YARGITAY DERGİSİ

KURULUŞ : OCAK 1975

Cilt : 5

Temmuz — 1979

Sayı : 3

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

Sahibi : **Yargıtay Adına Birinci Başkan Cevdet MENTEŞ**

Yayın Müdürü : **Yargıtay Yayın İşleri Müdürü Ali Rıza GENİŞ**

- Dergide yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşlerini yansıtır.
- Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir. Aksi halde telif ücreti ödenmez.
- Dergide yayımlanan yazılar Yargıtay Dergisi'nden alındığı belirtilerek iktibas edilebilir.
- Yayımlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile iadelerde masraf sahibine aittir. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.

Derginin sayısı 30.— TL., abone bedeli 120.— TL. dır.

Abone işleri için Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'ne başvurulmalıdır.
Tel : 17 15 36

Yayın Kurulu :

Başkan : Ali Rıza ÖNDER (9 uncu Ceza Dairesi Üyesi)

Üye : Mahmut CUHRUK (9 uncu Hukuk Dairesi Üyesi)

Üye : Mustafa GÜRSEL (14 üncü Hukuk Dairesi Üyesi)

Üye : Mümin KAVALALI (8 inci Ceza Dairesi Üyesi)

Üye : A. Oğuz AKDOĞANLI (1 inci Hukuk Dairesi Üyesi)

İÇİNDEKİLER

Sayfa

I — GENEL KONULAR

a) Orhan DURSUNKAYA : Yargıtay Kararlarının Sıralanmasında Yöntem Sorunu ..... 419—429

b) Mürsel DOĞAN : Hukuk ve Adalet (I) ..... 431—453

II — CEZA HUKUKU

a) Dr. Hasan İ. BIYIKLI : Özel Yasaların Genel Ceza Hukuku Üzerindeki Etkileri ..... 455—482

b) Arıkan GÜLCÜ : Fuhşiyata Tahrik Suçları ..... 483—496

III — CEZA YARGILAMA HUKUKU

a) M. Muhtar ÇAĞLAYAN : Hukukî Olanaksızlıktan Ötürü Davanın Nakli Konusu Ve Uygulamamız ..... 497—513

IV — BORÇLAR HUKUKU

a) Şakir KALELİ : Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu (II) ..... 515—530

b) Nihat GÜRSEL : Haksız Eylemin Unsuru Olarak Eylem Kavramı Özellikle Kaçınma Biçimindeki Eylem (I) ..... 531—555

V — TİCARET HUKUKU

a) M. Kemal MUTLUAY : Kambiyo Senetlerine Dayalı Özel Takip Yolunda Borçlunun Borca İtirazı Ve Sonuçları ..... 557—578

VI — NOTER HUKUKU

a) Engin DOĞU : Noterlerin Hukukî Sorumluluğu Ve Güvence ..... 579—610

VII — ADLÎ TIP

a) Dr. İbrahim TUNALI
Dr. Engin TURAN : 1950-1978 Yılları Arasında Seksüel Fiil Nedeni İle Cezaî Sorumluluk Tayini Yönünden A.Ü. Tıp Fakültesi Adlî Tıp Kürsüsü'ne Muayeneye Gönderilen Kişilerle İlgili Bir Araştırma ..... 661—635

VIII — KARAR TAHLİLİ

a) Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN : Tahkim Sözleşmesinde Oybirliği Kaydı ..... 629—634

b) H. Avni USLUOĞLU : Bir Anayasa Mahkemesi Kararı Ve Güzel Sanatlar Akademilerinin Bakanlığa Bağlılığı ..... 635—640

IX — KİTAP TANTMA

a) Ali Rıza ÖNDER : İki Temel Yapıt ..... 641—647

XI — BİBLİYOGRAFYA

a) İbrahim KARAER : Yargıtay Kütüphanesi Hukuk Makaleleri Bibliyografyası, Yargıtay Kütüphanesi'ne Gelen Kitaplar ... 649—662

XII — YARGITAY'DAN HABERLER

a) Bülent AKMANLAR : Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Ceza Hukuku Alanında Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler ..... 663—665

XIII — DUYURULAR

Yasalar Tüzükler Yönetmelikler, Yazarlara Duyuru, Yazarlara Açıklama, Yargıtay Yayınları ..... 667—672

GENEL KONULAR

YARGITAY KARARLARININ SIRALANMASINDA YÖNTEM SORUNU

Orhan DURSUNKAYA (*)

PLAN : Giriş. 1 — Sıralama Yönteminin Gereği ve Önemi. 2 — Sıralamanın Önemi. 3 — Kararların Sıralanmaları. I — Çeşitli Sıralama Yöntemleri 1 — Sayıya Göre. 2 — Konuya Göre. 3 — Bu Yöntemlerin Ayrıldıkları nokta. 4 — Bu İki Yöntemin Yararları, Eksiklikleri. 5 — Suçu, Hukuksal İlişkileri Ve Diğerlerini Bulma Kolaylığı. 6 — Diğer Sıralama Yöntemleri. II — Konu Başlıklarına Göre Sıralama 1 — Başlıkların Seçimi, Çeşitleri. 2 — Genel Konu Başlıkları. 3 — Özel Konu Başlıkları. 4 — Gönderme Konu Başlıkları. III — Genel Dizin.

GİRİŞ

1. Yurtta adalet ve hukuk uygulamasında birlik ve beraberliği sağlamakla görevli bulunan Yargıtay'ın, bu, "Tek adalet" ilkesini gerçekleştirmekte aracı, Anayasa'nın 139. maddesi uyarınca, mahkeme kararları üzerinde yaptığı son incelemede belirttiği görüşler ve bu görüşleri saptayan kararlarıdır. Sonuçsuz kalan bir takım çalışmalar ve yasama girişimlerinin arkasından (1) son olarak çıkan 16 mayıs 1973 gün ve 1730 sayılı Yargıtay Kanunu, kararların özetlenmesini, sıralanmasını ve yayınlanmasını ilk defa hüküm altına alınca sıralama işinin önemi açık olarak ortaya çıkmış oldu.

2. Eşyayı, fikirleri, bilgileri..... ortak yönlerine göre nitelemek, daha sonra bu nitelikleri gözönüne alınarak bir araya toplamak, onlardan kolayca, sür'atle ve en iyi şekilde yararlanmayı sağlar. Kendi aralarındaki veya diğer varlıklarla olan yakınlık ve uzaklık noktaları daha kolay ve açık olarak ortaya konulabilir. Yine bu ortak niteliklere göre ayırmanın sonucunda eşyanın, fikirlerin, bilgilerin ... birbirleriyle

---

(*) Yargıtay Tetkik Hâkimi, Özetleme ve Tasnif Kurulu Üyesi.

(1) Bu hususta fazla bilgi için bk. : Orhan Dursunkaya, "Yargıtay Kararlarının Yayınlanması ile İlgili Yasama Girişimleri ve Yerleşmiş İçtihatlar", Adalet Dergisi, sayı 9, eylül 1973, s. 752-766.

karşılaştırılmaları kolayca yapılabileceğinden aralarındaki sosyal, doğal, fiziksel, matematiksel ... gerçekler, ortak noktalar, yaşama, işleme, oluş ilke ve kuralları saptanabilir. Bu sayede olay ve olguların ortaya çıkmasında, gelişmesinde ve sonuçlanmasında kişilerin ve toplumun isteklerine uygun sonuçlar elde etmek kolaylaşır.

3. Birer hukuk kuralı ve bu niteliğiyle birer hukuk kaynağı olan Yargıtay içtihatlarının da kendilerinden beklenen görevleri yerine getirmeleri ve yararları sağlamaları için aralarındaki ortak noktalarını, işleme ve oluş ilke ve kurallarını saptama olanağını verecek şekilde sıralanmaları gereği ortaya çıkmaktadır. Bu sıralama şekli, ayni yasal unsurları taşıyan kararların arandıklarında çabucak ve noksansız olarak bulunmalarını da sağlamalıdır.

I — ÇEŞİTLİ SIRALAMA YÖNTEMLERİ

İşaret edilen bu özelliklere ve gereksinmelere göre sıralama yöntemleri çeşitlidir.

1. Sayılarla belirlenmiş varlıkların sıralanmasında bu sayıların öncelikle gözönüne alınmaları doğaldır. Bu sebeple kararların ilgili oldukları mevzuatın ve maddelerinin kendilerini belirleyen "sayı" ya göre bir sıralanmaya bağlı tutulmaları, hem sıralamanın hem de kararların aranıp bulunmalarının sür'atle sağlanmaları bakımından gereklidir.

Yargıtay Yasasının benimsediği yöntem de budur. Kırk beşinci maddede Yayın Müdürlüğü'nün görevleri belirtilirken, "Yargıtay daire, genel kurul ve içtihadı birleştirme kararlarının" "kart usulüne göre ilgili oldukları kanun, tüzük ve yönetmelik maddelerine göre" özetlenip "tasnif" edileceğine işaret edilmektedir. Bu yönteme (mevzuata göre sıralama) yöntemi denmektedir.

2. Diğer taraftan, daha çok bir genelleme, bir toplanma ifade eden, konu itibariyle yapılmış bir sıralama yöntemi daha vardır. Bu yöntemde sıralanan şeylerin değindiği, çözümlediği, belgelediği... hususlarda beliren ortak yanlar bir genelleme halinde tanımlanarak hepsini kapsayacak bir sözcük ile veya sözcük kümesi, topluluğu ile gösterilir. Böylece bir suç, bir hukuk ilişkisi, bir müessese, bir deyim... ile ilgili olarak yürürlükteki bütün hükümleri bir araya toplamak olasılığı elde edilir.

3. Bu açıklamalar her iki yöntemin birbirlerinden ayrıldıkları noktayı da ortaya koymaktadır :

Mevzuata göre yapılan sıralamada, sıralamaya konu olan bilgiler, fikirler... dar kapsamlı kalıplara dağılırlar. Başka bir deyimle bu yöntemde sıralama kalıpları veya bölümleri iyice somutlaşmış, kesin olarak belirlenmiştir.

Konulara göre sıralama yöntemi ise sıralanan şeylerin ortak olduğu bir veya bir kaç yönü değerlendirir ve bu ortak yönleri kapsayacak bir kavram veya konu başlığında genelleme yapar. Bu genelleme, yasanın veya maddenin sayısına göre ayrılmanın aksine bir toplama ve bir araya getirme ortaya çıkarır.

4. Her yöntem nasıl bir yararlanma öngörülmüş ise o amaç veya gereksinme gözönüne alınarak düzenlenir. İlkeleri, kuralları bu amaç yönünde saptanır. Uygulamada, olaylara çözüm arayanlar uygulayacakları mevzuat maddesinin numarasını biliyorsa ilgili yargısal kaynağı bu numara ile arayacak ve sıralama düzeni içinde bu işi çok kolay yaparak bulacaktır. Yasa ve madde sayılarına göre yapılacak bir sıralamanın yararı bu durumda apaçıktır. Ancak, bu yararın elde edilmesinin koşulu maddenin numarasının kesin biçimde bilinmesidir. Bu koşulun gerçekleşemediği zamanlarda başka bir yöntemin yardımına başvurulacağı doğaldır. Numarası bilinmediği için bulunamayan bu yasa maddesini, hatta çok zaman, uygulanacak yasayı (veya yürürlükteki diğer hukuk kurallarını) bulabilmek için başka bir yöntem veya yöntemler gereklidir.

İşte, mevzuatın numarasına göre yapılan kaynak sıralamasında ortaya çıkan bu boşluğu kapatacak belli başlı yöntem, konulara (kavramlara, deyimlere, hukuk ilişkilerine, hukuk kurallarına, suçların cinslerine ve çeşitlerine) göre yapılan sıralamadır.

Mevzuata göre sıralamanın bireyci, somut ve sınırlı olan işleyişi karşısında konulara göre sıralama yöntemiyle kaynaklara daha geniş bir görüş açısından bakmak mümkündür. Birincideki dağılmanın aksine ikincide bir toplama, genelleme vardır: aynı konu başlığında toplanmış bilgiler ile ilgili olup çeşitli mevzuat içinde yer alan hükümler bir araya getirilmektedir. Bu niteliği sebebiyle konuya göre sıralamada aynı konudaki kaynakların bir arada incelenmesi olasılığı vardır.

5. Konu başlıklarına göre sıralamanın, mevzuatın ve hükmün sayısı gözönüne alınarak yapılan sıralamaya göre bir özelliği daha vardır: uygulamacılar bu başlıklardan aradıkları suçu, hukukî ilişkiyi, kavramı... vd. ni kolaylıkla saptayabilirler. Mevzuattaki yeri bilinme-

(2) Adı geçen yazı, s. 761-762

yen bu haller, hukuk bilgisinin ve hukuk uygulama tecrübesinin de yol göstericiliğinde rahatça aranır, bulunur (2).

Olaylar uygulamacının eline çok zaman hukuksal tanımı yapılmadan gelecektir. Bir takım nesnel (maddî) olgular anlatılacak, bunların birbirleriyle ilişkileri sıralanacak, bir takım açıklamalar yapılacak, fakat yürürlükteki hangi hükme dayanıldığı gösterilmeden istekte bulunulacaktır; bana şu hususu sağlayın, denecektir. Uygulamacı bu isteğe karşılık vermek zorunda bulunduğundan kuşkusuz, bir çözüm yolu gösterecek ve bu çözümün uygulanmasını da emredecektir. Bu öyle bir kesin çözüm olacak ki Devletin güçleri onu taraflara kabul ettirecektir, böylece yeni bir hukuksal ve eylemli durum ortaya çıkacaktır. Gerek ilgili kişilerin ve gerekse onların çevresindekilerin huzur içinde olabilmeleri için yeni durumu yaratan çözüm şeklinin adalete uygun olması gereklidir. Bu ise kararların olaya, gereksinmelere en uygun bir hukuk kuralına yani usulünce ve yetkili organınca yürürlüğe konulmuş bir hükme, maddeye dayanması demektir. Adil karar vermenin mantığı bunu gerektirmektedir.

Görülüyor ki uygulamacı adaleti bulmak için uğraşırken önce olaya uygun olan hukuk kuralını bilmek, bulmak zorundadır. Bütün mevzuatı, bu mevzuatla düzenlenen halleri bilmenin olanaksız olduğu, aynı şekilde hukuk kaynaklarındaki bilgileri elde etmenin rahatlığından ve kolaylığından hiç bahsedilemiyen bu günkü koşullarda uygulamacının, hukuk kültürü ile tecrübenin beraberce iş görecekleri bir anahtara, yani başka bir sıralama yöntemine gereksinmesi açıktır. Konu başlıklarına göre sıralama yönteminin bir yararı da bilinmeyen hukuksal konuların varlığını uygulayıcıya öğretmek veya hatırlatmaktır.

6. Sıra numarası ve konu başlığı ele alınarak yapılan sıralamaların dışında, Türkiye Ve Ortadoğu Amme Idaresi Enstitüsü'nün bir raporu ile (3) seminer sunuşlarında (4) da işaret edildiği gibi daha başka sıralama ilkeleri de saptanabilir : yasa adlarına, karar veren yere, taraflara, esas ve usule ait konulara ve bunlardan başka karar gününe göre de sıralamalar yapılabilir. Bunlar gerek istatistik veriler, gerek bilimsel araştırma amaçlarına göre daha da genişletilebilir.

---

(3) **Türkiye Ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü**, "Danıştay Kararlarının Tasnifi ve Bununla İlgili Teşkilât Konusunda İnceleme ve Ara Raporu", Nisan 1962, Ankara, s. 4, madde 12.

(4) **Mustafa Aksoy**, Yargıtay Üyesi, "Yargıtay Kararları Sistematiği", Millî Prodüktivite Merkezi Hukukta Sibernetik ve Bilgisayar Semineri, 28 - 31 Ocak 1974, s. 8. **Orhan Özdeş**, Danıştay Üyesi, "Danıştay Kararlarının Sistematiği", aynı seminer, s. 6, 7.

Ancak, görüldüğü gibi sayı ve konu ilkelerinin dışındaki sıralamalar çok daha dar sınırlar içinde, dar amaçlar için ve beliren gereksinmelere karşılık vermek için seçilebilir.

II — KONU BAŞLIKLARINA GÖRE SIRALAMA

Yargıtay Yasa'sında sıralama ilkesi olarak saptanan, mevzuata yani kırk beşinci maddenin deyimiyle, "... ilgili oldukları kanun, tüzük ve yönetmelik maddelerine göre" sıralamanın dar ve sınırlı olan kapsamı karşısında başka çalışma amaçlarına ulaşabilmek için konu başlıklarını ilke alan ikinci bir yöntemin daha geliştirilmesi gereği ortadadır.

1. Bu yöntemde konu başlıkları doğrudan doğruya mevzuat hükümleri ele alınarak saptanmaktadır. Bu aşamada yasa vd. nin başlığı, konusu, amacı, bölümleri ve her maddenin hükmü oluşturan unsurları, getirdiği çözüm şekli, verilen buyruklar gözönüne alınmaktadır.

Başlıklar kullanılış amaçlarına göre genel konu başlıkları, özel konu başlıkları ve gönderme (atıf) konu başlıkları olarak üç çeşitten oluşur. Özel konu başlıkları, genel konu başlıklarının içinde ve onun sıralanmasında yer alır. Yani her özel konu başlığı bir genel konu başlığına bağlıdır. Bir genel konu başlığı ile ayrılan bölümde sayısız özel konu başlığı yer alabilir, bunun gibi hiç bir özel konu başlığı açılmamış olabilir. Bu haller, başlık ayırımı yapılan mevzuat hükmünün özelliklerinin bir sonucudur.

Bu iki başlığın ilişkilerini açıklarken şu hususu peşin olarak belirginliğe kavuşturmak gerekir :

Konu başlıklarına göre sıralamanın, deyim yerinde ise, belkemiği genel konu başlıklarıdır. Bunlar, bir araya toplanacak olan ortak yönlü konuların bu ortaklığının temsilcileridir. Özel konu başlıkları ortak yönleri olan konuların (bilgilerin) daha somutlaşmış, daha genelden özele inmiş, olaya, hukuksal müesseseye vd. ne daha yaklaşmış kalıplarıdır. Kaynaklardan alınan, biriktirilecek olan bilgilerin yazıldığı kâğıtlar (veya kartlar) bu başlıkların arkasına yerleşecektir.

Üçüncü bir başlık şekli, çeşitli nedenler ve ilişkiler sebebiyle genel konu başlıklarına başvurmayı işaret eden gönderme (atıf) konu başlıklarıdır. Bunlar sıralamada genel konu başlıkları ile aynı ayırma kalıplarına, ölçülerine uyarlar. Ancak, bunların bölümlerinde bilgi alma kâğıtları yer almazlar. Bunlarla ilgili bilgi alma kâğıtları gönderme yaptıkları genel konu başlıklarının bölümlerinde toplanırlar.

2. Genel konu başlıkları mevzuatın bir çok maddelerinde dağınık veya toplu olarak düzenlenmiş olup ortak yanları bulunan hukuk ilkelerini, kurallarını bu ortak yanlarına göre tanıtan, temsil eden, açıklayan, bir kavram şeklinde belirten sözcük veya sözcük kümeleridir. Bunlarda bir genellik, bir toplayıcılık, bütüne ulaşma çabası olduğu için başlık olarak kullanılacak sözcükleri seçerken bu nitelikleri bulundurmalarına dikkat etmek gerekmektedir. Geniş kapsamı olan, özlü, olabildiği kadar kısa sözcük veya az adette sözcüklerden kurulu toplulukları bulmak ve kullanmak gereklidir.

İşte bu nitelikleri taşıyan genel konu başlıkları, incelenen mevzuat hükmü veya yargıtay içtihadı ile hakkında yargısal bir çözüm getirilen suç, hukuk ilişkisi, sosyal veya hukuksal müessese, terim, deyim, hukuksal düzenleme ... gibi halleri işaret etmektedir.

3. Genel konu başlıkları, ortak yönleri en genel anlamda olan bilgiler topluluklarının kalıplarıdır. Bu kalıpların içinde temsil ettikleri bilgiler toplanır. Bu toplanan bilgiler dahi ortak yanlarına, unsurlarına göre kümeleşmeler yaparlar. Her bilgi topluluğu, genel konu başlıklarında olduğu gibi, bir sözcük veya sözcük kümesi ile diğer kümelerden ayırt edilir. Bir genel konu başlığı içine giren bu bilgi kümelerinin (guruplarının) başlıklarına özel konu başlığı denilmektedir.

Ceza Kanunumuzda cezayı kaldıran veya miktarını azaltan sebeplerle ilgili olarak 44 ve 59. maddelerin arasındaki maddelerde düzenlenmiş bir çok haller vardır. Bu hallerin hepsinde ortak yön, ceza miktarı üzerinde sanık lehine bir değişikliği öngörmeleridir. Bu on beş, on altı hali bu ortak yönlerine göre bir araya getirmek için hepsini biribiriyle ilişkilendiren ortak hükmü gösterebilecek bir genel konu başlığı bulmak gerekiyor. Bu başlığı,

"Cezayı kaldıran, hafifleten sebepler" şeklinde saptayabiliriz. Artık bununla, bu on beş on altı hali bir araya toplayacak çerçeve, kalıp hazırlanmıştır. Bu çerçeve içine girecek haller tek tek ele alınıp hepsine kendilerini tanımlayabilecek birer uygun başlık verilir :

44 ncü madde için Yasayı bilmemek,
45 nci madde için Kastın Bulunmaması,
46 ncı madde için Akıl Hastalığı,
47 nci madde için Akıl Sakatlığı,
48 nci madde için Geçici Akıl Sakatlığı,

49 ncu madde için Haklı Savunma (Meşru Müdafaa)
50 nci madde için Ceza Verilemeyen Hal
gibi.

Bu işler, cezayı kaldırmak veya miktarını azaltmak kavramına göre ortak yönlü hükme rastlandığı sürece yapılır. Böylece konulan başlıklara da özel konu başlığı denilir.

Bu örnekte görüldüğü gibi özel konu başlıkları, genel konu başlığının saptadığı bölümü oluşturmaktadır ve suçun değişik şekillerini, hukuk ilişkisinin, müessesenin, deyimin, terimin, hukuksal düzenlemenin çeşitli hallerini, bir yasa içinde bulunan çeşitli suçları göstermekte ve onları bir araya toplamaktadır.

Yargısal içtihatlardan toplanan ilke ve kural veya deyim, tanım gibi bilgiler bu özel konu başlıklarının oluşturduğu ayırma kalıplarında toplanacaktır. İstenirse bu bilgilerin kaynakları daha da genişletilir ve bilimsel içtihatlar (doktrin, literatür), mevzuat hükümleri ve yabancı memleketlerle yapılan andlaşmalar dahi birer bilgi kaynağı olarak ele alınır.

Fakat her halde bilgilerin sıralanması doğrudan doğruya bu özel konu başlıklarının oluşturduğu bölümlere uyularak yapılır.

Özel konu başlıkları genel konu başlıklarından daha uzun ve ayrıntılı olabilir. Bu her iki çeşit başlığın niteliklerinin, yapacakları işin doğal bir sonucudur. İkincilerde bir toplama ve geneli içerme (ihtiva etme) görevi olmasına karşılık özel konu başlıklarında doğrudan doğruya, hakkında bilgi verilecek suçu, hukuksal ilişkiyi vd. ni tek tek belirtme niteliği ve görevi vardır. Bu sebeple özel konu başlıkları, verecekleri bilgilerin konularını anlatmak, tanıtmak zorunda kalacaktır. Bu tanımı yaparken özet şeklinde dahi olsa bu bilgilerin unsurlarını kapsaması gerekir. Bu zorunluluk, başlığı oluşturan sözcük adedinin artması sonucunu ortaya çıkarır.

4. Bir üçüncü konu başlığı türü yardımcı nitelikte olan gönderme konu başlıklarıdır. Bunlar, işaret edildiği gibi, genel konu başlıklarına göndermede (atıfta) bulunarak ilişki kurarlar.

a) Saptanan genel konu başlığının gerek metinlerde, gerekse uygulamada başka şekilde söylenişi, tanımı varsa onu dahi değerlendirmek yararlı ve gereklidir (5).

---

(5) Aynı gereksinme özel konu başlıkları için de bahis konusudur.

Örnek olarak :

Görev genel konu başlığı için VAZİFE,
Bilirkişi genel konu başlığı için EHLİVUKUF
Vazgeçme genel konu başlığı için FERAGAT,
Olumsuz saptama dâvası genel konu başlığı için MENFİ TESBİT DÂVASI,

Zincirleme sorumluluk genel konu başlığı için MÜTESELSİL MES'ULİYET sözcükleri birer Gönderme Konu Başlığı olabilirler.

b) Diğer taraftan, incelenen mevzuatın başlık ayırımı yapılırken rastlanan halleri, maddede olmayan fakat o şekilleri tanımlayabilecek başka başlıklarla da anlatmak, açıklamak gerekli görülebilir.

Bu yeniden kullanılacak başlıklar, o mevzuat hükmünde bulunan bilgilerin (konuların) dışında, başlıkları düzenleyen kişinin saptayacağı gereksinmeye göre belirlenir.

Örnek :

Evlenme engelleri arasında olarak Türk Medeni Kanununun 95. maddesinde düzenlenen, kadının yeniden evlenebilme süresi, "Kadın için özel süre" özel konu başlığı altında toplandığı takdirde, yasa metninde olmayan, fakat uygulamada kullanılan İDDET MÜDDETİ deyimi gönderme konu başlığı olabilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 287. maddeden sonra düzenlenen hallerde Senet'ten bahsedilmektedir. Yasada yazılı olmadığı halde uygulamada YAZILI DELİL deyimi yerleşmiştir. Bu deyimi bir gönderme başlığı şeklinde değerlendirmek mümkündür.

Bunun gibi, TTK. nun 744. maddesinde Umumî Mağazalar ile ilgili hükümler düzenlenirken TCK. nun 526. maddesine işaret edildiğinden YETKİLİ MERCİLERİN EMİRLERİNE AYKIRILIK başlığını da bir gönderme konu başlığı olarak kullanmak yararlı olacaktır.

c) Gönderme konu başlıklarının kullanılmasını gerektiren bir üçüncü hal de, mevzuat maddesindeki, aynı düzenlemeye tâbi kılınmış olan çeşitli halleri değerlendirebilmek, sıralamaya koyabilmektir.

Bu hallerden bir tanesi özel konu başlığı olarak kullanılmıştır; aynı düzenlemeye bağlı kılınmış hallerin her birini ayrı ayrı özel konu başlığı olarak ayırmak ve arkalarında bilgi alma kâğıdı toplamak, konular arasındaki birliğin ve uyumun bozulmasına sebep olacaktır. Bu sakıncayı ortadan kaldırmak için - arkasında bilgi kâğıdı toplanmayan - gönderme konu başlıklarından yararlanmak gerekecektir.

TCK. nun 243. maddesindeki hali İŞKENCE genel konu başlığında topladığımız zaman özel konu başlığı, (Sanığa Cürüm Söyletmek İçin) biçiminde olabilir. O takdirde;

Efrada suimuamele,
Haysiyet kırıcı muamele,
Gayrı insanî muamele

gibi madde metninde geçen ve suçu belirleyen halleri İŞKENCE genel konu başlığına bir gönderme yapmak suretiyle belirtmek ve değerlendirmek mümkün olur.

d) Gönderme konu başlıklarının kullanılmasında bir dördüncü şekil de başlığı oluşturan sözcüklerin yer değiştirmeleriyle ortaya çıkan yeni başlıkları göstermektir.

Nesebi sahih çocuk, Sahih nesepli çocuk,

Nesebi doğru çocuk başlıkları buna bir örnek olduğu gibi Ömür boyunca gelir başlığı yerine mevzuatta ve uygulamada kullanılan Kaydı hayat ile irat başlığı da, Hayat boyunca gelir başlıkları da, aramada kolaylık sağlanması için gönderme konu başlığı olarak düşünülebilir.

5. Dil sorunu. Saptanacak konu başlıklarında kullanılacak sözcüklerin kaynağı da önemlidir. Yazın ve konuşma dilimiz, yabancı sözcüklerden hızla arınmakta, aynı şekilde yabancı dil kurallarından da uzaklaşmaktadır. Dilimiz, istense de istenmese de dünkü dilimiz olmaktan çıkmıştır, yarın daha da başka bir görünüme girecektir. Yaşayan bir varlık olarak dilimiz değişmekte, gelişmekte, sosyal yaşamımızın hareketliliğine göre oluşumunu sürdürmekte, evrimini yapmaktadır.

Hukuk dilimizin de bu oluşumun dışında kalamayacağı açıktır. Hâlen yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerimiz, çıkarıldıkları tarih dönemlerinin izlerini kullandıkları dilde de taşımaktadırlar.

Elli yıllık Cumhuriyet döneminin çok hareketli olan dil oluşmasının çeşitli aşamalarında hazırlanmış metinlerin yanında İmparatorluk

döneminin osmanlıcasıyla hazırlanan mevzuat da artık unutulmuş, kullanılması çoktan bırakılmış deyimler, terimler ve kelimelerle günümüz hukuk uygulamasında yer almaktadır. Ancak, dilin kendi bünyesinden gelen hareketlilikle canlılıklarını kaybeden, birer anı haline gelen bu sözcükler geçmişe göçerken bu sözcüklerle düzenlenen mevzuat, hüküm taşımakta süregeliyor.

Bu metinlerle ilgili bir kaynağı konu başlıkları sıralamasına getirdiğimiz zaman hangi sözcüklerin kullanılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Fakat bu sorun ortaya çıktığı anda kullanılmakta olan dil, çözümü de birlikte getirmektedir :

Eskimiş, kullanılması bırakılmış olanların yerine, kullanılması tutmuş, yerleşmiş sözcüklerden genel ve özel konu başlıklarında yararlanmak, metindeki eski sözcükleri gönderme konu başlığı olarak almak.

Böylece her iki tür sözcük (veya sözcük kümesi) de değerlenmiş, en uygun yerlerinde kullanılmış olur. Örneğin Zamanaşımı ile Müruruzaman, Ortaklığın kaldırılması ile İzaleişüyu, Hırsızlık ile Sirkat sözcüklerinde olduğu gibi.

III — GENEL DİZİN

Önceleri ana kanunları (Anayasa, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, İcra ve İflâs Kanunu, Ticaret Kanunu ve bu yasaların yürürlükleriyle ilgili yasaların) bütün maddelerinin tek tek elden geçirilmesiyle saptanan genel, özel ve gönderme konu başlıkları her yasa ve diğer mevzuat için harf sırasına göre düzenlenmiş birer dizinde toplanacaktır. Fakat zaman içinde gelişen dizinlerdeki başlıklar yine harf sırasına göre bir araya getirildikçe ortaya mevzuatın toplu bir konu başlıkları dizini çıkacaktır. Bu dizin, henüz başlık ayırımı yapılmamış olan mevzuat ile yeni çıkan mevzuatın da başlık ayırımı yapılmakla sürekli olarak oluşum halinde bulunacaktır.

Yargıtay kararlarının sıralanmasında yöntem sorunu incelenirken konu başlıklarının bir genel dizinde toplanması gereğine işaret ediyoruz. Bu, ele aldığımız konunun dışına çıkıldığı izlenimini doğurabilir. Kararların sıralanmasında önde gelen amaç, benzer konu ve olay hakkında Yargıtay'ca gösterilmiş olan çözüm yollarının, karşılaştırmalar yapmak ve bu karşılaştırmalardan çıkan sonuçları değerlendirmek için bir araya toplanmalarıdır. Bu amacın gerçekleşmesinden sonra veya onunla beraber gerçekleşmesi düşüncesiyle ortaya çıkan

bir başka amaç daha vardır. Bu belki biraz daha uzak bir amaçtır, fakat hukukumuz için ele alınacak, işlenecek bir konudur :

Yüksek mahkemenin içtihatlarında ve mevzuatta yer alan bilgilerin (hukuk müesseseleri, ilişkiler, suçlar, deyimler, tanımlar vd. ile ilgili bütün hükümlerin) bir kavram sözlüğü gibi bir araya toplanması.

Yargıtay içtihatları ve mevzuat hükümlerinden başka bu çalışmaya zamanla bilimsel içtihatlar ve yabancı devletlerle olan andlaşmalar da alınırsa o zaman Yargıtay'ın uygulamalarında ele aldığı ve yararlandığı tüm kaynaklarda bulunan her türlü hükmün ilke ve kural dökümü yapılmış ve ilgilendikleri konu başlığının arkasında sıralanmaya konulmuş olacaktır.

Bütün bu kaynaklardaki ortak yanlı hükümlerin ve konuların bir araya toplanması hukuk uygulamacıları kadar bu uygulamacılara yeni görüş açıları getirecek, onlara yepyeni bilgi kaynakları hazırlayacak olan araştırmacıların da çalışmalarına olanak sağlayacak ve kolaylaştıracaktır. Hukukçuların çok gereksinme duydukları bilimsel kaynak bulma sıkıntısına bir yönü ile bu, konu başlıklarının genel dizini bir çare olabilecektir.

HUKUK VE ADALET
(I)

Mürsel DOĞAN (*)

PLAN

Giriş :

BİRİNCİ BÖLÜM :

A. HUKUK KAVRAMI
B. HUKUKUN DOĞUŞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

I. Hukukun Doğuşuna İlişkin Görüşlerin Farklı Oluşu.
II. Sofistlere Göre Hukuk.
III. İlk Çağda Doğal Hukuk Görüşü.
IV. Pozitif Hukukçulara Göre Hukuk.
V. Hukuku Değişik Biçimlerde Ele Alan Çağdaş Görüşler.

C. HUKUKUN FONKSİYONLARI

I. Genel Olarak Hukukun Belirlenmesi.
II. Objektif Faktörlerle Hukukun Fonksiyonlarının Belirlenmesi.
III. Hukuk Düzeni Sağlama Fonksiyonu.
IV. Hukukun Toplumsal Yaşamın Gereksinmelerini Karşılama Fonksiyonu.

İKİNCİ BÖLÜM :

A. ADALET

I. Adalet Kavramı.
II. Adalete İlişkin Görüşler :
1 — Eski Yunan'da Adalet Anlayışı.
2 — Roma Hukukçularına Göre Adalet Anlayışı.
3 — Doğal Hukuk Okulu.
4 — Tahrikçi Hukuk Okulu.
5 — Pozitivizm.
6 — Sosyolojik Okullar.
7 — Adalete İlişkin Bireysel Görüşler.

III. Adaletin Türleri :

1 — Objektif Ve Subjektif Adalet.
2 — Yasal Adalet İle Yasa Üstü Adalet.
3 — Objektif Olarak Adaletin Belirgin Türleri :
a) Denkleştirici Adalet.
b) Dağıtıcı Adalet.
c) Hakkaniyet (Nasfet) Adaleti.
d) Sosyal Adalet.

(*) Hukukçu.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM :

HUKUK VE ADALET
A. GENEL OLARAK
B. BİR KÜLTÜR OLARAK HUKUK VE ADALET
C. HUKUKTA AMACA UYGUNLUK VE ADALET
I. Hukukta Pratik Amaca Uygunluk ve Adalet
II. Hukukta Fayda ve Adalet
D. YASA-DEVLET İDARESİ VE ADALET
E. HUKUKSAL GÜVENLİK VE ADALET
F. HUKUK VE ADALETE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİN KARŞILAŞTIRILMASI
I. Doğal Hukuk Ve Adalet.
II. Pozitif Hukuk Ve Adalet.
III. Faydacı Hukuk ve Adalet.

SONUÇ

GİRİŞ :

Geçmişte olduğu gibi günümüzde'de hiçbir zaman günceliğini yitirmiyen ve üzerinde yoğun tartışmaların sürekli olarak yapıldığı konulardan birisi'de kuşkusuz "Hukuk ve Adalet" tir. Gerek toplumsal yaşam içerisinde ve gerekse yazın hayatında çoğu kez Hukuk ve Adaletin bir arada kullanıldığına, hatta bazen eş anlamlarda bile kullanıldığına rastlanmaktadır. Bundan, bu iki kavramın varlığı ve beraberliğinin toplumsal yaşam için ne kadar önemli olduğu anlaşılmaktadır. Adeta iç içe olan ve bir birini tamamlayan bu iki kavramın bir birinden farklılıkları vardır. Adalet, hukukun bir fonksiyonu olarak, onu tamamlar ve toplum ile birey için yararlı bir amaca yöneltir. Hukuk ise, oluşturduğu kurallarla adaleti sağlar, korur ve devam ettirir. Geçerli ideal bir hukuk için ne kadar adalete gereksinme duyuluyorsa, adaletin varlığı içinde o kadar hukuka gereksinme vardır. Kısacası, birinin varlığı, diğeri olmaksızın düşünülemez.

Bireyin tek başına yaşamını sürdürmesi, masallara özgü bir olasılık olmasına rağmen, tek başına yaşıyan bireyin hukukundan söz edilemez. Bireylerin bir araya gelmesiyle oluşan toplumda sosyal ilişkiler doğar. Bu ilişkilerin düzenlenmesini içeren kurallar, hukuku oluşturur. Her toplumun, kendine özgü koşulları ve özelliklerinin varlığı, o topluma uygun bir hukuku gerektirir. Başka bir deyimle toplumsal bir olgu olan hukuk her toplumun yapısı, ilişkiler düzeni ve işleviş biçimine koşut olarak farklı biçimlerde oluşur (1). Bu nedenle her

(1) ÇEÇEN, A. Hukukta norm ve adalet, AHFM, C. XXXII, Sy. 1-4, ANKARA 1976. Sh. 72.

toplum için geçerli bir hukuk tanımı yapmak olanaksızdır ancak hukukun, kısaca, toplumu düzenliyen kurallar bütünü olduğuna ilişkin görüş birliği vardır (2).

Yukarıda hukuk kavramı için belirtilenler, adalet kavramı içinde geçerlidir. Bu konuya daha sonra etraflıca değinileceğinden burada kısaca adaletin, hak ve hukuka uygun hareketle hakkı aözetmek ve yerine getirmek (3) biçiminde genel bir tanımını vermekle yetinilecektir.

Konunun geniş olması ve incelememizin dar bir zamanla sınırlı olması nedeniyle yerli kaynaklardan yararlanma yolu izlenmiştir. Bu nedenle yabancı hukuk kaynaklarından doğrudan yararlanma olanağı bulunmamış olup, ancak yerli kaynaklardaki atıflarla yetinilmek zorunda kalınmıştır.

İncelememiz giriş ve sonuç kısımları ile üç ana bölüm altında işlenecektir. Birinci bölümde, "Hukuk kavramı", "Hukukun doğuşuna ilişkin görüşler" ve "Hukukun fonksiyonları" üzerinde kısaca duracağız. Bundan sonra ikinci bölümde "Adalet kavramı", "Adalet düşüncesine ilişkin görüşler" ile "Adaletin çeşitleri" üzerinde kısa açıklamalar yapacağız. Üçüncü bölümde'de "Hukuk ve Adalet" konusuna değineceğiz. Sonuç kısmında da konunun kısa bir sentezini vermeye çalışacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

A. HUKUK KAVRAMI

Hukuk kavramı, hukuk bilimcilerince köklü olarak incelenmiş ve topluma gerektiği kadar aktarıldığından, ne olduğu konusunda herkeste az çok bir fikir vardır (1). Ancak bunun yanında hukuk kavramının kesin bir tanımını yapmak zordur. Bunun sebebi, bütün Hukuk araştırmaları sonucunda ortaya çıkarılan çeşitli tanımların hemen hepsinde doğru olan unsurlarla birlikte doğruluğu tartışmalı olan konuların yer almasından ötürü üzerinde görüş birliği sağlanan bir tanımın kabul edilmemesindendir (2).

Hukuk kavramı, tarih boyunca her toplumun ekonomsal, yönetsel ve kuramsal olgularına koşut değişik anlamlar kazanarak belir-

---

(2) AYTEMİZ, S. : Hukuk, İktisad ve ticaret lugatı, Ankara 1963, Sh. 68

(3) MEYDAN-LAROUSSE : Büyük lügât ve Ansiklopedi, C. 1 Sh. 70

(1) ÖKTEM, N. : Hukuk felsefesi, Cumhuriyet, Sy. 19313, 4 MAYIS 1978.

(2) ÇEÇEN, A. : Agm. Sh. 72; ARAL, V : Hukuk ve Hukuk bilimi üzerine İstanbul 1975 Sh. 1-2

lenmiştir. Sosyal olgu, adalet ve kural (norm) gibi üç öğeye dayanan hukuku, oluşum süreci içinde değişik okurlardan her biri, bu öğelerden birine önem ve ağırlık vererek tanımlamışlardır (3). Hukuku norm açısından inceliyen Hukuksal pozitivizim ve normativist (kuralcı) pozitivizm okurlarına göre hukuk, görünen, somut ve pozitif kurallar bütünü yada diğer birdeyimle, mantıki-formal bir içerikte olan ve bu içeriğinden ötürü kavranabilen bir olguyu yansıtan kurallar (normlar) bütünü olduğu biçiminde tanımlanır (4). Hukuk, temel yasa (Anayasa), yasa, tüzük, yönetmelik ve kararname gibi kurallar (normlar) biçiminde somut olarak açıkça görülür.

Hukuku, "Değer", "Adalet" açısından inceleyen Doğal Hukuk Okulu, Hukuk kavramını, doğuştan vazgeçilmez, devredilmez hak ve özgürlüklerin varlığını adaletli olarak düzenliyen bir olgu şeklinde tanımlar (5). Bu tanım biçiminde hukukun, yukarıdaki tanımlardan farklı olarak kural (norm)'dan çok adalet üzerinde temellendirildiği görülür.

Hukuku, "Sosyal olgu" ya dayandıran okullar, Tarihçi Hukuk okulu, Dayanışmacı okul ve Marksizm olmak üzere üçe ayrılmaktadır (6). Tarihçi hukuk okulu, hukuk kavramının, metafizik bir halk ruhunda yani "Milli ruhda" kendiliğinden oluşan ve o ulusun kültürünü yansıtan ve idarenin başı tarafından uygulanan kurallardan ortaya çıktığı biçiminde niteler. Dayanışmacı okul ise, doğal hukuka yaklaşan bir tanımla hukuk kavramının toplumun devamlılığında ve dayanışmanın yürütülmesinde objektif bir ölçüte göre belirlenen kurallardan oluşan bir kavram niteliğini taşıdığını vurgular. Marksist hukuk anlayışına göre, "Olan" ve "Olması gereken" hukuk ayırımı yapılmakta, "Olan hukuk" beyenilmeyip, "Olması gereken hukuk" un daha adil olacağı değer yargısıyla yola çıkılarak diğerine tercih edilmektedir. Bundanda hukuk kavramının kısaca "Alt yapı ilişkilerinin, üst yapı olarak kurumlaşması" biçiminde tanımlandığı görülür (7). Yukarıda kısaca aktarılan üç katagori hukuk anlayışında'da, hukuk kavramının, değişik tanımlandığı ve üzerinde görüş birliği sağlanan bir tanımın yapılamadığı görülmektedir.

Hukuk kavramının tanımında çağdaş yazınımızda'da bir birlik görülmektedir. Nitekim sözlük anlamıyla hukuk, toplumda hak ve ha-

---

(3) ÖKTEM, N. : Sh. 2
(4) ARAL, V. : Kelsen'in Hukuk anlayışı, İHFM. C. XXXIV, Sy. 1-4, Sh. 517
(5) ÖKTEM, N. : Agm. Sh. 2
(6) ÖKTEM, N. : Agm. Sh. 2
(7) ÖKTEM, N. : Agm. Sh. 2

kikatlerin gerçekleştirildiği bir düzen olarak tanımlanır (8). Hukukun bütün unsurlarını içermekten uzak olduğu kuşkusuzdur. Çağdaş bir toplum için hukuk düzeni, toplum yaşamının, sürekliliğinin ve gelişmesinin vazgeçilmez ilk koşulu olmakla birlikte hukuk, özgürlükleri sınırlayarak insanlar arasında eşitlik sağlıyan davranış kuralları olduğu (9) biçiminde tanımlandığı gibi, buna koşut olarak "Hukuk, toplumu düzenliyen ve Devlet müeyyidesi ile kuvvetlendirilmiş bulunan kaidelerin bütünü" (10) olarakda tanımlanır. Bu tanım seşklinde'de, hukuku oluşturan öğelerin hepsini içermediği gibi, özgürlükleri sınırlayan kurallar bütünü olarak hukukun tanımlanmasına dayanılması da sakıncalı sonuçlara ulaşılabilir.

Çünkü sınırlamanın derecesini tayin etmek güçdür. Ne derecede bir sınırlamanın hakkı ve adaleti sağlıyarak kurala, hukuki bir yön vereceğini kestirme güçlüğü karşısında, adaletli ölçünün kaçırılması olasılığı da bulunmaktadır. Bu durumda kuralın hukukî değerini koruduğu kuşkuludur.

Bu arada hukuku, sadece ekonomsal ilişkilerin düzenlenmesi biçiminde tanımlamaya çalışanlarda bu görüşlerini şu şekilde açıklamaktadırlar (11). Toplum bilimcilere göre, hukuk, toplumun ilkel komünal üretim biçiminden ayrılarak sınıflara bölündüğü evrede beliren bir tarihsel olgu olduğundan, bir "Düşünce sistemi değil, bir "Ekonomsal ilişkiler sistemidir". Hukuk, insan yaşamını maddi koşullarından kaynaklanan, bir toplumun ekonomsal yapısının temelini oluşturan "Üretim ilişkileri" denen ilişkilerin tümünü düzenleyerek onun üstünde yükselmiş bir "Üst yapı" kuramıdır. Buna karşı metafizikçi hukukçuların, "Hukuk, Ahlâk ve Din gibi" toplum içinde istenen düzenin sağlanmasına yarayan toplumun dirlik-birlik, düzen-güven gereksinmelerini karşılayan bir değerler sistemidir" biçiminde yaptıkları bu tanımda'da aslında ekonomsal ilişkilerin düzenlenmiş olduğu gerçeği sezildiği dile getirilir. Bu tanımlarında, hukuku, sadece ekonomsal ilişkilerin düzenlenmesi açısından ele almaları ve bu arada ahlaki yönünü bir yana bırakmaları, eksikliklerini kanıtlamaktadır.

Şimdiye kadar verilen tanımlardan sonra kabul edilebilir bir hukuk kavramı tanımı, aşağıdaki biçimde yapılabilir; "Hukuk, adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzenini oluşturan kurallar bütünüdür" (12).

---

(8) AYTEMİZ, S.S. : Agl. Sh. 68; Meydan Larousse : Agl. C. 6, Sh. 47
(9) YÖRÜK, A.K. : Hukuk başlangıcı, İstanbul 1956, Sh. 6
(10) VELİDEDEOĞLU - KAYNAR : Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1961 Sh. 20
(11) SEREZON, R. : Hukukun sefaleti, MHAD. Y.5, Sy. 8, İstanbul 1971, Sh. 61-62
(12) ARAL, V. : Hukuk ve Hukuk bilimi üzerine, İstanbul 1975, Sh. 13

Tanımın, hukuku belirleyen üç öğe olan sosyal olgu, adalet ve kural (norm) birlikte içerdiği gerçeği açıktır. Nitekim sosyal yaşam derken toplumun sosyo-ekonomsal gereksinmeleri kastedilerek bunların hukukun son amacı olan adaletin ışığı altında hakkaniyetle düzenlenmesi gereği arzulanmaktadır. Tanımda üçüncü belirgin öğede düzen gereği olan kuraldır. Her düzenin bir kuralı olması zorunludur. Doğa düzeninde nasılki fizik kuralları geçerli ise hukuk düzeninde de hukuk kurallarının bulunması zorunludur. Böylece bu tanımın, karmaşık olan hukuk kavramını en iyi tanımladığı sonucuna varılabilir.

B. HUKUKUN DOĞUŞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

I. Hukukun Doğuşuna İlişkin Görüşlerin Farklı Oluşu

Hukukun doğuşuna ilişkin bir birinden farklı pek çok görüşün ortaya atıldığı ve günümüzde bile üzerinde tam bir anlaşma ve uzlaşmaya varılarak kabul edilen bir görüşün bulunmadığı bir olasılıktır. Toplumsal bir olgu olarak ortaya çıkan hukuk düzenleri, nizamladıkları alanlarda inanılan ve devredilmez bir kurum izlenimini uyandırırlar. Devlet, evlilik ve aile gibi toplumsal kurumlar, doğumları ile bireylerinin ilişkilerini, düzenlerinin işleyişini saptayan zorunlu ve geçerli kurallarını da beraber getirirler. Diğer bir deyimle her toplumsal kurumun doğumuyla birlikte hukukuda oluşur. Önceleri noksansız ve yetkin gibi görünen bu hukuk düzenleri sonrada toplumsal kurumların gelişme ve evrimleşmesi karşısında noksansız ve yetkin olmadıkları ve olamıyacakları kuşkusuyla yüz yüze gelirler. Bu nedenle gerçek hukuk ve adaletin ne olduğu veya ne olması gerektiği, diğer bir deyimle, her zaman için geçerli ideal bir hukukun nasıl yaratılabileceğine ilişkin tartışmalar yıllarca süregelmekte olup, günümüzde bile bu soruna etkin ve açık bir çözüm getirilememiştir (13). Böylece hukukun doğuşuna ilişkin çeşitli ve farklı görüşlerin, hukukun doğuşunda rol oynıyan real veya ideal türden bir çok faktörlerden birisi veya bir kaçına dayanarak bu olguyu açıkladıkları anlaşılmaktadır. Ne varki, bu görüşlerin hiç birinide hukukun oluşumunu tam anlamıyla açıklıyamadıkları ortadadır.

Hukukun doğuşuna ilişkin görüşlere geçmeden önce genel olarak hukuku yaratan güçleri kısaca anımsamakta yarar vardır. Bu güçler, maddi yarar, ekonomsal ilişkiler, Din ve Ahlâk ilkeleri bazanda kin, korku, öç ve kardeşlik gibi duygulardan oluşabilmektedir.

---

(13) ARAL, V. : Age. Sh. 1-2

Hukukun doğuşunu genellikle tek hukuk öğesinden yola çıkarak farklı güçlere dayandıran görüşleri kısaca açıklamak faydalı olacaktır. Hukuk, ilk çağlarda tanrısal bir iradenin eseri ve emirleri olarak nitelenerek uygulanıyordu bu bakımdan hukukun, eski devirlerde tanrısal bir merciden kaynaklandığı anlaşılır. Fakat sonradan toplumun sosyo-ekonomsal ilişkilerinin düzenlenmesi gereksinmesinden dolayı, yavaş yavaş hukukun, "İlahi" olmaktan çıkarak "Dünyevi" yani pozitif bir hukuk sistemi yönünde geliştiği görülür. Pozitif hukuk, toplumların töre ve geleneklerinden doğmuş, yazının icadından çok önceleri oluşmuştur. En eski hukuk metinlerinden HAMURABİ kanunları ise, ancak dörtbin yıllık bir geçmişi vardır. Pozitif hukuk, sonsuz bir evrim içindedir. Gerçekte belli bir anda güçler arasındaki ilişkileri kaydeder.

II. Sofistlere Göre Hukuk

Sofistler, gerek bilgi ve gerekse etik bakımından tam geçerli bir gerçeğin bulunmadığı savındadırlar (14). Bu nedenle yasacıya yol gösterecek hiçbir yüce ilke bulunmadığı sonucuna varmışlardır. Hukukun, yasa koyucunun iradesinden kaynaklanan ve güçlülüğün ifadesi olan yasalarla oluştuğunu vurgularlar.

III. İlk Çağda Doğal Hukuk Görüşü

Ahlakın somutlaşmasıyla hukukun doğduğuna ilişkin görüş, SOKRAT, EFLÂTUN ve ARİSTO tarafından ileri sürülmektedir.

SOKRAT'a göre, hukuku oluşturan yasalar, her ülkede yurttaşların rızasıyla konan değişebilen yazılı ve milletlerin arzu ve anlayışlarıyla değil, tanrının iradesiyle açıklanan yazılı olmayan değişmez yasalar biçiminde ortaya çıkarlar (15).

ARİSTO'da buna koşut olarak hukuku, doğal ve biçimsel uygulanan hukuk olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Doğal hukukun, insan tabiatının yasası olduğunu, yer ve zamana göre değişmeyen, geçerliliğini yasal bir otoritenin dayanağından almıyan bir hukuk olarak tanımlar. Biçimsel uygulanan hukuk ise, doğal hukuka az çok uymak üzere insanların anlaşarak kabulü ile oluşan ve değişebilen, geçerliliğini Devlet otoritesinden alan kurallar olarak niteler (16). Sokrat ve Aristonun bu hukuk anlayışına yakın bir hukuk anlayışı Çiçero ve

(14) ÇAĞIL, O.M. : Hukuk Metodolojisi, İstanbul 1969 Sh. 78
(15) YÖRÜK, A.K. : Sokrat, Ahlak Hukuk felsefesi, İHFM. C. XVI, Sy. 1-2 Sh. 289 Vd.
(16) YÖRÜK, A.K. : Agm. Sh. 290-299

Sen Augustin, Thamasso, Grotius, Pfendorf'dada görülür. Bunlara göre, hukuk insan tabiatından doğar, ancak adalet, tanrının iradesi ile oluşan yazılı olmıyan yasalara dayanır. Hukuku devletin koyduğu yasaların üstünde yer aldığına ilişkin tanrısal bir düzenden kaynaklandığına dair bir birine yakın bir anlayışı paylaşmaktadırlar (17). Diğer taraftan THAMASİGS, hukukun aklin eseri olduğunu belirtir. Günümüzde'de bu anlayış şöyle deyimlenir; ruh ile akıl aynı anlamda alınarak, bunun örneğin halk ruhu gibi bir topluluğun veya şeyin genel karakterini gösterdiği, tinsel ruh gibi tüm alemin derinliklerindeki soyut bir varlığı gösterdiği, insanın hayati enerjisinin kaynağını oluşturduğu, bireyin psikolojik durumunu içerdiğini ve ferdin bedeni işlev ve çabalarını yetkinleştirme, geliştirme ve güzelleştirme iradesini taşıdığı söylenir.

Bundan'da aklın, bireyin yaşamını yetkinleştirme, geliştirme ve güzelleştirme çabalarını korumak suretiyle bireyleri mutlu kılmak için gerekli kuralları düzenliyerek hukuku yaratmak zorunda olduğu vurgulanır (18). Leibnitz'de hukukun akıl yürütme yoluyla yani mantıkla yaratıldığını savunmak suretiyle aynı paralelde görüşünü belirtir.

Greko-Romen Filozoflara Göre Hukuk

BACON ise, pozitif hukukun, tabiî hukuktan üstünlüğünden yola çıkarak, gerçek anlamda hukukun pozitif olarak oluştuğu tezini ortaya atar. Buna karşılık BOSSBET, bu deyimi kabul etmemekle beraber, hükümdar iradesiyle oluşundan üstün bir ilahî kanunun varlığını kabul eder. Görülüyorki, Greko-Romen Filozoflar, Devletin yasalarının koşullara paralel olarak değişmesini aklın bir eseri eşklinde görmekte ve doğal yasalara dayandıkları sürece hak ve meşru olacaklarını öngörmektedirler. İslam anlayışında'da "Doğal Hukuk ve Doğal yasa", "İslam Hukuku ve Şeriat" biçiminde deyimlenmiştir. Tevrat ve İncilde'de İslamiyetteki hukuk anlayışına koşut olarak bir Doğal hukuk anlayışı görülür. 18 nci yüzyılda doğal hukuk okulu bu anlayışı dahada biçimlendirmiş ve Fransız Devrimi beyannamesi ile politika sahasınada geçmiş olup, Kant ilede ideal ifadesini bulmuştur (19).

Doğal Hukukçulardan J.J. RAUSSEAU'ya gelince, tek başına yaşıyan bireyin hukuktan haberi olmadığı, hukukun ancak bir insan toplumunun kurulmasıyla başlıyabildiğini ileri sürer ve bunun yanın-

---

(17) BAŞGİL, A.F. : Devlet nizamı ve Hukuk, İHFM. C. XIX, Sh. 579
(18) GÖGER, E. : Hukuk başlangıcı, Ankara 1976 Sh. 68-69
(19) BAŞGİL, A.F. : agm. Sh. 586-587

da doğal hukukun önemi üzerinde'de durur. O'na göre doğal hukuk, bireylerin bir takım hak ve ayrıcalıkları vardırki bunlar devletten önce vardır ve insan bunlarla doğar. Birey, bu hakları doğuşunda beraber getirdiği ve insan olmak sıfatıyla sahip olduğundan, bunları sağlamak ve korumak için "Devlet" diye bir düzen ve kuruluş oluşturmuştur. Devletin varlığının nedeni bireylerin doğuştan sahip oldukları haklarını eşit ve adaletli biçimde kullanmalarını gerçekleştirmektir. Devlet, bu koruyucu görevini yasalar gibi hukuk normları şeklinde saptayarak uygular (20).

Devlet egemenliğinin sağlam bir temele oturması için bireyler tarafından benimsenen bir hukuk ve yasaya dayanması gerektiğine inanır. Bunu, bir bakıma hukukun kuvvetede dayanması koşuluna bağlıyarak "En güçlü olan kimse (Devlet), kuvvetini hukuk biçimine ve ilgili olanların uymasını zorunlu duruma sokmadıkça, hiçbir zaman yeterli derecede egemen olamaz" demektedir (21).

Doğal Hukuk Kuramının, bireysel özgürlükleri kabul ve savunması, ona "Ferdi Hukuk" veya subjektif hukuk" yahut "Liberal Hukuk" olarak'da deyimlenmesine yol açmıştır. Aynı zamanda her toplumun sosyo-ekonomsal yapısına uygun olarak'da geçerli hukuk düzeni doğmaktadır. Nitekim Feodal üretim ilişkilerinde "Mutalkiyetçi - Dinsel Hukuk", serbest, yarışmacı kapitalist üretim ilişkilerinde "Liberal-Laik Hukuk" gibi hukuk düzeni, ekonomsal öze göre biçimlenmektedir. Bir toplumun hukuksal düzeni o toplumdaki sınıf çatışmalarını yumuaştarak ve düzen çitleri içerisinde tutarak(egemen sınıf yararına sürekliliği sağlamayı amaçlayan bir düzendir (22). Bu alandaki görüşlerin eleştirisi şu şekilde yapmak olanaklıdır. Doğal Hukuk anlayışı, hakkın bir fikir, bir varsayım, bir ideal olduğu ve bunun iyi kötü kanunlarla ifadesini bulduğu ve kılışeleştiği biçimindeki açıklamaları yerinde olmakla birlikte bireyin, sosyo-ekonamsal yönü ile devlet yaşamı koşulları dışında bir hak ve ayrıcalıktan yararlanmasına ilişkin varsayımları ile yanılgıya düştükleri görülür.

IV. Pozitif Hukukçulara Göre Hukuk

XIX ncu yüzyılda pozitivizmin önem kazanmasıyla, Nictzsche, W. James, H. Berkson gibi düşünürlerin doğal hukuka karşı tepki göstermeleriyle, bu hukuk anlayışı önemini yitirmiştir. Pozitivizm İngiliz

---

(20) BAŞGİL, A.F. : agm. Sh. 581

(21) HİRSCH, E.E. : Kuvet ve Hukuk. AHFM. 40. Yıl armağanı, Ankara 1966Sh. 173 vd.; TOPÇUOĞLU, H. : Sosyoloji Sh. 293

(22) SEROZAN, R. : agm. Sh. 62

Bendhem, Hegel ve İherink tarafından'da gerçek anlamına kavuşmaktadır.

İngiliz Bendhem, Doğal Hukuk görüşüne karşı çıkarak "Hukuk, zararı yok edici ve yarar sağlayıcıdır. Şahsi fayda ve kamu yararları Devlet eliyle yasalaşmasıyla oluşmaktadır. Bu nedenle Hukuk ve yasa aynı şeydir. Kanun dışında hukuk diye bir şey var olamaz." Demektedir. HEGEL ise, "Hukuk, bir devlet ülkesinde uygulanan ve devletçe uyarlığı zorunlu kılınan kuralların bütünüdür ve iki unsuru vardır; birincisi kural, ikincisi, maddi zorlamadır (Cebir ve tazyiktir). Bireyin, tek başına ne hakkı vardır, nede değeri. Kişisel hak ve değer, devletin varlığından kaynaklanmaktadır. Bireyin yasa üstünde, yasa ve devlete karşı hakları olamaz. Kişi, devletin yasalarla verdiği ve izinli kıldığı ölçüde hak sahibi olabilir" biçiminde görüşünü açıklar (23).

Buna koşut olarak İHERİNK'de, "Hukuk, bir devlet'te zorunlu yasalarla uygulanan kuralların bütünüdür. Zorunlu yasalar, devletin tekelinde olduğu için yalnız devletin bu amaçla koyduğu kurallar, hukuk kuralını oluşturur. Devlet, hukukun tek kaynağıdır" diye belirtmekle beraber devletin gücüne bir sınır tanıyor ve devletin dikte ettiği yasalara kendisinin'de uymasını zorunlu bulur. Bu, devletin kendi kendisini sınırlaması (AUTO-LİMİTATİON) kuramı gereğidir (24). Günümüzde'de taraftar bulan ve yasal otoriter hukuk (Normativist pozitivizm) kuramı olarak belirlenen bu hukuk anlayışı, devletin, bireylerden esinlenmeden kendisi hukuku yarattığını kabul etmesiyle yanılgıya düşmektedir (25).

Görülüyorki, hukukun doğuşuna ilişkin görüşler, oluştuğu çağın sosyo-ekonamsal bilincine göre değerlendirilerek dile getirilmektedir. Nitekim hukuk, ilk evrelerinde egemen sınıfın açık zorbalığı veya kaba gücünün yerine geçerek yargıç kararlarıyla oluştu. Bu evrede, yasa koyma ve uygulamanın tek elde olduğu görülmektedir. Sonradan tek bir somut olaya ilişkin kuralın bu olayı izleyen benzer olaylarada uygulanmak suretiyle, hukuka yaygın genel bir işlerlik kazandırıldı (26).

Kapitalist üretim biçimi döneminde, ekonomsal girişimlerin ve sonuçlarının önceden kestirilebilirliğine karşın bu dönemde hukuk'da, ekonomsal çıkar çatışmalarının çözümlenmesinde hukuksal yargıların önceden görünebilmesi ve kestirilebilmesine uygun olarak biçim-

---

(23) BAŞGİL, A.F. : agm. Sh. 586-587
(24) MEYDAN-LAROUSSE : agl. Sh. 588
(25) BAŞGİL, A.F. : agm. Sh. 588
(26) SEROZAN, R. : agm. I, Sh. 62

leniyordu. Buna göre, kapitalizm döneminin görüşlerini rasyonalist doğal hukuk okulu ile pozitivist ve normativist okullar belirledi (27). Rasyonalist Doğal Hukuk Okulu, "Özgürlük ve eşitlik" sloganları ile Burjuva Demokratik devriminin öznel koşullarını hazırlıyarak yasalaştırma eyilimini gösterdi. Bu akım, özgürlük ve eşitlik sloganları ile egemen sınıf için tehlikeli olmaya başlayınca yerini Analitik Pozitivizm'e bıraktı analitik pozitivizm, Burjuvazinin rosyonellerine, çıkarlarına ve gelecek güvenliğine uygun olarak, hukukçuyu diyalektik boyutlardan yoksun bir yasacının kısır döngüsüne soktu. Böylece yargıç, bu dönemde mekanik-analitik mantığın dar kalıpları arasına sıkıştı (28).

FİZYOKRAF ve MANCHESTER'cilere göre, feodalitedeki gibi somut-kişisel-keyfi bir hukuksal siyasal iktidar, serbest yarışmanın mahiyeti ile bağdaştırılamazdı. Yasama ve yargılama iktidarı, belli bir kapitaliste yada kapitalistler zümresine bağlanmamalı, somut-kişisel olmayan, tarafsız bir güç tarafından temsil edilmeliydi özel ve somut kişilerin takdirleri, izinleri, buyrukları değilde genel ve soyut yasa kuralları egemen olmalıydı. Herşeyden önce yargıcın, ekonomsal kavgaya karışmaması, taraf tutmaması gerekliydi. Hukukçu, ekonomsal özü kurcalamamalı, "Hukuksal biçime kapsamalıydı". Bu nedenle hukukçu, yasa koyucusu ve uygulayıcısı ile toplum üstüne çıkarılmış, mal ve iş pazarı ile devlet birbirinden ayrılmıştı.

Kuvvetler ayrılığı, bu düşünceden doğuyordu bundan ötürü devlet ile toplum, kamu ile özel hukuk gibi kavramlar, kesinlikle bir birinden ayrılmıştı ancak bu genel-soyut, şahsi olmayan "Hukuk Devleti" anlayışı yerini "Tekelci" mali sermaye iktidarına bırakmıştır buna göre, genel yasa egemenliği'de yerini özel ayrıcalık yasalarına ve yargısal denetim dışında tutulan "Hükümet tasarrufları ile yasa gücünde kararnameler egemenliğine bırakmıştır. Böylece hukuk, daha dar kalıplar içerisinde uygulanarak adalet ve eiştlikten uzaklaştırılmıştır. Bu tür yasaların egemenliği kuramından yola çıkarak yasaya körü körüne bağlılık, kapitalist üretim biçiminde egemen sınıfın rasyonelleri ile, çıkarlarıyla uyumlu bir yöntem olduğundan adaletli bir hukuk anlayışının yaratıldığını yansıtmaz (29).

V. Hukuku Değişik Biçimlerde Ele Alan Çağdaş Görüşler

Hukuk, bir fenomen, bir ideal, bir sosyal düzen olarak incelendiği

(27) SEROZAN, R. : agm. I, Sh. 64
(28) SEROZAN, R. : agm. I, Sh. 65
(29) SEROZAN, R. : agm. I, Sh. 65-67

gibi, aynı zamanda bir bilim dalı olarak'da ele alındığı görülür (30). Bireylerin bir arada yaşamalarından ötürü ortaya çıkan yarar çtışmsı biçimindeki olayların çözümünü gerçekleştirmesi bakımından hukuk bir fenomendir. Çünki hukuk ancak bu tür olayların oluşmasıyla, bir çözüm aracı olarak doğmaktadır. Yani burada hukuk, bir "olan" şeklinde görülür.

Hukuk, ideal olarak bir "olması gereken" dir. Diğer bir deyişle yürürlükte olan hukuk kurallarının üstünde genel, her zaman var olan ve adaleti sağlama bakımından yetkin bir nitelikte bulunan hukuk idealdir. Doğal Hukuk anlayışından kaynaklanan bu yönüyle hukuk, erdeme yani etik değerlere dayanır. Kişiliğin bir fonksiyonu olan erdem, bireyin görevi ve özgürlüğü kapsamına giren konulara ilişkin etik değerleri savunması ile sağlanır.

Etik değerlere yani erdeme karşı olan yükümlülüğünü yerine getiren ve bireylerin korunmasını ön planda tutan adaletli düzenler, ancak hukuku doğurabilir. Bu nedenle hukukun temelini, dinsel, bilimsel sosyal ve tarihi etik değerler oluşturur. Diğer bir söyleyişle Hukuk, tüm etik değerlerin soyut bir biçimde ifadesidir. Birey, bu etik değerleri, kendisine tanınan yetki ve özgürlük oranında koruduğu sürece adaletli sonuçlar doğacak, buna karşın yetki ve özgürlük sınırını aştığı an adaletsizlik söz konusu olacağından, kısıtlamaları öngören kurallarla karşılaşması hukuk gereğidir (31).

Hukukun, toplumsal ilişkileri, bağdaştırarak sınırlayan ve güvenlik sağlayan bir fenoman olması, onun sosyal bir düzen olarak ortaya çıkmasına yol açmıştır (32). Hukuk kuralları, sosyal düzeni kurmak için bireylerin dış ilişkilerini denetim altında tutarak özgürlükleri sınırlayıcı biçimde belirmişlerdir (33). Hukukun yukarıda belirtilen değişik görünümleri yanında ayrıca bir kültür veya tinsel bilimlerin bir dalı olarakda bilimsel bir biçimde kavranması zorunluluğu vardır. Genellikle içeriği belirsiz ve anlaşılması güç uygulanan hukukun, açık ve kesin biçimde yorumlanarak anlaşılmasının sağlanması bilimsel çalışmalarla sistemleştirilmesine bağlıdır (34).

Görülüyorki, hukukun karışık bir kavramı içermesi ve değişik biçimlerde görünümleri olması yanında kaynaklanması bakımından'da aynı karmaşıklık ve değişiklikleri yansıtmaktadır. Genel olarak

---

(30) ÇEÇEN, A. : agm. Sh. 73
(31) GÖĞER, N. : age. Sh. 68
(32) ÇOBANOĞLU, R : Fenomen ve ideal olarak hukuk, İHFM. 1963 Sy. 3, Sh. 65
(33) ÇEÇEN, A. : agm. Sh. 73
(34) ARAL, V. : age. Sh. 5

kabul edilebilir hukuk kaynakları, yargısal içtihatlar ve diğer hukuk halk ruhundan kaynaklanan örf ve adet gibi teamülî yani yazılı olmayan uygulayıcılarının çalışmalarından doğan yargısal ve uygulanan hukuk; yargısal işlev ve hukukçuların genel yargılarına dayanan yada yan hukuk ve kanun koyucu tarafından yaratılan hukuk kuralları yani yasal hukuk olmak üzere üçe ayırmak olasıdır. Günümüzde bu ayırım bilhassa amprik-pozitif hukukun "oluşum kaynakları" bakımından tam olarak geçerlidir (35). Ayrıca hukukun doğuşunu etkiliyen unsurlar'da, sosyal sabiteler ve sosyal değişkenler olmak üzere ikiye ayrılır. Sosyal sabiteler'de :

1. Yarar çatışmaları (Menfaat uyuşmazlıkları)

2. Bireysel ve sosyal anlayış (şuur)

3. Bireysel ve toplumsal vicdan (duygu) gibi hukuk dışı unsurları içerir.

Hukuk içi unsurlar ise;

1. Hukuk duygusu

2. Hukuksal düzen ve kuruluşlar (Teşkilatlandıran) olmak üzere iki bölümde toplanabilir.

Sosyal değişkenlere gelince, bunlarda siyasal, ekonamsal ve kültürel olmak üzere üç biçimde belirlenebilir (36).

C. HUKUKUN FONKSİYONLARI

İkinci bölüme geçmeden önce yukarıda yaptığımız açıklamaların ışığı altında hukukun fonksiyonları ve yararları konusunda burada özet bir bilgi sunmaya çalışacağız.

I. Genel Olarak Hukukun Belirlenmesi

Hukukun fonksiyonları, hukuk düzenini sağlamak, sosyal gereksinmeleri karşılama ve adalete yönelme biçiminde belirlenebilir. Hukukun fonksiyonlarından'da anlaşılacağı üzere, hukuk değişik amaç ve eyilimlerin etkisiyle oluşmaktadır. Hukukun gerçekleşmesi gereken bu amaçlar birbirleriyle çelişmesine rağmen hukukun oluşması için hepsinin varlığına gereksinme vardır. Hukuki düzen kurulurken genel düzenlemeye gidilir. Bu nedenle'de olayların özellik ve ayrılık-

---

(35) ÇAĞIL, O.M. : Hukuk Metodolojisi Dersleri İstanbul 1961 Sh. 79

(36) TOPÇUOĞLU, H. : Hukuk Sosyolojisi Ders Takrirleri Ankara 1968-1969 Sh. 289 vd.

larının nazara alınmadan getirilen hukuki düzen, bu olaylar açısından adalet ve hakkaniyete aykırı düşer. Bu da hukuki düzen ile adalet ve düzenin sağladığı hukuk güvenliği düşüncesi arasında bir çelişki doğurur. Söz konusu çelişki sadece adaletle hukuki düzen arasında değil, aynı zamanda adaletle sosyal gereksinmelere uygunluk veya hukuki düzenle sosyal gereksinmelere yani pratik amaçlara uygunluk arasında'da ortaya çıakr. Hukukun fonksiyonları arasında görülen bu çatışmalar, ondan koparılamaz ve hukukun niteliğinden arındırılamaz ancak bu fonksiyonlar arasındaki çatışmayı en az seviyeye indirmek yani dengelemeye gitmek gerekir. Hukukun son amacı adalet olduğundan bu dengelemede, ağır basacak tarafın adalet amacına yönelik bulunması aynı zamanda pratik amaca'da uygun düşecektir (37).

II. Objektif Faktörlerle Hukukun Fonksiyonlarının Belirlenmesi

Yukarıda açıklanan hukuk fonksiyonlarını belirliyen faktörleri kısaca özetliyebiliriz.

1. Hukukun düzen fonksiyonunu belirliyen ideal faktör, objektif karektere sahip bulunan akıldır. Gerek toplumsal alanda gerekse uluslararası alanda sorunlara çözüm getiren ortay şey, her zaman ve her yerde aynı mantık kanunlarına uyan düşünce yeteneği gösteren insan aklıdır. Bu bakımdan insan aklı objektif bir faktör olarak değerlendirilmektedir.

2. Hukukun sosyal gereksinmeleri sağlama yani pratik amacını, ekonamsal, politik biyolojik ve diğer faktörler gibi temelde değişmiyen objektif karekterdeki toplumsal realite belirler. Sosyal bir olay olarak hukuk, bu faktörlerden arındırılamaz.

3. Hukukun adalet fonksiyonuda, ideal türünden olmakla beraber objektif karekterli etik değerlerle belirlenebilmektedir.

Bu değerlendirmenin ışığı altında hukukun, onu yaratanların keyfi arzularıyla değil, objektif karekterli faktörlerce belirlendiğini dolayısıyle, bir objektiviteye sahip bulunduğu söylenebilir (38).

III. Hukukun Düzeni Sağlama Fonksiyonu

Birey toplumsal bir varlıktır, toplum halinde yaşama her zaman bir düzeni gerektirmiştir. İnsanların önceleri din ahlak ve örf gibi sosyal kuralları yanında sonradan düzeni sağlamak için hukuk kuralla-

---

(37) ARAL, V. : age. Sh. 13-14
(38) ARAL, V. : age. Sh. 15

rını da oluşturdukları görülmektedir. Toplumun gelişmesiyle beraber diğer sosyal kurallar yerlerini hukuk kurallarına bırakarak düzenli ve sürekli bir hukuki düzenin sağlanması olanağı doğmuştur. Bu bakımdan hukuk, başlı başına bir düzen olmuştur (39).

Hukuk düzeni, bireylerin davranışlarını düzenlemek ve bu davranışları belli bir kalıba uydurmak zorunda kalması onun formalizm (biçimlilik) niteliğini ifade eder. Hukuk düzeninin zamana uygun işlemesi, ancak belli bir biçimi oluşturmasıyla yarar sağlar. Hukuk, bireylerin davranışlarını, daha çok dış görünüş ve biçimleri bakımından düzenler. Yani bu davranışların özü ve özellikleri tek hukuku ilgilendirmez. Bireylerin belli biçimlere uygun davranmaları onun için yeterlidir. Bu açıdan adaleti sağlıyamıyacağı düşünülebilirsede formalizm'mi sağlam bir düzen kurmak, uygulamada kararlılık sağlamakla aynı zamanda adaletin gereği olan hukuk güvenliğini gerçekleştirmesi ile de amacına ulaşabileceği söylenebilir. Nitekim günümüzün modern hukukunda formalizm'in ileri sürülen bu sakıncaları, olanak ölçüsünde dış durumdan çok içe ve öze değer verilmek suretiyle giderilmeye çalışılmaktadır.

IV. Hukukun Toplumsal Yaşam Gereksinmelerini Karşılama Fonksiyonu

1. Hukuk düzeni, barış sağlar. Hukuk, bireylerin çatışma halinde bulunan yararlarını dengeli bir biçimde düzenlemek ve çıkan uyuşmazlıkları adil bir şekilde çözümlemek suretiyle, insanların bir arada barış içinde yaşamalarını olanaklı kılar.

2. Hukuk düzeni güvenlik sağlar. Hukuk, güçlünün üstünlüğünü kırarak insanları bir biri karşısında korumak suretiyle güvenlik ortamı yaratır (40).

3. Hukuk düzeni, eşitlik sağlar hukuk düzeninin gereği olarak biçimlendirmede, bireylerin davranışlarının özü ve özellikleri bir yana atılarak, sadece dış görünüşlerine göre değerlendirme yapılmak suretiyle kişisel yön ayıklanmış olacağından eşitlik gerçekleşecektir (41).

---

(39) ARAL, V. : age. Sh. 16-17
(40) ARAL, V. : age. Sh. 20-24

4. Hukuk düzeni, özgürlük sağlar. Hukuksuz bir durumda sadece güçlüler için özgürlük söz konusu olduğu halde, hukuk düzeni koyduğu yasaklar aracılığı ile bireylerin hareket alanını sınırlayarak geriye herkes için diğerlerince dokunulmaz bir serbesti alanı sağlamak suretiyle özgürlüğü gerçekleştirir.

Hukuk, toplumsal bir olgu olduğundan toplumun gereksinmelerini karşılamafonksiyonunu yerine getirmek için onun koşullarına uymak zorundadır (42). Bu nedenle ayrıca aşağıdaki çeşitli gereksinmelerde hukuk tarafından giderilmektedir; Bu gereksinmeler biyolojik, ekonamsal, toplumsal olmaktadır. Hukuk, devlet ve diğer bütün büyük politik olaylar olarak görülen baskı gruplarının birbirleriyle olan ilişkilerini ve üstün tutulan çıkar durumlarını saptayarak kural haline dönüştürerek biçimlendirir, ve bu alandaki yararlarını düzenler. Ayrıca toplumda yaşayan örf ve adete uymak suretiyle kazanılmış hakları güvence altına alır (43).

İKİNCİ BOLÜM

A. ADALET

I. Adalet Kavramı

Adaletin, hak ve hukuka uygunluk, hakkı gözetme ve yerine getirme, doğruluk gibi, sözlük anlamları vardır (1). Bu açıdan adaleti hak ve hukukun gerçekleştirilmesi ve yerine getirilmesi biçiminde tanımlamak olasıdır. Adalet, bir toplum içinde barış, ahenk, uyum, eşitlik, haklılık ve düzen yaratma görevleriyle hukukun özü ve amacıdır (2). Devlet'de, bireylerin çatışan yararları arasında hakka uygun bir dengesel düzeni sağlamakla yükümlüdür. Bir devletin iç bünyesinde adalet kavramı söz konusu olduğu gibi, günümüzde devletler arası uyuşmazlıkların çözümünde'de adalete yönelik çarelerin aranıp bulunması için uluslararası kurumlar oluşturulmuştur. Adil çözümler ancak yurtta ve Dünyada barışı sağlayıp sürdürebilecektir. Adaletin tersi keyfi davranıştır. Keyfi davranış olduğu zaman, toplumda barış, uyum, eşitlik ve düzenliliği sağlamak olanaksızdır. Bu nedenle adalet kavramı, sadece bireyin, örneğin adil bir yargıcın bir erdemi tinsel bir davranışı olmadığı, aynı zamanda biride, bir diğer ölçüsüde

(1) AYTEMİZ, S.S. : agl. Sh. 7; Meydan Larousse Sh. 70
(2) ÇEÇEN, A. : agm. Sh. 96
(3) ÇAĞIL, O.M. : Hukuk ve Hukuk ilmine giriş İstanbul 1971 Sh. 33

olduğu anlaşılmaktadır. Bu değer ölçüsünün yardımı ilede, maddi bakımdan doğru ve adil hukuk saptanabilir (3).

Adalet kavramı, genellikle hukuk uygulamasında toplum için en yararlı sonucu gerçekleştirilmesi ile hukukun ulaşmağa çalıştığı bir ideal olmakla iki biçimde anlaşılır. İkinci biçimdeki anlayış, özellikle hukukun, ahlak, din ve felsefi ilkelerden uzaklaştığı durumlarda adalet ilkesinin önemi artarak uygulanmasına daha çok gereksinme duyulur. Bu bakımdan adalet, geniş kapsamlı ve çok önemli vazgeçilmez bir kavramdır. Burada adaletin yukarıda verilen kısa tanım ve anlamları ile yetinilecek sonraki bölümlerde adalet hakkındaki görüşlere ve adaletin çeşitlerine yer verilerek konuya açıklık getirilecektir.

II. Adalete İlişkin Görüşler

1. Eski Yunanda Adalet Anlayışı

Sofistlere göre, gerek bilgi ve gerekse etik bakımdan tam ve geçerli bir hakikat yoktur. Buna bağlı olarak tam ve geçerli bir adaletin varlığından da söz edilemez (4). Stoisyen anlayışta, bir hukuk düzeninin, önce doğa ile insan arasındaki uyumu sağlaması, sonra da aklın buyruğuna uyarak erdemi, adaleti gerçekleştirmesi öngörülmektedir (5).

Sokrat ise, insanlarla ilişkilerde, "adaletin olması en önemli koşuldur" diyerek, adaleti, "yasaların emretmiş olduğu şeyin bilgisi olarak" tanımlar. Ahlak felsefesine bağlı olarak adalete ilişkin görüşlerini şöylece sürdürür; doğru hareket bilgi ile mümkündür, ve insanın bilgisine aykırı hareket edemez. O halde kanunları bilen, onlara uygun hareket edeceği için adil olur. Kanunlara aykırı hareket etmek haksızlık olduğu için kötülüklerin en büyük kaynağı olur. Yasalar, objektif, soyut ve genel içerikleri için herkesin eşit muamele görmesi gerekir. Adalet, eşitsizlikle değil, eşitlikle oluşmaktadır. Kanunlar, her ülkede yurttaşların rızasıyla konan yazılı ve milletlerin arzu ve anlayışlarıyla (telakki) değil, Tanrının iradesiyle konan yazılı olmayan yasalar olmak üzere iki biçimde oluşmaktadır. Adalet, ülkenin yasalarına uymaktır. Yasa, vatanın iradesi olduğu için, vatanı sevmek demek, ona ve yasalarına itaat etmek demektir (5).

Bir kısım Sofistler de olduğu gibi, Sokrat ve ondan sonra da Eflatun ile Çiçeron ve Sen Augustin'e kadar yansıyan diğer bir adalet

---

(4) YÖRÜK, A.K. : Sokrat, Ahlak ve Hukuk Felsefesi, İHFM. C. XVI, sy. 1-2 1950, sh. 289 vd.

(5) ÖKTEM, N. : Özgürlük sorunu ve Hukuk, İstanbul 1977, sh. 55

anlayışı da, Tanrının iradesi ile konan ve yazılı olmıyan yasalara dayanmaktadır.

Yazılı yasalar, milletten millette ve zamanla değişiklikler gösterdiği halde, yazılı olmıyan ilahi (Tanrısal) kanunlar, her zaman ve her yerde bütün insanlara aynı biçimde emir ve yasaklar şeklinde görülmektedir. Tanrılara saygı ve itaat etmeği, akrabaya saygı ve sevgi göstermeği, yapılan iyiliğe minnettar olmayı ve herkese karşı iyilik etmeği, emreden bu yasalara uymakta adalettir. Ayrıca kadın-erkek eşitliği ile emeğe büyük değer verilmesi gibi çağına göre çok önemli olan bu iki konuya uygun davranışı da adaletin gereği saymıştır. Kadın-erkek, ahlaki bakımdan birbirine eşit olarak kendilerine yaratılışları gereği ayrılmış olan sahalarda faaliyet gösterirler. "Kim adildir, çalışanlarmı?, yoksa ellerini kavuşturarak geçim vasıtalarını düşünenler mi?" diyerek, kölelere has emeği, utanılacak şey olmaktan kurtarıyordu. Dolayısiyle kölelik kurumunun hürleri çalışmaktan alakoymakla ahlak bozucu kötü yönünü de belirtmiş ve adaletsizliğini ortaya koymuş oluyordu (7).

2. Roma Hukukçularına Göre Adalet Anlayışı

Roma Hukuku, Yunan Felsefesinin, bilhassa Yunan menşeli Stoik Felsefesinin etkisi altında hukuk, etik ve sosyal bir içerik oluşturmuştur. Uzun siyasal ve sosyal savaşımların bir sonucu olan "On iki levha" yasası ile, Hukuk eşitliği prensibine dayanarak bütün yurttaşlar hakkında yürürlükte bulunan kanunlar saptanarak "Magistraların" ve Aristokratların keyfi karışmalarından korunmakla birlikte, şehir devletinin siyasal düzen ve sosyal yaşamının dengelenmesi amaçları güdülmüştür (8).

"On iki levha" yasasında belirtilen "eşitlik", gerçekte bir adalet düşüncesini amaçlamaktan uzaktır. Çünkü Romalılar, ideler ve kavramsal değerlerden çok geçmişin yaşam deneyleri ile otoritelerinin etkisi altında kalarak hukuk oluşturmuşlardır. Bunun için hukukta, "olması gereken" sorunu ile adalet idesinin gözönünde bulundurularak yasa yapılması pek düşünülmemiştir. Ancak Roma Hukukçularından Çiçero gibi, Doğal hukuku kabul edenler de adaletin savunulduğuna rastlanmaktadır (9).

Çağımızda bile benimsenen bir adalet tanımının Romalı hukuk-

---

(6) YÖRÜK, A.K. : agm. sh. 290 vd.
(7) YÖRÜK, A.K. : agm. sh. 298-299
(8) ÇAĞIL, O.M. : age. (GİRİŞ), sh. 349, 355
(9) ÇAĞIL, O.M. : age. (GİRİŞ), sh. 353-354.

çulardan ULPIANUS tarafından yapılmış olması, Roma Hukukunda da az da olsa, adalete önem verildiğini kanıtlamaktadır. Nitekim Ulpianus, "adalet, herkese hak ettiğini verme yolunda sürekli ve değişmez çaba harcamadır" biçiminde tanım yapar. Bu, kısaca, "Adalet, herkese hak ettiğinin verilmesidir" şeklinde alınabilir. Böylece adalet, realiteden çıkmayan bir davranış modelini yansıtır. Çnükü realitenin, kendisine göre düzenlediği bir esas biçimlenmektedir. Adalet, ampirik alemin dışında ve üstünde yer alan gerçek bir alemin varlığına bağlılıkla kavranıyorsa, bir metafizik söz konusudur. Oysaki, insan doğasına dayalı olarak ele alınması, metafiziği içermediğinin kanıtı olarak adalet düşüncesi bir çağdaş görünüm arz eder (10).

3. Doğal Hukuk Okulu

Objektif-pozitif hukuka, bir ideal hukuk ve adil hukuk yönünde bir nitelik kazandırmak için değer ölçüsü olacak yetkin prensiplerin, zaman ve yerin ötesinde sonsuza kadar kalıcı olması gerektiği görüşünde olan doğal hukukçular, adaleti hukukun vazgeçilmez bir unsuru saymaktadırlar. Müsbet hukukun üstünde bulunan bu değer ölçüsüne, halk dilinde "adalet", Hukuk ilmi ve hukuk felsefesine göre de "tabii hukuk" denmektedir (11).

Adalet idesi, önceleri dini esaslara dayandırılmıştır. Nitekim F.J. Stahl'a göre, hukuk ve devletin temeli, Hiristiyan Dini'nin esaslarına dayanır. Fakat buna rağmen yine de rasyonalizmin tesirinden uzaklaşamıyan Stahl, akıl adaletin kaynağı değilse de, adaletin bilinmesine yarayan bir vasıta olduğunu kabul etmekle akılcı doğal hukuk anlayışını benimser (12).

Hristiyan Dinindeki adalet anlayışına paralel olarak İslam anlayışına göre de, aynı Tanrının kulları olan insanların eşit olduğu ve bu nedenle Devletin, hukuk düzeni ile onlara eşit bir uygulamaya girişerek adaleti sağlamakla yükümlü bulunduğu kabul edilir (13).

Doğal hukuk okulu için hukuk düzeninin meşruluğu, adalet idesini yansıtması oranında vardır veya yoktur. Diğer bir söyleyişle, adaleti yansıtan hukuk düzenleri meşru, diğerleri meşru değildir. Hukuk adaletten uzaklaştığı derecede meşruluğunu yitirir. Ancak soyut bir adalet anlayışı, kişiyi çağının gelişen toplum olaylarına yabancılaş-

---

(10) OZBİLGEN, T. : Eleştirisel Hukuk Başlangıcı, İstanbul 1976, sh. 251-252
(11) ÇAĞIL, O.M. : age. (GİRİŞ), sh. 401-402
(12) ÇAĞIL, O.M. : STAHL'ın hukuk felsefesi, IHFM, 1918, sh. 22 (ayrı)
(13) ÖKTEM, N. : age. sh. 41

tırması nedeni ile doğal hukuk yanılgıya düşmektedir (14).

4. Tarihçi Hukuk Okulu

Kendiliğinden oluşan, ulusunun kültürünü yansıtan "milli ruhun" hukuku yarattığı varsayımından yola çıkan tarihçi okul, doğal hukuku görünüşte red etmesine rağmen aslında içerik bakımından ondan pekte değişik bir anlayışı yansıtmamaktadır. Fakat yinede aynı şey değildirler, birbirleriyle bağdaşmalarına rağmen kendilerine has özellikleri vardır. Bu okul da, adil bir hukuku, toplumun ruhunda aramıştır (15).

5. Pozitivizm

Yasal hukukla adaletin aynı şeyler olduğu sonucuna varan Hukuk Pozitivizmi, hukukun, sadece devletin iradesinin eseri olarak oluşan ve uygulamaya açıkça vasıta olan siyasal ve toplumsal bir teknik olduğunu açıklar (16).

Natüralist pozitivizm veya Gelişmeci pozitivizm İhering tarafından, bir yandan hukuk ilminde "amaç ve değer" kavramlarının önemi belirtilirken, diğer yandan doğal bir pozitivizmin kurularak savunulduğu görülmektedir. Bu görüşe göre, geçmiş deneylerden yararlanarak gelecekte olumlu ve yararlı sonuçlara erişmek için hukukun zaman içinde gelişmesini sağlama da hukuk idesi olarak adaletin sürekli gözönünde bulundurulması gereğine değinilir (17).

Normativist pozitivizme göre, hukuk normu meşruluğunu kendinden bir üst düzeyde ki normdan almaktadır. Burada aslında yasallık koşulu aranmaktadır; meşru olan bir önceki yasaya uygun olandır. Gerek hukuki pozitivizm, gerekse normativist pozitivizm, meşruluğu, yasa koyucunun iradesine bağımlı olmakla, adaleti ve özgürlüğü, bu iradenin yanılmasına karşı bir garanti ilkesi olarak öngörmemektedir (18).

6. Sosyolojik Okullar

Hukukun sosyal bir olguya dayandırılması, meşruluklarını adaletle birlikte, toplumsal realiteden almaları gerektiği görüşünü kabul

---

(14) ÖKTEM, N. : age. sh. 292
(15) ÇAGIL, O.M. : age. (GİRİŞ) sh. 432-434
(16) ÇAĞIL, O.M. : age. (GİRİŞ) sh. 440
(17) ÇAĞIL, O.M. : age. (GİRİŞ) sh. 457-460
(18) ÖKTEM, N. : age. sh. 291

eden sosyolojik okullarda çeşitli ekollere ayrılmaktadır. Ancak ortak görüş olan dayanışmanın sağlanması uğruna baskı ve terör uygulayan siyasal iktidarların adalet ve özgürlükten uzaklaştıkları bir gerçek olduğuna göre, bunların artış meşru olduklarını savunmak yanılgıya götüren tutumdan öteye geçmiyecektir (19).

7. Adalete İlişkin Bireysel Görüşler

P.J. PROUDHON, toplumun düzelmesi için adalete değer vermiş, ve kendisi tarafından eşitlik diye belirtilen adalete insanların ulaşmalarını gerekli görmüştür. Ancak adaleti dar anlamda nazara alan filozof, bunu yani bireyler arasında eşitliğin gerçekleştirilmesini, yalnız ekonomsal ilişkilere dayandırmış ve bu ilişkilerde adaletin sağlanmasını, ortadan kalkmasını arzuladığı devlete görev olarak yüklenmiştir (20). Bu bakımdan bir nevi çelişkiye düşmektedir.

SHOPENHAUR'da, gerçekte belirgin olan (Müspet) düşüncenin haksızlık fikri olduğunu, adalet ve hak kavramlarının bunun karşıtı olarak sonradan doğduğunu savunur (21).

BUNGE göre, hak ve haksızlığın, hangisinin diğerinden önce oluştuğunu tartışmak yersizdir. Bunların ikisinin de karşılıklı beraberce aynı zamanda oluştuğunun kabulü daha mantıklı olacağı dolayısıyle, bunların arasında dengeli bir çözümün adil bir hukuku yaratacağını ileri sürer (22).

COHEN, adalet, bir erdem rehberi olarak korunmalı ve devam ettirilmelidir. Adalet, sürekli bir ilerlemeyi sağlamak amacıyla, ancak hukukun ve devletin yoluna yönelmelidir. Adalet bireyin, bizzat izlemekle yükümlü olduğu bir amaç olduğunu vurgular (23).

PAUL NARTORP adalet, temel içerikte bir sosyal erdemdi. Bu erdemi de, herkese eşit hakların tanınması (Hukuksal eşitlik), kültürel ve siyasal egemenliğe (Yasama da eşitlik) ve kamu hizmetine katılmada eşit payda bir oranla gerçekleştirmek adaleti sağlıyacağını belirtir (24).

(Devamı gelecek sayıda)

---

(19) ÖKTEM, N. : age. sh. 292
(20) OKANDAR, R.G. : Umumi Amme Hukuku, Istanbul 1968, sh. 648
(21) YÖRÜK, A.K. : Hukuk Felsefesi dersleri, İstanbul 1958, sh. 137
(22) YÖRÜK, A.K. : age. sh. 140-141
(23) ÇAĞIL, O.M. : Kısaca Alman hukuk felsefesinde, İHFM. c. XIX, sh. 7
(24) ÇAĞIL, O.M. : agm. sh. 8

KAYNAKÇALAR

AKGÜNER, T. : J.S. Mill'in Felsefesi ve Hukuk görüşü, İHFM. c. XL, sy., 1-4, İstanbul 1974 (Ayrı Bası)

ARAL, V. : Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 1975

ARAL, V. : Kelsen'nin Hukuk Anlayışı, İHFM. c. XXXIV, 1969 sy. 1-4, sh. 513-552

ARAL, V. : Hukukta Felsefenin Önemi, İHFM., c. XXXVIII, sy. 1-4, İstanbul 1973 (Ayrı Bası)

AYTEMİZ, S.S.: Hukuk, İktisat ve Ticaret Lügatı, Ankara, 1963

BAŞGİL, A.F. : Devlet Nizamı ve Hukuk, İHFM. c. XIX, sy. 1-4, sh. 579

ÇAĞIL, O.M. : Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, İstanbul 1971 (Metinde "GİRİŞ" olarak gösterilmiştir.)

ÇAĞIL, O.M. : Hukuk Metodolojisi Dersleri, İstanbul 1962 (Metinde "METODOLOJİ" gösterilmiştir.)

ÇAĞIL, O.M. : J. Stahl(ın Hukuk Felsefesi, İHFM., İstanbul 1948 (Ayrı Bası)

ÇAĞIL, O.M. : XIX. Asır sonu ile XX. Asır Başında Alman Hukuk Felsefesinde Gelişmeler, İHFM. c. XIX, (Ayrı Bası)

ÇEÇEN, A. : Hukukta Norm ve Adalet, AHFM., c. XXXII, 1975 sy. 1-4, sh. 75-115

ÇOBANOĞLU, R. : Fenomen ve İdeal Olarak Hukuk, İHFM., c. XXIX, sy. 3, y. 1963'ten Ayrı Bası

GÖĞER, E. : Hukuk Başlangıcı, Ankara 1976

HİRSCH, E. : Kuvvet ve Hukuk AHFM. 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966, sh. 173 vd.

MEYDAN-LAROUSSE : Büyük Lügat ve Ansiklopedi, c. 1

OLGUN, İ. : Hukuk ve Adalet, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, sh. 587-593

OKANDAN, R.G. : Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1968

ÖKTEM, N. : Özgürlük Sorunu ve Hukuk İstanbul 1977

ÖKTEM, N. : Hukuk Felsefesi, Cumhuriyet Gazetesi, 4 Mayıs 1978, sh. 2

ÖZBİLGEN, T. : Eleştirisel Hukuk Başlangıcı, İstabnul 1976

SEROZAN, R. : Hukukun sefaleti, MHAD, y. 5, sy. 8, İstanbul 1971, sh. 61 vd.

SEROZAN, R. : Yasacılık ve Hukukçuluk Üstüne, MHAD., y. 5 sy. 7, İstanbul 1971, sh. 111 vd.

TOPÇUOĞLU, H. : Hukuk Sosyolojisi Dersleri, c. I, Ankara 1969.

VELİDEDEOĞLU, H.V. - KAYNAR, R. : Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1961

YÖRÜK, A.K. : Hukuk Başlangıcı, İstanbul 1956

YÖRÜK, A.K. : Hukuk Felsefesi Dersleri, İstanbul 1958

YÖRÜK, A.K. : Sokrat, Ahlak Hukuk Felsefesi, İHFM., c. XVI, sy. 1-2, sh. 289 vd.

YÖRÜKOĞLU, Ö. : Hukuk Felsefesi Ders Notları, İstanbul 1970-1971

KISALTMALAR

age	:	Adı geçen eser
agl.	:	Adı geçen lügat
agm.	:	Adı geçen makale
AHFM.	:	Ankara Hukuk Fakültesi Mecmuası
c.	:	Cilt
dn.	:	Dip not
İHFM.	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
HUMK.	:	
MHAD.	:	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
sh.	:	Sayfa
sy.	:	Sayı
vd.	:	Ve devamı
y.	:	Yıl

ÖZEL YASALARIN GENEL CEZA HUKUKU ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ (*)

Robert LEGROS (**)
Çeviren : Dr. Hasan İ. BIYIKLI (***)

1 — Ceza hukukunun klasik genel buyrukları, kendine özgü niteliği, eğilimleri ve dayanakları olan özel ceza buyruklarının uygulanmaları açısından kaleme alınmış ve yürürlüğe konmuştur.

Bu genel buyruklar, özel bölümde yer alan her suç türü için genelleştirilerek kademeli olarak geliştirilmiş ve günümüzdeki haline getirilmiştir (1).

Klasik ve neo-klasik ceza yasalarının oluşturulduğu zamanlarda ceza politikası, geleneksel ahlâk temeline dayanmaktaydı. Ceza hukuku, hemen hemen geleneksel ahlâk anlayışının hizmetindeydi. Öldürmeyeceksin, çalmayacaksın, zina yapmayacaksın ve bunun gibi...

Fakat, bir kaç yıldan beri, değişik nitelikte bir ceza hukukunun doğuşuna tanık olmaktayız. Bu ceza hukuku, geleneksel ahlâk anlayışına dayanmayan, giderek klasik ceza hukukunun önemini yitirmesine neden olan ve büyük bir hızla tıp, ruhbilim, toplumbilim alanlarını içeren bir hukuk dalını oluşturmaktadır. Yeni ceza hukukunun, bu gün, klasik ceza hukukunun yerini almağa başladığını, temel ceza hukuku haline dönüşmek üzere olduğunu söylemek olanaklıdır.

2 — Suç ve suçluluk konusunda, günümüzde bizi en çok endişelendiren nedir?

Bu gün bizi, cinayetler, hırsızlıklar, zina ve gasptan çok, fabrikalarda meydana gelen iş kazaları, kömür madenlerindeki dramlar, trafik kazaları, radyoaktif maddeler tehlikesi, sahte ilaçlar sorunu, uyuşturucu madde salgını, ekonomik gücün kötüye kullanılması, öğrenci olayları, ırkcılık, insan onuru ve haklarının çiğnenmesi gibi suçlar ilgilendirmektedir.

(*) Paris karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü, Suç Hukuku bölümünde 20.1.1967 tarihinde verilen söylev.

(**) Bruxelles Üniversitesi Öğretim Üyesi.

(***) Adalet Bakanlığı İnfaz Ve Islâh İşleri Genel Müdürlüğü Müşaviri.

Gerek ulusal, gerek uluslararası planda meydana gelen bu suç patlaması iki özelliği ile dikkati çekmektedir. Birinci özellik, ortaya çıkan yeni suç türlerinde suç kurbanı sayısının, klasik suçlara oranla çok daha fazla olmasıdır. İkinci özellik, yeni suç türlerinde, fail ve suç kurbanı yönünden kişiselliğin kalmamış olmasıdır. Artık, küçük veya büyük gruplar, rasgele nedenlerle, hiç tanımadıkları, hatta hiç görmedikleri bir çok kişiyi ortadan kaldırabilmekte, özgürlüklerinden yoksun edebilmektedir. Geleneksel ve kişisel ceza hukuku, giderek, genelleşme (risk ve nesnellik) yoluna girmektedir. Suçun sonuçları, artık yalnız failin "niyeti" ile açıklanamaz hale gelmiştir.

Bu açıdan suçluların iadesi konusunda, uluslararası ceza hukuku kararlarındaki gelişme ilginçtir. "Politik suç", günümüzde, politik amaçlarla işlenmiş suç olarak değil, failin iadesi halinde, ülkesinde özel bir yargı organı tarafından yargılanmasını gerektiren suç olarak tanımlanmaktadır (2).

Hızlı gelişimin bir başka çarpıcı yanı ki bu yeni ceza hukuku ile uluslararası ceza hukuku için ortak olan bir özelliktir- yeni suç türlerinin klasik ceza hukukundaki suçlardan farklı olarak suçbilimin ilgi ve etki alanı dışında kalmasıdır. Mükerrir bir suçlu veya cinsel sapık hakkında Toplumsal Korunma Akımının ilkelerinden veya algısal ve düşünsel (zihnî) sorumluluktan söz edilebilmesine karşılık, uluslararası teröristler veya büyük vergi kaçakçıları hakkında aynı şeylerden söz edilmemekte veya edilememektedir.

YENİ HUKUKUN AHLÂKİ TEMELLERİ

3 — Yeni hukukun, özellikle toplumsal ve ekonomik ceza hukukunun önemi, suç sayılan eylem sayısının şaşılacak kadar artmış olmasından ileri gelmektedir. Bu artış, o aşamaya varmıştır ki, ceza yargıçları artık "kanunusuz suç olmaz" kuralını uygulama çabasını bir yana bırakmış, bir eylemi suç sayıp cezalandıran yasalardan hangisinin olaya uygulanmasının daha doğru olacağı konusunda karar verme gayreti içine düşmüşlerdir. Eskiden "dış duvar" (çerçeve) rolünü oynayan ve yargıcın yetkilerini sınırlayan, "Kanunsuz suç olmaz kuralı", bugün bir "ara duvar" haline getirilmiştir (3).

---

(1) R. VOUİN, Droit pénal spécial, Dalloz, 1953, p., 4.

(2) R. LEGROS, "Domaine et méthode du droit pénal international". Revue (Belge) de droit pénal et de criminologie, 1953-1954, p., 843-857.

(3) Aynı yönde bak. LEAUTE, "Le changement de fonction de la regle Nullum Crimen Sine Lege", in dix ans de conf. d'agrégation, en l'honneur du prof. Hamel.

Fakat özel yasalar, çok daha önemli bir etkiye sahip görülmektedir. Gerçekten özel ceza yasaları klasik ceza hukukunun kapalı ve bağdaşık yapısına baskı yaparak, kemirici bir etki de bulunmakta ve ilkelerinde sapmalar yaratmaktadır. Klasik ceza hukuku kendine özgü temellere ve bütüncü bir yapıya sahip olduğundan kendiliğinden değişmesi olanaksızdı. Ceza hukukunun gelişmesi, yeni toplumsal gereksinmelerin ve düşünsel değişmelerin sonunda ortaya çıkan, özel ceza yasaları tarafından sağlanmaya başlandı (4).

4 — Özel ceza yasalarının etkisiyle, ceza hukuku toplumsal gelişmelere uygun bir çehre kazanma yoluna girmiştir. Fakat, toplumbilimciler, ahlakcılar, hukukcular ve bunun gibilerden oluşan öğreti, bu güne kadar kendine düşen görevi yerine getirmemiştir. Tersine, öğreti, şimdiye kadar, yeni ve toplumsal yapının evrimine uygun olan bu gelişmeler karşısında fren rolünü oynamış ve tepkici bir tutum takınmıştır (5). Yüksek mahkeme kararlarına karşın, öğreti hâlâ, özel yasalarla konmuş suçların tekerrüre esas olamayacağını savunmaktadır (6). Bu tutumun başka örneklerini ileride göreceğiz.

Çoğu zaman olduğu gibi, gelenek ve libaral bireycilik anlayışına bağlılık nedeni ile, işlevini ve geçerliliğini yitirmiş kurallara sadık kalmak yeğ tutulmuştur. Alışkanlıklara dayanılarak korunan ve tutulan kurallar, yeni gerçeklerden ve toplumsal gereksinmelerden doğan kurallardan üstün görülmektedir.

Klasik ceza hukukunun kuralları dokunulmaz, tabii hukuktan kaynaklanan değiştirilmesi olanaksız kurallar sayılmaktadır. Klasik ceza kuralları değiştirilecek, yeni toplum koşullarına ve gerçeklerine uydurulacak, hatta tamamen terk edilecekleri yerde, tersine bir tutumla, özel yasalarla ortaya konan yeni ceza hukuku kavramı, geçici, yapay, yardımcı ve istisnai bir hukuk gibi gösterilmek istenmiştir. Hatta, bu inanışı sağlamlaştırmak için uygulanmaları sakıncalı, bazı hallerde, tehlikeli olabilecek yapay kuramlar bile ortaya atılmıştır.

Oysa, özel hukuk alanında gelişmeler tamamen farklı olmuştur. Yeni toplumsal gereksinmeler sonucu ortaya çıkan düşünsel haklar, evlat edinme, ortak mülkiyet vs... layık oldukları onurlu yere ve uygulamalara hemen kavuşturulmuşlardır.

---

(4) Colin HOWARD, Strict Responsibility, Londres, 1963.

(5) Bak. VİLLEY, Note sous Chambery, 12 Fév. 1885, S., 1887, 2.41; LE POİTTEVİN, Notes au Sirey, 1896. I. 81 ve 1898. I. 153.

(6) J. CONSTANT, Traité élémentaire de droit pénal, Liège, 1965, t., II, no, 920

5 — Denilebilir ki, özel ceza yasalarının koyduğu suçlar için, horgörü ve küçümseme almış yürümüştür. Bu tür yasalarda tanımlanan suçlara, "kusursuz suç", "biçimsel suç", "maddi suç" (7) gibi isimler takılmış, bu suçların ahlaki değerlerimizle ve insan onuru ile ilişkisi bulunmadığı kanısı yaratılmağa çalışılmıştır. Çoğu zaman olduğu gibi, bu görüşler tekrar edile edile, yazıla yazıla bazı gerçekleri gözden saklamaya ve inandırıcı olmaya başlamıştır. Böylece, bazı ceza yapıtlarında, hatta bazı yüksek mahkeme kararlarında, "biçimsel suçların" (yani özel yasalarda tanımlanan suçların), yasada tanımlanan maddi eylemin tamamlanması, hareketin yapılması ile tamam olacağı kabul edilmiştir (8). Failin yasada tanımlanan bir eylemi herhangi bir biçimde gerçekleştirmiş olması, suçun işlenmiş sayılması için yeterli görülmektedir. Bu görüşler, özel yasalarla konan suç türlerinin toplum disiplinini sağlama amacına yönelik bulunduğunu, polis suçları olduğunu belirtmek istiyordu. Ben boş yere, bütün suçlar için geçerli olması gereken bu gerçeğin neden yalnız özel yasalarla konan suçlara hasredilmek istendiğini düşünüp durdum. Tekrar ediyorum, özel yasalarla konan suçlar gibi diğer bütün suçlar toplum disiplinini sağlama amacına yöneliktir .

6 — Önceden söylediğimiz gibi, klasik ceza hukuku, bireyci ahlak anlayışına dayanmaktadır. Bu anlayış ceza hukukuna güç ve anlam birliği kazandırmıştır. Biz batılılar, her zaman ve herkes için geçerli bir ahlak anlayışının bulunabileceği gibi, yanlış bir kanıya kapıldık. Bizim toplumumuz ve kültürümüz dışında bir kültür ve toplum bulunmayacağını varsaydık. Bu bencil tutumumuzdan ne saçmalıklar ve dramlar doğduğunu açıklamam gerekmez (9).

Batılılar, tek kültür ve tek ahlak anlayışının verdiği rahatlık içindeyken, ahlâk anlayışı ve hukuk, toplumsal gelişmelere paralel olarak değişmiş, bireysel ahlak anlayışı yerini çoktan, toplumsal ahlak anlayışına terk etmişti. Toplumsal gelişmelere koşul hukukî gelişmeleri çaresiz kabul ettik, ama buna uygun ahlak anlayışının yabancısı kaldık. Ahlâki gelişmeleri bilmemezlikten geldik. Değişen hukuku, geleneksel ahlâk anlayışımızla değerlendirmeğe kalkıştık. Bu anlam ve

---

(7) A. LEGAL, "La Résponsabilité sans faute". In La Chambre criminelle et sa jurisprudence Récueil d'études en hommage à la memoire de Maurice Patin, éd. Cujas, 1966.

(8) Cass. Belge, 5 Juill. 1897, Pas., 1897, I. 245 ve les conclusions du ministère public

(9) J. ANDENAES, The General Part of the Criminal Law of Norway, Londres, 1965, Önsöz, R. DAVİD, "Le dépassement du droit et les système de droit contemporains, Archives de philosophie du droit, no, 8, Sirey, 1963

temel farklılığı, bazı yasa dışı davranışlar yönünden hoşgörü ve önemsememe duygusunu doğurdu. Özensizlik ve önlemsizlikle işlenen suçlar kötü şans eseri sayıldı, diğer suçlara oranla, eski ahlak anlayışı ölçüleri içinde, daha yumuşak yargılanmaya başlandı.

Klasik ceza hukuku kadar, yeni hukukun koymuş olduğu kuralların, biçimsel ve yapay olmaktan uzak, kendi çağının ahlak anlayışına dayanan ve toplumun yeni gereksinmelerine yanıt niteliğinde kurallar oldukları görülmedi, görülemedi veya gösterilmek istenmedi.

Yeni yasalarla doğan ceza hukuku, çağdaş bir ahlak anlayışını yansıttığına göre, bu hukukun ve çağın ahlak anlayışının farklı veya çatışan temellere dayanması düşünülemez (10). M. DUVERGER'in belirttiği gibi, "Ahlâk ve hukuk birbirlerinden ayrılamaz. Hukuk, gücünü ve bütünlüğünü sağlamak için ahlak kurallarının prestijinden yararlanır." Günümüzde geçerli olan ahlak kurallarının, 19. yüzyılda benimsenmiş ahlak kuralları olmadığı açıktır. Toplumsal ve teknik gelişmeler dini anlayışı bile etkilemekte ve evrimine neden olmaktadır. Son din adamları toplantılarından birinde, "trafik ve ahlak" konusunun ele alınmış olması bu yöndeki evrimin ilginç bir örneğidir.

Bir trafik ahlâkı, iş ve ticaret ahlâkı, sosyo-ekonomik düzen vardır (12) ... Fakat, yeni suçlarda ahlâki kuralların etkisi, klasik suçlarda olduğu gibi çarpıcı ve göze batıcı değildir. Yeni suç türlerinde ahlakın etkisi, daha az baskın, fakat bir gerçektir. Yeni suçlar, toplumsal dirlik ve düzen, çağdaşlık fikrinin bir sonucudur ve kardeşlik düşüncesi, insan hayatına saygı esasına dayanmaktadır. Bunda yapay ve biçimsel olan nedir?

Başkan L. SENGHOR, çağımızın en büyük sorununun az gelişmiş ülkelerle batılı ülkeler arasındaki ilişkilerin bozulması ve dengesiz bir esasa dayandırılması olduğunu önemle belirtiyordu (13). Az gelişmiş ülkelerde, ithal fiyatlarının hızla artmasına karşın, ihraç malları fiyatları giderek düşmektedir. Bu yüzden, az gelişmiş ülke hakları, uzun zamandır, batılı ulusların hayat düzeyindeki yükselmelerin ağırlığını çekme durumuna düşürülmüşlerdir. Şimdi, sormak gerekir, dünyanın bu dengesiz durumunu düzeltmek için konulacak uluslararası fiyat

---

(10) R. SCHMELCK, "La dinstinction entre la peine et la mesure de sûrté" in La Chambre criminelle et sa jurisprudence, éd. Cujas. 1966.

(11) Sociologie politique, P.U.F., 1966, p., 110.

(12) Örnek olarak bak. Com. 31 Janv. 1966, D., 1966, Note Cabrillac et Rives-Lange.

(13) Interview â la télévision francaise. Voir également ses déclaration â l'occasion de la conférance des Nations Unies à la Nouvelle-Delhi, Le Monde, 31

ve para düzenlemelerine ilişkin bir ceza yasasında biçimsel veya yapay olan nedir?

Ahlak yönünden, çevre kirlenmesini önlemek, toplum sağlığını korumak gençlerin eğitim ve gelişimini sağlamak, ticaretin dürüstçe yapılması, çalışma düzeninin işçiyi ezmeyecek biçimde yürümesini sağlamak amacıyla konulmuş ceza yasalarına aykırı davranmak, adam öldürme, hırsızlık ve zina suçlarına oranla, daha az yergiye değer bir davranış sayılabilirmi?

Daha düne kadar vergi kaçakçılığı vatandaşın devlete karşı "meşru müdafaa" haklı olarak görülüyordu. Bugün, özellikle gençlerin gözünde bu suç, klasik suçlardan daha ağır ve yüz kızartıcı olarak kabul edilmektedir (14).

Softenon olayında Liége'li sanıklar anlayışla karşılandılar. Fakat günümüzde araba parkında bir park yeri için veya yapılan bir trafik hatasından dolayı sürücülerin kavga ettikleri, hatta adam öldürdükleri görülen olaylardandır (15).

LOPEZ-REY'in söylediği gibi, "ihmali suçlarda fail çoğu zaman, az veya çok bilinçli biçimde, belirli davranış kuralları koyan temel ahlak anlayışına aykırı davranma amacı gütmektedir. Bu, ağır özensiz tutum, bazen toplumsal yönden son derece anlamlı olmakta ve kasdi bir dava kadar önem kazanmaktadır" (16).

9 — 26 Mayıs 1858 tarihinde Gand İstinat Mahkemesi, artan hayat pahalılığı karşısında ücretlerinde artırılmasını, patronlarına yazdıkları, saygılı ifadelerle dolu bir mektupla isteyen işçileri, hafifletici nedenleri gözönünde bulundurarak sekiz günle üç ay arasında değişen hapis cezalarına çarptırmıştı. Olayda ilginç olan, patronun işçileri haklı bulması ve haklarında yakınıcı olmamasıydı (17).

Günümüzde, iş adamlarını belli sayıda sakat ve hükümlü çalıştırmaya zorlayan, anormal fiyatla satış yapan tüccarları cezalandıran, emeğin ve çalışma düzeninin korunmasını amaçlayan yasaları düzen-

---

(14) Bruxelles Üniversitesi, Ortak Pazar Enstitüsünde Prof. André Philip'in verdiği söylev

(15) Direksiyonda bulunan sürücünün saldırgan kişiliğe bürünmesi, doktor ve ruhbilimcileri meşgul eden endişe verici bir fonomen haline gelmiştir.

(16) "Les exigence pénales d'oujourd'hui et la politique Criminelle contemporaine Revue (Suisse) Internationnale de criminologie et de police technique, vol. XVI. no : 4 (1962), p., 249.

(17) Belgique judiciaire, 1860. 44. Cass. (Belge) II. Juillet. 1870, Pas., 1870. I. 417.

leyici yasalar saymak olanağı varmıdır? (18) ve (19).

10 — Şaşılacak bir başka gelişim, özel yasalarla konan suçların önemsiz sayılması gayretlerine karşın, klasik ceza hukukunda, kasdi suçlarda cezanın etkileyici ve önleyici gücünün giderek azalmaya başlamasıdır (20).

Adam öldürme suçu, askerî görev veya anastezi (eziyetsiz ölüm), çocuk düşürmek cinsel özgürlük, zina cezanın faydasızlığı gibi gerekçelerle hoşgörülebilmektedir. Öğretide saik, yeniden söz konusu edilmeye başlandı (21). Suçbilim alanındaki gelişmeler ve insancıl bir akın olan toplumsal korunma akımı bize gösteriyor ki, suç oluşturan eylem, her zaman failin kişiliğinin kötü olduğu anlamını taşımaz (22).

11 — Bütün bunlara karşın, halâ maddi suç kavramına taraftar olanlar bulunmaktadır. Rektör LEGAL, ORTOLON'un bir tanımından yararlanarak şunları yazıyor (23). "Toplumsal disipline uyulmasını sağlamak amacıyla konmuş suçlara "maddi suçlar" denir. Bu nedenle, toplum disiplinini koruma gereği yüzünden, cezanın uygulanması otomatik bir biçimde yapılmaktadır. Fiilin işlendiği anda faile cezanın uygulanması olanaklıdır. Bu tür suçlarda, failin kasden hareket etmediği veya kusurlu bulunmadığını ileri sürerek cezadan kurtulması olanağı kaldırılmıştır. Ancak, bu suçları işlemek faili karalamamakta, onurunu lekelememektedir. Zira, bu tür suçlar, failde saldırgan ve bozuk ahlaki ikişiliğin bulunduğu anlamını taşımamaktadır".

Benim için bu görüşe katılmak olanak dışıdır. Uygulama hayatımızda, saldırgan olmayan katillere, kişiliği bozuk olmayan hırsız veya zina sanıklarına rastlamadık mı?

12 — Şu halde benim yönümden yapılması gerekli iki iş vardır. Bunlardan birincisi yeni suç türlerini dayandıkları ahlak anlayışı ile birlikte incelemek, ikincisi ise, kusursuz suç, otomatik ve objektif sorumluluk fikrini çürütmek, bu fikre karşı baş kaldırmaktır.

Çelişkiye düşmeksizin, cezaların hafif, fiili ve hukuki hatalara düşme olasılığının fazla, düşünme zamanının daha kısa olduğu, bi-

---

(18) 16 Nisan 1963 tarihli, Sakatların topluma kazandırılmalarına ilişkin yasa

(19) 22 Ocak 1945 tarihli kararname (Belçika)

(20) 11 Şubat 1946 tarihli kararname (Belçika)

(21) TROUSSE, "Le mobile justificatife". Revue Belde de droit pénale et de criminologie, 1962-63, p., 418-436.

(22) Bu olgunun bulunması, uzun süren bir toplumsal evrim sonunda gerçekleşebilmiştir. Bu buluş, sık sık maddi gelişmelere bağlanmış toplumsal sorunlara gerçek vechesini vermiştir.

(23) Op. cit.

çimsel suçlar olarak nitelendirilen suçlar alanında objektif sorumluluğa yer olmamalıdır diyebiliriz.

Her şeyden önce, şu şaşırtıcı gerçeğin ortaya konmasında yarar vardır. Kabahatlarda sübjektif ögenin daha az belirgin veya önemsiz olduğunu savunanlar, ceza yasalarının incelenmesi sonunda edinilen bilgilere ters düşmektedirler. Ceza yasalarına konmuş kabahatların büyük bir çoğunluğunda, özel kast veya kesin bir niyet aranmaktadır.

13 — Yeni ceza hukukunun ahlaki dayanaklarının, yasal yönden benimsenmesi üç aşamada olmaktadır.

Önce, yeni cezalar, ceza yasaları dışında hususi hukuk veya idare hukuku tarafından düzenlenmektedir. Bu aşamada ceza kuralları moral bir temelden yoksundur.

İkinci aşamada, bu cezalar, ceza buyrukları, yasalar ve yönetmelikler tarafından, dağınık ve genel ilkeler altında toplanmaksızın yapılmaktadır. Bu aşamada moral bir dayanaktan yoksun maddi ceza kuralı ve kusura dayanmayan sorumluluk fikrinin savunulması olanaklıdır.

Nihayet üçüncü aşamada öğreti işlevini yerine getirmeğe başlamakta ve giderek değişik yasalarda yer alan suç türleri, genel ilkeler altında toplanmakta, bir araya getirilmektedir. Örneğin Yugoslavya Ceza Yasasının özel kısmında bir bölüm, "Bireyin toplumsal görevleri" başlığını taşımaktadır. Bu bölüm, "kişi özgürlüklerine karşı suçlar" bölümü ile, "bireyin onur ve kişiliğine karşı işlenen suçlar" bölümleri arasında yer almaktadır.

YENİ HUKUKUN ETKİLERİ

a) Kast ve kusur kavramı :

14 — Gerçekliğini yitirmeğe başlayan ve mevcut hukuk düzeninin gereklerine cevap veremeyecek duruma düşen kurallara sıkı sıkıya bağlı kalınması son derece zararlı sonuçlar doğurabilecek bir tutumdur. Fakat asıl büyük tehlike, klasik ve geçerliliğini yitirmiş bu kurallara bağlılığın, uygulamacıları, son derece basit, adalet duygularını bile incitebilecek sonuçlara götürmesidir. Bir kaç örnek gösterelim.

Fransız Yargıtayı 11 Nisan 1938 de verdiği bir kararda (24), kişilerin yabancı ülkelerde sahip oldukları malvarlıklarının devlete bildir-

(24) Gaz. Pal., 1938. d. 54.

melerini buyuran kararnameye aykırı davranışın kasdi bir suç olduğuna karar vermiştir. Yüksek mahkemeyi böyle bir karar vermeğe iten neden, bu eyleme karşı öngörülen cezanın yüksek olmasıdır. Kararın gerekçesine egemen olan düşünce açıktır; düzenleyici bir buyruğun basit ihlali için, bu denli ağır bir ceza öngörülmüş olması başka türlü haklı gösterilebilirmi? Şu halde, yalnız ahlaka aykırı biçimde hile ve mal varlığını kaçırma amacına yönelik fiillerin failleri cezalandırılabilecektir.

Oysa bugün, bu kararın verilişinden bir kaç yıl sonra, ekonomik hukuk alanında daha ağır cezaların öngörüldüğüne tanık oluyoruz. Trafik suçları için giderek daha ağır cezalar konmaktadır. Hatta bugün, nükleer enerji konusunu düzenleyen bir yasa, ihmali bir hareket için, ağır hapis cezası öngörmektedir (25). Hiç kimse, bundan bir kaç yıl önce, cezaların bu denli artabileceğini düşünmemişti.

15 — Başka örnek : Fransa Yargıtay'ı iki dünya savaşı arasında, vatansızların sınır dışı edilmesinde, Fransa'ya giren vatansızların eylemini yasalara aykırı davranış olarak kabul ediyor, böylece suçun sübjektif ögesini ortadan kaldırıyordu. Eylemin işlenmiş olması, yani Fransız sınırından içeri girmiş olmak, niyet ve kast ne olursa olsun, sınır dışı edilme cezasına çarptırılmak için yeterliydi. Suçlanan kişiye hiçbir savunma olanağı bırakılmamıştı.

Bu gün vatansızların sınır dışı edilmeleri, insan haklarının korunması açısından mahkemelerin ve uluslararası kuruluşların yetkisine giren bir iştir. Bu konuda otomatik cezalandırma, ahlaki açıdan hoşgörülemez ve geniş halk kitlelerince kınanır.

Bu örneklerde görüldüğü gibi, "Maddi suç" ve kusursuz sorumluluk konusundaki uygulamalar, bize, yalnız mal varlıklarının veya ahlak kurallarının değil, insanın insan olarak korunmaya layık olduğunu ve gereksinme duyduğunu göstermektedir. Aynı görüş, AET'nin işçilerin serbest dolaşımı ilkesine karşın, yabancıların çalışma karnesi salar içinde geçerlidir. (24 Mart 1964 tarihli kararname).
veya ticaret izni almaları konusunda olmadık güçlükler çıkaran ya-

16 — Belçika Yargıtay'ının 30 Mart 1936 tarihli bir kararı üzerinde uzunca durmak istiyorum (27).

---

(25) 4 Ağustos 1955 tarihli, Nükleer Enerji Alanında Devlet Güvencesine İlişkin (Belçika) yasası.

(26) Prof. PHILONENKO'nun araştırmalarına bakınız, Clunet, 1933, p., 1161; 1937, p., 699. 1938, p., 733.

(27) Pas. 1936. I. 206.

Belçika da kahvelerde ve lokantalarda sert içkiler içilmesi yasak olduğundan, yasa kahve ve lokanta işletenlerin bu gibi yerlerde kendi gereksinmeleri için bile olsa sert içki bulundurmalarını yasaklamaktaydı. Yasa koyucunun bu kadar titiz davranmasındaki amacın, yasanın dolaylı yoldan çiğnenmesini önlemek olduğu açıktır.

Bir lokantacı yasanın kesin buyruğuna karşın idareden bazı yemeklerin hazırlanması için gerekli olan sert içkiyi lokantasında bulundurmak ve kullanmak iznini almıştır. Neden sonra lokantacı hakkında bu suçtan dolayı soruşturmaya başlandı. Garip olan, soruşturmanın lokantacıya mutfağında alkol bulundurma izni veren idarece başlatılmış olmasıydı. Bruxelles İstinaf Mahkemesi sanık hakkında verilen aklama kararını onayladı. Ancak, idarenin başvurusu üzerine karar veren Yargıtay, aklama kararını şu gerekçelerle bozdu :

> "İdarenin başvurusunda da anlaşılacağı gibi, lokantada alkol bulundurma yasağı mutlaktır... : temyiz edilen kararda, sanığın işleticisi olduğu lokantada şu veya bu nedenle alkol bulundurduğunu kabul ettikten sonra, idarenin hiç bir yasal dayanağı olmaksızın verdiği alkol bulundurma iznini gözönüne alarak aklama kararı verilmesi yasalara aykırı..."

Bu gün kaçınılmaz hata, özellikle idarenin veya yetkili makamın yorumu ve tutumu yönünden düşülen hata, faili sorumluluktan kurtarmaktadır (28). Kaçınılmaz hata kuramı, özel yasalarla konmuş ceza buyruklarının uygulanmasından doğmuştur. Böyle olmasıda doğaldır. Çünkü, bu tür suçlarda yanılgıya düşme olasılığı, klasik suçlara oranla daha fazladır (29).

17 — Maddi suç kavramının meydana getirdiği karışıklık ve aşırılıkları gösteren bu örnekler bir hayli eskidir.

Günümüzde hukuka uygunluk nedenleri kuramı derin değişiklikler geçirmiş bulunmaktadır. Hukuka uygunluk nedenleri kuramının değişmesinin nedeni bu kuramın özel yasalarla getirilen suçlara da uygulanmasıdır. Böylece yeni ceza hukuku, büyük değişimlerin tohumlarını ekmiş oldu. Şu halde, burada karşılıklı bir etkileşim söz konusu olmaktadır. Özel yasalarla konan suç türlerine uygulanan genel ceza kuramları değişmekte ve sonra bu değişik hali ile ceza hukukunun eski ve yeni suç türlerine uygulanmaktadır.

---

(28) Cass. (Belge), 17. Sept. 1940, Pas. 1940. I. 218; 19, Déc. 1949, Pas., 1950. 1.263.

(29) Bak. Jean-Pierre COUTURİER den çeviren Dr. Hasan Bıyıklı, "Ceza hukukunda kaçınılmaz hukuki hata kavramı" Yargıtay Dergisi, Cilt, 2 Nisan-76 sayı, 2. s., 23-37. (çevirmenin notu)

18 — Belçika Ceza Yasasının genel buyruklar kısmını içeren birinci bölümünde hukuka uygunluk nedenleri olarak, yetkili makamların emri, akıl hastalığı ve "mücbir sebep" sayılmıştır. Bu sınırlı sayımın o çağın gereksinmelerine cevap verebildiğini söylemek olanaklıdır. Ceza Hukuku, bireycilik anlayışının ahlak ilkelerine dayanıyordu ve bu ahlak anlayışına göre, yasada sayılan hukuka uygunluk nedenleri yeterliydi. Acaba, bireycilik anlayışının dayandığı ahlak ilkelerine göre, basit ahlâki görevlerin ihmali anlamına gelen, hukuki hata, suçlunun cezadan kurtulması nedeni olabilirmiydi? Sorumluluğun temeli olan en önemli ögeyi ortadan kaldıran fiili hatayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek olanaklımıdır? Nasıl olurda, bu ahlak anlayışında, ceza yasalarının göreceliği esasına dayanan zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilirdi?

Özel yasalarla getirilen suçlar, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarını alabildiğine dar tutan bu anlayışın ne kadar yapay, çağın gerçeklerine ve gereklerine ters düştüğünü ortaya koydu. Özel Yasaların genel ceza hukuku kuralları üzerindeki etkisi, önceleri bir hayli azdı. Çünkü, bu yasalarla konan suçlar maddi suç olarak nitelendiriliyor ve önemsiz sayılıyorlardı. Zamanla, maddi suç kavramının yıkılması ve özel ceza yasaları ile konmuş olan suçluların layık oldukları önemi kazanmaları ile, genel kuramlar üzerindeki etkileri artmaya başlamıştır.

19 — Özel ceza yasalarının gerçek anlamları ve önemlerinin kavranması ile birlikte, kaçınılmaz hukuki ve fiili hata ve zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeğe başlandı (30).

Önce fiili hata, kaçınılmaz olması koşulu ile bütün suçlular için genel olarak uygulanmaya başlandı.

Belçika Yargıtayı, "farkına varmaksızın" yasa tarafından belirtilen ölçülerde yağ içermiyen sütü satın alıp taşıyan ve satışa çıkaran sanık hakkında kaçınılmaz fiili hatayı hukuka uygunluk nedeni sayarak aklama kararı vermiştir. Yasada bu suç tanımlanırken, "farkına varmaksızın bile olsa" ifadesi kullanılmış olmasına karşın Yüksek Mahkeme, sanığın üretmediği üreticiden satın alıp piyasaya sürdüğü, sütün kalitesini ve içindeki yağ miktarını bilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle, alt mahkemenin satıcı hakkında vermiş olduğu aklama kararını onaylamıştır. Bu karar dolayısıyla Yargıtay kaçınılmaz fiili hata kavramının tanımını şöyle yapmıştır: "Aynı koşul-

(30) A. LEGAL, op. cit., p., 143.
(31) R. LEGROS, "L'element moral dans les infractions". Sirey, 1952, p., 61 ve dev.

lar altında normal ve dikkatli bir kimsenin farkına varamıyacağı hata, kaçınılmaz fiili hatadır".

Görüldüğü gibi bu tanımda, fiili hata hukuka uygunluk nedeni kabul edilmekte ve bu hukuka uygunluk nedeni ilk olarak maddi suçlar olarak isimlendirilen suçlar alanında uygulanmaktadır. Belçika Yüksek Mahkemesinin bu kararı öğretide şimdiye kadar kabul edilen ilkeye açılan ilk gedik sayılabilir. Fiili hata, daha sonra uzun bir süre, kasdi suçlar alanında uygulanmaya konmadı. Çünkü, fiili hata, kavramını, özel hukuktaki hata kavramına eş görme eğilimleri fazla idi.

Suçun niteliği ne olursa olsun, bugün bütün sanıklar kaçınılmaz hata kuramından yararlanmaktadır (31). Bir kaç örnek verelim : Zina suçunda kadının medeni halinde yanılgıya düşme, iki evlilik suçunda, ilk evlilik hakkında düşülen yanılgı (32), cinsel suçlarda kadının yaşı konusunda failin içine düştüğü yanılgı, yangın yerinde insan bulunup bulunmadığı konusunda düşülen yanılgı, yardıma koşmama suçunda, yardımda büyük bir tehlike bulunduğu konusunda düşülen yanılgı (33) vs... gibi. Yargıç, karar anında, "sanık biliyormuydu veya bilmek zorundamıydı?" sorusunu yanıtlamaya çalışacaktır. Bilmek zorunluluğu olduğu hallerde sorumluluk ancak, kaçınılmaz bir hata bulunduğu takdirde ortadan kalkmaktadır. Hatanın yokluğu halinde, "sanık bilmemekten dolayı hatalıdır" ve dolayısıyla sorumluluktan kurtulamaz.

Aynı düşünüş biçimi, maddi suçlar olarak isimlendirilen özel yasalarla konmuş suçlar içinde geçerlidir.

20 — 16.2.1925 yılında Belçika Yargıtayı (34), resmî nikâhlı karısının öldüğüne inanan ve bu yolda kendisini savunan bir suçluyu evlilik dışı birlikte yaşamak suçundan dolayı aklarken, kaçınılmaz fiili hata yerine, kastın bulunmayışı gerekçesine dayanmayı yeğ tutuyordu.

8 Mart 1946 yılında (35) Belçika Askeri İstinaf Mahkemesi, düşmana araç-gereç sağlama suçu konusunda verdiği bir kararında, bu suçun oluşabilmesi için; 1 — failin hiç bir zorlama almadan, özgür istemi ile düşmana araç-gereç sağlamış, 2 — araç ve gereci bilinçli olarak düşmana vermesi, yani bunu yaparken düşmanın savaş gücü-

(32) Cass. (Belge) 27 Avril. 1964, pas. 1964. I.909.
(33) Cass. (Belge) 13 Avril 1948, pas., 1948. I.250.
(34) Pas. 1925. I.149. Adde : Cass (Belge), II. Mai. 1937, Pas. 1937. I.138.
(35) Pas. 1946. 2.17.

nün artacağını bilmesi, kaçınılmaz, fiili hataya düşmemiş olmasının zorunlu ve yeterli bulunduğuna karar vermiştir. Önce suçun oluşması için öznel iki ögenin bulunması zorunlu ve yeter görülmektedir; istem ve bilgi. Sonra, bu iki öznel öge, mucbir sebep ve kaçınılmaz hata gibi nesnel (objektif) ölçütlere göre saptanmaktadır. Kuramsal açıdan, bu yapılan bir çelişki olmakla birlikte, temelde ulaşılan sonuç doğrudur. Bu çözüm biçiminin kabahat niteliğinde olan suçlarla, özel yasalarla konmuş suçlarda aynı olması gereklidir.

14 Mart 1949 yılında (36) Belçika Yargıtayı, başka kasdi bir suç konusunda karar verirken, düşmanla işbirliği suçunun işlenmiş sayılması için; "failin suç işlediğini bilmesine, yasaya aykırı davranmak kasdını taşımasına gerek bulunmadığına" açık bir anlatım kullanarak karar vermiştir.

Belçika Ceza Yasasının 475. maddesi hırsızlık suçunu kolaylaştırmak veya cezadan kurtulmak amacıyla adam öldürmek suçunu idam cezası ile cezalandırmaktadır. Yasa, adam öldürme suçunun bu ağırlaştırıcı nedenini, adam öldürmemiş hatta bundan haberi olmayan veya buna karşı çıkmış hırsızlık suçu ortaklarının tümüne yaymaktadır.

Rektör Légal (37), "..... kasdi bir suç söz konusu olduğu zaman, şayet yanılgı suçun kurucu ögelerinden birini yok ediyorsa, kaynağı ne olursa olsun, sorumluluğu ortadan kaldırır." diye yazmaktadır. Bu yargıya katılmak olanaksızdır. Yazar, bu fikirden hareketle kabahatlerde ve özel yasalarla konmuş suçlarda kaçınılmaz hatanın hiçbir etkisi olmayacağı ve gözönüne alınmayacağı sonucuna varmaktadır. Yargıtayın, kulübüne, satılık kızlar kabul etmekten yargılanan ve kızların bu durumunu bilmediği yolunda savunma yapan işletmeci hakkında verilen aklama kararını bozması, bu fikre örnek olarak gösterilmektedir.

Yukarıda söylediğimi bir defa daha yinelemekte yarar görüyorum. Sorunun çözümünde, kasdi suçlarla, kabahat veya özel yasalarla konmuş suçlar arasında bir ayrım yapılması için hiç bir geçerli neden yoktur.

21 — Bütün bu açıklamalarımız, yasanın gerçek ve öznel (sübjektif) bilgiyi suçun ögesi olarak kabul ettiği hallerde geçerliliği yoktur. Yasa bunu "bile bile" kelimesini veya aynı anlama gelen benzer kelimeleri kullanarak yapabilir (Bilerek-nedenini anlayarak-kötü ni-

---

(36) Pas. 1949. I 200.
(37) op. cit.

yetle gibi). Bu ayrım, nitelikleri ne olursa olsun bütün suçlar için aynı sonucu, yani açıklamalarımızın geçersiz olması sonucunu doğuracaktır.

Eklemek gerekir ki; yasanın "bilmeyi" açıkca kabul ettiği ve istediği hallerde, failin hata veya bilgisizliği sorumluluktan kurtulması sonucunu doğurmayacaktır. Çünkü Roma Hukukundan ve halâ geçerliliğini koruyan ilkeye göre; hiç kimse ağır hatasından yararlanamaz. Bu ilkenin en güzel örneği, çalıntı malı satın almak veya karşılıksız çek vermek suçlarıdır (38). Eskilerin dediği gibi, "ignorans ignorabitur" (39).

Bu önemli gelişimi anlayabilmek için, eski ve yeni hukuka temel olan ahlak anlayışını anımsamak yetecektir. Eski hukuku, günah esasının egemen olduğu bireyci ahlak anlayışı biçimlendirirken, yeni hukuka toplumsal dayanışma ahlakı temel olmaktadır. Yeni hukukun, eski hukuk ilkelerinde olumlu gelişmeler meydana getirmesindeki giz burada yatmaktadır.

Örneğin, küçüklere karşı işlenen bir suçta fail, kıygın'ın (mağdurun) yaşı konusunda yanılmış ise, eyleminden dolayı cezalandırılacakmıdır? Şayet, failin ahlaki tutumu cezalandırılmak isteniyorsa, fail kıygının yaşı konusundaki yanılgısından dolayı sorumluluktan kurtulacaktır. Tersine, konmuş olan kuralın amacı, küçükleri korumak ise, failin kıygının yaşı konusunda yanılmış olması sorumluluktan kurtulması sonucunu doğurmayacaktır (40). Aynı biçimde, bu gün trafik kazalarının yattığı dramlar karşısında, kan nakli eylemini, kişi vücut yapısının bütünlüğüne aykırı davranış olarak kabul etme olanağı kalmışmıdır? (41).

23 — Bu gelişimin kast kuramı üzerindeki etkileri kolaylıkla

---

(38) Genel Savcı HERZOG, yeni yayımlanmış bir yazıtında, karşılıksız çek yazmak suçunda, kötü niyetin psikolojik içeriğini yitirmiş nesnel (objektif) bir kavram haline dönüştüğünü yazıyor (Bak HERZOG, "Réflexions sur la législation pénale du chéque" In la Chambre Criminelle et sa jurisprudence, éd. Cujas, 1966).

(39) Buna karşı yakınlarını öldürme suçunda hısımlık ilişkilerinin fail tarafından bilinmesinin şart olduğu ileri sürülerek itiraz edilebilir. Bu doğrudur. Ancak, bazı kuramsal haller br kenara bırakılacak olursa, denilebilir ki, kişide yanılma suçun niteliğini değiştiren kaçınılmaz hatadır. Öte yandan, yaralama suçunda, ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için, hısımlık ilişkilerinin fail tarafından bilinmesi şart koşulmuştur. Bu konuda adı geçen yapıta bak.

(40) Suç ve sonuç kastı ayrımı konusunda bak. Francis JEANSON, Lignes de départs, éd. du Seuil, 1963, p., 153-177 ve özellikle p., 159-168.

(41) P.J. DOLL, "La répration de l'acool au volant" Cette Revue, 1966, p., 827-850.

görülebilir. Bir taraftan, basit hata, kasdi suçu ortadan kaldırmamakta, öte yandan kaçınılmaz hata, gerek kasdı suçta, gerek "maddi suç" olarak isimlendirilen suçlarda eylemin suç niteliğini ortadan kaldırmaktadır.

Kasdın saptanması ve araştırılması yalnız can sıkıcı olarak kalmamakta, aynı zamanda yararsız ve yapay görünmektedir. İyi niyetin, kabahatlarda geçersiz olduğunu ve sorumluluğu etkilemediğini söylemek yanılgıdır. Bu yönden, çeşitli suç türleri arasında bir nitelik farkı değil, sadece derece farkı bulunmaktadır.

24 — Kuramsal incelemelerde ve yüksek mahkeme kararlarında (42), sık sık maddi hatanın, faildeki iyi niyeti açığa çıkardığı ve kasdi suçu bu nedenle ortadan kaldırdığı belirtilmektedir. Ancak maddi hatanın gözönüne alınabilmesi için, bunun kaçınılmaz olması gerektiği yazılmaktadır. Bu koşul, yani hatanın kaçınılmaz olması koşulu, ilkeyi desteklemek yönünden hiç bir öneme sahip değildir. Çünkü, failin basit hatadan yararlanması, ancak, iyi niyet yasa tarafından suçun bir öğesi olarak kabul edildiği hallerde olanaklıdır. Fail, basit hata halinde, ancak bu koşulla ve öge eksikliğinden dolayı, suç oluşmadığı için cezalandırılmaz. Bu halde, zaten cezai sorumluluğu haklı göstermek ve açıklayabilmek için genel ilkelere başvurma zorunluluğu yoktur.

25 — Hukuki hata; Bu gün "yasayı bilmemek özür sayılmaz" kuralı üzerinde ısrar etmenin hiç bir anlamı kalmamıştır. Özellikle bu kural, özel suç türleri koyan yasalar ve tüzükler açısından geçerliliğini ve mutlak niteliğini yitirmiştir.

Yasaların herkes tarafından duyulmasında ve öğrenilmesinde beliren zorluklar, uygulamada hukuki hatanın daha çok ve sık gözönünde alınması sonucunu doğurmuştur. Özellikle, hukuki hatanın, idarenin yanlış bilgilerine ve yorumlarına dayanması hallerinde, hukuki hata kesin olarak aklama nedeni sayılmağa başlanmıştır (44). Eylemin başlangıçta, idarenin bir yorumu veya açık iznine dayanmamakla birlikte, idarenin hoşgörüsü nedeni ile başladığı ve sürdüğü hallerde de aynı kural uygulanmıştır (45).

---

(42) BOUZAT et PİNATEL, Traité de droit pénal et de criminologie, Dalloz, 1963, 180.

(43) Dig., XXII, VI, L. 9, paragraphe 2.

(44) R. LEGROS, "Vers une théorie uniforme de l'erreur", Journal (Belge) des Tribunaux, 1953, p., 337.

(45) op. cit. p., 293.

Burada, özel yasaların ceza hukuku üzerinde ne doğrultuda bir etki yaptıklarını açık örneklerle görüyoruz.

26 — Mücbir sebep konusunda, yüksek mahkemenin, suçların niteliğine bakarak bir ayrım yapmaksızın genel uygulamayı sürdürdüğünü görüyoruz. Bilmenin ve istemenin aynı sonuçları doğurması ve uygulamadan kaynaklanmaktadır.

Kural olarak ne kasdi suçlarda, ne kabahatlerde, ne de ihmali suçlarda, failin sonucu istemesi koşulu aranmamıştır. Çünkü, sonucun fail tarafından istenmiş olması, zaten özel kasdın arandığı anlamına gelmektedir. Şayet, yasa açıkça, "isteyerek", "..... mek için", "..... niyetiyle" gibi ifadelerle kasdın, eylemin sonuçlarını da kapsamasını istiyorsa, sonucun istenmesi suçun bir ögesi sayılabilir. Çünkü, bu suçlarda özel bir amaç söz konusudur ve bireyin iradesi bu özel amacı (adam öldürme, çocuk düşürme) (46) gerçekleştirmeğe yöneliktir. Bazı yazarların yaptığı gibi, bu gibi suçlarda eyleme başlandığı andan itibaren sonucu isteme koşulunun otomatikman var sayılacağını (47) düşünmek yanlıştır.

Zaten yüksek mahkeme, "sonuç kastının" gerekli olduğu suçlarda bu kasdın varlığını kanıtlamayan kararları bozmaktadır (48).

27 — Bu özel ögeden öteye, kast ancak yasa tarafından eylemi isteme olarak kabul edilmiştir. Yani özgür istemden, dış etkenlerle yönlendirilmemiş, saptırılmamış iradeden sözedilmiştir (49).

Fakat, bu istem ögesi, maddi suç denen suç türleri içinde gerekli olan bir ögedir. Hatta kasdi olmayan suçlarda da durum aynıdır. Yayaya çarparak uyancasızlık ve önlemsizlikle onu yaralayan oto sürücüsü, dış etkenlerle saptırılmamış istemi ile eylemi yapmıştır.

Fransız Yüksek Mahkemesi, daha 1859 yılında, yasaklanmış olduğu halde tavşan nakleden postacı hakkında verdiği kararında, eylemin iradi olarak yerine getirilmiş olması gerektiğini belirtiyordu. Fransız Yargıtay'ına göre; içinde ne olduğu bilinmeden suç konusu paketi taşıyan postacının bu suçtan dolayı cezalandırılması olanaklı değildi (50).

"İstem" sözcüğünün, esnek ve günümüzde süregelen yanlış an-

---

(46) Buna göre dikkatsizlik yüzünden meydana gelen düşük olayından dolayı faili cezalandırılmayacaktır.

(47) NYPELS et SERVAIS, Code Pénal Belge, I p., 9.

(48) Cass. (Belge) 24 Jan. 1939, pas. 1939. I.41.

(49) Cass. (Belge) 2. Mai. 1949, pac., 1949. I.329.

(50) Arret du 9. Déc. 1895, S., 1860. 1.189.

lamlara neden olan, çeşitli anlamlara yüklü bir kavram olduğunu özel ceza yasaları ortaya çıkarmıştır.

Kasdi suçlarda, aranan istem ögesinin sonucu da kapsayan bir kast olmayıp, bu öge ile anlatılmak istenen şeyin failin özgür iradesi ile, hiç bir zorlama veya iradeyi saptırıcı nedenin etkisinde kalmadan hareket etmesi olduğu belirtilmektedir. "Maddi suçlara" gelince; bu konuda istem ögesinin zorunlu olmadığı söylenmekte, hemen peşinden, "maddi suç" failinin bütün hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabileceği, çünkü "maddi suç" failinin ancak özür iade ile hareket ettiği hallerde cezalandırılabileceği, yani istem ögesinin bu suçlarda da var olduğu eklenmektedir.

Suç kasdı, içeriği, "bilme ve isteme" kavramları ile eş anlamlı olan, geçerliliğini yitirmiş ölü bir sistemin kalıntısından başka birşey değildir.

29 — Bütün bu söylediklerimi, iki yüksek mahkeme kararı ile örneklemek isterim. Birinci örnek Fransız Yargıtay'ının 29.4.1921 (51) yılında, "sarhoş gemici" olayı ile ilgili olarak verdiği karardır.

Gemisinin hareketinden önce, sarhoşluk suçundan dolayı bir gemici tutuklanmıştı. Gemisi harekete geçerken, gemici halâ bu suçtan dolayı tutuklu bulunuyordu. Gemi denize açılınca tutuklu kişi hakkında, bu sefer kaçma suçundan dolayı soruşturmaya başlandı. Yerel mahkeme tarafından bu ikinci suçundan dolayı mahkum edildi. İstinaf Mahkemesi mahkumiyet kararını onayladı. Sanık gemici, gemisinin denize açılmasından önce tutuklandığını, bu nedenle mücbir sebep karşısında kaldığını ileri sürüyordu. Yüksek mahkeme, bunların mücbir sebep sayılması için insan istemi dışında meydana gelen, önceden öngörülmez ve karşı konulmaz nitelikte olması gerektiğini belirterek bu savunmayı kabule lâyık görmedi. Çünkü, yüksek mahkemeye göre, bu olayda, sanık kendi iradesi ile fazla miktarda alkol almış ve cezaevine düşmüştür. Gemisini kaçırması tamamen kendi kusurlu ve özgür istemli hareketinin sonucu olup, mucbir sebep sayılmasına olanak yoktur.

Bay Roux, bu kararı şiddetle eleştirmiştir. Eleştirisinde kaçma suçunun kasdi suç olduğunu belirten Roux, olayda failin basit bir hata yüzünden istemi kaçmak olmamasına karşın, suçlu duruma düşürüldüğünü ileri sürmüştür.

---

(51) S., 1922. I.185.

Bu eleştiri biçimi bana doğru gelmiyor. Fikrimce hata, deney-öncesi bir görüşle, askerden kaçma suçunun kasdi bir suç olarak nitelendirilmesinden ileri gelmektedir. Oysa, yasa koyucunun bu eylemde kişinin yıkıcı düşüncelerini değil, disipline aykırı davranışı cezalandırmak istemiştir. Bu arada belirtmek gerekir ki, kararda askerden kaçma suçunun kasdi niteliğinden söz edilmemektedir. Kararın dayanağı nedir? kararında yüksek mahkeme, sanığın gemide bulunması gereken saatte gemide olmadığını saptadıktan sonra, sanığın ileri sürdüğü savunmanın geçersiz olduğu, zira sanığın daha önceki hatası yüzünden bu savunma aracının sonuçlarının kendiliğinden ortadan kalktığını savunmaktadır.

Kan naklini red eylemini cezalandıran özel yasa bunun yalın, us'a uygun ve inandırıcı kanıtını vermektedir. Zira kan vermeyi red suçu kasdi bir suç sayıldığından, sarhoş olduğu için kan vermeyi kabul etmeyen kişi cezalandırılamayacaktır (52).

30 — Şimdi bir başka ilginç olay üzerinde fazlaca durmak istiyorum. Bu olay, yabancı işçilerin sözleşme süreleri bitmeden, yeni bir işe alınmasıdır (53). Fransa Yargıtayı, sözleşme süresi veya sözleşmenin varlığı konusunda yanılgı kabul edilmeyeceği, buna karşılık, yabancı olma konusundaki yanılgının gözönüne alınacağını kabul etmektedir.

Huguenez, sorunun, çözümlenmesinin son derece zor olduğunu belirterek şunları yazıyordu; "kasdi suçlarla, kasdi olmayan suçlar arasında, aşılması olanaksız bir duvar yoktur. Bazı melez suçlar vardır ki bunlarda istem ve istem yokluğu aynı biçimde rol oynarlar. Bizi ilgilendiren "istem veya istem yokluğundan hangisinin suçun oluşumunda etkili olduğunu saptamaktır." (54).

Şimdi sormamız gerekir. Kim suçun niteliğini tayin edecektir? Hangi ölçülere göre, bazı suçlar da istem gerekli görülecek, bazılarında gereksiz sayılacaktır?

Sözleşme süresi bitmeden yeniden işe alma suçunda durum nedir?

Her zaman olduğu gibi, kaçınılmaz hata, sorumluluğu kaldıracaktır. İşçinin yabancı olduğunu bilmeme konusunda olduğu gibi, söz-

---

(52) Cass. (Belge) 5. Mai. 1941, pas. 1941. I.172 : Benim daha önce sözü edilen yapıtıma bakınız. s., 183.

(53) Crim. 19 Juillet. 1931 ve 29 Nisan 1932, s., 1933. I.113. note de M. HUGUENEY.

(54) Özellikle bak. A. LEGAL, op. cit.

leşmenin varlığı veya süresi konusundaki yanılma da aynı sonucu doğuracaktır.

Yargıtay bunu sözleşme süresi konusunda dolaylı olarak kabul etmektedir görüşündeyim. Yargıtay'ın yabancı olduğunu bilmeme konusundaki anlayışının aynı olduğunu düşünüyorum. Zaten, farklı bir tutum takınılacak olursa bunun nedenlerini açıklamak ve bu tutuma kuramsal bir açıklama bulmak çok zor olacaktır. Şurası açıktır ki, suçun böyle bir öğesindeki yanılgı, yani işçinin yabancı olduğunda düşülen yanılgı, diğer ögeler konusundaki yanılgıdan daha anlaşılır ve hoşgörülebilir niteliktedir. Bu yalın olgu üzerine, farklı hukuki yapı kurulabileceğinin sanılması şaşırtıcıdır.

Fiyatları düzenleyici yasa konusunda da aynı yapay açıklamalar yapıldı. İzin almaksızın fiyat artırmak maddi suç olarak nitelendirildi. Çünkü, fiyatın izin almaksızın artırılmış olduğun usaptamak yetiyordu. İzin alınmış olmasına rağmen aşırı ve haksız fiyat koymak fiili, kasdi suç olarak nitelendirildi, şu nedenle ki, fiyatların haksız ve aşırı olduğunu saptamak zor ve titizlik isteyen bir iştir (55).

31 — Özel yasaların ceza hukukuna etkisi konusunda, kendi kendine, ceza hukuku alanında, sınırları ve anlamı iyice tayin edilmek koşulu ile yeni bir hukuka uygunluk sebebi yaratmamız gerekip gerekmiyeceğini sorup duruyorum. Bu yeni hukuka uygunluk nedenide "mobile de justice" (Adalet Saiki) diyebiliriz (56).

Bu yeni hukuka uygunluk nedeninin kabulü, klasik ceza hukukuna yeni bir ayrık getirmek olacaktır. Çünkü klasik ceza hukukunda mobil gözönüne alınmamaktadır. Yorumlanması ve uygulanması çok zor olan yeni yasaları idare yanlış veya keyfi uygulayabilir. Bu tür uygulamaya vatandaşın boyun eğmemesi, her zaman ceza uygulamasını gerektirmeli midir?

Kâğıt uygarlığını yaşadığımız, yetenek belgeleri, izin belgesi, tavsiye kâğıtları ile hareket ettiğimiz bu çağda, idareye karşı pasif direnişin cezalandırılması gereken bir davranış olmadığı ciddiyetle düşünülmelidir.

Diğer bir anlatımla, ceza hukuku açısından, "hiç kimse kendi

---

(55) DONNEDİEU DE VABRES, R.S.C. 1938, p. 80 et 506 : 1939 p., 92 et 685 : 1940, p, 47 et 228 : 1941, p., 210 ce 321. Crim. 15 Mars. 1940, Gaz. Pal., 1940. I.375.

(56) Bu sorun üzerinde yapılan tartışmalarda Fransanın Grenoble kentinde bir söylev vermiştim. Bak. Revue (Belge) de droit Pênal et de criminologie, 1966-1967, p., 527-543.

kendine adalet gerçekleştiremez" kuralına bir ayrık (istisna) tanınabilir mi?

Yüksek mahkeme kararlarında, "zorlayıcı neden" perdesi ardına gizlenerek yürütülen böyle bir eğilim vardır. Hiç kimse, mobil fikrini açıkça kabul ve uygulama cesaret ve açık yürekliliğini göstermemektedir. Hatta "mobil" in kabülü, zorunluluk hali kavramı kullanılmak suretiyle dolaylı yoldan yapılmağa kalkışılmıştır. Ancak, burada sorulması gereken şudur; "Acaba böyle dolaylı yollardan gitme yerine açıkca "mobil" düşüncesinin kabul edilmesi daha doğru bir yol olmaz mı? Önce, doktrinal nedenlerle, buna gerek vardır. Daha sonra, atılgan yargıçların, Yüksek Mahkeme kararlarına karşın, zorlayarak "zorunlu neden" yoluna gitmeleri tehlikesini önlemek için, "mobil" esasının açıkca kabul edilmesi gereklidir. Nihayet kavramın sınırlarının iyice belirlenmesi için kavramın açıkca ve doğrudan doğruya uygulanmasında zorunluluk vardı.

32 — Eğer idare, haksız ve keyfi bir işlemle, isteyene bir izni, bir belgeyi vermekten kaçınırsa, bu izinden veya o izin'i gerekli kılan işten vazgeçecekmiyim? Şayet, idare tekelinde bulunan bazı maddelerin taşımacılığında sizin mallarınızı taşımaktan kaçınırsa, özel servisinizle veya özel teşebbüs aracılığı ile taşımacılığa başlayamaz mısınız? Eğer, idare bir iş için izin verir veya yasaklama kararı çıkarırsa, müdahale eden organa, yetkisizlikten dolayı itiraz etmek ve direnmek hakkınız olmayacak mı? Trafik polisinin haklı haksız tüm emirlerine uygun davranmak zorundamıyım?

Bir çok önemli kararında yüksek mahkeme, bu tür olaylarda, savunmayı haklı bulmuştur (57).

Rektör Legal, geçenlerde yayınlanan bir çalışmasında (58) Fransız Yargıtay'ının 26 Haziran 1956 tarihli kararından söz etmektedir. Rektör Legal, kararın maddi suç kavramı açısından ilginç olduğuna dikkati çekiyor.

Kararda, çalıştırdığı işçileri, ücretli izin sandığına bildirmeyen bir patronun eylemi yargılanmaktaydı. Patron, çalıştırdığı işçilerin hizmet sözleşmelerini ilgili daireye sunmuş olsaydı, ayrıca bunların ücretli izin sandığına bildirilmesine gerek kalmayacaktı. Oysa, sanık patron sözleşmeleri vermek ve işçileri sandığa kayıt ettirmek için

---

(57) Cass. (Belge) 5 Nov. 1906, pas., 1906. I.34 . 12. Déc. 1939, pas., 1939. I.513 : 23. Sept. 1940, pas., 1940 I.225.

(58) Op. cit.

başvurmuş ve yetkili organ, bu konudaki istemini, formalitelerin tümünü yerine getirilmediği bahanesiyle reddetmişti. Mahkeme, sanık hakkında aklama kararı verdi. Savcılığın temyiz dileği reddedildi. Kararda Yargıtay, açıkca formaliteleri tamamlanmamış hizmet sözleşmelerinin kabul edilmemesi gerektiği düşüncesini benimsemekle birlikte, sanığın kendi isteği ile, idarenin yaptığı yanlışlığı düzeltmesinin beklenemiyeceğini belirtiyordu.

Bu tür kararlar tek ve ender değildir (59).

Bu tür kararlardan çıkarılacak hukukî sonuç önemlidir.

İşte, ortada "maddi" diye nitelendirilen bir suç bulunmaktadır. Bununla beraber, sanık iyi niyet sahibi olduğu için aklanmıştır. Diğer bir anlatımla, sanık kusurlu biçimde hareket etmediği için hakkında aklama kararı verilmiştir. Bu iyi niyet, eylemin idare tarafından verilmiş yanlış bilgilere dayanmış olmasıdır ve üstelik "mobil de justice" (Adalet Saiki) gözönüne alınmıştır.

Gerçekten hâlâ, materiel ve kasıtlı suç ayrımı yapma olanağı varmıdır? Şu söylenebilir : Bütün suçlar bir hatadır, (kusura dayanır). Yasaya karşı gelmek kusurdur, kusuru oluşturmağa yeterlidir. Ancak yasa koyucunun ayrık olarak özel kast istemesi halleri bunun dışında kalmaktadır.

Bütün bunlardan çıkan bir başka sonuçta, ceza hukuku kavramının bir çok zorluklar ve çelişkiler doğuran "dol eventuel" (muhtemel kast) ve "dol İndéterminé" (belirsiz kast) gibi kavramlara gereksinimi bulunmadığıdır. Genel kast teorisi veya suç kastı, zamanında, bunlarsız çözümü olanaksız sorunlar nedeni ile doğmuş olup, bu gün işlevlerini tamamlamış, gereksiz yere varlıklarını sürdürdüklerinden, yeni yeni sorunlar doğurmaktadır.

33 — Kast klasik kuramının yararsızlığına ilmi kanıt olarak "kesinleşmiş ceza yargılarının, hukuki çekişmelerde üstünlüğü" kuralı gösterilebilir. Kusur yokluğu nedeni ile, aklama kararından sonra, hususi hukuka göre başvurma ancak yasanın özel bir kast istediği hallerde olanaklıdır. Şu halde, kast yokluğu nedeni ile aklama kararı, her türlü kusurun bulunmadığı anlamına gelmektedir.

34 — Hukuka uygunluk nedenleri konusunda, işaret etmek gerekir ki, yasa koyucu bile, özel yasaların anlaşılmaz, yorumu zor olmasından dolayı, yasal olarak ve suç tanımı içinde Hukuk'a uygun-

---

(59) İbid, Crim, 26. Févr. 1964, chr. LEGAL, R.S.C. 1966, p., 887.

luk nedenleri yaratma yoluna gitmiştir. Gerçekten, yasa metinleri içinde : "İyi niyetle yapılmış hareket", "eylemi haklı gösteren koşullar altında", "zorunlu olmadığı halde", "yasal bir dayanağı olmaksızın" gibi ifadeler geçmektedir. Bazı yasalarda, İdarenin yanlış ve keyfi yorumlarının da eylemi suç olmaktan çıkaracağı açıkça yazılmıştır (60).

b) Yasallık İlkesi :

35 — Yasasız suç ve ceza olmaz ilkesi ile, bu ilkeden kaynaklanan, ceza yasalarının geriye yürümezliği, dar yorum, kuşkudan sanık yararlanır kuralları, özel yasaların etkisizce eski mutlak anlamlarını yitirmeğe başlamışlardır. Çünkü, bireycilik anlayışına dayalı klasik ceza hukukunda aleyhte yasa, lehte yasa kesin ayrımı vardı. Oysa bu ayrım, eski gücünü ve geçerliliğini yitirmiştir. Ancak başta sözünü ettiğimiz kuralların mutlak anlamlarını yitirmeğe başlamalarında, başka etkenlerinde rolü olmuştur. Yeni hukuk, Geny'nin özel hukuk alanında önerdiği "özgür bilimsel araştırma" yönteminin kullanılmasını kolaylaştırmıştır. Bu yöntemin uygulanmaya başlaması, ceza yasalarının, yürürlükten kaldırılmış, değiştirilmiş veya birleştirilmiş yasalara atıf yaptığı hallerde doğan sorunların çözümünde son derece yararlı olmaktadır (61).

Yargıçlara kişisel düşüncelerini kararlarında kulianma olanağı tanımak, resmi bir doktirine göre karar vermelerini sağlamak veya takdir ve yetki sınırlarını genişletmek sözkonusu değildir. Sınırlamalara her zaman gereksinme vardır. Fakat yeni yasalarla yaratılan suçlar, bu sınırlamalarını yasa tarafından önceden saptanmasının her zaman isabetli ve yararlı olmadığını göstermiştir. Bu yoldaki gelişme yalnız Fransa'da ve Belçika'da değil bir çok ülkede vardır (62). Buna ilişkin bir çok karar gösterilebilir. Bunlardan üçü gerçekten ilginçtir.

---

(60) Loi (Belge) du lere Avril. 1936. Art. 41.

(61) R. LEGROS, "Considérations sur les laounes et l'interpretation en droit pénal". Revue (Belge) de droit pénal et de criminologie, 1966-67. p., 3-35. Cass. (Belge) 24. Janv. 1966, pas., 1966. I.662.

(62) M. ANCEL, "Création judiciaire des infraction pénales en France et en Anlettère" Bull. Soc. légis. Comparée., 1931, p., 91. : "L'analogie en ddroéte pénal" Rev. İnt. de droit pénal 1955, p., 277 : L'analogie en droit pénal. Etudes contemporainess S., 1959, p., 197 : COMBALDİEU, "A propos d'un conflit entre la raison et l'interpretation réstrictictive en droit pénal". R.S.C. 1965, p., 737-778 : STRAHL, "Introduction au nouveau coude pénal Suédoise" Traduction Francais, Stockholme, 1965.

36 — Birinci ilginç karar, Belçika Yargıtayı'nın 16 Haziran 1936 tarihli bir kararıdır (63). Kararda ele alınan sorun geçe bekçileri ve bir kısım işçilerinin (hizmetcilerin) ihtiyarlık sigortasına tabi olup olmadıklarıdır. Şayet, soru olumlu biçimde cevaplandırılıyorsa, bu işçileri çalıştıran patron, gece bekçisi ve bir kısım işçiyi ihtiyarlık sigortası primlerini yatırmamaktan dolayı sorumlu tutulup tutulmadığı idi. Yerel mahkeme, "Bu durum yasada açıkça öngörülmediği ve yargıcın ceza alanında yasalardaki boşlukları yorumla kapatmasının olanaklı bulunmadığı" gerekçesiyle sanık patron hakkında aklama kararı vermiştir.

Krallık savcısının temyizi üzerine, Yargıtay kararı bozdu. İlginç yönlerini tamamıyle aksettirebilmek için bütününün aynen verilmesi gerekmektedir. Gerçekten karar, tümünün okunmasına değecek kadar ilginç ilkeler getirmektedir.

Kararda, "yasalar yasa koyucunun istekleri doğrultusunda yorumlanmalıdır." ilkesi hatırlatıldıktan sonra, yüksek mahkeme, Belçika yasalarının genel tahlilini yapmakta ve sözü edilen işçilerin, "ekonomik koşullardaki değişmeler üzerine", yasa taslağında ve hazırlık çalışmaları sırasında S.S. lar rejiminden yararlandırılmasının düşünüldüğü gözönüne alınarak bu işçilerin S.S.K. uygulaması dışında bırakılamayacakları görüşüne ve kesin kanısına varmaktadır.

Asıl ilginç olan; kararın bundan sonraki bölümüdür. Kararın bu bölümünde yapılabilecek itirazlar ele alınmakta ve cevaplandırılmaktadır.

"Yasanın 1. maddesinde bir iş sahibinin yanında çalışan işçilerden söz edilmesine, S.S.Y. üçüncü maddesinde primlerin günlük ücret tutarlarına göre hesaplanacağının kabul edilmiş olmasına, eldeki hizmetlilerin ise, ücretlerinin bir kısmının aynî olarak almaları ve yerleşmiş teamül gereğince günlük ücret yerine haftalık veya aylık ücret almaları yazılı bulunmasına göre, bu işçilerin S.S. Yasası kapsamı dışında kaldıkları ileri sürülebilir. Ancak bu başlangıçta ortaya atılan ilkenin uygulanmasını engelliyecek tipte bir itiraz olamaz. Bütün bunlara rağmen, yasa yasa koyucunun arzusu yönünde yorumlanmalıdır."

Bu karardan çıkarılacak kuramsal sonuç; yasanın dar yorumunu savunan yazarların fikirlerine ters düşmektedir. Burada Analogie yolu ile yapılmış yorum (şifai yorum) karşısında bulunuyoruz.

---

(63) Pas., 1936. I.297.

37 — İkinci örnek. Belçika Yargıtay'ının 12 Kasım 1964 tarihli, ceza yasasının dar yorumunu reddeden karardır (64). Karara konu olan olay, otobüs şöförü hakkında, yaralamaya neden olma suçundan açılmıştır. Otobüs şöförü, biletçiden bu yasaya göre, otobüse binenlerin ve otobüsten inenlerin güvenliğini sağlamakla görevlidir gerekli işareti almadan hareket etmekle suçlanmaktadır.

Oysa olayda, şöför, hem arabanın sürücüsü hem de biletçisi durumundaydı. Kararda, yasanın, yolcu güvenliğini biletçinin sağlayacağına ilişkin 13. maddesinin dar yorumlanmaması gerektiği belirtildikten sonra, arabada bu iki iş yalnız sürücüye yüklenmiş ise, 13. maddeyi ihlal suçunun sanığının sürücü olması gerektiği görüşü benimsenmekle, yasa hükmü geniş yoruma tabi tutularak sürücü mahkum edilmektedir. Burada, yargıcın moral yargılarından etkilenmesini, keyfi olmaktan uzak, toplum çıkarları açısından yapılmış analojik bir yorum göze çarpmaktadır.

38 — Nihayet Fransız Yargıtayı'nın (65) 1 Nisan 1965 tarihli bir kararında, deniz taşımacılığı ve sürücülüğü ruhsatı olmayan bir sanık, motorlu deniz aracı kullanmaktan dolayı yargılanmış ve sonuçta, olaya uygulanacak tek yasanın 1856 yıllarından kalma bir yasa olup, olayla ilgili maddesinin, günümüzün teknik gelişmelerine uygun olarak yorumlanması gerektiği kabul edilmiştir (66).

39 — Anlaşılıyor ki, çoğu zaman yasaları aynen uygulamak zorunda bırakılan hukuk yargıcının, kural yaratma yetkisi daha çok, insani değerlerin korunması yolunda kullanılmaktadır. Bu yönden, yasaların sanığın lehinde yorumlanmasında ceza yargıcı ile, hukuk yargıcı arasında bir koşutluk vardır. Bu, genel olarak inanılan, ceza yasalarının dar yorumu kuralının eskisi gibi geçerli ve mutlak olmadığını göstermektedir (67).

c) Mülkilik İlkesi :

40 — Uluslararası ceza hukuku alanında, özel yasaların ilerletici ve olumlu etkileri, ayrı bir boşluk altında ele alınmağa değer.

Örneğin, yabancı ülke ceza mahkemeleri tarafından verilmiş kararların başka bir ülkede geçerli sayılmayacağı kuralı eski etkinliğini

---

(64) Pas. 1965. I.157 : Cass. (Belge) 24 Oct. 1966, Pas., 1967. I.258 : Cass (Belge) 15. Juin. 1964, pas., 1964. I.IIII.

(65) M. COMBALDİEU'nun araştırmasına konu olan karar.

(66) Cass. (Belge) 5 Avril. 1965. Pass., 1965. I.831.

(67) Bütün bu konularda benim çalışmalarıma bakınız. Note, 2, p., 254. Adde : J.C. SERNA, Le refus de contractér, Paris, 1967. p., 78.

kaybetmiş ve yasa koyucu bu kurala, çeşitli zorunluluklar nedeni ile, istisnalar koymak gereğini duymuştur. Örneğin, bu gün yabancı bir ülke mahkemesinden verilen meslekten men cezası, başka bir ülkede de bu mesleğin icrasını engellemktedir. (68). İstisna sınırları, bu biçimde genişleyerek, zamanla asıl kuralın yerini alacak hale dönüşmektedir. Bu gün, yabancı ülkede, murisini öldürmek suçundan mahkum olmuş kimseye, başka bir ülke sınırları içinde miras verilmesi veya mirastan pay verilmesi düşünülemez (69).

41 — Ceza yasalarının mülkiliği ilkesi açısından, Belçika askeri ceza yasasının 57 bis maddesi ilginçtir. Bu madde, asker ve benzerlerini yabancı bir ülkede, o ülkenin orman, av, trafik, gümrük vs.. yasalarına uymak yükümü altına koymaktadır. Bu yasalara aykırı davranışta bulunan asker ve benzerleri için ceza yaptırımı da öngörülmüş bulunmaktadır (70). Belçika askeri ceza yasası 57 bis maddesinde öngörülen suç, başka ülke ceza yasalarına aykırı davranışlarda bulunma suçu olmaktadır.

Böyle bir yasa maddesinin uygulamada ortaya çıkaracağı sorunlar hemen anlaşılmaktadır. Fiilin ispatı, (kanıtlanması), Yargıtayın denetimi, ceza yasalarının mülkiliği ilkesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi bu sorunlar arasında en önemlileridir. Fakat önemli olan, böyle bir yasa hükmünün klasik ceza hukukuna yapacağı etkidir. Bu etki son derece büyük olduğu gibi, yalnız ceza hukuku alanında değil, diğer hukuk alanlarında da sonuç doğuracaktır (71).

d) Diğer Çeşitli Haller :

42 — Şayet zamanımız olsaydı özel yasaların ceza hukuku üzerinde yaptığı diğer etkileri de detaylarına kadar açıklamak olanağına sahip olacaktık.

Ben şimdilik bunları kısaca hatırlatmakla yetinmek zorundayım.

1) Yeni ekonomik ve toplumsal yasalarla, cezaların şahsiliği ilkesinde yeni gedikler açılmış, fiili yapandan gayri kişilere de ceza uygulanmaya başlanmıştır.

---

(68) Örneğin bak. A.R. 24 oct. 1934, A.R. 9 Juillet. 1935 : Lois (Belge) 9 Juillet 1957, du 19. Fev. 1963 : du 30 Déc. 1963, du 21 Avril. 1965, du 26 Juin. 1976, du 2 Sépt. 1957, du 28 mars. 1952.

(69) R. LEGROS, "Effets Internationaux des jugements represifs et Communauté Eroopéennes" Rev. (Belge) de droit pénal et de criminologie, 1960-1961, p., 795-823.

(70) Bak sınırların uluslararası kontrolüne ilişkin 30 Mart 1962 tarihli Belçika-Fransız anlaşması.

(71) Özellikle Uluslararası Hususi Hukuk.

2) Yeni yasalardaki cezaların çeşitliliği yüzünden tüzel kişilerin cezai sorumlulukları olamıyacağı kuralına konulan istisnalar alabildiğine genişlemeye başlamış, özellikle Avrupa Ortak Pazar hukuku bu gelişmeye etkili olmuştur (72).

3) Yeni yasalar ceza hukukunda, toplu suçlar, sürekli suç (temati eden suç), fikri içtima, zamanaşımı ve zorlaalım (müsadere) kuralları üzerine etki yapmış ve bunların değişmesini sağlamıştır.

4) Soruşturmanın başında veya soruşturma süresi içinde meslekte uzman kişilerin fikirlerinden yararlanılması, adaletin duygusallıktan uzaklaşmasını sağlamıştır. Hatta bu yöntem TOUFFIT ve HERZOG ile BREDİN ve LOUSSOHARN'ın belirttikleri gibi adalet sisteminin değişmesi gibi bir sonuçta doğmuştur (73).

5) Yeni yasalar, yalnız ceza hukuku alanında değil ceza ûsûl hukukunda da bazı değişikliklerin ve gelişmelerin meydana gelmesi sonucunu doğurmuştur. Özellikle, soruşturma sırasında bilimsel incelemeler bu yasaların uygulaması nedeni ile son derece artmış, yukarıda söylediğimiz gibi, bu daha az duygusal bir adaletin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur.

6) Yeni yasalar, ceza yasasında yer alan ve tanımı yapılmış olan bazı suçların önemini azaltmıştır. Örneğin meslek sırlarını saklamama suçu, sosyal sigortaların hızla yayılması sonucu eski mutlak anlamını kaybetmiş ve bu suça ilişkin yasa hükmü daha yumuşatılarak uygulanmaya başlanmıştır (74).

Bay Costa'nın belirttiği bir başka örnek; Ticaret özgürlüğünün satıştan kaçınma suçunun yaratılması ile sınırlandırılmasıdır (75).

7) Nihayet, yeni yasalar bize, fiziki savunma (elimine etme yolu ile savunma) insani savunma (yeniden topluma katma) yolu ile savunma yanında intellektüel savunmanın gerekliliğini göstererek, toplumsal korunma doktrininin genişlemesini sağlamıştır. İntellektüel savunma zorunluluğu doğmuştur, çünkü toplum değer yargılarını koru-

---

(72) R. LEGROS, "L'avenir du droit pénal Internationnal" in Mélenges Henri ROLİN Pedon, 1964.

(73) TOUFFAİT et HERZOG, "Le probleme de la répression pénale des entendes economiques en droit Francais". J.C.P. 1967. 2047.

(74) R. LEGROS, "Consideration sur le secret médicale" Rev. (Belge) de droit pénal et de criminologie, 1957, 1958, p. ,859-893.

(75) "La jurisprudence de la chambre criminelle et l'élaboration d'un ordre public économique et sociale" in La Chambre criminelle et sa jurisprudence éd. Cujas, 1966.

ma amacıyla cezalandırmaktadır ve bu değer yargıları yasalarda özümlenmiştir.

SONUÇ :

Ceza buyrukları taşıyan özel yasaların ceza hukuku üzerindeki yapıcı ve olumlu etkilerini sergilemeye ve özel yasalarla konmuş olan suçların ikmal edilerek, maddi suç olarak nitelendirilmelerinin ve ceza hukuku dışında sayılmalarının ne gibi sakıncalar doğurduğunu açıklamaya çalıştık.

Sonuç olarak, ceza buyrukları taşıyan özel yasaların ceza hukuku içinde sayılmaları ve toplanmalarının getireceği faydaları şöyle sıralayabiliriz.

1) **Bilimsel Fayda** : Ceza hukukunun genel kuralları çağımızın değer yargıları tarafından geride bırakılmış, terkedilmiş bir ahlâk anlayışına dayanmaktadır. Bu nedenle, ceza hukuku genel kurallarının, uyumlu biçimde değişmesi, ancak dışarıdan yapılan müdahalelerle ve katkılarla gerçekleşebilir. Özel yasalarla konmuş suçlar bu etki ve müdahaleyi sağlayacaktır.

2) **Yasa Yapma Tekniği Açısından** : Özel yasalarla konmuş suç türlerinin dağınıklığı ve çeşitliliği, onlara yanlış olarak verilen "maddi suç" niteliğini kuvvetlendirecek ve uygulamadaki etkilerini azaltacaktır. Özel yasaların genel ceza hukuku içinde mütaala edilmesi ve bir bütün halinde toplanması bu sakıncayı önleyecektir.

3) **Pratik Yarar** : Ceza buyrukları taşıyan özel yasaların uygulanması sırasında, ceza hukukunun genel kuralları gözönüne alınmalıdır. Bu adalet ve hakkanıyet açısından gereklidir. Özel yasaların ceza hukuku içinde sayılmaları bu açıdan yararlı olacaktır (76).

4) **Suçbilimsel Yarar** : Kalıplaşmış ve değişmez kurallar haline gelmiş ceza yasası buyrukları ile, hızlı bir gelişime tabi suçbilim arasındaki uyumsuzluk her geçen gün biraz daha artmaktadır. Özel yasalarla konan suçlar günün gereksinmelerine göre geliştiğinden suçbilimsel planda meydana gelen gelişmelerin ceza hukuku alanına aktarılmasında son derece faydalı olacaklardır (77).

---

(76) A. VİTU, "Réglementation des changes et droit pénale" in Le controle des changes sous la direction de J. HAMEL, Sirey, 1955 : R. GARRON, étude précité.

(77) PRİNS, Science pénale et droit pozitif. Bruxelles, 1899, no : 6.

5) **Manevi Yarar** : Ceza buyrukları getiren özel yasaların ceza hukuku dışında mütaala edilmeleri ve materiyel suç sayılmaları, özellikle manevi unsurun aranmaması, ceza yargıçlarını otomat ve yasa kolleksiyoncusu haline getirecektir. Bu önemli sakıncanın ortadan kaldırılması için özel yasaların genel ceza hukuku içinde mütaala edilmesi gerekmektedir (78).

Biz ceza adaleti mensupları, çok önemli ve güç bir görev yüklenmiş durumdayız. Bu görev; dayanışma içinde bulunan ve giderek daha insancıl olan bir toplumda, ahlâk kurallarının ve eski değer yargılarının hukuk yolu ile değiştirilmesini sağlamaktadır.

---

(78) GEGOUT, "L'interpretation littérale des lois pénales" in Les sources du droit, Récueil en l'honneur F. GENY, Sirey, 1934, p., 305.

FUHŞİYATA TAHRİK SUÇLARI

Arıkan GÜLCÜ (*)

PLAN

GİRİŞ

A. SOSYAL EVRİMDE FUHŞUN YERİ
B. FUHŞUN TARİFİ
C. FUHŞUN TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ
D. FUHŞA TEŞVİK VE YOLUNU KOLAYLAŞTIRMA

I — 15 Yaşını Doldurmayan Küçüğün Fuhşa Teşvik Edilmesi Ve Bunun Yolunun Kolaylaştırılması.

a. Suçun Failli.
b. Suçun Mağduru.
c. Maddi Unsur :
aa. Teşvik.
bb. Bunun Yolunu Kolaylaştırma.
d. Manevi Unsur.
e. Cezayı Ağırlaştıran Haller :
aa. Failin Küçüğün Usulü Olması.
bb. Failin Küçüğün Kardeşi Olması.
cc. Failin Küçüğün Evlat Edineni Olması.
dd. Failin Küçüğün Veli Veya Vasi, Öğretmen Veya Mürebbisi Olması.
ee. Failin Küçüğün Hizmetkârları Veya Gözetimi Kendisine Bırakılan Kimse Olması.

II — 15 Yaşını Doldurup 21 Yaşını Bitirmemiş Olan Bir Kimsenin Fuhşa Teşvik Edilmesi Ve Bunun Yolunun Kolaylaştırılması.

a. Suçun Faili.
b. Suçun Mağduru.
c. Suçun Maddi Unsuru.
d. Cezayı Ağırlaştıran Haller :

aa. Failin Mağdurun Usulü Olması.
bb. Failin Mağdurun Kardeşi Olması.
cc. Failin Mağdurun Evlat Edineni Olması.
dd. Failin Mağdurun Veli Veya Vasi, Öğretmen Veya Mürebbisi Olması.
ee. Failin Mağdurun Hizmetkârları Veya Gözetimi Kendisine Bırakılan

Kimse Olması.
ff. Failin Mağdurun Kocası Olması.

III — 21 Yaşını Bitirmiş Kız Veya Kadının Kocası, Usulü Veya Kardeşi Tarafından Fuhşa Teşviki.

a. Suçun Faili.
b. Suçun Mağduru.
c. Suçun Maddi Unsuru.
d. Suçun Manevi Unsuru.

E. FUHUŞ İÇİN AYARTMA (ARACILIK) VE KADIN TİCARETİ

I — Bir Kimsenin Fuhuş Kastıyla Ve Başkasının Şehvet Duygularını Doyurma Özel Kastı İle 21 Yaşını Bitirmeyen Bir Kız Veya Kadını İğfal Veya Tedarik Veyahut Sevk Veya Nakletmesi, Ayartma Veya Aracılık.

a. Suçun Faili.
b. Suçun Mağduru.
c. Maddi Unsur :

aa. İğfal.
bb. Tedarik.
cc. Sevk.
dd. Nakil.

d. Manevi Unsur.
e. Cezayı Ağırlaştıran Haller :

aa. İğfal.
bb. Maddi Cebir.
cc. Tehdit.
dd. Nüfuz İcrası.
ee. Kardeşlik Bağı.
ff. Usul Veya Sıhrî Usul.
gg. Koca.
hh. Veli, Vasi, Öğretmen, Mürebbi.
ii. Hizmetkâr Veya Gözetimine Bırakılan Kimse.

II — Kadın Ticareti.

a. Suçun Faili.
b. Suçun Mağduru.
c. Maddi Unsur :

aa. Şiddet, Tehdit, Nüfuz İcrası İle Veya Hile İle Tedarik.
bb. Şiddet, Tehdit, Nüfuz İcrası İle Veya Hile İle Sevk.
cc. Şiddet, Tehdit, Nüfuz İcrası İle Veya Hile İle Nakil.

d. Manevi Unsur.

F. FUHŞİYATA TAHRİK SUÇLARINDA HAZIRLIK HAREKETLERİNİN CEZALANDIRILMASI

(*) Yargıtay Tetkik Hâkimi.

GİRİŞ

Türk Ceza Yasasında "Adabı Umumiye Ve Aile Aleyhine Cürümler" başlığını taşıyan ikinci kitabın sekizinci babının üçüncü bölümünde (Fuhşiyata Tahrik) suçlarına yer verilmiştir.

A) SOSYAL EVRİMDE FUHŞUN YERİ :

Fuhşun, değişik düşünce ve değer yargıları içerisinde de olsa, insan yapısının doğal bir gereksinmesi olarak toplumla birlikte oluşan bir olay olduğunda şüphe yoktur.

Tek tanrılı dinler öncesi dönemde, Hintli'ler, Babilli'ler, Sümerler, Yahudiler, tapınma törenlerinde fuhşu "nefsi tanrıya kurban etme" saymışlar, gelişen toplum düşüncesiyle beraber tek tanrılı dinlerde, Musevilik fuhşu yermiş, yasaklamış; Hıristiyanlık, mahrumiyet ile nefis isteklerinden arınmayı aşılayan bir din olduğundan fuhşa karşı çıkmakla beraber, tamamen önlemenin mümkün olmaması üzerine "gerekli kötülük" olarak nitelemek zorunda kalmıştır (1).

İslam Dininin de bazı cezalar getirerek fuhşu yasakladığını görüyoruz : Kur'an da, zani ve zaniyenin her birisine yüzer değnek vurulması ve bu cezanın ibret için aleni olması emredilmektedir; sonradan uygulanmaya başlıyan taşlıyarak öldürme (recm) cezası Kur'an da yoktur. Halife Ömer zamanında "Müslümanın kanı, malı, ırzı Müslüman'a helal değil" ve "Müslüman kişinin kanı ancak üç şeyden biriyle helal olur : evli olup zina etmekle, can'a karşı canla, dinini terketmekle" hadislerine dayanılarak recm cezası getirilmiştir (2).

B) FUHUŞUN TARİFİ :

Türk Ceza Yasasında fuhşun tarifi yapılmamıştır; 435. ve 436. maddelerinde cezalandırılan eylemlerin fuhşun kendisi olmadığı düşünülürse tarifinin yapılmamış olmasını da doğal karşılamak gerekir; esasen fuhşun içeriği ve toplumun değer yargılarındaki farklılıklar nedeniyle tek bir tanımlama üzerinde birleşmekte mümkün değildir.

Fransız Yargıtayı 1912 ve 1913 yıllarında verdiği iki kararda fuhşu şöyle tanımlamıştı : "Bir karşılık elde etmek için icra edilen şehevi hareketler ne olursa olsun, başkalarının zevklerini tatmin etmeye fuhuş denilir" (3).

---

(1) Meydan Larousse C : 4. Sh. 874

(2) Selçuk Sami. Cumhuriyet Döneminden Önce Türklerde Ölüm Cezası. Yarg. Der. C. 3. (3-4) 1977. Sh. 53-87.

(3) Dönmezer. Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler. C. 4 Bs. 4. Sh. 297.

Fransız Yargıtayı'nın bu tanımlamasına karşın, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararına göre, fuhuşla ve fuhuş yüzünden bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 15. maddesindeki (GENEL KADIN) tanımlamasından yaklaşımla, "... kendilerini başkalarının zevkine menfaat karşılığı veya itiyadi surette hasretmeyi iş edinen ve bu suretle müteaddit erkekle cinsi münasebette bulunan kadınların sanatıdır" (4). Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi de benzer kararlarında olduğu gibi 11.4.1978 tarihli ve 1311-1268 sayılı kararında : "... Fuhuş, kadının menfaat mukabili veya itiyadi surette vücudunu başkalarının cinsi zevkine teslim etmesi ve bu suretle bir çok erkeklerle cinsi münasebette bulunması sanatı olmasına göre olayda mağdureyi bu şekilde fuhuş yaptıran sanığın cezasının TCK. nun 80. maddesiyle artırılması..." nı yasaya aykırı bulmuştur.

Dikkat edilirse, bahsi geçen Tüzük, (Genel kadını) tanımlamaktadır. Oysa, Ceza Yasamızın 435. ve 436. maddelerinde ceza kapsamına alınan fuhşun veya genel kadının kendisi değil, başkalarını fuhşa teşvik ve yolunu kolaylaştırmak ve fuhuş için aracılık ve kadın ticaretidir.

Her şeyden önce benimsenen tanımlamanın bünyesi çelişkilidir. Bir taraftan "vücudun başkalarının cinsî zevkine" teslim edilmesi gibi geniş anlamlı bir ifade kullanılırken, devamında olay, "cinsel ilişki" ile sınırlanmaktadır.

Bundan başka tanımlamada ki (Kadın unsuru), 435. maddenin koruduğu (kişi) kavramını ifade etmemektedir; Türk Ceza Yasası'nın 435. maddesinde tarifi yapılan suç şekillerinden ilk ikisinin mağduru (erkek) olabilir.

Tanımlamadaki "erkeklerle cinsi münasebette bulunmak" unsuru da yerinde değildir; zira, mağdurun fuhuş için temin edildiği (kişi) dir; bu kişi, kadın ve erkek olabileceği gibi kendisinden beklenen yalnızca "cinsi münasebet" değil, daha geniş anlamda (başkalarının cinsel zevkinin) tatminidir.

"Müteaddit erkekle cinsel ilişki" veya daha doğru bir yaklaşımla, (birden çok kişinin cinsi zevkinin tatmini) keyfiyetini, suçun manevi unsurunu teşkil eden ve sanığın düşüncesinde oluşan suç kastında aramak gerekir; aksine bir yorum, sanığın fuhuş kastıyla ayarttığı mağdureyi ilk kez ve bir kişiye temin etmesi halinde bu (ilk eylemin) cezalandırılamıyacağı gibi savunulması mümkün olmayan bir sonuç yaratır.

---

(4) Yarg. C.G.K. 26/2/1973 971/5-429.

Kısaca, münakaşası hapılabilecek bir (Genel kadın) tanımlamasından hareketle Fuhşiyata tahrik suçlarına adeta yeni bir unsur getirmek Yasa Koyucusunun ulaşmak istediği gayeye ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olduğu gibi, Anayasamızın, "tüzüklerin kanunlara aykırı olamıyacağı" ilkesine de ters düşmektedir : Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 4.1.1935 gün ve E. 41., ve 137 sayılı kararında, "fiilin Ceza Kanununun 436. maddesine uygun olarak suç sayılabilmesi ancak o maddedeki suç unsurlarının teşekkülüne bağlıdır. Çünkü mezkûr kanunun birinci maddesi hükmü bunun aksini kabule manidir. Aynı zamanda Teşkilâtı Esasiye Kanununun 52. maddesinde yazılı (5) olduğu üzere nizamnameler kanun hükümlerine aykırı olarak yeni hükümleri ihtiva edemiyeceğine göre, iş bu nizamnamenin (6) ... 436. madde hükmüne aykırı suç unsurları ihdas ettiğini kabul etmek de Teşkilâtı Esasiye Kanunu hükmüne münafidir.." Bu düşünceden hareketle Tüzükte yapılan (Genel kadın) tanımlamasındaki bir unsuru, Ceza Yasasında tarifi yapılan eylemin unsurlarından kabul ederek ve buna dayanarak teselsül hükümlerinin uygulanamıyacağını savunmak mümkün değildir.

C) FUHUŞUN TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ EVRİMİ

1810 Tarihli Fransız Ceza Yasası'ndan alınan 1274 (1896) tarihli Ceza Yasası'nın 201. maddesi ile fuhşa teşvik cürmü cezalandırılmış, bu madde 23 Nisan 1341 (1925) tarihli Yasa ile İtalyan Ceza Yasası'ndan esinlenerek değiştirilmiş, 1926 tarihinde iki ayrı madde halinde 435. ve 436. maddeler oluşturulmuştur.

8 Haziran 1933 tarih ve 2275 sayılı Yasa ile maddelerde bazı değişiklikler yapılmış, en önemlileri, 1921 Cenevre Konferansında kabul edilen (Yaş ilkesine) uygunluk sağlamak amacıyla 435. maddenin 2 ve 4. fıkraları ile 436. maddenin 1 ve 2. fıkralarındaki yaş sınırı 21'e çıkartılmış, 436. maddeye bir fıkra eklenerek "bu fasla giren suçların ihzari hareketlerini işleyenler" de asıl suç için yazılı cezanın altıda biri ile cezalandırılacakları hükmü getirilmiştir.

Son değişiklik 11 Haziran 1936 tarihinde 3038 sayılı Yasa ile yapılmış, 435. maddenin ikinci fıkrasında yazılı kişiler arasına "sıhri usulü veya kendisini evlat edinenler" ve 436. maddenin ikinci fıkrasına da "usulü veya sıhri usulü" sözcükleri ilave edilmiştir.

Uygulama açısından Türk Ceza Yasası'nın 435. ve 436. maddelerinin unsurları ile birlikte ayrı ayrı incelenmesine geçmeden önce

---

(5) 1961 Anayasası md. 107.

(6) Fuhuşla Mücadele Nizamnamesi.

435. maddenin (Kadına erkek tedariki), 436. maddenin ise (Erkeğe kadın tedariki) şeklindeki ayrımına da karşı olduğumuzu belirtmek isterim. Bu ayrım kavram kargaşası yaratmaktan da öte maddelerin cezalandırdıkları eylemleri tanımlamaktan çok uzaktırlar. Aşağıda incelerken göreceğimiz gibi 435. maddede sayılan ilk iki suç şeklinin mağduru kadın veya erkek olabilir; ayrıca vücudun başkasının cinsel zevkine terkedilmesi söz konusu olduğuna göre de "başkasının" erkek veya kadın olabileceğinin kabulü gerekir; nitekim Beşinci Ceza Dairesi'de bir bakıma tanımlamaların ortaya koyduğu sonucu doğru bulmamakta, 17.3.1970 gün ve 753-845 sayılı kararında, "... gizli bir randevu evi açılarak burada 21 yaşını bitirmemiş kadınların hazır bulundurulması ve buraya gelen erkeklerle münasebette bulunmalarının temini Türk Ceza Yasasının 436. maddesine uygun bir fiil teşkil edeceği ve gelecek talepleri karşılamak için kadınların evde el altında bulundurulmaları fiilin bu vasfını değiştiremiyeceği.." ni belirtmektedir; gerçekten, 435. madde (Fuhşu teşvik ve yolunu kolaylaştırma), 436. madde ise (fuhuş için ayartma-aracılık ve kadın ticareti eylemlerinin tarifini yapıp bunlara ceza tertip etmektedir.

D) FUHŞA TEŞVİK VE YOLUNU KOLAYLAŞTIRMA

Metin : Md. 435 — Her kim on beş yaşını doldurmamış olan bir küçüğü kandırarak fuhşa teşvik eder ve bunun yolunu kolaylaştırırsa iki seneden eksik olmamak üzere hapsolunur ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezası alınır.

Kandırma keyfiyeti küçüğün usulünden veya kardeşlerinden biri veya kendisini evlat edinenler tarafından yahut veli veya vasisi; muallim veya mürebbisi, yahut hizmetkârları veya nezaretleri altına verilen sair kimseler tarafından vaki olursa fail üç seneden aşağı olmamak üzere hapse mahkûm edilir.

Kandırmak keyfiyeti on beş yaşını doldurmuş olup da henüz 21 yaşını bitirmemiş olan kimseler hakkında vuku bulursa fail altı aydan iki seneye kadar hapsolunur ve elli liradan iki yüz liraya kadar ağır para cezası alınır.

Kandırmak keyfiyeti bu maddenin ikinci fıkrasında gösterilen kimseler veya kocası tarafından işlenirse fail iki seneden eksik olmamak üzere hapsolunur ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezası alınır.

21 yaşını doldurmuş olan kız ve kadınları fuhşa teşvik eden koca veya usulü veya sıhrî usulü veya kardeşleri hakkında altı aydan iki seneye kadar hapis cezası hükmolunur (7).

Görüldüğü gibi fuhşa teşvik ve yolunu kolaylaştırma suçu üç şekilde gösterilmiştir :

---

(7) Para Cezası 5435 Sayılı Yasa ile 5 katına çıkartılmıştır.

I — 15 Yaşını Doldurmayan Küçüğün Fuhşa Teşvik Edilmesi Ve Bunun Yolunun Kolaylaştırılması :

a. Suçun Faili : Suçun birinci şeklinde, madde, faili "her kim" sözcükleri ile tanımlanmaktadır; buna göre fail, kadın veya erkek olabilir.

b. Suçun Mağduru : 15 yaşını doldurmamış küçüktür; erkek veya kadın olabilir. Mağdurun kötü şöhretli olması suç unsuruna etkili değildir; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 30.4.1945 gün ve 4/182-130 sayılı kararında eylemin fuhuşla meluf kişiye karşı işlenmesi halinde de suçun oluşacağına karar vermiştir : Bu görüş, korunmak istenen değerler ve cezalandırılmak istenen eylemin niteliği bakımından yasa koyucusunun maksadına da uygundur.

c. Maddi Unsur : Suçun maddi unsuru, teşvik ve bunun yolunun kolaylaştırılmasıdır.

aa. Teşvik : Şehevi duyguları kamçılıyarak onu fuhuşa sürüklemek gayreti, bir başka deyilşe, başkasının şehevi duygularını doyurmaya alet olmak fikir ve duygusunu uyandıracak nitelikte manevi telkin ve tesirde bulunmaktadır (8).

bb. Bunun Yolunu Kolaylaştırma : Kanunumuz, sadece küçüğün teşvikini yeterli görmemekte, maddi unsurun gerçekleşmesi için ayrıca "bunun -fuhşun- yolunu" kolaylaştırmak koşulunu da birlikte aramaktadır. Fuhşun yolunu kolaylaştırma, fail tarafından, mağdurun fuhşa atılmasını sağlamak amacına yönelik fırsat ve imkanların yaratılmasıdır : Fuhuş yapılan yerleri göstermek, tarif etmek, bu işle uğraşanlarla tanıştırmak veya tanışmasını sağlıyacak imkanlar hazırlamak ve benzeri davranışlar "fuhşun yolunu kolaylaştırma" olarak kabul etmek gerekir.

"Teşvik" ve "yolunu kolaylaştırmak" unsurlarının birlikte maddi unsuru teşkil etmeleri bu maddede yazılı birinci ve ikinci suç şekillerinin oluşmasını hemen hemen imkansız bir hale getirmekte ve uygulama olanağı kalkmaktadır.

d. Manevi Unsur : Fuhşa teşvik ve bunun yolunu kolaylaştırma kastı, suçun manevi unsurunu teşkil eder.

e. Cezayı Ağırlaştıran Haller : 435. maddedeki birinci suç şeklinin ağırlaştırıcı sebepleri maddenin ikinci fıkrasında sayılmış olup bu sebepler failin şahsına bağlı hallerdendirler.

---

(8) Yarg. C.G.K. 13.11.1950 gün ve 341-333 s.

aa. Failin Küçüğün Usulü Olması : Ana baba yönünden dikey olarak bütün kan hısımları; ana baba, onların ana ve babası. Usul tabii veya evlat edinme ile olabilir (MK. md. 17), esasen eylemin evlat edinen tarafın icrası hali özel olarak gösterilmiştir.

bb. Failin Küçüğün Kardeşi Olması : Aynı ana babadan öz veya üvey olabilir.

cc. Failin Küçüğün Evlat Edineni Olması : Evlat edinme hakkı en az kırk yaşında olup da nesebi sahih füruu bulunmayanlara münhasırdır. (MK. md. 241-247) Evlat edinen kimsenin evlatlıktan en az on sekiz yaş büyük olması şarttır (MK. md. 253). Suçun işlenmesinden sonra evlatlık ilişkisinin iki tarafın rızası veya hâkim tarafından kaldırılması halinde dahi ağırlaştırıcı sebeptir.

dd. Failin Küçüğün Veli Veya Vasi, Öğretmen Veya Mürebbisi Olması : Veli, velâyet hakkına sahip kişi, yani ana baba veya bunlardan biridir (MK. md. 262) buna göre failin, küçüğün usulünden birisinin olması halini ağırlaştırıcı sebep saydıktan sonra "veli" nin tekrarı gereksizdir.

Vasi, velayet altında bulunmayan küçüklerin veya kısıtlıların menfaatlerini korumak için hâkim tarafından atanan kanuni temsilcidir. (MK. md. 346-375)

Öğretmen veya mürebbi, özel veya resmi her derecede öğretim yapan kişidir; Beşinci Ceza Dairesi 2.12.1961 tarihli ve 4599-4857 sayılı kararında, köy imamı olup mağdureye Kur'an dersi veren sanığı "öğretmen" olarak kabul etmiştir.

ee. Failin Küçüğün Hizmetkârları Veya Gözetimi Kendisine Bırakılan Kimse Olması : Hizmetkârın doğrudan doğruya mağdurun hizmetine tahsis edilmiş olması gerekmez; mağdur üzerinde hüküm ve nüfuz kurabilecek imkana sahip şekilde ailesinin veya aile fertlerinden birisinin hizmetinde bulunması yeterlidir (9). Hizmetkârla iş veren arasında resmî bir iş aktinin varlığına gerek yoktur.

Failin küçüğün gözetimi kendisine bırakılanlardan olması da cezayı ağırlaştıran sebeplerdendir; küçüğün gözetimi süre veya şekil koşulu ile sınırlı değildir (10).

II — 15 Yaşını Doldurup 21 Yaşını Bitirmemiş Olan Bir Kimsenin Fuhşa Teşvik Edilmesi Ve Bunun Yolunun Kolaylaştırılması :

---

(9) 5.C.D. 20.2.1968 1719-1762
(10) 5.C.D. 25.11.1969 3460-3523

a. **Suçun Faili** : Erkek veya kadın olabilir.

b. **Suçun Mağduru** : Onbeş yaşını doldurmuş 21 yaşını bitirmemiş kadın veya erkektir.

c. **Suçun Maddi Unsuru** : Teşvik ve bunun yolunun kolaylaştırılmasıdır (Bkz. 1-c.).

d. **Cezayı Ağırlaştıran Haller** : Suçun yukarıda incelenen birinci şeklinde olduğu gibi failin şahsına bağlıdırlar.

aa. **Failin Mağdurun Usulü Olması;**
bb. **Failin Mağdurun Kardeşi Olması;**
cc. **Failin Mağdurun Evlat Edineni Olması;**
dd. **Failin Mağdurun Veli Veya Vasi, Öğretmen Veya Mürebbisi Olması;**

ee. **Failin Mağdurun Hizmetkârları Veya Gözetimi Kendisine Bırakılan Kimse Olması;**

Buraya kadar sayılan ağırlaştırıcı sebepleri, suçun birinci şeklinde incelemiştik (Bkz. I-e).

ff. **Failin Mağdurun Kocası Olması;** Koca, mağdurla aralarında evlenme akti bulunan kimsedir. (MK. md. 977) Tarafların ayrı yaşamaları "kocalık" sıfatını ağırlaştırıcı hal olmaktan çıkartmaz; mağdur, kocalık sıfatının yarattığı maddi ve manevi otoritenin istismarına karşı korunmaktadır. Evlenme mutlak bir butlan ile malûl olsa bile hâkimin kararına kadar sahih bir evlenmenin bütün hükümlerine haizdir (MK. md. 124/2).

Bu konuyu bitirmeden önce maddede sayılan birinci suç şekli ile ikinci suç şekillerindeki (Artırıcı sebepler) arasında mevcut dengesizliğe işaret etmek isteriz : İkinci suç şeklinde yani (on beş yaşını doldurup 21 yaşını bitirmemiş olan bir kimsenin fuhşa teşviki) halinde failin "kocalık" sıfatı ağırlaştırıcı hal sayılmıştır, buna karşın (onbeş yaşını doldurmayan küçüğün fuhşa teşviki) halinde "kocalık sıfatı" ağırlaştırıcı sebepler arasında gösterilmemiştir; dengesizlik nedeni olan noksanlık Medeni Kanunun 88. maddesinin 3453 sayılı Yasa ile ortaya çıkmıştır. Maddenin değişiklikten önceki şekliyle evlenme yaşı erkek için on sekiz, kadın için on yedi olarak kabul edilmiş, şartlarının bulunması halinde hâkimin ancak on beş yaşını ikmal etmiş erkek ve kadının evlenmesine izin verebileceği hükme bağlanmıştır; bunun tabii sonucu olarak on beş yaşını doldurmayan küçüğe karşı işlenen suçun failinin "koca" olması düşünülemezdi; 15.6.1938 tarihinde 3453 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle "... on dört

yaşını ikmal etmiş kadının evlenmesine" izin verilebileceğinin kabulü ile suçun, on beş yaşını doldurmayan küçüğe karşı işlenmesinde de failin "koca" olmasını mümkün kılmıştır.

III — 21 Yaşını Bitirmiş Kız Veya Kadının Kocası Usulü Veya Kardeşi Tarafından Fuhşa Teşviki :

435. maddenin son fıkrasında suçun üçüncü şekli gösterilmiştir; fıkradaki "kız ve kadın" ayrımına yer verilmesinin sebebini anlamak mümkün değildir; 436. maddede de "bakir" veya "kadın" sözcüklerine yer verilmiştir; oysaki, mağdurenin anatomikman kız veya kadın olması suç unsurları arasında bulunmadığından maddelerde (dişi) cinsî ifade eden kadın (MK. md. 88) sözcüğünün kullanılması yeterli idi.

a. Suçun Faili : Mağdurenin kocası, usulü, sıhri usulü, kardeşleri bu suç şeklinin faili olabilirler.

b. Suçun Mağduru : 21 yaşını doldurmuş kadın veya kızdır.

c. Suçun Maddi Unsuru : Suçun maddede gösterilen bu son şeklinde, ilk iki suç şeklinden farklı olarak sadece "teşvik" maddi unsurun gerçekleşmesi için yeterlidir.

d. Suçun Manevi Unsuru : Fuhşa teşvik kastıdır.

E) FUHUŞ İÇİN AYARTMA (ARACILIK) VE KADIN TİCARETİ :

Metin : Md. 436 — Her kim fuhuş zımnında rızasiyle olsa bile henüz yirmi bir yaşını bitirmeden bir bakiri veya bir kadını yahut cebir veya şiddet veya tehdit veya nüfuz icrası yahut hile ile yirmi bir yaşını bitiren bir bakir veya kadını başkası için iğfal veya tedarik veyahut sevk veya bir yerden diğer bir yere naklederse bir seneden üç seneye kadar hapis ve elli liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Bu fiiller yirmi bir yaşını doldurmayan bakir veya kadın hakkında iğfal veya cebir ve şiddet veya tehdit veya nüfuz icrasıyle yahut kardeş veya muallim veya mürebbi veya hizmetkârları yahut nezaretleri altına verilen sair kimseler tarafından yapılırsa iki seneden beş seneye kadar hapsolunur.

Bu fasla giren suçların ihzarî hareketlerini işleyenler asıl suç için yazılı cezanın altıda biri ile cezalandırılır (11).

Bu madde ile cezalandırılan fiiller iki şekilde ortaya konmuştur :

I — Bir Kimsenin Fuhuş Kastıyla Ve Başkasının (12) Şehvet Duygularını Doyurma Özel Kastı İle 21 Yaşını Bitirmeyen

---

(11) Para Cezası 5435 Sayılı Yasa ile 5 katına çıkartılmıştır.
(12) 5.C. Dairesi 11.4.1977 gün ve 880-1094 s.

Bir Kız Veya Kadını İğfal Veya Tedarik Veyahut Sevk Veya Nakletmesi; Ayartma Veya Aracılık.

a. Suçun Faili : Erkek veya kadın olabilir.

b. Suçun Mağduru : 21 yaşını bitirmeyen kadın veya kız; mağdurenin kötü şöhretli olması neticeye etkili değildir.

Mağdurenin on beş yaşını bitirmemiş olması halinde cinsel ilişki (13) vuku bulmuşsa Türk Ceza Yasası'nın 79. maddesi aracılığı ile aynı yasanın 414. maddesinin ilk fıkrasıyla ceza tayini gerekir; Beşinci Ceza Dairesi 22.10.1976 gün ve 2910-2968 sayılı kararında "... 15 yaşını bitirmemiş mağdurenin, gazinoya gelen erkeklerle cinsi ilişkide bulunmasını temin eden sanıkların, üçüncü şahıslarla anlaştıktan sonra onlarla cinsi münasebette bulunmaya mağdureyi kandırmak suretiyle, üçüncü şahısların manevi cebirle ırza geçme suçuna katıldıkları anlaşılmış olmasına göre, eylemlerinin Türk Ceza Yasasının 79. maddesi delaletiyle aynı yasanın 414. maddesinin ilk fıkrasına uygun düştüğü.." nü belirlemiştir. Burada dikkat edilecek husus, mağdurdan beklenen "şehevi duyguları tatmin" olayının gerçekleşme şeklidir; mağdurun şehevi duyguları tatmine yönelik davranışlarının şekline göre suç niteliği değişebilir (14). Cinsel ilişki sağlanmışsa 414. madde uygulanır; cinsel birleşmenin elde olmayan engelleyici nedenden tamamlanamaması veya cürmün meydana gelmemesi halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün olduğu gibi, fiilin "tasaddi" niteliğinde oluşması dahi mümkündür.

c. Maddi Unsur :

aa. İğfal : Ayartmak için hile söz konusu olmadan mağdurun kandırılması, ikna suretiyle olumlu davranışının sağlanmasıdır.

Maddenin birinci fıkrasında ve ağırlaştırıcı sebepleri sayan ikinci fıkrada ayrı ayrı ve değişik anlamları ifade eder biçimde "iğfal" kelimeleri yer almaktadır: Suçun maddi unsurlarından olan "iğfal" kelimesi, sanık ile mağdur arasında "fuhuş" için hile söz konusu olmaksızın meydana gelen anlaşmayı ifade etmektedir; suçun incelediğimiz bu şeklinde, iğfalin rızaen oluşması gerekmektedir; böyle olunca da "iğfalde" hile aranmaz.

436. maddenin, ağırlaştırıcı sebepleri sayan ikinci fıkrasındaki 'iğfal" sözcüğü yukarıdakinin aksine, mağdurun serbest iradesini

---

(13) 5.C. Dairesi 14.6.1978 gün ve 2113-2101 sayılı : "... Irza geçmenin failin cinsiyet organının mağdurenin cinsel organlarından birine tam olarak

kullanma yeteneğini azaltan veya kaldıran davranışları ifade etmektedir; bir başka deyişle, iğfalin, iğfal suretiyle icrası ağırlaştırıcı sebep sayılmıştır (15).

bb. Tedarik : Tedarik unsurunu, bir kimsenin şehevi duygularını tatmin için kadın temini olarak anlamak gerekir; tedarik erkek için olabileceği ithali ile mümkün bulunmasına ve dosyada bulunan Adlî Tıp Meclisi Raporunda :

Sanık (Ç.Y.) nin genital organı ve hücre kromozomları bakımından dişi cinsiyette bulunduğu açıklanmasına ve mağdurenin kızlığının sanık tarafından başka bir tarzda bozulduğu hakkında her hangi bir iddia da ileri sürülmemiş bulunmasına ve ayrıca mağdurenin yaşı itibariyle rıza ile işlenen eylemde tasaddi suçunun unsurlarının da oluşamıyacağına.. göre, sanığın mayubiyeti müstelzim şekilde cinsel birleşmede bulunmak suçundan beraatine ilişkin hükmün onanmasına.."

gibi kadına da olabilir; bu nedenle de "... erkeğin cinsel arzu ve ihtiraslarını tatmin etmek maksadıyla bir kadın temin etme..." (16) olarak anlaşılması gerekeceği görüşünün maksadı ifade etmediği kanısındayız.

cc. Sevk : Mağdurun sanık olmaksızın bir yere gönderilmesidir.

dd. Nakil : Sanığın mağduru birlikte götürmesidir. Dördüncü Ceza Dairesi, 1.10.1960 gün ve 5574-8276 sayılı kararında :

"21 yaşını bitirmemiş bulunan ..... 'i fuhşa teşvike nakisen teşebbüsten sanık ..... ile ..... nin yapılan duruşmaları sonunda Türk Ceza Yasasının 436/1, 61. maddeleri gereğince ... mahkûmiyetlerine ... dair Yeşilova Asliye Ceza Hâkimliği'nden verilen ..." hükümde "... (mağdurenin) bulunduğu yerden alınıp para karşılığında adı geçen... ye teslim edilmek üzere ikâmetgahının bulunduğu yere nakledilmiş ..." olmasına göre bir isabetsizlik görmemiştir.

Anladığımız kadarıyla Dördüncü Ceza Dairesi bu kararıyla suçun oluşması için mağdurenin fuhuş kastıyla (nakledilmiş) olmasını yeterli bulmamış, suçun tamamlanmasında, "cinsel zevkin" tatmin edilmesi şartını aramıştır; oysaki, fuhuş için "sevk" veya "nakil" işlemlerinin tamamlanmasıyla suç oluşur.

d. Manevi Unsur : Fuhuş kastı ile başkasının şehevi duygularını tatmin özel kastı suçun manevi unsurunu teşkil eder (17).

e. Cezayı Ağırlaştıran Haller : 436. maddede sayılan birinci suç şeklinin ağırlaştırıcı sebepleri maddenin ikinci fıkrasında sayılmıştır.

---

(15) Dönmezer. Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler. 4. Bs. S. 331.
(16) Dönmezer. Aynı eser.
(17) 5.C.D. 11.4.1967 gün ve 880-1094 s. kararı

aa. İğfal : Yukarıda değinildiği gibi ağırlaştırıcı sebeplerden olan "iğfal" ayartılanın iradesini serbestçe kullanmasını engelliyen, davranışının niteliği hakkında onu yanıltıcı her türlü hiledir.

bb. Maddi Cebir : "Cebir" ve "Şiddet" eş anlamlı kelimeler olup birlikte kullanıldıklarında anlatıma güç kazandırırlar; birinci fıkrada suçun ikinci şeklinin maddi unsurları arasında sayılmış olan maddi cebirin "cebir veya şiddet" şeklinde ifade edilmiş olmasındaki maksadı anlamak mümkün değildir.

cc. Tehdit (Manevi Cebir) : Ağır bir zarara uğratılacağının bildirilmesi; şeref ve haysiyete yönelik olabileceği gibi ekonomik değerlere karşı da olabilir.

dd. Nüfuz İcrası : Mağdura çeşitli nedenlerle yakınlığı olan sanığın bu yakınlıktan doğan (inandırıcı ve etkili olma) manevi gücünü kullanmasıdır.

ee. Kardeşlik Bağı : (Bkz. D. I.e. bb.)

ff. Usul Veya Sıhri Usül : (Bkz. D. I.e. aa.)

gg. Koca : (Bkz. D. II. d. ff.)

hh. Veli, Vasi, Öğretmen, Mürebbi : (Bkz. D. I.e. dd)

ii. Hizmetkâr Veya Gözetimine Bırakılan Kimse : (Bkz. D. I.e. ee.)

II — Kadın Ticareti :

Bir kimsenin 21 yaşını bitiren bir kız veya kadını başkasının şehvet duygusunu tatmin özel kastıyla cebir ve şiddet veya nüfuz icrası yahut hile ile fuhşa sürüklemesi 436. maddedeki ikinci suç şeklidir.

a. Suçun Faili : Kadın veya erkek olabilir.
b. Suçun Mağduru : 21 yaşını bitiren kadın veya kız.
c. Maddi Unsur :
aa. Şiddet, Tehdit, Nüfuz İcrası İle Veya Hile İle Tedarik;
bb. Şiddet, Tehdit, Nüfuz İcrası İle Veya Hile İle Sevk;
cc. Şiddet, Tehdit, Nüfuz İcrası İle Veya Hile İle Nakil.
d. Manevi Unsur : Fuhuş kastı.

F) FUHŞİYATA TAHRİK SUÇLARINDA HAZIRLIK HAREKETLERİNİN CEZALANDIRILMASI :

Türk Ceza Yasası'nın 436. maddesine eklenen son fıkraya göre, bu fasla giren suçların ihzari hareketlerini işleyenler, asıl suç için yazılı cezanın altıda biri ile cezalandırılırlar.

"... İcra hareketlerinin, suçun hazırlanmasını sağlıyan ihzar hareketlerinden ayrı ve müstakil oldukları umumiyetle kabul edilmektedir. Suç tasavvuru ve hatta kararını, ortada kanuna aykırı bir hareket bulunmadıkça cezalandırmamanın yerinde olacağı kanaati icra ve ihzar hareketleri arasında bir hudut çizmek fikrini doğurmuştur. Bu hudut "icra başlangıcı" mefhumu ile gösterilir" (18).

Bu açıklamaların ve kabulün ışığı altında, 435. maddede yazılı suçların maddi unsurlarının özellikleri nedeniyle esasen oluşması pek güç olduğundan, hazırlık hareketlerinin tesbiti ve şekillendirilmesinin de mümkün olmadığını söylemek gerekir. Buna karşın, 436. maddede yazılı eylemlerin hazırlık hareketlerinin oluşması mümkündür: Örneğin, fuhuş kastı ile nakletmek için vasıta tedarikine çalışmak suçun hazırlık hareketlerinden sayılabilir.

İhzari hareketlerin "esasen cezalandırılmış" olması nedeniyle, bu suçlarda "teşebbüs" halinin söz konusu olamıyacağına ilişkin görüşlere iştirak etmek te mümkün değildir; zira, ihzari hareketlerin bitiş noktası icrai hareketlerin başlangıcıdır.

---

(18) Erem. Türk Ceza Hukuku. 1950 C. 1 Sh. 389.

CEZA YARGILAMA HUKUKU

HUKUKÎ OLANAKSIZLIKTAN ÖTÜRÜ DAVANIN NAKLİ KONUSU VE UYGULAMAMIZ

M. Muhtar ÇAĞLAYAN (*)

PLAN

I — Doğal Yargı İlkesi
II — Fiilî yada Hukukî Olanaksızlık Konusu
III — Görevsizlik Kararı Veren Hâkimin Durumu
IV — CMUK. nun 219. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Olanaksızlık
V — Merci Kararına Uyulması Zorunluluğu

DOĞAL YARGI İLKESİ :

1) 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "kişinin hak ve ödevleri" ne tahsis olunan ikinci bölümünün "tabii yargı yolu" ndan bahseden 32. maddesine göre; (hiç kimse, tabii hâkiminden başka bir merci önüne çıkarılamaz.)

Gerekçede; (Herkesin, kanunun genel olarak koyduğu, görev ve yetki esaslariyle belli olan hâkim tarafından muhakeme edilmesi, şahıs güvenliğinin baş şartıdır. Kişilerin, kanunî "yâni tabii" hâkimden başkau mercice muhakeme edilmesi, bu alanda özel muameleye tâbi tutulması, hukuk devletinin aslâ kabul edemiyeceği bir tutum teşkil eder.

Kişileri, genel hükümlere göre belli olan tabii hâkimlerinin elinden alıp, özel olarak kurulmuş olan üst mahkemelerin veya mercilerin kararına terk eden kanunların yapılmasını önleme gâyesiyle sevkedilmiş bulunan ikinci fıkra hükmü, sadece yakın tecrübelerin yarattığı reaksiyon hükmü değildir. Devamlı bir ihtiyaca cevap vermektedir. Bir çok anayasalarda ve hattâ eski kanunu Esasimizde bile yer almaktadır.) denmektedir (1).

(*) Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Md.lüğü Yetkili Ankara Hâkimi.

(1) 9.3.1961 gün ve karar No. 27 sayılı Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu. (334 sayılı kanunun gerekçesi)

Madde : 20.9.1971 gün ve 1488 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve bugünkü şeklini almıştır. Metin, aynen şöyledir :

Madde : 32 — Hiç kimse, kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi, tabii hâkimden başka merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.)

Tâdilin gerekçesinde de; "Bir kimsenin, tabii hâkim" deyimi ile, "bir kimsenin, kanunen tâbi olduğu mahkeme" deyimi arasında hiçbir fark görülmemiş ve sırf kavram kargaşalığını önlemek için, ikinci deyim tercih edilmiştir.

Bir suç işliyen kimsenin, kanunen tâbi olduğu mahkeme, suçu işlediği zaman yürürlükte olan kanunun vazifeli ve yetkili saydığı mahkemedir.

Sözü edilen deyim; belirtilen esasa uygun olarak "ihtisas mahkemeleri" nin kurulmasına engel değildir. Bu deyim, olağanüstü mahkemelerin kurulmasına izin vermez. Sıkıyönetim için konulan kanun hükümleri saklıdır) denmektedir (2).

FİİLİ YA DA HUKUKÎ OLANAKSIZLIK KONUSU :

2) Hukukî ya da fiilî imkânsızsık veya inceleme konumuzun dışında kalan, "Kamu güvenliği nedeniyle davanın nakli" ne ilişkin hükümler (3), CMUK. nun 14. maddesinde yer almış bulunmaktadır. Anılan hükümler, Anayasa'nın "tabii yargı" ya ilişkin hükmünün ayrıcalığını teşkil eder.

Filhakika, CMUK. nun 3006 sayılı Kanunla değişik 14. maddesine göre; (Selâhiyetli hâkim veya mahkeme, hukukî veya fiilî sebepler dolayısiyle, kaza vazifesini ifa edemiyecek halde bulunur, yahut tahkikatın orada icrası, âmmenin emniyeti için tehlikeli olursa, yüksek vazifeli mahkeme, dâvanın başka yerde bulunan aynı dereceli bir mahkemeye nakline karar verir. Ammenin emniyeti için dâva naklini istemek, Adalet bakanına aittir.)

---

(2) Milletvekillerinin ve cumhuriyet senatosu üyelerinin kanun teklifi gerekçesi.

(3) Kamu güvenliği nedeniyle dava nakli, başlıklı yazımız, 1974 yılı Adalet Dergisi'nin 3-4. sayısında yayımlanmıştır.

14. maddede kanun koyucunun güttüğü amaç; dâvaların sürüncemede kalmasına ve zamanaşımına uğramasına engel olmak ve bir an önce sonuca varmayı sağlamaktır (4).

Davanın nakli; bir davanın, yer itibariyle selâhiyetli bir hâkim veya mahkemeden alınarak, aynı dereceli başka bir yer hâkim ya da mahkemesine gönderilmesi, demektir.

14. maddeye göre dâvanın nakli için, aşağıda yazılı hallerden biri mevcut olmalıdır :

a) Dâvaya, hukukî ya da fiilî sebepler dolayısiyle, yetkili hâkim veya mahkemede bakılmasının imkânsız olması;

b) Dâvaya, yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bakılmasının, kamu güvenliği için tehlikeli bulunması.

İkinci hal, inceleme konumuzun dışında bulunmakta olup, burada sadece, tahaddüs eden imkânsızlığa binaen, dâvanın naklini incelemekle yetineceğiz.

Hâkimin ölmesi, hastalanması, deprem, su baskını vs. gibi tabii olaylar yüzünden mahkemelerin görevlerini yapamıyacak halde bulunması, fiilî sebebe örnek olarak gösterilebilir.

Yazımızda asıl inceliyeceğimiz konu, "hukukî imkânsızlık" tır. Bu imkânsızlık, CMUK. nun 7, 14, 22, 219, 262 ve 263. maddeleriyle ilgilidir.

CMUK. nun 22. maddesine göre; "Aleyhine kanun yollarından birine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eyliyen hâkim, mafevk mahkemesince bu hükme dair verilecek kararlara iştirak edemez".

"İlk soruşturmayı yapmış olan sorgu hâkiminin, o dâvanın muhakemesinde bulunamıyacağı", maddenin ikinci fıkrasında tesbit olunmuştur.

Gerekçede; (... Şurası şayânı kayıttır ki aleyhine kanunî tarika müracaat edilmiş bir hükme iştirak eyliyen bir hâkimin, mafevk mahkemesince ... bu karar ve hükme dair verilecek karara iştirak etmekten bihakkın memnu olması keyfiyetindeki kanun yollarından maksat; itirazen ve temyizen vukubulan tetkiktir...) denmektedir (5).

Dikkat edilmiştir ki; metinde, "Aleyhinde kanun yollarından birine başvurulmuş olan hüküm" den bahsolunmaktadır. Gerekçe de,

---

(4) C.U.H. 3.6.1963 24/24 Ayni mahiyette C.U.H. 4.3.1963 11/10.
(5) 1412 sayılı Kanunun gerekçesi.

bunu doğrulamaktadır. Anladığımız kadariyle mesele, şu şekilde çözümlenebilir :

Kanunumuz, olağan kanun yollarını, "İtiraz" (CMUK. m. 297-304) ve "Temyiz" (CMUK. m. 305-326) diye, iki biçimde mütalâa eylemiştir.

297. maddeye göre; "Kanunda hilâfı yazılı olmadıkça; sorgu hâkimi, mahkeme nâibi ve istinabe olunan hâkim kararları ile, asliye mahkemesi başkan veya hâkimi ve sulh hâkiminin, duruşmaya taallûk etmiyen kararları aleyhine itiraz olunabilir.

Şahit, ehlihibre ve diğer şahıslar da, kendilerine müteallik kararlar aleyhine itiraz edebilirler."

İtirazı inceliyecek merciler, kanunun 1696 sayılı Kanunla değişik 299. maddesinde gösterilmiştir.

Temyizi kaabil olan ve olmayan kararlar, kanunun 1696 sayılı Kanunla değişik 305. maddesinde yer almaktadır.

Şimdi, bu açıklamadan sonra, konumuza geçebiliriz :

22. maddenin kabulünün sebep ve hikmeti; ceza genel kurulunun kararında (6) izah olunduğu üzere; (... Hâkimlerin, hükme dair karara katılmaları konusunda aranan asıl sakıncanın, daha önce oy'unu açıklamış olması hâlinden ibaret bulunması, keyfiyetidir ki...) buna, ceza usulü hukukunda "ihsası rey" diyoruz.

Bir sorgu hâkimi, yaptığı ilk soruşturma sonunda; muhakemenin men'ine karar vermiştir. (CMUK. m. 197). Bu karara, Cumhuriyet Savcısının "acele itiraz" hak ve yetkisi vardır (CMUK. m. 203). Acele itirazı inceleyicek merci, sorgu hâkiminin, yargı çevresinde bulunduğu, asliye ceza mahkemesi başkan veya hâkimidir. (CMUK. 1696 sayılı Kanunla değişik m. 299/1).

Sorgu hâkimi, muhakemenin men'ine karar verdikten sonra, asliye ceza hâkimliğine atanmış ya da kendisine asliye ceza işlerine bakmak yetkisi verilmiş olduğu ahvalde, muhakemenin men'i kararına vukubulan itirazı, asliye mahkemesi hâkimi sıfatiyle incelemek yetkisine sahip değildir.

Öte yandan, sorgu hâkimi; unsur ve şartlarının mevcudiyeti hâlinde, sanık hakkında asliye ceza mahkemesinde "son soruşturmanın açılmasına" karar verdiği dâvanın, asliye ceza mahkemesindeki duruşmasına çıkamaz ve dâvayı göremez.

---

(6) C.U.H. 1.3.1971, 3/40-61 İtiraz.

Metindeki; "İlk tahkikatı yapmış olmak..." ibaresini, anılan tahkikata ait "esaslı işlemleri yapmış olmak", suretinde anlamak gerekir. "Easslı işlemler"; işin aydınlatılması ve ilk soruşturmanın gâyesine ulaşabilmek amaciyle yapılanlardır. Gayesine ulaştığından bahisle, ilk soruşturmaya son vermek, "esaslı bir işlem" dir. Zira sorgu hâkimi, bu soruşturma sayesinde, davanın tümü hakkında bir fikir ve kanaat sahibi olmuştur.

İşin, sadece 30.7.1973 günlü ilk soruşturmasına iştirak etmiş olan hâkim... in, o gün "İzmit sorgu hâkimliğine yazılan talimat cevabını okuduktan sonra, esas hakkında iddianame tanzimi için, dosyanın Cumhuriyet Savcılığına tevdiine" karar vermesi; anılan dâvanın, asliye ceza mahkemesindeki duruşmasına çıkmasına engel sayılacak "esaslı bir işlem" olarak kabul edilmemiştir (7).

Bozma ilâmında adı geçen sorgu hâkiminin, sanıklardan... hakkında, son soruşturmanın açılmasına karar verdiği ve bu karardan önce, diğer sanıklar hakkında ağır ceza mahkemesindeki duruşmalara katıldığı, (H.T.) hakkında açılan davanın bu dosya ile tevhidine "birleştirilmesine" karar verdiği, 17.3.1970 tarihinden sonra, yegâne iştirak ettiği 18.3.1974 günlü oturumda da, esasa etkin bir işlem yapılmadığının anlaşıldığı gerekçesiyle, direnme hükmü onanmıştır (8).

Buna karşılık; ... sicil numaralı hâkim...., ilk soruşturmaya katılmış, müşteki ve sanığı dinliyerek, mevkufiyet hâlini dahi incelemiş bulunmasına, duruşma sırasında ise; gerekli görülüp kamu tanığı olarak ifadelerini almasına, bu hâlin ise; Usulün 22/2. madde ve fıkrasının; (... İlk tahkikat yapmış olan müstantik, o dâvanın muhakemesinde bulunamaz) yolundaki âmir hükmüne aykırı olmasına, bu nedenle sanıkların yeniden dinlenmeleri isteği karşısında, vazgeçilmesine ilişkin olarak verilen ara kararı ile, usul hükümlerine açıkça muhalefet edilmesinin giderilemiyeceğine, esasen bu tanıkların dinlenmesine vvelce karar verildiği ve dinlenmelerinin de kaabil olduğu anlaşıldığından, Usulün 238. maddesinin bu konuda dayanak alınamıyacağına göre; özel dairenin; (ilk soruşturmaya katılmış ve sanıklarla müştekinin ifadelerini almış bulunan ... sicil numaralı hâkimi ... nin, soruşturma sırasında istinabe hâkimi olarak görev yapmasının, CMUK. nun 22/2. maddesinin âmir hükmüne aykırı olduğu) yolundaki bozmasına karşı verilen direnme kararı, bozulmuştur (9).

---

(7) 4.CD. 24.10.1973, 11174/8349.
(8) C.U.H. 10.11.1975 1/214-285.
(9) C.U.H. 23.6.1975, 5/164-167.

Hâkim... nin; sorgu hâkimi sıfatiyle, 30.1.1971 tarihinde; 1 — Bandırma Sorgu Hâkimliği'nin 18.12.1970 günlü tahkikatından itibaren, ilk tahkikatın Erdek Sorgu Hâkimliği'nce yapılmasına, 2 — Bandırma Sorgu Hâkimliği'nce, Bursa Sorgu Hâkimliği'ne yazılan 16.10.1970 tarihli dilekçenin tahkikat sırasında nazara alınmasına, 17.2.1971 gününde yazılan tezkerelerin beklenmesine, 24.2.1971 tarihinde, Bandırma sorgu hâkimliğinden vaktiyle Bursa sorgu hâkimliğine yazılmış olan talimatın âkibetinin sorulmasına ve talimat yazılmasına karar vermiş olduğuna göre; adı geçen hâkim tarafından yapılan bu işlemlerin, CMUK. nun 22/2. maddesinin açık hükmüne tevfikan, asliye ceza hâkimi sıfatiyle dâvaya bakmasına engel teşkil eyliyeceğine, karar verilmiştir (10).

İlk soruşturmanın 4.12.1970 ve 15.1.1971 tarihli oturumlarına iştirak ve özellikle ilk tahkikat gayesinin gerçekleştiği kanısına vararak 1.2.1971 tarihli son tahkikatın açılması kararını ittihaz eylemiş olan hâkim ... ın; aynı dâvanın asliye ceza mahkemesinde yapılacak olan duruşmasına bakamıyacağı, içtihat edilmiştir (11).

Sorgu hâkimi ... ise; aynı dâvada ilk soruşturma yaparak, 7.10.967 günlü kararla son soruşturmanın açılmasına karar vermiş bulunmasına göre; adı geçen hâkimin, ağır ceza mahkemesi kuruluna katılması mümkün görülmemiştir (12).

Viranşehir Hâkimi ... nin, o yer sorgu hâkimi... izinli bulunduğu sırada, sorgu hâkimliğini fiilen ifa ettiği, şahit dinleyip işlem yaptığı, dosyayı inceleyip, ilk tahkikatın gayesinin elde edildiğini takdir ettikten sonra, esas hakkında mütalâaname tanzimi için, dosyanın C. Savcılığına tevdiine karar verdiği ve böylece sorgu hâkimliğinin gerektirdiği bütün görevleri yaptığı anlaşıldığına göre; adı geçen hâkimin, aynı işin asliye ceza mahkemesindeki duruşmasına çıkması câiz görülmemiştir (13).

3) Sorgu hâkimi, ilk soruşturmaya başlamadan önce, unsur ve şartlarının mevcudiyeti hâlinde, talepnamenin reddine karar verebilir (CMUK. m. 173). Sorgu hâkimi, ilk soruşturma sırasında, ya da sonunda son soruşturmanın açılmasına (CMUK. m. 196), son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına "muhakemenin men'ine", kamu dâvasının düşmesine (CMUK. m. 197), son soruşturmanın muvakkaten tatiline (CMUK. m. 198) de karar verebilir. Sorgu hâkimi, son soruş-

(10) 6.CD. 26.11.1971, 6528/6477.
(11) 6.CD. 7.4.1971, 1857/1842.
(12) C.U.H. 1.3.1971, 3/40-61. İtiraz.
(13) 4.CD. 10.9.1970, 5543/5665.

turmanın açılması kararı ile birlikte, sanığın tevkifine ve evvelce mevkuf ise, mevkufiyet hâlinin devamına yer olup olmadığına da karar verir (CMUK. m. 200). Tüm bu kararlar, kanunun 297. maddesinde yer alan "sorgu hâkimi kararı" teriminin kapsamına girer ve itiraza tâbidir. İtiraz mercii, kanunun 1696 sayılı Kanunla değişik 299. maddesinde gösterilmiştir. Filhakika, bu maddenin birinci fıkrasının (I) sayılı bendine göre; sorgu hâkimlerinin kararları aleyhine yapılan itiraz, mensup olduğu asliye mahkemesi başkanı veya hâkimi tarafından incelenir.

Sorgu hâkiminin kararına karşı vukubulan itirazın, tahaddüs eden hukukî imkânsızlığa binaen incelenememesi hâlinde; sırf bu itiraz incelenerek, bir karara bağlanmak üzere, dosyanın bir başka mercie tevdii yoluna gidilmek icap eder. Buna ilişkin olmak üzere, müşahhas bir örnek vermek isteriz.

Adam öldürmek, 6136 sayılı Kanuna muhalefet.. vs.. den sanıklar... ve sekiz arkadaşı haklarında ilk soruşturmanın açılması için düzenlenen talepname, Kağızman Sorgu Hâkimliği'nce reddedilmiş, bu red kararına o yer Cumhuriyet Savcılığınca itiraz olunmuştur. Kağızman'da itirazı inceliyecek asliye hâkiminin bulunmadığından bahisle dâva, Kars Ağır Ceza Mahkemesi'nin karariyle, Sarıkamış asliye ceza ve sorgu hâkimliklerine nakledilmiştir.

Anılan nakil kararı aleyhine verilen yazılı emir; kabul edilerek, (... CMUK. nun değişik 176. meddesine göre; ilk soruşturmanın açılması talebinin reddine ilişkin karara, C. Savcısının acele itiraz edeceği kabul edilmiş olup, kararları aleyhine yapılan itirazların, mensup olduğu asliye mahkemesi hâkimi tarafından inceleneceği öngörülmüştür. Kağızman Sorgu Hâkimliği'nin, talepnamenin reddine ilişkin kararına karşı mahallî C. Savcısının itirazını inceliyecek, o yerde asliye hâkiminin bulunmaması nedeniyle, mehaz Alman Usulü Muhakemeleri Kanununun, Usul Kanunumuzun 14. maddesine tekabül eden 15. maddesiyle Ceza Genel Kurulu'nun ezcümle 4.3.1963 günlü, itiraz, 11/10, 3.6.1963 gün itiraz 24/24. sayılı kararlarının ışığı altında, yalnız itirazın incelenip karara bağlanması için, merciince dosyanın diğer bir asliye mahkemesi hâkimine verilmesi gerekli iken; yazılı şekilde dâvanın Sarıkamış Asliye Ceza ve Sorgu hâkimlikleri'ne nakline karar verilmesinin ve bu karara dayanılarak, Sarıkamış Asliye Ceza Hâkimliği'nce itiraz incelenerek, karar ittihazının, usul ve yasaya aykırı bulunduğu...) gerekçesiyle bozulmuştur (14).

---

(14) I.CD. 31.10.1975, 3018/3471.

aynı kanunun değişik 299/1. maddesine istinaden, sorgu hâkiminin

GÖREVSİZLİK KARARI VEREN HÂKİMİN DURUMU :

4) Görevsizlik kararı vermiş olan hâkim, o işin bir üst mertebedeki duruşmasına katılabilir mi?

Bilindiği üzere, CMUK. nun 263. maddesine göre; duruşmalarda, sanığa isnat olunan suçun, dâvayı gören mahkemenin vazifesini geçtiği anlaşılırsa, mahkeme, bir kararla işi vazifeli mahkemeye gönderir.

"Bu kararın, son soruşturmanın açılmasına dari bir kararın bütün neticelerini hâsil edeceği ve aynı şartlara tâbi olacağı", maddenin ikinci fıkrasında gösterilmiştir.

CMUK. nun 7. maddesine göre de; dâvaya bakan mahkeme, muhakemenin her hal ve derecesinde, dâvayı görmek vazifesi olup olmadığına, re'sen karar verebilir.

Bilindiği gibi görev; madde itibariyle yetki, demektir. Her mahkemenin görev ve yetkisi sınırını kanun tayin etmiştir. Görev, kamu düzenine ilişkin meselelerden olduğu cihetle; hâkim ve mahkemeler ile özel yargı yetkisine sahip olan merciler; bir işin, görevleri cümlesine dahil olup olmadığına, soruşturmanın her hal ve aşamasında, -dâva ile ilgili taraflardan bir talep vukubulmasa dahi- re'sen karar verebilirler. Buna göre;

1 — Ya iddianame veya son soruşturmanın açılması kararında açıklanan suç niteliği bakımından;

2 — Ya da, suçun, duruşmada anlaşılan vasıf ve mahiyeti yönünden dâvanın, görevi dışında olduğu kanısına varırsa; bu takdirde, vereceği görevsizlik kararı ile, dâvayı görevli mahkemeye gönderir. Bu kuralın tek ayrıcası, CMUK. nun 262. maddesinde gösterilmiştir. Filhakika, bu madde hükmüne göre; mahkeme, suçun duruşmada anlaşılan vasıf ve mahiyetini ileri sürerek, dâvanın görülmesinin, derecesi dûn "daha aşağı" bir mahkemeye ait olduğundan bahisle, görevsizlik kararı veremez. Bu halde mahkeme, duruşmaya devam ederek, dâvayı nihaî bir sonuca erdirmesi gerekir.

Duruşmada hâsıl olan vasıf ve mahiyeti itibariyle değil de; iddianame veya son soruşturmanın açılması kararında gösterilen sevk maddesi veya suçun niteliği yönünden, davanın görülmesinin, mahkemenin görevine dâhil olmadığı kanısına varırsa; bu takdirde, mahkemelerin derecesine bakılmaksızın, görevsizlik kararı verebilir.

22. maddede açıklandığı üzere, ilk soruşturmayı yapmış olan sorgu hâkimi, üst mahkemesince bu hükme ilişkin olarak yapılacak olan duruşmayı sürdüremez ve verilecek karara iştirak edemez.

Duruşmada anlaşılan vasfı nedeniyle verilen görevsizlik kararları da, son soruşturmanın açılmasına ilişkin olan bir kararın tüm neticelerini hasıl edeceği (CMUK. m. 263) cihetle; bu nitelikte bir görevsizlik kararı vermiş olan hakim de, ilk soruşturmayı yapmış sayılır. Bu itibarla da, son soruşturmanın açılmasına karar verilen mahkemedeki duruşmaya katılamaz. Burada yasa koyucu, hâkimin tarafsızlığını ve bu dâva nedeniyle oy ve kanaatini önceden belli etmiş olup olmadığını gözeterek, işbu yasaklayıcı hükmü getirmiştir. Gerçekten, ilk soruşturmayı yapan veya duruşmayı sürdürerek, delilleri toplayan, olay hakkında belli bir kanıya varıp, suçun niteliği ve uygulanacak yasa maddelerini açıklayan ve böylece oy'unu belli etmiş bulunan hâkimin, bu işe ait davada hükme iştiraki sakıncalı görülmüş ve yasa hükmüyle yasaklanmıştır. Fakat, duruşmada edinilen kanaat ve suç vasfının değişmesi ile değil de, iddianame veya son soruşturmanın açılması kararındaki suç niteliği yönünden, davanın görülmesinin bir başka mahkemeye ait olduğunu görerek, görevsizlik kararı veren hakim, bu hâli ile davaya bakmış sayılamaz. Hâkmiin, burada yaptığı iş; maddi hata sonucu, mahkemesine açılan davayı, görevsizlik karariyle mahkemesine göndermekten ibaret olup, dâva hakkında olumlu veya olumsuz bir kanıya varmış ve oy'unu belli etmiş sayılamaz. Böyle olunca, iddianame veya son soruşturmanın açılması kararındaki suç niteliği yönünden, görevsizlik kararı veren hakimin, asıl davaya bakan mahkemedeki yargılamaya katılmasına ve hükme iştirakine, yasal engel ve sakıncadan söz edilemez. Burada kanun koyucu, davada esaslı işlemler niteliğinde bir soruşturma yapmış ve olay hakkında delilleri toplamış ve suç niteliğini belli ederek, uygulanacak kanun maddesini gösterecek biçimde kanaat, görüş ve oy'unu belli etmiş olması halini temel ilke olarak kabul etmiştir. Bu nedenlerle, CMUK. nun 22. ve 262. maddelerinin açık hükmü karşısında, iddianame veya son soruşturmanın açılması kararında suç niteliği yönünden görevsizlik kararı veren hâkimin, asıl davayı görecek olan mahkemeye katılmasında bir sakınca bulunmamıştır (15).

Darende Sulh Ceza Hâkimi sıfatiyle görevsizlik kararı vermiş olan hâkim....., 25.2.1977 günlü görevsizlik kararında; toplanan delillere göre; değişen suç vasfını belirterek, uygulanacak kanun maddesini gösterecek biçimde kanaatini, görüşünü ve rey'ini belli etmiş ve

---

(15) İçtihadı Birleştirme. 5.12.1977 2/3.

CMUK. nun 263. maddesine göre görevsizlik kararı ittihaz eylemiştir. 5.12.1977 günlü ve 2/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun kararında; CMUK. nun 262. maddesi yönünden iddianame veya son soruşturmanın açılması kararındaki suç niteliği yönünden görevsizlik kararı veren hâkimin durumu saptanmıştır.

Esaslı işlemler niteliğinde araştırma yapmış, olay hakkında delilleri toplamış ve değişen suç niteliğini belli ederek, uygulanacak kanun maddesini göstermek suretiyle, üst mahkemede vereceği oy'unu belli etmiş ve davaya bakmaktan çekinen hâkim... nin, asliye ceza mahkemesinde sözü edilen davanın duruşmasına bakması, CMUK. nun 263. maddesi hükmü muvacehesinde mümkün olmadığından, kamu davasının, Gürün Asliye Ceza Mahkemesi'ne nakline ilişkin, Gürün ağır Ceza Mahkemesi'nin... kararında isabetsizlik görülmemiştir (16).

Hâkim... ın durumu, dâvanın 6.9.1977 günlü soruşturmasına katılmaktan ibaret olmasına; bu halin, rey ihsası niteliği taşımaması itibariyle, duruşmasına iştirakte yasal bir sakınca... bulunmadığına, karar verilmiştir (17).

Hâkim..., davanın vaktiyle sulh ceza mahkemesinde ruyeti sırasında, 3.7.1969 günlü celsede, esaslı hiçbir tahkik işlemine girişmeksizin, sadece müdahil vekili avukat... ın mahkemeye kabulüne ve iddiasını hazırlamak üzere, dosyayı tetkik etmesi için mehil verilmesine ve 25.9.1969 günlü celsede de, müdahil vekilinin iddiası dinlendikten sonra, dosyanın tetkike alınmasına, diğer hâkim... ise; mahkemenin 4.12.1969 tarihli celsesinde; dosyanın tetkike alınmasına karar vermiş olduklarına göre; bunun, CMUK. nun 22. maddesinde yer alan, hâkimlerin dâvaya bakmasına engel olan hallerden bulunmadığına, karar verilmiştir (18).

Davanın, aşağı mertebedeki mahkemesinde nihaî hüküm tesis etmiş olan hâkim, anılan hükmün Yargıtay'ca bozulmasını takiben, verilen görevsizlik kararıyle tevdi olunduğu üst mahkemedeki duruşmaya çıkamaz ve hükme iştirak edemez. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır. Nitekim;

22. maddenin bütünüyle incelenmesinde; hâkimlerin, hükme dair karara katılmaları konusunda aranan asıl sakıncanın, daha önce oy'unu açıklamış olması halinden ibaret bulunduğu, anlaşılmakta-

---

(16) 3.CD. 8.2.1978, 1193/1045.
(17) 3.CD. 26.2.1978, 1705/1544.
(18) 3.CD. 22.5.1970, 6883/5968.

dır... Hâkim..., daha önce asliye ceza hâkimi sıfatiyle 10.10.1968 günlü kararında, sanığın yaralama suçunu sabit görerek, hakkında mahkûmiyet hükmü vermiş ve böylece davadaki rey'ini açıklamış bulunduğuna ve bu hükmün bozulması üzerine de 21.9.1970 gününde görevsizlik kararı vererek, dosyayı ağır ceza mahkemesine gönderdiğine göre; aynı işin, ağır ceza mahkemesindeki duruşmasına çıkamıyacağı, karara bağlanmıştır (19).

TUTUKLAMA KARARLARINA OLAN İTIRAZIN İNCELEME KONUSU :

5) Tutuklama, unsur ve koşullarının gerçekleşmesi halinde, hâkim veya mahkemece soruşturmanın her hal ve aşamasında verilebilen bir tedbir kararıdır. Sanığın tutuklanmasına veya salıverilmesine karar vermekle hâkim, oy'unu belli etmiş sayılamaz. Nitekim, duruşma sırasında da mahkemeler, soruşturmanın bütün aşamalarında, hatta hükümle birlikte tutuklama veya salıverme kararı vermekte ve aynı davanın duruşmasına devam etmektedirler. Burada, CMUK. nun 124, 125. maddelerine göre, sanığın tutuklanmasına veya salıverilmesine karar veren hâkimin, davaya bakan mahkemenin duruşmasına katılmasında bir sakınca bulunmadığı doğrultusunda, görüş birliğine varılmıştır (20).

Tutuklama kararına vukubulan itirazın tetkikine gelince :

Hazırlık soruşturması sırasında, C. Savcısının talebine binaen, sulh hâkiminin verdiği (CMUK. m. 124, 125) sanığın tevkifine veya serbest bırakılmasına ilişkin kararı, itiraza tâbidir. (CMUK. m. 297) Hatta, kanunun 1696 sayılı Kanunla değişik 303. maddesinin ikinci fıkrası; (Merciin, sanığın tutuklanmasına dair verdiği kararı), "acele itiraz" yoluna tâbi kılmıştır. Örneğin, sulh hâkimi; C. Savcısının, sanığın tutuklanması yolundaki talebini red ederek, serbest bırakmıştır. Bu karara Cumhuriyet savcısı itiraz etmiş, asliye ceza hâkimi itirazı kabul ederek, sulh hâkiminin kararını kaldırıp, sanığın tutuklanmasına karar vermiştir. İşte bu karar, 303. maddenin 1696 sayılı Kanunla eklenen son fıkrası hükmüne tevfikan "acele itiraz" a tabidir.

Adi itirazın işleyiş mekanizması, kanunun 1696 sayılı Kanunla değişik 299. maddesinde gösterilmiştir.

Filhakika, bu maddeye göre; karar aleyhine yapılan itiraz, kararı veren makama verilecek bir dilekçe veya bu hususta bir tutanak ya-

(19) C.U.H. 1.3.1971, 3/40-61. İtiraz.
(20) İçtihadı Birleştirme. 5.12.1977, 2/3.

zılmak üzere, zabıt kâtibine yapılacak bir beyan ile olur. Tutanak beyanını ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim tasdik eder.

Acele hallerde itiraz, incelemeyi yapacak makama da arz olunabilir. Kararına itiraz olunan makam, itirazı varit görürse, o kararı düzeltir. Aksi takdirde, hemen ve nihayet üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

Demek ki; tevkife itirazın, tevkife karar veren mercie yapılması halinde, hâkim; ilk incelemeyi kendisi yapacak, itirazı yerinde görürse, önceki tevkif kararını kaldıracak; aksi halde, incelenmek üzere evrakı, itiraz dilekçesiyle birlikte merciine gönderecektir.

Kanunun 1696 sayılı Kanunla değişik 303. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen karara acele itiraz vukuu halinde, mesele başkadır. Bu kabil ahvalde, 304. maddenin son fıkrası hükmü uygulanır. Yani, tevkif kararı veren hâkim, 299. maddede olduğu gibi, itirazı inceleme yetkisine sahip değildir. Bu takdirde, incelenmek üzere evrakı, merciine göndermek zorundadır. 303. maddede yazılı olduğu üzere, itiraza binaen tevkif kararı veren hâkim, işbu tevkif kararına vukubulan acele itirazı, -299. maddede öngörülen adi itirazda olduğu gibi- kendisi tetkik edemez. Evrakı ,mutlaka merciine göndermek zorundadır.

6) 1696 sayılı Kanunla değişik 299. maddenin birinci fıkrasının (2) sayılı bendinde; (sulh hâkiminin kararlarına karşı yapılan itirazların incelenmesinin; yargı çevresi içinde buulndukları asliye mahkemesi başkan veya hakimine ait olduğu) tesbit olunmuştur.

Bendin ikinci fıkrasına göre; (sulh işleri, asliye hâkimi tarafından görülüyorsa, itirazı inceleme yetkisi, ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanınındır...)

Görülmektedir ki; kanun burada, hukukî imkânsızlığın tahaddüsü halinde dâvanın nakli yoluna gidilmesini uygun görmemiş, itirazı inceleme yetkisini, ağır ceza işlerini gören mahkemenin başkanına vermiştir.

Ruhsatsız patlayıcı madde taşımaktan sanık... ın tevkifine mahal olmadığına dair Kadirli Sulh Ceza Mahkemesi'nden verilen... karara, C. Savcılığının vukubulan itirazının reddine ilişkin, bu yer asliye ceza hâkimliğince ittihaz olunan... sayılı karar; (Kozan Adalet Komisyonu Başkanlığı'nın, Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanlığı'nın... tarihli teline aften, Kadirli Hâkimliği'ne gönderdiği telde; Sorgu Hâkimi (E.K.) nin, Kadirli Sulh Ceza Hakimliğine tayin olunduğu bildiril-

miş, asliye ve sulh ceza işleri tek bir hâkim tarafından görülmekte bulunmuş olduğuna göre; sulh hâkiminin kararlarına vukubulan itirazı tetkikin, usulün 299. maddesinin (2) sayılı bendinin ikinci fıkrasının açık hükmünce, ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanına ait olduğu gözetilmeden, hukuk hâkimi... tarafından incelenerek, reddine karar ittihazında isabet görülmediği...) yolundaki yazılı emre binaen bozulmuştur (21).

Yüksek Hâkimler Kurulu'nca verilen yetki; bir yargı hakkıdır. Tebliğ edilmedikçe geçerli sayılamaz. Çünkü, tebliğ edilinceye kadar da geri alınabilir. Yetki vermek, Yüksek Hâkimler Kurulu'nun tek taraflı bir tasarrufu olması bakımından, vekâlet müesseseyile de kıyaslanamaz (22).

İhtilâsen zimmetten sanık... ın tevkifine dair, Alaçam Sulh Ceza Hâkimliği'nden verilen karara vukubulan itirazın kabulüyle, tevkif müzekkeresinin kaldırılmasına ilişkin, Samsun İkinci Asliye Ceza Mahkemesi'nce ittihaz olunan... karar; Alaçam'da, tevkif kararına vukubulan itirazı inceliyecek tevkif kararı veren Hâkim (R.M.) den başka, hâkim bulunmadığına göre; itirazı tetkik merciinin, Usulün 299/2-2. maddesi hükmüne tevfikan, ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanı olduğu gözetilmeden, Samsun İkinci Asliye Ceza Hâkimliği'nce esasın tetkikine girişilerek, yazılı şekilde karar ittihazında isabet görülmediği...) yolundaki yazılı emir üzerine bozulmuştur (23).

(Tevkif, unsur ve şartlarının gerçekleşmesi halinde, hâkim ya da mahkemece soruşturmanın her hal ve safhasında ittihazı gereken bir tedbirden ibaret olup; bir hâkimin, sanığın tevkifine karar vermesinin "ihsası rey" etmiş sayılamıyacağı, bu itibarla da, ilçede tek hâkim olarak görevli bulunan ..... in sanık... ı hazırlık soruşturmasında "sulh hâkimi" sıfatiyle sorguya çekmiş olmasının, adı geçen hakkında açılan dava dolayısiyle, asliye ceza mahkemesinde duruşmayı yürütmesine engel teşkil eylemiyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde karar ittihazında isabet görülmediği), yolundaki yazılı emir kabul edilerek, ...sanık... in hazırlık soruşturmasında, hâkim... tarafından sorguya çekilerek, tevkifine karar verilmiş ve ilçede başka bir hâkimin de bulunmamış olduğundan bahisle, davayı göremiyeceği için, merci tayini maksadiyle, dosyanın ağır ceza mahkemesine tevdiine dair ... asliye ceza mahkemesinden verilen 10.11.1975 günlü karar ile, bu kararı takiben, dosyanın tetkiki sonucu davanın,... asliye ceza mah-

(21) 4.CD. 7.12.1972, 10448/9460.
(22) C.U.H. 5.2.1968, 2/D-51-58.
(23) 4.CD. 5.2.1976, 1011/700.

kemesine nakline ilişkin ... ağır ceza mahkemesince ittihaz olunan karar bozulmuştur (24).

CMUK. NUN 219. MADDESİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN OLANAKSIZLIK :

7) Bir başka imkânsızlık hali de; CMUK. nun 219. maddesinin uygulanması dolayısiyle tahaddüs edendir.

Filhakika, bu maddeye göre; duruşma; hükme iştirak edenlerin huzuriyle, ara vermeksizin cereyan eder. Cumhuriyet Savcısının ve tutanak kâtibinin bulunması şarttır.

Gerekçede; (... Delilin, şifahi olması kafi değildir. Hüküm verecek hâkimin, bütün şifahi delillere bizzat vakıf olması; bizzat ıttıla etmesi ve araya bilvasıta delile müncer olabilecek hiçbir halin haylûlet etmemesi de lâzımdır. Bunun için, hüküm verecek hâkim, tebeddül etmeksizin, mürafaa baştan nihayete kadar cereyan etmeli ve hâkim kendi huzurunda cereyan eden mürafaa ve münakaşatta mütehassıl kanaatini izhar edebilmelidir. Delillerin, efkâr ve vicdanında hasıl ettiği girizan eserler zail olmağa vakit bırakılmaksızın, hüküm verilebilmesi ve bu suretle delâilin vicdan üzerindeki intibaatı tam ve kâmil bir surette izhara müsait olmalıdır. Bunun için de, muhakemenin birden hitama erdirilmesi lâzımdır. Binaenaleyh, şifahiyeti muhakemenin doğrudan doğruya neticesi; hâkimin, bilaınkıta ve tebeddül etmeksizin, mürafaaya iştirak etmesinde ve muhakemenin bilainkıta... devam ederek, başladığı gün hitama erdirilmesinden ibarettir...) denmektedir (25).

Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin amir hükmüne göre; C. Savcısı -sulh ceza mahkemeleri ayrık olmak üzere- mahkemenin dinamik unsuru ve ayrılmaz parçasıdır.

Hukukî imkansızlık, maddenin çeşitli uygulamalarında meydana çıkabilir. Örneğin;

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 13. maddesinde; bir hâkim veya Cumhuriyet Savcısının eşi olan avukatın, o hâkim veya C. Savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık edemiyeceği yazılı olduğuna göre; hazırlık ya da ilk soruşturması sırasında işe el koymuş bir Cumhuriyet Savcısı veya sorgu hâkiminin, ya da yargılamanın her-

---

(24) 4.CD. 5.2.1976, 1011/700.

(25) 1412 sayılı Kanunun gerekçesi.

hangi bir safhasında bulunan C. Savcısı veya hâkimin eşi olan avukatın, sonraki safhalarda başka hâkim veya C. Savcısı huzurunda da olsa, o dava ve işde avukatlık yapamıyacağı, düşünülmüştür (26).

Eşi hâkim olan C. Savcısının, duruşmaya çıkmasına engel bir hüküm bulunmamakla birlikte, tarafların mahkemeye karşı beslemeleri gereken güven ve itimadın sarsılmamasını temin eylemek maksadiyle, C. Savcısının güven ve itimadın sarsılmamasını temin eylemek maksadiyle C. Savcısının hâkim olan eşinin bakmakta olduğu davalarda, iddia makamını işgal eylememesinin daha uygun bir davranış olacağı, düşünülmüştür (27).

Karı-koca olan hukuk hâkimi ile, diğer hâkimin, bir heyette birleşmeleri caiz olmadığından, bunların da ağır ceza mahkemesi kuruluna birlikte katılmaları doğru görülmemiştir (28).

Bazan, hukukî imkansızlık, ilçede bulunan tek C. Savcısının suçun mağduru olduğu hallerde meydana gelmektedir.

İlçede tek C. Savcısının, mağduru bulunduğu bir hakaret suçundan dolayı, Arguvan Asliye Ceza Mahkemesi'ne kamu davası açılmış olduğuna göre; müşteki sıfatiyle ifadesinin alınacağı sırada, iddia makamı boş kalacağı cihetle; bu durum karşısında tahaddüs eden hukukî imkansızlığa binaen, merciince davanın başka bir yer asliye ceza mahkemesine naklinin uygun olacağı, düşünülmüştür (29).

Evvelki hüküm, 3005 sayılı Kanuna göre sulh ceza mahkemesine açılıp, görevsizlik kararı ile intikal ettiği asliye ceza mahkemesinde görülen davada tarihleri işaret edilmiş olan oturuma C. Savcısının iştirak ettirilmemiş olmasının, Usulün 213. maddesine muhalefetten bozulmuş ve mahkemece de bozmaya uyulmuş olduğu halde; özellikle savunma şahitlerinin dinlendiği, iddia ve savunma dilekçelerinin okunduğu oturumlara ait işlemler tekrar ve teyit edilmeden, mücerret bu oturumlarla ilgili zabıtların okunup, münderecatının teyit edildiğinin zapta işaret edilmesiyle yetinilmiş olması, bozmayı gerektirmiştir (30).

Dava konusu, saldırgan sarhoşluk ve memura hakaret suçlarında mağdur durumunda bulunan C. Savcısının, bu eylemlerden ötürü

---

(26) Düşünce. Ce. İş. 19.10.1970, 25159.
(27) Düşünce. Ce. İş. 6.11.1968, 43080.
(28) C.U.H. 1.3.1971, 3/40-61, İtiraz.
(29) Düşünce. Ce. İş. 8.1.1973, 1108.
(30) 4.CD. 7.4.1972, 2324/3024.

iddianame ile dava açmasına ve duruşmada bulunmasına kanunî bir engel yoksa da; aynı savcının, mağdur sıfatiyle dinlenmesine mahkemece karar verilip, ifadesine başvurulması halinde, iddia makamında başka bir savcının bulundurulması zorunludur. Böyle yapılmazsa, suçtan zarar gören sıfatiyle ifadesinin alındığı sırada, C. Savcılığı makamı boş kalmış ve o anda savcıya düşen görev yapılmamış olur. Esasen, Usul Yasasının 219. maddesinde C. Savcılarının ve zabıt kâtiplerinin duruşmada bulunmaları şart olduğu, 265. maddede ise; bunların adlarının duruşma tutanağında açıklanması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay'ın yerleşmiş görüşü ve uygulama bu yoldadır... de tek savcı bulunması, işbu yasal zorunluğun başka yollarla yerine getirilmesine engel değildir (31).

MERCİ KARARINA UYULMASI ZORUNLUĞU :

8) Hukukî imkansızlıktan ötürü dava naklinde, merciin kararına uyulması zorunlu olduğu gibi, nakli gerektiren nedenlerin sonradan ortadan kalkmış olması, davanın önceki mahkemeye iadesini gerektirmez.

Adam öldürmekten sanık... ın, Midyat Ağır Ceza Mahkemesi'nde yapılmakta olan duruşması sırasında; müdahil tarafından heyetin reddini takiben, üç hâkimin istinkafı ve ... nin de, başka yere tayin edilmiş olması nedeniyle, tahaddüs eden hukukî imkansızlığa binaen, Mardin Ağır Ceza Mahkemesi'nce davanın, Siirt Ağır Ceza Mahkemesi'ne nakline dair verilen karar gereğince, dosyanın tevdii üzerine, incelenmesi sonucu; Midyat'a yeni hâkim tayin edilmiş olduğundan ve ilk soruşturmayı yürüten hâkimlerin, son içtihadı birleştirme kararı karşısında, esas davaya iştiraklerine bir engel bulunmadığından bahisle, mahkemenin yetkisizliğine dair, Siirt Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen karar yazılı emir üzerine bozulmuştur (32).

Yazılı emirde; (Dava nakli bahsinde, merciin kararına uyulmak zorunlu olduğu, nakli gerektiren sebeplerin bilahare ortadan kalkmış olmasının; davanın, önceki mahkemeye iadesini gerektirmiyeceği gibi; davayı görmekten çekinen üç hâkim ile, son soruşturmanın açılmasına karar veren hâkim, ... ın dışındaki hâkimlerle de heyetin teşkilinin olanaksız bulunduğu gözetilmeden, duruşma açılarak, devam edilecek yerde, yazılı şekilde karar ittihazında isabet görülmemiştir) denmektedir.

---

(31) C.U.H. 14.6.1971, 4/318-225.
(32) 3.CD. 23.2.1978, 1447/1539.

Sorgu hâkimi, izinli veya raporlu bulunduğu zamanlarda, o mahalde yetkili diğer hâkimlerin, sorgu hâkimliği vazifesini ifa edecekleri şüphesizdir. Sorgu hâkiminin red veya istinkâfı vukuunda da, yine vazifenin yetkili diğer hâkimler tarafından rü'yet edilmemesi için hiçbir sebep mevcut değildir. Bu misal, heyet halindeki hâkimlere de tatbik edilebilir. Davanın nakli salâhiyeti, hâkimin bulunmaması, heyetin diğer salahiyetli hâkimlerle teşkilinin imkansızlığı haline maksur kalması iktiza eder.

(.....) Bir mahalde, aynı salâhiyeti haiz başka hâkimler bulundukça, davanın nakli cihetine gidilemiyeceğine karar verilmiştir (33).

(33) İçtihadı Birleştirme. 19.1.1959, 29/1.

HAYVAN TUTUCUSUNUN SORUMLULUĞU (*)
(II)

Şakir KALELİ (**)

3 — Zarar :

a — Genel olarak :

Hayvan tutucusunun sorumluluğunda, tazminat borcunun doğması için gerekli unsurlardan birisi de, hayvanın eylemi sonunda bir zararın doğmuş olmasıdır. Zarar, hukuk lûgatının tanımına göre "mal varlığında husule gelen eksilmedir" (114). Ancak, bu tanım dar anlamda zararı ifade eder. Geniş anlamda zarar "şahsın iradesi hilafına hem mamelekinde ve hemde şahsi varlıklarında meydana gelen zarar" (115) dır. Hayvanın eyleminden doğan zararın bir özelliği yoktur (116). Zarar, şahsa (bir atın tepmesi, bir köpeğin ısırması gibi), şeye (ekinlerin inek tarafından yenilmesi, bahçedeki fidelerin tavuk tarafından eşelenmesi, bir hayvanın diğer bir hayvanı ısırması gibi) yada cismani bütünlüğün bozulmasına yönelik olabilir. Ancak zararın BK. m. 56 uyarınca sorumluluk doğurabilmesi için, hayvanın iç güdüsel davranışı sonucu doğması gerekir. Hayvanın eylemine insan iradesi egemen olduğunda hayvan bir alettir ve hayvana o an için nezaret eden kişi BK. m. 41 uyarınca sorumlu olur (117). Hayvanın yada yakalanmış av hayvanı olması sonuca etkili değildir. Bu konu "hayvan kavramı" ve "hayvanın eylemi" başlığı altında incelendiğinden ayrıca burada aynı şeyleri tekrarlamaya gerek yoktur.

(*) YD. Cilt : 5, Sayı : 2, Nisan-1979'dan devam.

(**) Ankara 3. Asliye Hukuk Hâkimi.

(114) Türk Hukuk Lûgatı. s. 369.

(115) İnan. a.g.e. s. 390.

(116) **Tandoğan** a.g.e. s. 152; **Ataay** a.g.e. s. 346; **Tunçomağ** a.g.e. s. 578.

(117) **Oser/Schönenberger** a.g.e. s. 521; **Von Tuhr** a.g.e. s. 427; **Becker** a.g.e. s. 338; **Tandoğan** a.g.e. s. 154.

b — Şahıslara verilen zarar :

Hayvan tarafından şahıslara verilen zarar, dar anlamda mal varlığında meydana gelen azalma biçiminde maddi tazminatın konusunu oluşturan zarar olabileceği gibi, şahsi varlıkta, cismanî tamamiyetin ihlâli biçiminde manevi tazminatı gerektiren bir zarar da olabilir. Bu nedenle şahıslara verilen zararı iki alt başlık altında inceleyeceğiz.

aa — Maddi zarar :

Köpeğin ısırması ve atın tepmesi gibi bir hayvan eylemi sonucu yaralanan kişinin zararı, tedavi giderleri ile iş ve güçten kalması yada bir işletme sahibinin, işletmesini çalıştıramaması nedeniyle uğradığı kâr mahrumiyeti biçimindeki tüm zararlarını kapsar.

Mağdur, daha fazla kazanç getiren bir uğraşı seçme zorunda olsa idi ve hayvanın eylemi sonucu sakatlığı buna kesin olarak engelleyici bir faktör olacaksa (118), hayvan tutucusunun sorumluluğu, bu nedenle doğacak muhtemel zararlarıda içine alır.

Cismani zararın kapsamının saptanması, haksız fiillerde olduğu gibi BK. m. 46 uyarınca yapılır.

Ölüm halinde zarar ve ziyan, defin giderleriyle, ölüm derhal meydana gelmemiş ise tedavi giderlerini de kapsar. Ölüm neticesi diğer kişiler onun desteğinden yoksun kalmışlar ise, onların bu zararlarının da tazmini gerekir. Ölüm halinde zarar ve ziyan BK. m. 45 uyarınca hesaplanır. Haksız fiillerde uygulanan bu kural, hayvan tutucusunun

---

(118) Federal mahkeme 1. hukuk bölümünün 6.7.1976 tarihli kararında : Davalıya ait köpeğin ısırması sonucu mağdur yaralanmış ve sakat kalmıştır. Açtığı tazminat davasında "46. maddenin ekonomik geleceğe ilişkin bölümü ihlal edilmiştir. Mağdur tarafından işletilen işletme bu olaydan sonra da normal bir gelişim takip etmiştir. Hayatın normal akışına göre, eğer davacı tam bir sağlık içinde bulunsa idi işletmesi daha iyi gelişecek ve daha iyi randıman verecekti.

Bunun yanında, eğer davacının çalışma kapasitesi önemli ölçüde eksilmese idi, işletme uygun olmayan ekonomik koşullara daha başarılı bir şekilde göğüs gerecekti. Eğer davacı daha fazla kazanç getiren bir uğraşı seçme zorunda olsa idi, sakatlığı kesin olarak engelleyici bir faktör olacaktı" demektedir. Bu karar, zarar kapsamının saptanması yönünden ilginçtir.

— Federal mahkeme 1. hukuk dairesinin 13.12.1955 günlü kararı : Yüzü köpek tarafından ısırılan kız çocuğunun "çalışma gücünü azaltmamakla birlikte, bir kız çocuğunun yüzünde yara izinin kalması, iktisadî geleceğinin sarsılmasından ve evlenme ihtimalinin azalmasında dolayı maddi tazminat verilmesi gerektiğine" demiştir. **Kaneti** a.g.e. s. 138.

— Aynı görüş **Becker** a.g.e. s. 282.

sorumluluğu dahil diğer kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulanır (119).

Zarar ve ziyan hesaplamasında hayvan tutucusunun kusurlu olması gerekmez. Tazminat miktarının saptanmasında hayvan tutucusunun ya da yardımcısının kusurunun olması veya kusursuzluğu indirme nedeni değildir (120). Ancak, mağdurun kusuru var ise BK. m. 44 uyarınca tazminat miktarından indirme yapılır, ya da tazminat tamamen kaldırılır (121). Hayvan tutucusunun ya da yardımcı kişinin ayrıca kusurunun bulunması, davalının ek kusur nedeni ile müterafik kusur savunmasını ve indirme talebini ortadan kaldırır (122).

Şahsa verilen zararlarda hayvanın eylemi yoksa, "şehir içindeki domuz ağılından fena kokular çıkması, köpeğin geceleri uluyarak komşuları rahatsız etmesi gibi "olaylarda BK. m. 56 uygulanmaz (123). Bu gibi hallerde taşınmaz mal sahibinin sorumluluğuna ilişkin MK. m. 656 ile komşuluk ilişkilerini düzenleyen MK. m. 661 uygulanır.

Hayvanın zarar doğuran eylemi kendi içgüdüsel davranışı ile olmayıp insan iradesi hayvanın davranışına etkili olmuş ise BK. m. 56 yerine BK. m. 41 uygulanır (124).

bb — Manevî zarar :

Mal varlığı dışındaki hukuksal değerlere verilen zarardır (125). Hayvan tutucusu BK. m. 47 uyarınca beden ve ruh tamlığının ihlâli halinde mağdurun manevî zararlarını da tazmin ile sorumludur. Hay-

---

(119) 4. HD. 8.11.1976 gün 8541/9545 Sk. da, davalıya ait mandanın davacının küçük kızını boynuzlayarak öldürmesi olayında, maddi tazminat istenebileceğini ve davalıların BK. m. 56 uyarınca sorumlu olacağını belirtmiş ve yerel mahkeme kararı bozmuştur.

(120) 22.6.1966 gün 7/7 sayılı YİBK. gerekçesi; **Karahasan** a.g.e. s. 844

(121) **Tandoğan** a.g.t. s. 4; **Feyzioğlu** a.g.e. s. 654; **Arsebük** a.g.e. s. 610; **Von Tuhr** a.g.e. s. 428.

(122) 4.HD. nin 8.11.1976 günlü 8541/9545 sayılı karar. Geniş bilgi için Bk. dip not 8.

(123) **Tandoğan** a.g.e. s. 154; **Karahasan** a.g.e. s. 166.

(124) 4.HD. nin yayımlanmayan 29.12.1978 gün 978/12636 - 15077 sayılı onama kararındaki olayda : Davacının 11 yaşındaki kızı, davalı (İ) nin idaresindeki merkebin arkasına binmiş ve giderken davalı (İ) nin merkebi yanlış sevk ve idaresi sonunda ani kara yoluna çıkmış, diğer davalı (M) yönetimindeki kamyon ile çarpışmış, davacının kızı ölmüştür. Bu olayda davalı (İ) hayvan tutucusu olarak BK. m. 56 uyarınca değil, haksız eylemi sonucu BK. m. 41 uyarınca sorumlu tutulmuştur.

(125) **Karahasan** a.g.e. s. 757.

van tutucusunun manevî tazminat ile sorumluluğunda kusur aranmaz (126).

Yargıtay, köpek tarafından mağdurun burnunun ısırılması ve sabit eser niteliğinde yara izi bırakmasını manevî zarar ve tazminat için yeterli görmüştür (127).

Federal mahkeme yüzü köpek tarafından ısırılmış çocuğun yüzünü bozan yara için manevî tazminat istenebileceğini kabul etmiştir (128).

Ölüm halinde de ölenin yakınlarının hayvan tutucusundan manevî tazminat istemek hakları vardır.

Çocukların uğradığı zararlardan ana ve babanın kendi adlarına manevî tazminat isteyip isteyemiyecekleri tartışmalıdır.

Bazı hukukçulara göre "cismanî temamiyetin ihlâli halinde yalnız mağdur manevî tazminat isteyebilir" çocuğun cismanî zarara uğramasından ana ve babaya manevî tazminat verilmez (129). Yargıtay'ın da aynı görüşte olan kararları vardır (130).

Diğer bir kısım hukukçulara göre de, ana ve babanın çocuklarının geçirdiği bir kaza nedenile ruhî şok sonucu ruh tamlığı ihlâl edilmiş sayılır. Bu nedenle ana ve babanın kendi adlarına manevî tazminat isteme hakları vardır. Bir eylem sonucu birden çok kişinin zarar görmesi mümkündür (131).

Çocukların geçirdikleri kaza nedeni ile ana ve babanın ruh bütünlüğünün bozulması ve bu nedenle kendi adlarına manevî tazminat isteyebilecekleri düşüncesi yasaya ve hakkaniyete uygun olanıdır.

Yargıtay 4.HD. si 16.6.1977 gün E. 970/5877-6987 sk. da "Bedensel bütünlüğü bozulan kişinin yakınları, bu olay sonucu hastalanır veya ruh tamlığını geçici yada sürekli olarak yitirirse manevi ödence istiyebilir" demiştir. (Yargıtay Dergisi. Yıl : 1978 s. 12 Sayfa : 1957).

---

(126) 22.6.1966 günlü 7/7 sayılı İİBK. gerekçe bölümü; 4.HD. 3.5.1978 günlü yayınlanmayan 1977/8002 - 5025 Sk.

(127) 4.HD. nin yayınlanmayan 14.12.1978 günlü 12416/14155 Sk.

(128) Federal Mahkeme 1. Hukuk Dairesinin 13.12.1955 günlü kararı, **Kaneti** a.g.e. s. 138.

(129) **Tandoğan** a.g.e. s. 336; **Oser/Schönenberger** a.g.e. s. 428.

(130) **Karahasan** a.g.e. s. 761 dip not 14 deki Yargıtay kararları.

(131) **Tandoğan Halûk**, (Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini. Ankara 1963) s. 8; **Karahasan** a.g.e. s. 761.

c — Eşyaya Verilen Zarar :

Hayvanların eylemleri ile eşyaya verilen zararın büyük çoğunluğunu ekinlere, bahçelere ve ağaçlara verilen zarar oluşturur. Hayvanların başı boş, nezaretsiz bırakılmaları sonunda verilen zararları hayvan tutucusu tazmin ile yükümlüdür. Yargıtay "hayvan sahipleri zararı meydana getiren eylemi işleyen kişi gibi verilen zarardan sorumludur" demektedir (132).

Hayvanların ekilmiş araziye verdikleri zararlarda yerel gelenekler de zararın tazmininde dikkate alınır (133).

Şahıslara verilen zararlarda olduğu gibi, eşyaya verilen zararda da hayvan tutucusunun BK. m. 56 uyarınca sorumlu olabilmesi için zararın hayvanın içgüdüsel davranışı ve doğal enerjisi sonucu verilmiş ve insan iradesinin egemen olmaması gereklidir.

d — Diğer Hayvanlara Verilen Zarar :

Bir hayvanın diğer bir hayvana değişik biçimlerde zararı olabilir. Bazen, hayvana verilmiş gibi görülen zararlar aslında hayvana değil, insana yani tutucuya verilen bir zarardır. Bir hayvan tutulmuş ve muhafaza edilmiş iken bir başka hayvan, tutulan hayvanın kaçmasına neden olabilir. Örneğin : "bir kedinin kuş kafesinin engelini açması ve kuşun açık olan pencereden uçup gitmesi" (134). Burada eylem doğrudan doğruya hayvana karşı olmadığı gibi, zarar gören de hayvan değildir.

Hayvanların kavgaları nedeni ile biribirlerini yaralamaları mümkündür. Bu gibi hallerde kavga eden ve zarar gören hayvanların tutucuları var ise her tutucu BK. m. 56 uyarınca zarardan sorumludur. Zararın hesaplanmasında karşılıklı kusurlar BK. m. 44 uyarınca indirim nedeni olur.

Hayvanların verdiği zarara üçüncü bir kişinin savsaması neden

---

(132) 4.HD. nin 16.5.1975 günlü 74/2152-6471 Sk.

(133) 4.HD. nin 24.9.1973 günlü 1972/16253-8379 Sk. "İneğin girdiği yer ekilmiş ise etrafının çevrilip çevrilmediğini incelemek ve köyde hayvanların ekilmiş olan şeylere kasdi olmayan münferit ve cüz'i zararları konusunda gelenek gözetilmek üzere hüküm verilmesi" demekle zararın tazmininde geleneklere değer vermiştir.

(134) **Kurtoğlu** a.g.t. s. 44.

olmuş ise sebep olma derecesinde indirim yapılır (135).

e — Hayvanların Kendi Eylemi İle Tutucuya Verdiği Zarar :

Hayvan, içgüdüsel davranışı ile kendi kendisini yaralayabilir "Orneğin : sineğin ısırması ile ürken atın ayağının kırılması" ya da tutucusunun şahsına zarar verebilir. "Örneğin : atın tökezlemesi sonucu binicisini üstünden atması". Bu gibi hallerde tutucu ile malik aynı kişiler ise, kural olarak tazminat istenecek ya da tutulacak bir kişi yoktur. Tutucu, hayvanın zararlı eyleminin sonucuna katlanacaktır.

Ancak, hayvanın maliki ile tutucusu ayrı ayrı kişiler ise, ya da yardımcı kişi var ise durum ne olacaktır? Örneğin : Bir hayvan uzun süre kullanılmak üzere kiralanır, bir hayvan terbiye edilmek üzere hayvan terbiyecisine verilir ya da tedavi için bir veterinere bırakılırsa zararlı eylemlerden (tutucuya verilen zarardan) kim sorumlu olacaktır?

Birinci örnekte hayvan tutucusu değişmiştir. Hayvanın tutucusu kiracıdır (136) ve burada kiracı BK. m. 56 ya göre sorumludur. Diğer iki örnekte hayvan tutucusu değişmemiştir. Tutucunun değişmediği bu durumlarda, hayvan tutucusu ile terbiyeci ve veteriner arasında bir sözleşme vardır. Bu sözleşme uyarınca hayvanı geçici olarak yanında bulunduran eğitici ve veteriner hayvan tutucusuna karşı BK. m. 56 nın ön gördüğü önlemleri almayı taahhüt etmiştir. Hayvan eğiticisi ya da veterinerin gerekli dikkat ve özeni göstermemeleri sonucu hayvanın kendilerine bir zarar vermesi halinde, bu zarara kendileri katlanacaklardır. Ancak, bu gibi hallerde hayvan kendisine bir zarar vermiş ise bunlar hayvan tutucusuna karşı sorumludurlar (137). Üçüncü kişilere karşı hayvan tutucusunun sorumluluğu devam eder.

---

(135) 4.HD. nin yayınlanmayan 24.9.1973 gün 16253/8379 Sk. Davacının çoban nezaretindeki ineği, davalının idaresindeki köpek tarafından ısırılmış olup, bu nedenle açılmış olan tazminat davasında "zarar hayvanın çobanın idaresine verilmesinden sonra meydana geldiğine göre zarara, üçüncü kişinin savsaması da sebebiyet vermiş ise, kusur değil, sebep olma derecesinde zarardan indirim yapılır."

(136) **Von Tuhr** a.g.e. s. 428.

(137) **Von Tuhr** a.g.e. s. 428; Aksi görüş : **Kurtoğlu** a.g.t. s. 45 kiracı ve veterinerden söz ederek "hayvan sahibinden kendilerine verilen zararın tazminini isteyebilirler" demektedir.

4 — Zararla hayvanın eylemi arasında uygun nedensellik bağının bulunması :

. Sorumluluk için, zararla hayvanın eylemi arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Diğer sorumluluk hallerinde olduğu gibi hayvan tutucusunun sorumluluğunda da, uygun nedensellik bağı sorumluluğun temelini oluşturur (138). Hayvanın eylemi ile zarar arasında uygun nedensellik bağı yoksa, yani zararın doğması hayvanın içgüdüsel davranışı sonucu değilse sorumlulukta olmaz.

Eylem ile zarar arasında doğrudan doğruya uygun nedensellik bağının bulunmasına, hayvanın zarar görene temas etmesi suretiyle zarar vermesine gerek yoktur (139). Hayvanın verdiği korku yada ondan kaçmak istenirken zarar doğabilir. Örneğin : Köpeğin, bir ata aniden havlayarak saldırması ve atın bu saldırı sonucu ürkmesi ile üzerindeki biniciyi düşürmesi ve binicinin yaralanması olayında; Atı ürküten köpeğin, doğrudan doğruya teması suretiyle doğan bir zarar yoktur. Fakat ata doğru saldırı halinde bulunması ve havlaması, atın ürkmesinin ve zararın nedeni olmaktadır.

Hayvan tutucusunun sorumluluğu ve zararla eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunması için, hayvanın içgüdüsü ile bir davranışta bulunması gerekir. İnsan iradesi, hayvanın davranışına egemen olmuşsa, zararla arasında uygun nedensellik bağı yoktur. BK. m. 56 uygulanmaz. Zarar, hayvanın içgüdüsel davranışı sonucu değil, onu yönetenin iradesiyle ve hayvan bir vasıta olarak kullanılarak doğmuştur. Hayvan tutucusunun sorumluluğu değil, hayvanı o anda fiilen yönetenin BK. m. 41 uyarınca sorumluluğu söz konusudur.

Hayvan tutucusu, kendisine düşen her türlü özen görevini yerine getirmiş olmasına karşın, zarar yine doğmuşsa, uygun nedensellik bağı yoktur. Hayvan tutucusu kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulur. Eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığını, her olayın özelliğine göre hâkim taktir eder (140). Kurtuluş kanıtı getirmek, sorumluluğun olumsuz koşuludur. Bu nedenle olumsuz koşullar bölümünde inceleyeceğiz.

B — Sorumluluğun olumsuz koşulları :

Eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunmaması sorumluluğu ortadan kaldırır. Hayvan tutucusu, eylemle zarar ara-

---

(138) **Tandoğan** a.g.e. s. 71, 153; **Eren** a.g.e. s. 1.
(139) **Tandoğan** a.g.e. s. 154.
(140) **Kurtoğlu** a.g.t. s. 41.

sında uygun nedensellik bağının bulunmadığını kanıtlamakla sorumluluktan kurtulur. Bu suretle hayvan tutucusunun sorumluluğu yumuşatılmıştır.

BK. m. 56 da, adam çalıştıranın sorumluluğunda olduğu gibi iki tür kurtuluş kanıtı öngörülmüştür.

1 — Birinci tür kurtuluş kanıtı :

BK. m. 56 da "hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinayı yaptığını" demekle, adam çalıştıranın sorumluluğunda olduğu gibi aynı kurtuluş kanıtı benimsenmiştir. BK. m. 56'daki kurtuluş kanıtı, ev başkanının sorumluluğuna ilişkin MK. m. 320'deki kurtuluş kanıtından farklıdır. MK. m. 320'de "mutad veçhile ve ahvalin muktazi bulunduğu" dikkat ve nezaret yeterli görülürken, hayvan tutucusunun sorumluluğunda "mutad veçhile ve ahvalin muktazi" önlemleri ile yetinilmemiş, daha ağır koşullara bağlanmıştır. Kaynak kanunun yapıldığı İsviçre'de hayvanlar tarafından verilen zararların çokluğu yanında, zararlarında ağır olması nedeniyle kurtuluş kanıtı getirilmesinin koşulları ağırlaştırılmıştır (141).

Hayvan tutucusun geleneklere uygun davranması, sorumluluktan kurtulması için yeterli değildir (142). Hayvan tutucusunun göstermesi lazım gelen dikkat ve özenin her olaya göre ayrı ayrı ve objektif ölçülere göre değerlendirilmesi gerekir (143). Gösterilmesi lazım gelen dikkat ve özenin ölçüsü hayvanın cinsi ile hal ve şartlara göre değişir. Hayvanın kendine özgü davranışları dikkate alınır. Bir vahşi hayvan ile ehlileştirilmiş yada ehli hayvana gösterilen özen ve dikkat farklı olduğu gibi, azgın ve saldırgan bir mandaya gösterilecek dikkat ve özen de farklıdır. Uzun süre ahırda bağlı olan at ile her gün binilen bir atın davranışları farklı olacağından, bunlara gösterilecek dikkat ve özende farklı olmalıdır.

Hayvan tutucusu, hayvanın kontrol ve nezaretini yardımcı bir kişiye bırakmışsa, sadece yardımcı kişiyi iyi seçmekle, ona gerekli talimatı vermekle yada yardımcı kişinin gerekli dikkati gösterdiğini kanıtlamakla sorumluluktan kurtulamaz. Yardımcı kişinin, dikkatli öze-

---

(141) **Feyzioğlu** a.g.e. s. 649.

(142) **Becker** a.g.e. s. 340; **Kaneti** a.g.e. s. 170 teki FMK. "Hayvanların kamu malı otlaklarda serbestçe otlatılması imkanı veren mahalli bir örf, onların yakında bulunan trafiğe açık ana yolun üstüne çıkmaları tehlikesine karşı tedbir alma ödevini ortadan kaldırmaz."

(143) **Feyzioğlu** a.g.e. s. 649; **Oser/Schönenberger** a.g.e. s. 524; **Becker** a.g.e. s. 340.

ni gösterdiğini de kanıtlaması gerekir (144). Burada adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin BK. m. 55 uyarınca sorumluluğu kabul edenlerde vardır (145).

Hayvan tutucusu, gerekli dikkat ve özeni göstermekte kusurlu ise : (Örneğin : Azgın ve saldırgan bir mandayı, sağır ve yaşlı bir kadının nezaretine vermek, yada kanunen bulundurulması ve sürülmesi yasak olan yerlerde hayvan bulundurmak ve sürmek (146) veya vahşi olan bir hayvanı sağlam olmayan bir kafeste saklamak gibi) bu sorumlulukta "ek kusurdur". Hayvan tutucusunun kurtuluş kanıtı getirmesini engeller.

2 — İkinci tür kurtuluş kanıtı :

Bazı hallerde hayvan tutucusu "hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada" bulunsa bile zararın doğmasını engelleyemez. BK. m. 56/1 ikinci tür kurtuluş kanıtına da yer vererek bu gibi hallerde sorumluluğu yumuşatmıştır. Hayvan tutucusu "dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamıyacağını" kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. İkinci tür kurtuluş kanıtıda adam çalıştıranın sorumluluğunda olduğu gibidir. Ev başkanının sorumluluğunda ikinci tür kurtuluş kanıtına yer verilmemiştir. Yapı eseri sahibinin sorumluluğunda her iki tür kurtuluş kanıtınada yer verilmemiştir.

İkinci tür kurtuluş kanıtı, eylemle zarar arasında uygun nedensellik bağını keser (147). Uygun nedensellik bağının kesildiği hallerde de sorumluluktan söz edilemez. Uygun nedensellik bağını kesen nedenler mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü şahsın kusurudur.

a — Mücbir sebep :

"Sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması

---

(144) **Tandoğan** a.g.e. s. 154.

(145) **Becker** a.g.e. s. 341; Aksi düşünce : **Oser/Schönenberger** a.g.s. s. 526.

(146) 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 46 ve Karayolları trafik tüzüğü m. 73 "Karayollarında hayvanları ve sürülerini, bunları sevk ve idareden aciz kimselere tevdi etmek veya başıboş bırakmak, hayvanları meskun yerlerdeki karayollarında süratli sürmek yasaktır.

Hiçbir sebep ve şekilde hayvanlar, yayalara ayrılmış olan kaldırımlarda sürülemez".

(147) **Eren** a.g.e. s. 174.

mümkün olmayan olaylara" mücbir sebep denir (148). Mücbir sebep, umulmayan halden farklı ve daima uygun nedensellik bağını kesen, daha yoğun ve kaçınılması mümkün olmayan bir olaydır. Hayvan tutucusunun sorumluluğunu ortadan kaldırır. Ancak hayvan tutucusunun kusurlu davranışlarının olmaması gerekir. Kusur mücbir sebebi ortadan kaldırır.

Şiddetli bir zelzele sonunda hayvanat bahçesindeki hayvanların bulunduğu pavyonun yıkılması ve vahşi hayvanların şehre yayılması (149), yük taşıyan ata yıldırım isabeti ile atın ölmesi ve üzerindeki eşyanın telef olması, aşırı kış ve hayvanların hastalanması (150) birer mücbir sebeptir.

b — Zarar görenin kusuru :

Bir kimse kendi kusurlu davranışı sonucu uğradığı zararı üçüncü kişiye yükleyemez. Kusurlu davranışının sonucuna katlanmalıdır. Bir kişinin intihar amacıyla zehirli bir yılana kendisini sokturması, lüzumsuz yere atın ağzına elini yaklaştırması (151) gibi olaylarda zarar gören kusurludur. Zarar, doğrudan doğruya, zarar görenin kusurlu eylemi sonucudur. Hayvan tutucusunun sorumluluğndan söz edilemez. Eylem ile zarar arasında illiyet bağı kesilmiş, hayvan zarar veren eyleme itilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu "köpeğin herkesin girmesi caiz olmayan davalıya ait bahçede olması, davacının oğlunun hakkı olmayan bu bahçeye girmek suretiyle köpeğin kendisini ısırması olayında, zarar görenin, hakkı olmayan yere girmesini zarara sebebiyet verme olarak kabul etmiş ve hayvan tutucusunu sorumlu kılmamıştır (152).

Mağdurun kusuru, bazen uygun nedensellik bağını kesen derecede olmayabilir. Bu durumda mağdurun kusuru, BK. m. 44 uyarınca tazminattan indirme nedeni olur. Tazminattan mağdurun kusuru oranında indirim yapılır.

Yargıtay 4.HD. si bir kararında (153) : Yaşlı ve sağır bir kadının nezaretinde mer'ada otlayan mandaya eşarp sallayan 15 yaşındaki

---

(148) **Eren** a.g.e. s. 176.
(149) **Kurtoğlu** a.g.t. s. 105.
(150) **Kurtoğlu** a.g.t. s. 104.
(151) **Kurtoğlu** a.g.t. s. 107.
(152) HGK. nun 24.3.1954 günlü 3/50-49 Sk. **Olgaç** a.g.e. s. 996
(153) 4.HD. nin yayınlanmıyan 8.11.1976 gün 8541/9545 Sk.

kızın, manda tarafından öldürülmesi olayında, eşarp sallayan 15 yaşındaki kızın bu davranışını "zarar görenin kusuru" olarak kabul etmemiştir. Burada, eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağının kesilmediği kabul edilse bile, zarar görenin kusurlu davranışının, kusuru oranında BK. m. 44 uyarınca bir indirim nedeni yapılması gerekirdi. Ancak yargıtay BK. m. 44 ün uygulanması yönüne de değinmemiş, zararın tümünün davalı hayvan tutucusuna yüklenilmesini istemiştir. Yargıtay kararı açık olmamakla birlikte; Hayvan tutucusunun saldırgan ve huysuz mandayı, yaşlı ve sağır bir kadının nezaretine vermeyi kusurlu davranış olarak görmüş ki (ek kusurun varlığını kabul etmiştir) zarar görenin kusurunu, uygun nedensellik bağını keser nitelikte görmediği gibi müterafik kusur olarakta dikkate almamıştır. Yargıtay kararı açık olmamakla birlikte, bu düşünce, biçim olarak kusursuz sorumlulukta, sorumlu kişinin ek kusurunun bulunması halinde, kurtuluş kanıtı getiremiyeceğini ve zarar görenin "müterafik kusurundan" yararlanamayacağına ilişkin düşünce ve görüşlere uygundur.

c — Üçüncü kişinin kusuru :

Üçüncü kişinin eylemi ile hayvan bir zarar vermiş ise, kural olarak hayvan tutucusu zararı ödemekle yükümlüdür. Ancak BK. m. 56/2 uyarınca hayvanın zarar doğuran eylemine yol açan üçüncü kişiye rücû edilebilir (154).

Bazı hallerde, hayvanın eylemi ile ortaya çıkan zarar, doğrudan doğruya üçüncü kişinin kusurundan doğabilir. Örneğin : "dikkatsizliği ile kedinin kuyruğuna basan bir kişi, kedinin önünde olduğu için kedi tarafından ısırılan kişinin, ısırma nedeniyle uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür" (155). Üçüncü kişinin eylemi, zararla eylem arasında hayvan tutucusu yönünden uygun nedensellik bağını kesmiştir.

V — RÜCÛ (DÖNME) :

Genel kural olarak, hayvanın verdiği zarardan, hayvan tutucusu zarar görene karşı sorumludur. Ancak, hayvan tutucusu, hayvanın verdiği zararı, zarar görene ödese bile, bazı hallerde ödediği bu zararın kendisine ödenmesini üçüncü kişilerden isteyebilir. Birden çok hayvan tutucunun bulunduğu hallerde, bir tutucu mağdurun zararını

---

(154) **Becker** a.g.e. s. 341.
(155) **Kurtoğlu** a.g.t. s. 108.

karşılamışsa zararı karşılayan hayvan tutucusu, paydaş olduğu diğer hayvan tutucularından, payları oranında sorumlu oldukları zararın kendisine ödenmesini isteyebilir. Sözleşme ile hayvan tutucusuna bağlı olan yardımcı kişinin veya üçüncü bir kişinin kusurlu davranışı ile hayvan zarar vermiş ise, zararı ödemekle yükümlü olan hayvan tutucusu, zararın doğumuna neden olan bu kişilere kusurları oranında BK. m. 51 uyarınca rücû edebilir (156).

Genel kural olan BK. m. 50 ve 51 dışında, rücû yönünden hayvan tutucusunun sorumluluğunda özel düzenleme vardır. BK. m. 56/2 de "eğer hayvan diğer bir şahıs yahut diğer bir şahsa ait olan hayvan tarafından ürkütülmüş olur ise bu kimse onlara rücû edebilir" denilmektedir. Burada hayvanın ürkütülmüş olması (157) ve ürküten hayvanın tutucusunun bulunması rücûun koşuludur. Bu ön bilgilerden sonra rücû konusunu iki alt başlık altında inceleyeceğiz.

A — Genel olarak :

Birden çok kişi, müşterek kusurları olmasa bile, aynı zarardan birlikte sorumlu olabilirler. Örneğin : Bir hayvanın aynı anda birden çok tutucusu varsa bunlar zarar görene karşı birlikte sorumludurlar. Ancak, zararı tutuculardan birisi ödemiş ise, diğer tutuculara payları oranında rücû eder. Bu sorumluluk BK. m. 51'e dayanır. BK. m. 51 in kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulanacağı öğretide benimsenmiştir (158). Uygulamada bu kuralın aksine Yargıtay kararlarına rastlanmamıştır.

Hayvan tutucusu, hayvanın gözetimini biraz yardımcı şahsa bırakabilir. Yardımcının gözetiminde iken hayvanın verdiği zarardan hayvan tutucusu sorumludur. Yardımcı kişinin kusuru varsa, hayvan tutucusu ona rücû edebilir (159). Ancak, yardımcı kişinin kusuru olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulması mümkündür (160).

Hayvan tutucusu, hayvanın zararlı eylemi ile vereceği zararı sigorta ettirebilir. Burada da sigortacı ile aralarındaki poliçe koşullarına göre ödediği zarar için sigortacıya rücû edebilir (161). Ayrıca,

---

(156) **Ta ndoğan** a.g.e. s. 157; **Kurtoğlu** a.g.t. s. 84; **Funk** a.g.e. s. 89. **Becker** a.g.e. s. 316; **Von Tuhr** a.g.e. s. 437; **Feyzioğlu** a.g.e. s. 652; **Oser/Schönenberger** a.g.e. s. 526.

(157) **Becker** a.g.e. s. 342.

(158) Bk. dip not 156

(159) Bk. dip not 107 deki 4.HD. kararı.

(160) **Von Tuhr** a.g.e. s. 428; **Tandoğan** a.g.e. s. 157; **Feyzioğlu** a.g.e. s. 651.

(161) **Tandoğan** a.g.e. s. 157; **Kurtoğlu** a.g.t. s. 99.

hayvanı bir çocuk ürkütmüş ise ev başkanına rücû edilebileceği (162) gibi buna benzer hallerde rücûun mümkün olup olmadığını, BK. m. 51'in uygulama alanı bulunup bulunmadığını hakim takdir eder (163).

Rücûun sırası, haksız fiillerde olduğu gibi BK. m. 51 uyarınca ilk önce haksız fiilden sorumlu olandan başlar. En son sorumlu kanunen sorumlu olan kişidir.

Birden çok tutucuya ait hayvanların, aralarında bir bağlılık olmaksızın, birlikte zarar vermeleri halinde, (Örneğin : Bir çok tutucuya ait köy sürüsünün ekili bir alana girip zarar vermesi halinde) BK. m. 50 nin uygulanamıyacağı, zarar yapan hayvanlar arasında tutucular yönünden kasti bir birleşmenin olmadığı, her hayvanın verdiği zararın ayrı ayrı saptanıp, her hayvan tutucusunun sorumluluğunun ayrı belirlenmesi ve hayvan tutucularının "garameten" (164) sorumlu olacakları Yargıtay tarafından benimsenmiştir (165).

Bu uygulamaya göre hayvan tutucularının zincirleme sorumluluğu söz konusu değildir. Bunun doğal sonucu olarakta hayvan tutucularının biribirlerine rücûu mümkün değildir. Her hayvan tutucusu, tutucusu bulunduğu hayvan sayısına ve her hayvanın verebileceği zarara göre sorumludur. Zarar yapanlar arasında kasti bir birleşme varsa (Örneğin : Bir köy sürüsü kasten komşu köyün ekili arazisinde otlatılmış ise) BK. m. 56 uyarınca değil, BK. m. 41 uyarınca ve BK.

---

(162) **Tandoğan** a.g.e. s. 157.

(163) **Tandoğan** a.g.e. s. 157.

(164) **M. Nihat Özön**, Osmanlıca-Türkçe sözlük s. 234 "garameten : herkese haklarına göre eşit olarak üleştirerek"; Ayrıca Bk. Türk hukuk lügatı s. 100.

(165) 4.HD. nin yayınlanmayan 6.12.1977 gün 1977/774-11625 Sk. "BK. m. 50 de yer alan müteselsil sorumluluk hükmünün uygulanması, zararı yapanlar arasında kasti bir birleşmenin bulunmasına bağlıdır. Davacı kasti birleşme iddiasında bulunmamıştır. Bundan başka T.C.K. m. 518/1 dışında 2 ve 3. fıkralarına uyan hayvan otlatmak suretiyle zarar verme eylemlerinde anılan kanunun 519. maddesi, zararın birlikte otlayan hayvanların sahiplerine garameten tazmin ettirileceği esasını getirmiştir. Bu bakımdan öncelikle hayvanların adetlerinin tesbiti ile zararın hayvan adetlerine göre davalılar arasında paylaştırılması gerekirken, bütün davalıların müteselsilen sorumlulukları cihetine gidilmesi bozmayı gerektirir"

— 4.HD. yayınlanmayan 14.2.1978 günlü 1977/5427-1820 Sk. ile aynı ilkeyi uygulamaya devam etmiştir. Uygulama yerleşmiştir.

m. 50 gereğince zarardan zincirleme sorumludurlar (166).

B — Özel olarak :

Haksız fiillerde uygulanan BK. m. 50 ve 51. madde dışında BK. m. 56/2 de yalnız hayvanların verdiği zararlarda rücû özel biçimde düzenlenmiştir. Bu düzenleme diğer kusursuz sorumluluk hallerinden ayrık ve farklı bir düzenlemedir. BK. m. 56/2 de "... eğer hayvan diğer bir şahıs yahut diğer bir şahsa ait hayvan tarafından ürkütülmüş olur ise bu kimse onlara rücû edebilir" denilmektedir. Burada rücûun koşulu "ürkütülmek' ve "ürküten hayvan ise tutucusunun bulunması" dır. O halde sahipsiz yada tutulmamış vahşi hayvan veya terk edilmiş hayvanlar tarafından ürkütme olur ise rücû edilecek bir kimse yoktur.

Von Tuhr'a göre BK. m. 56/2'de düzenlenen rücûu haklı gösteren sebep "hayvanı idaresi altında bulunduran kimsenin zilyetliğine yapılan haksız tecavüzdür. Binaenaleyh, mezkur rücû, 41. maddeye göre üçüncü bir şahsın kusuruna lüzum gösterir (167). Becker'de aynı düşüncedederi. Rücu için hayvanın ürkütülmesinin kasten olmasını zorunlu görmekte (168), "eğer bir kimse hoşgörünmek kastı ile köpeği okşar ve onun böyle bir okşamayı kaldırmadığını bilmeden heyecanlandırmış olursa rücû caiz değildir" demektedir.

Oser/Schönenberger'de aynı düşüncededir (169).

Bu düşüncelerin ışığında, rücu edilen hayvan tutucusu kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulacaktır.

---

(166) Yargıtay kasti birleşmenin varlığı halinde ve haksız eylem olduğu hallerde de BK. m. 50 yi uygulamamakta ve garameten zararın ödenmesini benimsemektedir. Bu yöndeki kararı : HGK. 23.3.1966 gün 3/D-3 E. 79 K. Sk. Davacı köy, köye ait çayırlığa, davalıların hayvanlarını kasden soktuklarından verilen zararın davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiş, mahkeme BK. m. 50 uyarınca zararın eşit ve müteselsil olarak davalılardan alınmasına karar vermiştir. MGK. u "Borçlar kanununun 50. maddesinde yer alan müteselsil sorumluluk hükmünün uygulanması, zararı yapanlar arasında kasdi bir birleşmenin bulunmasına bağlıdır. Bundan başka T.C.K. nun m. 518/1 fıkrası dışında 2 ve 3. fıkralarına uyan hayvan otlamak suretiyle zarar verme eylemlerinde anılan kanunun 519. maddesi zararın birlikte otlayan hayvanların sahiplerine garameten tazmin ettirileceği esasını koymuştur". diyerek hükmü bozmuştur. Bu durumda hayvanların ekili alana kasden yada kusursuz sorumluluk ilkelerine göre verdiği zararlarda aynı kural uygulanmaktadır. Bul hal zarar görenin yararına değildir.

(167) **Von Tuhr** a.g.e. s. 428 dip not 52.

(168) **Becker** a.g.e. s. 342.

(169) **Oser/Schönenberger** a.g.e. s. 527/528; Aynı görüş, **Tandoğan** a.g.e. s. 157.

VI — SONUÇ :

Hayvanların, taşınmaz mallara verdiği zararlar BK. m. 57'de ayrı bir hükümle düzenlenmiştir. Konumuz BK. m. 56 ile sınırlı olduğundan bu bölüm incelenmemiştir.

Av hayvanları yönünden kaynak kanun 56. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlemeyi kantonlara bırakmış, Türkiye'nin idarî teşkilât yapısı ile bu hüküm Türk Borçlar Kanununa alınmamıştır. Bu alınmama doğru olmakla birlikte av hayvanları yönünden sorumluluk hukukunda bir boşluk yaratmıştır. Av hayvanlarında, özellikle ürkütülen ve kaçan av hayvanları yönünden yasal bir düzenleme yapılması gerekir.

Yurt ekonomimizde büyük yer tutan hayvanların, verdikleri zararların ödettirilmesi özel hükme bağlanması ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre hayvan tutucusunun sorumlu kılınması zarar görenler yönünden bir güvencedir. Ancak, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca sorumlu kılınan hayvan tutucusunun da güvenceye kavuşturulması, motorlu araç işleticiliğinde olduğu gibi hayvanların verdiği zararların ödenmesi yönünden mecburî sigortanın kabulünde yarar olduğu kanısındayız.

Kanunun hayvan tutucusunun sorumluluğunu özel bir hükümle düzenlemesine karşı, uygulamada hayvanların verdikleri zararlarda BK. m. 56'nın uygulanmasından çok BK. m. 41 in uygulandığı görülmektedir. Özellikle eşyaya verilen zararlarda mahkemeler kusur üzerinde durmakta, çoğu kez hayvan tutucusu kusurlu olduğu için tazminat ödemekle yükümlü kılınmaktadır. Verilen kararlar genellikle sonucu itibarıyla doğru olduğu için yargıtay incelenmesinde onanmakta, ancak Yargıtay'ın büyük iş yükü nedeni ile verilen kararlar eleştirilmemekte, bu nedenle de BK. m. 56 ile ilgili içtihat bulmak zorlaşmaktadır. Bu suretle BK. m. 56 nın daha çok öğretide işlendiği görülmektedir.

Hayvan tutucusunun sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirilmesi ilke olarak benimsenmiş olmakla birlikte, çok zor koşullara bağlanmıştır. Zarar görenin kusuru nedeni ile hayvan tutucusunun sorumluluktan kurtulduğuna ilişkin bir Yargıtay kararı (170) dışında kurtuluş kanıtının kabulüne dair uygulamaya rastlamak mümkün olmamıştır. Özellikle birinci tür kurtuluş kanıtının ölçüsü yoktur. Bu nedenle de bu tür kurtuluş kanıtını getirmek çok kez imkânsızlaşmaktadır.

---

(170) Bk. dip not 152 deki HGK. Kararı.

Yargıtay kararlarının bulunmamasının nedeni, bu tür olayların olmadığından değil BK. m. 56'nın gereği gibi uygulanmadığından kaynaklanmaktadır.

Öğretide kaçan ve terkedilen hayvanlar yönünden hayvan tutucusu kural olarak sorumlu değildir. Hayvan tutucusu kaçmayı önleyici gerekli dikkat ve özeni göstermemiş ya da hayvanı geleneklere uygun zamanda ve biçimde terk etmemiş ise, sorumluluğun varlığı kabul edilmektedir. O halde hayvan tutucusu yönünden sorumluluk devam etmektedir. Gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi kurtuluş kanıtıdır. Hayvan tutucusu sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirerek kurtulabileceğine göre yukarda anılan genel kurala katılmak mümkün olmamaktadır. Bu nedenle kaçan ve terk edilen hayvanlarda da sorumluluğun aynen devam ettiğinin kabulü gerekir.

Kaçan hayvanlarda sorumluluğun iki bölümde incelenmesi ve kaçma dönemi ile kaçmanın tamamlandığı dönem biçiminde ayrım yapan Sayın Tekinay'ın düşüncesi, hayvan tutucusunun sorumluluğun belirlemesi yönünden uygulama kolaylığı getirmektedir. Bu nedenle bu düşünceye katılmaktayız.

Uygulamada, öğretiye ve kanunun amacına ters düşer biçimde zaman zaman yardımcı kişilerin BK. m. 56 uyarınca sorumluluğu yönüne gidildiği görülmektedir. Yine BK. m. 56 gereği gibi işlenmediği için terim birliği de yoktur. Ancak, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi en son kararında (171) hem yardımcı kişilerin BK. m. 56 uyarınca sorumlu olamıyacaklarını kabul etmiş ve hem de yasanın amacına uygun sözler kullanmıştır. Bu uygulamanın devamı arzulanmaktadır.

---

(171) 4.HD. 14.12.1978 günlü 12406/14155 Sk.

HAKSIZ EYLEMİN UNSURU OLARAK EYLEM KAVRAMI ÖZELLİKLE KAÇINMA BİÇİMİNDEKİ EYLEM (*)

(I)

Nihat GÜRSEL (**)

PLAN

GİRİŞ

BİRİNCİ BÖLÜM

A. GENEL OLARAK HAKSIZ EYLEM

I. HUKUKSAL OLAYLAR VE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ

II. GENİŞ ANLAMDA HUKUKA AYKIRI EYLEMLER

III. DAR ANLAMDA HUKUKA AYKIRI EYLEM (Haksız Eylem)

1 — Kanunda Düzenlenişi.

2 — Tanımı.

3 — Unsurları.

IV. SUÇ VE HAKSIZ EYLEM

1 — Genel Olarak.

2 — Başlıca Farklar.

İKİNCİ BÖLÜM

B. EYLEM KAVRAMI

I. TANIM

II. EYLEMİN UNSURLARI

1 — Eylemin İradî Olması.

2 — Eylemin Davranışı Gerektirmesi.

a. Aktif Davranışlar.

b. Pasif Davranışlar.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

C. YASADAN DOĞAN YAPMA ÖDEVİNDEN KAÇINMALAR

I. GENEL OLARAK YASA KAVRAMI VE KAÇINMA İLE İLİŞKİSİ

II. MEDENİ KANUN, BORÇLAR KANUNU VE TİCARET KANUNUNDAKİ BAŞLICA YAPMA ÖDEVLERİ

1 — Medeni Kanun.

2 — Borçlar Kanunu.

3 — Türk Ticaret Kanunu.

III. TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ YAPMA ÖDEVLERİ

IV. BAZI ÖZEL YASALARDA ÖNGÖRÜLEN YAPMA ÖDEVLERİ

1 — Tehlikeli Faaliyetleri Düzenleyen Yasalar.

2 — Trafik Güvenliğini Ve Ulaştırma Faaliyetlerini Düzenleyen Yasalar.

3 — Genel Sağlığı Koruyan Yasalar.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Ç. DOĞRULUK VE GÜVEN KURALLARINA AYKIRI KAÇINMALAR

I. YARATILAN GÖRÜNÜŞTEN DOĞAN GÜVENE AYKIRI KAÇİNMA

II. TEHLİKELİ DURUMLARDAN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRI KAÇINMA

1 — Tehlike Yaratabilecek Bir İşletmeyi Yürütenler.

2 — Tehlikeli Maddelerle Çalışanlar.

3 — Seyirciler, Halk Ya da Oyuna Katılanlar İçin Tehlikeli Olabilecek Bir Spor Oyunu, Eğlence Ya da Şenlikler Düzenleyen Kimseler ve Oyuncular.

4 — Kendi Mülkiyetinde Ya da Elmenliğinde (Zilyetliğinde) Olan Bir Gayrimenkulü Üçüncü Kişilerin Gidiş-Gelişine Açanlar.

5 — Kamu Yolundaki Gidiş-Gelişe Katılanlar.

6 — Kamunun Sağlık Ve Güvenliği İle İlgili Bir Mesleği Yapanlar.

III. YAŞAMA BİRLİĞİ VE ORTAK TEHLİKEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRI KAÇINMA

1 — Yaşam Birliği.

2 — Ortak Tehlike.

3 — Dayanışma.

IV. SUSMA, NOKSAN YANIT VE DAVRANIŞLAR SONUCUNDA YAPMA ÖDEVİNİN DOĞMASI

1 — Susma.

2 — Noksan Yanıt.

3 — Davranış.

V. DOĞRULUK VE GÜVEN KURALLARINA AYKIRI DİĞER KAÇİNMALAR

BEŞİNCİ BÖLÜM

D. AHLÂKİ ÖDEVDEN DOĞAN KAÇINMALAR

I. GENEL OLARAK AHLÂK VE KAÇINMA İLE İLİŞKİSİ

1 — Ahlâk Kavramı.

2 — Ahlâk ve Hukuk.

3 — Geçmişte Ve Bugün Ahlâkî Bir Ödevden Kaçınma Hali.

II. CEZA HUKUKUNDA AHLÂKİ ÖDEVDEN KAÇINMA

III. FRANSIZ SORUMLULUK HUKUKUNDA AHLÂKİ ÖDEVDEN KAÇINMA

1 — Öğreti.

2 — Uygulama.

IV. TÜRK-İSVİÇRE SORUMLULUK HUKUKUNDA AHLÂKİ ÖDEVDEN KAÇINMA

1 — Baskın Görüş.

2 — Ahlâka Aykırı Kaçınmanın Sınırlı Veya Sınırsız Olarak Sorumluluk Doğurabilmesini Kabul Edenler.

3 — Mahkeme Kararları.

SONUÇ

GİRİŞ

Konumuz haksız eylemin maddi unsuru olan "eylem kavramı" dır. Eylem deyince, genellikle aktif şekilde tezahür edenler anlaşılır. Esasen gözle görülen de bu tür eylemler olduğu için hareketsiz kalmanın eylem olup olamıyacağı üzerinde yeteri kadar durulmaz. Hatta, hareketsiz kalış dış alemde maddeten bir sonuç doğurmadığı için eylem sayılamıyacağı görüşünde olanlar da vardır (1). Buna karşın hukukî bir ödev varsa hareketsiz kalışında zarar doğması halinde sorumluluk doğuracağı öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir. Ancak ahlakî ödev halinde kaçınma kasıtlı veya kasıtsız oluşa göre değişmektedir.

Konuyu somutlaştırmak için biri başımdan geçen ve beni maddi olarak etkileyen, diğer ikisi de kitle yayın araçlarından alınan üç somut olaya değinmek istiyorum.

● Gece yarısı karayolunda otomobille giderken yolun sağında uzaktan farkedilmesi güç taşlarla karşılaştım. Aracın sürati, durmaya ve sol şerite geçmeye uygun olmadığı için sağ ön tekerlek taşlara çarparak yarıldı. Sonradan bu taşların daha önce kaza yapan

---

(*) Yüksek Lisans (Master) Çalışması.

(**) Hâkim Binbaşı.

(1) RADBRUCH, VANNINI: (Kunter N. Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi İstanbul 1954 sh. 22'den naklen)

araç şöförleri tarafından dizildiğini ve yolda bırakıldığını öğrendim. Sorumlular Karayolları Trafik Tüzüğünün her araçta bulunmasını öngördüğü reflektör yerine taş kullanarak yasanın yapma ödevinden kaçınmışlardı.

● Trafik kazası geçiren kanamalı yaralıya hiçbirşey yapılamazken olay yerinden diğer araçların kayıtsız geçtikleri görülür. Bunlardan durdurulabilen bazıları tanıklık etme zahmetini, bazıları da aracının kan lekesi ile kirleneceğini ileri sürerek en yakın sağlık kuruluşuna götürmekten kaçınırlar (2).

● Yunanistan'ın Kastalexi Köyü'nde bir gençle seviştiği için Eleni Karyoti ailesi tarafından evin penceresiz mahzenine kapatılır. 29 yıl attığı çığlıklara köy halkı kayıtsız kalabilmiştir (3).

Çalışmamın 1. bölümünde haksız eylemlerin hukukî olgular içinde yerini saptayıp tanımını yapmaya çalışacağım. Böylece haksız eylemi bir bütün olarak hatırlattıktan sonra konumuz olan eylem unsurunu tanımak daha kolay olacaktır.

2. bölümde eylem kavramının tanımını, unsurlarını, aktif ve pasif davranışlardan söz edeceğim.

3, 4 ve 5. bölümlerde kaçınma türlerini ayrıntılı olarak tanıtmaya çalışacağım. Yasadan doğan yapma ödevinden kaçınmanın sorumluluk doğurmasında kuşku yoktur. MK. nun 2. maddesinden kaynağını alan doğruluk ve güven kurallarına aykırı kaçınmaların da sorumluluk doğurabilmesi "hukuka aykırılık" unsurunun belirgin olabildiği hallerde sorun yoktur. Ancak sorumluluk doğurabilmesi kuşku ile karşılanan ahlakî ödevden kaçınma üzerinde olumlu arayışlar içinde olacağım. Bu konuda Fransız öğretisinin hayli mesafe aldığını belirteceğim.

Sonuç kısmında ahlakî ödeve aykırı kaçınmanın sorumluluk doğurabilmesi için öneriler getirmeye çalıştım. Ahlakî kaçınmanın özel şekli olarak gördüğümüz acil hallerde hekim kaçınmasına değineceğim. 29.6.1978 tarihli ve 2162 sayılı "Sağlık Personelinin Tam Süre Çalışma Esaslarına Dair Kanun" a tabi olan ve olmayan hekimler bakımından ne şekilde sonuç doğuracağına da değindikten sonra araştırmamı bitirmiş olacağım.

---

(2) TRT Televizyonu 5 dakika Programına gelen mektuptan

(3) 9 Kasım 1978 Tarihli Hürriyet Gazetesi'nden alınmıştır. Sonunda bir genç Eleni'nin çığlıklarına dayanamaz hale gelir ve polise gider. Ailesinden hayatta kalanlar tutuklanır, köy sakinleri hakkında da suça iştirakten soruşturma açılır.

Türk öğretisinde ve uygulamasında yeterli şekilde işlenmeyen konunun şartları ve sınırları mevcut kaynaklar taranarak saptanmaya çalışılmıştır. Keza İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın ilginç bulduğumuz kararları özet halinde ilgili bölümlere serpiştirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

A. GENEL OLARAK HAKSIZ EYLEM

I — HUKUKSAL OLAYLAR VE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ

İlişkilerimizde ilgisi görülen her olgu, hukukî bir olaydır (1). Etrafımıza baktığımızda kişileri devamlı hareket halinde görürüz. Bu eylemler genel olarak hukuksal olmadığı (2) halde bunların isteyerek veya istemeyerek hukuksal sonuç doğuranlarına da rastlarız. Esasen hukuk düzeni hukuksal sonuç doğuran eylemlerimizi disiplin altına almaya çalışır. Bu nedenle kişinin davranış ve hukukî işlem özgürlüğü mutlak değildir. Çok genel bir ifadeyle, bu özgürlüğün sınırlarını hukuka ve ahlakâ aykırı davranmama yükümü belirler (3). Özellikle başkalarının malına ve beden tamlığına zarar verildiği zaman bu eylem suç teşkil etse de, etmese de verilen zararı ödeme yükümlüsü olunur. Eğer irade, hukuka ve ahlakâ uygun bir sonuca götürmüşse; hukuk nizamı onu onaylar, yani kişinin istediği sonucu korur.

II — GENİŞ ANLAMDA HUKUKA AYKIRI EYLEMLER

Yukarıda tanımını yaptığımız hukuksal olayların en önemli kısmını oluşturan insan eylemlerini bilinçli insan eylemleri, borca ve hukuka aykırılıklar olarak ikiye ayırabiliriz. Soyut hukuk kuralları olan yasalara uygun yapılmak koşuluyla geçerlik kazanacak olan sözleşmeler de somut hukuk kuralı olarak hukuk düzeninde yerini alır. Genellikle sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilen borcun ihlâli de geniş anlamda hukuka aykırı bir eylem teşkil eder. Bu durumda alacaklı bazı hallerde zararın tazminini, dilerse haksız eylem, dilerse sözleş-

---

(1) ARSEBÜK, Borçlar Hukuku 1-2 cilt 3. bası Ankara 1950 sh. 43 Yazar, güneşin doğumunu bile hukukî olaya örnek gösterip BK: 78'e göre iş gününün, BK: 76'ya göre vadenin saptanmasında etkili olduğunu belirtiyor.

(2) Kitap okuma, açık havada yürüme, birisi ile konuşma gibi eylemler hukuken bir önem taşımaz.

(3) HATEMİ. Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları İstanbul 1976 Sh: 3

meye aykırılık ilkesine dayanarak istemek hakkına sahip olabilir (4). Ancak sözleşmeye aykırılıklarda nisbî bir hak ihlâl edilmesine karşın, haksız eylemlerde mutlak hak ihlâli söz konusudur. Bu nedenle haksız eylemleri kanunun da sistematiğine uyarak ayrı bir borç kaynağı olarak incelenmesi zorunludur.

III — DAR ANLAMDA HUKUKA AYKIRI EYLEM (HAKSIZ EYLEM)

1 — **Kanunda düzenlenişi** : Haksız eylemlerle ilgili hükümler Borçlar Kanununun birinci kısım, birinci babının ikinci faslında 41 ilâ 60 ncı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu faslın başlığı "Haksız Muamelelerden Doğan Borçlar" başlığını taşımaktadır. Ancak "muamele" sözcüğünün gerçek anlamı hukukî sonuç meydana getirmek amacı ile yapılan işlemleri kapsadığı için hatalı tercüme edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanununun Almanca metnindeki "handlungen" sözcüğünün tam karşılığı olan eylem (fiil) sözcüğünün yeterli olacağı genellikle kabul edilmiştir (5).

2 — **Tanımı** : Borçlar Kanunumuz kural olarak kusura dayanan haksız eylemi kabul etmiş (6) ve 41. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır (7). "Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur." Öğretide ise; Saymen-Elbir haksız eylemi, "Hukuka uygun olmayan bir irade veya bir fiil neticesinde

---

(4) TEKİNAY, Borçlar Hukuku 3. bası, İstanbul 1974 sh : 388 Örneğin, ariyet alınan atın ayağı sakatlanırsa buradaki hukuka aykırılık hem mevcut bir borcun ihlâli, hem de haksız eylem teşkil eder. Yazar borca aykırılıkla haksız eylem arasındaki yakınlaşmayı vurgulamakla beraber ayırıma karşı çıkmıyor.

(5) GÜRSOY, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri Ankara 1969 sh 280
FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Cilt I 2. bası İstanbul 1976 sh. 456
AYBAY, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm İstanbul 1974 sh. 74
İNAN, Borçlar Hukuku 2. Kitap, Ankara 1973 sh. 365
TEKİNAY, age. sh. 388
KARŞIT GÖRÜŞ : ARSEBÜK, age. sh. 544 Yazar, "haksız muamele" deyimini, "haksız fiil" deyimine tercih etmektedir. Fiil tabiri "action" karşılığı olarak kullanıldığına göre, aslındaki "actes illicites" terimini (haksız muameleler) şeklinde dilimize çevirmek daha uygun olur.

(6) (Borçlar Kanununun 54 (hakkaniyet sorumluluğu), 55, 56, 58 nci maddeleri ile MK. nun 320, 656 917/1 Karayolları Trafik Kanununun 50, TTK, 27/II, 259 v.d. kanunlardaki kusursuz sorumluluk halleri ile MK. nun 2, 24, 25, 84, 85, 143, 304 v.d. lerindeki kusura dayanan haksız fiillere de rastlamaktayız.

(7) BİRSEN, Borçlar Hukuku Dersleri 3. bası İstanbul 1954 sh. 204 Yazar, çeşitli kanunlardan doğan borçlarda olduğu gibi konumuza giren haksız eylemlerden doğan borçları da "kanundan doğan borçlar" olarak niteliyor.

başkasına zarar ika etmektir" (8). Tekinay, "sadece belli bir alacaklıya karşı değil, herkese karşı uyulması zorunlu bir hukukî görevin ihlâli yüzünden doğan zararı tazmin yükümüne haksız fiil sorumluluğu denir" (9), Tandoğan ve İnan, "dar manada haksız fiil, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir fiiliyle başkasına zarar ika etmesidir" (10), Gönensay, "hukuka aykırı olan yani kanun veya örf ve adet ile teessüs etmiş bir kuralı ihlâl eden fiildir" (11), Funk, "bir ferdin iradesi sonucunda vukua gelen ve genel bir hukuk kuralını ihlâl eden bir olaydır" (12), diye tanımlamışlardır.

3 — **Unsurları** : Bu tanımlardan haksız eylemin beş unsurdan (13) meydana geldiği söylenebilir. Eylem, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı. Eylemden aktif ve pasif davranışları, hukuka aykırılıktan hukukun koruduğu değerlerin ihlâlini (14), zarardan malvarlığında oluşan azalmayı (15), kusurdan hukukun kınadığı hareket tarzını (16), nedensellik bağından zararla, zararı oluşturan eylem arasındaki ilişkiyi anlamaktayız.

IV — SUÇ VE HAKSIZ EYLEM

1 — **Genel Olarak** : Dar anlamda hukuka aykırı eylemleri suç ve haksız eylem olarak ikiye ayırabiliriz. Ancak suç olan eylemler genellikle haksız eylem niteliğini de taşır. Süratli oto kullanmak, ruhsatsız radyo kullanmak gibi bazı suçlar kamu düzenini sarsmaktan öteye zarar doğurmadıklarından haksız eylem sayılmazlar. Buna karşın, nişan bozma ve haksız rekabet gibi eylemler haksız eylem olduğu halde suç sayılmaz (17).

---

(8) SAYMEN-ELBİR, Türk Borçlar Hukuku - Umumi Hükümler İstanbul 1966 sh : 380

(9) TEKİNAY, age. sh : 389

(10) TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961 sh : 11, İNAN, age. sh : 367

(11) GÖNENSAY, Borçlar Hukuku 1. cilt İstanbul 1948 sh : 162

(12) FUNK, Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler İstanbul 1938 sh : 68 (Çevirenler Veldet - Selek)

(13) TANDOĞAN, age sh : 12 Öğretide "eylem" ve "hukuka aykırılık" unsurlarını bazı yazarlar ayrı ayrı, bazı yazarlar ise "hukuka aykırı eylem" deyimi altında tek bir unsur olarak incelemektedirler. Eylem unsuru başka, onun bir vasfı olan hukuka aykırılık yine başka bir unsurdur.

(14) GÜRSOY, age. sh : 292

(15) GÜRSOY, age. sh : 304

(16) TANDOĞAN, age sh : 45

(17) SAYMEN - ELBİR age. sh : 382

2 — **Başlıca farklar** : Suçlar Anayasamızda yer alan "suçta kanunilik ilkesi (18)" uyarınca kanunda tek tek sayıldığı halde haksız eylemler BK. 41 de genel olarak tanımlanmıştır. Suçların yaptırımı ceza olmasına karşın haksız eyleminki zararın tazminidir. Suçu taktir ve cezayı tayin ceza mahkemelerinin görevine girdiği halde haksız eylemi taktir ve tazminata hükmedecek mahkeme hukuk mahkemeleridir (19).

İKİNCİ BÖLÜM

EYLEM KAVRAMI

I — TANIM

Öğretide ve uygulamada insanın iradî davranışlarına genellikle eylem (fiil) adı verilmektedir. Eylem kavramı, Ceza Hukukunda suçun maddi unsurunu belirtmekte olup hareket, sonuç ve hareketle sonuç arasındaki nedensellik bağını içermektedir (1). Prof. Kaneti, ceza hukukundaki ayırımlardan yararlanarak eylemi; irade, hareket, netice, hareketle netice arasında ilişki alt unsurlarına ayırmaktadır. Yazar, haksız eylemin objektif ve maddi bir varlığı olan eylemi, "insanın irade mahsulü davranışı olarak tanımlamaktadır (2). Prof. Eren, eylemin

---

(18) T.C. Anayasası Md : 33

(19) SAYMEN - ELBİR age. sh : 383

(1) KUNTER, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954 sh : 58 Yazara göre, eylem maddi unsuru, bir insan eseri olmak itibariyle ruhî unsuru ile birlikte gerekir. Ruhî unsur kusurdur. Ancak ilmî zaruretler gereği eylemi, maddi cephesi bakımından bağımsız olarak ele almakta ve hareket, sonuç nedensellik bağı unsurlarına ayırmaktadır.
DÖNMEZER - ERMAN : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt : I. 6. Bası, İst. 1976 Sh : 395 Yazarlara göre, hareket açığa vurulan ve insandan çıkan bir nevi iştir. Netice, hareket sebebiyle dış alemde meydana gelen değişikliktir. Bu neticenin hareketi yapan kişiye mal edilebilmesi için hareketten doğmuş olması gerekir.

(2) KANETİ (KANİTİ) Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, yayınlanmamış doçentlik tezi İstanbul 1964, sh : 15 v.d.
KARAHASAN, Tazminat Davaları, İstanbul 1976 sh : 32, 33 Ayrı görüş Karahasan tarafından da paylaşılmaktadır.

dörtlü ayırımını eleştirerek (3) Borçlar Hukuku açısından eylem kavramının, sonuç ve nedensellik bağı kavramlarından bağımsız yapma ve yapmama eylemlerini birlikte kapsayan bir kavram olduğunu belirtmektedir. Ancak eylemin yalnız olumlu (müsbet) davranışları kapsamasını dikkate alarak olumsuz (menfi) davranışları da içeren "davranış" kavramını kullanmayı öngörmektedir. Yazar, bu açıklamalarından sonra davranışı, "insanın bir şey yapma veya yapmamaya ilişkin iradî bir hareket tarzıdır." diye tanımlamaktadır. Prof. Tandoğan, eylemi "şuurlu iradeye müstenid bir davranıştır; bir insanın hareket tarzıdır." diye tanımlamaktadır. Eylemin icraî nitelikte olabileceği gibi, yükümlülük olması halinde kaçınma şeklinde oluşacak ihmalî bir davranış da olabileceğini belirtir (4). Prof. Gürsoy da "zarara sebep olan eylem, bir başkasının hak alanına tecavüzü tazammun eden ve kaideten olumlu (müsbet) bir harekettir." diye tanımladıktan sonra yükümlülük bulunması halinde ihmalinde eylem niteliğini kazanacağını belirtmektedir (5). Çandarlı, "yapmak, etmek bir eylem olduğu gibi yapmamak, etmemek de yine bir eyledir." diye tanımlamaya çalışmıştır (6).

Yargıtay da bazı kararlarında bir şey yapma veya yapmamadan oluşan kavramı "eylem" olarak nitelemektedir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında; "buradaki eylem sözcüğünün geniş anlamda düşünülmesi yani yasaya göre yapılmayacak hareketin yapılması veya yapılması zorunlu olanın yapılmaması şeklinde yorumlanması gerekir" (7) şeklinde tanımlamıştır.

Eylem kavramını Ceza Hukukundan esinlenerek dört unsura ayırarak açıklamaya çalışan yazarların görüşüne katılamıyorum. Bu görüşün benimsenmesi halinde eylemin irade ve hareket unsurlarına haksız eylemin sonuç (zarar) ve hareketle sonuç arasındaki ilişkiyi

---

(3) EREN, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 sh : 128, 129 Yazar, Kaneti ve Karahasan'ın Borçlar Hukuku alanında rastlanmayan bu tür eylem tanımına, Ceza Hukukundaki suç kavramı ve suçun unsurları teorisi ile, haksız eylem kavramı arasında bir paralellik kurarak vardıkları kanısındadır. Kaneti, eylem kavramı içinde "netice" unsurunu saydıktan sonra, ayrıca haksız eylemin unsurları arasında "zarar" unsurunu da saymaktadır (Kaneti sh : 14); oysa haksız eylemler yönünden netice ile zarar aynı unsurun değişik biçimde ifade edilmiş adlarıdır. Benzer bir tutumu, Karahasan da dile getirerek nedensellik bağını, hem haksız eylemin unsuru, hem de fiilin unsurları arasında saymaktadır (Karahasan sh : 32, 33)

(4) TANDOĞAN, age sh : 12

(5) GÜRSOY, age. sh : 316

(6) ÇANDARLI, Haksız Fiilin Tarifi ve Unsurları, Adalet Dergisi 1949 s. 5, sh : 612

(7) YHGK : 12.4.1974 E. 1970/4-487 K. YKD. 1976, s. 1-6, sh : 295

(nedensellik bağı) eklemek gerekecektir. Kavramların tekrarı bizi kavram kargaşasına götüreceğini dikkate alarak eylemin tanımı hakkında Prof. Eren'in görüşünü paylaşmaktayım. Ancak, eylem sözcüğü yerine "davranış" sözcüğünün kullanılmasına katılmayarak Yargıtay'ın ve öğretinin, genellikle fiil yerine kullandığı "eylem" sözcüğünü tercih etmekteyim. Ayrıca hareket yerine "davranış" kelimesini kullanmaya özen göstereceğim (8). Bu açıklamalardan sonra haksız eylemin unsuru olarak eylem kavramını "insanın bir şey yapma veya yapmamaya ilişkin iradî bir davranış biçimidir." şeklinde tanımlamaktayım.

II — EYLEMİN UNSURLARI

İkiye ayrılır :

1 — **Eylemin İradî Olması (İstenmesi)** : Eylemin irade unsuru, bu davranışın dışa yansımasının irade mahsulü olmasıdır (9). Diğer bir deyişle eylemi işleyenin gözönünde tuttuğu bir sonucu gerçekleştirmek için giriştiği irade faaliyetidir (10). Bu açıdan ruhsal bir etkinin dışında, şuurun katılması olmaksızın yapılan refleks davranışlar iradenin yokluğu nedeniyle eylem kavramına girmezler (11). Kişinin, bir kaçınma, bir yapma sorumluluğu kabul olunabilmek için buna imkân bulması, eylemi irade ve ihtiyarı ile yapması, yapabilmesi veya yapmaması gerekir (11 a). Bir kimsenin dayanılmaz bir kuvvetin etkisi ile bir diğerinin aleti gibi davrandığı hallerde eylem söz konusu olmaz. Örneğin, bir kimsenin elini tutarak silahın tetiğinin çektirildiği hallerde eylemi işleyen kuvvet kullanandır (12).

Yukarıda açıkladığımız anlamda bilinçli faaliyette bulunacak yaşa gelmiş küçüklerin, irade faaliyeti büsbütün ortadan kalkmamış olan akıl hastaları ile akıl zayıflarının davranışları da eylem niteliğini

---

(8) Türk Dil Kurumu lügatında, (fiil-eylem), (hareket-davranış) olarak gösterilmektedir.

(9) EREN, age. sh : 130 Buna karşılık Kunter (age. sh : 8) eylemin irade unsuruna kusur veya kusurluluk adını vermektedir. Kaneti'ye göre (age. sh : 16) kusur eylemin irade unsuru dışında kalan bir değer yargısıdır.

(10) KARAHASAN, age. sh : 32

(11) MEZGER, 14.1.1. (Kaneti, age. sh. 16 dan naklen)

(11a) Bakara suresi 286. BELGESAY, Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk İstanbul 1963 sh : 281

(12) KANETİ, age. sh : 17

taşır. Bilinçli faaliyetleri büsbütün durmuş olan akıl hastaları ile akıl zayıflarının davranışlarında bilincin bulunmadığı sırada yapılan hareketlerde ise eylem niteliği yoktur (13).

Hükmî şahısların da gerçek anlamda bir iradesi bulunmadığından doğrudan doğruya onların bir eyleminden söz açılamaz. Ancak onun için davranışta bulunanların eylemleri tüzel kişiyi bağlar (14).

2 — Eylemin Davranışı Gerektirmesi : Kunter'e göre "hukukî terim olarak hareket (davranış), insanın tabiî alemdeki davranış tarzıdır... menfi hareketin de, müsbet hareket gibi, maddî bir varlığı vardır." (15). Eren, maddî unsur olarak belirttiği kavramı, "müsbet veya menfi şekilde dışa yansıyan vücut hareketidir." diye tanımlamaktadır. Dış aleme yansımayan, insanın sadece iç aleminde kalan düşünce veya duygusu davranış niteliğini kazanamaz (16). Öğretide genellikle paylaşılan görüşe göre, davranış iki türlü olabilir. Bir şey yapmayı gerektiren aktif (olumlu, icrai, müsbet) davranış veya belirli bir davranışı yapmamaktan ibaret olan pasif (olumsuz, ihmalî, menfi) davranıştır. Maddî bir varlığı olan insan davranışlarının aktif veya pasif şekilde ortaya çıkması, belli bir hareketin yapılması veya yapılmaması davranış tarzı olmasına engel değildir (17). Annenin çocuğunu döverek öldürmesi nasıl bir davranışsa, onu aç bırakarak öldürmesi aynı şekilde maddî varlığı olan bir davranıştır.

a. Aktif Davranışlar : Haksız eylemler genellikle bu tip davranışlardan meydana gelirler (18). Bu anlamda davranış insan vücudunun işi olup, iradenin sinir sistemi aracılığı ile kaslara verdiği emirlerin dış dünyadaki görüntüsüdür. El, kol, bacak, baş hareketleri, vücudun yer değiştirmesi belli başlı davranış tipleridir. Söz, yazı, belli bir biçimde bakış gibi faaliyetleri de aktif davranış saymak gerekir (19). Vücut hareketi, fizyobiyolojik bir olay olduğundan, anlaşılması kolaydır. Ancak vücut hareketine dönüşmemiş insan düşünce ve tutumları, davranış niteliğini kazanamaz. Bunlar insanın iç aleminde oluşan ve orada kalan düşünce, tasavvur veya duygulardır (20).

---

(13) LARENZ, S 65 I a (Kaneti age. sh. 17 den naklen)
(14) KANETİ, age. sh. 17
(15) KUNTER, age. sh. 11, 34
(16) EREN, age. sh. 130
(17) KUNTER, age. 34, Kaneti age. sh. 17
(18) Von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı 1. cilt, İstanbul 1952, sh. 386 (Tercüme, EDEGE)
(19) ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, Ankara 1970, sh. 37, 38
(20) EREM, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 1. Genel Hükümler 10. bası Ankara 1973, sh. 266

Aktif davranışta, davranışın maddi unsuru olan vücut hareketi aktif bir şekilde ortaya çıkar. Örneğin, A'nın vurduğu yumrukla B'nin vücut bütünlüğünü ihlâl etmesi veya tabancasını ateşleyerek öldürmesi halinde, A aktif bir vücut davranışı içindedir. Yumruklama veya tabancanın ateşlenmesinde A'nın kolu hareket etmekte, bir şey yapılmakta, kısaca dış alemde bir olay cereyan etmektedir (21).

b. **Pasif Davranışlar** : Zararlı sonucu doğuran sebepler arasında yer alan pasif insan davranışı, yapılması mümkün olan bir hareketi yapmama olarak tanımlanabilir (22). Insan vücudunun hareketsizliğini ifade ettiğinden kusurun bir çeşiti olan ihmalle karışıklığa sebebiyet verilmemesi için "menfi davranış" veya "yapmama" kavramlarının kullanıldığı görülmektedir (23). Kavramı en iyi kapsadığına inandığım "içtinap" sözcüğünün türkçe karşılığı olan "kaçınma" sözcüğünü kullanacağım (24). Haksız eylemin unsuru olan "ihmal (kaçınma)" hiç yapmama şeklinde tezahür eder. Kusurun bir çeşiti olan ihmal (savsama) de ise, hukuka aykırı sonuç istenmese de, bu sonucun meydana gelmemesi için gerekli özenin gösterilmemesi söz konusudur. Kusurun türü olan ihmalle konunun karışmaması için ihmal sözcüğünü kullanmamaya özen göstereceğim.

Öğretide, aktif davranışın varlığına itiraz edenler olmadığı halde kaçınmanın sebep niteliğine itiraz edenler olmuştur. Tabiatçı görüşe göre, kaçınma bir hareketsizliktir. Hareketsizlik ise, bir davranış biçimi olamaz. Objektif varlığı, bir gerçekliği olmayan bir düşünce tarzıdır. Kaçınma bir hiç olduğuna göre, bunun teorik de olsa, bir olayın şartları arasında yer alması mümkün değildir (25).

Buna karşılık bazı yazarlar, kaçınmanın da aktif davranışlar gibi fizik alemde bir varlığa sahip olmasalar bile, psikolojik bir varlığa sahip olup belirli bir tesir icra edebileceğini belirtirler. Örneğin, bazı hallerde susma bir rızayı, bir irade açıklamasını ifade eder (26). Kaçınma halinde insanın psikolojik tahlilini yapan Zitelman'a göre, insan içgüdüsel olarak yardım yapma eğilimindedir. Bu eğilim onu benzerini kurtarmak için iten şuurlu olmayan bir çeşit irade tezahürüdür. Beşeri duyarlılık, tabiî dayanışma jestini ilham ederek insan ırkının muhafazası içgüdüsü ortaya çıkar. Bu tabiî içgüdüye hareketsiz-

---

(21) EREN, age, sh. 135
(22) EREN, age. sh. 135
(23) KANETİ, age. sh. 116, EREN, age. sh. 135
(24) TANDOĞAN, age. sh. 12, GÖKTÜRK, age. sh. 202, İNAN, age. sh. 368
(25) RADBRUCH, VANNINI, (Kunter'den naklen age. sh. 22)
(26) HART - HONORE sh. 396 (Eren'den naklen age sh. 136)

liği emreden bir gücün karşı koyması gerekir. Bizzat kendi varlığını sevme ile kurtarıcı hareketi yapma zorunluluğu dengeleştirilir. Tehlike ölçülerek bir karar vermeye yönelir. Bu karar, kaçınmaya müncer olursa ve başka etkenlerle olgu meydana gelmeyecekse kaçınmanın sonuç bakımından illî olduğu söylenir (27).

Genellikle paylaşılan normatif görüşe göre, hukuk normunun "yap" dediğini yapmayan kişinin davranışı, zararlı sonucun sebebi olabilir (28). Öğretide ve uygulama da, kaçınmanın hukuk düzeninin öngördüğü bir yapma yükümlülüğü bulunduğu taktirde haksız eylemin unsuru olabileceği görüşü savunulmuştur. Diğer bir deyişle, haksız eylem sadece aktif bir davranışla değil, bazan hareketsiz kalmak suretiyle de işlenebilir (29). Kaçınma maddî anlamda bir sonucun sebebi, bir insan hareketi sayılamaz. Ancak yapma ödevinin bulunduğu yerlerde, hukuk düşüncesi açısından, kaçınmanın zararlı bir sonucun sebebi sayılması mümkündür (30).

Zarar olgusu ile sebep sonuç ilişkisi kurulabilen kaçınma halleri davranış yükümü varsa haksız eylem unsuru olabilir. Suçta zarar şart olmadığından zarar olgusu ile nedensellik bağı kurulamasa bile, örneğin bir yaralıyı görüpte yardım etmeyen bir suç işlemiş sayılabilir. Fakat haksız eylemde zarar şart olduğundan zarar olgusu ile nedensellik bağı kurulamıyorsa, tazmin borcu doğurmaz. Bir yüküm yükleyen hukukî ödev yoksa, "ahlakî görev" söz konusu olabilecektir. Ahlakî görevin yerine getirilmemesi ancak zarar verme kastı kanıtlanabilirse BK : 41/II nin uygulanması düşünülebilir. Örneğin, hızla gelmekte olan vasıtayı görmeyerek karşı yaya kaldırımına geçmek isteyen kimseyi uyarmayan şahsın hareketi bir kaçınmadır ve o şahsın

---

(27) ZİTELMAN, Irrtum und Rechtswissen schaft P. 120 et sviv. (Cohin Marko R. Labstention Fautive En Droit Civil et penal paris 1929 den naklen)

(28) EREN, age. sh. 137. Sorunu illiyet bağı açısından inceleyerek aktif davranış yapılsaydı, sonucun gerçekleşmesi önlenecek idiyse, kaçınma, zararlı sonuç için illi bir değer taşır. Ancak yapılacak olan davranışında aynı zamanda mümkün olması gerekir.

(29) GÜRSOY, age. sh. 316, 317, BECKER, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI cilt Borçlar Kanunu Ankara 1967, Md. 41 sh. 223 (Olcay-Reisoğlu-Tolun-Özkök çevirisi), TANDOĞAN age sh. 12, ÇANDARLI, agm. sh. 612, FUNK, Borçlar Kanunu şerhi I, İstanbul 1938 Md. 41, sh. 69 (Veldek-Selek çevirisi), OSER-SCHÖNENBERGER Borçlar Hukuku 2. Kısım Md. 41, Sh. 350-351 (Seçkin çevirisi), İNAN, age. sh. 368, REİSOĞLU-SAFA Borçlar Hukuku Cilt 1, 3. bası Ankara 1977 sh. 110 YHGK : 12.4.1974 T. ve E : 970/4-487, K : 395 Y.K.D. 1976 s. 1-6, sh. 295

(30) OFTİNGER § 3, II D (Kaneti, age. sh. 118 den naklen)

yaralanmasının sebebidir; ancak hukuka aykırı değildir (31). Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi Borçlar Kanununun hükümlerine göre, yalnız yapmanın değil, yapmamanın da eylem niteliği taşıdığını belirtmiştir (32). Aktif eylemler ile kaçınma arasında kanun bir fark gözetmemiş olduğu gibi, böyle bir fark, niteliğinden de çıkarılamaz. Buna karşılık akit ilişikleri dışında, genel olarak başkasının menfaatına olumlu bir hareket yapma ödevi yoktur. Bu nedenle kaçınmanın da hukuka aykırı olması hukuk düzeninin özel bir emrinin bulunmasına bağlıdır (33). Yapma konusunda bir ödev varsa bunun yerine getirilmemiş olması kaçınma eylemini hukuka aykırı kılar (34).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YASADAN DOĞAN YAPMA ÖDEVİNDEN KAÇINMALAR

I — GENEL OLARAK YASA KAVRAMI VE KAÇINMA İLE İLİŞKİSİ

Buradaki "yasa" sözcüğünün sadece yasama organının "kanun" adı altında ürettiği genel kuralın anlaşılması yeterli değildir. Kanuna dayanan ve yürütme organının (1) devlet yetkisine dayanarak çıkarttığı, maddi anlamda yasa oldukları şüpheli olmayan yazılı hukuk kurallarının da anlaşılması gerekir (2). Yazılı hukuk kurallarının tümüne kısaca mevzuat denilmektedir. Kişisel olmayan ve yürürlükte kaldığı sürece uygulama olanağı ortadan kalkmayan genel kurallardır. Bunların yazılı, genel ve Anayasadan başlayarak en alttaki kurala kadar gittikçe azalan soyutluğa ve sürekliliğe sahib olmaları belli başlı özelliklerini teşkil eder. En önemlisi alttaki kuralın üsttekilere aykırı olmayacak şekilde düzenlenmesini sağlayarak hukuk düzeninin sağlıklı olarak geliştirilmesidir. Saymak gerekirse en başta Anayasa ol-

---

(31) KUNTER, age. sh. 39, 40

(32) BGE 16 x 109, 24 II 212 (Kaneti, age. sh. 18 den naklen)

(33) BGE 16 199 (Kaneti, age. sh. 18 den naklen)

(34) TANDOĞAN, age. sh. 12, 13.

(1) Yürütme organı kavramından, yasama ve yargı organı dışında kalan Anayasanın 107 ve 113 maddelerine göre tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlem yapabilen Bakanlar Kurulu, bakanlıklar, Özerk Kuruluşlar, belediyeler ve benzeri kamu kurumlarını anlamaktayım.

(2) TANDOĞAN, age, sh. 13 Yazar, yasal yüküm için "mevzuat" sözcüğünü kullanmaktadır.

mak üzere kanun, tüzük, yönetmelik, kararname olarak devam eder (3).

Yapma ödevi doğrudan doğruya yasadan doğabilir. Özel veya kamu hukuku sahasını düzenleyen yasalar yapma konusunda birçok ödev yüklemektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da (4) haksız eylemin varlığı için çiğnenmiş bir yasa hükmünün bulunmasına dikkati çekmiştir. Kaçınma, her şeyden önce, başkası yararına iş görmeyi açıkca emreden bir hukuk kuralına aykırı bulunduğu zaman hukukça önemlidir (5).

II — MEDENİ KANUN, BORÇLAR KANUNU VE TİCARET KANUNUNDAKİ BAŞLICA YAPMA ÖDEVLERİ

1 — Medeni Kanun : Özellikle aile hukuku bölümünde yardım, bakım ve gözetim ödevleri yükleyen kurallar vardır (6). Karı kocanın birbirine karşı olan yardım ve bağlılık ödevleri (MK : 151, 153); ana ve babanın evlilik içi çocuğa karşı olan bakım ve gözetim ödevleri (MK : 260, 261, 264/2, 265); ananın evlilik dışı çocuğa (MK : 311/2); babanın tanıdığı veya hakkında şahsi sonuçlarıyla babalık hükmü verilmiş olan evlilik dışı çocuğa karşı olan ödevleri (MK : 312); ev başkanının birlikte yaşayanların evdeki eşyasını gözetme ve emniyet altında bulundurması (MK : 319/3) ve başkanlığı altında bulunan küçüğün, kısıtlıların yahut akıl hastalığı veya akıl zayıflığı ile sakat kimselerin başkalarına ya da kendilerine zarar vermemeleri için gerekli önlemleri alma ödevleri (MK : 320); vasinin vesayeti altındaki küçüğü veya kısıtlıyı gözetme ve koruma ödevi (MK : 389, 390, 391) sayılabilir. Yine Medeni Kanunun vasi ve vesayet dairelerinin görevlerini ifada müdebbir bir müdür gibi davranış yükümlülüğü (MK : 409); miras bırakanın evrakı arasında vasiyetname bulan her şahsın tevdi ödevi (MK : 535/2); bir kimsenin mülkünü kullanırken, hele sınai işler

(3) HATEMİ, age. sh. 56 Yazar, "kanuna aykırılık" tan söz edilebilmesi için ihlal edilen kuralın şekli anlamda "Kanun" olması gerekmez. Anayasa'nın 107 nci maddesinin tanıdığı yetki sınırları içinde bir tüzük çıkarılmış ise ve bu tüzük kurallarına aykırılık da BK. 19'un tanımladığı sınırların aşılmasına yol açıyorsa yine "kanuna aykırılık" söz konusu olacaktır. Çünkü maddi kıstas uygulanırsa, bu kurallar da şekli anlamda değil maddi anlamda kanun kuralı olarak nitelendirilirler.

(4) YHGK 26.4.1964 747/D-4 E, 489 (Karahasan age. sh. 38)

(5) OSER-SCHÖNENBERGER, age. sh. 351

(6) KANETİ, age. sh. 116.

yaparken komşusuna zarar verecek her türlü taşkınlıklardan çekinme yükümlülüğü (MK : 661); gayrimenkul malîkinin mülkiyetin kullanılmasından ileri gelen tehlikenin kaldırılması için gerekli önlemleri alma ödevi (MK : 656); Yasadan doğan yapma ödevleri olarak sayılabilir. Bu yasal ödevlerden kaçınma halinde zararlı sonuç doğarsa BK : 41 anlamında sorumlu olunur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararıyla "başkasına ait bir malı her ne sebeple olursa olsun elinde bulunduran kimse, o mala zarar gelmemesini sağlamak borcu altındadır. Medeni Kanunun 618. maddesi böyle bir düşünceye dayanılarak konulduğu..." ictihadında bulunmuştur. Yüksek Mahkeme böyle bir malı elinde bulunduran kimseye, o mala zarar gelmemesini sağlamak ödevi yükletilmesinin mülkiyet hakkının bir gereği olduğunu belirtmiş oluyor (7). Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi, komşu fabrikanın bacasından çıkan dumanların civarda yetiştirilen ürünlere zarar vermesini MK. nun 661. maddesindeki çekinme hükmüne aykırı bulmuştur (8).

2 — **Borçlar Kanunu da Kaçınma Maddelerine yer vermiştir** : Adam kullananlara ilişkin 55, hayvan tutucularına ilişkin 56 ncı maddelerdeki özen görevini yerine getirmeyen kişiler bu hareketsizliklerinden ötürü doğan zarara yol açmış sayıldıklarından sorumlu olurlar (9). Ayrıca, yapı yada yapı eseri malikinin bunlardan ileri gelebilecek tehlikeyi önlemek için gerekli tedbirleri alma ödevi (BK : 59); işverenin işin tehlikelerine karşı işçiyi korumak için gerekli tedbirleri alma ödevine (BK : 332) aykırılık halleri de kaçınmaya neden olur (10).

3 — **Türk Ticaret Kanunu** da yapma ödevi olarak kaptana, yükletilen gemiyi yola elverişli hale koyma görevi (TTK :

---

(7) YHGK. 7.11.1962, E : 35/TE, K : 41, Karahasan, age. sh. 39. Yazar, mülkiyet hakkına zarar vermenin bir ödeve aykırılık yönünden incelenmesi doğru olmamak gerekir. Mülkiyet hakkı aynî bir haktır ve mutlak hakların en önemlisidir. Hukuk kurallarının koruduğu alan içine girer. Böyle olunca, mülkiyet hakkına zarar vermek, başlıbaşına hukuka aykırılık sayılır. Bu konuda ayrıca bir zarar vermemek için gereken tedbirlerin alınması yolunda bir ödevin varlığından söz edilmesi doğru değildir. Gereken tedbirlerin alınıp alınmaması, kusur kavramı yönünden değer taşıyabilir. Kusur ise, hukuka aykırılık unsurundan ayrılır. Mülkiyet hakkına zarar vermek, başlıbaşına hukuka aykırıdır ve BK : 41 anlamında, öteki unsurlarda gerçekleşmiş olursa, tazminat borcunu doğurur.

(8) 1.H.D. 30.3.1961, E : 960/2466, K : 1795 (Olgaç. s : Türk Borçlar Şerhi c. 1, Ankara 1976 sh. 627

(9) TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku 1. c. 6. bası, İstanbul 1976, sh : 456.

(10) Daha geniş izahat için bakınız. KANETİ, age. sh : 117

974), yükleme ve boşaltma aletlerini amaca elverişli bir halde bulundurma görevi (TTK : 975), gemide hazır bulunma yükümlülüğü (TTK : 979), taşıyıcının yolcuları sağ ve salim olarak ulaştırma ödevi (TTK : 806, 1130) akidden doğan ödev olmakla beraber aynı zamanda, üçüncü kişilere karşı yüklenilen genel hukuk düzeninden doğan ödevlerdir (11).

III — TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ YAPMA ÖDEVLERİ

Bu kanunda da başkasına yardım ödevi yükleyen bazı hükümler yer almaktadır. 476 ncı madde, terkedilmiş küçüğü veya kendini idare edemeyecek durumdaki kimseyi ya da yaralı olan veya tehlikede bulunan şahsı görüp te yetkili memurlara haber vermekten kaçınma suçunu düzenlemiştir. 527 nci maddede ise, bir felâket veya karışıklık zamanında ya da suçüstü işlenen suçlarda özürsüz hizmet ve yardımdan kaçınmak veya böyle zamanda kendisine başvuran görevli memura bilgi vermekten çekinme halleri yer almıştır. Her iki maddenin korumak istediği toplumsal yardım ilkesi uygar toplumların özelliklerinden biridir (12). Bu maddelerde yer alan yükümlülükleri yerine getirmeyenlerin meydana gelen zararlı sonuçtan BK : 41 anlamında sorumlu olup olmayacakları tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, yardımdan kaçınan kişi ceza hukuku bakımından sadece para cezası veya hafif hapis cezası ile cezalandırılmakla yetinilmekte kasıtlı ya da taksirli adam öldürmeden ötürü cezalandırılmamaktadır (13). Bu nedenle söz konusu yardım ödevini yerine getirmemek Borçlar Hukuku bakımından tazmin yükümlülüğü doğuramaz (14). Diğer bir görüşe göre, hukuka olduğu gibi adaba da aykırı olan kaçınma hali BK : 41/2 uyarınca bir tazmin yükümlülüğü doğurabilmelidir (15). Üçüncü bir görüşe göre ise, TCK. nun 476 ve 527 nci maddelerinin çizdiği çerçeve içinde yardım ya da haber verme ödevine aykırılık BK : 41 anlamında hukuka aykırılıktır. Çünkü bu ödev aynı zamanda kişileri korumak amacını gütmektedir. Bu nedenle yardım ve haber verme ödevlerine aykırı davranan kimse, bu ödev-

---

(11) KANETİ, age. sh. 118 Yazara göre, taşıyıcının yolcuları sağ ve salim olarak ulaştırma ödevinin yerine getirilmemesi sonucunda, yolcu ölürse yardımlarından mahrum kalanlar lehine doğan tazminat, akdî sorumluluk hükümlerine tabidir.

(12) AKDAĞ, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1976. sh : 891

(13) KUNTER, age. sh. 221

(14) TANDOĞAN, age. sh. 14

(15) DAVRAN, C, İBD. xxix c. s. 6 Haziran 1955 sh. 275

lerin yerine getirilmemesinin son zararlı sonuca etkili olduğu ölçüde sorumlu olmalıdır (16).

IV — BAZI ÖZEL YASALARDA ÖNGÖRÜLEN YAPMA ÖDEVLERİ

Birçok özel yasalarda da yapma ödevlerine rastlanmaktadır. Bu yasaların güncelliğini kaybetmeyen belli başlılarını güttükleri amaca göre sıralayabiliriz :

1 — Tehlikeli Faaliyetleri Düzenleyen Yasalar : Bu yasalarda bazı faaliyetlerin yarattığı tehlikeleri önlemek amacı ile yapma ödevleri öngörülmüştür. Örneğin 3.3.1954 tarih ve 6309 sayılı "Maden Kanunu" nun 90 ve 95 nci maddeleri, arazinin ve işletmenin emniyeti veya işçinin sağlığı ile ilgili önlem alma ve bildirme ödevleri yüklemektedir. 6 Haziran 1317 tarihli "Taş Ocakları Nizamnamesi"nin 23-28 nci maddelerine göre, ocakların genel sağlığa ve yakınındaki yapılara zarar vermesini önlemek, keza barut kullanıldığında zarar doğmaması için her türlü önlem alınması öngörülmektedir. 12.8.1952 tarihli ve 3/15556 sayılı "Parlayıcı, Patlayıcı, Tehlikeli ve Zararlı Maddelerle Çalışan İşyerlerinde Alınacak Tedbirler Hakkında Tüzük" bu gibi işlerden gerek işçilerin, gerekse üçüncü şahısların zarar görmemesi için, işverene ayrıntılı yapma ödevleri yüklemiştir. Keza 21 Kasım 1978 günlü ve 16466 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Elektrik Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliği" nin 4. maddesindeki, (kuvvetli akım tesislerinin her türlü işletme durumunda cana ve mala herhangi bir zarar vermeyecek ve tehlike oluşturmayacak biçimde yapılmalıdır...) genel yapma ödevi dışında hemen her maddesinde de özel yapma ödevleri yüklemiştir.

2 — Trafik Güvenliğini Ve Ulaştırma Faaliyetlerini Düzenleyen Yasalar : Bu grubdaki yasalar gidiş geliş yol güvenliğini sağlamak, ulaştırma faaliyetlerinin birlikte getirdiği tehlikeleri önleyecek önlemlere başvurulmasını öngören yapma ödevlerini düzenlemiştir (17). Örneğin 21 Mayıs 1953 tarihli 6085 sayılı "Karayolları Trafik Kanunu" nun kazalarla ılgili 8 nci bölümünde trafik kazasına karışan şöför ve sürücülere araçlarını durdurma, gerekli özen ve yardım gösterme, önlem alma, olayı en yakın zabıtaya acilen bildirme görevini yüklemiştir. Kişileri

(16) KANETİ, age. sh. 119
(17) KANETİ, age. sh. 120

korumak amacıyla konan bu ödevlerden kaçınma halinde gerekli özen zamanında gösterilseydi önlenebilecek olan sonuçlardan sorumlu olunur (18). 7 Haziran 1283 tarihli "Demiryolları Usulü Zabıtasına Dair Nizamname" de, demiryolları ile nakilde önlemler gösterilmiş, ulaştırmanın güveni, yolcuları, demiryolu araçlarını üçüncü kişileri korumak için yolculara, görevlilere ve üçüncü kişilere ödevler yüklenmiştir. 10 Haziran 1946 tarih ve 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Kurtarma Hakkında Kanun" genel olarak denizde yolculuk güvenini sağlamak üzere donatana, kaptana ve gemi adamlarına tedbir ve yardım ödevleri yüklemiştir. Yasanın 10. maddesinde, çatışan gemilerin birbirlerine yardım etmesini, 14. maddesinde, denizde hayati tehlikeye uğrayan kişiye düşman dahi olsa yardım edilmesini, 15. madde de başka bir gemiden imdat işareti alan geminin hızla yardıma koşması bakımından kaptanları yapma ödevi ile donatmıştır. Keza 19. maddeye göre, "tehlikeli buzlar, gemi lejleri, tropikal fırtınalar veya benzeri tehlikeleri gören her gemi kaptanı, bunları yakındaki gemilere ve yetkili makamlara bildirmek" zorundadır. Yasanın adından da anlaşılacağı gibi diğer maddelerinde de kapsamlı düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Üçüncü kişilerin özel menfaatlerini de koruyan bu hükümlerin yüklediği yapma ödevlerine aykırılık, diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde sorumluluk kaynağı olur (19).

3 — Genel Sağlığı Koruyan Yasalar: 24.4.1930 tarihli ve 1593 sayılı "Umumî Hıfsızsıha Kanunu" memleketin sağlık şartlarını iyileştirmek, sağlığa zarar veren hastalıklarla savaşmak ve gelecek neslin sağlıklı olarak yetişmesini sağlamak amacı ile yapma ödevleri yüklemiştir. Ezcümle, yenilecek, içilecek şeylerin niteliklerini belirtmiş ve bu maddeleri imal eden ya da satanlara bir takım ödevler yüklemiştir. Bu ödevlerden kaçınanlara yasa cezai yaptırım öngördüğü gibi her türlü akdî ilişiğin dışında bu yüzden ileri gelen zararları tazmin borcu yüklenir (20). 18.12.1953 tarihli ve 6197 sayılı "Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun" da da yapma ödevleri mevcuttur. Örneğin, 21. maddeye göre, Türk Kodeksine dahil ecza ve kimyevi maddelerin Türk kodeksinde yazılı vasıflarda olması gerekir. 25. madde gereğince eczacıların muhteviyatında yanlışlık olduğunda şüphe ettikleri reçetelerle, kodekste yazılı miktarlardan fazla eczayı ihtiva eden reçeteleri hazırlamaktan kaçınarak, bunlar hakkında müdavi tabip ile temas ödevi vardır.

---

(18) TANDOĞAN, age. sh. 14
(19) KANETİ, age. sh. 121
(20) KANETİ, age. sh. 122

13.1.1960 tarih ve 4/12575 sayılı "Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi" de tabip ve diş tabiplerine yapma ödevleri yüklemiştir. Yasanın 2. maddesinde, tabiplerin hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, sosyal seviyesi ve siyasî kanaatı ne olursa olsun muayene ve tedavi hususunda azamî dikkat ve özen görevi yüklenmiştir (21), 3 ncü maddesinde, tabiplerin görevi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vak'alarda müobir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunma ödevlisi oldukları düzenlenmiştir. Benzer hükümlere Nizamnamenin 18. maddesinde (22), 24 Mayıs 1963 tarih ve 2219 sayılı "Hususî Hastaneler Kanunu" nun 32. maddesinde (23), "Hastaneler Talimatnamesi" nin 6. maddesinde de rastlanmaktadır. Ayrıca TCK. nun 476/2 nci maddesindeki tanzime göre, tehlikede olana yardım etmeme halinde cezai sorumluluk sözkonusu olacaktır.

Bu hükümler muvacehesinde, acil olaylarda (24) ilk yardımda bulunmayan hekim sorumlu olacak mıdır? Sorunu Ceza Hukuku yönünden inceleyen Doçent Bayraktar, acil bir olayda hastaya yardım etmeyen hekim üçüncü şahsın başlattığı illî seriyi ihmali hareketi ile kesmeyen kimse durumunda olduğunu, meydana gelen zararlı sonuçtan, ancak hekimin yapma ödevi varsa sorumlu olacağını belirtmektedir. Hekimin yapmak ödevinin, kanundan, örf ve adetten, sözleşmeden doğabildiği dikkate alındığında mükellefiyet altına girdiğini, acil durumdaki kimseye yardımdan kaçınılması halinde sonuca göre, taksirli etkili eylem veya adam öldürmeden sorumluluk sözkonusu olacaktır (25). Kaneti, TCK. nun 476 ve 527 nci maddelerinin çerçevesi içinde sorunu inceleyerek "kişileri koruma amacını güden bu hükümlerin öngördüğü yardım ödevinden kaçınılmasının BK. 41 anla-

---

(21) "Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü" nde de benzer bir hüküm vardır. Nitekim, 3 ncü maddesinde, eczacılara, reçeteyi yazan hekim, reçetede adı yazılı hasta veya reçeteyi getiren kişi kim olursa olsun... ayırım yapmaksızın ilâcını hazırlama ve reçete sahibine verme hususunda azami dikkat ve özen görevi yükletilmiştir.

(22) "Tabip... acil yardım, resmi ve insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, meslekî veya şahsî sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir."

(23) "... ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususî hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir."

(24) BAYRAKTAR, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972 sh. 213 "Acil bir olayda, hastanın tehlike içinde bulunduğu belirtilerek, tehlikenin acil bir olay halinde bellrebilmesi için, hastanın hayatını ve sağlığını ağır surette tehdit etmesi, halen mevcut ve devamlı olması gerekmektedir."

(25) BAYRAKTAR, age. sh. 215.

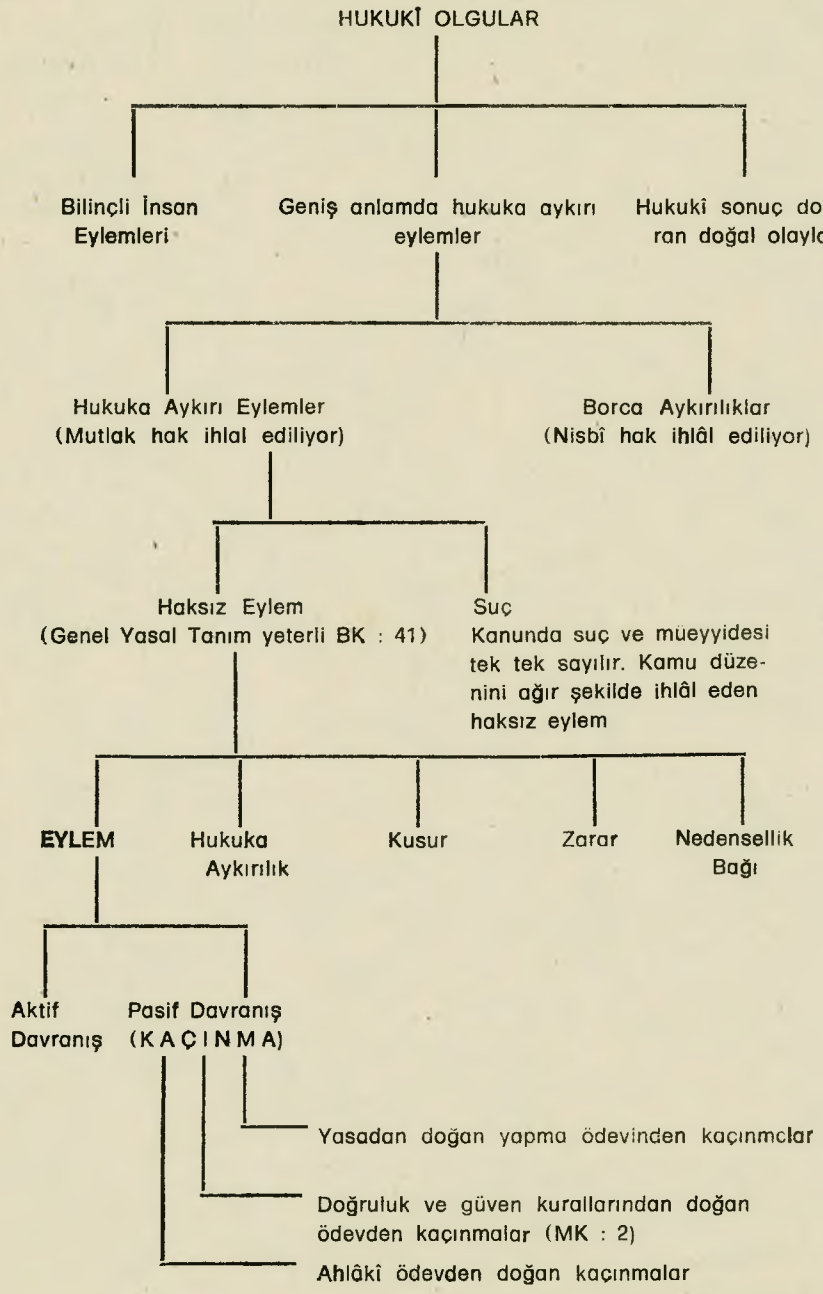
mında hukuka aykırı olduğunu ve son zararlı neticeye etkili olduğu ölçüde sorumlu olacağı" görüşündedir (26).

Halkın sağlığını korumak amacını güden bu yapma ödevlerinden kaçınmak cezaî ve inzibati yaptırımlar dışında haksız eylemin diğer unsurlarının da gerçekleşmesi halinde tazmin yükümlüsü olunur.

(Devamı Gelecek Sayıda)

(26) KANETİ, age. sh. 119

HUKUKÎ OLGULAR İÇİNDE EYLEMİN YERİ



YARARLANILAN ESERLER (*)

SİSTEMATİK ESERLER :

ALACAKAPTAN Uğur : Suçun Unsurları. Ankara, 1970.

AKDAĞ, Selami : Türk Ceza Kanunu Şerhi. Ankara, 1976.

ARSEBÜK, Esat : Borçlar Hukuku. I-II cilt. 3. bası. Ankara, 1950.

AYBAY, Aydın : Borçlar Hukuku Dersleri. Genel Bölüm. İstanbul, 1974.

BAYRAKTAR, Köksal : Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu İstanbul, 1972

BECKER, Dr. H. : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI cilt Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Çev. Olcay - Reisoğlu - Tolun - Özkök) Ankara, 1967.

BELGESAY, Mustafa Reşit : Kur'an hükümleri ve Modern Hukuk İstanbul 1963

BIRSEN Kemaleddin : Borçlar Hukuku Dersleri 3. bası İstanbul 1954

COHIN Marko R. : L'abstention Fautive En Droit Civil et penal Paris 1929.

DÖNMEZER - ERMAN : Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt I 6. bası İstanbul 1976.

EDİS Seyfullah : Medenî Hukuka Giriş Ankara 1979.

EREM Faruk : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt I. Genel Hükümler 11. baskı Ankara 1976

EREN Fikret : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi Ankara 1975

FABREGUTTES, M, P : La Logique Judiciaire et L'art De Juger Paris 1926 sh. 240

FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin : Borçlar Hukuku I cilt, 2. bası İstanbul 1976

FUNK Fritz : Borçlar Kanunu Şerhi I. Umumi Hükümler (Veldet - Selek Çevirisi) İstanbul 1938

GÖKTÜRK Hüseyin Avni : Borçlar Hukuku, Ankara 1946

GÖNENSAY A. Samim : Borçlar Hukuku I. cilt İstanbul 1948

GÜRSOY, Kemal Tahir : Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri Ankara 1969

HATEMİ Hüseyin : Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları İstanbul 1976

İMRE Zahit : Medeni Hukuka Giriş II. bası İstanbul 1976.

İNAN Ali Naim : Borçlar Hukuku 2. Kitap Ankara 1973

KANETİ (KANİTİ) Selim : Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi) İÜHF Kütüphanesi İstanbul 1964

KARAHASAN Mustafa Reşit : Tazminat Davaları İstanbul 1976

KUNTER Nurullah : Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi İstanbul 1954.

OFTİNGER Karl : Schweizerisches Haftpflichtrecht I. Band Allgemenier Teil, Vierte Auflage-1975 Zurich

OLGAÇ Senai : Türk Borçlar Şerhi I. cilt Ankara 1976

OSER-SCHÖNENBERGER : Borçlar Hukuku 2. Kısım (çev. Seçkin R.) Ankara 1950

REİSOĞLU Safa : Borçlar Hukuku I. cilt 3. bası Ankara 1977

SAYMEN - ELBİR : Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler İstanbul 1966

TAHA H. Ghani : L'omission Illitice Comme Source De La Responsabilite Civile De'lictuelle Gene've 1966

TANDOĞAN Haluk : Türk Mes'uliyet Hukuku Ankara 1961

TEKİNAY Selahattin Sulhi : Borçlar Hukuku 3. bası İstanbul 1974

TUHR Andreas von : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı 1. cilt İstanbul 1952

TUNÇOMAĞ Kenan : Türk Borçlar Hukuku I. cilt 6. bası İstanbul 1976

MAKALELER :

ÇANDARLI Zahit : Haksız Fiilin Tarifi ve Unsurları, Adalet Dergisi 1949 s. 5

DAVRAN Cahit : Ahlâka aykırılık sebebiyle mes'uliyet İBD XXIX c, s. 6 Haziran 1955, sh. 275

DÖNMEZER Sulhi: İhmal suretiyle İcra Suçları İHFM CIX s. 1-2 Yıl 1943, sh. 473

EDİS Seyfullah : Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği Ankara 1975 Prof. Koloğlu'ya 70. yaş Armağanından ayrı bası.

SCHWARZ Andreas B. : Mukayeseli Hukuk Zaviyesinden İngiliz Borçlar Hukukunun Ana Hatları.

İÇTİHAT KİTAPLARI VE DERGİLER :

ATASAYAN Tacettin : Borçlar Hukuku Sahasında Sistematik Temyiz Neşriyatı İstanbul 1956

ÇALKIN F. - TUĞSAVUL M. : Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları İstanbul 1948

KANETİ Selim : İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları 1955-1964 I. Borçların Genel Hükümleri Ankara 1968.

KAZANCI S. - KAZANCI F. : İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi

ÖMERBAŞ - ÇETİNTAŞ : Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları ve İçtihadı Birleştirme Kararları c. III Ankara 1960

ÖZTÜRK - EROLUÇ - AKÇOLLU - ŞENTÜRK : Emsal Kararlar Ankara 1959

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ : Yargıtay Ankara 1975-1977

RESMİ KARARLAR DERGİSİ : Adalet Bakanlığı 1961-1974

(*) Alfabe sırasına göre düzenlenmiştir.

KISALTMALAR CETVELİ

age	:	Adı geçen eser.
agm	:	Adı geçen makale.
BGE	:	İsviçre, Federal Mahkemesi İçtihatları Külliyatı
BK	:	Borçlar Kanunu.
c	:	Cilt.
E	:	Esas.
FMK	:	İsviçre Federal Mahkemesi Kararı.
İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi.
İHFM	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası.
K	:	Karar.
MK	:	Medeni Kanun.
s	:	Sayı.
sh	:	Sahife.
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu.
v.d	:	Ve Diğerleri.
Y	:	Yıl.
YHGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YİBK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi.

TİCARET HUKUKU

KAMBİYO SENETLERİNE DAYALI ÖZEL TAKİP YOLUNDA BORÇLUNUN BORCA İTİRAZI VE SONUÇLARI

M. Kemal MUTLUAY (*)

PLAN

I — GİRİŞ :

1 — Takip Hukuku Bakımından Kambiyo Senedi :
a) Kambiyo Senedi Nedir?
b) Konunun Sınırlandırılması.

2 — Takip Edilen Metod.

II — İCRA-İFLÂS KANUNUNDA BORÇLUNUN BORCA İTİRAZININ DÜZENLENMESİ

1 — Borca İtirazın İsviçre ve Türk İ.İ.K.'daki yeri.

2 — Takip prosedürü bakımından, borçlunun borca itirazının takip hukuku bakımından düzenlenmesi.

III — HACİZDE BORÇLUNUN BORCA İTİRAZI :

1 — Genel olarak.

2 — Borca itirazı sebepleri (İİK. m. 168/5 ve 169).
a) Borçlunun borçlu olmadığı :

aa) Doğrudan borçlunun borçlu olmadığı.

bb) Hatır defi.

b) Borcun itfa edilmiş olduğu

c) İmhal edildiği.

d) Alacağın zamanaşımına uğraması.

3 — İtiraz nereye yapılacaktır?

4 — İtiraz sebeplerinin incelenmesi.

5 — Hacizde borçlunun borca itirazının takibe tesiri.

6 — Borçlunun borca itirazında usül.

7 — Gecikmiş itiraz.

8 — Borca itirazla, imzaya itirazın karşılaştırılması.

9 — Takibin iptâl veya taliki talebi (İİK. m. 71'e göre)
a) Borcun itfa edildiği.
b) İmhal edildiği.
c) Alacağın zamanaşımına uğraması.

IV — İFLÂSTA BORÇLUNUN BORCA İTİRAZI :

1 — Genel olarak.
2 — İtiraz nereye yapılacaktır.
3 — Borca itirazda takibin durumu.
4 — Borca itirazın usülü.
5 — Gecikmiş itiraz.

V — SONUÇ :

I — GİRİŞ :

1 — Takip Hukuku Bakımından Kambiyo Senedi :

a) Kambiyo Senedi Nedir?

Türk ticarî hayatında, kambiyo senetleri son yıllarda gittikçe önem kazanmaktadır. Biz burada kambiyo senetlerine mahsus olan takip yolunda, borçlunun borca itirazını inceleyeceğiz. O halde kambiyo senetleri nedir? Kambiyo senetlerinden amaç poliçe (TTK. m. 583 vd.), çek (TTK. md. 692 vd) ve bonodur (TTK. m. 736). "Poliçe, belli bir miktar paranın hamile ödenmesi hususunda kayıt ve şartsız havale emrini taşıyan özel şekil şartlarına tabi kıymetli evrak niteliğinde bir senettir" (1). "Çek, münhasıran bir bankaya hitaben yazılabilen, kanuni şekil şartlarına tabi, kıymetli evraktan madut ve sadece nakde taâlluk edebilen hususî bir havale senedidir" (2). "Bono, muayyen şekil şartlarına tabi ve muayyen bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü havi ve kıymetli evrak vasfını haiz bir borç senedidir" (3). Şu halde, "kambiyo senetlerine mahsus takip yolları, sadece sayılan üç kambiyo senedine münhasırdır" (4).

Kambiyo senedine mahsus olan takip yoluna, sadece, alacağı bir kambiyo senedine bağlı olan alacaklı gider. Bir senedin kambiyo senedi vasfında olup olmadığını, icra memuru taktir ve tayin edecek-

---

(*) Ankara Hâkim Stajeri.
(1) DOMANİÇ, H. : Kıymetli Evrak Hukuku, 2. baskı İst. - 1975 sh. 137
(2) DOMANİÇ, H. : a.g.e. sh. 368
(3) DOMANİÇ, H. : a.g.e. sh. 339
(4) KURU, B. : İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 1 Ank. - 1965 sh. 324

tir (İİK. m. 168, 1; 171, I). "İcra memuru takip müstenidi senedin kambiyo senedi vasfını haiz olup olmadığını re'sen TTK. nun hükümlerine göre araştıracak" tır (5). İcra memurunun bu takdiri aleyhine şikâyet hakkı sözkonusudur. Şikâyet sebepleri şunlar olabilir: "ezcümle, takibe konulan senedin kambiyo senedi vasfını haiz olmadığı, senedin vadesinin gelmediği, alacaklının zamanında protesto çekmemiş olması sebebiyle ilgililere karşı müracaat hakkını kaybetmiş olduğu (TTK. m. 642/2), kambiyo senedinin aslının icra dairesine verilmemiş olduğu gibi" (6). Ödeme emrine karşı yapılacak şikâyetlerin müddeti de beş gün olarak kabul edilmiştir (İİK. m. 168 b 3 : 172).

b) — Konunun Sınırlandırılması :

İnceleme konusu olan kambiyo senetlerine dayanan özel takip yolunda, sadece borçlunun borca itirazı ve sonuçları tetkik edilmiş, borca itirazın hacizde ve iflâsta nasıl işlemler gördüğü ayrıntılı olarak da açıklanmıştır. Meselenin hallinde bilhassa uygulamaya geniş ölçüde yer verilmiş olup, bu hususla ilgili Yargıtay kararları birlikte incelenmiştir.

2 — Takip Edilen Metod :

Borçlunun borca itirazının haciz ve iflâs safhasındaki durumu, sistematik bir açıdan incelenmiş, borçlunun borca itiraz sebepleri üzerinde ayrıntılı olarak durulmuş, itirazın hangi mercice inceleneceği ve takibe ne gibi etkisi olacağı detaylı olarak irdelenmiştir. Ayrıca kambiyo senetlerine haciz mahsus yoluyla takipte, borçlunun borca itirazıyla, imzaya itirazı karşılaştırılmıştır.

II — İCRA-İFLÂS KANUNUNDA BORÇLUNUN, BORCA İTİRAZININ DÜZENLENMESİ :

1 — Borca İtirazın İsviçre ve Türk İİK. daki Yeri :

Eski İsviçre Hukukunda haciz yolu ile takip vardı. Yani İsviçre hukukunda iflâs yoluyla takip yoktu. "İflâs takibini ilk defa Alman İsviçresi Kantonları kabul ettiler" (7). Bu iflâs takibini en son kabul eden Fransız İsviçresi Kantonları oldu. "İlk İsviçre Federal İcra Ve İflâs Kanunu (Bundesgesetz Über Sehuldbetreibung und Konkurs-Loi Fédéral sur la Poursoite Pour Dettes et la Jaillite) 11 Nisan 1889 da Federal Meclis tarafından kabul edilmiştir (8).

---

(5) MUŞUL, T. : Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yolu ile Takip, Batider 1974, Cilt VII S. 3 sh. 623

(6) KURU, B. : İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 2 Ank. - 1971 sh.104

(7) BERKİN, N. : İflâs Hukuku, 4. baskı İst. - 1972 sh. 25

Daha önce yürürlükte bulunan İcra Kanunu Muvakkati'nin yerini alan şimdiki İcra Ve Iflâs Kanunumuz 1929 senesinde Isviçre'nin Borç için takip ve İflâs Federal kanunundan adapte edilmiştir. Bu kanunumuz bir kaç defa değişikliğe uğramıştır. En son yürürlükte olan İcra ve İflâs kanununmuz, 538 sayılı kanunla bugünkü hale gelmiştir. Böylece Çek, Poliçe ve emre yazılı senetlerin özel takip yolu çağdaş bir hale sokulmuştur.

Kambiyo senetlerine ait olan takip yolu İcra ve İflâs Kanunumuz bakımından ikiye ayrılır a — Haciz, b — İflâs. İcra ve İflâs Kanunumuzun kambiyo senetlerine mahsus takip yolları 167-176 b maddelerinde öngörülmüştür. "Isviçre Icra ve İflâs kanunun 177-189 maddelerinde" (9) kambiyo senetlerinin özel takibi düzenlenmiştir." Fakat İsviçrede bu yol sadece bir Iflâs yoludur" (10). Bizde hacizde borca itiraz İİK. 168/5, 169, 169 a maddelerinde düzenlenmiş, iflâsta borca itiraz 172 ve devamındaki maddelerde belirtilmiştir. Buna karşılık İsviçre İcra ve İflâs Kanununda kambiyo senetlerine mahsus takip yolunda borçlunun borca itirazı 179-183 maddelerde düzenlenmiştir.

2 — Takip Prosedürü bakımından, borçlunun borca itirazının düzenlenmesi :

Féérole sur la Poursuite Pour Dettes et la faillite) 11 Nisan 1889 da Federal Meclis tarafından kabul edilmiştir" (8).

Türk takip hukuku bakımından, kambiyo senetlerinin takibinde önce haciz'de borçlunun borca itirazı incelenecektir. Bunun sebebi İİK. da hacizin İflâstan önce düzenlenmesidir. Ayrıca İİK. nun 168/5, 169 ve 169 a maddelerince borçlunun borca itirazının sebepleri ayrı ayrı gösterilmiştir. Buna karşılık Iflâsta borçlunun borca itirazını düzenleyen 172 ve devamındaki maddeler borca itiraz sebeplerini genel olarak öngörmüştür.

III — HACİZDE, BORÇLUNUN BORCA İTİRAZI :

1 — Genel Olarak :

Borçlu, icra dairesince kendisine tebliğ edilen ödeme emrine karşı, bu ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren beş gün içinde

(8) BERKİN, N. : a.g.e. sh. 26
(9) KURU, B. : a.g.e. Cilt 1 sh. 323
(10) KURU, B. : a.g.e. Cilt 1 sh. 323

icra tetkik merciine vereceği dilekçe ile borca itiraz edebilir. Borca itiraz, satıştan başka, icra takip muamelelerini durdurmaz. (İİK. m. 168)

Borçlu sözlü olarak borca itirazda bulunamaz. Borçlu gerek hacizde, gerekse iflas yoluyla takipte, ödeme emrine karşı borca itirazında, itirazını dilekçe ile yapacaktır (Haciz İİK. m. 165 b5, m. 169) "Kambiyo senedine dayanan takipte de, itirazın alacaklıya tebliği ve borçlunun tebliğ masraflarını yatırması gerekir. Ancak kanunda, imzaya itiraz edilmeyip sadece borca itiraz edilmesi halinde, itirazın alacaklıya tebliği lüzumu tasrih edilmemiştir" (11). Bundan dolayı, Icra ve İflâs Kanunu, borca itirazın alacaklıya tebliğini lüzumlu görmemiştir (İİK. md. 168, b5).

538 sayılı kanunla, kambiyo senetlerine dayalı haciz yoluyla takipte, borçlunun borca itirazı halleri, birçok yönden ilâmlı icra takibine yaklaşmaktadır. Ancak kambiyo senetlerinde borçlunun, borca itirazı ile, "ilâmların infaz rejimi arasında bazı farklar mevcuttur" (12). Bu benzer ve farklı noktalar şunlardır:

a — Kambiyo senetlerine dayalı haciz yoluyla takipte borca itiraz, ilâmlı icrada olduğu gibi bir dilekçe ile doğrudan doğruya icra tetkik merciine yapılır. Yine her iki halde de takip durmaz.

b — Kambiyo senetlerine dayalı haciz yoluyla takipte borçlu, borca itiraz ederse satış durur. Halbuki ilâmlı icrada, icranın geri bırakılması talebinde, satış durmaz.

c — İlâmlı icra takiplerinde icranın geri bırakılması sebepleri İcra ve İflâs Kanununun 33. maddesinde gösterilmiştir. Yani ilâmlı icra takiplerinde borçlu, borcu olmadığı yolunda talebinde bulunamaz. Buna karşılık kambiyo senetlerine dayalı haciz yoluyla takipte borçlu bu hususta itirazda bulunabilecektir (İİK. m. 168, b 5).

d — Borçlunun itirazını ispat için ibraz ettiği belgenin altındaki imzasına, alacaklı tarafından itiraz edilirse, icra tetkik mercii, İİK. nun 68/a maddesindeki usûle göre imza incelemesine girişir. Buna karşılık, ilâmlı icra takiplerinde icra tetkik merciinin böyle bir yetkisi yoktur.

. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipde borçlu, borca itirazını beş gün içinde icra tetkik merciine yapmalıdır. "Süresinde olmayan veya yanlış merciiye yapılan itiraz geçersiz olup takibi etki-

(11) BERKİN, N. : a.g.e. sh. 153
(12) POSTACIOĞLU, İ. : İcra Hukuku Esasları, 3. baskı, İst - 1973 sh. 645

lemez. İcra memurunun alacaklının talebi üzerine müteakip icra işlemlerine devam etmesi lazımdır" (13).

2 — Borca İtiraz Sebepleri :

2004 sayılı İİK. nun 168 ve 169 md.leri 6 Mart 1965 tarih ve 538 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır. Burada, borçlunun borca itiraz sebebi, kambiyo senetlerine dayalı haciz yoluyla takibine başlamasından önceki devreye ait sebeplerden dolayı incelenecektir. İİK. m. 168/5 ve 169. maddelerine göre borçlunun borca itiraz sebebi dört tanedir. Buna göre :

a — Borçlunun borçlu olmadığı :

Borçlunun borçlu olmadığını, İİK. nun 168/5 ve 169. m. lerine göre, ikili bir ayrım içinde incelemek gerekir. Çünkü hatır def'inin inceleme mercii bakımından, doğrudan borçlunun borçlu olmadığı itirazından farklılık gösterir. Yine bu farklılık sadece bundan ibaret değildir. Ayrıca yapı bakımından da farklılık sözkonusudur. Şu hale göre·

aa) Doğrudan borçlunun borçlu olmadığı :

Borçlu, borçlu olmadığını bir dilekçe ile icra tetkik merciine bildirerek takibin iptalini isteyebilir. Bu itirazdan maksat, borçlunun, borçlu bulunmadığı, takip konusu yapılan alacağı ödememesi gerektiğini bildirmesidir. Bu itiraz sebeplerinin uygulamada en çok görülen örnekleri şunlardır.

aaa — TTK. m. 582'ye göre : Akit ile borçlanmaya ehil olan kimse poliçe, bono ve çek ile borçlanmayada ehildir. Şu hale göre : Medenî haklarını kullanma ehliyeti nisbî veya mutlak sınırlı olan kimse tarafından, kambiyo senedi tanzim edilmişse, borçlu sened bedelinin kendisinden talep edilmesi halinde, borçlu olmadığını iddia edecektir.

bbb — Borçlu, takip konusu yapılan kambiyo senedinde, "bedel, vade ve ciroda" sahtekârlık yapılmış olduğunu ileri sürerek borçlu olmadığı itirazında bulunabilir (*).

---

(13) KARAL, C. : İcra İflâs Kanunu, Ank. - 1972 sh. 210

(*) Borçlu olmadığı : TTK. nun 688. m. si gereğince lehtarın adı ve soyadını ihtiva etmediğinden ve 689. md. de yazılı istisnalar dışında kaldığından bu senet bono niteliğinde değildir. Böyle oluncada bu belgeye istinaden kambiyo senetlerine mahsus yolla takip yapılamıyacağı ciheti gözönünde tutulmadan borçlunun şikayet ve itirazının reddine karar verilmesi isabetsizdir. (Y.İ.İ.D. 2.3.1976 E : 11472 K : 2098) ABD Sayı 1976-2 sh. 290

ccc — Kadın, kocasının lehine üçüncü şahıslara karşı, kambiyo senedi tanzim etmişse, bu kambiyo senedinin MK. m. 169/2 göre sulh hakiminin tastikinden geçmesi lazımdır. Bu kambiyo senedi sulh hakimi tarafından tasdik edilmemiş ise, borçlu kadın senet bedelinin kendisinden talep edilmesi halinde, borçlu olmadığı itirazında bulunabilir.

bb) Hatır Def'i :

Kambiyo senedi (çek, bono ve poliçe) bir hatır anlaşmasına dayanarak tanzim edilmiş olabilir.

Hatır borçlusu, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe maruz kaldığında, hatır def'ini dermayen edebilir. (İİK. m. 168/5, 169) Hatır def'i TTK. nun 599 m. sinde belirtilen şahsî def'ilerindendir.

Borçlu, hatır def'inde kendisinin borçlu olmadığını isbat edecektir. "Bunu da yapabilmesi için senedin bir hatır anlaşmasına dayanarak tanzim edildiğinin ispatı yeter" (14). Borçlu bu ispatını resmî veya ikrar edilmiş bir belge ile yapacaktır (**) (İİK. m. 169/a, f/I).

---

(14) İNAN, N. : Türk Hukukunda Hatır Senetleri, Özellikle Hatır Bonosu, Ank. - 1969 sh. 128

(**) Resmî dairelerce yetkileri dahilinde ve usülüne uygun olarak verilen belgeler : Bu belgelerin neler olduğu İ.İ.K. md. 68/1'de belirtilmiştir. Buna göre :

a — İmzası ikrar edilmiş bir senet : Belli bir meblağ hakkında kayıtsız şartsız borç ikrarını belirten ve borçlu tarafından verilen senettir. Bu senet, ödeme emriile istenen alacağa ait olmalıdır.

Yine bu senet altındaki imza borçlu tarafından ikrar edilmelidir.

b — Resmî Senet : Resmî bir memurun iştiraki ile düzenlenen senede denir. Burada sözkonusu olan senet, ispat hukuku bakımından resmi senettir. Kural olarak resmî senet noter tarafından düzenlenir. (Noterlik Kanunu m. 60, 82 ve 84 vd.) Ancak bazı hallerde, başka resmi makamlarcada resmi senet düzenlenebilir (Örneğin MK. m. 479).

mahkeme huzurunda ikrar olunan adi senet, resmi senet hükmündedir (HUMK. m. 296/II).

Resmî senet kavramına şu senetler girer :

aa) Noter tarafından düzenlenen resmî senetler :

aaa — Re'sen noter tarafından düzenlenen senetler : (Noterlik Kanunu m. 84-89 : 60/1 : 72, 82, I II) İlgilinin notere baş vurarak, ondan re'sen bir senet düzenlenmesini ister. Noterde bu istek üzerine tutanak tutar ve okumak için ilgiliye verir. İlgili bu tutanağı okur. Uygun bulursa imzalar. Tutanak daha sonra noter tarafından imzalanır ve mühürlenir. Böylece resmî senet re'sen düzenlenmiş olur.

bbb — İmzası noterlikçe onaylanan senetler : (Noterlik Kanunu m. 60/4 : 90-93) Bu senetler dışardan düzenlenir ve tasdik için notere sunulur. Noter huzurunda bu senedi imzalatır ve bu imzanın huzurunda atıldığı hususunda şerh verir.

"Hatır borçlusu, bu def'i senet kendisine ibraz edildiği veya icra takibine maruz kaldığı zaman, ya da mahkemede ileri sürebilir" (15). Buna göre, borçlu ya menfi tesbit ya da istirdat davası açacaktır (İİK. m. 72). Hatır def'i genel mahkemelerde halledilecektir. Yani görevli mercii, ya sulh hukuk veya asliye hukuk (veya asliye ticaret) mahkemesidir. Görevli mahkemenin tesbiti, kambiyo senedinin bedeline göre tayin edilir (HUMK. m. 8).

Kambiyo senedinde mahsus haciz yoluyla takipden önce, hatır borçlusu, menfi tesbit davasını açmışsa, takip kendiliğinden durmaz. Ancak borçlunun talebi ve teminat göstermesi üzerine mahkemece, ihtiyatî tedbir kararı verilmesi halinde, haciz yoluyla takip durur (İİK. m. 72/f. II). İcra takibinden sonra açılan menfi tesbit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takibin durdurulmasına karar verilmez. Ancak, borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyatî tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir (İİK. m. 72/f. III). Menfi tesbit davası, borçlunun lehine sonuçlanmışsa, takip kendiliğinden durur (İİK. m. 72/f. IV). "Hükmün kesinleşmesi ile ayrıca başka hükme lüzum kalmaksızın mümkün olduğu nisbette eski halin iadesine gidilir" (16). (İİK. m. 72/f. V).

"Dava devam ederken, borçlu senet meblağını ödemek zorunda kalmışsa, davaya istirdat davası olarak devam edilir" (17). (İİK. m. 72/f. VI).

b — Borcun itfa edilmiş olduğu :

Borcu sükut ettiren, ödeme, takas, yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi gibi bütün hukuki sebepleri bu itiraz çerçevesinde incelemek gerekir. Diğer bir deyimle, borçlunun, borcun itfa edildiği sebebiyle yaptığı itirazdır (İİK. m. 168/5, 169). Borçlunun borcun itfaya uğradığı itirazı çeşitli sebeplerden ileri gelebilir. Ancak,

---

bb) Yabancı memleketlerde düzenlenen resmi senetler: (Noterlik Kanunu m. 191-194) Yabancı ülkelerdeki Türk konsolosu tarafındanre'sen veya imzası onaylanan senetlere, resmi senetler denir.

cc) İhtiyar heyeti tarafından tasdik edilen senetler: (HUMK. m. 297/c 2) İmza atamayan veya okuma yazması olmayan kimse, senede parmağını basar veya mühürler. Bu senet, köy veya mahalle ihtiyar heyeti ve mahallince tanınmış iki kişi tarafından tastik edilmelidir. Bu senetlere de, resmi senen denir.

(15) İNAN, N. : a.g.e. sh. 128.

(16) İNAN, N. : a.g.e. sh. 133

(17) İNAN, N. : a.g.e. sh. 133

borçlunun borcun itfaya uğradığı iddiasıyla yaptığı itiraz sebebinin uygulama bakımından ikiye ayrıldığını görüyoruz :

aa) Ödeme :

Borçlu, borcu ödediğine dair itiraz sebebini dilekçe ile icra tetkik merciine bildirerek takibin iptalini isteyebilir (İİK. m. 168/5, 169). Borçlu, borcunu ödediğini resmî veya imzası Ikrar edilmiş belge ile ispat edecektir (İİK. m. 169/a).

bb) Takas :

Kambiyo senetlerine mahsus takip yolunda, borçlu borcunun takas edildiğini ileri sürerek itirazda bulunabilir. (İİK. m. 168/5, 169). "Takası doktrin ittifakla itfa deyimi içinde mütalâa ettiği halde Yargıtay bu konuda daha müteredd davranmakta ve adeta takası itfa savmama eğilimi içinde bulunmaktadır. Yargıtaya göre; "Takas iradesinin mutlaka ödeme veya icra emrini izleyen itiraz süresi içinde dermeyan edilmesi gerektirir, bir hüküm yoktur (18). Bu durum ise, kötü niyetli borçluların takibi uzatmasına araç olmaktadır. Ayrıca bu hal, İİK. nun 168/5 ve 169. maddelerinde belirtilen borçlunun itfa sebebiyle itirazını, takastan ayırmaya yöneltmektedir (***).

c — İmhal Edildiği :

İmhâlden amaç : Alacaklının borçluya, borcun ifa etmesi için süre verilmiş olmasıdır. Daha açık bir deyişle, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte, borçlu borcun ödenmesi için alacaklı tarafından kendisine belli süre verildiğini ileri sürerek itirazda bulu-

---

(18) UYAR, T. : İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 2 İzmir-1975 sh. 1843 (Y.İ.İ.D. 1.2.1972 T.E. 1134, K : 1050)

(***) Takas : "İki şahıs, karşılıklı bir miktar meblağı veya yekdiğerine mümasil başka malları, bir birine karşı borçlu oldukları taktirde, her iki borç muaccel ise taraflardan her biri borcu alacağı ile takas edebilir. Takas ihdasî haklardandır. Takası dermeyan kastı karşı tarafa bildirmekle tamamlanır. Bu halde iki borç, takas edilebilecekleri andan itibaren, en az olan borcun miktarı nisbetinde sâkıt olur. Takas irasinin mutlaka ödeme veya icra emri tebliğini izleyen itiraz süresi içinde dermeyan edilmesini gerektirr bir hüküm yoktur.

Takas iradesi 7 gün içinde bildirilmediğinden bahisle ve yazılı şekilde karar verilmesi B.K. na aykırı, temyiz itirazı yerindedir." (Y.İ.İ.D. 1/2/1972 T, E : 1134, K : 1050 Not : Bu karar, ilâmlı icra ile ilişkindir. Ancak Yargıtayın itfayı takastan ayrılmayı kabul ettiğini göstermek için buraka koyduk. bkz. UYAR, T.İ.İ. Kanunu Şerhi Cilt 2 İzm. - 1975 sh. 1858)

nabilir (İİK. m. 168/5, 169). Borçlu borcun imhal edildiğini resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ileri sürecektir. (İİK. m. 169/a, b. 1)

d — Alacağın Zamanaşımına Uğraması :

Kambiyo senetlerine dayalı özel haciz yoluyla takipte, borçlu zamanaşımı itirazında bulunmuşsa, bu itirazı icra tetkik mercii inceler (İİK. m. 168/5, 169). Buna karşılık alacaklı da, zamanaşımının kesildiği veya tatil edildiğini resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispat edemezse, itirazın kabulüne karar verilir (İİK. m. 169/a, f. 4). Alacaklı bunu resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispat ederse, borçlunun itirazının reddine karar verilir (İİK. m. 169/a, f. 4). Kambiyo senetlerine bağlı alacakların tabi olduğu zamanaşımının hangi sebeplerle kesilebileceğini TTK. nun 662. maddesi belirlemiştir. Bu husus Yargıtay kararları ile teyit edilmiştir. "TTK. nun 662. md. nin hükmüne göre kambiyo hukukunda kısmî teydiye zamanaşımını kesen sebeplerden olmadığı cihetle bu özel hüküm yönünde BK. nun 133. md.si uygulanamaz" (19). Alacaklı zamanaşımının kesildiğini, TTK. nun 162. maddesinde belirtilen sebeplere dayanarak ileri sürebilir.

Kambiyo senetlerinin çeşitlerine göre zamanaşımının incelenmesi :

(aa) — Poliçede üç yıllık, bir senelik ve altı aylık olmak üzere üç ayrı zamanaşımı süresi kabul edilmiştir (TTK. m. 661).

(aaa) — Poliçede üç senelik zamanaşımı : "Poliçeye kabul eden muhataba karşı açılacak davâlarda zamanaşımı üç yıldır. Bu süre vadeden itibaren işlemeye başlar" (20). Kabul eden muhataba aval veren de, üç senelik zamanaşımına tabidir. Aynı şekilde, temsil yetkisi bulunmayan bir kimsenin muhatabın temsilciymiş gibi, onun adına senedi imzalayan, muhatap gibi sorumlu olacaktır. Yine, araya girmek suretiyle kabul eden kimse de, muhatap gibi sorumludur.

(bbb) — Poliçede bir yıllık zamanaşımı : Hamilin, cirantalar veya keşideci veya bunlara aval verenler aleyhine açacağı davanın, protesto gününden, protestosuz poliçelerde ise vade gününden itibaren bir yıl içinde açılması gerekir.

(ccc) — Poliçede altı aylık zamanaşımı : Cirantanın, keşideci veya diğer cirantalar aleyhine açacağı davalar altı aylık zamanaşımına tabidir.

---

(19) Y.K.D., Cilt 3, sayı 3, sh. 390 (Y.İ.İ.D. 13/9/1976 T, E : 7008, K : 8968)
(20) ÖZTAN, F. : Kıymetli Evrak Hukuku, Ank. - 1976 sh. 523

(bb) — Çekde, sadece altı aylık bir zamanaşımı sözkonusudur (TTK. m. 726). Hamilin cirantalar, keşideci ve diğer çek borçluları (aval verenler) aleyhindeki müracaat hakkı zamanaşımı süresi ibraz tarihinden itibaren başlar. Yine çek borçlularından birinin, diğerine karşı müracaat hakkı zamanaşımı süresi ise, ödeme veya dava (veya takip) tarihinden itibaren başlar.

(cc) — Bonoda, üç yıllık, bir senelik ve altı aylık olmak üzere üç ayrı zamanaşımı süresi kabul edilmiştir (TTK. m. 690, 661).

(aaa) — Bonoda üç yıllık zamanaşımı : Hamilin, senet borçlusuna karşı talep hakkı vade tarihinden itibaren üç yıllık zamanaşımına tabidir. "Zamanaşımı süresinin başlangıcı, kural olarak vadenin bittiği tarihtir" (21).

(bbb) — Hamilin, ciranta ve onun lehine aval verenlere karşı müracaat hakkı protesto tarihinden itibaren bir yıllık zamanaşımı sözkonusudur.

(ccc) — Bonoda altı aylık zamanaşımı : Bono tutarını ödeyen cirantanın, kendisinden önce gelen cirantalara karşı müracaat hakkı ise altı aydır. Bu altı aylık zamanaşımının başlangıç anı, ödeme veya dava (takip) tarihinde başlar.

3 — İtirazı Nereye Yapılacaktır?

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte borçlu borca itirazını nereye yapacaktır? Bu soru üzerinde durmak gerekir. Borçlu borca itirazını beş gün içinde bir dilekçe ile İcra Tetkik merciine yapacaktır (İİK. m. 168/5, 169, 169/a). Aksi halde, itiraz süresi geçtiği için, borçlu borca itiraz etme imkanını kayıp etmiş olacaktır.

Böylece borçlu hakkında yürüyen haciz takibi kesinleşmiş olacaktır. Bu husus Yargıtay İçtihatları ile teyid edilmiştir. "Icra takibi : Bonoya müsteniden, kambiyo senetlerine mahsus yolla yapılmış, borçluya bu yola ait ödeme emri tebliğ edildiğine göre, 168. m. nin 4. bendinde değinen (imzaya itirazın) icra memuruna, 5. bendine değinen (Borca itiraz) ın ise icra tetkik merciine arzedilmesi icap eder. Usulsüz veya yanlış merciiye vakî müracaat geçersizdir" (22).

---

(21) ŞİMŞEK, E. : Ticari Senetler, Ankara - 1969 sh. 140.
(22) KARAL, C. : a.g.e. (İ.İ.D. 24/4/1968, 4362-4218) sh. 215.
(23) OLGAÇ, S. : İcra İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 2 İst. - 1978 sh. 1099.

4 — İtiraz Sebeplerinin İncelenmesi :

İcra tetkik merciinin itiraz sebeplerini inceleyebilmesi için tarafları en geç 15 gün içerisinde duruşmaya çağırması gerekir (İİK. m. 169/a, f. 1). İcra tetkik mercii, tarafları HUMK. un 509 ve 510. maddeleri uyarınca davet eder. "Duruşma basit yargılama usulüne göre yürütülür" (23). Basit yargılama usulü, HUMK. un 507. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Davetiyeyle taraflara belirtilen duruşma gününde, bulunmaları, ibraz etmek istedikleri belgeyi getirmeleri ve ayrıca duruşmaya gelmezlerse gıyaplarında karar verileceği ihtar olunur. Delillerin duruşma sırasında derhal verilmesi mecburidir (İİK. m. 169/a, 70). Bu davetiyeye rağmen duruşmaya gelmeyen taraf hakkında, gıyap kararı verilir ve bu gıyap kararı tebliğ edilmez. Duruşmada bulunmayan tarafın gıyabında devam olunur.

Taraflar duruşmada iddia ve savunmalarını kanuni belgelerle ispat etmek mükellefiyetindedirler.

5 — Hacizde Borçlunun Borca İtirazının Takibe Tesiri :

Kambiyo senetlerine dayalı özel takipte, borçlunun borca itirazı takibi durdurmaz. Ancak, borçlunun borca itirazında, satış yapılmaz (İİK. m. 169). Bu itiraz, borçlu olmadığı veya borcun itfa veya ihmal edildiğine veya alacağın zamanaşımına uğradığına dair ise, haciz takibinin durması için, borçlunun icra tetkik merciinden, itirazın kabulüne dair bir karar alması gerektir. Eğer bu itirazın kabulüne dair bir karar olmasa, cebrî icra devam edecektir (İİK. m. 168/b. 5 : 169/a, f. 5). Yine; "Taraflardan herhangi birinin talebi üzerine duruşmaya devam olunabilir. Bonoya müstenit takiplerde takibin taliki hakkında ayrıca karar alınmadıkça takip durmaz. Bu hal ancak İİK. 169 md. nin sarih hükmüne göre satış işlemini durdurur. Sonuç : Usulüne uygun olarak yapılan itirazın reddi hakkında alacaklı tarafından bir karar alınmadıkça satış yapılamıyacağı düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesi yolsuzdur" (24).

İcra tetkik mercince, borçlunun borcuna itirazı reddedildiği takdirde borçlu ancak temyiz süresi içinde alacağı karşılayacak nakit veya mercice kabul edilecek menkul rehin veya esham tahvilat veya gayrimenkul rehni yahut muteber bir banka kefaleti göstermek şartıyla temyiz yoluna bidebilir. Borçlunun yeter malı mahcuz ise veya borçlunun talebi üzerine temyiz sürsei içinde yeter malı haczedilmişse bu fıkrada yazılı teminatı göstermeye lüzum yoktur (İİD. m. 33, f. 3).

---

(24) KARAL, C. : a.g.e. sh. 212 (İ.İ.D. 28/10/1966 10447 - 10635)

Borçlunun borca itirazından alacaklının haberi olmaması halinde, alacaklının menfaati ihlâl edilmiş olmaz. "Kambiyo senedine dayanan haciz takibinde ödeme emrine yazılacak hususları gösteren İİK. 168. md. nin 5. bendinde itiraz dilekçesinin diğer tarafa tebliğinde bahsedilmemiştir" (25).

Yine yukarıda adı geçen kanuna göre, itirazın alacaklıya tebliğine lüzum görülmemiştir. Bu husus Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e göre : "Bunun, kanunun bir eksikliği olmayıp, hacizde borca ve imzaya itirazın doğurduğu sonuçlar arasındaki farklı durumdan ileri geldiği anlaşılmaktadır" (26).

6 — Borçlunun Borca İtirazında Usül :

Kambiyo senetlerine mahsus özel takip yolunda, borçlu, borcu olmadığını, borcun itfa veya ihmal edildiğini veya alacağın zamanaşımına uğradığını iddia ediyorsa, bu itiraz sebebini bir dilekçe yazıp, ödeme emrinin tebliğinden itibaren beş gün içinde tetkik merciine verecektir (İİK. m. 168/5, 169/f. 1). Yine aynı kanunun, aynı maddeleri gereğince, borçlu, borca itiraz sebebini bildirdiği dilekçeye, bu borca itiraz sebebini doğrulayan belgeleri de eklemesi lazımdır. Borçlu borca itiraz ederken, hangi sebepten dolayı borca itiraz ediyorsa açıkça belirtmelidir. Borçlunun itiraz dilekçesini alan icra tetkik mercii, bu itiraz dilekçesini aldığı tarihten itibaren en geç onbeş gün içinde alacaklıyı ve borçluyu duruşmaya çağırır.

Borçlu, iddiasını, resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispat ederse, icra tetkik merciince borca itirazı kabul edilir. "Borçlunun itirazının kabulü ile takip durur. (İİK. m. 169/a, f. 1, 5) İtirazın kabülü kararının kesinleşmesi ile takip iptal edilir" (27).

Borçlu iddiasını resmî veya imzası ikrar edilmiş bir senedi tetkik mercine vermemekle beraber icra tetkik mercii, yaptığı inceleme sonucunda borcun itfa veya imhal edildiği kanaatine varırsa, takibin geçici olarak durmasına karar verebilir (İİK. m. 169/a, f. 2).

"İcra hakiminin takdirine tâbi olan bu geçici durdurma kararı bir ihtiyatî tedbir mahiyetinde olup, borçlunun itirazını ispat etmek için ibraz ettiği belgelerin altındaki imzanın henüz alacaklıya aidiyeti anlaşılmadan önce verilen bir karardır" (28).

---

(25) BERKİN, N. : a.g.e. sh. 153.
(26) BERKİN, N. : a.g.e. sh. 153.
(27) ÜSTÜNDAĞ, S. : İcra Hukukunun Esasları, 2. baskı İst. - 1975 sh. 430.
(28) ÜSTÜNDAĞ, S. : a.g.e. sh. 430.

Borçlunun iddiasını isbat için ileri sürdüğü belgenin altındaki imza, alacaklı tarafından inkar edilirse, icra tetkik mercii imza incelemesi yapar. Hakim bu inceleme sonunda, imzanın alacaklıya ait olduğu kanaatine varırsa alacaklıyı, alacak miktarının yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere inkâr tazminatı ve ayrıca 100 liradan 5000 liraya kadar para cezasına mahkum eder. Ayrıca icra tetkik mercii, borçlunun borca itirazını kabulüne dair karar verir (İİK. m. 169/a, f. 3). Bu durumda takip durur. Eğer icra tetkik mercii, imzanın alacaklıya ait olmadığına kanaat getirirse, borçluyada aynı cezayı verir (İİK. m. 169/3).

Borçlunun borca itirazı üzerine, alacaklı duruşmaya gelmezse

"İcra hakiminin takdirine tâbi olan bu geçici durdurma kararı icra tetkik merciince, takibin geçici olarak durmasına karar verilir. Takibin geçici olarak durması üzerine alacaklı en geç altı ay içinde, icra tetkik mercii önünde duruşma istiyerek, belge altındaki imzanın kendisine ait olmadığını ispat edebilir. Alacaklı belge altındaki imzanın kendisine ait olmadığını ispat ederse yukarıda belirttiğimiz ceza borçluya hükmolunur (İİK. m. 169/a, f. 3).

Borçlu zamanaşımı itirazında bulunmuşsa, duruşma yapılmadan önce icra tetkik merciince takibin geçici olarak durmasına karar verebilir (İİK. m. 169/a, f. 2). Tetkik mercii, duruşma sonunda zamanaşımının gerçekleştiğine karar verirse, takip durur. Eğer zamanaşımının gerçekleşmediğine, tetkik merciince karar verilirse, borçlunun itirazının reddine karar verilir (İİK. m. 169/a, f. 4).

Tetkik merciince, borca itirazın kabulü veya reddi hususunda verilen karar, şeklî bir karardır. Yani bu karar, maddi anlamda bir karar değildir. Alacaklı genel hükümlere göre dava açma hakkına sahiptir. Alacaklı genel mahkemelerde alacak davası açarsa, inkar tazminatı ve para cezasının tahsili dava sonuna kadar ertelenir. Ve bu davayı kazanırsa hakkında verilmiş olan inkâr tazminatı ve para cezası kalkar (İİK. m. 169/a, f. 5). "Kanun, alacaklı tarafından açılacak olan alacak davasının ne zamana kadar açılması halinde bu hükümleri doğuracağını ifade etmemiştir. Denilebilir ki, para cezası ve inkâr tazminatı tahsil edilmiş olmadıkça açılacak olan her alacak davası bu hükme sahiptir" (29).

---

(29) ÜSTÜNDAĞ, S. : a.g.e. sh. 431.

"Tetkik merciinin itirazın kabulü veya reddine ilişkin kararları (takip konusu alacağın 250 lirayı geçmesi şartı ile) temyiz edilebilir" (İİK. m. 363/f. 3) (30).

7 — Gecikmiş İtiraz :

Kambiyo senetlerine (poliçe, çek, bono ve emre yazılı senetlere) dayanan haciz yoluyla takibde, borçlu süresi içinde borca itiraz etmemiş olabilir. Bu taktirde, kural olarak borçlu borca itiraz hakkını kaybeder. Ancak borçlu kusuru olmadığı halde, beş günlük itiraz süresini geçirmiş ise bu taktirde gecikmiş itirazda bulunacaktır. Bu husus Icra-İflâs Kanunumuzun 170/b maddesinde açıkça belirtilmiştir. Şöyleki İİK. nun 170/b maddesi : "63 ilâ 72. maddeler bu fasıl hükümlerine aykırı olmadıkça, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip hakkında da uygulanır" der. Buna göre kambiyo senetlerinin haciz yoluyla özel takibinde de gecikmiş itiraz sözkonusudur.

Tetkik mercii, önce evrak üzerinde inceleme yapacaktır. Bu halde tetkik mercii, gecikme sebebinin mahiyetine ve hadisenin özelliğine göre takibin tatiline karar verir. Tetkik mercii, lüzum görürse, "İki tarafı hemen davet ederek duruşma yapar ve mazeretin kabule şayan olup olmadığını araştırır. Mazeret kabul edilirse icra takibi durur (İİK. m. 65/f. 3, 4)" (31). Bu durumda tetkik mercii sadece mazeretin kabulü hakkında karar verecektir. Yoksa bu kabul, borcun itirazının kabulü değildir. Yani alacaklı borçlunun borca itirazının kaldırılması talebinde bulunabilir. Böylece itirazın kabulüne veya reddine tetkik mercii karar verecektir (İİK. m. 65/f. 4).

Borçlu, bu gecikmiş itirazını paraya çevirme muamelesi bitinceye kadar yapabilir. Bu itiraz, tetkik merciine yapılacaktır.

8 — Borca İtirazla, İmzaya İtirazın Karşılaştırılması :

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte borçlu iki türlü itirazda bulunabilir. Borçlu ya borca ya da imzaya itirazda bulunabilecektir. Borçlunun imzaya itirazı İİK. nun 168/4 ve 170. md. lerince düzenlenmiştir. Buna karşılık borçlunun borca itirazı İİK. nun 168/5, 169 ve 169/a md.lerince öngörülmüştür. Şimdi borca itirazla, imzaya itirazı kapsam ve sonuçları bakımından karşılaştıralım.

---

(30) KURU, B. : İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı 4. baskı Ank. - 1978 sh. 261.
(31) BERKİN, N. : a.g.e. sh. 155-156.

a — **Sebep yönünden** : Borçlu imzaya itirazında, sadece kambiyo senedinin altındaki imzanın kendisine ait olmadığı iddiasında bulunabilir. Buna karşılık, borçlu borca itirazın sebebi bakımından daha geniş olanağa sahiptir. Şöyle ki; Borçlu, borçlu olmadığı veya borcu ödediğini veya bir süre verildiğini veya alacağın zamanaşımına uğradığı iddiasında bulunacaktır.

b — **Merci bakımından** : Borçlu kambiyo senedindeki imza kendisine ait olmadığı iddiasında ise bunu beş gün içinde ayrıca ve açıkça bir dilekçe ile icra dairesine bildirmelidir. (İİK. md. 168/4, 170) Halbuki, borçlu borca itirazını sebepleriyle birlikte beş gün içinde icra tetkik merciine bir dilekçeyle yapacaktır (İİK. m. 168/5, 169).

c — **Takibe tesiri bakımından** : Kambiyo senedindeki imzaya yapılan itiraz icra takibini durdurur (İİK. m. 170). Buna karşılık borca itiraz satıştan başka icra muamelelerini durdurmaz (İİK. m. 169).

d — **Tebliğ ve tebliğ masrafları bakımından** : Kambiyo senedine dayanan takipte, imzaya itirazda, itirazın alacaklıya tebliği ve borçlunun tebliğ masraflarını yatırması gerekir. Ancak İİK. da, borca itiraz edilmesi halinde, itirazın alacaklıya tebliği lüzumu tasrih edilmemiştir.

e — **İtirazın geçici kaldırılması bakımından** : Alacaklı, imzaya itiraz tarihinden itibaren altı ay içinde icra tetkik merciinden itirazın geçici kaldırılmasını istiyebilir (İİK. m. 170/f. 2). Halbuk, borçlunun borca itirazında, itirazın geçici kaldırılması müessesesi yoktur.

f — **İspat hukuku bakımından** : Borçlunun imzaya itirazında, imzanın borçluya ait olup olmadığı araştırılır. Buna karşılık borçlunun borca itirazında, borçlu, itirazını alacaklı tarafından resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatlıyacaktır.

9 — Takibin İptal Veya Taliki Talebi (İİK. m. 71) :

Borçlu, kambiyo senedine dayalı haciz yoluyla takipte icra takibi (ödeme emri) kesinleşince artık cebrî icradan kurtuluş yolu kalmadığını anlıyarak alacaklıya borcunu ödemiş olabilir. İİK. nun 71. maddesi kötü niyetli alacaklılara karşı borçluyu korumak için, borçlunun takibin iptal veya talikini istiyebileceğini hükme bağlamıştır. İtfa, imhal ve zamanaşımı, takibini kesinleşmesinden sonraki dönemde meydana gelmesidir. Takip kesinleştikten sonra, borçlu borcunun bulunmadığı hususunda talepde bulunamaz. Borçlu, takip kesinleştikten sonraki devrede, borcun ve ferilerinin itfa edildiğini veya alacaklının

kendisine bir süre verdiğini yahut alacağının zamanaşımına uğradığını bir dilekçesiyle, takibin iptal veya talikini her zaman tetkik icra merciinden istiyebilir (İİK. m. 71). Buna göre :

a — Borcun İtfa Edildiği :

"Ödeme, bağışlama, tecdit gibi sebeplerle, borcun sükut ettiği veya alacaklının takip hakkını yitirdiği anlamına gelir. Borcun itfa edildiği iddiasının, noterden onanmış veya alacaklı tarafından kabul ve ikrar edilmiş bir belge ile ispatı gerekir" (32). Itfa sebebiyle kambiyo senedine dayanılarak yapılan takibin iptali için şu iki şart gerçekleşmelidir.

(aa) — Borcun ve fer'ilerinin itfa edilmiş olması.

(bb) — Borcun itfa edildiğinin belli belgelerle ispat edilmesi :

"Bu belgeler, alacaklı tarafından verilmiş ve noterce tasdik veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş olan belgelerdir" (İİK. m. 71).

b) İmhal Edildiği :

Borçlu, takibin kesinleşmesinden sonraki devrede alacaklının kendisine bir süre verdiğini noterden tasdikli veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispat ederse, takibin tatilini her zaman cra tetkik merciinden isteyebilir (İİK. m. 71/f. 1).

İİK. nun 71. maddesinin 2. fıkrası ayrı olarak zamanaşımı sebebiyle takibin iptali için borçluya talep imkanı sağlamıştır. "Takibin kesinleşmesinden sonraki devrede alacağın zamanaşımına uğraması mümkündür" (34). Alacaklı kambiyo senedine mahsus haciz yoluyla takipte, ödeme emri kesinleştikten sonra, takibini sürdürmemiş veya yenileme talebinde bulunmamış olabilir. Bu halde borçlu zamanaşımı definde bulunabilir. Borçlu, zamanaşımı iddiasını resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispat etmek mükellefiyetinde değildir. Çünkü takibe ait son muamele tarihi, icra takip dosyasında mevcuttur (İİK. m. 71/f. 2).

---

(32) OLGAÇ, S. : İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 1 İst. - 1978 sh. 601.
(33) KURU, B. . a.g.e. Cilt 1 sh. 170.
(34) KURU, B. : a.g.e. Cilt 1 sh. 171.

IV — İFLÂSTA BORÇLUNUN BORCA İTİRAZI :

1 — Genel Olarak :

Kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolu ile takipde, borçlu borca itirazını, ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren beş gün içinde yapabilir. Borçlunun, borca itirazını dilekçe ile yapması şarttır. Sözlü itiraz geçersizdir. İtiraz, alacaklıya tebliğ edilecek nüshadan bir fazla sayıda dilekçe ile icra dairesine yapılır. İtiraz dilekçesinin bir nüshası derhal alacaklıya tebliğ edilir (İİK. m. 172, 173/3). "Alacaklının, borçlunun itiraz ve şikayetinden ve bunların sebeplerinden zamanında haberdar olup, bundan sonraki tutumunu tesbit ederek zamanında harekete geçebilmesi için, itiraz ve şikâyet dilekçesinin bir nüshasının alacaklıya tebliğ edilmesi uygun görülmüştür" (35). Bu borca itiraz hakkında karar verecek mercii, asliye ticaret mahkemesidir.

Kambiyo senetlerine mahsus iflâs yoluyla takipde, borçlunun her türlü itirazı İİK. un 171/3 ve 172. md. sinde düzenlenmiştir. Burada itiraz borca ve imzaya itiraz olarak ikiye ayırmadan düzenlenmiştir. Yani İİK. 172. md. si genel olarak itirazı belirtmiştir.

Borçlu, dilekçesinde her türlü itiraz sebeplerini bildirmek mükellefiyetindedir. (İİK. m. 171/3, 172). Ancak iflâs davasıyla birlikte itirazında incelenip karara bağlanacağından, borçlu itiraz dilekçesinde bıldirdiği itiraz sebebine bağlı olmıyacaktır (İİK. m. 174). Borçlunun itiraz dilekçesinde belirttiği itiraz sebebine bağlı olup olmıyacağı hususu İİK. nun 174. md. sine göre tesbit ve tayin edilecektir. "Bu madde, iflâs davasının incelenmesi hakkında 158. md. ye atıf yaptığından, borçlu, âdi iflâsta olduğu gibi, kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolunda da, itiraz dilekçesinde bildirdiği itiraz sebepleri ile bağlı değldir neticesine varmak gerekir kanısındayız. Şu hale göre, âdi iflâs yolunda olduğu gibi, kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolunda da, borçlunun itirazında sebep bildirmemiş olmasının bir müeyyidesi yoktur ve borçlu ticaret mahkemesinde itirazında bildirmiş olduğu sebeplerle bağlı değildir" (36).

İİK. nun 172. md. ne göre borçlu borca itiraz edebileçektir. Bu borca itiraz sebebi çok çeşitlidir. En önemli borca itiraz sebepleri şunlardır :

a — Borçlunun borcu ödemiş olması : "Borçlu ödeme emrine itiraz etmiş olmak şartıyla iflâs davasının ikâmesinde önce borcu

---

(35) BİLGE, N. - GÜRDOĞAN, B. : Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu, Ank. - 1965 (Hükümet Gerekçesi) sh. 157-158.

ödemiş ise, tediye def'ini davaya verdiği cevap lâyihasında bildirmek şartıyla bunu HUMK. na uygun bilcümle delillerle ispat edebilir" (37).

b — Borcun ödenmesi için bir süre daha tanınması.

c — Borçlu olmadığı.

d — Alacağın zamanaşımına uğraması, vd.

2 — İtiraz Nereye Yapılacaktır?

Kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolu ile takipde, borçlu borcuna itirazı icra dairesi vasıtasıyla ticaret mahkemesine yapar (İİK. m. 171/b. 3 : 172 : 174) Kanun, itiraz dilekçesinin bir suretinin derhal alacaklıya tebliğini bildirmiştir (İİK. m. 62/II).

"Borçlunun itiraz ile birlikte tebliğ masrafını ödemesi gerekir" (38). Eğer borçlu bunu yapmazsa itiraz geçersizdir. Böylece takip kesinleşir. Daha açık bir deyimle, İflâs yolu ile takipde, borçlu borcuna itirazının, ticaret mahkemesinde halledilmek üzere beş gün içinde dilekçe ile icra dairesine verilmesi şarttır.

3 — Borca İtirazda Takibin Durumu :

Kambiyo senetlerinin özel iflâs yoluyla takibinde, borçlunun borcuna dair itirazı, iflâs kararının verilmesine mani olur. (İİK. m. 171/m. 3, 4, 173-174).

4 — Borca İtirazın Usulü :

Kambiyo senetlerinin iflâs yolu ile takibinde, borçlu borca itirazını, ödeme emrini kendisine tebliğinden itibaren beş gün içinde icra dairesine bildirmeli, dilekçesinde borca itiraz sebebini göstermelidir bir nüshasının alacaklıya tebliğ edilmesi şarttır (İİK. m. 171/b. 3, m. 172). İtirazın dilekçeyle yapılması şarttır. Yine borçlu itiraz dilekçesi ile birlikte tebliğ masraflarını ödemelidir. Bu itiraz dilekçesinin bir sureti derhal alacaklıya tebliğ edilecektir. Bunun üzerine alacaklı, ticaret mahkemesine başvurarak borçlunun itirazının kaldırılması ve iflâs kararının verilmesini istiyebilir. Alacaklı böyle bir talepte bulunursa, ticaret mahkemesi borçlunun borca itirazını genel hükümlere göre inceler ve bu incelemenin sonucuna göre iflâs kararını bağlar (İİK. m. 174, 158).

---

(36) KURU, B. : a.g.e. Cilt 2 sh. 103

(37) POSTACIOĞLU, İ. : İflâs Hukuku İlkeleri Cilt 1 İst. - 1978 sh. 26.

(38) KURU, B. : a.g.e. Cilt 2 sh. 102.

İİK. borçluya iflâs kararına kadar ödemede bulunma imkânı vermiştir. Böylece borçlu iflâs kararından önce borcu ödediğini belirten resmî veya ikrar edilmiş olan belgeyi, ticaret mahkemesine vererek, iflâs davasını düşürür (İİK. md. 173/f. 2).

5 — Gecikmiş İtiraz :

Kambiyo senetlerine (poliçe, bono ve çeklere) dayanan özel iflâs takibinde, borçlu süresi içinde borca itiraz etmemiş olabilir. Bu taktirde, kural olarak borçlu borca itiraz hakkını kayıp eder. "Borçlunun itiraz edememiş olması, geçerli bir mazeretten ileri gelmiş ise, borçlu 65. m. çerçevesinde ticaret mahkemesinde gecikmiş itirazda bulunabilir (İİK. m. 173/son fıkra)" (39). "Mahkeme borçlunun ileri sürdüğü mazereti kabul ederse, bu itirazı inceleyecek" tir (40). "Mahkeme gecikme sebebini varit görürse, itirazın müddetinde yapıldığını kabul ederse 65. md. prosedürü içinde icabında alacaklının alacağının esası hakkındaki itirazını karara bağlar" (41). "Mahkeme borçlunun mazeretini yerinde görürse itirazı tetkik eder ve 158. md. uyarınca iflâs davasını karara bağlar" (İİK. m. 173/f. 3, md. 174) (42).

İflâsta borçlunun borca gecikmiş itirazda bulunması 6 mart 1965 tarih ve 538 sayılı Kanunla değişen İİK. nun 172. md. sinin 2. fıkrası ile kabul edilmiştir. Halbuki 538 sayılı Kanunda önce, borçlu sadece hacizde gecikmiş itirazda bulunma hakkına sahipti.

V — SONUÇ :

Kambiyo senetlerine mahsus takip yolunda borçlunun borca itirazı ikiye ayrılmaktadır : a — Hacizde borca itiraz, b — İflâsta borca itiraz.

538 sayılı Kanunla, kambiyo senetlerine dayalı haciz yoluyla takipte borçlunun borca itirazı bir çok yönden ilamlı icra takibine yaklaşmaktadır.

Hacizde, borçlunun borca itiraz sebebi dört tanedir : 1 — Borçlunun borçlu olmadığı, 2 — Borcun itfa edilmiş olduğu, 3 — İhmal edildiği, 4 — Alacağın zamanaşımına uğraması. İtiraz icra tetkik merciine yapılır ve o mercice incelenir (İİK. m. 168/5 ve 169). Takip kesinleştikten sonra, borçlu borcunun itfa, imhal veya zamanaşı-

(39) POSTACIOĞLU, İ. : a.g.e. Cilt 1 sh. 48
(40) GÜRDOĞAN, B. : İflâs Hukuku Dersleri, Ank. - 1966 sh. 50
(41) POSTACIOĞLU, İ. : a.g.e. Cilt 1 sh. 48
(42) BERKİN, N. : a.g.e. sh. 156

mına uğradığını bir dilekçeyle, takibin iptal veya talikini her zaman icra tetkik merciinde istiyebilir (İİK. m. 71).

İflâsta borçlunun borca itiraz sebebi İİK. nun 172 vd. maddelerinde genel olarak düzenlenmiştir. Yani borçlu ileri sürdüğü itiraz sebepleriyle bağlı olmaksızın asliye ticaret mahkemesinde her türlü itirazı ileri sürebilir.

KAYNAKÇALAR

ANSAY, Ş. : Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. baskı Ankara - 1960.

BERKİN, N. : İcra Hukuku Dersleri, 2. baskı İst. - 1969.

BERKİN, N. : İflâs Hukuku, 4. baskı İst. - 1972.

BELGESAY, M.R. : İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt : 2 İst. - 1955.

BELGESAY, M.R. : İcra ve İflâs Hukuku, Cilt : 1 İst. - 1945.

BELGESAY, M.R. : İcra ve İflâs Hukuku, Cilt : 2 İst. - 1953.

BİLGE, N. - GÜRDOĞAN, B. : Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu, Ankara - 1965.

DOMANİÇ, H. : Kıymetli Evrak Hukuku, 2. baskı İst. - 1975.

DOĞANAY, İ. : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt 2 Ankara - 1974.

ERMAN, E.S. : Poliçe-Bono-Çek ve Kambiyo Senetlerine ait takip yolları, Ankara - 1973.

GÜRDOĞAN, B. : İcra Hukuku Dersleri, Ankara - 1970.

GÜRDOĞAN, B. : İflâs Hukuku Dersleri, Ankara - 1966.

İNAN, N. . Türk Hukukunda Hatır Senetleri, özellikle Hatır Bonosu Ankara - 1969.

KURU, B. : İcra ve İflâs Hukuku, Cilt : 1 Ankara - 1965.

KURU, B. : İcra ve İflâs Hukuku, Cilt : 2 Ankara - 1971.

KURU, B. : İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 4. baskı Ankara - 1978.

KURU, B. : Ödeme Emrine İtiraz (Makale) AD. 1961/3 S. 268-293.

KARAL, C. : İcra Ve İflâs Kanunu, Ankara - 1972.

MUŞUL, B.: Kambiyo Senetlerine Dayalı Haciz Yolu ile Takip, (Makale) Batider 1974 Cilt : VII S. 3. s. 605-645.

OLGAÇ, S. : İcra Ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 1 İst. - 1978.

OLGAÇ, S. : İcra Ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 2 İst. - 1978.

ÖZTAN, F. : Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara - 1976.

POSTACIOĞLU, İ. : İcra Hukukunun Esasları, 3. baskı İst. - 1973.

POSTACIOĞLU, İ. : İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt 1 İst. - 1978.

ŞİMŞEK, E. : Ticari Senetler, Ankara - 1969.

UYAR, T. : İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt : 2, İzmir - 1975.

ÜSTÜNDAĞ, S. : İcra Hukuku Esasları, 2. baskı, İst. - 1975.

DERGİLER

ABD. : Ankara Barosu Dergisi.

AD. : Adalet Dergisi.

RKD. : Resmi Kararlar Dergisi.

YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi.

KISALTMALAR

a.g.e. : Adı Geçen Eser.

b. : Bent.

bkz. : Bakınız.

HUMK. : Hukuk Usülü Muhakemeleri Kanunu.

İİK. : İcra Ve İflâs Kanunu.

YİİD. : Yargıtay İcra Ve İflâs Dairesi.

md. : Madde.

MK. : Medeni Kanun.

TTK. : Türk Ticaret Kanunu.

f. : Fıkra.

sh. : Sahife.

vd. : ve devamı.

NOTERLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU VE GÜVENCE (*)

Engin DOĞU (**)

PLAN :

I — Giriş Ve Konu. II — Genel Olarak 1 — Gelişim. 2 — Noterlerin Hukukî Statüsü. 3 — Noterle İş Sahibi Arasındaki Hukukî İlişki a) — Öğretide. b) — Uygulamada. III — Noterlerin Hukuki Sorumluluğu 1 — Genel Olarak a) — Sorumluluğun Unsurları. b) Rücu Hakkı. 2 — Uygulamada. 3 — Yabancı Memleketlerde Noterlik İşlerini Görenlerin Sorumluluğu Ve Yasal Boşluk. IV — Kamu Hukuku Bakımından Sorumluluk. V — Zamanaşımı. 1 — Noterlerin Sorumluluğu Halinde Zamanaşımı. 2 — Devletin Sorumluluğu Halinde Zamanaşımı. 3 — Rücu Halinde Zamanaşımı a) — Noterin Personeline Rücuunda. b) — Devletin Konsolosa Rücuunda. VI — Güvence 1 — Genel Olarak. 2 — Mali sorumluluk Sigortası. 3 — Hukukî Sorumluluk Sigortası. VII — Sonuç.

I — GİRİŞ VE KONU

Bütün Dünya ülkelerinde hukukî ilişkilerin belgelendirilmesi noterlerce yapılmaktadır. Noter tarafından düzenlenen bir iş kağıdıyla ya bir borç veya taahhüt altına girilir ya da bazı haklar veya yetkiler kazanılır. Yasalarımızın noterliklerde düzenlenen kağıtları "r e s m î e v r a k" olarak kabul etmesi dikkate alındığında, noterlik daireleriyle noterliğin önemi ve hukuk alanındaki yeri daha iyi anlaşılır (1).

Noterlerin yaptıkları hizmetin önemi hukukçuları, bunların sorumluluklarını tesbite yöneltmiş, konuya batı ülkelerinde gereken önemin verilmesine karşın memleketimizde öğreti henüz meseleye yeterince eyilmemiştir (2).

(*) Yüksek Lisans (Master) Çalışması.

(**) Adalet Bakanlığı Kanunlar-Plânlama Araştırma Genel Md. lüğü Başmüşaviri.

(1) Noterlik Kanunu gerekçesi, Millet Meclisi tutanak dergisi, C. 18, Dö. 3, S. Sayısı 130, sh. 1.

(2) Atabek, Reşat. noter; mali sorumluluk sigortası (m), Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sa. 3, sh. 16-20.

Gerek memleketimizde gerekse yabancı ülkelerde noterlerin sorumluluk sahası son derece geniş tutulmuş, noterliğin güvn müessesesi olmasından hareket edilerek kusura dayanmasa bile dairede işlerin görülmesinden doğan zararlardan sorumlu tutulmaları hakkaniyete uygun bulunmuştur (3).

Biz de bu incelememizde, konunun önemi nedeniyle noterlerin hukukî sorumluluklarıyla bu sorumluluğun güvence altına alınması üzerinde durmaya çalışacağız.

II — GENEL OLARAK

1) — Gelişim :

Yaşam süreci içinde kişiler arasındaki hukukî ilişkilere resmiyet verilmesine gereksinme duyulması, noterlik müessesesinin gelişim göstererek bu günkü evresine ulaşmasına neden olmuştur (4).

"Notr" sözcüğünün kökeni Latincedeki "notarus" tur. Not tutan veya sür'atle yazı yazan anlamına gelir. Roma Hukukunda da bu günkü noterlerin görevini yapan kimselere "kâtip" anlamına gelen "notarii" denmekteydi (5). Büyük Roma Hukukçusu Ulpianus zamanında "tabellion" adı verilen bu kimseler önceleri özel olarak hizmet ederlerken zamanla Lonca şeklinde teşkilâtlandılar ve devletin denetimine tabi tutuldular (6).

VIII. ve VIII. Yüzyıllarda Cermen Hukukunda, Romalıların Tabellion örgütü geliştirilerek kabul edilmiş ve noterlik ilk defa resmiyet kazanmıştır (7).

Noterlik İslâmiyet'te Kur'anı Kerim ile başlar. Özellikle borç ilişkilerinin iki tanık huzurunda adıl bir kâtip tarafından yazıya dökülmesi Bakara suresinde emrolunmuştur (8). "Hizmeti Adalet" adı verilen bu kişilerde adil ve güvenilir olmak, düzenlenecek senet veya sözleşmelerde maharet sahibi bulunmak gibi vasıflar aranırdı (9).

---

(3) Atabek, R. age. sh. 16-20.
(4) Özüarı, Ruhi. Açıklamalı Noterlik Kanunu, Ankara 1975, sh. 7
(5) Özüarı, R. age. sh. 7
(6) Gelal, Mehmet. Noterliğin Tarihçesi (m), TNBHD. sa. 50. yıl özel, sh. 27.
(7) Gelal, M. agm. sh. 27
(8) Gelal, M. agm..sh. 50
(9) Özüarı, R. age. sh. 7.

Osmanlı İmparatorluğunda halkın resmiyet vermek istediği işlemlerin belgeiendirilmesini önceleri kadı ve naipler yapıyordu (10). Şer'i mahkemelerin kaldırılmasından sonra bu işler 1868 tarihli "Ticaret ve Daavi Kalemi Nizamnamesi" ile Daavi Kalemlerine verildi (11).

Noterlik işlemlerinin batı yöntemlerine göre yürütülmesi 1879 tarihinde Fransız Noterlik Kanunundan alınarak yürürlüğe konulan "Mukavelat Muharrirleri Nizamnamesi" ile başlamış ve görevlilerin Adalet Nezaretince sınav yapılmak suretiyle atanmaları esası ilk defa bu nizamname ile getirilmiştir (12).

Cumhuriyetin ilânından sonra adlî reformlara 1926 yılında başlanmasına rağmen noterlik müessesesi ancak 1939 yılında ele alınabilmiş, İsviçre'nin Neuchâtel ve Lozan Kantonlarıyla Avusturya Noterlik Kanunlarından esinlenerek hazırlanan 3456 sayılı Noter Kanunu yürürlüğe girmiş, 1972 yılında yürürlüğe konulan 1512 Sayılı Noterlik Kanununa kadar anılan yasa 4166, 4782, 5235, 5928, 7263 ve 45 Sayılı Kanunlarla, zamanın gereksinmelerine cevap verebilmek için değişikliklere uğramıştır (13).

2) — Noterlerin Hukukî Statüsü :

Noter ve Noterlik hemen hemen her ülkede, üzerinde önemle durulan kavramlar olma niteliklerini korumuşlardır. Ancak, noterlik hizmetinin bazı ufak ayrıntılar taşımakla birlikte genellikle tüm ülkelerde aynı amaç etrafında yoğunlaşmasına karşın, bu hizmeti yerine getiren noterler değişik hukuki statülere tabi tutulmuşlardır. Örneğin; Federal Almanya'da noter devlet memuru olarak kabul edilmemiş, eyaletlerde kamu hizmetlerinin bağımsız hamili oldukları (FANK. m. 1), mesleğin avukatlıkla birleşebileceği (m. 3), hizmet kusuru nedeniyle doğacak zararlardan da bizzat sorumlu olacakları (m. 19) belirlenmiştir (14). İsviçre'de ise noterlik konusu kantonların pek çoğuda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Örneğin; Geneve, Vaud, Valais, Neuchatel, Friborurg, Bern, Bâle-wille gibi Kantonlarda noterlik serbest meslek olarak kabul edilmiştir. Zürich, Thurgovie, Schwyz, kantonlarında ise noter devlet memurudur. Diğer bazı kantonlarda da serbest meslek

(10) Özüarı, R. age. sh. 7
(11) Özüarı, R. age. sh. 8
(12) Özüarı, R. age. sh. 8
(13) Özüarı, R. age. sh. 8; Celal, M. agm. sh. 50; Reisoğlu, Kemal. Noterlik Kanununun hazırlanması ve amaçları (m), TNBHD. sa. 4, sh. 32
(14) Federal Alman Noterlik Kanunu (Çev. Halis Tokdemir) TNBHD. sa. 6-9.

ıle devlet memuru karışımı bir sistem görülmektedir. Grisons ve Soleur kantonlarında bu son sistem uygulanmaktadır (15).

Demokratik Alman Cumhuriyeti'nde noterlik, mevcut rejimin gereği olarak "Devlet Noterliği" biçiminde kurulmuştur. Bu nedenle noter de devlet memuru sıfatını taşır (16). İngiltere ve İskoçya'da ise noterlik serbest meslek niteliğinde olup avukatlıkla birleşmekte ve İskoçya'da baroya kayıtlı olmayan avukatlar noterlik yapamamaktadır (17).

Türkiye'de noterlik müessesesi uzun bir geçmişe dayanmakla beraber, müessesenin etraflıca tanımlanmış olmasına karşın noterin statüsü belirlenmemiştir. Gerçekten ne 3456 sayılı Noter Kanununda ne de halen yürürlükte bulunan 1512 sayılı Noterlik Kanununda noter tanımlanmamıştır. Bu yüzden noterin hukukî statüsünü tayinde haklı olarak tereddüde düşülmektedir.

Mevcut noterlik mevzuatı noteri tanımlamamış olmakla beraber 1512 sayılı Kanunun birinci maddesindeki" Noterlik bir kamu hizmetidir" hükmünden, noterin de "kamu hizmeti gören görevli" olarak tanımlanması akla gelebilir. Bu mantıktan hareket edildiği takdirde noterin devlet memuru olduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak, Anayasa'nın 117 nci maddesindeki, "Devlet ve diğer kamu tüzel kiişlerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar eliyle görülür. Memurların nitelikleri, atamaları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" hükmü ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 ncü maddesindeki, Anayasa hükmüne paralel memur tanımı karşısında bu görüşün doğru olduğu söylenemez (18). Bunun yanı sıra 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu da serbest meslek erbabını tanımlarken (m. 66) noterleri serbest meslek mensubu olarak belirlemiştir (19).

Ancak bu konuda yasalardaki çelişkili hükümler kesin bir sonuca varılmasına engel olmaktadır. Örneğin; noterliklerin kurulması, yetki çevrelerinin saptanması, noterliklerin sınıflandırılması, noterliğe

---

(15) Campert, Rene. Fiches Juridiques Suisses, 74 1972, sh. 1

(16) 15.2.1976 tarihli Demokratik Alman Cumhuriyeti Noterlik Yasası (Çev. Dr. Ejder Yılmaz) TNBHD. sa. 13, sh. 47.

(17) Gürsel, M. - Sunal, İ.H. Noterlik mevzuatı ve tatbikatı, Ankara 953 sh. 7.

(18) Tanju, Fahrettin. Noter ve noterlik kuruluşunun Türk Hukukundaki yeri (m) TNBHD. sa. 6, sh. 3-4.

(19) Toygar, Kemal. Serbest meslek mi Kamu hizmeti mi? Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, sa. 3, sh. 9.

kabul ve atama, haklarında soruşturma ve kovuşturma yapılması, nenetimi, işten el çektirilmesi Noterlik Kanununyla Adalet Bakanlığı'na verilmiştir (20). Daha da önemlisi Kanun, noterlerin görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarından dolayı haklarında kovuşturma yapılmasını Adalet Bakanının iznine bağlamış (m. 153), işledikleri suçlarla kendilerine karşı işlenen suçlarda memurlara ait hükümlerin uygulanacağını (m. 151-152) öngörmüştür. Acaba bütün bunlar noterin Devlet memuru olarak kabulüne yeterli midir?

Kanun noterliği "resmî daire sayılır" biçiminde tanımlamıştır (m. 40, f. 1). Kanatımızca kanun koyucu, noterlik dairesinin resmî daire olduğunu amaçlasaydı "s a y ı l ı r" sözcüğüne yer vermezdi. Anılan maddenin ikinci fıkrasındaki, "dairenin giderleri notere aittir" hükmü de bu savımızı kanıtlamaktadır. 1512 sayılı Kanunun gerekçesinde de bu hususu açıklığa kavuşturacak bir kayda rastlamak mümkün değildir (21). Ancak 3456 sayılı Noter Kanununun gerekçesinde yer alan, "... tanzim ve tevsik işlerini gören noterlerin bu gün mer'i kanunda olduğu üzere harçtan dörtte bir almak ve gördüğü bazı işlerden ücret almak suretiyle serbest meslek erbabından olmak üzere muvaffık görülerek Lâyiha bu esas dairesinde hazırlanmıştır" (22) tarzındaki ifade, noterliğin daha önce de serbest meslek olduğunu ve 3456 sayılı Kanunla bu niteliğini koruduğunu açıklamaktadır. Sonradan yürürlüğe konulan 1512 sayılı Kanunda bu konuda bir açıklık bulunmamakla beraber aksine de bir kayıt taşımadığından noterliğin bugün de serbest meslek olarak kabulü gerekmektedir.

3) Noterle İş Sahibi Arasındaki Hukukî İlişki :

a) — Öğretide :

1512 Sayılı Kanunun birinci maddesindeki, "Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler hukukî güvenliği ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunla verilen başka görevleri yaparlar" hükmü, noterlerin görevini ifa ederken mutlaka kişilerle ilişkisi bulunduğunu açıkca ortaya koymaktadır. Demek ki noter, görevinin icabı olarak hizmetine karşılık ücret almak suretiyle kişilerin işlemleriyle ilgili belgeler düzenler. Acaba bu görevi yapan noter ile iş sahibi arasındaki hizmetin görülmesine dayanak teşkil eden bir sözleşme bulunduğu söylenebilirmi?

---

(20) Toygar, K. agm. sh. 9
(21) MMTD. C. 18, Dö. 3, S. sayısı. 130, sh. 1-10
(22) MMZC. C. 26, Dö. 5, S. sayısı. 259, sh. 2

Noterlerin sorumluluğunu inceleyen bazı yazarlar, noterle müşteri arasındaki münasebetle, noterle zarara uğrayan üçüncü şahıs arasındaki ilişkinin aynı olmadığını, birinci durumdaki sorumluluğun akitten doğduğunu ikinci halde ise sorumluluğun haksız fiile dayandığını ileri sürmektedirler (23).

Gerçekten, müşteri ile noter arasındaki ilişki, üçüncü şahısla noter arasındaki ilişki ile aynı nitelikte değildir. Bu durum karşısında noterin sorumluluğunun iki kaynağı bulunduğunu kabul zorunluğu doğmaktadır. Ancak noterliğin aynı zamanda bir kamu hizmeti olması, ortaya başka bir sorun çıkarmaktadır. Acaba noterle müşteri arasındaki ihtilaf resmi senede dayandığı takdirde taraflar arasındaki ilişkiyi nasıl değerlendirmek gerekecektir?

Bazı hukukçular, noterin sorumluluğu resmi senede dayandığı takdirde ihtilafın akdi bir münasebetten doğduğunun söylenemiyeceğini, bu gibi hallerde haksız fiil sorumluluğundan bahsedilebileceğini ileri sürmektedirler (24). Federal mahkeme de bu görüşü benimsemiş ve böyle bir durumda noter ile müşteri arasında vekalet akdinin mevcudiyetinden söz edilemiyeceğinden noterin sorumluluğu hakkında kanton hukukunda haksız fiil sorumluluğuna dair bir hüküm varsa o hükmün, eğer böyle bir hüküm yoksa o takdirde Borçlar Kanununun haksız fiillere dair hükümlerinin uygulanacağına karar verilmiştir (25).

Noter ile müşteri arasındaki ilişkinin akitten doğduğu kabul edildiği takdirde bu akit türünün de tayini sorunuyla karşılaşılır. Öğretide bu aktin Borçlar Kanununda düzenlenmemiş türden olması halinde vekalet akdi olarak kabulüyle buna dair hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmuştur (26). Bu görüşe karşı çıkanlar ise noterle müşteri arasındaki bağlar Borçlar hukukunda isimlendirilmiş herhangi bir akde benzemediğinden bunun kendine has bir anlaşma türü olduğunun kabullenilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir (27).

---

(23) Atabek, R. agm. (Savatier-Traité de responsabilité civil, No. 803; Riper/Boulanger, Traité de droit civil, C. III, No. 939, Laou. H. ve L. Mazeaud, Traité theorique et pratique de la responsabilité civil, C. I. No. 513) naklen.

(24) Mazeaud, age, C. I, 513 (Atabek, R. agm. sh. 17) naklen

(25) ATF. 90 C. II, s. 274 (Atbaek, R. agm. sh. 17) naklen

(26) Deprimaz, J. la responsabilité civile dé couleut des activités Exéreées dansle cadre de professions Libérales et leur assuran ce, R.C.A.T. 1974 sh. 144 (Atabek, R. agm. sh. 18) naklen

(27) Atabek, R. agm. sh. 18

b) — Uygulamada :

Federal mahkeme bir kararında, noter ile müşteri arasındaki ilişkinin noterin kamu hukukuna dayanan yetkilerinden doğan ilişkiler ayrık olmak üzere vekâlet akdine dayandığını kabul etmiştir (28).

Federal Alman Noterlik Kanunu noteri, resmi senet tanziminin yanı sıra kıymetli eşyanın saklanması (m. 23), tapu daireleriyle diğer tescil merciilerinde taraflar adına müracaatta bulunmak (m. 24) yetkileriyle de donatmıştır (29). Bu tür görevlere diğer batı ülkelerinde de rastlanmaktadır. Hal böyle olunca noterin iş sahibi ile olan bu tür ilişkisini vekalet akdi olarak değerlendirmek kanaatımızcada uygun görülebilir. Ancak, memleketimizde Noterlik Kanunu notere bazı emanetlerin saklanması (MK. m. 63 vd.) dışında bu tür bir görev vermediğinden noter ile iş sahibi arasındaki ilişkiyi akdi bir münasebet olarak nitelendirmek mümkün görülmemektedir. Yalnız, devlet memuru olmayan bir meslek mensubunun iş sahibinden aldığı ücret karşılığı talep edilen işi yapmasını akdi ilişki dışında tutmaya pek olanak bulunmadığını da söylemek pek yanlış olmasa gerektir.

Memleketimiz uygulamasında noter ile iş sahibi arasındaki ilişkiyi yorumlayan bir mahkeme kararına raslamak ne yazık ki mümkün olamamıştır.

Kanaatimizce, akit dışı sorumlulukla sözleşmeden doğan sorumluluğun değişik hükümlere tabi tutulmuş olmaları nedeniyle, noterin iş sahibiyle olan ilişkisinin aydınlanmasında büyük yararlar bulunmaktadır.

III — NOTERLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU :

1) — Genel Olarak :

Mevzuatımızda noterlerin hukuki sorumlulukları ilk defa 3456 sayılı Noter Kanununda düzenlenmiştir.

Anılan Kanunun 64 ncü maddesi, "İşlenen yolsuzluklar istihdam ettiği memurlar tarafından yapılmış olsa bile noterlerin, işlerin yapılmamasından veya hatalı veya eksik yapılmasından dolayı zarar gören alakalılara karşı mesuliyetleri vardır" hükmünü taşıyordu. Bu hüküm, 1939 yılında yürürlüğe giren 3456 sayılı Kanunda daha sonra yapılan pek çok değişikliğe rağmen hiç değiştirilmemiştir. Halen yü-

(28) Bak. Not. 25
(29) FANK. (Çev. Halis Tokdemir), TNHBD. sa. 6, sh. 76

rürlükte bulunan 1512 sayılı Noterlik Kanununun 162. maddesi de yukardaki hükme az çok benzer bir mahiyet taşımaktadır. Stajiyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler bir işin yapılmamasından veya hatalı ya da eksik yapılmasından dolayı zarar görenlere karşı sorumludurlar (NK. m. 162). Görüldüğü gibi maddenin düzenleniş tarzından noterin, kendi eylemlerinden sorumlu olduğu kadar emrinde çalışan kimselerin eylemlerinden doğan zararlardan da sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Maddede kusurdan söz edilmemiştir. O halde noterin sorumluluğunda "Kusur" aranmayacaktır (30). Nitekim Noterlik Kanununun Gerekçesinde "... kusurlu eylemleriyle..." deyimi kullanılmışken Millet Meclisi Geçici Komisyonun'da değişiklik yapılarak anılan deyim metinden çıkarılmış ve gerekçe olarak da, "Borçlar Kanunundaki sisteme uygunluk sağlanması" gösterilmiştir (31). Kanun Koyucunun gerekçede kullandığı bu ifadeden Borçlar Kanununun Kusursuz sorumluluk hallerine paralellik sağlamayı amaçladığı anlaşılmakta ise de anılan Kanunda kusura dayanan sorumluluk haleri de bulunduğundan amacı açıklamak için kullanılan deyimin pek yerinde kullanılmış bir tabir olduğu söylenemez. Ayrıca Kanun Koyucunun niçin kusursuz sorumluluk haline uygunluk sağlamayı amaçladığı da açıklanmadığından bunun nedeni de anlaşılamamaktadır.

Bütün bunlara rağmen, noterlerin böyle ağır bir sorumluluğa tabi tutulması, onlara yüklenen işlerin yanlış yapılmasından büyük zararlar doğması tehlikesinin bulunması ve bunun yanısıra noterlerin işlemlerinin sağlamlığı hususunda iş sahiplerine garanti vermenin gerektiği düşüncesinden hareket edildiği takdirde haklı gösterilebilir (32).

Böylece Borçlar Kanununda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerine bir yenisi eklenmiş olmaktadır.

Kanun koyucu, Noterlik Kanununun 162 nci maddesindeki kusursuz sorumluluğu BK. m. 55'de yer alan adam kullananın sorumluluğuna paralel biçimde düzenlemiştir. Ancak maddede noterin, eylemlerinden sorumlu olacağı kişiler stajiyer, kâtip ve kâtip adayı olarak sayılmıştır. Oysa bir noterlik dairesindeki personel bu kadarla bitmemektedir. Örneğin; noterlik dairesinin başkâtibi ve hizmetlileri bu madde kapsamının dışında görünmektedir. 1976 Yılında yürürlüğe giren Noterlik Kanunu Yönetmeliğinde (m. 8) noterlik personelinin noterin emri altında çalışan kâtip ve hizmetlilerden oluşacağı, odacı,

---

(30) Tandoğan, H. age. sh. 132

(31) MMTD. C. 18, Dö. 3, S. Sayısı. 130, NK. Gerekçesi, sh. 14

(32) Tandoğan, H. age. sh. 132

temizleyici ve bekçilik gibi işlerde çalışan hizmetlilerden başka tüm görevlilerin noter kâtibi olduğu belirlenmiştir. Bu durumda başkâtibi NK. 162 nci maddesine dahil etmek mümkün olacak ancak hizmetlilerin davranışlarından doğacak sorumluluk halinde bu maddeyi uygulama olanağı bulunmayacak, o takdirde de BK. m. 55'deki hükmün uygulanması olasılığı ile karşılaşılacaktır.

a) — Sorumluluğun Unsurları :

NK. nun 162. maddesindeki sorumluluğun unsurları şöyle sıralanabilir :

aa) — Noterin veya davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin görevle ilgili bir eylemleri bulunmalıdır.

Bu eylem, "... bir işin hatalı veya eksik yapılması... " hallerinde olduğu gibi müsbet bir davranış (aktif bir eylem) şeklinde olabilir. Örneğin; bir vasiyetnamenin yanlış düzenlenmesi, karşılıklı irade beyanını gerektiren bir akdin tek tarafın beyanı alınarak tanzimi, kefilin sorumlu olacağı miktar belirtilmeden kefaletname düzenlenmesi hallerinde müsbet bir davranıştan söz edilir.

Bu eylem bazen de "... bir işin yapılmaması... " hallerinde karşılaşılan menfi davranış biçiminde ortaya çıkar. Menfi davranış, yapılması mümkün olan bir hareketi yapmama olarak tanımlanabilir (33). Örneğin; ödememe protestosunun keşide edilmemesi, bir ihtarnamenin tebliğ olunmaması, kanunla verilen ve noterin icabet etmesi gereken kongre veya tesbit işlemlerine gidilmemesi hallerinde hareketsizlik biçiminde bir eylem vardır. Yargıtay menfi davranışı yasaya göre yapılması zorunlu olanın yapılmaması olarak anlamaktadır (34).

bb) Bir zararın mevcudiyeti gerekir.

Meydana gelmiş bir zarar yoksa noterin ya da yanında çalışanların kusuru bulunsa dahi sorumluluktan söz edilemez. Örneğin; Medeni Kanunda evlâtlık sözleşmesinin noter tarafından resmi senet şeklinde düzenlenmesi öngörülmüştür (MK. m. 256). Öyleyse sözleşme bu biçimde yapılmadıkça evlâtlık ilişkisi kurulamaz. Ne var ki, sözleşmenin esas veya şekil şartlarından bir kısmı eksik olduğu halde taraflar sağlığında buna geçerlik tanıyıp şartlarını yerine getirmiş iseler ölümlerinden sonra mirasçılarının buna karşı çıkıp iptal isteğinde

(33) Eren, Fikret. Sorumluluk hukuku açısından uygun illiyet bağı teorisi, Ankara 1975, sh. 135; Gürsoy, K.T. Borçlar hukuku genel hükümler, Ankara 1970, sh. 316-317.

(34) HGK. 12.4.1974 T. 970/4-487 E. 395 K. (KİİD. 1974, sa. 163, sh. 2894-2895

bulunmaları objektif iyi niyet kuralıyla (MK. m. 2) bağdaşmaz. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması da bu yoldadır (35). Burada noter sözleşmeyi düzenlerken hatalı davranmıştır. Ancak MK. m. 256'daki zorlayıcı hükme rağmen sözleşme geçerli sayılmış, böylece noterin hatası sözleşmenin geçersizliğine ve dolayısıyla da bir zararın doğmasına neden olmamıştır. O halde sorumlu tutulmaması gerekecektir.

cc) Eylem hukuka aykırı olmalıdır.

Buradaki hukuka aykırılık, noterin veya kâtibinin görevine aykırı hareket etmesi gibi subjektif değil, kişilerin çıkarlarını koruyan hukuk kurallarına aykırılık biçiminde ve tamamen objektif anlamdadır. Yani ihlâl edilen kuralın genel veya kâtibe verilmiş özel bir talimat olmasının önemi yoktur. Örneğin; katip, sezgin olmayan bir kimsenin talebi ile bir işlem yapmış olsa burada objektif anlamda bir hukuka aykırılık söz konusu olur. Kâtibin ilgilinin ehliyetini araştırıp araştırmaması sonucu etkilemez zira noterin sorumluluğu için kusur şart değildir (36).

Buna karşın, noterin usulüne uygun bir ihtarname veya ödememe protestosu keşide etmesi halinde muhatap, zarara uğradığı iddiasıyla noterin sorumlu tutulmasını isteyemez. Zira bu durumda hukuka aykırılıktan söz edilemez.

dd) Zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır.

Başka bir deyişle zararın, noterin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin görevleriyle ilgili davranışlarından ileri gelmesi gerekir. Aksi takdirde noterin sorumluluğu düşünülemez. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, noterde düzenlenen sahte vekaletnamenin sağladığı yetki ve müvekkilin vermiş sayıldığı olanak dışında kullanılarak bankaca kabul edilen ipoteğin iptalinden doğan zararda, zararla sahte vekâletname arasında uygun neden-sonuç bağı bulunmadığından zarar, tapu sicil muhafızının vekâletnameyi sağladığı yetki dışında kullanmasından doğduğundan noterin sorumlu tutulmasına olanak bulunmadığına karar vermiştir (37).

---

(35) 2.HD. 12.12.1977 T. 8401 E. 8582 K., YKD. C. 4, sa. 9, sh. 1451

(36) Gürsoy, K.T. — Eren, Fikret — Cansel, Erol. Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, sh. 224

(37) 4.HD. 3.3.1976 T. 1975/5652 E., 1976/2246 K., TKD. C. 3, sa. 7, sh. 924 (Olay ve karar özetle şöyledir: (M), noterde düzenlediği sahte vekaletname ile (U) adına hareket etmiştir. Sahte vekaletname ile vekil (M) ye aynen şu yetki verilmiştir: "... Hissemi ve irtifak hakkı esasları dairesinde işbu hisseme sabet edip münhasıran istifademe tahsis edilmiş bulunan dairemi dilediği banka lehine istediği derece ve sırada ipotek ederek ipotek mukabili dilediği mik-

ee) Kusurun bulunması şart değildir.

Zararın, noterliğe ait işlerin yapılmamasından veya hatalı ya da eksik yapılmasından meydana gelmiş olması yeterlidir (38).

ff) Kurtuluş kanıtı getirilemez.

Noter, sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş kanıtı getiremez. Başka bir deyişle, zararın meydana gelmemesi için gerekli özeni gösterdiğini ya da gerekli özeni göstermiş olsaydı bile zararın yine de meydana geleceğini isbat olanağı bulunmamaktadır. Bu bakımdan noterin sorumluluğu Borçlar Kanununun 55'inci maddesinde yer alan adam kullananın sorumluluğuna oranla daha ağırdır (39).

Noterin sorumluluğunun kusura dayanmaması, onun sorumluluktan hiç bir şekilde kurtulamıyacağı anlamına gelmez. Zarar görenin ağır kusuru, üçüncü şahsın ağır kusuru veya mücbir sebep gibi illiyet bağını kesen hallerde noterin de Borçlar Kanununda yer alan diğer sorumluluk hallerinde olduğu gibi sorumlu tutulmaması gerekecektir (40).

---

tar borç para almaya ve tapu sicil muhafızlığında ve memuru huzurunda gerekli ipotek takririni ifaya ve tescilini talep ve icraya ... bu mevzuda beni temsile ... " o halde bu vekaletname gerçeğe uygun olsaydı bunun sonucunda vekil (M), müvekkili (U) adına ancak vekâletnamede gösterilen yetkilerle sınırlı ve kısıtlı olarak işlem yapabilecekti. Bu vekaletname yalnız (U) lehine bankadan alınacak para için ona karşı ipotek kurulmasını amaç tutan bir özel yetkiyi saptamakta olup üçüncü kişilerin ve bu arada olayda olduğu gibi (... anonim ortaklığı) adına ve yararına veya böyle olmasa bile ipoteğin bütün üçüncü kişiler yararına kurulmasını sağlama hakkı vermemektedir. Buna rağmen tapuda vekaletnamenin verdiği bu yetki sınırlaması bir yana bırakılarak (U) bütün üçüncü kişiler lehine ipotek sağlamış gibi hareket eden vekil, taşıdığı yetkinin dışına çıkarak müvekkilinin malını anonim şirket yararına bankaya ipotek vermiştir. Bu işlem vekile sağlanan yetki dışındadır. O halde noterin sağladığı yanlış işlemle zarar arasında bir ilişki yoktur. Noter bu vekaletnameyi sahte olarak düzenlememiş olsaydı dahi buna dayanılarak (U) nun taşınmazı banka yararına ipotek edilemiyecek idi. Tapu memuru bu vekaletnamenin düzenlenmesi istenen ve banka yararına olan ipotek işlemini anonim şirket adına kurmaya hak sağlamadığını bildirerek reddetmekle görevli idi. Ama tapu memuru aksi bir davranışla talebi kabul ederek işlemi yapmıştır. O halde zarar noterin sahte vekaletnamesinden değil, tapunun yanlış işleminden doğmuştur.)

(38) Tandoğan, H., age., sh. 132

(39) Tandoğan, H., age. sh. 132

(40) Tandoğan, H., age. sh. 121; Oser/Schönenberger. Borçlar hukuku, I. Kısım, (Çev. Recai Seçkin), Ankara 1947, sh. 517; Kara Hasan, M.R., tazminat davaları, Ankara 1976, sh. 151; Eren, F., age., sh. 171 vd.; Gürsoy, K.T. Borçlar Hukuku, Ankara 1970, sh. 314

Bu sorumluluğun kusursuz sorumluluk biçiminde düzenlenmiş olmasının ortaya koyduğu bir başka sorun da, noterin ya da emrinde çalışanların kusurlarının bulunduğu hallerde hangi hükmün uygulanacağı sorunudur. Hâkim olan görüşe göre, noterin sorumluluğunun kusura dayanmaması, kusurun bulunduğu hallerde NK. 162'inci maddenin uygulanmayacağı anlamıza gelmez. Kusur bulunduğu zaman da özel hüküm olan NK. 162'inci madde uygulanacaktır ancak bu munzam (Ek) kusur, noterin sorumlu olacağı tazminatın indiriminde (müterafik kusurun mevcudiyeti halinde) ve çalıştırdığı kişiye rücuunda dikkate alınacaktır (41).

Bizde noterin sorumluluğunun böyle geniş kapsamlı bir şekilde düzenlenmesine karşın batı ülkelerinde genellikle noterin kusura dayanan sorumluluğu öngörülmüştür. Örneğin; İsviçre'de noterlik mevzuatlarını ayrı ayrı düzenlemiş bulunan kantonların hemen hepsinde noterin ancak kusuru ile sebebiyet verdiği zararı tazminle yükümlü olduğu belirlenmiştir. Türk noterlik mevzuatının kaynaklarından birini teşkil eden Neuchâtel Kantonu'nda da noter sadece kusurlu eylemlerin sonucu ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmuştur (42).

b) — Rücu Hakkı :

Noterlik Kanunu m. 162, f. II noterin birinci fıkra gereğince ödediği miktar için işin yapılmaması veya hatalı ya da eksik yapılmasına neden olan stajiyer veya noterlik personeline rücu edebileceğini hükme bağlamıştır. Madde metni rücuu pek açık biçimde anlatmamaktadır. BK. m. 55, f. II'de de kaynak kanunun dilimize iyi çevrilmemiş olması nedeniyle aynı durum görülmektedir (43).

NK. m. 162, f. II'nin, "noter, birinci fıkra gereğince ödediği miktar için işin yapılmaması veya hatalı ya da eksik yapılmasına sebep olan stajiyer veya personeline, onun bizzat tazminle mükellef olduğu nisbette rücu edebilir" biçiminde yazılması gerekirdi. Yani, maddede noterin ne nisbette rücu edebileceği hususu eksik bırakılmıştır. Ancak noterin rücuunda bu husus Borçlar Kanunundaki diğer sorumluluk halerinde olduğu gibi çalıştırılanın kusurlu olması hallerinde uygulanabilecektir. Diğer bir deyişle, noter çalıştırdığı kimseye ancak onun kusurlu olması halerinde ve tazminle yükümlü bulunduğu nisbette rücu edebilecektir. Rücuun ödenen miktarla sınırlı olacağı mahiyeti

---

(41) Tandoğan, H., age., sh. 121; Karahasan, M.R., age. sh. 140, 151; Eren, F., age., sh. 171 vd.

(42) Canbert, R., FJS. 74 1972, sh. 1-29.

(43) Tandoğan, H., age., sh. 122.

icabı olmakla beraber kanunda bu hususa açıkca değinilmesi fazlalık olarak kabul edilebilir. Bizimde katıldığımız bir görüşe göre, böyle bir hüküm bulunmamış olsaydı dahi ödenen miktardan fazlasının talebine olanak bulunmayacağından metinde bir eksiklik olmayacaktı (44).

Noterlik Kanunu Yönetmeliğinin 12. maddesi, noterle yanında çalışanların sözleşme yapmaları zorunluğundan bahsetmektedir. O halde noter, dairesinde çalıştıracağı tüm personeliyle sözleşme yapacaktır. Bunun rücuda önemi büyüktür. Noter, personelinin eylemlerinden doğan bir zaarrı ödediği takdirde rücuunu ya NK. m. 162, f. II'ye dayandıracak ya da BK. nun 96. maddesinde istinat ettirecektir. Noterlik Kanununun 162'inci maddesinin ikinci fıkrasına istinaden rücu hakkını kullanan noter, bu takdirde çalıştırdığı kişinin kusurunu isbat zorunda olduğu gibi davayı da bir yıl içinde açmak mecburiyetindedir (BK. m. 60). Halbuki, çalıştırdığı kişi ile arasındaki sözleşmeye dayanma olanağı da vardır. Bu takdirde MK. 132 veya 96 inci maddelerine dayanabilir. Bu takdirde ise çalıştırdığının kusurunu isbat zorunda olmadığı gibi zaman aşımı da sözleşmeden doğan davalarla ilgili on yıllık süreye tabi oiur (BK. m. 125). Bu durumda çalıştırılan kusuru bulunmadığını isbata mecburdur.

Çalıştırılan kimse sözleşmeye aykırı hareket ederek üçüncü kişilere noterin sorumluluğunu doğuracak bir zarar vermemelidir. Aksi takdirde bu sözleşmeye dayanılarak rücu davası açılması olanak dahiline girer (45).

Bu açıklamalar karşısında noterin rüc udavasını sözleşmeye dayandırmasının kendisi yönünden daha elverişli olduğu sonucuna varılmaktadır (46).

Noterin sorumluluğunun koşulları ve noterin kişilerle olan hukuki ilişkileri dikkate alındığında bu sorumluluğun Borçlar Kanunundaki iki ayrı sorumluluğa benzediği söylenebilir. Bunlardan birincisi BK. m. 100'deki muavin şahsın sorumluluğudur. Sözü edilen hükümde olduğu gibi, noterinde haksız eylemden önce iş sahibi ile arasında bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Daha öncede değindiğimiz gibi bu ilişki Federal Mahkemece vekalet akdi olarak nitelendirilmiştir. Bu yüzden

---

(44) Çalkım, E. - Tuğsavul, M., Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, İst. 948, sh. 107; Tandoğan, H. age., sh. 123; Karahasan, age. sh. 155

(45) Tandoğan, H., age. sh. 123; Saymen, F.H. - Elbir, K. Türk Borçlar Hukuku İstanbul 1958, sh. 425; Karahasan, M.R. age., sh. 155

(46) Tandoğan, H., age., sh. 123; Karahasan. M.R. age., sh. 155

iş sahibinin zarara uğraması halinde BK. m. 100'e benzer bir sorumluluk doğduğu söylenebilir. İkincisi ise üçüncü şahsın zarara uğraması halinde noterin sorumluluğudur ki bu da BK. 55 inci maddedeki adam kullananın sorumluluğuna benzemektedir. Ayrıntıları farklı olan bu iki sorumlulu khaline benzemekle birlikte özel bir yasada yer alan noterin sorumluluğu için NK. 162 inci maddenin uygulanması gerekecektir.

2 — Uygulamada :

Noterlerin uygulamada karşılaşabilecekleri sorumluluk hallerini eksiksiz olarak saptamak olanaksızdır. Zir akişilerin ne tür bir işlem için notere başvurabileceklerini önceden kestirmek mümkün olmadığı gibi görevlerinin önemi nedeniyle büyük sorumluluk altında bulunan noterlerin işlerine gereken titizliği göstermeleri karşısında sorumlu tutuldukları durumlar son derece az bulunduğundan uygulamada da bu hususlara dair kararlara raslamak pek mümkün olamamaktadır. Bununla beraber genel kurallar çerçevesinde bazı sıralamalar yapılabilir.

a) Noterin düzenleme şeklinde yapacağı işlemleri kanun şekle bağlamıştır (NK. m. 84). Düzenlenen işlemin tanzim yeri ile tarihini gerçeğe uygun olarak yazmak gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu hususun, işlemin geçerlilik şartı olduğuna karar vermiştir (47). Keza düzenlemenin şekil şartlarından biri olan noterin imzasının bulunmaması işlemi geçersiz kılar. Nitekim Hukuk Genel Kurulu örneği imzalanıp ilgiliye verilmiş ancak aslı imzasız olarak dairede kalmış olan bir evlât edinme sözleşmesini hükümsüz saymıştır (48). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de şekil şartlarına uymadan tanzim edilen vasiyetnamenin geçersizliğine karar vermiştir (49).

b) NK. 89. maddesindeki hüküm gereğince, nitelikleri bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekâletnameler, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlât edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi gibi işlemlerin düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Aksi takdirde işlem geçersiz olacağından bundan zarar görenlere karşı noter hukuken sorumludur. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, tek taraflı olarak düzenlenen satış vaadine dair noter senedinin geçersizliğine düzenleme biçiminde yapılmamış

(47) HGK. 9.10.1971 T. 4/58 E., 64 K., Olgaç, S. Borçlar Kanunu, C. 1, sh. 836
(48) HGK. 18.2.1964 T. 2/147 E., 90 K., Özüarı, R., age., sh. 70
(49) 4.HD. 16.12.1947 T. 4723 E. 5319 K., Atabek, R., agm., sh. 19

olan bu sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle tarafların verilen paranın faiziyle taşınmaz maldan elde edilen faydanın ödettirilmesini isteyemiyeceklerine karar vermiştir (50). 1512 Sayılı Noterlik Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan paylaşım sözleşmelerinin düzenleme şeklinde yapılmasının geçerlik aşrtı olduğuna karar veren Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bu görüşümüzü açıkca doğrulamaktadır (51). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararında da 2490 sayılı yasaya göre yapılacak ihale sözleşmelerinin düzenleme şeklinde yapılmamış olmasının ilemiş geçersiz kılacağı belirlenmiştir (52).

c) Noterler kanunların emredici hükümlerine aykırı hususlarda işlem yapamazlar (NK. m. 53).

Yürürlükteki kanunların tümünü bilmesi gereken daha doğrusu bildiği kabul edilen noterler, bu kanunların emredici hükümlerine aykırı işlem yapamazlar (53). BK. m. 19'da akidlerin ahlâka aykırı olamıyacağı hükme bağlanmıştır. Bu tür tanzim veya tasdiki hiç bir hüküm ifade etmiyeceğinden noterin sorumluluğunu gerektirebilir. Örneğin; nikâhsız olarak birlikte yaşamak için yapılan sözleşmenin konusu ahlâka ve adaba aykırı bulunduğu cihetle sendein iptali gerektiği sonucuna varılmıştır (54). Yine, 775 sayılı Gecekondu Kanununun 34 üncü maddesinde bu tür taşınmaz malların 20 yıl süre ile devir ve temlik edilemiyeceği, rehin ve diğer ayni haklarla takyit edilemiyeceği ve satış vaadi sözleşmesine konu yapılamıyacağı hükme bağlanmış olduğundan bu tür taşınmaza dair yapılacak satış sözleşmeleri ya da satış vaadi sözleşmelerinin geçersiz olduğu bu nedenle de noterin sorumluluğunu gerektireceği Adalet Ve Maliye Bakanlıkları'nın çeşitli tamim ve mütalâalarında açıklanmıştır (55). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında taraflardan biri için ekonomik yıkıntı teşkil edecek derecede ağır bir cezaî şart ihtiva eden sözleş-

---

(50) HGK. 27.9.1972 T. 968/1-717 E., 972/750 K. Gürsoy - Eren - Cansel, age. sh. 521; 17.3.1976 T. 1974/4-283 E. 976/1134 K. YKD. C. 3, sa. 1. sh. 26-27

(51) 2.H. 13.12.1977 T. 8381 E. 8622 K., YKD. C. 4, sa. 9, sh. 1452

(52) 4.HD. 9.2.1976 T. 9298 E. 10711 K., YKD. C. 4, sa. 6, sh. 903

(53) Özüari, R. age. sh. 40; Çalkın; F. - Tuğsavul, M. age. sh. 213

(54) 4.HD. 7.12.1934 T. 52 E. 45 K., Öztürk, Fahrettin, Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesi Emsal Kararları, Ankara 1959, sh. 11

(55) Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü (Müt.), 12.1.1966 T. 06-20/938-11394; 5.1.1967 T. 06-20/5167-00076 sayılı müt.; Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü (müt.) 12.12.1967 T. 26219 10.5.1974 T. 54/4-14241 sayılı müt. Mütalâa ve tamimler, Adalet Bakanlığı yayını, yeni Seri No. 28, Ankara 1976, sh. 226

menin ahlâka aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunu kabul etmiştir (56).

BK. nun 91. maddesine istinaden emanet paranın notere tevdi edilmesinin geçersiz olduğu, başka bir deyişle borçluyu borcundan kurtaramıyacağı zira anılan maddede alacaklının temerrüdü halinde borçlunun borçtan kurtulmak için tevdi edeceği paranın tevdi yerini hakimin tayin edeceği belirlenmiştir (57). Bu hükmü gözönünde tutmayıp tevdi edilen şeyi emaneten kabul eden noter, sonuçta borçlunun borçtan kurtulmamış olması nedeniyle doğacak zarardan sorumlu tutulacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, noterde düzenlenecek kefaletnamelerde kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkca belirtilmesi BK. 484 ncü maddesinin amir hükmü olduğundan bu kaydı ihtiva etmeyen kefaletnamelerin geçersiz olacağına karar vermiştir (58).

d) Noter, işlemin yapılması sırasında tarafların hüviyetlerini tesbit ederken ve imzalarını alırken gerekli titizliği göstermek zorundadır. Federal mahkeme,-bir borç senedinin tanzimi sırasında bir şahsın kefalet ettiğini görerek kefaleti kabul eden diğer bir şahsın bilahare birinci kefilin imzasının sahte olduğunun anlaşılması üzerine ödemekle yükümlü olduğu miktar için noterden tazminat talep etmesini kabul etmiştir (59).

e) Noter kamu hizmeti gördüğünden, sadece kendisiyle işlem yapanın emrine göre değil üçüncü kişilerin menfaatlerini de koruyucu şekilde harekete mecburdur. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında, alacağın temlikine dair noterde yapılan temlik işleminin borçluya bildirilmemesine dair temlik edenin emrine göre hareket ederek borçluya durumu bildirmemiş olan noterin tazminatla yükümlü tutulacağını kabul etmiştir (60).

f) Noterlerin yetki çevresi Noterlik Kanununun 2'nci maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu nedenle noterlerin yetkisi dışında bulunan bir işlemi yapmaktan kaçınması gerekir. Aksi takdirde yasalarla yetkinin geçerlik koşulu olduğu gösterilen işlemlerin hükümsüzlüğünden

---

(56) HGK. 20.3.1974 T. 1053 E. 22 K. TNBHD. sa. 17, sh. 8 Ahmet Zeyneloğlu
(57) A.B. HİGM. 3.6.1976 T. 49/4-12074 Tam., Mütalâa ve Tamimler, sh. 227-228
(58) HGK. 29.11.1972 T. 730 E., 966 K., Karahasan, M.R., age. sh. 1425
(59) ATF. 1917 I 433. Daeppen/Raymond, Le code des obligations, sh. 80 (Atabek, R. agm. sh. 19) Naklen
(60) 4.HD. 27.12.1957 T. 3452 E., 7694 K., Olgaç, S. age. sh. 1217; Öztürk F. age. sh. 207

dolayı noterin sorumluluğundan sözedilebilir. Örneğin; MK. m. 688'de mülkiyeti muhafaza kaydıyla menkul mal satımını ancak alıcının ikametgâhındaki noterce tasdik ve sicile kaydedildiği takdirde geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Buna uymayan işlemin geçersiz olması gerekecektir. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de bu konuda aynı noktadan hareket ederek sözleşmenin yetkisiz noterce yapılmış olması nedeniyle geçersizliğine karar vermiştir (61). Buna benzer hükümler taşıyan yasalardaki; karı koca arasındaki mal rejimi sözleşmelerinde (MK. m. 237-240) poliçelerle ilgili protesto işlemlerinde (TTK. m. 667, 690), ticari defterlerin onaylanmasında (TTK. m. 66 ve VUK. 223), Halk Bankasından rehin karşılığı alınan makina ve teçhizatın karşılık tutulmasında bunların noterdeki sicile kaydına dair (2284 sayılı T. Halk Bankası Kanunu m. 1) işlemlerde olduğu gibi hep yetkili noterden bahsedilmiştir (62). Noterin bu konularda işlem yaparken çok dikkatli olması gerekir. Aksine davranışın sorumluluk getireceği tabiidir.

g) Noterler tatil günlerinde ve iş günlerinin tatil saatlerinde ancak vasiyetname tanzim ve tasdikiyle gecikmesinden zarar umulan işlemleri yapabilirler (NK. m. 52).

Buradaki, "... gecikmesinden zarar umulan..." halin takdiri notere bırakılmış olmakla birlikte doğacak sonuçların önemi dikkate

(61) 13.HD. 13.10.1973 T. 7518 E., 9133 K., TNBHD. sa. 8, sh. 83

(62) Paşamehmetoğlu, Yavuz., Noterliğin Yetki Çevresi (m), TNBHD. sa. 9, sh. 67-68

alınarak bunun tayininde son derece titiz davranmak gerekir aksine davranışın sorumluluk getireceği tabiidir. Nitekim Yargıtay, noterlerin davet edildikleri genel kurul toplantısının özellikle oy verme ve ayırım işlemlerinin yapıldığı sırada hazır bulunmaya mecbur olduklarını, işin hafta tatili gününe rastlamasının bu görevin yerine getirilmesine engel olamıyacağını bu nedenle de sendika tarafından noter aleyhine açılan tazminat davasının kabulü gerektiği belirlemiştir (63).

h) Noter, işlemlerin yapılmasında üçüncü kişileri zarara uğratacak kasti davranışlardan kaçınmalı, yanında çalıştırdığı kimselerin eylemlerinden de sorumlu olduğundan onların seçiminde gereken özeni göstermelidir. Yargıtay müteaddit kararlarında noterin, üçüncü şahsın bu yüzden uğradığı zararını tazminle mükellef olduğunu kabul etmiştir. Örneğin; düzenlenen sahte vekâletnameye istinaden tapuda işlem yapılmasını müteakip durumun anlaşılması üzerine noter hukuken sorumlu tutulmuştur (64).

---

(63) 4.HD. 31.1.1978 T. 977/834 E., 978/1032 K., ABD. Sa. 1978/2, sh. 332

(64) 4.HD. 6.5.1977 T. 976/4222 E., 977/5513 K., yayınlanmamıştır.

4. Hukuk Dairesi başka bir kararında, düzenlediği vekaletnameye müvekkilinin iradesini yansıtmayan bir çıkıntının sonradan kâtibi tarafından eklenmiş olmasını noterin vaki zararı tazminle yükümlü olmasına yeterli bulmuştur (65).

i) Noter, başkaları adına işlem yapacaklardan gereken yetki belgelerini aramalıdır. Örneğin; başkasını vekil etmek isteyen vekilin başkasını vekil etmeye yetkisi bulunup bulunmadığını tahkik ile mü) kelleftir (NK. m. 79). Bunun aksine davranışın sorumluluğu doğuracağı muhakkaktır (66).

i) Noterlik Kanunu ile diğer kanunlarda notere yükletilen sorumlulukların yanı sıra bazı özel kanunlarda da noterin tazminle yükümlü olacağı haller hükme bağlanmıştır. Bunların başında 1318 sayılı Finansman Kanunu gelir. Anılan Kanunun 10 ncu maddesinde, taşıt alım vergisinin ödenmesinden önce satış işlemini düzenleyen noter, mükellef ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Bu hüküm karşısında noterin, taşıt alım vergisinin ödendiğini gösteren belgeyi görmeden satış senedini tanzim etmemesi gerekir.

Keza 1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu da (m. 50) "Düzenleme ve tasdik işlemleri noterin kusurundan dolayı mahkeme tarafından hükümsüz addolunursa noter aldığı harç ve ücretler tutarını şahsen tazminle mükelleftir. Harç ve ücretlerin tanzim edilmiş olması ilgililerin genel hükümler dairesinde noterden ayrıca zarar ve ziyan istemesine engel teşkil etmez" hükmünü taşımaktadır.

Görüldüğü gibi bu kanun da 1512 sayılı Noterlik Kanunu gibi özel bir sorumluluk halini öngörmektedir. Ancak burada esas olan, noterin kusurunun bulunması koşulunun yanısıra sadece düzenleme ve tasdik işlemlerinden doğan zararların tazminidir. Maddede noterin çalıştırdığı kişilerden bahsedilmemekte ise de Noterlik Kanununun 162 nci maddesindeki geniş kapsamlı hüküm noteri kusursuz hallerde dahi sorumlu tuttuğuna göre kusurlu eylemlerin çalıştırılanlara ait olması halinde de sorumluluk doğurması kadar tabii bir şey olamaz.

Ancak, Harçlar Kanunundaki bu hüküm kanımızca, sadece harç ve ücretlerin iadesi konusunda bir açıklık taşıması bakımından uygulama alanı bulabilirse de ikinci fıkradaki tazminatla ilgili hüküm, 1512 sayılı Kanundaki geniş kapsamlı sorumluluk hükmü karşısında uygulama olanağı bulunmayan bir mahiyet taşımaktadır.

---

(65) 4.HD. 4.12.1974 T. 973/3658 E., 974/16534 K., Dalamanlı, Lütfü. Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1976, C. I, sh. 573

(66) A.B. HİGM. 30.12.1964 T. 21720 müt. - mütalâa ve tamimler, sh. 236

3) — Yabancı Memleketlerde Noterlik İşlerini Görenlerin Sorumluluğu ve Yasal Boşluk

Yabancı memleketlerde noterlik işleri konsoloslar tarafından görülür (NK. m. 191). 1512 sayılı Noterlik Kanununun gerekçesinde, "Yabancı memleketlerde yapılacak noterlik işleri konusunda tereddüt ve aksaklıkları giderici hükümler getirilmiş olup, yabancı memleketlerde noterlik görevini yerine getiren memurlarımızın yetki ve yükümlülükleri açıklığa kavuşturulmuş bulunmaktadır" (67) denmesine rağmen kanunda, bu görevle yükümlü kılınmış konsolosların hukuki sorumluluğundan nedense bahsedilmemiştir.

Noterlik Kanununun 207. maddesiyle değiştirilen Harçlar Kanunu m. 72'de, konsoloslar tarafından yapılacak noterlik işlemlerinde de noter harçlarına dair hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hükümden, konsoloslar hakkında da Harçlar Kanunu m. 50 hükmünün uygulanabileceği sonucuna varılabilir. Başka bir deyişle, düzenleme ve tasdik işlemleri konsolosların kusurlarından dolayı mahkeme tarafından hükümsüz addolunursa konsolos, aldığı harç tutarını şahsen tazminle yükümlüdür. İlgili ayrıca genel hükümler dairesinde konsolostan zararının tazminini isteyebilir (68). Daha önce de değinildiği gibi bu maddedeki sorumluluk kusura dayandığı gibi sadece düzenleme ve tasdik işlemlerini kapsamaktadır. Oysa NK. m. 162 deki hukuki sorumluluk bütün noterlik işlemlerini içeren objektif sorumluluk biçiminde düzenlenmiştir (69). Konsoloslar hakkında bu hükmün uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Zira konsoloslar hakkında 1512 sayılı Kanunun uygulanacak hükümlerini sayan m. 193 de nedense 162 nci maddeye yer verilmemiştir. Kanun koyucu bunun nedenini açıklamamıştır (70). Bizce, konsolosun Devlet memuru olduğu düşünülürse kanun koyucunun konsolosun eyleminden Devleti sorumlu tutmayı amaçladığı söylenebilir.

Borçlar Kanununda Devletin sorumluluğu ile ilgili genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yüzden Kanun Koyucu Devletin sorumlu tutulmasını istediği hallerde özel kanunlara özel hükümler getirmiştir. Ancak, mevzuatımızda konsoloslarla ile ilgili özel bir sorumluluk hükmü de bulunmamaktadır.

---

(67) MMTD., C. 18, Dö. 3, S. sayısı 130, sh. 3

(68) Ökçün, Gündüz. Konsolosların Noterlik Görevi, SBFD., C. XXVII, No. 2 den ayrı basım, Ankara 1972, sh. 40

(69) Ökçün, G., agm. sh. 40

(70) Ökçün, agm., sh. 40

Bununla beraber 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda (m. 13) kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil ilgili kurum aleyhine dava açacakları, kurumun da genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı bulunduğu hükme bağlanmıştır (71). Bu hüküm ilk bakışta görüleceği gibi "... kamu hukukuna tabi görevler..." den bahsetmektedir. Sözü edilen maddenin gerekçesinde de, "bu madde, kamu hukukuna tabi görevler bakımından idare edilenlere verilecek zararlar konusundaki sorumluluğu düzenlemektedir. Hususi hukuka tabi hizmetlerde çalışan personel bakımından tabii hususi hukuk esasları uygulanacaktır. Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir. Herşeyden önce idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler, kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlarda doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde özellikle büyük zararlar bakımından, davayı kazansalar bile ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. İkinci teminat ise memur bakımındandır. Bu gibi personel görevlerini yerine getirirken daimi bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşılmayacaktır" denmektedir (72). Kanunun gerekçesinden, amacın hem zarara uğrayanı ve hem de memuru korumak olduğu kolayca anlaşılmaktadır.

Devlet memuru olan konsolosların, NK. m. 1'de, "Kamu Hizmeti" olarak tanımlanan noterlik işlerini ayrı bir ücret de almadan yerine getirdikleri gözönünde tutulduğu takdirde sorumlulukları hakkında 657 sayılı Kanunun 13. maddesinin uygulanacağı sonucuna varılır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun kabulünden sonra bazı yazarlar anılan yasanın 13 ncü maddesinin, memurların fiilinden meydana gelen zararlardan dolayı doğrudan doğruya memur aleyhine dava açmayı önlediğini savunmuşlardır (73). Bizim de katıldığımız bu görüşten hareket edildiği takdirde, konsolosların noterlik görevlerinden doğacak zararlardan Devlet sorumlu olacak ancak kusurun mevcuduyeti halinde konsolosa rücu edebilecektir (74).

---

(71) Alikâşifoğlu, Kemalettin., Gerekçeli Açıklamalı İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu, Ankara 1978, sh. 31-34

(72) Alikâşifoğlu, K., age., sh. 31

(73) Gürsoy, K.T. — Eren, F. — Cansel, E., age., sh. 227

(74) Alikâşifoğlu, K. age., sh. 31-32

Ancak yukarıda da değinildiği gibi mevzuatımızda konsolosların noterlik görevleri sırasında neden oldukları zararlara karşı sorumlulukları söz konusu olabileceğinden noterlerin sorumluluğu konsolos-

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 ncü maddesinin uygulanması halinde kusurlu oldukları takdirde devlete karşı sorumlulukları söz konusu olabileceğinden noterlerin sorumluluğu konsoloslara nazaran daha ağır bir mahiyet arzetmektedir.

Yasal boşluk nedeniyle konsolosların noterlik eylemleri nedeniyle ortaya çıkan zararlardan hiç sorumlu tutulmamaları ise hakkaniyet kaidesine aykırı olduğundan bu gün için bize göre 657 sayılı Kanunun 13. maddesi uygulanırsa da bu konudaki yasal boşluğun doldurulması için konsolosların sorumlulukları hususunda da bir hüküm getirilmesi gerekmektedir.

IV — KAMU HUKUKU BAKIMINDAN SORUMLULUK

Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun Devletin sorumluluğunu hükme bağlayan 61 inci maddesi Kanununmuza alınmamıştır. Bunun nedeni İsviçre'deki Devlet Sisteminin bizim sistemimize uygun olmamasından ileri gelmekte olup Devlet sorumluluğunun tanınmaması maksadına dayanmamak lazım gelir (75). Nitekim mevzuatımızda Devletin sorumluluğunu öngören bazı hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin; MK. m. 917, f. I gereğince hazine, tapu sicillerinin tutulmasından doğan zararlardan sorumludur. Bu hüküm TTK. m. 27, f. II gereğince ticaret sicilleri; m. 839, f. III gereğince gemi sicilleri hakkında da uygulanır (76). Yine MK. 818'e göre irat senetlerinin ana parasına esas teşkil eden değerlerin gereken titizlikle takdir edilmemesinden hazine sorumludur (77). Bunun gibi İcra ve İflân Kanunu m. 6 ile MK. m. 410'da hükme bağlandığı üzere Devlet, İcra ve İflâs memurlarının görevlerini yaptıkları sıradaki kusurlarından ileri gelen zararlarla vasi ve vesayet daireleri tarafından ödenmeyen zararlardan sorumlu tutulmuştur (78). Son olarak 3464 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu m. 62, f. I'de de Devletin manevra ve atışlar dolayısıyla vukua gelen zararlardan sorumlu olduğunu görmekteyiz (79).

---

(75) İBK. 8.1.1947 T. 10/1, Çalkım, F. — Tuğsavul, M. age., sh. 228

(76) Gürsoy, K.T. — Eren, F. — Cansel, E. age., sh. 221-227; Tandoğan, H. age. sh. 100; Saymen, F.H. — Elbir, K. age., sh. 442; Karahasan, M.R. age., sh. 212-230

(77) Tandoğan, H., age., sh. 101

(78) Tandoğan, H., age., sh. 101-102; Reisoğlu, Kemal. İstihdam edenin mesuliyeti Ankara 1958, sh. 111

(79) Tandoğan, H., age., sh. 102; Reisoğlu, K., age., sh. 112-113

Noterlik Kanununun 162 nci maddesinde Devletin sorumlu olacağına dair bir kayıt yoktur. Kanun koyucu, noterin sorumluluğunu düzenlerken Devleti bu sorumluluğun dışında tutmuştur.

Noterlik müessesesinin değişik statülere tabi tutulduğu İsviçre Kantonlarının pek çoğunda da Devlet noterlik işlemlerinden doğan zararlardan sorumlu tutulmamıştır. Örneğin; Neuchatel, Vaud, Firibourg, Bern, Bal-Will gibi Kantonlar'da sorumluluk notere aittir (80). Zurich kantonunda ise Devletin ikinci derecede sorumluluğu kabul edilmiştir. Yani noterlik işlemlerinden doğan zarar noter tarafından tazmin edilir. Ancak noter tarafından karşılanamadığı takdirde zararı Devlet tazmin eder (81). Thurgovie, Soleure ve Grisons Kantonları'nda ise doğrudan doğruya Devlet sorumludur. Noter ise Devlete karşı sorumludur (82).

Kantonların noterlere tanıdıkları statülerin ayrı olması nedeniyle Devletin sorumluluğu konusunda da ayrı hükümler getirmiş olmaları haklı gösterilebilir. Bizde de noterlerin Devlet memurları olarak kabul edilmemiş olması Devletin sorumlu tutulmaması sonucunu doğurmuştur. Danıştay'da emanet parayı zimmetine geçiren noter hakkında Devlet aleyhine açılan tazminat davasını, noterin sorumluluğunu düzenleyen özel yasada noterin eylemlerinden Devletin sorumlu olacağına dair bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir (83). Danıştayın bu kararı herne kadar eski Noter Kanunu zamanında verilmiş ise de sonradan kabul edilen 1512 sayılı Noterlik Kanununda da Devletin sorumlu olacağına dair bir hüküm yer almadığından mevzuatımıza göre noterlerin görevlerinden doğan zararların tazmini bakımından Devletin hiçbir yükümlülüğü bulunmamaktadır (84). Ancak, daha öncede değindiğimiz gibi yabancı memleketlerde noterlik görevi ile de yükümlü bulunan konsolosların aynı zamanda Devlet memuru olmaları nedeniyle noterlik işlemlerinden doğan zararlardan 657 sayılı Kanunun 13 ncü madde gereğince Devlet sorumlu bulunmaktadır.

V — ZAMANAŞIMI

1) — Noterin Sorumluluğu Halinde Zamanaşımı :

Türk Hukuk Sisteminde noterle iş sahibinin hukuki ilişkisi, daha önce de bahsettiğimiz gibi henüz açıklığa kavuşmamıştır. Diğer bir

(80) FJS. 74 1972, sh. 5-11
(81) FJS. 74 1972, sh. 15
(82) FJS. 74 1972, sh. 17-19
(83) D.6.D., 27.2.1952 T. 1951/1042 E., 1952/444 K., Gürsel, N., age. sh. 92
(84) Tandoğan, E., age., sh. 132

deyişle, noterin iş sahibi ile olan hukuki ilişkisi akdi bir ilişki olarak nitelendirilmemiştr. Bu nedenle gerek iş sahibinin gerekse üçüncü şahsın noterlik işlemleri dolayısıyla uğradıkları zararın haksız fiil sorumluluğuna bağlanması zorunlu görülmektedir.

Noterlerin hukukî sorumluluğunu düzenleyen Noterlik Kanununda zamanaşımına dair özel bir hüküm yer almamıştır. Öğretide, yasalarca özel bir zamanaşımı getirilmemişse bütün haksız fiiller hakkında BK. m. 60'daki hükmün uygulanması gerektiği benimsenmiştir (85). Bu görüşün ışığı altında noterlerin sorumluluğu konusunda da BK. m. 60'ın uygulanacağı yani noter hakkında haksız fiile dayanılarak açılacak tazminat davasının zarara uğrayanın zararı ve failini öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zarar doğuran fiilin vukundan itibaren on yıl içinde açılması gerektiği hatırda tutulmalıdır. Tabii ceza davası açılmış ise BK. m. 60'daki hükmün buna dair olan kısmı uygulanacaktır.

2) — Devletin Sorumluluğu Halinde Zamanaşımı :

Devletin hukuki sorumluluğunu düzenleyen 657 sayılı Kanunda (m. 13) zamanaşımıyla ilgili özel bir hüküm bulunmadığından Devletin sorumluluğu halinde de BK. m. 60'daki hükmün uygulanması gerekir.

3) — Rücu Hallerinde Zamanaşımı :

Bu konuda zamanaşımını ikiye ayırarak incelemek gerekir.

a) — **Noterin personeline rücuunda zamanaşımı** : Noterlik Kanununun 162 nci maddesi sadece noterin sorumluluğunu düzenlemiş, f. II'de ise noterin personeline rücu hakkı bulunduğundan bahsetmekle yetinmiştir. Görüldüğü gibi Noterlik Kanunundaki özel hüküm ne personelin notere karşı sorumluluğundan ve ne de rücunun zamanaşımından bahsetmemiştir. O halde noter personelinin notere karşı olan sorumluluğunda genel sorumluluk hükmünün (BK. m. 41) uygulanması gerekecektir. Yalnız Noterlik Kanunu Yönetmeliğinde (m. 12) noterin, yanında çalıştıracağı personelle sözleşme yapma zo-

(85) Karacabey, Ömer Faruk., Haksız fiillerde Zamanaşımı (m), YD.C. sa. 4, sh. 485; Von Thur., Borçlar Hukuku (Çev. Cevat Edege) İst. 957 sh. 413; Tunçomağ, Kenan., Borçlar Hukuku, İstanbul 1972, sh. 320 Becker, H., Borçlar Kanunu (Çev. Kemal Reisoğlu) Ankara 1969, C. I Fas. II, sh. 362; Tandoğan, H. age. sh. 359; Gürsoy, K.T. Haksız fiilden doğan talep hakkı ve bu hakkın diğer talep haklarıyla yarışması (m), AÜHFD. 1974/1-4, sh. 176-178

runluğu bulunduğuna göre noter ile personeli arasındaki ilişki akdi bir ilişkidir. Bu yüzden noter ödediği tazminat için dilerse BK. m. 41'e dayanarak BK. m. 60'daki bir yıllık süre içinde, dilerse BK. m. 96'ya dayanarak BK. m. 125'deki on yıllık süre içinde rücu davası açabilir.

b) — Devletin konsolosa rücuunda zamanaşımı : 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda Devletin personeline genel hükümlere göre rücu hakkı bulunduğu belirlenmiştir. Bu açık hüküm karşısında Devletin de tazminat olarak ödediği miktar için sorumlu konsolosa karşı açacağı rücu davasında BK. m. 60'daki hüküm göz önünde bulundurulacaktır.

VI — GÜVENCE

1) — Genel Olarak :

Bu bölümde, noterlik görevinin ifasından doğan zararlara karşı alınması gerekli önlemlerle bunun önemi üzerinde durulacaktır.

Gerek memleketimizde gerekse bir çok batı ülkesinde noterlerin sorumluluk sınırlarının ve yasalarla belirlenen tazminat miktarlarının arttırıldığı görülmektedir (86). Noterliğin güven duyulması gereken bir kurum olduğu noktasından hareket edilerek noterlerin en küçük hataları bile hoşgörü ile karşılanmamış ve dairesinde vuku bulan olayların tümünden kendisi hazır olsun olmasın sorumlu tutulmuştur (87). Bu konuda gösterilen titizliğe, üçüncü şahısların hukukunun korunması gereği büyük etken olmuştur.

İşte bu geniş sorumluluk alanı ve hudutsuz tazminat yükümlülüğü, bu müessesenin güvence altına alınması konusunu ortaya çıkarmıştır. Noterlerin bu suretle bir derecede de olsa korunmaları gereğine karşın durum zarara uğrayan yönünden incelendiğinde de güvencenin ikinci gerekli nedeniyle karşılaşılır. O da, zarara uğrayanın güvence altına alınmasıdır.

Gerçekten, tamamen güvene dayanarak işini yaptıran kişinin, bu işlemin yanlış veya eksik yapılmasından ya da hiç yapılmamasından doğacak zararının çok büyük olması ve bunu noterin şahsen karşılama olanağından yoksun bulunması halinde ne olacaktır? İşte noterlik işlemlerinden doğacak zararları karşılamak için önlemler alınmasına bu nedenler amil olmuştur.

---

(86) Atabek, R. agm. TNBHD. sa. 4, sh. 44
(87) Atabek, R. agm. TNBHS. sa. 4, sh. 44

Memleketimizde noterlik işlemlerinden dolayı Devletin sorumluluğunu kabul etmeyen yasalar, noterin zarar vereceği üçüncü kişiyi koruma yolunu seçmiştir. 3456 sayılı eski Noter Kanununun 16. maddesinde, göreve yeni atanan bir noterin iki ay içinde noterlik dairesinin bir yıllık gayrisafi gelirinin % 10'u oranında teminat parası yatıracağı, takip eden yıllarda da her yıl için bir evvelki yılın gayrisafi gelirinin % 3'nü teminat olarak vereceği, bu paranın noterin görevi dolayısıyla sebebiyet vereceği zararların tazminiyle bu yüzden mahkûm olabileceği para cezasına karşılık teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. 1512 sayılı Noterlik Kanunu da buna benzer bir hüküm taşımaktadır (m. 38) ancak, ilk teminat oranı % 5'e, yıllık teminat miktarı da % 1'e indirilmiştir. Kanun gereğince (m. 38) sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait bulunan milli bir bankaya yatırılan bu paranın temlik ve terhin edilememesi ve haczinin dahi kısıtlanması bu teminatın daha çok zimmet ve ihtilas gibi suçlardan doğan zararlarla bunlara bağlı para cezalarının tahsiline kolaylık sağlamak amacıyla getirildiğini düşündürmektedir. Oysa amaç, noterin ve zarara uğrayanın zararının karşılanmasıdır. 1512 sayılı Kanunla bu teminatın oranları dahi düşürülmüş olduğundan bugün için anılan maddenin noterlik işlemlerinden doğacak muhtemel zararları karşılamaya yeterli olacağı söylenemez.

2) — Mali Sorumluluk Sigortası.

Çağımızda iş sahalarının genişlemesi ve değişik iş türlerinin artması, hata yapma ve dolayısıyla da zarar doğması ihtimalini birlikte getirmiştir. Devamlı çoğalan ve büyüyen bu zarar tehlikesine, kişiler ne denli güçlü olurlarsa olsunlar tek başlarına karşı koyamazlar. İşte bu düşünce sigorta müessesesinin doğumuna ve gelişmesine neden olmuştur (88).

Sigorta, sorumluluğu kişilerin üzerinden alarak daha geniş bir kitlenin üzerine taşımakta ve böylece de zarara uğrayan, karşısında ödeme gücü bulunmayan bir kimse yerine zararını karşılayabilecek güçlü bir kuruluş bulmaktadır. Başka bir deyişle, sorumlu kişinin sorumluluğu hukuki açıdan mevcudiyetini korumakla birlikte zararın ödenmesinin söz konusu olduğu andan itibaren örgütlenmiş sorumluların tümü arasında dayanışmayı sağlayan sigorta kuruluşu, sorumlunun yerini almaktadır (89).

---

(88) Atabek, R. agm. Sa. 4, sh. 44
(89) Atabek, R. agm. Sa. 4, sh. 45

Bu yola çeşitli meslek mensuplarınca gidilmekte olmasına karşın henüz noterlik mesleği için memleketimizde bir sigorta yolu seçilmemiştir. Buna karşılık batı ülkelerinin bir kısmında noterlerin mali sorumluluk sigortası yaptırması zorunludur. Örneğin; İsviçre'de noterliğin serbest meslek olduğunu kabul eden Vaud Kantonunda noter olabilmek için 150.000 franklık bir garanti vermek ve 500.000 franklık hukuki sorumluluk sigortası yaptırmak gerekir (90). Yine, Firibourg'da noterin 30.000 franklık garantiyle 100.000 franklık sigorta yaptırması zorunludur (91). Noterlik işlemlerinden doğan zararlardan devleti sorumlu tutan Grisons Kantonunda da sigortayı devlet yaptırmakta ancak, noteri de 500.000 franklık riski karşılıyacak miktarda pirim ödemekle yükümlü tutmaktadır (92). Federal Almanya'da halen noterlerin mesleki hukukunu düzenleyen Federal Noterlik Nizamnamesi sigorta konusunda bir hüküm ihtiva etmediğinden Adalet Bakanlığı bu konuda bir tasarı hazırlamış bulunmaktadır. Buna göre, her noter mesleğin icrası sırasında ortaya çıkabilecek zararlara karşı kendini sigorta ettirmek, mesleği icra ettiği sürece bu sigortayı devam ettirmek mecburiyetindedir. Asgari sigorta bedeli 500.000 mark olacaktır. Buna ilaveten noter odaları, bu mecburi sigortayı tamamlayan sigorta mukavelesi akdetmeğe yetkili olacaklardır. Bu toplu sigortanın da miktarı en az 500.000 marktır. Bu tasarı yasalaşırsa her noter bir milyon marklık zarara karşı sigorta ettirilmiş olacaktır. Bu gün Federal Almanya'da noter odaları bir mecburiyet olmamakla birlikte, bir noterin kasıtlı olarak iş sahiplerinin emanet paralarını zimmete geçirmesinden doğacak zararlara karşı üyelerini sigorta ettirmektedir (93).

Mali sorumluluk sigortasının zarar göreni korumasına karşın beraberinde getirdiği bazı sakıncaları bulunduğu da söylenebilir (94). Bunların başında, meslek mensubunun zararı sigorta ödeyeceği için işine gereken ilgiyi gösterme lüzumunu duymayacağı savı gelir. Bundan başka kanun koyucular da, sonuçta zararı nasıl olsa sigorta ödeyecek düşüncesinden hareket ederek sorumlulukta sınır tanımayan yasalar düzenlemekten kaçınmazlar. Mahkemeler de aynı düşüncenin etkisiyle takdir haklarını zarar görenin lehine kullanabilirler.

---

(90) FJS. 74 1972, sh. 5
(91) FJS. 74 1972, sh. 9
(92) FJS. 74 1972, sh. 19
(93) Dr. Brambring, 5.7.1977 Tarihli, Türkiye Noterler Birliğine yazısı (Alman Noterler Birliği Başkanı)
(94) Atabek, R. agm. sa. 4, sh. 45
(95) Atabek, R. agm. sa. 4, sh. 45
(96) Atabek, R. agm. sa. 4, sh. 45

Bu ise tazminat miktarını çoğaltacağından sigortacı da bu zararları karşılayabilmek için sigorta pirimlerini devamlı olarak artırmak zorunda kalır (95). Sayılan bu sakıncalarına rağmen yararları düşünülürse, büyük bir güvence kaynağı olan noter mesleki sorumluluk sigortasının akdedilmesi yerinde olacaktır (96).

Bu sigortayı her noter ayrı ayrı yaptırabileceği gibi Türkiye Noterler Birliğince tüm noterleri içeren toplu sigorta ya da noter odalarınca ve sadece üyelerini kapsayacak şekilde gurup sigortası yaptırılabilir. Ancak bu sigortanın yapılabilir olması yeterli değildir. Federal Almanya'da hazırlanan yasa tasarısında olduğu gibi bunun yasal zorunluk haline getirilmesi gerekir.

Sigorta akdi konumuz dışında kaldığından ayrıntılarına girmemekle beraber şu kadarını söyleyelim ki, mesleki mali sorumluluk sigortası her mesleğin özelliğine göre sigortacı ile sigorta yaptıran arasında saptanan koşulların yer aldığı bir akittir. Genel sigorta akdinin koşullarının yanısıra tarafların öngörecekleri özel şartlarıda içerebilir (97).

3) — Hukukî Sorumluluk Fonu :

Memleketimizde henüz yasal zorunluk bulunmadığı için noterlerin mali sorumluluk sigortası yaptırdığına raslanmamaktadır. Ancak, noterlerin bağlı bulundukları Türkiye Noterler Birliği tarafından noterlerin, NK. 162 nci maddesinde yer alan hukuki sorumluluklarını karşılamak üzere "Noterlerin Hukukî Sorumluluk Fonu" adı altında bir fon kurulmuştur (NHSYF. m. 1) (98).

Noterlerin kusursuz ve kovuşturmaya konu olmayan eylemleriyle kovuşturma yapılmış olsa bile takipsizlik, men'i muhakeme ve beraatle sonuçlanmış bulunan kasıtlı eylemlerinden dolayı mahkemece hükmolunacak tazminat ile ihmal suçundan mahkûmiyet halinde hükmolunacak tazminat ve personelinin her türlü eylemlerinden dolayı maruz kalacakları tazminatlar bu fondan ödenir (m. 2).

Fonun gelirlerini, Türkiye Noterler Birliği'nin kongrelerince kararlaştırılarak bütçesinden bu fona ayrılacak meblâğ ile bağışlar ve fonda toplanan paranın getireceği faiz vs. gibi gelirler teşkil eder.

---

(97) Atabek, R. agm. sa. 4, sh. 46

(98) Noterlerin Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği, Türkiye Noterler Birliği Yayını, No. 7, Ankara 1976

Bu fondan sadece mahkemece tazminata hükmedilmiş olan zararlara karşılık ödeme yapılır ancak, tazminatın 10.000 lira olması halinde tamamı, 10.000 - 50.000 lira ise yarısı, 50.000 - 250.000 lira ise 1/3'ü, daha fazla miktar için de 1/4'ü ödenir. Tazminatın geri kalan kısmı noterin uhdesinde kalır. Ayrıca noterin ceza hukuku bakımından hakkında takibat yapıldığı halleri kapsamamaktadır.

Noterlerin hukuki sorumluluğundan doğan zararların karşılanmasında başka sınırlamalar da getirilmiştir. Örneğin; bir mahkeme kararındaki tazminat için 500.000 liradan fazla ödeme yapılamıyacağı gibi (m. 4) notere yapılacak hukukî sorumluluk yardımı bir ödemeyi takip eden iki yıl içinde 500.000 liradan fazla olamaz. Bunun yanısıra, bu fondan yardım yapılması noter için mutlak bir hak değildir. Noter, tazminat ödenmesine dair kesinleşmiş mahkeme kararını kesinleşme tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye Noterler Birliği'ne bildirecek, yönetim kurulu ilgilinin evrakını inceleyerek yardımın yapılıp yapılmayacağını, yapılacak ise miktarını kararlaştıracaktır (m. 5).

Bu kısa açıklamadan da anlaşılacağı üzere, 1976 yılında yayımlanmış olan bu Yönetmelikle getirilen hukuki sorumluluk fonu noterle zarara uğrayan kişilerin bazı koşullarla da olsa bir miktar zararını karşılamayı amaçlamıştır. Hukukî sorumluluğun güvence altına alınması konusunda olumlu bir adım sayılabilecek olan bu fonun yeterli olduğu ve gereksinmeye tam anlamı ile cevap verebileceği söylenemez. Kanımızca, fonda yer alan yardım oranlarının arttırılması gerektiği gibi zarara uğrayan üçüncü kişilerin de doğrudan doğruya Türkiye Noterler Birliği'ne başvurarak uğradıkları zararın tazminini isteme olanağına kavuşturulmaları ve noterlerin ceza hukuku bakımından takibata uğradıkları hallerde de zarara uğrayana ödeme yapılması esasının getirilmesi amaca daha uygun düşecektir.

VII — SONUÇ

Noterlerin hukuki sorumluluklarıyla bu sorumluluğun gerek noter, gerekse zarara uğrayanlar yönünden güvence altına alınması konusunda yaptığımız bu incelemede; konuya öğretinin henüz yeterince eğilmemiş olması nedeniyle ancak genel sorumluluk konularını içeren yerli ve yabancı bazı bilimsel eserlerle mahdut sayıdaki makale ve Yargıtay kararından yararlanma olanağını bulabildik.

Müessesenin uzun bir geçmişi olmasına rağmen Ülkemizde nedense 1512 sayılı Yasanın yürürlük tarihi olan 1972 yılına kadar noterliğe gereken öne mverilmemiştir. Türkiye Noterler Birliği'nin anılan Yasa ile kuruluşundan sonra bu konuda bazı olumlu adımlar atılma-

ya başlanmış olmasını sevinçle karşılamak gerekirse de bugün için bunların yeterli olduğu söylenemez.

Bizce, her şeyden önce noterlerin hukukî statülerinin belirgin biçimde saptanması gerekmektedir. Yasada "Kamu Hizmeti" olarak tanımlanan görevi yapan kişiyi de "Kamu Görevlisi" olarak tanımlamakta büyük yarar vardır. Böylece, doğacak zararlardan Devleti sorumlu tutmak mümkün olabileceği gibi zarara uğrayanlar da tam bir güvenceye kavuşturulmuş olacaklardır.

Ayrıca, noterin iş sahibiyle olan hukuki ilişkisinin niteliğini saptama zorunluğu bulunduğuna da inanmaktayız. Zira yukarda da izaha çalışıldığı gibi noterin iş sahibiyle ilişkisi üçüncü şahısla olan ilişkisine benzememektedir. Bu ilişkinin niteliğine bu güne kadar Ülkemizde ne öğreti ne de uygulama değinmemiştir. İlişkinin özellik arzetmesi nedeniyle uygulanacak genel hükümlerin saptanmasında büyük yararı bulunacak olan "ilişkinin saptanması" na da gereken ilgi gösterilmelidir.

Bunun yanısıra, yabancı memleketlerde noterlik işlerini gören konsolosların bu görevleri nedeniyle sebep oldukları zararlardan sorumlu olmaları konusundaki yasal boşluğun doldurulmasıyla birlikte; daha önce kusura daaylı olarak hazırlanan tasarının Millet Meclisi'nde kusursuz sorumluluk haline dönüştürülmesinin noterlere son derece ağır bir sorumluluk yüklediği ve uygulamada kusursuz sorumluluk doğuran herhangi bir örneğe de raslanmamış olması dikkate alınarak noterlerin m. 162 deki sorumluluklarının kusura dayalı sorumluluk haline dönüştürülmesinin daha uygun olacağı sonucuna varmaktayız.

KAYNAKÇALAR

1 — ALİKÂŞİFOĞLU, Kemalettin : Gerekçeli Açıklamalı İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu, Ankara 1978

2 — ATABEK, Aeşat Dr. : Noter; Mali Sorumluluk Sigortası (Makale), Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı. 3-4

3 — BECKER, Hermann : Borçlar Kanunu (Çev. Kemal Reisoğlu) Ankara 1969

4 — BRAMBİRİNG, Dr. : Türkiye Noterler Birliğine 1977 Tarihli Yazısı

5 — CAMBERI, René : Fiches Juridiques Suisses 74 - 1972

6 — ÇALKIM, Fahri - TUĞSAVUL, Muhsin : Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, İstanbul 1948

7 — DALAMANLI, Lütfü, : Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1976

8 — EREN, Fikret : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975

9 — GELAL, Mehmet : Noterliğin Tarihçesi (Makale), Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı. 50. Yıl Özel Sayısı

10 — GÜRSEL, Nurettin - SUNAL, İ. Hakkı : Noterlik Mevzuatı Ve Tatbikatı, Ankara 1953

11 — GÜRSOY, Kemal Tahir : Haksız Fiillerden Doğan Talep Hakları Ve Bu Hakların Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Makale), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı. 1974/1-4

12 — GÜRSOY, Kemal Tahir : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1970

13 — GÜRSOY, Kemal Tahir - EREN, Fikret - CANSEL, Erol : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978

14 — KARACABEY, Ö. FARUK : Haksız Fiillerde Zamanaşımı (Makale), Yargıtay Dergisi, Cilt 4, Sayı 4.

15 — KARAHASAN, Mustafa Reşit : Tazminat Davaları, Ankara 1976

16 — OLGAÇ, Senai : Borçlar Kanunu, İstanbul 1959

17 — OSER/SCHÖNENBERGER : Borçlar Hukuku, I. Kısım (Çev. Recai Seçkin) Ankara 1947

18 — ÖKÇÜN, Gündüz Dr. : Konsolosların Noterlik Görevi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt. XXVII. No. 2'den Ayrı Basım. Ankara 1972

19 — ÖZTÜRK, Fahrettin : Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesi Emsal Kararları, Ankara 1959

20 — ÖZÜARI, Ruhi : Açıklamalı Noterlik Kanunu, Ankara 1975

21 — PAŞAMEHMETOĞLU, Yavuz : Noterliğin Yetki Çevresi (Makale), Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı. 9

22 — REİSOĞLU, Kemal : Noterlik Kanununun Hazırlanması Ve Amaçları (Makale), Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı. 4

23 — REİSOĞLU, Kemal : İstihdam Edenin Mesuliyeti, Ankara 1958

24 — SAYMEN, F. Hakkı - ELBİR, Kemal : Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1958

25 — TANDOĞAN, Halûk : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961

26 — TANJU, Fahrettin : Noter Ve Noterlik Kuruluşunun Türk Hukukundaki Yeri (Makale), Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, sa. 6

27 — TOYGAR, Kemal : Serbest Meslek mi? Kamu Hizmeti mi (Makale) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı. 3

28 — TUNÇOMAĞ, Kenan : Borçlar Hukuku, İstanbul 1972

29 — VON TUHR, Andreas : Borçlar Hukuku (Çev. Cevat Edege), İstanbul 952

30 — DEMOKRATİK ALMAN CUMHURİYETİ NOTERLİK YASASI (Çev. Dr. Ejder Yılmaz) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı. 13

31 — FEDERAL ALMAN NOTER KANUNU (Çev. Halis Tokdemir) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı. 6-9

32 — MÜTELÂA VE TAMİMLER. Adalet Bakanlığı Yayımı, Yeni Seri No. 28, Ankara 1976

33 — NOTERLİK KANUNU YÖNETMELİĞİ. Türkiye Noterler Birliği Yayını, No. 6, Ankara 1976

34 — NOTERLERİN HUKUKÎ SORUMLULUK FONU YÖNETMELİĞİ. Türkiye Noterler Birliği yayını, No. 7, Ankara 1976

35 — ANKARA BAROSU DERGİSİ

36 — ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSI

37 — İLMİ VE KAZAİ İÇTİHATLAR DERGİSİ

38 — MİLLET MECLİSİ TUTANAK DERGİSİ

39 — MİLLET MECLİSİ ZABIT CERİDESİ

40 — TÜRKİYE NOTERLER BİRLİĞİ HUKUK DERGİSİ

41 — YARGITAY DERGİSİ

42 — YARGITAY KARARLARI DERGİSİ

KISALTMALAR

ABD.	:	Ankara Barosu Dergisi
A.B. HİGM.	:	Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
age.	:	Adı geçen eser
agm	:	Adı geçen makale
ATF.	:	Federal Mahkeme kararı
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bak.	:	Bakınız
BK.	:	Borçlar Kanunu
C.	:	Cilt
Çev.	:	Çeviren
D.6.D.	:	Danıştay 6. Daire
Dö.	:	Dönem
E.	:	Esas
f.	:	Fıkra
...HD.	:	Yargıtay.. Hukuk Dairesi

HGK.	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İKİD.	:	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İBK.	:	İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	:	Karar
m.	:	Madde
m	:	Makale
M.B. GGM.	:	Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü
MK.	:	Medeni Kanun
MMTD.	:	Millet Meclisi Tutanak Dergisi
MMZC.	:	Millet Meclisi Zabıt Ceridesi
Müt.	:	Mütalâa
NK.	:	Noterlik Kanunu
NKY.	:	Noterlik Kanunu Yönetmeliği
NHSFY.	:	Noterlerin Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği
sh.	:	Sahife
sa.	:	Sayı
SBFD.	:	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
T.	:	Tarih
Tam.	:	
TTK.	:	Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	Ve Devamı
YD.	:	Yargıtay Dergisi
YKD.	:	Yargıtay Kararlar Dergisi

1950-1978 YILLARI ARASINDA SEKSÜEL FİİL NEDENİ İLE CEZAİ SORUMLULUK TAYİNİ YÖNÜNDEN A.Ü. TIP FAKÜLTESİ ADLİ TIP KÜRSÜSÜ'NE MUAYENEYE GÖNDERİLEN KİŞİLERLE İLGİLİ BİR ARAŞTIRMA

Dr. İbrahim TUNALI (*)
Dr. Engin TURAN (**)

Bu araştırma için kürsümüz arşivinde saklanmakta olan 1950'den 1978 yılına dek düzenlenen seksüel fiillerle ilgili rapor kopyalarından yararlanılmıştır. Rapor kopyalarının sınıflandırılmasında seksüel fiillerle ilgili fark ve temyiz muayeneleri ile bu fiillerden mağdur olanların muayene raporları gözönünde bulundurulmamıştır.

Araştırmamızın değerlendirilmesi bakımından seksüel fiillerin neler oldukları ve bu fiiller hakkındaki zamana ve milletlere göre görüşler ve bu fiillerin hangi hallerde cürüm ve kabahat haline geldikleri hakkında bilgi vermek gerekir.

İnsanların şehevanî duygularla yapmış oldukları tüm fiillere "Seksüel fiil" denir.

Seksüel fiillerin suç olarak kabul edilmesi zamana, milletlere ve kavimlere göre pek çok değişiklik göstermiştir. Bugün dahi bazı seksüel fiiller bazı ülkelerde suç olarak kabul edildiği halde bazılarında kabul edilmemektedir. Zamanımızda aşağı yukarı her yerde suç olarak kabul edilen bazı seksüel fiiller, eski devirlerde suç sayılmamaktaydı.

Seksüel fiiller evlilik dışında ve kişilerin cinsel özgürlüklerine saldırı niteliğinde oldukları takdirde, genellikle ahlâka karşı olarak kabul edilmiş ve suç olarak nitelendirilmişlerse de bunun ayrıcalıkları da vardır. Sözgelimi, Sparta'da karısı genç olan yaşlı erkekler, karılarını genç bir erkeğe takdim ederler ve doğan çocuğu kendi çocuğu olarak kabul ederler. Yine iyi aileden bir erkek, güzel çocukları olan bir kadını, kendisine takdim etmesini kocasından isteyebilir-

---

(*) A.Ü. Tıp Fakültesi Adlî Tıp Kürsüsü Doçenti.
(**) A.Ü. Tıp Fakültesi Adlî Tıp Kürsüsü Asistanı.

di. Tibet'te bir kadın evlendiği erkeğin ailesindeki tüm erkeklerle evlenmiş sayılır ve doğan çocuğun kime ait olacağı ad çekme ile saptanırdı. Würsburg Katedrali Dekanı 1544 yılına dek istediği zaman Marthius Heim Köyü'nden güzel bir kadın getirterek onunla cinsel ilişkide bulunma hakkına sahipti.

Pek sınırlı olan bu ayrıcalıklar dışında seksüel fiiller cinsel özgürlüğe ve ahlâka saldırı niteliğinde oldukları takdirde suç sayılmışlar ve bu fiillere karşı cezalar düzenlenmiştir. Bundan başka cinsel özgürlüğe saldırı niteliğinde olmadığı halde kamunun ahlâk anlayışına karşı olan bazı doğaya aykırı seksüel fiiller vardır ki bunlar çok eskiden beri ve halen suç sayılmakta olup bunlara da devirlere göre daha da ağır cezalar düzenlenmiştir.

Seksüel fiilleri doğaya aykırı olarak ve doğaya aykırı olmayarak işlenen fiiller diye ikiye ayırabiliriz. Böyle bir ayırım yapılarak gözden geçirilme bunların bir kısmında psikopatolojik faktörlerin tümüyle, bir kısmında kısmen hakim olduğunu, bir kısmında ise hiçbir rolünün bulunmadığını ayırdetme bakımından yerinde olacaktır.

Ancak bu fiillerin bir kısmında psikopatolojik faktörlerin rolünün bulunmadığını söylemekle normal cinsel ilişkiler kasdedilmemektedir. Konumuz suç sayılan seksüel fiiller olduğuna göre bu fiillerinde Adlî Tıp açısından patolojik yönleri vardır. Elbette ki bir kızın veya kadının ırzına geçilmesi ve bunlara karşı ırz ve namusa tasaddiyi mutazammım bir fiil işlenmesi Adlî Psikiatri yönünden normal olarak düşünülemez. Doğaya aykırı seksüel fiillerde psikopatolojik faktörlerin rolü fiilin kendisindedir yani burada fiil patolojiktir. Doğaya aykırı olmayan seksüel fiillerde ise esasında fiil patolojik değildir, ancak bu fiiller yasalara karşı gelmek suretiyle işlendikleri zaman patolojik sayılırlar ki burada psikopatolojik faktörlerin rolü kişilerin davranışlarında hakimdir. Yalnız bu doğaya aykırı olmayan fiilleri işleyenlerin herbirinin bu fiilleri psikopatolojik faktörler etkisiyle işlediklerini de kabul etmek doğru olmaz. Çünkü bu takdirde yasalara karşı gelmekle seksüel fiil işleyen kişiler arasında cezalandırılacak kimse bulunamaz. Burada belirtilmesi istenen husus, bu fiilleri işleyenlerin bir çoğunda ruhsal dengesizliklerin bulunduğunu ve bu nedenlerle seksüel suçlarla ilgili ruhsal muayenelerde, yalnız mağdurların muayeneleriyle yetinilmeyip, sanıkların da iyi bir psikiyatrik muayeneden geçirilmesinin zorunlu olduğudur.

DOĞAYA AYKIRI SEKSÜEL FİİLLER

Eski devirler Moğol ve Ortaçağ Alman Hukukunda doğaya aykırı olmayan seksüel fiiller ancak aileye, ana babaya veya kocaya bir

ödentiyi gerektirdiği halde, doğaya aykırı seksüel fiiller çok ağır cezalarla cezalandırılmıştır.

Roma Hukuku Cumhuriyet Devrinde, bir erkeğin diğer bir erkekle şehevani duygularının doyumu bakımından ilişkide bulunmasını, kadınlara yapılan iffetsizce fiillere göre daha şiddetli cezalandırmıştır. Son devrin Roma Hukuku pederasti fiili hakkında daha da şiddetli cezalar düzenlemiştir. Bu fiilin tamamlanması halinde aktife ölüm cezası, pasifede de mal ve mülkünün yarısını zorla alma ve hatta bazı hallerde ölüm cezası dahi verilmekte idi. Pederasti fiili 11. yüzyılda İngiltere'de pek şiddetli cezayı gerektirmekte idi, bu fiili işleyenler diri olarak yakılıyorlardı. Keza Kilise Hukukunda ateş cezası ile cezalandırılmakta ve hatta cezanın yerine getirilmesinde aktifin elbiselerinin çıkarılıp cinsel organının bir sırığa mıhlanması ve bir gece bu halde bırakılması gibi bir takım şiddet de uygulanmaktaydı.

Cermen Ceza Yasası Carolina'nın 116. maddesinde erkeğin erkekle cinsel ilişkide bulunmasının ölüm cezasıyla cezalandırılacağı, infazın da ateşle yapılacağı açıkça belirtilmiştir.

Yine aynı maddede bir kadının diğer bir kadınla cinsel ilişkide bulunması ölüm cezasını gerektirmekteydi.

Doğaya aykırı seksüel fiillerden bestialite de eski devirlerde çok ağır cezalarla cezalandırılmıştır. Fransa'da 18. yüzyılın başlangıcında dahi hayvanlarla cinsel ilişkide bulunanlar meydanlarda yakılmakta idi. Cermen Ceza Yasasında da insanların hayvanlarla cinsel ilişkide bulunması ölüm cezasını gerektiriyordu. Eski devirlerde Yahudiler de hayvanlarla cinsel ilişkide bulunmayı normal karşılamazlar, suç kabul ederler ve suç üzerinde yakalanan insan ve hayvan birlikte yakılırdı.

Halihazırdaki mevzuata gelince : Alman Ceza Yasası'nın 173. paragrafına göre akrabalar arasındaki cinsel ilişki, 175. paragrafın (a) bendine göre erkek ile erkek arasındaki cinsel ilişki, aynı paragrafın (b) bendine göre insanlarla hayvanlar arasındaki cinsel ilişki hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

İsviçre Ceza Yasası 191. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında aynı cinsten kişiler arasındaki edebe aykırı hareketler, bazı koşullarla cezalandırılmaktadır.

İngiltere'de de bir kimsenin aynı cinsten biri ile doğal olmayan cinsel ilişkide bulunması ve hayvanlarla cinsel ilişkide bulunması, akraba ile cinsel ilişkide bulunması cürüm sayılır.

Macar Ceza Yasası'nın 241. ve 242. paragraflarına göre erkekler arasında işlenen adaba aykırı fiillerle erkekler tarafından hayvanlara karşı işlenen ahlâk ve âdâba aykırı fiiller cürüm sayılmakta ve cezalandırılmaktadır.

Amerikan Hukuku'nda pederasti, sodomi ve bestiyalite cezayı gerektirir. New York Ceza Yasası, hayvanlarla, aynı cinsten kişilerle ve ölülerle cinsel ilişkide bulunmayı 20 yılı geçmemek üzere hapis cezası ile cezalandırmaktadır.

Memleketimiz mevzuatına gelince doğaya aykırı fiillerin hiçbiri alenî olarak yapılmadıkça, Askeri Ceza Yasamızın 153. maddesi dışında seksüel suç olarak kabul edilmemektedir.

Meri mevzuatımıza göre doğaya aykırı seksüel fiillerin ancak bazı koşullar altında suç olarak kabul edilmesi direkt olarak fiillerin suç olarak kabul edilmeyişinin mevzuatımız için bir eksiklik olup olmadığı hususu düşünüldüğünde hukuksal yönden bu hususta bir şey söylemeyeceğiz. Çünkü hukuk disiplini ile yetişmeyen ve hukuka tam hâkim olmayanların bu konuda bir fikir bildirmesi gereksiz olur.

Doğaya aykırı olmayan seksüel fiillere gelince : Bu fiiller hakkında eski çağlara ait fazla bilgi sahibi değilsek de din kitaplarında çok eski devirlerde dahi evlilik dışı cinsel ilişkilerin normal karşılanmadığını görüyoruz.

Tevrat'ta Tekvin'in 34. Babında Yakup Peygamber'in kızı Dina'dan söz ederken "Memleketin beyi Hiviler'den Hamor'un oğlu Şekem onu gördü ve alıp kendisiyle yattı ve onu alçalttı" denildiğine göre evlilik dışı cinsel ilişkilerin normal karşılanmadığı anlaşılıyor.

Matta İncil'inde de "Zina etmeyeceksin, denildiğini işittiniz fakat ben size derim bir kadına şehvetle bakan her adam zaten yüreğinde onunla zina etmiştir" ifadesinden zinanın da normal karşılanmadığı, hatta daha ileriye gidilerek bu fiilin düşünülmesinin dahi vicdani bir suç sayılacağı anlaşılmaktadır.

Kur'an-ı Kerim'de "Zinaya yaklaşmayın, hayasızlıktır. Zina yolu pek kötü bir yoldur" denilmekle ahlâka karşı işlenen normal seksüel fiillerin Kur'an-ı Kerim'ce de anormal karşılandığı anlaşılmaktadır.

Doğaya, gerek aykırı olan, gerek olmayan seksüel fiiller hakkındaki yaptırımlardan kısaca söz ettikten sonra bu fiillerin mer'i mevzuatımız karşısındaki durumuna geçebiliriz.

Seksüel fiillere Ceza Yasamızın 2. kitabının 8. babı ayrılmış olup, bu fiiller adab-ı umumiye ve nizam-ı aile aleyhine işlenen cürümler

olarak adlandırılmış ve yasanın 414-431. maddelerinde seksüel fiillerin kısmen şekillerinden ve bu fiillere karşı düzenlenen cezalardan, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerinden yine Ceza Yasamızın 3. kitabının 3. babının 3. faslında ise edebe aykırı hareketler ve onların cezalarından söz edilmiştir.

Ceza Yasamızın belirtilen maddeleri çerçevesinde önce doğaya aykırı olan, sonra doğaya aykırı olmayan seksüel fiilleri gözden geçirelim.

Doğaya aykırı olan seksüel fiiller pederasti, sodomi, safizm, jenofobilia, fellasyo, kunnilinktus, badionaj, frottörizm, nekrofili, bestiyalite, pedofili, korofili, parsiyenofili, jerantofili, ondizim, kleptolanji, fetişizm, pigmalionism, voyörism, transvestizm, insest, eksibisyonizmdir.

Pederasti (Livata) : Bir erkeğin diğer bir erkek ile anüs yoluyla cinsel ilişkide bulunmasıdır. Fiilin kendisi yalnız Askerî Ceza Yasamızda suç sayılmıştır. Ergin kimseler arasında aleni olmadan istekle yapıldığında suç sayılmaz. Ancak aleni olarak yapıldığında Ceza Yasamızın 419. maddesine göre alenen hayasızca vaz'u hareket sayılır ve 6 aydan 1 yıla dek hapis ve 15 liradan 50 liraya dek ağır para cezasını gerektirir. Eğer mefruz cebir ile veya cebir ve şiddet kullanmak suretiyle yapılırsa ırza geçme sayılır ve Ceza Yasasının 414. maddesine göre cezalandırılır. 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğe karşı veya 15 yaşını bitiren bir kimseye cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle yapıldığında 3 yıldan 10 yıla dek hapis cezasını gerektirir.

Sodomi : Erkeğin kadınla anüs yoluyla cinsel ilişkisidir. Ceza yaptırımı bakımından pederasti gibidir. Kocanın karısına zorla yapması halinde suç sayılmaz, ancak, hukuk alanında pek fena muamele diye kabul edilir ve boşanma nedenleri arasında sayılır.

Pederasti ve sodomi deyimleri **anal koit** diye de isimlendirilir.

Safizm (Tribadizm - Sevicilik) : Kadının kadınla şehevani hislerini doyurma bakımından yapılan devinimlerin tümü.

Bazı safistlerin (tribadların) genç ve kendi yaşlarındaki hem cinslerinden, hoşlanmadıkları, yalnız yaşları çok ilerlemiş hem cinslerinden cinsel zevk aldıkları görülür ki buna **jenofobilia** denir.

Normalden büyük olan klitorisin vajene sokulması ırza geçme fiilini meydana getirmediği gibi zıbık (fallus) kullanmak suretiyle cinsel ilişkilerde de ırza geçme fiili meydana gelmez. Ancak mefruz ce-

bir hallerinde ve zorla yapıldığında ırz ve namusa tasaddiyi mutazammım fiil meydana gelmiş olur ki 15 yaşından küçüklere yapıldığında 2 yıl 6 aydan 5 yıla dek, 15 yaşını bitiren kişilere yapıldığında 2 yıldan 5 yıla dek hapis cezasını gerektirir.

Zorla olmadan ve aleni olarak yapıldığında alenen hayasızca vazu hareket sayılır ve T.C.Y. nın 419. maddesine göre cezalandırılır.

Fellasyo (Koit bukkal) : Kadının erkeğin penisini ağzına alması suretiyle yapılan cinsel ilişki.

Fiil tarafların isteğiyle ve aleni olmadan yapıldığı zaman suç sayılmaz. Ancak mefruz cebir halleri ve cebir ve şiddet kullanılmak suretiyle yapıldığında ırz ve namusa tasaddiyi mutazammım fiil haline gelir ve T.C.Y. nın 415. maddesi gereğince cezalandırılır. Aleni yapıldığında alenen hayasızca vazu hareket sayılır ve T.C.Y. nın 419. maddesine göre cezalandırılır.

Pederasti ve sodomi (anal koit) fiilleri gerekli koşullarla ırza geçme olarak kabul edildiği halde, fellasyo (bukkal koit) nun tasaddi olarak kabul edilmesinin tıbbî açıklaması bizce olanaksızdır. Çünkü bu iki organ sindirim sisteminin bir parçası olup her ikisi de cinsiyet organı değildir. Aralarında anüsün cinsiyet organlarına bölge bakımından yakın oluşundan başka bir fark yoktur.

Kunniiinktus (Minet) : Erkeklerin, dillerini kadınların vajenine sokarak veya klitorislerini yalayarak şehevanî hislerini doyurmalarıdır. İstekle ve aleni olmadan yapıldığı takdirde suç sayılmaz.

Zorla yapılması hallerinde şehevani amaçla kadının cinsiyet organı içerisine erkeğe ait bir organ girmesine karşın ırza geçme sayılmamaktadır.

Mefruz cebir hallerinde veya zorla yapıldığı zaman ırz ve namusa tasaddiyi mutazammım fiil olarak, aleni yapıldığı zaman da alenen hayasızca vasu hareket olarak değerlendirilir ve birinci halde T.C.Y. nın 415., ikinci halde de T.C.Y. nın 419. maddesine göre cezalandırılır.

Badionaj : Erkeklerin, penislerini genç kızların vazenlerine sokmaksızın (veya kadınların sokturmaksızın) yalnız vulva ve vajen ağzına sürtmekle yapılan cinsel doyum devinimleridir.

Kadınların isteğiyle yapıldığında aleni olmadığı takdirde suç sayılmaz. Erkekler tarafından 15 yaşından küçük kızlara, her halde, 15 yaşından büyük kız ve kadınlara zorla yapıldığında ırz ve namusa

tasaddiyi mutazammım fiil haline gelir ve T.C.Y. nın 415. maddesine göre cezalandırılır.

Frottörizm : Vapurlardan çıkarken, otobüslerde, bilet almak için sıraya girildiğinde erkeklerin, penislerini ereksiyona getirip kadınların arkalarına sürterek şehevi hislerini doyurmasıdır.

Bu fiili yapanlara Adlî Tıp'ta **kerticiler** denir. Fiilin aleniliği genellikle söz konusu olmadığından sarkıntılık cürmü doğmuş olur. Bu da T.C.Y. nın 421. maddesinin uygulanmasını gerektirir ki cezası 1 aydan 6 aya dek hapistir.

Nekrofili : Ölülerle cinsel ilişkide bulunmaktır ki yalnız erkeklere özgü seksüel bir perversiyondur.

Kişilik söz konusu olmayacağına göre gerek ırza geçme, gerek ırza tasaddi söz konusu olamaz. Ancak alenen yapıldığında alenen hayasızca vazu hareket düşünülebilir.

Bestiyalite : Gerek erkeklerin, gerek kadınların cinsel ilişkiye elverişli hayvanlarla şehevani hislerini doyurmalarıdır.

Daha önce söz edildiği şekilde eskiden ve halen birçok ülkelerde cezayı gerektirdiği halde, ceza yasamızda suç olarak sayılmamaktadır. Bununla birlikte İtalyan Ceza Yasası'nda olduğu gibi hayvanlara karşı insafsızca davranış olarak düşünülebileceği ve T.C.Y. nın 577. maddesi içerisinde değerlendirilebileceği akla gelmektedir. Fakat hayvanların bu fiilden rahatsız olup olmadıklarının kolay kolay anlaşılma olanağı olmadığı gibi tersine bu fiilden hoşlandıklarını gösteren belgeler vardır: Evliya Çelebi Seyahatnamesi'nin 10. cildinde "Ebu Cedullah adlı Şeyh-i Kebir'den bir şahsın Nil kıyısında bir timsah ile 3 yıl geçindiğini ve bu şahsın bir gün Nil kenarına gidip timsah ile cima etmediği günlerde bu şahsı aradığından ve uzun uzadıya beklediğinden" bahsedilmektedir.

Bestiyalitenin mevzuatımızda bir cürüm olarak kabul edilmeyişini de tıbbî yönden yerinde görmekteyiz. Çünkü bu fiil belirli yaşlardan sonra genellikle patolojik ruh yapısındaki kişiler tarafından yapılır. Bu yüzden bu kişilerin biçare genç kızları iğfal etmesi, hamile bırakması ve kendisi gibi ruhsal kusurluları topluma yaymasından, hayvanlarla ilişkide bulunmasını daha ehven-i şer olarak kabul etmek gerekir. Aynı şekilde, yaşlı ve azgınlık devrinde olan ve sevişecek bir erkek arayan kadının, genç kızları seviciliğe alıştırmasından ve küçük erkek çocuklara vulvalarını yalatmak veya penislerini ağızlarına almak suretiyle şehvetlerini teskin ederek cinsel sapıklığa alıştırmak-

tansa bunların hayvanlarla şehvetlerini teskin etmelerini ehven-i şer olarak kabul etmekteyiz.

Bestiyalite fiilinin kendisinin cürüm olmaması tarafımızdan doğal karşılamakla birlikte elbetteki toplumun hayâ ve edep duygularını rencide edecek şekilde işlendiği takdirde hayasızca vazu hareket kabul edilip T.C.Y. nın 419. maddesine göre cezalandırılması gerekir.

Sübyancılık : 4-12 yaşları arasındaki çocukları okşayarak, cinsel ilişkide bulunmaksızın sevmekten ve bunlardan şehevî his duymaktan ibaret bir seksüel perversiyondur. Erkeklerde ve kadınlarda hemen hemen eşit oranda görülür. Bunlar pedofili, korofili, parsiyenofili gibi fiillerdir.

Pedofili : Erkek ve kız çocuklarından cinsel zevk almadır. Bunlar yaşları ilerlemiş kişilerden kesinlikle cinsel zevk almazlar. Bunlar için 12 yaşını geçmiş kızlar bir kocamış karı, 12 yaşını geçmiş erkekler ise yaşlanmış bir erkektir.

Korofili : Kadınların mini mini körpe kızları okşamak suretiyle sevmekten cinsel zevk almalarıdır.

Sübyancılar, bu fiillerini fazla ileriye götürmezler. Okşamak, dizleri üzerine oturtmak, göğüslerine doğru uslulukla çekmekle veya elbise üzerinden hafif sürtmekle çocukların farkedemiyeceği şekilde ezakulasyon ve orgazma ulaşırlar. Bu nedenle adalet alanına geçenleri ancak tedbirli davranma gücünü yitirmiş olan yaşlılardır. Bu fiiller T.C.Y. na göre sarkıntılık olarak kabul edilir ve 421. madde kapsamına girer.

Jerantofili : İhtiyarları okşamaktan cinsel zevk almadır. Pek ender olarak rastlanması ve bu okşamanın ihtiyarlara karşı bir saygı duygusunun gösterisi düşüncesiyle adalet alanına geçeni azdır.

Ceza Yasamızın 421. maddesinde sarkıntılık fiilinin gerçekleşmesi için erkeğin genç olma koşulu vardır. Bu nedenle suçun ana unsuru bulunmadığından cürüm meydana gelmez.

Ondinizm : İdrarla şehvetin dindirilmesidir. Bu çeşit sapıklar ayakta işiyerek idrarının yaptığı dereyi seyretmekten çılgıncasına zevk ve şehvet duyarlar. Kadınlar arka üstü yatarlar, parmaklarını klitorislerine sürterek işerler ve ıslak parmaklar ile vulvalarını okşadıkça zevkleri artar.

Bu fiil ancak aleni yapıldığında edebe aykırı hareket kabul edilir, kabahat sayılır. T.C.Y. 576. maddesine göre cezalandırılır.

Kleptolanji (Seksüel Kleptomani) : Bir çeşit seksüel çalma perversiyonudur. Az çok kleptomaniye benzerse de ayrı bir sapıklıktır. Ancak kleptomaninin de şehvet duyguları ile birlikte olduğunu söyleyen yazarlar vardır.

Kleptomanlar nedensiz ve amaçsız çalarlar. Çalmadıkları zaman çok ileri derecede anksiete duyarlar, çalma fiili tamamlandıktan sonra bu anksieteleri ortadan kalkar.

Kleptolanji ise şehvet amacıyla çalıştır. Daha çok kadınlarda rastlanmakla birlikte pek ender olarak da erkeklerde görülebilir. Bu sapıklar bazan özellikle ipekli ve kadife gibi yumuşak kumaşları alma olanakları olmasına rağmen çalarlar. Aslında parasını vererek satın almış oldukları eşyadan en ufak cinsel zevk duymazlar. Ancak bunları çaldıkları zaman zevk duyarlar ve hırsızlık fiiliyle adalete geçerler. Gerçekten çaldıkları eşyayı satmadıkları, giyim eşyası olarak kullanmadıkları, cinsel arzularını tatminde kullanmak üzere buruşturup bir yere soktukları saptandığında çalma fiili gerçekleşmiş olmasına rağmen fiilin patolojik oluşu nedeniyle bu gibi kişilerin ceza sorumluluklarının olmaması gerekir.

Fetişizm : Bazı kişilerin insan vücudunun bir kısmından veya kullanmış olduğu eşyayı görmek ve bazan da aşırmak suretiyle karşılarına alıp şiddetli şehevani zevk duymalarıdır. Ancak tabii hallerde şehveti gıcıklayan yerleri görmekten zevk almayı bu patolojik hal ile karıştırmak doğru olmaz. Kadınların yuvarlak ve tüysüz baldırlarını, memelerini, kalçalarını, saçlarını, gözlerini, dudaklarını, ellerini seyretmek ve bu seyirden zevk almak doğal bir durumdur. Bu bölgeler aşk refleksinin tembih merkezleridir. Fetişler ise kadınların bu bölgelerine iltifat etmeyip nerede bir süfli yer varsa bunları seyretmeyi, kirli darmadağınık bir saçtan bir parça kesip bu saklamayı, ter kokusunu tercih ederler.

Fetişler için topallık, aksaklık, şaşılık, bazı organlarda noksanlık gibi haller şehevi arzuları tatmin için bulunmayacak aşk objeleridir. Bunlardan bazıları şişman kadınların fırlamış kalaçları gibi normal halde erkeklerin cinsel iştahını kapatacak bu manzarayı görmekten şiddetli bir zevk duyarlar ve böyle kişileri takip ederler. Hatta bazan iradelerine dahi hâkim olamayarak sarkıntılık yaparlar ki bu hal ile daha önceden sözü edilmiş olan kerticilik fiili ortaya çıkar.

Bazı fetişler doğrudan doğruya kullanılmış kadın eşyalarına hayrandırlar. Kurutulmak için asılmış bir kadın sütyeni, korsesi, çorabı bunlar için bulunmaz aşk objeleridir. Bu eşya karşısında adeta ken-

dilerinden geçerler, çok zamanlar bunları aşırmaktan da çekinmezler.

Pigmalionizm : Çıplak heykellerin karşısında durup masturbasyon yapmaktır. İstimna örtülü olarak yapıldığı takdirde suç sayılmaz. Alenen yapıldığı zaman elbetteki hayasızca vazu hareket suçu gerçekleşmiş olur.

Voyörizm (Skopofili - Miksoskopi - Röntgencilik) : Bir kadınla bir erkeğin cinsel ilişkide bulunmasını seyretmekten cinsel zevk almaktır.

Sırf bu seyretme işleri için özel odalar yaptırıp bunu ticaret haline döken şahıslar, geceleri perdeleri açık kalmış yatak odalarını bekleyenler vardır. Bunların bu hareketleri cürüm haline gelir ki birinci halde fuhşiyata tahrik, ikinci halde mesken masuniyetini ihlâl suçu doğar.

Transvestizm : Karşı cinsin giysisini giyip dolaşmaktan zevk alma perversiyonudur. Bunların tüm zevki sokaklarda yalnız gezmemek kendi cinsinden birisiyle arkadaşlık etmektir. Çoğu bu sırada cinsel duyguları uyanmış haldedir, çok zaman da ejaküle, pek ender de orgazm olurlar.

Bazı erkekler kadın giysisiyle kendilerini şehvetle seyrederler. Böyle kadınlar da erkeklerle yalnızca bir arkadaş gibi gezmekten ileri derecede zevk alırlar.

Mer'i mevzuatımızda ancak giysi değiştirerek kadın meclislerine girmek söz konusu olduğuna göre suçlular erkekler olur. T.C.Y. nın 422. maddesine göre cezalandırılması gerekir.

İnsest (Akraba aşkı) : Bir kimsenin yakın akrabalarıyla cinsel ilişkide bulunmasıdır. Ceza Yasamız, Yurttaşlar Yasasının (Medenî Kanunun) evlenmelerini yasak ettiği kimselerin evlenmelerine ceza düzenlemişse de evlilik dışı cinsel ilişkilerine hiçbir ceza düzenlememiştir. Bu nedenle akraba aşkı diye adlandırılan bir seksüel perversiyon mer'i mevzuatımıza göre suç değildir.

Esasen bu fiilin kendisinin patolojik oluşu ve ahlakî yaptırımların bu fiile engel olabileceği düşüncesiyle insest fiilinin suç sayılmaması yerinde diye düşünülebilir. Ancak yakın akrabalar arasındaki birleşleden türeyen neslin deyenerasyonu nedeniyle bu fiilin hiç yaptırımsız bırakılmasını tıpsal yönden sakıncalı buluyoruz.

Eksibisyonizm (= Teşhircilik) : Bir kimsenin cinsel organını başkalarının görebileceği şekilde çeşitli yöntemlerle göstermesidir. Bu

perversiyon paralizi jeneral, şizofreni, senil demans, alkol psikozları ve epilepside görüldüğü gibi, doğrudan doğruya bu hastalıkları bulunmayıp'ta sırf şehevani hislerini doyurma bakımından önüne geçilmez bir impulsiyon halinde de ortaya çıkabilir. Esasen psikozlarda görülen eksibisyonizmde bilinçli bir cinsel doyum söz konusu değildir. Esas seksüel perversiyonlar içinde sayılan eksibisyonizm bilinçlidir, ancak bu fiil için önüne geçilmez bir istek vardır.

Bunların bu şekilde cinsel isteklerini doyurmada karşı tarafa temaslarının söz konusu olmaması nedeniyle hareketlerinin edebe aykırı hareket olarak kabul edilmesi gerekir.

Onanizm (= Masturbasyon) : Şehveti kendi üzerinde tatmin zevkidir. Kraft Ebing bunu nöro-psikopatik bir yapıya bağlarsa da normal gençlerde de görülür ve cinsel ihtiyaç normal yollardan doyurulmaya başlandıktan sonra ortadan kalkar. Bu fiil ruh hastalıklarının çoğunda da görülen bir arazdır. Ruh hastalıklarından en çok şizofrenide görülür. Manide ve paralizi jeneralin ilk devrelerinde de oldukça sık raslanır.

Aleni olarak yapılması esasen yalnız akıl hastalarında görülür. Bunlarında hiçbirinin cezai ehliyeti yoktur. Akıl hastalıkları haricinde de pek yaygın olan bu seksüel pervesiyon umuma açık yerlerde pek kolaylıkla başkalarının göremiyeceği bir şekilde yapıldığından adalet alanına intikal etmez. Genç yaşta bir kimsenin aleni olarak bu fiili yaptığı görüldüğü zaman ilk yapılacak iş cezai ehliyetinin olup olmadığını tesbit için bir ruh hekimine göndermek olmalıdır.

Yaşlı Azgınlığı : Bazı erkeklerin altmış yaşından sonra cinsel istekleri birdenbire çok artar ve rastgeldikleri kadınlara saldırırlar. Bunlar evde baldızının, gelinin elini sıkmak için fırsat beklerler. Bu hal ömrünü oldukça sofu ve perhizkâr geçirenlerde daha ziyade görülür. Hirsehfeld genç kızlara tecavüz eden ihtiyarların hiçbirini normal bulmamıştır. En ziyade ırz ve namusa tasaddiye yetenen bu ihtiyarların adalet alanına intikal edenleri pek çoktur. Bunlarında bir ruh hekimine gönderilip cezaî ehliyet yönünden durumlarının inceletilmesinde büyük isabet mevcuttur. Bazı yaşlanmış kadınların azgınlığıda erkeklerden aşağı kalmamakla beraber delikanlı erkekler bu halden şikâyetçi olmadığı için adalet alanına intikal etmez.

DOĞAYA AYKIRI OLMAYAN SEKSÜEL FİİLLER

Aslında doğaya aykırı olmayıp da bazı koşullar altında cinsel özgürlüğe karşı saldırı niteliğinde olan seksüel fiillere gelince bunlar

vajen yoluyla cinsel ilişkide bulunma, okşama, koklama, öpme gibi fiillerdir ki bunların hiçbirisi patolojik değil, hatta normal bir cinsel ilişki için gerekli olan fillerdir.

Norman insanlar önce ruhlarında sevme, okşama, koklama, öpme hayallerini yaşatırlar ve sonunda cinsel ilişki çiftleşmeyle tamamlanır. Özellikle cinsel birleşmelerde pasif durumda olan kadınlar bu fiiller olmadığı zaman çoğu kez duygulanmazlar. Esasen evlilikte birbirini tanıyan ve birbirine istek duyan kişiler arasında bu fiiller bir gereksinme olup "vuslatın bir ordövörü" olarak kabul edilebilir. Bu filler zorla veya cinsel olgunluğa ermemiş kimselere yapıldığı takdirde cürüm haline gelirler.

Bir erkeğin bir kadınla cinsel ilişkide bulunması fizyolojik olarak normal, hatta insanlığın sürdürülmesi için zorunludur.

Vajen yoluyla cinsel ilişki 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğe, keza 5 yaşını bitiren bir kişiye cebir, şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veyahut akıl ve beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir nedende veya kullandığı hileli vasıtalardan dolayı mukavemet edemeyecek bir kadına yapıldığında T.C.Y. 414 ve 415. maddeleri içerisine girer ve ırza geçme olarak kabul edilir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı şekilde 15 yaşından küçük kız çocuklarının vajenlerine penisin duhulu vaki olduğu takdirde fiil istekle de olsa ırza geçmedir. 18 yaşını doldurmuş olan kadınların vajenlerine penisin istekle duhulü suç değildir. Ancak aleni yanı yapılırsa suç sayılır, T.C.Y. nın 419. maddesi kapsamına girer.

Yine cinsel bakımdan normal olarak kabul edilen tahrik edici yerleri tutma, tutturma ve okşama gibi birtakım fiiller vardır. Bu fiiller evlilik halinde ve 15 yaşını dolduran kişilerin istekleriyle olduğu zaman suç sayılmaz. 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğe karşı yapıldığı ve T.C.Y. nın 414. maddesi 2. fıkrasında yazılı koşullar içinde vaki olduğu takdirde ırz ve namusa tasaddiyi mutazammım fiil haline gelirler ve T.C.Y. 415. maddesinin uygulanmasını gerektirirler.

Ayrıca bu fiiller herhalde aleni olarak yapıldığı takdirde alenen hayasızca vaz'u hareket sayılır ve T.C.Y. nın 419. maddesinin uygulanmasını gerektirir.

Yine normal cinsel ilişkinin ördövrü olan ve şehevi hisleri kamçılayan "canım, şekerim, balım, gülüm, bir tanem" gibi nezih sözler vardır ki bu sözler kadınlara ve genç erkeklere söylendiği takdirde söz atma fiili meydana gelir ki T.C.Y.'nın 421. maddesinin uygulanmasını gerektirir.

Bundan başka bir kimseye şehvet maksadıyla çimdik atmak, yolda giderken öteberisini ellemek, kalabalık yerlerde sıkıştırmak, bir kadının omuzlarına sarılmak, don çıkarılmaksızın tenasül aletinin ellenmesi gibi doğaya aykırılık bakımından patolojiliyi tartışılabilecek fiiller vardır ki bunlar da alenî ve istek dışında yapıldığında sarkıntılık fiili haline gelirler ve T.C.Y.'nın 421. maddesi kapsamına girerler.

Bir de yine şehevi maksatla yapılan, bir kadına ayna tutma, karşısında gül koklama gibi fiiller de temyiz içtihatlarımıza göre sarkıntılık cürmü sayılmıştır. Bu fiillerin seksüalite ile nedensellik bağıntısı olabileceği düşünülürse de saptanması oldukça güçtür. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 110 Esas, 51 Karar ve 25.2.1943 tarihli ilâmında **"bir kadına karşı gül koklamanın sarkıntılık sayılacağı"** kararı kanaatimize göre tıpsal yönden tartışma götürecek bir anketi gerektirir.

Zina : Tarihi çok eski zamanlara dayanır. Bu suçun meydana gelmesi şartları memleketlere göre değişiklikler arzettiğinden umumi bir tarifi yapılamaz. Meri mevzuatımıza göre erkek ve kadının zina suçlarının meydana gelmesi değişik şartlara bağlıdır. Meri mevzuatımıza göre kadının zinası, kocasından başka bir erkekle cinsî munasebette bulunmasıdır. Erkeğin zinası ise karısı ile birlikte ikâmet etmekte olduğu evde yahut herkesce bilinecek surette başka yerde karı-koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmasıdır.

Her iki cinsiyette de normal cinsi münasebetin vukuu şarttır. Evli bir kadının kocasından başka bir erkekle anüs yolu münasebette bulunması sonucu zina cürmü meydana gelmez.

Kız ve kadın ve erkek kaçırmak ve fukşiyata tahrik fiilleri drekt olarak seksüel fiiller olmadığından ve seksüel cürümlerin doğmasına sebep olan bir takım hazırlık hareketleri oldukları için bunlar üzerinde durmuyoruz.

Doğaya aykırı ve normal seksüel fiiller hakkındaki bu açıklamadan sonra Kürsümüze 1950-1978 yılları arasında seksüel fiil işlediği ileri sürülerek ceza sorumluluğunun saptanması için gönderilen vakaların suç şekli, yaşlarının, mesleklerinin, medenî durumlarının ve konulan psikiyatrik tanıların değerlendirilmesine geçebiliriz.

Vakaların tetkiki için Adlî Tıp Kürsüsü'nde mahfuz rapor kopyalarından yararlanılmıştır. Araştırmada bu tarihler arasında psikiyatrik muayene için sanık olarak gönderilen 709 vak'a arasında seksüel fiille ilgili olarak 50 vak'a tespit edilmiştir.

Tesbit Edilen Bu 50 Vak'anın Suç Niteliğine Göre Dağılımı :

Fiilin Niteliği :	Adedi :
Irza geçme : a) Viol	18
b) Livata	4
Irz ve namusa tasaddiyi mutazamın fiili	6
Alenen hayasızca vazi hareketi	2
Sarkıntılık	3
Edebe muhalif hareket	1
Zina	4
Zorla kız kaçırma	2
Hile ile kadın kaçırma	2
Şehvet hissiyle alıkoyma	2
Kleptomoni	6

Yaşa Göre Dağılımı :

Yaş :	Adedi :
15 — 18	10
20 — 24	10
25 — 29	7
30 — 34	4
35 — 39	2
40 — 44	1
45 — 49	2
50 vedaha yukarı	3
Yaşı tespit edilmiyen	11

Cinsiyete Göre Dağılım :

Cinsiyet :	Adedi :
Erkek	45
Kadın	5

Tahsil Seviyesine Göre Dağılım :

Tahsil :	Adedi :
Okur yazar olmayan	10
Okur yazar	4
İlkokul	8
Ortaokul	8
Yüksekokul	4
Tahsil seviyesi tespit edilmeyen	16

Mesleklere Göre Dağılım :

Meslek :	Adedi :
Çiftçi	7
İşçi	4
Öğretmen	2
Dilenci	1
Ev kadını	5
Subay	2
Mühendis	2
Seyyar ve sabit satıcı	2
Memur	2
Şöför	2
Muayene sırasında tespit edilmeyen	21

Medeni Duruma Göre Dağılımı :

Evli	13
Bekar	6
Nişanlı	1
Muayene sırasında tespit edilmeyen	30

Ayni tarihler arasında çeşitli suçlardan dolayı kürsümüze cezaî sorumluluk muayenesi için gönderilen vak'aların adedinin 644 olduğu saptanmıştır. Sekseül fiiller dolayısıyla gönderilenler dahil edildiği takdirde bu adet 694'e erişmektedir.

Ayrıca yine aynı tarihler arasında kürsümüze seksüel fiil mağduru olarak gönderilen 488 vak'a saptanmıştır. Bu vak'aların 296 adedi livata, 137 adedi viol, 230 adedi sodomi, 8 adedi zina, 24 adedi ırz ve namusa mutazammın fiil muayeneleri ile ilgilidir.

Seksüel fiiller dolayisiyle muayeneye gönderilen vak'aların oranı bütün suçlar nedeni ile gönderilenlerin ancak % 7.20'si oranındadır. Bu oran % 12.53 uyuşturucu madde kullanma suçlarından dolayı gönderilenlerden sonra 5. sırayı almaktadır. Bu sıra bize akıl hastası veya en azından ruhsal dengesizlik içinde bulunan kimselerin diğer suç teşkil eden fiillere göre seksüel fiilleri daha az işledikleri hakkında bir fikir verebilmektedir.

Bundan başka yine ayni tarihler arasında seksüel fiile maruz kalıpta kürsümüze gönderilen vak'aların 488 adet olduğu saptanmıştır. Bu fiillerin failleri olabileceklerin adedi ise 50 olarak saptandığına ve bunların 18 adedinin ceza sorumluluklarının tam olduğu anlaşıldığına göre akıl hastalıkları nedeniyle seksüel suç işleyenlerin oranı % 6.55 gibi bir rakkamdır ki bu da bize seksüel suçlarda akıl hastalığı ve ruhsal dengesizliğin fazla bir rolü olmadığı hakkında bir fikir vermektedir.

Bu fiiller nedeni ile ceza sorumluluğu muayenesine gönderilen şahısların yaş dağılımı 15-24 yaşlarına kadar aşağı yukarı ayni oranda bulunmuştur. Bu adet 25 yaşından sonra düşmekte ve 44 yaşında en düşük düzeye gelmekte ve bu yaştan sonra tekrar yükselmeğe başlamaktadır. Bu düşüşün esasen daha genç yaşlarda başlayan akıl hastalıklarının zamanla cinsel arzularında meydana gelen bir azalmadan mı yoksa normal olarak belirli yaşlarda cinsel arzularda bir azalmaya mı bağlı olduğu hakkında elimizde normal şahısların daha ziyade hangi yaşlarda seksüel fiil işlediklerine dair bir istatistik bulunmadığından mütalâada bulunmamız olanaksızdır.

Cinsiyet dağılımında 45 erkeğe karşılık 5 kadın saptanmıştır. Kadınlardan bir adedi zina ve 4 adedi hırsızlık nedeniyle muayeneye gönderilmiştir. Tıp dilinde Kleptomani adı verilen çalma impulsiyonu bazı yazarların öne sürdükleri gibi çalma fiilinin doğurduğu bir cins zevk ve haz duyma niteliği olarak kabul edilebileceği düşüncesiyle incelememize alınmıştır. Esasen kadınların seksüel fiilleri adalet ala-

nına intikal etmez. Ancak bazı sevici kadınların sevdikleri kadını kıskançlıkları nedeniyle yaraladıkları zaman bu fiilleri açığa çıkar.

Akıl hastalığı ve en azından ruhsal dengesizliği olan ve seksüel suç işleyen şahısların suçlarının tahsil ve meslekleri ile illiyet rabıtası hakkında esasen muayene anında tam olarak saptanamayışları ve Ankara halkının meslekleri ve tahsil seviyeleri ile ilgili bilginin elde olmayışı nedeni ile bir değerlendirilme yapılamamıştır.

Ceza sorumluluğu yönünden ise ceza sorumluluğu olmayanlarla, ceza sorumluluğu tam olmayanlar ayni oranda bulunmuştur.

ÖZET:

Akıl hastalığı ve ruhsal dengesizliği olanların suç işleme oranının diğer suç teşkil eden fiillere göre 5. sırayı aldığı ve bu seksüel suçlardan en çok ırza geçme fiilini işlemiş oldukları saptanmıştır.

KAYNAKÇALAR

1 — Adasal Rasim; Ruh Hastalıkları ve Cinsel Bozukluklar; 3. Cilt; Örnek Matbaası 1954.

2 — Adasal Rasim; Cinsiyet Aşk ve Evlilik; Güzel İstanbul Matbaası; Ankara 1963.

3 — Aksel İhsan Şükrü; Psikiyatri; İsmail Akgün Matbaası-İstanbul 1959.

4 — Alınge Curt. Moğul Kanunları (Tercüme: Üçok Coşkun) Sevinç Matbaası 1967.

5 — Dettling J. — Schönberg S. — Schwarz F.; Lehrbuch der Gerichlichen Medizin; Verlag Von S. KARGER IN BASEL (SCHWEIZ) 1951.

6 — Dinçmen Kriton; Deskriptiv ve Dinamik Psikiyatri; Sağol Matbaası — İstanbul 1969.

7 — Doğrul Ömer Rıza; Kur'an-ı Kerimin Tercüme ve Tefsiri; Kağıt ve Basım İşleri A.Ş. İstanbul 1947.

8 — Dönmezer Sulhi; Umumî Adab ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler; İsmail Akgün Matbaası; İstanbul 1950.

9 — Erem Faruk; Türk Ceza Hukuku; Cilt II. Ajan-Türk Matbaası, Ankara 1962.

10 — Gök Şemsi; Adlî Tıp; I. Cilt; Garanti Matbaası; İstanbul 1968.

11 — Gruhle H.W. — Jung R. — Mayer W. — Müller M.; Sıziale und Angewandte Psychıatrıe; Band III. Springer-Verlag. Berlin. Göttıngen. Heıdelberg. 1961.

12 — J. Paul de River; The Sexuel Criminal; Charles C Thomas. Publisher. Illinois; U.S.A. 1956.

13 — Kamay Behçet; Adlî Tıp; II. Cilt; A.Ü. Tıp Fakültesi Yayınları. Ankara — 1951.

14 — Kitabı Mukaddes Şirketi; Kitabı Mukaddes; Fotostat ve Poligrofset; İstanbul 1938.

15 — Kültür Bakanlığı Yayın Direktörlüğü; Evliya Çelebi Seyahatnamesi; Devlet Basımevi, İstanbul 1938.

16 — Majno; Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları); Adliye vekâleti Tercümesi; İstanbul Vatan Matbaası 1927.

17 — Müeller Berthold; Gerichtliche Medizin; Springer-Verlag; Berlin. Göttingen. Heidelberg. 1953.

18 — Özen Cahit-Sözen Hayri; Adlî Tıp ve Toksikoloji; Sermet Matbaası; Ankara 1957.

19 — Öztürel Adnan; Adlî Tıp; Güzel İstanbul Matbaası; Ankara 1971.

20 — Ponsold Albert; Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin; Georg Thieme Verlag. Stuttgart. 1967.

21 — Prokop O.; Lehrbuch der gerichtlichen Medizin; Veb Verlag Volk und Gesundheit. Berlin 1960.

22 — Uzman Mazhar Osman; Tababeti Ruhiye; Fas. II. Kader Basımevi İstanbul 1947.

23 — Üçok Coşkun; Türk Hukuk Tarihi Dersleri; Ajans-Türk Matbaası; Ankara 1957.

24 — Wyrsch J.; Gerichtliche Psychiatrie; Verlag Paul Haupt Bern; 1955.

KARAR TAHLİLİ

TAHKİM SÖZLEŞMESİNDE OYBİRLİĞİ KAYDI
"4. H. D. — 4.10.1973"

Prof. Dr. Yaşar Karayalçın (*)

1. Karar. - 2. Kararın özellikleri. 3 - Tahkim sözleşmesinde oybirliği kaydı. - 4. Tahkim sözleşmesinin tümünün geçersizliği. - 5. Karar yeter sayısı ve temyiz eden açısından davanın özelliği. - 6. Tahkim sözleşmesinin geçersizliği Yargıtay'da ileri sürülebilir mi? Resen bozma sebebi sayılabilir mi? - 7. Sonuç.

1. Karar: Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin oybirliği ile verdiği 4.10.1973 tarihli karar metnini aşağıya alıyoruz (İl. Kaz. İçt. D. 1975 sa. 177, s. 3760) :

"Dava ve Karar: Yüksek mimar Fazıl Aysu adına avukat Nahit Oralbı ile Selâhattin Taray adına avukat Abdullah Arkun ve Yüksek Müh. Osman Başaran aralarındaki uyuşmazlığın hakem yolu ile halli için hakem tayin olunan Avukat Haldun Kip, Aydın Burtacene ve Nihat Zeytinci tarafından yapılan inceleme sonunda kararda yazılı nedenlerden ötürü Selâhattin Taray'ın zarar payına göre sermaye yükümlülüğünden eksik tediyesi olan 38241 lira 9 kuruşun ortaklık hesabına ödenmesi hakkındaki 28.10.1972 günlü hakem kararının davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşuldu :

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ KARARI

Taraflar arasında yapılan hakem sözleşmesinin 16. maddesinde hakemlerin kararlarını oybirliğiyle verecekleri, aksi halde uyuşmazlığın İstanbul Mahkemelerinde görüleceği kararlaştırılmıştır. Oysa Usulün 531. maddesi hakemlerin kararlarını oyçokluğuyla verebileceklerini, bunun geçerli olacağını açıklamıştır. Bu yasa kuralı buyurucu bir kuraldır. Öte yandan tarafların uyuşmazlığın doğmasından önce yaptıkları bu sözleşmede hakemlerin oybirliğiyle karar vermeleri gerektiğinden söz etmeleri sözleşmenin esaslı koşuludur. Çünkü böylece bir tarafın seçtiği hakem ötekilerle birleşmeden kendi aleyhine karar veremiyecek, verilecek kararın hükmü olmayacaktır. Bir tarafın haksızlığının tesbiti ve onun açısından yararlarını kararla halele uğratılabilmesinin ön koşulu oybirliğidir. Bu koşul sözleşmenin esaslı koşulu olup, Usulün 531. maddesinin açık sözünden anlaşılan buyurucu kuralına aykırı olup, bu bakımdan hakem sözleşmesi bütünüyle geçersizdir. O halde hakemler Usulün 533. maddesinin 3. bendi hükmünce yetkileri dışında kalan sorunu çözdüklerinden öteki yönlerin incelenmesine yer kalmadan hakem kararı bozulmalıdır.

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

SONUÇ: Temyiz olunan hakem kararının gösterilen nedenle BOZULMASINA oybirliğiyle karar verildi.

Y.4.H.D. 4.10.1973 E. 972/15806-K. 8615.

2. Kararın özellikleri : Yukardaki kararda üç görüş yer almıştır:

a) HUMK. m. 531'de yer alan kural buyurucu bir kuraldır;

b) Buyurucu kurala aykırı sözleşme kaydı sözleşmenin esaslı koşulu olduğu için hakem sözleşmesi bütünüyle geçersizdir.

c) Hakemler yetkileri dışında kalan sorunu çözdüklerinden HUMK. m. 533 (3. bend) gereğince hakem kararı bozulmalıdır.

3. Tahkim sözleşmesinde oybirliği kaydı : Tahkim sözleşmesinde yer alan "hakemler oybirliği ile karar vereceklerdir, aksi halde uyuşmazlık İstanbul Mahkemelerinde görülecektir" kaydını Yargıtay 4. Hukuk Dairesi incelediğimiz kararda HUMK. m. 531'e aykırı bulmuş ve geçersiz saymıştır.

4. Hukuk Dairesinin "oybirliği" ile "buyurucu kural" olarak tanımladığı 531. madde metni şöyledir:

"Hakemlerin ekseriyetle ittihaz ettikleri karar muteberdir."

"Çoğunlukla alınan kararların geçerli" olduğunu açıklayan bu hükmün ne maksatla HUMK. na konulduğu, kanunu hazırlayanların bu hususdaki gerekçesi belli değildir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi "maddenin açık sözünden" bu hükmün buyurucu kural olduğu sonucuna varmış bulunmaktadır. Maddenin açık sözünden bu sonuca nasıl varıldığı karar metninde açıklanmamıştır.

Bu hüküm üç şekilde yorumlanabilir:

a) Hakem Kurulunun oyçokluğu ile verdiği karar yeterli ve geçerlidir (oybirliği ile karar vermek gerekmez).

b) Hakem Kurulu yalnız oyçokluğu ile karar verebilir; oybirliği ile verilen karar geçersizdir.

c) Hakem Kurulunun oybirliği karar vermesini taraflar isteyemezler (oybirliği ile karar verilmesi kaydı geçersizdir).

İkinci yorumda bir mantık hatası vardır; oyçokluğu ile verilebilen bir kararın evleviyetle oybirliği ile alınabileceği açıktır.

Hakem sözleşmesi -ister özel hukuk, ister usul hukuku sözleşmesi sayılsın- tarafların karşılıklı iradelerinin bir sonucudur. Tarafla-

---

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

rın iradesine dayanan bir sözleşmeyi düzenleyen hükümlerin 'buyurucu' mahiyette olabilmesi kaide değil, istisnadır. Bir hükmün 'buyurucu' olabilmesi veya bu şekilde tanımlanabilmesi için yeterli bir gerekçe lâzımdır. Bir tarafı korumak için mi, yoksa kamu düzeni ile ilgili sayıldığı için mi bu hüküm konulmuştur?

Toplu mahkemelerde karar oybirliği veya oy çokluğu ile verilebilir (HUMK. m. 386; CUMK. m. 256). Devlet mahkemelerinde görülecek bir davada ancak oybirliği ile verilecek kararın geçerli olabileceğine dair bir sözleşme hükmü geçerli değildir.

Tahkim tarafların iradesine dayanır. "Hakem kurulu kararının, ancak oybirliği ile bir karar verilmesi halinde geçerli" olacağı kaydını koymakla, her iki taraf, ilerde ortaya çıkabilecek bir ihtilâfda kendileri için hukukî bir güvence sağlamak istemişlerdir. Hakem kararı oybirliği ile verilmişse var sayılacak, aksi halde dava devlet mahkemesinde görülecektir.

Tahkim sözleşmesinde hakem kurulunun oybirliği ile karar vermesini kabul eden taraflardan birini korumak, kanaatimce söz konusu olamaz; aksine böyle bir yorum bu sözleşme kaydı ile her iki tarafın aradığı hukukî güvenceyi ortadan kaldırmaktadır. Hakem kurulunun oyçokluğu ile de karar verebilmesinde kamu düzeni açısından bir gerek ve zorunluk yoktur.

Kamu düzeni ile ilgili olmayan ve bir tarafı da hukuk düzeni açısından korumak gerekmeyen bir hususu düzenleyen hükmün, buyurucu hüküm olarak tanımlanması ve bu hükme aykırı sözleşme kayıtlarının geçersiz sayılması görüşüne katılamıyoruz (1).

---

(1) Karar yetersayısıyle ilgili hükmün kamu düzeniyle ilgili olmadığı ve emredici mahiyette bulunmadığı, Avusturya ve Alman hukukunda açıkca belirtilmiştir: "İkiden fazla hakemden oluşan kurulda karar, sözleşmede başka bir çözüm kabul edilmiş olmadıkça, salt oyçokluğu ile verilir" (Alm. ZPO. § 1038, Avust. ZPO § 590).

Bu hükümden iki sonuç çıkmaktadır:

a) Salt çoğunlukla karar verileceğine dair hüküm kamu düzeni ile ilgili ve emredici hüküm değildir.

b) Oybirliği ile karar verileceğine dair sözleşme hükmü geçerlidir (**Baumbach/Schwab**: Schiedsgerichtsbarkeit. München, Berlin, 1960 s. 144; Prof. Dr. **H.W. Fasching**: Konmentar zu den Zivilprozessgesetzen, Wien, 1971, c. IV, s. 799-800; aynı yazar: Schiedsgericht und Schiedsverfahren in österreichischen und im internationalen Recht, Wien, 1973, s. 120.

HUMK. m. 531'in metni (sözü) bu hükmün 'buyurucu' olarak tanımlanmasını gerektirecek kadar 'açık' da değildir (2).

Kanun bir kararın oybirliği ile verilebileceğini kabul etseydi o kararın oyçokluğu ile verilmesine dair bir sözleşme geçersiz sayılabilirdi. Bundan dolayıdır ki yanlış bir anlamayı önlemek için adi şirketlerde kararın oybirliği ile verileceği esası BK. 524'de belirtildikten sonra (C. 1) çoğunlukla karar verileceğine dair sözleşme hükmünün geçerli olduğunu da içeren bir hüküm (C. 2) aynı maddede yer almıştır.

4. Takim sözleşmesinin tümünün geçersizliği : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tahkim sözleşmesinde yer alan 'oybirliği' kaydının sözleşmenin esaslı koşulu (unsuru) olduğunu kabul ederek tahkim sözleşmesinin bütünüyle geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. Bu yorum, çıkış noktası doğru olmamakla beraber, BK. 20 f2 c. 2'ye uygundur.

5. Karar yetersayısı ve temyiz eden açısından davanın özelliği : Karar metninden hakem kurulu kararını davalı tarafın temyiz ettiği anlaşılmaktadır. Ancak hakem kurulu kararının oybirliği ile mi, yoksa oyçokluğu ile mi verildiği metinde açıklanmamıştır.

Böyle bir açıklama bir bakıma gereksiz de sayılabilir : Karar oyçokluğu ile verilmişse -tahkim sözleşmesine göre- var sayılamaz; tarafların bu durumda temyiz yoluna başvurmadan Devlet mahkemesinde dava açmaları gerekirdi; karar oybirliği ile verilmiş ise bir tarafın bu sebebe dayanara kkararı temyiz etmesi mümkün değildir. Bu durumda davalı tarafın temyiz sebebinin kararda açıkça belirtilmesi, özellikle Yargıtay'ın tutumunun anlaşılması bakımından şüphesiz lüzumlu sayılmalıdır.

6. Tahkim sözleşmesinin geçersizliği Yargıtay'da ileri sürülebilir mi? Resen bozma sebebi sayılabilir mi? Tahkim sözleşmesindeki kaydın geçersiz olduğunu temyiz eden tarafın mı ileri sürdüğü huşusu karar metninden anlaşılamamaktadır.

Karar yetersayısı bakımından iki ihtimal söz konusu olabilir ve her iki halde de sorun sözleşme hükümleri ile m. 531 açısından ayrı ayrı incelenebilir :

a) Karar oyçokluğu ile alınmış ise hakem kurulunun kararı tekemmül etmemiş olduğu, karar yetersayısı sözleşmeye uygun bulunmadığı için temyiz talebinin reddedilmesi gerekirdi.

---

(2) **Prof. Dr. Necip Bilge/Doç. Dr. Ergun Önen** "Tahkimde taraf iradesinin etkinliği bu düşünceyi haklı göstermektedir" gerekçesi ile tarafların tahkim anlaşmasında oybirliğini şart koşmalarının mümkün olduğu sonucuna varmaktadır (Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. baskı, Ankara 1973, s. 764 ve not 70).

Bu durumda diğer bir çözüm de şu olabilir: Sözleşmedeki 'oybirliği' kaydının geçerli olmadığı kabul edilirse oyçokluğu ile verilen karar 'buyurucu' sayılan HUMK. 531'e uygun olduğu için hakem kurulu kararı bozulmamalıdır.

b) Karar oybirliği ile alınmış ise sözleşmeye uygun bulunduğu için hakem kurulu kararının bozulması talebinin reddedilmesi gerekir. Ayrıca 4. Hukuk Dairesi HUMK. 531'i buyurucu hüküm olarak tanımlamakla kararın oyçokluğu ile de verilebileceğini kabul etmektedir. Olayda ise karar oybirliği ile verilmiş olduğu takdirde oyçokluğu ile ilgili bir gerekçeye dayanarak oybirliği ile verilen bir kararın bozulmaması gerekir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bu davada "Hakemlerin selâhiyetleri dahilinde olmayan meseleye karar" vermiş olduğu gerekçesine dayanarak (HUMK. 533 nu. 3) kararı bozmuştur. Tahkim sözleşmesinin geçersizliği halinde bu hükme dayanılabileceği şüphelidir; çünkü m. 533 f2'ye göre bu durumda 'hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur'. Tahkim sözleşmesinin geçersizliği halinde bu hükmün uygulanması yani yeniden hakemlerin seçilmesi ve süre tayin edilmesi söz konusu olamayacaktır.

Kanaatımızca tahkim sözleşmesinin geçersizliği, hakem kurulu kararını verdikten sonra Yargıtay'da hakem kurulu kararının incelenmesi sırasında ne bir tarafın talebi üzerine, ne de re'sen ele alınabilir: HUMK. 533 nu. 3 ancak hakem kurulunun **geçerli** bir tahkim sözleşmesi dışında kalan bir husus hakkında karar vermesi halinde uygulanabilir.

Hakem kurulunda dava görülürken bir taraf tahkim kaydının veya sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri sürebilir. Bu durumda bu ihtilâf Devlet mahkemesine intikal ettirilir ve "ihtilâf seri muhakeme usulü ile hallolunur" (m. 519, 502, 506). Yargıtay bu konuyu ancak, Devlet mahkemesinin bu konudaki kararının temyiz edilmesi halinde inceleyebilir.

Hakem kurulunda ileri sürülmeyen ve m. 519'a uygun olarak Devlet mahkemesine götürülmeyen bu hususun hakem kurulu kararını verdikten sonra Yargıtay safhasında bir tarafça ileri sürülmesi veya resen gözönüne alınması m. 533'deki temyiz sebeplerinin sınırlı olması ve m. 519'daki hükmün açık bulunması ve konuluş gayesi dolayısıyle mümkün değildir kanaatindeyim.

7. SONUÇ : 4. Hukuk Dairesinin yukarda incelediğimiz kararı bir kanun hükmünün hangi halde 'buyurucu' hüküm olarak yorumlanabileceği, karar yetersayısı, HUMK. 531 ile 533 nu. 3 ve 519 hüküm-

lerinin yorumu ve hukuk mantığı bakımından üzerinde durulmaya değer bir karardır. Yanılmıyorsak HUMK. m. 531 ilk defa bu kararla bu şekilde yorumlanmış bulunmaktadır. Bu yorumun neden isabetli olmadığı ve savunulamıyacağı bu incelemede belirtilmeye çalışılmıştır.

BIR ANAYASA MAHKEMESİ KARARI VE GÜZEL SANATLAR AKADEMİLERİNİN BAKANLIĞA BAĞLILIĞI

H. Avni USLUOĞLU (*)

PLAN

1 — Giriş.
2 — Niçin Özerk Bir Kuruluştur.
3 — "Bağlı" Sözcüğünün Yasal Anlamı.
4 — Sonuç

G i r i ş :

3/Şubat/1979 gün ve 16539 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin 9/11/1978 gün ve E : 1978/47, K : 1978/57 sayılı kararını, uzun ve gerçekten kapsamlı karşı oy yazılarını her ilgilenen gibi zevkle inceledim.

Katıldığım ve katılamadığım yönler elbette olacaktır. Eleştiri düşünmeyi ve düşünmede çok zaman yazmayı gerektiriyor.

Konuya bir başka açıdan bakmak istiyorum.

Davacı İstanbul Güzel Sanatlar Akademesi Başkanlığı, Kültür Bakanlığı aleyhine Danıştay'da açtığı iptâl davası ile, 30/4/1969 günlü 1172 sayılı "Devlet Güzel Sanatlar Akademileri Kanunu"nun 1. maddesinde yer alan, bilimsel özerlik deyiminin "bilimsel" sözcüğünün, "Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlı" deyiminin ve 2. maddesindeki "Millî Eğitim Bakanı'nın onayı ile yapılır" tümcesinin, Anayasa'nın 120. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek iptalini istemektedir.

Danıştay 12. Dairesi bu iddiayı ciddi görerek iptalleri için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Niçin Özerk Bir Kuruluştur :

1172 sayılı sözü edilen Yasanın 1. maddesi aynen "Devlet Güzel Sanatlar Akademileri, bölümler ve enstitülerden kurulu, bilimsel

---

(*) Orman Bakanlığı Müsteşar Yrd.

özerkliği olan, Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlı, yüksek dereceli, öğretim, inceleme ve araştırma kurumlarıdır" demektedir.

Görüyoruzki, Devlet Güzel Sanatlar Akademileri birer kurumdur. Kurulmaları Anayasa'nın 112. maddesine ve bunu daha özel hükümlerle tamamlayan 120. maddesine göre, yerinden yönetim esasına dayanarak mümkün olacaktır. Aksini düşünmek bu kurumu, genel idare, Başbakanlık ve Bakanlıklardan oluşan Devlet Kamu Tüzel Kişiliği içinde kabul etmek demektir. Bir kamu kuruluşu ya Devlet Kamu Tüzel Kişiliği içindedir veya ayrı, özerk bir kurumdur. Bir üçüncü kuruluş biçimi yoktur.

Kaldıki bu Yasa'nın 27. maddesi, Üniversite Senatosu görevini Devlet Güzel Sanatlar Akademisi Genel Kurulu'nun, Fakülte Profesörler Kurulu görevini Deviet Güzel Sanatlar Temsilciler Kurulu'nun, Fakülte Dekanı görevini Bölüm Başkanı'nın yapacağını da belirleyerek üniversiteye paralellik de getirmiştir. Anayasal açıdan da üniversite niteliğinde olduğundan Anayasa'nın 120. maddesiyle uyum içinde bulunması doğaldır.

Yerinden yönetim esasına göre tüzel kişiliği haiz olarak ancak kanunla kurulabilecek (Anayasa Md : 112) her örgüt gibi bu Akademiler de, Kuruluş Kanununda boyutu ve içeriği Anayasa'nın 120. maddesi çerçevesinde belirlenmiş bir özerkliğe sahip olacaklardır; bu kanun 1172 sayılı kanundur. Benzer her özerk kuruluş gibi bir Bakanlığa bağlı olması da gerekecektir. Zira, Devlet kamu tüzel kişiliğinin bir ölçüde de olsa yönetsel vesayet denetiminin dışında kalacak hiç bir kurum yoktur, olamaz. Bu yönetsel vesayet denetiminin kapsamı da o kurumun kuruluş yasasında belirlenir. Devlet kamu tüzel kişiliği ile ilişkisinden, ortak kararnameye bağlı atamalarından, bütçelerinin Parlementoda görüşülme prosedürüne kadarki iş ve işlemlerde bir Bakanlığa mevdu görevler vardır.

Yönetsel vesayet denetiminin daha az kapsamlı olması ve hele bilimsel yönden tamamen özerk bulunmasının arzu edilmesi hiç bir Bakanlığın yönetsel vesayet denetimine tabi değildir anlamına gelmez.

Özel hukuk kamu tüzel kişilerinin dışındaki - tüzel kişiliği haiz olmayanlar dahil - bütün kamu kuruluşları Anayasa'nın 112. maddesi hükmü gereğince ve merkezden yönetim veya yerinden yönetim esasına göre kurulabilir.

Merkezden yönetim esasına göre kurulmuş ise bu takdirde Devlet Kamu tüzel kişiliğinin organıdır, genel idare içindedir.

Yerinden yönetim esasına göre kurulmuş ise (Bu deyim hizmeti hizmet yerine götüren kuruluş analamına olmayıp, merkezi idarenin dışında, tüzel kişiliği haiz kuruluş anlamındadır) mutlaka tüzel kişiliği ve kuruluş yasasında içeriği belirlenen ölçüde özerkliği vardır. Yönetsel vesayet denetiminin boyutu arttıkça özerkliği azalır. Üniversitelerde bu boyut Anayasa'nın 120. maddesi nedeniyle pek kısıtlıdır, daha çok Devletin gözetim ve denetim hakkına dayanır ve özerkliği bu yüzden zirveye yakındır.

Yerinden yönetim kuruluşları, sadece mahalli idareleri (Köy, belediye, özel idare) değil, hizmetsel yerinden yönetim idarelerini de kapsar. Bunlar Üniversiteler ve benzerleri gibi olabilir veya örneğin Orman Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü ve benzerleri gibi bir patrimuana tüzel kişilik getiren kamu kurumları şeklinde belirir.

Anayasa'nın 120. maddesindeki "Üniversiteler ancak Devlet eliyle ve kanunla kurulur." hükmünden bu kuruluşun, ne merkezden yönetim ve ne de yerinden yönetim esasına göre değil, özel bir kuruluş şekliyle kurulup, tüzel kişilik kazanmış bir örgüt olduğu sonucunu çıkaramayız. Anayasa'nın 112. maddesinin ancak kanunla kurulabilir dediği tüzel kişilik yine Anayasa'nın 120. maddesinin tamamlayan hükmüyle ve (1172 sayılı Kanunla kurulmada olduğu gibi) kanunla kurulacaktır.

"Bağlı" Sözcüğünün Yasal Anlamı :

Bu açıklamalardan sonra "Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlı" deyimi üzerinde "bağlı" sözcüğü yönünden duracağım.

"Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı" deyimi iptal edilmiştir. Ancak, bu Akademilerin bundan sonra Bakanlar Kurulu veya ortak kararnameye konu veya bütçesinin Parlementodan geçme, Devlet Kamu Tüzel Kişiliğiyle sair ilişkilerine ait iş ve işlemlerini hanği Bakanlık yürütecektir ?

Hiçbir Bakanlık ile, dolayısıyle Devlet Kamu Tüzel Kişiliği ile bağı kalmamıştır; bu bağ iptal kararıyle koparılmıştır...

Kanımca bu iptal kararının gerekçesi doğrudur, ancak, karara yansıyan genel yanılma şuradadır :

Bir kamu örgütünün bir başka kamu örgütü ile ilgili oluşu (Kamu iktisadî teşebbüslerinin ilgili bulunduğu bir bakanlık vardır) veya o bakanlığa bağlı oluşu veya o bakanlığın organı statüsünde bulunuşu karıştırılmaktadır.

Örneğin SEKA, Sanayi Ve Teknoloji Bakanlığı'na bağlı değildir, bu Bakanlık bu Kurumun ilgili Bakanlığıdır. Bu deyim 440 sayılı Kanundan gelmektedir. SEKA'nın bu Bakanlığa bağlılığından veya bu Bakanlığın organı olduğundan teknik anlamda söz edemeyiz.

Keza Orman Genel Müdürlüğü Orman Bakanlığının organıdır dersek yanılırız. Teknik deyim, Orman Bakanlığı'na bağlıdır olabilir. Çünkü ayrı kamu tüzel kişisidir, organ değildir.

Orman Köy İlişkileri Genel Müdürlüğü Orman Bakanlığı'na, örneğin Veteriner İşleri Genel Müdürlüğü Gıda-Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'na, YSE Genel Müdürlüğü Köyişleri ve Kooperatifler Bakanlığı'na, v.b., bağlı değildirler. Bu Bakanlıkların organıdırlar, bünyesindedirler. Tek kamu tüzel kişiliği içindedirler.

Gerçek kişilerden örnek verelim. Bir kimse evlilik, akrabalık, arkadaşlık, velâyet, vesayet gibi bir bağ ile birisine bağlı ise ortada mutlaka iki kişi vardır ve bağ bu kişiler arasındadır.

Bir kimsenin eli, ayağı, şu veya bu organı kendisine bağlı değildir. O kimse o organıyle bütünleşir. Arada bir bağ, bağlılık varsa bu ancak birden ziyade kişiler arasındadır.

Şimdi 1172 sayılı sözkonusu Yasanın 1. maddesindeki "Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlı" deyimine geçiyorum.

Bu deyimde "bağlı" sözcüğü Akademilerin, Devlet Kamu Tüzel kişiliğinden, dolayısıyle bu kişiliğin bir kolu olan Millî Eğitim Bakanlığı'ndan ayrı ve o Bakanlığın organı durumunda olmayan kamu tüzel kişileri bulunduğunun açık yanıtı ve kanıtıdır. Her kamu tüzel kişisi ise yapısı sebebiyle esasen özerktir. Demekki yasadaki "bağlı" sözcüğü iptalin değil, iptal edilmemenin gerekçesiydi, nedeniydi...

Yasa, Akademileri Eğitim Bakanlığı'nın organı olarak düzenlemek isteseydi o Bakanlığa bağlı demezdi, örneğin Bakanlık bünyesinde derdi.

Bağlı demekle, ayrı bir kamu tüzel kişiliğini, özerkliğini esasen belirlemiş bulunmaktaydı. Kamu tüzel kişiliği olan her kuruluş özerktir. Bu özerklik, kuruluş yasasında yer alacak hükümlerle, yönetsel vesayet makamının yetkileri belirlenebilirse de, üniversite ve akademilerde Anayasa'nın 120. maddesiyle bu sınırlama da hemen hemen en aza inmiş durumdadır. Daha çok (Devlet Kamu Tüzel Kiliğinin) gözetim ve denetim yetkisine dönük olabilecektir.

Bu iptal kararıyle "Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlı"lık ortadan kalkınca Akademiler kanımızca ortada kalmıştır. Millî Eğitim Bakan-

lığı veya onun yerini almış bulunan Kültür Bakanlığı bu Akademilerle ilgilenememe durumunda kalabilirler. Çünkü bağ koparılmıştır.

Sonuç:

Davalı Bakanlığın, bu davaya verdiği yanıtta, Akademinin Bakanlığın organı, yani tüzel kişiliği olmayan bir öğretim kurumu olduğu ve bu nedenle de dava ehliyetine sahip bulunmadığı savına katılamıyoruz.

İtiraz konusu "Millî Eğitim Bakanının onayıyle yapılır" yasa hükmünün dava konusu işlem ile ilgisizliği ve Danıştay'ca bu hükmün bu davada uygulanamayacağı, böyle olunca buna yönelen itirazın Danıştay 12. Dairesi'nin yetkisizliği nedeniyle reddi görüşümüze uygun gelmektedir.

Kararın, esasın incelenmesi bölümünde yer almış olan "1172 sayılı Yasa uyarınca kurulan örgütlerin üniversite niteliğinde örgütler olduğu kabul edilince, böyle bir örgütün bir Bakanlığa bağlı bulunması üniversite özerkliği ile bağdaştırılamaz. Çünkü Anayasa'nın değişik 120. maddesi üniversiteleri her hanği bir bakanlığa, ya da Bakanlar Kuruluna bağlılığını öngörmüş değildir." şeklindeki görüşe de katılamıyoruz. Zira, 1172 sayılı Yasa'nın 1. maddesindeki "bağlı" deyimi esasen Bakanlığın organı olmadığını açıklamaktadır. Ayrı kamu tüzel kişiliğini ve özerkliği belirleyen bu "bağlı" sözcüğünü organ olarak kabul edip, değerlendirip, bir Bakanlığın veya Bakanlar Kurulu'nun organı gibi tanımlamak (esprisinde birleşmemize karşın) sonuçta ayrılmamıza neden olmaktadır. "Bağlı" deyimi açıkladığım gibi kabul edilseydi iptal ile karşılaşılmazdı diye düşünüyorum.

"Bilimsel" deyimi gerçekten sırf bilimsel özerklik şeklinde bir anlama elverişlidir; yönetsel vesayet denetiminin dışında bırakıldığını vurgulamak için de yasada yer almış olsa iptalinde yarar olabilir.

"Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlı" deyiminin iptali akademileri, devlet kamu tüzel kişisiyle zorunlu ilişkisi ve Anayasa'nın 120. maddesinde yer alan devletin gözetim ve denetimi yönünden - kanımızca - boşlukta bırakmıştır ve "bağlı" deyiminin yasal anlamı üzerinde yeterince durulmaması bu sonucu yaratmıştır. Bu nedenle bu hükmün iptaline katılamıyoruz.

Örneğin, tüzel kişiliği haiz ve bağımsız (kuruluş yasasında belirlenen ölçüde özerk) Orman Genel Müdürlüğü 6831 sayılı Orman Kanununun 6. maddesi hükmüyle Orman Bakanlığı'na bağlıdır. Bu bağlılık genel kanı gibi organik olsaydı bu Genel Müdürlük tüzel kişili-

ğini, dolayısıyle bunun sonucu olan özerkliğini 6831 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesiyle hemen yitirirdi. Halbuki bu "bağlıdır" sözcüğü 3204 sayılı Kuruluş Yasasında belirlenen tüzel kişiliğini ve özerkliğini tekrar kanıttır.

3204 sayılı Kuruluş Kanunu ile, bu kanunda belirlenen ölçüde bağımsız (özerk, tasarruflarını kendi kişiliği adına yapan) tüzel kişiliği haiz ve katma bütçeli Orman Genel Müdürlüğü 6831 sayılı Orman Kanununun 6. maddesindeki "Orman Bakanlığı'na bağlıdır" hükmü sebebiyle tüzel kişiliğini ve özerkliğini yitirip, Bakanlığın organ statüsünde bir genel Müdürlüğü haline dönüşmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin eleştirdiğimiz kararını etkileyen görüş ile "bağlı" deyimi o kuruluşu organ statüsüne dönüştürüyorsa, 6831 sayılı Orman Kanununun 6. maddesinin "Devlet ormanlarına ait her çeşit işler Orman Bakanlığı'na bağlı Orman Umum Müdürlüğü tarafından yapılır" hükmü sebebiyle Orman Genel Müdürlüğü tüzel kişiliğini, katma bütçeli statüsünü, bağımsızlığını kaybetmiş olması gerekecektir.

Halbuki durum tamamen tersinedir ve bu "bağlı" sözcüğü ayrı bir kamu tüzel kişisi olduğunu yasanın tekrarlamasından, doğrulamasından başka bir anlam taşımamaktadır.

İKİ TEMEL YAPIT

Ali Rıza ÖNDER (*)

Yargı görevlerini yerine getirmekteki düzenli çalışmaları ve üstün başarılarıyle tanındıkları kadar bilimsel araştırmaları alanında da ün yapmış olan iki değerli meslektaşımızın son kitaplarından söz etmek istiyorum. Bunlardan birisi, Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı sayın Esat Şener'in **"Miras Hukuku"** adlı kitabı, ikincisi ise Onuncu Hukuk Dairesi Başkanı sayın Mustafa Çemberci'nin **"Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi"** adındaki yapıtıdır. Her ikisi de ikişer cilt olarak yayımlanmışlardır. Bunları özet olarak ve sırasıyle tanıtmaya çalışacağım.

MİRAS HUKUKU

Sayın Esat Şener'in "Miras Hukuku" adlı iki ciltlik yapıtı 1977 yılının son aylarında Ankara'da Olgaç Basımevi'nde basılmıştır. Aradan iki yıl geçmiş olmasının, bu değerli kitap üzerinde tanıtıcı bir yazı hazırlamama engel bulunmadığını düşündüm. Görüp okuyamamış meslektaşlarımın özen ve ilgilerine sunmayı, geç de olsa bir ödev saydım.

İlk ciltteki sunuş yazısında açıklandığı üzere sayın yazar, sadece yürürlükte bulunan yasa metnine bağlı kalmamış, günümüzde bile uygulanagelmekte olan "Feraiz" ve "Tevsi-i İntikal" kanunları ile de ilgili açıklamalarda bulunmuştur. Öte yandan, yasalardaki hükümler anlaşılır bir dille okuyuculara sunulmuştur. Kitapta, eski miras kurallarının kaynaklarına inilmiş ve karşılaştırmalı hukuk araştırmaları için yardımcı olunmaya çalışılmıştır. Bu arada usul hukukuna da gereği kadar değinilmiştir. Medeni Kanunun 439-617. maddeleri dil yönünden sadeleştirilerek asıl maddelerin altlarına yazılmıştır.

912 sayfa tutarındaki bu cildin başlarında, miras hukukundaki sistemler ile başlıca kavramların açıklamaları yapılmış, miras huku-

---

(*) Yargıtay 9. Ceza Dairesi Üyesi.

kunun konusu ve sınırları belirlenmiştir. Bu arada eski hukukumuzdaki özellikler, belli başlı terimler üzerinde özenle durulmuştur.

Bu cildin sonunda, hukuk kavramlarına göre arama cetveli düzenlenirken sayfa numaraları ile dip not numaraları belirtilmiş, yasa maddelerine göre arama cetvelinde ise, önce Türk Medeni Kanununun, sonra Borçlar Kanununun ve Hukuk Yargılamaları Usulü Kanununun maddeleri sıralanarak yanlarında sayfa numaraları gösterilmiştir. Daha sonra, velâyet, vesayet ve miras hükümlerinin uygulanmasına ilişkin tüzük ile Noterlik ve Tebliğat yasaları, Anayasa, Maden, Vatandaşlık ve Basın Yasaları, Tapu Sicil Nizamnamesi, Adlî Tıp, Kira, Bankalar Yasaları, Tapu, Emekli Sandığı, Fikir ve Sanat Eserleri Yasaları ile Köy Kanunu, Turizm Endüstrisini Teşvik Yasası, Medeni Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yasa metinlerine değinilmiş ve ilgili maddelerine yer verilmiştir.

Ktiabın 647 sayfayı bulan ikinci cildi bütünüyle miras hukukuna ilişkin Yargıtay Kararları'na ayrılmıştır. Bu kararların seçilişinde bağlı kalınan ana ilke, "uygulamada kararlılık" ölçüsüne dayanmıştır. Kararlar, yasa maddelerinin altlarına, yenileri öne alınarak konmuştur. Önce kısa özetlere yer verilmiş, sonra karar metninin hükmü oluşturan bölümü alınmıştır. Ayrıca kararlar, kendi aralarında dizgeli bir biçimde bölümlere ayrılmıştır. Bu ciltte iki çeşit dizin kitabın sonuna alınmıştır.

Burada yer alan kararlardan birisine değinmekle yetineceğim : 133-141. sayfalarda gördüğümüz 29.1.1976, 15.2.1970 ve 22.6.1977 günlemli kararlar, Atatürk'ün vasıyeti ile ilgilidir. Atatürk'ün mirasındaki uygulamayı dava konusu ederek yargılıklara (mahkemelere) getiren CHP. nin **"mansup mirasçı"**, Türk Dil Kurumu ile Türk Tarih Kurumu'nun **"irat tahsis edilen musaleh"**, İş Bankası'nın ise **"Para ve hisse senetlerini nemalandırmakla görevli tenfiz memuru"** oldukları belirtilen bu kararların dayandığı belge, vasıyetnamedir. 5 Eylül 1938 gününde Dolmabahçe Sarayı'nda Atatürk'ün el yazısıyle yazılmış olan bu düncel (tarihi) belgenin fotokopisi 133. sayfada okurlara sunulmuştur. İlgi çekeceğini sandığım bu metni aşağıya aktarıyorum :

"Dolmabahçe : 5.9.1938 Pazartesi.

Malik olduğum bütün nukut ve hisse senetleri ile Çankaya'daki menkul ve gayri menkul emvalimi C.H. Partisi'ne atideki şartlarla terk ve vasiyet ediyorum :

1) Nukut ve hisse senetleri, şimdiki gibi İş Bankası tarafından nemalandırılacaktır.

2) Her seneki nemadan, bana nisbetleri şerefi mahfuz kaldıkça, yaşadıkları müddetçe, Makbule'ye ayda bin, Afet'e sekiz yüz, Sabiha Gökçen'e altı yüz, Ülkü'ye iki yüz lira ve Rukiye ile Nebile'ye şimdiki yüzer lira verilecektir.

3) S. Gökçen'e bir ev de alınabilecek ayrıca para verilecektir.

4) Makbule'nin yaşadığı müddetçe Çankaya'da oturduğu ev de emrinde kalacaktır.

5) İsmet İnönü'nün çocuklarına yüksek tahsillerini ikmal için muhtaç oldukları yardım yapılacaktır.

6) Her sene nemadan mütebaki miktar yarı yarıya, Türk Tarih ve Dil Kurumları'na tahsis edilecektir. K. Atatürk"

Ele alınan miras konusunda enine boyuna her yönü ile yapılmış büyük bir araştırma ve inceleme karşısındayız. Bu iki ciltlik dev kitap, yalnız uygulayıcıların değil, bilimsel yapıtlara başvuracak olan herkesin her zaman gereksinme duyacağı bir ana kaynaktır. Yazarını can ve gönülden kutlarken durumu, bilimsever okurlarımızın bilgilerine sunmuş olmaktan ötürü ayrıca kıvaç duymaktayım.

SOSYAL SİGORTALAR KANUNU ŞERHİ

Sayın Mustafa Çenberci'nin yukarıdaki adı taşıyan kitabının ilk cildi 1624 sayfadır, 1977'de Ankara'da Olgaç Basımevin'de basılmıştır. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'nın dizgeli (sistematik) açıklamasını içermektedir. Yazar, sunuş yazısında bu kitabı hazırlamaktaki amacı şöyle açıklıyor : "Açıklamalarda göz önünde tutulan amaç, bugünkü uygulamayı sağlıklı bir biçimde belirlemek, geleceğin olasılıkları üzerinde de durarak uygulamanın bulunduğu doğrultuya işaret etmek, bunu yaparken en yeni içtihatlarla en taze bilimsel görüşlere yer vermek ve yanlışlığa düşmekten ürkmeyerek, fakat yanlışlığa düşmmek için de gerekli çabayı harcayarak yaşamın ortaya attığı önemli sorunlara çözüm aramak olmuştur.

Yasadaki sıraya göre düzenlenmiş bir **"İçindekiler"** bölümünden sonra 49. sayfada asıl konuya girilmiştir. Sosyal sigorta hakkını ve bu konuda devletin ödevini belirten Anayasa'nın 48. maddesi anımsatılmış, yasanın başlıca esasları ve sorunları açıklanmıştır. Sosyal güvenlik konusuna evrensel açıdan bakarak düncel (tarihi) gelişmeleri özetleyen yazar, daha sonra Türk sosyal güvenlik hukukundaki özellikleri ve çeşitlilikleri ortaya koymuştur. 506 sayılı yasanın getirdiği bilgilere ve düzenleme boşluğuna da değinildikten sonra yasa metninin açıklanmasına 75. sayfada başlanmıştır. Yasanın uygulama

alanı ve öngörülen tüzükler çıkıncaya kadar yapılan işlemler, ceza hükümleri ve geçici kurallar, en ince ayrıntılarına kadar ele alınmıştır. Sosyal Sigortalar Yasası ile yakından ilgili görülen bazı yasalar da unutulmamıştır. "**Mevzuat**" bölümünde bunlardan başka, Sosyal Sigorta İşlemleri Tüzüğü'ne yer verilmiş (Sf. 1510), uygulayıcılar için gerekli olan basılı kâğıt örnekleri kitabın sonuna alınmıştır. Bu cildin bitiminde, kısaltmalardan sonra geniş bir kaynakça (bibliyoğrafya) gösterilmiştir.

Birinci ciltte göze çarpan başka bir özellik de şudur : Bölüm başlarında, istendiği zaman kolayca bulunamıyacak temel hukuk metinlerine, ünlü düşünür ve bilginlerin özdeyişlerine yer verilerek kitap, genel kültür yönünden de zenginleştirilmiştir.

Genel hükümlere ilişkin birinci bölümün başında, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 25. maddesi baş tacı edilmiştir :

● "Herkesin gerek kendisi, gerek ailesi için yiyecek, giyecek, konut, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığını ve refahını sağlayacak uygun bir hayat düzeyine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim olanaklarından, iradesi dışında yoksun bırakacak diğer hallerde güvenli khakkı vardır."

İş kazalarıyle meslek hastalıklarını ele alan ikinci bölümün başında, ünlü Çin Bilgini Konfüçyüs'ün şu sözü vardır :

● "Akıl ile yönetilen bir devlette yoksulluk yüz karasıdır".

Hastalık sigortasını konu edinen üçüncü bölümün girişinde ise, Anayasa Mahkemesinin bir kararından alınan ve hukuk devleti kavramını ele alan şu sözlere yer verilmiştir :

● "Çağdaş uygar görüşe ve Anayasa'nın temel yapı ve felsefesine göre gerçek hukukuk devleti, ancak toplumsal devlet anlayışı içinde ise bir anlam ve değer kazanır. Hukuk devletinin amaç edindiği kişiliğin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yolu ile gerçekleştirilebilir" (18.3.1976/198-18).

Analık sigortası ile ilgili dördüncü bölüme ise, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 25. maddesinin ikinci kesimindeki şu satırlarla başlanmıştır :

● "Analık ve çocukluk, özel ihtimam ve yardım görme hakkını haizdir. Bütün çocuklar evlilik içinde veya dışında doğsunlar, aynı sosyal korunmadan yararlanırlar."

Malûllük sigortası başlığını taşıyan beşinci bölümde, anılan evrensel bildirinin 22. maddesi veriliyor :

● "Herkesin, toplumun bir üyesi olmak bakımından sosyal güvenlik hakkı vardır. Haysiyeti için ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için zorunlu olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyle ve her devletin kuruluşu ve kaynaklarıyle orantılı olarak gerçekleştirilmesine hakkı vardır."

Yaşlılık sigortasını oluşturan altıncı bölüm, Juvenal'in şu sözleriyle başlıyor :

● "Yaşlılık ölümden çok daha korkunçtur."

Ölüm sigortası başlığını taşıyan yedinci bölümde, "Otuzbeş Yaş" Ozanı Cahit Sıtkı Tarancı'nın beş dizesine yer verilmiştir :

● "Neylersin ölüm herkesin başında/Uyudun uyanmadın olacak/ Kim bilir nerde nasıl kaç yaşında/Bir namazlık saltanatın olacak/Taht misali o musalla taşında."

Pirimlerden söz eden sekizinci bölüm, Aristo'nun bir sözüyle başlıyor :

"İhtilâller ile hıyanetlerin anası yoksulluktur."

● İsteğe bağlı sigorta başlıklı dokuzuncu bölümün baş köşesi, Voltair'e ayrılmıştır :

● "Dinlenmek ve yorgunluk gidermekten ziyade, gelecek endişesini yok eden güvenliği, nerede olursa olsun, arayıp bulmaya can atıyorum."

Ortak hükümlere ilişkin onuncu bölüm, Cahit Tanyol'un soru biçiminde sona eren görüşü ile açılmaktadır :

● "İnsanları mutlu eden, yalnız ve yalnız güven duygusudur. Dinlerin vaadettiği cennet bile ölümden sonraki yaşam için bir güven ve avuntu kaynağı değil midir?"

Çeşitli hükümler başlığını alan onbirinci bölümün başında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararından şu tümce seçilmiştir :

● "Bir hukuk kuralı toplum ihtiyacını karşılayamazsa, bu kural canlılığını yitirir. Yerini, ihtiyaca karşılık veren bir kural alır. Mahkeme içtihatları da hukuk kurallarının yasalardan sonra gelen bir kaynağı dır (17.3.1965/9-129).

Karşılıklar ve teknik bilanço konusuna ayrılan onikinci bölümde, Kessler'in bir sözü alınmıştır :

● "Hukuktan bir şey beklemiyecek olan, ümidini daima ihtilâllere bağlamaya balşar."

Ceza hükümlerini inceleyen onüçüncü bölümün başında Beccaria'nın şu düşüncesine önem verilmiştir :

● "Suç işlemeyi frenliyebilecek en iyi çare, cezanın şiddeti olmayıp lâkin ondan kaçınılmazlığıdır."

Geçici hükümleri içeren ondördüncü bölümün ilk sayfası, Atatürk'ün barışa değinen bir sözü ile süslenmiştir :

● "Eğer devamlı barış isteniyorsa, kitlelerin durumlarını iyileştirecek uluslararası tedbirler alınmalıdır. İnsanlığın refahı açlık ve baskının yerine geçmelidir."

Son hükümleri de içine alan onbeşinci bölümün başında, Anayasa Mahkemesi kararlarından alınan yol gösterici bir kuralı görüyoruz :

● "Sosyal hukuk devletinin temel ereği, sosyal hakların ve sözgelimi sosyal güvenliğin en iyi, en sağlam ve en etkin bir biçimde sağlanmasıdır." (25.1.1977/36/2).

Kitabın 856. sayfasından başlayan "İçtihatlar ve Ekler" adlı kesiminde de buna benzer özdeyişlere yer verilmiştir :

● "Kanun, daima bir temelden, bir iskeletten ibarettir. Buna ancak uygulama ve mahkemelerin içtihadı hayat verir." (Sf. 857, A. SCHWARZ)

● "Düşüncelerini değiştirmeyenler, yalnız abdallarla ölülerdir." (Sf. 1153 LOVEL).

● "Ölüm, doğumumuzu sınırlar. Beşik, aslında mezara yerleştirilmiştir." (Sf. 1187, Bishop HALL).

● "Külfet nimete ve nimet külfete göredir." (Sf. 1434, Mecelle m. 88).

● "Kesinlikle bilsem de yine araştırırım." (Sf. 1474, Jacques RİGARD).

Birinci cildin yayımlanmasından iki yıl sonra "Bağımsız Ek Kitap" olarak çıkarıldığı bildirilen "Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi" adlı ikinci cilt ise, 320 sayfadır. Yukarıda adı geçen yerde basılmıştır. Bunda, 506 sayılı yasanın en son değişiklikleri ile yasa metni verilmiş, ayrıca, 2098, 2099, 2100 ve 2167 sayılı yasaların açıklanmaları

ele alınmıştır. Bunlardan başka ilgili diğer tüzel metinler ile Yargıtay'ın bu konulardaki en son içtihatları özetle sunulmuştur.

İki cilt tutarındaki bu büyük yapıtı tüzecilerimize sağlık verir, yazarına yeni çalışmalarında da başarılar dileriz.

YARGITAY KÜTÜPHANESİ HUKUK MAKALELERİ BİBLİYOGRAFYASI

İbrahim KARAER (*)

Bu çalışma; Yargıtay Kütüphanesi'ne gelen süreli yayınlarda (Dergi ve gazetelerde) yayınlanmış olan hukukla ilgili makaleleri duyurmayı amaçlamaktadır. Bibliyografik künyeler, konu başlıkları altında, yazar soyadlarına göre (Yazar yoksa makale adlarına göre) alfabetik bir düzende verilmiştir.

Dergilerde yayınlanan makalelere ait referanslarda şu şekil ve sıra gözetilmiştir : Makale yazarının soyadı, adı, makalenin adı, süreli yayının adı, cilt sayısı (Sayısı), yayınlandığı tarih ve makalenin hangi sayfalarda yer aldığı belirtilmiştir.

Gazetelerde yayınlanan makalelere ait referanslarda ise; yazar adından sonra makale adı, yayınlandığı gazete ve tarih belirtilmiştir.

Bibliyografik künyelerin sonuna üç basamaklı bir sıra numarası eklenmiştir. Bu sıra numarası, yıl sonunda hazırlanacak olan yazar adları dizininden, bibliyografik künyelere ulaşımı sağlayacaktır.

I — GENEL HUKUK

AKIN, Prof. Dr. İlhan. Ord. Prof. Dr. Charles Crozat'yı anarken. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, XXV-XXVI. (750)

APAYDIN, Orhan. Savunmasız adalet. **Cumhuriyet,** 13 Nisan 1979. (751)

AYBAY, Doç. Dr. Rona. 30 yıllık insan hakları bibliyografyası (1947-1977). Hazırlayanlar : Doç. Dr. Rona Aybay ve Mehmet Ali Kartal. **İnsan Hakları Yıllığı.** (1) 1979, 94-127. (752)

BALKANLI, Remzi. Adaleti zulüm aracı olarak kullanmak işkencedir. **Son Havadis,** 25 Nisan 1979. (753)

BÜYÜKMİRZA, Doç. Dr. Kamil. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nca yürütülen fiyat tespit ve kontrol uygulamasının maliyetler yönünden incelenmesi. (Eleştirisel bir yaklaşım). **Ankara İTİA Dergisi.** 10 (1-2) 1978, 93-129. (754)

COŞAR, Ahmet. 19 Mayıs gerçeği. **Cumhuriyet,** 19 Mayıs 1979. (755)

ÇELENK, Halit. Yeni yasalar paketi. **Cumhuriyet,** 28 Nisan 1979. (756)

DÖNMEZER, Prof. Dr. Sulhi. Adalet ve eleştiri üzerine... **Son Havadis,** 4 Mayıs 1979. (757)

(*) Kütüphane Müdürü.

DÖNMEZER, Prof. Dr. Sulhi. Buhranın ana nedenleri **Son Havadis,** 17 Mayıs 1979. (758)

DÖNMEZER, Prof. Dr. Sulhi. Hukuk ve Bhutto olayı. **Son Havadis,** 12 Nisan 1979. (759)

DÖNMEZER, Prof. Dr. Sulhi. İran, Çin ve adalet. **Son Havadis,** 19 Nisan 1979. (760)

DÖNMEZER, Prof. Dr. Sulhi. Ord. Prof. Charles Crozat'ın onuruna. **İÜHF Mecmuası,** 43 (1-4) 1977, XXIII - XXIV. (761)

ERMAN, Prof. Sahir. "Altın kararnamesi" eksiktir. **Hürriyet,** 9 Mayıs 1979. (762)

FER, Muslih. TODAİE İnsan Hakları Merkezi üzerine. **İnsan Hakları Yıllığı.** (1) 1979, 3-10. (763)

GÖREN, Ömer. Altın. **Tercüman,** 15 Mayıs 1979. (764)

GÜNÜMÜZDE Yargı. Yargının ve yargı karşısında yurttaşın sorunları. **Günümüzde** Yargı. (37) 1979, 35-38. (765)

GÜNÜMÜZDE Yargı. Yargının işleyişi üzerine anket. **Günümüzde** Yargı. (37) 1979, 24-34. (766)

HIRSCH, Pof. Dr. Ernst E. Kanunu bilmemenin hukuki ve sosyolojik açıdan önemi. Çev. Dr. Şeref Ünal. **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 221-223. (767)

KAYNAK, Muhteşem. Marksist değer kuramı. "Bir inceleme". **Ankara İTİA Dergisi.** 10 (1-2) 1978, 21-64 (768)

KUTAY, İlhan. Günümüzde yargı. **Günümüzde Yargı.** (37) 1979, 6-11. (769)

ÖKTEM, Dr. Niyazi. "Doğa yasası" doğal hukuk. **Cumhuriyet,** 11 Mayıs 1979. (770)

ÖZYILMAZ, Emre. Toplumumuzdaki sosyal gerilimler ve sebebleri. **Toprak ve Tarım Reformu Dergisi.** (7) 1978, 42-47. (771)

ÖZYÖRÜK, Mukbil. Yürütme ve yargı meseleleri. **Tercüman,** 7 Mayıs 1979. (772)

ÖZYURT, Doç. Mustafa. Organ değiştirme yasası. **Cumhuriyet,** 10 Mayıs 1979. (773)

SEZEN, Merih. Devlet avukatlığı. **Cumhuriyet,** 8 Mayıs 1979. (774)

SÜRMEN, Süleyman. İslam'da savaş psikolojisi ve hukuku. **Hergün,** 22 Mart 1979. (775)

TAYLAN, Erbay. Kadı yargısı. **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 235-242. (776)

TEZCAN, Dr. Durmuş. Bilgisayarın hukukta kullanılması ve özellikle adli sicil sisteminin mekanik hale dönüştürülmesi. **Adalet Dergisi.** 70 (1-2) 1979, 53-79. (777)

TIRPAN, Sabri. Ayrılırken, **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 207-219 (1978)

ADALET ÖRGÜTÜ

BERNHARD, Prof. Dr. Jur. Danimarka hukuku ve adli teşkilatına kısa bir bakış. **Günümüzde Yargı.** (37) 1979, 17-19. (779)

DÖNMEZER, Prof. Dr. Sulhi. Çocuk mahkemeleri kurulurken. **Son Hahadis,** 3 Mayıs 1979. (780)

GÜRELLİ, Prof. Dr. Nevzat. Çocuk suçluluğu ve çocuk mahkemeleri. **Milliyet,** 3 Mayıs 1979. (781)

KARADAYI, İsmet Kemal. Hukukun uygulanması : Cumhuriyet savcılarının yerleri, görevleri, ilgileri. **Günümüzde Yargı** (37) 1979, 14-16 (782)

KARAYALÇIN, Prof. Dr. Yaşar. Adalet Yüksek Okulu kurulurken. **Ankara Barosu Dergisi.** (1) 1979, 6-12. (783)

NABANTOĞLU, Cahit. Yargıtay'a üye seçimi koşulları üzerinde bir inceleme. **Adalet Dergisi** 70 (1-2) 1979, 35-42 (784)

YAVUZER, Doç. Dr. Halûk. Çocuk mahkemeleri yasa tasarısının getireceği yenilikler ve ülkemizdeki çocuk suçluluğu sorunu. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 131-137. (785)

HUKUK FELSEFESİ

ÖKTEM, Dr. Niyazi. Hukuksal pozitivizm akımı. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 271-299 (786)

ÖZBİLGEN, Prof. Dr. Tarık. Antinatüralist bir sosyoloji anlayışının jüsfikasyonu bakımından fenomenolojik sosyoloji anlayışının lejitimasyonu. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 221-269. (787)

II — DEVLETLER HUKUKU

AKYOL, Taha. Türkiye - AET münasebetleri. **Hergün,** 13 Mayıs 1979. (788)

ALTUĞ, Prof. Dr. Yılmaz. Çok vatandaşlık. **İÜHF Mecmuası.** 43 1-4) 1977, 191-207. (789)

ALTUĞ, Prof. Dr. Yılmaz. NATO 30 yaşında. **Son Havadis,** 10 Nisan 1979. (790)

ALTUĞ, Prof. Dr. Yılmaz. Türk - Amerikan ilişkileri. Son Havadis, 15 Mayıs 1979. (791)

DONAY Doç. Dr. Süheyl. Tedhişciliğin cezalandırılması hakkında avrupa sözleşmesi (Çeviri). **İÜHF.** 43 (1-4) 1977, 417-430. (792)

GEVGİLİ, Ali (Forumu yöneten). Yunanistanın AET'ye katılması ve Türkiye. Foruma katılanlar: Robert Fischer, Prof. Dr. Erol Manisalı, Prof. Dr. Tekinalp ve Dr. Halûk Günuğur. **Milliyet,** 22 Nisan 1979. (793)

GİRİTLİ, Prof. Dr. İsmet. AET üyeliği ve egemenlik. **Son Havadis,** 30 Nisan 1979. (794)

GİRİTLİ, Prof. Dr. İsmet. Yunanistan'ın AET üyeliği ve Türkiye. **Tercüman,** 26 Nisan 1979. (795)

KARAHAN, Mustafa. Türk - Batı ilişkileri ve Batı açısından Türkiye çıkmazı. **Hergün,** 26 Nisan 1979. (796)

SEVİG, Prof. Dr. Vedat R. Yabancı gerçek kişilerin giriş, çıkış, ikamet ve seyahatleri. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 367-382. (797)

ÜNAL, Oğuz. Değişen dünya ve Orta-Doğu dengeleri karşısında Türkiye. **Hergün,** 11-12 Mayıs 1979. (798)

ÜNLÜTÜRK, Memduh. Ortadoğu barışının muhtemel sonuçları ve Türkiye'nin durumu. **Tercüman,** 11 Nisan 1979. (799)

III — ANAYASA HUKUKU

AKAD, Dr. Mehmet Anayasa yargısı üzerinde gözlemler... **Günümüzde Yargı.** (37) 1979, 39-43. (800)

AKAD, Dr. Mehmet. Karar incelemesi. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 48. maddesindeki "Sosyal güvenlik hakkı" üstüne bir kararın çözümlenmesi. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 495-515. (801)

AKSAKAL, İbrahim Vecdi. Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesi kararı. Yazanlar: İbrahim Vecdi Aksakal ve Köksal Toptan. **Tercüman,** 17 Mayıs 1979. (802)

ALKAN, Dr. Türker. Demokrasinin denetim mekanizması ve siyasal toplumsallaşma. **SBF Dergisi.** 33 (1-2) 1978, 151-172. (803)

(*) Yargıtay Kütüphane Müdürü

APAYDIN, Orhan. Seçim yasası. **Cumhuriyet,** 4 Nisan 1979. (804)

ARMAĞAN, Doç. Dr. Servet. Federal Almanya Cumhuriyeti Federal Hükümet içtüzüğü. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 89-100. (805)

ARMAĞAN, Doç. Dr. Servet. Karar tahlili. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 479-483. (806)

ARVASİ, S. Ahmet. Alemşümul bir Anayasa ihtiyacı. **Hergün,** 10 Nisan 1979. (807)

ARVASİ, S. Ahmet. Senato ne zaman gereklidir? **Hergün,** 16-17 Nisan 1979. (808)

AYBAY, Doç. Dr. Rona. Bir insan hakkı olarak uluslararası seyahat özgürlüğü. **İnsan Hakları Yıllığı.** (1) 1979, 80-93. (809)

AYBAY, Doç. Dr. Rona. Döviz kısıtlamaları ve yurt dışına çıkma özgürlüğü. **Günümüzde Yargı.** (36) 1979, 12-13. (810)

AYBAY, Doç. Dr. Rona. Milli güvenlik kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu. **SBF Dergisi.** 33 (1-2) 1978, 59-82. (811)

BALKANLI, Remzi. "Ben Kürdüm" demenin hukuki nitelikleri. **Son Havadis,** 7 Mayıs 1979. (812)

DEMİRBAŞ, Timur. Kişi güvenliği. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 149-172. (813)

DONAY, Doç. Dr. Süheyl. Kamu özgürlüklerinin korunmasında avukatın rolü. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 393-414. (814)

DÖNMEZER, Prof. Dr. Sulhi. Diyanet ve dokunulmazlık. **Son Havadis,** 5 Nisan 1979. (815)

ERDOĞDU, Ahmet. Ulusal egemenlik gerçeği. **Cumhuriyet,** 23 Nisan 1979. (816)

EREM, Faruk. Yasal önlemler paketi ve Anayasa **Milliyet,** 18 Mayıs 1979. (817)

EROĞUL, Doç. Dr. Cem. Cumhurbaşkanının denetim işlevi.**SBF Dergisi.** 33 (1-2) 1978, 35-57. (818)

ERDOĞDU, Ahmet. Ulusal egemenlik

EVCİMEN, Günsev. Batı demokrasilerinde kurumsallaşmış muhalefet: İşlevleri ve sorunları. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 139-147. (819)

GEVGİLİ, Ali (Forumu yöneten). 20. yılında 27 mayıs ve çağdaş Türkiye. Foruma katılanlar: Suphi Karaman, Prof. Dr. Cahit Talas ve Doç. Dr. Taner Timur. **Milliyet,** 27 Mayıs 1979. (820)

GÖLCÜKLÜ, Prof. Dr. Feyyaz. Denetim mekanizması olarak devlet radyosu. **SBF Dergisi.** 33 (1-2) 1978, 83-103 (821)

GÜLAHMETOĞLU, Hüsamettin. Anayasa üzerine. **Hergün,** 27 Mayıs 1979. (822)

HEPER, Doç. Dr. Metin. Siyasal iktidarın sınırları ve önlem paketi. **Milliyet,** 19 Nisan 1979. (823)

İÇEL, Prof. Dr. Kayıhan. Bayramda gazete çıkarma yasağının Anayasa karşısındaki durumu. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 37-44. (824)

KABAOĞLU, İbrahim Ö. Dernek öz gürlüğü: İlke mi? İstisna mı? **Günümüzde Yargı.** (36) 1979, 14-16. (825)

KAPANİ, Prof. Dr. Bahri. İnsan haklarının uluslararası alanda korunması: Yeni gelişmeler ve sorunlar. **İnsan Hakları Yıllığı.** (1) 1979, 64-79. (826)

KAZAN, Turgut. 171 sayılı yasanın yürürlük sorunu. **Cumhuriyet,** 17 Mayıs 1979. (827)

KİLİ, Prof. Dr. Suna. Siyasal partilerde iç denetim. **Cumhuriyet,** 22 Mayıs 1979. (828)

KUMAŞ, Rahmi. Seçim yasalarındaki değişiklikler.. **Cumhuriyet,** 8 Mayıs 1979. (829)

KUMAŞ, Rahmi. Yüce Divan'nın niteliği. **Cumhuriyet,** 3 Nisan 1979. (830)

KÜRKÇÜOĞLU, Doç. Dr. Ömer. Türk demokrasisinin kuruluş ve işleyişinde dış etkenler (1946)'dan bu yana). **SBF Dergisi.** 33 (1-2) 1978, 213-247. (831)

OKTAY, Cemil. Anayasa Mahkemesi, idari yargı ve ferdi girişim yolu ile yapılan denetim deneyleri. **SBF Dergisi.** 33 (1-2) 1978, 133-149. (832)

ÖNGÖREN, Mahmut Tali. Siyasi İlimler Türk Derneği Üçüncü Ulusal Siyasal Bilim Kongresi. Konu: Türkiye'de demokrasinin denetim kurumları. Örnek olay TRT. **SBF Dergisi.** 33 (1-2) 1978, 105-132. (833)

ÖZER, Atilla. Amerika Birleşik Devletlerinde Başkanlık Kurumu ve Başkanın siyasal liderliği. **Ankara İTİA Dergisi.** 10 (1-2) 1978, 247-272. (834)

ÖZYÖRÜK, Mukbil. Umulan ve bulunan. **Tercüman,** 10 Mayıs 1979. (835)

RAUSCHNING, Prof. Dr. Dietrich. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre Anayasa'nın parlmanter hükümet sistemi. Çev. Doç. Dr. Servet Armağan. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 65-88. (836)

SAVCI, Prof. Bahri. Siyasal özgürlükte yeni boyutlar. **Cumhuriyet,** 21 Nisan 1979. (837)

SAVCI, Prof. Bahri. Yaşam hakkı üzerine. **İnsan Hakları Yıllığı.** (1) 1979, 17-35. (838)

SAYARI, Binnaz. Türkiye'de dinin denetim işlevi. **SBF Dergisi.** 33 (1-2) 1978, 173-185. (839)

ŞENYAPLI, Önder. Demokrasi ve basın. **SBF Dergisi.** 33 (1-2) 1978, 187-212. (840)

TANÖR, Doç. Dr. Bülent. Mustafa Kemal ve anayasal gelişme dinamiklerimiz. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 383-392. (841)

TAYLAK, Muammer. Birinci Büyük Millet Meclisi. **Hergün.** 23 Nisan 1979. (842)

TEOMAN, Dr Ömer. Derneklerde ve anonim ortaklıklarda genel kurul yeter sayının sağlanamaması nedeniyle toplanamamışsa ikinci toplantı için yeniden çağrı merasimine uymak zorunlu mudur? **Yasa Hukuk Dergisi.** II (3) 1979, 352-357. (843)

TURAN, Prof. Dr. İlter. Parlamenter demokraside denetim işlevi ve Türkiye. **SBF Dergisi.** 33 (1-2) 1978, 1-33. (844)

YALMAN, Macit. Seçim yasası'ndaki yenilikler ve eksiklikler. **Milliyet,** 15 Mayıs 1979. (945)

YÜKSEL, Prof. Dr. Ali Sait. Yasaları veto hakkı ve belediye gelirleri. **Milliyet,** 22 Mart 1979. (846)

IV — İDARE HUKUKU

İDARİ YAPI

AKILLIOĞLU, Tekin. Saklı yetki kavramı. **Amme İdaresi Dergisi.** 11 (3) 1978, 73-83. (847)

BAYAR, Yavuz. Örgüt ve yönetim bilimi öğretimi ve kültürbilim. **Amme İdaresi Dergisi.** 11 (1) 1978, 3-11. (848)

CANMAN, Doğan. Türkiye'de kalkınma gereklerine uygun olarak yüksek yöneticilerin yetiştirilmesi. **Amme İdaresi Dergisi.** 11 (3) 1978, 3-18. (849)

ÇULPAN, Dr. Refik. Bireysel ve örgütsel davranış: Beklentiler dengesi modeli. **Amme İdaresi Dergisi.** 11 cmfouiuiuiu (1) 1978, 12-23. (850)

ERGUN, Turgay. Yönetimde yozlaşma olgusu üzerine :**Amme İdaresi Dergisi.** 11 (1) 1978, 24-30. (851)

ERKÖK, Dr. Şiir. Türkiye'de gerçek ücretlerin hesaplanması yolunda bir çalışma. **Ankara İTİA Dergisi.** 10 (1-2) 1978, 1-19. (852)

ERTEKİN, Yücel. Halkla ilişkiler ve görüntü yaratma. **Amme İdaresi Dergisi.** 11 (3) 1978, 65-72. (853)

GERAY, Prof. Dr. Cevat. Belediye sorunları ve politikacılar. **SBF Dergisi.** 32 (1-4) 1977, 23-32. (854)

GERAY, Prof. Dr. Cevat. Belediyelerimizin yapısal sorunları. **SBF Dergisi.** 32 (1-4) 1977, 33-53. (855)

GEVGİLİ, Ali (Forumu yöneten). Çağdaş toplum yönetimi ve Türkiye. Foruma katılanlar: Prof. Dr. Lawrence. E. Fouraker, Prof. Dr. Kemal Tosun, Prof. Dr. Robert Kervin ve Nezih Berkkam. **Milliyet**, 6 Mayıs 1979. (856)

İPCİ, Mustafa. Elektronik bilgi işlem makinalarına dayalı yönetim bilgi sistemlerinin (YBS) karar verme süreciyle ilişkisi. **Ankara İTİA Dergisi.** 10 (1-2) 1978, 135-154. (857)

KARA, Kazım. Halkla ilişkiler. **Toprak ve Tarım Reformu Dergisi.** (7) 1978, 30-41. (858)

ROOS, Leslie L. Kurumsal değişme, yaşamuğraş devinimliliği ve işte doyum. **Amme İdaresi Dergisi.** 11 (3) 1978, 47-63. (859)

SENCER, Muzaffer. Çok değişen çözzümlemesi ve geliştirme modelleri. **Amme İdaresi Dergisi.** 11 (3) 1978, 19-45. (860)

YAŞAMIŞ, Firuz Demir. Moral sorunu. Genel yönetimin taşra örgütünde çalışanların iş yapma güçlerinin saptanması üzerine bir araştırma. **Amme İdanesi Dergisi.** 11 (1) 1978, 40-54. (861)

İDARİ YARGI

GÖKÇE, Abbas. Belediye mallarının satışı. **Ankara Barosu Dergisi.** 36 (1) 1979, 39-42. (862)

GÖKÇE, Abbas. Danıştay yasasına düşünceler. **Günümüzde Yargı.** (37) 1979, 46-49. (863)

GÜRAN, Doç. Dr. Sait. İdari yargıdan birkaç sorun. **Günümüzde Yargı.** (37) 1979, 44-45. (864)

GÖKÇE, Abbas. Memurların yargılanmalarına ilişkin yasanın uygulanmasında yetki sorunu. **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 281-284.

İNAN, Attila. Sayıştay yargılamasında sorumluluk. **Amme İdaresi Dergisi.** 11 (1) 1978, 55-83. (866)

KAZANCI, Doç. Dr. Metin. Dilekçe hakkı, halkın istekleri ve yönetim. **SBF Dergisi** 32 (1-4 1977, 123-146. (867)

KUTLU, Kadir. Devlet memurları kanunu eşitlik prensiplerini zedeliyor. **Tercüman,** 2 Mayıs 1979. (868)

TAN, Doç. Dr. Turgut. Yüksek öğretimdeki yapısal dağınıklığın hukuksal görünümü. **Amme İdaresi Dergisi.** 11 (3) 1978, 85-105.

ÜNİVERSİTELER YASASI

AKSU, Prof. Dr. Yavuz. Yeni üniver-

siteler yasası. **Cumhuriyet,** 24 Mayıs 1979. (870)

SENCER, Muzaffer. Getirdikleri ve götürdükleri (Üniversiteler Yasası'nın). **Cumhuriyet,** 21 Nisan 1979. (871)

ŞAHİNLER, Prof. Orhan. Üniversiteler yasası. **Cumhuriyet,** 12 Nisan 1979. (872)

V — CEZA HUKUKU

AKMANLAR, Bülent (Haz.). Karşılaştırmalı hukuk açısından ceza hukuku alanında uluslararası çalışmalar, gelişmeler, haberler. **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 403-409 (873)

CANBOLAT, Selahattin. İşkence kavramı üzerine bir inceleme. **Hergün,** 14 Nisan 1979. (874)

CİHAN, Doç. Dr. Erol. Milli duygulara aykırı propoganda yapma suçu (TCK. m. 142. m. 142/b. 3). **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 45-63. (875)

DÖNMEZER, Prof. Dr. Sulhi. Karşılıksız çek. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 303-324. (876)

GÖZÜBÜYÜK, Dr. Abdullah Pulat. Acizleri ve çocukları terk cürümleri. **Adalet Dergisi.** 70 (1-2) 1979, 13-20. (877)

GÜLAHMETOĞLU, Hüsamettin. "141-142" Meclis gündeminde. **Hergün,** 7 Nisan 1979. (878)

GÜNAL, Prof. Dr. Yılmaz. Uyuşturucu madde kullanma suçları. **SBF Dergisi.** 32 (1-4) 1977, 55-85. (879)

İÇEL, Prof. Dr. Kayıhan. Denetleme kurulundan geçen filimler suç konusu olur mu? **İÜHF Mecmuası.** 43(1-4) 1977, 475-478. (880)

KAZAN, Turgut. 142 ve Anayasa Mahkemesi. **Cumhuriyet,** 28 Mart 1979. (881)

ONUR, Doç. Dr. Esin. Suçlu gençler. **Cumhuriyet eki,** 19 Mayıs 1979. (882)

ÖKTEM, Dr. Niyazi. Felsefe tarihinin verileriyle 141-142. **Günümüzde Yargı.** (36) 1979, 7-8. (883)

SAVCI, Prof. Bahri. Yaşam hakkından doğan sorunlar, öldürmeğe "Cevaz" sorunu. **SBF Dergisi.** 32 (1-4) 1977, 1-21. (884)

SELÇUK, Sami. Köydeki seranat ve insansız adalet. **Milliyet,** 25 Mayıs 1979. (885)

SELÇUK, Sami. Tümel ve insancıl ceza adaleti sistemi. **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 259-264. (886)

TANÖR, Doç. Dr. Bülent. TCK. 142 ve Anayasa Mahkemesi'nin son kararı. **Cumhuriyet,** 24 Nisan 1979. (887)

TOSUN, Prof. Dr. Öztekin. Yargıtay'ın çeviri yapıtlara ilişkin bazı kararlar üzerine. **Yasa Hukuk Dergisi.** II (4) 1979, 493-519. (888)

ULUĞTEKİN, Dr. Sevda. Türkiye'de suçlu çocuklar ve toplumsal- Ekonomik kökenleri. **Adalet Dergisi.** 70 (1-2) 1979, 81-92. (889)

YALKUT, Dr. Necdet. Mukayeseli hukuk açısından çok evlilik suçu. **Yasa Hukuk Dergisi.** II (4) 1979, 527-535. (890)

YALKUT, Dr. Necdet. Mukayeseli hukuk açısından haksız tahrik. **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 243-252. (891)

YALKUT, Dr. Necdet. Tedhişçilik fiilleri. **Adalet Dergisi.** 70 (1-2) 1979, 43-52. (892)

YİĞİT, Barış. TCK. 142 Anayasa Mahkemesi'nde. **Günümüzde Yargı.** (36) 1979, 9-11. (893)

ADLİ TIP

AKYAY, Dr. Erdem. Travmatik lezyonların ağırlık dereceleri ve ilgili yasal kavramların açıklanması. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 173-178. (894)

GÖK, Prof. Dr. Şemsi Yüksekten düşme sonucu ortaya çıkan kafa travmalarındaki kırıkların oluşmasındaki mekanizmalar. Yazanlar: Prof. Dr. Şemsi Gök ve Dr. R. Özdemir Kolusayın. **Adalet Dergisi.** 70 (1-2) 1979, 123-128. (895)

CEZA YARGILAMA HUKUKU

BAYRAKTAR, Doç. Dr. Köksal. Adli yardım üzerine. **Günümüzde Yargı.** (37) 1979, 12-13. (896)

ÇAĞLAYAN, Muhtar. Yaş küçüklüğü ve tatbikatı. **Adalet Dergisi.** 70 (1-2) 1979, 21-34. (897)

GÖKÇE, Abbas. Cezada kanıt değerlemesi. **Yasa Hukuk Dergisi.** II (4) 1979, 520-526. (898)

KUNTER, Prof. Dr. Nurullah. Madde itibariyle yetkisizlik kararı ve hakimin oyunu belli etmesi. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 325-337. (899)

KUNTER, Prof. Dr. Nurullah. Sanığın yokluğunda yapılan sonsoruşturmada uygulanacak "Taban kurallar" **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 339-365. (900)

KUNTER, Prof. Dr. Nurullah. Üniversite "İlk soruşturma" sı ve memur muhakemesi sistemimiz. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 1-24. (901)

TOSUN, Prof. Dr. Öztekin. Tutuklama kararları ve sanığın itiraz hakkı. **Milliyet,** 23 Mayıs 1979. (902)

YENİSEY, Doç. Dr. Feridun (Çev.). 1978 yürürlükte olan şekli ile Federal Almanya ceza muhakemesi kanunu (Strafpozessordnung) (1-93. maddeler). **İÜHF Mecmuası.** 43(1-4) 1977, 431-471. (903)

YURTCAN, Doç. Dr. Erdener. Maddesel yetkisizlik kararı veren yargıcın üst mahkemede yargıya katılması sorunu. **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 485-494. (904)

YÜCE, Prof. Dr. Turhan. C.M.U.K. nun 22. maddesinde hakim hakkındaki görev yasakları ve Yargıtay'ın ilgili kararları üzerinde eleştirmeli bir inceleme. **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 265-279. (905)

İNFAZ HUKUKU

DÖNMEZER, Prof. Dr. Sulhi. Tedhişin yeni okulları (Cezaevleri). **Son Havadis,** 29 Mart 1979 (906)

VI — MEDENİ HUKUK

AİLE HUKUKU

COŞAR, Ahmet. Kusur sorunu. **Cumhuriyet,** 14 Nisan 1979. (907)

ÖZTÜRKLER, Cemal. Destekten yoksun kalan dul erkeğin evlenme şansı. **Ankara Barosu Dergisi.** 36 (1) 1979, 36-38. (908)

SEROZAN, Doç. Dr. Rona. Çocuk hakları ve velayet. **Günümüzde Yargı.** (36) 1979, 17-20. (909)

ŞENER, Esat. Aile kavramı ve islâm hukukunda evlenme. **Adalet Dergisi.** 70 (1-2) 1979, 1-12. (910)

MİRAS HUKUKU

SEROZAN, Doç. Dr. Rona. Tenkis davasını bütünleyen edim davası üçüncü kişilere yöneltilebilir mi? (Bir içtihadı birleştirme kararı üstüne düşünceler). **İÜHF Mecmuası.** 43 (1-4) 1977, 209-218. (911)

UYGUR, Tanju. Mirasın tüm mirascılar tarafından reddi halinde hazine hukukunun korunması. **Ankara Barosu Dergisi.** 36 (1) 1979, 20-23. (912)

EŞYA HUKUKU

DÜZCEER, Ali Rıza. Yabancıların Türkiye'de taşınmaz mal iktisapları. **Yargıtay Dergisi** 5 (2) 1979, 285-312. (913)

EREL, Dr. Şafak N. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan malın satıcı ve satıcının alacakları tarafından haczi. **SBF Dergisi** 32 (1-4) 1977, 147-188. (914)

İSMAİL, Kudret. Türk medeni hukukunda kaynak hakkı, hakkın kuruluşu ve sona ermesi. **Ankara İTİA Dergisi.** 10 (1-2) 1978, 209-245. (915)

BORÇLAR HUKUKU

ATALAY, Özcan, Adam çalıştıranın sorumluluğu, **Ankara Barosu Dergisi.** 36 (1) 1979, 13-19.

HOŞLAN, Osman. Kefilin teminat verilmesini ve kefaletten kurtulmayı isteme hakkı (BK. 503). **Adalet Dergisi.** 70 (1-2) 1979, 93-108. (917)

KALELİ, Şakir. Hayvan tutucusunun sorumluluğu, (I) **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 313-342. (918)

KARAHASAN, Mustafa Reşit. İnançları birleştirme kararlarının değiştirilmesi üzerine başvuru ve yanıt. **Yasa Hukuk Dergisi.** II (3) 1979, 333-351 (919)

KARAYALÇIN, Prof. Dr. Yaşar. Rücu davalarında zamanaşımının işlemiye başlıyacağı tarih, **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 373-379. (920)

ÖNEN, Prof. Dr. Turgut. Zarardan sorumluluk. **Ankara İTİA Dergisi.** 10 (1-2) 1978, 155-165 (921)

SÖZER, Dr. Bülent. Hava yolu ile yapılan milletlerarası taşımalarda yolcunun ölümü veya yaralanması sonucunda doğan zararlardan taşıyanın sorumluluğu, **BATİDER.** IX (3) 1978, 765-818.

ULUSAN, Dr. İlhan. Alman kamu hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, **İÜHF Mecmuası** 43 (1-4) 1977, 101-130 (923)

KİRA HUKUKU

KUNTMAN, Osman. Kira tespiti davalarında emsal gösterme hakkı. **Günümüzde Yargı.** (37) 1979, 50. (924)

TALAS, Bekir. Kira tesbit davaları ve uygulama. **Ankara Barosu Dergisi.** 36 (I) 1979, 24-35. (925)

VII — TİCARET HUKUKU

AKYAZAN, Sıkkı. T. Ticaret yasasında yeralan (Cari hesap sözleşmesi) ile banka cari hesapları ve bu hesaplarda uygulanan faiz türleri. **BATİDER.** IX (4) 1978, 1003-1018 (926)

ANSAY, Prof. Dr. Tuğrul. Amerikan anonim ortaklıklarının içyüzü, **BATİDER.** IX (4) 1978, 971-985 (927)

ARKAN, Dr. Sabih. Türk Ticaret Kanununun taşıma senetlerine ve ilmühaberlere ilişkin hükümleri üzerine bir inceleme **BATİDER.** IX (4) 1978, 1025-1046 (928)

BİLGİN, Doç. Dr. Yüksel. Sermaye ortaklarında katılma payı ve hukuksal sonuçları. **Ankara İTİA Dergisi.** 10 (1-2) 1978, 173-196. (929)

CANTÜRK, Kemal. Bankalar kanunu ve toplum psikolojisi. Tercüman, 30 Mart 1979. (930)

CARSTEN, Prof. Dr. Gebhard. İsveç paylı ortaklıklar hukukunda yeni gelişmeler Çeviren: Dr. Zühtü Aytaç. **BATİDER.** IX (4) 1978, 1047-1068. (931)

ÇAĞA, Prof. Tahir. (Haz.) Türk Ticaret Kanunu'nun 4. kitabında değişiklik yapılması hakkında kanun tasarısı ve gerekçesi. Hazırlayanlar: Prof. Dr. Tahir Çağa, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz ve Prof. Dr. Rayegan Kender. **BATİ-**

DER IX (4) 1978, 1077-1144. (932)

DOĞANAY, İsmail. Hırsızlığa karşı sigorta. **BATİDER**. IX (3) 1978, 723-734 (933)

GÖĞER, Prof. Dr. Erdoğan. (Çev). Birleşmiş Milletler denizde eşya taşıma konferansı nihai senedi. **BATİDER**. IX (3) 1978, 657-722. (934)

KALPSÜZ, Prof. Dr. Turgut. Hakem kararlarının milliyeti. **BATİDER**. IX (3) 1978, 601-653. (935)

KAYNAK. Dr. Erdener. Çok uluslu şirketler ve Türkiye. **Amme İdaresi Dergisi**. 11 (1) 1978, 106-117. (936)

KÖNİ, Dr. Hasan S. Çok uluslu şirketlerde karar verme : Genel sistem teorisi yaklaşımı. **Ankara İTİA Dergisi**. 10 (1-2) 1978, 197-208. (937)

MOROĞLU, Doç. Dr. Erdoğan. Bankalar kanununun "Ödenmiş sermaye" tanımının kredi hadleri ve diğer kanuni hadler yönünden anlam ve kapsamı. **BATİDER**. IX (3) 1978, 735-740

ÖZMAN, Doç. Dr. Aydoğan. Milletlerarası ticaret odası hakemlerinin sözleşmelere ilişkin uluslararası hukukun yaratılmasına katkıları. **BATİDER**. IX (3) 1978, 819-831. (939)

ÖZTAN, Doç. Dr. Fırat. Ticari senetlerde birden fazla lehtar gösterilmesi. **BATİDER**. IX (4) 1978, 1019-1024. (940)

SOMUNCUOĞLU, Ünal. Belirsiz zorunlu defterler ve uygulamadaki bazı sorunlar. **BATİDER**. IX (4) 1978, 1069-1075. (941)

TANDOĞAN, Prof. Dr. Halûk. Uluslararası ticaret odası tarafından hazırlanan "Akdi teminatlara ilişkin tekdüzen kurallarla ilgili tasarı" nın son şekli ve bu konudaki düşüncelerimiz **BATİDER**. IX (3) 1978, 573-600. (942)

TÜMERKAN, Somay. Anonim ortaklıklarda genel kurulun varlığı şartları. **Günümüzde Yargı**. (36) 1979, 21-25. (943)

TÜRK, Doç. Dr. Hikmet Sami. İtalyan hukukunda sigorta ve kredi işletmelerinin birleşmesi. **BATİDER**. IX (3) 1978, 741-763. (944)

UYAR, Salih. Anonim ve limited şirketlerde şirketten ve ortaktan alacaklı olan üçüncü şahısların şirket ve ortağı takip hakkının kapsamı. **Yasa Hukuk Dergisi**. II (3) 1979, 358-363.

ÜLKÜMEN, Prof. Dr. Lütfi. Köylümüzün kredi sigorta, vergi meselelerinin çözümü. **Hergün**, 8-9-10-11 Nisan 1979 (946)

VIII — İCRA VE İFLAS HUKUKU

POSTACIOĞLU, Prof. Dr. İlhan E. İcrada inkar tazminatı üzerine düşünceler ve bazı ihtilaflı nokatlar. **BATİDER**. IX (4) 1978, 951-970

IX — MEDENİ YARGILAMA HUKUKU

BAŞGÜL, Mürsel. Medeni yargılama hukukunda yemin. **Ankara İTİA Dergisi**. 10 (1-2) 1978, 273-313 (947)

BERKİN, Prof. Dr. Necmeddin. Mahkeme kararlarından ve yargısal tasarruflardan devletin sorumluluğu. **İÜHF Mecmuası**. 43 (1-4) 1977, 181-189 (948)

KAŞIKÇI, Mehmet. Kesin önel verilirken özen gösterilecek hususlar. **Yargıtay Dergisi**. 5 (2) 1979, 343-355. (949)

X — İŞ HUKUKU

ATABEK, Dr. Reşat. Kazaya uğrayan işçinin hizmet akdinin feshi. **BATİDER**. IX (4) 1978, 987-1002 (950)

AYTEK, Doç. Dr. Bintuğ. Türkiye'de yasal ve uygulama açılarından sakatların istihdam ve çalışma sorunları. **Ankara İTİA Dergisi**. 10 (1-2) 1978, 65-92. (951)

ÇUBUK, Doç. Dr. Ali. Sendikalar ve çok uluslu şirketler. **Ankara İTİA Dergisi.** 10 (1-2) 1978, 167-172. (952)

EREM, Prof. Dr. Faruk. Göçmen işçilerin insan hakları. **İnsan Hakları Yıllığı.** (1) 1979, 11-16 (953)

ÖZDEMİR, Refet. Amerika Birleşik Devletlerinde işçi sendikacılığının oluşumu. **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 361-371. (954)

ÖZMEN, Müncü. Meslek hastalıkları **Ankara İTİA Dergisi.** 10 (1-2) 1978, 315-349. (955)

TALAS, Prof. Dr. Cahit. Bir insan hakkı olarak sendika hakkı ve uluslararası ve işverenin tazminat sorumluluğu. belgelerde yeri ve evrimi. **İnsan Hakları Yıllığı.** (I) 1979, 36-63. (956)

ÜNSAL, Engin. En az ücret sorunu. **Cumhuriyet,** 29 Mart 1979. (957)

XI — VERGİ HUKUKU

AKBAL, Oktay. Asgari ücret ve gelir vergisi. **Cumhuriyet,** 19 Nisan 1979. (958)

BİRKAN, Üner. Vergilemede önce neler yapılmalı? **Milliyet,** 5 Nisan 1979. (959)

MISIRLIOĞLU, M. Kemal. Vergi kaçakçılığı önlenebilir mi? **Cumhuriyet,** 29 Mayıs 1979. (960)

OKYAY, Haldun. Türkiye'de vergilendirilmiyen kaynaklar. **Milliyet,** 20 Mart 1979. (961)

ÖZER, Dr. İlhan. Türkiye'de vergi sorunu üzerine düşünceler ve öneriler. **Amme İdaresi Dergisi.** 11 (I) 1978, 84-105. (962)

ZENDİNOĞLU, Haceli. En az geçim indirimi **Hergün,** 11 Nisan 1979. (963)

XII — BASIN HUKUKU

DÖNMEZER, Prof. Dr. Sulhi. Basın İlan Kurumu Kanunun'daki değişiklik Anayasa'ya aykırı. **Son Havadis.** 22 Mart 1979. (964)

MUMCU, Uğur. Basında sorumluluk. **Cumhuriyet,** 8 Nisan 1979 (965)

TÜREL, Cehdi. Yazı İşleri Müdürlerinin ceza sorumluluğu. **Milliyet,** 12 Nisan 1979. (966)

XIII — İMAR VE İNŞAAT HUKUKU

ESMER, Galip. İmar zorlukları ve izinsiz inşaatlar. Tercüman, 19 Nisan 1979. (967)

XIV — KAMULAŞTIRMA HUKUKU

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat. Kamulaştırılan mülkün geri alınması (istimlâk Kanunu 23) **Yargıtay Dergisi.** 5 (2) 1979, 356-359. (968)

XV — KOOPERATİF HUKUKU

UNAY, Doç. Dr. Cafer. Kooperatif sorunu. **Cumhuriyet.** 4 Mayıs 1979. (969)

XVI — TOPRAK HUKUKU

Yeni bir toprak ve tarım reformu kanununun lüzumu. **Toprak ve Tarım Reformu Dergisi.** (7) 1978, 3-16. (970)

TARANAN YAYINLARIN LİSTESİ

ADALET DERGİSİ. 70 (1-2) 1979.

AMME İDARESİ DERGİSİ. 11 (1, 3) 1978.

ANKARA BAROSU DERGİSİ. 36 (1) 1979.

ANKARA İTİA DERGİSİ. 10 (1-2) 1978.

BATİDER (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. IX (3, 4) 1978.

GÜNÜMÜZDE YARGI AYLIK DERGİ (36, 37) 1979.

İNSAN HAKLARI YILLIĞI. Yıl I, 1979.

İÜHF MECMUASI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Özel Sayı. Ord. Prof. Dr. Charles Crozat'ya Armağan). 43 (1-4) 1977.

SBF (Siyasal Bilgiler Fakültesi) Dergisi. 32 (1-4) 1977, 33 (1-2) 1978.

TOPRAK VE TARIM REFORMU DERGİSİ. (7) 1978.

YARGITAY DERGİSİ. 5 (2) 1979.
YASA HUKUK DERGİSİ. II (3, 4) 1979.

GAZETELER : Cumhuriyet, Hergün, Hürriyet, Milliyet, Son Havadis, Tercüman (20 Mart - 1 Mayıs 1979 tarihleri arası).

GELEGEN, Taner. **Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin Danıştay kararları 1974-1975-1976-1977.** Hazırlayanlar : Taner Gelegen ve Fevzi Özgeneller. Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1977, VIII, 851 s. 350 TL.

GÖKDERE, Doç. Dr. Ahmet Y. **Yabancı ülkelere işgücü akımı ve Türk ekonomisi üzerine etkileri.** Ankara, Türkiye İş Bankası Genel Müdürlüğü, 1978. XIII, 293 s. (Genel Yayın No : 196, Ekonomi Dizisi : 14) 150 TL.

GÖKMAN, Muzaffer. **Tarihi sevdiren adam Ahmet Refik Altınay, hayatı ve eserleri.** İstanbul, Türkiye İş Bankası Genel Müdürlüğü, 1978. XI, 439 s. (Genel Yayın No : 186, Ünlü Kişiler Dizisi : 8) 150 TL.

GÖRGÜN, Dr. L. Şanal. **İflâsta istihkak davası,** Ankara, AİTİA, 1977. XVI, 190 s. (Yayın No : 107)

GÜRDOĞAN, Doç. Dr. Burhan. **İpoteğin paraya çevrilmesi ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar.** Ankara, Türkiye Bankalar Birliği, 1979. 38 s. (Yayın No : 97, Konferanslar Dizisi No : 15)

HÂTEMİ, Doç. Dr. Hüseyin. **Medeni hukuk tüzelkişileri I. Giriş, tarihi gelişim, eski vakıflar.** İstanbul, İÜ. Hukuk Fakültesi, 1979. VIII, 773 s. (Yayın No : 514) 110 TL.

HİRŞ, Prof. Dr. Ernest. **Pratik hukukta metod. Genişletip değiştirerek işleyen :** Volf Çernis. Ankara, AÜ. Hukuk Fakültesi, 1978. VIII, 190 s. (Yayın No : 433) 25 TL.

KARAHACIOĞLU, Ali Haydar. **İçtihatlı-Açıklamalı kanunlarımızda müddetler (Zamanaşımı, hak düşürücü süre, itiraz, ihbar, ihtar, fesif vs. müddetler.** Yazanlar : Ali Haydar Karahacıoğlu ve Lütfi Dalamanlı. Ankara, Kardeş Matbaası, 1978. 774 s. 300 TL.

YARGITAY KÜTÜPHANESİ'NE GELEN KİTAPLAR

AKTAŞ, Yusuf. **Ceza davalarında yasa yolları, zamanaşımı ve süreler.** İstanbul, Yasa Yayınları, 1979. 240 s. (Yasa Yayınları bilim/bilgi dizisi : 3) 150 TL.

ALANGOYA, Doç. Dr. Yavuz. **Medeni usul hukukunda vakıaların ve delillerin toplanmasına ilişkin ilkeler.** İstanbul, İÜ. Hukuk Fakültesi, 1979. XII, 188 s. (Yayın No : 576) 35 TL.

ALPAR, Doç. Dr. Cem. **Çok uluslu şirketler ve ekonomik kalkınma.** 2. bsm. Ankara, AİTİA, 1978. XVI, 243 s. (Yayın No : 124) 50 TL.

ALPAR, Doç. Dr. Cem. **Kadro. 1932 Cilt : 1 (Tıpkı basım).** Ankara, AİTİA, 1978. (Yayın No : 121) 80 TL.

BAŞBAKANLIK Devlet Planlama Teşkilatı. **IV. beş yıllık kalkınma planı**

özel ihtisas komisyonu raporu. Planlama-Hukuk ilişkileri sürekli özel ihtisas komisyonu ön raporu. Ankara, 1979, 186 s. (Yayın No : DPT : 1661, ÖİK : 289)

BUMİN, Doç. Dr. Birol. **Örgüt geliştirme.** Ankara, AİTİA, 1979. XI, 162 s. (Yayın No : 125) 30 TL.

BURSA Barosu avukatlar listesi 1978 - 1979. Bursa, Savaş Matbaacılık, 1979. 51 s.

ÇAĞIL, Dr. Orhan Münir. **Ruh ve mana (Manevi nefs) metafiziği kontra "Nietzsche" ve kozmolojik nihilizm. (İnsan ruhu, hürriyet, transsandans, varlık ve Tanrı idesi üzerine kritik bir reflexion).** Birinci kısım. İstanbul, İÜ. Hukuk Fakültesi, 1978. XVII, 186 s. (Yayın No : 556) 40 TL.

ÇENBERCİ, Mustafa. **Sosyal sigortalar kanunu şerhi. Bağımsız ek kitap. En son değişiklikleri ile yasa metni 2098, 2099, 2100 ve 2167 sayılı yasaların şerhi ilgili mevzuat En son içtihatlar.** Ankara, Olgaç Matbaası, 1979. XIV, 320 s. 150 TL.

ÇUBUK, Doç. Dr. Ali. **Sosyal politika.** Ankara, AİTİA, 1979. XV, 244 s. (Yayın No : 123) 68 TL.

EDİS, Doç. Dr. Seyfullah. **Medeni hukuka giriş ve bağlangıç hükümleri.** Ankara, AÜ. Hukuk Fakültesi, 1979. XXXVI, 384 s. (Yayın No : 345) 80 TL.

KARAHASAN, Mustafa Reşit. **İnşaat, imar, ihale hukuku.** 3 Cilt. Ankara, Sevinç Matbaası, 1979. 1722 s.
I . Cilt : İnşaat ve imalât hukuku, 778 s.
II . Cilt : İmar hukuku, 780-1058 s.
III. Cilt : İhale hukuku, 1059-1722 s.

KARAKOÇ, İlkay. **Bankalarda umumi disponibilite, zorunlu karşılıklar sistemi ve Türkiye uygulaması.** Ankara, Türkiye Bankalar Birliği, 1979. 43 s. (Yayın No : 95, Konferanslar Serisi No : 14)

KARAYALÇIN, Prof. Dr. Yaşar. **Bilânço hukuku. "Kavramlar - İlkeler - Başlıca sorunlar. Yeni gelişmeler.** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1979. XV, 155 s. (Yayın No : 113) 80 TL.

KARAYALÇIN, Prof. Dr. Yaşar. **Borçlar, ticaret ve banka hukuku bibliyografyası 1976-1977.** Hazırlayanlar : Prof. Dr. Yaşar Karayalçın ve Ali Necip Ortan. Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1978. XVI, 175 s. 110 TL.

KOPARAL, Dr. Tenay. **Türkiye'nin kalkınmasında küçük sanayinin önemi ve katkısı.** Ankara, AİTİA, 1978. VIII, 232 s.

MİLLİ Prodüktivite Merkezi. **Hukukta sibernetik ve bilgisayar kullanımı semineri.** Ankara, 1975. 419 s. (Yayın No : 172) 30 TL.

OĞUZMAN, Prof. Dr. M. Kemal. **Medeni hukuk dersleri. Giriş - Kaynaklar - Temel kavramlar.** 3 bs. İstanbul, İÜ. Hukuk Fakültesi, 1978. XVI, 288 s. (Yayın No : 574) 30 TL.

OĞUZMAN, Prof. Dr. M. Kemal. **Medeni hukuk pratik çalışmaları II. Borçlar hukuku - Miras hukuku.** Genişl. 3. bs. İstanbul, İÜ. Hukuk Fakültesi, 1978. XII, 418 s. (Yayın No : 568) 55 TL.

OĞUZMAN, Prof. Dr. M. Kemal. **Miras hukuku dersleri.** Genişl. 2. bs. İstanbul, Hukuk Fakültesi, 1978. XXI, 432 s. (Yayın No : 557) 60 TL.

ÖZTAN, Doç. Dr. Bilge. **Aile hukuku.** Ankara, AÜ. Hukuk Fakültesi, 1979. LVI, 575 s. (Yayın No : 444) 130 TL.

ÖNEN, Doç. Dr. Ergun. **Medeni yargılama hukuku.** Ankara, AÜ. Hukuk Fa-

kültesi, 1979. XXVIII, 389 s. (Yayın No : 442) 75 TL.

SAKA, Zafer. **Uygulamada sendikalar hukuku.** Adana, İpek Matbaacılık, 1979. XI, 160 s. 200 TL.

SİGORTA Hukuku Türk Derneği A.İ.D.A. Türk Grubu. **Sigorta endüstrisinin Türk ekonomisindeki yeri. Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği ile düzenlenen IV. sigorta semineri. Ankara 15-16 Mayıs 1978. Bildiriler - Tartışmalar.** Ankara, Sevinç Matbaası, 1979. 192 s. (Yayın No : 3) 150 TL.

ŞANER, Erden. **Tasarrufları artırıcı yeni yöntemler ve Türkiye'de uygulanabilirliği.** Ankara, Türkiye Bankalar Birliği, 1979. 16 s. (Yayın No :98, Konferanslar Serisi : 16)

T.C. Turizm Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğü. **1977 yılı tatil kredisi uygulama ilkeleri.** Ankara, T.C. Turizm Bankası A.Ş. Baskı Ünitesi, 1977 24 s.

TOKGÖZ, Doç. Dr. Oya. **Siyasal haberleşme ve kadın, 1973 genel seçiminde Ankara'nın Çankaya İlçesinde yapılan alan araştırması.** Ankara, Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1979. XVIII, 307 s. (Yayın No : 429) 80 TL.

TÜFEK, Gültekin K. **Miras hukukunda tenkis ve iade davaları (Geniş açıklama, örnek ve Yargıtay kararları ile birlikte).** Ankara, Olgaç Matbaası, 1977. XX, 432 s. 100 TL.

ÜNAL, Fikret (Derleyen). **1920 - 1929 bütçe kanunları.** Derleyenler : Fikret Ünal, Muzaffer Tıraş ve Zafer Kükrer. Ankara, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu, 1979. 159 s. (Yayın No : 1978/190)

ZONGULDAK Barosu listesi 1978-1979. Zonguldak, Gayret Matbaası, 1979. 46 s.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN CEZA HUKUKU ALANINDA ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR, GELİŞMELER, HABERLER

Hazırlayan : Bülent AKMANLAR (*)

Uluslararası Üçüncü Viktimoloji Sempozumu
2-8 Eylül 1979
Federal Almanya Cumhuriyeti
Münster (Westphalie)

Bu bilimsel toplantıya katılmak veya bildiri sunmak isteyen ilgililerin (Prof. Dr. Hans Joachim Schneider, Westpalie Üniversitesi, Kriminoloji bölümü Direktörü, Bispinghof 24/25, 4400 Münster/Westphalie) adresine başvuracakları bildiriliyor.

Viktimoloji (Mağdur bilim) konusundaki ilk uluslararası bilimsel sempozium 1973 yılında KUDÜS'te toplanmış ve konu olarak Viktimolojinin, Kriminoloji bilimi içindeki yeri ve tanımlanması seçilmişti. 1976 yılında BOSTON'da yapılan ikinci toplantının konusu, Viktimolojinin bilimdeki yeri ve alanı ile gelecekteki oluşumu idi. Bu yıl MÜNSTER'de yapılacak toplantı için, Viktimolojik öğreti, karşılaştırmalı viktimoloji, mağdurun tretmanı ve toplumdaki eski sosyal yerini alabilmesi konuları seçilmiştir (1).

Bu haberi böylece verdikten sonra, Kriminoloji içinde yeni bir bilim dalı sayılması açısından, Viktimolojinin kapsamı konusunda kısa bir açıklama yapılmasının gerekli olduğu kanısındayız.

Bilindiği gibi, suçluluk ve suçlunun kişiliği, iki yüzyıldan bu yana kriminolojik düşüncelerin odağını oluşturmaktadır. Ne varki, sanık ve hükümlünün yeniden toplumsallaştırılmasının genel anlamda suçluya sağlıyacağı yarar sonuçlarının, suçun mağdurunu da kapsaması gereği gözden uzak bırakılmıştır. Oysa, suç mağdurunun da en az suçlu kadar tretmanı toplum açısından zorunludur.

(*) Yargıtay 8. Ceza Dairesi Üyesi.

(1) Revue pénitentiaire et de droit pénal, Paris, 1978 sayı 2, sayfa 285-287

Suçun tabanını oluşturan etkenler bilinmeye başladığından bu yana, kriminologlar bu etkenlerin biribirleri ile olan ilişkileri ve karşılıklı dinamik etkileri üzerinde durarak, suçlu davranış nedenlerini, bu karşılıklı etkinin sonuçları bilinmedikçe anlamak olanağı bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. Suçlu ile suçun mağduru arasındaki eylemsel birliğin saptanmasının önemi bu nedenle ortaya çıkmaktadır. Suçluyu bir anlamda mağdurun oluşturduğu söylenebilirse de mağdurun sorumluluğunu doğrudan ve salt mağdur olma durumu ile karıştırmamak, ancak (işlevsel) fonksiyonel sorumluluk biçiminde yorumlamak gerekir. Mağdur (Victime) ile suçlu arasındaki bağlantı, Viktimolojinin konusunun ancak bir bölümü sayılabilir. Ancak bu ilişki, önleyici adalet sistemi içinde mağdurun rolü, suç karşısında potansiyel mağdur kaygusu konuları, tüm dünyada Viktimolojik araştırmaları uyaran etkenler olmuştur. Pek çok ülekde mağdurlara özel güdüm (tretman) merkezleri mağdur-tanık durumunda olan kişilere ilişkin yardım programları, ırza yönelik şiddet eylemleri mağdurları için kriz merkezleri kurulmuş bulunmaktadır.

Mağdurların tipolojik oluşumları, mağdurluk riskinin değerlendirilmesi, suçun bedeli, fizik, psişik, mali ve ekonomik zararlara karşı şikayet yollarının saptanması, zararlarının ödenmesi Viktimolojinin konuları içinde sayılmaktadır.

Mağdurların tipolojik oluşumları, suçlular ile mağdurları arasındaki özel ilişkiler açısından sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflama çeşitli yönlerden yapılabilirse de belirgin gurup oluşturmaları bakımından :

1 — Tahrikçi Mağdurlar

2 — İştirakçi Mağdurlar

3 — Sahte Mağdurlar

4 — Potansiyel Mağdurlar

olarak gösterilebilir.

Bir örnekleme yapmak gerekirse, tahrikçi mağdurlar için geceleyin veya yolculuğa çıkarken evinin kapısını, penceresini açık bırakmak, cinsel duyguları kamçılayacak davranışlarda bulunmak, iştirakçi mağdurlar için, kendisi yasa dışı bir tutum içinde bulunarak, örneğin üç kağıtçılık yapanlara yaklaşarak haksız kazanç sağlamayı amaçlamak; sahte mağdurlar için, iftira, suç işlenmemiş olmasına karşın sık sık yetkililere başvurarak mağdur olduklarını iddia etmek ve dördüncü gurubu oluşturan potansiyel mağdurlar için de kişisel, fizik-

sel, psikolojik ve akıl zayıflıkları bulunan ve kendilerine karşı her zaman kolaylıkla suç işlenebilecek kişiler (yaşlılar ve çocuklar) örnek sayılabilir.

Bu nedenlerle sık sık suç mağduru olan kişilerin durumlarının bir raslantı olup olmadığının saptanmasında büyük yarar görülmektedir (2).

Uluslararası Üçüncü Viktimoloji Sempozyumunun, günümüzde genç sayılacak bu bilim kesimine getireceği yenilikleri de ileride açıklıyacağımız umudunu taşımaktayız.

---

(2) Dr. Jur. Mustafa T. Yücel, Mağdur Kriminolojisi, Ankara

DUYURULAR

YASALAR
TÜZÜKLER
YÖNETMELİKLER

YASALAR

Tarih	Resmi Gazete No :	Sayfa	Yasanın Adı
7.4.1979	16602	1	1462 Sayılı Harp Okulları Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Ve Bu Kanuna Bir Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun (Kanun No : 2218 Kabul Tarihi : 27.3.1979
7.4.1979	16602	3	357 Sayılı Askerî Hâkimler Kanununa İki Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun (Kanun No : 2219 Kabul Tarihi : 27.3.1979)
10.4.1979	16605	2	Nükleer Silâhların Yayılmasının Önlenmesi Andlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun (Kanun No : 2225 Kabul Tarihi : 29.3.1979)
18.4.1979	16613	1	2556 Sayılı Hâkimler Kanununun Değişik 18. Maddesine iki fıkra, Bu maddeye Bağlı (2) Sayılı Cetvele Bir Ünvan Ve Aynı Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun (Kanun No : 2226 Kabul Tarihi : 5.4.1979)
25.4.1979	16619	1	657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 1897 Sayılı Kanunla Değişik Ek Geçici 8. Maddesinin 3 ve 4. Fıkraları İle 926 Sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununun 1323 Sayılı Kanunla Değişik Ek 9. Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (Kanun No : 2228 Kabul Tarihi : 18.4.1979)
26.4.1979	16620	1	3202 Sayılı T.C. Ziraat Bankası Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddeler Eklenmesine Ve 20. Maddesinin Kaldırılmasına Dair Kanun (Kanun No : 2227 Kabul Tarihi : 17.4.1979)
30.4.1979	16624 (Mükerrer)	1	Bazı Orman Suçlarının Affına Ve Bunlardan Mütevellit İdare Şahsi Haklarının Düşürülmesine Dair Kanun (Kanun No : 1779 Kabul Tarihi : 26.6.1973)

30.4.1979	16624 (Mükerrer)	2	633 Sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş Ve Görevleri Hakkındaki Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Ve Bu Kanuna 4 Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun (Kanun No: 1982) Kabul Tarihi: 26.4.1976)
4.5.1979	16627	1	1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun Bazı Madelerinin Değiştirilmesine Bazı Maddelerinin Kaldırılmasına Ve Bu Kanuna Ek Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun (Kanun No: 2229 Kabul Tarihi: 19.4.1979)
15.5.1979	16638	1	5680 Sayılı Basın Kanununun Değişik 16. Maddesinin Değiştirilmesi, 27. Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Ve Bu Kanuna Geçici 4. Madde Eklenmesine Dair Kanun (Kanun No: 2231 Kabul Tarihi: 8.5.1979)
29.5.1979	16650	1	1612 Sayılı Yüksek Askerî Şuranın Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanunun Kimi Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun (Kanun No: 2233 Kabul Tarihi: 17.5.1979)
30.5.1979	16651	1	26.4.1961 Tarihli Ve 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Bazı Maddelerinin Kaldırılması Ve Buna Bir Ek Madde İle 5 Geçici Madde Eklenmesi 24.5.1961 Tarihli Ve 304 Sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyeleri Seçimi Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi 25.5.1961 Tarihli Ve 306 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Ve Bazı Maddelerinin Kaldırılması Hakkında Kanun (Kanun No: 2234 Kabul Tarihi: 17.5.1979)
31.5.1979	16652	1	5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunununa Geçici Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun (Kanun No: 2235 Kabul Tarihi: 22.5.1979)
31.5.1979	16652	2	Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkındaki Kanun 3,23 Ve 28. Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (Kanun No: 2236 Kabul Tarihi: 22.5.1979)
2.6.1979	16654	1	1472 Sayılı Kanunla Açılmış Bulunan Resmî Yüksek Okulların Üniversite Ve Akademilere Devredilmesi Hakkında Kanun (Kanun No: 2237 Kabul Tarihi: 22.5.1979)

3.6.1979	16655	1	Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması Ve Nakli Hakkında Kanun (Kanun No : 2238 Kabul Tarihi : 29.5.1979)
9.6.1979	16661	1	2556 Sayılı Hâkimler Kanununun 120. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun (Kanun No : 2239 Kabul Tarihi : 29.5.1979)
9.6.1979	16661	2	1721 Sayılı Hapishane Ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkındaki Kanun 6. Maddesinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun (Kanun No : 2240 Kabul Tarihi : 29.5.1979)
9.6.1979	16661	2	7.1.1932 Gün Ve 1918 Sayılı Kaçakçılığın Men Ve Takibine Dair Kanunun 28. Maddesi İle Aynı Kanunu Değiştiren 1.9.1956 Gün Ve 6846 Sayılı Kanunun 3. Maddesi ile Değiştirilen 60. Maddesinin Birinci Fıkrasına Bir (C) Bendi Eklenmesine Dair Kanun (Kanun No : 2241 Kabul Tarihi : 29.5.1979)
16.6.1979	1668	1	Baha Altuğ Altınay'ın Özel Afına Dair Kanun (Kanun No : 2242 Kabul Tarihi : 5.6.1979)
16.6.1979	1668	1	2143 Sayılı 1978 Yıl Bütçe Kanununu 43. Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (Kanun No : 2243 Kabul Tarihi : 7.6.1979)
16.6.1979	16668	2	492 Sayılı Harçlar Kanununu 34. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun (Kanun No : 2244 Kabul Tarihi : 7.6.1979)
16.6.1979	16668	3	765 Sayılı Türk Ceza Kanununun azı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kanun No : 2245 Kabul Tarihi : 7.6.1979)
22.6.1979	16674	1	Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun (Kanun No : 2247 Kabul Tarihi : 12.6.1979)
22.6.1979	16674	11	1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerine Fıkra Eklenmesi; 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427. Maddesinin 2. Fıkrasının Değiştirilmesi Ve 443. Maddesine Bir Fıkra Eklenmesi; 647 Sayıl Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi; 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Ve 5435

Sayılı Kanunun 2. Madesinin Değiştirilmesi; 825 Sayılı Ceza Kanununun Mevkii Meriyete Vaz'ına Mütealik Kanunun 29. Maddesinin İkinci ve Son Fıkrasının Değiştirilmesi; 1918 Sayılı Kaçakçılığın Men Ve Takibine Dair Kanunun Bazı Madelerinin Değiştirilmesi 33. Maddesine Bir Fıkra Eklenmesi Ve 58. Maddesinin İkinci Fıkrasının Yürrülükten Kaldırılması İle Bu Kanuna 3 Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun

(Kanun No : 2248 Kabul Tarihi : 12.6.1979

22.6.1979	16674	17	6136 Sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar Hakkında Kanunun Başlığı İle 1, 2, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 15, 16. Maddelerinin Ve Ek Madesinin Değiştirilmesine Ve Bu Kanuna İki Ek Madde Ve Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun (Kanun No : 2249 Kabul Tarihi : 12.6.1979)

YÖNETMELİKLER :

Tarih	Resmî Gazete No :	Sayfa	Yönetmeliğin Adı
15.3.1979	16579	5	İş Ve İşçi Bulma Kurumu Uzman Ve Uzman Yardımcıları Yönetmeliği
21.3.1979	16585	6	506 Sayılı Kanunun Geçici 20. Maddesinde Sözü Edilen Bankalar, Sigorta Ve Reasüruns Şirketleri, Ticaret Odaları, Sanayii Odaları, Borsalar Ve Bunların Teşkil Ettikleri Birliklerce Kurulmuş Olan Sandıklardan 11.7.1978 Tarihinden Önce Tasfiye Edilmiş Veya Tasfiye Halinde Olanların Sosyal Sigortalar Kurumuna Devri İle İlgili Yönetmelik
28.3.1979	16592	10	İş Ve İşçi Bulma Kurumu Birimleri Ve Personelinin Görev, Yetki Ve Sorumluluk Yönetmeliği
30.3.1979	16594	8	Adalet Bakanlığı Merkez Ve Taşra Teşkilatı İle Mahkemeler Ve Adliyeye Bağlı Daireler Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
30.3.1979	16594	19	Orman Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği Görev Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Ve Geçici Maddenin Kaldırılması Hakkında yönetmelik
4.4.1979	16599	41	Köy Ve Mahalle Muhtarları Ödeneklerinin Ödenme Usulü Ve Mahalle Muhtarlarının Harç Tahsilatı İle Prim Ödenme Biçimi Hakkında Yönetmelik

6.4.1979	16601	6	İ.Ü. Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Yönetmeliği
11.4.1979	16606	25	1615 Sayılı Gümrük Kanununa Bağlı Gümrük Yönetmeliğinin 519. Maddesinin Yeniden Yürürlüğe Konması Hakkında Yönetmelik
13.4.1979	16608	12	P.T.T. Genel Müdürlüğü Merkez Ve Taşra Teşkilatına Ait Yazı Ve Belgelerin Yok Edilmesi Hakkında Yönetmelik
19.4.1979	16614	5	3.2.1973 gün ve 14437 Mükerrer Sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanan Gümrük Yönetmeliğinin 725. Maddesine Bir Fıkra İlave Edilmesine Dair Yönetmelik
21.4.1979	16616	13	Gümrük Yönetmeliğinin 264. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
2.5.1979	16625	18	Maden Arama Hakkı Talebi Yönetmeliğinin 2. Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik
2.5.1979	16625	18	Fenni Nezaret Yönetmeliğinin 7. Ve 8. Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik
6.5.1979	16629	2	Hudut Sağlık İdareleri Yönetmeliği
10.5.1979	16633	4	Eski Eserler Ve Müzeler Genel Müdürlüğü Uzman Personel Yönetmeliği
12.5.1979	16635	11	Belediye Zabıta Yönetmeliğinin Değiştirilmesine İlişkin Yönetmelik
12.5.1979	16635	1	Avukatlık Asgari Ücret Tarifeleri Yönetmeliği
20.5.1979	16642	7	Sigorta Murakabe Personel Yönetmeliği
26.5.1979	16648	15	Dışsatım Yönetmeliği
26.5.1979	16648	58	Köy Ve Mahalle Muhtarları Ödeneklerinin Ödenme Usulü Ve Mahalle Muhtarlarının Harç Tahsilatı İle Prim Ödenme Biçimi Hakkındaki Yönetmeliğin 19. Maddesinin Değiştirilmesine Ait Yönetmelik
31.5.1979	16652	12	Maliye Bakanlığı Yurt Dışı Görevlere Atama Yönetmeliği
31.5.1979	16652	14	Maliye Bakanlığı Atama Veya Değiştirme Yönetmeliği
8.6.1979	16660	15	Kültür Bakanlığı Milli Folklor Araştırma Dairesi Başkanlığı Kültürel Ürünleri Derleme ve Değerlendirme Yönetmeliği
9.6.1979	16661	16	Devlet Muhasebesi Muamelat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik.

11.6.1979	16663 (Mükerrer)	21	19.1.1979 Tarih Ve 7/17072 Sayılı İthalat Rejimi Kararına İlişkin İthalat Yönetmeliğine Ek Yönetmelik
12.6.1979	16664	13	Türk Silahlı Kuvvetlerine Mensup Subay ve Astsubayların Atanma Ve Yer Değiştirmeleri Hakkında Yönetmeliğin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Yürürlükten Kaldırılmasına Ve Bir Madde Eklenmesine İlişkin Yönetmelik
13.6.1979	16665	22	Eski Eserler Sondaj Ve Kazı Yönetmeliğinin 5. Madesine Bir Fıkra Eklenmesine İlişkin Yönetmelik
17.6.1979	16669	12	Bağ-Kur Sigortalılarının Gelir Basamaklarının Seçilmesi Hakkında Yönetmelik