanılan «Teslim Ettim», «Hiç bir ilgim kalmadı» gibi sözcükler de, fiilen teslim yerine geçmektedir. Artık, sözleşmenin tarafları bakımından, fiili teslim konusunda araştırmağa yer yoktur. Bu beyan, temlik eden aleyhinde kesin delil teşkil eder (15).

Uygulamadan örnekler : «Dava zilyedliğe dayanmaktadır. Davacı, Nail Boralı'ya ait taşınmazı haricen satın aldığını ileri sürerek adına tescilini talep ve dava eylemiştir. Davaya katılan Nail Boralı taşınmazın teslim edilmediğini bildirerek zilyedliğin devrolunmaması nedeniyle davacıya intikal eden bir hak bulunmadığını ileri sürmüştür. Davacının dayandığı 20.4.1973 tarihli zilyedliğin devri yoluyla gayrimenkul satış senedi başlığını taşıyan belgenin 2. bendinin son cümlesinde; satıcı Nail Boralı'nın, taşınmazı fiilen alıcıya teslim ve zilyedliğini devrettiği hususu belirtilmiştir. İmzalı bu beyan taraflarını bağlar» (16).

(10) Turhan Esener, Eşya Hukuku, 1970, s. 23.

(11) Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 64.

(12) Ferit H. Saymen - Halid K. Elbir, Türk Eşya Hukuku, 1954, s. 54; A. Homberger Zilyedlik ve Tapu Sicili, Suat Bertan çevirisi, 1950, s. 43 - 44; Kemal Tahir Gürsoy, Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, 1970, s. 46; Esener, a.g.e., s. 23; Safa Reisoğlu, Türk Eşya Hukuku, 1977, s. 36.

(13) Homberger, a.g.e., s. 43; Akipek, a.g.e., s. 189; Gürsoy, a.g.e., s. 45.

(14) Gürsoy, a.g.e., s. 47; Homberger, a.g.e., s. 45; Esener, a.g.e., s. 24.

(15) Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1974, s. 384.

(16) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 2572/6641, 24.11.1975 (Yayımlanmamıştır).

«... Taraflar arasında yapılan satış mukavelesinde satıcı ilişkisini kestğini açıklamıştır. Bu beyan, taşınmazla gerek hukuksal ve gerekse eylemli ilişkin kesildiğini ifade eder...» (17).

3 — TESLİMSİZ İKTİSAP :

Bazan da fiili teslim olmadan, zilyedlik yeni müktesibe geçebilir. Bu haller : A) Brevi manu traditio— Kısa elden teslim, B) Hükmen teslim, C) Zilyedliğin havalesi, D) Emtiayı temsil eden senetlerin teslimidir. Medeni Kanunun 893. maddesinde düzenlenen son hal, tapusuz taşınmazlarda uygulama yeri bulmayacağından, inceleme konumuz dışında kalacaktır. Türk hukukunda (Hükmen Teslim) terimi, Medeni Kanunun 892. maddesinde yazılı teslimsiz iktisap hallerinden yalnız birini anlatmak için kullanıldığı halde, İsviçre hukukunda üç türü de kapsıyacak biçimde kullanılmaktadır (18).

A) BREVİ MANU TRADİTİO - KISA ELDEN TESLİM :

Eğer iktisap eden kimse o şeye daha önce zilyedse, artık teslimine gerek yoktur. Rehin alan kimsenin, sonradan o şeyi satın alması gibi. Sadece fer'i zilyedin, asli zilyed yapılması halinde değil, fer'i zilyedin sıfat değiştirmesinde de kısa elden teslim söz konusu olur. Örneğin, (A) nın, (B) ye kiraladığı bir şeyi, sonradan ona rehetmesi gibi (19). Hatta, hırsızın çaldığı malı sonradan satın alması gibi, haksız zilyedin haklı zilyed kılınması da, kısa elden teslim sayılmaktadır (20).

Alman Medeni Kanunu § 929 da, bu hususta sadece tarafların anlaşmasının kâfi olduğu bildirilmektedir (21). Kaynak Kanunun ilk projesinde, bu konuda düzenlemeye gidilmesine rağmen, eşyanın tabiatından çıkan bir devir biçimi kabul edilerek, sonradan bu hüküm çıkarılmıştır (22). Medeni Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına karşın, bizde de uygulama yeri bulmaktadır (23).

Yalnız, fer'i zilyedlik sıfatının değiştirilmesine ilişkin kısa elden teslim halinin, kötü niyetle vuku bulacak devir hallerine engel olun-

(17) Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 1211/3418, 4.6.1974 (Resmî Kararlar Dergisi, 1974, S. 9 - 10 - 11 - 12, 11/2, s. 320 - 321).

(18) Mary Zwahlen, a.g.m., s. 385, not. 3.

(19) Homberger, a.g.e, s. 60; Gürsoy, a.g.e., s. 53 - 54; Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 63.

(20) Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 63; Tekinay, a.g.e., s. 55.

(21) Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 63.

(22) Homberger, a.g.e., s. 60; Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 63.

(23) Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 63.

ması için, hükmen teslimde olduğu gibi, ispat bakımından sıkı kayıtlara bağlı tutulmasının gerektiği öne sürülmüştür (24).

Zilyedliğin devri için tarafların anlaşması gereklidir. Bu anlaşma bir hukuki muameledir. Tanıkla ispat bakımından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288. maddesinde yazılı sınırlamaya tabidir. Ancak, Yargıtay kararları ile kabul edilen hal tarzına göre, tapusuz taşınmazlara ilişkin ise, miktarı neye baliğ olursa olsun, tanıkla ispat edilebilir. Zilyedliğin devri ise, bir vakiadır. Zilyedliğin değişmesini gerektiren alım - satım, rehin gibi akitler geçerli değilse, rehin veya mülkiyet hakkı doğmaz. Fakat, zilyedlik geçerli olarak devam eder (25). İktisap eden kişi, zilyedliği temlik eden için kulanmazsa, geçerli olmıyan aktin tarafı olan temlik eden zilyedliği yitirmiş olur (26).

Uygulamadan örnekler : «... Nizalı küllük davalının elinde bulunduğu sırada, davacılar tarafından davalıya satıldığı anlaşıldığına, bu itibarla ayrıca zilyedliğin fiilen devrine lüzum ve mahal olmadığına, satış ile asli zilyedlik davalıya geçmiş bulunmasına...» (27).

«Davacı duruşmada, tapuda kayıtlı olmayan dava konusu gayrimenkulü babasının kendisine sattığını ve fakat teslim etmediğini, davalıların miras hissesine binaen tarlaya girdiklerini bildirmiştir. Davacı ile babası senet tarihinde bir arada oturmuşlarsa ve beraber zilyed olmuşlarsa, zilyedliğin teslim edilmiş sayılması iktiza eder. Ayrıca teslim lüzum yoktur» (28).

«... Senette zilyedliğin devredildiği yönünde bir açıklama mevcut değilse de; bayi Murat Gür ile davacının bir arada oturdukları şahitler tarafından açıklanmıştır. Bu durumda teslimin var olduğunun nazara alınması gerekir. Not : Yusuf, davalıların murisi olan satıcı Murat Güler'in üvey torunudur» (29).

B) HÜKMEN TESLİM :

a) Tarif :

«Bir üçüncü şahıs veya temlik eden hususi bir sebebe binaen zilyed olmakta devam ederse, zilyedlik teslim olmaksızın İktisap

(24) Homberger, a.g.e., s. 61, no. 24.

(25) Homberger, a.g.e., s. 60, no. 23; Gürsoy, a.g.e., s. 54; Akipek, a.g.e., s. 205 - 206; Esener ise (a.g.e., 26), anlaşmanın geçerli olmadığı ahvalde zilyedliğin de geçmiyeceği düşüncesindedir.

(26) Homberger, a.g.e., s. 60, no. 23.

(27) Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 7654/3132, 25.5.1953 (İmran Öktem, Temyiz Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Emsal Kararları ve Usul Hakkında Birkaç Söz, 1953, s. 93).

(28) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 5754/5157, 13.11.1967 (Okurur - Dereli - Onur, a.g.e., s. 464-465).

(29) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 7146/2046, 3.3.1977 (Yayımlanmamıştır).

olunabilir» (Medeni Kanun madde 892). Madde (Zilyedliğin teslimsiz iktisabı) başlığını taşımasına rağmen, doktrinde maddenin iki tür teslimsiz iktisap halini düzenlediği kabul edilmektedir (30). Zilyed olmakta devam eden kimse, temlik eden ise (Hükmen teslim), üçüncü kişi ise (Zilyedliğin havalesi) nin oluştuğu ileri sürülmüştür.

Eski Yargıtay kararlarında, (hükmen teslim) terim olarak kullanılmamış, olaylar (Teslimsiz iktisap) genel deyiimiyle ifade edilmiştir. «Taşınmazı haricen satan kişinin zilyedliğinin, alıcının kiracısı sıfatıyla cereyan ettiği anlaşıldığından, Medeni Kanunun 892. maddesi uyarınca teslim olmaksızın dahi zilyedlik Fahrettin tarafından iktisap edildiğine» (31).

«... Satıcı başka yerdeki taşınmazının boşaltılmasına değin teslim için süre istediği ve bu sebeple deliller birlikte ele alındığı takdirde Medeni Kanunun 892. maddesinin ilk fıkrasında sözü edilen biçimde teslimsiz olarak zilyedliğin geçme işleminin tamam olduğunun kabulü gerekir (32).

Yine eski Yargıtay kararlarında (Hükmi teslim) deyiimi de kullanılmıştır. «Davacı, davalının babası olan üvey babasından tapusuz tarlayı noter senediyle 3.000 liraya satın almış ve satıcının ölünceye kadar ürünlerinden yararlanması kararlaştırılmış bulunduğu göre, davacı ile davalının babası arasındaki üvey evlât ilişkisi ve devredenin devrettiği maldan yararlanma hakkının saklı tutulmuş olmasından ibaret özel sebep dolayısıyla olayda (Hükmi teslim) vardır. Medeni Kanunun 892. maddesi gereğince zilyedlik bu yolla davacıya geçmiştir» (33).

Yargıtay'ın, (Hükmen teslim) terimini kullanmamasında, bu terimin sözü geçen 892. madde metninde yer almamasının da rol oynadığı kanaatindeyiz. Kanunda yer almayan bir terimin kullanılmasından dikkatle kaçınılmıştır.

Yargıtay, bazı kararlarında (Hükmen teslim) ve (Kısa elden teslim) müesseselerini birbirine karıştırmıştır. Zilyedliği devir edenle devir alanın birlikte oturmaları, yani birlikte zilyed olmaları ha-

(30) Mary Zwahlen, a.g.m., s. 388.

(31) Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 9307/4829, 28.9.1953 (İmran Öktem, Temyiz Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Emsal Kararları, 1957, s. 94).

(32) Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 1211/3418, 4.6.1974 (Resmî Kararlar Dergisi, 1974. S. 9 - 10 - 11 - 12, s. 320 - 321).

(33) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 273/D-8, K. 670, 25.11.1964 (Adalet Dergisi, 1965, S. 5, s. 717 - 719. Dergide esas no. su 2/273 olarak gösterilmiştir. Karar kartonundaki aslına uygun olarak, 273/D-8 olarak alınmıştır.

linde, teslimsiz iktisaba neden olan hukuki sebep kısa elden teslim olduğu halde, hükmen teslim olarak nitelenmiştir. «... Zira davacı ile bayii İslâm'ın 25 - 30 sene kadar süre ile aynı evde gayrimişru olarak birlikte yaşamalarına binaen Medeni Kanunun 892. maddesine göre nizalı yerin davacı tarafından fiilen tesellüm olunmasına da zaruret bulunmamaktadır...» (34).

«... Ve davacının taşınmazı haricen satın aldığı murisi ve dedesi Süleyman ile ölünceye kadar bir arada kalması halinde Medeni Kanunun 892. maddesindeki zilyedliğin teslimsiz iktisabının bahse konu olacağı yönü nazara alınmak gerekir...» (35).

Yargıtay, yine bazı kararlarında, zilyedliği devreden üçüncü kişi sayılmayacağı, olayda çift zilyedlik bulunmadığı halde, (Üçüncü şahıs) deyimini kullanmak, (Havale) den söz etmek suretiyle hükmen teslim ve zilyedliğin havalesi müesseselerini birbirine karıştırmıştır. «... Medeni Kanunun 892. maddesine göre, üçüncü bir şahıs hususi bir sebebe binaen zilyed olmakta devam ederse zilyedlik teslim olunmaksızın iktisap olunabilir. Muris İsmail senette yazılı gayrimenkulleri karısına senet tarihinde verdikten sonra davacı ile birlikte oturması münasebetiyle davacıya izafetle zilyed olmakta devam etmiş sayılması gerekir. Bu cihet gözönünde bulundurulmaksızın teslim vaki olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır...» (36).

«... Satıcı büyükanne Emir Ayşe, evini davalı torunu Emin Ötop'a sattıktan sonra aynı evde birlikte oturmuş ve orada ölmüştür. Büyükannenin zilyedliği Medeni Kanunun 892. maddesine göre hususi bir sebebe dayandığından ve torununa izafetle vaki olduğundan, zilyedlik teslim olmaksızın iktisap olunabilir. Malik sıfatıyla zilyedliğini satış ile birlikte büyükanne torununa havale etmiştir. Bu cihetler gözönüne alınarak, gereken karar verilmek icap ederken teslim hakkında kesin deliller mevcut olmadığından bahisle davanın kabulü isabetsiz» (37).

Yeni Yargıtay kararlarında ise, müessese tam olarak nitelenmiş, terim yerli yerinde kullanılmıştır. Davacının murisi Azbiye, tapuda kayıtlı olmayan dairesini 20.000 lira karşılığı davalı Namık Kanlı'ya satmış ve taşınmazda ölünceye kadar satıcının oturması veya kiraya verebilmesi kararlaştırılmış bulunduğu göre, olayda

(34) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 2357/2019, 11.5.1964 (Okurer - Dereli - Onur, a.g.e., s. 463).

(35) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 3168/6092, 20.6.1977 (Yayımlanmamıştır).

(36) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 7287/6274, 13.12.1966 (Okurer - Dereli - Onur, a.g.e., s. 464).

(37) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 7846/174, 20.1.1967 (Okurer - Dereli - Onur, a.g.e., s. 464).

Medeni Kanunun 892. maddesinde yazılı öğretide (Hükmen teslim) olarak nitelenen teslimsiz iktisap hali mevcuttur. Karar düzeltme isteminin kabulü ile kararın bozulmasına oyçokluğu ile (38).

«... Dosyada fotokopisi mevcut 1.3.1943 tarihli senede göre Ayşe taşınmazları belli bir bedel mukabilinde davacı Hatice Kocası'ya satmış bedelini almış, ancak Ayşe ölünceye kadar taşınmazları kullanma şartı kabul edilmiştir. Bu nedenle zilyedlik Medeni Kanunun 892. maddesi gereğince teslimsiz olarak Hatice tarafından iktisap olunmuştur. Zilyedliğin bu suretle teslimi öğretide (Hükmen teslim) adile adlandırılmaktadır. Sonuç olarak, davacı taşınmazları 1.3.1943 tarihinde iktisap etmiştir. Ayşe'nin ölümünden evvel 4.11.1961 ve 11.4.1961 tarihlerinde aynı taşınmazların bu sefer davalıya satışı geçersizdir. Bu nedenle davanın kabulü gerekirken red edilmesi usule aykırı olduğundan hükmün bozulmasına» (39).

b) Zilyedliği devredenin vasıtasız zilyed olarak kalmasını sağlayacak hukuki ilişki :

Maddedeki (Hususi sebep) in, Kaynak kanunun Almanca metnine uygun olarak (özel bir hukuki ilişki) biçiminde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür (40). Özel hukuki sebep, zilyedliğin devrine neden olan sebebin dışında ve ondan ayrı olmalıdır. Örneğin, satıcı satış bedeli ödeninceye kadar şeyi yedinde alıkoyarsa, hükmen teslimden söz edilemez. Çünkü, satıcı satış akti dışında, ayrı bir hukuki sebeple şeye zilyed olmuş değildir (41).

Özel hukuki ilişki akitten doğabileceği gibi, veli veya vasinin, küçük veya mahcura sattıkları şeye kanuni mümessil olarak zilyed olmakta devam etmeleri gibi kanundan da doğabilir (42).

Hükmen teslim ile o zamana kadar asli zilyed olan kimsenin zilyedliği, fer'i zilyedliğe dönüşmektedir. Ve yine tek olan zilyedliğin yerini, çift zilyedlik almaktadır (43). Malını satan kimsenin, kiracı olarak o şeye zilyedlikte devam etmesi, bankanın sattığı kıymetli evrakı, vedia aktine dayanarak muhafaza etmesi gibi (44).

(38) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 2650/4044, 25.4.1977 (Yayımlanmamıştır).

(39) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 5570/8645, 17.10.1977 (Yayımlanmamıştır).

(40) Homberger, a.g.e., s. 58, no. 13; Mary Zwaalen, a.g.m., s. 396; Tekinay, a.g.e., s. 62; Aytakin Ataay - İsmet Sungurbey, Açıklamalı Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, madde 892. altındaki not.

(41) Tekinay, a.g.e., s. 62 - 63.

(42) Homberger, a.g.e., s. 59, no. 16; Akipek, a.g.e. s. 195; Gürsoy, a.g.e., s. 52; Tekinay, a.g.e., s. 63.

(43) Akipek, a.g.e., s. 198.

(44) Homberger, a.g.e., s. 57.

Yargıtay, yukarıda açıklanan nazari bilgilere aykırı olarak, üvey baba - üvey evlât arasındaki ilişkiyi özel bir sebep olarak kabul etmiştir (45).

Yine Yargıtay, karı - koca ilişkisini, özel bir sebep olarak kabul etmiştir. «Nizalı parsel bayii (H) adına kayıtlı iken, haricen karısı davalıya satmıştır. Davalı zilyedir. Kaldı ki, satıcı ile davalı aralarındaki bu özel ilişki dolayısıyla, zilyedliğin devri keyfiyetini aramağa gerek yoktur. Medeni Kanununun 892. maddesinde temlik eden veya üçüncü şahsın özel bir sebebe binaen zilyed olması halinde teslim olmadan da zilyedliğin iktisap olunabileceği öngörülmüştür» (46).

Zilyedliğin havalesi bahsine aldığımız (dip not. 72) Hukuk Genel Kurulunun E. 1976/8 - 3170, K. 1977/772, 30.9.1977 kararıyla Yargıtay, (özel sebep) i doktrinin kabul tarzı gibi, (özel bir hukuki ilişki) olarak benimsemiş ve değerlendirmiştir.

(Özel bir hukuki ilişki) ile ilgili olarak yaptığımız açıklama, zilyedliğin havalesi için de geçerlidir. Bu sebeple o bahiste tekrardan kaçınacağız.

c) Uygulama alanının tahdit edilmesi :

Müessesenin kötüye kullanılmasına engel olunmak için, Medeni Kanununun 690. maddesi ile bazı tahditler getirilmiştir. «Başkasını izrar veya teminat ahkâmını ihlâl kastile bir menkulü temlik eden kimse, onu hususi bir sebeple yedinde alırsa, mülkiyetin intikali üçüncü şahıs hakkında muteber olmaz. Bu kasdin takdiri hakime müfevvezdir.». Bu madde iki tür sınırlama getirmiştir.

aa) Hükmen teslimin teminat hükümlerini ihlâl kastıyla yapılması :

Taşınır mal rehni, Medeni Kanununun 853. maddesi gereğince ancak fiilen teslim (Teslimi meşrut) suretiyle tesis edilebilir. Borçlu bu hükümden kurtulmak için, gerçekte rehnettiği şeyi güya alacaklıya satar, kira akti ile aynı şeyi muhafaza eder ve hükmen teslim yoluyla alacaklıya devredebilir. Bu suretle şeyi rehnetmesine rağmen, alacaklıya teslimden kurtulur. Bu devir inançlı muamele olup, taraflar arasında geçerlidir. Fakat, Medeni Kanununun 853. mad-

(45) Not 33 deki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 273/8 - K. 670, 25.11.1964 tarihli kararı.

(46) Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 5169/8873, 9.6.1976 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1977, s. 5, s. 653 - 654).

desinde yazılı teminat hükümlerini ihlâl ettiği için, üçüncü kişilere (yani alacaklılara) karşı geçerli olmaz (47).

bb) Başkasını ızzar kastiyla yapılması :

Haciz tehdidi altında bulunan borçlu, malını satmış gibi gösterir ve kira gibi özel bir sebeple yedinde alıkoyarsa, mülkiyet hükmen teslim yoluyla geçmez. Muvazaalı bir muamele olduğu için, ne tarafları, ne de üçüncü kişileri bağlamaz (48).

C) ZİLYEDLİĞİN HAVALESİ :

a) Tarif :

Zilyedliğin havalesi, vasıtalı zilyedin, üçüncü bir kişinin zilyedliğinde bulunan bir malın zilyedliğini, doğrudan doğruya zilyedlik durumunda bir değişiklik meydana getirmeksizin irade beyanıyla nakletmesidir. (A) nın, (B) de kirada olan tapusuz taşınmazını, (C) ye satması gibi.

Zilyedliğin havalesinde, devredilecek vasıtalı zilyedlik asli zilyedlik olabileceği gibi, fer'i zilyedlik te olabilir (49). (A) nın, (B) de kirada olan tapusuz taşınmazını, (B) ye yapacağı ihbarla (C) ye rehnetmesi gibi. Zilyedliğin havalesi yoluyla sadece asli zilyedliğin devredilebileceğini öne süren yazarlar da vardır (50).

Havalede çift zilyedliğin varlığı şarttır. Hükmen teslimde ise, başlangıçta tek zilyedlik vardır. Zilyed, sonradan çift zilyedlik kurmaktadır. İki müesseseyi birbirinden ayıran da bu yöndür (51).

Zilyedliğin havalesi, taşınır mallarda olduğu gibi, taşınmaz mallarda da uygulama yeri bulur (52). Zaten açıklamalarımız da, taşınmaz mallardaki anlaşmazlıkları çözümlemeğe yararlı olacak ölçü ile sınırlı bulunacaktır.

Eski Yargıtay kararlarında, zilyedliğin havalesi terim olarak kullanılmamış, hükmen teslim bölümünde açıkladığımız gibi, (teslimsiz iktisap) genel deyimle ifade edilmiştir.

(47) Akipek, a.g.e., s. 196 - 197; Oğuzman - Seliçi, a.g.e. s. 541; Tekinay, a.g.e., s. 66 - 68.

(48) Tekinay, a.g.e., s. 69.

(49) Akipek, a.g.e., s. 198; Gürsoy, a.g.e., s. 50 b; Homberger, a.g.e., s. 54, no. 4; Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 69; Mary Zwahlen, a.g.e., s. 392 - 393.

(50) Reisoğlu, a.g.e., s. 40; Tekinay, a.g.e., s. 57 not. 4; 1971 tarihli Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısında da, (Bir eşyanın mülkiyetini devreden kimse) den söz edilerek, sadece asli zilyedliğin devir edilebileceği esası kabul edilmiştir.

(51) Akipek, a.g.e., s. 198; Saymen - Elbir, a.g.e., s. 71.

(52) Mary Zwahlen, a.g.m., s. 400; Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 71.

Örnekler :

«Dava konusu gayrimenkulün davalı tarafından satılıp teslim edildiğinin noter senedinde yazılı bulunmasına, tarlanın başka bir şahsa kiraya verilmiş olması sebebiyle fiilen teslim edilemediğinin anlaşılmasına, Medeni Kanununun 892. maddesi mucibince bu kabil ahvalde zilyedliğin teslimsiz iktisabı da mümkün olmasına binaen...» (53).

«Davacının Dursun Sesli'den satın aldığı ev üçüncü şahıs olan Mehmet Karaömeroğlu'nun kirasında bulunduğu, kiracının zilyedliği bu sebebe binaen devam ettiğine göre, MK. 892. maddesi sarahtınca satın alana ayrıca zilyedliğin teslimine lüzum yoktur. Zilyedlik teslim olmaksızın da iktisap olunabilir...» (54).

«... Dava konusu taşınmaz mallar 1.10.1971 tarihli ve iki yıl süreli olarak davada bulunmayan Şerif Hamamcı ve Maide Bulut tarafından davalıya kiralanmıştır. Kira akti devam etmekte iken adı geçenler tapusuz olan bu taşınmaz mallarını haricen davacılar İbrahim ve Veli Denizhan'a satmışlardır. Davacılar, bu kez satıma dayanarak davalıların kiralanandan çıkarılmalarını istemişler, mahkeme de aktin daha evvel feshe müsait olduğunu kabulde dört parça taşınmaz maldan davalıların çıkarılmalarına karar vermiştir. Taşınmaz mallar tapulu olmadığına ve halen davalıların kirası altında bulunduğuna göre, Medeni Kanununun 892. maddesine göre bu satış nedeniyle zilyedliğin teslimsiz iktisabının vuku bulduğunun kabulü gerekir...» (55).

Terim olarak kullanılmaması konusunda, hükmen teslim bölümünde ileri sürdüğümüz düşüncelerin, gereksiz tekrardan kaçınmak için, zilyedliğin havalesinde de geçerli olduğunu söylemekle yetineceğiz.

Yeni kararlarda ise, zilyedliğin havalesi doktrine uygun biçimde ele alınmış ve terim olarak kullanılmaya başlanmıştır (56).

Medeni Kanununun 690. maddesine benzer kanunî bir sınırlama mevcut olmadığından, zilyedliğin havalesi, hükmen teslim oranla

(53) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 5945/2612, 7.4.1960 (Okurur - Dereli - Onur, a.g.e. s. 465).

(54) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 803/860, 26.2.1965 (Okurur - Dereli - Onur, a.g.e., s. 465-466).

(55) Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi 1908/1554, 9.4.1973 (Yayımlanmamıştır). Nuşin Ayiter, Eşya Hukuku, 1977, s. 16, not 4 te yollama yapılan karar, bu olsa gerektir. Yalnız, orada esas no. 908, tarih 3.4.1973 olarak gösterilmiştir. Kararlar aynı ise, satıcı kiracı değildir.

(56) Bkz. : Dip not (67) Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 21.10.1966; dip not (68) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 9.9.1976; dip not (69) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 30.11.1976; dip not (71) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 8.9.1977; dip not (72) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.9.1977.

daha geniş bir uygulamaya elverişlidir. Ancak, yine bu 690. maddede yazılı sınırlama nedeniyle hükmen teslim, daha çok uygulanan ve önem kazanan bir müessese olmuştur.

b) Niteliği :

Zilyedliğin havalesinin hukuki işlem olduğunda anlaşmazlık yoktur. Ancak, hangi tip akit olduğu tartışılmıştır. Bazı yazarlar, Borçlar Kanununun 162. maddesinde yazılı alacağın temlik değil, aynı Kanunun 457. maddesinde yazılı havale akti olduğunu söylemişlerdir (57). Bazı yazarlar da, zilyedliğin havalesi ile havale akti arasında terminoloji dışında bir benzerlik bulunmadığını, havale aktinde, Borçlar Kanununun 459/2. maddesi dışında, üçüncü kişi havaleyi kabul edip etmemekte serbest olduğu halde, zilyedliğin havalesinde üçüncü kişinin fikrinin dahi sorulmadığını bildirmişlerdir (58). Fakat, havale akti olmadığını söyleyen son yazarlar, zilyedliğin havalesine hangi akit tipinin uygulanacağını açıklamamışlardır. Biz de, zilyedliğin havalesinin, havale akti olduğunu söyleyen görüşe katılıyoruz.

Havale, alacağın temlik niteliğinde olmadığından, geçerliliği şekle tabi değildir (59). Birden ziyade havale olduğu takdirde, önce gelen geçerli olur (60).

c) Şartları :

aa) Zilyedliği devir eden kimsenin, vasıtalı zilyed olması gerekir (61).

Üçüncü kişi yönünden işi ele aldığımızda da, üçüncü kişinin, devir edenin fer'i zilyedi olması gerektiğini söyleyebiliriz (62). Üçüncü kişi, şeyi bir dördüncü kişiye tevdi etmişse, devri öğrendiğinde, ya o şeyi dördüncü kişiden geri alıp devir alana geçirecek veya devir alanla yapacağı bir anlaşma ile kendi vasıtalı zilyedliğini geçirecektir. Birçok dereceli zilyedlik söz konusu olduğu takdirde, yalnız devredene karşı fer'i zilyed olan, yani zilyedler zin-

(57) Gürsoy, a.g.e., s. 50 c; Homberger, a.g.e., s. 54, no. 5.

(58) Mary Zwahlen, a.g.m. s. 403 - 404.

(59) Gürsoy, a.g.e., s. 50 c; Homberger, a.g.e., s. 54, no. 5; Mary Zwahlen, a.g.m., s. 407; Saymen - Elbir, a.g.e., s. 68; C. Wieland, Aynı Haklar, İ. Hakkı Karafakı çevirisi, C. 2. s. 794.

(60) Gürsoy, a.g.e., s. 50 c; Homberger, a.g.e., s. 54, no. 5; Mary Zwahlen, a.g.m., s. 405.

(61) Akipek, a.g.e., s. 198 - 199; Gürsoy, a.g.e., s. 50 b; Homberger, a.g.e., s. 54; Oğuzman - Selçi, a.g.e. s. 69; Mary Zwahlen, a.g.m., s. 391.

(62) Akipek, a.g.e., s. 198 - 199; Gürsoy, a.g.e., s. 49 a; Homberger, a.g.e., s. 54, no. 4; Mary Zwahlen, a.g.m., s. 393; A. Nusret Ozanalp, Tapulama Kanunu Şerhi, 1976, s. 369; C. Wieland, a.g.e., s. 794.

cirinde devredenden hemen sonra gelen zilyed, Medeni Kanunun 892. maddesine göre üçüncü kişi sayılır (63).

Eğer üçüncü kişi, devir edene olan borcunu inkâr ve şeyi iktisap edene teslimden imtina ederse, havale yoluyla zilyedlik iktisap edilemez (64). Kiracı, kiralayanın mülkiyet hakkını, dolayısıyla zilyedliğini tanımazsa, kiralayan zilyed olmaktan çıkar; kiralananın zilyedliğini havale yoluyla devredemez (65).

Yargıtay'ın, yukarıda açıklanan doktrinin görüşüne aykırı olarak verilmiş ve fakat azınlıkta kalmış kararı mevcuttur. «Taşınmazın öncesinin Emin'e ait olduğu belirlendiğine, Emin kızı H. Başağın kendisine ait hisseyi davacıya sattığı ve zilyedliğini devir ettiği mübrez 15.11.1973 tarihli senette açıklandığına göre bu yön gözönünde tutulmak sureti ile deliller o dairede takdir ve sonucu çevresinde bir hüküm tesis olunmak gerekirken aksine yazılı düşüncelerle hüküm tesisi isabetsiz olduğundan hükmün bozulmasına oyçokluğu ile karar verildi» (66). Muhaliflik yazısından anlaşıldığına göre, taşınmaz davacıya fiilen teslim edilmemiştir. Davalı zilyedliğinde bulunmaktadır. Muhalefet de, zilyedliğin senet dışındaki delillerle ispatlanması gerektiğine ilişkindir.

Yeni Yargıtay kararları ise, büyük ölçüde yararlandığı doktrine uygun biçimde gelişmektedir. Bunlardan, uzunca olmakla beraber, taşıdığı öneme binaen Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.9.1977 günlü kararını aynen aldım.

Örnekler :

«Paydaşlardan bir kısmının taşınmaz mala zilyed bulunması mirasçılık sıfatına dayandığı hallerde, o kişi kendi payları bakımından asli, fiilen taşınmaz malı elinde bulundurmayan paydaşlar bakımından ise, fer'i zilyedir. Bu durumda zilyed bulunmayan paydaş miras payını üçüncü bir kişiye sattığı zaman zilyedliğin havalesi söz konusu olur. Yani, Medeni Kanunun 892. maddesi hükmü uyarınca zilyedliğin fiilen devredilmemiş olması özel bir sebebe dayandığı cihetle iktisabı önlemez» (67).

«Dilekçenin 1 ve 4 sıra numarasında yazılı taşınmazların tapuda kaydı olmadığı belirlendiğine, 10 seneden fazla bir zamandan beri

(63) Mary Zwahlen, a.g.m., s. 394 - 395.

(64) Wieland, a.g.e., s. 794.

(65) Mary Zwahlen, a.g.m., s. 391 b.

(66) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 6210/2497, 29.3.1976 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1977, s. 2, s. 207 - 208).

(67) Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 4833/6418, 21.10.1966 (Senai Olguç, İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, 1975, s. 816).

davalılardan Fahrettin elinde bulunduğu bilirkişi ve şahitler tarafından açıklandığına, teslim vaki olmadığından davacının dayandığı harici satış gerçekleşmediğine, rehin olarak bırakıldığı tahakkuk etmediğinden olayda Medeni Kanununun 892. maddesinde öngörülen zilyedliğin havalesinden de bahsedilemeyeceğine göre...» (68). Olayda davacı, 1969 tarihli noter senediyle davalılar İsmail ve Şerife'den iki parça taşınmaz satın almıştır. Fakat, taşınmazlar davalı Fahrettin zilyedliğinde bulunmaktadır. Davalı İsmail, para faizsiz, yer icarsız olmak üzere, Fahrettin'e rehin verildiğini savunmaktadır.

«Davalı Cafer Yavuz Çatalzeytin Noterliğinin 28.10.1960 gün ve 604/20 sayılı bağış senediyle tapuda kayıtlı olmayan üç parça taşınmazını akit gününde aralarında evlilik bağı olan Ayşe'ye bağışlamış ve senette zilyedliklerini bağışlanana devir ettiğini açıklamıştır. Davalıdan boşanan Ayşe Gedik bu kez İstanbul Üçüncü Noterliğinin 28.10.1974 gün ve 5035 sayılı senedi ile (bu senetten doğan bütün haklarını ve vecibelerini 50.000 lira karşılığı davacı Nusret Güler'e devir ve temlik etmiştir).

Davacı Nusret Güler aynı taşınmazlar hakkında davalı Cafer Yavuz aleyhine derdest müdahalenin önlenmesi davasını açmıştır. Davalı Cafer, taşınmazlardan hiç çıkmamıştır. Eskiden olduğu gibi zilyed olmakta devam edegelmiştir. Yani davacı, alıcısı Ayşe'den taşınmazların zilyedliklerini devir alamamıştır. Ayşe ile davacı Nusret arasında yapılan satış aktinde üçüncü şahıs durumunda bulunan davalı Cafer'in, özel bir sebeple zilyed olmakta devam ettiği iddia ve ispat edilmediğine göre, davacının, Medeni Kanununun 892. maddesinde yazılı olduğu biçimde zilyedliğin havalesi suretiyle iktisabı da söz konusu olamaz. Bu sebeple davacı teslimsiz olarak zilyedliği iktisap edememiştir. Zilyedlik ihtilâflıdır. Hukukumuzda, Alman hukukunun öngördüğü veçhile istihkak iddiasının devri suretiyle teslimsiz iktisaba cevaz verilmediğinden (Prof. Dr. Kemal Oğuzman-Doç. Dr. Özer Seliçi, Eşya Hukuku, 1975, s. 69), davalının bu yolla iktisabından da söz edilemez.

Bu sebeple davalı Cafer hakkında verilen müdahalenin önlenmesi kararını onayan Daire kararı zuhule müstenit bulunduğundan, karar düzeltme isteminin kabulü ile onama kararı kaldırılarak kararın bozulmasına oyçokluğu ile (69). Uzun muhaliflik yazısının 4. bendinde; Ayşe'nin dava hakkını devretmesine yasal bir engel bulunmadığı açıklanmıştır.

(68) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 594/6475, 9.9.1976 (Ankara Barosu Dergisi, 1977, S. 1, s. 147).

(69) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 6292/9435, 30.11.1976 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1977, S. 3, s. 359 - 362. Yalnız, «gereği düşünüldü» sözcüklerinden sonra gelen, ilk satır atlanmıştır).

«... Nizalı taşınmazların öncesinin davacı Halil İbrahim ve müş-terekelerinin murisi Ali Gönç'e ait olduğu, adı geçenin ölünceye kadar nizasız, arasız ve malik gibi kullanageldiği bilirkşi ve şahitler tarafından açıklandığına, bir kısım taşınmazların 1.9.1969 tarihli senet ile Arap Göçmen'e satıldığı ileri sürülmüş ise de; teslim edilmediği alıcı Arap Göçmen'in mazbut beyanı ile tesbit edildiğine ve alıcı Arap'ın, Abdurrahman ve Ramazan'a satışına ilişkin 4.1.1971 tarihli senedin düzenlenmesinden sonra dahi taşınmazları Ali Gönç'ün kullandığı belirlendiğine, böylece fiili teslim gerçekleşmediğine, muris Ali Gönç'ün, satıştan sonra özel bir hukuki sebebe dayanarak alıcı Arap'ın fer'i zilyedi sıfatıyla hareket ettiği açıklanmadığına, bu nedenle Abdurrahman ve Ramazan'ın, Arap'tan satın almalarında, Medeni Kanununun 892. maddesinde yazılı zilyedliğin havalesi biçiminde teslimsiz iktisap halinin varlığından bahsedilemeyeceğine...» (70).

«... Davalı Hüsnü Aküzüm, davacıların satıcısı Ayşe Kulu'nun özel bir hukuki sebebe dayanan zilyedi değildir. Yani davalı Hüsnü, Ayşe Kulu'nun fer'i zilyedi niteliğini taşımamaktadır. Bu sebeple davacılar, Medeni Kanununun 892. maddesi uyarınca zilyedliğin havalesi yolu ile iktisapta bulunamazlar....» (71).

«Davalı 7.10.1971 günlü resen düzenlenmiş noter senediyle, Hazine arsası üzerine yaptığı gecekondusunu, olay tarihinde aralarında gayri resmi evlilik bulunan, davaya dahil olmayan Selime Ünal'a 1000 liraya satmıştır. Senette zilyedliği devir ettiğini ikrar etmiştir. Selime Ünal, davalı Ömer'den ayrıldıktan sonra, aynı taşınmazı 1500 liraya İzmir İkinci Noterliğinin 26.9.1973 günlü senediyle kardeşi davacı İsmail Ünal'a satmıştır. Yine senette zilyedliğin devir edildiği ikrar edilmiştir.

Davacı İsmail, 3.10.1973 tarihinde açtığı inceleme konusu olan davada, satın aldığı taşınmaza davalının müdahalesinin önlenmesini istemiştir. Davalı Ömer cevabında, taşınmazın yapıldığı günden beri zilyedliğinde olduğunu savunmuştur. Davanın açıldığı tarihte, Selime'nin Almanya'da çalışmakta olduğu anlaşılmaktadır. Medeni Kanununun 687. maddesinin kaynak kanunda yer alan ifadesine göre, «mülkiyetin intikali için zilyedliğin müktesibe devri şarttır». 890. madde gereğince zilyedliğin devri için teslim lâzımdır. 9.10.1946 gün ve 12/6 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre de, tapusuz taşınmazlarda mülkiyetin iktisabı için zilyedliğin devir alınması gerekir.

(70) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 1070/6850, 8.7.1977 (Yayımlanmamıştır).

(71) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 3337/7391, 8.9.1977 (Yayımlanmamıştır).

Zilyedliğin kazanılması ile ilgili hükümler, sadece taşınır mallarda değil, taşınmaz mallar hakkında da uygulanır. Şayet davacı İsmail zilyedliği devir almışsa, davalı Ömer'e karşı hak sahibi sayılabilecek ve lehine karar verilebilecektir. Davanın çözümü teslimin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında düğümlenmektedir. Medeni Kanununun 890. maddesinde yazılı teslim kuralının istisnalarından birini 892. madde teşkil etmektedir. Bu maddeye göre, «Bir üçüncü kişi veya temlik eden özel bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyed olmakta devam ederse, zilyedlik teslim olmaksızın iktisap olunabilir». Doktrinde maddenin iki tür teslimsiz iktisap halini düzenlediği kabul edilmektedir. Temlik edenin özel bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyed olmakta devam etmesi (Hükmen teslim), üçüncü kişinin aynı surette zilyed olmakta devam etmesi ise (Zilyedliğin havalesi) olarak tanımlanmaktadır (Mary Zwahlen, Zilyedliğin Havalesi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Kubalı'ya Armağan, 1974, sayı 11, sahife 388). Davalı taşınmazını gayri resmi karısı Selime Ünal'a sattıktan sonra, ariyet gibi özel bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyed olmakta devam ettiğinden, zilyedlik hükmen teslim yoluyla Selime'ye geçmiştir. Burada zilyedliğin devrine neden olan, Ömer ile Selime arasındaki resmî olmayan evlilik ilişkisinden ibaret özel sebep gibi özel sebep değil, Kaynak Kanununun 892. maddesinin Almanca metninde açıkça ifadesini bulduğu gibi, «özel bir hukuki ilişkidir». Bu da, satıcı davalı Ömer'in, sattığı taşınmaza ariyet gibi, satış akti dışında kalan özel bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyed olmakta devam etmesi halidir (Prof. Selâhattin Sulhi Tekinay, Eşya Hukuku 1970 - 1971 sahife 64 - 65). Selime Ünal'ın davalı Ömer ile resmî olmayan evliliği son bulduktan sonra, davacı İsmail Ünal'a satışına ilişkin ikinci sözleşmeye gelince : Senette zilyedliğin devir edildiği yazılı ise de, gerçekte fiilen teslim vaki olmamıştır. Bu sözleşmede üçüncü kişi durumunda olan davalı Ömer, Selime'nin özel bir hukuki ilişkiye dayanan zilyedi ise, davacı İsmail Medeni Kanununun 892. maddesi gereğince zilyedliğin havalesi yoluyla taşınmazı iktisap edebilecektir. Doktrine göre, zilyedliğin havalesinden söz edilebilmesi için, zilyedliği devir edenin vasıtalı da olsa, zilyed olması şarttır (Prof. Dr. A. Homberger, Zilyedlik ve Tapu Sicili Suat Bertan çevirisi, 1950, sahife 54; Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman - Doç. Dr. Özer Seliçi, Eşya Hukuku, 1975, sahife 69; Mary Zwahlen, adı geçen makale, sahife 391). Davalı Ömer, Selime'nin zilyedliğini inkâr etmektedir. Üçüncü kişi, devir edene olan borcunu inkâr ve şeyi teslimden imtina ederse, havale yoluyla zilyedlik iktisap edilemez (Prof. Dr. C. Wieland, Aynî Haklar, İ. Hakkı Karafakı çevirisi, Cilt II, sahife 794; Mary Zwahlen, adı geçen makale, sahife 391). İş üçüncü kişi

yönünden ele alındığında da, üçüncü kişi, zilyedliği devir edenin fer'i zilyedi değilse, zilyedliğin havalesi söz konusu olmaz (Homberger, adı geçen eser, sahife 54, no. 4; Mary Zwahlen, adı geçen makale, sahife 393; Wieland, adı geçen eser, sahife 794). Bu bilgilerin ışığı altında olay incelendiğinde, davalı Ömer, Selime'nin zilyedliğini inkâr ettiğinden, davacı İsmail'in havale yoluyla zilyedliği iktisap edemediğinin kabulü gerekir. Zilyedliği devir almayan ve bu nedenle de malik olmayan davacı İsmail'in davasının reddi gerekir. Bozmadaki gerekçe ile teslimsiz iktisap hali mevcut olup olmadığını araştırmağa da yer yoktur. Zincirleme satışlarda, zilyedliğin devir alındığı senetlerde açıklanmışsa da, bu yoldaki ikrar ancak sözleşmenin taraflarını bağlar. Üçüncü kişiler aleyhinde delil teşkil etmez. Bu itibarla Daire kararındaki muhalefet yazısında ileri sürüldüğü ve mahkeme kararında gerekçe yapıldığı gibi, davacı İsmail'in senetlerdeki ikrara göre zilyedliği devir aldığı kabul edilemez.

Dosya içerisinde bulunan İzmir Birinci Sulh Hukuk Hâkimliğinin Esas 1973/973; Karar 1974/1974/493 sayılı dosyasında davacı Ömer Kazmaoğlu, 1.10.1973 tarihinde davalı Selime Ünal aleyhine açtığı davada, satılanın değerinin 1000 liradan fazla olması, geçimsizliği önleme maksadıyla satmağı vait etmesi dolayısıyla aktin feshini ve davalı üzerindeki taşınmaz kaydının iptalini istemiştir. Davalı vekili, davaya karşı cevabında, müvekkilesi taşınmazı 26.9.1973 tarihinde kardeşi İsmail Ünal'a sattığından, kendilerine husumet teveccüh etmeyeceğini savunmuştur. Mahkeme husumet itirazını kabul ederek, 14.5.1974 günlü kararla davayı red etmiştir. Görüldüğü gibi, bu kararla davalı Ömer Kazmaoğlu'nun, davacının satıcısı Selime'nin fer'i zilyedi olduğu saptanmış değildir. Aksine olarak, zilyedliğin ihtilâflı olduğu ortaya çıkmıştır. Davalı Ömer aleyhinde kesin hüküm teşkil eden bir karar yoktur. Bu itibarla sözü geçen dosyanın, davanın çözümünde etkisi bulunmamıştır.

Sonuç : Direnme kararının yukarıda gösterilen sebeplerden dolayı bozulmasına oyçokluğu ile (72).

Üçüncü kişinin, zilyedliği devreden fer'i zilyedi olması gerektiğini söylemiştik. Zilyed yardımcıları (vazülyed) gerçek anlamda zilyed değildirler. Bu sebeple zilyed yardımcısında bulunan bir eşya, zilyedliğin havalesi yoluyla devredilemez. Sekreterde bulunan evrak, hizmetçide bulunan eşya, devir edenin doğrudan zilyedliğinde bulunduğundan, zilyedlik teslim ile geçer. Zilyed yardımcısında bulu-

nan şeyin, bazan fiili teslim olmadan da, zilyedliğinin devri gerçekleştirilebilir. Şöyleki : (A), sekreteri (B) de olan eşyanın zilyedliğini (C) ye devretmek istiyor. (A) bu hususu (B) ye bildirir, (B) de kabul eder, (C) için zilyed olduğunu söylerse, eşya Medeni Kanunun 890/2. maddesi anlamında (C) nin iktidarı dairesine geçmiştir. (B) artık, (C) nin zilyed yardımcısı olmuştur (73).

bb) Devir eden, şey üzerindeki zilyedliğini kaybetmişse, havale yoluyla zilyedlik iktisap edilemez (74) :

İstihkak davasının temliki suretiyle zilyedliğin devrine cevaz veren Alman Medeni Kanunu § 870 (75) in getirdiği çözüm tarzı, hukukumuzda kabul edilmiş değildir. Binaenaleyh, hırsız aleyhine açılacak istihkak davasının temliki, teslim yerine geçmez (76). Asli zilyedin, Medeni Kanunun 618. maddesinden doğan istihkak davasını temlik ederek, temlik alana, üçüncü kişideki zilyedliğin iadesi olanağını sağlayabileceği, bu suretle teslimin gerçekleştirilebileceği, bir çözüm tarzı olarak ileri sürmüştür (77). Ancak, mülkiyet hakkından bağımsız olarak, istihkak davası hakkının devrinin caiz olup olmadığı tartışmalıdır. Fakat, yazarların büyük bir çoğunluğunca, Medeni Kanunun 618. maddesinde yazılı istihkak talebinin mülkiyet hakkından doğup, varlığını mülkiyet hakkına ayrılmaz bir biçimde bağlı olarak sürdürdüğü, mülkiyetten ayrı olarak temlikinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir (78). Aynı yazarlar, aksi görüşte olanların savunmalarına dayanak yaptıkları Alman Medeni Kanunu § 931. in, istihkak talebinin bağımsız olarak devir edilebileceğinden söz etmediğini ileri sürmüşlerdir (79).

Gerçek malikin açacağı tapu kayıt tashihi davası da, istihkak davası yerine geçer (80). Bu bakımdan konu, taşınmaz mallar için de önemli bulunmaktadır. Yukarıda açıkladığımız gibi (1-Giriş),

(73) Homberger, a.g.e., s. 53, no. 3; Mary Zwahlen, a.g.m., s. 394.

(74) Homberger, a.g.e., s. 54; Akipek, a.g.e., s. 198 - 199; Gürsoy, a.g.e., s. 50, b; Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 69; Mary Zwahlen, a.g.m. s. 391.

(75) Çevirisi şöyledir : «Vas:talı zilyedlik malın geri verilmesi talebinin temlik edilmesi suretiyle birine devredilebilir.»

(76) Homberger, a.g.e., s. 54, no. 4; Mary Zwahlen, a.g.m., s. 402; Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 69, not. 73.

(77) Gürsoy, a.g.e., s. 50 b; Homberger, a.g.e., s. 54, no. 4 - b; Mary Zwahlen, a.g.m., s. 402 - 403; Saymen - Elbir, a.g.e., s. 71.

(78) Mustafa Reşit Karahasan, Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, 1977, C. 2, s. 8; Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 228 ve not. 9 daki yazarlar; Tekinay, a.g.e., s. 250 - 251.

(79) Tekinay, a.g.e., s. 251. Sözü geçen paragrafın çevirisi şöyledir : «Menkul mala bir üçüncü kişi zilyed ise, malik mal üzerindeki istihkak talebini devretmek suretiyle teslimi yerine getirebilir.»

(80) Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 229.

bugünkü tapusuz taşınmaz rejimimize göre, zilyedlik devir alınmadıkça mülkiyet hakkı doğmaz. Zilyedliği devir almayan kimse, hiç bir hak ileri süremez. Teslim, tapulu taşınmazlarda şekil hükümlerinin fariğe sağladığı himayenin yerini tutmaktadır (81). Bu sebeple tapusuz taşınmazlarda, mülkiyet hakkından ayrı dava hakkının devir edilebileceğini kabul etmek, teslimin malike sağladığı himayeyi zedeler. Dolaylı yoldan teslim ilkesinden de ayrılmış oluruz. Sonuç olarak, tapusuz taşınmazlarda mülkiyet hakkından ayrı dava hakkı devir edilemez. Bu konudaki tartışmalar, tapusuz taşınmazlar bakımından nazari nitelikte kalmağa mahkûmdur.

Zilyedliğe dayanan aynı hak davalarının, Yargıtay'da inceleme yeri olan Sekizinci Huukk Dairesinde, dava hakkının devrinin caiz olup olmadığı tartışma konusu olmaktadır. Ancak, son kararlarla haktan ayrı olarak dava hakkının devredilemeyeceği görüşü ağırlık kazanmaktadır.

Haktan ayrı, dava hakkının devrini caiz görmeyen kararlardan örnekler :

Nizalı taşınmaz, tapusuz bulunduğu sırada, zilyedi Mehmet Saltacı tarafından, 10.6.1959 da Muzaffer Dontlu'ya satılıp zilyedliğinin devir edildiği, adı geçeninin de 20.4.1963 te satmasıyla davacının zilyedliğine geçtiği anlaşılmışsa da; 3.2.1960 ta, 2613 sayılı Kanuna göre davalı Belediye adına tahdit ve tescil edildiği anlaşıldığından, davacının tapulu yeri haricen satın alması geçerli olmadığından bahisle yerel mahkeme davayı red etmiş, Daire, gerekçe göstermeden kararı oyçokluğu ile onamıştır. Muhalefet yazısında; davacı, 3.2.1960 tarihine kadar gerçekleşen ve tapu kaydını etkileyebilecek nitelikte bulunan zilyedliği devir aldığından, dava hakkı esas hakkın bir cüzü olup, esas haktan tecrit edilemeyeceğinden, davacının ikame ettiği deliller incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (82).

Davahlar, 16.4.1958 tarihinde adlarına tesbit edilen nizalı taşınmazı, henüz tapuya tescil işlemi yapılmadan, 1959 da haricen Osman Nuri'ye satmışlardır. 16.5.1967 tarihinde taşınmaz davalılar adına tescil edilmiştir. Osman Nuri, 1970 yılında taşınmazı davacı Hüseyin Seymen'e satmışsa da, tapulu taşınmazın haricen satışı, devir ve teslimi geçersiz olduğundan, tapu kaydının iptali ile davacı adına tescili yolsuz olduğundan, temyiz eden davalı Nahide Kahraman'a hasren hükmün bozulmasına (83).

(81) Sungurbey, İktisabi Müruru Zaman, s. 82.

(82) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 386/3240, 20.6.1974 (yayımlanmamıştır).

(83) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 1783/8589, 14.10.1977 (yayımlanmamıştır).

Haktan ayrı, dava hakkının devrine cevaz veren kararlardan örnekler :

Davalı Kasım, 21.11.1967 tarihinde tescil kararı aldığı taşınmazını, henüz tapuya tescil ettirmeden 11.11.1970 de, N. Şanlı'ya haricen satmıştır. Kasım, 20.1.1971 de tapuya tescil ettirdikten sonra, 5.8.1971 de aynı taşınmazı, tapu ile diğer davalı Şerif Ali İren'e satmıştır. Haricen satın alan N. Şanlı da, 23.2.1972 de yine haricen davacı Durmuş Karakartal'a satmıştır. Tapuya tescil edildikten sonra, 23.2.1972 de haricen yapılan satışında, davacı Durmuş taşınmazın mülkiyet hakkını iktisap edememiştir. Bu olguya rağmen kararda; «Nadile'nin kullanabileceği dava hakkı halefiyet yolu ile alıcı D. Karakartal'a geçer» diye, haktan bağımsız olarak, dava hakkının temlik edilebileceği kabul edilmiştir (84).

Haktan ayrı, dava hakkının devrini caiz gören muhalefetlerden örnekler :

Taşınmaz tapulamaca 4.8.1969 da, davalı Havva adına tesbit ve tescil edilmiştir. İlk zilyedi Vahide tarafından, 3.4.1967 de haricen yapılan satışı ile Refaettin, bundan sonra zincirleme yapılan harici satışlarla 10.10.1968 de Hasan Demircan, 8.11.1970 de davacı Muhittin zilyedliğine geçmiştir. Davacı Muhittin bu kaydın iptalini istiyebilir. Kararın bozulmasına oyçokluğu ile karar verildi. İki üye muhaliflik yazılarında; taşınmazın tapuya tescilinden sonra harici satışının geçerli olmadığını, dava hakkının devrinin de bahis konusu olmadığını bildirmişlerdir (85).

«Dava konusu taşınmazın öncesinin Hasan'a ait olduğu, haricen satışı nedeniyle davacı Temel eline geçtiği iddia ve iddiayı doğrulayan 2.3.1970 tarihli senette açıklanmıştır. Senette zilyedliğin devir ve teslim edildiği belirtilmiştir. Senette taraf durumunu almayan davalı bakımından zilyedliğin teslim edilmediği yönü üzerinde durulmasına lüzum olmadığına nazaran deliller o dairede takdir ve sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken, ...kararın bozulmasına oyçokluğu ile...». Dava, müdahalenin önlenmesi ve tazminata ilişkindir. Muhalefet yazısında; «Tapusuz taşınmazların satışının geçerli olması için teslim şarttır. Davacı taşınmazın zilyedliğini devir almadığına göre, henüz aynı bir hakkı doğmamıştır. Davalıya karşı aynı nitelikteki bu davayı açamaz. Davacının satıcısı tarafından zilyedlik istirdat edilip, davacıya teslim edildikten

(84) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 7193/5288, 18.6.1976 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1976, S. 9, s. 1303 - 1305).

(85) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 8912/6277, 24.6.1977 (yayımlanmamıştır).

yahut dava hakkı devir edildikten sonra davacı bu yolda dava açabilir» denilmiştir (86).

cc) Havale bir hukuki muameledir. Bu sebeple tarafların, medeni hakları kullanma ehliyetini haiz olmaları gerekir :

İrade fesadı (Borçlar Kanunu madde 23 - 31) sebeplerine binaen feshedilebileceği gibi, geçerliği dayanağı olan hukuki muamelelerin sıhhatına da bağlıdır. Mümessil vasıtasıyla da havale caizdir (87).

dd) Medeni Kanunun 892. maddesine göre, havale üçüncü kişiye ihbar edilir. İhbar, havalenin geçerlik şartı değildir :

İhbar olmasa da, zilyedlik devir alana geçer (88). Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısında da, zilyedliğin geçişinin üçüncü kişiye karşı ancak bildirilme tarihinden itibaren sonuç doğuracağı ifade edilmiştir. Yalnız, Medeni Kanunun 855. maddesi gereğince havale yoluyla rehin tesisinde, yazılı ihbar geçerlik şartıdır (89).

İhbar, hukuki muamele değil, hukuki iştir. Bu sebeple Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288. maddesinde yazılı, senetle ispat zorunluğu hakkındaki sınırlamaya tabi değildir. Miktarı neye balığ olursa olsun, tanıkla ispat edilebilir (90).

İhbar edilen üçüncü kişi, temlik edene karşı ne gibi sebeplerden dolayı teslimden imtina edebiliyorsa, aynı sebeplerden dolayı iktisap edene karşı da teslimden imtina edebilir (Medeni Kanun madde 892/3). Devir edene karşı haiz olduğu aynı hakka dayanan defileri, devir alana karşı da ileri sürebilir. Fakat, şahsi hakka dayananları ileri süremez (91). Bu husus, satım ile kiranın infisah edeceğini bildiren, Borçlar Kanununun 254. maddesinde açık ifadesini bulmuştur (92). Zaten bu görüş, Medeni Kanunun temel ilkelerinden olan, aynı hak - şahsi hak ayırımına da uygun bulunmaktadır (93).

(86) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 322/5234, 26.9.1975 (yayımlanmamıştır); ayrıca bkz. dip not (69) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi 30.11.1976 tarihli karar.

(87) Gürsoy, a.g.e., s. 50 c; Homberger, a.g.e., s. 54 c; Mary Zwahlen, a.g.m., s. 404 b.

(88) Gürsoy, a.g.e., s. 50 d; Homberger, a.g.e., s. 54, no. 3; Mary Zwahlen, Zilyedliğin Havalesi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1976, s. 13, s. (105 - 135) - 105.

(89) Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 70.

(90) İlhan E. Postacıoğlu, Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 1964, s. 50 - 52; Gürsoy, a.g.e., s. 51; Mary Zwahlen, a.g.m., s. 105.

(91) Oğuzman - Seliçi, a.g.e., s. 70; Gürsoy, a.g.e., s. 51; Homberger, a.g.e., s. 56, no. 10; Akipek, a.g.e., s. 200 - 201; Mary Zwahlen, a.g.m., s. 122; Wieland, a.g.e., s. 795.

(92) Mary Zwahlen, a.g.m., s. 122.

(93) Reisoğlu, a.g.e., s. 42.

BİBLİYOGRAFYA

- AKİPEK, Jale Güral : *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar)*, Birinci Kitap, Zilyedlik ve Tapu Sicili, 1972.
- ATAAY, Aytekin - SUNGURBEY İsmet : *Açıklamalı Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu*, 3. Bası.
- AYİTER, Nuşin : *Eşya Hukuku*, 1977.
- ESENER, Turhan : *Eşya Hukuku*, 1970.
- GÜRSOY, Kemal Tahir : *Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili*, 1970.
- HOMBERGER, A : *Zilyedliki ve Tapu Sicili*, Suat Bertan çevirisi, 1950.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit : *Türk Medenî Kanunu*, Eşya Hukuku, 1977, C. 2.
- KURU, Baki : *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 1974.
- OĞUZMAN, M. Kemal - SELİÇİ Özer : *Eşya Hukuku*, 1975.
- OKURER, Nihat - DERELİ, Mehmet Reşit - ONUR, Orhan : *Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Emsal Kararları*, 1970.
- OLGAÇ, Senai : *İçtihatlarla Türk Medenî Kanunu Şerhi*, 1975, Üçüncü baskı.
- OZANALP, A. Nusret : *Tapulama Kanunu Şerhi*, 1976.
- ÖKTEM, İmran : *Temyiz Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Emsal Kararları ve Usul Hakkında Birkaç Söz*, 1953.
- ÖKTEM, İmran : *Temyiz Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Emsal Kararları*, 1957.
- POSTACIOĞLU, İlhan E : *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*, 1964.
- REİSOĞLU, Safa : *Türk Eşya Hukuku*, 1977.
- SAYMEN, Ferit H. - ELBİR, Halid Kemal : *Türk Eşya Hukuku*, 1954.
- SUNGURBEY, İsmet : *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, 1963.
- SUNGURBEY, İsmet : *Medenî Hukuk Eleştirileri*, İkinci Cilt, 1970.
- SUNGURBEY (Gülümser), İsmet : *İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman*, 1956.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi : *Eşya Hukuku*, 1970 - 1971.
- Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi*, 1971.
- WIELAND, C : *Aynî Haklar*, İ. Hakkı Karafakı çevirisi, C. 2.
- ZWAHLEN, Mary : *Zilyedliğin Havalesi* (İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Kubalı'ya Armağan, 1974, S. 11, s. 383 - 408.
- ZWAHLEN, Mary : *Zilyedliğin Havalesi* (İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1976, S. 13, s. 105 - 135.

MEDENİ HUKUK

ORMANLARDA ÜST VE İNŞAAT HAKKI

H. AVNİ USLUOĞLU (*)

GİRİŞ :

Sayın Prof. Dr. Jale G. Akipek, «DEVLET ORMAN ARAZİSİ ÜZERİNDE ÜST HAKKI» — Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Osman Fazıl Berki Armağanı'ndan Ayrı Bası — yazılarında, bu hakkın Devlet ormanlarında da ihdasının mümkün bulunduğunu belirtmektedirler.

Hakikaten yararlandığımız bu pek değerli incelemedeki görüşleri üzerinde durmak ve katılmadığımız veya biraz daha aydınlanmasında yarar gördüğümüz yönlerine değinmek istiyoruz.

Türk Kanunu Medenisi'nin 652 nci maddesinde ÜST HAKKI ve 751 nci maddesinde İNŞAAT HAKKI olarak düzenlenen ve Sayın Profesör tarafından YAPI HAKKI deyimi daha uygun görülerek, muhtevası «Bir araziye inşaat yapmak için kullanmak ve yapılan inşaatın maliki olmak yetkilerinden oluşan bir irtifak hakkıdır» şeklinde tanımlanan bu irtifak hakkı, devredilebilen, mirasçılara geçebilen, şahsa bağlı irtifak olarak kurulması mümkün bir haktır.

Bu hakka dayanılarak yapılacak inşaat, yerin malikine değil bu hakkın sahibine ait olacaktır. Hak, yerin mülkiyetini etkilememektedir. Yer, yine malikin mülkiyetinde kalmakta fakat inşaatın maliki olarak yeni bir malik daha belirlemektedir. Arazinin maliki mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanamayacak, bu yetkiler irtifak hakkı sahibi tarafından kullanılacaktır.

YASAL DURUM :

6831 numaralı Orman Kanunu ormanları mülkiyet ve idare bakımından, Devlet ormanları, Hükmi şahsiyeti haiz âmme müesseseleri ormanları ve Hususî ormanlar olarak üçe ayırmaktadır.

Anayasamızın 37 nci maddesinde yer alan «Toprak dağıtımı, ormanların küçülmesi... sonucunu doğuramaz» hükmü, 131 nci mad-

(*) Orman Genel Müdürlüğü Başhukuk Müşaviri.

desinde yer alan bazı hükümler, orman vasfının devamını temine dönük Anayasa hükümleri olarak bütün ormanları içeren hükümlerdir. Sadece Devlet ormanlarına ilişkin değildir. Hukuken orman sayılan bir yerde bu vasfın kalkmasının halen tek yolu 1744 sayılı Kanunla değişen Orman Kanunu'nun 2 nci maddesinin şartları varsa uygulanması halidir. Bunun dışında, hukuken orman sayılan yerin bu vasfının değiştirilebileceği yasal bir yol bulunmamaktadır.

Anayasamız 130 ncu maddesiyle «Tabî servetler» den olarak Devlet ormanlarının Devlet'in hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu belirtmiş ve 131 nci maddesiyle de Devlete, bütün ormanların korunması ve ormanlık sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koyma ve tedbirleri alma, gözetim altında bulundurma görevini vermiştir. Ayrıca bu madde, Devlet ormanlarının Devletçe yönetileceğini, işletileceğini, Devlet ormanlarının mülkiyetinin, yönetiminin ve işletilmesinin ÖZEL KİŞİLERE devrolunamayacağını, bu ormanların zamanaşımıyla mülk edinilemeyeceğini, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağını da belirtmiştir.

Böylece Devlet ormanları, Sayın Profesörün de kesin bir açıklıkla «Bütün bunlardan devlet ormanlarının devlet'in, medenî hukuk anlamında sahip bulunduğu özel mallarından olmadığı ve fakat hüküm ve tasarrufu altında bulunan kamu mallarından olduğu sonucuna varılmalıdır» cümlesinde ifade ettikleri gibi, Devlet'in medeni hukuk anlamında sahip bulunduğu özel mallarından değildir.

TAPUYA TESCİL YÖNÜNDE DEVLET ORMANLARI :

Medeni Kanunun 912 nci maddesi, kamu mallarının tapuya kayıt ve tescilini yasaklamamıştır. Ancak, 766 numaralı Tapulama Kanunu 2 nci maddesiyle getirdiği hükümlerle «Orman Kanunu uyarınca orman sayılan yerler TAPULAMAYA TABİ TUTULAMAZ» demektedir. Bu hüküm Medenî Kanunun 912 nci maddesi hükmüne nazaran özel bir hükümdür. Bunun sonucu olarak ormanlar (tüzel kişiliği haiz kamu kuruluşları ormanları ve özel ormanlar dahil) tapulama sırasında tesbit dışı bırakılacaktır. Ormanlar bu yasanın 36 ncı maddesindeki diğer kamu mallarına ait özel tesbitin de dışındadır ve maddede yer almamıştır. Bu Kanunun 46/3 ncü maddesindeki «Orman Kanunu uyarınca tahditleri yapılp kesinleşmiş ve tescil edilmiş ormanlara ait kayıtlar, müseccel bulunduğu birliğin tapu kütüğüne olduğu gibi aktarılır» hükmü ise, Medeni Kanunun belirttiği anlamda tapu kütüğüne kayıt ve tescil değildir. Bundan şu sonuca varıyoruz, sadece Devlet ormanları değil, Orman Kanunu uyarınca orman sayılan yerlerin tamamı tapulamaya tabi tutulamaz. Bunlar

sınırlamaya tabidirler ve sınırlaması (Orman kadastrosu) için Orman Kanunu'nun 7 nci maddesi (ve 45, 50 nci maddeleri) ayrı bir komisyona, orman kadastro komisyonuna bu görevi vermiştir. Böylece Devlet ormanları Medeni Kanununun 912 nci maddesinde belirlenen şekilde de tapu kütüğüne kayıt ve tescilin dışındadır, Tapulama Kanununun 36 ncı maddesi de bu imkânı vermemektedir. Tapu kütüğüne sadece olduğu gibi aktarılmıştır, sınırlama intikal ettirilmiştir.

Devlet ormanlarının kadastrosunun yapılıp kesinleşmesinden sonra tapu dairelerince hiçbir harç, vergi ve resim alınmaksızın Hazine adına tescil edileceğine ilişkin Orman Kanununun 11 nci maddesinde yer alan hüküm, Medenî Kanunun belirttiği şekilde tapuya kayıt ve tescil değildir. Nitekim, Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 21.4.1975 gün ve E : 1975/3214, K : 1975/3892 sayılı ilâmında yer alan «Niza konusu yerin orman olduğu saptandığına ve bu yön mahkemece de kabul olunduğuna göre, kamu emlâki olan ormanlar üzerinde özel mülkiyet konusu olamayacağından hazine lehine tesciline karar verilmesi doğru olmadığından, hüküm fıkrasındaki tescil sözlerinin hükümden çıkarılmasına ve bunun yerine, uyuşmazlık konusu olan mahallin orman tahdit sınırları içerisine alınmasıyla yetinilmesine sözlerinin yazılmasına ve temyiz itirazlarının reddiyle bu sonuçlarla doğru olan hükmün düzeltilerek onanmasına ve harç alınmasına mahal olmadığına 21.4.1975 tarihinde oy birliğiyle karar verildi» şeklindeki bugün müstekar görüş de bunu teyit etmektedir.

Ormanların Orman Kanununun 11 nci maddesinde değinilen tescili Medenî Kanundaki tapuya kayıt ve tescil anlamında olmayınca ortada kamu mülkünün tapuya tescili diye bir konu kalmamaktadır. Bu sebeple bu tescilden, Devlet ormanlarına Devletin özel malı niteliği verildiği sonu çıkarılamaz. Bu kanaata ormanlar için, orman deyiminin yer almadığı, sair kamu mülklerini zikreden Tapulama Kanununun 36 ncı maddesinden değil 2 nci ve 46/3 ncü maddeleri hükmünden varmaktayız.

Kanaatımıza göre Devlet ormanları, Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce de Devletin özel malları arasında değildi. Anayasanın 131/2 nci maddesi bu konuda bir yenilik getirmemiş, mevcut hukukî durumu, Anayasada da yer vererek teyit etmiştir.

Orman Kanununun 26 ncı maddesindeki 40 ncı maddeye atıf, Devlet ormanlarının Devlet tarafından işletilmesinin bir istisnası değildir. Anayasa'nın 131/2 nci maddesi hükmü gereğince Devlet or-

manları Devletçe işletilir. 131/4 ncü maddede yer alan, Devlet ormanlarının işletilmesinde orman köylüsü ile işbirliğini, Anayasadan daha evvel yürürlüğe girmiş olan 40 ncı madde, Anayasa değişikliğindeki anlamda düzenleyememektedir. Henüz bu Anayasa hükmünün uygulama maddesi yasalaşmış değildir. Bu 40 ncı maddede orman işi sayılan işlerin, orman köylüsünün iş gücünün kâfi gelmesi, işe ehil olmaları ve fahiş fiyat istememeleri halinde orman köylülerine yaptırılacağı belirlenmektedir. Yasanın orman işlerini orman köylülerine yöneltmesi ve işin bunlar tarafından yapılması ayrı şey, işin sahibi, yaptıranı olma, işin işçiliğini verme, yaptırma ayrı şeydir. Ormanların işletilmesinde işbirliğini kapsayacak ölçüde değildir. Bu hüküm bugün işi yaptıran ile yapan ilişkisinden ibarettir. Örneğin 34 ncü maddede yer alan istihlal ve taşıma işine ait son yasal düzenleme konuyu açıklamaya yeterlidir (1). Bu yönde, Devlet ormanlarının kamu mülkü sayılmasını engelleyecek, şüpheye düşürecek veya aksine bir yoruma imkân verecek durum görmemekteyiz.

KAMU MÜLKÜ OLAN ORMANLARDA DEVLETİN MÜLKİYET HAKKI :

«Kamu malları üzerinde Devletin, kamu hukuku ile sınırlanmış bir mülkiyet hakkının bulunması» doğaldır. Bunların tahsis gayelerine aykırı düşmeyecek irtifak haklarına konu olabilmesi de mümkündür. Ancak, Devlet ormanlarında bu irtifak hakkı Medeni Kanununun tanımını yaptığı ve muhtevasını saptadığı irtifak hakkı mıdır ? Yoksa, yine kamu hukuku ile sınırlanmış mülkiyette, kamu hukukuna dönük bir idarî irtifak hakkı mıdır ?

Medeni Kanununun 912 nci maddesinin yasaklamadığı tapuya kayıt ve tescil işlemine konu olabilecek kamu mülkü ile, bu anlamda bir tapuya kayıt ve tescil işlemine konu olamayacak kamu mülkü kanaatimca farklı sonuçlara götürür. Birincisinde Medenî Kanunda yer alan irtifak hakkı tesisi mümkün iken, ikincisinde yer orman olarak tapulamaya tabi olmadığından, tapuya kayıt ve tescil imkânı bulunmadığından, hem tesisi mümkün denen bir irtifak hakkının tesisi imkânsızlaşır, hem de bu irtifak hakkı Medenî Kanunda belirlenen irtifak hakkı değil, kamu hukuku kapsamında bir idarî irtifak hakkı olduğu için tesisi Medenî Kanunda belirlenen usul ve yollarla yapılamaz.

«Devlet ormanlarının, doğal yapıları bakımından özel nitelikte bir arazi, hukukî bakımdan ise bir kamu malı» oldukları kabul edi-

(1) Bu hususta Bkz. H. Avni Usluoğlu - Orman İş Yapanların Sosyal Güvenliği, 11/12/1976 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

lince ve «kamu mallarının kullanılması ve bunlardan yararlanma biçimi, kural olarak, kamu hukuku hükümleriyle düzenlenir» denilince, bu nitelikteki bir kanunla bunlar üzerinde kurulabilecek irtifak hakkının da Medenî Kanunda belirlenen irtifak hakkı değil kamu hukukuna dönük idarî irtifak hakkı olabileceğini düşünmek, hatta kabul etmek olasılığı belirir.

Nitekim, Anayasanın 131 nci maddesi Devlet ormanlarının mülkiyetinin özel kişilere devrolunamayacağını açıkladıktan sonra «kamu yararı dışında bir irtifak hakkına konu olamaz» derken, üst veya inşaat hakkıyla belli bir orman arazisinin üstünde özel kişilerin devredilebilen, mirasçılara geçebilen hakların yollarını da kapamıştır. Bu hükümler karşısında Devlet ormanlarında özel kişilere dolaylı yoldan yapı hakkı ve mülk edinme imkânının açık olduğunu düşünemiyoruz. Bu takdirde Devlet ormanı üst veya inşaat hakkına konu yer kadar, hukuken değilse de fiilen daralacaktır. Burada yapılacak bina ve tesislerin işgal edeceği saha ağaç ve ağaççık örtüsünü kaybetmiştir, sadece arazi hukuken orman sayılan fakat başkasının bina ve tesisinin zeminini teşkil eden bir saha olarak kalmaktadır. Ağaç ve ağaççıkla kaplı ormanlık sahaların daraltılması değil genişletilmesi Devlete görev olarak verilmiştir. Ormanın toprağının hukuken orman sayılması değil, ağaç ve ağaççık örtüsünün fonksiyonu onun kamu mülkü sayılmasının sebebi. Arazinin yine hukuken orman sayılan yerlerden bulunması, orman olarak yararlanma imkânının kalmadığı sahada mülkiyetin değişmemiş olması belki şekli sakıncayı gizler, ancak ormandan beklenen yarar tamamen yok olmuştur.

İZİN Mİ - İRTİFAK HAKKI MI ?

Yukarıda belirtilen nedenlerledir ki, yerin üstü için belirecek ikinci mülkiyet hakkı ile orman dolaylı yolla dahi özel kişilere devredilemeyecektir. Kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacaktır. Buna imkân veren ve kamu yararı şartını aramayan Orman Kanununun 115/2 nci maddesi mevcut iken, çok daha sonra yürürlüğe giren Anayasada bu kayıtlayıcı hükmün yer alması sebebi de anlamlıdır. Uygulamaya mutlaka bu paralelde yön verme mak-sadını taşır.

Yasada bu maddeden önde yer alan 17 nci maddenin son fıkrası «Ormanlarda umumî sıhhat, emniyet ve menfaat icabı VEYA estetik ve turistik bakımdan yapılacak her nevi bina ve tesisat ile, orman hasılatı işleyeceklerin ve kullanacakların yapacakları bina ve her nevi tesisat için Orman Bakanlığından İZİN alınır» demek-

tedir. İzin, kamu hukukunun bir dalı olan idare uhkuku içinde, hakimiyet ve yönetimle ilgili bir idarî işlemdir. İstek umumî sıhhat, umumî emniyet ve umumî menfaat icabı ise veya bu üç unsurla hiçbir ilgisi bulunmamasına rağmen estetik ve turistik bakımdan yapılacak bina ve tesisat için ise veya yukarıdaki hususlarla hiçbir ilgisi olmayarak orman hasılatı işleyeceklerin ve kullanacakların yapacakları bina ve tesisat için ise Orman Bakanlığı SADECE İZİN MÜESSESESİNİ İŞLETECEKTİR. Bu, yasa hükmüdür. Estetik ve turistik bakımdan yapılacak bina ve tesisat için kamu yararı şartının dahi yasaca aranmaması bunun izin seviyesini aşmamasındandır.

Yasanın sadece izin hükmü getirdiği, izinle kayıtladığı bir turistik tesis için, özel kişinin bu turistik tesisinde turizmi teşvik ve turizmin millî gelire etkisi ve katkısı bakımından genel yarar var diye, özel kişinin öncelik arzeden kişisel yararına rağmen özel kişilere irtifak hakkı tesisi yoluna gidilirse, buralarda onlara mülkiyet hakları ihdas bir yana Devlet ormanlarının kamu mülkü olma nedenini değiştirmiş, fonksiyonuna ayrı bir yön vermiş oluruz. Hem de her defasında bina ve tesisin işgal ettiği saha kadar orman arazisinde ağaç ve ağaççık örtüsünü yokedip buraları başka maksatlı binalara çevirtmek suretiyle... Kamu yararı bunu gerektiriyorsa, ormanlar bu maksatlı turistik binalara dönüştürülecekse yasal düzenlemeler buna göre yapılmalıdır. Yok eğer, ağaç ve ağaççık örtüsünün muhafazası zorunluğu varsa ve Devlet ormanı bu nedenle kamu mülkü ise, Devlet o yeri Devlet ormanı olarak muhaza edecekse yer özel kişilerin kişisel bina ve tesislerinin zeminini teşkil edemez, ölü orman kamu mülkiyeti haline getirilemez. O kadar saha şeklen olmasa bile fonksiyonu yönünden ormandan koparılamaz. Konunun İZİN ile çözümlenmesi icabeder.

Medenî Kanununun 52 nci maddesinde, «Hukuku âmme müesseseleri hukuku âmme kanunlarına tabidir» denilmektedir. İzinde de, kamu hukukuna dönük irtifak hakkında da kamu hukuku kanunları uygulanacaktır.

Kamu yararı ön şartına bağlı ve yine kamu hukuku - idare hukuku çerçevesi içinde Devlet ormanlarında tesisi mümkün idarî irtifak hakkı bir kamu hukuku kanunu olan Orman Kanununda yer almıştır. Kanundan doğan ve şartları varsa, kamunun yararı için, kamu hizmetinin görülmesindeki mutlak zorunluluk sebebine dayanır. Başka bir yer, özel mülkiyete konu yer bulunmadığı takdirde düşünülebilir. Bu nedenle, Devlet ormanlarında bu yola gidilebilmesi o kamu hizmetindeki kamu yararının ağırlığının, ormanın kamuya yararındaki ağırlığı aşması, bu kamu hizmetinin bir başka

taşınmazda ifasının kesin imkânsızlığının bulunması ön şartına bağlıdır. Anayasadan ve bir kamu hukuku kanunundan doğan, bir başka kamu hizmetinin kamu yararının ağırlığı nedeniyle Devlet ormanlarında, idare hukuku esaslarına göre tesisi mümkün, Medeni Kanunun üst ve inşaat hakkı olarak belirttiği irtifak hakkından ayrı yasanın imkân verdiği bir idarî irtifak (geçici ve süreli faydalanma - intifa) hakkı olabilir.

Baraj gibi, yol gibi, hastahane, millî savunma tesisleri gibi bina ve tesislerin Devlet ormanlarında kurulmasının mutlak zorunluğu karşısında düşünülebilir (2).

Orman Bakanlığının izin için muvafakatında da, Maliye ve Orman Bakanlıklarının irtifak hakkı için muvafakatlarında da bu ölçünün esas alınması, bu maksadın aşılması önem taşımaktadır.

Söz konusu irtifak hakkı kamu yararı ön şartına bağlı olduğuna ve kamu hizmetinin ifası da öncelikle kamu kuruluşu olan idare ve kurumlarca yürütülen faaliyetler bulunduğu göre Devlet ormanının bu hizmete tahsisinde daha ağır bir kamu yararını sağlama amacı bulunmalıdır. Orman arazisi orman olarak memleket yararına, kamu yararına tahsis fonksiyonunu kaybetse dahi yine hukuken orman sayılma niteliğini kaybetmemiştir demek kanımca Anayasadaki maksada dönük bir yorum olamaz. Yerin üzerinde daimilik arzeden hak tesisi, o yerin bir başka maksatlı kullanıma tahsisidir, dolaylı yoldan Devlet orman arazisinin üzerinde özel kişilerin mülkiyetini ihdastır.

Lehine irtifak hakkı tesis edilen kişi kamu tüzel kişisi ise şartların varlığı halinde kamu - idare hukuku çerçevesinde bu yol zaten açıktır. Tüzel kişiliği olmayan bir kamu kuruluşu ise konunun izin ile halli zorunluğu belirir. Bu kişi özel kişi (gerçek veya tüzel) ise ve imtiyaz, müşterek emanet, iltizam gibi idare hukukunun belirlediği bir usulle bu kamu hizmeti ona gördürülüyorsa adına, kişisel irtifak hakkı sebebi kalmaz. Özel kişi bir turistik tesis yapma durumunda ise Orman Kanununun 17 nci maddesi bunun için Orman Bakanlığının iznini yeterli görmüştür.

Orman Kanununun 115/2 nci maddesinin «Devlet ormanları üzerinde herhangi bir şekilde irtifak hakkı tesisi Maliye ve Orman Bakanlıklarının tasvibine bağlıdır» şeklindeki ifadesi dahi bunun idarî bir işlem olduğunu zannımızca kanıtlar. Zira, izin vermede ol-

(2) Orman Kanunu'nun Ek 3 ncü Maddesiyle ilgisi yönünden Bkz. H. Avni Usluoğlu - Orman Köyleri ve Fon. 13/7/1975 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

Genel olarak ilgisi yönünden Bkz.

duğu gibi sadece Orman Bakanlığının takdiri yeterli görülmemiş, Devlet ormanlarının kamu mülkü olarak, gerçek sahibi Devlet adına Maliye Bakanlığının da tasvibini aramıştır. Daha kapsamlı ve Medeni Kanunda belirlenen irtifak hakkı söz konusu olsaydı bu maddedeki hükümde buna dönük bir açıklamaya ve usulî yola da raslardık. Bu irtifak hakkında yasa Orman Bakanlığının izin verme yetkisini aşan idari irtifak hakkının konu olduğu hallerde iki Bakanlığın müşterek iznini arayan, tasvibini ön gören bir hüküm getirmiştir.

DEVLET ORMANLARINDA İRTİFAK HAKKININ GETİRİLME NEDENİ :

Başbakanlık ve Bakanlıklardan oluşan Devlet kamu tüzel kişiliği veya bunun bir organı kuruluşun gördüğü kamu hizmeti sebebiyle, kamu yararının ağırlığı bakımından irtifak hakkı söz konusu olsa, Devlet kendi kamu mülkü için, kendi lehine veya organ kuruluşu lehine Medeni Kanunun belirttiği biçimde bir üst veya inşaat hakkı tesis edebilecek midir ? Ortada taraflar yoktur, kamu mülkünün de, irtifak hakkının da maliki aynı kamu tüzel kişiliğidir. Devlet kamu tüzel kişiliği dışında sair tüzel kişiliği haiz kamu kuruluşları ile Devlet kamu tüzel kişiliği karşı karşıya gelirse yönetimi, işletilmesi, korunması Orman Kanununun 6 ncı maddesiyle ve 3204 sayılı kanunla Orman Genel Müdürlüğüne bırakılmış olan Devlet ormanlarında bu Genel Müdürlüğün bağlı bulunduğu Orman Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı konuyu ele alsın ve mutlak zorunluk varsa idarî irtifak ile o yeri bu kamu hizmetine yöneltsin, o kamu hizmetinin ifası için, o kamu hizmetini gören kamu kuruluşunun yararlanmasına bıraksın, fakat o kamu hizmeti için ileride o yer lüzumsuzlaşır ise tekrar eski durum avdet etsin görüşünün asıl olduğu ve yasaların da ancak buna imkân verdiği açıktır. Çünkü o yerin bir başka kamu kuruluşuna tahsis imkânı yoktur. Bu yol ile sağlananlardır.

İster 3116 sayılı mülga Orman Kanununun 16 ncı maddesine göre Bakanlar Kurulu kararıyla, ister yürürlükteki 6831 sayılı Orman Kanununun 115/2. maddesi hükmüne göre Maliye ve Orman Bakanlıklarınca verilen muvafakata dayansın verilmiş bulunan irtifak hakları üst veya inşaat hakkı olarak Medeni Kanunda belirlenen irtifak hakkı olamaz. İdari bir tasarrufla vücut bulmaktadır. Yerin aslı tapulamaya ve tapu kütüğüne kayıt ve tescile tabi olmayınca, Tapulama Kanununun 36 ncı maddesinde de ormanlar sayılmamış bulununca Medeni Kanunun 912 nci maddesine dayanılarak hakkın tapuya kayıt ve tescili zannımızca imkânsızlaşmaktadır.

SINIRLAMA GÖRMEMİŞ ORMANLARDA :

Yurdumuzda henüz ormanların, özellikle Devlet ormanlarının yarısının dahi sınırlaması yapılmamıştır. Bu görevi Orman Kanununun 7 nci maddesi özel komisyona bırakmıştır, başkaca bir komisyona bu yolda bir görev verme de imkânsızdır. Söz konusu irtifak hakkı ise sınırlama görmüş olsun veya olmasın bütün Devlet ormanlarında mümkündür. Sınırlama görmemiş bir Devlet ormanında irtifak hakkı söz konusu olsa ve iki Bakanlık tasvip etse, tasvibe konu yer geniş bir orman alanının içinde muayyen bir yerdir. Bu muayyen yer (Tapulama Kanunu ormanları tapulama dışı bırakmasaydı veya 36 ncı maddesinde ormanları da saysaydı, dolayısıyla Medeni Kanunun 912 nci maddesine göre tescili gereken aynî hak sebebiyle tapu kütüğüne kayıt ve tescil mümkün olsaydı dahi) üzerinde irtifak hakkı tesisi için oranın önce orman olarak yetkili komisyonca sınırlamasının yapılması ve bu sınırlama içinde bu işlem için o muayyen yerin belirlenmesi gerekecekti. Bir başka komisyona orada ormanı sınırla ve burayı tesbit et görevi verilemeyeceğine, orman sınırlaması yaptırılmıyacağına göre o yer için Devlet ormanıdır demek ve sonra da irtifak hakkı tesisi yoluna gitmek mümkün değildi. Tapu kütüğüne orman arazisini de, irtifak hakkına konu kısmı da aktarma, geçirme imkânsızlaşmıştı. Halbuki idari irtifak hakkında bu yol açıktır. Çünkü bir orman kadastrasına - sınırlamasına gerek duyulmadan, yerin sınırlarının mahalli teşkilâtça belirtilmesi suretiyle bu idari irtifak hakkının (veya iznin) verilmesi imkânı bugün mevcuttur.

MEDENÎ KANUNUN 655 NCI MADDESİ YÖNÜNDEN :

Medeni Kanunun 655 nci maddesinde sözü edilen, ormanlarda üst hakkının yasaklanmasına ilişkin hükmün, teknik anlamda bir üst hakkı olmadığı, üst hakkına benzer ayrı bir irtifak hakkı bulunduğu, arazi ile üstündeki ağaçların ayrı ayrı mülkiyet hakkına konu teşkil edemeyeceğini ifade ettiği görüşünü benimseyenler kadar aksi görüşte olanlar mevcuttur. Ancak, yasadaki üst hakkı deyimi, farklılık gösterecek bir açıklıkla değişmedikçe Kanun Koyucu'nun maksadının farklılığı kesinlikle ileri sürülememekte ve yorum olarak kalmaktadır.

SONUÇ :

Özetlersek : Anayasanın 131 nci maddesi, Devlet ormanlarının mülkiyeti özel kişilere devrolunamaz demektir. Yer yine devro-

lunamasın, fakat o yerde kamu mülkü olmaktan doğan yetkilerini Devlet kullanmasın, Devletin bu mülkiyet hakkı sözde mülkiyet olarak kalsın, bu yetkiler irtifak hakkı sahibine geçsin ve o kullansın, bina ve tesis onun mülkü olsun, başkalarına intikal ettirebilsin, mirasçılara geçebilsin görüşünü Devlet ormanlarında değinilen Anayasa hükümleri ile bağdaşmaz görmekteyiz. Dar bir yerleşim alanına fazla nüfus yerleştirebilmek gibi maksatlardan doğmuş bulunan üst veya inşaat hakkı yerin orman olarak fonksiyonunu kaybettireceğinden, orman toprağının üzerinde dolaylı şekilde özel mülkiyet belirlenmesine yol açacağından, yer hukuken orman sayılsada orman alanı bu yönüyle daralmaktadır.

Anayasa kamu yararı ön şartını aramıştır. Kamu hizmetinin ihdas ve ifası kamu yararı içindir. Kamu hizmetinin kamu kuruluşları tarafından görülmesi ise asıldır. Bu kamu hizmeti mutlak surette gerektiriyorsa ve başka bir taşınmazda da bu hizmetin görülmesi imkânı yoksa, bu ikinci kamu hizmetindeki kamu yararı, yerin ağaç ve ağaççık örtüsünü muhafaza etmesindeki kamu yararından daha ağır ise o takdirde o yer o kamu hizmeti için, hizmet süresiyle kayıtlı olarak bu yolla ayrılabilir. Bu ayırmada izin önce gelir. İzni aşan hallerde iki Bakanlığın müşterek izni yani tasvipleri ile idari irtifak tesisi mümkün olabilmektedir.

Devlet ormanları tapulamaya ve tapu kütüğüne kayıt ve tescile konu değildir. Kesinleşmiş orman tahditlerinin tapu kütüğüne olduğu gibi aktarılması Medeni Kanun anlamında kayıt ve tescil olmayınca, Tapulama Kanununun 36 ncı ve Medeni Kanununun 912 nci maddelerinin de kamu mülkü olan ormanlarda uybulama imkânı kalmamaktadır. Ormanlardaki irtifak hakkı deyimi, kelime benzerliği sebebiyle ve fonksiyonu, vaz'ı sebebi nazara alınmadan Medeni Kanunun üst hakkı, inşaat hakkı anlamında kabul edilmemelidir.

«Kamu mallarının ne oranda özel hukuk münasebetlerine konu olabileceğini» elbette kamu hukuku tayin edecektir. Ancak gerek Anayasanın 131 nci maddesi, gerekse Orman Kanununun 115/2 nci maddesi ormanların özel hukuk münasebetlerine konu yapılabileceğini belirtmemekte, bil'akis bir başka kamu yararının ormanın kamu yararına ağırlığı halinde o yer o kamu yararını sağlayacak kamu hizmeti için, bunu görecektir kamu kuruluşuna süreli olarak bırakılabilir, o yer orman sayılmakta devam eder, kamu hizmetinin bitiminde yerden yararlanma orman olarak sürer gider anlamındadır. Ormanlarda bu imkân mevcut olmasaydı, ağırlığı daha fazla kamu yararını sağlayacak hizmetin görülebilmesi imkânsızlaşır. Yukar-

daki maddelerde geçen irtifak hakkı deyimi için, mutlaka Medenî Kanunda tanımlanan irtifak hakkıdır ve özel hukuk münasebetlerine bu deyimle bir yol açılmıştır diyemiyoruz.

İdarî irtifaklar, Medenî Hukuk anlamındaki mülkiyet haklarına kamu yararı sebebiyle el atmaya dönük görevler ve bu mülkiyet haklarının sınırlandırılması şeklinde belirlediği kadar, kamu hizmetinin kamu yararı sebebiyle görüleceği yerin o kamu hizmetini görecektir kamu kuruluşuna tahsisi için bu tahsise YASALAR İMKÂN VERMİYORSA, o saha örneğin, Orman Genel Müdürlüğü 3204 sayılı yasa ile kurulmuş ve yasa gereği olarak bu Genel Müdürlüğün elinde ise, bir başka kamu yararının ağırlığı nedeniyle o yere bir başka kamu kuruluşunun göreceği kamu hizmeti için mutlaka ihtiyacı varsa, bu hizmet bir başka yerde görülemiyorsa, bu saha ormanları daraltma durumu ile karşılaşılmadan ve orman sınırları dışına çıkarılmadan, bu kamu hizmetinin süresince o kamu kuruluşuna işte bu yolla, idarî irtifak ile bırakılması şeklinde de belirebilir. Zannımızca bunun idarî irtifak olmadığı iddia edilemez. Yasalarda irtifak hakkı deyiminin kullanılması, yerin orman vasfının devam etmekte olduğunun, ormandan kopmadığının belirlenmesi içindir. Devlet ormanlarında TAHSİS mümkün olsaydı bu deyim bu yasalarda görülmeyecekti. Bu kamu hizmeti (baraj gibi) yüzlerce sene devam edecek bir hizmet de olsa işlem yine idarî irtifaka konu olacak ve süreyle kayıtlı bulunacak, sürenin dolmasına yakın yenilenecektir.

«Taraflar arasında, tapu memuru önünde yapılan üst hakkı kurulmasına ilişkin bir taahhüt muamelesinin yani üst hakkı sözleşmesinin varlığı ve bu sözleşmeye dayanan tescil talebinin kütüğe işlenmiş, tescil edilmiş olması gereklidir» denilen üst veya inşaat hakkı ancak buna elverişli arsalarda söz konusudur. Zira, Medenî Kanununun gerek 652 nci ve gerekse 751 nci maddeleri özellikle arsanın söz etmiştir. Orman arazisi arsa değildir, vasıf değişikliği görmesi, orman vasfını kaybetmesi ancak yasa ile olabilir. Özel mülkiyete konu arazi arsaya dönüştürülebileceği için buralarda da mümkün isede ormanlar arsaya dönüşmeyeceğinden (Orman Kanununun değişik 2 nci maddesindeki özel sebeple orman sınırları dışına çıkarma hali hariç) esasen yapı (üst veya inşaat) hakkına konu olamazlar.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17 nci maddesinin izin hükmü Devlet ormanları içindir. Bu Kanununun 49 ncu maddesi, Devlet ormanlarına ait 17 nci madde hükmünün tüzel kişiliği haiz kamu kuruluşları (kamu idaresi veya kamu kurumu olabilir) ormanlarında

da uygulanacağını hükme bağlamıştır. Demekki bu ormanlarda dahi böyle bir izin gerekiyorsa buna yine Orman Bakanlığı yetkilidir. Fakat, 49 ncu madde 115 nci maddeye atıfta bulunmadığından tüzel kişiliği haiz kamu kuruluşu ormanlarında, 115 nci maddeye göre irtifak hakkı tesisi mümkün değildir. Bu da göstermektedir ki, bu orman o kamu tüzel kişiliğinin mülkü isede yine Anayasa gereğince Devletin gözetimi altındadır, ancak irtifak hakkına konu olamayacaktır. Medeni Kanunun tanımladığı üst ve inşaat hakkı ormanlar için söz konusu olmayınca, gözetim hakkına dayanarak Devlet bu ormanlarda esasen mümkün olmayan üst ve inşaat hakkına göz yumamaz (4785 S.K. Mad : 2/Son F.).

Özel ormanlarda ise, Orman Kanunu'nun 56 ncı maddesi hükmü gereği olarak durum bu yönüyle tüzel kişiliği haiz kamu kuruluşları ormanlarında olduğu gibidir. Yasa, üst ve inşaat hakkı (irtifak hakkı) yolunu açmamıştır.

Anayasa'nın 131 nci maddesinde sözü edilen Devlet ormanlarına ait bulunan, kamu yararı sebebine dayanan irtifak hakkının, tahsis imkânsızlığı sebebiyle konulmuş, kamu yararını sağlayacak kamu hizmeti için bir idarî irtifak olduğu böylece de anlaşılmaktadır. Bütün ormanlar, yasa ile bu vasfı kaldırılmadıkça onlardan beklenen yarar ağaç ve ağaççık topluluğu olarak kamuya vereceği yararadır. Devlet, ancak kendi ormanları için bir başka kamu yararının ağırlığı sebebiyle idarî irtifak yolunu, o kamu yararını sağlayacak kamu kuruluşu lehine açmıştır. Devlete ait olmayan ormanlarda dahi mümkün olmayan üst ve inşaat hakkının Devlet ormanlarında mümkün olabileceğini düşünmemekteyiz.

Kamu mülkü aslında tapuya kayıt ve tescile tabi değildir. Bunun istisnalarına ilişkin Tapulamaya Kanununun 35 nci maddesi «ORTAMALI ARAZİ» nin tescil mahiyetinde olmayan sınırlandırılması hakkındadır, ormanlar ortamalı değildir. 36 ncı maddesi ise : «Namazgâh, mezarlık, yunak, köy odası ve köy bütçesinden veya yardımlarla yapılan» kamu hizmetinde kullanılan gayrimenkullerin, sınırı içinde bulunduğu köy tüzel kişiliği adına, «tapu kayıtlarına veya özel kanunlarına göre, Hazine, özel idare veya belediyeye ait BU GİBİ GAYRİMENKULLERİN adı geçen tüzel kişiler adına» tesbitini hükme bağlar. Tapulamaya tabi olmayan Devlet ormanları namazgâh, mezarlık, yunak, köy odası ve köy bütçesinden veya yardımlarla yapılan ve kamu hizmetinde kullanılanlar gibi gayrimenkuller değildir ki, bu maddenin son fıkrasının «...bu gibi gayrimenkuller adı geçen tüzel kişiler adına tesbit olunur» hükmüne dayanılarak Medeni Kanunun 912 nci maddesiyle tapu kütüğüne tescile tabi olsun

veya Tapulama Kanununa göre Hazine adına tesbite konu bulunsun... Orman Kanununun 11 nci maddesinde sözü edilen tescil ise Medeni Kanunun tanımladığı tescil olmayıp, orman sınırlamasının kesinleştiğinin, bu yerin Devlet ormanı veya tüzel kişiliği haiz kamu kuruluşu ormanı veya özel orman olduğunun çekişmesiz hale geldiğinin belgelendirilmesidir ve Tapulama Kanununun 46/3 ncü maddesi hükmü icabı, tapu kütüğüne olduğu gibi aktarılacaktır. Yapılan iş tapulama değil, sınırlamadır.

Devlet ormanları kamu mülküdür. Bazı kamu mülkleri üzerinde aynı hak tesisi onun fonksiyonunu etkileyeceği için mümkün olmayabilir. Ormanlar da böyledir. Yukarıdan beri ifadeye çalıştığımız nedenlerle Devlet ormanlarında tesisi mümkün irtifak hakkı idarî irtifaktır, yerin başka yolla daha ağırlıklı bir kamu hizmetine tahsis imkânsızlığını gidermek için getirilmiş bir hükümdür. Özel kişilerle de, özel hukuk ilişkileriyle de, teknik anlamdaki üst ve inşaat hakkıyla de — kanımızca — ilgisi bulunmamaktadır.

KAYNAKLAR :

- 1 — 15/Ekim/1969 - Orman Genel Md. Bülteni - H. Avni Usluoğlu. Ek broşür - Ormanın kanunî tarifinin kapsamı.
- 2 — 5/1974 - Ankara Barosu Dergisi - H. Avni Usluoğlu. (Orman Sınırları Dışına Çıkartılacak Yerler Hakkında Tüzüğün 39 ncü maddesi).
- 3 — 16/11/1974 tarihli Cumhuriyet Gazetesi - H. Avni Usluoğlu, (Zeytincilik ve bir Yasa).
- 4 — 12/2/1975 tarihli Cumhuriyet Gazetesi - H. Avni Usluoğlu, (Kesinleşmiş Orman Tahditleri).
- 5 — 5/2/1976 tarihli Cumhuriyet Gazetesi - H. Avni Usluoğlu, (Kapanın Elinde Kalıyor).
- 6 — Eylül/1976 - Orman Bakanlığı Teknik Bülteni - H. Avni Usluoğlu. (Orman Kadastro Nedir, 2 nci Madde Uygulaması Nedir ?
- 7 — Aralık/1976 - Orman Bakanlığı Teknik Bülteni - H. Avni Usluoğlu, (Orman Kanununun Değişik 2 nci Madde Uygulanması Mahkemelerin Görevi Dışındadır).
- 8 — 28/2/1976 tarihli Cumhuriyet Gazetesi - H. Avni Usluoğlu, (Mülkiyeti Etkilemez).
- 9 — 10/2/1977 tarihli Cumhuriyet Gazetesi - H. Avni Usluoğlu, (Mülkiyeti Etkilemez).
- 10 — Mart/1977 - Yeşil Türkiye Dergisi - H. Avni Usluoğlu, (Ormana Dönüşmüş Tapulu Yerler İçin Zorunlu Bir Açıklama).
- 11 — Mart/1977 - Orman Hukuku Dergisi - H. Avni Usluoğlu. (Orman Olarak Devletleştir ve Orman Sayılmayan Mülk Olarak İade Et.)
- 12 — Tüzel kişiliği haiz kamu kuruluşu ormanlarında aynı hak tesisinin ve temlikî tasarrufun yasaklanması, tesis yapımı için Orman Bakanlığı izninin gerekeceği hakkında 4785 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin son fıkrası.

YENİ VE DENEYSEL TEDAVİLERDEN DOLAYI DOKTORLARIN HUKUKÎ SORUMLULUĞU (*)

Yazan : Prof. Dr. DIETER GIESEN (**)

Çeviren : SALİM ÖZDEMİR (***)

PLÂN :

— GENEL OLARAK —

I — SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ

- A) AKDİ SORUMLULUK
- B) CEZAİ SORUMLULUK

II — SORUMLULUĞUN ESASLARI

- A) MESLEK KURALLARINA AYKIRI TEDAVİDEN SORUMLULUK
- B) HASTANIN AÇIK ONAYI ALINMADAN GİRİŞİLEN TEDAVİLERDEN SORUMLULUK

III — DENEYSEL TEDAVİLERDEN DOLAYI DOKTORLARIN

- 1. MESLEK KUSURU
- 2. HASTANIN AÇIK ONAYI ALINMADAN YAPILAN TEDAVİ
- 3. ARAŞTIRMA ÇALIŞMALARINDAN DOLAYI DOKTORLARIN SORUMLULUĞU
- 4. YENİ İLÂÇLARDAN SORUMLULUK
 - a) Doktorun Hastaya Özen Gösterme Yükümlülüğü
 - b) Hastaya Verilecek Bilgiler
 - c) Doktorun Sorumluluğu İle, İlaç Yapımcılarının Sorumlulukları Arasındaki İlişki

IV — ORGAN VE DOKU NAKLİNDE SORUMLULUK

- a) Canlılardan Organ Ve Doku Alınmasında Sorumluluk
- b) Ölüden Organ Ve Doku Alınmasında Sorumluluk
 - aa) Ölüm Anınının Tesbiti
 - bb) Ölünün Yakınlarının Onayını Alma Zorunluğu

V — YAPAY DÖLLEMEDE, OVER VE AMBRİYON NAKLİNDE SORUMLULUK

(*) Bu yazı, bizim de katıldığımız ve 3-5 Haziran 1975 tarihleri arasında Fransa'nın Lyon şehrinde düzenlenen Avrupa Hukuku Beşinci Kollok'una Prof. Dr. Dieter GIESEN tarafından sunulan tebliğin Fransızca metninden Türkçeye çevrilmiştir.

(**) Berlin Serbest Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı.

(***) Adalet Bakanlığı Hukuk İş. Gn. Md. Müşaviri.

— GENEL OLARAK —

Birkaç istisna dışında, Dünyada ve Avrupa Konseyi Üyesi Devletlerin büyük çoğunluğunda, deneysel tedaviye ilişkin olarak doktorların hukuki sorumluluklarını düzenleyen özel yasalar mevcut değildir. Bu konuya ilişkin sorumluluk genel sorumluluk ilkeleri çerçevesinde ele alınmakta ve en büyük kaynağı da mahkeme içtihatları teşkil etmektedir.

I — SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ :

A) AKDÎ SORUMLULUK :

Eğer doktorla hasta arasında akdî bir ilişki mevcutsa, doktor akde aykırı davranışından ötürü sorumlu olacaktır.

Çeşitli tip sözleşmelerin yapıldığı hukuk sistemleri içerisinde medikal sözleşmelerin niteliklerini bilmekte, sorumluluğu saptama bakımından yarar vardır. Zira, değişik tipte sözleşmelerin yapılması, değişik türde sorumluluk ilkelerinin uygulanmasını gerektirmektedir.

Normal olarak doktorla hasta arasındaki sözleşmede doktor, hastaya hiçbir garanti vermeden, onu normal tıp biliminin gerektirdiği bilgi ve tecrübe ile tedavi etme yükümlülüğü altına girer. Sözleşme koşullarına uymayan ve başarısızlığa uğrayan doktor, akdî sorumluluk ilkelerine göre sorumlu olur.

B) CEZAÎ SORUMLULUK :

Bazı ülkelerde, örneğin Fransa ve Almanya'da zamanaşımı süresi, doktorun akde muhalefet veya suç teşkil eden eylemine göre değişir. Bazı ülkelerde ise, İngiltere'de olduğu gibi, eylem ister akde aykırı davranış olsun, isterse suç teşkil etsin, zamanaşımı süresi değişmez. Diğer bazı ülkelerde ise, doktorun aynı eyleminde hem sözleşmeye aykırılık hem de cezai sorumluluk söz konusu olabilir.

Fransız sisteminde, akdi sorumluluk ile ceza sorumluluğu birleştirilmemektedir. Nitekim 1936 yılına kadar Fransız mahkemeleri, ortada bir sözleşme olsa bile, doktorların sadece cezai sorumluluklarını kabul ediyorlardı.

Ancak Fransız Yargıtayı'nın 20.Mayıs.1936 tarihli kararından sonra durum değişmiştir. Bu karara göre, eğer hekim ile hasta arasında yapılmış bir sözleşme mevcutsa, akdi sorumluluk, sözleşme mevcut değilse cezai sorumluluk ilkeleri uygulanacaktır.

Alman hukukuna göre, memur statüsünde olan doktorlar hakkında özel hükümler uygulanmaktadır. Bazı hallerde doktor değil, onu istihdam eden Devlet sorumlu tutulmaktadır. Ancak Alman hukukuna göre, manevi zararlardan sadece suç failleri sorumlu tutulabilmektedir.

II — SORUMLULUĞUN ESASLARI :

Doktorların sorumluluklarının esasını incelemek için, iki hususu ayrı ayrı incelemek gerekir. Birincisi, tıp meslek kurallarına aykırı tedaviden sorumluluk (meslek kusuru), ikincisi de hastanın açık onayı alınmadan girişilen tedavilerden sorumluluk.

A) MESLEK KURALLARINA AYKIRI TEDAVİDEN SORUMLULUK :

Böyle bir durum, bazı tedavi yöntemlerinin uygulanmamasından ileri gelebileceği gibi, bazı tedavi yöntemlerinin uygulanmış olmasından da ileri gelebilir. Eğer doktor, kendinden normal olarak beklenen bilgi, özen ve yetenekle tedavi uygulamamışsa, bir meslek kusurundan söz edilebilir. Gene meslek normlarına uygunluğu kabul olunan bir yöntemin uygulanmamış olması da, meslek kusurunun varlığı için yeterlidir.

Burada önemli olan bir husus da, doktordan beklenen bilgi, yetenek ve özenin kapsamının ne olacağıdır. Konuya ışık tutması bakımından, İngiltere'de meydana gelen somut bir olayı incelemek yararlı olacaktır.

1947 yılında davacı, küçük bir ameliyat için hastaneye yatar. Kendisine anestezi için nüperkain enjekte edilir. Nüperkain, ampul içinde ve fenol bulunan bir kapda saklanmaktadır. Ampuldeki çatlaktan bir miktar fenol içeri sızar ve nüperkaine karışır. Hastaya nüperkain enjekte edilince, hastanın vücudunun alt kısmı devamlılık gösteren bir felce maruz kalır. 1947 yılındaki tıp bilgilerine göre, böyle bir çatlağın veya olasılığın bilinmesi ve düşünülmesi olanaksızdır. Yargıç Lord DENNING, kararında. «1951 yılında böyle bir tehlikenin ve olasılığın düşünülmemiş olması ihmal teşkil edebilirse de, 1947 yılında bunun düşünülmemiş olmasını ihmal saymak olanaksızdır» demek suretiyle anestezi uzmanını sorumlu tutmamıştır.

Genel bir ifade ile denebilir ki, uygulanacak tedavi metotları, ancak bu metotların tıp bilimi ile uğraşan okullar tarafından be-

nimsenmesi halinde, geçerli sayılabilir. Bu konuda son hüküm verilmezden önce, mutlaka bir hekim uzmanın bilgisine başvurmak gerekir.

Diğer taraftan, doktorun sorumlu tutulabilmesi için, uygulanan tedavi ile meydana gelen zarar arasında da bir nedensellik bağının bulunması gerekir.

Bazı hukuk sistemlerine göre, tazminat isteminin kabul edilebilmesi için, sadece doktorun özen görevinin eksikliğinin kanıtlanmış olması yetmeyip, ayrıca doktoru kusurlu saydıracak bir ihmalin de kanıtlanması gerekmektedir.

B) HASTANIN AÇIK ONAYI ALINMADAN GİRİŞİLEN TEDAVİLERDEN SORUMLULUK :

Çoğu kez, meslek kusurunun kanıtlanamadığı durumlarda, doktorlar, hastanın açık onayını almadan tedaviye giriştikleri iddia edilerek sorumlu tutulmak istenirler. Bazı durumlarda, hastanın sağlığı ile onun açık onayı arasında çelişkiler ortaya çıkabilir. Kural olarak her türlü tıbbi tedavilerde hastanın onayının alınması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda hastanın onay vermemesi, bizzat hastanın sağlığını tehlikeye sokabilir. Bu konuyu ayrıntılarıyla incelemek yararlı olacaktır.

a) Birçok hukuk sistemlerinde, hastanın tedavi için vereceği muvafakatın geçerliliği için, onun reşit olmasına gerek yoktur. Eğer hasta, uygulanacak tedavinin nitelik ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda ise, muvafakat geçerli sayılmaktadır. Muvafakat yazılı veya sözlü olabilir. Fakat doktorlar yazılı muvafakatı yeğ tutmaktadırlar.

b) Eğer hasta ile doktor arasında akdi bir ilişki mevcut olup da, doktor hastayı yeterince aydınlatmadan tedaviye girişmişse, doktorun akde muhalefetten sorumluluğu söz konusu olabilir. Ancak bunun için de, doktorun gerekli ve yeterli bilgileri hastaya vermiş olduğunun kanıtlanması gerekmektedir.

Fransız ve Alman mahkeme içtihatlarına göre, doktorun bu konuda sorumlu tutulabilmesi için, yapılan tedavi ve müdahale ile, meydana gelen zarar arasında bir nedensellik bağının kanıtlanması gerekir. İngiltere'deki uygulamanın aksine, Fransız ve Alman mahkemeleri, hastanın muvafakat verip vermeyeceği hususunu araş-

tırmazlar. Bu mahkemeler, hastanın, doktor tarafından gerektiği şekilde aydınlatılmış olduğu varsayımından hareket ederler.

Almanya'da hastanın onayı alınmadan girişilen bir tedavi, illegal bir eylem olarak nitelendirilir.

c) Doktorların hastaları hangi konularda ve ne ölçüde aydınlatmaları gerektiği de durum ve koşullara göre değişir.

Hasta herşeyden önce, kendisine uygulanacak tedavinin nitelik ve doğuracağı muhtemel sonuçları hakkında bilgi sahibi olma hakkına sahiptir. Fakat, bu bilgilerin kapsamı duruma göre değişebilir. Acaba, tedavi sırasında karşılaşılması çok az ihtimal dahilinde olan riskler hakkında da hastaya bilgi vermek gerekir mi ?

Bize göre, doktor, hastaya psişik ve psikosomatik yönden ters etki yapabilecek olan bilgileri vermeme hakkına sahiptir.

d) Diğer taraftan eğer hasta tedavinin muhtemel sonuçları hakkında bilgi edinmek istemiyorsa, ona bu bilgiler verilmemelidir. Hastanın tedavi konusunda bilgi edinmeme hususundaki iradesinin hukuken geçerli olması gerekir. Bilgi edinme hakkından vaz geçme, açık veya zımnî, sözlü veya yazılı olabilir. Ancak, deneysel tedavilerde bu hakkın kötüye kullanılmasına olanak sağlamamak bakımından çok titiz davranmak gerekir.

Önemli başka bir husus da, zaruret halinde, hastanın muvafakatını almadan girişilen tedavilerde doktorun sorumlu olup olmayacağıdır. Kural olarak, hastanın muvafakatını almak gerekir. Fakat bazı hallerde hastanın muvafakatını almak mümkün olmayabilir veya hasta böyle bir muvafakat verecek durumda bulunmayabilir. Ancak, kendisine de mutlaka bir müdahale yapmak gerekirse durum ne olur ?

Comon Law hukuk sisteminde, bu konuda açık bir hüküm yoktur. Uygulamada doktorlar, böyle bir durumda hastanın yakınlarının muvafakatlarını alma yoluna gitmektedirler. Bize göre, hastanın sağlığı müdahaleyi zorunlu kılıyorsa, muvafakat almadan gerekli tedaviye girişmek gerekir ve böyle bir durumda doktoru sorumlu kılmak da söz konusu olamaz.

III — DENEYSEL TEDAVİLERDEN DOLAYI DOKTORLARIN HUKUKİ SORUMLULUĞU :

Deneysel tedaviler konusunda ortaya çıkan en önemli sorun, iyileştirilimek istenen hastanın menfaati ile, tıp biliminin, dolayısıyla tüm insanlığın menfaatinin karşı karşıya gelmesidir.

Deneyisel tedaviler konusunda, yazılı düzenlemeler fazla bulunmadığı gibi, bu konuda yerleşmiş mahkeme içtihatlarına da fazla rastlamak mümkün değildir.

Genel olarak tıbbi tedavileri üçe ayırabiliriz.

1 — Hastaları iyileştirmek için uygulanan ve varlığı bilimsel olarak kabul edilmiş olan klâsik tedavi yöntemi. Bu yöntemle ilgili olarak genel sorumluluk ilkeleri uygulanır.

2 — Hastaları iyileştirmek için yeni metotların uygulandığı deneysel tedavi yöntemi.

3 — Tamamen bilimsel amaçlar için yeni ilâç ve metotların kullanıldığı tedavi yöntemi.

Tedavi yöntemlerini bu şekilde tasnif ettikten sonra şimdi deneysel tedavi yöntemini inceleyebiliriz. Bu konuda da gene, meslek kusurunu ve hastanın onayını ayrı ayrı ele almak gerekecektir.

1. MESLEK KUSURU :

İki durumda meslek kusurundan söz edilebilir.

a) Meslek kurallarına aykırı düşen yeni bir tedavi metodunun uygulanması halinde.

b) Uygulanması bilim çevrelerince kabul edilen yeni metodun uygulanmaması halinde.

Yeni bir tedavi yönteminin uygulanabilirlik kazanabilmesi için, bunun bilim çevrelerince ve ahlâken kabul edilmiş ve hukuken de gerekliliğinin gösterilmiş olması gerekir. Burada asıl ortaya çıkan güçlük, hangi tedavi metodunun hangi andan itibaren yeni bir metot olarak kabul edilmesi gerektiğinin saptanmasıdır. Burada şu hususu da önemle belirtmek gerekir ki, deney aşamasındaki bir tedavi metodunun, yeni bir metot olarak kabulüne asla olanak yoktur.

2. HASTANIN AÇIK ONAYI ALINMADAN YAPILAN TEDAVİ :

Hastanın açık onayı alınmadan deneysel nitelikteki bir tedavi yönteminin uygulanmasından, doktor sorumlu olur. Bu nedenle doktor, uygulayacağı yeni tedavi yönteminden hastayı haberdar etmelidir. Ancak, tedavinin uzak ihtimalli kötü sonuçları hakkında çok ayrıntılı bilgilerin verilmesine de gerek yoktur.

3. ARAŞTIRMA ÇALIŞMALARINDAN DOLAYI DOKTORLARIN SORUMLULUĞU :

Hayvanlar üzerinde yapılan ve başarıya ulaşan bir deneyin, insanlarda da başarılı olacağını söylemek her zaman olanaksızdır. Onun için, deneyin insanlar üzerinde de uygulanması ve başarısı kanıtlandıktan sonra, yaygın bir uygulamaya gidilmesi gerekir. Bunun uygulanması da, deneyi kabul edecek insanların varlığı ile mümkün olacaktır. Burada kuşkusuz, deneyi kabul edecek insanın rızası büyük bir önem taşır.

Kobay görevi yapacak olan hastanın rızasının, serbestçe ve hiçbir etki altında kalmadan alınması gerekir. Deneyin amacı, deneyin uygulandığı hastanın iyileştirilmesi olmadığından, küçüklerle akıl hastalarının bu konudaki muvafakatlerini geçerli saymaya hukuken ve ahlâken olanak yoktur. Veli ve vasinin muvafakatleri de keza geçersizdir.

Doktor, deney yapılacak kişiye, deneyle ilgili her türlü bilgileri ve deneyin doğurabileceği muhtemel kötü sonuçları bildirmek zorundadır. Burada önem kazanan husus, deneyin insanlığa getireceği yarar ile kişinin maruz kalacağı tehlike arasındaki dengeyi bulmaktır.

4. YENİ İLÂÇLARDAN SORUMLULUK :

Yeni ilâçların kullanılması, doktorlar için yeni sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Doktorlar yeni ilaçları hastalara yazarken, daha fazla özen göstermek ve hastaya gerekli her türlü aydınlatıcı bilgileri vermek zorundadır.

a) Doktorun Hastaya Özen Gösterme Yükümlülüğü :

Yeni ilâçların tedavi amacıyla kullanılmasında gösterilmesi gereken özen ve dikkat hakkında belirli normlar saptanmış değildir. Örneğin, Federal Almanya'nın 16.Mayıs.1961 tarihli Tıbbi Müstahzarat Hakkındaki Kanunda, ilâçların sicile geçirilmesi konusunda hiç bir açık hüküm mevcut değildir. Fakat, 1971 tarihinden itibaren, yeni ilâçların resmen onayı ve tescili konusunda belirli kriterler getirilmiştir. Bununla beraber, yeni bir ilâcın tescil edilmiş olması, doktorun onu hastalarına yazarken özen gösterme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

b) Hastaya Verilecek Bilgiler :

Hastaya verilecek bilgilerin kapsam ve boyutu, uygulanacak tedaviye bağlıdır. Eğer doktor yeni ilâcın prospektüsünde yeni hor-

monların bulunduğunu görürse, bu ilâcı hastaya verirken çok dikkatli davranmak ve hastaya çok geniş olarak bilgi vermek zorundadır. Gene hastanın birkaç tür tedaviden herhangi birisini seçme hakkının söz konusu olduğu durumlarda, hastaya istenilen bütün bilgiler verilmelidir. Buna karşılık, hastaya mutlaka belli bir tedavinin uygulanması gerekiyor ve bu tedavi uygulanmadığı veya uygulanması geciktirildiği takdirde hastanın sağlığı tehlikeye girecekse, hastaya verilecek bilgiler daha az olabilir. Bu kural, yeni ilâçlar için de geçerlidir.

c) Doktorun Sorumluluğu İle İlâç Yapımcılarının Sorumluluğu Arasındaki İlişki :

İlâç kullanılması sonucu hastanın maruz kaldığı zarardan, ilâç yapımcılarının da sorumluluğu söz konusudur.

aa) Zarar, ilâcın, yapımcısının sorumluluğu altında bulunduğu sırada meydana gelmişse, ilâç yapımcısı sorumlu tutulur. İlâç yapımcısı, ilâç yapımında ihmal göstermiş veya etiket veya prospektüsüne gerekli bilgileri ve kontrendikasyonları belirtmemiş olabilir. Fakat, bu konuda ilâç yapımcısının sorumluluğu kusur sorumluluğu değil, objektif sorumluluktur.

bb) İlâcı doktorun yazmış olması, yapımcının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zarara uğrayan aynı zamanda doktora ve ilâç yapımcısına karşı dava açabilir.

cc) Diğer taraftan, ilâcı yazan doktora karşı, ilâç yapımcısının rücu hakkı saklıdır. Böyle bir hakkın varlığından söz edebilmek için, doktorun ilâcı yazmada kusurlu olduğunun kanıtlanması gerekir.

dd) Federal Almanya'da hazırlanan «Tıbbi Müstahzarların İdare Ve Tescili Hakkındaki Kanun Tasarısına» göre, ilâç yapımcılarının sorumluluğu objektif sorumluluk olarak açıkça belirtilmiştir. İlâç yapımcıları ayrıca «Tazminat Fonu» adı altında bir de fon kurmuşlardır. Bir tazminat söz konusu olduğunda, ödeme bu fondan yapılmaktadır.

IV — ORGAN VE DOKU NAKLİNDE SORUMLULUK :

Diğer ülkelerde olduğu gibi, bir kaç ülke dışında, Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin çoğunda organ ve doku nakli konusunda özel yasalar mevcut değildir. Oysaki, Dünyada ilk böbrek naklinin ya-

pıldığı 1954 yılından bu yana tıp bilim ve tekniğinde çok büyük gelişmeler olmuş ve sadece Federal Almanya'da senede bir kaç yüz böbrek nakli yapılmaktadır. Son on sene içinde Dünyada iki yüzden fazla kalp nakli yapılmıştır.

Organ ve doku nakli ile ilgili olarak iki durumu ayrı ayrı ele almak gerekir.

a) Canlıdan Organ Ve Doku Alınmasında Sorumluluk :

Bu konuda özel mevzuat hükümlerine sahip ülkeler Danimarka, İsveç, İtalya ve Güney Afrika'dır.

Canlıdan organ ve doku alınması konusunda da doktorun sorumluluğu, ya meslek kusurundan, ya da vericinin rızasının alınmamış olmasından ileri gelebilir. Ayrıca, gerek alıcıya, gerekse vericiye organ ve doku alma ve naklinin nitelik ve sonuçları hakkında aydınlatıcı bilgiler verilmemiş olabilir.

1 — Herşeyden önce doktor, kendisi için hiçbir tedavi amacı güdülmeyen vericiye çok ayrıntılı bilgi vermek zorundadır. Ancak küçüklerle akıl hastaları hukuken geçerli irade beyanına sahip olmadıkları için, bunların verici olmaları söz konusu değildir.

Keza verici olmaları küçükler ve akıl hastaları için herhangi bir yarar sağlamayacağından, bunların, kanuni temsilcilerinin muvafakatleri ile de verici olmaları olanaksızdır.

Bu konuda önemli olan bir husus da, verici için son derece hayati önem arzeden, onsuz yaşamın sürdürülmesi olanaksız olan organların verilmesinin mümkün olmadığıdır.

2 — Alıcıya verilecek bilgilerin nitelik ve kapsamı da, yapılacak operasyonun büyüklüğüne bağlıdır. Ancak, alıcıya derhal müdahale yapılması zorunlu ise, kendisine çok ayrıntılı bilgi verilmeyebilir.

b) Ölüden Organ Ve Doku Alınmasında Sorumluluk :

Bu konuda iki önemli sorun ortaya çıkmaktadır. Birincisi, ölüm anının tesbiti, ikincisi de, ölünün yakınlarının muvafakatlerinin alınması.

aa) Ölüm Anının Tesbiti :

Bu konu, doktorların sorumluluğu yönünden son derece önemlidir. Ölüm anını belirleyen kriterler, İtalya, İspanya ve Finlandiya

mevzuatlarında tesbit edilmiştir. Kanada'da Yasama Komisyonu ölümün tanımının genel bir şekilde yapılmasını tavsiye etmektedir. Bu tavsiyeye göre «Ölüm, ilgilinin tüm serebral fonksiyonlarının hiç yenilenmeyecek şekilde tamamen sona ermesidir.»

Almanya'da hakim olan görüşe göre, ölüm anının tesbiti konusunda yasalara açık hükümler konulmasına gerek yoktur. Dünya Sağlık Teşkilâtının 1968 yılında Sidney'de yayınladığı deklarasyonda belirtildiği üzere, ölüm anının tesbitini doktorların sorumluluğuna bırakmak yerinde olur.

Britanya Organ Nakil Derneği, serebral faaliyetlerin 12 saat süre ile durmuş ve bu süre içinde elektro-ansefalogram uygulamasına cevap alınamamış olmasını, ölüm için yeterli saymaktadır.

Hollanda'da, serebral fonksiyonların 6 saatlik bir periyot içerisinde durmuş ve her yarım saate bir yapılan elektroansefalografi uygulamasına cevap alınamamış olmasının, ölüm için yeterli olduğu görüşünde birleşilmektedir.

Tıp uzmanlarının birleştikleri bir nokta da, ölüm anının tesbitini yapan doktorların, organ alma ve takma ekibinde yer almamaları gerektiği noktasıdır.

bb) Ölünün Yakınlarının Onaylarını Alma Zorunluğu :

Organ ve doku alınmasında ölümlerin yakınlarının onaylarını almaya gerek olup olmadığı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bazı bilim adamlarına göre, ölü, sağlığında organının nakline razı olduğunu beyan etmişse, ayrıca ölünün yakınlarının rızasını almaya gerek yoktur. Zira, ölünün yakınları herşeyden önce ölünün iradesine saygı göstermek durumundadırlar.

2 Haziran 1967 tarihli Danimarka Kanununa göre, ölü sağlığında organ alınmasına karşı olduğunu bildirmişse, veya ölünün ailesi buna karşı ise, organ alınması mümkün değildir (Madde : 3/2).

İngiliz (Human Tissue Act) Kanununa göre, ceset üzerinde hukuken hak sahibi olanlar, yapılacak araştırma sonunda ölünün organ nakline karşı olmadığını anlaşılması halinde, ölüden organ alınmasına izin verebilirler.

Alman mevzuatına göre ölü, sağlığında organ nakline karşı olduğunu beyan etmemişse, yakınlarının rızası alınmak suretiyle ölüden organ ve doku alınabilir.

Bilginler arasında hakim olan görüşe göre, eğer ölünün yakınlarının onayı alınmadan ölüden organ alınıp bir hastaya takılmışsa, bu durumda, ölünün yakınlarının ihlâl edilen hakları ile, hastanın sağlık hakkı arasındaki menfaat üstünlüğüne bakmak gerekir.

Alman Hukukuna göre, eğer bir hayat kurtarmak için rıza dışı ölüden organ alınmışsa, doktor bu eyleminden sorumlu tutulamaz. Eğer organ bir hayat kurtarmak için değil de başka bir amaçla, örneğin bilimsel araştırma için, alınmışsa doktor sorumlu olur.

V — YAPAY DÖLLEMEDE - OVER VE AMBRİYON NAKLİNDE SORUMLULUK :

Bu konuya ilişkin olarak Avrupa Konseyi üyesi Devletlerde herhangi bir özel mevzuat hükmüne rastlanmadığı gibi, mahkeme içtihatlarına da rastlamak mümkün olamamıştır.

1 — Yapay dölleme ve over nakli aynı amaçlar için yapılır. Her ikisinde de amaç, eşleri çocuk sahibi yapmaktır. Yapay dölleme, kısır erkeği, over nakli de kısır kadını çocuğa kavuşturmak ve onların kusurlarını bir ölçüde giderip aile yuvasını sürdürmelerini sağlamak amacıyla yapılır.

Over naklinde doktorların sorumluluğunu, organ naklindeki sorumluluk esasları içersinde kabul edebiliriz. Yapay döllemede ise durum biraz farklıdır. Burada doktorun sorumluluğu, dölleme yapılan kadına, kadının kocasına ve doğacak olan çocuğa karşıdır. Bu konuyu biraz daha ayrıntılı incelemek yararlı olacaktır.

a) Doktorla, dölleme yapılan kadın arasında yapılmış bir sözleşme olabilir. Bazı hukuk sistemleri böyle bir sözleşmeyi geçerli kabul ettikleri için, doktorun sorumluluğunu sözleşmeye ilişkin sorumluluk kuralları çerçevesinde ele alabilirler. Durum böyle olunca, eğer doktor dölleme işleminde bir mesleki kusur işlemiş veya kadının rızasını almadan böyle bir işleme girişmişse, sorumlu olacaktır. Örneğin doktor, spermi irsi hastalığı bulunan bir erkekten veya kadının ırkından çok değişik bir ırktan olan kişiden almışsa, sorumluluğu muhakkak olacaktır. Eğer kadının rızası olmadan dölleme işlemini yapmışsa cezai sorumluluğu da söz konusu olacaktır.

b) Yapay dölleme sonucu doğmuş olan hastalıklı (örneğin frengili) bir çocuk, bazı hukuk sistemlerine göre, doktor aleyhine tazminat isteminde bulunabilecektir.

Alman hukukuna göre, çocuğun kötürüm veya irsi hastalıklı doğmasında doktorun mesleki kusuru mevcutsa, doktor sorumlu olacaktır. Doktorun sorumluluğu için, yapay dölleme fiili ile ço-

cuğun maruz kaldığı zarar arasındaki nedensellik bağının ayrıca kanıtlanmasına gerek yoktur.

c) Kocanın rızası alınmadan yapay dölleme yapılmışsa, koca doktora karşı manevi tazminat isteminde bulunabilecektir. Çünkü yapay dölleme her şeyden önce kocanın şahsiyet ve miras hakkı ile doğrudan doğruya ilgilidir.

Bazı bilim adamları ise, kocanın rızası alınmadan yapılan yapay döllemede kocanın, doktora karşı dava hakkının bulunmadığını, isterse kocanın karısı aleyhine boşanma davası açabileceği görüşünü ileri sürmektedirler.

Ambriyon naklinde sorumluluk : Bugüne kadar ambriyon nakli henüz gerçekleştirilmiş değildir. Fakat tıp bilimindeki hızlı gelişmeler, bunun yakın gelecekte gerçekleştirilebileceği inancını kuvvetlendirmektedir. Ambriyon nakli konusunda farklı dört durumu ayrı ayrı incelemek gerekir.

1. *Durum :* Evli kadının vücudundaki yapısal bozukluk nedeniyle dölleme yapmak mümkün olmuyordur. Bu durumda kadından ovül alınır ve kocanın spermi ile döllenmekten sonra, döllenmiş ovül tekrar kadının uterusuna yerleştirilir. Bu halde doktorun sorumluluğu, genel sorumluluk kuralları çerçevesinde kalır.

2. *Durum :* Kadının kısırlılığına sebep, overdir. Bu durumda kocanın spermi başka bir kadının yumurtalığında dölleme yapar ve döllenmiş ovül kadının uterusundan çıkartılıp, kısır kadına aşılanır. Buradaki sorumluluk da, sperm naklindeki sorumluluğa benzer.

3. *Durum :* Normal olarak kadının yumurtası kocasının spermi ile döllenir. Fakat, kadındaki yapısal bozukluk nedeniyle normal gebeliği sürdürmek olanaksızdır. Bu durumda, ambriyon kadından alınıp bir başka kadının rahmine konur ve çocuğu o kadın doğurur. Doğumdan sonra çocuk tekrar kendi ailesine teslim edilir.

Böyle bir durumda doktorun, çocuğu doğuran kadına karşı da sorumluluğu söz konusudur.

4. *Durum :* Karı ve koca her ikisi de kısırdır. Fakat kariya, seçilecek bir çiftten gerekli genetik materyeller sağlanarak, ambriyon transfer edilir ve normal doğum beklenir. Bu tür ambriyon nakline «Doğumdan önce evlât edinme» de denmektedir.

Yukarıda dört ayrı ihtimal içinde incelediğimiz ambriyon naklinin bugün için ortaya çıkardığı en büyük sorun, hukuki olmaktan çok ahlâkidir. Böyle bir naklin toplumlarca kolay kolay kabul edilmesi beklenmemelidir.

TİCARET HUKUKU

MÜŞTEREK (BÜYÜK) AVARYA SAYILAN HALLER NELERDİR ?

İSMAİL DOĞANAY (*)

8. Muvakkat Tamir Müşterek Avaryası :

TTK. nun 1191. maddesi hükmü «muvakkat tamir müşterek avaryası» nı düzenlemiş bulunmaktadır. Madde metnine göre, gemi; bir yükleme, durma (uğrama) veya barınma limanında müşterek selâmet uğruna veya müşterek avaryadan sayılacak bir fedekârlık neticesinde hâsıl olan hasarlardan dolayı kaptanın emri ile muvakkaten tamir edilirse bu tamirin masrafları «müşterek (büyük) avarya» olarak kabul olunur.

Madde metnine göre «muvakkat tamir» in bir yükleme, uğrama (durma) veya barınma limanında yapılması halinde ancak tamir için ihtiyar edilen masraf «muvakkat tamir müşterek avaryası» olarak kabul edilebilir. Meselâ, açık denizde yapılan muvakkat tamir, bir «muvakkat tamir müşterek avaryası» değildir. Ancak, açık denizde yapılan bir muvakkat tamirde — genel müşterek avarya şartları (TTK. m. 1179) varsa — o zaman, sadece bu genel hükme göre muâmele yapılır ve fakat 1191. maddenin özel surette düzenlemiş olduğu «muvakkat tamir müşterek avaryası» hükümleri uygulanamaz.

TTK. nun 1191. maddesinin birinci cümlesi hükmüne göre, kaptan, müşterek avarya zararlarını muvakkaten bertaraf edebilmek için batmak üzere olan gemiyi kasden yani irâdî olarak karaya oturtmuş ve bu esnada geminin makineleri zorlanmış ve gemi teknesi su altı kesiminden aldığı yara neticesi — o an için gemi ve yükü tahdit eden bir tehlike, başka bir deyişle, müşterek selâmet şartı henüz tahakkuk etmemiş bile olsa — «muvakkat tamir» yoluna gidilebilir. Kanun koyucu, «muvakkat tamir müşterek avaryası» nın kabulünde mutlak surette «müşterek selâmet» unsurunun varlığını ara-mamış ve sadece «müşterek menfaat» halinin mevcudiyetini yeterli saymıştır.

(*) Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi.

TTK. nun 1190. maddesinin birinci fıkrasının «şu kadar ki» ibâresi ile başlayan ikinci cümlesi hükmüne göre, kazâen vaki bir hasar neticesinde sadece yolculuğun ikmalini temin için ihtiyar edilen «muvakkat tamir» masrafları ancak mezkur tamirler yapılmamış olsaydı karşılaşılabilecek ve müşterek avarya olarak tazmin edilecek olan masraftan elde edilen tasarruf nisbetinde ve yapılmış olan masraflar yüzünden diğer ilgililerin — mesela, donatan muvakkat tamir nedeniyle gemiyi varma limanında çok ucuza ve çok kısa bir süre içinde tamir ettirmek suretiyle navlun bedelinden kâr sağlamış olması halinde bile — elde edebilecekleri tasarruflara hiç bakılmaksızın yapılan masraflar müşterek avaryaya dahil edilirler (1).

Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre de müşterek avarya'dan sayılan «muvakkat tamir» masraflarından yeni ve eski farkı indirilmez. Çünkü, adından da anlaşılacağı veçhile «muvakkat tamir» gemide daimî olarak kalacak bir tamir olmadığı ve başka bir deyişle, muvakkat olması itibariyle geminin değerinde bir artışa sebep olmayacağı için yeni ve eski değer farkı diye bir şey söz konusu olmaz. Muvakkat tamir maksadiyle gemiye ilave edilen her şey ilerde sökülecek ve daha sonra da daimî tâmir yapılacaktır.

9. Boşaltma Sırasında Yüke Gelen Zararlar:

«Boşaltılma sırasında yüke gelen zararlar» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1192. maddesi hükmü müşterek avarya'nın hususî hallerini düzenlemiş bulunmaktadır. Madde metnine göre, yük, yakıt ve kumanyanın yalnız elden geçirilmesi, boşaltılması, tekrar yüklenmesi, depolanması ve istif edilmesi sırasında uğrayacakları hasar ve kayıplar; ancak, bu ameliyelere ait masrafların müşterek avaryadan sayılmaları halinde, müşterek avarya olarak kabul olunur. Başka bir deyişle; yük, yakıt ve kumanyanın elden geçirilmesi, depolanması, istif edilmesi, boşaltılması ve tekrar yükletilmesi esnasında husule gelen zararlar «müşterek avarya» zararı olarak kabul edilmek la-zımdır. Meselâ, bir barınma müşterek avaryasında geminin tamiri için yük boşaltılır ve istif edilir veya bir karaya oturma müşterek avaryasında da — geminin tekrar yüzdürülmesi için — aynı âmeliyeler yapılırken meydana gelen zararlar müşterek avaryadan sayılırlar.

(1) «Bu madde mehzaz olan XIV üncü York Anvers Kaidesinin 1950 yılında almış olduğu şekle nazaran (yapılmış olan masraflar yüzünden diğer ilgililerin elde edebilecekleri tasarruflara bakılmaksızın) sözleri bu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin sonlarına eklene-rek metin tamamlanmıştır.»

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

TTK. nun 1192. maddesine göre, yük, yakıt ve kumanya'ya gelen zararların müşterek avarya sayılabilmesi için bu zararın boşaltma, tekrar yükleme, elden geçirme, istif âmeliyelerinin doğrudan doğruya neticesi olması icap eder. Başka bir deyişle, maddede sayılan âmeliyeler ile meydana gelen zarar arasında «uygun illiyet» bağı olması gerekir. Madde metni, sadece boşaltma, tekrar yükleme, depolama, elden geçirme ve istif sırasında husule gelen zararları «müşterek avarya» saymış, depoda beklemekten doğan — yangına maruz kalmak veya çürümek suretiyle — zararları «müşterek avarya» dışında bırakmıştır.

10. Düşman Veya Deniz Haydutlarına (Korsanlara) Karşı Geminin Müdafaası :

«Geminin müdafaası» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1193. maddesi hükmüne göre, geminin düşman veya deniz haydutlarına (korsanlara) karşı kendisini müdafaa etmek zaruretinde kalması halinde gemiye veya yüke yapılan hasar, bu sırada sarf olunan cep-hane masrafları «müdafaa müşterek avaryası» nı teşkil ederler. Ancak, düşman veya korsan gemisinin, gemi ve yükü aynı zamanda tehdit etmesi gerekir. Sadece gemi veya sadece yük için bir tehlike söz konusu ise, ortada «müşterek avarya» nın (TTK. m. 1179) en belirgin bir unsuru olan «müşterek tehlike» — yük ve gemiyi hedef alan — olayda yok demektir.

TTK. nun 1193. maddesinde düzenlenmiş olan müşterek avarya, genellikle geminin silâhla müdafaasından doğan zararları içine alan özel bir avarya şeklidir. Eğer gemi tecavüze uğramasına rağmen silâhla kendisini müdafaa etmez ve esasen edecek bir durumda bulunmamasına rağmen yine düşmen veya korsan gemisinin ateşine mâruz kalarak bir hasar alırsa, bu hasar bir «hususî avarya» (TTK. m. 1180) zararıdır. Keza, gemi —vâki tecavüz karşısında— kendisini müdafaa etme yerine oradan kaçma yolunu tercih etmiş ise, bu yüzden ihtiyar edilen masraflar da «müdafaa müşterek avaryası» olarak kabul edilemezler.

Maddenin ikinci cümlesi, «müdafaa müşterek avaryası» na girecek zararların hudut ve şumûlünü düzenlemiş bulunmaktadır. a) Ev-vela müdafaa sebebiyle gemi ve yüke gelen zararlar müşterek avarya'ya girer. Meydana gelen zararın bir gemiden veya kıyıda yapılan bir tecavüz sonunda husule gelmiş olması arasında hiçbir fark yoktur. b) Müdafaa sebebiyle sarf edilen cep-hâne, ateş etme cihaz ve aletlerinin, topların, makineli tüfeklerin... ilâh bozulmasından hu-

sule gelen zarar ve ziyanlarla bu nedenle ihtiyar edilen masraflar «müdafaa müşterek avaryası» na girer. c) Müdafaa sırasında gemi adamlarından ölen veya yaralananlar olursa, bunların tedavi ve cenaze masrafları da «müdafaa müşterek avaryası» na dahil edilir. Esasen TTK. nun 1013. ve 1014. maddeleri hükümleri ile diğer ilgili mevzuata göre kaptanın yaralanması, hastalanması ve ölümü halinde donatana hangi vecibelerin yüklenebileceği etraflıca düzenlenmiş bulunmaktadır. Donatan bu vecibelerin malî külfetlerini «müşterek avarya» ya sokmak hakkına sahiptir. Söz konusu ilgili mevzuat, başta Türk Ticaret Kanunu olmak üzere Deniz İş Kanunu, Borçlar Kanunu ve diğer kanunlardan ibarettir.

11. Geminin Kurtarılması :

Geminin düşman veya deniz haydutları (korsanlar) tarafından durdurulup el konulması halinde gemi ve yükün kurtarılması için onlara bir kurtuluş parası (fidye) ödenmiş veya bu maksatla herhangi bir masraf yapılmış ise, bunlar «müşterek avarya» sayılır. Bu gün için hiçbir denizde bu nevi bir korsanlığa rastlamak pek mümkün değildir. Eskiden zapt edilen düşman gemileri fidye karşılığında ancak serbest bırakılırlardı. Fidye ödeme şekli, gemi ve yük menfaatine yapılmış bir tasarruf şekli olduğu için «müşterek avarya» sayılırdı. Gemi ve yükün düşman veya korsanlardan kurtarılmasından bahsedebilmek için gemi ve yükün serbest olmaması ve zapt edilmiş bulunması icap eder. Ancak bu takdirdedir ki, ödenen fidye ve rehine olarak düşman ve korsanlar tarafından tutulan şahısların bakım masrafları ve kurtuluş akçeleri «müşterek avarya» ya girer. Düşman ve korsanlar tarafından zorla alınan para ve mallar müşterek avarya'ya girmez. Fidye nakid para şeklinde olabileceği gibi, mal şeklinde de olabilir.

12. Müşterek Avarya Masraflarını Kapatmak İçin Yolculuk Esnasında Para Tedariki :

TTK. nun 1195. maddesi hükmü «para tedariki müşterek avaryası» nı düzenlenmiş bulunmaktadır. Gemi seyir halinde iken bir «müşterek avarya» ya marûz kalır ve bu avarya masraflarını kapatmak üzere kaptan para bulmak zorunda kalır ve bu hal zarar ve masraflara sebep olmuş veya ilgililer arasında yapılacak paylaşma ayrıca masrafı icap ettirmiş ise, mezkûr zarar ve masraflar da müşterek avarya kabul olunur. Meselâ, gemi karaya oturmuştur, yüzdürülmesi lâzımdır, bu yüzdürme için gemiyi hafifletmek veya çekmek icap etmiştir, hafifletme ve çekme ücretleri için paraya ih-

tiyaç vardır. Geminin kat'i veya muvakkat tamiri için paraya ihtiyaç olabileceği gibi gemideki yüklerin dışarı çıkarılarak liman dahilindeki bir depoda — tamir sonuna kadar — depolanması zorunluğu da doğabilir, elbette bu ameliye de bir masrafı gerektirir. İşte bütün bu masraflar «müşterek avarya» masraflarındandır.

Kaptan ihtiyacı olan bu parayı borç almak, gemi, yük ve navlun karşılığında deniz ödücü (TTK. m. 1159) mukavelesi aktetmek, gemi teferruatı ile kumanya veya gemideki malları satmak yahut rehetmek... gibi muhtelif yollardan birini tercih etmek suretiyle temin eder. Gerekli paranın teminine imkan veren bu yollardan herhangi birine müracaat edilmesi halinde, kaptan, aldığı borç para için faiz, prim veya komisyon ödemek zorunda kalabileceği gibi para temini için satmak ihtiyacını duyduğu yüklerden dolayı fiat farkı ödenmesi de icap edebilir. Bütün bunlar müşterek avarya'ya girer.

Kaptan, para tedariki yollarından herhangi birini tercih ederken, hiç şüphesizki, TTK. nun 1179. maddesi hükmüne göre «makul hareket» etmek yükümlülüğü altındadır. Başka bir deyişle, kaptan, para tedariki yollarından herhangi birini tercih ederken — müşterek avarya masrafını en az bir seviyeye indirebilmek için — en iyi ve en isabetli kararı alarak, en az zararlı şekli tercih etmek zorunluğundadır.

Kaptan tarafından en iyi ve en isabetli kararın alınmamış olması hali, o muâmelenin muhatabı yönünden — kaide olarak — hâizi tesir değildir. Daha açık bir deyişle; kaptanın en isabetli tedbiri almamış olması hali, ödünç para alma (karz) akdi ile deniz ödücü sözleşmesinin veya satış akdinin muteberiyetine hâlel vermez. Meğer ki, diğer taraf kaptanın suinietle hareket ettiğini bilmiş olsun (2). Yapılan muâmelenin muhatabının, alınan tedbirin en isabetli bir tedbir olup olmadığını ve kaptanın belirli bir maksatla hareket edip etmediğini araştırması yükümlülüğü yoktur.

Kaptanın «para tedariki» için yapabileceği muâmeleler değişik şekillerde tezâhür edebilir :

a) *Kredi muâmeleleri :*

Kaptan yolculuğu bitirmek veya gemiyi muhafaza edebilmek zorunluğu altında ve bu zorunlukla ölçülü derecede olmak kayıtlı ve

(2) SCHAPS - ABRAHAM, Das Deutsch Seerecht, Berlin, e. 1.5.1959, sh. 542. (H. ARSEVEN, age. sh. 155 den naklen).

şartıyla ödünç para alabilir (TTK. m. 988). Bu şekilde ödünç (karz) olarak alınan para nedeniyle üçüncü şahıs lehine «gemi alacaklısı hakkı» (TTK. m. 1235/b. 6 doğar.

Kaptan bu krediyi temin ederken ikili bir tâhdide tabidir :

Tahditlerden biri «yolculuğu tamamlamak» diğeri de «gemiye muhafaza» etmektir. Alınan kredi bir «deniz ödöncü» (TTK. m. 1159) şeklinde tecelli etmiş ise, kaptanın, yolculuğu tamamlaması şarttır.

b) Kaptan gemi teferruâtını, kumanyayı veya yükün bir kısmını satabilir :

İcabında, — şayet şartları varsa (TTK. m. 990) — gemiyi dahi satmak hakkını hâiz olan kaptan, gemi teferruatlarını, geminin kumanyasını ve yükün bir kısmını satma hakkını haizdir. Ancak, bu kredi ve satış muamelelerinin yolculuk devam ederken ve ayrıca münhasıran «müşterek avarya» masraflarını — oturmuş gemiyi yüzdürmek veya hafifletmek... ilâh — karşılamak için yapılması da şarttır.

TTK. nun 1195. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi hükümüne göre, özellikle yolculuk sırasında satılan malların satışından doğan zarar - ziyan — meselâ, ikiyüzbin liralık malın kaptan tarafından ellibin liraya satılması gibi — lâzım olan para şayet «deniz ödöncü (TTK. m. 1159 - 1178) mukavelesi» yolu ile alınmışsa «deniz ödöncü primi» ödeneceği için bu prim de avarya olarak kabul olunur. Deniz ödöncü — hudutlu bir mes'uliyet doğurduğu için — ödünç para veren alacaklının durumu tehlike arz eder. Gemi yolda batarsa, deniz ödöncü sahibi alacağını geri alamaz. Bu nedenle kanun koyucu, «deniz ödöncü primi» nin haddini tesbit ve tayinde tarafları tamamen serbest (TTK. m. 1162) bırakmak suretiyle «deniz ödöncü» alacaklısı lehine bir nevi teminat imkânı bahsetmiş bulunmaktadır. Deniz ödöncü priminin içinde tehlikenin karşılığı yani sigorta primi de vardır. TTK. nun 1195. maddesi gerekçesinde de (3) belirtildiği veçhile, kanun koyucu, — mehâzı Alman Kanunu'na uygun olarak — ayrıca bir sigorta primi kabul etmemektedir. Aksi takdirde deniz ödöncü priminde mevcut olan bu tehlike karşılığı için ikinci bir

(3) «Birinci fıkranın ikinci cümlesinde geçen sigorta primi (sarf olunan paranın primi) olacak iken (alınan paranın sigorta primi) şeklinde yazılmıştır. Halbuki 1950 tarihli XX inci York Anvers Kaidesinin son fıkrası hükmüyle Alman Ticaret Kanununun 706 ncı maddesinin 7 inci bendi hükmünce prim sarf'edilmiş olan paranın sigortasının primidir. Bundan başka ikinci fıkranın birinci cümlesinde (müşterek avarya gereğince yapılan ödemeler) sözleri 1950 tarihli XX inci York Anvers Kaidesinin ilk cümlesi hükmünce (müşterek avarya'ya giren sarfiyat) şeklindedir. Metinde bu cihetle düzeltilmiştir.» TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, sh. 413.

prim ödenmiş olurdu. Deniz ödöncü veren şahıs isterse kendisini ayrıca sigorta ettirebilir, fakat primi bizzat öder (4).

TTK. nun 1159. maddesi metninde de belirtildiği veçhile, alınan kredi deniz ödöncüden başka bir suretle alınmış ise, bu sebeple yapılan fedakârlıklar «makul olmak» (TTK. m. 1179) kaydiyle, tamamen müşterek avarya'ya girer. Bunlar, verilen krediden doğan alacağın faizi, komisyonu, vergisi ve pul masraflarıdır. Şayet bu alacağın tediyesi sigorta edilmiş ise, sigorta primi de müşterek avarya'ya girer. Çünkü, TTK. nun 1195. maddesi hükmü, «deniz ödöncü» dışında temin edilen kredilerin sigorta primlerini de açıkça müşterek avarya'ya ithâl etmiş bulunmaktadır.

TTK. nun 1159. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, müşterek avarya masraflarını karışılmak üzere temin edilen para, müşterek avaryanın — donatan veya yük sahiplerinden biri veya birkaçı — tarafından değil de hariçten biri tarafından «avans» olarak verilmişse, % 2 komisyon ödenir. Burada bahis konusu olan faiz değil, komisyondur. Dispeçin tamamlanması ne kadar sürerse sürsün kendisine sadece % 2 komisyon ödenir. Bu fıkra hükmünün tercüme edilmesinde bir hata yapıldığı kanaatındayız. Çünkü, alınan avans borçlu masaya dahil ilgililerden herhangi biri tarafından temin olunmadığı sürece, % 2 gibi çok düşük bir komisyonla hariçten «avans para» teminine aklen ve mantıkan imkân yoktur, bu olsa olsa ancak müşterek avaryanın taraflarından olan — yük sahibi veya donatan gibi — biri olabilir ve bunların verecekleri avansa % 2 komisyon belki yeterli sayılabilir. Maddenin diğer hükümlerinden tercüme hatası açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü, müşterek avarya'ya borç verilen bir oranın sigorta primi dahi nazarı itibare alınıp ödenirken diğer taraftan % 2 komisyonla hariçten para tedariği pek aklın kabul edebileceği bir hal şekli olmasa gerek.

TTK. nun 1195. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne göre, kaptan, gemi zâbitleri ve tayfaların ücretleri ve geçim masrafları ile yolculuk sırasında tedarik edilmemiş olan yakıt ve kumanya bedelleri için ödenen paralara bir komisyon verilmez, bunlar kaide olarak donatan tarafından ödenir. Gemi adamlarının ücretleri, bakım masrafları, kumanya ve yakıt bedelleri — barınma müşterek avaryasında (TTK. m. 1190/b. 2) — müşterek avarya'ya girer. Fakat bunlar için % 2 komisyon kabul edilmemiştir. Ancak, maddenin mef-hûmu - muhâlifinden çıkan manaya göre, yakıt ve kumanyaya ko-

(4) ULRİCH - BRÜDERS - HOCHGRAEBER, Grosse Havarei, Berlin 1927, C. I, sh : 108 - 109 (HAYDAR ARSEVEN, age. sh. 159 dan naklen).

misyon ödenmemesi için bunların yolculuğun başlangıcından gemiye alınmış olmaları gerekir. Eğer bunlar yolculuğa devam edilirken ve sonradan alınmışlar ise, ancak o zaman, bunlar için de komisyon ödenmesi gerekir.

Hiç şüphesiz ki, alınan veya tedarik edilen paranın tamamı, «müşterek avarya» masrafı için kullanılmış olması şarttır. Şayet alınan paranın bir kısmı müşterek avarya için, diğer kısmı da hususî avarya için kullanılmış ise, o zaman, müşterek avarya için kullanılan nisbette masraflar müşterek avarya'ya ithal edilir. Yukarda da işaret edildiği veçhile, bu masrafların yolculuk esnasında yapılmış olması lâzımdır. Meselâ, yolculuk son bulduktan sonra «deniz ödücü» borcunu karşılamak için tedarik edilen paranın masrafı «müşterek avarya» ya girmez (5).

II — İSTİSNALARI :

1. Hususî Avarya Halleri :

«Hususî avarya»nın ne olduğunu TTK. nun 1180. maddesi ile ilgili açıklamamız esnasında belirtmiş bulunmaktayız. Bilindiği üzere «hususî avarya» zararları paylaşılabilir; yüke gelen zararı yük, gemiye isabet eden zararı da gemi çeker.

TTK. nun 1196. maddesi hükmü, müşterek avarya ile karışması ihtimali olan üç avarya şeklini — hususî avarya halleri — kenar başlığı altında düzenlemiş bulunmaktadır.

1) Yolculuk devam ederken bile olsa hususî avarya neticesinde lazım olan paranın tedarikinden doğan zarar ve masraflar «müşterek (büyük) avarya» olarak kabul edilmezler. Hususî avarya masraflarını karşılamak için para tedarik edilmiş ise, tabii olarak bu yüzden ortaya çıkan zarar ve masraflar, hususî avarya'dır. Meselâ, gemi bir hususî avarya sebebi olarak tamire muhtaç olsa, tamir bedelini tedarik etmek için — yolculuk devam ederken — yükler satılsa ve yükün satış bedeli ile varma limanındaki değeri arasında bir fark husule gelse, bu zarar elbette hususî avarya'dır ve taşıyan çeker. Gene böyle bir ihtiyaç karşısında kredi alınsa, deniz ödücü yapılsa, sigorta primi, faiz ve prim masrafları hususî avarya'ya girer.

2) TTK. nun 1196/b.2 hükmüne göre, gemi ve yükün kurtarılması için birlikte itiraz edilmemiş ve her ikisi kurtarılmış — yani müsbet sonuç alınmış olsa bile — itiraz masrafları hususî avaryadır.

(5) ULRİCH - BRÜDERS - HOCHGRAEBER, age. C. I, sh. 109 (HAYDAR ARSEVEN, age. sh. 162 den naklen).

İtiraz masrafları, geminin veya yükün âmme otoriteleri tarafından zaptı veya seferden alıkonulmasına karşı yapılan itiraz masraflarıdır. Bu itirazlar için mahkeme masrafları, vekâlet ücreti ödenmesi icap ettiği gibi gemi ve gemi adamları, yük için de bekleme sırasında bazı masraflar da ihtiyar edebilir.

İtiraz, — tek başına — sadece gemi için veya sadece yük için yapılmış ise, o zaman, gemiyi ve yükü birlikte tehdit eden bir tehlike — müşterek selâmet (TTK. m. 1179) — hali söz konusu olamayacağı için esasen müşterek avarya yoktur. Ancak, itiraz her ikisine yani gemi ve yüke muzaf olarak yapılırsa, TTK. nun 1179. maddesi hükmüne göre — itiraz nedeniyle yapılan masraflar — müşterek avarya'ya girer.

3) Gemi yüzmekte iken yelken zorlaması veya makine ve kazanların çalıştırılması (6) yüzünden gemi, yük ve navlun veya bunlardan birinin duçar olacağı kayıp ve hasarlar da «hususî avarya» sayılırlar.

TTK. nun 1186. maddesi ile ilgili açıklamamız esnasında da belirtmiş olduğumuz veçhile, yüzmekte olan bir gemi karaya oturmuş ise, böyle bir gemiyi yüzdürmek için makine ve yelken zorlanmasından doğan zararlar ise «müşterek avarya» ya girerler.

TTK. nun 1186. ve 1187. maddeleri hükümleri ile 1196/b. 3 hükmü arasındaki bu ikilik hiç şüphesiz ki, gemi sefer tecrübelerinden doğmuştur. Karaya oturmuş bir geminin yelken ve bilhassa makine zorlanması normaldir. Gemi ilk olarak kendi vasıta ve imkanlarıyla yani makinelerini normal üstü çalıştırarak karaya oturma halinden kurtulmak ister. Fakat yüzer vaziyetteki gemilerde bu hal tamamen normal dışıdır (7). Kaldı ki, — müşterek avarya şartları bakımından — yüzer vaziyetteki bir geminin yelken ve makinelerini olağan üstü zorladığını tesbit etmeğe pek imkan yoktur.

(6) Sefer halinde bulunan — yani İskenderun'dan İstanbul'a gitmekte olan — davacıya ait (Eser) adlı geminin Marmara Denizi açıklarına geldiği bir sırada poyraz fırtınasına maruz kaldığı ve batma tehlikesi endişesi altında kalan kaptanın emri ile de makineye son sür'at verildiği ve bu esnada gemi makinesinin stop ettiği ve daha sonra da (Acar) motoru yedeğinde Mudanya'ya getirildiği anlaşılmakta ise de, TTK. nun 1196/3 (olay tarihindeki Deniz Ticaret Kanununun 1248 inci maddesi) bendi hükmüne göre gerek davacı gemisinin tamiri için ve gerekse yedekte çekilmesinden dolayı (Acar) gemisine ödenen çekme ücretinin «müşterek (büyük) avarya» sayılmasına dair mahalli mahkeme kararı isabetlidir. Yarg. TD. 5/11/1948 gün ve E. 1948/1677, K. 4608.

(7) Hem motor ve hem de yelkenle müteharrik olduğu anlaşılan davacılar a ait (Nil) motorunun seyir için yelkenlerini kullanmış olması hali hiçbir zaman levkalâde bir tedbir mahiyetinde sayılamayacağından bu hareketin neticesi olarak meydana gelen zararlar da müşterek avarya olarak vasıflandırılmaz. Yarg. TD. 3/11/1959 gün, E. 1588, K. 2657.

2. Müşterek Avarya Olarak Kabul Olunamıyacak Hasarlar :

«Müşterek avarya olarak kabul olunamıyacak hasarlar» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1197. maddesi hükmüne göre müşterek avarya halinde meydana gelen bir zararın tesbitinde aşağıda açıklanan şeylerin ziya ve hasarı, nazarı itibare alınmaz.

1) Mallar mütad ticarî teâmüllere uygun şekilde taşınmamışsa, uğradıkları hasar ve kayıplar zararın tesbitinde hesaba katılmaz ve netice itibariyle müşterek avarya garamesine girmez (8). Burada ilk akla gelen şey, gemi güvertesinde açığa konan veya küpeşteye asılıp (TTK. m. 1029) kapalı ambarlara alınmayan yüklerin taşınırken uğradıkları ziya ve hasarların müşterek avarya hesabında nazarı itibare alınıp alınamıyacakları hususudur. Daha önce de değinmiş olduğumuz veçhile, gerekli şekilde ambalajlanmamış veya iyi istif edilmemiş malların da «mütad ticarî teâmüllere» uygun bir şekilde taşınmamış mal olarak kabulü gerekir. Bütün bu durumdaki mallar doğrudan doğruya hasara uğramak ihtimaliyle karşı karşıya olduklarına göre, diğer ilgililerin bu rizikoya — meydana gelen zarara — iştirak ettirilmesi yani bu türlü zararların «müşterek avarya» garamesine dahil edilmesi hali, elbette hakkaniyete uygun düşmez.

2) Taşıyanın acentesinin (TTK. m. 116 - 134) veya sair temsilcisinin haberi olmaksızın veya yükleme sırasında bile bile kasden yanlış beyanla (TTK. m. 1023 ve 1024) yükletilmiş malların duçar olduğu haser ve kayıplar da müşterek avarya olarak kabul edilmez. Ancak, bu gibi mallar kurtarıldığı takdirde müşterek avarya borcuna iştirak ettirirler.

(8) Yükün, yükletenin muvafakati hilâfına güverteye yüklenemeyeceğine dair kanun hükmü — aksine bir teâmül bulunsa dahi — yine uygulanır. Muvafakat hilâfına geminin güvertesinde taşınan yükün gemi kaptanı tarafından gemi ve yükü müşterek bir tehlikeden kurtarmak maksadiyle denize atılmış olması halinde taşıyan, atılan yükün müşterek avarya olarak kabul edilmemesi yüzünden yük-sahibinin uğradığı zararı tazmin ile mükellef tutulur.

Yarg. TD. 19/10/1957 gün ve E. 1957/2261, K. 2261.

— Güverteye yüklenen mala vâki hasar müşterek avarya'dan sayılmadığı takdirde onun ziyandan taşıyan sorumludur. Malın güverteye yüklenmesine rıza ve muvafakat edildiği hususunun isbatı zımında yemin teklifi mümkündür.

Yarg. TD. 6/6/1949 gün ve E. 1949/2799, K. 2748.

— TTK. nun 1197 ve 1249/b. I hükümlerine göre denize atılan maden direklerinin güverteye konmasının mutad ticarî teâmüllere uygun olup olmadığı ve yükleyenin muvafakati dışında güverteye yüklenmiş olup olmadığının araştırılması, neticesine göre olayda müşterek avarya bulunup bulunmadığının tesbiti iktiza ederken eksik inceleme ile karar verilmesi isabetsizdir.

Yarg. TD. 25/12/1959 gün ve E. 3152, 3370.

İkinci bendin ikinci cümlesi hükmüne göre, malların gemiye yüklendiği sırada gerçek değerlerinden daha aşağı bir değer beyan edilmek suretiyle yükletilen mallara âriz olacak zarar ve kayıplar, bildirilen değer üzerinden tazmin olunursa da — bu nevi malların kurtarılması halinde (TTK. m. 1182) — müşterek avarya borcuna gerçek değerleri üzerinden girerler.

3) Geminin kaptanına usulüne göre bildirilmemiş olan kıymetli eşya, san'at eserleri, para ve kıymetli evraka ait (TTK. m. 1128/f. 2) kayıp ve hasarlar da «müşterek avarya» olarak kabul edilmez. Çünkü, söz konusu eşya ve yüklerin gerçek mahiyetleri daha önceden kaptana aynen bildirilse, elbette o zaman, o da ona göre gerekli tedbiri alacak ve onları gerçek değerleriyle mütenasip bir şekilde muhafaza edecektir.

III — ZARAR VE TAZMINATIN TESBİTİ :

1. Gemi Hakkında :

a) Umumî Olarak :

Gemi ve teferruâtının (TTK. m. 1184) müşterek avarya ile uğramış oldukları hasar ve kayıplara karşılık olarak müşterek avarya'ya kabul edilecek miktar, başka bir deyişle, donatanın tazminat talep hakkı, tamir yapılmış veya eski parçaların yerine yenileri konulmuş ise — bir sonraki yani 1199. maddede gösterilmiş olan indirmeler mahfûz kalmak şartıyla — tamirin veya yenilemenin makul ve hakikî değerinden ibaret olacaktır. Bir sonraki madde ile ilgili açıklamamız esnasında da değineceğimiz veçhile, tamir veya yenilemenin hakikî değeri tesbit edilirken müşterek avarya olarak kabul edilen tamir tutarlarından, değiştirilen malzemenin yeni ve eski farkları geminin yaşına göre hesap edilmek suretiyle indirilir. Bu indirmelerin hangi esaslara göre ve hangi nisbetler içerisinde yapılacağı hususu TTK. nun 1199. maddesinin üçüncü fıkrası ile diğer fıkralarında tafsilâtı olarak gösterilmiş bulunmaktadır (9).

TTK. nun 1198/f. 2 hükmüne göre, şayet donatan tarafından gemi ve teferruâtının uğradıkları hasarın tamiri cihetine gidilmemiş ise, bilirkişinin takdir ettiği tamir masraflarını aşmamak kaydı ve şartıyla — kayıp ve zarar karşılığı olarak — müşterek avarya'ya makul bir amortisman nisbeti kabul edilir.

(9) «Bu maddenin birinci fıkrası maddenin mehzatı bulunan XVIII inci York Anvers Kaidesinin birinci cümlesi hükmüne uygun bir şekle konulmuştur.»
TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, sh. 413.

Maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre de geminin fiilen (TTK. m. 1413) veya hükmen (TTK. m. 818 ve 851) ziyaî halinde gemi için donatana verilecek müşterek avarya tazminatı, müşterek avaryadan olmayan hasarların tamir masraflarıyla ve şayet gemi satılmışsa geminin satış bedeli çıkarıldıktan sonra kalan miktar, geminin takdir edilen sağlam halinin değeridir.

2. Ziya ve Hasara Uğrayan Yük İçin Verilecek Tazminat :

Yükün müşterek avarya hareketi neticesinde ziya ve hasara uğraması halinde, yükle ilgili şahsın — yükleten, gönderen veya gönderilen — kayıplarına karşılık olarak müşterek avaryadan alacağı tazminat, mal sahibinin bu yüzden uğradığı zarara eşit miktarda olacaktır. Bu zarar, geminin boşaltma tarihindeki veya yolculuğun son bulunduğu tarihteki piyasa fiyatı esas tutularak takdir olunur.

Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, ziya veya hasara uğrayan malın piyasa (râyiç) fiyatı yoksa yahut bu fiyat veya bu fiyatın nasıl tatbik edileceği —özellikle malın mahiyeti yüzünden — kestirilemiyorsa fiyat bilirkişilere takdir ettirilir. Bilirkişiler takdir haklarını kullanırlarken, malın ziyaî neticesi olarak tasarruf edilen navlun bedeli, gümrük resmî (TTK. m. 1069) ve sair masraflar indirilir. Müşterek avaryadan sayılmayan ve fakat avarya'ya sebep olmuş olan hâdiseden önce veya sonra yahut hâdise sırasında hâsıl olan değer küçüklüğü ve ziyanlar dahi, tazminat hesap olunurken indirilir (10). Ancak, hasara uğrayan şeyin sahibi lehine olarak TTK. nun 1183. maddesi hükmü mahfûzdur.

Müşterek avarya hareketi ile hasara uğrayan malların satılması halinde, malların en son boşaltma günündeki veya yolculuğun son erdiği gündeki safi kıymeti ile hasarlı malların sâfi satış fiyatı arasındaki fark müşterek avarya hesabından talep edilecek zarar miktarıdır.

(10) «Bu maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin sonundaki (indirilmez) sözü (indirilir) olacaktır. Çünkü bu cümle mer'î kanunun 1254 üncü maddesinin karşılığıdır ve York Anvers Kaidelerinde bulunmayan bu hüküm tasarıya mer'î kanundan geçmiş bulunmaktadır. Mer'î kanunun bu hükmünün mehâzî ise Alman Ticaret Kanununun 713 üncü maddesidir. Yanlış tercüme neticesi mer'î kanuna hükmünün yanlış şekilde geçtiği anlaşılmaktadır. Esasen York Anvers Kaidelerince de ancak hakiki zararın hesaba katılması gerektiğine göre müşterek avaryayı ilgilendiren hakiki zararın bulunması için müşterek avarya hâdisesinden önce veya sonra meydana gelip de malın değerini düşüren bütün hâdiseler neticesindeki değer düşüklüğü ve ziyanların büyük avarya hareketinin neticesi sayılmasına imkân olmayacağı cihetle hesaptan düşülmesi tabiidir. Bundan dolayı (indirilmez) şeklinde düzeltilmiştir.»

Maddenin son fıkrası hükmüne göre, yolculuk devam ederken meydana gelen müşterek avarya'nın gerektirdiği payı bulmak maksadıyla kaptan tarafından yolculuk sırasında satılan mallar da feda edilmiş mallardan sayılırlar.

3. Navlun Kaybından Dolayı Müşterek Avarya Garamesinden Tazminat İstenebilmesi Şekli :

Navlunun (denizde yük taşıma ücreti) kaybından dolayı müşterek avaryadan tazminat istemeğe hakkı olan kimse taşıyan ve genellikle bu sıfatla donatandır. Ancak, gerek taşıyanın ve gerekse donatanın navlun kaybından dolayı müşterek avarya garamesinden tazminat isteyebilmesi için, yükün ziya ve hasarından doğan navlun kayıplarının bir müşterek avarya hareketi neticesi olması veya yükün duçar olduğu hasar ve kayıpların müşterek avarya'ya kabul edilmiş bulunması icap eder.

Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre de, tazminatın hesabında kaybedilen gayrî - sâfi navlundan, yapılan fedakârlık sebebiyle tasarruf edilmiş olan masraflar indirilir.

IV — GARAMEYE İŞTİRAK BORCU :

1. Umumî Esaslar :

«Garameye iştirak borcu» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1203. maddesi hükmüne göre, müşterek avarya olarak kabul edilen zararların tamamı, gemi, yük ve navlun arasında gemi ve yükün değerleri ve mahrum kalınan navlun miktarı ile mütenasip olarak pay edilir.

Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, müşterek avarya'ya iştirak borcu, gemi, yük ve navlunun, yolculuğun sonundaki gerçek sâfi değerlerine, önceden ithâl edilmiş olmadıkça feda olunan şeyler (TTK. m. 1184 ve 1185) için kabul olunan müşterek avarya tazminatı ilâve olunmak suretiyle tesbit olunur.

Bir yandan müşterek avarya konusu olan sefere iştirak eden gemi, yük ve navlunla ilgili şahıslar — yani donatan, yükleten, taşıyan veya gönderilen ve taşıyan — dan her birinin uğradığı zararın müşterek avaryadan giderilmesini talep hakkı, diğer yandan da müşterek zararların — dispeç masraflarıyla birlikte — tamamına bu şahıslar tarafından ayrı ayrı değil, birlikte ve ilgili buldukları kıymetler nisbetinde iştirak mükellefiyeti, yani «garameye iştirak borcu» doğmaktadır. Her ilgilinin garameye iştirak borcunun ve

müşterek avaryadan telâfisi gereken zararının neden ibaret olduğunun tesbit ve tayini için ilk önce zararın — TTK. nun 1198. ve 1203. maddeleri hükümleri dairesinde — tesbiti gerekir.

Maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre, geminin ve yükün müşterek avarya hareketi anında tamamiyle ziya'a uğramaları halinde, navluna hak kazanmak üzere ödenmelerine veya yapılmalarına hacet kalmıyacak olup da müşterek avaryadan sayılmayan gemi adamları ücretleriyle (11) (TTK. m. 1190/b. 5 ve 7) masraflar, donatanın rizikoya uğrayan yük ve yolcu navlunlarından indirilir.

Maddenin son fıkrası hükmüne göre de, büyük avarya garamesine iştirak eden şeyler — gemi, yük, navlun, deniz ödücü ve sigorta primi alacaklısı — için müşterek avarya hareketinden sonra yapılmış olan ve müşterek avaryaya kabul edilmiş olmıyan masraflar da bunların iştirak değerlerinden indirilir. Yolcuların bagajları (TTK. m. 1127 ve 1128) ile konişmentoya (TTK. m. 1097) bağlanmamış olan zati eşyaları müşterek avarya hesabına dahil edilmezler.

2. Tazminat Hakkı Olanların Rehin Hakları :

a) Umumî Olarak :

«Müşterek (büyük) avarya» dan dolayı tazminat isteme hakkı olanlar, bu taleplerini garameye iştirak borcu olanlara karşı dermeyan edebilirler. Bu suretle müşterek avaryadan tazminat alacaklarına karşı gemi için donatan, navlun için taşıyan — veya genellikle donatan — ve garameye girecek mallar için de yükü ilgili şahıslar — yani taşıtan, yükleten veya gönderilen — sorumludurlar (TTK. m. 1203/f 1). Ancak; garameye iştirak borcundan dolayı burada söz konusu olan sorumluluk hukukî mahiyeti bakımından esas itibariyle şahsî bir mes'uliyet değil, bu şahısların ilgili buldukları mal kitleleriyle mahdut aynı bir mesuliyettir (12). Daha açık olarak ifade etmek istersek, garameye iştirak borcundan dolayı donatan sadece gemi ve teferruatıyla, taşıyan — veya genellikle bu sıfatla donatan — navlunla ve yükü ilgililer de yalnız ilgili buldukları mal varlığı ile sorumlu olup bu sorumluluğa karşı müşterek avaryadan tazmi-

(11) Müşterek avaryada ne gibi zararların tazmin edileceği TTK. nun 1203 (eski kanununun 1258 inci) maddesinde belirtilmiş bulunmasına ve donatanın mahrum kalacağı navlun ve tâmir müddetince gemi adamlarına ödenecek paralar bunlar arasında gösterilmemiş olmasına nazaran kaybolan navlun tutarının müşterek avarya garamesine dahil edilmesi isabetsizdir. Yarg. TD. 11/12/1954 gün ve E. 1954/3860, K. 9646.

(12) WUSTENDÖRFER, Neuzeitliches Seehandelsrecht, Tübingen 1950, (Prof. Dr. ADİL İZVEREN, Deniz Ticaret Hukuku, Ank. 1960, sh. 219 dan naklen).

nat alacaklılarının hakları söz konusu her üç mal varlığı üzerinden aşağıda belirtilen tarzda «kanunî bir rehin hakkı» tanınmak suretiyle teminat altına alınmıştır :

1) Müşterek avaryadan tazminat alacaklıları gemi ve navlunun garameye iştirak borcu için (TTK. m. 1203/f. 1) bir gemi alacaklısı hakkını hâizdir (TTK. m. 1204/f. ve 1235/b. 5). Bu hak tazminat alacaklılarına gemi ve teferruâtı ile navlun üzerinde kanunî bir rehin hakkı bahsetmekte olup (TTK. m. 1236, 1237) bu rehin hakkı, rehin veya ipotekle temin edilmiş olsun veya olmasın diğer bütün alacaklara tekaddüm bir durumdadır (TTK. m. 1257). Diğer taraftan her tazminat alacaklısı, haiz olduğu «gemi alacaklısı hakkı» na müsteniden müşterek avaryadan olan tazminat alacağını tek başına — başka bir deyişle — müstakillen talep etmek salâhiyetini hâizdir.

2) Müşterek avaryadan tazminata hakkı olanlar, garameye girecek malların her biri üzerinde münferit iştirak iştirak payları için (TTK. m. 1203/f. 1) bir «yük alacaklısı hakkı» nı haizdirler (TTK. m. 1204/f. 1). Bu hak tazminat alacaklısı sıfatıyla, söz konusu mallar üzerinde yükü takyit eden bir «rehin hakkı» (TTK. m. 1258/f. 1) bahsetmekte olup bu rehin hakkı tazminat alacaklıları namına taşıyan — veya genellikle o sıfatla donatan — tarafından kullanılır. Söz konusu «rehin hakkı», yük alıkonulduğu veya tevdi edildiği yerde bulunduğu sürece baki olduğu gibi; teslimden sonra dahi otuz gün (TTK. m. 1077) içinde mahkemeye baş vurulmak ve mal henüz gönderilenin zilyedliğinden çıkmamış olmak şartıyla eskisi gibi aynen devam eder. Rehnin paraya çevrilmesi için borçluya yapılması gereken ihbar ve tebliğler (İcra ve İflas Kanunu m. 145) gönderilene yapılır. Gönderilen bulunmaz veya yükü teslim almaktan imtina ederse ihbar ve tebliğlerin taşıtana yapılması lâzımdır (TTK. m. 1077/f. 2 ve 1206/f. 3). Bununla beraber «yük alacaklısı hakkı» nın verdiği bütün bu salâhiyetler, garameye giren malların teslimden sonra bunların zilyedliğini hüsnüniyetle iktisap etmiş olan üçüncü şahsın zararına olarak kullanılamaz (TTK. m. 1204/f. 1). «Hüsnüniyetle iktisap» ın hâmiyesine müteâllik Medeni Kanununun 901 nci maddesinde yer alan genel kaideinin özel bir şekli olan bu hükme göre; yukarda söz konusu olan rehin hakları bu kabil iktisaplara tesir edemeyeceği gibi, üçüncü şahıstan da ayrıca bir tazminat da istenemez.

TTK nun 1204/f.2 hükmüne göre, garameye girecek olan malların gönderileni, bu malları teslim alırken bunlara bir garama payı düşmüş olduğuna vâkif ise bu pay için şahsan sorumludur. Ancak

gönderilenin bu sorumluluğu, mallar teslim edilmiş olmasaydı o malların paraya çevrilmesi halinde ödenecek garame payı nisbetinde ve malların teslim zamanındaki değeri ile sınırlıdır.

b) Gemiye Düşen Garame Payı İçin Teminat :

«Gemiye düşen garame payı için teminat» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1205. maddesi ve bu hükmün tamamlayıcısı mahiyetini taşıyan aynı kanunun 1207. maddesine göre, müşterek avarya zararı ya varma yerinde ve eğer buraya varılamazsa, yolculuğun bittiği limanda tesbit ve taksim edilir. Geminin bu yer veya limandan — başka bir deyişle dispeç limanından — hareket edip oradan ayrılabilmesi için gemiye düşen garame paylarına karşılık olarak yük ile ilgili olanlara ya nakden ödemede bulunması veya bu miktara tekabül edecek şekilde teminat göstermesi zorunludur. Bu yükümlülük kaptan tarafından donatanın bir temsilcisi (TTK. m. 986 - 1001) sıfatıyla yerine getirilir, yerine getirilmemesi halinde ise, kaptan, gemi alacaklılarına karşı şahsan sorumlu olduğu gibi (TTK. m. 972, 973/f. 1), durumu bilerek bu yolda emir veren donatan dahi keza şahsan sorumludur (TTK. m. 973/f. 2).

c) Yükü Takyit Eden Rehin Hakkının Kullanılması :

Kaptan, müşterek avarya garamesine borcu olan malların iştirak payları ödenmedikçe veya o değerinde teminat (TTK. m. 1070) elde edilmedikçe o malları ilgililere teslim edemez. Aksi halde bu mallar üzerindeki rehin hakkı baki kalmakla beraber kaptan, bu alacaklar için şahsan mes'ul olduğu gibi (TTK. m. 1206/f. 1), kaptana bu yolda emir veren veya onun tarzı hareketini benimseyen donatan da şahsan sorumludur (TTK. m. 973/f. 2), (13). Ayrıca, TTK. nun 1204/f. 2 ile ilgili açıklamamız esnasında da belirtmiş olduğumuz veçhile, müşterek avarya garamesine girecek olan malların gönderileni; malları teslim alırken bunlara bir garame payı düşmüş olduğuna şayet vâkıf ise bu pay için, mallar teslim edilmiş olmasaydı o malların paraya çevrilmesi halinde garame payı ne nisbette ödenecek idiye o nisbette malların teslim zamanındaki değerine kadar şahsan mes'uldür. Kanunumuz gösterilecek teminatın nev'ini zikretmemiş oldu-

(13) «Bu maddenin ikinci fıkrasında âtif yapılan 973 üncü maddenin 3 üncü fıkrası yoktur. Bu fıkranın mehâzi olan Alman Kanununun 512 inci maddesinin 3 üncü fıkrası hükmü bizim tasarının 973 üncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesini teşkil etmektedir. Bu bakımdan 973 üncü maddesinin yalnız ikinci fıkrasına atıf yapmak kâfi gelecektir. Bu itibarla 3 üncü fıkraya yapılan atıf silinmiştir.

1206 inci maddenin 3 üncü fıkrasında (hapis hakkı) sözleri 1077 inci maddedeki değişiklikle hemahenk olarak rehin hakkı şekline sokulmuştur.»

BTMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, sh. 414.

ğuna göre, bu hususta garanti sağlayacak her türlü — banka teminat mektubu, nakdî, şahsî ve aynî — teminatın kabul edilmesi iktiza eder.

Müşterek avaryadan garame payı alacağı olan gemi ve yük alacaklılarının hakları rehinle temin edilmiş (TTK. m. 1204) olduğu halde, bu hakların korunması için gemi ve teferruatı ile navlun üzerine İcra ve İflâs Kanununun 257 ve müteakip maddeleri hükümlerine göre ayrıca «ihtiyatî haciz» (TTK. m. 1242/b. 1) koydurulması da mümkündür.

TTK. nun 1206/f. 3 hükmüne göre, tazminata hakkı olanların müşterek avarya garamesine giren mallar üzerindeki rehin hakkı bunlar nâmına, taşıyan tarafından kullanılır. Taşıyan bu rehin hakkını kullanırken navlundan ve sarf ettiği paralardan dolayı kendisinin hâiz olduğu rehin hakkına dair TTK. nun 1077. maddesi hükmüne tabidir.

HUKUK USULÜ

SENET (Belgit)

MUSTAFA Y. AYGÜN (*)

Kapsam : Bu yazıda H.U.M.K. nun 297. maddesinin 2. cümlesi açısından senedin (1) oluşması için gerekli koşullar ve bu eksikliğin doğurduğu sonuçlar özellikle uygulama bakımından incelenecektir.

Bu yazıyı izleyecek olan ikinci yazıda ise Senet - Taşınmaz mal ilişkisi inceleme konusu olacaktır.

Senet : A. Genel Olarak Tanımı :

1 — *Sözlük Anlamı* : «1. Lügatta istinad olunan, itimat edilen demektir 2. İstilahta hukukî bir olayı tesbit veya tevsik için yazılıp borçlusunca imza veya resmî bir makamca tasdik edilmiş yazıdır ki o hadise için delil olarak ibraz olunur» (2).

2 — *Usul Yasası Açısından* : Usul Yasamızda senedin tanımı yapılmamıştır (3). Öğretide ise senet «... bir kimsenin kendi aleyhine delil teşkil etmek iradesi ile vücuda getirdiği veya getirttiği belgedir» (4).

B. İnceleme Konusu Olan Senet Türü Olarak :

İncelenen senet «Mühür ya da el ile yapılmış bir işaret» kullanılarak yapılan ve resmî niteliği olandır. İhtiyar Heyeti tarafından onandığı için «resmî» dir. Ancak buradaki resmîlikten amaç, kanıt olması yönünden resmîliktir. Geçerlik için önkoşul olan «resmîlik» bu konunun dışındadır.

Senedin Oluşma Koşulları :

A. Yükümlülük Altına Giren Kişi Yönünden :

1 — *İmza atamayan kişi* : Senetle yükümlülük altına giren kişinin H.U.M.K. 297. maddesinin 2. cümlesine göre «...İmza vazına muktedir olamayan veya yazı bilmeyen» olarak tanımladığı bir kişi

(*) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi İnceleme Yargıçısı.

(1) Prof. İ. Sungurbey M.H. Terimleri Sözlüğünde senet için dayanaç, belgit sözcüklerini karışık gösteriyor. 1966 basım sh. 35.

(2) Av. Hüseyin Özcan Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 1975 Basım.

(3) Prof. N. Bilge, M.Y.H. Dersleri, 1965 Basım, sh. 408.

Prof. İ. Postacıoğlu M.U.H. Dersleri, 1970 5. Basım, sh. 513.

(4) Prof. N.B. age sh. 408, Prof. B. Kuru H.M. Usulü 1968, Basım sh. 390 vd.

olması gerekmektedir. Kuşkusuz bu kişinin yasalar açısından senet yapmaya yetkisi de bulunmalıdır. Yetkinin saptanmasında M.K. 8, 9 vd maddeleri gözönünde bulundurulacaktır.

2 — *İmza atabilen kişi* : Anılan maddenin açıklığı nedeniyle imza bilen bir kişinin «mühür ya da el ile yapılmış işaret» kullanması durumunda, mühür ya da işaret yasanın aradığı biçimde onansa bile bu kişi tarafından yadsınması halinde, bu senedin bağlayıcılığında sözedilemez. Bu durum iyi niyet kurallarına aykırı bir görünüm taşımakla birlikte, imza bildiği belirlenen kişi için bir yükümlülük doğmamaktadır. Burada önemli olan, yükümlülük altına giren kişinin, mühür kullandığı senet tarihinden önce imza kullandığının, normal işlem yapma biçiminin imza olduğunun usulen belirlenmesidir (5).

3 — *Mühür, parmak izi* : Uygulamada en çok kullanılan mühür ile «el ile yapılan işaret» olarak parmak izidir. Borçlar Yasasındaki (m. 15) «resmî şahadetname» nin konumuzla ilgisi yoktur. Kaldı ki Borçlar Yasası'nın 15. maddesinin H.U.M.K. 297. maddesi ile — zımnen — kaldırıldığı da ileri sürülmektedir (6).

B. Onama :

Bu işlemi yapanlar ikiye ayrılır. Kişiler ve Kurullar.

Kişiler :

1. *Özel Kişi* : Yükümlülük altına giren kişinin, «el ile yapılmış işaret veya mühür» kullandığının — basıldığıının — iki özel kişice doğrulanması, onanması gerekmektedir. Yasada bu husus «mahallince maruf iki şahıs» olarak belirtilmiştir. Bu özel kişilerin onadaki işlevlerinin özelliği gözönüne alındığında, tanık olarak nitelendirilme olasılığı vardır. Ancak bunların Yargılama Yasasında düzenlenen tanıklık ile tam bir benzerliği yoktur. Yasanın «mahallince maruf» biçimdeki tanımı nedeniyle, aynı yerden olma koşulu da aranmayabilir. Aynı yerden olması gerektiğine ilişkin ve katılmadığımız görüşler de vardır (7). İki özel kişinin o yerde tanınan — ve kuşkusuz — bir olaya tanıklık edebilecek nitelikte olmaları gerekli ve yeterlidir.

2. *Resmî Nitelikli Kişi* : a) *Belediye Başkanı* : Bugün için Belediye Başkanlarının senet düzenleme ve onama yetkileri yoktur.

(5) Borçlar Hukuku N. Renda, G. Onursan, 1972 Basım, C. 1, sh. 1103, 4.

Prof. B. Kuru, age. sh. 397, Prof. İ. Postacıoğlu, age. sh. 520.

(6) Renda - Onursan age. sh. 1100 vd.

(7) Renda - Onursan age. sh. 1116.

Daha doğru bir deyişle 4541 sayılı Yasanın yürürlükten kaldırdığı 2295 sayılı Yasa ve ona bağlı olarak çıkartılan tüzük hükümlerine göre, tüzüğün yürürlüğe girdiği 23.12.1933 tarihinden yasanın ve dolayısı ile tüzüğün yürürlükten kalktığı 10.4.1944 tarihleri arasında Belediye Başkanlarının onama yetkisi olmuştur (8). Burada Belediye Başkanı yalnız aşağıda ayrıntılarına değinilecek olan «Kurulların» yerine geçmiştir. «Mahallinde maruf iki kişi» koşulu bu durumda da gereklidir.

b) *Muhtar* : 3.10.1960 tarih 120 sayılı Yasaya göre bu yasanın yürürlükte kaldığı süre içerisinde iki ve niteliği daha önce belirtilen tanığın onamasından başka — bu yasaya göre yetki verilen kişi — Köy ve Mahalle İhtiyar Meclisi ya da İhtiyar Heyetine ait olan onama yetkisini de taşıdığından «yetki verilen tek kişinin bu kurullar yerine yaptığı onama işlemi yeterli ve geçerli olmuştur. Ancak, 120 sayılı Yasanın 4. maddesinde de belirtildiği gibi Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri seçimi yapıлып göreve başladıkları tarihte 120 sayılı Yasa yürürlükten kalkmıştır (9).

Kurullar :

a) Şehir ve Kasabalarda :

4541 sayılı Yasa ile «Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetinin göreceği işler üçüncü maddenin dördüncü fıkrasının (B) bendine göre «...1086 numaralı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanuna göre...B) İmza vazına muktedir olmayan veya yazı bilmeyen şahsın kullanacağı mühürü veya el ile yapacağı işareti tasdik etmek» biçiminde çok açık olarak belirlenmiştir.

b) Köylerde :

442 sayılı Köy Yasasında, 4541 sayılı Yasada olduğu gibi açık bir anlatımla onama yetkisinin kim ya da kimler tarafından kullanılacağı belirtilmemiştir. Yalnız «köy paralarını» düzenleyen 17. maddenin 9. fıkrasında «mühürlenecek ilmuhaberlerden alınacak para» dan söz edilmektedir. Ancak, bu hükmün olayımızla doğrudan ilgisi yoktur. H.U.M.K. nun 297. maddesinde sözü edilen «heyeti ihtiyariye» ile 442 sayılı Yasadaki «İhtiyar Meclisi» nin aynı olduğunu, terim titizliği gösterilmesi halinde H.U.M.K. nun amaçsız kalacağını kabul zorunluğu vardır (10).

(8) T. C. Kanunları, C. 2, sh. 2089, Renda - Onursan, age. sh. 1109.

(9) T. C. Kanunları C. 6, sh 6339, Renda - Onursan age. sh. 1114.

(10) 442 sayılı Yasa metni yönünden T. C. Kanunları C. 2, ve T.C. Anayasası ve Köy Kanunu İsimli Nural Kütüphanesince hazırlanmış yayınlardan yararlanılmıştır.

Kurullar İçin Onamada Yeterli Sayı :

a) Şehir ve Kasaba :

4541 sayılı Yasanın ikinci maddesinde «Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyeti bir muhtar ile dört azadan teşekkül eder» biçimindedir. Bu durumda senedin onanmasında muhtarla birlikte en az iki üyenin bulunması gerekmektedir.

b) Köy :

442 sayılı Yasanın değişik 22. maddesine göre nüfusu binden yukarı olan köylerde İhtiyar Meclisi altı, binden aşağı olan köylerde ise dört üyeden oluşur. Muhtarda üyesi olduğuna göre İhtiyar Meclisleri nüfusa göre beş ya da yedi kişiden oluşmaktadır. Onamada gerekli ve yeterli sayı, 5 üyeli olanlarda muhtar ve 2 üye, 7 üye olanlarda muhtar ve 3 üyedir.

Onama Biçimi :

Onama biçimi; biçimden amaç, onamada kullanılan sözcükler ve onama eyleminin yapılışdır.

Onamada mühür ya da parmak izinin yükümlülük altına giren kişiye ait oluşunun belirtilmesi ile yetinilmesi yeterli değildir. Burada önemli olan, mühür ya da parmak izinin, yükümlülük altına giren kişi tarafından senet belgesine basıldığıнын tanıklık ve onama bölümünde açık seçik olarak belirtilmesidir. Yükümlülük altına giren kişi tarafından onayacak kişiler önünde parmak izi ya da mühürün basılması ya da basıldığını topluca veyahutta tek tek her birinin karşısında süre birliği aranmadan açıklanması gerekmektedir (11). Mühür — parmak — basan kişinin eylem ya da sözleri onama yazısında böylece belirtildikten sonra onayan kişilerce imza — parmak izi, mühür — edilir. Muhtarların yasalar gereği okuma yazma bilmeleri gerekli olduğundan onların resmî mühürlerinin dışında imzaları da gereklidir. Tanık ve üyeler için imza zorunluğu yoktur. İmzalama, onama işleminin bitiminde tarih atılması günlük yaşantının doğal bir sonucudur. Ancak uygulamada tarih açısından iki ayrı durum meydana çıkmaktadır.

a) Onandığı Günün Tarihini Taşıma : Bu durumda diğer koşulların tamlığı halinde bir sorun yoktur.

b) Onay Gününden Başka Tarih Taşıma : Eğer onamanın yapıldığı tarih ile senette görülen tarih farklı ise, özellikle yapıldığı

tarih olarak gösterilen tarihten çok sonra yapıldığı belirlenen senet, kanıt olma niteliğini yitirir (12).

Senedin Yazılma Biçimi :

Usul Yasamızda senedin biçiminin nasıl olacağı konusunda bir açıklık yoktur. Uygulamada senedin içeriğini, konusunu belirten yazı bölümünden sonra, yükümlülük altına giren kişinin mühür ya da parmak izi, ondan sonra tanıkların mühür — parmak izi — basılması olayına tanıklık etmelerine ilişkin bölüm, en sonunda da İhtiyar Meclisi ya da Heyetini yine parmak izi — mühür — basma olayının varlığını doğrulamalarına ilişkin bölüm gelmektedir. Yazımdaki bu sıranın imza ve onamada da izlendiği görülmektedir. Ancak, bu husus sıkı sıkıya uyulması gereken bir biçim koşulu değildir. Senedin yükümlülük altına giren kişiden önce tanıklar tarafından imzalanmış olması diğer koşulların tamlığı halinde tek başına geçerliği önlemez (13).

Kullanılacak Dil ve Yazı :

Senedin düzenlenmesinde kullanılacak dil ve harfler yönünden «1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkındaki Kanun» ile kullanılacak rakamlar yönünden «1288 Sayılı Beynelmilel Erkânın Kabulü Hakkındaki Kanun» un uygulanması zorunluğu yoktur. İstenen dilde istenen rakamlar kullanılarak, senedin yazı bölümü düzenlenebilir. Yukarda da belirtildiği gibi, tanıklar ve kurullar senedin içeriğini değil mühür — parmak — basma işleminin yükümlülük altına giren kişi tarafından yapılmasını doğrulamaktadırlar. Ancak, onamaya ilişkin bölümlerde Türkçe, Türk harfi ve uluslararası rakamların kullanılması anılan Devrim Yasaları gereğince zorunludur.

Yetki :

Onayan tanıkların aynı yerden olması değil, «o yerde tanınan» kişi olmasının yeterli olacağına daha önce değinilmiştir. Onama işleminde ikinci aşama olan Muhtar ve İhtiyar Heyeti — Meclisi — için kesinlikle yükümlülük altına giren kişinin oturduğu daha doğru bir deyişle «ikamet» ettiği yer Muhtar ve İhtiyar Heyeti — Meclisi — olma zorunluğu vardır (14).

(12) Renda - Onursan age. sh. 1123.

(13) Renda - Onursan age. sh. 1124.

(14) Prof. B. Kuru, age. sh. 396.

Koşulların Eksikliği ve Sonuçları :

a) *Kabul* : Koşullarının bir ya da birkaçı eksik olan senet, yükümlüsü ya da ölümü halinde paydaşları tarafından doğrulanınca yazılı belge niteliğini alır. Çünkü, Usul Yasasının öngördüğü biçim tanıtlama biçimi olup geçerlik önkoşulu değildir (15).

b) *Yadsıma* : Senetteki mühür ya da parmak izinin yükümlülük altına giren kişi tarafından yadsınması ya da onamaya ilişkin eksiklikler bulunması halinde yapılacak işlem :

1) *Uygulama ve Tanıklık* : Yadsıma halinde, Usul Yasasının imzalara ilişkin kurallarını yadsınan mühür ya da parmak izi için uygulama olanağı yoktur. «İstiktap» yoluyla da inceleme yapılamaz. Mühür ya da parmak izinin yükümlülük altına giren kişi tarafından basıldığına tanık dinleme bilirkişi incelemesi yapma biçiminde de araştırması yapılamaz, Tanık dinleme olanağı ancak biçim açısından tamam olup yadsınan senet için vardır. Yalnız, dinlenecek tanıklar, onayan tanıklar ile Muhtar ve İhtiyar Heyeti üyeleri ile sınırlıdır. Onayan kişilerin imzalarını yadsımaları halinde onlar yönünden istiktap, imza incelemesi — ve doğal olarak mühür ve parmak izi araştırması — yapılabilir (16).

2) *Ant* : Ant — Yemin —, taraflar için bir tanıtlama aracıdır. Bu nedenle senetten doğan davalarda da taraflarca dayanılma olanağı vardır. Ancak, burada sözü edilen ant taraf andıdır. İşin niteliği nedeniyle Yargıç tarafından mühür ya da parmak izini yadsıyan kişiye and yöneltilmemelidir. Konunun sınırlılığı nedeni ile andın hatırlatılması gerekip gerekmeyeceğine ilişkin, aykırılığı hala giderilememiş görüşlere değinilmemiştir (17).

Verilecek Karar :

a) *Biçim Koşullarının Tamlığı Halinde* :

Biçim koşulları tam olan bir senedin konu edildiği bir «senet iptali» davasında genel kurallar çerçevesinde inceleme yapıp iptal nedenleri (hata, hile...) tanıtıldığı takdirde senedin iptaline karar verilecektir.

b) *Biçim Koşullarının Eksikliği Halinde* :

Asıl sorun bu tip davalarda verilecek kararlarla ilgilidir. İptal istekleri belirtildiği gibi, biçim koşulları tam olan senetlere karşı

(15) Renda - Onursan age. sh. 1118.

(16) Prof. B. Kuru age. sh. 423 vd, Renda - Onursan age. sh. 1121.

(17) Renda - Onursan age. sh. 1118.

yöneltir. Ancak, iptal isteğinin aynı zamanda — senedin geçersizliğinin belirlenmesi» (Hükümsüzlüğün tesbiti) isteğini de içerdiğinin kabulü gerekir. Bu durumda, biçim koşulları eksik olan senet için verilecek karar «İptal» değil, «geçersizliğin belirlenmesi» kararı olacaktır. Ayrık bir durum, bir senedin «hile v.s.» ile düzenlendiği ileri sürülüp bu iddianın tanıtlanamaması halinde, senet usulen onanmamış olsa bile geçerli olacaktır (18).

Sonuç :

Her yasa yürürlüğe konulduğu çevre ve koşullara özgü sorunlara çözüm getirme amacındadır. Sorunları yaratan toplum ve toplum olaylarının sürekli değişmesi nedeniyle de hiçbir yasa bu amacına tam olarak ulaşamamıştır.

Usul Yasamız da yükümlülük altına girecek «...imza vazına muktedir olamayan veya yazı bilmeyen» kişinin güvence altına alınması için onama koşulunu getirmiştir. Ancak, uygulamada muhtar - üye ilişkileri, özellikle köylerin yerleşim biçimleri, gerektiğinde bir ya da birkaç günde ihtiyar meclisi üyelerinin bulunamaması, resmî mühürlerin tümünün muhtarda olması gibi aslında yasalarla yasaklanan bir durumu güncel olay olarak ortaya çıkarmaktadır. Yükümlülük altına girecek kişinin eyleminin en aşağı beş kişi — iki tanık, iki üye, bir muhtar — tarafından belirlenmesi zorunluluğu, Usul Yasasının aradığı biçimde senetlerin ortaya çıkmasını güçleştirmektedir.

Bu nedenlerle; daha basit ama gerçekçi, dolayısıyla daha az tartışma konusu olabilecek yasal bir düzenleme getirme zorunluğu bulunduğu kesinlikle inanmaktayız.



MAHKEME KARARLARINDA GEREKÇE ZORUNLUĞU VE TAKDİR

TAHSİN TÜRKÇAPAR (*)

KONU :

Bu yazıda, olanaklarımız ölçüsünde, uygulamada çok önemli bir yeri bulunduğu inandığımız, mahkeme kararlarında gerekçe zorunluluğunu, karar hakimlerinin «Takdir» yetkilerini, yüksek Yargıtayımız ve yasa koyucumuzun bu konulara bakış biçimlerini ve son olarak uygulamada ortaya çıkan «Cezaların Ertelenmesi» sorunlarını incelemek istiyoruz. Elimizdeki kaynakların kısıtlı bulunması ve ilmi yeteneğimizin gücü bir takım eksikliklerimizi, umarım, ortaya çıkaracaktır. Bu yazının amacı iddialı bir «İlmi Araştırma» olmadığından dolayı sayın meslektaşlarımızın eksiklerimizi bağışlamalarını diliyorum.

I — MAHKEME KARARLARI VE GEREKÇE ZORUNLUĞU :

A) KONUNUN ANAYASAMIZ YÖNÜNDEN DURUMU :
(Anayasa - Md. : 135/Son)

1) Hüküm ve Geçirdiği Değişiklik :

Tüm Hukuka bağlı ve saygılı toplumlarda, hukukun temel dayanağı yazılı veya yazısız Anayasa ve Yasalardır. Konu bu biçimde düşünüldüğünde, Anayasamızın konuya ilişkin olarak koyduğu kuralın kısaca belirlenmesinde ve bazı yasalarımızdaki özel kuralların açıklanmasında yarar bulunduğunu sanıyoruz.

1961 Anayasasından önce yürürlükte bulunan 1924 Anayasa (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu) sında, Mahkeme kararları ve bu kararların kapsamı konusunda herhangi bir hüküm — kural — yoktu. Mahkeme kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunluğu, bir Anayasa kuralı olarak 1961 Anayasası ile kabul edilmiştir.

Anayasa yapıcısını bu kuralı koymaya zorlayan nedenler, Anayasamızın 135. nci maddesinin son fıkrasının gerekçesinde açıklıkla belirlenmiştir. Sözünü ettiğimiz 135. nci maddenin son fıkrası şöyledir :

(*) Osmaniye Hâkimi.

Madde : 135 - Fıkra - Son :

«Bütün Mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır». Hüküm yeterince ve hiçbir yanlış anlamaya izin vermiyecek biçimde açıktır. Bu nedenle üzerinde fazla söz etmeyi gereksiz saymaktayız. Ancak, Kurucu Meclisin Anayasa çalışmaları sırasında, bu hükmün geçirdiği küçük — fakat anlamı büyük — bir değişikliğe burada kısaca değinmek istiyoruz.

Bilindiği gibi, 27 - Mayıs - 1960 hareketinden sonra, «Türk Milleti adına» idareye el koyan «Türk Silahlı kuvvetleri» ve onun temsilcisi olan «Milli Birlik Komitesi» ilk iş olarak «Yeni bir Anayasa Hazırlamak üzere» bir «İlim Komisyonu» kurmuştur. Bu İlim Komisyonu tarafından hazırlanan taslak her ne kadar Kurucu Meclisin çalışmalarına temel alınmamış ise de; Kurucu Meclis tarafından yapılan Anayasamızın birçok hükümlerinin, İlim Komisyonunun taslağından esinlendiğini de gözden uzak tutmamak gerekmektedir. Bu İlim Komisyonu tarafından düzenlenen «Anayasa Taslağı»nın 164. Md. nin son fıkrası şöyledir.

«Mahkemeler, bütün kararlarını gerekçeli olarak vermek zorundadırlar.» 1961 Anayasasına son biçimi veren «Kurucu Meclis» Anayasa Alt Komisyonunun Raporu»nda da hüküm bu biçimde kabul edilmiş, sonradan yapılan bir değişiklik sonucu bugünkü biçimini almıştır. (1)

Görüldüğü gibi ilk düzenleme ile son kesinleşen düzenleme arasında önemli bir değişiklik vardır. Değişikliğin nedeni, anlayabildiğimiz kadarı ile uygulamada görülebilecek aksaklıkları ve zorlukları gidermeye yöneliktir. Eğer hüküm ilk teklifte olduğu gibi «Mahkemeler, bütün kararlarını gerekçeli olarak vermek zorundadırlar» biçiminde kabul edilse idi, o zaman mahkemelerin karar vermekte büyük zorluklar çekmeleri kaçınılmaz olurdu.

2) Hükümün Gerekçesi :

Anayasamızın 135.nci Md.nin son fıkrasının gerekçesi şöyledir :

«Diğer taraftan bazı yargı mercilerinin kararlarının tamamen gerekçesiz ve çok zaman bir saptırdan ibaret olması şeklindeki mahzurları önlemek maksadile maddenin son fıkrası sevk edilmiştir». (2)

(1) Av. Kâzım ÖZTÜRK, İzahlı - Gerekçeli - Anabelgeli ve Maddelere göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI - Cilt : 1, Sahife : 71, Türkiye İş Bankası Yayınları.

(2) Aynı Eser : Cilt : 3 - Sahife . 3555.

Gerekçeden anladığımız kadarı ile yeni Anayasamıza bu hükmün konulmasının nedeni; a) Bazı Mahkeme kararlarının tamamen gerekçesiz olması, b) Bir kısım Mahkeme kararlarının ise gerekçelerinin yetersiz (bir satır gibi) olmasıdır.

Yapmaya çalıştığımız bu kısa açıklama, bütün Mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olmasının bir Anayasa buyruğu olduğunu, bu buyruğa — kurala — bütün Mahkemelerin uymak zorunda bulunduğunu, hiçbir tartışmaya ve yanlış anlamaya yer vermeyecek biçimde ortaya koymaktadır. Bu nedenle sorunun bu yönünü tüm Mahkemeler ve uygulayıcılar kabul etmek zorundadır. Esasen bu hükmün Anayasada yer almadığı zamanlarda dahi çıkarılmış bulunan Usul Yasalarında «Mahkeme kararlarının» gerekçeli olması zorunluğu özel kurallara bağlanmıştır. (3)

Konuyu bu biçimde ortaya koyduktan sonra, Mahkeme Kararlarında gerekçenin önemine kısaca değinmek istiyoruz.

B) MAHKEME KARARLARI VE GEREKÇENİN ÖNEMİ :

1) Karar - Mahkeme Kararı - Nedir ?

Karar, Türkçe sözlükte şöyle tanımlanmaktadır. Bir iş için düşünüp — taşınılarak uygun diye üstünde durulan çare — Temelli ve düzenli durum - Düzenlilik - Ölçülülük - Oranlama - Tahmin - Tam ölçüsünde — Ne az ne çok —. (4)

Karar sözcüğünün bu anlamları gözönünde bulundurularak, Mahkeme Kararını «Hakim veya Hakimler Kurulunun, bir uyuşmazlık konusunda, ileri sürülen karşılıklı iddia ve savunmaları fikri bir muameleden geçirdikten sonra, o olaya, Anayasa, Yasalar, örf ve adet, ilmi ve kazai kararlar ve nihayet vicdani kanısı ile uygun buldukları çare» lerdir. diye tanımlayabiliriz.

2) Gerekçenin Önemi :

Yukarıda karar sözcüğü ve Mahkeme Kararını açıklarken kısaca değindiğimiz öğeler kararın gerekçesini oluşturur. Gerekçe — Eski - esbab-ı-mucibe) — nedenleri içeren bir sözcüktür. Bu hali ile kararın gerekçesi, hakimi yada hakimler kurulunu o karara ulaştıran nedenleri göstermeye zorlar. Ayrıca verilen kararın yerinde olup olmadığını da anlamaya yardımcı olur. Daha doğru bir ifade

(3) 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu. Md. : 32 - 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Md. : 489.

(4) Türkçe Sözlük : Türk Dil Kurumu Yayınları, Sayı : 403, Sahife : 454 - 6. ncı Baskı, 1974.

ile verilen kararın kontrolü de sağlanmış olur. Gerekçenin gösterilmesi bir bakıma tarafların doyurulmasına yarar. Doyurucu olmıyan, tarafları inandırıcı olmaktan uzak bir karar, mahkemelere duyulan saygıyı ve toplumun adalete olan inan ve güvenini sarsar. Gerekçe ile hükme bağlanan sorun, canlanmış olur, hüviyeti meydana çıkar. (5)

Yukarıda değindiğimiz önemi nedeniyle Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunumuzun 32. nci maddesi sonradan değiştirilmiştir. (6) Yeniden düzenlenen 32. nci Maddeye göre :

«Bütün Hakimlik ve Mahkemelerin her türlü kararları ve muhalefet şerhleri dahil gerekçeli olarak yazılır.»

Yeni hükmün getiriliş nedeni, yasa tasarısının gerekçesinde şöyle açıklanmıştır. (7)

«Anayasanın 135. maddesinin 3. fıkrası bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılacağına âmirdir. Yürürlükte olan madde ise ancak, aleyhine kanun yollarına müracaat mümkün olan veya bir talebin reddine dair bulunan kararların sebebinin yazılacağı derpiş edilmiştir. Diğer cihetten, tatbikatta bazı mahkemelerin ve bilhassa Yargıtay'ın kararlarında bulunsa da, suretlerin muhalefet şerhi ihtiva etmedikleri görüldüğünden, dolayısıyla muhalefet şerhlerinin bilinmemesi sonucu doğmaktadır. Anayasaya aykırı olan metin ve tatbikatın düzeltilmesi zaruri görülmüştür».

Gerekçe olabildiğince açıktır. Tüm Mahkemeler ve Hâkimlik kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunluğu gerek Anayasamıza ve gerekse C.M.U.K. nunumuza, uygulamadaki bazı aksaklıkları gidermek düşüncesi ile getirilmiştir. Bu yargıya maddelerin gerekçeleri okunduğunda kesin olarak varılmaktadır. Nitekim uygulamada, gerekçe zorunluğunun açık seçik bulunmadığı tarihlerde, kararlarındaki gerekçesizlik ileri sürülerek, Yargıtay Başkan ve üyeleri hakkında «Mesuliyet nedeniyle Tazminat Davası» açıldığı dahi olmuştur (8).

Buraya kadar belirtmeye çalıştığımız hususlardan vardığımız sonuç; Gerekçenin zorunlu olduğu ve öneminin büyük olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Kuşku yoktur ki, karar bir sonuçtur.

(5) Bakınız : Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay : Usul Hukuku (Ders kitabı), Sahife : 313 - 314.

(6) C.M.U.K. muzun 1696 sayılı K. İa değişik 32. Madde gerekçesi - Millet Meclisi Tutanak Dergisi - Dönem : 3, Toplantı : 3 - 19 - 12 - 1972 günlü Hükümet Gerekçesi, Sahife : 3.

(7) Aynı tutanak dergisi.

(8) Prof. Dr. Baki Kuru : H. M. Usulü - Üçüncü baskı - 1974, Sh. : 496, Dip not no. 14.

Olayla ilgili tüm ögeler bir arada değerlendirilip bir sonuca varılmaktadır. İşte bu sonuç karardır. Ancak karara varırken dayanılan takdirlerin, daha açık bir deyişle «Kanunların Hâkimlere veya Hâkimler Kurullarına TAKDİR HAKKI tanıdığı» yerlerde, karara varılırken dayanılan bu takdirlerin de gerekçelerinin gösterilmesi zorunludur ? Şimdi bu soruna değinmek istiyoruz.

C) TAKDİR :

1) Takdir nedir ?

Bu sözcük; Değer biçme - Değer tanıma - Beğenme - Öyle sayma - anlamlarını içermektedir (9).

2) Takdir hakkı kullanılırken gerekçe göstermek zorunludur?

Bilindiği gibi yasalarımızın tümünde, hâkimlere ve mahkeme kurullarına belli konularda «TAKDİR HAKKI» - «TAKDİR YETKİSİ» tanınmıştır. Bu kural, hukukun temel kurallarındandır. Örneğin — Temel cezanın saptanması — Erteleme — 647 sayılı Kanun hükümlerinin sanık lehine uygulanması — Takdiri hafifletici nedenin sanık lehine uygulanması... gibi.

Bu gibi durumlarda, Hâkimlerin veya Hâkimler Kurullarının, kanunların kendisine verdiği bu «TAKDİR YETKİSİ» ni kullanırlarken, bunun gerekçesini göstermek zorunda bulunup bulunmadıkları konusu, bugün için güncel bir hukukî sorun olarak uygulamada ortaya çıkmış bulunmaktadır. Yüksek Yargıtayımızın bu konulardaki uygulaması son zamanlara kadar, bu TAKDİR'in MUTLAK olduğu yolunda idi. Ancak son zamanda çıkan yeni bir Tevhidi - içtihat uygulamada tereddütler yaratmaya başlamıştır (10).

Üzerinde durmayı zorunlu saydığımız bu içtihaddan sonra, tüm TAKDİR'lerin gerekçeli olması gerektiği yüksek Yargıtayımızın birçok kararlarında belirtilmeye başlanmış ve bu yüzden mahkeme kararları bozulmaya başlanmıştır.

3) Yeni Tevhid-i İctihadın Konusu :

Tüm uygulamacıların (özellikle ceza uygulamacılarının) yakından bildikleri gibi bu içtihadın konusu :

(9) Mustafa Nihat Özön : Osmanlıca - Türkçe Sözlük - 5. Baskı - 1973, Sahife : 703.

(10) Y. İ. Birleştirme B. Gnl. K. Kararı : R. Gazete - 11/7/1976 günlü nüsha, sh. : 8.

A) T.C.K. nun 59. maddesinde yazılı takdiri indirim koşulları ile aynı Kanununun 89. maddesi ve 647 sayılı Kanununun 6. maddesindeki cezanın ertelenmesini gerektiren koşulların birbirinden bağımsız, yargısal şahsileştirme müesseseleri olduğu, Ancak; mahkemece T.C.K. nun 59. maddesile indirim yapılırken, aynı Kanununun 89 ve 647 sayılı Kanununun 6. maddelerindeki unsurların tamamı esas alınmışsa, bunun ertelemeyi de gerektireceği,

B) Anayasanın 135. maddesinin son fıkrası ve C.M.U.K. nun 32. maddede yer alan bağlayıcı açık hükümler karşısında T.C.K. nun 89 ve 647 sayılı Kanununun 6. maddelerinde yazılı Erteleme isteğinin reddi halinde de mahkemenin yasal bir gerekçe göstermeye zorunlu bulunduğu» dur.

Hemen belirtelimki, Yüksek Yargıtayımızın tüm Daireleri, mahkemelerce kullanılan her türlü TAKDİR de bu kararın ışığı altında «Yasal gerekçe» aramaktadır.

Bu nedenle «Yasal gerekçe» nin ne olması gerektiğini tartışmak istiyoruz.

Yüksek Yargıtayımızın bu içtihadının gerekçe kısmında aynen şöyle denilmektedir.

«Anayasa ve gerekse yasalarda nelerin gerekçe olabileceği sınırlı bir şekilde sayılmamıştır. Bununla beraber gösterilecek gerekçenin sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde ve yasal olması aranmalıdır. Gerekçenin bu niteliği yasa koyucunun amacına uygun olduğu gibi kararı aydınlatmak, KEYFİLİĞİ ÖNLEMEK ve tarafları tatmin etme niteliği de tartışma götürmez bir gerçektir».

Görülmektedir ki, Yüksek Yargıtayımız, Hâkimler veya Hâkimler Kurulları «Takdir - Yetkilerini» kullanırlarken «Yasal Gerekçe» göstermek zorundadırlar. Demektedir.

4) Böyle Bir Zorunluk Varmıdır ?

Yüksek Yargıtayımızın yukarıda belirlediğimiz görüş ve kararı, bir uygulamacı olarak uymak zorunda bulunduğumuzu hemen belirtmeliyim. Ancak; bu görüş ve karara uymak zorunluğu başka şeydir, bu görüş ve kararı hukuksal açıdan kesin olarak benimseyip benimsememek ayrı bir şeydir. Bu nedenle bu görüş ve karara hangi nedenlerle gönülden katılmadığımızı belirtmek istiyorum.

A) Yukarıda gerek Anayasa hükmünün gerekçesinde, gerekse C.M.U.K. nun değiştirilen 32. maddenin gerekçesinde, Hâkimlerin ve mahkemelerin «TAKDİR HAKLARI» nı kullanırlarken gerekçe göstermeleri gerektiğine ilişkin en küçük bir imaya dahi rastlamaya olanak yoktur. Yani gerek Anayasa yapıcısı gerekse Kanun yapıcısı, Hâkimlerin veya Mahkemelerin «Takdir hakları» nı kullanırlarken gerekçe göstermediklerinden dolayı Anayasaya ve özel yasaya «Gerekçe zorunluğunu» koymak gereğini duymamışlardır. Hâkimlik ve Mahkeme kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunluğu, bir kısım mahkemelerin kararlarında hiç gerekçe bulunmaması, bulunsada çok kısa olması nedeniyle kararın anlaşılmasında güçlük çekilmesi nedenlerine dayanmaktadır.

B) Esasen Kanun koyucu, bir konuyu, Hâkimlerin ve Mahkemelerin takdirleri dışında bırakmak istediğinde, kanun yolu ile bunu yapmaktadır. Nitekim; Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı Kanunun 1712 sayılı Kanunla değiştirilmesi sırasında bu yola açıkça gidildiği ortadadır. Bilindiği gibi, 647 sayılı Kanun ilk yürürlüğe konulduğunda suç tarihinde 18 yaşını bitirmiyen küçüklerin dahi haklarında verilen (Kısa süreli - altı ayı geçmiyen) hürriyeti bağlayıcı cezalarının «Para cezası veya öngörülen tedbirlerden» birisine çevrilmesini Hâkimlerin ve mahkemelerin takdirine bırakmıştı. Sonradan 1712 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte (647 sayılı Kanunun 1712 sayılı Kanunla değişik 4/2. maddesi) suç tarihinde 18 yaşını bitirmemiş küçükler hakkında verilecek kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların, para cezası veya öngörülen tedbirlerden birisine çevrilmesi zorunlu hale getirilmiş, daha değişik bir söyleyişle bu konu, Hâkimlerin ve Mahkemelerin «TAKDİRLERİNİN» dışına çıkarılmıştır.

Bu konudaki Adalet Komisyonu raporunda :

«Henüz çocuk mahkemeleri kurulmamış olan memleketimizde, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların küçükler üzerinde olumsuz etkilerini dikkate alan komisyonumuz, suç tarihinde henüz 18 yaşını ikmal etmemiş küçüklerin mahkum edildikleri kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalarının, sözü geçen Kanunun 4. maddesinde yazılı ceza veya tedbirlerden birine çevrilmesini uygun görmüş ve bu hususu temin edecek bir hükmü, tasarının 4. maddesinin birinci fıkrasına ilave etmiş bulunmaktadır» (11).

Görülmektedir ki, Kanun Koyucu faydasına inandığı ve zorunlu gördüğü hallerde takdire bırakılan bir hususu, kanun yolu ile takdir

(11) M. Meclisi T. Dergisi : Dönem : 3 - Toplantı : 4 - Sh. : I - Hükümet gerekçesi.

dışı bırakmaktadır. Bu durumda bile gerekçede, konunun Hâkimlerce veya Mahkemelerce «Keyfiliğe kaçıldığına» ilişkin bir kuşkunun ileri sürüldüğünü görmemekteyiz.

C) Hâkimlerin veya Mahkemelerin Takdirlerine bırakılan bir konuda, bu takdirin lehe ya da aleyhe kullanılması sırasında, yasal gerekçe zorunluğu kabul edilir ise, o zaman kanımızca o husus takdire bırakılmış olmaktan çıkar. Örneğin Yüksek Yargıtayımız bir kararında «aşağı ve yukarı hadler arasında cezayı takdir etmek, Hâkimin itiraz kabul etmiyen hak ve selahiyetlerindedir» (12) demek suretile Hâkimin takdirine dayanan konuların tartışma konusu edilemeyeceğini göstermiştir. İtalyan Yargıtay'ı da «Kanunun gösterdiği cezanın asgari ve azamî hadleri arasında ceza tayini hususunda Hâkime verilmiş olan selahiyet, davayı gören yargıcın Yargıtay mürakabesine tabi olmıyan selâhiyetidir» demek suretile «Takdir Hakkı» nm mutlak anlamda Hâkime verilmiş bir yetki olduğunu belirlemiştir (13).

Bunlara karşılık, Yüksek Yargıtayımızın bir Dairesi, son İçtihadın ışığı altında bir kararında; «...TAKDİREN gibi SOYUT BİR DEYİMLE cezanın aşağı haddinden... fazla hükmedilmesi» ni BOZMA nedeni yapmıştır (14).

Yukarıdan beri açıklamaya çalıştığımız nedenlerden ötürü, Yüksek Yargıtayımızca «Takdir Sözcüğü» nün «Soyut bir deyim» olarak kabul edilmesini, hukuksal bir tanımlama olarak kabul edemiyoruz. Bizim kanımıza göre, «Takdir Sözcüğü» kapsamı, anlamı ve uygulamadaki yeri nedeniyle «Soyut» değil, «Yasal» ve «Hukuksal» bir sözcüktür.

Ç) Yüksek Yargıtayımızın benimsediği son görüşün gerekçesi, kendi içinde bir çelişkiyi ifade etmektedir. Nitekim bu görüşte bir yandan gösterilecek gerekçenin «Yasal» olmasından sözedilmekte, diğer yandan ise «Gerek Yasalarda, gerekse Anayasada» nelerin gerekçe olabileceğinin sayılmadığı açıklıkla ifade edilmektedir. Bu kararda gösterilecek gerekçenin :

«Sanğın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde ve yasal olmasının» gerektiği belirtilmektedir. Suçluların tanınmasında önceden bir ANKET hazırlanması yöntemi yurdumuzda kabul edilmemiştir. Anayasamızda ve yasala-

(12) Prof. Dr. Faruk Erem : Ceza Hukuku, (Ders kitabı) Sh. 184 - Dip not no : 15.

(13) Aynı Eser : Sh. : 182, Dip not, no. 11.

(14) Y. Yargıtay I.C.D. nin 18.11.1976 gün ve 1976/3422, Esas 1976/3694 karar sayılı Bozma İlämi, (Özel Kartonumuz).

rımızda «Takdir hakkının, Hâkimler ya da Hâkimler Kurulları tarafından hangi koşullar altında» kullanılacağını gösteren yazılı bir kural yoktur. Çok zaman sanıklarla ilgili olarak düzenlenen dosyalarda, sanığın doğum kaydı ve sabıka kaydından ayrı olarak kişiliği hakkında bilgi edinilebilecek bir belgeye rastlanılmamaktadır. Sabıka kayıtlarının uygulamada kaç yılda Adli Sicil Bültenlerine geçtiğini yakından biliyoruz. Bu nedenle «Gerekçe» aranması yerine «kullanılacak takdir»lerin Yargıtay'ca kontrolü yönteminin benimsenmesinden yana olduğumuzu belirtmek istiyorum.

Son olarak kısaca «Cezaların Ertelenmesi» konusuna değinmek istiyorum.

5) Cezaların Ertelenmesi : (T.C.K. Md. : 89 ve 647 S.K. nun 1712 (T.C.K. Md. : 89 ve 647 S.K. nun 1712 S.K. Değişik 6. Md. si) :

Ceza kanunlarımızın uygulanmasında T.C.K. nun 89 ve 647 sayılı Kanunun 1712 sayılı Kanunla değişik 6. maddeleri, Cezaların Ertelenmesi sorununu bir takım kurallara bağlamıştır. Konumuzun içeriği nedeniyle bu kurallara değil, son içtihadın ışığı altında «Cezaların Ertelenmemesi halinde» gösterilecek gerekçe konusuna değinmek istiyoruz.

Yüksek Yargıtayımızın son görüşlerine göre :

A) Sanık mahkemede bulunmamış, sorgusu talimatla yapılmıştır. Hâkim tarafından görülüp, kişiliği hakkında aleyhine herhangi bir bilgi edinilmediği gibi geçmiş hükümlülüğü de bulunmaması itibarile sanığın geçmişteki halinin olumlu sayılması gerekir.

Sanığın, bir daha suç işlemekten çekinmeyeceği kanısını uyarıdınan nedenler açıklamadan sadece «bir daha suç işleyemeyeceği kanaati hasıl olmadığından» söz edilerek erteleme isteğinin reddine karar verilmesi doğru değildir (15).

B) Ertelemenin gerekli olup olup olmadığının tartışılmasında, sanığın kişiliğini ve eylemini öngören bir gerekçe gösterilmelidir (16).

C) Takdiri indirim kuralı uygulanırken dayanılan gerekçenin, erteleme isteminin reddine ilişkin gerekçe ile ters düşmesi halinde cezanın ertelenmesi düşünülemez.

(15) Y. Yargıtay 2. C. D. 27.4.1976 gün ve 1976/3350, Esas 1976/3948 Karar sayılı kararı, Yargıtay Kararlar Dergisi, Şubat : 1977 - Sayı : 2, Sahife : 275.

(16) Y. Yargıtay 8. C. D. nin 22.10.1976 gün ve 1976/4462 Esas, 1976/7397 Karar sayılı kararı - Aynı Yargıtay Dergisi, Sahife : 298.

Bu konuda 7.6.1976 gün ve 1976/3 - 4 Esas 1976/3 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme kararına göre işlem yapılmalıdır (17).

Yukarıya aldığımız birkaç örnek, uygulamada Erteleme sorununun ne kadar karışık bir ortama girdiğini açıklıkla göstermektedir.

Örneklerden sonuncusu C. Gnl. Kurulumuzun bir kararıdır. Bu karar kanımızca, kararda gösterilen İçtihadı Birleştirme Kararına ters düşmektedir. Genel Kurul kararına konu olan mahkeme kararında :

1 — Sanığın samimi ikrarı, duruşmadaki hal ve tavrı, diğer durumları «Takdiri hafifletici» sebep kabul edilmiş ve sanık hakkında T.C.K. nun 59. maddesi hükümleri uygulanmıştır.

2 — Buna karşın, «sanığın geçmişteki hali ve ahlâkî temayüllere göre cezasının tecili halinde ileride bir daha suç işlemeyeceğine sebep olacağına Hâkimlikçe vicdanî kanaat gelmediğinden tecil isteminin REDDİNE» karar verilmiştir.

Ceza Genel Kurulumuzun görüşüne göre mahkemenin bu değişik takdirleri İçtihatları Birleştirme kararının sarahatine göre kanuna uygun bulunmuş, bozma ilâmına C. Başsavcılığı tarafından yöneltilen itiraz yerinde görülerek bozma ilamı ortadan kaldırılmış, ve mahalli mahkeme kararı ONANMISTIR.

Ceza Genel Kurulumuzun bu kararından anlaşılan şudur. Erteleme isteminin reddi halinde, T.C.K. nun 89 ve 647 sayılı Kanununun 1712 sayılı Kanunla değişik 6. maddesinde Cezaların ertelenmesi için, kanun tarafından saptanan kural ters çevrilerek «sanığın geçmişteki hali ve ahlâkî temayülleri itibarile cezasının ertelenmesi halinde bir daha cürüm işlemekten çekineceği yolunda mahkemeye kanaat gelmediğinden» erteleme isteminin REDDİNE karar verilmesi halinde bu gerekçe «Yasal bir gerekçe olarak kabul edilecektir.

Ceza Genel Kurulumuzun bu çoğunluk görüşüne karşı olarak ileri sürülen görüşte :

«Sanığın çoban olup dağda yaşamağa zorunlu ve ALTI ÇOCUK'lu bir ev reisi bulunuşuna, ahlâkî temayülleri de iyi gören mahkemenin T.C.K. nun 59. maddesini de uygulamasına rağmen, tecil istemini reddederken yasadaki birkaç terimi bir araya getirmesi Anayasasının 135/son ve Usulün 32. maddesinde aranan gerekçe sayılmayacağı» ileri sürülmüştür ki; azınlığın bu görüşüne aynen katıldığımızı belirtmek istiyorum.

(17) Y. Yargıtay C. Gnl. Krl. nun 7-6-1976 gün ve 1976/8 - 245 Esas, 1976/271 Karar sayılı kararı, Aynı Yargıtay Kararlar Dergisi - Sahife : 263.

Yukarıda sözüntü ettiğimiz kararlardan ilkinde gösterilen bozma nedeni ileri sürülerek C. Savcılığınca temyiz olunan bir kararın (Temyize konu olan bu kararda da sanık talimatla dinlenmiş, dosyada sabıkası da bulunmamakta idi) Yüksek Yargıtayımızın başka bir dairesi tarafından ONANDIĞINI da belirtmek istiyoruz (18).

Tüm bu açıklamalardan sonra, kanunlarımızın Hâkim veya Hâkimler Kurullarına » «Takdir Hakkı veya Takdir Yetkisi» tanıdığı yerlerde «Yasal Gereğe» :

Dosyadaki sanığın özgeçmişine ilişkin bilgi ve belgeler, sanığın savunma biçimi, suçun işlenişindeki özellikler, yargılama sırasında doğrudan doğruya edinilen bilgiler, suçun niteliği, toplumda yarattığı tepki, verilecek cezanın sanık üzerindeki gelecekteki etkileri, erteleme sınırları içerisinde kalan cezaların çektirilmesinin veya çektirilmemesinin sanık yönünden ve toplum yönünden zararları ve faydaları, sanığın lehinde ya da aleyhinde kullanılacak Takdir Hakkının hak ve nesafet kurallarına uygun bulunup bulunmadığı gibi hallerin düşünüldüğünü gösteren TAKDİR en iyi gerekçedir. Eğer dosyanın incelenmesinden, bu ögelere ters düşen bir takdir kullanıldığı sonucu çıkıyorsa, o zaman takdirde çelişki söz konusudur ve bunun da Yargıtayımızın kontrolüne gireceğini sanıyoruz. Nitekim son zamanlara kadar da uygulama bu yolda idi (19).

SONUÇ :

Özetleyecek olursak :

1 — Bütün Hâkimlik ve Mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunludur.

2 — Hâkimlik ve Mahkeme kararlarındaki, Hâkimlerin veya Hâkimler Kurullarının «Takdir Yetkileri» ni lehde ya da aleyhde kullanırlarken, ayrıca gerekçe göstermek zorunluğu yoktur. Ancak, bu «Takdir Yetkisi» nin, «Keyfilğe» yönelik biçimde kullanılıp kullanılmadığı hususu Yargıtayımızın denetim ve kontrolüne girecek, keyfilğe kaçan çelişkiler kararın bozulması sonucunu doğuracaktır.

3 — Uygulamada güncel bir sorun olan «Cezaların Ertelenmesinin reddi» konusunda da, az önce belirttiğimiz kural geçerli olmalıdır. Kanundaki terimlerin ters çevrilerek bir araya getirilmesini «Yasal gerekçe olarak kabul etmeye hukuksal açıdan olanak bulunmadığını düşünmekteyiz.

(18) Osmaniye Sulh Ceza Mahkemesinin 16.12.1976 gün ve 1976/809 Esas, 1976/1201 sayılı kararı. (Karar 6. C. D. nce ONANMIŞTIR.) Özel kartonumuz.

(19) Y. Yargıtay 3. C. D. nin 22.1.1976 gün ve 1976/294 esas, 1976/369 karar sayılı kararı. Yargıtay Kararlar Dergisi, Ekim : 1976 - Sayı : 10 - Sahife 1506.



İHTİYATİ TEDBİRLERDE GÖREV VE YETKİ

ORHAN YILMAZ (*)

I — GENEL BİLGİLER :

Nasıl ki toplumda bir iş bölümü varsa, kanun koyucu da mahkemeler arasında bir iş bölümü yapmıştır. Bu nedenle değişik yasalarda görev hakkında değişik hükümlerle bunu belirtmiştir. Esasen Anayasa'nın 136'ncı maddesine göre mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği esasını kabul etmiştir. Bundan başka Anayasa'nın 32'nci maddesinde hiç bir kimse tabii hâkimden başkasının karşısına çıkarılamayacağı da kabul edilmiştir. Görev işin nevi ve niteliğine ve miktarına göre aynı yerdeki başka başka nevideki mahkemelerden — örneğin sulh hukuk, asliye hukuk, iş, ticaret veya tapulama mahkemelerinden — hangi nevi mahkemenin o işi görmeğe izinli olduğunun tayin ve tesbitidir. Yetki ise, yer bakımından aynı nevideki mahkemelerden — Örneğin Ereğli veya karaman mahkemelerinden — hangisinin münazaalı işi görmeğe izinli olduğunun tayin ve tesbitinden ibarettir. Görev meselesini mahkemeler gözönünde tutmaları gerekirse de, yetki meselesini doğrudan doğruya göz önünde tutamazlar.

II — YETKİ :

Yetki, idari teşkilat bakımından ilçelere göre aynı nevideki mahkemelerden hangisinin münazaalı işi görmeğe izinli olduğunun tayin ve tesbitinden ibarettir. Bir yerdeki mahkemenin bütün memleketteki davaları halletmesine imkân yoktur. Bundan başka bütün vatandaşların o yerdeki mahkemeye gelerek davalarını takip etmeleri çok masraf, emek ve zaman sarfına meydan verir. İşte bu sakıncaları önlemek maksadile mahkemelerin yetkileri idari teşkilat bakımından ilçe hudutları ile tahdit edilmiştir. Politikacı ağzı ile kamu hizmeti vatandaşın ayağına götürülmüştür. Bu girişten sonra ihtiyati tedbirlerde yetki meselesini inceleyebiliriz.

1) DAVA AÇILMADAN ÖNCE İHTİYATİ TEDBİRLERDE YETKİ :

HUMK.nun 104 üncü maddesinin I'inci fıkrasında (haczi ihtiyatiden maada talep olunan ihtiyati tedbirlerin en az masrafla en ça-

(*) Konya Ereğli Avukatlarından.

buk nerede ifası mümkün ise işbu tedbirlere o mahal mahkemesi tarafından dahi karar verilebileceği) kabul edilmiştir. Bu maddeye göre ihtiyati tedbir istekleri dava niteliğinde olmamakla beraber ihtiyati tedbire karar vermek yetkisi usulün 9'uncu maddesi göz-önünde tutulduğu takdirde aleyhine ihtiyati tedbir istenenin ikâmetgâhı mahkemesidir. Maddede dahi kelimesinin kullanılmış olması görev genel yetki hükümlerinin işbu madde hükmünün dahi tatbik olunabileceği söylenebilir. (1) Bundan başka madde emredici hükmü ihtiva etmeyip verilebilir şeklinde takdiri nitelikte bir kelime kullanılmış olması da bunu teyit etmektedir. Şu hale göre İHTİYATİ TEDBİRLER HEM GENEL YETKİLİ MAHKEMEDEN, HEM DE İHTİYATİ TEDBİRİN EN AZ MASRAFLA EN ÇABUK İFASI MÜMKÜN OLAN MAHAL MAHKEMESİNDEN istenebilir.

Yüksek Yargıtay'ın görüşleri de böyledir. Şöyleki, Yargıtay İç. Bir. Kurulu 7. 6. 1935 gün ve 92/16 sayılı içtihadında (Aile birliğinin korunmasına ait tedbirlerde, genel hükümlere göre selâhiyet — yetki — aranılması, meselenin istediği çabukluk, kolaylık ve kanunun güttüğü amaca aykırı olacağından, İHTİYATİ TEDBİRLERDE OLUĞU GİBİ EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINA AİT TEDBİR TALEPLERİNDE DE SELÂHIYET BAHİS KONUSU OLAMAZ. Eşlerden herbiri, BULUNDUKLARI YERİN SULH MAHKEMESİNDEN İSTEYEBİLECEKLERİ) kabul edilmiştir. (2) Nafaka davaları bakımından bu içtihat isabetlidir. Bilindiği üzere nafaka bir insanın yaşayabilmesi için zaruri olan yiyecek, giyecek ve oturacak yer teminine ilişkin ihtiyaçları içine almaktadır. Bu nedenle eşlerden birinin bulunduğu yerde tedbir nafakası talep etmesinde kolaylık ve çabukluk sağlandığı gibi masraftan da tasarruf edilmiş olur. Bunun gibi terke dayanan boşanma davasından önce yapılması gereken ihtar karakteri itibarile evlilik birliğinin devam ve korunmasını temin eden ihtiyati tedbir niteliğindedir. İhtarın bu niteliği icabından olarak kanuni ikâmetgâhından uzak bir yerde bulunan kimse orada temin ettiği eve eşini davet için bulunduğu yer mahkemesinden ihtarname tebliğ edilmesini isteyebilir.

Şu noktaya işaret edelimki, ihtiyati tedbirlerdeki yetki meselesi uygulamada kötü kullanmalara neden olmaktadır. Şöyleki, uygulamada hükmün bu elastikiyetinden istifade edilerek ihtiyati tedbir kararı elde edilinceye kadar sırasile bir çok mahkemelere başvurulduğu görülmektedir. (3) Hâkimlik hayatımda bu durumu göz-

(1) Prof. Dr. Necip Bilge, Medeni Yargılama Hukuku, s. 284.

(2) Temyiz Kararları, 1935, s. 21.

(3) Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku, 2. baskı, s. 322.

lemiş bulunmaktayım. Bir olayda İslahiye mahkemesinden alınmayan ihtiyati tedbirin Maraş asliye hukuk mahkemesinden, yine bir olayda da Pazarcık mahkemesinden alınamayan ihtiyati tedbirin Maraş Asliye hukuk mahkemesinden alınmak istendiğini hatırlıyorum. Bu nedenle ihtiyati tedbirlerde çok dikkatli olmak gerekmektedir.

2) DAVA AÇILMASINDAN SONRA İHTİYATİ TEDBİRLERDE YETKİ :

HUMK. nun 104'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında (Dava ikamesinden sonra bilimum ihtiyati tedbirlere tahkikata memur hâkim tarafından karar verileceği) kabul edilmiştir. Bu hüküm çok isabetlidir. Çünkü, davayı gören mahkeme talep edilecek ihtiyati tedbir hakkında daha isabetli karar verebilecek durumdadır. Onun için bu hüküm kabul edilmiştir. Bize göre bu maddedeki hüküm, EMREDİCİ HÜKÜMLERDENDİR. Bu cihet verilir kelimesinin kullanılmış olmasından da anlaşılmaktadır. şu noktaya da işaret edelimki, usulün 104'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına bağlılık şarttır. Aksi hareket tarzı çelişik kararların verilmesine sebebiyet verebilir. Bu nedenle kanun koyucu 104'üncü maddede, TAHKİKATA MEMUR HÂKİM HÜKMÜ İLE MEYDANA GELECEK ÇELİşİK KARARLARIN ÖNLENMESİNİ GAYE EDİNİMİşTİR. (4) Bilindiği üzere hukuk kuralları — hükümler, maddeler — gayeleri olmayan, belli bir ihtiyaca cevap vermeyen, sırf kanun koyucunun keyfi olarak formüle ettiği bir takım ruhsuz cümlelerden ibaret değildir. Her hükmün bir gayesi, toplum yaşantısında cevap verdiği bir ihtiyaç vardır. İşte o hüküm tefsir edilirken yani uygulanmak maksadile manalandırılırken ancak ve ancak bu gaye ve ihtiyaç çerçevesi içinde manalandırılır. (5) Usulün bu maddesinin gayesi ihtiyati tedbirlerde, İSABETLİ BİR KARAR VERİLMESİNİ SAğLAMAK VE ÇELİşİK KARAR VERİLMESİNİ ÖNLEMENİNİ MAKSADİLE sevk edilmiştir. İşte bu gayeleri sağlayan BİR HÜKMÜN KAMU DÜZENİNİ SAğLAYAN EMREDİCİ HÜKÜMLERDEN olduğundan çek ve şüphe edilemez. Bu hükmün uygulanmasına daha ziyade birden fazla sulh veya asliye mahkemelerinin görev gördüğü yerlerde veya tek ve çift numalar üzerinden görev gören sulh veya asliye mahkemelerinde raslanabilir. Örneğin dava birinci sulh veya asliye mahkemesine açılmış ise ihtiyati tedbirin bu mahkemeden istenmesi gerekir. İkinci sulh veya

(4) Aynı görüş için bk. Oktay Çubukgil, HUMK. nun 104'üncü maddesinin tatbiki hakkında (A. B. Dergisi, 1960 - 2, s. 37).

(5) Muammer Aksoy, Cumhuriyet Gazetesi, 8.9.1961 gün ve 13262 sayılı nüshası.

asliye mahkemesinden ihtiyati tedbir istenemez. Bu mahkemenin hâkimi tahkikata memur olmadığı için ihtiyati tedbir kararı veremez. Bunun gibi tek ve çift numaralar üzerinden görev gören bir sulh veya asliye mahkemesinde dava, tek numara üzerinden görev gören hâkim davaya bakmakta ise tahkikata memur olduğu için o hâkimden ihtiyati tedbir istenmelidir. Çift numara üzerinden görev gören hâkim tahkikata memur olmadığı için ihtiyati tedbir istenemez. Bu mahkemenin hâkimi de tahkiakta memur olmadığı için ihtiyati tedbir kararı veremez. Konya Ereğlisinde tek ve çift numaralar üzerinden sulh mahkemesinin işlerine bakıyordum. Sulh mahkemesine bir dava açılmış ve tek numaraya düşmüş. Davayı gören hâkim ihtiyati tedbir istediğini yerinde görmeyerek red etmiş. Aynı talep bu sefer de benim baktığım çift numaraya düşürerek ihtiyati tedbir talep etmiş. Yanımda çalışan kâtip beni ikaz edince esas dava dosyası ile ihtiyati tedbir dosyasını getirttikten sonra ihtiyati tedbir isteteğini ben de red ettim. Bu konuda çelişik kararlar verilmesi, hem hâkimlerin otoritesini sarsar, hem de hâkimleri şaibe altında bırakabilir. Bu gibi mahzurları önlemek için durum elverdiği oranda duruşma yaparak ihtiyati tedbir kararı verilmesi tercihe şayandır.

Şu açıklamalarımıza göre dava açıldıktan sonra ancak ve ancak tahkikata memur olan hâkim tarafından ihtiyati tedbire karar verilir. Ancak hâkim, ihtiyati tedbirin diğer bir mahalde daha za masrafla daha çabuk ifasını kabil görürse bir karar verilmek üzere o mahal hâkimini naip tayin edebilir. Bu maddede kullanılmış olan naip hâkim terimi yanlıştır. Şundan ötürüki, naip hâkim toplu hâkimli mahkemelerde herhangi bir işin incelenmesi için üyelerden birinin görevlendirilmesidir. Halbuki burada kastedilen bu değildir. Mahkemeler arasında yardımlaşma hukuki deyimiyle istinabedir. Şu halde maddedeki naip hâkim tarimini istinabe olarak anlaşılması gerekir. (6) İstinabe edilen hâkimin ihtiyati tedbir kararı verip vermemekte takdir hakkı vardır.

Taşınmaz mallarla ilgili dava usul kanununun 13'üncü maddesi uyarınca taşınmazın bulunduğu yerde açılacağından bu taşınmazlara ilişkin ihtiyati tedbir de aynı yer mahkemesinden istenmesi doğru olur. Çünkü, taşınmazın keşfinin yapılmasında en az masrafla, en iyi bir şekilde yapılması taşınmazın bulunduğu yerde mümkündür. (7) Bununla beraber taşınmazın bulunduğu yer dışında ihtiyati tedbir talep edilmesi halinde mahkeme usulün 13'üncü maddesi ge-

(6) Aynı görüş için bk. Mehmet Çetinkaya, İhtiyati Tedbirler, AD. 1972, II, s. 781.

(7) Celal Erdoğan, Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, s. 140.

reğince ihtiyati tedbir talebini red edemez. Ancak, taşınmazın bulunduğu yer hâkimine ihtiyati tedbir isteği hakkında bir karar vermek üzere istinabe yazabilir.

III — GÖREV :

Görev, münazaalı işin nevi ve niteliğine ve miktarına göre o mahaldeki başka başka nevideki mahkemelerden hangi nevi mahkemenin o işi görmeğe izinli olduğunun tayin ve tesbitidir. Kanun koyucu, bir mahaldeki hukuki ihtilâfların bir mahkemede toplanmasını önlemek ve işlerin daha sür'atle görülmesini temin etmek maksadile mahkemeler arasında görev taksimi yapmıştır. İşte bu nedenle hukuki ihtilâflar suluh hukuk ve asliye hukuk mahkemelerinde, iş ihtilâfları iş mahkemelerinde, ticari ihtilâflar ticaret mahkemelerinde, kadastro ve tapu tahriri kanunundan doğan ihtilâflar kadastro mahkemelerinde, tapulama kanunundan doğan ihtilâflar tapulama mahkemelerinde, icra işlerinden doğan ihtilâflar icra hâkimliğinde (İcra tetkik merciinde) ve idari karar ve fiillerden doğan ihtilâflar Danıştay'da görülür. Mahkemelerin görevleri yasalarda gösterilmiştir. İhtiyati tedbirlerde, görev meselesi hakkında usul kanununda herhangi bir açıklık mevcut değildir. Bununla beraber bazı yasalarda bu konuda açıklık vardır. Bunun gibi ihtiyati tedbir niteliğinde olan delillerin tesbiti hakkında usul yasasında (m. 368 - 374 ve ihtiyati haciz hakkında icra iflâs kanununda (257 - 268) görev konusunda her hangi bir açıklık yoktur. Bilindiği üzere mahkemeler, genel mahkemeler ve özel mahkemeler olmak üzere ikiye ayrılır. İhtiyati tedbirlerde görev meselesini bu ayırımı göre incelememiz konunun aydınlanması bakımından uygun olur.

1) ÖZEL MUHALEMELERDE İHTİYATİ TEDBİR :

a) Tapulama Mahkemelerinde İhtiyati Tedbir :

Tapulama kanununun 47'nci maddesine göre tapulama mahkemeleri ANCAK GÖREVLERİNE GİREN İŞLERDE İHTİYATİ TEDBİR KARARI VEREBİLECEKLERİ kabul edilmiştir. Tapulama mahkemesi, görevine giren işlerde usul kanununun 101'inci maddesinin 1'inci bendinde söz konusu edilen aynı münazaalı taşınmaza ihtiyati tedbir koymak ve tapu siciline şerh ettirmek ve 2'nci bendinde söz konusu edilen münazaalı şeyin muhafazası için münasip ve gerekli tedbirleri almak konuları ilgilendirir. Tapulama mahkemesinin görevine giren işlerde usulün 103'üncü maddesi uyarınca gecikmesinde mühim bir zarara sebebiyet verebilecek bulunan hallerle kayıtlı olarak gerek-

li ihtiyati tedbirlere karar verebilir. Bundan başka tapulama mahkemesinden istenecek ihtiyati tedbir Usul Kanununun 104'üncü maddesinin bir istisnası olarak o mahkemenin yer bakımından da görevini sınırlayan birlikler içerisindeki taşınmaz mallarla ilgili olmak lâzım gelir. (8) Tapulama mahkemeleri bu maddeye göre görevi dışında kalan işlerde hiç bir suretle ihtiyati tedbir kararı veremezler.

b) Kadastro Mahkemelerinde İhtiyati Tedbir :

2613 sayılı kadastro ve tapu tahriri yasasınının 34'üncü maddesinde (Kadastro mahkemesi, davalara bu kanunda yazılı hükümlere ve yazılı olmayan hallerde umumi hükümlere göre bakacağı) kabul edilmiştir. Bu hükme göre kadastro mahkemeleri görevlerine giren işlerde usulün 101 - 113'üncü maddeleri gereğince ihtiyati tedbir kararı verebilirler. Yargıtay'ın görüşünde bu yöndedir. Şöyleki, Yargıtay 7. H. Dairesi 21.1.1969 gün ve 8340/318 sayısını taşıyan içtihadında (Hazine vekili dava sonuna kadar TEDBİR VAZINA KARAR VERİLMESİNİ TALEP ETMİŞ, MAHKEME TALEBİ REDDEMİŞTİR. Usul kanunu hükümlerine göre ihtiyati tedbir kararlarına karşı ancak itiraz olunabilir. İhtiyati tedbir kararları temyizen inceleme konusu yapılamaz. Temyiz isteğinin reddine) karar vermiştir. (9)

c) İş Mahkemelerinde İhtiyati Tedbir :

İş mahkemeleri kanununun 15'inci maddesinde (Bu kanunda açıklık bulunmayan hallerde HUMK. nun hükümlerinin uygulanması gerektiğine) işaret edilmiştir. Şu halde bu mahkemeler ancak görevlerine giren işlerde usulün 101 - 113'üncü maddeleri gereğince ihtiyati tedbir kararları verebilirler. Yargıtay'ın görüşleri de böyledir. Şöyleki, İc. İf. Dairesi 14.1.1971 gün ve 82/188 sayılı içtihadında (506 sayılı sosyal sigortalar yasası'nın 79 - 3'üncü fıkrasında belirtildiği gibi prim itiraz komisyonu kararı üzerine bunun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde borçlu vekili iş mahkemesinde dava açabilir. Bu dava prim borcunun takibini ve ödenmesini durdurmaz. Böyle bir dava, İc. İf. yasası'nın 72'nci maddesinde sözü edilen BİR ÇEŞİT MENFİ TESBİT DAVASIDIR. Davayı gören İŞ MAHKEMESİ MADDEDE YAZILI KOŞULLARIN TAHAKKUKU HALİNDE İCRA TAKİBİNİN DAVA SONUNA KADAR DURDURULMASI VEYA İCRA VEZNESİNDEKİ PARANIN ALACAKLIYA VERİLME-

(9) Mustafa Gürsel, En Son içtihatlarla Açıklamalı Şehir Kadastro Davaları, s. 96 - 97, No. 116.

(8) İsmet Bilgin - İlhan Kutay - Bülent Özenen, Tapulama Kanunu Şerhi, s. 377 - 80.

MESİ İÇİN İHTİYATİ TEDBİR KARARI VEREBİLİR. İş mahkemesince verilen TEDBİR KARARININ MAHKEMENİN BU HUSUSTA BİR YETKİSİ OLMADIĞINDAN BAHİSLE KALE ALINMAYARAK takibin devamına karar verilmesi yasaya aykırı) olduğuna karar vermiştir. (10) Bundan başka Yargıtay İc. İf. Dairesinin 12.6.1967 gün ve 5662/5858 sayılı ve 27.6.1968 gün ve 6960/6788 sayılı ve 14.10.1969 gün ve 9293 karar sayılı içtihatları da bu yöndedir. (II) Bu mahkemeler görevlerine girmeyen işlerde hiç bir suretle ihtiyati tedbir kararı veremezler.

d) Ticaret Mahkemelerinde İhtiyati Tedbir :

Türk Ticaret yasasının 4'üncü maddesinin son fıkrasında (Ticari davalarda dahi deliller ve bunların ikamesi H.U.M.K. nun hükümlerine tabidir) Demekle ticari davalar için özel bir yargılama usulü olmadığını açıklamıştır. Yasanın bu hükmüne göre ticaret mahkemelerinin görevine giren davalarda H.U.M.K. nun, 101 - 113 üncü maddelerine göre ihtiyati tedbir kararı verebilirler. Ticaret kanununun 63. maddesindeki açıklığa göre haksız rekabete dayanarak hukuk davası açmak hakkına haiz olan bir kimsenin dilekçe ile müracatı üzerine ticaret mahkemesi ihtiyati tedbir kararı verebilir. (12) Yargıtayın görüşünde böyledir. Şöyleki, Yargıtay ticaret dairesi 23/2/1951 gün ve 144/1803 sayısını taşıyan içtihadında (Hususi ortaklıkta şirketi idare eden ortak hesap vermeye yanaşmadığı takdirde ELİNDEKİ MÜŞTEREK MALLARIN YEDİADLE VERİLMESİNİ MEN EDEN KANUNİ BİR HÜKÜM OLMADIĞINA) karar vermiş olması bu görüşü doğrulamaktadır. (13) Bundan başka T.T.K. nun 140. maddesi gereğince şirket kurucuları, şirket henüz hükmü şahsiyeti iktisap etmeden sermaye taahhüdünü yerine getirmeyen ve sermaye olarak koyduğu taşınmazını kaçırma veya başkasına devretme imkânlarını aramaya tevessül ederse, böyle bir halde, şirket kurucuları bu maddenin son fıkrasının tanıdığı yetkiye dayanarak ihtiyati tedbir isteyebilirler. (14). Ticaret mahkemeleri ancak görevlerine giren işlerde ihtiyati tedbir kararı verebilirler. Yargıtay bir olayda görüşünü açıklamıştır. Şöyleki, İstanbul As. Mahkemesi 3. ticaret dairesi Nabolant gemisinin İHTİYATİ TEDBİR OLARAK SEFERDEN MEN EDİLMESİNE İLİŞKİN KARARI İCRACA İN-

(10) Resmî Kararlar Dergisi, 1971 - 2, s. 63 - 64.

(11) İsmail Hakkı İplikçioğlu, İş Mahkemeleri - Sendikalar - Toplu İş Sözleşmesi - Grev ve Lokavt - Sosyal Sigortalar - Bağ-Kur Kanunları, s. 658, 663 - 64, 667.

(12) İsmail Doğanay T.T.K. nun şerhi, 1974, s. 279.

(13) Hasan Karaok, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 2. baskı, s. 289, no. 14.

(14) İsmail Doğanay, T. T. Kanununu, 1974, C. 1, s. 445 - 46.

FAZ EDİLMİŞTİR. Seferden men edilen geminin günlük masraflarının fazlalığı nedeni ile uzun süre hali üzere kaldığı takdirde diğer alacaklılar arasında kendi alacaklarında tehlikeye düşeceği, halbuki deniz ticaret kanunu hükümlerine göre sorumluluğun deniz serveti ile hudutlu bulunduğundan haklarını almak için başka bir gelir olmadığından alacaklı tarafından geminin ihtiyati tedbir mahiyetinde haczi ile satılıp paraya tahvili talep edilmiş ve mahkemece BİR İHTİYATİ TEDBİR OLARAK SEFERDEN MEN EDİLMİŞ OLAN GEMİNİN SATILMASINA VE GEMİ ÜZERİNDEKİ HACİZ VE TEDBİRLERİN SATIŞTAN HASIL OLAN MEBLAĞ ÜZERİNE NAKLİNE ve kararın infazı için İstanbul icra hakimliğine gönderilmesine karar verilmiştir. Bu karar Yargıtay İc. İf. Dairesinin 22/2/1955 gün ve 889/1080 sayılı içtihadı ile (ihtiyati tedbir mahiyetini taşıyan ihtiyati haczin tatbik muamelesine şikayet ve itirazın mercii mahkeme) olduğuna karar vermiştik. (15), Ticaret mahkemeleri dahi görevlerine girmeyen işlerde ihtiyati tedbir kararı veremezler.

e) İcra Hâkimliğinde İhtiyati Tedbir :

Gerek icra ve iflâs kanununda ve gerekse H.U.M.K. nun metin ve ruhuna göre icra hâkimlikleri — icra tetkik mercii — Mahkeme niteliğinde olmadığı için kural olarak ihtiyati tedbir kararı veremezler. Şu halde ihtiyati tedbire karar vermek münhasıran mahkemelere aittir, Bununla beraber icra hâkimliklerine icra işlerine münhasır olmak üzere ihtiyati tedbir kararı verebilmek yetkisini tanımak lâzımdır. Bu konuda da yasada her hangi açıklık olmamakla beraber medeni kanunun 1. maddesi hükmü göz önünde tutularak biraz mutedil hareket etmek icap edecektir. Şöyleki, kanun hükümlerine uygun olmayarak yapılan bir ihale üzerine müşterisi adına teşkil edilen taşınmaz mal hakkında ihalenin feshinin talep edildiğini düşünerek böyle bir halde müşterinin taşınmaz malı elden çıkarması için ne yapmalı ? Böyle bir mesele karşısında insanın aklına iki hal şekli gelmektedir. Bunlardan birincisi icra hakimliklerine tedbir kararı verebilmek yetkisi tanımak. İkincisi ise kurala bağlı olarak icra hâkimliklerine ihtiyati tedbir kararı vermek yetkisi tanımamak. Sizin hukuki düşüncenize hangisinin uygun geldiğini bilmem, Ben şahsen birinci hal tarzını tasvip ediyorum. Yargıtay İc. İf. dairesi bir olayla görüşünü açıklamış bulunmaktadır. Şöyleki,

(15) Senai Olgaç - Haydar Köymen, Kazai ve İlmî İçtihatlarla, Türk İcra ve İflâs Kanunu, 2. baskı, s. 35 - 36, not : 20.

İc İf. dairesi 20/5/1974 ve 1948/1907 sayılı içtihadında hâdisede kanun hükümlerine uygun olarak yapılan ihale üzerine müşteri uhresine teşkil edilmiş olan gayrimenkulün elden çıkarılmaması maksadı ile H.U.M.K. nun HÜKÜMLERİNE KIYASEN MERCİCE İHTİYATİ TEDBİR KARARI İTTİHAZ EDİLMESİNDE KANUNİ İSABET BULUNMUŞ OLDUĞUNA) karar verilmiştir. (16). Bu içtihat görüşümüze uygundur.

2) GENEL MAHKEMELERDE İHTİYATİ TEDBİR :

Genel mahkemeler sulh hukuk mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleridir. Bu mahkemelerin görevine giren işler mutlak ve nisbi olmak üzere ikiye ayrılabilir. İşin nevi ve niteliğine göre tayin edilmiş olan işler mutlaka göreve giren işleridir. Dava konusunun değer ve miktarına göre tayin edilen işler ise nisbi göreve giren işlerdir. H.U.M.K. nun 8. maddesinin 1. bendine göre iflâs davaları ile vakfa ilişkin işler hariç olmak üzere mamelek hukukundan doğan, değer veya miktarı 5.000 TL. sınırı aşan davalar asliye hukuk Mahkemelerinin görevine girer. Usul kanununda ihtiyati tedbirlerde görev meselesi hakkında her hangi bir hüküm mevcut değildir. Uygulamada ve doktrinde, kanunda ihtiyati tedbirlerde görev konusunda herhangi bir hüküm mevcut olmaması nedeni ile iki görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden birisi, ihtiyati tedbirlerde görevin söz konusu olamayacağı görüşüdür. (17). Diğerisi ise ihtiyati tedbirlerde görev konusunda genel kuralın uygulanması gerektiği görüşüdür. (18). Biz ikinci görüşün usule uygun olduğu görüşündeyiz. Esasen 1963 yılında yayınlamış olduğumuz ihtiyati tedbirler adlı eserimizde bu görüşü savunmuştuk. Her mahkeme, ancak kendi görevi içinde kalan işlerde ihtiyati tedbir kararı verebilir. Şundan ötürü ki, ihtiyati tedbir kararı verilmesinden sonra esas hakkında dava açılacağına göre ihtiyati tedbirinde bu mahkemeden istenmesi mantıklı olur. Daha açık bir deyimle DAVANIN AÇILACAĞI MAHKEMENİN İHTİYATİ TEDBİRE KARAR VERMESİ GEREKİR (19). Ancak uygulamada Asliye ve sulh mahkemelerinin görevlerine giren konularla ilgili ihtiyati tedbirler görev ayırımı yapılmaksızın bu mahkemelerin her birinden verilmektedir. Bizce bu uygulama usule

(16) Senai Olgaç, Tadbikatta İcra ve İflâs Kanunu, s. 318.

(17) Aynı görüş için bk. Prof. Mustafa Reşit Belgesay, H.U.M.K. nun Şerhi, üçüncü baskı, s. 155, Nafiz Ruhi Özüarı, İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz, AD. 1956, 3. s. 371.

(18) Prof. Dr. Baki Kuru, H. M. Usulü, 2. baskı, s. 570, Prof. İsmail Hakkı Karafahih, H. M. Usulü, 269, Celal Erdoğan, Açıklamalı ve İctihatlı, H.U.M.K. nun s. 140.

(19) Aynı görüş için bk. Salih Ertem, İcra ve İflâs Kanunundan Önemli Bahisler, s. 79 - 80.

aykırıdır. Çünkü, asliye mahkemesinin görevine giren bir işte sulh mahkemesi, sulh mahkemesinin görevine giren işte asliye mahkemesi, Ticaret veya iş veya kadastro veya tapulama veya Danıştay'ın görevine giren bir işte hukuk mahkemeleri ihtiyati tedbir kararı veremezler.

Uygulamada yargıtayın görüşleride bu yöndedir. Şöyleki, yargıtay 4. H. dairesinin 18/1/1968 gün ve 11400/688 sayısını taşıyan içtihadında (İdari dava konusu çekişmeler için ADLİ KAZADA TEDBİR KARARI VERİLMESİ YERSİZ OLDUĞUNDAN E.G.O. nun bitmiş binaya elektrik bağlamaması idari bir işleme dayandığından BUNUN HALLİ İLE ELEKTRİK BAĞLANMASINA KARAR VERİLMESİNİN YOLSUZ OLDUĞUNA) karar vermiştir. (20). Bundan başka uyuşmazlık mahkemesinin 2/12/1954 gün ve 95/108 sayılı içtihadında (yıkma kararınının 406 sayılı kanun ile ebniye kanunu hükümlerine müsteniden selâhiyettar mercice ittihas edilmiş olmasına ve iş bu idari karar iptal edilmedikçe TEDBİR CÜMLESİNDEN DAHİ OLSA TEHİRİNE ADALET MAHKEMESİ VAZİFELİ BULUNMAMIŞ OLDUĞUNDAN FATİH SULH HUKUK MAHKEMESİNİN VAZİFE KARARININ KALDIRILMASINA karar vermiştir. (21). Yargıtayın bu kararlarına göre adliye mahkemeleri idari işler ile idari kazayı ilgilendiren işlerde ihtiyati tedbir kararı veremezler. Arz etmiş olduğumuz kararlar usul kanununa ve görüşlerimize de uygundur.

Medeni kanununun 132. maddesinde belirtilen ihtar, karakteri itibariyle evlilik birliğinin devam ve korunmasını temine yarayan bir ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu madde de ihtarın hangi mahkemeden isteneceği hakkında herhangi bir açıklık mevcut değildir. Başka bir deyişle ihtar karar vermek, asliye hukuk, yada sulh hukuk mahkemesinden hangisinin görevine dahildir? Mahkemeler uygulamasında asıl davaya bakmak hangi mahkemenin görevi içinde ise dava açılmadan önce istenecek tedbirinde o mahkemenin görevi içinde olduğu benimsenmiştir. Bu görüşe göre boşanma davasını görmek Asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde olduğundan ihta-

(20) Celal Erdoğan, A.G.E., s. 143.

(21) AD. 1955, 3, s. 294.

rı yapmakta bu mahkemeye ait olması gerekir. Mahkemelerin uygulamasıda bu yöndedir (22).

Biz 1963 yılında yayınlamış bulunduğumuz ihtiyati tedbirler adındaki eserimizde ihtiyati tedbirlerde görevin davanın açılacağı mahkeme olduğunu ve bu mahkemenin ihtiyati tedbire karar vermesi gerektiğini ileri sürmüştüm. (23), Yargıtay hukuk genel kurulu son zamanlarda vermiş olduğu 21/9/1966 gün ve 2/852 esas ve 241 karar sayısını taşıyan içtihatında görev meselesini benimsemiş görünmektedir. Şöyleki, sözü geçen içtihat (....medeni kanununun 633. maddesine göre, tapu kayıt sahipleri, kayıtların ilişkin bulunduğu gayrimenkullerin kural olarak sahip ve malikleridir. Bu kayıtlar iptal edilmedikçe gayrimenkullerin başkalarına ait olduğu kabul edilemez. Bu bakımdan TEREKEYE EL KONDUĞU ZAMAN ÖLÜ ADINA KAYITLI OLMAYAN GAYRIMENKULLER TEREKE MEYANINA DAHİL EDİLEREK MÜLKİYET HAKLARINI KAYITLAYICI TEDBİR KARARI VERİLMESİ DOĞRU DEĞİLDİR. Veraset senedinin iptali, tapu kayıt ve intikallerinin yolsuz bulunduğu ancak yetkili — görevli olacak — mahkemelerde ileri sürülebilir. Durum mahkemelerce incelenerek hükme bağlanır. DAVADAN ÖNCE VEYA DAVA SIRASINDA HER TÜRLÜ TEDBİRİ ALMAK BU MAHKEMELERİN GÖREV VE YETKİSİ DAHİLİNDEDİR. HER İKİ MERCİİNDE YETKİLİ OLDUĞUNU DÜŞÜNMEK DEĞİŞİK VE ÇELİŞİK KARARLARA YER VERMEK OLURKİ HATALI BİR GÖRÜŞ OLACAĞI AÇIKTIR. O HALDE KENDİSİNİNDE MİRASCI VEYA ÖN MİRASCI OLDUĞUNU İDDİA EDEN KİMSELER VERASET SENEDİNİ İPTAL VE İSTİHKAK DAVALARINI AÇARAK İNTİKAL MUAMELELERİNİNDE İPTAL VEYA KAYITLARI DÜZELTİRMELERİ LÂZIMDIR. HER TÜRLÜ TEDBİRİNDE BU MAHKEMEDEN İSTENMESİ GEREKECEĞİNE) karar vermiştir. (24). Yargıtayın bu içtihadı çok isabetli olup görüşlerimize de uygundur. Şundan ötürüki, Asliye mahkemesinin yanında görev gözetilmeksizin sulh mahkemesine ihtiyati tedbire karar vermek yetkisinin tanınması bir takım sakıncalar doğurur. Sulh mahkemesinde istenen ihtiyati tedbir isteği reddedildiği halde asliye mahkemesinde aynı konu hakkında istenen ihtiyati tedbire bu mahkeme karar verirse karar-

(22) Geniş bilgi için bk. Lütfi Fikri Soner, Terk Nedeni İle Boşanma Davası ve Bunda Kesin Hüküm Sorunu (AD. 1969/5, s. 283 - 297).

(23) Orhan Yılmaz, İhtiyati Tedbirler, 1963/s.

(24) İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1967/74, s. 5144 - 47.

lar birbirine çelişik olur. Bu hal hem hakimlerin otoritesini sarsar ve hem de hâkimler şaibe altında kalabilir. Bu nedenle ihtiyati tedbirlerde de görev meselesine titizlikle riayet etmek gerekir. Bundan başka görüşümüzü teyit ve takviye eden adalet bakanlığının birde mütalâası vardır. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 6/3/1942 gün ve 1883 sayılı tamiminde (...ihtiyati haciz, ihtiyati tedbirin bir nevi olup İHTİYATİ TEDBİRE KARAR VERMEK PİRENSİP OLARAK VAZİFELİ MAHKEMEYE AİT OLDUĞUNA) işaret edilmiştir.. (25). İhtiyati tedbirlerde de mahkemelerin vazife meselesine titizlikle uyulması gerektiğini belirtmekte fayda görürüz.

(25) Adalet Bakanlığından Tamim ve Tebliğ Edilen Hukukî ve Cezaî Mütalâalar, 1942 - 1949, Adalet Bakanlığı yayını, s. 8.

ANI

BİR HÂKİMİN ARDINDAN

ŞAHAP KİTAPÇI (*)

Yargıtay'ın değerli hâkimlerinden İcra ve İflâs Dairesi eski başkanı Eyüp Sabri Erman'ın aramızdan ayrılması sebebiyle hatırasını anarken o'nun en belirgin özelliği olan hâkimliğinden bahsetmek yerinde olur. Yazımızın başlığında bu nedenle kaleme aldık.

Erman mesleğe girdiği günden emekli olduğu tarihe kadar tam bir hâkim olarak kalmaya büyük bir özen göstermiştir. Azımsanmayacak bir süre beraber çalışmış bir kimse olarak bu yönüne çok yakından tanık olmuş bulunulmaktadır. Yayınladığı makale ve kitapları ile bilgi ve tecrübesini sadece kendine saklayan bir aydın olarak kalmak istememiş herkesin faydalanmasına dikkat etmiştir. Öldüğü güne kadar bitmeyen bir istekle hazırlayıp yayınladığı yazıları kendisinin daima hatırlanmasına vesile olacaktır. Yargıtay'daki çalışmalarını sırasında kanun maddelerini tekrar tekrar okuyarak yargısal ve ilmi içtihatlarla ve memleket gerçeklerine en uygun kararların çıkmasına büyük çaba gösterdiğini kendisiyle arkadaşlık yapan bütün meslektaşları yakından bilmektedirler. Kırk seneyi aşan meslek hayatının son günlerinde bile nasıl bir zevk ve heyecanla çalıştığını biliyoruz. Daire kararlarının hazırlanmasında gramer kaidelerinden muhtevasına kadar büyük bir titizlikle ve bitmeyen bir enerji ile geç saatlere kadar çalışmaktan hususi bir zevk duyduğunu her vesile ile tekrarlamıştır.

Erman'ın uzun süren meslek hayatının özelliği ve etkisi ile çekişen bir yaşantısı varsa da kendisiyle arkadaşlık yaptıkça dostluğuna güvenilir, mütevazı bir kişiliği olduğu görülür. O az konuşan fakat çok okuyup yazan bir insandı. Bu bakımdan yanlış anlaşılmasın tarafımı bu vesile ile açıklamayı kendim için ödev sayıyorum.

Erman'ın Yargıtay İcra ve İflas Dairesi başkanlığı zamanında çıkan kararlarla takip hukukuna yaptığı katkı daima hatırlanacaktır. Hakkın alınmasının son kademesi olan takip safhasında o'nun İcra ve İflas Kanunundaki son değişiklikler nedeniyle yerleşmesine

(*) Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi.

çalıştığı içtihatlarla sağladığı istikrar sebebiyle yaptığı hizmet küçümsenmeyecek değerdedir.

Çok uzun ve yorucu geçen mesleğinden kendi isteğiyle emekliye ayrıldıktan sonraki çalışmaları ile de hukuk hayatımıza hizmet etmekten kendini alamamış olan eski başkanımız anıları aramızdan ayrılan birçok meslekdaşımız gibi daima hatırlanacaktır.

Gecikmiş bu kırık dökük satırlarla merhumun hatırasını anarken kendisine tanrıdan rahmet ve geride bıraktıklarına sabır dilemekten başka elimizden birşey gelmiyor.

KİTAP TANITMA

TAPULAMA KANUNU ŞERHİ (*)

ALİ RIZA ÖNDER (**)

Geçen yıl içerisinde özel hukukla ilgili olmak üzere yayımlanan dikkate değer yapıtlardan birisi, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi Başkanı sayın Nusret Ozanalp'in kaleme aldığı «*Tapulama Kanunu Şerhi*» adlı kitaptır. İlk basımı 1971'de yapılan kitap daha da geliştirilmiş ve büyük ölçüde genişletilmiştir. Bu konuda yepyeni bilgileri kapsamayı yanında Yargıtay'ın örnek kararlarına, eskisine göre daha çok yer verilmiştir. Bundan başka, uygulanması çok yeni sayılabilecek olan «*Toprak ve Tarım*» Yasasının uyuşmazlıklarla ilgili maddeleri de çeşitli yönlerden açıklığa kavuşturulmuştur.

52 sayfa tutan «*İçindekiler*» bölümünden sonra yazarın kaleminden çıkan «*Sunuş*» yazısında, kitaptaki bölümlerin dizgeli (sistemik) oluşumu üzerine bilgi verilmiş, Yargıtay kararlarından nasıl yararlanılacağı belirtilmiştir. Ondan sonra gelen «*Giriş*» yazısında ise taşınır ve taşınmaz malların özelliklerinden söz edilerek ülkemizde 1847 yılında temeli atılan tapu kuruluşunun Cumhuriyet dönemine dek yetersiz kaldığına değinilmiş, Yurttaşlar Yasası'nın (Medeni Kanununun) getirdiği çağdaş tapu sisteminin uygulanabilmesi için bütün yurt topraklarının kadastrodan geçirilmesi gerektiği belirtilmiştir. İşe yarar ülke topraklarının yüzde altmışının tapuda kayıtlı olmadığı gerçeğine dokunulduktan sonra kadastro uygulamasının devlet için kaçınılmaz bir görev olduğu ortaya konmuştur.

Kitap oldukça büyük oylumludur. Bu nedenle tamamı üzerinde doyurucu ve yeterli bir eleştiri yazısı oluşturmak benim için göze alınması güç bir iştir. Burada, özetin özeti niteliğinde bir tanıtma ödevini yerine getireceğim.

Yasanın yapısına koşut bir biçimde on bölümden oluşan yapının içeriğine girmeksizin, başlarda yer alan dört kesim üzerinde kısaca durmakta yarar gördüm.

İlk kesimde, Toprak hukukunun ülkemizdeki tarihsel gelişimi ele alınmıştır. Burada, Osmanlı devletinin Ondokuzuncu Yüzyıl'ın

(*) LIV + 1072 Sh., ciltli 300 TL., 1977, Ankara, Ünal Matbaası.

(**) Yargıtay Üyesi.

ortalarına kadar süren tutumu, has, zeamet ve tımar kurumlarıyla dirlik sahipleri hatırlatıldıktan sonra, arazi rejiminin, mirî arazi ve mülk arazi olmak üzere başlıca iki bölümlü bir dizgeye dayandığı belirtilmiştir. 1858 yılında çıkarılan «*Arazi Kanunnamesi*» nin yürürlüğe girişine değin süren eski Osmanlı hukukunda, mirî arazi, mülkiyet hakkı devlete ait olan, ancak para karşılığında yararlanma hakkı kişilere bırakılan yerlerden oluşuyordu. Bu kişilere «*dirlik sahibi*» denirdi. Dirlik sahipleri yaptıkları sözleşmelerle kullanma (tasarruf) haklarını başkalarına bırakırlardı. Tanzimat'ta bu usul kaldırıldı ve bu tür sözleşmeler, mültezimler ve muhassıllar eliyle yapılmaya başlandı. Tapu kuruluşunun gerçekleşmesi üzerine bu yönetime de son verilmiştir. Mülk arazi ise, özel mülkiyete konu olan, yani gerçek kişilerin mülkiyetinde bulunan yerlerdi. Bu alanda uygulanan kurallar bütünüyle şer'î (dinsel) esasa dayanıyordu.

Arazi Kanunnamesi, batı hukuk tekniğinden yararlanmak amacıyla yönelik olmakla birlikte örfî (geleneksel) kaynağa dayanması bakımından ulusal karakter taşır. Öte yandan İslâm Hukuku felsefesinin etkisi de süregelmiştir. Arazi Kanunnamesi, araziye, memlûk (mülk), mirî (emiriye), vakıf (mevkufe), metrûk (bırakılmış) ve mevat (ölü) olmak üzere beş bölüme ayırmıştır.

Yazar, bu bölümler hakkında öz, fakat doyurucu bilgiler vermiş, vakıf arazinin türleri konusunda yeterli açıklamalarda bulunmuştur.

İkinci kesimde, tapu kuruluşunun ülkemizde nasıl gerçekleştiği anlatılmış, şer'î mahkeme hüccetleri ile temessük senetleri döneminden tapu sicili kavramına nasıl geçildiği açıklanmıştır. Burada, ilk genel arazi yazımına Kanunî döneminde vergi düşüncesiyle başlandığı ve yüz yılda bitirildiği, bu yazım sonunda 2320 defter meydana getirildiği, «*Kuyud-u Hakanî*» adını alan «*Defter-i Âmire Kalemi*» ne teslim edildiği, bildirilmiştir.

Arazi Kanunnamesinden bir yıl sonra 1859'da çıkan «*Tapu Nizamnamesi*», daha genel anlamda düzenleyici kurallar getirmiştir. Buna dayanılarak yapılan arazi yazımı ise, 1872 yılında başlamıştır. Düzenlenen defterlerin birer örneği İstanbul'a, Defter-i Hakanî'ye gönderilmiştir. Bu arada 1874'te yürürlüğe giren «*Emval-i Sıfva Nizamnamesi*» ile 1875 ve 1876 yıllarında çıkarılan «*Talimatnameler*» anılmış, 1913 yılında yürürlüğe giren «*Emval-i Gayrimenkullerin Tasarrufu hakkındaki Kanun*» un, vakıflarla ilgili işlemleri tapu idaresine devredışı anlatılmıştır.

Üçüncü kesimde, tapulamayı gerektiren nedenler, eylemli ve hukuksal olmak üzere iki yönden incelenmiştir. Cumhuriyet dönemine dek süren evrede, taşınmazların çoğunun tapusuz (sicil dışı), ya da senetsiz satışlarla el değiştirmiş yerler durumunda bulunduğu gerçeğine değinilmiştir. Tapu memurunun izni dışında yapılan satışları yasaklayan yasa maddeleri ve padişah iradelerinden sonra bu konudaki Medeni Kanun ilkeleri, Meclis yorumları, Yargı içtihatları, 2613 ve 5602 sayılı yasalar ve en son 509 ve 766 sayılı yasaların öyküleri anlatılmıştır.

Dördüncü kesimde ise : 28 haziran 1966 günlemleri ve 766 sayılı Tapulama Yasası, genel yapısı gözönünde tutularak Yurttaşlar Yasası ile karşılaştırılmıştır.

Daha sonraki on bölüm, bu küçük yazının sınırlarını aşacak genişliktedir. Bu nedenle, taşınmaz mal hukukunda söz sahibi olan uzman eleştiricilerin yetki alanına girdiğine inandığım asıl bölümler üzerinde durmayacağım.

Kitabın hazırlanmasında başvuru ve yararlanılan yapıtların adları iki sayfa tutan zengin bir kaynakçada gösterilmiştir. Bunu da, konu üzerindeki çalışmaları kolaylaştırıcı bir özellik olarak belirtmek istedim.

Şimdi kitapta göremediğim ya da yerini bulamadığım küçük bir bilgiyi okurlarıma sunarak yazıma son vereceğim. Bu bilgi, «*tapu*» sözcüğünün kaynağı ve anlamı üzerinde olacaktır. Bu sunuşun ufak bir katkı olarak değerlendirilmesini diliyorum.

Tapu : Öz Türkçe olan bu sözcük, «*Tap*» kökünden gelmektedir. Eski biçimi «*tapuk*» iken sonraları «*tapu*» olmuştur. Kamusu Türkî, Türk Lûgati, Türk Hukuk Lûgati gibi belli başlı sözlüklerde; «*inkıyad, tebaiyet, itaat, hizmet, kulluk, ibadet, ubudiyet*» anlamlarına geldiği yazılıdır. Tanrıya kulluk etme anlamındaki «*tapmak*» ve «*tapınmak*» sözcüklerinin de bu köke dayandığında ve aynı sözcük olduğunda hiç kuşku yoktur. Bugün Anadolu'da kullanılan «*tapan*», «*tapanlamak*», «*tapıklamak*» sözleri de yukarıda belirtilenlere yakın anlamlar taşımaktadır. *Tapan*, sürülüp ekilen tarladaki saban izlerini düzelten tarım aracının adıdır. *Tapanlamak* da bu aracın kullanılması ile tarlada düzlük ve düzgünlük sağlamak demektir. Sevilen bir kişinin sırtına, okşamak amacıyla el ayası ile vurulmasına *tapıklamak* denir. *Takdir* anlamındadır. Bir askerlik biriminin adı olan *tabur* (*tapkur*) sözcüğünün de «*tap*» kökünden geldiğini söyleyebiliriz. Azeri Türkçesinde yaşayan ve Tanrıya *tap-*

mak, havale etmek, bırakmak gibi anlamlara gelen «tapşırılmak» da aynı ortak kökün ürünlerindedir.

Tapu'nun terim anlamına gelince : Eski hukukumuzda mirî arazinin işlenmek üzere kişilere bırakılması sırasında bu kişilerin devlete peşin olarak ödediği paranın adıdır. Devlet buyruğuna uymak, hizmet etmek kavramlarını simgeler. Buna «Arapça'da «muaccele» denirdi. Tapu, zamanla, anılan paranın alındığını belgeleyen ve özel görevliler tarafından verilen senedin adı olmuştur. Bu anlamda tapu senedi, aslında, bir taşınmaz karşılığında devletçe alınan bedelin adı iken sonradan mülkiyet belgesi anlamını almıştır. Tanzimat dönemine gelinceye dek bu belgeye sened-i hakanî denirken tapu kuruluşunun gerçekleşmesinden ve Arazi Kanunnamsinin yürürlüğe girmesinden sonra «tapu senedi» terimi yerleşmiş bulunmaktadır.

Taşınmaz mal hukuku alanında büyük bir boşluğu dolduran «Tapulama Kanunu Şerhi» adlı kitabı, meslektaşlarıma duyurmakla zevkli bir ödevi yerine getirdiğime inanıyorum.

MİRAS HUKUKU

Ö. FARUK KARACABEY (*)

(**) ŞENER, Esat : Miras Hukuku, 2 cilt, Ankara - 1977,
Olgaç Matbaası, VI + 912 + 648 sh. 400 TL.

GİRİŞ :

Hukukçu, önüne gelen bir hukuki sorunun (anlaşmazlığın) çözümlü için araştırma yapar ve çeşitli kaynaklardan o konuda bilgi toplar. Bu kaynaklardan ilk sırayı, sorunun ait olduğu hukuki kurumla ilgili kitaplar alır.

Her hukuki sorun, değişik birkaç kurumu içerdiği gibi, her olayında kendine özgü özellikleri vardır. Bu nedenle hukukçunun önüne gelen olayı diğer benzer olaylarla ve bu olayla ilişkin getirilmiş çözümlerle karşılaştıracağı gibi, olay ile bu olayın girdiği hukuki kurum arasındaki ilişkiyi inceleyip belirlemesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, hukukçu olayı saptayacak, hukuki kurumu inceleyecek ve aradaki ilişkinin ne olduğunu bulacaktır. Daha sonra da, o hukuki kurumu düzenleyen kuralları olaya uygulayacaktır.

Kaba çizgilerle sergilenen bu yöntemin uygulanmasında :

- a) Olayın saptanması,
- b) Olayın girdiği hukuki kurumun ne olduğunun anlaşılması ve kurumun incelenmesi,
- c) Hukuki kurumu düzenleyen kuralların anlamlandırılmasıyla olaya uygulanması, yolları izlenecektir.

Hukukçu, (b) ve (c) bentlerindeki bilgileri elde etmek için çeşitli kaynaklara, bunlar içinde öncelikle kitaplara başvuracaktır. Bu bilgileri doyurucu şekilde verebilecek kitaplar yararlı sayılır. Doyuruculuk, hukuki kurum veya kurumları bir bütün olarak ele alan, kurumun temelindeki ilkeleri sunan, kurumun getiriliş amacını ve giderdiği gereksinmeyi en iyi şekilde belirtip ortaya koyan, bütün bu bilgileri belli bir sistem ve uyum içinde sergilemekle gerçekleştirilebilir. Ancak, her kitabın bu nitelikleri taşımadığı, di-

(*) Yargıtay Tetkik Hâkimi.

(**) Kitabın yazarı Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı'dır.

ğer bir deyişle, sayılan nitelikleri içeren eser sayısının çok olmadığı bir gerçektir. Olayın karmaşık niteliği karşısında, birçok eserin belli bir noktadan sonra susması, tükenmesi gerçeği yadsınamaz.

Bu nedenledir ki, incelediği konuyu derin ve geniş bir bakış açısıyla ele alan, o konuyla ilgili sorunlara muhakkak bir çözüm yolu getiren ve gösteren, temel ilkeleri kapsayan eserler «TEMEL ESER» olarak anılmaktadır. Türk hukukunda çözümlenmesi gereken sorunların çok olduğu, geniş bir bakış açısına gerek duyulan konuların başında Miras Hukuku gelmektedir.

Kimliği verilen ve bu tanıtma yazısının konusu olan «MİRAS HUKUKU» adlı eserinin «sunuş ve açıklama» yazısında Sayın Esat Şener (...uygulamada Hâkimleri, Avukatları ve işini doğrudan doğruya takip eden kişileri oldukça düşündüren ve çok kez çaresizliğe sürükleyen konunun miras hukuku olduğu bilinmektedir) cümlesiyle sorunu daha açık olarak sergilemiştir.

İlk paragraflarda belirtilen nitelikleri taşıyan bu değerli eser, en önemli konuda uzun süre aranacak temel bir eser olacaktır.

BİÇİM VE İÇERİK :

Eser, iki ciltten oluşmaktadır. Ciltler, lüks bez ciltli olup birinci cilt 912, ikinci cilt 648 sayfadır.

Birinci cilt ayrımlara, ayrımlar bölümlere, bölümler alt bölümlere, alt bölümler de konulara ayrılmıştır. Kitabın 34 sayfalık «İçindekiler» kesiminin yalnızca ayırım ve bölüm adlarını sıralamak kitabın içeriği hakkında okuyucuya genel bir bilgi verecektir.

BİRİNCİ AYIRIM

MİRAS

Birinci Bölüm	Miras
İkinci Bölüm	Kan Hısımlığı
Üçüncü Bölüm	Veraset Belgesi

İKİNCİ AYIRIM

Birinci Bölüm	Mirasın Açılması ve Kazanılması
İkinci Bölüm	Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi
Üçüncü Bölüm	Mirastan Feragat
Dördüncü Bölüm	Mirastan İskat Sebepleri
Beşinci Bölüm	Mirası Reddetme Sebepleri ve Hukuki Sonuçları
Altıncı Bölüm	Mirasın İktisabı (Kazanılması)
Yedinci Bölüm	Gaibin Miras Durumu

ÜÇÜNCÜ AYIRIM**ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR**

Birinci Bölüm	Ölüme Bağlı Tasarruf
İkinci Bölüm	Ölüme Bağlı Tasarruf Çeşitlerinden Resmi Vasiyetname
Üçüncü Bölüm	El Yazısı İle Vasiyetname
Dördüncü Bölüm	Sözlü Vasiyetname
Beşinci Bölüm	Vasiyetten Dönüş (rücu), Vasiyetnamenin Yok Olması (Ziyai) ve Yorumu
Altıncı Bölüm	Ölüme Bağlı Tasarruf Veya Resmi Senetle Vakıf
Yedinci Bölüm	Mirasçı Nasbı ve Muayyen Mal Vasiyeti
Sekizinci Bölüm	İkameli Vasiyetler
Dokuzuncu Bölüm	Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yükümlülük ve Şartlar
Onuncu Bölüm	Vasiyetin Yerine Getirilmesi
Onbirinci Bölüm	Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali

DÖRDÜNCÜ AYIRIM**TENKİS, MİRASTA İADE VE MİRAS SEBEBİ İLE İSTİHKAK DAVALARI**

Birinci Bölüm	Tenkis Davaları
İkinci Bölüm	Mirasta İade Davası
Üçüncü Bölüm	Miras Sebebi İle İstihkak Davası

BEŞİNCİ AYIRIM**TEREKENİN MÜHÜRLENMESİ, DEFTERİNİN TUTULMASI TASFİYESİ VE VASİYETNAMELERİN AÇILMASI**

Birinci Bölüm	Tereke Hakkında İhtiyati Tedbirler ve Terekenin Resmen İdaresi
İkinci Bölüm	Vasiyetnamenin Açılması
Üçüncü Bölüm	Tereke Defterinin Tutulması İsteği ve Defter Gereğince Kabul

ALTINCI AYIRIM**MİRASIN ORTAKLIĞI, MİRASIN TAKSİMİ VE MİRAS PAYININ DEVRİ**

Birinci Bölüm	Mirasın Taksimi
İkinci Bölüm	Miras Ortaklığının Sona Ermesi
Üçüncü Bölüm	Zirai (Tarımsal) İşletmelerin Tahsisi
Dördüncü Bölüm	Mirası Taksim Sözleşmesi
Beşinci Bölüm	Miras Payının Temliki

Ayırım ve bölüm başlıkları olarak özetle içeriği verilen birinci ciltte, metin bölümünü dizinler izlemektedir. Aranılanı en kolay şekilde bulmayı sağlayacak nitelikte, titiz, özenli ve yoğun bir çalış-

manın ürünü olan kavramlara ve mevzuata (maddelere) dayalı dizinler eserin değerini daha da artırmıştır.

Eserin içeriğininde gösterdiği gibi sistematik sistemle yazılmış birinci ciltte uygulama ile bilimsel açıklamalar ve görüşlerin uyumlu bir sentezi yapılmıştır.

Eserin ikinci cilti ise, Medeni Kanununun Miras Hukuku bölümünü oluşturan 439 ncu maddeden 617 nci madde sonuna kadar madde metinlerini kapsamaktadır. Her metnin altında, ilgili diğer madde numaraları ve metnin sadeleştirilmiş şekli de yer almaktadır. Maddelerin altında kararlar sıralanmıştır. Kararlar rasgele serpiştirilmemiş, kararın dokunduğu konuların başlıkları altında sıralanmıştır. Örneğin, 440 nci maddenin altındaki emsal kararlar (Ana babanın mirasçılığı) (Yeğenlerin mirasçılığı) (Hala, Teyze, Amca ve Dayının Mirasçılığı) gibi başlıklarla sergilenmiştir.

İkinci ciltte ayrıca, miras hukuku ile ilgili kanunlara ve tüzüklere de yer verilmiştir.

İkinci cilt «İçindekiler» ve «Maddelere göre Arama Cetveli» ile son bulmaktadır. İçindekiler, madde başlıklarına ve emsal kararlarını sınıflandıran konu başlıklarına göre düzenlenmiştir.

Sonuç : Yukarıda özellikleri sergilenen eser gibi biçim ve öz dengesini kurulmuş, sistematik ve uygulamaya dönük nitelikleri birleştiren eserlerin, Hukukçulara daha yararlı olacağı gibi Türk Hukukunun gelişmesine en büyük katkıda bulunacağı da bir gerçektir.

Not : Ödemeli olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Esat Şener'den istenebilir.

YARGITAY'DAN HABERLER

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Derleyen : **ALİ RIZA GENİŞ (*)**

Rıfat BAYAZITOĞLU

1912 yılında Kahramanmaraş'ta doğmuştur. 1942'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitiren Bayazitoğlu, ilk meslek hayatına 1944 tarihinde Besni Hâkim Yardımcısı olarak atılmış ve daha sonraları Osmaniye, Gaziantep, Çankırı Sulh Hâkimlikleri ile Adana Sulh ve Asliye Ceza Hâkimliklerinde bulunmuştur.

Yargıtay üyeliğine 7.2.1962 senesinde seçilen Rıfat Bayazitoğlu, aynı Kurulda Birinci Ceza Dairesi Başkanlığı da yapmıştır. Daha sonra Birinci Başkan Vekilliğine seçilmiş ve bu görevde iken 13.7.1977'de yaş haddinden emekli olmuştur.

Mehmet Ziya ÜLGENERK

1914 yılında Üsküp'te doğan Ülgenerk, daha sonra 1941 tarihinde İstanbul Hukuk Fakültesini bitirmiş ve mesleğe 28.10.1943'de Gaziantep Ağır Ceza Mahkemesi Üye Yardımcısı olarak başlamıştır. Mesleğini Yozgat, Vezirköprü C. Savcı Yardımcılıkları, Yozgat Sulh Hâkimliği, Ankara C. Savcı Yardımcılığı, Ankara Milli Koruma C. Başsavcısı Yardımcılığı, Ankara Asliye Ceza Hâkimliği ile Yargıtay Üye Yardımcılığı yaparak sürdürmüştür.

5.Ekim.1963 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mehmet Ziya Ülgenerk, Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Başkanı bulunduğu sırada 13.7.1977'de yaş haddi nedeniyle emekli olmuştur.

Semahat TÜZÜN

1912'de İstanbul'da doğmuş ve aynı yer Hukuk Fakültesi'ni 1939 yılında bitirmiştir. Mesleğe Viranşehir Hâkim Yardımcısı olarak başlamış ve sırasıyla Ankara Hâkim Yardımcılığı, Yargıtay Raportörlüğü ile Üye yardımcılığında bulunmuştur.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

Semahat Tüzün daha sonra 25.Ağustos.1962 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve anılan Kuruluşun Birinci Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada 2.9.1977 de emekliye ayrılmıştır.

Nurettin İSTEMİ

1912 yılında İstanbul'da dünyaya gelen İstemi, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1939 tarihinde bitirdikten sonra 1 Kasım 1942'de Aksaray Hâkim Yardımcısı olarak ilk meslek hayatına atılmış ve sırasıyla Orhangazi Sorgu Hâkimliği ile Soma Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

19.Eylül.1962 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Nurettin İstemi, aynı yer Onüçüncü Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada 13.7.1977 günü emekli olmuştur.

İbrahim Ethem ÖZKAN

Dedeğaç 1912 doğumlu Özkan, Ankara Hukuk Fakültesi'nden 1940'ta mezun olduktan sonra ilk olarak 30.Aralık.1943 yılında Devrek Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş daha sonra Ankara, Salihli Hâkimliklerinde bu mesleğini sürdürmüştür.

22.Eylül.1967 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilmiş, aynı çatı altında Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada 1.11.1977'de emekli olmuştur.

Mustafa ÇELEBİ

1917 yılında Dört Yol'da doğan ve 1943'te Ankara Hukuk Fakültesi'nden mezun olan Çelebi, daha sonra İsviçre'nin Neuchâtel Hukuk Fakültesi'nden doktora diploması almıştır. Isparta, Adana ve Ankara Hâkimliklerinde bulunan Mustafa Çelebi, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken 5.10.1977 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan *BAYAZITOĞLU, ÜLGEN-ERK, TÜZÜN, İSTEMİ ve ÇELEBİ*'ye yaşamlarında mutluluklar dileriz.

YENİ SEÇİLEN DAİRE BAŞKANLARI

<i>Sabri LİVANELİOĞLU</i>	: Birinci Başkan Vekilliğine
<i>Hayri KÖKSAL</i>	: İkinci Ceza Dairesi Başkanlığına
<i>Fahrettin KIYAK</i>	: Üçüncü Ceza Dairesi Başkanlığına
<i>Altay Ömer EGESEL</i>	: Birinci Ceza Dairesi Başkanlığına
<i>Orhan ERDOĞAN</i>	: Sekizinci Ceza Dairesi Başkanlığına
<i>Nihat RENDA</i>	: Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanlığına
<i>Cahit TÜRESAY</i>	: Yedinci Ceza Dairesi Başkanlığına

BU YIL ATANAN YARGITAY ÜYELERİ VE TETKİK HÂKİMLERİ

<i>İ. Hakkı GÜROĞLU</i>	: Yedinci Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Erdoğan ÇUBUKÇU</i>	: Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Ali SOLAK</i>	: Sekizinci Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Oğuz AKDOĞANLI</i>	: Birinci Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Lemi ÖZATAKAN</i>	: Birinci Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Saim OLGUN</i>	: Birinci Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Cezmi ELGİN</i>	: Yedinci Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Nevvare OZANALP</i>	: İkinci Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Turgut Kaya ÜLKÜ</i>	: Onuncu Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Hilmi ERDEM</i>	: Birinci Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Ömer GÖKNAR</i>	: Onikinci Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Ömer YÖNDEM</i>	: Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Bülent AKMANLAR</i>	: Sekizinci Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Müfit UTKU</i>	: Dördüncü Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Müfit ÜNAL</i>	: Dördüncü Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Mustafa KAYA</i>	: Üçüncü Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Melih HARAÇÇIOĞLU</i>	: Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Şeref BALPINAR</i>	: Yedinci Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Lütfi ERDEMİR</i>	: Onuncu Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Oğuz UNCULOĞLU</i>	: Birinci Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Ümmet ÇEVİK</i>	: Birinci Ceza Dairesi Üyeliğine
<i>Hikmet ÖZER</i>	: Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Teoman PAMİR</i>	: Birinci Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Ali Haydar KARAHACIOĞLU</i>	: Beşinci Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Saim ÖZKÖK</i>	: Dördüncü Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Hüseyin FAYSAL</i>	: Birinci Hukuk Dairesi Üyeliğine
<i>Kadir ATALAY</i>	: Dokuzuncu Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Necdet YAMAN</i>	: Dokuzuncu Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Hasan ERDOĞAN</i>	: Birinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Altan ERTÜRK</i>	: Sekizinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>A. Müfit YÜKSEL</i>	: Beşinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Refik ER</i>	: Üçüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>M. Necdet DEMİRTAŞ</i>	: Birinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Oktay İZGİEY</i>	: Beşinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Sevim TAMUR</i>	: İkinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>İbrahim YİĞİDİM</i>	: Sekizinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Yaşar KORU</i>	: Onikinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine

<i>Işıl ULAŞ</i>	: Onbirinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Nuri KARABABA</i>	: Ondördüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>A. Rasim</i>	
<i>HACİMAHMUTOĞLU</i>	: Üçüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Hüseyin</i>	
<i>HACİBEBEKOĞLU</i>	: Beşinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>E. Beyhan TUNA</i>	: Onikinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Muammer ŞATIROĞLU</i>	: İkinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Ş. Vildan CEYLAN</i>	: Altıncı Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Vural SAVAŞ</i>	: Beşinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Ekrem SERİM</i>	: Dokuzuncu Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Niyazi DURAK</i>	: Yedinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Talât MISIRLIOĞLU</i>	: Beşinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>H. Atillâ BENGÜ</i>	: Birinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>M. Nezir ÖZCENGİZ</i>	: Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimliğine
<i>Suna MEMLÛK</i>	: Onuncu Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Erhan ÖNDER</i>	: Onikinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Şevket BAŞKIR</i>	: Üçüncü Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğine
<i>Teoman ÜNERİ</i>	: Genel Sekreter Yardımcılığına

Adı geçen sayın *Daire Başkanları* ile *Üye ve Tetkik Hâkimlerini* kutlar, yeni görevlerinde başarılar dileriz.

MEDENİ KANUN KOMİSYONU ÇALIŞMALARI

Adalet Bakanlığı'nca kurulan 13 kişilik bir komisyonun, Medeni Kanunu gözden geçirmekte bulunduğu bilinmektedir. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı Esat ŞENER'in başkanlığında çalışmalarını sürdüren bu kurulda Yargıtay Üyesi Mustafa Reşit KARAHASAN, Ankara Hâkimi Tahir ÖGÜTÇÜ, Ankara Hukuk Fakültesi'nden Prof. Nuşin AYİTER, Prof. Kemal Tahir GÜRSOY, İstanbul Hukuk Fakültesi'nden Prof. Selahattin Sulhi TEKİNAY, Prof. Kemal OĞUZMAN, Barolar Birliğinden Av. Emin BALTAOĞLU, Av. Osman Derviş KUNTMAN, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri'nden Gündüz YELÇO, Cahit NALBANTOĞLU, ve Turgay YÜCEL bulunmaktadır.

Öğrenildiğine göre komisyon, 50 yıllık uygulamanın meydana getirdiği gereksinimleri, özellikle son yıllarda hukuk alanı ile hukuku ilgilendiren öteki bilim dallarında oluşan ilerleme ve gelişmeleri gözeterek, Medeni Kanunun tümünü kapsayan bir tasarı hazırlamayı ilke olarak kabul etmiş bulunmaktadır.

Bugüne dek yapılan çalışmalar sonunda, Medeni Kanunun «Kişinin Hukuku» bölümünün incelenmesini tamamlamış, «Aile Hukuku» nda ise boşanma bölümünün önemli bir kısmını gözden geçirmiştir.

Kişinin hukuku bölümünde getirilen en önemli yenilik, organ naklinin hukuken mümkün kılınması şeklinde olup, yapılan deği-

şiklikle «*İnsan kökenli biyolojik maddelerin*» alınması, aşılması ve nakledilmesinin hukuka aykırı olmadığı ancak taahhütte bulunan kişi hakkında zorlama veya tazminat davası açılmıyacağı öngörülmüş, ayrıntıların ise özel kanunla düzenlenmesi ilkesi kabul olunmuştur.

Evlenme bölümünde «Askı süresi» ve «Evlenmekten yasaklanma» gibi yararsız ve vatandaş tedirgin edici hükümler kanundan çıkartılmıştır. Boşanma bölümü henüz tamamlanmadığı için, yeni metnin ne şekil alacağı bilinmemektedir.

SEMPOZYUM

İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yönetim Kurulu'nca 21 - 22.Ekim.1977 günlerinde «SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK VE TAZMİNAT HUKUKUNDA YENİ GELİŞMELER» konulu bir sempozyum düzenlenmesine karar verilmiş ve durum birer yazı ile gerekli yerlere bildirilerek hukukçulardan konu çerçevesinde yapmak istedikleri çalışmaları adı geçen enstitüye bildirilmeleri istenmiştir.

Ancak Enstitü, sempozyumun yapılacağı yer konusunda Yargıtay Birinci Başkanlığı ile temasa geçmiş, ve sonunda Yargıtay binasının yeni salonda yapılmasına karar vermiştir.

Bunun üzerine gerek Yargıtay içinden ve gerekse diğer kuruluşlardan katılan hukukçular, aşağıdaki konular üzerinde görüş ve düşüncülerini ortaya koyarak bunlar üzerinde tartışmışlardır.

Uygulayıcılar açısından yararı büyük olan bu gibi sempozyumların bundan sonra da olanaklar çerçevesinde düzenleneceği öğrenilmiştir.

21 Ekim 1977 - Cuma

AÇILIŞ

Saat :

- 9.30 1 — Yargıtay 1. Başkanı CEVDET MENTEŞ'in Açılış Konuşması.
2 — Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Müdürü Prof. Dr. SELÂHATTİN SULHİ
TEKİNAY'ın Sempozyumu Sunuş Konuşması.

BİRİNCİ OTURUM

- 10.00 Prof. Dr. HALÛK TANDOĞAN'ın tebliği : «Hukuka Aykırılık Bağı»
10.30 Tartışma.
11.30 Prof. Dr. SELİM KANETİ'nin tebliği : «Sorumluluk Hukukunda Kusur
Kavramının Görevi.»

İKİNCİ OTURUM

- 14.00 Tartışma
15.00 Prof. Dr. ERGUN ÖZSUNAY'ın tebliği : «Trafik Hukukunda Zararı Giderim
Yükümlülüğünün Kuruluşu ve Sorumluluktan Kurtuluş Bakımlarından
«Kusur» un Rolü ve Etkisi»
15.30 Tartışma.
16.30 Doç. Dr. HÜSEYİN HATEMİ'nin tebliği : «Organın Fiilinden Dolayı Tüzel
Kişilerin Sorumluluğu»
17.00 Tartışma.

22 Ekim 1977 - Cumartesi

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Saat :

- 9.30 Prof. Dr. NECİP KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun tebliği : «Kişilik Haklarını
Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler».
10.00 Tartışma.
11.00 Asis. Dr. İLHAN ULUSAN'ın tebliği «Çevre Etkisinden Doğan Zararlar ve
Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi»
11.30 Tartışma.

DÖRDÜNCÜ OTURUM

- 14.00 Prof. Dr. SELÂHATTİN SULHİ TEKİNAY'ın tebliği : Haksız Fiillerde Müteselsil
Sorumluluğun Kapsamı».
14.30 Tartışma.
15.30 Kapanış.